1-١٦

آية الله المجاهد
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

إيصال الطالب
إلى المكاسب

شرح وافٍ يعرض الكتاب، يتعرض لحل مشكلاته

وإبداء مقاصده في إيجاز وتوضيح

مؤسسة الأعلمي
طهران ـ ايران

بسم الله الرحمن الرحیم

ایصال الطالب الی المکاسب

کاتب:

محمد الحسینی الشیرازی

نشرت فی الطباعة:

موسسة الاعلمی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

الفهرس ----- ۵
ایصال الطالب الی المکاسب ----- ۴۲
اشارة ----- ۴۲
الجزء الأول ----- ۴۲
[مقدمة المؤلف] ----- ۴۲
[فی المکاسب المحرمة] ----- ۴۳
اشارة ----- ۴۳
و ینبغی أوّلا التیمن بذکر بعض الاخبار الواردة علی سبیل الضابطة للمکاسب ----- ۴۳
اشارة ----- ۴۳
[حدیث تحف العقول فی أنواع المکاسب] ----- ۴۳
[حدیث فقه الرضا فی أنواع المکاسب] ----- ۵۲
[حدیث دعائم الإسلام فی أنواع المکاسب] ----- ۵۲
[حدیث نبوی کقاعدة کلیة] ----- ۵۳
[النوع الأول الاکتساب بالاعیان النجسة عدا ما استثنی] ----- ۵۴
اشارة ----- ۵۴
و فیه مسائل ثمان: ----- ۵۵
«الأولی» تحرم المعاوضة علی بول غیر مأکول اللحم بلا خلاف ظاهر. ----- ۵۵
اشارة ----- ۵۵
فرعان: ----- ۵۵
«الاول»: ما عدا بول الابل من ابوال ما یوکل لحمه المحکوم بطهارتها عند المشهور ----- ۵۶
«الثانی»- بول الابل یجوز بیعه اجماعا، ----- ۶۰
«الثانیة»- یحرم بیع العذرة النجسة من کل حیوان علی المشهور ----- ۶۱
اشارة ----- ۶۱

«فرع»- الاقوى: جواز بيع الارواث الطاهرة ----- ۶۴
«الثالثة»:- تحرم المعاوضة على الدم ----- ۶۵
اشارة ----- ۶۵
«فرع»- و اما الدم الطاهر- اذا فرضت له منفعة محللة كالصبغ لو قلنا بجوازه ففى جواز بيعه وجهان ----- ۶۵
«الرابعة»:- لا اشكال فى حرمة بيع المنى ----- ۶۶
«الخامسة»- تحرم المعاوضة على الميتة و اجزائها التى تحلها الحياة من ذى النفس السائلة، ----- ۶۸
اشارة ----- ۶۸
«فرعان»: ----- ۷۳
«الأول»- انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة، كذلک لا يجوز بيعها منضمة الى مذكى. ----- ۷۳
«الثانى»- ان الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها اذا كانت مما ينتفع بها، ----- ۷۷
«السادسة»- يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين اجماعا ----- ۷۷
«السابعة»- يحرم التكسب بالخمر، و كل مسكر مائع، و الفقاع. اجماعا نصا و فتوى. ----- ۷۷
«الثامنة»- تحرم المعاوضة على الاعيان المتنجسة غير القابلة للطهارة ----- ۷۸
و اما المستثنى من الأعيان المتقدمة فهى أربعة، تذكر فى مسائل اربع: ----- ۷۹
«الأولى»- يجوز بيع المملوک الكافر، ----- ۷۹
«الثانية»- يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش فى الجملة ----- ۸۳
«الثالثة»- الاقوى جواز المعاوضة على العصير العنبى اذا غلا و لم يذهب ثلثاه و ان كان نجسا ----- ۹۱
«الرابعة» يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس، ----- ۹۶
اشارة ----- ۹۶
فالاشكال يقع فى مواضع: ----- ۹۸
اشارة ----- ۹۹
الأول- ان صحة- بيع هذا الدهن هل هى مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحا، او يكفى قصدهما لذلک، ----- ۹۹
«الثانى»- ان ظاهر بعض الاخبار وجوب الاعلام، فهل يجب مطلقا أم لا؟ ----- ۱۰۴
«الثالث»- المشهور بين الاصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء، ----- ۱۱۲

(«الرابع»-) من مواضع وقوع الاشكال فی بیع الدهن المتنجس فی انه (هل یجوز الانتفاع بهذا الدهن) المتنجس (فی غیر الاستصباح،
[بیع غیر الدهن من المتنجسات] ۱۲۶
بقی الکلام فی حکم نجس العین من حیث اصالهٔ حل الانتفاع به فی غیر ما ثبت حرمته، ۱۳۱
(النوع الثانی) مما یحرم التکسب به: ما یحرم لتحریم ما یقصد به، و هو علی اقسام: ۱۴۵
«الأول»- ما لا یقصد من وجوده علی نحوه الخاص الا الحرام، ۱۴۵
اشارهٔ ۱۴۵
«منها»- هیاکل العبادهٔ المبتدعهٔ کالصلیب و الصنم. ۱۴۵
«و منها»- آلات القمار بانواعه، ۱۵۱
«و منها»- آلات اللهو علی اختلاف اصنافها ۱۵۲
«و منها»- أوانی الذهب و الفضهٔ، ۱۵۲
«و منها»- الدراهم الخارجهٔ المعمولهٔ لاجل غش الناس، ۱۵۲
القسم الثانی ما یقصد منه المتعاملان المنفعهٔ المحرمهٔ. ۱۵۶
اشارهٔ ۱۵۶
فهنا مسائل ثلاث:- ۱۵۶
«الأولی»- بیع العنب علی ان یعمل خمرا، ۱۵۶
«المسألهٔ الثانیهٔ»- تحرم المعاوضهٔ علی الجاریهٔ المغنیهٔ، ۱۶۰
«المسألهٔ الثالثهٔ»- یحرم بیع العنب ممن یعمله خمرا بقصد ان یعمله. ۱۶۲
القسم الثالث ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا» ۱۸۲
النوع الثالث مما یحرم الاکتساب به: ما لا منفعهٔ فیه محللهٔ معتدا بها عند العقلاء. ۱۸۸
(دلیل الکتاب) ۱۹۶
اشارهٔ ۱۹۶
النوع الاول ۱۹۶
النوع الثانی ۱۹۸
النوع الثالث ۱۹۸

الجزء الثانی ----- ۱۹۹
[مقدمة المؤلف] ----- ۱۹۹
[تتمة المکاسب المحرمة] ----- ۱۹۹
النوع الرابع ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه. ----- ۱۹۹
اشارة ----- ۱۹۹
المسألة الأولی: تدلیس الماشطة المرأة التی یراد تزویجها، او الامة التی یراد بیعها، حرام بلا خلاف- ----- ۲۰۰
المسألة الثانیة تزیین الرجل بما یحرم علیه من لبس الحریر و الذهب حرام، ----- ۲۰۸
المسألة الثالثة التشبیب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة- ----- ۲۱۱
المسألة الرابعة تصویر صور ذوات الأرواح حرام، ----- ۲۱۵
الخامسة التطفیف حرام، ----- ۲۳۴
السادسة التنجیم حرام، ----- ۲۳۶
اشارة ----- ۲۳۶
و توضیح المطلب یتوقف علی الکلام فی مقامات: ----- ۲۳۶
«الأول»- الظاهر انه لا یحرم الاخبار عن الاوضاع الفلکیة المبتنیة علی سیر الکواکب، کالخسوف ----- ۲۳۶
«الثانی» یجوز الاخبار بحدوث الاحکام عند الاتصالات و الحرکات المذکورة، ----- ۲۳۹
«الثالث» الاخبار عن الحادثات و الحکم بها مستندا الی تأثیر الاتصالات ----- ۲۴۰
«الرابع»- اعتقاد ربط الحرکات الفلکیة بالکائنات و الربط یتصور علی وجوه: ----- ۲۴۵
«الأول» الاستقلال فی التأثیر ----- ۲۴۵
«الثانی» أنها تفعل الآثار المنسوبة إلیها، و اللّه سبحانه هو المؤثر الاعظم، ----- ۲۵۲
«الثالث»- استناد الافعال إلیها کاستناد الاحراق الی النار. ----- ۲۵۷
«الرابع»- ان یکون ربط الحرکات بالحوادث، من قبیل ربط الکاشف و المکشوف. ----- ۲۶۰
و اما ما دل علی کثرة الخطأ و الغلط فی حساب المنجمین، فهی کثیرة. ----- ۲۷۲
منها: ما تقدم فی الروایات السابقة، ----- ۲۷۳
و منها: خبر عبد الرحمن ابن سیابة، ----- ۲۷۳

و منها: خبر هشام، ۲۷۴

و منها المروی فی الاحتجاج، ۲۷۴

السابعة حفظ کتب الضلال حرام فی الجملة، ۲۷۶

الثامنة الرشوة حرام. ۲۸۵

اشارة ۲۸۵

فروع فی اختلاف الدافع و القابض. ۳۰۲

التاسعة سبّ المؤمنین حرام، ۳۰۵

العاشرة السحر حرام فی الجملة بلا خلاف، ۳۰۹

اشارة ۳۰۹

ثم ان الکلام هنا یقع فی مقامین، ۳۱۰

الأول فی المراد بالسحر، ۳۱۰

اشارة ۳۱۰

ان السحر علی اقسام ۳۱۴

اشارة ۳۱۴

الاول: سحر الکلدانیین الذین کانوا فی قدیم الدهر، ۳۱۵

الثانی: سحر اصحاب الاوهام و النفوس القویة. ۳۱۶

الثالث: الاستعانة بالارواح الارضیة ۳۱۶

الرابع: التخیلات و الاخذ بالعیون ۳۱۶

الخامس: الاعمال العجیبة التی تظهر من ترکیب الآلات المرکبة علی نسب الهندسة ۳۱۶

السادس: الاستعانة بخواص الادویة، ۳۱۶

السابع: تعلیق القلب و هو ان یدعی الساحر انه یعرف علم الکیمیاء ۳۱۷

الثامن: النمیمة ۳۱۷

المقام الثانی: فی حکم الاقسام المذکورة ۳۱۷

انتهی الملخص منه. ۳۲۸

الحادية عشرة الشعبدة حرام بلا خلاف ----- ۳۳۱
الثانية عشرة الغش حرام بلا خلاف، ----- ۳۳۱
الثالثة عشرة الغناء، لا خلاف في حرمته في الجملة. ----- ۳۴۴
و الاخبار بها مستفيضة ----- ۳۴۴
اشارة ----- ۳۴۴
منها ما ورد مستفيضا، في تفسير قول الزور، ----- ۳۴۴
و منها: ما ورد مستفيضا في تفسير: لهو الحديث ----- ۳۴۴
و منها ما ورد في تفسير: الزور ----- ۳۴۴
[كلمات اللغويين و الفقهاء في معنى الغناء و الطرب] ----- ۳۵۰
ثم ان اللهو يتحقق بامرين: ----- ۳۵۶
احدهما: قصد التلهي ----- ۳۵۶
و الثاني: كونه لهوا في نفسه عند المستمعين، ----- ۳۵۶
لا فرق بين استعمال هذه الكيفية في كلام حق او باطل، ----- ۳۵۶
الشبهة في الازمنة المتأخرة في هذه المسألة تارة من حيث اصل الحكم. و اخرى من حيث الموضوع. و ثالثة من اختصاص الحكم ببعض المو
اشارة ----- ۳۵۸
[أما الأول أي الشبهة في أصل الحكم] ----- ۳۵۸
و اما الثاني فهو الاشتباه في الموضوع ----- ۳۶۹
و اما الثالث: و هو اختصاص الحرمة ببعض افراد الموضوع. ----- ۳۶۹
بقي الكلام في ما استثناه المشهور من الغناء، ----- ۳۷۶
اشارة ----- ۳۷۶
أحدهما الحداء بالضم، كدعاء صوت يرجع فيه للسير بالابل. ----- ۳۷۷
الثاني: غناء المغنية في الاعراس اذا لم يكتنف بها محرم آخر ----- ۳۷۷
الجزء الثالث ----- ۳۷۹
[مقدمة المؤلف] ----- ۳۷۹

[تتمة المكاسب المحرمة] ---- ۳۷۹
[تتمة النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه] ---- ۳۷۹
[المسألة] الرابعة عشرة الغيبة حرام بالأدلّة الأربعة، ---- ۳۷۹
اشارة ---- ۳۷۹
بقى الكلام فى امور، ---- ۳۸۷
الأول الغيبة اسم مصدر لاغتاب او مصدر لغاب ---- ۳۸۷
الثانى فى كفارة الغيبة الماحية لها ---- ۴۰۶
الثالث: فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الاعم. ---- ۴۱۱
اشارة ---- ۴۱۱
نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة ---- ۴۱۳
أحدهما ما اذا كان المغتاب متجاهرا بالفسق، ---- ۴۱۳
الثانى: تظلم المظلوم و اظهار ما فعل به الظالم، ---- ۴۱۸
فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم، صور تعرضوا لها. ---- ۴۲۲
منها: نصح المستشير ---- ۴۲۲
و منها: الاستفتاء ---- ۴۲۳
و منها: قصد ردع المغتاب عن المنكر الّذى يفعله ---- ۴۲۴
و منها: قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس، ---- ۴۲۴
و منها: جرح الشهود، ---- ۴۲۵
و منها: دفع الضرر عن المغتاب. ---- ۴۲۵
و منها: ذكر الشخص بعيبه الّذى صار بمنزلة الصفة المميزة التى لا يعرف الا بها، ---- ۴۲۷
[و منها ذكر الشخص بما لا يؤثر عند السامع شيئا لكونه عالما به] ---- ۴۲۸
و منها: ردّ من ادعى نسبا ليس له. ---- ۴۲۸
و منها: القدح فى مقالة باطلة ---- ۴۲۹
الرابع: يحرم استماع الغيبة بلا خلاف. ---- ۴۳۰

خاتمهٔ فی بعض ما ورد من حقوق المسلم علی اخیه ----- ۴۳۶
الخامسهٔ عشرهٔ القمار حرام اجماعا. ----- ۴۴۲
اشارهٔ ----- ۴۴۲
فالأولی: اللعب بآلات القمار مع الرهن، ----- ۴۴۲
الثانیهٔ: اللعب بآلات [القمار من دون رهن] ----- ۴۴۳
الثالثهٔ المراهنهٔ علی اللعب بغیر الآلات المعدهٔ للقمار ----- ۴۴۵
الرابعهٔ: المغالبهٔ بغیر عوض فی غیر ما نصّ علی جواز المسابقهٔ فیه. ----- ۴۵۱
السادسهٔ عشرهٔ القیادهٔ حرام ----- ۴۵۶
السابعهٔ عشرهٔ القیافهٔ حرام فی الجملهٔ ----- ۴۵۶
الثامنهٔ عشرهٔ الکذب حرام بضرورهٔ العقول و الادیان، ----- ۴۵۹
اشارهٔ ----- ۴۵۹
ینبغی الکلام فیه مقامان. ----- ۴۵۹
احدهما: فی انه من الکبائر، ----- ۴۵۹
اما الکلام فی المقام الثانی و هو مسوغات الکذب ----- ۴۷۱
اشارهٔ ----- ۴۷۱
أحدهما: الضرورهٔ إلیه، ----- ۴۷۲
الثانی: من مسوغات الکذب إرادهٔ الاصلاح ----- ۴۸۲
التاسعهٔ عشرهٔ الکهانهٔ حرام، ----- ۴۸۴
العشرون اللهو حرام ----- ۴۹۱
الحادیهٔ و العشرون مدح من لا یستحق المدح، او یستحق الذم ----- ۴۹۹
الثانیهٔ و العشرون معونهٔ الظالمین فی ظلمهم حرام، ----- ۵۰۰
الثالثهٔ و العشرون النجش ----- ۵۰۶
الرابعهٔ و العشرون النمیمهٔ ----- ۵۰۷
الخامسهٔ و العشرون النوح بالباطل، ----- ۵۰۹

السادسة و العشرون الولایة من قبل الجائر- ----- ۵۱۰
اشارة ----- ۵۱۰
ثم انه یسوغ الولایة المذکورة امران. ----- ۵۱۳
احدهما: القیام، بمصالح العباد ----- ۵۱۳
الثانی مما یسوغ الولایة الاکراه علیه بالتوعید علی ترکها ----- ۵۲۵
و ینبغی التنبیه علی امور: ----- ۵۲۵
الأول: انه کما یباح بالاکراه نفس الولایة المحرمة، کذلک یباح به ما یلزمها المحرمات الاخر، ----- ۵۲۵
الثانی: ان الاکراه یتحقق بالتوعد بالضرر علی ترک المکره علیه ----- ۵۳۱
محتویات الکتاب ----- ۵۳۹
الجزء الرابع ----- ۵۴۰
اشارة ----- ۵۴۰
[تتمة المکاسب المحرمة] ----- ۵۴۰
[تتمة النوع الرابع ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه] ----- ۵۴۰
[تتمة السادسة و العشرون الولایة من قبل الجائر] ----- ۵۴۰
[تتمة و ینبغی التنبیه علی أمور] ----- ۵۴۰
[الثالث: انه قد ذکر بعض مشایخنا المعاصرین انه یظهر من الاصحاب أن فی اعتبار عدم القدرة علی التفصی من المکره علیه و عدمه اقوالا
[الرابع: ان قبول الولایة مع الضرر المالی الّذی لا یضر بالحال رخصة لا عزیمة] ----- ۵۴۳
[الخامس: لا یباح بالاکراه قتل المؤمن و لو توعد علی ترکه بالقتل اجماعا] ----- ۵۴۴
[خاتمة فیما ینبغی للوالی العمل به فی نفسه و فی رعیته.] ----- ۵۴۷
[السابعة و العشرون هجاء المؤمن حرام] ----- ۵۶۱
[الثامنة و العشرون الهجر:] ----- ۵۶۳
[النوع الخامس مما یحرم التکسب به: ما یجب علی الانسان فعله عینا او کفایة تعبّد او توصّلا] ----- ۵۶۴
[حرمة التکسب بالواجبات] ----- ۵۶۴
اشارة ----- ۵۶۴

[القربة فی العبادات المستأجرة] ----- ۵۶۹
[الإشكال على أخذ الأجرة على الصناعات التی يتوقف عليها النظام] ----- ۵۸۰
اشارة ----- ۵۸۰
[و قد تفصی بوجوه.] ----- ۵۸۱
اشارة ----- ۵۸۱
[أحدها: الالتزام بخروج ذلک بالاجماع و السيرة القطعيين.] ----- ۵۸۱
[الثاني: الالتزام بجواز اخذ الاجرة على الواجبات] ----- ۵۸۲
[الثالث: ما عن المحقق الثانی من اختصاص جواز الاخذ بصورة قيام من به الكفاية] ----- ۵۸۲
[الرابع ما فی مفتاح الكرامة من ان المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة لذاتها كاحكام الموتی و تعليم الفقه] ----- ۵۸۲
[الخامس: أن المنع عن أخذ الأجرة على الصناعات الواجبة لإقامة النظام يوجب اختلال النظام] ----- ۵۸۳
[السادس: أن الوجوب فی هذه الأمور مشروط بالعوض.] ----- ۵۸۳
[السابع: أن وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها] ----- ۵۸۵
[و أما باذل المال للمضطر] ----- ۵۸۷
[و أما رجوع الام المرضعة بعوض ارضاع اللبأ مع وجوبه عليها] ----- ۵۸۷
[و من هذا الباب أخذ الطبيب الأجرة على حضوره عند المريض إذا تعين عليه علاجه] ----- ۵۸۸
[عدم جواز الأخذ فی الكفائی لو علم كونه حقا للغير] ----- ۵۸۸
[و اما المكروه و المباح] ----- ۵۸۹
[و أما المستحب:] ----- ۵۸۹
[عدم جواز إتيان ما وجب بالإجارة عن نفسه] ----- ۵۹۵
[أخذ الأجرة على الأذان] ----- ۵۹۷
[أخذ الأجرة على الإمامة] ----- ۵۹۹
[ثم إن من الواجبات التی يحرم أخذ الأجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة] ----- ۵۹۹
[حكم الارتزاق من بيت المال] ----- ۶۰۱
[خاتمة تشتمل على مسائل] ----- ۶۰۲

اشارة ----- ۶۰۲
[المسألة الأولی: فی حرمة بیع المصحف] ----- ۶۰۲
اشارة ----- ۶۰۳
[بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع و الشراء] ----- ۶۰۶
[بیع المصحف من الکافر و تملک الکفار للمصاحف] ----- ۶۰۹
[و الظاهر: أن أبعاض المصحف فی حکم الکل، إذا کانت مستقلة.] ----- ۶۱۰
[فی إلحاق الأدعیة المشتملة علی أسماء الله تعالی] ----- ۶۱۱
[و فی إلحاق الأحادیث النبویة بالقرآن وجهان] ----- ۶۱۱
[المسألة الثانیة فی جوائز السلطان] ----- ۶۱۲
اشارة ----- ۶۱۲
[فالصور أربع.] ----- ۶۱۳
اشارة ----- ۶۱۳
[أما الصورة الأولی، أن لا یعلم بأن للجائر مال حرام یحتمل کون الجائزة منها] ----- ۶۱۳
[و أما الصورة الثانیة، أن یعلم بوجود مال محرم للجائر لکن لا یعلم بکون الجائزة منها] ----- ۶۱۴
[الحالة الأولی أن تکون الشبهة غیر محصورة] ----- ۶۱۴
[الحالة الثانیة و إن کانت الشبهة محصورة] ----- ۶۲۰
[و أما الصورة الثالثة فهو أن یعلم تفصیلا حرمة ما یأخذه] ----- ۶۳۱
[و أما الصورة الرابعة و هو ما علم إجمالا لاشتمال الجائزة علی الحرام] ----- ۶۴۹
[المسألة الثالثة ما یأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة] ----- ۶۵۳
اشارة ----- ۶۵۳
[ینبغی التنبیه علی أمور.] ----- ۶۶۴
اشارة ----- ۶۶۴
[الأول: أن ظاهر عبارات الأکثر بل الکل أن الحکم مختص بما یأخذه السلطان] ----- ۶۶۴
[الثانی هل یختص حکم الخراج من حیث الخروج عن قاعدة کونه مالا مغصوبا محرما، بمن ینتقل إلیه] ----- ۶۶۷

[الثالث: أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب: حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الأراضی التی یعتقد الجائر کونها خراجیة] ---- ۶۷۹
[الرابع ظاهر الاخبار و منصرف کلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعی للرئاسة العامة و عماله] ---- ۶۸۱
[الخامس الظاهر أنه لا یعتبر فی حل الخراج المأخوذ، أن یکون المأخوذ منه ممن یعتقد استحقاق الآخذ للأخذ.] ---- ۶۸۷
[السادس لیس للخراج قدر معین] ---- ۶۸۸
[السابع ظاهر إطلاق الأصحاب: أنه لا یشترط- فیمن یصل إلیه الخراج أو الزکاة من السلطان علی وجه الهدیة أو یقطعه الأرض الخراجیة إ
[الثامن أن کون الأرض الخراجیة بحیث یتعلق بما یؤخذ منها ما تقدم من أحکام الخراج و المقاسمة، یتوقف علی أمور ثلاثة.] ---- ۶۹۲
اشارة ---- ۶۹۲
[الأول: کونها مفتوحة عنوة أو صلحا] ---- ۶۹۲
[الثانی أن یکون الفتح بإذن الإمام علیه السلام] ---- ۶۹۹
[الثالث أن یثبت کون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) محیاة حال الفتح] ---- ۷۰۲
محتویات الکتاب ---- ۷۰۶
الجزء الخامس ---- ۷۰۷
[مقدمة المؤلف] ---- ۷۰۷
کتاب البیع ---- ۷۰۷
[فی معنی البیع] ---- ۷۰۷
[البیع لغة] ---- ۷۰۷
[تعاریف الفقهاء و المناقشة فیها] ---- ۷۱۱
اشارة ---- ۷۱۱
فالأولی تعریفه بانه «إنشاء تملیک عین بمال». ---- ۷۱۲
اشارة ---- ۷۱۳
نعم یبقی علیه امور: ---- ۷۱۳
منها: انه موقوف علی جواز الایجاب بلفظ ملکت، ---- ۷۱۳
و منها: انه لا یشمل بیع الدین علی من هو علیه ---- ۷۱۳
و منها: انه یشمل التملیک بالمعاطاة ---- ۷۱۴

و منها: صدقه على الشراء، ----- ۷۱۴
و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوضة. ----- ۷۱۴
بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد ----- ۷۱۷
و يظهر من بعض من قارب عصرنا: استعماله فى معانى أخر غير ما ذكر ----- ۷۱۷
احدها: التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشترى. ----- ۷۱۷
الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، ----- ۷۱۸
الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول. ----- ۷۱۸
[المناقشة فى هذه الاستعمالات] ----- ۷۱۸
[البيع و نحوه اسم للصحيح أو للأعم] ----- ۷۲۰
اشارة ----- ۷۲۰
الكلام فى المعاطاة ----- ۷۲۳
[حكم المعاطاة و أقوال العلماء فى ذلك] ----- ۷۲۴
فالأقوال فى المعاطاة- على ما يساعد، ظواهر كلماتهم- ستة: ----- ۷۳۷
اللزوم مطلقا ----- ۷۳۷
و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى او المعاملة لفظا ----- ۷۳۷
و الملك غير اللازم، ----- ۷۳۷
و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، ----- ۷۳۷
و إباحة ما لا يتوقف على الملك ----- ۷۳۸
و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا ----- ۷۳۸
و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة ----- ۷۳۸
[الأقوى حصول الملك] ----- ۷۳۹
اشارة ----- ۷۳۹
[الاستدلال بالسيرة] ----- ۷۴۰
[الاستدلال بآية أحل الله البيع] ----- ۷۴۰

[الاستدلال بآیة التجارة] ۷۴۱
[الاستدلال بحدیث السلطنة و المناقشة فیه] ۷۴۱
[المناقشة فی دلالة الآیتین] ۷۴۳
[المناقشة فی دلالة السیرة] ۷۴۴
[الأولی فی الاستدلال علی المختار] ۷۴۵
اشارة ۷۴۵
[دعوی کاشف الغطاء أن القول بالإباحة یستلزم تأسیس قواعد جدیدة] ۷۴۵
اشارة ۷۴۵
[المناقشة فی ما ادعاه کاشف الغطاء] ۷۵۰
[هل المعاطاة لازمة أم جائزة] ۷۵۵
و ینبغی التنبیه علی امور: ۷۶۸
الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم- علی القول بافادتها الملک- بیع ۷۶۹
الأمر الثانی أن المتیقن من مورد المعاطاة و هو حصول التعاطی فعلا من الطرفین ۷۷۶
الثالث: تمیز البائع من المشتری فی المعاطاة الفعلیة ۷۷۸
الرابع: أن أصل المعاطاة و هی إعطاء کل منهما الآخر ماله یتصور بحسب قصد المتعاطین علی وجوه: ۷۸۰
أحدها: أن یقصد کل منهما تملیک ماله بمال الآخر ۷۸۰
ثانیها: أن یقصد کل منهما تملیک الآخر ماله بإزاء تملیک ماله اياه ۷۸۱
ثالثها: ان یقصد الأول إباحة ماله بعوض ۷۸۱
رابعها أن یقصد کل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخری ۷۸۲
الخامس: فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه. ۷۹۲
السادس: فی ملزمات المعاطاة علی کل من القول بالملک و القول بالإباحة. ۷۹۶
السابع: أن الشهید الثانی ذکر فی المسالک وجهین فی صیرورة المعاطاة بیعا بعد التلف او معاوضة مستقلة. ۸۰۵
مقدمة فی خصوص الفاظ عقد البیع. ۸۱۵
[اعتبار اللفظ فی العقود و کفایة الإشارة أو الکتابة مع العجز عن التلفظ] ۸۱۵

ثم الکلام فی الخصوصیات المعتبرة فی اللفظ ----- ۸۱۶
اذا عرفت هذا فلنذکر الفاظ الایجاب و القبول ----- ۸۲۵
اشارة ----- ۸۲۵
فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشترکة بین الایجاب و القبول ثم اختلفا فی تعیین الموجب و القابل ----- ۸۳۰
مسألة المحکی عن جماعة منهم السید عمید الدین و الفاضل المقداد و المحقق و الشهید الثانیان اعتبار العربیة فی العقد ----- ۸۳۰
مسألة المشهور کما عن غیر واحد: اشتراط الماضویة ----- ۸۳۳
مسألة الأشهر کما قیل لزوم تقدیم الایجاب علی القبول ----- ۸۳۴
و من جملة شروط العقد الموالاة بین ایجابه و قبوله ----- ۸۴۷
و من جملة الشرائط التی ذکرها جماعة: التنجیز فی العقد ----- ۸۵۱
و من جملة شروط العقد التطابق بین الایجاب و القبول ----- ۸۶۳
اشارة ----- ۸۶۳
و من جملة الشروط فی العقد ان یقع کل من ایجابه و قبوله فی حال ----- ۸۶۴
فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقلیدا فی شروط الصیغة ----- ۸۶۵
تفصیل محتوی الکتاب ----- ۸۶۷
الجزء السادس ----- ۸۶۹
[مقدمة المؤلف] ----- ۸۶۹
[تتمة کتاب البیع] ----- ۸۷۰
[تتمة مقدمة فی خصوص ألفاظ البیع] ----- ۸۷۰
[مسألة أحکام المقبوض بالعقد الفاسد] ----- ۸۷۰
[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد] ----- ۸۷۰
اشارة ----- ۸۷۰
[الاستدلال علی الضمان] ----- ۸۷۱
[قاعدة ما یضمن بصحیحه و عکسها] ----- ۸۷۲
[البحث فی قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده] ----- ۸۷۲

اشارة ----- ۸۷۲
[الکلام فی مدرک القاعدة] ----- ۸۸۱
و اما عکسها و هو: ان ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده ----- ۸۸۶
ثم انه یشکل اطراد القاعدة فی موارد. ----- ۸۸۸
[مبنی عدم الضمان فی عکس القاعدة هو الأولویة و المناقشة فیها] ----- ۸۹۰
«الثانی» من الأمور المتفرعة علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد وجوب رده فورا الی المالک. ----- ۸۹۳
«الثالث»: انه لو کان للعین المبتاعة منفعة استوفاها المشتری ----- ۸۹۴
«الرابع»: اذا تلف المبیع [فإن کان مثلیا وجب مثله] ----- ۹۰۲
«الخامس»: ذکر فی القواعد: انه لو لم یوجد المثل الّا بأکثر من ثمن المثل ----- ۹۱۵
«السادس»: لو تعذر المثل فی المثلی، فمقتضی القاعدة: وجوب دفع القیمة مع مطالبة المالک، ----- ۹۱۷
اشارة ----- ۹۱۷
فرع لو دفع القیمة فی المثل المتعذر مثله ثم تمکن من المثل، ----- ۹۳۱
(«السابع»: لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا) ای کان المبیع بالبیع الفاسد الّذی اتلفه المشتری من القیمیات کالشاة- مثلا- (فقد حکی: الا
الکلام فی شروط المتعاقدین ----- ۹۷۰
[مسألة من شروط المتعاقدین البلوغ] ----- ۹۷۰
«مسئلة» و من جملة شرائط المتعاقدین، قصدهما لمدلول العقد الّذی یتلفظان به. ----- ۹۹۱
مسئلة و من شرائط المتعاقدین: الاختیار، ----- ۱۰۰۷
محتویات الکتاب ----- ۱۰۴۸
الجزء السابع ----- ۱۰۴۹
[مقدمة المؤلف] ----- ۱۰۴۹
[تتمة کتاب البیع] ----- ۱۰۴۹
[تتمة الکلام فی شروط المتعاقدین] ----- ۱۰۴۹
اشارة ----- ۱۰۴۹
(مسأله: و من شروط المتعاقدین: اذن السید لو کان العاقد عبدا فلا یجوز للمملوک ان یوقع عقدا الا باذن سیّده، سواء کان) العقد (لنفسه فی ذم

اشارهٔ ۱۰۵۰
[هل ینفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازهٔ السید] ۱۰۵۱
فرع: لو امر العبد آمر ان یشتری نفسه من مولاه، فباعه مولاه [صح و لزم] ۱۰۵۷
[الکلام فی عقد الفضولی] ۱۰۵۹
اشارهٔ ۱۰۵۹
اختلف الاصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی، ۱۰۵۹
[صور بیع الفضولی] ۱۰۶۳
اشارهٔ ۱۰۶۳
فهنا مسائل ثلاث. ۱۰۶۳
الأولی: ان یبیع للمالک مع عدم سبق منع من المالک، ۱۰۶۳
المسألهٔ الثانیهٔ: ان یسبقه منع المالک، ۱۰۹۱
المسألهٔ الثالثهٔ: ان یبیع الفضولی لنفسه، ۱۰۹۳
القول فی الإجازهٔ و الردّ. ۱۱۲۴
اما الکلام فی الإجازهٔ، ۱۱۲۴
اشارهٔ ۱۱۲۴
اما حکمها: ۱۱۲۴
[أما شروطها] ۱۱۵۳
و اما القول فی المجیز ۱۱۶۵
و اما القول فی المجاز، ۱۲۱۲
مسئلهٔ فی احکام الرد، ۱۲۲۸
[ما یتحقق به الرد] ۱۲۲۸
[هل یتحقق الرد بالتصرف غیر المخرج عن الملک] ۱۲۲۸
بقی الکلام فی التصرفات غیر المنافیهٔ لملک المشتری من حین العقد ۱۲۳۱
محتویات الکتاب ۱۲۳۶

الجزء الثامن ----- ۱۲۳۸

[مقدمة المؤلف] ----- ۱۲۳۸

[تتمة کتاب البیع] ----- ۱۲۳۸

[تتمة الکلام فی شروط المتعاقدین] ----- ۱۲۳۸

[تتمة مسألة و من شروط المتعاقدین أن یکونا مالکین أو مأذونین من المالک أو الشارع] ----- ۱۲۳۸

القول فی شرائط العوضین، ----- ۱۲۳۸

[مسألة] یشترط فی کل منهما کونه متمولا، ----- ۱۲۳۸

اشارة ----- ۱۲۳۸

أقسام الارضین و احکامها. ----- ۱۲۴۱

اشارة ----- ۱۲۴۱

الأول: ما یکون مواتا بالأصالة، ----- ۱۲۴۱

الثانی: ما کانت عامرة بالاصالة ای لا من معمر. ----- ۱۲۴۴

الثالث: ما عرض له الحیاة بعد الموت ----- ۱۲۴۵

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة، ----- ۱۲۴۶

[رجوع إلی القسم الثالث] ----- ۱۲۴۶

اشارة ----- ۱۲۴۶

[الأراضی المفتوحة عنوة] ----- ۱۲۴۷

[مسألة من شروط العوضین کونه طلقا] ----- ۱۲۵۷

اشارة ----- ۱۲۵۷

و المراد بالطلق تمام السلطنة علی الملک ----- ۱۲۵۷

[الحقوق المانعة من تصرف المالک فی ملکه] ----- ۱۲۵۸

مسئلة لا یجوز بیع الوقف اجماعا محققا فی الجملة، و محکیا، ----- ۱۲۶۱

محتویات الکتاب ----- ۱۲۹۰

الجزء التاسع ----- ۱۲۹۱

[مقدمة المؤلف] ---- ۱۲۹۱
[تتمة كتاب البيع] ---- ۱۲۹۲
[تتمة القول فى شرائط العوضين] ---- ۱۲۹۲
[تتمة مسألة من شروط العوضين كونه طلقا] ---- ۱۲۹۲
[تتمة مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكيا] ---- ۱۲۹۲
[الوقف المؤبد] ---- ۱۲۹۲
صور جواز البيع ---- ۱۲۹۲
اشارة ---- ۱۲۹۲
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ---- ۱۲۹۲
الصورة الثانية: ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به ---- ۱۳۰۵
الصورة الثالثة: ان تخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم ---- ۱۳۱۲
الصورة الرابعة: [أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه] ---- ۱۳۱۳
الصورة الخامسة: ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة. ---- ۱۳۱۸
الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة او اذا كان فيه مصلحة ---- ۱۳۱۹
الصورة السابعة ان يؤدى بقائه الى خرابه، علما او ظنا، ---- ۱۳۲۴
الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال ---- ۱۳۲۵
الصورة التاسعة: ان يؤدى الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال، ---- ۱۳۲۵
الصورة العاشرة: ان يلزم فساد يستباح منه الانفس. ---- ۱۳۲۵
الوقف المنقطع ---- ۱۳۴۲
مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا، صيرورة المملوكة أم ولد لسيّدها، ---- ۱۳۴۹
اشارة ---- ۱۳۴۹
و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، او مستلزم للنقل كالرهن، ---- ۱۳۴۹
بقى الكلام فى معنى أم الولد، ---- ۱۳۵۳
و اما المواضع القابلة للاستثناء ---- ۱۳۶۰

اشارة ----- ۱۳۶۰
[موارد القسم الأول أی تعلق حق للغیر بها] ----- ۱۳۶۰
فمن موارد القسم الأول ما اذا کان علی مولاها دین، و لم یکن له ما یؤدی هذا الدین. ----- ۱۳۶۰
و منها: تعلق کفن مولاها بها ----- ۱۳۸۰
و منها ما اذا جنت علی غیر مولاها فی حیاته. ----- ۱۳۸۴
و منها: ما اذا جنت علی مولاها، بما یوجب صحة استرقاقها لو کان المجنی علیه غیر المولی، ----- ۱۳۸۸
و منها: ما اذا جنی حرّ علیها ----- ۱۳۹۰
و منها: ما اذا لحقت بدار الحرب، ثم استرقت، ----- ۱۳۹۱
و منها: ما اذا خرج مولاها عن الذمة، ----- ۱۳۹۲
و منها: ما اذا کان مولاها ذمیا، و قتل مسلما، ----- ۱۳۹۲
و اما القسم الثانی: و هو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولی بالمراعات من حق الاستیلاد. ----- ۱۳۹۲
فمن موارده ما اذا اسلمت و هی أمة ذمّی ----- ۱۳۹۳
و منها: ما اذا عجز مولاها عن [عن نفقتها] ----- ۱۳۹۴
و منها: بیعها علی من تنعتق علیه، ----- ۱۳۹۶
و منها ما اذا مات قریبها، و خلف ترکة، و لم یکن له وارث سواها فتشتری من مولاها ----- ۱۳۹۷
[موارد القسم الثالث أی تعلق حق سابق علی الاستیلاد] ----- ۱۳۹۸
اشارة ----- ۱۳۹۸
ما اذا کان علوقها بعد الرهن ----- ۱۳۹۸
و منها: ما اذا کان علوقها بعد افلاس المولی، و الحجر علیه، ----- ۱۳۹۹
و منها: ما اذا کان علوقها بعد جنایتها. ----- ۱۴۰۰
و منها: ما اذا کان علوقها فی زمن خیار بایعها، ----- ۱۴۰۰
و منها: ما اذا کان علوقها بعد اشتراط اداء مال الضمان منها، ----- ۱۴۰۲
و منها: ما اذا کان علوقها بعد نذر جعلها صدقة، اذا کان النذر مشروطا بشرط لم یحصل قبل الوطی، ----- ۱۴۰۲
و منها: ما اذا کان علوقها من مکاتب مشروط ثم فسخت کتابته، فللمولی ان یبیعها، ----- ۱۴۰۳

و القسم الرابع و هو ما کان ابقائها فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق، ----- ۱۴۰۴
مسئلة و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا، کونه مرهونا، ----- ۱۴۰۵
مسئلة اذا جنی العبد عمدا بما یوجب قتله، او استرقاق کله، او بعضه. ----- ۱۴۲۲
مسئلة اذا جنی العبد خطاء صح بیعه علی المشهور، ----- ۱۴۲۶
مسئلة الثالث من شروط العوضین، القدرة علی التسلیم، ----- ۱۴۳۰
اشارة ----- ۱۴۳۰
مسئلة لا یجوز بیع الآبق منفردا علی المشهور بین علمائنا، ----- ۱۴۶۰
مسئلة یجوز بیع الآبق مع الضمیمة فی الجملة ----- ۱۴۶۷
مسئلة المعروف انه یشترط العلم بالثمن قدرا، ----- ۱۴۷۲
مسئلة العلم بقدر المثمن کالثمن شرط باجماع علمائنا ----- ۱۴۷۶
محتویات الکتاب ----- ۱۴۸۴
الجزء العاشر ----- ۱۴۸۵
[مقدمة المؤلف] ----- ۱۴۸۵
[تتمة کتاب البیع] ----- ۱۴۸۶
[تتمة القول فی شروط العوضین] ----- ۱۴۸۶
[تتمة مسألة العلم بقدر المثمن کالثمن شرط بإجماع علمائنا] ----- ۱۴۸۶
مسئلة: [التقدیر بغیر ما یتعارف التقدیر به] ----- ۱۴۸۶
مسئلة: لو اخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور. ----- ۱۴۸۷
اشارة ----- ۱۴۸۷
[هل یعتبر کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار] ----- ۱۴۸۷
[ثبوت الخیار للمشتری لو تبین الخلاف بالنقیصة] ----- ۱۴۸۸
[کل ما یکون طریقا عرفیا إلی مقدار المبیع فهو بإخبار البائع] ----- ۱۴۹۲
مسئلة قال فی الشرائع یجوز بیع الثوب و الأرض مع المشاهدة ----- ۱۴۹۲
مسئلة بیع بعض من جملة متساویة الاجزاء، ----- ۱۴۹۵

اشارة ----- ۱۴۹۵
الأول: ان یرید بذلک البعض کسرا واقعیا من الجملة مقدرا بذلک العنوان، ----- ۱۴۹۵
الثانی ان یراد به بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه من الافراد المتصورة فی المجموع، ----- ۱۴۹۶
اشارة ----- ۱۴۹۶
«فرع» علی المشهور من المنع لو اتفقا علی انهما ارادا غیر شائع لم یصح البیع، ----- ۱۵۰۳
الثالث: من وجوه بیع البعض من الکل ان یکون المبیع طبیعة کلیة منحصرة المصادیق فی الافراد المتصورة فی تلک الجملة. ----- ۱۵۰۴
مسئلة لو باع صاعا من صبرة فهل ینزل علی الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة اعنی الکسر المشاع؟ ----- ۱۵۰۸
اشارة ----- ۱۵۰۸
ثم انه یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا أمور. ----- ۱۵۱۰
أحدها: کون التخییر فی تعیینه بید البائع ----- ۱۵۱۰
و منها انه لو تلف بعض الجملة و بقی مصداق الطبیعة انحصر حق المشتری فیه، ----- ۱۵۱۱
و منها انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا کلیا آخر، ----- ۱۵۱۲
[صور إقباض الکلی] ----- ۱۵۱۲
[لو باع ثمرة شجرات و استثنی منها أرطالا معلومة] ----- ۱۵۱۴
[أقسام بیع الصبرة] ----- ۱۵۲۲
مسئلة اذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها ----- ۱۵۲۵
اشارة ----- ۱۵۲۵
فرعان: ----- ۱۵۲۸
الأول لو اختلفا فی التغییر، فادعاه المشتری ----- ۱۵۲۸
«الثانی» لو اتفقا علی التغیّر بعد المشاهدة و وقوع العقد علی الوصف المشاهد، ----- ۱۵۴۰
مسئلة لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة، فیما یختلف قیمته باختلاف ذلک ----- ۱۵۴۴
مسئلة یجوز ابتیاع ما یفسده الاختبار من دون اختبار اجماعا علی الظاهر. ----- ۱۵۵۵
مسئلة المشهور من غیر خلاف یذکر، جواز بیع المسک فی فأره، ----- ۱۵۶۶
مسئلة لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم إلیه و عدمه، ----- ۱۵۶۸

مسئلة يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة، على المشهور، ----- ۱۵۸۴

مسئلة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، و ان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور ----- ۱۶۰۰

[تنبيهات البيع] ----- ۱۶۰۴

مسئلة المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام ----- ۱۶۰۴

مسئلة لا خلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية، ----- ۱۶۲۲

مسئلة يحرم النجش على المشهور، ----- ۱۶۲۸

مسئلة: اذا دفع انسان الى غيره مالا، ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم ----- ۱۶۲۹

مسئلة: احتكار الطعام ----- ۱۶۳۵

اشارة ----- ۱۶۳۶

ثم ان كشف الابهام عن اطراف المسألة يتم ببيان امور. ----- ۱۶۴۰

الأول: فى مورد الاحتكار، ----- ۱۶۴۰

الثانى: [ما هو حد الاحتكار] ----- ۱۶۴۱

الثالث: [عدم حصر الاحتكار فى شراء الطعام بل مطلق جمعه و حصره] ----- ۱۶۴۲

الرابع: اقسام حبس الطعام ----- ۱۶۴۳

الخامس: الظاهر عدم الخلاف- كما قيل- فى اجبار المحتكر على البيع ----- ۱۶۴۵

خاتمة: و من أهم آداب التجارة، الإجمال فى الطلب، و الاقتصاد فيه. ----- ۱۶۴۶

محتويات الكتاب ----- ۱۶۵۰

الجزء الحادى عشر ----- ۱۶۵۱

[مقدمة المؤلف] ----- ۱۶۵۱

القول فى الخيار، و اقسامه، و احكامه، ----- ۱۶۵۱

مقدمتان. ----- ۱۶۵۱

الأولى: الخيار لغة: اسم مصدر من الاختيار ----- ۱۶۵۱

الثانية: ذكر غير واحد- تبعا للعلامة فى كتبه- ان الاصل فى البيع اللزوم. ----- ۱۶۵۴

اشارة ----- ۱۶۵۵

[معانی الأصل] ----- ۱۶۵۵
اشارة ----- ۱۶۵۵
الأول: الراجح، ----- ۱۶۵۵
الثانی: القاعدة المستفادة من العمومات التی یجب الرجوع إلیها عند الشک فی بعض الافراد، او بعض الاحوال. ----- ۱۶۵۶
الثالث: الاستصحاب، ----- ۱۶۵۶
الرابع: المعنی اللغوی ----- ۱۶۵۷
[أدلة أصالة اللزوم] ----- ۱۶۶۲
[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فیه] ----- ۱۶۷۲
[إذا شک فی عقد أنه من مصادیق العقد اللازم أو الجائز] ----- ۱۶۷۳
القول فی اقسام الخیار ----- ۱۶۷۶
اشارة ----- ۱۶۷۶
الأول: فی خیار المجلس ----- ۱۶۷۷
اشارة ----- ۱۶۷۷
و تنقیح مباحث هذا الخیار و مسقطاته یحصل برسم مسائل. ----- ۱۶۷۸
[مسائل فی خیار المجلس] ----- ۱۶۷۸
مسألة: لا اشکال فی ثبوته للمتبایعین، اذا کانا اصیلین، ----- ۱۶۷۸
مسئلة [هل یثبت الخیار إذا کان العاقد واحدا؟] ----- ۱۶۹۰
(مسألة: قد یستثنی بعض اشخاص المبیع عن عموم ثبوت هذا الخیار) فلیس فیها خیار المجلس. ----- ۱۶۹۳
مسئلة لا یثبت خیار المجلس فی شیء من العقود، سوی البیع عند علمائنا، ----- ۱۷۰۵
مسئلة مبدأ هذا الخیار من حین العقد ----- ۱۷۰۸
القول فی مسقطات الخیار ----- ۱۷۱۰
اشارة ----- ۱۷۱۰
مسئلة لا خلاف ظاهرا فی سقوط هذا الخیار باشتراط سقوطه فی ضمن العقد ----- ۱۷۱۱
مسئلة: و من المسقطات اسقاط هذا الخیار بعد العقد ----- ۱۷۲۵

مسئلة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين ----- ۱۷۳۰

اشارة ----- ۱۷۳۰

مسئلة المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير أيضا، ----- ۱۷۳۳

مسئلة لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقى الآخر فى المجلس، ----- ۱۷۳۷

(مسألة: لو زال الاكراه) بعد ان حمل الى خارج المجلس مكرها (فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال) فم

مسئلة و من مسقطات هذا الخيار التصرف ----- ۱۷۴۹

الثانى خيار الحيوان ----- ۱۷۵۰

اشارة ----- ۱۷۵۰

فالكلام فى من له هذا الخيار، و فى مدته [من حيث المبدإ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل] ----- ۱۷۵۱

اشارة ----- ۱۷۵۱

مسئلة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى ----- ۱۷۵۲

مسئلة لا فرق بين الامة و غيرها فى مدة الخيار ----- ۱۷۵۹

مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد، ----- ۱۷۶۰

مسئلة لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام، ----- ۱۷۶۴

مسئلة يسقط هذا الخيار بامور. ----- ۱۷۶۶

احدها: اشتراط سقوطه فى العقد ----- ۱۷۶۶

و الثانى: اسقاطه بعد العقد، ----- ۱۷۶۶

و الثالث: التصرف ----- ۱۷۶۶

الثالث خيار الشرط، ----- ۱۷۸۳

اشارة ----- ۱۷۸۳

و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل ----- ۱۷۸۵

اشارة ----- ۱۷۸۵

مسئلة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه لعموم ادلة الشرط. ----- ۱۷۸۵

مسئلة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدة اصلا ----- ۱۷۸۹

مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد، ----- ۱۷۹۳
مسئلة يصحّ جعل الخيار لأجنبى ----- ۱۷۹۵
مسئلة يجوز لهما اشتراط الاستيمار ----- ۱۷۹۸
مسئلة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، ----- ۱۸۰۰
اشارة ----- ۱۸۰۱
فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى أمور ----- ۱۸۰۲
الأول: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه. ----- ۱۸۰۲
الامر الثانى: الثمن المشروط رده، اما ان يكون فى الذمة، و اما ان يكون معيّنا. ----- ۱۸۰۵
الأمر الثالث: [لا يكفى مجرد الفسخ فى الرد] ----- ۱۸۰۸
الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد ----- ۱۸۱۰
الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشترى، ----- ۱۸۱۸
الأمر السادس لا اشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى، ----- ۱۸۲۱
الأمر السابع: اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلک الا برد الجميع، ----- ۱۸۲۷
الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن. ----- ۱۸۲۸
محتويات الكتاب ----- ۱۸۳۰
الجزء الثانى عشر ----- ۱۸۳۱
[مقدمة المؤلف] ----- ۱۸۳۱
[تتمة القول فى الخيار] ----- ۱۸۳۱
[تتمة أقسام الخيار] ----- ۱۸۳۲
[تتمة الثالث فى خيار الشرط] ----- ۱۸۳۲
مسئلة لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، ----- ۱۸۳۲
الرابع خيار الغبن، ----- ۱۸۴۵
[الغبن لغة و اصطلاحا] ----- ۱۸۴۵
[أدلة هذا الخيار] ----- ۱۸۴۶

[آیة تجارة عن تراض] ---- ۱۸۴۶
[آیة لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل] ---- ۱۸۴۸
[ما فی التذکرة و المناقشة فیه] ---- ۱۸۵۰
[الأقوی الاستدلال بقوله ص لا ضرر و لا ضرار] ---- ۱۸۵۱
و قد یستدل علی الخیار باخبار واردة فی حکم الغبن، ---- ۱۸۵۷
فالعمدة فی المسألة الاجماع ---- ۱۸۵۸
ثم ان تنقیح هذا المطلب یتم برسم مسائل. ---- ۱۸۵۸
اشارة ---- ۱۸۵۹
مسئلة یشترط فی هذا الخیار امران. ---- ۱۸۵۹
الأول عدم علم المغبون بالقیمة، ---- ۱۸۵۹
الأمر الثانی: کون التفاوت فاحشا، ---- ۱۸۶۶
مسئلة ظهور الغبن شرط شرعی لحدوث الخیار، او کاشف عقلی عن ثبوته حین العقد، ---- ۱۸۷۵
مسئلة: یسقط هذا الخیار بامور. ---- ۱۸۸۰
احدها: اسقاطه بعد العقد، ---- ۱۸۸۰
الثانی من المسقطات اشتراط سقوط الخیار فی متن العقد ---- ۱۸۸۵
الثالث: تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة ---- ۱۸۸۷
الرابع من المسقطات: تصرف المشتری المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملک علی وجه اللزوم، کالبیع و العتق ---- ۱۸۹۲
اشارة ---- ۱۸۹۲
بقی الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن. ---- ۱۹۱۳
مسئلة الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کل معاوضة مالیة ---- ۱۹۱۷
مسئلة اختلف اصحابنا فی کون هذا الخیار علی الفور او علی التراخی علی قولین. ---- ۱۹۲۲
الخامس خیار التأخیر، ---- ۱۹۴۰
اشارة ---- ۱۹۴۰
ثم انه یشترط فی هذا الخیار أمور. ---- ۱۹۴۳

احدها: عدم قبض المبیع ۱۹۴۳
الشرط الثانی: عدم قبض مجموع الثمن، ۱۹۴۶
الشرط الثالث عدم اشتراط تأخیر تسلیم احد العوضین ۱۹۴۹
الشرط الرابع: ان یکون المبیع عینا او شبهه کصاع من صبرة، ۱۹۴۹
ثم ان هنا امورا، قیل باعتبارها فی هذا الخیار. ۱۹۵۵
منها: عدم الخیار لاحدهما، او لهما. ۱۹۵۵
و منها: تعدد المتعاقدین ۱۹۶۱
و منها: ان لا یکون المبیع حیوانا، او خصوص الجاریة، ۱۹۶۲
مسئلة یسقط هذا الخیار بامور، ۱۹۶۳
احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشکال و لا خلاف، ۱۹۶۳
الثانی: اشتراط سقوطه فی متن العقد، ۱۹۶۴
الثالث: بذل المشتری للثمن بعد [الثلاثة] ۱۹۶۴
الرابع: اخذ الثمن من المشتری بناء علی عدم سقوطه بالبذل ۱۹۶۶
مسئلة فی کون هذا الخیار علی الفور او التراخی، قولان، ۱۹۶۸
مسئلة لو تلف المبیع بعد الثلاثة کان من البائع اجماعا مستفیضا، بل متواترا، ۱۹۶۹
مسئلة: لو اشتری ما یفسد من یومه فان جاء بالثمن ما بینه و بین اللیل، و الا فلا بیع له ۱۹۷۴
السادس: خیار الرؤیة ۱۹۷۸
اشارة ۱۹۷۸
مسئلة مورد هذا الخیار بیع العین الشخصیة الغائبة. ۱۹۸۲
مسئلة الاکثر علی ان الخیار عند الرؤیة فوری، ۱۹۹۷
مسئلة یسقط هذا الخیار بترک المبادرة عرفا علی الوجه المتقدم فی خیار الغبن، ۱۹۹۸
محتویات الکتاب ۲۰۰۸
الجزء الثالث عشر ۲۰۰۹
[مقدمة المؤلف] ۲۰۰۹

[تتمة القول فی الخیار] ۲۰۰۹
[تتمة أقسام الخیارات] ۲۰۰۹
[تتمة السادس خیار الرؤیة] ۲۰۰۹
مسئلة لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت و لا بابدال العین، ۲۰۰۹
مسئلة الظاهر ثبوت خیار الرؤیة فی کل عقد واقع علی عین شخصیة موصوفة کالصلح، و الاجارة، ۲۰۱۱
مسئلة لو اختلفا، فقال البائع: لم یختلف صفة، و قال المشتری: قد اختلف ففی التذکرة قدم قول المشتری، ۲۰۱۳
مسئلة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی ان ینسج الباقی کالاول بطل، ۲۰۱۴
السابع خیار العیب، ۲۰۱۶
اشارة ۲۰۱۶
مسئلة ظهور العیب فی المبیع یوجب تسلط المشتری علی الرد و اخذ الارش بلا خلاف. ۲۰۲۱
القول فی مسقطات هذا الخیار بطرفیه او احدهما ۲۰۲۶
مسألة: یسقط الردّ خاصة بامور. ۲۰۲۶
احدها: التصریح بالتزام العقد، و اسقاط الرد، و اختیار الارش. ۲۰۲۶
الثانی: التصرف فی المعیب عند علمائنا ۲۰۲۶
الثالث: تلف العین او صیرورته کالتالف ۲۰۳۹
اشارة ۲۰۳۹
فرع: لا خلاف نصا و فتوی فی ان وطی الجاریة یمنع عن ردها بالعیب ۲۰۴۰
الرابع: من المسقطات حدوث عیب عند المشتری. ۲۰۵۶
اشارة ۲۰۵۶
تنبیه: ظاهر التذکرة و الدروس ان من العیب المانع من الرد بالعیب القدیم تبعض الصفقة علی البائع. ۲۰۷۱
مسئلة یسقط الارش دون الردّ فی موضعین. ۲۰۸۵
احدهما: اذا اشتری ربویا بجنسه، فظهر عیب فی احدهما ۲۰۸۵
الثانی: ما لو لم یوجب العیب نقصا فی القیمة، ۲۰۸۷
مسئلة یسقط الرد و الارش معا، بامور. ۲۰۸۹

احدها: العلم بالعیب قبل العقد، ---- ۲۰۸۹

الثانی: تبرّی البائع عن العیوب اجماعا فی الجملة ---- ۲۰۹۰

ثم ان هنا امورا یظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها ---- ۲۰۹۷

منها: زوال العیب قبل العلم به، ---- ۲۰۹۷

و منها: التصرف بعد العلم بالعیب، ---- ۲۰۹۹

و منها: التصرف فی المعیب الّذی لم ینقص قیمته بالعیب، ---- ۲۱۰۰

و منها: حدوث العیب فی المعیب المذکور. ---- ۲۱۰۲

و منها: ثبوت احد مانعی الرد فی المعیب الّذی لا یجوز اخذ الارش فیه لاجل الربا. ---- ۲۱۰۴

و منها: تأخیر الاخذ بمقتضی الخیار ---- ۲۱۱۰

مسألة [هل یجب الإعلام بالعیب] ---- ۲۱۱۳

مسائل: فی اختلاف المتبایعین ---- ۲۱۱۷

اشارة ---- ۲۱۱۷

اما الاول: [الاختلاف فی موجب الخیار] ففیه مسائل: ---- ۲۱۱۷

الأولی: لو اختلفا فی تعیب المبیع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف او نحوه، فالقول قول المنکر بیمینه. ---- ۲۱۱۷

الثانیة: لو اختلفا فی کون الشیء عیبا و تعذر تبین الحال لفقد اهل الخبرة، کان الحکم کسابقه. ---- ۲۱۱۸

الثالثة: لو اختلفا فی حدوث العیب فی ضمان البائع او تأخره عن ذلک، ---- ۲۱۱۸

اشارة ---- ۲۱۱۸

فرع: لو باع الوکیل فوجد به المشتری عیبا یوجب الرد، رده علی الموکل لانه المالک، ---- ۲۱۲۳

الرابعة: لو ردّ سلعة بالعیب فانکر البائع انها سلعته قدم قول البائع ---- ۲۱۲۶

و اما الثانی و هو الاختلاف فی المسقط ففیه أیضا مسائل. ---- ۲۱۳۱

الأولی: لو اختلفا فی علم المشتری بالعیب. [و عدمه] ---- ۲۱۳۱

الثانیة لو اختلفا فی زواله قبل علم المشتری او بعده ---- ۲۱۳۱

الثالثة: لو کان عیب مشاهد غیر المتفق علیه، فادعی البائع حدوثه عند المشتری، و المشتری سبقه، ---- ۲۱۳۳

الرابعة: لو اختلف فی البراءة قدم منکرها، ---- ۲۱۳۵

الخامسة: لو ادعی البائع رضاء المشتری به بعد العلم، ----- ۲۱۳۸

و اما الثالث [الاختلاف فی الفسخ] ففیه مسائل. ----- ۲۱۳۹

الأولی: لو اختلفا فی الفسخ فان کان الخیار باقیا، فله انشاؤه. ----- ۲۱۳۹

الثانیة: لو اختلفا فی تأخر الفسخ عن اوّل الوقت ----- ۲۱۴۱

الثالثة: لو ادعی المشتری الجهل بالخیار، او بفوریته- بناء علی فوریته- سمع قوله ----- ۲۱۴۲

القول فی ماهیة العیب ----- ۲۱۴۳

الکلام فی بعض افراد العیب ----- ۲۱۵۸

مسألة: لا اشکال و لا خلاف فی کون المرض عیبا، ----- ۲۱۵۸

مسئلة الحبل عیب فی الاماء، ----- ۲۱۵۹

مسئلة: الاکثر علی ان الثیبوبة لیست عیبا فی الاماء بل فی التحریر لا نعلم فیه خلافا، ----- ۲۱۶۵

مسئلة ذکر فی التذکرة و القواعد من جملة العیوب عدم الختان فی العبد الکبیر ----- ۲۱۶۹

مسئلة عدم الحیض ممّن شأنها الحیض بحسب السّن و المکان و غیرهما من الخصوصیّات التی لها مدخلیة فی ذلک عیب ترد معه الجاریا

مسئلة الإباق عیب بلا اشکال و لا خلاف، ----- ۲۱۷۱

مسئلة الثفل الخارج عن العادة فی الزیت و البذر و نحوهما عیب، ----- ۲۱۷۲

محتویات الکتاب ----- ۲۱۷۶

الجزء الرابع العشر ----- ۲۱۷۷

[مقدمة المؤلف] ----- ۲۱۷۷

[تتمة القول فی الخیار] ----- ۲۱۷۷

[تتمة القول فی أقسام الخیار] ----- ۲۱۷۸

[تتمة السابع خیار العیب] ----- ۲۱۷۸

[تتمة الکلام فی بعض أفراد المعیب] ----- ۲۱۷۸

مسألة قد عرفت ان مطلق المرض عیب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن. ----- ۲۱۷۸

خاتمة فی عیوب متفرقة، ----- ۲۱۸۵

القول فی الارش ----- ۲۱۸۸

[الأرش لغة و اصطلاحا] ----- ۲۱۸۸
اشارة ----- ۲۱۸۸
[کلام الشهید فی معنی الأرش] ----- ۲۱۸۸
ثم ان ضمان النقص تابع فی الکیفیة لضمان المنقوص ----- ۲۱۹۰
[هل الضمان بعین بعض الثمن أو بمقداره] ----- ۲۱۹۵
[هل یعقل استغراق الأرش للثمن] ----- ۲۱۹۹
مسألة یعرف الارش بمعرفة قیمتی الصحیح و المعیب ----- ۲۲۰۶
مسألة لو تعارض المقومون، ----- ۲۲۰۸
اشارة ----- ۲۲۰۸
[الأقوی وجوب الجمع بین البینات مهما أمکن] ----- ۲۲۰۹
اشارة ----- ۲۲۰۹
[صور اختلاف المقومین] ----- ۲۲۱۷
القول فی الشروط التی یقع علیها العقد، ----- ۲۲۳۱
اشارة ----- ۲۲۳۱
الشرط یطلق فی العرف علی معنیین. ----- ۲۲۳۱
احدهما المعنی الحدثی ----- ۲۲۳۱
الثانی: ما یلزم من عدمه العدم، ----- ۲۲۳۳
الکلام فی شروط صحة الشرط، ----- ۲۲۳۷
اشارة ----- ۲۲۳۸
احدها: ان یکون داخلا تحت قدرة المکلف، ----- ۲۲۳۸
الثانی: ان یکون الشرط سائغا فی نفسه، ----- ۲۲۴۴
الثالث: ان یکون مما فیه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، ----- ۲۲۴۵
الرابع: ان لا یکون مخالفا للکتاب و السنة. ----- ۲۲۴۷
الشرط الخامس: ان لا یکون منافیا لمقتضی العقد، ----- ۲۲۸۲

الشرط السادس: ان یکون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فی البیع ----- ۲۲۹۲
الشرط السابع: ان لا یکون مستلزما لمحال، ----- ۲۲۹۵
الشرط الثامن: ان یلتزم به فی متن العقد. ----- ۲۲۹۷
و قد یتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجیز الشرط بناء علی ان تعلیقه یسری الی العقد ----- ۲۳۰۲
مسألة فی حکم الشرط الصحیح ----- ۲۳۰۳
اشارة ----- ۲۳۰۴
الخلاف و الاشکال فی القسم الثانی، و هو ما تعلق فیه الاشتراط بفعل، و الکلام فیه یقع فی مسائل. ----- ۲۳۰۷
الاولی: فی وجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی، ----- ۲۳۰۷
الثانیة: فی انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی فهل یجبر علیه لو امتنع، ----- ۲۳۱۲
الثالثة: فی انه هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الاجبار فیکون مخیرا بینهما؟ أم لا ----- ۲۳۱۹
الرابعة: لو تعذر الشرط، فلیس للمشترط الا الخیار ----- ۲۳۲۱
الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنة المشروط علیه بتلف، او بنقل، او رهن، او استیلاد ----- ۲۳۲۴
السادسة: للمشروط له اسقاط شرط اذا کان مما یقبل الاسقاط، ----- ۲۳۲۸
السابعة: قد عرفت ان الشرط من حیث هو شرط لا یقسط علیه الثمن عند انکشاف التخلف علی المشهور ----- ۲۳۳۰
محتویات الکتاب ----- ۲۳۴۱
الجزء الخامس عشر ----- ۲۳۴۲
[مقدمة المؤلف] ----- ۲۳۴۲
[تتمة القول فی الخیار] ----- ۲۳۴۳
[تتمة القول فی أقسام الخیار] ----- ۲۳۴۳
[تتمة السابع فی خیار العیب] ----- ۲۳۴۳
[تتمة القول فی الشروط التی یقع علیها العقد و شروط صحتها و ما یترتب علی صحیحها و فاسدها] ----- ۲۳۴۳
القول فی حکم الشرط الفاسد ----- ۲۳۴۳
اشارة ----- ۲۳۴۳
الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمّل فی عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فی الوعید، ----- ۲۳۴۳

الثانی: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد علی القول بافساده لم یصح بذلک العقد لانعقاده بینهما علی الفساد، ----- ۲۳۶۲
الثالث: لو ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم یذکر فی العقد، فهل یبطل العقد بذلک ----- ۲۳۶۳
الرابع: لو کان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء، ----- ۲۳۶۷
الکلام فی احکام الخیار ----- ۲۳۶۸
الخیار موروث بانواعه، ----- ۲۳۶۸
اشارة ----- ۲۳۶۸
الاستدلال علی هذا الحکم بالکتاب و السنة الواردین فی إرث ما ترک المیّت یتوقف علی ثبوت امرین. ----- ۲۳۶۹
احدهما: کون الخیار حقا لا حکما شرعیا، ----- ۲۳۶۹
الثانی: کونه حقا قابلا للانتقال، ----- ۲۳۷۰
بقی الکلام فی انّ إرث الخیار لیس تابعا لارث المال فعلا ----- ۲۳۷۱
مسئلة فی کیفیة استحقاق کل من الورثة للخیار مع انه شیء واحد غیر قابل للتجزئة و التقسیم ----- ۲۳۸۰
وجوه. ----- ۲۳۸۰
الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق کل منهم خیارا مستقلا کمورثه، ----- ۲۳۸۰
الثانی: استحقاق کل منهم خیارا مستقلا فی نصیبه فله الفسخ فیه، ----- ۲۳۸۱
الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخیار ----- ۲۳۸۲
فرع: اذا اجتمع الورثة کلهم علی الفسخ فیما باعه مورّثهم ----- ۲۳۹۳
مسئلة لو کان الخیار لأجنبی و مات، ----- ۲۳۹۷
مسئلة و من احکام الخیار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخیار، ----- ۲۳۹۹
مسئلة هل الفسخ یحصل بنفس التصرف، او یحصل قبله متصلا به. ----- ۲۴۰۶
اشارة ----- ۲۴۰۶
فرع: لو اشتری عبدا بجاریة مع الخیار له، فقال: اعتقهما ----- ۲۴۱۷
مسئلة من احکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفا یمنع من استرداد العین عند الفسخ علی قول الشیخ. ----- ۲۴۲۰
اشارة ----- ۲۴۲۰
فرعان: ----- ۲۴۳۵

الأول لو منعا عن التصرف المتلف فی زمن الخیار، فهل یمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذی الخیار من العین، ----- ۲۴۳۵

الثانی: انه هل یجوز اجارة العین فی زمان الخیار بدون اذن ذی الخیار؟ ----- ۲۴۳۵

مسئلة المشهور ان المبیع یملک بالعقد و اثر الخیار تزلزل الملک بسبب القدرة علی رفع سببه، ----- ۲۴۴۲

مسئلة و من احکام الخیار کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار فی الجملة ----- ۲۴۶۰

مسئلة و من احکام الخیار ما ذکره فی التذکرة، فقال: لا یجب علی البائع تسلیم المبیع، و لا علی المشتری تسلیم الثمن فی زمان الخیار. ۲۴۷۹

مسئلة قال فی القواعد: لا یبطل الخیار بتلف العین، ----- ۲۴۸۰

اشارة ----- ۲۴۸۰

[مواضع التردد فی ثبوت الخیار مع التلف] ----- ۲۴۸۲

اشارة ----- ۲۴۸۲

[ما ذکره العلامة] ----- ۲۴۸۲

[ما ذکره المحقق الثانی] ----- ۲۴۸۲

و من مواضع التردد ما اذا جعل المتعاقدان الخیار علی وجه ارادتهما التسلط علی مجرّد الردّ ----- ۲۴۸۳

مسئلة لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونة بلا خلاف علی الظاهر، ----- ۲۴۸۶

محتویات الکتاب ----- ۲۴۸۷

الجزء السادس عشر ----- ۲۴۸۸

[مقدمة المؤلف] ----- ۲۴۸۸

القول فی النقد و النسیئة ----- ۲۴۸۸

[أقسام البیع باعتبار تأخیر و تقدیم أحد العوضین] ----- ۲۴۸۹

مسئلة اطلاق العقد یقتضی النقد، ----- ۲۴۸۹

مسئلة یجوز اشتراط تأجیل الثمن مدة معینة غیر محتملة مفهوما و لا مصداقا، للزیادة و النقصان غیر المسامح فیهما ----- ۲۴۹۳

مسئلة لو باع بثمن حالا و بازید منه مؤجلا. ----- ۲۴۹۸

مسئلة لا یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل، ----- ۲۵۰۶

مسئلة اذا کان الثمن بل کل دین حالا او حلّ، وجب علی مالکه قبوله عند دفعه إلیه، ----- ۲۵۱۱

مسئلة [عدم جواز تأجیل الثمن الحال بأزید منه و الاستدلال علیه] ----- ۲۵۱۹

مسئلة اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجّل، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده، بجنس الثمن و غيره، ----- ۲۵۲۴

القول فی القبض ----- ۲۵۴۳

[القبض لغة] ----- ۲۵۴۳

و النظر فی ماهيته و وجوبه و احکامه يقع فی مسائل ----- ۲۵۴۳

مسألة: اختلفوا فی ماهية القبض فی المنقول بعد اتفاقهم علی انها التخلية فی غير المنقول، ----- ۲۵۴۳

اشارة ----- ۲۵۴۳

[الأقوال] ----- ۲۵۴۳

احدها: انها التخلية أيضا، ----- ۲۵۴۳

الثانی: انه فی المنقول النقل، و فيما يعتبر کيله او وزنه: الکيل، او الوزن. ----- ۲۵۴۴

الثالث: ما فی الدروس من انه فی الحيوان نقله، ----- ۲۵۴۴

الرابع: ما فی الغنية و عن الخلاف و السرائر و اللمعة انه التحويل و النقل. ----- ۲۵۴۴

الخامس: ما فی المبسوط من انه ان [کان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو التناول باليد] ----- ۲۵۴۴

السادس: انه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد، ----- ۲۵۴۵

السابع: ما فی المختلف، من انه ان کان منقولا فالقبض فيه النقل او الاخذ باليد. ----- ۲۵۴۵

الثامن: انه التخلية مطلقا بالنسبة الی انتقال الضمان الی المشتری دون النهی عن بيع ما لم يقبض ----- ۲۵۴۵

[نظر المؤلف فی المسألة] ----- ۲۵۴۵

[المناقشة فی الأقوال المذکورة و بيان قول الأقوی] ----- ۲۵۴۶

فرعان: ----- ۲۵۵۷

الأول: قال فی التذکرة: لو باع دارا او سفينة مشحونة بامتعة البائع، ----- ۲۵۵۷

الثانی: قال فی المسالک: لو کان المبيع مکيلا او موزونا فلا يخلو اما ان يکون قد کيل قبل البيع او وزن، او لا ----- ۲۵۵۸

القول فی وجوب القبض ----- ۲۵۶۸

مسألة: يجب علی کل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع لاقتضاء العقد لذلک. ----- ۲۵۶۸

مسئلة يجب علی البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقا، و من غيرها فی الجملة. ----- ۲۵۷۴

مسئلة لو امتنع البائع من التسليم فان کان لحقّ، کما لو امتنع المشتری عن تسليم الثمن، فلا اثم. ----- ۲۵۷۸

الکلام فی احکام القبض ----- ۲۵۸۰
اشارة ----- ۲۵۸۰
مسألة:- من احکام القبض انتقال الضمان ممن نقله الی القابض، ----- ۲۵۸۰
مسئلة تلف الثمن المعین قبل القبض، کتلف المبیع المعین فی جمیع ما ذکر ----- ۲۵۹۰
مسئلة لو تلف بعض المبیع قبل قبضه، فان کان مما یقسّط الثمن علیه، انفسخ البیع فیه فیما یقابله من الثمن، ----- ۲۵۹۴
مسئلة الأقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمة بیع المکیل و الموزون قبل قبضه الّا تولیة. ----- ۲۶۰۱
اشارة ----- ۲۶۰۱
و ینبغی التنبیه علی امور. ----- ۲۶۰۹
الأول: ان ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبیع فی هذا الحکم، فیصح بیعه قبل قبضه. ----- ۲۶۰۹
الثانی: هل البیع کنایة عن مطلق الاستبدال، فلا یجوز جعله ثمنا، و لا عوضا فی الصلح و لا اجرة و لا وفاء عما علیه، أم یختص بالبیع.
الثالث: هل المراد من البیع المنهی [إیقاع عقد البیع علی ما لم یقبض أو ما یعم تشخیص الکلی المبیع به] ----- ۲۶۱۳
الرابع: ذکر جماعة انه لو دفع الی من له علیه طعام، دراهم، و قال: اشتر بها لنفسک طعاما، لم یصح ----- ۲۶۲۴
مسئلة لو کان له طعام علی غیره، فطالبه به فی غیر مکان حدوثه فی ذمته فهنا مسائل ثلاث. ----- ۲۶۲۷
أحدها: ان یکون المال سلما ----- ۲۶۲۷
الثانیة: ان یکون ما علیه قرضا ----- ۲۶۲۹
الثالثة: ان یکون الاستقرار من جهة الغصب، ----- ۲۶۳۱
محتویات الکتاب ----- ۲۶۳۳
تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة ----- ۲۶۳۴

ایصال الطالب الی المکاسب

اشارة

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد، ۱۳۸۰ - ۱۳۰۵، شارح

عنوان و نام پدیدآور : ایصال الطالب الی المکاسب: شرح واف بغرض الکتاب، تیعرض لحل مشکلاته و ابداآ مقاصد فی ایجاز و توضیح/ محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : تهران : موسسه کتابسرای اعلمی ، ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری : ج ۱۶

شابک : ۹۶۴-۹۴۰۱۷-۶-۸(دوره): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۹-۵(ج. ۱): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۸-۷(ج. ۲): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۷-۹(ج. ۳): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۶-۰(ج. ۴): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۴-۴(ج. ۶): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۳-۶(ج. ۷): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۵-۲(ج. ۸): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۲-۸(ج. ۹): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۱-X(ج. ۱۰): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۵۰-۱(ج. ۱۱): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۴۹-۸(ج. ۱۲): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۴۵-X(ج. ۱۳): ؛ ۹۶۴-۷۸۶۰-۴۷-۱(ج. ۱۵):

یادداشت : عربی

یادداشت : فهرست نویسی براساس اطلاعات فیپا

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر" المکاسب مرتضی بن محمد امین انصاری "است

عنوان دیگر : المکاسب. شرح

موضوع : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق. المکاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفری -- قرن ق۱۳

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمدامین ، ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق. المکاسب. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف۸م۳۳ ۷۰۲۱۳۳ ۱۳۸۵

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م۸۵-۱۶۸۱۶

الجزء الأول

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ الحمد للّه رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطيبين الطاهرين و لعنة اللّه على اعدائهم اجمعين.

و بعد: يقول محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى: هذا كتاب (ايصال الطالب) فى شرح كتاب (المكاسب) للعالم العامل التقى الزاهد آية اللّه الحاج الشيخ المرتضى الانصارى قدس اللّه سره و اجزل اجره، كتبته تبصرة للمبتدئين، و اللّه المسئول ان يوفقنى للاتمام، و يجعله مبينا لمنهج الاسلام، و خالصا لوجهه الكريم، و هو المستعان.

كربلاء المقدسة محمد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۴

[فى المكاسب المحرمة]

اشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ الحمد للّه رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين، و لعنة اللّه على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين «فى المكاسب»

و ينبغى أوّلا التيمن بذكر بعض الاخبار الواردة على سبيل الضابطة للمكاسب

اشارة

من حيث الحل و الحرمة.

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ) (الحمد للّه رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين، و لعنة اللّه على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين) الكلام فى هذا الكتاب (فى المكاسب) جمع مكسب نحو مطالب جمع مطلب، و هذا إما مصدر ميمى بمعنى الكسب و الاكتساب، او المراد به ما يكتسب به، الصادق على العوض و المعوض بل ما له شأنية الاكتساب و ان لم يدخل بعد فى المعاوضة (و ينبغى أوّلا- التيمن بذكر بعض الاخبار الواردة على سبيل الضابطة للمكاسب من حيث الحل و الحرمة) و المراد بالحل مقابل الحرمة فهو اعم من الواجب و المستحب و المكروه و المباح، و هذا هو المراد ب «حلال محمد صلى اللّه عليه و آله و سلم حلال الى يوم القيامة» لا ان المراد قسم خاص من الاقسام الخمسة.

ثم ان المراد بالتيمن جعل الكتاب ميمونا و مباركا بافتتاحه بالاخبار، لانه يأتى فى كل مورد من المسائل الجزئية الروايات الواردة فى تلك المسألة فذكر هذه الروايات هنا لمجرد التيمن و البركة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۵

[حديث تحف العقول فى أنواع المكاسب]

فنقول- مستعينا باللّه تعالى-: روى فى الوسائل و الحدائق عن الحسن ابن على بن شعبة فى كتاب «تحف العقول» عن مولانا الصادق صلوات اللّه و سلامه عليه حيث سئل عن معايش العباد؟ فقال: جميع المعايش كلها من وجوه المعاملات فيما بينهم

(فنقول مستعينا باللّه تعالى: روى فى الوسائل و الحدائق عن الحسن ابن على بن شعبة فى كتاب تحف العقول) هذه الرواية الآتية بزيادة فى الالفاظ، و كأن صاحب الوسائل و الحدائق هذباها، او اخذ الحدائق عن الوسائل، و الظاهر ان مثل هذا التهذيب جائز لانه من اقسام النقل بالمعنى، كما ان الظاهر ان الراوى عن الامام عليه السلام نقل الحديث بالمعنى، و لذا ورد فى الفاظه الاضطراب نوعا ما، و قد اشكل جمع على هذه الرواية باشكالات لكن الجميع مخدوشة بعد مطابقة مضمونها لسائر الادلة. نعم يشكل العمل بها فيما لو فرض مورد عارضت العمومات نحو «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» و «تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْكُمْ» و ما اشبه. و كيف كان فهى مروية (عن مولانا الصادق صلوات اللّه و سلامه عليه حيث) انه (سئل عن معايش العباد) و المراد ما يعيش به العباد سواء كان سببا قريبا للعيش كالمأكول و

الملبوس، او السبب البعید کالنکاح و الامارة و ما اشبه. و الظاهر ان السؤال عن المحلل و المحرم من اسباب العیش و وسائل الحیاة (فقال) الصادق علیه السلام (: جمیع المعایش کلها من وجوه المعاملات) و اضافة الوجوه الی المعاملة اما بیانیة و اما باعتبار امکان ان تتصف معاملة واحدة بوجوه متعددة مثلا یتصف التسلیط بمقابل بالبیع تارة، و الهبة المعوضة اخری، و الصلح ثالثة و هکذا (فیما بینهم) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۶

مما یکون لهم فیه المکاسب اربع جهات، و یکون فیها حلال من جهة و حرام من جهة.

فاول هذه الجهات الاربع: الولایة ثم التجارة ثم الصناعات ثم الاجارات

بین العباد (مما یکون لهم فیه) ای فی ذلک الجمیع (المکاسب) فی مقابل المعایش التی لا کسب لهم فیها کالتنفس و الاستفادة من ضیاء الشمس و حرها و نحو ذلک (اربع جهات) اما سائر الجهات التی لم تذکر فی هذه الروایة فالظاهر اندراجها فی الجهات الاربع المذکورة، فلا یقال: کیف لم یذکر الامام علیه السلام بعض الجهات فی هذه الروایة؟ کما لا یقال کیف عد المعایش فی هذه الروایة أربعة و فی روایة المحکم و المتشابه خمسة؟ (و یکون فیها) ای فی تلک الجهات الاربع (حلال من جهة و حرام من جهة) بمعنی ان فردا من افراد تلک المعاملة حرام و فرد اخر حلال، او بمعنی ان الفرد الواحد ان اتصف بصفة کان حلالا و ان اتصف بصفة اخری کان حراما.

(فاول هذه الجهات الاربع: الولایة) و هی بمعنی تولی الامور و ارتکابها و کون الولایة معاملة بمعناها اللغوی اذ لیست الولایة معاملة اصطلاحیة، و کذلک الصناعة لیست معاملة اصطلاحیة (ثم التجارة ثم الصناعات ثم الاجارات) و لعل افراد لفظ «الولایة و التجارة» بخلاف «الصناعات و الاجارات» للتفنن فی العبارة و لا یخفی الفرق بین (الولایة) و (الاجارة) فان الاجارة تحتاج الی رضایة الطرفین، بخلاف (الولایة) فاذا امر الوالی العادل لزم قبول ولایته. فلا یقال ان (الولایة) قسم من اقسام الاجارة فکیف تعد فی قبالها؟ ثم ان المواریث و الاخماس و الزکوات و ما اشبه لیست

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۷

و الفرض من اللّه تعالی علی العباد فی هذه المعاملات: الدخول فی جهات الحلال و العمل بذلک و اجتناب جهات الحرام منها، فاحدی الجهتین من الولایة: ولایة ولاة العدل الذین امر اللّه بولایتهم علی الناس. و الجهة الاخری ولایة ولاة الجور.

فوجه الحلال من الولایة ولایة الوالی العادل و ولایة ولاته

داخلة فی الامور الاربع المذکورة لانها امور قهریة و الکلام فی الحدیث حول المکاسب کما عرفت (و الفرض من اللّه تعالی) ای الذی کتبه مباحا جائزا لا ان المراد بالفرض الواجب (علی العباد فی هذه المعاملات) الاربع (الدخول فی جهات الحلال و العمل بذلک) الحلال (و اجتناب جهات الحرام منها) ای من هذه المعاملات و (الدخول) مقدمة (للعمل) مثلا (التولی) من قبل السلطان دخول اما العمل بمقتضی الروایة فهو عمل (فاحدی الجهتین) ای جهتی الحلال و الحرام (من الولایة ولایة ولاة العدل الذین امر اللّه بولایتهم علی الناس) فان الولایة أولا و بالذات للّه سبحانه ثم جعلها للنبی و الائمة ثم لولاتهم، و هذه هی الولایة المحللة (و الجهة الاخری) و هی الجهة المحرمة من الولایة (ولایة ولاة الجور) و حیث اجمل الامام علیه السلام جهتی الولایة شرع فی التفصیل فقال:

(فوجه الحلال من الولایة ولایة الوالی العادل) ای النبی و الامام و لا یخفی ان المراد بالولایة هنا تصرفهم (ع) فی الامور فان التصرف هو الذی یتصف بالحل و الحرمة، اما ولایتهم علیهم السلام من قبل اللّه تعالی فذلک امر قهری لا یتصف بالحلیة و الحرمة (و ولایة ولاته) الذین ینصبهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۸

بجهة ما امر به الوالى العادل بلا زيادة او نقيصة، فالولاية له و العمل معه و معونته و تقويته حلال محلل.

و اما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر

للامور (بجهة ما امر اللّه به الوالى العادل) «بجهة» متعلق بقوله «ولاية» و «الباء» بمعنى «فى» اى تولى الولاة للامور انما يكون حلالا اذا كان توليا بالنسبة الى ما امر اللّه (بلا زيادة او نقيصة) اما اذا خان الولاة و ما اشبه كان ذلك من الولاية المحرمة، مثلا اذا امر الرسول صلى اللّه عليه و آله خالد بن الوليد بعدم محاربة من اظهر الاسلام فاذا حاربهم و قتلهم كان ذلك حراما و ان كان خالد فى نفسه واليا من قبل الرسول صلى اللّه عليه و آله او اذا امر الامام عليه السلام ابن عباس بولاية البصرة فخان فى بيت مال المسلمين كانت الخيانة محرمة و ان كان ابن عباس فى نفسه واليا للامام عليه السلام (فالولاية له) اى للوالى العادل بان يقبل الانسان ان يكون متوليا للامور عن قبل الوالى العادل (و العمل معه) بان يعمل تحت حكومة الوالى العادل (و معونته) بان يعين الانسان الوالى العادل فى جلب المال و الرجال من اجله (و تقويته) بان يعمل بما يقوى سلطان الوالى العادل- و الظاهر انه عطف تفسيرى لمعونته- (حلال) اى ليس بحرام و ان كان فى بعض الاحيان واجبا (محلل) من قبيل «ليل الليل» فهو تاكيد لقوله عليه السلام «حلال» و ان كان فرق بينهما فهو اعتبارى. (و اما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر) اى تولى الشخص الذى لم يأذن له اللّه سبحانه للامور، فان نفس التولى جوروان كان لم يجر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۹

و ولاية ولاته فالعمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام، معذب فاعل ذلك على قليل من فعله او كثير، لان كل شىء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر. و ذلك ان فى ولاية والى الجائر دروس الحق كله و احياء الباطل كله و اظهار الظلم و الجور و الفساد و ابطال الكتب

فى اعماله، مثلا قتال الكفار ليس بجور فى نفسه، نعم لو تولاه غير النبى و الامام أو المأذون من قبلهما كان توليه لذلك جورا و ظلما لانه تصرف فى حق الوالى العادل بلا اذنه (و ولاية ولاته) و المراد ان تقمصهم لهذا المنصب حرام و كذلك توليهم للامور بعد اصل التقمص (ف) كذلك يحرم (العمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية) اما العمل و الكسب لهم لا بجهة الولاية كما لو بنى لهم دارا لاجل السكنى او كتب لهم كتابا غير مربوط بولايتهم فحال ذلك حال العمل لغيرهم. اما الاعمال المرتبطة بالولاية (معهم) ف (حرام محرم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله او كثير لان كل شىء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر) و ان كان هناك اختلاف بين اقسام الاعانة فبعضها محرمة من جهتين جهة ذاتية وجهة عرضية و بعضها محرمة من جهة عرضية (و ذلك) الحرام انما هو بسبب (ان فى ولاية والى الجائر دروس الحق كله) لفظة «كل» باعتبار الانواع لا الافراد لوضوح ان بعض افراد الحق مما يمكن الاتيان به تحت لواء الجائر (و احياء الباطل كله) و التلازم واضح فان شرط الولاية العدالة و اذا انتفت العدالة قامت الهوى مقامها، و فى اتباع الهوى احياء لكل انواع الباطل، و لا ادل على ذلك من التاريخ الذى يشهد بان ولاة الجور ارتكبوا كل حرام و تركوا كل واجب (و اظهار الظلم و الجور و الفساد و ابطال الكتب) بترك العمل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۰

و قتل الأنبياء و هدم المساجد، و تبديل سنة اللّه و شرائعه، فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم و الكسب معهم الا بجهة الضرورة نظير الضرورة الى الدم و الميتة.

و اما تفسير التجارات فى جميع البيوع و وجوه الحلال من وجه التجارات التى يجوز للبائع أن يبيع مما لا يجوز له، و كذلك المشترى

الذی یجوز له شراؤه مما لا یجوز

بمحتویاتها و احکامها (و قتل الأنبیاء و هدم المساجد) عنادا او لاجل اغراض باطلة (و تبدیل سنة اللّه و شرائعه) الی قوانین و أنظمة وضعها البشر، او الی الفوضی و الاضطراب (فلذلک) الفساد المترتب علی ولایة الجائر (حرم العمل معهم و معونتهم و الکسب معهم الا بجهة الضرورة) بان اضطر الانسان الی العمل معهم لتهدیدهم بانه اذا لم یعمل معهم الحقوا به ضررا او لانه کان مضطرا لبقائه فی العمل معهم کما لو انه مات جوعا اذا لم یعمل معهم او ما اشبه ذلک من انحاء الاضطرار المبیح لارتکاب الحرام. نعم لو دار الامر بین ارتکاب هذا الحرام او حرام اخف کان اللازم تقدیم الحرام الاخف کما هو القاعدة فی دوران الامر بین المحذورین. فالاضطرار هنا (نظیر الضرورة الی الدم و المیتة) فکما یباحان عند الضرورة کذلک تباح الولایة عند الضرورة فقط.

(و اما تفسیر التجارات فی جمیع) انواع (البیوع و وجوه الحلال) عطف علی «التجارات» (من وجه التجارات التی یجوز للبائع أن یبیع مما لا یجوز له) متعلق «بتفسیر» لتضمنه معنی التمیز ای تمیز ما یجوز مما لا یجوز (و کذلک المشتری الذی یجوز له شراؤه مما لا یجوز) ای تمیز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۱

فکل مأمور به مما هو غذاء للعباد و قوامهم به، فی امورهم فی وجوه الصلاح الذی لا یقیمهم غیره مما یأکلون و یشربون و یلبسون و ینکحون و یملکون و یستعملون من جمیع المنافع التی لا یقیمهم غیرها و کل شیء

ما یجوز للمشتری شراؤه مما لا یجوز، و لعل ذکر المشتری من باب انه ربما یجوز للبائع بیع الشیء بینما لا یجوز للمشتری اشتراؤه او بالعکس لاجتماع، الشرائط فی احدهما. لکن الظاهر ان ذلک من باب التأکید و یحتمل قراءة «المشتری» بصیغة المفعول، و المراد به المبیع (فکل ما هو مأمور به مما هو غذاء للعباد و قوامهم به فی امورهم) المختلفة و شئونهم المتنوعة، و المراد بالمأمور به الاعم من الواجب (فی وجوه الصلاح) المراد بالصلاح ما یقابل الفساد فیشمل ما لا یکون فیه الصلاح بالمعنی الاخص (الذی لا یقیمهم غیره) هذا بیان للصلاح، و لیس المراد عدم امکان القیام للناس الا بکل فرد بل المراد ان هذه المجموعة من الامور الصالحة هی التی تقیم الاجتماع. فمثلا المسکن و الملبس و المأکل و ما اشبه هی التی تقیم الناس حتی انه لو لا هذه الکلیات لم یمکن للانسان القیام. و لعل الاتیان بهذا الوصف لافادة وجه تجویز اللّه سبحانه هذه الامور الصالحة دون غیرها (مما یأکلون و یشربون و یلبسون و ینکحون) ادخال النکاح فی ضمن «التجارات» اما من جهة اخذ التجارة بالمعنی الاعم، فان النکاح أیضا تبدیل البضع بالمال او من باب ادخال المثل فی المثل لوحدتهما حکما، او المراد به النکاح بالنسبة. للاماء و الاول اقرب (و یملکون) بالتجارة (و یستعملون من جمیع) انواع (المنافع التی لا یقیمهم غیرها و کل شیء) عطف علی قوله «فکل ما هو مأمور به»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۲

یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات، فهذا کله حلال بیعه و شراؤه و امساکه و استعماله و هبته و عاریته.

و اما وجوه الحرام من البیع و الشراء فکل امر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه

(یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات) و هذا اما عطف بیان لقوله أو لا «فکل ما هو» او المراد «بکل ما» الصنف الواجب و المراد بهذا غیر الواجب. و المراد ب «جهة» وجود صلاح ما فی الشیء، لا ان المراد وجود الصلاح و الفساد، اذ ما یأتی منه الفساد لا یجوز تجارته و ان کان فیه جهة صلاح. و الحاصل ان ما لیس فیه الفساد قد یکون صالحا من کل الجهات، و قد یکون صالحا من بعض الجهات (فهذا کله) خبر لقوله «کل ما هو مأمور به» و یجوز دخول (الفاء) فی الخبر- کما فی کتاب المطول- (حلال بیعه و

شراؤه و امساکه) ذکر الامساک، لان امساک بعض المحرمات- کالمغصوب- لیس بجائز (و استعماله و هبته و عاریته) و سائر انواع التقلب فیه غیر التقلب المنهی عنه، مثل اتلافه مثلا، فانه غیر جائز فیما اذا کان مالا معتدا به، او نحوه.

(و اما وجوه الحرام من البیع و الشراء ف) تفصیل الکلام فیه ان (کل امر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه) القید اما لاخراج الفساد القلیل کاستعمال بعض المضرات التی لیست اضرارها بحد الحرمهٔ، و اما لبیان ان ما فیه الفساد اذا کان فیه جههٔ صلاح غیر منهی عنه، لا یکون جههٔ صلاحه داخلا فی هذه الکلیهٔ، مثلا یجوز استعمال الماء النجس فی سقی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳

من جههٔ اکله او شربه او کسبه او نکاحه او ملکه او امساکه او هبته او عاریته، او شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد، نظیر البیع بالربا او بیع المیتهٔ او الدم او لحم الخنزیر او لحوم السباع من صنوف سباع الوحش او الطیر او جلودها

الشجر، و لا یجوز استعماله فی الادواء (من جههٔ اکله او شربه او کسبه) بان منع الشارع الاکتساب به کالاکتساب- بالغناء (و انکاحه) تذکیر الضمیر اما باعتبار المنکوح المحرم کالغلام او باعتبار عود الضمیر الی «ما» (او ملکه) بان منع الشارع عن تملکه کالخنزیر (او امساکه) کتحریم الشارع لامساک جاریهٔ الغیر مثلا (او هبته او عاریته) کالملک المحجور، او المراد بیان امثلهٔ للاستعمال (او شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد) المراد به وجود «فساد ما» فیه. لا ان المراد وجود فساد و وجود صلاح حتی یقال بالتعارض بین هذه الفقرهٔ و الفقرهٔ السابقهٔ ای قوله «الصلاح من جههٔ من الجهات» اما ما فیه الصلاح و الفساد معا فاللازم ترجیح الاهم بنظر الشارع و اعمال قواعد التزاحم (نظیر البیع بالربا او بیع المیتهٔ او) بیع (الدم او) بیع (لحم الخنزیر او لحوم السباع من) مختلف (صنوف سباع الوحش او الطیر) لقد مثل الامام علیه السلام بما تکون حرمهٔ البیع لأجل حرمهٔ المبیع کالدم و لحم الخنزیر، و ربما تکون حرمهٔ البیع لاجل نفس البیع کالربا فان ذات المبیع لیس محرما (او جلودها) هذا ظاهر فی حرمهٔ بیع الجلود للسباع مطلقا، و ربما یقال بان المراد بیع الجلود فیما اذا لم یذکی الحیوان بناء علی ان الذین یحصلون علی هذه الجلود خصوصا فی زمن صدور الروایات هم الذین لا یعتقدون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴

او الخمر او شیء من وجوه النجس. فهذا کله حرام محرم، لان ذلک کله منهی عن اکله و شربه و لبسه و ملکه و امساکه و التقلب فیه. فجمیع تقلبه فی ذلک حرام و کذلک کل مبیع ملهو به و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه عز و جل او یقوی به الکفر و الشرک من جمیع وجوه المعاصی او باب یوهن به الحق

بالتذکیهٔ و هذا لیس ببعید. و قیل فی وجه التحریم بمحامل اخر (او) بیع (الخمر او شیء من وجوه النجس) کالبول و الغائط و المنی و ما اشبه (فهذا کله حرام محرم) هذا خبر قوله «فکل امر یکون» (لان ذلک کله منهی عن اکله و شربه و لبسه و ملکه و امساکه و التقلب فیه) بالنقل و الانتقال و العاریهٔ و الصلح و الودیعهٔ و ما اشبه و ما لیس فیه جههٔ حلال لا یجوز انحاء التصرف فیه (فجمیع تقلبه فی ذلک) الذی ذکرنا مما فیه الفساد (حرام) غیر جائز. و الکلام و ان کان فی البیع لکن ذکر غیره للمماثلهٔ فی الحرمهٔ (و کذلک) یحرم البیع و الشراء بالنسبهٔ الی (کل مبیع ملهو به) کالطنبور و المزمار و القانون و ما اشبه من سائر آلات اللهو (و کل) شیء (منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه عز و جل) کالاصنام و الاوثان (او) الشیء الذی (یقوی به الکفر و الشرک) و ان لم یکن بالذات محرما، و ذلک کبیع السلاح من اعداء الاسلام (من جمیع وجوه المعاصی) لعله بیان لما سبق ای کل منهی عنه او مقرب لغیر اللّه من جمیع انحاء المعاصی فان کل معصیهٔ فانما هی تقرب الی الشیطان (أو) من (باب یوهن به الحق) و ان لم یکن حراما بالذات. و الحاصل ان کل شیء محرم ذاتا، او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵

فهو حرام محرم بیعه و شراؤه و امساکه و ملکه و هبته و عاریته و جمیع التقلب فیه الا فی حال تدعو الضرورة فیه الی ذلک.

و اما تفسیر الاجارات فاجارة الانسان نفسه او ما یملک او یلی امره من قرابته او دابته او ثوبه، فوجه الحلال من جهات الاجارات ان یوجر نفسه او داره او ارضه او شیئا یملکه فیما ینتفع به من وجوه المنافع

عرضه عنوان حرام لانه باب یوهن به الحق (فهو حرام محرم بیعه و شراؤه و امساکه و ملکه و هبته و عاریته و جمیع التقلب فیه) کل بالنسبة الی الوجه المحرم، اذ ربما لا یکون الامساک محرما و انما البیع محرم کالکلب الذی یجوز امساکه و لا یجوز بیعه، او بالعکس بان جاز بیعه و لم یجز امساکه کالعبد المسلم عند الکافر (الا فی حال تدعو الضرورة فیه) ای فی ذلک الحال (الی ذلک) التقلب و التصرف فی ذلک الشیء المحرم، فانه ما من شیء حرمه اللّه الا و قد احله لمن اضطر إلیه.

(و اما تفسیر الاجارات فاجارة الانسان نفسه) لیعمل عملا (او ما یملک) کاجارة داره و اجارة عبده (اویلی امره) ولایة شرعیة ثم بین بعض وجوه الولایة بقوله: (من قرابته) کاجارة ولده (او دابته او ثوبه) هذا بیان لکل الاجارات من غیر تعرض للحلال او الحرام، ثم بین المحلل من المحرم بقوله: (فوجه الحلال من جهات الاجارات ان یوجر) الانسان (نفسه او داره او ارضه او شیئا یملکه) کدکّانه و دابته و سائر ممتلکاته (فیما ینتفع به من وجوه المنافع) المحللة کایجار الدار للسکنی، لا لبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶

او العمل بنفسه و ولده و مملوکه و اجیره من غیر ان یکون وکیلا للوالی او والیا للوالی، فلا بأس ان یکون اجیرا یوجر نفسه او ولده او قرابته او ملکه او وکیله فی اجارته، لانهم وکلاء

الخمر مثلا (او العمل) بمجرد الاذن دون الاجارة بالصیغة (بنفسه و ولده و مملوکه و اجیره) فانه سواء آجر الانسان نفسه او عمل عملا للغیر بدون اجراء صیغة الاجارة یکون فی الحقیقة اجیرا لانه یبذل نفسه فی مقابل اجرة (من غیر ان یکون) هذا الانسان الموجر لنفسه (وکیلا للوالی) فانه اذا کان وکیلا للوالی لا یجوز له ان یوجر نفسه لغیر الوالی لمنافاة حق الوالی مع حق الشخص الذی یستأجره (او والیا للوالی) بحیث یلزم علیه صرف نفسه فی مصالح الوالی، و من المحتمل ان یکون الاستثناء باعتبار ان والی الوالی و وکیله عملهما محرم، فالمعنی ان وجه الحلال من وجوه الاجارة اجارة الانسان لنفسه لعمل محلل لا الاجارة للوالی الجائر فانها محرمة- و المراد بالاجارة للوالی الولایة من قبله- ثم وضح الامام علیه السلام ما ذکره من وجه الاجارة المحللة بقوله: (فلا بأس) للانسان (ان یکون اجیرا یوجر نفسه او) یکون یوجر (ولده او قرابته) إما المراد بالولد الصبی و بالقرابة اولاد الاولاد، او المراد بالقرابة کل قریب له سلطة علیه سلطة عرفیة مع اذن ذلک القریب، و انما ذکر القریب لتعارف اذن الاقرباء بعضهم لبعض فی اجارتهم (او) یوجر (ملکه) کداره (او) یوجر (وکیله فی اجارته) کما لو و کلنی زید فی ان اوجره فآجرته لعمرو، و انما یصح اجارة الانسان لولده و قرابته و ملکه- کالعبد- و وکیله (لانهم) ای هؤلاء الاربعة (و کلاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷

الأجیر من عنده لیس هم بولاة الوالی، نظیر الحمال الذی یحمل شیئا معلوما بشیء معلوم فیحمل ذلک الشیء الذی یجوز له حمله بنفسه او بملکه او دابته او یوجر نفسه فی عمل یعمل ذلک العمل حلالا، لمن کان من الناس، ملکا او سوقة او کافرا او مؤمنا فحلال اجارته، و حلال کسبه من هذه الوجوه.

فاما وجوه الحرام من وجوه الاجارة، نظیر ان یؤاجر

الأجير) الذى آجر نفسه بمن يتعلق به لعمل ما، مثلا: آجر زيد نفسه بمن يتعلق به لبناء دار عمرو، فاذا عمل بنفسه و ولده و عبده و وكيله فى بناء الدار كان عملهم حلالا لانهم وكلاء لزيد (من عنده) اى انه من عند نفسه فعمله حلال، و اذا حل عمل زيد حل عملهم. (ليس هم) اى هؤلاء الاربعة الاصناف (بولاة الوالى) حتى يكون عملهم حراما، و ذلك (نظير الحمال الذى) يوجر نفسه لان (يحمل شيئا معلوما) كمن من حنطة (بشىء معلوم) كدرهم، (فيحمل ذلك الشىء الذى يجوز له حمله) كالمن من الحنطة (بنفسه او بملكه) اى يحمله من يملك امره كولده و قرابته و عبده و وكيله (او دابته) فان كل ذلك حلال محلل له و لهم. (او يوجر نفسه فى عمل يعمل ذلك العمل) كالخياطة، فان كل هذه الانحاء من الاجارة يكون (حلالا) محللا (لمن كان من الناس ملكا، او سوقة او كافرا او مؤمنا) فان العمل الشخصى للكافر و الجائر جائز فى نفسه اذا لم يكن على وجه المعونة للكفر و الظلم، كأن يخيط الانسان ثوب الكافر او الجائر (فحلال اجارته و حلال كسبه من هذه الوجوه) التى ذكرناها.

(فاما وجوه الحرام من وجوه الاجارة) فهو: (نظير ان يؤاجر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۸

نفسه على حمل ما يحرم اكله او شربه، او يؤاجر نفسه فى صنعة ذلك الشىء او حفظه، او يؤاجر نفسه فى هدم المساجد ضرارا، او قتل النفس بغير حق، او عمل التصاوير و الاصنام و المزامير و البرابط و الخمر، و الخنازير و الميتة و الدم او شىء من وجوه الفساد الذى كان محرما عليه من غير جهة الاجارة فيه.

و كل امر منهى عنه من جهة من الجهات فمحرم

نفسه على حمل ما يحرم اكله) كلحم الخنزير (او شربه) كالخمر فيما اذا لم يكن الحمل لاجل الافناء و التلف، (او يؤاجر نفسه فى صنعة ذلك الشىء) كصنع الخمر، او ذبح الخنزير لاجل الاكل، او ما اشبه ذلك (او حفظه) لاجل الانتفاع به، اما حفظه لاجل الشهادة على مرتكبه ليعزر او ما اشبه ذلك فليس ذلك حراما (او يؤاجر نفسه فى هدم المساجد ضرارا) مقابل هدم المسجد لاجل مصلحة المسجد توسعة و تعميرا او ما اشبه (او قتل النفس بغير حق) لا مثل قتل النفس حدا او قصاصا (او عمل التصاوير) المحرمة (و الاصنام و المزامير و البرابط) و سائر آلات اللهو (و) عمل (الخمر و) تولى شئون (الخنازير) رعيا او ذبحا او حفظا لاجل اكله او ما اشبه ذلك (و الميتة و الدم او) عمل (شىء من وجوه الفساد الذى كان محرما عليه) بالذات (من غير جهة الاجارة فيه) كأن يوجر نفسه لمحاربة اهل الدين او للقيادة او الدياثة او لاصلاح آلات اللهو او ما اشبه ذلك.

(و) كذلك اجارة نفسه لتولى (كل امر منهى عنه من جهة من الجهات) كاجارة نفسه للسحر او القاء الفتنة بين الناس، او التجسس او ما اشبه ذلك. و قوله: «و كل» عطف تفسير لقوله «او شىء» (فمحرم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۹

على الانسان اجارة نفسه فيه اوله، او شىء منه اوله.

الا لمنفعة من استأجرته، كالذى يستأجر له الاجير ليحمل الميتة ينحيها عن اذاه او اذى غيره و ما اشبه ذلك.

الى ان قال: و كل من آجر نفسه او

على الانسان اجارة نفسه فيه) اى فى ذلك الحرام بان يباشر الحرام (اوله) اى لاجل ذلك الحرام بان يهيئ المقدمات، مثلا- قد يوجر الانسان نفسه لحمل الخمر، و قد يوجر نفسه لتهيئة الحمالين لنقلها (او شىء منه) اى اجارته لنفسه بان يعمل جزءا من اجزاء الحرام بنفسه (او له) بان يوجر نفسه لتهيئة مقدمات جزء من الحرام، فلا فرق فى الحرمة بين ان يكون العمل للحرام بالمباشرة او بتهيئة المقدمات، كما لا فرق بين ان يكون العمل للحرام او مقدماته، عملا كاملا منتجا للمحرم، او لبعض المحرم.

(الا) اذا كان العمل المربوط بالحرام (لمنفعة من استأجرته) اى طلبت منه ان تكون اجيرا له، و المعنى: لمنفعة الموجر (كالذى يستأجر له الاجير ليحمل الميتة) لا للاكل و الاستعمال المحرم بل ل (ينحيها عن اذاه) فلا يتأذى بالميتة (او) ينحيها عن (اذى غيره) فلا يتأذى الغير برائحة الميتة المنتنة (و ما اشبه ذلك) كأن يؤجر نفسه لإراقة الخمر او كسر الاصنام او ما اشبه ذلك مما لا يكون العمل لاجل الحرام، بل لنفى الحرام، فانه جائز، بل أحيانا يكون مستحبا، لانه حينئذ من التعاون على الخير.

(الى ان قال) الامام عليه السلام: (و كل من آجر نفسه او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۰

ما يملكك او يلى امره من كافر او مؤمن او ملك او سوقة، على ما فسرنا مما يجوز الاجارة فيه فحلال محلل فعله و كسبه.

و اما تفسير الصناعات فكل ما يتعلم العباد او يعلمون غيرهم، من اصناف الصناعات مثل الكتابة و الحساب و النجارة و الصياغة و البناء و الحياكة و السراجة و القصارة و الخياطة و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحانى و انواع صنوف الآلات التى يحتاج إليها العباد، منها منافعهم

ما يملكك) كالدابة و الدار (او يلى امره) كالولد و القرابة (من كافر او مؤمن، او ملك او سوقة على ما فسرنا) و ذكرنا من اقسام الاجارة المحللة (مما يجوز الاجارة فيه فحلال محلل فعله) بنفسه (و كسبه) اى الثمن الذى حصله.

(و اما تفسير الصناعات) و بيان المحلل و المحرم منها: (فكل ما يتعلم العباد او يعلمون غيرهم، من اصناف الصناعات مثل الكتابة و الحساب و النجارة) للخشب (و الصياغة و البناء و الحياكة و السراجة و القصارة) اى تنظيف الثياب، و يقال للمنظف: القصار. (و الخياطة و صنعة صنوف التصاوير) سواء كانت مجسمة او غير مجسمة. (ما لم يكن مثل الروحانى) مثل: جمع مثال، و الروحانى- بضم الراء- منسوب الى الروح. و المراد تصوير ذوات الارواح. و هل المراد بالصورة المجسمة او الاعم؟ احتمالان (و) من (انواع صنوف الآلات التى يحتاج إليها العباد) كآلات الحياكة و النجارة و ما اشبه (منها) اى من تلك الصناعات و الآلات (منافعهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱

و بها قوامهم و فيها بلغة جميع حوائجهم، فحلال فعله و تعليمه و العمل به و فيه لنفسه او لغيره.

و ان كانت تلك الصناعة و تلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصى و تكون معونة على الحق و الباطل، فلا بأس بصناعته و تقلبه نظير الكتابة التى هى على وجه من وجوه الفساد تقوية و معونة لولاة الجور، و كذلك السكين و السيف و الرمح و القوس

و بها قوامهم) اذ لو لا تلك لا يقوم الانسان فى حضارة و مدنية. (و فيها بلغة) اى البلوغ الى (جميع حوائجهم) و قوله «فكل ما يتعلم» مبتدأ خبره قوله: (فحلال فعله) بان يصنع الانسان تلك الصناعات (و تعليمه) للغير (و العمل به) بالمباشرة فى ذلك العمل (و فيه) اى فى امر ذلك الشيء مقدمة كانت او جزءا، فبناء الدار عمل بالدار، و تهيئة الجص و ما اشبه عمل فى امر الدار، سواء كان العمل فى الصناعة (لنفسه او لغيره).

ثم ان الصناعة او الآلة ان اتى منها الحلال المحض فلا اشكال (و) اما (ان كانت تلك الصناعة و تلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصى) كالسلاح التى يستعان بها للحق تارة و للباطل اخرى (و تكون معونة) و سبب اعانة (على الحق) تارة (و) على (الباطل) اخرى (فلا بأس بصناعته و تقلبه) اى تقلب الانسان فيه (نظير الكتابة التى هى) تارة تستعمل للصلاح و اخرى (على وجه من وجوه الفساد) فانها حينئذ (تقوية و معونة لولاة الجور، و كذلك السكين و السيف و الرمح و القوس) و لا يخفى ان الكتابة مثال للصنعة، و السكين و غيرها مثال للآلة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲

و غير ذلك من وجوه الآلات التى تصرف الى وجوه الصلاح و جهات الفساد و تكون آلة و معونة عليها، فلا بأس بتعليمه و تعلمه و اخذ الاجر عليه و العمل به و فيه، لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق و محرم عليهم تصريفه الى جهات الفساد و المضار فليس على العالم و لا المعلم اثم و لا وزر لما فيه من الرجحان فى منافع جهات صلاحهم و قوامهم و بقائهم

(و غير ذلك من وجوه الآلات التى تصرف الى وجوه الصلاح) تارة (و جهات الفساد) اخرى (و تكون آلة و معونة عليها) اى على جهات الفساد (فلا بأس بتعليمه و تعلمه و اخذ الاجر عليه) بخلاف الحرام الذى لا يجوز للانسان اخذ الاجرة عليه، فان اللّه اذا حرم شيئا حرم اجرته و ثمنه (و العمل به) بان يعمله الانسان مباشرة (و فيه) بان يعمل الانسان فى مقدماته و اجزائه- فلفظة «فى» ظرفية توسعا- (لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق) لا فرق فى جواز عمله للعادل و الجائر كما لا فرق فى من عمل العامل لاجله ان يكون عادلا او جائرا (و محرم عليهم تصريفه الى جهات الفساد و المضار) فتصريف الصنعة كالكتابة و تصريف الآلة كالسيف فى الفساد حرام، اما اصل الكتابة و أصل صنع السيف و استعماله فليس بحرام. (فليس على العالم و لا المعلم) لغيره (اثم و لا وزر) عطف بيان للاثم فى الصنع و استعمال الآلة (لما فيه من الرجحان فى منافع جهات صلاحهم) المراد بالصلاح ضد الفساد فيشمل المباح (و قوامهم و بقائهم) لان الانسان يقوم بالصناعة و الآلة، و يبقى مستمرا فى الحياة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۳

و انما الاثم و الوزر على المتصرف بها فى جهات الفساد و الحرام.

و ذلك انما حرم اللّه الصناعة التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا، نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهو به و الصلبان و الاصنام و ما اشبه ذلك من صناعات الاشربة المحرمة.

و ما يكون منه و فيه الفساد محضا، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح

السعيدة بهما (و انما الاثم و الوزر على المتصرف بها فى جهات الفساد و الحرام).

(و ذلك) انما نقول بعدم الحرمة فى الصناعة و الآلة المشتركة بين الحلال و الحرام لانه (انما حرم اللّه الصناعة التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا نظير البرابط) جمع بربط: اسم لآلة لهو شبيهة بصدر البط و «بر» كلمة فارسية (و المزامير و الشطرنج) فان صنع هذه الآلات و تعليمها و تعلمها كلها حرام (و كل ملهو به) لهوا محرما من قبيل آلات الغناء و القمار، اما مطلق اللهو فليس بمحرم كما حقق فى محله (و الصلبان): جمع صليب فانه شعار النصارى (و الأصنام و ما اشبه ذلك من صناعات الاشربة المحرمة) كالخمر و نحوها فان صنعها، و تعليم الصنع و تعلمه حرام، لانه يأتى منه الفساد محضا و ليس له وجه محلل.

(و) الحاصل (ما يكون منه و فيه الفساد محضا) المراد ما يأتى الفساد منه بالنتيجة بأن يكون سببا للفساد، او ان يكون فى ذاته الفساد. مثلا الخمر فى ذاتها الفساد، اما بيع السلاح لاهل الحرب فيأتى منه الفساد بالنتيجة (و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح) بان لم يكن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۴

فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و اخذ الاجرة عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها.

الا ان يكون صناعة قد تصرف الى جهة المنافع و ان كان قد يتصرف فيها و يتناول بها وجه من وجوه المعاصى، فلعلة ما فيه من الصلاح حل تعلمه و تعليمه و العمل به، و يحرم على من صرفه الى غير وجه الحق و الصلاح.

فهذا تفسير بيان وجوه اكتساب معايش العباد و تعلمهم فى وجوه اكتسابهم

مشترکا بین الصلاح و الفساد، اما اصلا کالصلیب، او لامر عارض کبیع السلاح لاعداء الدین (فحرام تعلیمه و تعلمه و العمل به و اخذ الاجرة علیه) بان یعمله للغیر لقاء الاجر (و جمیع) انحاء (التقلب فیه من جمیع وجوه الحرکات) المحرمة (کلها) اما مثل کسر الصلیب او احراقه او ما اشبه فلیس من الانتفاع المحرم حتی یشمله قوله علیه السلام «التقلب فیه».

(الا ان یکون) الصنع (صناعة قد تصرف الی جهة المنافع) المحللة (و ان کان قد یتصرف فیها) ای فی تلک الصناعة (و یتناول بها وجه من وجوه المعاصی) فکل شأن من شئون ذلک الشیء حلال الا صرفه فی الحرام، و اشار علیه السلام الی علة الحلیة بقوله: (فلعلة ما فیه من الصلاح حل تعلمه و تعلیمه و العمل به. و یحرم) ذلک الشیء صناعة او آلة (علی من صرفه الی غیر وجه الحق و الصلاح).

و هذا الحدیث و ان لم یتعرض الی بعض وجوه المعایش کما عرفت الا انها تعرف بالمقایسة الی ما ذکر علیه السلام. ثم قال علیه السلام: (فهذا تفسیر بیان وجوه اکتساب معایش العباد و تعلمهم فی) مختلف (وجوه اکتسابهم) الی اخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۵

الحدیث.

و حکاه غیر واحد عن رسالة المحکم و المتشابه للسید «قدس سره».

[حدیث فقه الرضا فی أنواع المکاسب]

و فی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا صلوات اللّه و سلامه علیه: اعلم رحمک اللّه، ان کل ما هو مأمور به علی العباد و قوام لهم فی امورهم من وجوه الصلاح، الذی لا یقیمهم غیره مما یأکلون و یشربون و یلبسون و ینکحون و یملکون و یستعملون. فهذا کله حلال بیعه و شراؤه و هبته و عاریته.

(الحدیث) و هو طویل من اراده فلیرجع الی الاصل.

(و حکاه غیر واحد عن رسالة المحکم و المتشابه للسید «قدس سره») نقلا عن تفسیر النعمانی، و لکن هناک اختلاف فی الجملة بین عبارة تحف العقول و بین عبارة المحکم و المتشابه.

(و فی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا صلوات اللّه و سلامه علیه) و قد تعرض لاحوال هذا الکتاب الحاج النوری «قدس سره» فی خاتمة المستدرک، کما ان الوالد «رحمه اللّه» فصل حوله فی رسالة مستقلة (: اعلم رحمک اللّه ان کل ما هو مأمور به علی العباد) المراد بالامر الجواز، الشامل للاباحة فی مقابل الحرام (و) کل ما فیه (قوام لهم فی امورهم من وجوه الصلاح الذی لا یقیمهم غیره) ای لا یقیم حضارتهم. و الا فمن الممکن ان یعیش الانسان عیش الحیوان، (مما یأکلون و یشربون و یلبسون و ینکحون و یملکون و یستعملون) بسائر انحاء الاستعمال.

(فهذا کله حلال بیعه و شراؤه و هبته و عاریته) قد عرفت سابقا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۶

و کل امر یکون فیه الفساد مما قد نهی عنه من جهة اکله و شربه و لبسه و نکاحه و امساکه بوجه الفساد، مثل المیتة و الدم و لحم الخنزیر و الربا و جمیع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما اشبه ذلک فحرام ضار للجسم.

[حدیث دعائم الإسلام فی أنواع المکاسب]

و عن دعائم الاسلام للقاضی نعمان المصری عن مولانا الصادق علیه السلام:

ان الحلال من البیوع کلما کان حلالا من المأکول و المشروب و غیر ذلک

ان هذه الامور من باب المثال، و المراد جمیع انحاء التصرفات.

(و کل امر یکون فیه الفساد مما قد نهی عنه) لعل القید من جهة اخراج ما فیه فساد جزئی مما لم ینه عنه، اذ الضرر اذا لم یکن بالغا لا ینهی عنه الشارع، کالاکل و الشرب الکثیر الذی لا یوجب ضررا کثیرا (من جهة اکله و شربه و لبسه و نکاحه و امساکه بوجه الفساد) فی مقابل الامساک لا- بوجه الفساد، مثل حفظ کتب الضلال بقصد الرد علیها (مثل المیتة و الدم و لحم الخنزیر و الربا و جمیع الفواحش): جمع فاحشة صفة لمقدر و هو «صنعة» او «معصیة» او ما اشبه. و سمی بذلک لانه خارج عن الحق المعتدل، من فحش: اذا تعدی (و لحوم السباع و الخمر و ما اشبه ذلک فحرام) خبر قوله «و کل امر» (ضار للجسم) فی الغالب و قد یکون الضرر للاجتماع او للروح او ما اشبه و انما ذکر «الجسم» لانه الغالب فی اضرار المحرمات، خصها بالنسبة الی الامثلة المذکورة فی الحدیث.

(و عن دعائم الاسلام للقاضی نعمان المصری) المذکور احواله و احوال مؤلفه فی تتمة المستدرک أیضا (عن مولانا الصادق علیه السلام: ان الحلال من البیوع کلما کان حلالا من المأکول و المشروب و غیر ذلک) فاذا جاز اکله او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۷

مما هو قوام للناس، و یباح لهم الانتفاع، و ما کان محرما اصله منهیا عنه لم یجز بیعه و لا شراؤه.

[حدیث نبوی کقاعدة کلیة]

و فی النبوی المشهور: ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه.

«اذا عرفت» ما تلوناه و جعلته فی بالک متدبرا لمدلولاته فنقول: قد جرت عادة غیر واحد علی تقسیم

شربه و سائر استعمالاته جاز بیعه، و اذا لم تکن له منفعة محللة لم یجز بیعه (مما هو قوام للناس و یباح لهم الانتفاع) به (و ما کان محرما اصله) کالخمر و الخنزیر (منهیا عنه لم یجز بیعه و لا شراؤه) و الظاهر ان البیع و الشراء من باب المثال و الا فالصلح و الاجارة و ما اشبه أیضا محکوم بالمنع.

(و فی النبوی المشهور: ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه)، و المراد تحریم الشیء بقول مطلق، لا التحریم من جهة دون جهة.

ثم ان من الفقهاء من لم یعتبر شیئا من هذه الاحادیث، لضعف السند فی الجمیع، و منهم من اعتبر الجمیع لانجبار بعضها بالعمل و حجیة سند البعض، و المراجع لتتمة المستدرک و لکتب الفقه الاستدلالیة یعرف ان کلا من الامرین خارج عن الاعتدال، و انما ینبغی التوسط و لا- اقل من التأیید کما هو شأن غالب کتب الاستدلال، و حیث ان تفصیل المقام خارج عن وظیفة هذا الشرح نکله إلی مظانه.

(اذا عرفت ما تلوناه و جعلته فی بالک متدبرا لمدلولاته) التی هی عبارة عن جملة من القواعد الکلیة، مما جمع جملة منها الفقیه الیزدی فی حاشیته (فنقول: قد جرت عادة غیر واحد) من الفقهاء (علی تقسیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۸

المکاسب الی محرم. و مکروه. و مباح. مهملین للمستحب و الواجب بناء علی عدم وجودهما فی المکاسب، مع امکان التمثیل للمستحب بمثل الزراعة و الرعی مما ندب إلیه الشرع. و للواجب بالصناعة الواجبة کفایة خصوصا اذا تعذر قیام الغیر به فتأمل.

المکاسب الی) ثلاثة اقسام: (محرم) کالربا (و مکروه) کبیع الاکفان (و مباح) کبیع الخبز مثلا، فی حال کونهم (مهملین للمستحب و الواجب) فلم یذکروهما (بناء) منهم (علی عدم وجودهما فی المکاسب، مع امکان التمثیل للمستحب) من المکاسب (بمثل الزراعة و الرعی) للماشیة (مما ندب إلیه الشرع)، فالاکتساب بهما مستحب و ان کان الاتیان بهما لغیر الاکتساب أیضا مستحبا (و) إمکان التمثیل (للواجب بالصناعة الواجبة کفایة) او عینا فیما اذا لم یکن قائم بها غیره فقول المصنف: (خصوصا اذا تعذر قیام الغیر به)، بیان لتأکید الوجوب، لا انه قسم من الواجب الکفائی فعلا (فتامل) لعله اشارة الی أن المستحب و الواجب فی المثالین نفس العمل، لا الاکتساب، فالزراعة مستحبة، و الصناعة واجبة، و لو اتی بهما المکلف مجانا فلیس هناک شیء من الاکتساب مستحبا او واجبا.

ثم ان کون الاکتساب محرما لما کان محتملا لان یراد بالحرمة فیه حرمة النقل و الانتقال، و لان یراد بها حرمة اکل المال فی مقابل الشیء المحرم، اراد المصنف ان یبین ان المراد بالحرمة هو المعنی الاول، فقولهم:

الاکتساب محرم، معناه ان ینقل الانسان الشیء المحرم نقله، و لذا قال:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹

و معنی حرمة الاکتساب: حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الاثر.

و اما حرمة اکل المال فی مقابلها فهو متفرع علی فساد البیع، لانه مال الغیر وقع فی یده بلا سبب شرعی، و ان قلنا بعدم التحریم.

(و معنی حرمة الاکتساب حرمة النقل) من الناقل (و الانتقال) الی المنقول إلیه (بقصد ترتب الاثر) بان تصیر الخمر- مثلا- ملکا للمشتری بعد ما کانت تحت حیازة البائع، فان الخمر و ان لم تکن ملکا فی نظر الشارع، لکن مجرد اجراء البیع علیها بقصد ان تنتقل محرم (و اما حرمة اکل المال فی مقابلها) ای فی مقابل المعاملة المحرمة کأکل بائع الخمر ثمنها (فهو متفرع علی فساد البیع) شرعا، و قوله «هو» راجع الی «اکل المال» (لانه مال الغیر وقع فی یده بلا سبب شرعی) فاذا قلنا حرم الاکتساب بالخمر کان معناه: حرم اجراء المعاملة علی الخمر، و لیس معناه: حرم اکل ثمن الخمر، نعم اکل ثمن الخمر حرام لانه مال الغیر و لا یجوز اکل مال الغیر بدون رضاه.

ان قلت: المشتری راض بان یأکل البائع ماله. قلت: الرضا رضا معاملی فاذا بطلت المعاملة- شرعا- لم یکن رضی فی البین، و الحاصل ان حرمة اکل الثمن لانه مال الغیر (و ان قلنا بعدم التحریم) فی الاکتساب، بان الغی الشارع المعاملة و لم یحرمها، کما لو قال الشارع: المعاملة علی حشرات الارض ملغاة فی نظری فان المعاملة علیها لیست محرمة حینئذ، و مع ذلک کان اکل الثمن حراما، لانه مال الغیر لا یجوز اکله الا برضاه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۰

لان ظاهر ادلة تحریم بیع مثل الخمر منصرف الی ما لو اراد ترتیب الآثار المحرمة.

اما لو قصد الاثر المحلل فلا دلیل علی تحریم المعاملة الا من حیث التشریع.

«و کیف کان» فالاکتساب المحرم انواع، نذکر کلا منها فی طی مسائل:

[النوع الأول الاکتساب بالاعیان النجسة عدا ما استثنی]

اشارة

«الاولی»: الاکتساب بالاعیان النجسة.

و انما قلنا بان «معنی حرمة الاکتساب حرمة النقل» (لان ظاهر ادلة تحریم بیع مثل الخمر منصرف الی ما لو اراد ترتیب الآثار المحرمة) کما هو المتعارف فی معنی «تحریم بیع الشیء الفلانی».

و حیث بین المصنف «رحمه اللّه» معنی «تحریم الاکتساب» نبه علی شیء آخر و هو: انه لو لم یرد المتبایعان الاثر المحرم، کما لو باع الخمر بقصد شربها للاضطرار المبیح للشرب، او بقصد اسقاء الشجر او ما اشبه ذلک مما لیس بمحرم شرعا، فالمعاملة لیست محرمة ذاتا، و انما تحرم تشریعا، فقال:

(اما لو قصد) المکتسب بالخمر (الاثر المحلل فلا دلیل علی تحریم المعاملة الا من حیث التشریع) بمعنی انه یوقع المعاملة علی شیء لم یأذن الشارع فی ایقاع المعاملة علیه، فالبطلان من حیث عدم الاذن لا من حیث النهی.

(و کیف کان) معنی «تحریم المعاملة» (ف) لیس ذلک بمهم و انما المهم صرف عنان الکلام الی بیان ان (الاکتساب المحرم انواع) و (نذکر کلا منها) ای من تلک الانواع (فی طی مسائل):

المسألة (الاولی: الاکتساب بالاعیان النجسة) فان ذلک محرم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۱

عدا ما استثنی،

و فیه مسائل ثمان:

«الأولی» تحرم المعاوضة علی بول غیر مأکول اللحم بلا خلاف ظاهر.

اشارة

لحرمته و نجاسته، و عدم الانتفاع به منفعة محللة مقصودة. فیما عدا بعض افراده کبول الابل الجلالة و الموطوءة

(عدا ما استثنی) کالاکتساب بالعبد الکافر و الکلب الصیود و ما اشبه (و فیه مسائل ثمان):

المسألة (الاولی: تحرم المعاوضة علی بول غیر مأکول اللحم) مثل المعاوضة علی بول الهرة (بلا خلاف ظاهر) بین الفقهاء، (لحرمته) شربا (و نجاسته، و عدم الانتفاع به منفعة محللة مقصودة).

فهذه ادلة أربعة علی عدم الجواز:

الاول: الاجماع.

الثانی: حرمة البول، فیشمله النبوی المتقدم «ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه».

الثالث: نجاسة البول، فیشمله قوله علیه السلام فی روایة تحف العقول: «او شیء من وجوه النجس».

الرابع: عدم الانتفاع به، و من المعلوم ان ما لیس فیه نفع حرام بیعه، لان بذل المال فی مقابل ما لیس بمال لا یوجب انعقاد المعاملة.

و لا یخفی ان مقتضی الدلیل الرابع عدم انعقاد البیع وضعا لا حرمة المعاملة تکلیفا (فیما عدا بعض افراده) هذا استثناء من قوله: «و عدم الانتفاع» (کبول الابل الجلالة او الموطوءة) فانهما ینفعان بعض الامراض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۲

فرعان:

«الاول»: ما عدا بول الابل من ابوال ما یوکل لحمه المحکوم بطهارتها عند المشهور

- ان قلنا بجواز شربها اختیارا کما علیه جماعة من القدماء و المتاخرین، بل عن المرتضی: دعوی الاجماع علیه- فالظاهر جواز بیعها.

کما ذکر فی الطب، فالدلیل الرابع غیر آت فی بول الابل الجلالة نعم الادلة الثلاثة السابقة جاریة فیه.

(فرعان: «الاول»: ما عدا بول الابل من ابوال ما یؤکل لحمه) کبول الغنم و البقر و الغزال و ما اشبه (المحکوم بطهارتها عند المشهور) خلافا لغیر المشهور، فانهم قالوا بنجاسة بعض الابوال کبول الحمار مثلا (ان قلنا بجواز شربها اختیارا، کما علیه جماعة من القدماء و المتاخرین، بل عن) السید (المرتضی: دعوی الاجماع علیه)، و ذلک لعدم الدلیل علی تحریمه، فیشمله قوله علیه السلام: «کل شیء حلال» بل قوله سبحانه «احل لکم ما فی الارض جمیعا» الی غیرهما من الادلة المذکورة فی کتاب الاطعمة و الاشربة. (فالظاهر جواز بیعها) لشمول ادلة «أوفوا بالعقود» و «تجارة من تراض» و ما اشبه، لمثل هذه الابوال الطاهرة اذ لا اجماع علی عدم جواز البیع، و لا حرمة، و لا نجاسة، و لا عدم انتفاع، فلا مخصص لادلة وجوب الوفاء بالعقد، و انما قال المصنف:

«فالظاهر» و لم یجزم بالحکم؟ لاحتمال ان تنفر طباع العامة یسقط مالیته فاذا لم تکن له مالیة لم یصح البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳

و ان قلنا بحرمة شربها- کما هو مذهب جماعة اخری، لاستخباثها- ففی جواز بیعها قولان:

من عدم المنفعة المحللة المقصودة فیها.

و المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز المعاوضة علی کل شیء.

(و ان قلنا بحرمة شربها، کما هو مذهب جماعة اخری،) و ذلک (لاستخباثها) فان البول یعد عرفا من الخبائث، فیشمله قوله سبحانه: «و یحرم علیهم الخبائث».

و قد اشکل علی هذا الدلیل، بان معنی الآیة: ان الخبیث الواقعی یحرم علیهم و ان لم یستخبثه الطبع- کلبن الغزال او الشاة الموطوءة- لا-ان المعنی ان ما یستخبثه الطبع یحرم علیهم، و ان لم یکن خبیثا واقعیا، و الا فالطبع یستخبث بعض الادویة. و علی کل حال (ففی جواز بیعها قولان):

قول بالعدم (من) جهة (عدم المنفعة المحللة المقصودة فیها) فلا یصح ایقاع المعاملة علیها.

(و) ان قلت: للبول منفعة نادرة لانه قد یکون دواء و قد یضطر الانسان الی شربه.

قلت: لیس المعیار فی المالیة المنفعة النادرة، اذ (المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز المعاوضة علی کل شیء) لان کل شیء له منفعة نادرة قطعا.

وجه الاستدلال: ان ما فیه منفعة نادرة لا یشمله دلیل جواز المعاوضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴

و التداوی بها لبعض الاوجاع لا یوجب قیاسها علی الادویة و العقاقیر لانه یوجب قیاس کل شیء علیها للانتفاع به فی بعض الاوقات.

و من ان المنفعة الظاهرة- و لو عند الضرورة المسوغة للشرب- کافیة فی جواز البیع.

فقوله سبحانه: «تجارة عن تراض» و ما اشبه لا یشمل الا ما فیه منفعة متعارفة، فما لیس فیه نفع متعارف خارج عن الادلة.

(و) ان قلت: سلمنا ان الابوال لا نفع متعارف فیها لکنها قد یستشفی بها فتکون کسائر العقاقیر الطبیة.

قلت: (التداوی بها لبعض الاوجاع لا یوجب قیاسها علی الادویة و العقاقیر): جمع «عقار» کشداد: الدواء (لانه) لو کانت المنفعة النادرة

الدوائیـة توجب الالحاق بالادویـة المتعارفة، کان (یوجب قیاس کل شـیء علیها) ای علی الادویة (للانتفاع به فی بعض الاوقات) لکن من البـدیهی ان کـل شـیء لیس یعـد دواء، فلیس کلمـا فیه نفع دوائی نادر یکون مثل سائر الادویـة فی جواز المعاملـة، و الحاصل: ان «البول» لیس من الادویة، فلا یحکم بحکم الادویة فی جواز البیع، و ان کان البول فی نفسه طاهرا حلالا.

(و) فی البول قول آخر بجواز البیع، و ذلک (من) جهة (ان المنفعة الظاهرة) عند الناس (- و لو عند الضـرورة المسوغة للشـرب- کافیة فی جواز البیع) فـالبول له منفعـة، و کـل مـا فیه منفعـة جـاز بیعه، امـا الصـغری: فلان نفع البول رفع العطش- و لو عنـد الضـرورة، و اما الکبری:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۵

و الفرق بینها و بین ذی المنفعة غیر المقصودة حکم العرف بانه لا منفعة فیه. و سیجیء الکلام فی ضابطة المنفعة المسوغة للبیع.

نعم یمکن ان یقال: ان قوله صـلی اللّه علیه و آله و سـلم: «ان اللّه اذا حرم شـیئا حرم ثمنه» و کذلک الخبر المتقدم عن دعائم الاسـلام یدل علی ان ضابطة المنع: تحریم الشیء اختیارا

فلان ما فیه المنفعة داخل فی عموم «تجارة عن تراض».

(و) ان قلت: فعلی هذا کل شیء له منفعة ما فکیف تمنعون بیع بعض الاشیاء بحجة انه لا نفع فیه؟.

قلت: (الفرق بینها) ای الابوال الطاهرة (و بین ذی المنفعة غیر المقصودة حکم العرف) بان فی الابوال نفع، فیشـمله: «تجارة عن تراض» و (بانه) ای ذو المنفعـة غیر المقصودة (لا منفعة فیه) فلا تشـمله الآیة (و سـیجیء الکلام فی ضابطة المنفعة المسوغة للبیع) حتی یعرف الفرق بین نفع مثل البول و نفع غیره، مما لیس بمقصود لدی العقلاء.

(نعم) لقائل ان یقول: سـلمنا ان للابوال منفعة عند الضـرورة، اما مثل هذه المنفعة لا تجوز البیع، اذ الظاهر من «تجارة عن تراض» کون الشیء له منفعة فی حال الاختیار، و الی هذا اشار المصنف «رحمه اللّه» بقوله: (یمکن ان یقال: ان قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «ان اللّه اذا حرم شـیئا حرم ثمنه» و کـذلک الخبر المتقـدم عن دعائم الاسـلام) بقوله علیه السـلام: و ما کان محرما اصلـه ... (یدل علی ان ضابطة المنع: تحریم الشیء اختیارا) فکل شیء حرام فی حال الاختیار یصدق علیه «حرم شیئا» و «محرما اصله»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۶

- و الا، فلا حرام و هو محلل عند الضرورة- و المفروض حرمة شرب الابوال اختیارا.

و المنـافع الاـخر غیر الشـرب لاـ یعبأ بهـا جـدا، فلاـ ینتقض بـالطین المحرم اکله، فـان المنافع الاخر للطین اهم و اعم من منفعـة الاکل المحرم، بل لا یعد الاکل من منافع الطین.

لا یجوز المعاملـة علیه (- و الا، فلا حرام الا و هو محلل عنـد الضـرورة-) و اذا کان المیزان لجواز المعاملـة هی حالة الضـرورة لم یبق شیء محرما، لان کل حرام حلال عند الضرورة، فلا یبقی مورد للروایتین (و المفروض حرمة شرب الابوال) الطاهرة (اختیارا).

(و) ان قلت: سـلمنا حرمة شـرب الابوال الطاهرة لکونها من الخبائث، لکن للابوال منافع اخر غیر الشـرب، لانها تصلح لصنع الطین بدل الماء او لانها ادویة لبعض الامراض، فلیکن حال الابوال حال الطین الذی یجوز بیعه و ان لم یجز اکله.

قلت: (المنافع الاخر غیر الشـرب لا یعبأ بها جدا) فمن الذی یصـنع الطین بالبول او یسـتعمل البول دواء؟! و منه یظهر الفرق بین البول و بین الطین. (فلاـ ینتقض بالطین المحرم اکله) مع انه یجوز بیعه، و انما لا ینتقض بالطین (فان المنافع الاخر للطین) کالتطیین به و صـنعه فخارا او آجرا او حصـبا و ما اشبه (اهم و اعم من منفعة الاکل) للطین (المحرم بل لا یعد الاکل من منافع الطین) اصـلا. و الحاصل ان منفعة البول:

الشرب، فاذا حرمت هذه المنفعة لم يجز بيعه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٧

فالنبوى دال على انه اذا حرم اللّه شيئا- بقول مطلق- بان قال:

يحرم الشيء الفلانى، حرم بيعه.

لان تحريم عينه اما راجع الى تحريم جميع منافعه او الى تحريم اهم منافعه التى تتبادر عند الاطلاق بحيث يكون غيره غير مقصود منه.

و على التقديرين يدخل

(فالنبوى دال على انه اذا حرم اللّه شيئا- بقول مطلق-) فى مقابل ما اذا حرم بعض منافعه، و ذلک مثل الطين الذى لم يحرمه اللّه بقول مطلق، و انما حرم اكله (بان قال) سبحانه: (يحرم الشىء الفلانى) اما بهذه اللفظة او بسائر الالفاظ المؤدية لهذا المعنى (حرم بيعه) لأنه يتشكل قياس هكذا: الشيء الفلاني حرام، و اذا حرم شيء حرم ثمنه.

و انما كان حرمة الشيء موجبة لحرمة البيع، لأن حرمة الشيء اما بمعنى حرمة جميع منافعه، او حرمة المنافع المتعارفة، و كلاهما موجب لالحاق الشيء بما لا منفعة له، و اذا لم تكن هناک منفعة جاء التحريم، و الى هذا اشار بقوله: (لان تحريم عينه) المستفاد من قوله «يحرم البول» مثلا (اما راجع الى تحريم جميع منافعه) حتى منفعة كونه دواء نادرا و منفعة جعله بدل الماء لصنع الطين (او) راجع (الى تحريم اهم منافعه التى تتبادر) تلک المنافع (عند الاطلاق) فاذا قال: حرم البول تبادر الى الذهن حرمة شربه (بحيث يكون غيره) اى غير اهم المنافع (غير مقصود منه) اى من الاطلاق.

(و على التقديرين) سواء حرم جميع المنافع او المنافع المهمة (يدخل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٨

الشيء لاجل ذلک فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة.

و الطين لم يحرم كذلک بل لم يحرم الا بعض منافعه غير المقصودة منه و هو الاكل، بخلاف الابوال فانها حرمت كذلک، فيكون التحريم راجعا الى شربها. و غيره من المنافع فى حكم العدم.

و بالجملة فالانتفاع بالشيء حال الضرورة منفعة محرمة

الشيء) كالبول فى المثال (لاجل ذلک) التحريم (فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة).

اذا عرفت ذلک، عرفت الفرق بين حرمة شرب البول و بين حرمة اكل الطين، و ان الاول موجب لعدم المالية- لان الشرب اهم منافعه- و ليس الثانى كذلک، اذ الاكل ليس اهم منافع الطين (و) ذلک لان (الطين لم يحرم كذلک) اى لا جميع منافعه و لا اهم منافعه (بل لم يحرم الا بعض منافعه غير المقصودة منه، و هو الاكل). لا يخفى ان دخول «ال» على «غير» فى مثل المقامات خطأ على رأى كثير من اهل الادب (بخلاف الابوال فانها حرمت كذلک) اى اهم منافعها الذى هو الشرب (فيكون التحريم) فى قوله: يحرم البول- مثلا- (راجعا إلى شربها).

و اذا حرم الشرب حرم البيع (و غيره) اى غير الشرب (من المنافع) المترتبة على البول (فى حكم العدم). و جواز البيع تابع لاهم المنافع، لا المنافع النادرة. و الا فكل شيء له منفعة نادرة كما عرفت.

(و بالجملة فالانتفاع بالشيء) كالبول (حال الضرورة منفعة محرمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٩

فى حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه.

و لا ینتقض أیضا بالادویة المحرمة فی غیر حال المرض لاجل الاضرار!

لان حلیة هذه فی حال المرض لیست لاجل الضرورة، بل لاجل تبدل عنوان الاضرار بعنوان النفع.

فی حال الاختیار) کالشرب (لا یوجب جواز بیعه). و لا یخفی ان المصنف بین تارة حرمة بیع البول لعدم الانتفاع، و تارة لکونه حراما تکلیفا، و کان الاولی فصل احد الوجهین عن الآخر.

(و لا- ینتقض) ما ذکرناه من عدم جواز بیع بول الحیوان الطاهر بعلة: انه لا منفعة شائعة له (أیضا) کما لم ینتقض بالطین، (بالادویة المحرمة فی غیر حال المرض لاجل الاضرار!) «لاجل» علة ل «المحرمة» و ذلک مثل «الافیون» مثلا فانه محرم فی غیر حال المرض، لاجل انه مضر.

وجه الانتقاض: انه لو حل ذلک الدواء فی حال المرض، فجاز بیعه مطلقا لاجل تلک المنفعة النادرة، فلیکن البول أیضا کذلک، یجوز بیعه مطلقا، لمنفعة النادرة. و الحاصل: المنفعة النادرة ان لم تفد فی جواز البیع، فلما ذا یجوز بیع الدواء الضار، و ان افادت المنفعة النادرة فی جواز البیع فلما ذا لم تجوزوا بیع البول مع ان له منفعة نادرة؟

و الجواب: وجود الفرق (لان حلیة هذه) ای الادویة المحرمة (فی حال المرض لیست لاجل الضرورة)، حتی یقال: اذا جاز بیع المضر لنفع نادر جاز بیع الخبیث لنفع نادر أیضا (بل لاجل تبدل عنوان الاضرار بعنوان النفع) فلیس بضار فی وقت المرض، بخلاف البول فانه خبیث،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۰

و مما ذکرنا یظهر ان قوله- علیه السلام فی روایة تحف العقول المتقدمة-: و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات، یراد به جهة الصلاح الثابتة حال الاختیار، دون الضرورة.

و مما ذکرنا یظهر حرمة بیع لحوم السباع

حتی فی حال الاضطرار، و انما یحلله الاضطرار، لا تبدل حالة الخبیث الی حالة الطیب.

و ربما یقال: ان جهة الاضطرار جهة صلاح، فتشمله روایة تحف العقول التی اباحت ما فیه جهة من جهات الصلاح. و الجواب: ان المراد جهة الصلاح الثابتة، لا الاتفاقیة، و الا فکل شیء فیه جهة صلاح اتفاقیة. و الی هذا الجواب اشار بقوله:

(و مما ذکرنا) من ان الاضطرار الی الشیء المحرم، لا- یوجب جواز بیعه، حیث قلنا: «و بالجملة ...» (یظهر ان قوله- علیه السلام فی روایة تحف العقول المتقدمة-: و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات) لا یراد بالجهة حتی الجهة الاضطراریة، و الا لم یکن وجه لتحریم شیء اذ کل شیء فیه جهة صلاح و لو فی حال الاضطرار بل (یراد به جهة الصلاح الثابتة حال الاختیار، دون الضرورة). و الحاصل: ان روایة تحف العقول لا تشمل الابوال الخبیثة التی لها نفع فی حال الاضطرار

(و مما ذکرنا) من ان المنافع الجزئیة الاضطراریة لا تسوغ جواز البیع (یظهر حرمة بیع لحوم السباع) لانها لا منفعة لها الا الاکل، و هو محرم، اما سائر المنافع النادرة او الاضطراریة فلا توجب ان تکون ذات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۱

دون شحومها. فان الأول من قبیل الابوال. و الثانی من قبیل الطین، فی عدم حرمة جمیع منافعها المقصودة منها. و لا ینافیه النبوی: «لعن اللّه الیهود حرمت علیهم الشحوم فباعوها و اکلوا ثمنها» لان الظاهر ان الشحوم کانت محرمة الانتفاع علی الیهود بجمیع الانتفاعات، لا کتحریم شحوم غیر مأکول اللحم علینا.

منفعة بقول مطلق، حتی یصح بیعها، و قد عرفت ان المعیار فی جواز البیع اما حلیة جمیع المنافع، او حلیة المنافع الغالبة، (دون شحومها) فانه یجوز بیعها، (فان الاول) ای لحوم السباع (من قبیل الابوال. و الثانی) ای الشحوم (من قبیل الطین، فی عدم حرمة جمیع منافعها المقصودة منها) فان منفعة الشحم: الاسراج و الصابون و التطلیة و ما اشبه، و هی منافع غالبة، و لا تتوقف علی الطهارة او الحلیة، و منفعة الاکل اما مساویة لتلک المنافع، او اقل منها، فلا یوجب تحریم الاکل تحریم البیع. (و لا ینافیه) ای لا ینافی ما ذکرنا من جواز بیع الشحوم- و ان حرم اکلها- (النبوی:

«لعن اللّه الیهود حرمت علیهم الشحوم فباعوها و اکلوا ثمنها») وجه المنافاة: انه اذا حرم الشحم حرم بیعه، کما یستفاد من هذا النص، فکیف تقولون بحرمة اکل شحم السباع و مع ذلک یجوز بیعها؟ و الجواب: عدم المنافاة (لان الظاهران الشحوم کانت محرمة الانتفاع علی الیهود بجمیع الانتفاعات لا کتحریم شحوم غیر مأکول اللحم علینا) فان تحریم الشحوم علینا من جهة الاکل لا مطلقا، و الاستظهار المذکور من جهة اطلاق قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم:

«حرمت علیهم الشحوم» اذ لم یقل «حرم علیهم اکل الشحوم».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۲

هذا، و لکن الموجود من النبوی فی باب الاطعمة عن الخلاف: «أن اللّه اذا حرم اکل شیء حرم ثمنه».

و الجواب عنه: ضعفه و عدم الجابر له سندا و دلالة، لقصورها بلزوم تخصیص الاکثر.

«الثانی»- بول الابل یجوز بیعه اجماعا،

علی ما فی جامع المقاصد و عن إیضاح النافع.

(هذا) بعض الکلام حول الاستدلال لجواز بیع شحوم السباع، و أنه لا دلیل علی تحریم بیعها (و لکن) یمکن الاستدلال للحرمة بالنبوی فان (الموجود من النبوی فی باب الاطعمة عن الخلاف) لشیخ الطائفة: (ان اللّه اذا حرم اکل شیء حرم ثمنه) فاذا حرم اکل شحوم السباع حرم ثمنها.

(و الجواب عنه) أولا- بان الظاهر: تحریم الثمن اذا کان البیع للاکل، اذ هذا هو المستفاد عرفا من مثل هذه العبارة. و ثانیا- (ضعفه و عدم الجابر له سندا) فلا حجیة فیه (و) ضعفه (دلالة لقصورها بلزوم تخصیص الاکثر) اذ کثیر من الاشیاء یحرم اکله و لا یحرم ثمنه کالطین و نحوه فتأمل.

(«الثانی»- بول الابل یجوز بیعه اجماعا) اذا لم یکن جلالا- و لا- موطوءا، اذ لو کان الابل احدهما کان بوله نجسا، فیأتی فیه الکلام السابق فی الابوال النجسة. (علی ما فی جامع المقاصد و عن إیضاح النافع) حیث ادعیا الاجماع علی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۴۳

إما لجواز شربه اختیارا، کما یدل علیه قوله- علیه السلام فی روایة الجعفری-: «ابوال الابل خیر من ألبانها».

و إما لاجل الاجماع المنقول- لو قلنا بعدم جواز شربها الا الضرورة الاستشفاء- کما یدل علیه روایة سماعة قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن بول الابل و البقر و الغنم ینتفع به من الوجع هل یجوز ان یشرب؟

قال: «نعم لا بأس»

ثم ان جواز بیع بول الابل (اما لجواز شربه اختیارا، کما یدل علیه) ای علی جواز الشرب اختیارا (قوله- علیه السلام فی روایة الجعفری-: ابوال الابل خیر من ألبانها) فان ظاهر لفظة «خیر» کون البول جائز الشرب کما یجوز شرب اللبن. و تتمة الحدیث: «و یجعل

اللّه الشفاء فى البانها».

(و إما لاجل الاجماع المنقول) الذى عرفته من الجامع و الايضاح (- لو قلنا بعدم جواز شربها الا لضرورة الاستشفاء-) اذ حينئذ لا وجه للجواز إلا الاجماع فان المنفعة فى حال الضرورة لا تسوغ البيع على ما عرفت سابقا، و الا فلكل شىء منفعة نادرة فى حال المرض و ما اشبه. (كما يدل عليه) اى على جواز الشرب للضرورة (رواية سماعة قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن بول الابل و البقر و الغنم ينتفع به من الوجع هل يجوز ان يشرب؟ قال: «نعم لا بأس») فان ظاهر الجواب كون الجواز خاصا بصورة المرض، الا ان يقال: لا ظهور فى الجواب الا من جهة كونه جوابا لكلام الراوى، و مثل هذا الظهور لا يعبأ به فى تقييد الكلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۴۴

و موثقة عمار عن بول البقر يشربه الرجل؟ قال: «ان كان محتاجا إليه يتداوى بشربه فلا بأس، و كذلك بول الابل و الغنم».

لكن الانصاف أنه لو قلنا بحرمة شربه اختيارا اشكل الحكم بالجواز ان لم يكن اجماعا، كما يظهر من مخالفة العلامة فى النهاية و ابن سعيد فى النزهة قال فى النهاية: و كذلك البول- يعنى يحرم بيعه- و ان كان طاهرا، للاستخباث كابوال البقر و الابل، و ان انتفع به فى شربه للدواء، لأنه منفعة جزئية نادرة فلا يعتد به. انتهى.

اذا كان هناك دليل من الخارج على الجواز مطلقا. (و موثقة عمار) حيث سأل الامام عليه السلام (عن بول البقر يشربه الرجل؟) ف (قال) عليه السلام: (ان كان محتاجا إليه يتداوى بشربه فلا- بأس، و كذلك بول الابل و الغنم.) فان الموثقة دلت على عدم جواز الشرب فى صورة عدم الضرورة.

(لكن الانصاف أنه لو قلنا بحرمة شربه اختيارا) كما يستفاد من الروايتين (اشكل الحكم بالجواز) اى بجواز البيع (ان لم يكن اجماعا) فى البين كما قد عرفت ادعاء الجامع و الايضاح- و ليس فى المقام اجماع (كما يظهر من مخالفة العلامة فى النهاية و ابن سعيد فى النزهة) و مع مخالفتهما فى جواز الشرب كيف ينعقد الاجماع على الجواز؟ (قال فى النهاية: و كذلك البول يعنى يحرم بيعه- و ان كان طاهرا، للاستخباث كابوال البقر و الابل، و ان انتفع به فى شربه للدواء، لأنه منفعة جزئية نادرة فلا يعتد به. انتهى) كلام النهاية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۴۵

اقول: بل لأن المنفعة المحللة للاضطرار- و ان كانت كلية- لا تسوغ البيع كما عرفت.

«الثانية»- يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان على المشهور

اشارة

بل فى التذكرة- كما عن الخلاف- الاجماع على تحريم بيع السرجين النجس.

و يدل عليه- مضافا الى ما تقدم من الاخبار- رواية يعقوب بن شعيب: «ثمن العذرة سحت».

(اقول): تعليل العلامة عدم جواز البيع بقوله: «لأنه منفعة جزئية» ليس تاما، اذ ليس المناط فى جواز البيع و عدمه ذلك (بل لان المنفعة المحللة للاضطرار- و ان كانت كلية- لا تسوغ البيع) اذ المناط فى جواز البيع، اما جواز مطلق المنافع، او جواز المنفعة الغالبة، (كما عرفت) و ليس شىء منهما موجودا فى المقام. اما بول البقر و الغنم فقد ورد عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم- كما فى قرب الاسناد- انه صلى اللّه عليه و آله و سلم قال: «لا بأس ببول ما اكل لحمه». الا ان فى طريقه ضعفا.

المسألة (الثانية-) من المسائل الثمان: (يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان)- و يأتى الكلام فى العذرة الطاهرة- (على المشهور) بين الفقهاء، (بل فى التذكرة- كما عن الخلاف- الاجماع على تحريم بيع السرجين النجس)- و السرجين هو العذرة- (و يدل عليه

مضافا الی ما تقدم من الاخبار) ای روایة تحف العقول و غیرها (روایة یعقوب بن شعیب) عن الصادق علیه السلام: (ثمن العذرة سحت) و السحت هو اشد انواع الحرام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ۴۶

نعم فی روایة محمد بن المضارب: «لا بأس ببیع العذرة».

و جمع الشیخ بینهما بحمل الاول علی عذرة الانسان، و الثانی علی عذرة البهائم.

و لعله لان الأول نص فی عذرة الانسان، ظاهر فی غیرها، بعکس الخبر الثانی. فیطرح ظاهر کل منهما بنص الآخر.

و یقرب هذا الجمع روایة سماعة قال: سأل

(نعم فی روایة محمد بن المضارب) عن الصادق علیه السلام (: لا بأس ببیع العذرة) مما ینافی الخبر السابق.

(و جمع الشیخ بینهما بحمل) الخبر (الأول علی عذرة الانسان) فلا یجوز بیعها (و) حمل الخبر (الثانی علی عذرة البهائم). و اطلاق العذرة علی عذرة البهائم موجود فی صحیحة ابن بزیع فی ماء البئر: «او یسقط فیها شیء من عذرة کالبعرة و نحوها».

(و لعله) ای لعل هذا الجمع من الشیخ (لان) الخبر (الأول نص فی عذرة الانسان، ظاهر فی غیرها)، من سائر العذرات (بعکس الخبر الثانی) ای خبر مضارب فانه نص فی عذرة غیر الانسان ظاهر فی عذرة الانسان، فان لفظة «العذرة» و ان کانت فیهما معا، الا ان بقرینة الحکم بالجواز فی احدهما و المنع فی الآخر یتصرف فی اللفظ، و هذا ما یسمونه بقرینة الحکم و الموضوع (فیطرح ظاهر کل منهما بنص الآخر) فیکون مفاد ما دل علی الجواز عذرة غیر الانسان فقط، و ما دل علی المنع عذرة الانسان.

(و یقرب هذا الجمع) الذی ذکره الشیخ (روایة سماعة قال: سأل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ۴۷

رجل أبا عبد اللّه علیه السلام- و انا حاضر- عن بیع العذرة: فقال:

انی رجل ابیع العذرة فما تقول؟ قال: «حرام بیعها و ثمنها». و قال: «لا بأس ببیع العذرة» فان الجمع بین الحکمین فی کلام واحد لمخاطب واحد یدل علی ان تعارض الاولین لیس الا من حیث الدلالة، فلا یرجع فیه الی المرجحات السندیة او الخارجیة.

رجل أبا عبد اللّه علیه السلام- و انا حاضر- عن بیع العذرة: فقال:

انی رجل أبیع العذرة فما تقول؟ قال) علیه السلام: (حرام بیعها و ثمنها.

و قال) علیه السلام أیضا (: لا بأس ببیع العذرة) اما وجه کون هذه الروایة مما یشهد بصحة جمع الشیخ (فان الجمع بین الحکمین): الحرمة، و عدم البأس (فی کلام واحد لمخاطب واحد یدل علی ان تعارض) الخبرین (الاولین) لیعقوب و محمد (لیس الا من حیث الدلالة) بان کان لکل منهما نص و ظهور، و یعارض نص کل منهما ظاهر الآخر. و انما کان روایة سماعة شاهدا لان التعارض لو کان بالنصوصیة کان کلام الامام علیه السلام فی خبر سماعة تناقضا صریحا، و مثله مثار اشکال الراوی. و اذا کان التعارض فی الدلالة الموجب للجمع العرفی بینهما (فلا یرجع فیه) ای فی التعارض الدلالی (الی المرجحات السندیة) کالاعدل و الاوثق (او الخارجیة) ککون احدهما مطابقا لمذهب العامة، و انما المرجع التراجیح الدلالیة، و هذا ما صنعه الشیخ فی الجمع المتقدم. لکن لا یخفی ان الظاهر کون روایة سماعة روایتین لتکرر لفظة «قال».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ۴۸

و به یدفع ما یقال، من ان العلاج فی الخبرین المتنافیین علی وجه التباین الکلی هو الرجوع إلی المرجحات الخارجیة ثم التخییر او التوقف، لا الغاء ظهور کل منهما. و لهذا طعن علی من جمع بین الامر و النهی بحمل الامر علی الاباحة و النهی علی الکراهة.

و احتمل السبزوارى حمل خبر المنع على الكراهة. و فيه: ما لا يخفى من البعد.

(و) كيف كان (به) اى بما ذكرناه من ان لكل من الخبرين نصا و ظاهرا، مما يوجب الجمع الدلالى- على ما صنعه الشيخ- (يدفع ما يقال، من ان العلاج فى الخبرين المتنافيين) تنافيا (على وجه التباين الكلى هو الرجوع الى المرجحات الخارجية) اى الخارجة عن مقام الدلالة كالمرجحات السندية او المطابقة للشهرة او العامة و ما اشبه (ثم التخيير) اذا لم يكن المرجح موجودا (او التوقف) على الاختلاف فى ان المرجع بعد فقد المرجحات التخيير فى الأخذ باى الخبرين او التوقف و الارجاء حتى يلقى الامام عليه السلام (لا) ان المرجع ما صنعه الشيخ فى الجمع بين خبر يعقوب و محمد من (الغاء ظهور كل منهما) بجمع تبرعى. (و لهذا) اى للذى ذكرنا من أن إلغاء ظهور كل منهما لا وجه له (طعن على من جمع بين الامر و النهى بحمل الامر على الاباحة و النهى على الكراهة) فانه جمع بالتصرف فى كل من الخبرين بلا شاهد عرفى.

(و احتمل السبزوارى)- صاحب الكفاية و الذخيرة- (حمل خبر المنع على الكراهة.) و ابقاء خبر «لا بأس» على ظاهره من الجواز (و فيه:

ما لا يخفى من البعد) اذ لفظة «السحت» انما تطلق على اشد انواع الحرام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۴۹

و ابعد منه ما عن المجلسى، من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به، و الجواز على غيرها.

و نحوه حمل خبر المنع على التقية، لكونه مذهب اكثر العامة.

و الأظهر: ما ذكره الشيخ- رحمه اللّه- لو اريد التبرع بالحمل، لكونه اولى من الطرح، و الا فرواية الجواز لا يجوز الاخذ بها من وجوه لا تخفى.

فكيف تحمل على الكراهة؟!.

(و ابعد منه) اى من جمع السبزوارى (ما عن المجلسى من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به) اى بالعذرة- و ارجاع الضمير المذكر على ضرب من التأويل- فى تلك البلاد (و) حمل خبر (الجواز على غيرها) اى غير تلك البلاد من البلاد التى ينتفع بها فى تلك البلاد، و انما كان هذا الحمل بعيدا لانه جمع تبرعى.

(و نحوه) اى نحو الحمل المذكور فى البعد (حمل خبر المنع على التقية لكونه) اى كون المنع عن بيع العذرة (مذهب اكثر العامة) وجه البعد: ان المرجح الدلالى اذا كان موجودا لا تصل النوبة الى المرجحات الخارجية، كما حقق فى الاصول.

(و الأظهر) فى الجمع بين الخبرين (ما ذكره الشيخ رحمه اللّه لو اريد التبرع بالحمل لكونه) علة «اريد» (اولى من الطرح) كما قالوا: «الجمع مهما امكن اولى من الطرح» (و الا فرواية الجواز) التى رواها محمد بن المضارب (لا يجوز الاخذ بها من وجوه لا تخفى): كاعتضاد خبر المنع برواية تحف العقول و غيرها. و اعراض المشهور عن خبر الجواز.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۵۰

«ثم» ان لفظ «العذرة» فى الروايات ان قلنا: إنه ظاهر فى عذرة الانسان- كما حكى التصريح به عن بعض اهل اللغة- فثبوت الحكم فى غيرها بالأخبار العامة المتقدمة، و بالاجماع المتقدم على السرجين النجس.

و استشكل فى الكفاية فى الحكم- تبعا للمقدس الاردبيلى رحمه اللّه- ان لم يثبت الاجماع، و هو حسن

و كون لفظ السحت دالا على إلغاء الشارع لمالية العذرة فليست العذرة مالا حتى يجوز بيعها الى غير ذلك. لكن لا يخفى ان لفظ

«السحت» اطلق فی بعض الروایات علی المکروه نحو اجرة الحجام اذا اشترط، و غیره.

(ثم ان لفظ «العذرة» فی الروایات ان قلنا: إنه ظاهر فی عذرة الانسان- کما حکی التصریح به عن بعض اهل اللغة- فثبوت الحکم) بحرمة البیع (فی غیرها) من سائر العذرات النجسة، انما یکون (بالأخبار العامة المتقدمة) کخبر تحف العقول و غیره (و بالاجماع المتقدم) عن التذکرة و الخلاف (علی السرجین النجس) فانهما کافیان فی اثبات حرمة البیع، و اذا لم یجز البیع لم یجز سائر انحاء الانتقال، کالصلح و الهبة و نحوهما، اذ هو المستفاد عرفا من البیع بالإضافة الی شمول لفظ «و جمیع التقلب فیه» فی روایة التحف- لسائر انواع الانتقال.

(و استشکل فی الکفایة) للسبزواری (فی الحکم) بحرمة بیع سائر العذرات النجسة (- تبعا للمقدس الاردبیلی رحمه اللّه-) حیث استشکل هو أیضا (ان لم یثبت الاجماع. و هو) ای الاشکال (حسن) اذ الروایات العامة ضعیفة السند، بل و الدلالة، لأنها دلت علی جواز بیع ما فیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۵۱

الا ان الاجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الأخبار العامة السابقة.

و ربما یستظهر من عبارة الاستبصار: القول بجواز بیع عذرة ما عدا الانسان. لحمله اخبار المنع علی عذرة الانسان. و فیه نظر.

«فرع»- الاقوی: جواز بیع الاروات الطاهرة

التی ینتفع بها منفعة محللة مقصودة، و عن الخلاف نفی الخلاف فیه. و حکی أیضا عن

وجه من وجوه الصلاح. و لا یخفی ما فی العذرة من نفع فی التسمید و ما اشبه (. الا ان الاجماع المنقول) فی الخلاف و التذکرة (هو الجابر لضعف سند الأخبار العامة السابقة) فتأمل.

(و ربما یستظهر من عبارة الاستبصار: القول بجواز بیع عذرة ما عدا الانسان) فلیس فی المقام اجماع، و لا للروایات العامة دلالة- کما تقدم، لوجود وجه الصلاح فیها- (لحمله اخبار المنع علی عذرة الانسان. و فیه نظر) اذ لا وجه لهذا الحمل بعد تصریح اهل اللغة بإطلاق العذرة علی عذرة غیر الانسان. ثم انه لو شک فی الجواز کانت اصالة الجواز محکمة.

(«فرع»- الاقوی: جواز بیع الأرواث الطاهرة التی ینتفع بها منفعة محللة مقصودة) فلیست نجسة، حتی تشملها اخبار المنع عن بیع وجوه النجس، و لا- انها بدون نفع حلال، حتی لا- یصح بیعها من جهة عدم المالیة المعتبرة فی صحة البیع، و لا ان المنافع المحللة غیر مقصودة، حتی یقال بان میزان جواز المعاملة کون المنفعة المحللة الموجودة فیها یلزم ان تکون مقصودة للناس، و الا کانت من قسم ما لا مالیة له عرفا. (و عن الخلاف نفی الخلاف فیه.) ای فی جواز البیع (و حکی أیضا عن) السید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۵۲

المرتضی- رحمه اللّه- الاجماع علیه. و عن المفید و سلار: حرمة بیع العذرة و الابوال کلها الابوال الابل.

و لا اعرف مستندا لذلک الا دعوی: ان تحریم الخبائث فی قوله تعالی «و یحرم علیهم الخبائث» یشمل تحریم بیعها. و قوله صلی اللّه علیه و آله «ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه». و ما تقدم من روایة دعائم الاسلام و غیرها.

و یرد علی الاول: ان المراد

(المرتضی- رحمه اللّه- الاجماع علیه) فاطلاقات ادلة جواز البیع، بالإضافة الی الاجماع کافیة فی الحکم بالجواز (و) لکن مع ذلک حکی (عن المفید و سلار حرمة بیع العذرة و الابوال کلها إلا بول الابل) فاطلاق کلامهما شامل للعذرة الطاهرة، الا ان یقال بان المراد

بالعذرة: النجسة.

(و لا اعرف مستندا لذلك) التحريم (الا دعوى: ان تحريم الخبائث فى قوله تعالى «و يحرم عليهم الخبائث» يشمل تحريم بيعها) بدعوى ان الروث خبيث، و ان كل خبيث محرم كل شأنه حتى بيعه لغير الاكل.

(و قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «ان اللّه اذا حرم شيئا حرم ثمنه») فاذا حرم الروث حرم ثمنه، خصوصا على «رواية ان اللّه اذا حرم اكل شىء حرم ثمنه». (و ما تقدم من رواية دعائم الاسلام) اى قوله «و ما كان محرما اصله لم يجز بيعه» (و غيرها) كالرضوى الذى يظهر منه جواز البيع فيما يجوز اكله.

(و يرد على الاول) اى الاستدلال بالآية (ان المراد) بالخبائث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۵۳

- بقرينة مقابلته لقوله تعالى «يحل لهم الطيبات»-: الاكل لا مطلق الانتفاع.

و فى النبوى و غيره، ما عرفت، من ان الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشىء، بحيث يدل على تحريم جميع منافعه او المنافع المقصودة الغالبة و منفعة الروث ليست هى الاكل المحرم، فهو كالطين المحرم كما عرفت سابقا.

«الثالثة»:- تحرم المعاوضة على الدم

اشارة

(بقرينة مقابلته لقوله تعالى «يحل لهم الطيبات»: الاكل لا مطلق الانتفاع) فالمراد: تحريم اكل الخبيث.

اقول: لكن الظاهر من الآية تحليل الطيب من كل شىء، اكلا او شربا او لبسا او نكاحا او سكنى، و كذلك تحريم الخبيث من كل شيء و كل شىء تحليله و تحريمه بالنسبة الى الامر المربوط به، فتحليل المرأة الطيبة بمعنى نكاحها لا شىء آخر، و هكذا تحليل استعمال الروث فى الاحتراق و ما اشبه، لأنه طيب من هذه الجهة.

(و فى النبوى و غيره: ما عرفت، من ان الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشىء، بحيث يدل على تحريم جميع منافعه). الاولى فى العبارة «بحيث يحرم جميع منافعه» (او المنافع المقصودة الغالبة، و) من المعلوم ان (منفعة الروث ليست هى الاكل المحرم، فهو كالطين المحرم كما عرفت سابقا) اذ منفعة الروث الاحراق و ما اشبه اما منفعة الاكل فى حال المجاعة و ما اشبه فذلك منفعة نادرة كأكل الطين الذى لا يعد منفعة له عرفا.

(«الثالثة»):- من المسائل الثمان (تحرم المعاوضة على الدم)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۵۴

بلا خلاف، بل عن النهاية، و شرح الارشاد لفخر الدين، و التنقيح: الاجماع عليه. و يدل عليه الاخبار السابقة.

«فرع»- و اما الدم الطاهر- اذا فرضت له منفعة محللة كالصبغ لو قلنا بجوازه ففى جواز بيعه وجهان

، اقواهما الجواز. لانها

النجس (بلا خلاف، بل عن النهاية و شرح الارشاد لفخر الدين و التنقيح الاجماع عليه. و يدل عليه الاخبار السابقة) المتعرضة لحرمة المعاوضة على وجوه النجس كخبر تحف العقول و غيره. لكن ربما يقال بان الدم النجس اذا فرض له منفعة محللة متعارفة مقصودة،

کالتزریق فی هذه الازمنة، او لتسمیده سمادا کیمیاویا، فالاصل جواز البیع، لان ظاهر الادلة السابقة التحریم لعدم المنفعة المحللة، اذ زمان صدور تلک الروایات کانت منفعة الدم منحصرة فی الشرب، کما کانت عادة اهل الجاهلیة من انهم کانوا یشربون الدم.

(«فرع»- و اما الدم الطاهر) کدم الاسماک و الذبیحة بعد خروج الدم المتعارف (اذا فرضت له منفعة محللة کالصبغ لو قلنا بجوازه) ای جواز الصبغ بالدم الطاهر، بان لم یمنع الشارع عن الصبغ به، اذ لو منع الشارع لم تکن له منفعة محللة مقصودة، حتی یجوز بیعه تبعا لتلک المنفعة (ففی جواز بیعه وجهان): المنع، لان تلک المنفعة نادرة، و قد عرفت ان جواز البیع تابع للمنفعة الغالبة، او کان کل المنافع محللة، و المفروض ان المنفعة الغالبة هی الشرب لا الصبغ. و الجواز. و (اقواهما الجواز، لانها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۵

عین طاهرة ینتفع بها منفعة محللة.

و اما مرفوعة الواسطی المتضمنة لمرور امیر المؤمنین علیه السلام بالقصابین و نهیهم عن بیع سبعة: بیع الدم، و الغدد، و آذان الفؤاد، و الطحال، الی آخرها. فالظاهر: إرادة حرمة البیع للاکل. و لا شک فی تحریمه، لما سیجیء من ان قصد المنفعة المحرمة فی المبیع موجب لحرمة البیع بل بطلانه.

عین طاهرة ینتفع بها منفعة محللة).

ثم انه انما خصص هذا بالدم الطاهر، مع ان الدم النجس أیضا قد یفرض له مثل هذا النفع؟ لان الدم النجس لیس الصبغ نفعا له، لانه لا یرغب الناس فی ذلک، فان بقاء المصبوغ نجسا ینافی اغراض الناس بطهارة حوائجهم، و غسله موجب لذهابه. هذا بالإضافة الی ما تقدم من ان الدم النجس من وجوه النجس المشمول للاخبار السابقة.

(و اما مرفوعة الواسطی المتضمنة لمرور امیر المؤمنین علیه السلام بالقصابین و نهیهم عن بیع سبعة) اشیاء فی الذبیحة: (بیع الدم، و الغدد و آذان الفؤاد، و الطحال، الی آخرها) مما یدل علی حرمة بیع الدم مطلقا طاهرا کان أم نجسا، للأکل او غیره. (فالظاهر)- بقرینة کون المتعارف اکل الدم-: (إرادة حرمة البیع للاکل. و لا شک فی تحریمه) ای فی حرمة البیع بقصد الاکل (لما سیجیء من ان قصد المنفعة المحرمة فی المبیع موجب لحرمة البیع) تکلیفا (بل بطلانه) وضعا. مضافا الی امکان کون النهی بمعنی الفساد لما تقرر فی محلله من ان ظاهر النهی عن المعاملة الفساد، فالمراد ان بیع الدم لاجل شربه باطل. و هذا غیر ما نحن فیه، من جواز بیعه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۶

و صرح فی التذکرة بعدم جواز بیع الدم الطاهر، لاستخباثه. و لعله لعدم المنفعة الظاهرة فیه غیر الاکل المحرم

«الرابعة»:- لا اشکال فی حرمة بیع المنی

، لنجاسته، و عدم الانتفاع به اذا وقع فی خارج الرحم. و لو وقع فیه فکذلک لا ینتفع به المشتری

للانتفاع به منفعة محللة مقصودة.

(و) مع ذلک فقد (صرح فی التذکرة بعدم جواز بیع الدم الطاهر لاستخباثه) فانه خبیث و کل خبیث لا یجوز بیعه لقوله سبحانه: یحرم علیهم الخبائث. و هو اعم من تحریم الاکل و سائر انواع التقلب التی منها البیع (و لعله) ای تحریم العلامة لعلة انه خبیث (لعدم المنفعة الظاهرة فیه غیر الاکل المحرم) لکنک قد عرفت وجود المنفعة. و معنی تحریم الخبائث هو: التحریم المناسب للمنفعة المقصودة من ذلک الخبیث کما تقدم. و علی هذا فاللازم هو القول بجواز بیع الدم الطاهر اذا کانت له منفعة محللة مقصودة.

(«الرابعة»)- من المسائل الثمانیة (لا اشکال فی حرمة بیع المنی لنجاسته،) فیشمله: «وجوه النجس» فی روایة تحف العقول و غیره.

(و) ل (عدم الانتفاع به اذا وقع فی خارج الرحم.) و کلما لا منفعة فیه لا یصح بیعه، لانه لیس بمال فلا تشمله ادلة جواز البیع المنصرفة الی بیع المال، الا اذا فرض له منفعة و لو وقع خارج الرحم، کما فی الحال الحاضر حیث یؤخذ للتلقیح الاصطناعی. (و لو وقع) المنی (فیه) ای فی الرحم (فکذلک لا ینتفع به المشتری) للمنی أیضا، اذ لو لم یصر ولدا، فواضح عدم انتفاع المشتری به، و لو صار ولدا فالحیوان ان کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۷

لان الولد نماء الام فی الحیوانات عرفا، و للاب فی الإنسان شرعا.

لکن الظاهر: ان حکمهم بتبعیة الام متفرع علی عدم تملک المنی، و الا لکان بمنزلة البذر المملوک یتبعه الزرع. فالمتعین: التعلیل بالنجاسة.

ملکا للمشتری کان الولد نماء له، فکأن المشتری اعطی الثمن بلا مقابل، اذ الولد لمالک الام قهرا، سواء اعطی مالا فی مقابل المنی أم لم یعط، و ان کان ملکا لغیر المشتری لم یحصل المشتری فی مقابل ثمنه شیئا، و الی هذا اشار بقوله: (لأن الولد نماء الام فی الحیوانات عرفا، و) نماء (للاب فی الإنسان شرعا) فقد قال صلی اللّه علیه و آله و سلم: انت و مالک لابیک.

(لکن الظاهر: ان) الاستدلال المذکور غیر تام، لانا نقول:

أولا- کانت الام ملکا للمشتری، فالثمن کان فی مقابل الولد، دقة و عرفا فلیس الثمن بلا مقابل، کما فی کلام المستدل. و ثانیا- کانت الام ملکا لغیر المشتری لکن المنی اذا کان ملکا للمشتری تبعه الولد، و لا یتبع الولد حینئذ الام، اذ (حکمهم بتبعیة) الولد فی الحیوانات (الام متفرع علی عدم تملک المنی) فحیث ان المنی لیس ملکا لاحد- علی ما قالوا- کان الولد للام، و ان کان المنی حقا لغیر صاحب الام، (و الا) فلو قال بتملک المنی ای إنه قابل للملکیة (لکان) المنی علی هذا القول (بمنزلة البذر المملوک یتبعه الزرع) منتهی الأمر: یکون لمالک الام حق علی مالک المنی. (فالمتعین) فی مقام الاستدلال لعدم جواز بیع المنی: (التعلیل بالنجاسة) فیکون المنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۸

لکن قد منع بعض عن نجاسته اذا دخل من الباطن الی الباطن.

و قد ذکر العلامة- رحمه اللّه- من المحرمات بیع عسیب الفحل، و هو ماؤه قبل الاستقرار فی الرحم، کما ان الملاقیح هو ماؤه بعد الاستقرار. کما فی جامع المقاصد، و عن غیره.

و علل فی الغنیة بطلان بیع ما فی اصلاب الفحول: بالجهالة

من وجوه النجس المندرج فی روایة التحف و غیرها. (لکن قد منع بعض عن نجاسته اذا دخل) المنی (من الباطن) للذکر (الی الباطن) للانثی، اذ ظاهر ادلة النجاسات انها اذا خرجت کانت نجسة، فالدم و البول و الغائط و المنی فی الباطن لیست بنجسة، و علی هذا فلا وجه للقول بعدم جواز بیعه

(و) مما یؤید ما ذکرناه، من ان المنی قبل الاستقرار فی الرحم بان لم یقع فیه، او وقع و لم یستقر- یحرم بیعه، ما (قد ذکر) ه (العلامة رحمه اللّه-) فانه عد (من المحرمات بیع عسیب الفحل، و هو ماؤه قبل الاستقرار فی الرحم) و کأنه لبعض الروایات، کموثق الجعفریات عن علی علیه السلام: «السحت ثمن اللقاح و عسب الفحل و جلود السباع» (کما ان الملاقیح هو) اسم (مائه) ای منی الفحل (بعد الاستقرار) فی الرحم (کما فی جامع المقاصد. و) نقل (عن غیره). و قول المصنف «کما ان» لتتمیم الکلام و لیس فیه شاهد علی

ما تقدم من حکم المنی کما لا یخفی.

(و علل فی الغنیة بطلان بیع ما فی اصلاب الفحول: بالجهالة) لأن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۵۹

و عدم القدرة علی التسلیم.

«الخامسة»- تحرم المعاوضة علی المیتة و اجزائها التی تحلها الحیاة من ذی النفس السائلة،

اشارة

علی المعروف من مذهب الاصحاب. و فی التذکرة- کما عن المنتهی و التنقیح- الاجماع علیه. و عن رهن الخلاف الاجماع علی عدم ملکیتها

الطرفین لا یعلمان مقداره و سائر خصوصیاته (و عدم القدرة علی التسلیم) اذ من الممکن عدم افراغ الفحل.

اذن کان المتحصل من ادلة عدم جواز بیع المنی: النجاسة، و الروایة و الجهالة، و عدم القدرة علی التسلیم، و عدم المالیة، لأن الولد تابع للام. و فی الجمیع نظر. و مما تقدم تعرف حکم التلقیح الاصطناعی، باشتراء منی الفحل، کما هو متعارف فی هذه الازمنة.

(«الخامسة»-) من المسائل الثمان: (تحرم المعاوضة علی المیتة و اجزائها التی تحلها الحیاة) بخلاف الأجزاء التی لا تحلها الحیاة، فانه یجوز بیعها، لعدم مجیء الأدلة المانعة فیها. (من ذی النفس السائلة) ای الدم الدافق- و قد ذکرنا حول تسمیة الدم الدافق بالنفس السائلة، فی شرح العروة فراجع- و انما اشترط هذا الشرط لأن میت غیر ذی النفس السائلة لیس بنجس، کمیتة السمک، کما حقق فی مبحث نجاسة المیتة. (علی المعروف من مذهب الاصحاب. و فی) کتاب (التذکرة- کما عن المنتهی و التنقیح- الاجماع علیه. و عن رهن الخلاف الاجماع علی عدم ملکیتها) فاذا لم تکن المیتة ملکا لم یجز بیعها، لعدم المالیة المقومة لجواز البیع، و لأنه لا بیع الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۰

و یدل علیه- مضافا الی ما تقدم من الاخبار- ما دل علی ان المیتة لا ینتفع بها.

منضما الی اشتراط وجود المنفعة المباحة فی المبیع، لئلا یدخل فی عموم «النهی عن اکل المال بالباطل».

و خصوص عد «ثمن المیتة من السحت» فی روایة السکونی.

فی ملک. (و یدل علیه) ای علی عدم جواز بیع المیتة (- مضافا الی ما تقدم من الاخبار) الدالة علی حرمة المعاملة علی وجوه النجس کخبر تحف العقول و غیره (- ما دل علی ان المیتة لا- ینتفع بها) کصحیحة علی ابن المغیرة، قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: جعلت فداک، المیتة لا ینتفع بها بشیء؟ قال علیه السلام: لا. و مثله غیره. فان معنی نفی الانتفاع- مطلقا لأنه نکرة فی سیاق النفی فیفید العموم-: نفی مطلق الانتفاع الذی منه البیع و الشراء.

و یمکن الاستدلال بهذه الروایات بوجه آخر، و هو ان ننظر الی خبر منع الانتفاع (منضما الی) ما هو واضح من (اشتراط وجود المنفعة المباحة فی المبیع) و انما نشترط هذا الشرط (لئلا- یدخل) البیع (فی عموم «النهی عن اکل المال بالباطل») اذ لو لم یکن نفع فی المثمن، کان اعطاء الثمن بإزائه داخلا فی عموم قوله سبحانه «لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ»* فالروایة بضمیمة الآیة تدل علی عدم جواز بیع المیتة.

(و) مما یدل أیضا علی عدم جواز بیع المیتة (خصوص عد ثمن المیتة من السحت فی روایة السکونی) فقد روی عن الصادق علیه

السلام انه قال: «السحت ثمن المیتة» و من المعلوم ان السحت: اشد انواع الحرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۱

نعم قد ورد بعض ما یظهر منه الجواز، مثل روایة الصیقل قال:

کتبوا الی الرجل: جعلنا اللّه فداک، انا نعمل السیوف، و لیست لنا معیشة و لا تجارة غیرها، و نحن مضطرون إلیها، و انما غلافها من جاود المیتة، من البغال و الحمیر الاهلیة، لا یجوز فی اعمالنا غیرها، أ فیحل لنا عملها و شراؤها، و بیعها، و مسها بایدینا، و ثیابنا، و نحن نصلی فی ثیابنا، و نحن محتاجون الی جوابک فی هذه المسألة یا سیدنا، لضرورتنا إلیها؟ فکتب علیه السلام:

«اجعلوا ثوبا للصلاة». الحدیث.

(نعم قد ورد بعض ما یظهر منه الجواز) من الروایات (مثل روایة الصیقل قال: کتبوا الی الرجل) و المراد به الامام علیه السلام و لم یذکر اسمه الشریف تقیة (جعلنا اللّه فداک، انا نعمل السیوف، و لیست لنا معیشة و لا تجارة غیرها، و نحن مضطرون إلیها) ای الی تجارة السیوف (و انما غلافها من جلود المیتة، من البغال و الحمیر الاهلیة) مقابل الحمر الوحشیة (لا یجوز) ای لا یصح (فی اعمالنا غیرها، أ فیحل لنا عملها) ای عمل جلود المیتة غلافا، (و شراؤها، و بیعها، و مسها، بایدینا، و ثیابنا، و نحن نصلی فی ثیابنا، و نحن محتاجون الی جوابک فی هذه المسألة، یا سیدنا لضرورتنا إلیها؟) و انما کانت المحتاج إلیها جلود المیتة، لان البغال و الحمیر غالبا لا تذبح، للانتفاع بانفسها فی السفر و العمل، فاذا ماتت کشطوا جلودها و باعوها، و اهل السیوف کانوا محتاجین الی جلودها، دون سائر الجلود لأنها اقوی و امتن، (فکتب علیه السلام: «اجعلوا ثوبا للصلاة». الحدیث.)

فانه یدل علی جواز البیع و الشراء و الانتفاع، و الا لزم علی الامام (ع)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۲

و نحوها روایة اخری بهذا المضمون. و لذا قال فی الکفایة و الحدائق:

ان الحکم لا یخلو عن اشکال.

ان یبین عدم الجواز، و اما جعل ثوب آخر للصلاة غیر الثوب الذی یباشر الجلود، فلان المیتة لا تجوز الصلاة فیها، و الغالب ان الثوب المباشر للعمل فی المیتة یتلوث باجزاء صغار من المیتة مما یمنع الصلاة فیه.

(و نحوها روایة اخری بهذا المضمون. و لذا) ای لما ذکرناه من وجود هذه الروایة المشعرة بالجواز فی مقابل روایة المنع السالفة (قال فی الکفایة و الحدائق: ان الحکم لا یخلو عن اشکال). للتعارض فی الروایات الواردة فی بیع المیتة.

و قد اشکل المصنف «رحمه اللّه» فی الاستدلال بروایة الصیقل علی جواز بیع المیتة من وجهین: الاول- انها لا تدل علی جواز البیع، لاحتمال کون الثمن فی مقابل السیف فقط.

الثانی- ان الامام علیه السلام لم یجوز البیع، و انما سکت عن الجواب و مثله لا یکون تقریرا لکلام السائل.

اقول: و قد یضاف علی ذلک، بان السائل قال «انا مضطرون» فالتقریر- علی تقدیره- خاص بصورة الاضطرار، مضافا الی ان البیع لو کان حراما کان سائر انواع التقلب أیضا حراما- کما فی خبر التحف و غیره- فکیف لم ینبه الامام علیه السلام علی ذلک. علی انه ورد فی جملة من الروایات جواز الانتفاع بجلد المیتة، کروایة زرارة و سماعة و جامع البزنطی و مرسل الصدوق و غیرها. و الکلام فی المقام طویل نکتفی منه بهذا القدر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۳

و یمکن ان یقال: ان مورد السؤال عمل السیوف و بیعها و شراؤها، لا خصوص الغلاف مستقلا، و لا فی ضمن السیف، علی ان یکون

جزء من الثمن فی مقابل عین الجلد، فغایة ما یدل علیه جواز الانتفاع بجلد المیتة، بجعله غمدا للسیف، و هو لا ینافی عدم جواز معاوضته بالمال، و لذا جوز جماعة- منهم الفاضلان فی النافع و الارشاد، علی ما حکی عنهما- الاستقاء بجلد المیتة لغیر الصلاة و الشرب، مع عدم قولهم بجواز بیعه.

و کیف کان فقد اشار الشیخ «رحمه اللّه» الی الاشکال الاول بقوله:

(و یمکن ان یقال) فی رد الاستدلال بروایة الصیقل: (ان مورد السؤال عمل السیوف و بیعها و شراؤها، لا خصوص الغلاف مستقلا، و لا فی ضمن السیف) بان یکون البیع متعلقا بالاثنین (علی ان یکون جزء من الثمن، فی مقابل عین الجلد) اذن (فغایة ما یدل علیه) خبر الصیقل (جواز الانتفاع بجلد المیتة، بجعله غمدا للسیف، و هو لا ینافی عدم جواز معاوضته بالمال) فلا ینافی قوله علیه السلام: «السحت ثمن المیتة». و الحاصل:

ان البیع لیس بجائز لخبر السحت، و الانتفاع جائز لخبر الصیقل. (و لذا) ای لما ذکرنا من عدم المنافاة بین جواز الانتفاع و بین جواز البیع (جوز جماعة- منهم الفاضلان): المحقق و العلامة (فی النافع و الارشاد- علی ما حکی عنهما- الاستقاء بجلد المیتة لغیر الصلاة و الشرب، مع عدم قولهم بجواز بیعه) ففککوا بین الانتفاع و بین البیع.

و اشار الشیخ «رحمه اللّه» الی الاشکال الثانی فی الاستدلال بروایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۴

مع ان الجواب لا ظهور فیه فی الجواز الا من حیث التقریر، غیر الظاهر فی الرضا، خصوصا فی المکاتبات المحتملة للتقیة.

هذا، و لکن الانصاف انه اذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد المیتة، منفعة مقصودة، کالاستقاء بها للبساتین و الزرع، اذا فرض عده مالا عرفا، فمجرد النجاسة لا تصلح علة لمنع البیع- لو لا الاجماع علی حرمة بیع المیتة بقول مطلق.

الصیقل بقوله: (مع ان الجواب) الصادر عن الامام علیه السلام (لا ظهور فیه فی الجواز) للبیع (الا من حیث التقریر) حیث ان السائل سأل عن البیع، و الامام سکت عن الجواب و لم یردعه، (غیر الظاهر فی الرضا) لاحتمال ان یکون هناک مانع یمنع عن الجواب، (خصوصا فی المکاتبات المحتملة للتقیة) فان الکتاب یحتمل ان یقع بایدی المخالفین. و لذا یتقی فیه اکثر مما یتقی فی الکلام الشفوی.

(هذا) حاصل الکلام فی روایة الصیقل استدلالا وردا (و لکن الانصاف انه اذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد المیتة) کما عرفت من المحقق و العلامة (منفعة مقصودة) للعقلاء فی مقابل النفع النادر (کالاستقاء بها للبساتین و الزرع) و ملإ الأحواض ثم تطهیرها بالاتصال بالکر (اذا فرض عده) ای عد الجلد بسبب هذه المنافع (مالا عرفا) حتی لا یکون اکل المال بإزائه اکلا للمال بالباطل (فمجرد النجاسة لا تصلح علة لمنع البیع لو لا الاجماع علی حرمة بیع المیتة بقول مطلق) ای سواء کانت ذات نفع محلل مقصود أم لا، و منه یعلم ان الاجماع فی الجملة أیضا غیر کاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۵

لان المانع حرمة الانتفاع فی المنافع المقصودة، لا مجرد النجاسة.

و ان قلنا: ان مقتضی الأدلة حرمة الانتفاع بکل نجس، فان هذا کلام آخر سیجیء ما فیه، بعد ذکر حکم النجاسات. لکنا نقول: اذا قام الدلیل الخاص علی جواز الانتفاع، منفعة مقصودة، بشیء من النجاسات فلا مانع من صحة

لاحتمال کون الاجماع من جهة عدم المنفعة، فاذا فرضت لها منفعة لم یشملها معقد الاجماع.

و انما قلنا: ان النجاسة لا تصلح مانعا عن البیع (لان المانع) عن البیع (حرمة الانتفاع فی المنافع المقصودة لا مجرد النجاسة) هذا بناء علی ان نقول بان النجاسة لا تمنع عن البیع، اذ لا دلیل علی منع النجاسة عن ذلک الا روایة التحف و ما اشبه، و هی ضعیفة سندا و دلالة، لاحتمال کون المراد حرمة البیع لاجل الانتفاع بها فیما یشترط بالطهارة.

(و) اما (ان قلنا: ان مقتضی الأدلة حرمة الانتفاع بکل نجس) حتی مثل الاستقاء للزرع (فان هذا کلام آخر) غیر ما کنا نقوله سابقا، اذ الکلام فی السابق کان حول حرمة بیع النجس، و حرمة بیع ما لا نفع فیه، اما ان النجس لا یجوز الانتفاع به مطلقا، فهذا کلام جدید (سیجیء ما فیه، بعد ذکر حکم النجاسات) بانه لا دلیل علی هذه الکلیة (لکنا نقول) فی وجه جواز بیع جلود المیتة: انه (اذا قام الدلیل الخاص علی جواز الانتفاع، منفعة مقصودة) لا نادرة (بشیء من النجاسات) کما لو فرضنا دلالة روایة الصیقل و غیرها بالنسبة الی الجلود (فلا مانع من صحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۶

بیعه، لان ما دل علی المنع عن بیع النجس من النص و الاجماع، ظاهر فی کون المانع حرمة الانتفاع، فان روایة تحف العقول المتقدمة، قد علل فیها المنع عن شیء من وجوه النجس، بکونه منهیا عن اکله و شربه. الی آخر ما ذکر فیها. و مقتضی روایة دعائم الاسلام المتقدمة أیضا إناطة جواز البیع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه.

و أدخل ابن زهرة فی الغنیة النجاسات فیما لا یجوز بیعه من جهة عدم حل

بیعه) ای بیع ذلک الشیء النجس الذی له نفع محلل (لان ما دل علی المنع عن بیع النجس من النص) المتقدم فی روایة تحف العقول (و الاجماع ظاهر فی کون المانع) من البیع، انما هو (حرمة الانتفاع) فاذا لم یحرم الانتفاع لم یحرم البیع (فان روایة تحف العقول المتقدمة، قد علل فیها المنع عن شیء من وجوه النجس، بکونه منهیا عن اکله و شربه. الی آخر ما ذکر فیها) و معنی ذلک عرفا التحریم لعدم الانتفاع، فاذا کان انتفاع لم یکن تحریم (و مقتضی روایة دعائم الاسلام المتقدمة أیضا إناطة جواز البیع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه) حیث علق جواز بیع الشیء بجواز استعماله. هذا مضافا الی ان الجلد اذا کان فیه وجه من وجوه الصلاح- و المفروض ان الاستقاء للبساتین صلاح- اندرج تحت الروایة منطوقا.

(و) الذی یؤید ما ذکرناه من ان عدم جواز البیع لعدم جواز الانتفاع، ما یظهر من بعض العلماء، من انهم فهموا نفس ما ذکرناه، فقد (ادخل ابن زهرة فی الغنیة النجاسات فیما لا یجوز بیعه من جهة عدم حل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۷

الانتفاع بها. و استدل أیضا علی جواز بیع الزیت النجس، بان النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أذن فی الاستصباح به تحت السماء، قال: و هذا یدل علی جواز بیعه لذلک. انتهی.

فقد ظهر من اوّل کلامه و آخره: ان المانع من البیع منحصر فی حرمة الانتفاع، و انه یجوز مع عدمها.

و مثل ما ذکرناه عن الغنیة من الاستدلال کلام الشیخ فی الخلاف فی باب البیع، حیث ذکر النبوی الدال علی اذن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فی الاستصباح، ثم قال: و هذا یدل

الانتفاع بها) و کلامه هذا یدل علی انه ان جاز الانتفاع بالنجاسة جاز بیعها (و استدل أیضا) فی الغنیة (علی جواز بیع الزیت النجس، بان النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم اذن فی الاستصباح به تحت السماء، قال) ابن زهرة: (و هذا) الاذن من النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم (یدل علی جواز بیعه) ای الزیت النجس (لذلک) الاذن فی الانتفاع (انتهی) کلام الغنیة.

(فقد ظهر من اوّل کلامه و آخره: ان المانع من البیع منحصر فی حرمة الانتفاع، و انه یجوز) البیع (مع عدمها) ای عدم حرمة الانتفاع.

(و مثل ما ذکرناه عن الغنیة من الاستدلال کلام الشیخ فی الخلاف فی باب البیع) فانه یظهر منه ان عدم جواز البیع انما هو لعدم جواز الانتفاع و انه اذا جاز الانتفاع جاز البیع (حیث ذکر) الشیخ: (النبوی الدال علی اذن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فی الاستصباح، ثم قال: و هذا یدل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۸

علی جواز بیعه. و عن فخر الدین فی شرح الارشاد، و الفاضل المقداد فی التنقیح الاستدلال علی المنع عن بیع النجس بانه محرم الانتفاع، و کلما کان کذلک لا یجوز بیعه. نعم ذکر فی التذکرة شرط الانتفاع و حلیته، بعد اشتراط الطهارة. و استدل للطهارة بما دل علی وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة المیتة.

و الإنصاف امکان ارجاعه الی ما ذکرنا فتامل.

علی جواز بیعه، و) هکذا غیرهما من سائر العلماء ف (عن فخر الدین فی شرح الارشاد و الفاضل المقداد فی التنقیح، الاستدلال علی المنع عن بیع النجس بانه محرم الانتفاع، و کلما کان کذلک) ای محرم الانتفاع (لا یجوز بیعه. نعم ذکر) العلامة (فی التذکرة شرط الانتفاع و حلیته) ای حلیة الانتفاع (بعد اشتراط الطهارة) مما یدل علی ان الشرط امران: الأول الطهارة. الثانی حلیة الانتفاع. و مفهومه انه اذا کان حلالا- لکنه لم یکن طاهرا لم یجز بیعه، فلیس جواز البیع دائرا مدار الانتفاع، بل مدار الطهارة و الانتفاع معا. (و استدل للطهارة) ای اشتراطها فی جواز البیع (بما دل علی وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة المیتة) فان الاجتناب معناه: عدم البیع. و کذلک حرمة المیتة معناها: تحریم بیعها.

(و) لکن (الانصاف امکان ارجاعه) ای کلام العلامة (الی ما ذکرنا) من ان الشرط امر واحد، و هو جواز الانتفاع و عدمه، بان نقول: ان اشتراط العلامة للطهارة انما هو بسبب ان النجس غالبا لا نفع فیه، فالشرط الأول من قبیل الخاص فی مقابل شرط الانتفاع، الذی هو اعم. فان کل نجس لا- ینتفع به، و بعض ما لا ینتفع به لیس نجسا کالحشرات الصغار (فتامل) فان کون الشرط الأول من باب ذکر الخاص قبل العام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۶۹

و یؤیده: انهم اطبقوا علی بیع العبد الکافر، و کلب الصید. و علله فی التذکرة بحل الانتفاع به، و رد من منع عن بیعه لنجاسته، بان النجاسة غیر مانعة. و تعدی الی کلب الحائط و الماشیة و الزرع، لأن المقتضی و هو النفع موجود فیها.

و مما ذکرنا من قوة جواز بیع جلد المیتة لو لا- الإجماع- اذا جوزنا الانتفاع به فی الاستقاء- یظهر حکم جواز المعاوضة علی لبن الیهودیة المرضعة

خلاف الظاهر.

(و یؤیده) ای یؤید ما ذکرناه من ان النجس اذا کان مما ینتفع به جاز بیعه: (انهم) ای الفقهاء (اطبقوا) و اجمعوا (علی) جواز (بیع العبد الکافر و کلب الصید) مع انهما نجسان، و انما جاز البیع للانتفاع بهما (و علله) ای العلامة علل جواز بیعهما (فی التذکرة بحل الانتفاع به) ای بکل من الکافر و الکلب (ورد) العلامة (من منع عن بیعه) ای بیع الکافر و الکلب (ل) سبب (نجاسته، بان النجاسة غیر مانعة) عن البیع (و تعدی) العلامة من جواز بیع کلب الصید (الی کلب الحائط) ای البستان (و الماشیة) ای الاغنام (و الزرع) الذی لا حائط له کالحنطة و الشعیر (لان المقتضی) لجواز البیع (و هو النفع موجود فیها) ای فی الاقسام الثلاثة للکلب، و قوله «لان» علة للتعدی.

(و مما ذکرنا من قوة جواز بیع جلد المیتة لو لا- الاجماع- اذا جوزنا الانتفاع به فی الاستقاء- یظهر حکم جواز المعاوضة علی لبن الیهودیة المرضعة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۷۰

بان يجعل تمام الأجرة او بعضها فى مقابل اللبن، فان نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضة عليه.

«فرعان»:

«الأول»- انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة، كذلك لا يجوز بيعها منضمة الى مذكى.

و لو باعها، فان كان المذكى ممتازا صح البيع فيه و بطل فى الميتة كما سيجىء فى محله.

و النصرانية و سائر الكافرات (بان يجعل تمام الاجرة او بعضها فى مقابل اللبن) قبال من يقول بان الأجرة يلزم ان تجعل قبال خدمتها للولد لأن اللبن نجس فلا يصح ان يقابل بالمال (فان نجاسته) اى اللبن (لا تمنع عن جواز المعاوضة عليه) بعد ان جاز الانتفاع به.

و مما تقدم يظهر ان كل شىء من وجوه النجس انما لا يجوز ان يقابل بالمال اذا كانت منافعها محرمة، اما اذا كانت لها منافع محللة مقصودة غير نادرة جازت المعاملة عليها.

(فرعان: الأول) فى بيان أنه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة لا يجوز بيعها منضمة، للعلم الاجمالى. و هذا الحكم جار فى كل ما لا يجوز بيعه، و (انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة الى مذكى) و ذلك لما حقق فى محله من تنجيز العلم الاجمالى لأطرافه، سواء فى الشبهة الوجوبية او التحريمية (و لو باعها) اى الميتة مع المذكى (فان كان المذكى ممتازا صح البيع فيه) لاجتماع شرائط الصحة فى ذلك (و بطل) البيع (فى الميتة) اى لم ينعقد (كما سيجىء فى محله).

و لكن لا يخفى: ان صحة البيع فى المذكى انما تكون اذا لم تكن على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۷۱

و ان كان مشتبها بالميتة لم يجز بيعه أيضا، لأنه لا ينتفع به منفعة محلله، بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين. فهو فى حكم الميتة من حيث الانتفاع. فأكل المال بإزائه اكل المال بالباطل، كما ان اكل كل من المشتبهين فى حكم اكل الميتة.

و من هنا

وجه التقييد، و الا بطل البيع فيه، اذ لم يقصد البائع بيع المذكى الا منضما، و قد بطل ما قصده.

(و ان كان) المذكى (مشتبها بالميتة) بان لم يعلم ايهما المذكى، فان امكن التمييز و باع المذكى صح، لان الشرط موجود، و الا (لم يجز بيعه أيضا لأنه لا ينتفع به) اى بالمذكى فى حال كونه مشتبها (منفعة محلله، بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين) كما هو المشهور فى اطراف العلم الإجمالى، اما بناء على جواز ارتكاب احد المشتبهين فالبيع للمذكى جائز، لامكان الانتفاع باحدهما. و كذلك يجوز مطلقا فيما اذا اضطر الى اكل الميتة او المشتبهة بها، لأن المخالفة الاحتمالية مقدمة على المخالفة القطعية (فهو) اى المذكى المشتبهة بالميتة (فى حكم الميتة من حيث) عدم (الانتفاع) به حين اشتباهه بالميتة (فاكل المال بإزائه اكل المال بالباطل) فيشمله قوله سبحانه: و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (كما ان اكل كل من المشتبهين فى حكم اكل الميتة) من حيث انه لو طابق الواقع كان معاقبا على فعله، من حيث اكل الميتة واقعا، اما لو لم يصادف الميتة فالارتكاب تجر.

(و من هنا) اى من القاعدة التى ذكرناها فى عدم جواز بيع المشتبهة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۷۲

يعلم انه لا فرق فى المشترى بين الكافر المستحل للميتة و غيره. لكن فى صحيحة الحلبى و حسنته: «اذا اختلط المذكى بالميتة بيع ممن يستحل الميتة» و حكى نحوهما عن كتاب على بن جعفر.

و استوجه العمل بهذه الاخبار فی الکفایة. و هو مشکل مع ان المروی عن امیر المؤمنین علیه السلام «انه یرمی بهما».

(یعلم انه لاـ فرق فی المشتری بین الکـافر المسـتحل للمیتـة و غیره) اذ لا یجوز للبائع ان یبیع ما لا مالیـة له فی نظر الشـرع، و ان کان له مالیـة فی نظر العرف (لکن فی صـحیحة الحلبی و حسـنته) المرویتین عن الصـادق علیه السـلام («اذا اختلـط المـذکی بالمیتـة بیع ممن یستحل المیتة» و حکی نحوهما عن کتاب علی بن جعفر) علیهما السلام.

(و استوجه) ای قال: الاوجه (العمل بهـذه الأخبار) السبزواری (فی الکفایة) لان القاعدة علی تقدیر تمامیتها مخصـصة بهذه الأخبار (و هو) ای العمل بهذه الأخبار (مشکل) لاعراض الأصحاب عنها- کما قیل- لکن الإعراض غیر ثابت بعد عمل جمع کثیر کالشیخ و ابن حمزة و غیرهمـا بهـذه الأخبـار (مع ان المروی عـن امیر المـؤمنین علیـه السـلام «انه یرمی بهمـا») ای بالمیتـة و المـذکی، و هی روایة الجعفریـات بسـند الأئمـة علیهم السـلام عن علی علیه السـلام انه سـئل عن شاة مسـلوخة، و اخری مذبوحـة، عمی علی الراعی او علی صاحبها، فلا یدری الذکیة من المیتة؟ قال: «یرمی بهما جمیعا الی الکلاب».

و ربما اورد علی ذلک بعدم التعارض بین هذه الروایة و تلک الروایات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۳

و جوز بعضهم البیع بقصد المذکی. و فیه: ان القصد لا ینفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذکی، لاجل الاشتباه.

نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب فی الشـبهة المحصورة، و جواز ارتکاب احدهما، جاز البیع بالقصد المذکور. لکن لا ینبغی القول به فی المقام.

لان هذه تدل علی عدم الانتفاع بها فیما یشترط بالحلیة و الطهارة، و تلک تدل علی جواز البیع لمن یستحل فلا منافاة اصلا. مضافا الی الأخبار الکثیرة المذکورة فی کتاب الطلاق، من الزام کل قوم بما التزموا به، و کذلک فی باب العول و التعصیب و ما اشبه.

(و جوز بعضـهم البیع بقصـد) بیع (المـذکی. و فیه:) عـدم فائـدة مثل هـذا القصـد، ل (ان القصـد لا ینفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذکی، لاجل الاشتباه). فالمذکی باشتباهه بالمیتة سقط عن المالیة، فکیف یجوز بیعه!

(نعم لو قلنـا بعـدم وجوب الاجتنـاب) عن جمیع الأـطراف (فی الشـبهة المحصورة و) قلنـا ب (جواز ارتکاب احـدهما، جاز البیع) لهما (بالقصـد المـذکور.) ای قصـد المـذکی (لکن لا ینبغی القول به) ای بجواز ارتکاب احـدهما (فی المقام) الذی کان مقتضـی الأصـل فیهما عدم الحل، حتی و لو قلنا بجواز ذلک، فیما اذا کان الأصل فیهما الحل.

توضیـح المقـام: ان الأصـل فی المشـتبهین قـد یکون الحل، کما اذا کان هناک إناءان طاهران، فتنجس احـدهما. و قـد یکون الأصـل الحرمة، کما اذا کان هناک إناءان نجسان فتطهر احدهما. و القائل بجواز ارتکاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۴

لان الاصل فی کل واحد من المشتبهین: عدم التذکیة. غایة الأمر العلم الاجمالی بتذکیة احدهما، و هو غیر قادح فی العمل بالأصلین.

و انما یصح القول بجواز ارتکاب احـدهما فی المشتبهین، اذا کان الاصل فی کل منهما الحل، و علم اجمالا بوجود الحرام. فقد یقال هنا بجواز ارتکاب احدهما، اتکالا علی أصالة الحل و عدم جواز ارتکاب الآخر بعد ذلک حذرا عن

احـد المشـتبهین انمـا یقول بـالجواز فیمـا کان الأصل الحل، لا فیما اذا کان الأصل عـدم الحل. و إلیه اشار بقوله: (لان الأصل فی کل واحـد من المشـتبهین عـدم التذکیـة) اذ التذکیة امر طارئ، فالأصل عدمها. (غایة الأمر) وجود (العلم الإجمالی بتذکیة احدهما، و هو) ای العلم الإجمالی (غیر قادح فی العمل بالاصـلین): اصل عـدم التذکیـة فی هـذا، و اصل عـدم التذکیة فی ذاک. و انما لا یقدح العلم

الاجمالی بالعمل بالاصلین، لأن الأصل لا یلزم من العمل بهما مخالفه قطعیة، بخلاف ما اذا کان الأصل الطهارة و الحل، فان العمل بالاصلین موجب للمخالفة القطعیة.

(و انما یصح القول بجواز ارتکاب احدهما) ای احد الطرفین (فی المشتبهین، اذا کان الأصل فی کل منهما الحل، و علم اجمالا بوجود الحرام) بان حرم احدهما المردد، بعد حلیة کلیهما، کما عرفت فی مثال الإناءین الطاهرین، الذین تنجس احدهما المردد. (فقد یقال هنا بجواز ارتکاب احدهما) فقط (اتکالا علی اصالة الحل) الجاریة فی کل واحد منهما (و عدم جواز ارتکاب الآخر بعد ذلک) ای بعد ارتکاب احدهما (حذرا عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۵

ارتکاب الحرام الواقعی. و ان کان هذا الکلام مخدوشا فی هذا المقام أیضا لکن القول به ممکن هنا، بخلاف ما نحن فیه، لما ذکرنا فافهم.

و عن العلامة حمل الخبرین علی جواز استنقاذ مال المستحل للمیتة بذلک برضاه.

و فیه: ان المستحل قد یکون ممن لا یجوز الاستنقاذ منه

ارتکاب الحرام الواقعی) لاحتمال ان یکون الثانی هو الحرام واقعا (و ان کان هذا الکلام) ای جواز ارتکاب احدهما (مخدوشا فی هذا المقام) ای مقام کون الاصل فیهما الحل (أیضا) لعدم جریان هذا الکلام فیما کان الاصل فیهما الحرمة. (لکن القول به) ای بجواز ارتکاب احدهما (ممکن هنا) فیما کان الاصل فیهما الحل (بخلاف ما نحن فیه) الذی یکون الاصل فیهما الحرمة (لما ذکرنا) من عدم جریان الاصل المجوز للارتکاب (فافهم) فان القائل بجواز ارتکاب احد طرفی العلم، لا یفرق بین کون الاصل فیهما الحل او الحرمة، مضافا الی سقوط الاصل بالعلم الاجمالی مطلقا، سواء لزم المخالفة القطعیة أم لا- علی ان کون الاصل فی الحیوان الحرمة محل مناقشة، و حیث ان البسط فی هذه المباحث خارج عن وضع الشرح اعرضنا عنها فمن ارادها فلیرجع الی مظانها فی الاصول.

(و عن العلامة حمل الخبرین) الدالین علی جواز بیعهما ممن یستحل (علی جواز استنقاذ مال المستحل للمیتة بذلک) البیع (برضاه) فالمعاملة صوریة لا واقعیة.

(و فیه: ان المستحل للمیتة قد یکون ممن لا یجوز الاستنقاذ منه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۶

الا بالاسباب الشرعیة، کالذمی.

و یمکن حملهما علی صورة قصد البائع المسلم اجزائها التی لا- تحلها الحیاة من الصوف، و العظم، و الشعر، و نحوها. و تخصیص المشتری بالمستحل لان الداعی له علی الاشتراء اللحم أیضا، و لا یوجب ذلک فساد البیع ما لم یقع العقد علیه.

ای اخذ ماله (الا بالاسباب الشرعیة، کالذمی) فتخصیص الخبرین بالحربی خلاف اطلاقهما، و لعل الذی حمل العلامة علی ذلک أولویة الحمل من الطرح بعد ان رأی عدم امکان العمل بهما بظاهرهما.

(و یمکن حملهما) ای الخبرین (علی صورة قصد البائع المسلم اجزائها التی لا تحلها الحیاة) مما یجوز بیعها حتی للمسلم (من الصوف، و العظم، و الشعر، و نحوها) کالظلف (و) وجه (تخصیص المشتری بالمستحل لان الداعی له علی الاشتراء اللحم أیضا) بخلاف غیر المستحل فانه لا یقصد اللحم، فیکون قلیل الرغبة فی اشتراء المشتبه (و لا یوجب ذلک) القصد من المشتری المستحل، للحم أیضا (فساد البیع ما لم یقع العقد علیه) اذ العقد وقع بإزاء المذکی، و اجزاء المیتة التی لا تحلها الحیاة.

ان قلت: انتم ذکرتم قبل فرع بیع المذکی: انه لو جاز الانتفاع بالمیتة جاز بیعها، مع ان روایة البزنطی تدل علی جواز الانتفاع و عدم

جواز البیع، ثم جئتم بشاهد لذلک، بان المشتبه لا یجوز بیعه، لعدم امکان الانتفاع به، و الحاصل انکم ادرتم جواز البیع بجواز الانتفاع فاذا جاز الانتفاع و لو فی المیتة جاز البیع، و اذا لم یجز الانتفاع و لو فی المذکی کالمشتبه- لم یجز البیع، و الحال ان الروایة تدل علی التفکیک بین الأمرین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۷

و فی مستطرفات السرائر عن جامع البزنطی صاحب الرضا علیه السلام قال: سألته عن الرجل یکون له الغنم یقطع من ألیاتها و هی احیاء، أ یصلح ان ینتفع بها؟ قال علیه السلام: «نعم یذیبها و یسرج بها، و لا یأکلها.

و لا یبیعها» و استوجه فی الکفایة العمل بها، تبعا لما حکاه الشهید عن العلامة- رحمه اللّه- فی بعض اقواله. و الروایة شاذة. ذکر الحلی بعد ایرادها انها من نوادر الأخبار، و الاجماع منعقد علی تحریم المیتة و التصرف فیها علی کل حال، الا اکلها للمضطر.

لاجازتها الانتفاع بإلیات الغنم المیتة، و منعها عن البیع.

قلت: الروایة شاذة و معارضة، فلا تقوم فی مقابل القاعدة التی ذکرناها. و الی هذا الاشکال و الجواب اشار المصنف بقوله:

(و فی مستطرفات السرائر عن جامع البزنطی صاحب) الامام (الرضا علیه السلام قال: سألته عن الرجل یکون له الغنم یقطع من ألیاتها و هی احیاء) فان قطع ألیة الغنم متعارف فی الاماکن التی تکبر فیها الألیات بما لا یتمکن الغنم من حملها، الی هذا الیوم (أ یصلح ان ینتفع بها؟ قال (ع):

نعم یذیبها و یسرج بها، و لا یأکلها، و لا یبیعها» و استوجه) السبزواری (فی الکفایة العمل بها) ای بهذه الروایة (تبعا لما حکاه الشهید عن العلامة- رحمه اللّه- فی بعض اقواله) فقال بأنه یجوز الانتفاع و لا یجوز البیع (و) لکن (الروایة شاذة) معرض عنها (ذکر الحلی بعد ایرادها انها من نوادر الأخبار، و الاجماع منعقد علی تحریم المیتة، و التصرف فیها علی کل حال) ای کل انواع التصرف (الا اکلها للمضطر) انتهی کلام الحلی. اذن فالروایة مطروحة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۸

اقول: مع انها معارضة بما دل علی المنع من موردها معللا بقوله علیه السلام: «أ ما علمت انه یصیب الثوب و الید و هو حرام!».

و مع الاغماض عن المرجحات، یرجع الی عموم ما دل علی المنع من الانتفاع بالمیتة مطلقا. مع ان الصحیحة

(اقول: مع انها) ای الروایة (معارضة بما دل علی المنع من موردها معللا) المنع (بقوله علیه السلام: أ ما علمت انه یصیب الثوب و الید) فان الاسراج ملازم لتلوث الید و الثوب (و هو حرام؟) إما لأنه استعمال للمیتة، و اما لأنه نجس، و ذلک یوجب بطلان الصلاة. لکن الاحتمال الثانی اقوی، اذ لو کان المنع عن جهة کون التلوث استعمالا، کان المنع من جهة الاستعمال اولی من المنع من جهة التلوث.

لکن لا یخفی: ان الظاهر من هذه الروایة کون الحرمة لیست ذاتیة و انما هی من جهة اللوازم. هذا، و لا یذهب علیک ان سوق کلام المصنف من قوله: «و فی مستطرفات ...» لیس فی مقام الاشکال و الجواب- کما سقنا الشرح- بل فی مقام تأیید ما ذکره أولا، من عدم جواز بیع المیتة مطلقا، فکأنه قال: لا یجوز بیع المیتة، حتی فی صورة الاشتباه بالمذکی، و حتی فی صورة الانتفاع بها، و روایة جواز بیع المشتبه، کروایة جواز الإسراج، مطروحتان، او محمولتان علی بعض المحامل.

(و) کیف کان (مع الاغماض عن المرجحات) لخبر المستطرف او المعارض له (یرجع الی عموم ما دل علی المنع عن الانتفاع بالمیتة مطلقا) کان فیها نفع أم لا. کخبر التحف و غیره (مع ان الصحیحة) للبزنطی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۷۹

صریحة فی المنع عن البیع، الا ان یحمل علی إرادة البیع من غیر الاعلام بالنجاسة.

«الثانی»- ان المیتة من غیر ذی النفس السائلة یجوز المعاوضة علیها اذا کانت مما ینتفع بها،

او ببعض اجزائها کدهن السمک المیتة للاسراج و التدهین لوجود المقتضی و عدم المانع، لان أدلة عدم الانتفاع بالمیتة مختصة بالنجسة و صرح بما ذکرنا جماعة. و الظاهر انه مما لا خلاف فیه.

(صریحة فی المنع عن البیع) فلا دلیل علی انه اذا جاز الانتفاع جاز البیع (الا ان یحمل) صحیح البزنطی (علی إرادة البیع من غیر الإعلام بالنجاسة) فیکون المنع عن البیع من جهة ایقاع الغیر فی الحرام، لا من جهة حرمة البیع بنفسه.

(«الثانی»-) من الفرعین (ان المیتة من غیر ذی النفس السائلة یجوز المعاوضة علیها، اذا کانت مما ینتفع بها، او ببعض اجزائها) لشمول ادلة جواز البیع لها، و لا یشملها دلیل المنع، اذ هو منحصر فی النجس و فیما لا نفع له، و المفروض طهارتها و الانتفاع بها (کدهن السمک المیتة للاسراج و التدهین) و صنع الصابون و ما اشبه (لوجود المقتضی) للبیع و هو عمومات جواز البیع (و عدم المانع، لان أدلة عدم الانتفاع بالمیتة مختصة بالنجسة) منها (و صرح بما ذکرنا جماعة. و الظاهر انه مما لا خلاف فیه) فما دل علی ان ثمن المیتة سحت، منصرف عن میتة الطاهر، او یراد به البیع لاجل الأکل، فیجوز بیع المیتة النجسة لغیر الاکل کما احتملنا سابقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۸۰

«السادسة»- یحرم التکسب بالکلب الهراش و الخنزیر البریین اجماعا

علی الظاهر المصرح به فی المحکی عن جماعة، و کذلک اجزاؤهما.

«نعم» لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزیر و جلده

(«السادسة»-) من المسائل الثمان (یحرم التکسب بالکلب الهراش) الذی یتهارش مع امثاله، و لا نفع فیه (و الخنزیر البریین) فی مقابل الکلب و الخنزیر البحریین (اجماعا، علی الظاهر المصرح به فی المحکی عن جماعة) و ذلک للنجاسة، و عدم الانتفاع، فیشملهما دلیل حرمة المعاملة علی شیء من وجوه النجس. و ما دل علی لزوم النفع المحلل المقصود فی المثمن (و کذلک) یحرم التکسب ب (اجزائهما) کالعظم و ما اشبه.

و یدل علی الحکم- بالإضافة الی المطلقات- خبر السکونی عن الصادق علیه السلام قال: «السحت ثمن المیتة و ثمن الکلب». و خبر الجعفریات عن علی علیه السلام: «من السحت ثمن الکلب». و خبر معاویة عن الرضا علیه السلام، عن نصرانی أسلم و عنده خمر و خنازیر، و علیه دین هل یبیع خمره و خنازیره، فیقضی دینه؟ قال علیه السلام: «لا».

الی غیرها من الروایات. نعم کلب الماشیة و نحوه مستثنی من هذا الحکم بالنص و الاجماع. کما ان الظاهر ان کلب الاجرام المتعارف فی هذه الازمنة أیضا کذلک مستثنی من حکم مطلق الکلب، الوارد فی الاحادیث المتقدمة.

(«نعم» لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزیر و جلده) لما دل من النصوص علی ذلک، کروایة زرارة عن الباقر علیه السلام قال: قلت له: ان رجلا من موالیک یعمل الحمائل بشعر الخنزیر. قال علیه السلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۸۱

جاء فیه ما تقدم فی جلد المیتة.

«السابعة»- یحرم التکسب بالخمر، و کل مسکر مائع، و الفقاع. اجماعا نصا و فتوی.

«اذا فرغ فليغسل يـده». و غيرها من سائر الروايات المذكورة فى كتاب الاطعمة و الاشربة و غيره. (جاء فيه ما تقدم فى جلد الميتة) من الاحتمـالين احتمال الجواز للانتفاع. و احتمال المنع، لانه من وجوه النجس، و الاحاديث و ان كانت فى شـعر الخنزير و جلـده، لكن لا يبعد تعديها الى الكلب، لفهم وحدة المناط. و اللّه العالم.

(«السابعـة»-) من المسائـل الثمـان (يحرم التكسب بـالخمر، و كـل مسكر مـائع) فـان المسـكر المائع نجس، فيشـمله ما دل على حرمة المعاملـة بـالنجس. امـا غير المـائع من المسـكر كالحشـيشة، فـان فرض لهـا منفعـة محللـة مقصودة كانت جائزة المعاملـة، و الا لم تجز المعاملة عليها من جهة عدم النفع المدرج لها فى قوله سبحانه «وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ».

(و الفقاع) الـذى هو قسم من الخمر، و انما ذكر على حـدة للنص به فى الاخبار و ذلك لاستصـغار الناس له. (اجماعا، نصا و فتوى). و لو قـال نصـا و فتوى اجماعـا كـان اوجه. و يـدل على ذلـك من النصوص الخاصـة: خبر المـدائنى عن الصادق عليه السـلام: «من اكل السـحت ثمن الخمر». و خبر محمد بن مسـلم عن الصادق عليه السـلام أيضا: «ان رسول اللّه صـلى اللّه عليه و آله و سـلم قال: ان الذى حرم شربها حرم ثمنها» و خبر القمى عن الباقر عليه السلام «حرم اللّه الخمر قليلها، و كثيرها، و بيعها، و شراءها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٨٢

و فى بعض الاخبار: يكون لى على الرجل دراهم، فيعطينى خمرا؟ قال عليه السـلام: «خـذها و افسـدها». قال ابن ابى عمير: يعنى اجعلها خلا و المراد به إما اخذ الخمر مجانا ثم تخليلها، او اخذها و تخليلها لصاحبها، ثم اخذ الخل وفاء عن الدراهم.

«الثامنة»- تحرم المعاوضة على الاعيان المتنجسة غير القابلة للطهارة

اذا توقف

و الانتفاع بها» الى غير ذلك.

(و فى بعض الاخبـار)- و هـو موثـق ابن ابى عمير عن جميـل عن الصـادق عليه السـلام- قـال: (يكون لى على الرجـل دراهم فيعطينى خمرا؟ قال عليه السـلام: «خـذها و افسـدها». قال ابن ابى عمير: يعنى اجعلها خلا. و) هـذا الخبر لا يدل على جواز بيع الخمر، كما ربما يتوهم من ان معنى خـذها بـدل الدراهم هو بيع صاحب الخمر لها فى مقابل دراهم الرجل التى بذمته اذ (المراد به اما اخذ الخمر مجانا ثم تخليلهـا) و اسـقاط حقه عن صاحبهـا (او اخـذها و تخليلهـا لصاحبها، ثم اخـذ الخل وفاء عن الـدراهم) و من الممكن ان يكون بيع الخمر محرما من جهة الشـرب و نحوه، لا من جهة المنفعة المحللة المقصودة التى منها التخليل، فيكون الخبر تخصـصا لا تخصـيصا اما سائر المسكرات فالحكم فيها كالحكم فى الخمر، لصدق الخمر عليها عرفا و شرعا، و ان كان لكل منهما اسم خاص.

(«الثامنة»-) من المسائل الثمان (تحرم المعاوضة على الاعيان المتنجسة غير القابلة للطهارة) كعصير التمر مثلا اذا تنجس (اذا توقف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٨٣

منافعها المحللة المعتد بها على الطهارة، لما تقدم من النبوى: «ان اللّه اذا حرم شيئا حرم ثمنه» و نحوه المتقدم عن دعائم الاسلام.

و اما التمسك بعموم قوله عليه السـلام- فى رواية تحف العقول- «او شىء من وجوه النجس» ففيه نظر، لان الظاهر من «وجوه النجس» العنوانات النجسة، لان ظاهر «الوجه» هو «العنوان».

«نعم» يمكن الاستـدلال على ذلك بالتعليل المـذكور بعـد ذلك و هو قوله عليه السـلام: «لان ذلك كله محرم اكله و شـربه و لبسه ..»

الی آخر ما ذکر.

منافعها المحللـة المعتـد بها علی الطهارة) اما المنافع النادرة فلا توجب المالیـة المجوزة للبیع (لما تقدم من النبوی «ان اللّه اذا حرم شـیئا حرم ثمنه») فالعصیر فی المثال محرم فیحرم ثمنه (و نحوه) الخبر (المتقدم عن دعائم الاسلام).

(و اما التمسک) لحرمة المعاملة فی المقام (بعموم قوله علیه السـلام فی روایة تحف العقول- «او شیء من وجوه النجس» ففیه نظر. لان الظـاهر من) لفظـة («وجـوه النجس»: العنوانـات النجسـة) کـالخمر، و العـذرة، و الـدم، و مـا اشـبه (لاـن ظـاهر «الـوجه» هـو «العنوان») فالمتنجس غیر مشمول لهذه الروایة.

(«نعم» یمکن الاسـتدلال علی ذلـک) التحریم فی المتنجس (بالتعلیـل المـذکور) فی روایـة التحـف (بعـد ذلـک) الکلاـم (و هو) ای التعلیـل (قوله علیه السـلام «لاـن ذلک کله محرم اکله و شـربه و لبسه .. الی آخر ما ذکر) فان العلـة شاملـة للمتنجس، و من المعلوم ان العلة تعمم و تخصص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۴

«ثم» اعلم انه قیل بعـدم جواز بیع المسوخ، من اجل نجاسـتها. و لما کان الاقوی طهارتها لم یحتج الی التکلم فی جواز بیعها هنا. «نعم» لو قیـل بحرمـة البیع لا من حیث النجاسـة، کان محل التعرض له: ما سـیجیء من ان «کل طاهر له منفعـة محللـة مقصودة یجوز بیعه». و سیجیء ذلک فی ذیل القسم الثانی

لانها هی مدار الحکم عرفا،

«ثم» ان الاعیان المتنجسـة القابلـة للطهارة، او المتنجسـة التی لا یتوقف الانتفاع بها علی الطهارة، لا بأس بالمعاوضـة علیها، لعدم الدلیل علی الحرمة و البطلان، فیشملها عموم «تجارة عن تراض» و «احل اللّه البیع» و ما اشبه. اما لو تعارف تبدیل الاعیان النجسة الی الطاهرة، بالاستحالة، کالعذرة للإحراق و ما اشبه فهل یجوز بیعها أم لا؟ احتمالان. و ان قلنا:

ان حرمـة بیع النجس لعـدم الانتفـاع، او لاـن الظاهر من ادلـة الحرمـة کونها لاجل الانتفاع المحرم، قوی جواز البیع، لاجل التبـدیل الی الطاهر الحلال.

(«ثم اعلم انه قیل بعدم جواز بیع المسوخ) کالقردة (من اجل نجاسـتها) فیشملها خبر تحف العقول و غیره (و لما کان الاقوی طهارتها) کما حقق فی کتاب الطهارة- (لم یحتـج الی التکلم فی جواز بیعها هنا) فی باب حرمة بیع الاعیان النجسة («نعم» لو قیل بحرمة البیع لا من حیث النجاسـة) بل من حیث عـدم النفع (کان محل التعرض له: ما سـیجیء من ان «کل طاهر له منفعة محللة مقصودة) للعقلاء بان لم تکن المنفعة نادرة (یجوز بیعه». و سیجیء) الکلام فی (ذلک فی ذیل القسم الثانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۵

مما لا یجوز الاکتساب به لاجل عدم المنفعة فیه.

و اما المستثنی من الأعیان المتقدمة فهی أربعة، تذکر فی مسائل اربع:

«الأولی»- یجوز بیع المملوک الکافر،

اصلیا کان أم مرتـدا ملیا بلا خلاف ظاهر، بل ادعی علیه الاجماع، و لیس ببعید کما یظهر للمتتبع فی المواضع المناسـبة لهذه المسألة،

کاسترقاق الکفار، و شراء بعضهم من بعض. و بیع العبد الکافر اذا اسلم

مما لا- یجوز الاکتساب به لاجل عدم المنفعة فیه) و مثل الکلام فی المسوخ الکلام فی کل شیء قیل بنجاسته و لم یتحقق ذلک کالحدید و ما اشبه.

هذا تمام الکلام فی بیع الاعیان النجسة.

(و اما المستثنی من الاعیان المتقدمة) مما هی نجسة و مع ذلک یجوز بیعها (فهی أربعة، تذکر فی مسائل اربع):

المسألة (الاولی-) فی بیع المملوک الکافر (یجوز بیع المملوک الکافر، اصلیا کان) الکافر کتابیا او غیر کتابی (أم مرتدا ملیا) بان دخل فی ملة الاسلام بعد ان کان کافرا ثم ارتد، مقابل المرتد الفطری الذی انعقد و أحد ابویه مسلم، فجرت علیه فطرة الاسلام ثم ارتد (بلا خلاف ظاهر، بل ادعی علیه الاجماع، و لیس) الاجماع (ببعید کما یظهر للمتتبع فی المواضع المناسبة لهذه المسألة ک) مسألة (استرقاق الکفار) فانها تدل علی التملک الموجب لصحة المعاملة، لشمول «تجارة عن تراض» و نحوه للمقام. و الکافر المرتد عن ملة داخل فی العموم، فلا وجه لاستثنائه (و) مسألة (شراء بعضهم من بعض. و) مسألة (بیع العبد الکافر اذا اسلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۶

علی مولاه الکافر. و عتق الکافرة و بیع المرتد. و ظهور کفر العبد المشتری علی ظاهر الاسلام. و غیر ذلک.

و کذا الفطری علی الاقوی، بل الظاهر: انه لا خلاف فیه من هذه الجهة، و ان کان فیه کلام من حیث کونه فی معرض التلف، لوجوب قتله و لم نجد من تأمل فیه من جهة نجاسته، عدا ما یظهر

علی مولاه الکافر. و) مسألة (عتق الکافرة) و من المعلوم انه «لا عتق الا فی ملک» و اذا کان ملک شمله «احل اللّه البیع» و نحوه (و) مسألة (بیع) العبد (المرتد. و) مسألة (ظهور کفر العبد المشتری علی ظاهر الاسلام) بان اشتراه المشتری ظانا انه مسلم فظهر انه کافر، هل له خیار الرد أم لا؟ (و غیر ذلک) من المسائل المربوطة بالعبید، الدالة علی جواز بیعهم. بل و الاخبار الخاصة الکثیرة الدالة علی اشتراء النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم و الأئمة للعبید الکافرین، کخبر ابراهیم بن عبد الحمید عن ابی الحسن علیه السلام فی شراء الرومیات، قال علیه السلام «اشترهن و بعهن» و غیره.

(و کذا) یجوز بیع العبد المرتد (الفطری، علی الاقوی) لشمول العمومات له (بل الظاهر) من تتبع کلمات الفقهاء: (انه لا خلاف فیه من هذه الجهة) ای جهة کونه کافرا نجسا (و ان کان فیه کلام من حیث کونه فی معرض التلف، لوجوب قتله) فکأنه لیس بمال، و ما لیس بمال لا یجوز بیعه، لان اکل الثمن فی مقابله اکل للمال بالباطل. (و لم نجد من تأمل فیه) ای فی بیع العبد الکافر (من جهة نجاسته، عدا ما یظهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۷

من بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد، حیث احترز بقول العلامة:

«ما لا- یقبل التطهیر من النجاسات» عما یقبله و لو بالاسلام، کالمرتد، و لو عن فطرة، علی اصح القولین. فبنی جواز بیع المرتد علی قبول توبته، بل بنی جواز بیع مطلق الکافر علی قبوله للطهر بالاسلام.

و انت خبیر بان حکم الاصحاب بجواز بیع الکافر، نظیر حکمهم بجواز بیع الکلب، لا من حیث قابلیته للتطهیر

من بعض الأساطین)- و هو الشیخ جعفر صاحب کشف الغطاء- (فی شرحه علی القواعد، حیث احترز بقول العلامة: «ما لا- یقبل التطهیر من النجاسات» عما یقبله) ای یقبل التطهیر (و لو بالاسلام، کالمرتد و لو عن فطرة علی اصح القولین) من ان المرتد الفطری

یقبل الطهارة اذا اسلم فی قبال من یقول بانه لا یقبل الطهارة. (ف) قد (بنی) کاشف الغطاء (جواز بیع المرتد) الفطری (علی قبول توبته) لان ظاهر کلامه: انه انما یجوز بیعه لقبول توبته الموجبة للطهارة، و المفهوم من ذلک: انه اذا قلنا بعدم قبول توبته لم یجز بیعه، لانه لیس بطاهر الآن و لا فی معرض الطهارة. (بل بنی جواز بیع مطلق الکافر) و لو کان اصلیا (علی قبوله للطهارة بالاسلام) فالکافر- لو لا قبوله للطهر- لم یجز بیعه فی نظر کاشف الغطاء.

(و انت خبیر بان) هذا البناء منه- رحمه اللّه- فی کمال الإشکال، لان (حکم الاصحاب بجواز بیع الکافر) تبعا للنص الخاص و الاطلاقات.

انما هو (نظیر حکمهم بجواز بیع الکلب، لا من حیث قابلیته للتطهیر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۸

نظیر الماء المتنجس. و ان اشتراطهم قبول التطهیر انما هو فیما یتوقف الانتفاع به علی طهارته لیتصف بالملکیة. لا مثل الکلب و الکافر المملوکین مع النجاسة اجماعا.

و بالغ تلمیذه فی مفتاح الکرامة فقال: أما المرتد عن فطرة فالقول بجواز بیعه ضعیف جدا، لعدم قبول توبته. فلا یقبل التطهیر

بل من حیث ان العموم و النص الخاص دلا علی جواز البیع، فلیس (نظیر الماء المتنجس) الذی یجوز بیعه لقابلیته للتطهیر بالاتصال بالعاصم (و) ب (ان اشتراطهم) ای الاصحاب (قبول التطهیر) فی بعض الاشیاء فی جواز بیعه (انما هو) ای هذا الاشتراط (فیما یتوقف الانتفاع به علی طهارته) کالمتنجسات التی لا ینتفع بها فی حال النجاسة، و انما یشترطون قبوله للطهارة (لیتصف بالملکیة) اذ لو کان الشیء نجسا غیر قابل للتطهیر و کان نفعه متوقفا علی الطهارة لم یکن مالا فلا یشمله عموم البیع، و انما یشمله عموم «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ» (لا) ان اشتراطهم لقبول الطهارة فی (مثل الکلب و الکافر المملوکین)- القید بالملکیة فی قبال کلب الهراش و الکافر غیر المملوک، فلا یجوز بیعهما، لعدم المالیة- (مع النجاسة) قید للملکیة (اجماعا) ای انهما مملوکان اجماعا و ان کانا نجسین.

(و بالغ تلمیذه) السید العاملی (فی مفتاح الکرامة فقال: أما المرتد عن فطرة فالقول بجواز بیعه ضعیف جدا، لعدم قبول توبته، فلا یقبل التطهیر) فهو کأستاده یری دوران جواز البیع مدار الطهارة الفعلیة او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۸۹

«ثم» ذکر جماعة ممن جوز بیعه- الی ان قال-: و لعل من جوز بیعه بنی علی قبول توبته. انتهی. و تبعه علی ذلک شیخنا المعاصر.

اقول: لا اشکال و لا خلاف فی کون المملوک المرتد عن فطرة ملکا و مالا لمالکه، و یجوز له الانتفاع به بالاستخدام، ما لم یقتل. و انما استشکل من استشکل فی جواز بیعه من حیث کونه فی معرض القتل بل واجب الاتلاف شرعا.

فکأن الاجماع منعقد علی عدم المنع من بیعه، من جهة عدم قابلیته للطهارة بالتوبة.

الممکنة. (ثم ذکر جماعة ممن جوز بیعه- الی ان قال-: و لعل من جوز بیعه بنی علی قبول توبته) لیکون قابلا للطهارة (انتهی) کلامه رحمه اللّه- (و تبعه علی ذلک شیخنا المعاصر) صاحب الجواهر قدس سره-.

(اقول: لا اشکال و لا خلاف فی کون المملوک المرتد عن فطرة ملکا و مالا لمالکه، و یجوز له) ای لمالکه (الانتفاع به بالاستخدام، ما لم یقتل) فاذا قتل انتفی الموضوع (و انما استشکل من استشکل فی جواز بیعه من حیث کونه فی معرض القتل، بل واجب الاتلاف شرعا) فلیس بمال حتی یقابل بالمال، و یکون اکل المال بإزائه اکلا للمال بالباطل.

لکن هذا الاشکال غیر تام، لامکان ان لا یکون حاکم الشرع مبسوط الید فلا یمکن اجراء الحد علیه، و وجوب الاتلاف شرعا لا یسقط مالیته العرفیة التی هی المیزان لصحة المعاملة (فکأن الاجماع منعقد علی عدم المنع من بیعه من جهة عدم قابلیته للطهارة

بالتوبة) و قوله: «من جهة» وجه

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۱، ص: ۹۰

قال فى الشرائع: و یصح رهن المرتد و ان کان عن فطرة.

و استشکل فى المسالک من جهة وجوب اتلافه، و کونه فى معرض التلف، ثم اختار الجواز لبقاء مالیته الى زمان القتل.

و قال فى القواعد: و یصح رهن المرتد، و ان کان عن فطرة، على اشکال.

و ذکر فى جامع المقاصد: ان منشأ الاشکال انه یجوز بیعه فیجوز رهنه بطریق اولى. و من ان مقصود البیع حاصل، و اما مقصود الرهن فقد لا یحصل

قوله: «المنع».

و ألیک جملة من عبائر الفقهاء الدالة على کون الکلام فى بیعه من جهة وجوب قتله، لا من جهة عدم قابلیته للطهارة:

(قال فى الشرائع: و یصح رهن المرتد و ان کان عن فطرة).

(و استشکل) الشهید الثانى (فى المسالک من جهة وجوب اتلافه، و کونه فى معرض التلف) و من المعلوم ان ما یلزم اتلافه لا یکون مالا.

(ثم اختار) الشهید (الجواز) لبیعه (لبقاء مالیته الى زمان القتل) فهو مال یصح ان یقابل بالمال.

(و قال) العلامة (فى القواعد: و یصح رهن المرتد و ان کان عن فطرة على اشکال) فى صحة رهنه.

(و ذکر فى جامع المقاصد: ان منشأ الإشکال) اما جواز رهنه فل (انه یجوز بیعه فیجوز رهنه بطریق اولى) لأن البیع دلیل کونه مالا و کل مال یصح رهنه (و) اما عدم جواز رهنه ف (من) جهة (ان مقصود البیع حاصل، و اما مقصود الرهن فقد لا یحصل) اذ مقصود الإنسان بالبیع

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۱، ص: ۹۱

بقتل الفطرى حتما. و الآخر قد لا یتوب ثم اختار الجواز.

و قال فى التذکرة: المرتد ان کان عن فطرة ففى جواز بیعه نظر، ینشأ من تضاد الحکمین و من بقاء الملک فان کسبه لمولاه.

اما عن غیر فطرة فالوجه صحة بیعه، لعدم تحتم قتله ثم ذکر المحارب الذى لا یقبل توبته، لوقوعها بعد القدرة علیه.

و استدل على جواز بیعه بما یظهر منه جواز بیع المرتد

انتقال المال إلیه، و ذلک یحصل بمجرد البیع. و اما مقصوده بالرهن فکونه وثیقة، و هى قد تفوت فى المرتد (ب) سبب (قتل) المرتد (الفطرى حتما) لأنه محکوم علیه شرعا بالقتل (و) المرتد (الآخر) الذى هو الملى (قد لا یتوب) فیقتل، فتفوت وثیقة الرهن (ثم اختار) جامع المقاصد (الجواز).

(و قال) العلامة (فى التذکرة: المرتد ان کان عن فطرة ففى جواز بیعه نظر، ینشأ من تضاد الحکمین) یعنى وجوب القتل و جواز البیع. فان وجوب القتل معناه انه لا مالیة له، و جواز البیع معناه ان له مالیة. (و من بقاء الملک) فتضاد الحکمین یقتضى عدم صحة بیعه، و بقاء الملک یقتضى صحة بیعه.

و استدل لبقاء الملک بقوله: (فان کسبه لمولاه) و لو لا الملک لم یکن وجه لکون کسبه لمولاه (اما) المرتد (عن غیر فطرة) اى المرتد الملى (فالوجه صحة بیعه لعدم تحتم قتله) لامکان توبته (ثم ذکر) العلامة حکم بیع (المحارب الذى لا یقبل توبته لوقوعها) اى التوبة (بعد القدرة علیه) و انه هل یصح بیعه أم لا؟

(و استدل على جواز بيعه) اى المحارب (بما يظهر منه جواز بيع المرتد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۹۲

عن فطرة، و جعله نظير المريض المأيوس عن برئه.

«نعم» منع فى التحرير و الدروس عن بيع المرتد عن فطرة، و المحارب اذا وجب قتلة، للوجه المتقدم و عن التذكرة، بل فى الدروس: ان بيع المرتد عن ملة أيضا مراعى بالتوبة.

و كيف كان- فالمتتبع يقطع بان اشتراط قابلية الطهارة انما هو فيما يتوقف الانتفاع المعتد به على طهارته و لذا

عن فطرة، و) ذلك بان (جعله) اى المحارب (نظير المريض المأيوس عن برئه) فكما يجوز بيعه مع انه مشرف على التلف، كذلك يجوز بيع المحارب و المرتد عن فطرة، و ان اشرفا على التلف بجريان حكم القتل فى حقهما.

(نعم منع) العلامة و الشهيد (فى التحرير و الدروس عن بيع المرتد عن فطرة، و المحارب اذا وجب قتله) بان قبض عليه و لم يتب بعد (للوجه المتقدم) و هو تضاد الحكمين (و عن التذكرة بل فى الدروس) أيضا (ان بيع المرتد عن ملة أيضا مراعى بالتوبة) فان تاب صح بيعه و الا لم يصح، لأنه ليس بمال حتى يبذل فى مقابله المال، فيشمله قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» و كلام التذكرة و الدروس يؤيد ما ذكره مفتاح الكرامة من المنع عنه.

(و كيف كان) الأمر سواء جاز بيع المرتد، أم لم يجز لأنه مشرف على التلف (فالمتتبع يقطع بان اشتراطه قابلية الطهارة) فى المبيع (انما هو فيما يتوقف الانتفاع المعتد به على طهارته) لا انه يشترط الطهارة تعبدا (و لذا) اى للذى ذكرناه من عدم اشتراط الطهارة فى العبد الكافر و المرتد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۹۳

قسم فى المبسوط المبيع الى آدمى و غيره، ثم اشترط الطهارة فى غير الآدمى نعم استثنى الكلب الصيود.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۱، ص: ۹۳

«الثانية»- يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش فى الجملة

، بلا خلاف ظاهر، الا ما عن ظاهر إطلاق العماني. و لعله- كاطلاق كثير من الاخبار بان «ثمن الكلب سحت»- محمول على الهراش، لتواتر الاخبار و استفاضة نقل الاجماع على جواز بيع ما عدا كلب الهراش فى الجملة.

(قسم) الشيخ (فى المبسوط المبيع الى آدمى و غيره، ثم اشترط الطهارة فى غير الآدمى) بمعنى انه لا يشترط الطهارة فى الآدمى (نعم استثنى) الشيخ من شرط الطهارة فى غير الآدمى (الكلب الصيود) بفتح الصاد و هو كلب الصيد.

(«الثانية»-) من المسائل الاربع المستثناة من اشتراط الطهارة فى المبيع، الكلب فى الجملة فانه يجوز بيعه و ان لم يكن طاهرا، فانه (يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش) و هو الكلب الذى لا عمل له فيتهارش مع امثاله (فى الجملة) لما سيأتى من الاختلاف فى بعض أقسام الكلاب (بلا خلاف ظاهر الا ما عن ظاهر إطلاق العمانى) ابن ابى عقيل فانه منع عن المعاوضة بالنسبة الى الكلب مطلقا

(و لعله) ای العمانی لم یرد مطلقا و انما اراد کلب الهراش (کاطلاق کثیر من الاخبار بان «ثمن الکلب سحت») و هذا الاطلاق فی الروایة (محمول علی الهراش، لتواتر الاخبار و استفاضة نقل الاجماع علی جواز بیع ما عدا کلب الهراش فی الجملة) و ان کان اختلاف فی بعض اقسام ما عدا الهراش، کما سیأتی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۴

«ثم» ان ما عدا کلب الهراش علی اقسام: «احدها»- کلب الصید السلوقی. و هو المتیقن من الأخبار و معاقد الاجماعات الدالة علی الجواز.

«الثانی»- کلب الصید غیر السلوقی، و بیعه جائز علی المعروف من غیر ظاهر اطلاق المقنعة و النهایة.

و یدل علیه- قبل الاجماع المحکی عن الخلاف و المنتهی و الایضاح و غیرها الاخبار المستفیضة:

«منها»- قوله علیه السلام- فی روایة القاسم بن الولید-

(«ثم» ان ما عدا کلب الهراش علی اقسام «احدها» کلب الصید السلوقی) نسبة الی «سلوق» لغلبة تعلم کلابها للصید، فکلب الصید غیر السلوقی، و کلب سلوق غیر الصائد محل اشکال او منع (و) استثناء هذا الکلب (هو المتیقن من الأخبار) الواردة فی جواز بیع کلب الصید (و معاقد الاجماعات الدالة علی الجواز) لما سیأتی من ان المطلقات یقرب ان تقید بالسلوقی لاحتمال الانصراف.

(«الثانی»-) من اقسام الکلب غیر الهراش (کلب الصید غیر السلوقی، و بیعه جائز علی المعروف من غیر ظاهر اطلاق المقنعة) للمفید (و النهایة).

(و یدل علیه) ای علی جواز بیعه (قبل الاجماع المحکی عن الخلاف و المنتهی و الایضاح) و انما قال «قبل» لان الاخبار متقدمة علی الاجماع زمانا و حجیة (و غیرها) ای غیر تلک الکتب (الاخبار المستفیضة):

(«منها» قوله علیه السلام- فی روایة القاسم بن الولید-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۵

قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ثمن الکلب الذی لا یصید؟ قال:

«سحت، و اما الصیود فلا بأس به».

«و منها»- الصحیح عن ابن فضال عن ابی جمیلة عن لیث قال:

سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الکلب الصیود یباع؟ قال علیه السلام «نعم و یؤکل ثمنه».

«و منها»- روایة ابی بصیر قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ثمن کلب الصید؟ قال: «لا بأس به و اما الآخر فلا یحل ثمنه».

«و منها»- ما عن دعائم الاسلام للقاضی نعمان المصری عن امیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: «لا بأس بثمن کلب الصید».

قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ثمن الکلب الذی لا یصید؟

قال: «سحت و اما الصیود فلا بأس به»). صیود کصبور: صیغة مبالغة او صفة مشبهة.

(«و منها»- الصحیح عن ابن فضال عن ابی جمیلة عن لیث قال:

سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الکلب الصیود) هل (یباع؟ قال علیه السلام «نعم) ای یباع (و یؤکل ثمنه») و هذا تأکید لجواز البیع اذ لو لم یجز البیع کان اکل الثمن بالباطل.

(«و منها» روایة ابی بصیر قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ثمن کلب الصید؟ قال: «لا بأس به و اما الآخر) ای الکلب الاخر الذی لا یصید (فلا یحل ثمنه»).

(«و منها»- ما عن دعائم الاسلام للقاضی نعمان المصری عن امیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: «لا بأس بثمن کلب الصید».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۶

«و منها»- مفهوم روایهٔ ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: قال رسول اللّه- صلی اللّه علیه و آله و سلم-: «ثمن الخمر و مهر البغی، و ثمن الکلب الذی لا یصطاد من السحت».

«و منها»- مفهوم روایهٔ عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: «ثمن الکلب الذی لا یصید سحت، و لا بأس بثمن الهرهٔ».

«و مرسلهٔ الصدوق» رحمه اللّه- و فیها: «ثمن الکلب الذی لیس بکلب الصید سحت».

«ثم» ان دعوی انصراف هذه الاخبار- کمعاقد الاجماعات المتقدمهٔ- الی السلوقی

(«و منها»- مفهوم روایهٔ ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال:

قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: «ثمن الخمر و مهر البغی) ای الزانیهٔ (و ثمن الکلب الذی لا یصطاد من السحت») فان مفهومه جواز ثمن الکلب الذی یصطاد.

(«و منها»- مفهوم روایهٔ عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: «ثمن الکلب الذی لا یصید سحت و لا بأس بثمن الهرهٔ») فان مفهومه جواز ثمن الکلب الذی یصید.

(و مرسلهٔ «الصدوق» رحمه اللّه- و فیها: «ثمن الکلب الذی لیس بکلب الصید سحت») الی غیرها من الروایات.

(ثم ان دعوی انصراف هذه الاخبار) المطلقهٔ فی مطلق کلب الصید (ک) انصراف (معاقد الاجماعات المتقدمهٔ إلی السلوقی) من کلب الصید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۷

ضعیفهٔ، لمنع الانصراف، لعدم الغلبهٔ المعتد بها علی فرض تسلیم کون مجرد غلبهٔ الوجود من دون غلبهٔ الاستعمال منشأ للانصراف.

مع انه لا یصح فی مثل قوله: «ثمن الکلب الذی لا یصید» او «لیس بکلب الصید»

خاصهٔ (ضعیفهٔ، لمنع الانصراف) المذکور (لعدم الغلبهٔ) فی الوجود (المعتد بها) فی الانصراف (علی فرض تسلیم کون مجرد غلبهٔ الوجود من دون غلبهٔ الاستعمال منشأ للانصراف).

و الحاصل: ان الانصراف قد ینشأ من أنس اللفظ بالمعنی، حتی اذا اطلق اللفظ ینسبق ذلک المعنی الی الذهن، فلا یکون اللفظ الا ظاهرا فی ذلک المعنی، و هذا هو الانصراف الذی یعتمد علیه. و قد ینشأ من غلبهٔ استعمال اللفظ فی المعنی، و قد ینشأ من غلبهٔ بعض افراد المعنی. و لیس السلوقی اکثر افراد کلب الصید، و لا ان استعماله فی السلوقی اکثر من استعماله فی غیره. فانا لو فرضنا ان الغالب فی کلاب الصید السلوقیهٔ کان لمدعی الانصراف وجه معتد به، اما و لیس الغالب السلوقیهٔ فلا وجه للانصراف، اذ لا غلبهٔ للاستعمال، و لا غلبهٔ للوجود، فمن أین جاء الانصراف؟!.

(مع انه) لو سلم الانصراف فی المنطوقات عن «ثمن کلب الصید» فانه لا یسلم الانصراف فی المفهومات ف (لا یصح) الانصراف (فی مثل قوله: «ثمن الکلب الذی لا یصید» او) قوله علیه السلام: «ثمن الکلب الذی (لیس بکلب الصید») مما یفهم منه حکم کلب الصید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۹۸

لأن مرجع التقیید الی إرادهٔ ما یصح عنه سلب صفهٔ الاصطیاد.

و کیف کان فلا مجال لدعوی الانصراف بل یمکن ان یکون مراد المقنعهٔ و النهایهٔ من السلوقی مطلق الصیود، علی ما شهد به بعض

الفحول من اطلاقه علیه أحیانا.

و یؤید بما عن المنتهی حیث انه بعد ما

بالمفهوم (لأن مرجع التقیید) فی الروایتین، ای تقیید «الکلب» بوصف انه «لا یصید» (الی إرادهٔ ما) ای الکلب الذی (یصح عنه سلب صفهٔ الاصطیاد). و من المعلوم: ان «کلاب الصید غیر السلوقیهٔ» لا یصح ان یسلب عنها صفهٔ الاصطیاد.

و الحاصل: ان الروایتین قسمتا الکلب الی قسمین: «ما یتصف بالاصطیاد» و «ما یتصف بانه لا یصطاد» و من المعلوم ان کل «کلب صید- و لو کان غیر سلوقی-» داخل فی القسم الأول. فالممنوع عنه هو القسم الثانی فقط.

(و کیف کان) الأمر، سواء قلنا باستفادهٔ الاطلاق من جمیع الروایات او من هاتین الروایتین فقط (فلا مجال لدعوی الانصراف) الی خصوص السلوقی (بل یمکن ان یکون مراد المقنعهٔ و النهایهٔ من السلوقی) الذی خصصنا جواز المعاملهٔ به (مطلق الصیود، علی ما شهد به) ای بانهما ارادا الاطلاق من لفظ «السلوقی» (بعض الفحول من اطلاقه) ای السلوقی (علیه) ای علی مطلق الصیود (أحیانا) من ذکر الخاص و إرادهٔ العام.

(و یؤید) کلام بعض الفحول (بما عن المنتهی، حیث انه بعد ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۹۹

حکی التخصیص بالسلوقی عن الشیخین قال: و عنی بالسلوقی کلب الصید لأن «سلوق» قریهٔ بالیمن، اکثر کلابها معلمهٔ فنسب الکلب إلیها.

و ان کان هذا الکلام من المنتهی یحتمل لأن یکون مسوقا لاخراج غیر کلب الصید من الکلاب السلوقیهٔ، و ان المراد بالسلوقی خصوص الصیود لا کل سلوقی لکن الوجه الأول اظهر فتدبر.

«الثالث» کلب الماشیهٔ و الحائط- و هو البستان- و الزرع.

حکی التخصیص) للجواز (بالسلوقی عن الشیخین) متعلق ب «حکی» (قال) ای العلامهٔ: (و عنی بالسلوقی کلب الصید) ففسر السلوقی بمطلق کلب الصید (لأن «سلوق» قریهٔ بالیمن، اکثر کلابها معلمهٔ) للاصطیاد (فنسب الکلب) المعلم (إلیها. و ان کان هذا الکلام من المنتهی یحتمل) وجها اخر، فلیس مراده اطلاق السلوقی علی کل کلب معلم، بل یحتمل (لأن یکون) کلامه (مسوقا لاخراج غیر کلب الصید من الکلاب السلوقیهٔ، و ان المراد بالسلوقی خصوص الصیود) من کلاب «سلوق» (لا کل سلوقی) و لو لم یکن صیودا (لکن الوجه الأول) بان اراد العلامهٔ اطلاق «السلوقی» علی کل کلب صیود (اظهر) من الوجه الثانی (فتدبر) حتی تعرف انه لا وجه للاستظهار المذکور، بعد احتمال حمل اللفظ علی کل واحد من المعنیین.

(«الثالث»)- من اقسام الکلب غیر الهراش (کلب الماشیهٔ) ای قطیع الغنم (و) کلب (الحائط- و هو البستان- و) کلب (الزرع) کالحنطهٔ و الشعیر و ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۰

و الاشهر بین القدماء- علی ما قیل- المنع. و لعله استظهر ذلک من الاخبار الحاصرهٔ لما یجوز بیعه فی الصیود المشتهرهٔ بین المحدثین، کالکلینی و الصدوقین، و من تقدمهم. بل و اهل الفتوی، کالمفید، و القاضی، و ابن زهرهٔ، و ابن سعید، و المختلف. بل ظاهر الخلاف و الغنیهٔ الاجماع علیه.

نعم المشهور بین الشیخ و من تأخر عنه الجواز وفاقا للمحکی عن ابن الجنید، حیث قال: لا بأس بشراء الکلب الصائد و الحارس للماشیهٔ و الزرع ثم قال لا خیر فی الکلب فیما عدا الصیود و الحارس. و ظاهر الفقرهٔ الاخیرهٔ

(و الاشـهر بین القـدماء- علی مـا قیـل- المنع) عن بیع هـذه الکلاب (و لعله اسـتظهر ذلـک) المنع عن بیع هـذه الکلاب (من الاخبار الحاصرة لما یجوز بیعه فی) الکلب (الصیود) فلا یجوز ما عداه، لما دل علی ان «ثمن الکلب سحت» (المشتهرة) تلک الاخبار الحاصرة (بین المحـدثین، کـالکلینی، و الصـدوقین، و من تقـدمهم. بل و) بین (اهل الفتوی، کالمفیـد، و القاضـی، و ابن زهرة، و ابن سـعید، و المختلف. بل ظاهر الخلاف و الغنیة الاجماع علیه) ای علی المنع عن بیع ما عدا کلب الصید.

(نعم المشـهور بین الشـیخ و من تـأخر عنه الجواز) لبیعه (وفاقـا للمحکی عن ابن الجنیـد، حیث قـال: لا- بـأس بشـراء الکلب الصائـد و الحـارس للماشیة و الزرع. ثم قـال) ابن الجنیـد: (لا خیر فی الکلب فیما عـدا الصـیود و الحارس. و ظاهر الفقرة الاخیرة) و هو قوله: «و الحارس» مطلقا بلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۱

- لو لم تحمل علی الأولی-: جواز بیع الکلاب الثلاثة و غیرها کحارس الدور و الخیام.

و حکی الجواز أیضـا عـن الشـیخ، و القاضـی فی کتـاب الاجـارة، و عـن سـلار، و ابی الصـلاح، و ابـن حمزة، و ابن ادریس، و اکـثر المتـاخرین، کالعلامـة، و ولـده السـعید، و الشـهیدین، و المحقق الثانی و ابن القطان فی المعالم و الصـیمری، و ابن فهـد، و غیرهم من متأخری المتأخرین.

عدا قلیل وافق المحقق کالسبزواری، و التقی المجلسی، و صاحب

قیـد (لو لم تحمل علی) الفقرة (الأولی جواز بیع الکلاب الثلاثـة و غیرها کحارس الـدور و الخیام) لأنه قد اطلق لفظ «الحارس». اللهم الا ان یقال: ان اللام للعهد الذکری، فالمراد بالحارس حارس الماشیة و الزرع فقط.

(و حکی الجواز) لبیع کلب غیر الصید من الکلاب المـذکورة (أیضـا عن الشـیخ، و القاضـی فی کتـاب الاجارة، و عن سـلار، و ابی الصـلاح، و ابن حمزة، و ابن ادریس، و اکـثر المتـأخرین، کالعلامـة، و ولـده السـعید، و الشـهیدین، و المحقق الثـانی) صـاحب جـامع المقاصـد، (و ابن القطان) الشـیخ شـمس الـدین الحلی یروی عن الفاضل المقداد (فی) کتابه (المعالم) و اسم الکتاب معالم الدین فی فقه آل یس، (و الصیمری، و ابن فهد، و غیرهم من متأخری المتأخرین).

(عدا قلیل) من المتأخرین (وافق المحقق) فی عدم الجواز لغیر الصائد (کالسبزواری) صاحب الکفایة، (و التقی المجلسی، و صاحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۰۲

الحـدائق، و العلامـة الطباطبـائی فی مصـابیحه، و فقیه عصـره فی شـرح القواعـد و هو الـوفق بالعمومـات المتقدمـة المانعـة اذ لم نجد مخصـصا لها سوی. ما ارسـله فی المبسوط من «انه روی ذلک- یعنی جواز البیع- فی کلب الماشـیة و الحائط». المنجبر قصور سـنده و دلالته- لکون المنقول مضمون الروایة لا معناها و لا ترجمتها-.

الحـدائق، و العلامـة الطباطبـائی فی مصـابیحه، و فقیـه عصـره) صـاحب کشـف الغطـاء (فی شـرح القواعـد. و هـو) ای المنـع (الاـوفق بالعمومات المتقدمة المانعة) عن بیع الکلب (اذ لم نجد مخصصا لها) ای لتلک العمومات (سوی) امور خمسة:

الأول:- المناط.

و الثانی: خبر تحف العقول «و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات» و من المعلوم وجود الصلاح فی هذه الکلاب.

و الثالث-: (ما ارسـله) الشـیخ (فی المبسوط من «انه روی ذلک یعنی جواز البیع- فی کلب الماشـیة و الحائط». المنجبر قصور سنده)- لکونه مرسلة- (و) قصور (دلالـته- لکون المنقول مضـمون الروایـة لا معناها و لا ترجمتها-) فمن المحتمل ان کانت الروایـة بحیث لا

یفهم منها جواز البیع، بل جواز الانتفاع و ما اشبه، و من المعلوم ان فهم الفقیه لیس بحجة و الا لزم حجیة الافهام المتناقضة للفقهاء.
و الفرق بین المعنی و الترجمة: ان الأول: هو الاتیان بخلاصة المستفاد من اللفظ بنفس اللغة. و الثانی: الاتیان بالمعنی تحت اللفظی جملة جملة فی لغة اخری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۰۳

باشتهاره بین المتأخرین.

بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشیخ- فی کتاب الاجارة-:
ان احدا لم یفرق بین بیع هذه الکلاب و اجارتها بعد ملاحظة الاتفاق علی صحة اجارتها و من قوله فی التذکرة: یجوز بیع هذه الکلاب عندنا و من

(باشتهاره) ای «الجواز» و الظرف متعلق بقوله: «المنجبر» (بین المتأخرین) من الفقهاء فیشمله قوله علیه السلام «خذ بما اشتهر بین اصحابک» للتعلیل المذکور و هو قوله علیه السلام «فان المجمع علیه لا ریب فیه».
و قد روی فی المستدرک عن غوالی اللئالی فی حدیث عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم «استثنی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم کلاب الصید، و کلاب الماشیة، و کلاب الحرث، و اذن فی اتخاذها» و عن تفسیر ابی الفتوح عن ابی رافع عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فی حدیث «انه رخص فی اقتناء کلب الصید، و کل کلب فیه منفعة مثل کلب الماشیة، و کلب الحائط، و الزرع. رخصهم فی اقتنائه».
و الرابع-: (بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشیخ- فی کتاب الاجارة-: ان احدا لم یفرق بین بیع هذه الکلاب و اجارتها) فان هذه الدعوی (بعد ملاحظة الاتفاق علی صحة اجارتها) تفید الاتفاق علی صحة البیع، بقیاس المساواة (و) ظهور الاتفاق المستفاد (من) العلامة رحمه اللّه- من (قوله فی التذکرة: یجوز بیع هذه الکلاب عندنا) فان معنی «عندنا»: الاجماع علیه (و) ظهور الاتفاق المستفاد (من)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۰۴

المحکی عن الشهید فی الحواشی: ان احدا لم یفرق بین الکلاب الاربعة.
فتکون هذه الدعاوی قرینة علی حمل کلام من اقتصر علی کلب الصید، علی المثال لمطلق ما ینتفع به منفعة محللة مقصودة.
کما یظهر ذلک من عبارة ابن زهرة فی الغنیة، حیث اعتبر أولا فی المبیع ان یکون مما ینتفع به منفعة محللة مقصودة ثم قال: و احترزنا بقولنا «ینتفع به منفعة محللة» عما یحرم الانتفاع به، و یدخل فی ذلک النجس الا ما خرج بالدلیل من الکلب المعلم للصید، و الزیت النجس لفائدة

المحکی عن الشهید فی الحواشی: ان احدا لم یفرق بین الکلاب الاربعة):
الصید و الماشیة و الحائط و الزرع.
(ف) ان قلت: کیف و قد نقلتم قبل ذلک مخالفة جماعة من الفقهاء؟
قلت: (یکون هذه الدعاوی) للاتفاق فی کلام الشیخ، و العلامة و الشهید (قرینة علی حمل کلام من اقتصر علی کلب الصید، علی المثال لمطلق ما ینتفع به منفعة محللة مقصودة) و ان کان غیر کلب الصید. و علی هذا فیشمل کل کلب نافع، ککلب الخیام، و الدار، و الدائرة، و کلب الاجرام، و سائر الکلاب النافعة.
(کما یظهر ذلک) ای کون ذکر کلب الصید للمثال (من عبارة ابن زهرة فی الغنیة، حیث اعتبر أولا فی المبیع ان یکون مما ینتفع به

منفعـة محللـة مقصودة ثم قـال) ابن زهرة: (و احترزنا بقولنا «ينتفع به منفعـة محللـة» عما يحرم الانتفاع به، و يـدخل فی ذلک) المحرم الانتفاع (النجس الا ما خرج بالدليل من الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس لفائدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٠٥

الاستصباح تحت السماء.

و من المعلوم- بالاجماع و السيرة- جواز الانتفاع بهـذه الكلاب منفعـة محللة مقصودة اهم من منفعة الصـيد، فيجوز بيعها لوجود القيد الذی اعتبره فيها.

و ان المنع من بيع النجس منوط بحرمة الانتفاع فينتفی بانتفائها.

و يؤيد ذلک كله: ما فی التذكرة من ان المقتضی لجواز بيع كلب الصيد- اعنی المنفعة- موجود فی هذه الكلاب.

و عنه- رحمه اللّه- فی موضع آخر

الاستصباح تحت السماء) انتهى كلام ابن زهرة.

(و من المعلوم- بالاجماع و السيرة- جواز الانتفاع بهذه الكلاب منفعة محللة مقصودة اهم من منفعة الصيد) لان الحفظ و الحراسة و ما اشـبه الكثير الابتلاء، اهم من منفعـة صـيد الغزال و نحوه لجماعة من الملوک و المترفين و من اشـبههم (فيجوز بيعها) ای هذه الكلاب (لوجود القيد الذی اعتبره) ابن زهرة و القيد هو الانتفاع (فيها) ای فی هذه الكلاب الثلاثة.

(و) يظهر من كلامه- رحمه اللّه- (أن المنع من بيع النجس منوط بحرمة الانتفاع فينتفی) المنع (بانتفائها) ای بانتفاء حرمة الانتفاع.

(و يؤيد ذلک) الذی ذكرناه من جواز بيع هذه الكلاب (كله:

ما فی التـذكرة من ان المقتضـی لجواز بيع كلب الصـيد- اعنی المنفعـة- موجود فی هذه الكلاب) فقد فهم العلامة من «كلب الصـيد» المثال، لا الخصوصية.

(و عنه) ای عن العلامة (- رحمه اللّه- فی موضع آخر) الاستدلال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٠۶

ان تقـدير الديـة لها تدل على مقابلتها بالمال و ان ضـعف الاول برجوعه الی القياس و الثانی بان الدية لو لم تدل على عدم التملک، و الا لكان الواجب القيمـة كائنة ما كانت لم تدل على التملک لاحتمال كون الدية من باب تعيين غرامة معينة لتفويت شـیء ينتفع به، لا لاتلاف مال كما فی اتلاف الحر.

بدليل آخر هو «خامس الادلة»- التی اشـرنا إليها فی صدر المبحث- و هو: (ان تقدير الدية لها تدل على مقابلتها بالمال) اذ لو لا كونها مالا لم تكن لها دية، فالدية تدل على المالية، و المالية توجب جواز البيع.

(و ان ضـعف الاول) ای كون المقتضـی موجودا فی هـذه الكلاب (برجوعه الی القياس) لقياس الكلاب الثلاثـة بكلب الصـيد، و لكن الانصاف انه من باب كشف المناط القطعی، لا القياس (و) ضـعف (الثانی) ای انكشاف جواز البيع من جعل الديـة لهذه الكلاب (بان الدية لو لم تدل على عدم التملک) فلا يصح بيعه، لأنه ليس بملک (و الا) فلو كان ملكا (لكان الواجب) جعل (القيمة) على من اتلف الكلب (كائنـة ما كانت) القيمـة، سواء كانت اكثر من الديـة أم مساوية أم اقل (لم تدل) الديـة- و هذا مربوط بقوله: «لو لم تدل» (على التملک) لهـذه الكلاب (لاحتمال كون الديـة من باب تعيين غرامـة معينـة لتفويت شـیء ينتفع به، لا) ان الديـة انما هی (لاتلاف مال) حتى يستدل بالدية على كون الكلب مالا، ليصح بيعه (كما فی اتلاف الحر) فان الدية انما هی للجناية، لا لان الحر مال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٠٧

و نحوهما فی الضعف دعوی انجبار المرسلة بدعوی الاتفاق المتقدم عن الشیخ، و العلامة، و الشهید- قدس سرهم- لوهنها- بعد الاغماض عن معارضتها بظاهر عبارتی الخلاف و الغنیة، من الاجماع علی عدم جواز بیع غیر المعلم من الکلاب- بوجدان الخلاف العظیم من اهل الروایة و الفتوی.

نعم لو ادعی الاجماع امکن منع وهنها بمجرد الخلاف و لو من الکثیر بناء علی ما سلکه بعض متأخری المتأخرین فی الاجماع، من کونه منوطا بحصول الکشف

(و نحوهما) ای نحو دلیلی العلامة: ای المناط و الدیة (فی الضعف دعوی انجبار المرسلة) ای مرسلة المبسوط (بدعوی الاتفاق المتقدم عن الشیخ، و العلامة، و الشهید- قدس سرهم- لوهنها) ای ضعف دعوی الاتفاق (- بعد الاغماض عن معارضتها بظاهر عبارتی الخلاف و الغنیة، من الاجماع علی عدم جواز بیع غیر المعلم من الکلاب-) فکیف یمکن دعوی الاجماع علی الجواز بعد الاجماع علی عدم الجواز (بوجدان الخلاف العظیم من اهل الروایة و الفتوی) کما تقدمت الاشارة الی ذلک. و قوله «بوجدان» متعلق بقوله «لوهنها».

(نعم لو ادعی الاجماع) علی الجواز لم یکن مخالفة کثیر من الفقهاء موهنة للاجماع، و هذا بخلاف دعوی «الاتفاق» فان مخالفة جماعة، تدل علی انه لا اتفاق فی المقام، و ذلک لانه لو ادعی الاجماع (امکن منع وهنها) ای وهن دعوی الاجماع (بمجرد الخلاف) فیقال: وجود الخلاف لا یوهن دعوی الاجماع (و لو من الکثیر) من الفقهاء (بناء علی ما سلکه بعض متأخری المتأخرین فی الاجماع، من کونه منوطا بحصول الکشف) عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۰۸

من اتفاق جماعة و لو خالفهم اکثر منهم.

مع ان دعوی الاجماع ممن لم یصطلح الاجماع علی مثل هذا الاتفاق لا یعبأ بها عند وجدان الخلاف.

و اما شهرة الفتوی بین المتأخرین فلا تجبر الروایة خصوصا

رأی المعصوم علیه السلام (من اتفاق جماعة و لو خالفهم اکثر منهم) اما دعوی الاتفاق فیوهنها و لو مخالفة جزئیة، اذن فلا اتفاق فی المسألة علی جواز بیع الکلاب الثلاثة.

(مع ان دعوی الاجماع ممن لم یصطلح الاجماع علی مثل هذا الاتفاق) الذی یخالفه جماعة کثیرة (لا یعبأ بها) ای بدعوی الاجماع (عند وجدان الخلاف).

و الحاصل: ان دعوی الشیخ و العلامة و الشهید الاتفاق علی جواز البیع یرد علیه: أولا- انه لا اتفاق. و ثانیا- سلمنا ان مرادهم الاجماع- من لفظة الاتفاق- لکن الاجماع الذی یخالفه کثیر لیس لدیهم حجة، و انما مثل هذا الاجماع حجة عند من یری الکشف، و هؤلاء المشایخ الثلاثة رحمهم اللّه- لا یرون الکشف.

(و) ان قلت: سلمنا عدم الاتفاق و عدم الاجماع، و لکن المشهور بین المتأخرین جواز بیع الکلاب المذکورة. و بهذه الشهرة تنجبر مرسلة المبسوط!

قلت: (اما شهرة الفتوی بین المتأخرین فلا تجبر الروایة خصوصا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۰۹

مع مخالفة کثیر من القدماء و مع کثرة العمومات الواردة فی مقام الحاجة و خلو کتب الروایة المشهورة عنها حتی ان الشیخ لم یذکرها فی جامعیه.

و اما حمل کلمات القدماء علی المثال ففی غایة البعد.

و اما کلام ابن زهرة المتقدم فهو مختل علی کل حال

مع مخالفة کثیر من القدماء) فان الشهرة انما تکون جابرة اذا کانت بین القدماء. و هی انما تکون جابرة اذا کشفت عن حجیة السند و المقام لیس کذلک، اذ أوّلا- الشهرة حاصلة بین المتأخرین. و ثانیا- مع مخالفة کثیر من القدماء لا تکشف الشهرة عن حجیة السند، اذ لو کان السند حجة لم یخالف الروایة اولئک الکثرة من الذین افتوا بالحرمة (و) علی هذا فالمرسلة لیست بحجة خصوصا (مع کثرة العمومات) الناهیة عن بیع الکلاب (الواردة فی مقام الحاجة) بدون اشارة الی استثناء للکلاب الثلاثة (و) خصوصا مع (خلو کتب الروایة المشهورة عنها) ای عن هذه المرسلة (حتی ان الشیخ) المرسل لها فی المبسوط (لم یذکرها) ای المرسلة (فی جامعیه) للاخبار ای التهذیب و الاستبصار.

(و اما حمل کلمات القدماء) فی استثنائهم کلب الصید (علی المثال) حتی یقال بانها لا تضر بالشهرة (ففی غایة البعد) اذ بناء الفقهاء علی ذکر الجزئیات، فکیف یستثنون عن الکلب المحرم البیع کلب الصید فقط دون غیره؟

(و اما کلام ابن زهرة المتقدم) الذی استشهد به علی انه اراد من «کلب الصید» المثال، لا الخصوصیة (فهو مختل علی کل حال) سواء

لانه استثنی الکلب المعلم عما یحرم الانتفاع به، مع ان الاجماع علی جواز الانتفاع بالکافر. فحمل کلب الصید علی المثال لا یصحح کلامه.

الا ان یرید کونه مثالا و لو للکافر أیضا کما ان استثناء الزیت من باب المثال لسائر الادهان المتنجسة.

کان مراده بکلب الصید خصوص الصیود، او الاعم منه و من الکلاب المعلمة- بان یکون قصده المثال- و ذلک لأنه- رحمه اللّه- منع الانتفاع بالنجس، و استثنی: الصیود فقط، مع ان «العبد الکافر» أیضا مستثنی اللهم الا ان یقال: ان مراده بکلب الصید اعم من العبد الکافر أیضا، و الی هذا اشار المصنف بقوله: (لانه استثنی الکلب المعلم عما یحرم الانتفاع به) لکونه نجسا، و معناه: عدم جواز الانتفاع بالعبد الکافر أیضا لانه نجس (مع ان الاجماع) ای مع تحقق الاجماع (علی جواز الانتفاع بالکافر) و لو قال المصنف «مع وجود الاجماع .. الخ» کان الکلام اقرب الی الفهم. و علی کل حال (فحمل کلب الصید) فی کلام ابن زهرة (علی المثال) لیشمل الکلاب الثلاثة (لا یصحح کلامه) اذ فیه یبقی نقص آخر، و هو عدم استثناء العبد الکافر، مع أنه مستثنی اجماعا.

(الا ان یرید) ابن زهرة (کونه) ای الکلب المعلم (مثالا و لو للکافر أیضا) و هذا بعید جدا (کما ان استثناء الزیت من باب المثال لسائر الادهان المتنجسة) هذا تمثیل لارادة ابن زهرة من «المعلم» المثال، حتی بالنسبة الی الکافر، فان الکلب و الکافر من قبیل الزیت و سائر الادهان، فکما ان استثناء الزیت معناه الاعم من سائر الادهان المتنجسة، کذلک

هذا و لکن الحاصل ممن شهرة الجواز بین المتأخرین بضمیمة أمارات الملک فی هذه الکلاب یوجب الظن بالجواز حتی فی غیر هذه الکلاب مثل کلاب الدور و الخیام، فالمسألة لا تخلو عن اشکال و ان کان الاقوی بحسب الادلة و الاحوط فی العمل هو المنع. فافهم.

«الثالثة»- الاقوی جواز المعاوضة علی العصیر العنبی اذا غلا و لم یذهب ثلثاه و ان کان نجسا

استثناء الکلب المعلم معناه الاعم منه و من الکلاب الثلاثة و من الکافر.

(هذا) تمام الکلام فی وجه عدم استثناء الثلاثة (و لکن الحاصل من شهرة الجواز بین المتأخرین) لبیع الکلاب الثلاثة (بضمیمة أمارات الملک فی هذه الکلاب) کالدیة، و حق الاختصاص، و الانتفاع الذی هو معیار الملک، و ما اشبه (یوجب الظن بالجواز) للمعاملة (حتی فی غیر هذه الکلاب) الثلاثة (مثل کلاب الدور، و الخیام) و الاجرام. و علی کل حال (فالمسألة لا تخلو عن اشکال) لما عرفت (و ان کان الاقوی بحسب الادلة) المتقدمة (و الاحوط فی العمل) من باب «اخوک دینک فاحتط لدینک» (هو المنع) عن بیع هذه الکلاب (فافهم) لان الجواز قریب جدا، بعد اختلاف القدماء، و ذهاب المشهور من المتأخرین، و وجود روایة التحف، و المرسلة، و المناط. و اللّه العالم.

(«الثالثة»-) من المسائل الاربع المستثناة من بیع الاعیان النجسة (الاقوی جواز المعاوضة علی العصیر العنبی اذا غلا و لم یذهب ثلثاه) اما بعد ذهاب الثلثین فطاهر حلال (و ان کان نجسا) علی خلاف فی ذلک،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۲

لعمومات البیع و التجارة الصادقة علیها بناء علی انه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص، لأصالة بقاء مالیته و عدم خروجه عنها بالنجاسة.

غایة الامر انه مال معیوب قابل لزوال عیبه و لذا لو غصب عصیرا فأغلاه حتی حرم و نجس لم یکن فی حکم التالف بل وجب علیه رده

فمنهم من یقول بالحرمة فقط، و منهم من یقول بالحرمة و النجاسة، و انما تجوز المعاوضة علیه (لعمومات البیع و التجارة) کقوله سبحانه «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» و قوله تعالی «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ» (الصادقة) تلک العمومات (علیها) ای علی معاوضة العصیر و ان غلا و لم یذهب ثلثاه (بناء علی انه) ای العصیر (مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص) ای بنقص ثلثیه.

نعم لو قلنا: انه بالنجاسة یخرج عن المالیة، و انما یرجع إلیها بعد ذهاب الثلثین، لم یجز بیعه، اذ لا بیع إلا فی ملک. و انما نقول بانه مال قبل ذهاب الثلثین (لاصالة بقاء مالیته و عدم خروجه عنها) ای عن المالیة (بالنجاسة) الطارئة.

(غایة الامر انه مال معیوب) لکونه نجسا (قابل لزوال عیبه) لانه قابل للطهارة (و لذا) الذی ذکرنا من انه یبقی علی مالیته بعد النجاسة (لو غصب عصیرا فأغلاه حتی حرم و نجس) و لم یذهب ثلثاه (لم یکن فی حکم التالف) و لو سقط عن المالیة کان اللازم القول برد بدله (بل وجب علیه) ای علی الغاصب (رده) بنفسه لانه عین مال المغصوب منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۳

و وجب علیه غرامة الثلثین و اجرة العمل فیه حتی یذهب الثلثان، کما صرح به فی التذکرة معللا لغرامة الاجرة بانه رده معیبا و یحتاج زوال العیب الی خسارة، و العیب من فعله فکانت الخسارة علیه.

نعم ناقشه فی جامع المقاصد فی الفرق بین هذا و بین ما لو غصبه عصیرا فصار خمرا، حیث حکم فیه بوجوب غرامة مثل العصیر، لان المالیة قد فاتت تحت یده فکان علیه ضمانها کما لو تلفت.

لکن لا یخفی

(و وجب علیه غرامة الثلثین) الذین یذهبان لاجل طهارته و حلیته (و اجرة العمل فیه حتی یذهب الثلثان) لانه نقصه بهذا المقدار (کما صرح به فی التذکرة) فی حال کون العلامة (معللا لغرامة الاجرة بانه رده معیبا و یحتاج زوال العیب الی خسارة) المالک (و العیب) الحاصل (من فعله) ای فعل الغاصب (فکانت الخسارة علیه) نعم لو لم یحتج ذهاب الثلثین الی اجرة، و لم تنقص قیمته بالثلثین

الذاهبین، لم یکن علیه شیء، و انما یؤدب للغصب.

(نعم ناقشه) ای العلامة (فی جامع المقاصد فی الفرق) الذی ذکره العلامة (بین هذا) الذی ذکره فی العصیر (و بین ما لو غصبه عصیرا فصار خمرا، حیث حکم) العلامة (فیه بوجوب غرامة مثل العصیر لان المالیة) للعصیر بصیرورته خمرا (قد فاتت تحت یده) ای ید الغاصب (فکان علیه ضمانها) ای ضمان المالیة (کما لو تلفت) المالیة اطلاقا.

(لکن لا یخفی) عدم ورود اشکال جامع المقاصد علی العلامة لوجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۴

الفرق الواضح بین العصیر اذا غلا، و بینه اذا صار خمرا، فان العصیر بعد الغلیان مال عرفا و شرعا، و النجاسة انما تمنع من المالیة اذا لم تقبل التطهیر کالخمر فانه لا یزول نجاستها الا بزوال موضوعها، بخلاف العصیر فانه تزول نجاسته بنقصه، نظیر طهارة ماء البئر بالنزح.

و بالجملة فالنجاسة فیه و حرمة الشرب عرضیة تعرضانه فی حال متوسط بین حالتی طهارته، فحکمه حکم النجس بالعرض القابل للتطهیر.

فلا یشمله قوله علیه السلام فی روایة تحف العقول «او شیء من وجوه

(الفرق الواضح بین العصیر اذا غلا، و بینه) ای العصیر (اذا صار خمرا) و ذلک (فان العصیر بعد الغلیان مال عرفا و شرعا، و النجاسة انما تمنع من المالیة اذا لم تقبل التطهیر) کنجاسة الدهن مثلا- اذا لم یصلح لشیء آخر (کالخمر فانه لا- تزول نجاستها الا بزوال موضوعها) ای انعدام الخمر حقیقة او بالانقلاب (بخلاف العصیر فانه تزول نجاسته بنقصه نظیر طهارة ماء البئر بالنزح) بناء علی نجاسة البئر.

(و بالجملة) الفرق ان العصیر یبقی عصیرا لکنه نجس قابل للطهارة بخلاف الخمر فانها نجسة غیر قابلة للطهارة، الا اذا زالت خمریتها (فالنجاسة فیه) ای فی العصیر (و حرمة الشرب) قبل ذهاب الثلثین (عرضیة تعرضانه فی حال متوسط بین حالتی طهارته) قبل الغلیان و بعد ذهاب الثلثین (فحکمه) ای العصیر (حکم النجس بالعرض القابل للتطهیر).

(ف) ان قلت: اذا سلمتم نجاسته شمله روایة تحف العقول و غیرها: قلت:

کلا (لا یشمله قوله علیه السلام فی روایة تحف العقول «او شیء من وجوه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۵

النجس» و لا یدخل تحت قوله علیه السلام: «اذا حرم اللّه شیئا حرم ثمنه» لأن الظاهر منهما العنوانات النجسة و المحرمة بقول مطلق، لا ما تعرضانه فی حال دون حال، فیقال: یحرم فی حال کذا و ینجس فی حال کذا.

و بما ذکرنا یظهر عدم شمول معقد اجماع التذکرة علی «فساد بیع نجس العین» للعصیر، لان المراد بالعین هی الحقیقة و العصیر لیس کذلک.

النجس» و لا یدخل تحت قوله علیه السلام «اذا حرم اللّه شیئا حرم ثمنه») و انما لا یشمله الحدیثان (لان الظاهر منهما العنوانات النجسة و المحرمة) نجاسة و حرمة (بقول مطلق) بان یکون نجسا و حراما، ما دام یصدق علیه العنوان الخاص، کالعذرة مثلا نجس حرام ما دام عذرة، اما اذا استحالت رمادا خرجت عن اسم العذرة مثلا (لا ما تعرضانه) ای النجاسة و الحرمة (فی حال دون حال) مع بقاء نفس العنوان (فیقال) العصیر (یحرم فی حال کذا و ینجس فی حال کذا) کالغلیان قبل ذهاب الثلثین، و لا ینجس و لا یحرم بعد الذهاب، او قبل الغلیان.

(و بما ذکرنا) من ان المراد بالوجوه العنوانات النجسة لا فی مثل العصیر (یظهر عدم شمول معقد اجماع التذکرة «علی فساد بیع نجس

العین» للعصیر) المراد بمعقد الاجماع «لفظ الجملة التی ادعی الاجماع علیها» فان الاجماع قد یکون بلا معقد، فیما اذا قال المدعی مثلا «علی المسألة اجماع» و قد یکون له معقد کما لو قال «یحرم العصیر اجماعا» و انما قلنا بعدم شمول اجماع التذکرة (لان المراد بالعین) فی کلام العلامة حیث قال «نجس العین» (هی الحقیقة) النجسة (و العصیر لیس کذلک) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۶

و یمکن ان ینسب جواز بیع العصیر الی کل من قید الاعیان النجسة المحرم بیعها- بعدم قابلیتها للتطهیر.

و لم اجد مصرحا بالخلاف، عدا ما فی مفتاح الکرامة من ان الظاهر المنع، للعمومات المتقدمة و خصوص بعض الاخبار، مثل قوله علیه السلام «و ان غلا فلا یحل بیعه» و روایة ابی کهمس «اذا بعته قبل ان یکون خمرا و هو حلال فلا بأس» و مرسل ابن الهیثم «اذا تغیر عن حاله و غلا فلا

لیس من الحقائق النجسة- مثل الدم و المنی- و انما تعرض النجاسة علیه فی حالة متوسطة بین حالتی الطهارة کما عرفت.

(و یمکن أن ینسب جواز بیع العصیر الی کل من قید الاعیان النجسة المحرم بیعها بعدم قابلیتها للتطهیر) فان المفهوم من هذا القید انه لو کان الشیء قابلا للتطهیر جاز بیعه، و من المعلوم ان العصیر قابل للتطهیر بالتثلیث فیجوز بیعه.

(و لم اجد مصرحا بالخلاف) بان لا یجوز بیع العصیر (عدا ما فی مفتاح الکرامة من ان الظاهر) من الأدلة (المنع، للعمومات المتقدمة) کخبر تحف العقول «او شیء من وجوه النجس» و غیره (و خصوص بعض الاخبار مثل قوله علیه السلام «و ان غلا) العصیر (فلا یحل بیعه» و روایة ابی کهمس «اذا بعته قبل ان یکون خمرا و هو حلال فلا بأس») المفهوم منه البأس فی بیعه اذا صار خمرا، و ذلک یکون فیما اذا غلا و لم یذهب ثلثاه (و مرسل ابن الهیثم «اذا تغیر) العصیر (عن حاله و غلا فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۱۷

خیر فیه»، بناء علی ان الخیر المنفی یشمل البیع.

و فی الجمیع نظر، اما فی العمومات فلما تقدم.

و اما الادلة الخاصة فهی مسوقة للنهی عن بیعه بعد الغلیان- نظیر بیع الدبس و الخل- من غیر اعتبار اعلام المکلف.

خیر فیه»، بناء علی ان الخیر المنفی یشمل البیع) و قول الصادق علیه السلام فی صحیح معاویة حیث سأله عن البختج قال علیه السلام «خمر لا تشربه» و من المعلوم عدم جواز بیع الخمر. و قوله علیه السلام فی صحیح ابن الحجاج «قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم الخمر من خمسة: العصیر من الکرم ...»، الی غیر ذلک.

اذن فالمتحصل ان الادلة علی تحریم بیع العصیر خمسة:

«الاول»- العمومات.

«الثانی»- انه لیس بمال.

«الثالث»- انه نجس و لا یجوز بیع النجس.

«الرابع»- الروایات الخاصة المانعة عن بیعه.

«الخامس»- ما دل علی انه خمر بضمیمة وضوح حرمة بیع الخمر (و فی الجمیع نظر، اما فی العمومات فلما تقدم) من ان «وجوه النجس» و نحوه لا یشمل العصیر، لانه لیس من وجوه النجس.

(و اما الادلة الخاصة) التی تقدم بعضها فی کلام المصنف (فهی مسوقة للنهی عن بیعه بعد الغلیان) بیعا مطلقا (نظیر بیع الدبس و الخل من غیر اعتبار اعلام المکلف).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۱۱۸

و فى الحقيقة هذا النهى كناية عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه، فلا يشمل بيعه بقصد التطهير مع اعلام المشترى، نظير بيع الماء النجس.

و هذا انما نقول به لانصراف الاخبار إليه، و يؤيّده ما دل على جواز اخذ الخمر و تخليله كما فى رواية ابن ابى عمير كما يؤيده ما دل من رواية التحف و نحوها من ان ما فيه وجها من وجوه الصلاح جاز المعاملة عليه فلا يستشكل على المتن بان ما ذكرتموه تقييد للنص المطلق بدون دليل!.

(و فى الحقيقة هذا النهى كناية عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه) انتفاعا محرما فى الشريعة (فلا يشمل بيعه بقصد التطهير مع اعلام المشترى نظير بيع الماء النجس) فانه لا يجوز بدون الاعلام.

هذا مضافا الى دعوى ضعف السند فى الاخبار الثلاثة المذكورة فى المتن. و ان الظاهر من خبرين منها الغليان بنفسه او قبل الثلثين. فخبر ابى كهمس هكذا «سأل رجل أبا عبد اللّه عن العصير فقال: لى كرم و انما اعصره كل سنة، و اجعله فى الدنان، و ابيعه قبل ان يغلى. قال لا بأس. و ان غلا فلا يحل بيعه» و خبر ابن الهيثم هكذا «سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته أ يشربه صاحبه؟ فقال عليه السلام: اذا تغير عن حاله و غلا فلا خير فيه».

و اما كونه نجسا، فقد عرفت سابقا انه لا دليل على ان كل نجس لا يجوز بيعه، بالإضافة الى الاشكال فى نجاسته، كما يظهر لمن راجع كتاب الطهارة.

و اما انه ليس بمال، ففيه انه خلاف العرف و الاستصحاب.

و اما رواية البختج ففيه اضطراب المتن، اذ رويت الرواية فى النسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۱۱۹

و بالجملة فلو لم يكن الا استصحاب ماليته و جواز بيعه كفى.

و لم اعثر على من تعرض للمسألة صريحا، عدا جماعة من المعاصرين.

نعم قال المحقق الثانى- فى حاشية الارشاد فى ذيل قول المصنف «و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبولها التطهير» بعد الاستشكال بلزوم عدم جواز بيع الاصباغ المتنجسة بعدم قبولها التطهير، و دفع ذلك بقبولها له بعد الجفاف- قال: و لو تنجس العصير و نحوه فهل

الصحيحة بدون لفظة «الخمر».

و اما رواية ابن الحجاج، ففيها ان المستفاد منها كون الخمر تؤخذ من الكرم، لا ان ما يؤخذ من الكرم يكون خمرا.

(و بالجملة فلو لم يكن الا استصحاب ماليته و جواز بيعه كفى) فى المقام لشمول ادلة البيع و التجارة له و قد عرفت وهن أدلة القائل بالمنع.

(و لم اعثر على من تعرض للمسألة صريحا، عدا جماعة من المعاصرين).

(نعم) تعرض لها الكركى- قدس سره- فقد (قال المحقق الثانى فى حاشية الارشاد) للعلامة «رحمه اللّه» (فى ذيل قول المصنف «و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبولها التطهير»- بعد الاستشكال) من المحقق الثانى (بلزوم) كلام العلامة (عدم جواز بيع الاصباغ المتنجسة ب) سبب (عدم قبولها التطهير، و) بعد (دفع ذلك) الاشكال (بقبولها) اى الاصباغ المتنجسة (له) اى للتطهير (بعد الجفاف) فلا يستشكل بالأصباغ على كلام العلامة (قال) المحقق الثانى، بعد ذلك الكلام، و تكرار لفظة «قال» فى كلام الماتن لبعد «قال»

الاول، عن «المقول»: (و لو تنجس العصیر و نحوه فهل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۰

یجوز بیعه علی من یستحله؟ فیه اشکال. ثم ذکر ان الاقوی العدم لعموم «و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان» انتهی.

و الظاهر انه اراد بیع العصیر للشرب من غیر التثلیث، کما یظهر من ذکر المشتری و الدلیل، فلا یظهر منه حکم بیعه علی من یطهره.

«الرابعة» یجوز المعاوضة علی الدهن المتنجس،

اشارة

یجوز بیعه علی من یستحله؟ فیه اشکال) من جهة الاستحلال، فلا بأس و من جهة انه لیس بمال فلا یجوز. (ثم ذکر ان الاقوی العدم) ای عدم جواز البیع (لعموم: و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان) فان بیع العصیر للمستحل تعاون له علی شربه، و الشرب حرام حتی علی المستحل، لان الناس مکلفون بالفروع و ان کانوا منحرفین فی العقیدة. (انتهی) کلام المحقق.

(و) لکن کلام المحقق لا یدل علی حرمة البیع لمن یرید التطهیر، لیکون منافیا لما ذکرناه اذ (الظاهر انه اراد بیع العصیر للشرب من غیر التثلیث کما یظهر) ذلک (من ذکر) المحقق الثانی (المشتری) المستحل (و) من ذکر (الدلیل) اذ لا تعاون علی الاثم اذا طهره ثم شربه (فلا یظهر منه) ای من المحقق الثانی (حکم بیعه علی من یطهره) و انه حرام او حلال، بل ربما یقال بظهور تجویزه له، اذ تخصیص المنع بتلک الصورة دلیل علی عدم قوله بالتحریم فی صورة البیع بقصد التطهیر.

(«الرابعة»)- من المسائل الاربع المستثناة من بیع النجس و المتنجس مسألة بیع الدهن المتنجس، فانه (یجوز المعاوضة علی الدهن المتنجس،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۱

علی المعروف من مذهب الاصحاب.

و جعل هذا من المستثنی عن بیع الاعیان النجسة، مبنی علی المنع من الانتفاع بالمتنجس الا ما خرج بالدلیل او علی المنع من بیع المتنجس و ان جاز الانتفاع به نفعا مقصودا محللا.

علی المعروف من مذهب الاصحاب) بل عن الخلاف: دعوی الاجماع علیه. و ما دل علی المنع من بیعه کقول علی علیه السلام- فی خبر الجعفریات-: «ان کان ذائبا فلا یؤکل، یسرج به و لا یباع» و قول الکاظم علیه السلام- فی خبر اخیه- «لا تدهن به و لا تبعه من مسلم» لا بد ان یحمل علی البیع بدون الإعلام، جمعا بینه و بین ما دل علی جواز البیع مع الاعلام، مما سیأتی من الاخبار.

(و) لا یخفی ان (جعل هذا) الدهن (من المستثنی عن بیع الاعیان النجسة مبنی) علی کون المراد فی «المستثنی منه» بالاعیان: الاعم من النجس و المتنجس. فکأنه قیل: «و کل نجس او متنجس لا ینتفع به منفعة محللة مقصودة- و لو کان له نفع محلل مقصود- لا یجوز بیعه، الا ما خرج بالدلیل» و من المعلوم ان الدهن المتنجس حینئذ داخل فی المستثنی منه، و یحتاج اخراجه الی الدلیل.

و الحاصل ان هذا الاستثناء مبنی (علی المنع من الانتفاع بالمتنجس) بجمیع انحاء الانتفاع، بیعا او غیر بیع (الا ما خرج بالدلیل) فاذا جاز الانتفاع بشیء، جاز بیعه، للتلازم بین الجوازین. (او) مبنی (علی المنع من بیع المتنجس، و ان جاز الانتفاع به نفعا مقصودا محللا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۲

و الا کان الاستثناء منقطعا، من حیث ان المستثنی منه «ما لیس فیه منفعة محللة مقصودة من النجاسات و المتنجسات».

و قد تقدم ان المنع عن بیع النجس فضلا عن المتنجس، لیس الا من حیث حرمة المنفعة المقصودة، فاذا فرض حلها فلا مانع من البیع. و یظهر من الشهید الثانی فی المسالک خلاف ذلک، و ان جواز بیع الدهن

و الحاصل: قد نقول «الانتفاع لا یجوز الا فی الدهن» و قد نقول «البیع لا یجوز الا فی الدهن».

(و الا) یکن المستثنی منه احد الامرین، بل کان هکذا «کل ما لیس له منفعة محللة مقصودة لا یجوز بیعه، الا الدهن» (کان الاستثناء منقطعا) اذ الدهن «فیه منفعة محللة مقصودة» فلا وجه لاستثنائه من «ما لیس فیه نفع» (من حیث ان المستثنی منه «ما لیس فیه منفعة محللة مقصودة من النجاسات و المتنجسات») و الدهن المستثنی ذو منفعة محللة مقصودة.

هذا (و) لکن المصنف یری الاستثناء منقطعا، اذ (قد تقدم ان المنع عن بیع النجس فضلا عن المتنجس لیس الا من حیث حرمة المنفعة المقصودة فاذا فرض حلها) ای حلیة المنفعة المقصودة، کالاستصباح بالدهن او صنعه صابونا او ما اشبه (فلا مانع من البیع).

(و) لکن (یظهر من الشهید الثانی فی المسالک خلاف ذلک) و أن الاستثناء متصل، لانه یری عدم جواز بیع النجس و المتنجس مطلقا- ای و ان جاز الانتفاع بهما منفعة مقصودة- (و ان جواز بیع الدهن) المتنجس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۳

للنص لا لجواز الانتفاع به، و الا لاطرد الجواز فی غیر الدهن أیضا.

و اما حرمة الانتفاع بالمتنجس الا ما خرج بالدلیل، فسیجیء الکلام فیه إن شاء اللّه تعالی.

و کیف کان- فلا اشکال فی جواز بیع الدهن المذکور. و عن جماعة الاجماع علیه فی الجملة.

فی نظر الشهید- رحمه اللّه- (للنص) الخاص الوارد بالجواز (لا لجواز الانتفاع به، و الا) فلو کان جواز بیع الدهن لجواز الانتفاع به (لاطرد الجواز فی غیر الدهن أیضا) کالخل النجس لبعض الامراض و ما اشبه، و حیث لا یطرد الجواز یتبین ان الجواز فی الدهن للنص، لا لجواز الانتفاع.

(و اما حرمة الانتفاع بالمتنجس الا ما خرج بالدلیل) و هی الکلیة الاولی (فسیجیء الکلام فیه إن شاء اللّه تعالی).

و الحاصل: ان فی المقام کلیتین- ان صحت احداهما کان استثناء بیع الدهن متصلا-: الاولی:- «حرمة الانتفاع بالمتنجس الا ما خرج». الثانیة:- «حرمة بیع المتنجس الا ما خرج» و قد سبق منع الکلیة الثانیة اذ لا دلیل علی حرمة بیع المتنجس مطلقا، و سیأتی منع الکلیة الاولی، اذ لا دلیل علی حرمة الانتفاع بالمتنجس، اذن فاستثناء الدهن منقطع، خلافا للمسالک الذی یراه متصلا، لانه یتسلم بالکلیة الثانیة.

(و کیف کان) الامر، سواء کان الاستثناء متصلا او منقطعا (فلا اشکال فی جواز بیع الدهن المذکور. و عن جماعة الاجماع علیه فی الجملة) بشرط الاستصباح تحت السماء او مطلقا مما سیأتی تفصیل الکلام فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۴

و الاخبار به مستفیضة.

«منها»- الصحیح عن معاویة بن وهب عن ابی عبد اللّه علیه السلام «قال: قلت له: جرذ مات فی سمن او زیت او عسل؟ قال علیه السلام:

اما السمن و العسل فیؤخذ الجرذ و ما حوله، و الزیت یستصبح به- و زاد فی المحکی عن التهذیب- انه یبیع ذلک الزیت، و یبینه لمن اشتراه لیستصبح به».

و لعل الفرق بین الزیت و أخویه من جهة کونه مائعا غالبا، بخلاف السمن و العسل. و فی روایة اسماعیل الآتیة اشعار بذلک.

(و الاخبار به) ای بالجواز (مستفیضة).

(«منها»- الصحیح عن معاویة بن وهب عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: قلت له: جرذ) و هی الفارة الکبیرة (مات فی سمن او زیت او عسل) فما حکمها؟ قال علیه السلام: (اما السمن و العسل فیؤخذ الجرذ و ما حوله) و الباقی طاهر حلال، لانهما جامدان فلا تؤثر النجاسة الا فیما حول الجرذ (و) اما (الزیت) ف (یستصبح به) لانه مائع فتؤثر النجاسة فی جمیعه فلا یجوز اکله، و انما یجوز الانتفاع به بسائر انحاء الانتفاع التی منها الاستصباح. (و زاد فی) الحدیث (المحکی عن التهذیب انه یبیع ذلک الزیت، و یبینه لمن اشتراه، لیستصبح به).

(و) الی ما شرحنا من وجه الفرق اشار الماتن بقوله: (لعل الفرق بین الزیت و اخویه من جهة کونه مائعا غالبا، بخلاف السمن و العسل) و بذلک یقید اطلاق جواز استعمال السمن و العسل بالجامد، کما یقید اطلاق نجاسة الزیت بالمائع. (و فی روایة اسماعیل الآتیة اشعار بذلک) ای بوجه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۵

«و منها»- الصحیح عن سعید الاعرج عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الفارة و الدابة تقع فی الطعام و الشراب فتموت فیه؟ قال علیه السلام:

ان کان سمنا او عسلا او زیتا، فانه ربما یکون بعض هذا، فان کان الشتاء فانزع ما حوله و کله، و ان کان الصیف فادفعه حتی یسرج به.

«و منها»- ما عن أبی بصیر فی الموثق عن الفارة تقع فی السمن او فی الزیت فتموت فیه؟ قال علیه السلام: ان کان جامدا فاطرحها و ما حولها و یؤکل ما بقی، و ان کان ذائبا فاسرج به و اعلمهم

الفرق بین الزیت و اخویه.

(«و منها»- الصحیح عن سعید الاعرج عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الفارة و الدابة) التی تتنجس بالموت (تقع فی الطعام و الشراب فتموت فیه) فما حکم ذلک؟ (قال علیه السلام: ان کان) الطعام (سمنا او عسلا او زیتا، فانه ربما یکون) الطعام الذی مات فیه الحیوان (بعض هذا) الاقسام الثلاثة (فان کان الشتاء فانزع ما حوله) ای ما حول الحیوان المیت (و کله، و ان کان الصیف فادفعه حتی یسرج به) لانه ذائب و الذائب یتنجس بالحیوان، و یعرف حکم سائر اقسام الطعام و الشراب من هذه القاعدة التی ضربها الامام علیه السلام، فلا یکون جواب الامام علیه السلام ناقصا، کما ربما یزعم.

(«و منها»- ما عن ابی بصیر فی الموثق عن الفارة تقع فی السمن او فی الزیت فتموت فیه) فما حکمه؟ (قال علیه السلام: ان کان جامدا فاطرحها و ما حولها و یؤکل ما بقی، و ان کان ذائبا فاسرج به و اعلمهم) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۲۶

اذا بعته.

«و منها»- روایة اسماعیل بن عبد الخالق، قال: سأله سعید الاعرج السمان- و انا حاضر- عن السمن و الزیت و العسل تقع فیه الفارة فتموت کیف یصنع به؟ قال علیه السلام: اما الزیت فلا تبعه، الا ان تبین له فیبتاع للسراج، و اما الاکل فلا. و اما السمن فان کان ذائبا فکذلک، و ان کان جامدا- و الفارة فی اعلاه- فیوخذ ما تحتها و ما حولها ثم لا بأس به، و العسل کذلک ان کان جامدا.

اذا عرفت هذا

فالاشکال یقع فی مواضع:

اشارة

المشترين (اذا بعته) و سيأتى الكلام فى وجوب الاعلام.

(«و منها»- رواية اسماعيل بن عبد الخالق قال سأله) اى الامام عليه السلام (سعيد الاعرج السمان- و انا حاضر- عن السمن و الزيت و العسل تقع فيه الفارة فتموت كيف يصنع به؟) اى بما مات فيه الفارة (قال عليه السلام: اما الزيت فلا تبعه، الا ان تبين له) اى للمشترى (فيبتاع للسراج، و اما الاكل فلا) لانه نجس (و اما السمن فان كان ذائبا فكذلك) حاله حال الزيت (و ان كان جامدا- و الفارة فى اعلاه) اذ لو كانت الفارة فى الوسط او الاخير، اشكل الحكم بالطهارة، لظهور ذلك فى كون السمن وقت وقوع الفارة كان ذائبا (فيوخذ ما تحتها و ما حولها) من الدهن (ثم لا بأس به، و العسل كذلك) كالسمن الجامد (ان كان جامدا) هذه جملة من النصوص الواردة فى المسألة.

(اذا عرفت هذا فالاشكال) فى بيع الدهن المتنجس (يقع فى مواضع).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١، ص: ١٢٧

الأول- ان صحة- بيع هذا الدهن هل هى مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحا، او يكفى قصدهما لذلك،

او لا يشترط احدهما؟ ظاهر الحلى فى السرائر الاول، فانه- بعد ذكر جواز الاستصباح بالادهان المتنجسة جمع- قال: و يجوز بيعها بهذا الشرط عندنا. و ظاهر المحكى عن الخلاف الثانى حيث قال: جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء، دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم و قال ابو حنيفة: يجوز مطلقا. انتهى.

و نحوه- مجردا عن دعوى الاجماع-

(الاول-) من تلك المواضع (ان صحة بيع هذا الدهن) هل هى (مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحا،) فى كلام البائع (او يكفى قصدهما) اى البائع و المشترى (لذلك) الشرط (او لا يشترط احدهما؟) فيجوز بيعه مطلقا (ظاهر) ابن ادريس (الحلى فى السرائر الاول) بان يشترط الاستصباح صريحا (فانه بعد ذكر جواز الاستصباح بالادهان المتنجسة جمع) اعم من الزيت و السمن (قال: و يجوز بيعها بهذا الشرط عندنا. و ظاهر المحكى عن الخلاف الثانى) اى يكفى القصد فى جواز البيع (حيث قال: جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء) و ظاهره: انه لو علم البائع ان المشترى يستصبح به و لو اتفاقا- لا من باب القصد الحالى- جاز البيع، ثم قال الشيخ: (دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم. و قال ابو حنيفة: يجوز) البيع (مطلقا)، و لو لمن لا يستصبح به (انتهى) كلام الشيخ فى الخلاف.

(و نحوه) اى نحو هذا الكلام (- مجردا عن دعوى الاجماع-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١، ص: ١٢٨

عبارة المبسوط. و زاد انه لا يجوز بيعه الا لذلك. و ظاهره كفاية القصد.

و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله: جاز بيعه للاستصباح، كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما.

«نعم» ذكر المحقق الثانى ما حاصله: ان التعليل راجع الى الجواز يعنى يجوز- لاجل تحقق فائدة الاستصباح- بيعه.

و كيف كان فقد صرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح.

عبارة المبسوط. و زاد) الشيخ فى المبسوط (انه لا يجوز بيعه) اى الدهن المتنجس (الا لذلك) الاستصباح (و ظاهره كفاية القصد) و ان لم يشترط لفظا (و هو) اى انه يكفى القصد (ظاهر غيره) اى غير الشيخ (ممن عبر بقوله جاز بيعه للاستصباح، كما فى الشرائع و

القواعد) للعلامة.

(و غيرهما).

(«نعم» ذكر المحقق الثانى ما حاصله: ان التعليل) فى قولهم «للاستصباح» (راجع الى الجواز) لا ـ الى البيع (يعنى يجوز) البيع (لاجل تحقق فائدة الاستصباح) فى (بيعه) لا ان المعنى ان البيع اذا كان للاستصباح جاز. و معنى كلام المحقق الثانى: انه يجوز بيعه و لو لغير الاستصباح. و ذلك لوجود هذه الفائدة المحللة فيه، و ان صرفه المشترى فى غير هذه الفائدة، كما انه يجوز بيع التمر لوجود فائدة الاكل فيه، و ان صرفه المشترى فى الخمر.

(و كيف كان) الامر سواء كان «الاستصباح» علة لجواز البيع، او شرطا للبيع (فقد صرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح) حين البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۲۹

و يمكن ان يقال باعتبار قصد الاستصباح اذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه، و كان من منافعه النادرة التى لا تلاحظ فى ماليته، كما فى دهن اللوز و البنفسج و شبههما.

و وجهه: ان مالية الشيء انما هى باعتبار منافعها المحللة المقصودة منه، لا باعتبار مطلق الفوائد غير الملحوظة فى ماليته.

(و يمكن ان يقال) بالتفصيل بين الادهان، باشتراط قصد الاستصباح فى بعضها دون بعض، بان نقول (باعتبار قصد الاستصباح اذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه) اى فى الاستصباح (و كان) الاستصباح (من منافعه النادرة التى لا تلاحظ فى ماليته، كما فى دهن اللوز و البنفسج و شبههما) حيث ان الاستصباح بهذه الادهان منفعة نادرة لا تلاحظ فى ماليتها، فان مالية هذه الادهان فى الشرب و التمريخ و التقطير و ما اشبه، لا الاستصباح الذى هو اتلاف لها فى نظر العرف.

(و وجهه) اى وجه اعتبار قصد الاستصباح- فى صحة البيع- فى هذه الادهان دون سواها: ان مالية الشيء بمنافعه الغالبة، لا النادرة. فاذا ورد نص بجواز بيع ما له منافع نادرة، لا بد من حمل ذلك النص على صورة قصد تلك المنافع النادرة، و ذلك بخلاف الادهان التى منفعتها الغالبة الاستصباح فانها مال سواء قصد الاستصباح أم لا.

و الى هذا اشار الماتن بقوله: (ان مالية الشيء انما هى باعتبار منافعها المحللة المقصودة منه) كالسمن للاكل.

(لا باعتبار مطلق الفوائد غير الملحوظة فى ماليته) كالسمن لالقاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۳۰

و لا باعتبار الفوائد الملحوظة المحرمة. فاذا فرض ان لا فائدة فى الشيء محللة ملحوظة فى ماليته فلا يجوز بيعه، لا على الاطلاق، لان الاطلاق ينصرف الى كون الثمن بإزاء المنافع المقصودة منه، و المفروض حرمتها فيكون اكلا للمال بالباطل.

و لا على قصد الفائدة النادرة المحللة، لان قصد الفائدة النادرة لا يوجب كون الشيء مالا.

العقرب فيه لتحصيل دهن العقرب مثلا.

(و لا باعتبار الفوائد الملحوظة المحرمة) كالدهن للافساد و اخذ الخمر مثلا (فاذا فرض ان لا فائدة فى الشيء) فائدة (محللة ملحوظة) عند العرف (فى ماليته، فلا يجوز بيعه، لا) بيعا (على الاطلاق) بان يقول «بعتك الشيء الفلانى» بدون تقييده باشتراط المنافع النادرة (لان الاطلاق ينصرف الى كون الثمن بإزاء المنافع المقصودة منه، و المفروض حرمتها) اى حرمة تلك المنافع، فلا يصح بيع دهن البنفسج النجس- بدون الاشتراط- إذ إطلاق البيع منصرف الى شرب هذا الدهن و المفروض حرمة شرب الدهن النجس (فيكون اكلا للمال بالباطل) فيشمله قوله تعالى: «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ».

(و لا) يجوز أيضا بيعه (على قصد الفائدة النادرة المحللة) كقصد الاستصباح فى دهن البنفسج (لان قصد الفائدة النادرة لا يوجب

کون الشیء مالا) و بدون ان یکون الشیء مالا، یکون اکل المال بإزائه اکلا بالباطل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۱

«ثم» اذا فرض ورود النص الخاص علی جواز بیعه- کما فیما نحن فیه- فلا بد من حمله علی إرادة صورة قصد الفائدة النادرة، لان اکل المال حینئذ لیس بالباطل بحکم الشارع، بخلاف صورة عدم القصد، لان المال فی هذه الصورة مبذول فی مقابل المطلق المنصرف الی الفوائد المحرمة فافهم.

و حینئذ فلو لم یعلم المتبایعان جواز الاستصباح بهذا الدهن، و تعاملا من غیر قصد الی هذه الفائدة، کانت المعاملة باطلة، لان المال مبذول مع الاطلاق

(«ثم» اذا فرض ورود النص الخاص علی جواز بیعه- کما فیما نحن فیه-) ای الدهن المتنجس (فلا بد من حمله) ای حمل النص (علی إرادة صورة قصد الفائدة النادرة، لان اکل المال حینئذ) ای حین هذا القصد (لیس بالباطل بحکم الشارع) ای بسبب ان الشارع حکم بجواز بیعه (بخلاف صورة عدم القصد، لان المال فی هذه الصورة) ای صورة عدم القصد (مبذول فی مقابل) المثمن (المطلق المنصرف الی الفوائد المحرمة) هذا کله وجه قصد الاستصباح (فافهم) اذ بعد حکم الشارع بجواز البیع مطلقا، من دون تقییده بالقصد المذکور، لم یکن وجه لهذا التقیید، و الاعلام فی الروایات لیس معناه القصد، فلو باع و أعلم- بناء علی وجوب الاعلام- و لم یقصد کفی، بحکم الشارع بجواز ذلک.

(و حینئذ) ای حین کان اللازم القصد الی الفائدة النادرة المحللة (فلو لم یعلم المتبایعان جواز الاستصباح بهذا الدهن، و تعاملا من غیر قصد الی هذه الفائدة) او علما بجواز الاستصباح، و لکن تعاملا من غیر قصد لها، (کانت المعاملة باطلة لان المال) ای الثمن (مبذول مع الاطلاق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۲

فی مقابل الشیء باعتبار الفوائد المحرمة.

«ثم» لو علمنا عدم التفات المتعاملین الی المنافع اصلا امکن صحتها، لانه مال واقعی شرعا، قابل لبذل المال بإزائه و لم یقصد به ما لا یصح بذل المال بإزائه من المنافع المحرمة.

و مرجع هذا فی الحقیقة، الی انه لا یشترط الا عدم قصد المنافع المحرمة فافهم

فی المعاملة- بدون قصد الاستصباح- (فی مقابل الشیء باعتبار الفوائد المحرمة) فیشمله «ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه».

(«ثم») هناک صورة ثالثة غیر صورة المعاملة بقصد الاستصباح، او صورة المعاملة بقصد مطلق المنافع، و هی: ما (لو علمنا عدم التفات المتعاملین الی المنافع اصلا) لا المتعارفة المحرمة الموجبة للحرمة، و لا النادرة المحللة الموجبة للحلیة (امکن) ان یقال ب (صحتها) ای صحة المعاملة (لانه مال واقعی شرعا، قابل لبذل المال بإزائه) و انما قال «شرعا» لانه لیس بمال عرفا، اذ المالیة العرفیة انما هی لاجل المنافع الغالبة، و المفروض انها محرمة، و انما اعتبره الشارع مالا لاجل تلک الفائدة النادرة، فهو مال شرعا (و لم یقصد به) حین المعاملة (ما لا یصح بذل المال بإزائه من المنافع المحرمة) لتکون المعاملة حراما، حیث ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه.

(و مرجع هذا) الذی ذکرنا من صحة البیع اذا قصدا المنافع النادرة او لم یلتفتا الی المنافع اصلا (فی الحقیقة، الی انه لا یشترط الا عدم قصد المنافع المحرمة) سواء قصدا المنفعة النادرة، او لم یقصدا شیئا اصلا (فافهم) فان الشارع اذا أجاز البیع، بدون ان یقید الجواز بقصد خاص او بعدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۳۳

و اما فيما كان الاستصباح منفعة غالبة، بحيث كان مالية الدهن باعتباره، كالادهان المعدة للاسراج، فلا يعتبر فى صحة بيعه قصده اصلا، لان الشارع قد قرر ماليته العرفية بتجويز الاستصباح به، و ان فرض حرمة سائر منافعه، بناء.

قصد خاص، لم يكن وجه للاشتراط، لا لاشتراط قصد المنافع النادرة، و لا لاشتراط عدم القصد الى شيء، بل يصح البيع و ان قصد المنافع المحرمة و القصد و اللاقصد لا يوجبان كون شيء مالا، او عدم مال. و ان شئت قلت: ان اطلاق اجازة الشارع فى البيع يوجب عدم التقييد للجواز بقصد خاص او نحوه.

(و) هذا كله فيما اذا كان الاستصباح منفعة نادرة للدهن، كدهن البنفسج (اما فيما كان الاستصباح منفعة غالبة، بحيث كان مالية الدهن باعتباره) اى باعتبار الاستصباح، بان كان الناس يشترونه للاستصباح (كالادهان المعدة للاسراج، فلا يعتبر فى صحة بيعه قصده) اى قصد الاستصباح (اصلا) و ان قلنا باشتراط القصد فيما كان الاستصباح منفعته النادرة. و انما نقول بعدم اعتبار قصد الاستصباح فيما المقام (لان الشارع قد قرر ماليته العرفية بتجويز الاستصباح به و ان فرض حرمة سائر منافعه) و ماله منفعة عرفية قررها الشارع يجوز بيعه مطلقا- بدون قصد خاص

«ثم» ان ما قلنا من «حرمة سائر المنافع» انما هو (بناء) على ان الاصل حرمة جميع منافع النجس الا ما خرج بالدليل، فلا يجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۳۴

على اضعف الوجهين من وجوب الاقتصار فى الانتفاع بالنجس على مورد النص.

و كذا- اذا كان الاستصباح منفعة مقصودة مساوية لمنفعة الاكل المحرم كالالية و الزيت و عصارة السمسم، فلا يعتبر قصد المنفعة المحللة فضلا عن اشتراطه، اذ يكفى فى ماليته وجود المنفعة المقصودة المحللة.

غاية الامر كون حرمة منفعته الاخرى المقصودة

جعل الدهن النجس صابونا، او التمريخ به او تدهين السفينة و نحوها. و هذا الوجه ضعيف، اما بناء على ان الاصل حلية جميع المنافع الا ما خرج بالدليل، فيجوز جميع منافع الدهن الا الاكل. و هذا الوجه هو الاقوى، فحرمة سائر منافع الدهن- غير الاستصباح- انما هى بناء (على اضعف الوجهين من وجوب الاقتصار فى الانتفاع بالنجس على مورد النص) كالاستصباح فى باب الدهن.

(و كذا-) عطف على قوله «فيما كان الاستصباح منفعة غالبة» اى لا يلزم قصد شيء فيما (اذا كان الاستصباح منفعة مقصودة) من الدهن (مساوية لمنفعة الاكل المحرم، كالالية و الزيت و عصارة السمسم، فلا يعتبر) فى بيع هذه الادهان (قصد المنفعة المحللة) فى صحة البيع (فضلا عن اشتراطه) اى اشتراط ان يستصبح به، عند البيع، اشتراطا لفظيا (اذ يكفى فى ماليته) اى مالية مثل هذا الدهن (وجود المنفعة المقصودة المحللة) و المفروض وجود مثل هذه المنفعة.

(غاية الامر كون حرمة منفعته الاخرى) اى الاكل (المقصودة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۳۵

نقصا فيه يوجب الخيار للجاهل.

«نعم» يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرمة، بان يقول: بعتك بشرط ان تأكله و الا فسد العقد بفساد الشرط، بل يمكن الفساد و ان لم نقل بافساد الشرط الفاسد، لان مرجع الاشتراط فى هذا الفرض الى تعيين المنفعة المحرمة عليه، فيكون اكل الثمن اكلا بالباطل

أيضا للعرف (نقصا فيه يوجب الخيار للجاهل) بوجود هذا النقص، اذ الذى يصح ان ينتفع به نفعين، اذا سقط احد نفعيه شرعا او عرفا كان ذلك نقصا فيه. بل النجاسة بنفسها نقص حتى فى الدهن المعد للاستصباح، اذ العرف لا يرغب فى مثله لابتلائه بنجاسة الآلة و ما

باشره.

و الحاصل: يصح اطلاق البيع («نعم» يشترط) فى صحة البيع (عدم اشتراط المنفعة المحرمة، بان يقول: بعتك) هذا الدهن النجس (بشرط ان تأكله و الا فسد العقد، ب) سبب (فساد الشرط) بناء على ان الشرط الفاسد مفسد (بل يمكن الفساد و ان لم نقل بافساد الشرط الفاسد) للعقد (لان مرجع الاشتراط فى هذا الفرض) اى بيع النجس بشرط أكله- مثلا- (الى تعيين لمنفعة المحرمة عليه، فيكون اكل الثمن) بإزائه (اكلا) للمال (بالباطل). و هذا بخلاف سائر الشرائط الفاسدة كأن يشترط فى ضمن البيع شرب المشترى للخمر مثلا فانه شرط فاسد، و لكنه لا يوجب اندراج المعاملة تحت كلية «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» اذ الثمن فى مقابل المال، و انما الشرط الخارجى باطل. بخلاف المقام، فان الشرط يوجب كون المال بإزاء الشيء المحرم استعماله، فيشمله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٣۶

لان حقيقة النفع العائد الى المشترى بإزاء ثمنه هو النفع المحرم فافهم.

بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و ان لم يشترط فى متن العقد.

و بالجملة- فكل بيع قصد فيه منفعة محرمة بحيث قصد اكل الثمن او بعضه بإزاء المنفعة المحرمة، كان باطلا، كما يومى الى ذلك

«إن اللّه اذا حرم شيئا حرم ثمنه» (لان حقيقة النفع العائد الى المشترى) و هو نفع الدهن المتنجس- و المراد بنفعه اكله، حسب الشرط- فالاكل للنجس هو الشيء العائد الى المشترى (بإزاء ثمنه) و (هو النفع المحرم) الذى لا يكون المال بإزائه (فافهم) بان الشرط لا يوجب عدم النفع المحلل فى الدهن، و اذا لم يكن الثمن بإزاء المحرم، بل بإزاء المحلل، فالكلام فى صحة العقد او بطلانه هو الكلام فى كل شرط فاسد، فان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد، قلنا به فى المقام، و الا كان مقتضى القاعدة صحة المعاملة و فساد الشرط فقط.

(بل يمكن القول بالبطلان) للمعاملة (بمجرد القصد) من البائع، لكون البيع واقعا بملاحظة النفع المحرم- بأن قصد بيع الدهن المتنجس للاكل- (و ان لم يشترط) الاكل- مثلا- (فى متن العقد) و ذلك لما عرفت من ان القصد يوجب ان يكون الثمن المأخوذ، بإزاء الشيء المحرم، فيشمله «ان اللّه اذا حرم شيئا حرم ثمنه» و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ».

(و بالجملة) هذا القصد مبطل للمعاملة (فكل بيع قصد فيه منفعة محرمة بحيث قصد اكل الثمن، او بعضه بإزاء المنفعة المحرمة، كان) ذلك البيع (باطلا كما يومى الى ذلك) اى بطلان البيع المقصود فيه المحرم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٣٧

ما ورد فى تحريم شراء الجارية المغنية و بيعها.

و صرح فى التذكرة بان الجارية المغنية اذا بيعت باكثر مما يرغب فيها لو لا الغناء- فالوجه التحريم. انتهى.

«ثم» ان الاخبار المتقدمة خالية عن اعتبار قصد الاستصباح، لان موردها مما يكون الاستصباح فيه منفعة مقصودة منها

- و ان كان للمبيع منفعة محللة- (ما ورد فى تحريم شراء الجارية المغنية و بيعها) مع ان المنافع المحللة للجارية كثيرة.

لكن حيث ان قصد الحرام- سواء كان قصدا كليا او قصدا ضمنيا- يحرم البيع، (و) لذا (صرح) العلامة (فى التذكرة بان الجارية المغنية اذا بيعت باكثر مما يرغب فيها- لو لا الغناء- فالوجه التحريم. انتهى) لان بعض الثمن صار بإزاء الشيء المحرم فاذا كان القصد الضمنى للحرام موجبا للبطلان، فاولى بالبطلان اذا كان كل القصد هو المحرم، كما لو اشترى الدهن النجس بقصد الأكل، و لكن لا يخفى ما فى هذا الكلام، كما تعرفه من قوله: «فافهم» سابقا.

(«ثم» ان) ما ذكرناه الى هنا كان مقتضى القواعد الاولية و اما (الاخبار المتقدمة) فانها (خالية عن اعتبار قصد الاستصباح) و ذلك لا ينافى ما ذكرنا من اعتبار قصد الاستصباح، فيما كانت منفعته النادرة الاستصباح، كدهن البنفسج و نحوه، و ذلك (لان موردها) اى

مورد الروايات (مما يكون الاستصباح فيه منفعة مقصودة منها) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٣٨

كافية فى ماليتها العرفية.

و ربما يتوهم من قوله- عليه السلام فى رواية الاعرج المتقدمة- «تبينه لمن يشتريه فيبتاع للسراج» اعتبار القصد.

و يدفعه ان الابتياع للسراج انما جعل غاية للاعلام، بمعنى ان المسلم اذا اطلع على نجاسته فيشتريه للاسراج، نظير قوله عليه السلام- فى رواية معاوية

من تلك الموارد، و انما جاء بضمير المؤنث، لانه يعود الى «ما» و مصداقه جنس الدهن، الذى هو مورد الروايات- و يجوز فى ضمير «من و ما» مراعاة اللفظ و المعنى- و قوله «مما» خبر «ان». و هى (كافية فى ماليتها العرفية). و هذا خبر بعد خبر او صفة قوله «منفعة» و لو قال «كاف» حتى يكون خبر «ان» و يكون «مما» بيانا للمورد، كان احسن. اللهم الا ان يقال ان «كافية» خبر باعتبار مصداق «المورد» الذى هو جنس «الدهن» و الجنس يعامل معه معاملة المؤنث و المذكر- على السواء-.

(و ربما يتوهم من قوله- عليه السلام فى رواية الاعرج المتقدمة- «تبينه لمن يشتريه فيبتاع للسراج» اعتبار القصد) و هذا ينافى ما ذكر من عدم اعتبار القصد فيما كانت المنفعة الغالبة او المساوية محللة.

(و يدفعه ان الابتياع للسراج انما جعل) فى الرواية (غاية للاعلام بمعنى ان المسلم اذا اطلع على نجاسته فيشتريه للاسراج) فليس غاية للبيع، كما توهم المتوهم. و الحاصل ان المعنى: يعلمه كى يسرج به، لا ان المعنى:

يبيعه لان يسرج به، حتى يكون الاسراج غاية للبيع. و يفهم منه حينئذ لزوم القصد للاسراج حال البيع (نظير قوله عليه السلام- فى رواية معاوية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٣٩

ابن وهب- «يبينه لمن اشتراه ليستصبح به».

«الثانى»- ان ظاهر بعض الاخبار وجوب الاعلام، فهل يجب مطلقا أم لا؟

و هل وجوبه نفسى أم شرطى؟- بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحة البيع-

ابن وهب- «يبينه لمن اشتراه ليستصبح به») فانه صريح فى ان الاستصباح غاية للتنبيه، لا انه غاية للاشتراء و البيع.

(«الثانى»-) من موارد الاشكال فى مسألة بيع الدهن المتنجس فى انه هل يجب الاعلام أم لا (ان ظاهر بعض الاخبار) كخبر الاعرج و معاوية (وجوب الاعلام، فهل يجب) الاعلام (مطلقا) سواء علم البائع بان المشترى يستعمله فى الاستصباح او لم يعلم (أم لا) يجب الاعلام مطلقا، بل انما يجب فيما اذا لم يعلم بان المشترى ما ذا يصنع به، اما اذا علم بانه يستعمله للانارة، فلا يجب الاعلام. و ان شئت قلت: هل يجب الاعلام مطلقا، أم لا يجب فيما اذا علم البائع بان المشترى لا يستعمله فيما يشترط بالطهارة؟

(و) على تقدير وجوب الاعلام- اما مطلقا او فى الجملة- ف (هل وجوبه) اى وجوب الاعلام (نفسى) لا يرتبط بالمعاملة (أم شرطى) حتى انه لو لا الاعلام لم يصح البيع، كسائر الشروط المعتبرة فى المعاملة (بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحة البيع) فلو لم يعلم فسد البيع.

و قد ظهر- بما ذكر- الفرق بين «الاول» و «الثانى» فان موضوع البحث فى الاول اعتبار «شرط الاستصباح» او اعتبار «قصد الاستصباح»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٤٠

الذى ينبغى ان يقال: انه لا اشكال فى وجوب الإعلام ان قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد او تواطئهما عليه من الخارج، لتوقف

القصد على العلم بالنجاسة.

و اما اذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد، فالظاهر:

من غير نظر الى «الاعلام بالنجاسة، و عدم الاعلام» و موضوع البحث فى الثانى «وجوب الاعلام نفسيا، او شرطيا، و عدم وجوب الاعلام» سواء شرط الاستصباح او قصده أم لا.

(الذى ينبغى ان يقال:) انه ان قلنا فى المبحث السابق «باشتراط الاستصباح»، لزم ان نقول هنا باشتراط «الاعلام» لان البيع متوقف على القصد، و القصد متوقف على الاعلام. و ان قلنا فى المبحث السابق «بعدم اشتراط الاستصباح» لزم ان نقول بوجوب «الاعلام» وجوبا نفسيا، أى تعبديا. و الى هذا اشار بقوله: (انه لا اشكال فى وجوب الاعلام ان قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد او تواطئهما عليه) اى على الاستصباح (من الخارج) اى خارج العقد، و قوله «او» عطف على «الاعلام» اى وجوب احد الامرين من الاعلام و التواطؤ (لتوقف القصد) بناء على اعتبار اشتراط الاستصباح (على العلم بالنجاسة).

و ربما يورد على ذلك بعدم التلازم بين اشتراط الاستصباح، و بين الاعلام، لامكان ان يعلم البائع ان المشترى يستصبح به، فلا وجه لما ذكر فى المتن من التلازم.

(و اما اذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد، فالظاهر:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۱

وجوب الاعلام، وجوبا نفسيا قبل العقد او بعده، لبعض الاخبار المتقدمة.

و فى قوله عليه السلام «يبينه لمن اشتراه ليستصبح به» اشارة الى وجوب الاعلام، لئلا يأكله، فان الغاية للاعلام ليس هو تحقق الاستصباح اذ لا ترتّب بينهما

وجوب الاعلام، وجوبا نفسيا) لا وجوبا شرطيا (قبل العقد او بعده) و انما نقول بالوجوب (لبعض الاخبار المتقدمة) المشتملة على الامر بالاعلام و ليس المراد بالوجوب النفسى وجوبا مطلقا كسائر الواجبات النفسية، بل النفسى المشروط بإرادة البيع، مقابل الوجوب الشرطى اى الذى تتوقف صحة البيع عليه و على هذا فلو لم يعلم كان البيع صحيحا، و لكنه فعل محرما، حيث لم ينبه.

و اذا عرفت ما تقدم، نقول: ربما يقال: ما هى فائدة الاعلام؟ فان الاعلام ان كان لاجل ان يستصبح المشترى بالزيت، فلا ترتب بين الاعلام و بين الاستصباح، لامكان ان لا يستصبح المشترى به حتى بعد الاعلام، و ان كان الاعلام لانه واجب بالذات، فهذا بعيد من الاوامر و النواهى المتعلقة بالمركبات، و العقود و الايقاعات!

و الجواب: ان فائدة الاعلام هى عدم ايقاع البائع المشترى فى الحرام بتركه اعلام المشترى، فاذا اوقع نفسه فى الحرام فليس ذلك مربوطا بالبائع.

و الى هذا الجواب اشار المصنف بقوله: (و فى قوله عليه السلام «يبينه لمن اشتراه ليستصبح به» اشارة الى وجوب الاعلام، لئلا يأكله) اكلا بسبب جهله بالنجاسة، فالاعلام يرفع عذر المشترى (فان الغاية للاعلام ليس هو تحقق الاستصباح) خارجا (اذ لا ترتب بينهما) اى بين الاعلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۴۲

شرعا، و لا عقلا و لا عادة. بل الفائدة حصر الانتفاع فيه، بمعنى عدم الانتفاع به فى غيره. ففيه اشارة الى وجوب اعلام الجاهل بما يعطى اذا كان الانتفاع الغالب به محرما، بحيث يعلم عادة وقوعه فى الحرام لو لا الاعلام، فكأنه قال: اعلمه لئلا يقع فى الحرام الواقعى بتركك الاعلام.

و یشیر الی هذه القاعدة

و بین الاستصباح، لا (شرعا، و لا عقلا، و لا عادة) کما هو واضح (بل الفائدة) فی الاعلام (حصر) البائع بسبب اعلامه (الانتفاع فیه) ای فی الاستصباح (بمعنی عدم الانتفاع به فی غیره) فکأنه یقول للمشتری:

لا تنتفع بهذا الدهن فی غیر الاستصباح- و هذا التنبیه یرفع جهله- و هذه هی فائدة الاعلام. اما ما ذا یصنع المشتری بعد ذلک؟ فذلک لیس من تکلیف البائع.

(ففیه) ای فی هذا الحدیث المفید لهذا المعنی- ای رفع جهل المشتری- (اشارة الی وجوب اعلام الجاهل بما یعطی) ای اعلامه بان ما یعطی له المعطی لاـ یجوز بعض استعمالاته (اذا کـان الانتفـاع الغـالب به) او الانتفـاع الـذی فی معرض الجاهـل (محرما، بحیث یعلم) المعطی (عـادة وقوعه) ای المعطی له (فی الحرام لو لاـ الاعلاـم، فکأنه) علیه السـلام (قال: اعلمه) اذا بعته الـدهن النجس (لئلا یقع فی الحرام الواقعی ب) سبب (ترکک الاعلام) اما اذا فعل هو المحرم بعد ذلک، فلیس ذلک بسببک.

(و یشیر الی هذه القاعدة) ای قاعدة اعلام الجاهل المعرض للوقوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۳

کثیر من الاخبـار المتفرقـة، الدالـة علی حرمه تغریر الجاهل بالحکم او الموضوع فی المحرمات، مثل ما دل علی «أن من افتی بغیر علم لحقه وزر من عمل بفتیاه» فان اثبات الوزر للمباشر من جهة فعل القبیح الواقعی. و حمله علی المفتی من حیث التسبیب و التغریر.

فی الحرام بترک الاعلام (کثیر من الاخبار المتفرقة، الدالة علی حرمة تغریر الجاهل) ای ایقاعه فی الغرر و الضـرر الشرعی (بالحکم او الموضوع فی المحرمـات) التی منهـا ترک الواجبات، کمن یبین للآخر ان البول لیس بنجس، او ان هـذا الشـیء لیس ببول، بما یوجب وقوع السـامع فی النجاسـة و بطلان الصـلاة و ما اشـبه، بسـبب قول هـذا القائل. (مثل ما دل علی «من افتی بغیر علم لحقه وزر من عمل بفتیاه» فان اثبات الوزر للمباشـر) لـذلک العمل، انما هو (من جهـة فعل القبیـح الواقعی) و الا فلیس قبیحا فعلیا بالنسـبة الی المباشـر، اذا کان سؤاله من المفتی حسب الموازین الشرعیة، بل الظاهر انه لو کان بدون میزان، کان لکل من المفتی و المباشر الوزر، کما دل علی ان «من سن سـنة سیئة فله وزرها، و وزر من عمل بها، من غیر ان ینقص من اوزارهم شیء» و من المعلوم شمول اطلاقه لمن جاز له ان یعمل بتلک السنة، حسب الموازین الظاهریة، و لمن لم یجز له.

(و حمله) ای الوزر (علی المفتی) انمـا هو (من حیث التسبیب و التغریر) و الظـاهر عموم «من افتی» لکل مبین للحکم، و فهم الموضوع منه من باب وحدة المناط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۴

و مثل قوله علیه السلام: «ما من امام صلی بقوم فیکون فی صلاتهم تقصیر، الا کان علیه اوزارهم» و فی روایة اخری «فیکون فی صلاته و صلاتهم تقصیر، الا کان اثم ذلک علیه» و فی روایة اخری «لا یضمن الامام صلاتهم الا ان یصلی بهم جنبا».

و مثل روایـة ابی بصـیر المتضـمنة لکراهـة ان یسـقی البهمـة او یطعم ما لا یحل للمسـلم اکله او شـربه. فان فی کراهة ذلک فی البهائم اشعارا بحرمته بالنسبة الی المکلف.

(و مثل قوله علیه السـلام: «ما من امام صلی بقوم فیکون فی صلاتهم تقصیر، الا کان علیه اوزارهم») و معناه: التقصیر الناشئ من تقصیر الامـام، و الاـ فمن المسـلم انه «لَا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْری»، و احتمال ان یکون المراد: کون التقصـیر فی صـلاتهم من جهـة ان الامام لم یرشدهم الی مسائل الصـلاة بعید. (و فی روایة اخری «فیکون فی صـلاته و صـلاتهم تقصیر، الا کان اثم ذلک علیه» و) لعل المبین لما

ذکرناه ما ورد (فی روایة اخری «لا یضمن الامام صلاتهم الا ان یصلی بهم جنبا») و «الجنب» من باب المثال، و الا فلو صلا بهم من غیر وضوء عمدا، او ما اشبه ذلک کان أیضا ضامنا. و معنی «اوزارهم»: الوزر الواقعی، لا الفعلی، اذ لا وزر فعلیا لهم، فیما اذا لم یکونوا عالمین او مقصرین، کما حقق فی محله.

(و مثل روایة ابی بصیر المتضمنة لکراهة ان یسقی البهمة او یطعم ما لا یحل للمسلم اکله او شربه) کالخمر و الخنزیر (فان فی کراهة ذلک فی البهائم اشعارا بحرمته بالنسبة الی المکلف).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۵

و یؤیده ان أکل الحرام و شربه من القبیح، و لو فی حق الجاهل، و لذا یکون الاحتیاط فیه مطلوبا مع الشک، اذ لو کان للعلم دخل فی قبحه لم یحسن الاحتیاط.

و حینئذ فیکون اعطاء النجس للجاهل المذکور اغراء بالقبیح، و هو قبیح

لکن لا یخفی ان القاعدة الاولیة- فی مقام الإطاعة و المعصیة-:

عدم ارتکاب الشخص للمنهی عنه، و عدم ایقاع غیره فی المنهی عنه. و بعد هذه القاعدة لا نحتاج الی التشبث بهذه الامور التی ذکرها المصنف، حتی یستشکل علی الکل بما هو مذکور فی الحواشی و التعلیقات، الا تری انه لو قال المولی: لا یدخل احد عبیدی داری. فادخل أحد عبیده عبد آخر داره عد عند العقلاء عاصیا مستحقا للعقاب.

(و یؤیده ان اکل الحرام و شربه) و سائر انحاء استعمالاته، کزواج المرأة المحرمة و ما اشبه. (من القبیح، و لو فی حق الجاهل) المعذور (و لذا یکون الاحتیاط فیه) ای فی المشتبه (مطلوبا مع الشک) بدلیل إطلاقات ادلة الاحتیاط، نحو قوله علیه السلام: «اخوک دینک فاحتط لدینک» و ما اشبهه (اذ لو کان للعلم دخل فی قبحه لم یحسن الاحتیاط) مع الجهل و الشک.

(و حینئذ) ای حین اذ ثبت قبح الحرام الواقعی و ان کان الانسان معذورا فی ارتکابه (فیکون اعطاء النجس) او تزویجه بالمحرم علیه أو اغرائه بالتصرف فی ارض مغصوبة او موقوفة او ما اشبه ذلک (للجاهل المذکور) الذی لا یعلم بالحکم او الموضوع (إغراء بالقبیح، و هو قبیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۶

عقلا.

بل قد یقال بوجوب الإعلام، و ان لم یکن منه تسبیب، کما لو رأی نجسا فی یده یرید أکله. و هو الذی صرح به العلامة- رحمه اللّه- فی «اجوبة المسائل المهنائیة» حیث سأله السید المهنّأ: عمن رأی فی ثوب المصلی نجاسة؟

فاجاب بانه یجب الإعلام، لوجوب النهی عن المنکر.

لکن اثبات هذا مشکل.

عقلا) و کلما حکم به العقل حکم به الشرع، اذا کان فی سلسلة العلل، کما حقق فی الاصول.

(بل قد یقال بوجوب الاعلام، و ان لم یکن منه تسبیب) للغیر الی ارتکاب الحرام الواقعی (کما لو رأی نجسا فی یده یرید أکله) او ذات محرم علیه یرید تزویجها- مثلا- (و) هذا (هو الذی صرح به العلامة- رحمه اللّه- فی «اجوبة المسائل المهنائیة» حیث سأله السید المهنّأ عمن رأی فی ثوب المصلی نجاسة) فهل یجب اعلامه أم لا؟ (فاجاب) العلامة (بانه یجب الاعلام، لوجوب النهی عن المنکر) و کأن العلامة اراد بالمنکر: المنکر واقعا، و ان لم یکن الآتی به مکلفا فعلا، کمن یرید شرب الخمر بزعم انها ماء- مثلا-.

(لکن اثبات هذا مشکل) لأنه اذا کان جاهلا- جهلا عذرا، لم یکن منکرا فی حقه، فلا موضوع للنهی عن المنکر، لکن بناء علی ما

ذکرنا من انه طریق العقلاء فی الاطاعة و المعصیة، یکون الحکم علی القاعدة، الا ما خرج بالدلیل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۷

و الحاصل: ان هنا امورا أربعة:

«احدها»- ان یکون فعل الشخص علة تامة لوقوع الحرام فی الخارج، کما اذا أکره غیره علی المحرم.

و لا اشکال فی حرمته، و کون وزر الحرام علیه، بل اشد لظلمه.

«و ثانیها»- ان یکون فعله سببا للحرام، کما قدم الی غیره محرما.

و مثله ما نحن فیه

(و الحاصل: ان هنا) فی مسألة الإعلام (امورا أربعة):

(«احدها»:- ان یکون فعل الشخص علة تامة لوقوع الحرام فی الخارج، کما اذا أکره غیره علی المحرم) و ان کان الشیء الصادر من المکره یکون مباحا بالنسبة إلیه، لانه من الاکراه المرفوع.

(و لا اشکال فی حرمته، و کون وزر الحرام علیه) ای علی المکره بالکسر- (بل) علیه (اشد) من وزر الحرام (لظلمه) فالاکراه علی الحلال، لیس بجائز، فکیف بالاکراه علی الحرام! و ذلک لان اصل اکراه الغیر خلاف قاعدة «الناس مسلطون علی انفسهم» المستفادة من قوله تعالی «النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» اما ما ذکره المصنف من قوله «و کون وزر الحرام علیه» محل مناقشة، اذ لا دلیل علی ذلک الا طریق الاطاعة و المعصیة العقلائیة. و هذا لا یدل علی ازید من الحرمة.

(«و ثانیها»- ان یکون فعله سببا للحرام) بدون الإلجاء و الاکراه (کمن قدم الی غیره محرما) کما لو قدم إلیه لحما مشویا حراما، لکونه لم یذبح علی الطریقة الشرعیة- مثلا- (و مثله ما نحن فیه) من بیع الدهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۸

و قد ذکرنا ان الاقوی فیه: التحریم، لان استناد الفعل الی السبب اقوی، فنسبة فعل الحرام إلیه اولی، و لذا یستقر الضمان علی السبب، دون المباشر الجاهل. بل قیل: انه لا ضمان ابتداء الا علیه.

«الثالث»- ان یکون شرطا لصدور الحرام، و هذا یکون علی وجهین:

احدهما: ان یکون من قبیل ایجاد الداعی علی

النجس بدون اعلام (و قد ذکرنا أن الاقوی فیه: التحریم. لان) ذلک خلاف طریق الإطاعة و المعصیة، فالفاعل له یعد فی العرف عاصیا، فیشمله الادلة المطلقة الدالة علی النهی عن العصیان، کقوله تعالی «وَ مَنْ یَعْصِ اللّهَ وَ رَسُولَهُ»* و قوله «وَ لا تَتَوَلَّوْا» و ما اشبه.

اما الاستدلال لذلک بأن (استناد الفعل الی السبب اقوی، فنسبة فعل الحرام إلیه اولی) ان اراد ما ذکرناه فهو، و الا فلا دلیل علی ان أقوائیة السبب فی غیر مورد القتل و ما اشبه موجبة لحرمة عمل الفاعل للسبب. (و لذا یستقر الضمان علی السبب، دون المباشر الجاهل.) و لا یخفی ان هذا انما یتم فی باب الضمان، دون غیره، الا بالقاعدة التی ذکرناها. (بل قیل انه لا ضمان ابتداءً الا علیه) و بهذا یعرف ان ما یستشکل به علی حرمة ایقاع الغیر فی الحرام الواقعی، من انه لیس بحرام فعلی علی المرتکب و لا علی السبب، لعدم الدلیل علی عدم جواز إیقاع الغیر فی ذلک، مردود.

(«الثالث» ان یکون) فعل الشخص (شرطا لصدور الحرام) الواقعی، عن الغیر (و هذا) القسم (یکون علی وجهین):

(احدهما: ان یکون من قبیل ایجاد الداعی) فی الغیر (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۴۹

المعصیة، إما لحصول الرغبة فیها، کترغیب الشخص علی المعصیة، و إما لحصول العناد من الشخص، حتی یقع فی المعصیة، کسب آلهة الکفار، الموجب لا لقائهم فی سبب الحق عنادا. او سبب آباء الناس، الموقع لهم فی سبب أبیه و الظاهر: حرمة القسمین. و قد ورد فی ذلک عدة من الاخبار.

المعصیة، إما لحصول الرغبة فیها) ای فی المعصیة (کترغیب الشخص علی المعصیة) سواء علم بانها معصیة، کترغیبه فی شرب الخمر. فانه بالإضافة الی ما تقدم «تعاون علی الاثم و العدوان». او لم یعلم، کترغیبه فی زواج ذات محرم علیه. (و إما لحصول العناد من الشخص، حتی یقع فی المعصیة، کسب آلهة الکفار، الموجب لا لقائهم فی سبب الحق عنادا) و قد قال سبحانه: «وَ لَا تَسُبُّوا الَّذِینَ یَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللّهِ فَیَسُبُّوا اللّهَ عَدْواً بِغَیْرِ عِلْمٍ» (او سب آباء الناس، الموقع لهم فی سب أبیه) و لو کان اولئک الآباء یستحقون السب، (و الظاهر: حرمة القسمین):

الترغیب فی المعصیة، و اثارة الشخص علی المعصیة. (و قد ورد فی ذلک عدة من الاخبار).

و لا یخفی: ان تحریم القسم الثانی انما هو فیما اذا لم یکن وقوع الغیر فی العصیان مما یتأتی من اتیان الشخص بما هو واجب علیه، او راجح بالنسبة إلیه، کما یسبب- احیانا- وعظ الناس و ارشادهم فی اثارة العصاة و الفساق، فقد کان الأنبیاء و الائمة و الصالحون یرشدون، و ان وقع الفساق و الکفار بسببهم فی العصیان و الطغیان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۰

و ثانیهما: ان یکون بایجاد شرط آخر غیر الداعی، کبیع العنب من یعلم انه یجعله خمرا، و سیأتی الکلام فیه.

«الرابع»- ان یکون من قبیل عدم المانع. و هذا یکون- تارة- مع الحرمة الفعلیة فی حق الفاعل، کسکوت الشخص عن المنع من المنکر و لا اشکال فی الحرمة بشرائط النهی عن المنکر. و- اخری- مع عدم الحرمة الفعلیة بالنسبة الی الفاعل، کسکوت العالم عن اعلام الجاهل- کما فیما نحن فیه-

---

(و ثانیهما: ان یکون بایجاد شرط آخر غیر الداعی کبیع العنب من یعلم انه یجعله خمرا، و سیأتی الکلام فیه) و من هذا القبیل: بیع ما یجعله آلة للتخمیر و ما اشبه، کالدنان و الاخشاب لمن یعلمه صنما او صلیبا او مزمارا. الی غیرها من الامثلة.

(«الرابع» ان یکون) فعل الشخص (من قبیل عدم المانع) عن الحرام بان تمکن من الوقوف ضد الحرام فلم یقف حتی صدر الحرام عن المرتکب. (و هذا یکون- تارة- مع الحرمة الفعلیة فی حق الفاعل، کسکوت الشخص عن المنع من المنکر) فلم یوجد مانعا عن المنکر.

(و لا اشکال فی الحرمة) فی هذا القسم (بشرائط النهی عن المنکر) و الا توجد الشرائط فلا اشکال فی عدم الحرمة. (و) یکون تارة (- اخری- مع عدم الحرمة الفعلیة بالنسبة الی الفاعل) لذلک المحرم الواقعی، (کسکوت العالم عن اعلام الجاهل) القاصر (- کما فیما نحن فیه-) من ارتکاب الجاهل القاصر للمنکر الواقعی، کشربه للخمر بدون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۱

فان صدور الحرام منه مشروط بعدم اعلامه، فهل یجب دفع الحرام بترک السکوت أم لا؟ فیه اشکال.

علمه انه خمر، او زواجه من ذات محرم له، و ما اشبه ذلک (فان صدور الحرام منه مشروط بعدم اعلامه) اذ لو اعلمه لکف عن الحرام (فهل یجب دفع الحرام بترک السکوت أم لا) یجب؟ (فیه) ای فی وجوب الاعلام (اشکال).

فقد یقال بان مقتضی القاعدة الاولیة: عدم وجوب الاعلام، من جهة أصالة البراءة، و لیس المقام داخلا فی ارشاد الجاهل، لان المراد

بارشـاد الجاهـل: ارشـاده الی الحکم، لاـ الی الموضوع، فـان الواجب: بیان الاحکام لا بیان الموضوعات- مثلا- الواجب علی الفقیه ان یقـول للنـاس: ان البـول نجس، و لیس بواجب علیه ان یـبین لهم أن هـذا بول او لیس ببول. کمـا ان المقـام لیس داخلاـ فی النهی عن المنکر انما هو فیما اذا کان الآتی به یأتی به و هو یعلم انه منکر، اما اذا لم یعلم بانه منکر فلیس اتیانه منکرا حتی یجب اعلامه.

و قـد یقال بوجوب الاعلام، لانه طریقـة الاطاعـة و المعصـیة، فاذا قال المولی: من ضـرب ابنی عاقبته بکذا و کذا، ثم ان العبید رأوا ان احدهم یضرب ولده بزعم انه عدوه فسکتوا و لم یتکلموا، کانوا مستحقین للعقاب بنظر العرف.

و لوجوب تحصیل غرض المولی، کما فصل فی مسألة «المقدمة» فی الاصول. و لذا قالوا بحرمة تعجیز الانسان نفسه عن أوامر المولی، و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۲

الا اذا علمنا من الخارج وجوب دفع ذلک لکونه فسادا، قد امر

کـان قبـل توجه التکلیف إلیه، فاذا غل یـده و رجله فی مکان خال من الماء قبل الوقت، لیکون فاقـد الطهورین حین دخول الوقت فلم یصل کان معاقبا.

و لـانه داخـل فی ارشـاد الجاهل، لان الارشاد المسـتفاد عرفا من «ینـذروا قومهم» و قوله علیه السـلام «و ما اخـذ اللّه علی العلماء ان لا یقاروا علی کظة ظالم و لا سغب مظلوم» و ما اشبه، شامل للحکم و للموضوع.

بل یشـمله قوله «هلا تعلمت» الا تری ان الانسان لو تعلم «ان الکلب نجس» ثم لم یذهب لیتعلم «ما هو الکلب» کان عرفا مشـمولا لقوله «هلا تعلمت».

و لانه من النهی عن المنکر، لان الظاهر من المنکر فی لسان الادلة المنکر الواقعی، لا المنکر المعلوم لمرتکبه.

و الحاصـل: ان الفرق بین الحکم و الموضوع لیس ممـا یسـتفاد من الأدلـة لـدی القائها علی العرف، و ما ذکر لا ینافی ما ورد من قول الباقر علیه السلام «ما کان علیک لو سکت» فی حین کان یغتسل من الجنابة، فقیل له:

«قد ابقیت لمحة فی ظهرک» لعدم معلومیة صـحة کلام القائل، فلعله کان مشـتبها، و انما مسحها الامام، لئلا یظن ان غسل الامام باطل.

و کیف کان- فتفصیل هذا الموضوع خارج عن وظیفة الشرح.

(الاـ اذا علمنـا من الخـارج) ای من ادلـة خاصـة، غیر مطلقات التکلیف، و غیر ادلـة ارشاد الجاهل، و ادلـة الامر بالمعروف و النهی عن المنکر (وجوب دفع ذلک) المنکر الواقعی (لکونه فسادا، قد امر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۳

بـدفعه کل من قدر علیه، کما لو اطلع علی عدم إباحة دم من یرید الجاهل قتله، او عدم إباحة عرضه له، او لزم من سـکوته ضـرر مالی قد امرنا بدفعه عن کل أحد.

بـدفعه کـل من قـدر علیه) ای علی دفعه، و العلم بوجـوب الـدفع یحصـل إمـا من الاجمـاع، و إمـا من دلیـل خـاص، و إمـا لکـونه من مرتکزات المتشـرعة، و من السـیرة و ما اشـبه (کما لو اطلع) العالم (علی عـدم إباحـة دم من یریـد الجاهل) بالموضوع (قتله) مثلما کان یظنه صیدا و الحال انه انسان محترم (او عدم إباحة عرضه له) ای للجاهل المرید للارتکاب، کان یظنها زوجته و الحال انها زوجة الغیر (او لزم من سکوته ضرر مالی) کبیر بحیث (قد امرنا بدفعه عن کل أحد).

و الحاصل: الدماء، و الفروج. و الاموال التی لها خطر. یجب الارشاد فیها. اما لو ظن انه صلی و لم یصل، او زعم ان هذا الیوم لیس من شهر رمضـان و الحـال انه منه. او کـان یظن انه لیس بمسـتطیع، او ما اشـبه ذلک، فلا دلیل علی لزوم ارشاده، بناء علی ان الاصل عـدم

اللزوم، الا ما خرج بالدلیل.

لکن الظاهر من طریقة العقلاء- فی باب الاطاعة و المعصیة-: لزوم الارشاد مطلقا، و ان الکل- حکما کان او موضوعا- من شأن الفقیه، کما کان الرسول صلی اللّه علیه و آله و سلم و الائمة علیهم السلام یتداخلون فی ذلک کله، و قد امرنا بالأسوة بهم. و ما اشتهر بین جماعة من المتأخرین محل نظر. و لو لم نقل بهذا اشکل الامر حتی فی الدماء و الفروج و الاموال فمن این یتمکن المفصل ان یثبت الدلیل علی لزوم الارشاد فی الثلاثة دون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۴

فانه یجب الاعلام و الردع لو لم یرتدع بالاعلام، بل الواجب هو الردع و لو بدون الاعلام، ففی الحقیقة الاعلام بنفسه غیر واجب.

و اما فیما تعلق بغیر الثلاثة من حقوق اللّه فوجوب دفع مثل هذا الحرام مشکل، لان الظاهر من ادلة النهی عن المنکر وجوب الردع عن المعصیة.

غیرها؟ و التشبث بانا علمنا من الشارع، لیس باکثر من انه دعوی قطع، و من المعلوم ان دعوی القطع لیست من الأدلة.

و کیف کان- (فانه یجب الاعلام، و الردع لو لم یرتدع بالاعلام) بان یأخذ علی ید مرید القتل- مثلا- (بل الواجب هو الردع و لو بدون الإعلام) لان المکروه عند الشارع فعل ذلک المحرم، فالواجب الحیلولة دون وقوعه، سواء بالقول أم بالفعل، (ففی الحقیقة الاعلام بنفسه غیر واجب) و انما الواجب الحیلولة دون وقوع الحرام، الذی یتحقق بالاعلام تارة، و بالردع العملی اخری.

(و اما فیما تعلق بغیر الثلاثة من حقوق اللّه) «من» بیان «ما» و الثلاثة هی: الدماء، و الاموال، و الفروج. (فوجوب دفع مثل هذا الحرام مشکل، لان الظاهر من ادلة النهی عن المنکر وجوب الردع عن المعصیة) الفعلیة، و الآتی به بدون ان یعلم انه عصیان لیس بفاعل للمنکر حتی یشمله دلیل النهی عن المنکر.

اقول: قد عرفت ما فیه، بل تمثیل النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم ذلک بمن یخرق السفینة، دلیل علی ان المناط هو المنکر الواقعی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۵۵

فلا یدل علی وجوب اعلام الجاهل بکون فعله معصیة.

نعم وجب ذلک فیما اذا کان الجهل بالحکم، لکنه من حیث وجوب تبلیغ التکالیف لیستمر التکلیف الی آخر الابد، بتبلیغ الشاهد الغائب. فالعالم- فی الحقیقة- مبلغ عن اللّه لیتم الحجة علی الجاهل و یتحقق فیه قابلیة الاطاعة و المعصیة.

(فلا یدل) دلیل النهی عن المنکر (علی وجوب اعلام الجاهل بکون فعله معصیة) «بکون» متعلق ب «الجاهل» ای الذی یجهل ان ما یأتی به عصیان للّه تعالی.

(نعم وجب ذلک) الاعلام (فیما اذا کان) سبب عصیان الجاهل هو (الجهل بالحکم) کأن لم یعلم ان الخمر حرام فلیشربها فانه یجب اعلامه بحرمة الخمر (لکنه) ای اعلام الجاهل بالحکم (من حیث وجوب تبلیغ التکالیف لیستمر التکلیف الی آخر الابد بتبلیغ الشاهد الغائب) کما امر رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم فی حجة الوداع، و کما یستفاد من قوله تعالی: و لینذروا قومهم. و من قوله علیه السلام: لیت السیاط علی رءوس أصحابی حتی یتفقهوا و قوله: ما اخذ اللّه علی الجهال ان یتعلموا حتی اخذ علی العلماء ان یعلموا.

الی غیرها (فالعالم- فی الحقیقة- مبلغ عن اللّه) و ان کان فی الظاهر مبلغا عن النبی و الامام. لکن هؤلاء حیث ینقلون أوامر اللّه تعالی، کان تبلیغ الناس لاوامرهم علیهم السلام تبلیغا عن اللّه تعالی (لیتم الحجة علی الجاهل) و اتمامها واجب «لئلا یکون للناس علی اللّه حجة بعد الرسل» (و یتحقق فیه) ای فی الجاهل (قابلیة الاطاعة و المعصیة) اذ لو لا العلم و التعلیم لم یکن علیه حجة، و لم یکن قابلا للطاعة، بل یشمله قوله سبحانه:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۶

«ثم» ان بعضهم استدل على وجوب الإعلام بان النجاسة عيب خفى فيجب اظهارها.

و فيه- مع ان وجوب الاعلام، على القول به، ليس مختصا بالمعاوضات بل يشمل مثل الاباحة و الهبة من المجانيات- ان كون النجاسة عيبا ليس الا لكونه منكرا واقعيا و قبيحا، فان ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسألة وجوب اظهار العيب

«وَ مٰا كُنّٰا مُعَذِّبِينَ حَتّٰى نَبْعَثَ رَسُولًا».

(«ثم» ان بعضهم استدل على وجوب الإعلام) بنجاسة الدهن على من يريد ان يبيعه (بان النجاسة عيب خفى، فيجب اظهارها) و الا كان داخلا فى الغش المحرم

(و فيه- مع ان وجوب الاعلام، على القول به، ليس مختصا بالمعاوضات، بل يشمل) وجوب الاعلام فى (مثل الاباحة، و الهبة من المجانيات) و من المعلوم عدم وجوب اظهار العيب الخفى فى الموهوب و المباح لعدم دليل على حرمة مثل هذا الإخفاء فى المجانيات، فالدليل اخص من المدعى- (ان كون النجاسة عيبا ليس الا لكونه منكرا واقعيا و قبيحا) ارتكابها (فان ثبت ذلك) اى القبح حتى لمن لم يعلم بها، بان كان اكل الدهن النجس قبيحا و ان لم يعلم الاكل بانه نجس (حرم) على البائع (الالقاء) للمشترى (فيه) اى فى هذا القبيح (مع قطع النظر عن مسألة وجوب اظهار العيب) فسواء وجب اظهار العيب الخفى- كما فى البيع- أم لا- كما فى الهبة- يجب اظهار النجاسة، لان ايقاع الغير فى ارتكابها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۷

و الا لم يكن عيبا. فتأمل.

«الثالث»- المشهور بين الاصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء،

بل فى السرائر: ان الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف.

و فى المبسوط: انه روى اصحابنا انه يستصبح به تحت السماء، دون السقف.

لكن الاخبار المتقدمة- على كثرتها و ورودها فى مقام البيان- ساكتة عن هذا القيد و لا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من «مرسلة الشيخ»

قبيح (و الا) يثبت كون ارتكاب الجاهل هذا قبيحا (لم يكن عيبا) فلم يجب اظهاره (فتامل) اذ النجاسة لا شك فى كونها عيبا لدى اهل الشرع و لا منافاة بين عدم جواز الالقاء فيها فى باب المجانيات من جهة القبح، و عدم جواز الإلقاء فيها فى باب المعاوضات، من جهة الغش و من جهة القبح.

(«الثالث»-) من موارد الاشكال فى بيع الدهن المتنجس ان (المشهور بين الاصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء، بل فى السرائر) للحلى: (ان الاستصباح به تحت الظلال محظور) محرم (بغير خلاف). فالمسألة مما ادعى فيها الاجماع (و فى المبسوط: انه روى اصحابنا انه يستصبح به تحت السماء، دون السقف). فالمسألة مروية أيضا.

(لكن الاخبار المتقدمة) فى جواز بيع الدهن المتنجس (على كثرتها و ورودها فى مقام البيان) لا الاهمال و الاجمال، بقرينة ذكر شرط الإعلام و ما اشبه (ساكتة عن هذا القيد) الذى هو الاستصباح تحت السماء (و لا مقيد لها) لتلك الاخبار (من الخارج عدا ما يدعى من «مرسلة الشيخ»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۵۸

المنجبرة بالشهرة المحققة، و الاتفاق المحکی، لکن لو سلم الانجبار فغایة الامر دورانه بین تقیید المطلقات المتقدمة، او حمل الجملة الخبریة علی الاستحباب او الارشاد، لئلا یتأثر السقف بدخان النجس الذی هو نجس، بناء علی ما ذکره الشیخ من دلالة المرسلة علی نجاسة الدخان النجس، اذ قد لا یخلو من اجزاء لطیفة دهنیة تتصاعد بواسطة الحرارة، و لا ریب

المنجبرة بالشهرة المحققة، و الاتفاق المحکی) فی کلام السرائر، (لکن لو سلم الانجبار) بان صارت المرسلة حجة لا نتمکن مع ذلک من تقیید المطلقات بالمرسلة: «أو لا» لإباء المطلقات عن التقیید، لکثرتها و کونها فی مقام البیان.» و ثانیا» لان المرسلة غایتها الدلالة علی عدم تنجیس السقف بالدخان، و من المعلوم عدم حرمة تنجیس السقف. بل دخان النجس لا دلیل علی نجاسته، اذ الاستحالة سببت الطهارة، کما قال علیه السلام:

«لان الماء و النار قد طهراه» اذن لا بد من حمل المرسلة علی الاستحباب (فغایة الامر دورانه بین تقیید المطلقات المتقدمة) الدالة علی جواز بیع الدهن النجس و استعماله مطلقا- تحت السماء او السقف- (او حمل الجملة الخبریة) فی المرسلة (علی الاستحباب او الارشاد) فلا یکون مستحبا أیضا- فضلا عن الوجوب- (لئلا یتأثر السقف بدخان النجس الذی هو) ای ذاک الدخان (نجس) أیضا (بناء علی ما ذکره الشیخ من دلالة المرسلة علی نجاسة الدخان النجس، اذ قد لا یخلو) دخان النجس (من اجزاء لطیفة دهنیة تتصاعد بواسطة الحرارة، و) حیث دار الامر بین تقیید المطلقات بالمرسلة، او حمل المرسلة علی الاستحباب ف (لا ریب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۵۹

ان مخالفة الظاهر فی المرسلة، خصوصا بالحمل علی الارشاد دون الاستحباب اولی.

خصوصا مع ابتناء التقیید إما علی ما ذکره «الشیخ» من دلالة الروایة علی نجاسة الدخان، المخالفة للمشهور، و إما علی کون الحکم تعبدا محضا و هو فی غایة البعد.

و لعله لذلک افتی فی المبسوط بالکراهة مع روایته للمرسلة.

و الانصاف ان المسألة

ان مخالفة الظاهر فی المرسلة، خصوصا بالحمل علی الارشاد) فان ظاهرها الوجوب، (دون الاستحباب) اما الارشاد فمعناه انه لیس بحکم شرعی اصلا، و انما هو ارشاد الی مصلحة خارجیة (اولی) من حمل المطلقات علی المرسلة.

(خصوصا مع ابتناء التقیید) للمطلقات (إما علی ما ذکره «الشیخ» من دلالة الروایة علی نجاسة الدخان) فکان الجمع بین المطلقات و المرسلة ینتج: انه لا- تستصبح تحت السقف، لان الدخان نجس، فیتأثر السقف به (المخالفة للمشهور) فانهم لا یقولون بان دخان النجس نجس. (و إما علی کون الحکم) بعدم الاستصباح تحت السقف (تعبدا محضا) لو لم نقل بنجاسة الدخان (و هو) ای کون الحکم تعبدا محضا (فی غایة البعد) عن الظاهر. اذن فالحمل علی الاستحباب او الارشاد اولی من حمل المطلقات علی المرسلة.

(و لعله لذلک) الذی ذکرنا من بعد تقید المطلقات بالمرسلة (افتی) الشیخ (فی المبسوط بالکراهة) للاستصباح تحت السقف (مع روایته) بنفسه (للمرسلة).

(و الانصاف: ان المسألة) بتقیید المطلقات، او حمل المرسلة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۶۰

لا تخلو عن اشکال، من حیث ظاهر الروایات البعیدة عن التقیید، لإبائها فی انفسها عنه، و اباء المقید عنه.

و من حیث الشهرة المحققة و الاتفاق المنقول. و لو رجع الی أصالة البراءة حینئذ لم یکن الا بعیدا عن الاحتیاط، و جرأة علی مخالفة المشهور.

«ثم» ان العلامة فی المختلف فصل بین ما اذا علم بتصاعد شیء من اجزاء الدهن، و ما اذا لم یعلم. فوافق المشهور

الاستحباب، او الارشاد (لا تخلو عن اشکال، من حیث ظاهر الروایات) المطلقة (البعیدة عن التقیید، لإبائها فی انفسها عنه) ای عن التقیید، حیث انها فی مقام البیان و لم تتعرض لهذا الشرط (و) من جهة (اباء المقید) ای المرسلة (عنه). ای عن ان یکون تقییدا لتلک المطلقات، اذ ظاهرها: نجاسة السقف، و کل من نجاسة الدخان و حرمة نجاسة السقف محل اشکال.

(و من حیث الشهرة المحققة) علی لزوم کون الاستصباح تحت السماء (و الاتفاق المنقول) فی کلام السرائر- و هذا وجه التقیید- کما ان قوله «من حیث ظاهر ... الخ» وجه عدم التقیید (و لو رجع الی أصالة البراءة) عن وجوب الاستصباح تحت السماء (حینئذ) ای حین وجود الاشکال من الطرفین (لم یکن الا بعیدا علی الاحتیاط و جرأة علی مخالفة المشهور) فالبراءة- اذن- لیست مخالفة للادلة.

(ثم ان العلامة فی المختلف فصل بین ما اذا علم بتصاعد شیء من اجزاء الدهن، و) بین (ما اذا لم یعلم. فوافق المشهور) فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۶۱

فی الاول، و هو مبنی علی ثبوت حرمة تنجیس السقف، و لم یدل علیه دلیل.

و ان کان ظاهر کل من حکم بکون الاستصباح تحت السماء تعبدا- لا لنجاسة الدخان، معللا بطهارة دخان النجس- التسالم علی حرمة التنجیس، و الا لکان الاولی تعلیل التعبد به لا بطهارة الدخان، کما لا یخفی.

حظر الاستصباح تحت السقف (فی الاول) حینما یعلم بتصاعد شیء من اجزاء الدهن، و اجاز فی الثانی. (و هو) ای حظره فیما اذا علم بالتصاعد (مبنی علی ثبوت حرمة تنجیس السقف، و) الحال انه (لم یدل علیه) ای علی تحریم التنجیس (دلیل. و ان کان ظاهر کل من حکم بکون الاستصباح تحت السماء تعبدا) من الشارع بدون ان نفهم وجهه (لا- لنجاسة الدخان) فی حال کون من یقول بکون الاستصباح تحت السماء تعبدا (معللا بطهارة دخان النجس، التسالم علی حرمة التنجیس) «التسالم» خبر قوله «و ان کان ظاهر» و قوله «معللا» حال عن «کل من» (و الا) فلو کان من یقول بالتعبد، لا یری حرمة التنجیس (لکان الاولی تعلیل التعبد به) ای بانه لا یحرم التنجیس (لا) تعلیل التعبد (بطهارة الدخان- کما لا یخفی).

و الحاصل: قد یقول القائل «تحت السماء تعبد، لان الدخان طاهر» و قد یقول «تحت السماء تعبد، لانه لا یحرم التنجیس» و مفهوم الاول «انه لو قلنا بان الدخان نجس، لم یکن تعبدا» فهو یسلم اذن «حرمة التنجیس» و الا فلو قلنا «الدخان نجس» یکون «تحت السماء» أیضا تعبدا اذ لا دلیل علی حرمة تنجیس السقف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۶۲

«الرابع»- هل یجوز الانتفاع بهذا الدهن فی غیر الاستصباح،

بان یعمل صابونا، او یطلی به الأجرب، او السفن؟ قولان، مبنیان علی ان «الاصل فی المتنجس جواز الانتفاع الا ما خرج بالدلیل» کالاکل و الشرب، و الاستصباح تحت الظل. او ان القاعدة فیه «المنع عن التصرف الا ما خرج بالدلیل» کالاستصباح تحت السماء، و بیعه لیعمل صابونا علی روایة ضعیفة تأتی.

(«الرابع»-) من مواضع وقوع الاشکال فی بیع الدهن المتنجس فی انه (هل یجوز الانتفاع بهذا الدهن) المتنجس (فی غیر الاستصباح، بان یعمل صابونا، او یطلی به الأجرب، او) یطلی به (السفن؟) أم لا یجوز الا الاستصباح (قولان، مبنیان علی ان «الاصل فی المتنجس جواز الانتفاع الا ما خرج بالدلیل» کالاکل و الشرب، و الاستصباح تحت الظل) اذن فالصابون و التطلیة و غیرهما جائز (او ان القاعدة فیه) ای فی المتنجس («المنع عن التصرف الا ما خرج بالدلیل» کالاستصباح تحت السماء) الذی قام الدلیل علی جوازه (و) ک (بیعه لیعمل صابونا علی

روایة ضعیفة) اجازت ذلک کما (تأتی).

فان قلنا بان الاصل: الجواز، کان جمیع استعمالات الدهن المتنجس فی غیر الاکل و ما اشبه مما خرج عن الجواز بالدلیل- جائزا. و ان قلنا بان الاصل: الحرمة، کان جمیع الاستعمالات محرما، الا ما خرج بالدلیل کالاستصباح تحت السماء و نحوه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶۳

و الذی صرح به فی مفتاح الکرامة هو الثانی، و وافقه بعض مشایخنا المعاصرین و هو ظاهر جماعة من القدماء کالشیخین و السیدین و الحلی و غیرهم.

قال فی الانتصار: و مما انفردت به الامامیة، ان کل طعام عالجه اهل الکتاب و من ثبت کفرهم بدلیل قاطع لا یجوز اکله و لا الانتفاع به.

و اختلف باقی الفقهاء فی ذلک، و قد دللنا علی ذلک فی کتاب الطهارة.

حیث دللنا علی ان سؤر الکفار نجس.

و قال فی المبسوط- فی الماء المضاف-: انه مباح التصرف

(و الذی صرح به فی مفتاح الکرامة هو الثانی) ای ان الاصل المنع (و وافقه بعض مشایخنا المعاصرین، و هو ظاهر جماعة من القدماء، کالشیخین) المفید و الطوسی (و السیدین): المرتضی و ابن زهرة (و) ابن ادریس (الحلی، و غیرهم).

(قال) المرتضی (فی الانتصار: و مما انفردت به الامامیة، ان کل طعام عالجه اهل الکتاب و من ثبت کفرهم بدلیل قاطع) لا من یتهم بالکفر و لیس بکافر شرعا (لا یجوز اکله و لا الانتفاع به) فان الظاهر من قوله- رحمه اللّه- «و لا الانتفاع به»: اصالة عدم الانتفاع الا ما خرج بالدلیل. ثم قال السید: (و اختلف باقی الفقهاء فی ذلک، و قد دللنا علی ذلک) الذی ذکرنا من عدم الجواز (فی کتاب الطهارة، حیث دللنا علی ان سؤر الکفار نجس).

(و قال) الشیخ (فی المبسوط- فی الماء المضاف-: انه مباح التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶۴

فیه بانواع التصرف، ما لم تقع فیه نجاسة، فان وقعت فیه نجاسة لم یجز استعماله علی حال. و قال- فی حکم الماء المتغیر بالنجاسة-: انه لا یجوز استعماله الا عند الضرورة للشرب لا غیر.

و قال- فی النهایة-: و ان کان ما حصل فیه المیتة مائعا، لم یجز استعماله، و وجب اهراقه، انتهی. و قریب منه عبارة المقنعة.

و قال فی الخلاف- فی حکم السمن و البذر و الشیرج و الزیت اذا وقعت فیه فارة-: انه جاز الاستصباح به و لا یجوز اکله و لا الانتفاع به بغیر الاستصباح. و به قال الشافعی. و قال قوم من اصحاب الحدیث: لا ینتفع به بحال لا باستصباح

فیه بانواع التصرف، ما لم تقع فیه نجاسة، فان وقعت فیه نجاسة لم یجز استعماله علی حال) من الاحوال. و وجه الاستدلال بهذه العبارة کالاستدلال بکلام السید (و قال) الشیخ (- فی حکم الماء المتغیر بالنجاسة-: انه لا یجوز استعماله الا عند الضرورة للشرب لا غیر) فالاصل عدم جواز الاستعمال.

(و قال) الشیخ (- فی النهایة-: و ان کان ما حصل فیه المیتة مائعا لم یجز استعماله، و وجب اهراقه. انتهی). فان قوله: «لم یجز استعماله» ظاهر فی ان الاصل: المنع. (و قریب منه عبارة المقنعة) للمفید- رحمه اللّه-.

(و قال فی الخلاف- فی حکم السمن و) دهن (البذر و الشیرج و الزیت اذا وقعت فیه فارة-: انه جاز الاستصباح به و لا یجوز اکله و لا الانتفاع به بغیر الاستصباح. و به قال الشافعی. و قال قوم من اصحاب الحدیث) من العامة: (لا ینتفع به بحال) من الاحوال (لا باستصباح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۵

و لا غيره. بل يراق كالخمر. و قال ابو حنيفة: يستصبح به و يباع لذلك مطلقا. و قال داود: ان كان المائع سمنا لم ينتفع به، و ان كان غيره من الادهان لم ينجس بموت الفارة فيه و يحل اكله و شربه.

دليلنا: اجماع الفرقة، و اخبارهم.

و في السرائر- في حكم الدهن المتنجس-: انه لا يجوز الادهان به، و لا استعماله في شيء من الاشياء، عدا الاستصباح تحت السماء. و ادعى في موضع آخر: ان الاستصباح به تحت الظلال محظور، بغير خلاف.

و لا) ب (غيره. بل يراق كالخمر. و قال ابو حنيفة: يستصبح به و يباع لذلك) الاستصباح (مطلقا) بيعا من دون تقييد. (و قال داود: ان كان المائع سمنا لم ينتفع به، و ان كان غيره من الادهان لم ينجس بموت الفارة فيه و يحل اكله و شربه).

ثم قال الشيخ- رحمه اللّه- (دليلنا) على ما ذكرناه: (اجماع الفرقة، و اخبارهم).

(و) قال الحلي (في السرائر- في حكم الدهن المتنجس-: انه لا يجوز الادهان به، و لا استعماله في شيء من الاشياء، عدا الاستصباح تحت السماء) و من المعلوم انه اذا لم يجز الادهان- و هو لا يتوقف على الطهارة- كان معناه: عدم جواز سائر الاستعمالات أيضا. (و ادعى) الحلي (في موضع آخر) من السرائر: (ان الاستصباح به تحت الظلال) و السقوف (محظور، بغير خلاف) مما يدل على حرمة الاستعمال و لو فيما لا يشترط بالطهارة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۶

و قال ابن زهرة- بعد ان اشترط في المبيع ان يكون مما ينتفع به منفعة محللة- قال: و شرطنا في المنفعة ان تكون مباحة، تحفظا من المنافع المحرمة، و يدخل في ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره عدا ما استثنى من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، و هو اجماع الطائفة.

ثم استدل على جواز بيع الزيت- بعد الاجماع- بان النبي صلى اللّه عليه و آله و سلم أذن في الاستصباح به تحت السماء. قال: و هذا يدل على جواز بيعه لذلك. انتهى.

(و قال ابن زهرة- بعد ان اشترط في المبيع ان يكون مما ينتفع به منفعة محللة- قال: و) انما (شرطنا في المنفعة ان تكون مباحة، تحفظا من المنافع المحرمة، و يدخل في ذلك) اى فيما لا منافع محللة له (كل نجس لا يمكن تطهيره عدا ما استثنى من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، و هو) اى الحكم في المستثنى منه و المستثنى (اجماع الطائفة).

(ثم استدل) ابن زهرة (على جواز بيع الزيت- بعد الاجماع- بان النبي صلى اللّه عليه و آله و سلم أذن في الاستصباح به تحت السماء. قال:

و هذا) الاذن (يدل على جواز بيعه لذلك) الاستصباح تحت السماء.

و هذا صريح في ان الاصل المنع الا ما خرج. هذا تمام الكلام قولا و دليلا لمن يرى ان الاصل المنع الا ما خرج.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۱۶۷

و لكن الاقوى- وفاقا لاكثر المتاخرين- جواز الانتفاع الا ما خرج بالدليل.

و يدل عليه أصالة الجواز، و قاعدة «حل الانتفاع بما في الارض».

و لا حاكم عليها سوى ما يتخيل من بعض الآيات و الاخبار، و دعوى الجماعة المتقدمة الاجماع على المنع.

و الكل غير قابل لذلك.

اما الآیات «فمنها» قوله تعالی «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ»

(و لکن الاقوی- وفاقا لاکثر المتأخرین- جواز الانتفاع الا ما خرج بالدلیل).

(و یدل علیه) ای علی اصل الجواز (أصالة الجواز) لان «کل شیء لک حلال» «و رفع ما لا یعلمون» و ما اشبه. (و قاعدة «حل الانتفاع بما فی الارض») المنصوص علیها فی الآیة و الروایة.

(و لا حاکم علیها) ای علی کل واحدة من الأصالة و القاعدة (سوی ما یتخیل من) دلالة (بعض الآیات و الاخبار) الآتیة (و) سوی (دعوی الجماعة المتقدمة الاجماع علی المنع).

(و) لکن (الکل غیر قابل لذلک) الحکومة علی الاصل و القاعدة (اما الآیات) التی استدل بها علی اصالة المنع («فمنها» قوله تعالی: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ»). الخمر: کل مسکر. و المیسر: القمار. و الانصاب- جمع نصب-: الصنم. و الازلام: جمع زلم بمعنی سهام القمار. و معنی الرجس:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶۸

دل- بمقتضی التفریع- علی وجوب اجتناب کل رجس.

«و فیه»: ان الظاهر من الرجس: ما کان کذلک فی ذاته، لا ما عرض له ذلک. فیختص بالعناوین النجسة، و هی النجاسات العشر. مع انه لو عم المتنجس لزم ان یخرج عنه اکثر الافراد، فان اکثر المتنجسات لا یجب الاجتناب عنه.

الخبیث. و معنی من عمل الشیطان: ان الشیطان هو الآمر بعملها. (دل بمقتضی التفریع) حیث ان المعنی وجوب الاجتناب عن المذکورات لکونها رجسا (علی وجوب اجتناب کل رجس) و حیث ان النجس رجس کان اللازم الاجتناب عنه، و الاجتناب شامل لجمیع انواع المعاملة و المزاولة. فتفید الآیة اصالة المنع عن استعمال کل نجس الا ما خرج بالدلیل.

(«و فیه»: ان الظاهر من الرجس: ما کان کذلک) رجسا (فی ذاته، لا ما عرض له ذلک) الرجسیة، (فیختص) الرجس (بالعناوین النجسة، و هی النجاسات العشر) و لا یشمل المتنجسات لانها لیست برجس (مع انه) ای الرجس (لو عم المتنجس لزم ان یخرج عنه) ای عن وجوب الاجتناب عن الرجس (اکثر الافراد) المتنجسة، و انما نقول بلزوم خروج اکثر المتنجسات (فان اکثر المتنجسات لا یجب الاجتناب عنه) فالملبس و المسکن و المرکب و المنکح و غیرها اذا تنجس نجاسة عرضیة لم یجب الاجتناب عنها فی الاستعمال المربوط بها، و حیث ان تخصیص الاکثر مستهجن، دار الامر بین ان نقول: ان المراد بالرجس: النجس، فلا تخصیص للاکثر، و بین ان نقول ان المراد بالرجس الاعم من النجس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۶۹

مع ان وجوب الاجتناب ثابت فیما کان رجسا من عمل الشیطان، یعنی من مبتدعاته، فیختص وجوب الاجتناب المطلق بما کان من عمل الشیطان، سواء کان نجسا کالخمر، او قذرا معنویا مثل المیسر.

و من المعلوم ان المائعات المتنجسة کالدهن و الطین و الصبغ

و المتنجس فیلزم تخصیص الاکثر المستهجن، لکن الثانی خلاف البلاغة، بل خلاف کلام الحکیم فتعین الاول.

(مع) ان هنا اشکالا ثالثا فی الاستدلال بالآیة لحرمة جمیع الانتفاعات الا ما خرج. و هو: أن الواجب اجتنابه هو الرجس الذی من عمل الشیطان و المراد ب «عمل الشیطان» اما مخترعه، فلیس مثل الدهن المتنجس من مخترعات الشیطان، و اما ما یحدث باغوائه ککل معصیة، و هذا یکون فیما کان الاستعمال رجسا کشرب المتنجس، اما الصبغ بالدهن المتنجس مثلا ففی کونه رجسا من اغواء الشیطان

اوّل الکلام.

و الی هذا اشار المصنف- رحمه اللّه- بقوله: (ان وجوب الاجتناب ثابت فیما کان رجسا من عمل الشیطان) بان یجمع فیه الرجسیهٔ و کونه من عمل الشیطان (یعنی من مبتدعاته)- علی احد التفسیرین فی معنی «عمل الشیطان» (فیختص وجوب الاجتناب المطلق) عن کل انتفاع (بما کان من عمل الشیطان، سواء کان نجسا کالخمر) التی ورد فی الاحادیث ان الشیطان هو الذی اخترعها (او قذرا معنویا مثل المیسر).

(و) علی هذا فلا تدل الآیهٔ علی وجوب الاجتناب عن استعمال المتنجس، اذ (من المعلوم ان المائعات المتنجسهٔ کالدهن و الطین و الصبغ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۰

و الدبس اذا تنجست لیست من أعمال الشیطان.

و ان ارید من عمل الشیطان: عمل المکلف المتحقق فی الخارج باغوائه لیکون المراد بالمذکورات: استعمالها علی النحو الخاص، فالمعنی: ان الانتفاع بهذه المذکورات رجس من عمل الشیطان، کما یقال فی سائر المعاصی:

انها من عمل الشیطان. فلا تدل أیضا علی وجوب الاجتناب عن استعمال المتنجس الا اذا ثبت کون

و الدبس اذا تنجست لیست من اعمال الشیطان) و مخترعاته، هذا بناء علی کون المراد ب «عمل الشیطان» مخترعاته.

(و ان ارید من عمل الشیطان: عمل المکلف المتحقق فی الخارج باغوائه) کنسبهٔ الاعمال الحسنهٔ الی اللّه سبحانه، لکونها تصدر حسب امره و ارادته، نحو قوله تعالی «وَ مٰا رَمَیْتَ إِذْ رَمَیْتَ وَ لٰکِنَّ اللّٰهَ رَمیٰ» و امثال هذه الآیهٔ (لیکون المراد بالمذکورات) فی الآیهٔ ای الخمر و المیسر و الانصاب و الازلام (استعمالها علی النحو الخاص) ای شربا و لعبا و عبادهٔ و اخراجا للحصص (فالمعنی): استعمال هذه الامور انما یصدر باغواء الشیطان، و (ان الانتفاع بهذه المذکورات رجس من عمل الشیطان، کما یقال فی سائر المعاصی: انها من عمل الشیطان) ای انها صادرهٔ باغوائه و علی هذا فکل عمل صادر من اغواء الشیطان یجب الاجتناب عنه (فلا تدل أیضا علی وجوب الاجتناب عن استعمال المتنجس). قوله: «فلا» جواب «و ان ارید». و قوله: «أیضا» ای کما لا تدل الآیهٔ- علی المعنی الاول- علی لزوم الاجتناب عن استعمال کل متنجس (الا اذا ثبت کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۱

الاستعمال رجسا، و هو اوّل الکلام. و کیف کان فالآیهٔ لا تدل علی المطلوب

و من بعض ما ذکرنا یظهر ضعف الاستدلال علی ذلک بقوله تعالی:

«و الرجز فاهجر» بناء علی ان الرجز هو الرجس.

و اضعف من الکل: الاستدلال بآیهٔ تحریم الخبائث، بناء علی ان کل متنجس خبیث. و التحریم المطلق یفید عموم الانتفاع.

الاستعمال رجسا، و هو) ای کون استعمال المتنجس رجسا (اوّل الکلام) فلا یمکن اثباته بهذه الآیهٔ، فانه من قبیل اثبات الموضوع بالحکم (و کیف کان) المعنی فی الآیهٔ الکریمهٔ (فالآیهٔ لا تدل علی المطلوب) للقائل بان کل استعمال للمتنجس غیر جائز.

(و من بعض ما ذکرنا) فی رد الاستدلال بآیهٔ «الرجس» (یظهر ضعف الاستدلال علی ذلک) ای اصالهٔ عدم جواز الاستعمال الا ما خرج (بقوله تعالی: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ» بناء علی ان الرجز هو الرجس) وجه الاستدلال: ان الرجز هو النجس الاعم من المتنجس. و هجره: ترک استعماله مطلقا. و الجواب: ان الظاهر من الرجز هو عین النجس، لا الاعم من المتنجس.

(و اضعف من الکل: الاستدلال) لاصالهٔ عدم جواز الاستعمال (بآیهٔ تحریم الخبائث) ای قوله تعالی: «وَ یُحَرِّمُ عَلَیْهِمُ الْخَبٰائِثَ» (بناء

علی ان کـل متنجس خبیث. و) علی ان (التحریم المطلق) فی قوله تعـالی: «یحرم» (یفیـد عموم الانتفـاع). فالآیـة فی معنی «یمنعهم من کل انواع استعمال المتنجس».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۲

اذ لا یخفی ان المراد هنا: حرمـة الاکل، بقرینة مقابلته بحلیة الطیبات و اما الاخبار «فمنها»- ما تقدم فی روایة تحف العقول، حیث علّل النهی عن بیع «وجوه النجس» بان «ذلک کله محرم اکله و شربه و امساکه و جمیع التقلب فیه» فجمیع التقلب فی ذلک حرام.

«و فیه»-

(اذ لا یخفی) ان الظاهر من الآیة: یحرم علیهم استعمال کل خبیث حسب ما یلائمه من الاستعمال، مثلا الخبیث من النکاح بالنسبة الی النساء یحرم، و الخبیث بالنسبـة الی اللبس یحرم، و هکذا. و لم یدل دلیل علی ان استعمال المتنجس فی غیر الاکل و الشرب من جملة الخبائث. و هـذا الجواب اولی مما ذکره المصـنف- رحمه اللّه- بقوله: (ان المراد هنا: حرمة الاکل، بقرینة مقابلته بحلیة الطیبات) اذ ان حلیة الطیبات أیضا انما هو بالنسبـة الی کل شـیء لا الاکل فقط، و هذا من قبیل قوله سـبحانه «الْخَبِیثاتُ لِلْخَبِیثِینَ. وَ الطَّیِّباتُ لِلطَّیِّبِینَ» و کیف کان فالآیة لا تدل علی حرمة استعمال کل متنجس،

(و اما الاخبار) التی اسـتدل بها لاصالـة حرمـة کل اسـتعمال الا ما خرج بالدلیل («فمنها»- ما تقدم فی روایة تحف العقول، حیث علل النهی عـن بیـع «وجـوه النجس» بـان «ذلـک کله محرم اکله و شـربه و امسـاکه و جمیع التقلب فیه» فجمیـع التقلب فی ذلـک حرام) و الاستدلال تارة بلفظة «وجوه النجس» و اخری بالتعلیل.

(«و فیه»-) علی تقدیر الاستدلال ب «وجوه النجس»-:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۳

ما تقدم من ان المراد بوجوه النجس: عنواناته المعهودة. لان الوجه هو العنوان و الدهن لیس عنوانا للنجاسة.

و الملاقی للنجس، و ان کـان عنوانـا للنجاسـة، لکنه لیس وجهـا من وجوه النجاسـة فی مقابلـة غیره، و لـذا لم یعـدوه عنوانا فی مقابل العناوین النجسة.

مع ما عرفت من لزوم تخصیص الاکثر، لو ارید به

(ما تقـدم من ان المراد بوجوه النجس عنواناته المعهودة) کالبول و المنی مما هو نجس بعنوان کونه بولا او منیا. و الـدهن لیس بنجس بعنوان کونه دهنـا (لان الوجه هو العنوان) الـذی یتوجه به الانسان بواسـطته الی المعنون و الموجه (و الـدهن لیس عنوانا للنجاسـة) فلم یقل الشارع: «الدهن نجس» کما قال: «البول نجس».

(و) ان قلت: الشـارع قـال «الملاـقی للنجس نجس» کمـا یسـتفاد من الاخبـار، فالـدهن حیث یصـدق علیه «الملاقی للنجس» یکون من العنوانات النجسة.

قلت: (الملاقی للنجس، و ان کان عنوانا للنجاسـة، لکنه لیس وجها من وجوه النجاسة، فی مقابلة غیره) من سائر النجاسات. بل الملاقی للنجس احـد مصـادیق المتأثر بسائر النجاسات. (و لـذا) الـذی ذکرناه من ان الملاقی للنجس فرع، لا انه اصل برأسه کسائر النجاسات، کان الفقهاء (لم یعدوه) ای الملاقی للنجس (عنوانا) مستقلا (فی مقابل العناوین النجسة).

و علی تقدیر الاستدلال بالعلة یرد علیه ما اشار إلیه بقوله:

(مع ما عرفت من لزوم تخصیص الاکثر، لو ارید به) ای بالتعلیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۴

المنع عن استعمال کل متنجس.

«و منها»- ما دل علی الأمر بإهراق المائعات الملاقیة للنجاسة و إلقاء ما حول الجامد من الدهن و شبهه و طرحه. و قد تقدم بعضها فی مسألة الدهن و بعضها الآخر متفرقة، مثل قوله: «یهریق المرق» و نحو ذلک.

(المنع عن استعمال کل متنجس) فان اللباس، و الفراش، و المسکن، و المرکب یجوز استعمالها قطعا فیما لا یشترط بالطهارة. ثم ان من المحتمل ان یکون قوله: «لو ارید به» ای «بوجوه النجس» فیکون اشکالان علی «إرادة الاعم من المتنجس» من لفظة: «وجوه النجس».

(«منها»-) ای من الاخبار التی استدل بها علی اصالة الاجتناب عن کل متنجس الا ما خرج (ما دل علی الأمر باهراق المائعات الملاقیة للنجاسة) کما فی باب الوضوء، من الامر باهراق المشتبه بالبنجس بین الإناءین، و کما فی باب الاطعمة و الاشربة من الامر باهراق المرق النجس و لو جاز الانتفاع بهذه الامور و لو فی اطعام الصبی او الحیوان لم یکن وجه للامر باهراقها. و یتم الحکم فی سائر المتنجسات بعدم القول بالفصل (و) کذا ما دل علی (القاء ما حول الجامد من الدهن و شبهه و طرحه) و لو جاز الاستعمال فی الطلی و الصابون و ما اشبه، لم یکن وجه لالقائه.

(و قد تقدم بعضها) ای بعض هذه الاخبار (فی مسألة الدهن) المتنجس (و بعضها الآخر متفرقة، مثل قوله: «یهریق المرق») فی باب الاطعمة (و نحو ذلک) کیهریقهما و یتیمم، فی باب الإناءین المشتبهین فی مسألة الوضوء.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱، ص: ۱۷۵

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۵

«و فیه» ان طرحها کنایة عن عدم الانتفاع بها فی الاکل. فان ما امر بطرحه من جامد الدهن و الزیت یجوز الاستصباح به اجماعا. فالمراد اطراحه من ظرف الدهن و ترک الباقی للأکل.

و اما الاجماعات ففی دلالتها علی المدعی نظر، یظهر من ملاحظتها.

فان الظاهر من کلام السید المتقدم ان مورد الاجماع هو نجاسة ما باشره اهل الکتاب، و اما حرمة الاکل

(«و فیه» ان طرحها) ای المائعات و الجامدات المتنجسة (کنایة) عرفا (عن عدم الانتفاع بها فی الأکل) و ما اشبه مما یشترط بالطهارة (فان ما امر بطرحه من جامد الدهن و الزیت یجوز الاستصباح به اجماعا) قوله «فان» دلیل علی ان «الطرح» فی الروایة «کنایة» و لیس المراد:

الطرح حقیقة، لانه لو وجب الطرح، کیف جاز الاستصباح؟ (فالمراد اطراحه من ظرف الدهن و ترک الباقی للاکل) لا اطراحه اطلاقا.

و قد تقدم شبه ذلک فی مسألة المذکی المشتبه بالمیتة، و ان الطرح فی مقابل الاکل، لا فی مقابل البیع ممن یستحل، و الذی یؤید ذلک: جواز الانتفاع بالأجزاء التی لم تحلها الحیاة من المیتة.

(و اما) استدلال القائل باصالة عدم جواز استعمال المتنجس الا ما خرج بالدلیل، ب (الاجماعات) التی تقدمت حکایتها (ففی دلالتها علی المدعی) لهذا القائل (نظر، یظهر) وجه النظر (من ملاحظتها) بدقة و امعان، (فان الظاهر من کلام السید) المرتضی (المتقدم) صفة «کلام» (ان مورد الاجماع، هو نجاسة ما باشره اهل الکتاب، و اما حرمة الاکل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۶

و الانتفاع، فهى من فروعها المتفرعة على النجاسة، لا ان معقد الاجماع حرمة الانتفاع بالنجس. فان خلاف باقى الفقهاء فى اصل النجاسة فى اهل الكتاب لا فى اصل النجس.

و اما اجماع الخلاف فالظاهر ان معقده ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين، اذ فرق بين دعوى الاجماع على محل النزاع بعد تحريره و بين دعواه ابتداء على الاحكام المذكورات فى عنوان المسألة، فان الثانى

و الانتفاع) فليس مصب الاجماع (فهى) اى الحرمة (من فروعها) اى فروع النجاسة (المتفرعة على النجاسة، لا ان معقد الاجماع حرمة الانتفاع بالنجس) مطلقا، و الذى يدل على ان الاجماع للنجاسة، لا لحرمة الانتفاع ما اشار إليه المصنف- رحمه اللّه- بقوله: (فان خلاف باقى الفقهاء) من العامة (فى اصل النجاسة فى اهل الكتاب) فان المشهور بين علماء العامة طهارة اهل الكتاب (لا) باقى الفقهاء يختلفون معنا (فى اصل النجس) حتى يكون دعوى السيد للاجماع فى قبالهم.

(و اما اجماع الخلاف) للشيخ الطوسى (فالظاهر ان معقده) و مصبه (ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين) اى جواز الاستصباح، لان دعواه الاجماع منصب على «عدم جواز جميع الاستعمالات» (اذ فرق بين دعوى الاجماع على محل النزاع بعد تحريره) فان مثل هذا الاجماع ينصب على محل النزاع فقط (و بين دعواه ابتداء على الاحكام المذكورات فى عنوان المسألة) كأن يقول: البيع، و الاستعمال، و الاكل لا يجوز بالنسبة الى النجس، اجماعا- مثلا- (فان الثانى) اى الاجماع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۷

يشمل الاحكام كلها، و الاول لا يشمل الا الحكم الواقع مورد الخلاف، لانه الظاهر من قوله: «دليلنا اجماع الفرقة». فافهم و اغتنم.

و اما اجماع السيد فى الغنية فهو فى اصل مسألة «تحريم بيع النجاسات و «استثناء الكلب المعلم» و «الزيت المتنجس». لا فيما ذكره من ان حرمة بيع المتنجس من حيث دخوله فيما يحرم الانتفاع. نعم هو قائل بذلك.

و بالجملة، فلا ينكر ظهور كلام السيد فى حرمة

الذى ادعى ابتداء (يشمل الاحكام) المذكورة فى العنوان (كلها، و الاول) اى دعوى الاجماع على محل النزاع بعد تحريره (لا يشمل الا الحكم الواقع مورد الخلاف لانه) اى الحكم الواقع مورد الخلاف فقط- لا كل حكم ذكر فى المسألة- هو (الظاهر من قوله: «دليلنا اجماع الفرقة» فافهم) هذه النكتة (و اغتنم) لكن اورد المجاهد الشيرازى «۱» على قوله «فالظاهر ان معقده» ما لا يخلو من وجه فراجع.

(و اما اجماع السيد) ابن زهرة (فى الغنية فهو فى اصل مسألة «تحريم بيع النجاسات» و) فى مسألة («استثناء الكلب المعلم» و «الزيت المتنجس». لا) ان الاجماع (فيما ذكره من ان حرمة بيع المتنجس) انما هو (من حيث دخوله) اى المتنجس (فيما يحرم الانتفاع. نعم هو) السيد (قائل بذلك) اى بان المتنجس داخل فيما يحرم الانتفاع به، لكن لم يدع على هذه الفتوى الاجماع.

(و بالجملة، فلا ينكر ظهور كلام السيد) ابن زهرة (فى حرمة

---

(۱) هو المرحوم الشيخ ميرزا محمد تقى رحمه اللّه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۷۸

الانتفاع بالنجس الذاتى و العرضى، لكن دعواه الاجماع على ذلك بعيدة عن مدلول كلامه جدا، و كذلك لا ينكر كون السيد و الشيخ قائلين بحرمة الانتفاع بالمتنجس، كما هو ظاهر المفيد، و صريح الحلى. لكن دعواهما الاجماع على ذلك ممنوعة عند المتأمل المنصف.

«ثم» علی تقدیر تسلیم دعواهم الاجماعات فلا ریب فی وهنها بما یظهر من اکثر المتأخرین، من قصر حرمة الانتفاع علی امور خاصة.

الانتفاع بالنجس الذاتی) ای اعیان النجاسات (و العرضی) ای المتنجسات (لکن دعواه الاجماع علی ذلک) ای علی تحریم الانتفاع بالمتنجسات (بعیدة عن مدلول کلامه جدا) و لو شک فی ان مصب اجماعه کل ما ذکره سابقا، او خصوص حرمة الانتفاع بالذاتی، کان غیر المتیقن محل منع، فلا یتحقق الاجماع الذی هو حجة- علی تقدیر حجیة اجماعه- فی الانتفاع بالمتنجسات. (و کذلک لا ینکر کون السید) المرتضی (و الشیخ) الطوسی (قائلین بحرمة الانتفاع بالمتنجس، کما هو ظاهر المفید، و صریح الحلی) فی السرائر. (لکن دعواهما): السید و الشیخ (الاجماع) الذی فی کلامهما (علی ذلک) ای تحریم الانتفاع (ممنوعة عند المتأمل المنصف) فلا اجماع فی المسألة.

(«ثم» علی تقدیر تسلیم دعواهم) ای السیدین و الشیخ (الاجماعات) علی حرمة کل انتفاع بالمتنجس عدا ما استثنی (فلا ریب فی وهنها بما یظهر من اکثر المتأخرین، من قصر حرمة الانتفاع علی امور خاصة). و لیس مثل هذا الاجماع کاشفا عن قول المعصوم، و لا موجبا للحدس القطعی،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۷۹

قال فی المعتبر- فی احکام الماء القلیل المتنجس-: «و کل ماء حکم بنجاسته لم یجز استعماله- الی ان قال-: «و نرید بالمنع عن استعماله:

الاستعمال فی الطهارة، و ازالة الخبث، و الاکل و الشرب، دون غیره، مثل بل الطین، و سقی الدابة» انتهی.

اقول: ان بل الصبغ، و الحناء بذلک الماء داخل فی الغیر، فلا یحرم الانتفاع بهما.

و اما العلامة فقد قصر حرمة استعمال الماء المتنجس فی التحریر و القواعد و الارشاد، علی الطهارة و الاکل و الشرب،

فلا حجیة فیه.

(قال) المحقق (فی المعتبر- فی احکام الماء القلیل المتنجس-: «و کل ماء حکم بنجاسته لم یجز استعماله- الی ان قال-: «و نرید بالمنع عن استعماله: الاستعمال فی الطهارة)، کالوضوء و الغسل (و) فی (ازالة الخبث، و) فی (الاکل و الشرب، دون) استعماله فی (غیره) ای غیر ما ذکر (مثل بل الطین و سقی الدابة انتهی).

(اقول): لیس مراد المحقق اختصاص الجواز ببل الطین و سقی الدابة، بل (ان بل الصبغ، و الحناء بذلک الماء) و تبرید الجسد و بل الجص، و سائر انحاء الاستعمالات (داخل فی الغیر). ای فی لفظة «الغیر» التی ذکرها المحقق فی کلامه. (فلا یحرم الانتفاع بهما) و بسائر الاستعمالات.

(و اما العلامة فقد قصر حرمة استعمال الماء المتنجس فی التحریر و القواعد و الارشاد علی الطهارة و الاکل و الشرب) و معناه الجواز فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۰

و جوز فی المنتهی الانتفاع بالعجین النجس فی علف الدواب، محتجا بان المحرم علی المکلف تناوله، و بانه انتفاع فیکون سائغا، للاصل.

و لا یخفی- ان کلا دلیلیه صریح فی حصر التحریم فی اکل العجین المتنجس و قال الشهید- فی قواعده-: النجاسة ما حرم استعماله فی الصلاة و الأغذیة. ثم ذکر ما یؤید المطلوب.

و قال فی الذکری- فی احکام النجاسة-: «تجب ازالة النجاسة عن الثوب و البدن. ثم ذکر المساجد و غیرها-

غير هـذه الثلاثـة (و جوز) العلامـة (فى المنتهى الانتفاع بالعجين النجس فى علف الـدواب، محتجا) لذلک (بان المحرم على المكلف تنـاوله) اى تنـاول العجين النجس (و بانه) اى تعليف الدابـة بالعجين النجس (انتفاع فيكون سائغا) جائزا، (للاصل) لان كل شـىء لک حلال.

(و لا يخفى. ان كلا دليليه) و هو قوله «بان المحرم الخ» و قوله «للأصل» (صريح فى حصر التحريم فى اكل العجين المتنجس) اما سائر استعمالاته فجائز حلال.

(و قـال الشـهيد) الـاول (- فى قواعـده-: النجاسـة ما حرم اسـتعماله فى الصـلاة و) فى (الأغذيـة. ثم ذكر ما يؤيـد المطلوب) من جواز استعمال المتنجس فى سائر الامور.

(و قال فى الذكرى- فى احكام النجاسة-: تجب ازالة النجاسة عن الثوب و البدن. ثم ذكر) ازالة النجاسة عن (المساجد و غيرها-

الى ان قال-: و عن كل مستعمل فى اكل او شرب أو ضوء تحت ظل.

للنهى عن النجس، و للنص. انتهى.

و مراده- بالنهى عن النجس-: النهى عن اكله. و مراده- بالنص-: ما ورد من المنع عن الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السقف.

فانظر الى صراحة كلامه فى ان المحرم من الدهن المتنجس بعد الاكل و الشرب خصوص الاستضاءة تحت الظل للنص.

و هو المطابق لما حكاه المحقق الثانى فى حاشـية الارشاد عنه- قـدس سـره- فى بعض فوائـده من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس، فى جميع ما يتصور من فوائده.

الى ان قال-: و عن كل مستعمل فى اكل او شرب او ضوء تحت ظل) فى مقابل الاستصباح تحت السماء الذى يجوز بالدهن المتنجس (للنهى عن النجس و للنص انتهى) كلام الشهيد فى الذكرى.

(و مراده- بالنهى عن النجس-: النهى عن اكله. و مراده- بالنص-:

ما ورد من المنع عن الاستصـباح بالدهن المتنجس تحت السـقف). كما تقدم ذلک. (فانظر الى صراحة كلامه) اى كلام الذكرى (فى ان المحرم من الـدهن المتنجس بعـد الاكل و الشـرب خصوص الاسـتضاءة تحت الظل) و السـقف (للنص) لا ان الاصل هو المنع، بل الاصل الجواز الا ما خرج بالنص.

(و هو) اى هذا التصـريح هو (المطابق لما حكاه المحقق الثانى فى حاشـية الارشاد عنه- قدس سره- فى بعض فوائده) اى فوائد الشهيد الاول (من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس، فى جميع ما يتصور من فوائده) كالتطلية، و صنع الصابون

و قال المحقق و الشـهيد الثانيان فى المسالک، و حاشـية الارشاد- عنـد قول المحقق و العلامـة قدس سـرهما: «تجب ازالة النجاسة عن الاوانى»-:

ان هذا اذا استعملت فيما يتوقف استعماله على الطهارة، كالاكل و الشرب.

و سـيأتى عن المحقق الثانى فى حاشـية الارشاد فى مسألـة الانتفاع بالاصـباغ المتنجسـة ما يـدل على عدم توقف جواز الانتفاع بها على الطهارة.

و فى المسالک- فى ذيل كلام المحقق قدس سره «و كل مائع نجس عدا الادهان»- قال: لا فرق فى عدم جواز بيعها،

و التمريخ، و ما اشبه.

(و قال المحقق و الشهيد الثانيان) المراد بالمحقق «الكركى» قدس سره (فى المسالك، و حاشية الارشاد،- عند قول المحقق) الاول (و العلامة قدس سرهما: «تجب ازالة النجاسة عن الاوانى»-: ان هذا اذا استعملت) الاوانى (فيما يتوقف استعماله على الطهارة، كالاكل و الشرب) و مفهومه جواز استعمال الأوانى النجسة فيما لا يتوقف على الاكل و الشرب، كالتعجين للدابة، و التبليل للطين، و ما اشبه ذلك.

(و سيأتى عن المحقق الثانى فى حاشية الارشاد فى مسألة الانتفاع بالاصباغ المتنجسة ما يدل على عدم توقف جواز الانتفاع بها على الطهارة) فيجوز استعمالها فى جميع الامور عدا ما استثنى مما يتوقف على الطهارة.

(و فى المسالك- فى ذيل كلام المحقق قدس سره «و كل مائع نجس عدا الادهان»- قال) صاحب المسالك: (لا فرق فى عدم جواز بيعها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۸۳

على القول بعدم قبولها للطهارة، بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه، و لا بين الاعلام بحالها و عدمه، على ما نص عليه الاصحاب.

و اما الادهان المتنجسة بنجاسة عارضية كالزيت تقع فيه الفارة، فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها. و انما خرج هذا الفرد بالنص و الا فكان ينبغى مساواتها لغيرها من المائعات المتنجسة التى يمكن الانتفاع بها فى بعض الوجوه.

على القول بعدم قبولها للطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه) اى عدم صلوحها للانتفاع، و المراد ببعض الوجوه: مثل بل الطين، و التعجين لعلف الدابة و ما اشبه. (و لا بين الاعلام بحالها) لمن يشتريها (و عدمه) اى عدم الاعلام (على ما نص عليه الاصحاب) من عدم الجواز مطلقا.

و قوله: «على القول بعدم قبولها للطهارة» اشارة الى ما اختاره العلامة فى بعض كتبه من امكان تطهير الدهن المتنجس بإلقائه فى كر حار فانه بفوران الماء تتقلب اجزاء الدهن فيه فيطهر، لكن المشهور عدم امكان طهارته، لعدم العلم بوصول الماء الى الأجزاء النجسة.

(و اما الادهان المتنجسة بنجاسة عارضية، كالزيت تقع فيه الفارة، فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها) اى بتلك الادهان (و انما خرج هذا الفرد) من «عدم جواز بيع ما لا يقبل الطهارة» (بالنص) الذى تقدم (و الا فكان ينبغى مساواتها) اى الادهان المتنجسة (لغيرها من المائعات المتنجسة التى يمكن الانتفاع بها فى بعض الوجوه) و مع ذلك لا يجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۱۸۴

و قد ألحق بعض الاصحاب ببيعها للاستصباح بيعها ليعمل صابونا، او يطلى بها الاجرب و نحو ذلك.

و يشكل بانه خروج عن مورد النص المخالف للاصل، فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغى مثله فى المائعات النجسة التى ينتفع بها، كالدبس يطعم النحل و نحوه. انتهى.

و لا يخفى ظهوره فى جواز الانتفاع

بيعها. إلى هنا كان كلام الشهيد تفسيرا لكلام المحقق، و فيه شاهد لما يريده المصنف من جواز الانتفاع بالمتنجس مطلقا.

(و قد ألحق بعض الاصحاب ب) جواز (بيعها) اى الادهان المتنجسة (للاستصباح بيعها ليعمل صابونا او يطلى بها الاجرب و نحو ذلك) من سائر المنافع المحللة.

(و يشكل) هذا الالحاق (بانه خروج عن مورد النص المخالف للاصل) فانه على تقدير كون الأصل فى المتنجسات عدم جواز البيع

یکون البیع للاستصباح خروجا عن الاصل، للنص، فاذا لم یکن نص فی التطلیة و التصبین و ما اشبه، کانت القاعدة عدم الجواز. (فان) قیل بانه (جاز) البیع لسائر الانتفاعات (لتحقق المنفعة) المحللة المقصودة (فینبغی مثله فی المائعات النجسة التی ینتفع بها) فی غیر الاکل و الشرب و ما اشبه- مما لا یجوز- (کالدبس یطعم النحل) به (و نحوه. انتهی).

(و لا یخفی ظهوره) ای ظهور کلام الشهید (فی جواز الانتفاع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۸۵

بالمتنجس، و کون المنع من بیعه- لاجل النص- یقتصر علی مورده.

و کیف کان- فالمتتبع فی کلام المتأخرین یقطع بما استظهرناه من کلماتهم.

و الذی اظن- و ان کان الظن لا یغنی لغیری شیئا- ان کلمات القدماء ترجع الی ما ذکره المتأخرون، و ان المراد بالانتفاع فی کلمات القدماء الانتفاعات الراجعة الی الاکل و الشرب و اطعام الغیر و بیعه علی نحو بیع ما یحل اکله.

«ثم» لو فرضنا مخالفة القدماء کفی موافقة المتأخرین فی دفع الوهن عن

بالمتنجس، و کون المنع من بیعه- لاجل النص- یقتصر علی مورده).

(و کیف کان) الامر سواء کان کلام الشهید- هنا- ظاهرا فیما ذکرناه أم لا (فالمتتبع فی کلام المتأخرین یقطع بما استظهرناه من کلماتهم) من انهم یرون ان الاصل جواز الانتفاع الا ما خرج، خلافا للقدماء الذین کانوا یرون الاصل عدم جواز الانتفاع الا ما خرج.

(و الذی اظن- و ان کان الظن لا یغنی لغیری شیئا-) و انما یغنینی لان ظنی سبب استظهاری و هو حجة علی لا علی غیری (ان کلمات القدماء) أیضا (ترجع الی ما ذکره المتأخرون، و ان المراد بالانتفاع) المحرم (فی کلمات القدماء) لیس مطلق الانتفاعات، حتی یقال بان الاصل عندهم عدم جواز الانتفاع الا ما خرج، و انما (الانتفاعات الراجعة الی الاکل و الشرب و اطعام الغیر و بیعه علی نحو بیع ما یحل اکله) من دون تنبیه و لا اعلام.

(«ثم» لو فرضنا محالفة القدماء) لما ذکرناه من اصالة الجواز المستفادة من القواعد الشرعیة (کفی موافقة المتأخرین فی دفع الوهن عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۸۶

الاصل و القاعدة السالمین عما یرد علیهما.

«ثم» علی تقدیر جواز غیر الاستصباح من الانتفاعات فالظاهر جواز بیعه لهذه الانتفاعات، وفاقا للشهید و المحقق الثانی «قدس سرهما» قال الثانی- فی حاشیة الارشاد فی ذیل قول العلامة «الا الدهن للاستصباح»-:

ان فی بعض الحواشی المنسوبة الی شیخنا الشهید «ان الفائدة لا تنحصر فی ذلک، اذ مع فرض فائدة اخری للدهن لا تتوقف علی طهارته یمکن بیعه لها

الاصل) المقتضی للبراءة عن الحرمة (و القاعدة) المقتضیة لحل ما فی الارض امساکا و انتفاعا و تقلبا الا ما خرج (السالمین عما یرد علیهما) مما استدل به المانع، من الآیات و الاخبار و الاجماعات، التی تقدمت و تقدم الایراد علی دلالتها. هذا تمام الکلام فی جواز الانتفاع بالمتنجسات.

(«ثم» علی تقدیر جواز غیر الاستصباح من الانتفاعات) کما اخترناه (فالظاهر جواز بیعه) ای المتنجس (لهذه الانتفاعات) ای ان یکون البیع لاجل هذه المنافع، لا-البیع مطلقا، و لا البیع لاجل المنافع المحرمة (وفاقا للشهید) الاول (و المحقق الثانی «قدس سرهما» قال الثانی) ای المحقق الکرکی (- فی حاشیة الارشاد فی ذیل قول العلامة «الا الدهن للاستصباح»-: ان فی بعض الحواشی المنسوبة الی شیخنا الشهید) الاول («ان الفائدة) فی الدهن المتنجس (لا تنحصر فی ذلک،) الاستصباح (اذ مع فرض فائدة اخری للدهن) المتنجس

بحیث (لا تتوقف) تلک الفائدة (علی طهارته) ای طهارة الدهن (یمکن) ای یجوز (بیعه لها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۷

کاتخاذ الصابون منه. قال و هو مروی و مثله طلی الدواب» اقول: لا بأس بالمصیر الی ما ذکره شیخنا، و قد ذکر ان به روایة. انتهی.

اقول: و الروایة اشارة الی ما عن الراوندی فی کتاب النوادر باسناده عن ابی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام، و فیه «سئل علیه السلام عن الشحم یقع فیه شیء له دم فیموت؟ قال علیه السلام: تبیعه لن یعمله صابونا» الخبر.

ای لتلک الفائدة (کاتخاذ الصابون منه) ای من الدهن المتنجس (قال) الشهید «رحمه اللّه» (و هو مروی) ای جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس (و مثله) ای مثل اتخاذ الصابون (طلی الدواب») ثم قال الکرکی (اقول: لا بأس بالمصیر الی ما ذکره شیخنا) الشهید علی القاعدة (و قد ذکر ان به روایة) و هی تؤید القاعدة (انتهی) کلام الکرکی.

(اقول: و الروایة اشارة الی ما عن الراوندی فی کتاب النوادر باسناده عن ابی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام، و فیه) ای فی هذا الحدیث («سئل علیه السلام عن الشحم یقع فیه شیء له دم فیموت) یعنی ما حکمه؟ (قال علیه السلام: تبیعه لمن یعلمه صابونا») الی آخر (الخبر) و هذا صریح فی جواز البیع لغیر الاستصباح. و مثله ما عن الجعفریات باسناده الی علی علیه السلام «انه سئل عن الزیت یقع فیه شیء له دم فیموت، قال علیه السلام: الزیت خاصة یبیعه لمن یعمله صابونا» و فی خبر الدعائم عن علی علیه السلام- فی خبر- فی الزیت یعمله صابونا ان شاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۸

[بیع غیر الدهن من المتنجسات]

ثم لو قلنا بجواز البیع فی الدهن لغیر المنصوص من الانتفاعات المباحة فهل یجوز بیع غیره من المتنجسات المنتفع بها فی المنافع المقصودة المحللة کالصبغ و الطین و نحوهما، أم یقتصر علی المتنجس المنصوص- و هو الدهن- غایة الامر التعدی من حیث غایة البیع الی غیر الاستصباح؟ اشکال:

من ظهور استثناء الدهن- فی کلام المشهور- فی عدم جواز بیع ما عداه

(«ثم» لو قلنا بجواز البیع فی الدهن) النجس (لغیر المنصوص) کالاسراج و التصبین و غیرهما (من الانتفاعات المباحة) کالتطلیة و التمریخ (فهل یجوز بیع غیره) ای غیر الدهن (من المتنجسات المنتفع بها فی المنافع المقصودة المحللة کالصبغ و الطین و نحوهما أم یقتصر) فی جواز البیع (علی المتنجس المنصوص و هو الدهن) المتنجس (غایة الامر) فی التعدی عن مورد النص (التعدی من حیث غایة البیع الی غیر الاستصباح) و التصبین (اشکال). هذا جواب «هل».

و الحاصل: ان النص ورد فی جواز بیع الدهن المتنجس للاستصباح و التصبین، و هناک تعدیان عن مورد النص: الاول- بیع الدهن المتنجس لسائر الامور کالتطلیة و نحوها. الثانی- بیع غیر الدهن من سائر المتنجسات لاجل منفعة محللة، کبیع الصبغ النجس لاجل التصبیغ، و بیع الطین النجس لاجل التطیین، و بیع الدبس النجس لاجل تطعیم النحل، فان قلنا بصحة التعدی الاول فهل یصح التعدی الثانی أم لا؟ احتمالان:

الاحتمال الاول- عدم جواز التعدی (من) جهة (ظهور استثناء الدهن- فی کلام المشهور- فی عدم جواز بیع ما عداه) فانهم قالوا:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۸۹

بل عرفت من المسالک: نسبة عدم الفرق بین ماله منفعة محللة، و ما لیست له- الی نص الاصحاب.

و مما تقدم فى مسألة جلد الميتة: من ان الظاهر من كلمات جماعة من القدماء و المتأخرين- كالشيخ فى الخلاف، و ابن زهرة، و العلامة، و ولده، و الفاضل المقداد، و المحقق الثانى و غيرهم- دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به و عدمه، الا ما خرج بالنص، كأليات الميتة مثلا، او مطلق نجس العين على

لا يجوز البيع الا فى الدهن، فمعناه عدم جواز بيع غير الدهن (بل عرفت من المسالك: نسبة عدم الفرق بين ماله منفعة محللة، و ما ليست له) منفعة محللة (الى نص الاصحاب) فوجود المنفعة المحللة لا تجوز البيع فى غير الدهن.

(و) الاحتمال الثانى- جواز التعدى (من) جهة (ما تقدم فى مسألة جلد الميتة: من ان الظاهر من كلمات جماعة من القدماء و المتأخرين كالشيخ فى الخلاف، و ابن زهرة، و العلامة، و ولده، و الفاضل المقداد و المحقق الثانى) الكركى (و غيرهم، دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به و عدمه) فاذا جاز الانتفاع جاز البيع، و اذا لم يجز الانتفاع لم يجز البيع. (الا ما خرج بالنص) اى انه يجوز البيع كلما جاز الانتفاع الا ما خرج بالنص، فانه و ان جاز الانتفاع لم يجز البيع فى أشياء مخصوصة، و ذلك للنص بعدم جواز البيع (كأليات الميتة مثلا، او مطلق نجس العين) كالعذرة ينتفع بها فى التسميد، و مع ذلك لا يجوز بيعها (على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٩٠

ما سيأتى من الكلام فيه.

و هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس و هى القاعدة المستفادة من قوله عليه السلام- فى رواية تحف العقول-: «ان كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فذلك كله حلال» و ما تقدم من رواية دعائم الاسلام، من «حل بيع كل ما يباح الانتفاع به».

و اما قوله تعالى: «فَاجْتَنِبُوهُ» و قوله تعالى: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ»

ما سيأتى من الكلام فيه) اى فى مطلق نجس العين.

(و هذا) الاحتمال الثانى- اى جواز بيع كل ما يجوز الانتفاع به، الا ما خرج بالنص- (هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم) اى الحكم بجواز البيع (قبل التنجس) فان الصبغ قبل ان يتنجس كان جائز البيع، فكذلك اذا تنجس، للاستصحاب، و من المعلوم ان الموضوع قبل النجاسة و بعدها واحد، فلا يمكن ان يقال: ان النجاسة اوجبت تغير الموضوع، فلا مجال للاستصحاب. (و هى) اى جواز بيع كل ما يجوز الانتفاع به الا ما خرج بالنص- و تأنيث الضمير باعتبار الخبر- (القاعدة المستفادة من قوله عليه السلام- فى رواية تحف العقول-: «ان كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فذلك كله حلال») فان الصبغ- مثلا- فيه جهة صلاح فيجوز بيعه و امساكه و سائر انحاء التقلب فيه. (و ما تقدم من رواية دعائم الاسلام، من «حل بيع كل ما يباح الانتفاع به») بل و مطلقات «تجارة عن تراض» «و احل اللّه البيع» و غيرهما.

(و اما قوله تعالى: «فَاجْتَنِبُوهُ» و قوله تعالى: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ»)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٩١

فقد عرفت انهما لا تدلان على حرمة الانتفاع بالمتنجس فضلا عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع.

و من ذلك يظهر عدم صحة الاستدلال فيما نحن فيه بالنهى فى رواية تحف العقول «عن بيع شىء من وجوه النجس» بعد ملاحظة تعليل المنع فيها بحرمة الانتفاع.

و يمكن حمل كلام من اطلق المنع من بيع النجس الا الدهن لفائدة الاستصباح، على إرادة المائعات النجسة التى لا ينتفع بها فى غير الاكل

و سائر ما دل علی هجر النجس من الروایات (فقد عرفت انهمالا تدلان علی حرمة الانتفاع بالمتنجس) انتفاعا محللا مقصودا (فضلا عن) دلالتهما علی (حرمة البیع، علی تقدیر جواز الانتفاع) فلاـ یرد علی اصالة جواز البیع و قاعدة جواز البیع شیء من الآیات المذکورة، لتکون رافعة للاصل، و مخصصة للقاعدة.

(و من ذلک) الذی ذکرنا من عدم دلالة الآیة (یظهر عدم صحة الاستدلال فیما نحن فیه) لعدم جواز بیع المتنجس (بالنهی فی روایة تحف العقول، عن بیع شیء من وجوه النجس، بعد ملاحظة تعلیل المنع فیها) ای فی الروایة المذکورة (بحرمة الانتفاع) اذ نفس الروایة تدل علی انه اذا لم یحرم الانتفاع جاز البیع، فهی لنا لا علینا.

(و یمکن حمل کلام من اطلق المنع عن بیع النجس الا الدهن لفائدة الاستصباح، علی إرادة المائعات النجسة التی لا ینتفع بها فی غیر الاکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۲

و الشرب، منفعة محللة مقصودة من امثالها.

و یؤیده تعلیل استثناء الدهن بفائدة الاستصباح نظیر استثناء بول الابل للاستشفاء

و الشرب منفعة محللة مقصودة من امثالها) «من» متعلق ب «مقصودة» ای ان المنفعة المقصودة من امثال هذه المائعات النجسة، لا ینتفع بتلک المنفعة من هذه المائعات.

و الحاصل: ان مرادهم عدم جواز البیع فی المائعات النجسة لانها لاـ فائدة فیها، بخلاف الدهن فانه یجوز بیعه لان فیه فائدة و هی الاستصباح فاللام فی قولهم «للاستصباح» للعلیة. فلیس هناک من یمنع عن بیع ما فیه الفائدة من المتنجسات، و حینئذ یصح ما ذکرناه من اصل جواز بیع کل ما فیه فائدة الا ما خرج بالدلیل.

(و یؤیده) ای ما ذکرنا من ان مرادهم بالمستثنی منه ما لا فائدة فیه (تعلیل) هؤلاء الفقهاء (استثناء الدهن) المتنجس (ب) قولهم: ل (فائدة الاستصباح) فالاستثناء منقطع، فکأنهم قالوا: لا یصح بیع النجس الذی لا فائدة فیه. اما بیع الدهن النجس فانه جائز لوجود الفائدة فیه- و هو الاستصباح-، و انما قال: «یؤیده» لاحتمال ان یکون «اللام» فی قولهم «للاستصباح» للغایة، لا للعلیة، بمعنی انه «یجوز بیع ینتهی الی الاستصباح» لا ان المعنی «یجوز البیع لان فیه فائدة محللة هی الاستصباح» فیکون استثناء الدهن- علی العلیة- (نظیر استثناء) الفقهاء (بول الابل) و تعلیلهم الاستثناء بقولهم (للاستشفاء) فان «اللام» هنا للعلیة، لا للغایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۳

و ان احتمل ان یکون ذکر الاستصباح لبیان ما یشترط ان یکون غایة للبیع:

قال فی جامع المقاصد- فی شرح قول العلامة: «الا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة» قال: و لیس المراد ب «خاصة» بیان حصر الفائدة فی الاستصباح کما هو الظاهر. و قد ذکر شیخنا الشهید فی حواشیه: ان فی روایة جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس. و صرح مع ذلک

فالمعنی انما جاز بیع بول الابل لان فیه منفعة هی الاستشفاء (و ان احتمل ان یکون ذکر الاستصباح) فی قولهم «للاستصباح» (لبیان ما یشترط ان یکون غایة للبیع) فاللام للغایة، لا للعلیة.

«ثم» ان المصنف «رحمه اللّه» ذکر کلام جامع المقاصد شاهدا علی ان مرادهم ب «للاستصباح» العلة. لا الغایة، حتی یستدل بانهم انما یمنعون بیع ما لا فائدة فیه من المتنجسات، لا انهم یمنعون بیع کل متنجس مطلقا، الا ما خرج بالدلیل.

(قال فی جامع المقاصد- فی شرح قول العلامة «الا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة» قال) المحقق الکرکی: (و لیس المراد ب «خاصة») فی کلام العلامة (بیان حصر الفائدة) للدهن (فی الاستصباح، کما هو الظاهر) ای یظهر من کلامه انه یرید عدم جواز استفادة اخری من الدهن النجس غیر الاستصباح (و) کیف یرید العلامة الحصر و الحال انه (قد ذکر شیخنا الشهید) الاول (فی حواشیه: ان فی روایة جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس) و هذا یدل علی ان «خاصة» فی کلام العلامة لا یراد به الاستصباح فقط (و صرح) الشهید (مع ذلک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۴

بجواز الانتفاع به فیما یتصور من فوائده کطلی الدواب.

ان قیل: ان العبارة تقتضی حصر الفائدة، لان الاستثناء فی سیاق النفی یفید الحصر، فان المعنی فی العبارة: الا الدهن النجس لهذه الفائدة.

قلنا: لیس المراد ذلک، لان الفائدة بیان لوجه الاستثناء ای الا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح، و هذا لا یستلزم الحصر.

ای مع تجویزه اتخاذ الصابون علاوة علی الاستصباح (بجواز الانتفاع به) ای بالدهن المتنجس (فیما یتصور من فوائده) المحللة (کطلی الدواب)

ف (ان قیل: ان العبارة) ای عبارة العلامة (تقتضی حصر الفائدة) للدهن المتنجس فی الاستصباح (لان الاستثناء فی سیاق النفی یفید الحصر) لان العلامة قال «و لا یجوز ... الا الدهن للاستصباح» و ظاهره: عدم استعمال الدهن فی سائر الامور (فان المعنی فی العبارة) للعلامة (الا الدهن النجس لهذه الفائدة) الخاصة ای الاستصباح.

(قلنا: لیس المراد) من لفظة «خاصة» (ذلک) الذی ذکرتم من انه اراد بالخاصة عدم جواز سائر استعمالات الدهن (لان الفائدة) ای قوله: «لفائدة الاستصباح» (بیان لوجه الاستثناء) فالمعنی: أنه إنما نستثنی الدهن من عموم عدم الجواز، لوجود فائدة فیه، فاللام للعلة، لا للغایة (ای) لا یجوز (الا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح) و لیس المعنی «الا الدهن المنتهی الی الاستصباح» حتی لا یصح انتهاء الدهن الی «الصابون» او «الطلی» (و هذا) المعنی الذی ذکرناه من ان «الفائدة» فی کلام العلامة بیان لوجه الاستثناء (لا یستلزم الحصر) بحیث لا یصح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۱۹۵

و یکفی فی صحة ما قلنا تطرق الاحتمال فی العبارة المقتضی لعدم الحصر.

انتهی.

و کیف کان فالحکم بعموم کلمات هؤلاء لکل مائع متنجس مثل الطین و الجص المائعین و الصبغ و شبه ذلک محل تامل.

و ما نسبه فی المسالک- من عدم فرقهم فی المنع عن بیع المتنجس بین ما یصلح للانتفاع به و ما لا یصلح- فلم یثبت

استعمال الدهن فی سائر المنافع المحللة، و اذا لم یکن حصرا جاز سائر الاستعمالات المحللة.

(و یکفی فی صحة ما قلنا) من ان «اللام» للعلة، لا للغایة (تطرق الاحتمال) ای احتمال العلیة (فی العبارة) للعلامة (المقتضی) هذا التطرق (لعدم الحصر) اذ مع تطرق هذا الاحتمال، لا ظهور «للام» فی الغایة حتی یکون حصرا. (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و کیف کان) سواء کان «اللام» فی کلام العلامة للعلة او للغایة (فالحکم بعموم کلمات هؤلاء) العلماء، بمعنی عموم عدم تجویزهم بیع کل نجس فیه فائدة بعدم التعدی عن الدهن الی غیر الدهن، کما تعدوا من الاستصباح بالدهن الی سائر فوائد الدهن (لکل مائع متنجس مثل الطین و الجص المائعین و الصبغ و شبه ذلک محل تأمل) بل لا یبعد تعدیهم و اجازتهم للبیع فی کل مائع متنجس اذا

كانت له فائدة محللة مقصودة.

(و ما نسبه فى المسالك) إليهم (- من عدم فرقهم فى المنع عن بيع المتنجس بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح) للانتفاع به (- فلم يثبت

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٩۶

صحته، مع ما عرفت من كثير من الاصحاب من اناطة الحكم فى كلامهم مدار الانتفاع.

و لاجل ذلك استشكل المحقق الثانى- فى حاشية الارشاد- فيما ذكره العلامة بقوله: «و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهارة» حيث قال: مقتضاه انه لو لم يكن قابلا للطهارة لم يجز بيعه و هو مشكل، اذ الاصباغ المتنجسة لا تقبل التطهير عند الاكثر، و الظاهر جواز بيعها، لان منافعها لا تتوقف على الطهارة.

صحته) اى صحة كلام المسالك و نسبته الى العلماء (مع ما عرفت من كثير من الاصحاب من اناطة الحكم فى كلامهم مدار الانتفاع) فاذا جاز الانتفاع جاز البيع و اذا لم يجز الانتفاع لم يجز البيع.

(و لاجل ذلك) الذى ذكرناه من انه مع الانتفاع يجوز العلماء البيع (استشكل المحقق الثانى- فى حاشية الارشاد- فيما ذكره العلامة بقوله) مما يظهر منه انه لا يجوز البيع مع وجود الفائدة، فان العلامة قال: (و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهارة، حيث قال) المحقق:

(مقتضاه) اى مقتضى قول العلامة «مع قبول الطهارة» (انه لو لم يكن قابلا للطهارة لم يجز بيعه) ثم قال المحقق: (و هو مشكل، إذ الاصباغ المتنجسة لا تقبل التطهير عند الاكثر، و) مع ذلك ف (الظاهر جواز بيعها لان منافعها لا تتوقف على الطهارة) فيشمل بيعها عمومات البيع، و الاستصحاب و الاصل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٩٧

اللهم الا ان يقال: انها تؤل الى حالة يقبل معها التطهير، لكن بعد جفافها. بل ذلك هو المقصود منها فاندفع الاشكال.

اقول: لو لم يعلم من مذهب العلامة دوران المنع من بيع المتنجس مدار حرمة الانتفاع لم يرد على عبارته اشكال، لان المفروض حينئذ التزامه بجواز الانتفاع بالاصباغ مع عدم جواز بيعها

(اللهم الا ان يقال): ان جواز بيعها ل (انها تول الى حالة يقبل معها التطهير، لكن بعد جفافها) لانها حينئذ يصبح اجساما جامدة قابلة لنفوذ الماء فيها كسائر الجوامد (بل ذلك) الجفاف (هو المقصود منها) فهى اجسام يتأتى منها المقصود فى حال طهارتها (فاندفع الاشكال) المذكور على العلامة، اذ كلام العلامة كان فيما لا يقبل التطهير، و الاصباغ النجسة قابلة للتطهير.

(اقول: لو لم يعلم من مذهب العلامة دوران المنع من بيع المتنجس مدار حرمة الانتفاع) بان يجوز البيع كلما يجوز الانتفاع و لا يجوز البيع كلما لا يجوز الانتفاع او لم يكن فيه نفع (لم يرد على عبارته اشكال) و هو الذى ذكره المحق الثانى (لان المفروض حينئذ) اى حين عدم العلم بمذهب العلامة- و انه هل يقول بالتلازم بين الانتفاع و البيع، أم لا (التزامه) اى العلامة «رحمه اللّه» (بجواز الانتفاع بالاصباغ) النجسة (مع عدم جواز بيعها) اما لو علمنا من مذهب العلامة انه يقول بالتلازم بين جواز الانتفاع و بين جواز البيع، اشكل عليه بما ذكره المحقق، من انه كيف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ١٩٨

الا ان يرجع الاشكال الى حكم العلامة، و انه مشكل على مختار المحقق الثانى لا الى كلامه، و ان الحكم مشكل على مذهب المتكلم

یمنع عن بیعها- للنجاسة- مع انه یجوز الانتفاع بها (الا ان یرجع الاشکال) ای اشکال المحقق علی العلامة (الی حکم العلامة) فکأن المحقق یقول:

کیف یحکم العلامة بجواز الانتفاع، ثم یحکم بعدم جواز البیع (و انه) ای حکم العلامة بعدم جواز البیع مع جواز الانتفاع (مشکل علی مختار المحقق الثانی) الذی یری التلازم بین جواز البیع و جواز الانتفاع (لا) ان اشکال المحقق یرجع (الی کلامه) ای کلام العلامة (و ان الحکم) بعدم التلازم (مشکل علی مذهب المتکلم) الذی هو العلامة «رحمه اللّه».

و الحاصل: انه قد نعلم ان العلامة «یری التلازم بین جواز الانتفاع و بین جواز البیع» ثم یقول العلامة «و لا یجوز بیع الدهن، مع انه یجوز الانتفاع به» و علی هذا یرد اشکال المحقق علی العلامة بانه تناقض بین الرأیین فاشکال المحقق حینئذ: «ان حکم العلامة بعدم جواز بیع الأصباغ النجسة مشکل بناء علی مذهب نفس العلامة».

و قد لا- نعلم ان العلاقة هل «یری التلازم بین جواز البیع و جواز الانتفاع أم لا-»، ثم نری ان العلامة یقول «بجواز الانتفاع بالاصباغ النجسة، و مع ذلک یقول بعدم جواز بیعها» و علی هذا یرد اشکال المحقق علی العلامة بانه کیف لا- یری التلازم؟ و علی هذا فالاشکال علی العلامة لیس اشکالا بانه تناقض فی رأییه، و انما الاشکال علیه بانه کیف لا یری التلازم- و عدم رؤیة العلامة التلازم مخالف لما یراه المحقق الثانی من التلازم-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۱۹۹

فافهم. «ثم» ان ما دفع به الاشکال من جعل الاصباغ قابلة للطهارة انما ینفع فی خصوص الاصباغ. و اما مثل بیع الصابون المتنجس فلا یندفع الاشکال عنه بما ذکره. و قد تقدم منه سابقا جواز بیع الدهن المتنجس لیعمل صابونا، بناء علی انه من فوائده المحللة، مع ان ما ذکره

(فافهم) فانه کیف یمکن ان یستشکل المحقق علی العلامة، مما یراه المحقق، کما هو مقتضی کلام المصنف حیث قال «الا ان یرجع الاشکال».

و حاصل «فافهم»: ان المحقق یرید الاشکال علی العلامة بمناقضة رأیی العلامة، لا انه یرید الاشکال علی العلامة و مناقضة رأی العلامة لرأی المحقق، اذ لا یرد اشکال علی رأی احد بانه مخالف لرأی شخص آخر.

(«ثم» ان ما دفع به) المحقق (الاشکال) الوارد علی کلام العلامة (من جعل) المحقق (الاصباغ) النجسة (قابلة للطهارة) بعد الجفاف (انما ینفع) هذا الدفع للاشکال (فی خصوص الاصباغ) فانه یجوز بیعها لانها قابلة للطهارة (و اما مثل بیع الصابون المتنجس فلا یندفع الاشکال عنه بما ذکره) المحقق لانه غیر قابل للطهارة. اقول: لکن جماعة من الفقهاء یرون امکان تطهیر الصابون (و) کیف یستشکل المحقق فی الصابون- حسب کلامه- و الحال انه (قد تقدم منه سابقا جواز بیع الدهن المتنجس لیعمل صابونا بناء) من المحقق (علی انه) ای صنع الصابون (من فوائده) ای فوائد الدهن المتنجس (المحللة) فکیف یجتمع کلامه فی الاصباغ مع کلامه فی الصابون و کأن الشیخ «رحمه اللّه» اراد ایراد التناقض علی المحقق کما اورد المحقق علی العلامة (مع ان ما ذکره) المحقق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۰۰

- من قبول الصبغ التطهیر بعد الجفاف- محل نظر، لان المقصود من قبوله الطهارة قبولها قبل الانتفاع، و هو مفقود فی الاصباغ، لان الانتفاع بها- و هو الصبغ- قبل الطهارة، و اما ما یبقی منها بعد الجفاف- و هو اللون- فهی نفس المنفعة، لا الانتفاع. مع أنه لا یقبل التطهیر، و انما القابل هو الثوب.

بقی الکلام فی حکم نجس العین من حیث اصالة حل الانتفاع به فی غیر ما ثبت حرمته،

(من قبول الصبغ التطهیر بعد الجفاف محل نظر، لان المقصود من قبوله الطهارة) فی کلام العلامة، الموجب ذلک القبول لجواز البیع (قبولها) ای قبوله للطهارة (قبل الانتفاع، و هو) ای القبول قبل الانتفاع (مفقود فی الاصباغ) النجسة (لان الانتفاع بها- و هو الصبغ-) انما یکون (قبل الطهارة) لان الانتفاع انما هو فی حال المیعان لا حال الجفاف (و اما ما یبقی منها) ای من الاصباغ (بعد الجفاف- و هو اللون- فهی نفس المنفعة، لا الانتفاع).

و الحاصل: ان الصبغ حال کونه یمکن ان ینتفع به لیس قابلا للطهارة و حال کونه قابلا للطهارة لیس مما ینتفع به (مع انه) ای الصبغ بعد الجفاف أیضا (لا یقبل التطهیر، و انما القابل) للتطهیر (هو الثوب) و الباب و ما اشبه، المصبوغ بالصبغ النجس.

«ثم» ان الکلام الی هنا کان فی جواز الانتفاع و جواز البیع بالنسبة الی المتنجس و (بقی الکلام فی حکم نجس العین) کالدم و ما اشبه (من حیث اصالة حل الانتفاع به) ای بنجس العین (فی غیر ما ثبت حرمته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۱

او اصالة العکس.

فاعلم: ان ظاهر الاکثر أصالة حرمة الانتفاع بنجس العین.

بل ظاهر فخر الدین فی شرح الارشاد، و الفاضل المقداد: الاجماع علی ذلک. حیث استدلا علی عدم جواز بیع الاعیان النجسة بانها محرمة الانتفاع و کل ما هو کذلک لا یجوز بیعه. قالا: اما الصغری فاجماعیة. و یظهر من الحدائق- فی مسألة الانتفاع بالدهن المتنجس فی غیر الاستصباح- نسبة ذلک الی الاصحاب.

و یدل علیه ظواهر الکتاب و السنة.

أو اصالة العکس) و ان الاصل حرمة الانتفاع بنجس العین الا ما خرج بالدلیل.

(فاعلم: ان ظاهر الاکثر أصالة حرمة الانتفاع بنجس العین).

الا ما خرج کالکلب و الکافر حیث یجوز الانتفاع بهما للنص (بل ظاهر فخر الدین فی شرح الارشاد، و الفاضل المقداد: الاجماع علی ذلک) ای علی عدم جواز الانتفاع الا ما خرج (حیث استدلا علی عدم جواز بیع الاعیان النجسة بانها محرمة الانتفاع، و کل ما هو کذلک) محرم الانتفاع (لا یجوز بیعه، قالا) ای الفخر و المقداد (اما الصغری) ای «انها محرمة الانتفاع» (فاجماعیة، و یظهر من الحدائق فی مسألة الانتفاع بالدهن المتنجس فی غیر الاستصباح) کالتصبین و التطلیة (نسبة ذلک) ای نسبة حرمة الانتفاع بنجس العین (الی الاصحاب).

(و یدل علیه) ای عدم جواز الانتفاع بنجس العین (ظواهر الکتاب و السنة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۲

مثل قوله تعالی: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیْتَةُ وَ الدَّمُ» بناء علی ما ذکره الشیخ و العلامة من إرادة جمیع الانتفاعات.

و قوله تعالی: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ» الدال علی وجوب اجتناب کل رجس و هو نجس العین.

قبل الاجماع المذکور (مثل قوله تعالی «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیْتَةُ وَ الدَّمُ) وَ لَحْمُ الْخِنْزِیرِ وَ ما أُهِلَّ لِغَیْرِ اللَّهِ بِهِ» الی آخر الآیة (بناء علی ما ذکره الشیخ و العلامة من إرادة جمیع الانتفاعات) من لفظ «حرم» لا خصوص الانتفاع المناسب، ای الاکل و الشرب.

(و قوله تعالی: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ») فان قوله فاجتنبوه هو (الدال علی وجوب

اجتناب کل رجس و هو) ای الرجس (نجس العین) و الاجتناب المطلق شامل لجمیع أنحاء الاستعمال.

«فائدة» الازلام: هی سهام القمار. و قد اختلفوا فی تفصیل ذلک و من المحتمل أنها کانت مختلفة بالذات- و حاصل ما ذکره جمع: انهم فی الجاهلیة کانوا یعمدون الی الجزور فیجزّءونه اجزاء، ثم یجتمعون علیه فیخرجون السهام التی کانت مکتوبة علیها هذه الاسماء، کل اسم علی سهم و الاسماء هی:

«قذ» و «توأم» و «رقیب» ثم «حلس» و «نافس» ثم «مسبل» و «المعلی» و «الرغد» ثم «سفیح» و «منیح» و ذی الثلاثة تهمل و لکل مما عداها نصیب حین عدت باول ثم اوّل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۳

و قوله تعالی: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ» بناء علی ان هجره لا یحصل الا بالاجتناب عنه مطلقا.

و تعلیله علیه السلام- فی روایة تحف العقول- حرمة بیع وجوه النجس بحرمة الاکل و الشرب و الإمساک و جمیع التقلبات فیه.

و یدل علیه أیضا کلما دل من الاخبار و الاجماع

فاذا خرج باسم رجل احدی الثلاثة الاخیرة: «الرغد، و السفیح، و المنیح» لم یکن له نصیب من الجزور. و کان علیه ان یدفع ثمن الجزور و اذا خرجت سائر الاسماء السبعة کان له من الجزور بعدد الاسماء. فللاسم الاول جزء، و للاسم الثانی جزءان، و هکذا للاسم السابع سبعة اجزاء، فالمجموع ثمانیة و عشرون جزء.

(و قوله تعالی «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ» و الرجز هو النجس، سواء کان نجسا ظاهریا کالدم. أم معنویا کالصنم، و هکذا «الرجس» فی الآیة المتقدمة. (بناء علی ان هجره لا یحصل الا بالاجتناب عنه مطلقا) بجمیع انحاء الاستعمال، حتی فیما لا یشترط بالطهارة کالتسمید و نحوه.

(و) مثل (تعلیله علیه السلام فی روایة تحف العقول حرمة بیع وجوه النجس بحرمة الاکل و الشرب و الامساک و جمیع التقلبات فیه) فان الظاهر من العلة حرمة جمیع انحاء الاستعمال حتی ما لا یتوقف علی الطهارة.

(و یدل علیه) ای علی تحریم جمیع انواع استعمال نجس العین (أیضا) بالإضافة الی الآیات و روایة التحف (کلما دل من الاخبار و الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۴

علی عدم جواز بیع نجس العین، بناء علی ان المنع من بیعه لا یکون الا مع حرمة الانتفاع به.

هذا و لکن التأمل یقضی بعدم جواز الاعتماد- فی مقابلة اصالة الاباحة- علی شیء مما ذکر.

أما آیات التحریم و الاجتناب و الهجر، فلظهورها فی الانتفاعات المقصودة فی کل نجس بحسبه، و هی فی مثل المیتة الاکل، و فی الخمر الشرب و فی المیسر اللعب به، و فی الانصاب و الازلام مما یلیق بحالهما.

علی عدم جواز بیع نجس العین، بناء علی ان المنع من بیعه لا یکون الا مع حرمة الانتفاع به) اذ لو لا الحرمة لم یکن وجه لمنع البیع.

(هذا) تمام وجه الاستدلال علی کون الاصل فی نجس العین حرمة الانتفاع الا ما خرج بالدلیل.

(و لکن التأمل یقضی بعدم جواز الاعتماد- فی مقابلة اصالة الاباحة) و عمومات الحل (علی شیء مما ذکر) اذ لا دلالة للآیات و الاخبار و الاجماع علی المدعی.

(أما آیات التحریم و الاجتناب و الهجر، ف) انها لا تدل علی عدم جواز الانتفاع فیما لا یشترط بالطهارة (لظهورها فی الانتفاعات المقصودة) المناسبة (فی کل نجس بحسبه، و هی) ای الانتفاعات المقصودة (فی مثل المیتة الاکل، و فی الخمر الشرب، و فی المیسر

اللعب به، و فی الانصاب) العبادة (و) فی (الازلام) المقامرة من (مما یلیق بحالهما) نظیر قوله تعالی «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهاتُکُمْ» المراد بها المباشرة، فان المستفاد عرفا من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۰۵

و اما روایة تحف العقول، فالمراد ب «الإمساک و التقلب فیه» ما یرجع الی الاکل و الشرب و الا فسیجیء الاتفاق علی جواز امساک نجس العین لبعض الفوائد.

و ما دل من الإجماع و الأخبار علی حرمة بیع نجس العین قد یدعی اختصاصه بغیر ما یحل الانتفاع المحلل المعتد به، او بمنع استلزامه لحرمة الانتفاع بناء علی ان نجاسة العین

نسبة التحریم و التحلیل الی شیء من الاعیان إرادة المنفعة المقصودة منها.

(و اما روایة تحف العقول، فالمراد ب «الامساک و التقلب فیه») ای فی النجس (ما یرجع الی الاکل و الشرب) فانه هو الظاهر منه عرفا لا- کل امساک و تقلب (و الا- فسیجیء الاتفاق) من الفقهاء (علی جواز امساک نجس العین لبعض الفوائد) کالتسمید و نحوه، و الظهور المتقدم هو الذی سبب هذا الاتفاق، فلا یقال: الاتفاق المذکور قرینة علی التخصیص بالنسبة الی ذلک الشیء المتفق علیه.

(و ما دل من الاجماع و الأخبار علی حرمة بیع نجس العین) الذی استدل به لکشفه عن عدم جواز الانتفاع، و الا لم یکن وجه لحرمة البیع (قد یدعی اختصاصه) ای اجماع و الاخبار و الضمیر راجع الی «الدلیل» (بغیر ما یحل الانتفاع المحلل المعتد به) فالذی یجوز الانتفاع به انتفاعا محللا- معتدا به یجوز بیعه (او ب) ان یدعی (منع استلزامه) ای المنع من بیع نجس العین (لحرمة الانتفاع) فمن الممکن جواز الانتفاع مع حرمة البیع (بناء علی ان نجاسة العین) تمنع عن البیع بنفسها، لا بسبب ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۰۶

مانع مستقل عن جواز البیع، من غیر حاجة الی ارجاعها الی عدم المنفعة المحللة.

و اما توهم الاجماع فمدفوع، بظهور کلمات کثیر منهم فی جواز الانتفاع فی الجملة:-

قال فی المبسوط: ان سرجین ما لا یؤکل لحمه و عذرة الانسان و خرء الکلاب لا یجوز بیعها، و یجوز الانتفاع بها فی الزروع و الکروم

النجاسة توجب عدم المنفعة، و عدم المنفعة سبب للمنع عن البیع، و إلیه اشار بقوله: (مانع مستقل عن جواز البیع) و قوله «مانع» بالتذکیر، بتأویل «الوصف» (من غیر حاجة الی ارجاعها) ای نجاسة العین (الی عدم المنفعة المحللة) حتی یقال بالتلازم بین جواز البیع و جواز الانتفاع، فاذا لم یجز بیع نجس العین- بالاخبار و الاجماع- فلازم ذلک عدم جواز الانتفاع به!

(و اما توهم الاجماع) فی نفس المسألة: ای الاجماع علی عدم جواز الانتفاع بنجس العین- کما تقدم فی کلام الفخر و المقداد- (فمدفوع، بظهور کلمات کثیر منهم فی جواز الانتفاع فی الجملة) بدون ان یکون دلیل خاص علی الجواز، فالقول بان الاصل المنع الا ما خرج بالدلیل، لا- ینطبق علی ما ذکروه من الاستثناء بدون وجود دلیل، و ذلک یکشف عن انهم لا یسلمون اصالة منع استعمال نجس العین.

(قال) الشیخ (فی المبسوط: ان سرجین ما لا یؤکل لحمه و عذرة الانسان و خرء الکلاب لا یجوز بیعها، و یجوز الانتفاع بها فی الزروع و الکروم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۰۷

و اصول الشجر، بلا خلاف. انتهی.

و قال العلامة فی التذکرة: یجوز اقتناء الاعیان النجسة لفائدة.

و نحوها فی القواعد.

و قرره علی ذلک فی جامع المقاصد، و زاد علیه قوله: لکن هذه لا تصیرها مالا، بحیث یقابل بالمال.

و قال فی باب الاطعمة و الاشربة من المختلف: ان شعر الخنزیر یجوز استعماله مطلقا، مستدلا بان نجاسته لا تمنع الانتفاع به، لما فیه من المنفعة الخالیة عن ضرر عاجل و آجل.

و اصول الشجر، بلا خلاف. انتهی) کلام المبسوط.

(و قال العلامة فی التذکرة: یجوز اقتناء الاعیان النجسة لفائدة).

فانه یدل علی جواز الاقتناء، و جواز الاستفادة المحللة (و نحوها) ای نحو عبارة العلامة فی التذکرة عبارته (فی القواعد).

(و قرره علی ذلک) ای جواز اقتناء الاعیان النجسة لفائدة (فی جامع المقاصد، و زاد علیه قوله: لکن هذه) الفائدة التی تقتنی عین النجاسة لاجلها (لا تصیرها) ای الاعیان النجسة (مالا، بحیث یقابل بالمال) و المراد: عدم المالیة الشرعیة و ان کانت فیها فائدة.

(و قال فی باب الاطعمة و الاشربة من المختلف: ان شعر الخنزیر یجوز استعماله مطلقا) ای جمیع انحاء الاستعمالات غیر المشروطة بالطهارة، فی قبال من جعله حبلا فقط للاستقاء للبساتین (مستدلا بان نجاسته لا تمنع الانتفاع به، لما فیه من المنفعة الخالیة عن ضرر عاجل و آجل). و قوله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۸

و قال الشهید فی قواعده: النجاسة ما حرم استعماله فی الصلاة و الاغذیة الاستقذار و للتوصل بها الی الفرار. ثم ذکر: ان قید الاغذیة لبیان مورد الحکم. و فیه تنبیه علی الاشربة. کما ان فی الصلاة تنبیها علی الطواف. انتهی.

و هو کالنص فی جواز الانتفاع بالنجس فی غیر هذه الامور.

و قال الشهید الثانی فی الروضة،- عند قول المصنف- فی عداد ما لا یجوز بیعه من النجاسات- «و الدم» قال:

«لما» متعلق ب «الانتفاع».

(و قال الشهید) الاول (فی قواعده: النجاسة ما حرم استعماله فی الصلاة و) فی (الاغذیة للاستقذار) هذا علة حرمة النجاسة فی الاغذیة (و للتوصل بها) ای بحرمة الاستعمال (الی الفرار) عن الصلاة فی النجاسة و هذا علة حرمة النجاسة فی الصلاة. (ثم ذکر) الشهید: (ان قید الاغذیة) ای ذکر الاغذیة فقط (لبیان مورد) من موارد (الحکم) لا- للاختصاص. (و فیه) ای فی ذکر الاغذیة (تنبیه علی) حرمة الاستعمال فی (الاشربة) أیضا (کما ان فی) ذکر (الصلاة) فقط (تنبیها علی الطواف) لا ان فی الاغذیة و الصلاة خصوصیة. (انتهی) کلام الشهید (و هو کالنص فی جواز الانتفاع بالنجس فی غیر هذه الامور) لانه لم یجوز هذه الامور فقط، المفهوم منه جواز سائر الامور.

(و قال الشهید الثانی فی الروضة،- عند قول المصنف فی عداد ما لا یجوز بیعه من النجاسات-: «و الدم» قال) الشهید الثانی:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۰۹

و ان فرض له نفع حکمی، کالصبغ. «و ابوال و ارواث ما لا یوکل لحمه»:

و ان فرض لهما نفع. فان الظاهر: ان المراد بالنفع المفروض للدم و الابوال و الارواث، هو النفع المحلل.

و الا لم یحسن ذکر هذا القید فی خصوص هذه الاشیاء دون سائر النجاسات، و لا

(و ان فرض له نفع حکمی، کالصبغ. «و ابوال و ارواث ما لا یوکل لحمه»: و ان فرض لهما نفع). قد جعلنا عبارة اللمعة بین القوسین، و

عبارة شرح اللمعة هی من «ان فرض»- الی- «نفع» و کأنه اراد ب «الحکمی» ما یئول الی النفع، فی قبال ماله نفع فعلی، کاللحم الـذی یؤکل بدون تعمل (فان الظاهر) من عبارة الشهید الثانی: (ان المراد بالنفع المفروض للدم و الابوال و الارواث، هو النفع المحلل) فیدل کلامه علی جواز الانتفاع بالنجاسات نفعا محللا، منتهی الامر لا یجوز بیعها.

(و الا) یکن مراده النفع المحلل، بان اراد الشهید حرمة کل نفع کان مقتضی القاعدة- أولا- ان یذکر قید «ان فرض له نفع» فی سائر النجاسات، لان المنافع المحرمة موجودة فی کل نجاسة.- و ثانیا- لم یکن وجه لذکر خصوص «الصبغ» من المنافع المحرمة، بل «الشرب» أیضا من المنافع المحرمة للدم. و الی هذا اشار المصنف- رحمه اللّه- بقوله: و الا (لم یحسن ذکر هذا القید) ای قید «و ان فرض له نفع» و «ان فرض لهما نفع» (فی خصوص هذه الاشیاء): الدم و البول و الروث (دون سائر النجاسات) اذ سائر النجاسات أیضا لها منافع محرمة (و لا) یحسن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۰

ذکر خصوص الصبغ للدم، مع ان الاکل هی المنفعة المتعارفة، المنصرف إلیها الاطلاق فی قوله تعالی: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیْتَةُ وَ الدَّمُ» و المسوق لها الکلام فی قوله تعالی: «أَوْ دَماً مَسْفُوحاً».

و ما ذکرنا هو ظاهر المحقق الثانی، حیث حکی عن الشهید انه حکی عن العلامة جواز الاستصباح بدهن المیتة، ثم قال: و هو بعید، لعموم النهی عن الانتفاع بالمیتة. فان عدوله عن التعلیل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس

أیضا (ذکر خصوص الصبغ للدم) من منافعه المحرمة (مع ان الاکل) اولی بالذکر، لانه (هی المنفعة المتعارفة، المنصرف إلیها الاطلاق فی قوله تعالی: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیْتَةُ وَ الدَّمُ» و المسوق لها الکلام فی قوله تعالی «أَوْ دَماً مَسْفُوحاً») فکیف یترک الشهید المنفعة المحرمة الغالبة- و هی الاکل- و یذکر المنفعة النادرة- و هی الصبغ- فلیس ذلک الا لان الشهید یرید بیان النفع المحلل، فیدل کلامه علی جواز الانتفاع بعین النجاسة منفعة محللة مقصودة.

(و ما ذکرنا) من جواز الانتفاع بالاعیان النجسة الا ما خرج بالدلیل (هو ظاهر المحقق الثانی، حیث حکی عن الشهید انه حکی عن العلامة جواز الاستصباح بدهن المیتة، ثم قال) المحقق الثانی: (و هو) ای جواز الاستصباح بدهن المیتة (بعید، لعموم النهی عن الانتفاع بالمیتة) فکیف یجوز الاستصباح بدهنه؟ و انما قلنا: ان ظاهر المحقق جواز الانتفاع بالاعیان النجسة (فان عدوله) ای المحقق (عن التعلیل لعموم المنع عن الانتفاع بالنجس) ای انه لم یعلل «عدم جواز الاستصباح» بانه «لا یجوز الانتفاع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۱

الی ذکر خصوص المیتة یدل علی عدم العموم فی النجس.

و کیف کان فلا یبقی- بملاحظة ما ذکرنا- وثوق بنقل الاجماع المتقدم عن شرح الارشاد و التنقیح، الجابر لروایة تحف العقول الناهیة عن جمیع التقلب فی النجس، مع احتمال ان یراد من جمیع التقلب: جمیع انواع التعاطی لا الاستعمالات. و یراد من امساکه: امساکه للوجه المحرم.

بالنجس» بل علله «بعدم الانتفاع بالمیتة» (الی ذکر خصوص المیتة یدل علی عدم العموم فی النجس) ای انه لا یقول بعموم «عدم جواز الانتفاع بکل نجس» و الا لکان اللازم ان یقول «لعموم النهی عن الانتفاع بالنجس».

(و کیف کان) سواء کانت عبارة المحقق دالة أم لا (فلا یبقی بملاحظة ما ذکرنا-) من أقوال العلماء (وثوق بنقل الاجماع المتقدم عن شرح الارشاد و التنقیح، الجابر) هذا النقل (لروایة تحف العقول الناهیة عن جمیع) انواع (التقلب فی النجس مع) انه علی تقدیر تمامیة الجبر لا دلالة للروایة علی حرمة استعمال النجس فیما لا یتوقف علی الطهارة، ل (احتمال ان یراد من جمیع التقلب: جمیع انواع

التعاطی) أکلا و شربا و استعمالا فی الصلاة و الطواف بجمیع انواع هذه الامور (لا) ان المراد بجمیع انواع التقلب (الاستعمالات) حتی یشمل الاستعمال فیما لا یشترط بالطهارة أیضا کالاستصباح و التسمید و التدهین و التطلیة و التصبیغ و غیرها.

(و یراد من امساکه) الذی ذکر فی روایة تحف العقول و نهی عنه هو:

(امساکه للوجه المحرم) کان یحفظ الدم لان یشربه، لا ان یحفظه لان یزرق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۲

و لعله للاحاطة بما ذکرنا اختار بعض الاساطین فی شرحه علی القواعد جواز الانتفاع بالنجس کالمتنجس، لکن مع تفصیل لا یرجع الی مخالفة فی محل الکلام، فقال: «و یجوز الانتفاع بالاعیان النجسة و المتنجسة فی غیر ما ورد النص بمنعه، کالمیتة النجسة التی لا یجوز الانتفاع بها فیما یسمی استعمالا عرفا للاخبار و الاجماع. و کذا الاستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال.

و ما دل علی المنع من الانتفاع بالنجس و المتنجس

به مریضا، او یجعله سمادا او صبغا مثلا- بل لعل ما ذکره المصنف رحمه اللّه- هو الظاهر من الروایة و لو بقرینة اجازة الشارع لاستعمال بعض النجاسات.

(و لعله للاحاطة بما ذکرنا) من عدم الدلیل علی عدم جواز استعمال النجس لا نصا و لا اجماعا (اختار بعض الاساطین) و هو کاشف الغطاء رحمه اللّه- (فی شرحه علی القواعد: جواز الانتفاع بالنجس ک) جواز الانتفاع ب (المتنجس، لکن مع تفصیل لا یرجع الی مخالفة فی محل الکلام) الذی هو جواز الانتفاع بالنجس (فقال: «و یجوز الانتفاع بالاعیان النجسة و المتنجسة فی غیر ما ورد النص بمنعه) ثم مثل بما ورد المنع عنه بقوله: (کالمیتة النجسة) لا مثل میتة السمک (التی لا یجوز الانتفاع بها فیما یسمی استعمالا عرفا) و انما نقول بعدم الجواز فی المیتة (للاخبار و الاجماع. و کذا) لا یجوز (الاستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال) ای السقف (و ما دل علی المنع عن الانتفاع بالنجس و المتنجس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۳

مخصوص او منزل علی الانتفاع الدال علی عدم الاکتراث بالدین و عدم المبالاة، و اما من استعمله لیغسله فغیر مشمول للادلة و یبقی علی حکم الاصل». انتهی.

و التقیید ب «ما یسمی استعمالا» فی کلامه- رحمه اللّه-

مخصوص) بالدلیل (او منزل) بحسب القاعدة (علی الانتفاع الدال علی عدم الاکتراث بالدین و عدم المبالاة) بالشریعة (و اما من استعمله لیغسله) بعد تمام حاجته لئلا یبتلی بالنجاسة (فغیر مشمول للادلة) المانعة (و یبقی علی حکم الاصل») و هو الجواز. (انتهی). کلام کاشف الغطاء.

و قد عرفت انه- رحمه اللّه- لا یفرق فی جواز الاستعمال بین النجس و المتنجس، و انما یفصل فیما لا یجوز بین استعمال یدل علی عدم المبالاة بالدین فلا یجوزه، و بین استعمال مع التحفظ فیجوزه، مثلا استعمال المیتة فی التسمید، و الزیت النجس فی الاستصباح تحت الظلال، لا یجوز بالنص المانع عن استعمال المیتة، و عن الاستصباح تحت الظلال. لکن لا بد ان نقول: ان النص الدال علی عدم الجواز، اما منصرف- و مخصوص- او منزل بالقرائن الخارجیة، الی من یستعمل المیتة ثم لا یغسل یده و لباسه اللذین تلوثا بالمیتة، و من یستصبح تحت السقف ثم لا یغسل السقف، و الا کان ذلک الاستعمال جائزا، و من المعلوم ان هذا التفصیل الذی ذکره کاشف الغطاء لا یرجع الی تفصیل فی محل کلامنا، و هو جواز استعمال النجس کالمتنجس فیما لا یشترط بالطهارة.

(و التقیید ب «ما یسمی استعمالا» فی کلامه- رحمه اللّه-) المتقدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱۴

لعله لإخراج مثل الايقاد بالميتة، و سد ساقية الماء بها، و اطعامها لجوارح الطير. و مراده: سلب الاستعمال المضاف الى الميتة عن هذه الامور، لان استعمال كل شيء: اعماله فى العمل المقصود منه عرفا. فان ايقاد الباب و السرير لا يسمى استعمالا لهما.

لكن يشكل بان المنهى عنه فى النصوص الانتفاع بالميتة، الشامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف فى الشيء، و لذا

(لعله لاخراج مثل الايقاد بالميتة و سد ساقية الماء بها، و اطعامها لجوارح الطير) فانها جائزة مطلقا، لان الشارع نهى عن الاستعمال، و الاستعمال منصرف عرفا الى الاستعمالات المتعارفة، كالاكل و نحوه، لا مثل هذه الاستعمالات. (و مراده: سلب الاستعمال المضاف الى الميتة) اى «استعمال الميتة» (عن هذه الامور) اى الايقاد و سد الساقية و اطعام جوارح الطير (لان استعمال كل شيء) معناه عرفا (اعماله فى العمل المقصود منه) اى من ذلك الشيء (عرفا) فالنهى منصب على الاستعمالات المتعارفة (فان ايقاد الباب و السرير) كما (لا يسمى استعمالا لهما) اى للباب و السرير.

كذلك: ايقاد الميتة لا يسمى استعمالا لها، فالدليل الناهى عن ذلك محمول على الاستعمالات المتعارفة لا مثل الايقاد و نحوه.

(لكن يشكل) ما ذكره كاشف الغطاء من جواز مثل هذه الاستعمالات (بان المنهى عنه فى النصوص) ليس لفظ «الاستعمال» حتى يقال: ان الايقاد- مثلا- ليس استعمالا، بل (الانتفاع بالميتة الشامل) لفظ الانتفاع (لغير الاستعمال المعهود المتعارف فى الشيء. و لذا) الذى ذكرناه من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱۵

قيد هو- رحمه اللّه- الانتفاع بما يسمى استعمالا.

نعم يمكن ان يقال: ان مثل هذه الاستعمالات لا تعد انتفاعا، تنزيلا لها منزلة المعدوم. و لذا يقال للشيء: انه مما لا ينتفع به، مع قابليته للامور المذكورة. فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التى تعد غرضا من تلك الميتة لو لا كونها ميتة، و ان كانت قد تملك لخصوص هذه الامور، كما قد يشترى اللحم لاطعام الطيور و السباع

ان الموجود فى النص «الانتفاع» (قيد هو- رحمه اللّه- الانتفاع بما يسمى استعمالا) ليتمكن من تقسيم الاستعمال الى متعارف و غير متعارف، و لم يتلفظ بلفظ «الانتفاع» المجرد ليشمل ما يريد اخراجه من مثل الايقاد و نحوه.

(نعم يمكن ان يقال: ان مثل هذه الاستعمالات) كايقاد الميتة و نحوه (لا تعد انتفاعا) فكلام كاشف الغطاء صحيح لا اشكال فيه، و انما لا يسمى انتفاعا (تنزيلا لها) اى لهذه الانتفاعات (منزلة المعدوم. و لذا) اى لان مثل هذه الانتفاعات لا تعد عرفا انتفاعا (يقال للشيء: انه مما لا ينتفع به، مع قابليته للامور المذكورة) مثلا يقال للثوب الخلق: انه مما لا ينتفع به مع انه صالح للايقاد. و يقال للحم العفن انه لا ينتفع به مع انه صالح لاطعام الطير (فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التى تعد غرضا) و غاية (من تلك الميتة لو لا كونها ميتة) مثلا الغرض و الغاية من لحم الغنم الاكل، لو لا كونها ميتة، فالمنهى عنه هو الاكل، لا التسميد و الاحراق و ما اشبه (و ان كانت) الميتة (قد تملك لخصوص هذه الامور كما قد يشترى اللحم لاطعام الطيور و السباع) خصوصا لمن كانت عنده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۱۶

لكنها اغراض شخصية، كما قد يشترى الجلاب لاطفاء النار، و الباب للايقاد و التسخين به.

قال العلامة- فى النهاية، فى بيان ان الانتفاع ببول غير المأكول فى الشرب للدواء، منفعة جزئية لا يعتد بها- قال: «اذ كل شيء من المحرمات لا تخلو عن منفعة، كالخمر للتخليل، و العذرة للتسميد، و الميتة لأكل جوارح الطير، و لم يعتبرها الشارع» انتهى.

«ثم»

حدیقة الحیوانات (لکنها اغراض شخصیة) لا- نوعیة، و بسبب هذه الاغراض لا یسمی الانتفاعات المذکورة انتفاعا عرفا (کما قد یشتری الجلاب لاطفاء النار، و) یشتری (الباب للایقاد و التسخین به) فلا یسبب ذلک تسمیة الاطفاء و الایقاد انتفاعا بالجلاب و الباب.
و یشهد لعدم تسمیة ذلک انتفاعا ما ذکره العلامة- رحمه اللّه- فقد (قال العلامة- فی النهایة، فی بیان ان الانتفاع ببول غیر المأکول فی الشرب للدواء، منفعة جزئیة لا یعتد بها- قال: «اذ کل شیء من المحرمات لا تخلو عن منفعة، کالخمر للتخلیل، و العذرة للتسمید، و المیتة لا کل جوارح الطیر، و) هذه المنافع الجزئیة (لم یعتبرها الشارع») منفعة. فالنهی عن الانتفاع بالمیتة لا یشمل هذه الامور (انتهی) کلام العلامة- رحمه اللّه-.
(«ثم») ان هذه الفوائد الجزئیة، لا تسمی منافع- ادعاء و تنزیلا للفساد منزلة المعدوم- لا أنها مع کونها فائدة عرفیة کان الدلیل منصرفا عنها، حتی یقال: لا انصراف للدلیل، بعد کونه نکرة فی سیاق
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۷
ان الانتفاع المنفی فی المیتة و ان کان مطلقا فی حیز النفی، الا- ان اختصاصها بما ادعیناه من الاغراض المقصودة من الشیء، دون الفوائد المترتبة علیه، من دون ان تعد مقاصد، لیس من جهة انصرافها الی المقاصد، حتی یمنع انصراف المطلق فی حیز النفی، بل من جهة التسامح و الادعاء العرفی تنزیلا للموجود منزلة المعدوم.

النفی، لانه قال: و جمیع التقلب فیه حرام. ف (ان الانتفاع المنفی فی المیتة و ان کان مطلقا فی حیز النفی) و المطلق فی حیز النفی یقتضی العموم فلازمه شمول المنع حتی عن الانتفاع بمثل الایقاد (الا ان اختصاصها) ای اختصاص «المنفعة المنفیة» (بما ادعیناه) من المنافع الغالبة (من الاغراض المقصودة من الشیء) غالبا (دون الفوائد المترتبة علیه) أحیانا (من دون ان تعد) تلک الفوائد النادرة (مقاصد) عقلائیة (لیس من جهة انصرافها) ای المنافع المنفیة (الی المقاصد، حتی یمنع انصراف المطلق فی حیز النفی) و حتی یقال: المنافع المنفیة شاملة حتی للمنافع النادرة (بل من جهة التسامح) العرفی الموجب لعدم الظهور للفظ المنافع الا فی المنافع المقصودة (و الادعاء العرفی) بان هذه الفوائد النادرة لیست فوائد (تنزیلا للموجود منزلة المعدوم).
و فرق بین الانصراف مع قبول ان الفرد المنصرف عنه من افراد اللفظ، و بین ان یقال: الفرد لیس بفرد، و لذا لا یشمله اللفظ. مثلا اذا قال المولی «جئنی بالماء» و هو عند دجلة، کان لفظ الماء منصرفا الی ماء دجلة، مع قبول کون ماء الفرات فردا لهذا المطلق المذکور فی کلام المولی. أما عدم شمول لفظ الماء فی کلامه لقطرة من الماء فمن جهة
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۱۸
فانه یقال للمیتة- مع وجود تلک الفوائد فیها-: انها مما لا ینتفع به.
و مما ذکرنا ظهر الحال فی البول و العذرة و المنی، فانها مما لا ینتفع بها، و ان استفید منها بعض الفوائد کالتسمید و الإحراق، کما هو سیرة بعض الجصاصین من العرب، کما یدل علیه وقوع السؤال فی بعض الروایات عن الجص یوقد علیه العذرة و عظام الموتی و یجصص به المسجد؟ فقال الامام علیه السلام: «ان الماء و النار قد طهراه»

ادعاء ان القطرة لیست بماء. و الحاصل: انه ربما یقول العرف: انه فرد و لکنه منصرف عنه، و قد یقول: انه لیس بفرد ادعاء (فانه یقال للمیتة- مع وجود تلک الفوائد فیها- انها مما لا ینتفع به) تنزیلا لهذه المنافع منزلة المعدوم.
(و مما ذکرنا) فی المیتة من جواز استعمالها فیما لا تعد منفعة لها (ظهر الحال فی البول و العذرة و المنی، فانها مما لا ینتفع بها و ان استفید منها بعض الفوائد) النادرة (کالتسمید و الإحراق) فاذا نهی الشارع عن الانتفاع بها لم یشمل الانتفاع الذی لا یعد نفعا- عرفا-

كالتسميد فى العذرة و الاحراق (كما هو) اى الاحراق (سيرة بعض الجصاصين من العرب، كما يدل عليه) اى على السيرة- بتأويل «الاعتياد»- (وقوع السؤال فى بعض الروايات عن الجص يوقد عليه العذرة و عظام الموتى) حتى يصبح التراب حصبا بالطبخ (و يجصص به المسجد) هل يجوز ذلك؟ (فقال الامام عليه السلام: «ان الماء و النار قد طهراه») فالنار مطهرة للعذرة و العظم بالاستحالة- فيما كان العظم نجسا ذاتا كعظم الكلب، او عرضا بمباشرته

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۱۹

بل فى الرواية اشعار بالتقرير فتفطن.

و اما ما ذكره من تنزيل ما دل على المنع عن الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة الا من استعمله ليغسله، فهو تنزيل بعيد.

«نعم» يمكن ان ينزل على الانتفاع به

للميتة- و الماء مطهر للجص الذى تلوث بالنجس. و المراد بالماء ماء الإناء الذى يلقى فيه الجص، و هذا بناء على مطهرية الماء القليل، او عدم الفرق فى التطهير بين الوارد و المورود، و فى الحديث كلام طويل مذكور فى محله (بل فى الرواية) المذكورة (اشعار بالتقرير) من الامام عليه السلام لاستعمال العذرة فى الاحراق (فتفطن) لانه ربما يقال: لا تقرير اذ مصب السؤال شيء آخر. إن قلت: فاذا كان الاحراق و التسميد من المنافع النادرة فى العذرة فما هى المنفعة الغالبة المنهى عنها؟ قلت: كونها بمنزلة سائر الاشياء المباحة فى البيع و الشراء و الانتفاع بمختلف انحاء الانتفاعات الممكنة هو المنهى عنه.

(و اما ما ذكره) كاشف الغطاء (من تنزيل ما دل على المنع عن الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة) قوله «عدم المبالاة» عطف تفسيرى ل «عدم الاكتراث» (الا من استعمله ليغسله، فهو تنزيل بعيد) اذ الرواية فى بيان مقام الحكم لا فى مقام بيان شيء آخر خارج عن الحكم.

(«نعم» يمكن ان ينزل) المنع عن الانتفاع بالنجس (على الانتفاع به

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۲۰

على وجه الانتفاع بالطاهر، بان يستعمله على وجه يوجب تلويث بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع- كالصبغ بالدم- و ان بنى على غسل الجميع عند الحاجة الى ما يشترط فيه الطهارة.

و فى بعض الروايات اشارة الى ذلك، ففى الكافى- بسنده عن الوشاء- قال قلت لابى الحسن عليه السلام: «جعلت فداك، ان اهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها؟ فقال: حرام

على وجه الانتفاع بالطاهر) فكأن الحديث قال: لا ينتفع بالنجس انتفاعا مطلقا كالانتفاع بالطاهر (بان يستعمله) اى النجس (على وجه يوجب تلويث بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع- كالصبغ بالدم- و ان بنى) المستعمل (على غسل الجميع) اى جميع ما تلوث (عند الحاجة الى ما يشترط فيه الطهارة) كالصلاة و الطواف، و على هذا يكون النهى تعبديا، او احتياطا لاجل ان من يستعمل النجس كالطاهر، لا بدّ ان يبتلى بالنجاسة فى أكله او صلاته، او ما اشبه.

(و فى بعض الروايات اشارة الى ذلك) الذى ذكرنا من ان النهى يراد به الاستعمال للنجس كالطاهر (ففى الكافى- بسنده عن الوشاء- قال قلت لابى الحسن عليه السلام) و ابو الحسن- بلا قيد- منصرف الى «موسى بن جعفر. عليه السلام» و اذا قيد ب «الثانى» كان المراد «الرضا عليه السلام» و اذا قيد ب «الثالث» كان المراد «الهادى عليه السلام»: (جعلت فداك، ان اهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها؟ فقال: حرام)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۱

هى ميتة. فقلت: جعلت فداک، يستصبح بها؟ فقال: أ ما علمت انه يصيب اليد و الثوب و هو حرام» بحملها على حرمة الاستعمال على وجه يوجب تلويث البدن و الثياب.

و اما حمل الحرام على النجس كما فى كلام بعض، فلا شاهد عليه. و الرواية فى نجس العين فلا ينتقض

الظاهر ان مراده عليه السلام حرمة اكلها (هى ميتة. فقلت: جعلت فداک، يستصبح بها؟) اى بتلك الأليات (فقال: أ ما علمت انه يصيب اليد و الثوب و هو حرام) فقد بين الامام عليه السلام ان الحرام اصابة اليد و الثوب، لا ان الحرام اصل استعمال الميتة، و المفهوم منه عدم الحرمة اذا لم يصب اليد و الثوب، و ذلک (بحملها) اى الرواية (على حرمة الاستعمال على وجه يوجب تلويث البدن و الثياب) و هذا ما ذكرناه من احتمال ان الشارع حرم استعمال الميتة، استعمالا كاستعمال الطاهر، لا انه حرم اصل الاستعمال.

(و اما حمل الحرام) فى الرواية (على النجس كما فى كلام بعض) و هو صاحب الحدائق- رحمه اللّه- (فلا شاهد عليه) اذ اطلاق الحرام على النجس مجاز يحتاج الى القرينة و هى مفقودة فى المقام (و الرواية) المذكورة واردة (فى نجس العين) لان الألية المقطوعة ميتة، و الميتة نجسة العين، و فرق بين نجس العين و بين المتنجس، فمن الممكن ان يجوز استعمال الدهن المتنجس فى الاستصباح، و لا يجوز استعمال الدهن النجس عينا فى الاستصباح (فلا ينتقض) المنع عن الاستصباح بالألية فى هذه الرواية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۲

بجواز الاستصباح بالدهن المتنجس، لاحتمال كون مزاولة نجس العين مبغوضا للشارع، كما يشير إليه قوله تعالى: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ».

«ثم» ان منفعة النجس المحللة- للاصل او للنص- قد تجعله مالا عرفا، الا انه منع الشرع عن بيعه، كجلد الميتة اذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء- كما هو مذهب جماعة- مع القول بعدم جواز بيعه،

(بجواز الاستصباح بالدهن المتنجس، لاحتمال كون مزاولة نجس العين مبغوضا للشارع، كما يشير إليه) اى الى كونه مبغوضا (قوله تعالى: «وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ») بخلاف مزاولة المتنجس، بالإضافة الى ما عرفت من ان الحرام التلوث، و ذلک موجود فى إذابة الألية و توابع الإذابة، بخلاف الاستصباح بالدهن المتنجس، فمعرضيته للتلويث اقل، بل معدوم الا نادرا، و لذا ورد فى بعض الاحاديث: «جواز الاستصباح بالألية النجسة» و لا منافاة، فان الجواز ناظر الى اصل الاستصباح، و المنع ناظر الى التلويث و اصابة اليد و الثوب.

(«ثم» ان منفعة النجس) اى نجس العين (المحللة للاصل) اى اذا قلنا بأن الاصل جواز كل انتفاع الا ما خرج بالدليل (او للنص) اى اذا قلنا: ان الاصل عدم جواز كل انتفاع الا ما خرج بالدليل (قد تجعله ما لا عرفا، الا انه منع الشرع عن بيعه، كجلد الميتة اذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء- كما هو) اى جواز الاستقاء لغير الوضوء، و لغير ما يشترط بالطهارة، كسقى الزرع، و تبليل الجص و الطين، و رش الارض، و ما اشبه ذلک (مذهب جماعة) من الفقهاء (مع القول بعدم جواز بيعه،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۳

لظاهر الاجماعات المحكية. و شعر الخنزير، اذا جوزنا استعماله اختيارا. او الكلاب الثلاثة اذا منعنا عن بيعها.

فمثل هذه اموال لا تجوز المعاوضة عليها، و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع، مع وجود المقتضى. فتامل.

و قد لا تجعله مالا عرفا لعدم ثبوت المنفعة المقصودة منه

لظاهر الاجماعات المحكية)، المصرحة بعدم جواز بيع الميتة (و) ک (شعر الخنزير، اذا جوزنا استعماله اختيارا) فى الخياطة و ما اشبه مما لا يشترط بالطهارة (او الكلاب الثلاثة): للحائط و الماشية و الزرع (اذا منعنا عن بيعها) كما هو مذهب جماعة.

و الحاصل: اذا كان هناك نجس العين يجوز الانتفاع به و لا يجوز بيعه و صار لجواز الانتفاع به مالا لا بدّ ان يكون المنع لنص خاص، و الا فاطلاقات حلية البيع بعد كونه مالا لا بد ان يشمله.

(فمثل هذه) المذكورات (اموال) لكن (لا تجوز المعاوضة عليها) للدليل الخاص (و لا يبعد جواز هبتها) و لو هبة معوضة (لعدم المانع) اذ لم يقم دليل على عدم جواز الهبة، و انما قام الدليل على عدم جواز البيع (مع وجود المقتضى) لانها مال، فيشمله دليل الهبة (فتأمل) فان المستفاد من ادلة المنع عن بيعها إرادة الانتقال باى وجه كان لا خصوص البيع، و لذا فالهبة و الصلح و ما اشبه لا تجرى بالنسبة إليه.

(و قد لا تجعله) المنفعة المحللة (مالا عرفا) عطف على قوله «قد تجعله» (لعدم ثبوت المنفعة المقصودة منه) اى من هذا الشيء النجس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۴

له، و ان تترتب عليه الفوائد، كالميتة التي يجوز اطعامها لجوارح الطير و الايقاد بها و العذرة للتسميد. فان الظاهر انها لا تعد اموالا عرفا- كما اعترف به فى جامع المقاصد فى شرح قول العلامة: «و يجوز اقتناء الاعيان النجسة لفائدة».

و الظاهر ثبوت حق الاختصاص فى هذه الامور، الناشئ

(له) اى لهذا الشيء النجس، و «منه» متعلق ب «مقصودة» و «له» متعلق ب «ثبوت» اى لم يثبت له المنفعة المقصودة منه (و ان تترتب عليه الفوائد) النادرة «ان» وصلية. و ذلك (كالميتة التي يجوز اطعامها لجوارح الطير و الايقاد بها) للتسخين او الاصطلاء او احراق شيء (و العذرة للتسميد) او احراق الجص و ما اشبه (فان) هذه المنافع النادرة لا تجعل الميتة و العذرة مالا اذ (الظاهر انها) بسبب هذه المنافع النادرة (لا تعد اموالا عرفا- كما اعترف به) اى بعدم كونها بسبب هذه المنافع اموالا عرفية (فى جامع المقاصد فى شرح قول العلامة: «و يجوز اقتناء الاعيان النجسة لفائدة») فاذا لم تكن مالا كان عدم صحة بيعها لاجل عدم الفائدة، لا لاجل النص على المنع، فتحصل ان ما لا يجوز بيعه من الاعيان النجسة، قد لا يجوز لاجل المانع، اى الدليل الدال على عدم جواز البيع، و قد لا يجوز لاجل عدم المقتضى، اى لكونه ليس بمال عرفا.

(و الظاهر) من ادلة الحقوق، مثل قوله عليه السلام «لا يزوى حق امرئ مسلم» بضميمة ان هذه الاشياء حقوق عرفية (ثبوت حق الاختصاص فى هذه الامور) التي لا يجوز بيعها، مع وجود فائدة ما فيها (الناشئ)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۵

إما عن الحيازة و إما عن كون اصلها مالا للمالك، كما لو مات حيوان له او فسد لحم اشتراه للأكل، على وجه خرج عن المالية.

و الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض، بناء على صحة هذا الصلح، بل و مع العوض بناء على انه لا يعد ثمنا لنفس العين حتى يكون سحتا بمقتضى الاخبار.

هذا الحق (إما عن الحيازة) كما لو حاز بدن سبع ميت فى الصحراء (و اما عن كون اصلها مالا للمالك، كما لو مات حيوان له او فسد لحم اشتراه للاكل) و كان فساده (على وجه خرج عن المالية) او لانه تغوط او ما اشبه ذلك. و القول بانه لا وجه لكون هذه الامور متعلقة لحق المالك- نظرا الى انه حين الملك لم يكن حق حتى يستصحب، و بعد الخروج عن الملك لم يحدث حق جديد- مردود، بان الحق كان موجودا فيستصحب مضافا الى ان الحق عرفي و موجود الآن فيشمله ادلة الحق.

(و الظاهر) من اطلاق ادلة الصلح (جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض) لئلا يعوض بالمال ليتأتى فيه الاشكال السابق و هو انه لا خصوصية للبيع، اذ المناط المستفاد من النص المانع من البيع عدم وقوع النجس فى مقابل المال شرعا (بناء على صحة هذا الصلح) مقابل احتمال عدم صحة هذا الصلح، من جهة ان المنع عن البيع معناه عدم تصحيح الشارع اجراء جميع انواع التعامل عليه، و لو كان

التعامل بنحو الصلح. (بل و) تجوز المصالحة (مع العوض) أيضا (بناء على انه) ای العوض (لا يعد ثمنا لنفس العين حتى يكون سحتا بمقتضى الاخبار) حتى يشمله قوله عليه السلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۶

قال فى التذكرة: و تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات كالكلب المعلم، و الزيت النجس لاشعاله تحت السماء، و الزبل للانتفاع باشعاله و التسميد به، و جلد الميتة ان سوغنا الانتفاع به، و الخمر المحترمة لثبوت الاختصاص فيها، و انتقالها من يد الى يد بالارث و غيره. انتهى.

و الظاهر ان مراده بغير الارث: الصلح الناقل.

«ثمن الميتة سحت»، بل العوض فى مقابل تنازل ذى الحق عن حقه، فالمال مقابل العمل، لا مقابل الشيء النجس.

و يدل على صحة الصلح على هذه الامور باعتبار كونها متعلقة لحق المالك ما ذكره العلامة- رحمه اللّه- فقد (قال فى التذكرة: و تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم) للصيد (و الزيت النجس لاشعاله تحت السماء، و الزبل) النجس (للانتفاع باشعاله، و) ب (التسميد به) للاشجار و الزروع (و جلد الميتة، ان سوغنا الانتفاع به، و الخمر المحترمة) لانها تصبح بعلاج او دون علاج خلا، فان النهى عن الخمر منصرف عن مثل هذه الخمر، مضافا الى قوله: «خذه و افسده» الدال على انه محترم، لاجل وقوع الإفساد- اى التخليل- عليه، و انما جوز التذكرة الوصية بهذه الامور (لثبوت الاختصاص فيها و) صحة (انتقالها من يد الى يد بالارث و غيره. انتهى) كلام العلامة- رحمه اللّه-.

(و الظاهر ان مراده بغير الارث: الصلح الناقل). مضافا الى ان الوصية و الصلح و الارث من واد واحد (و اما) من احتمل أن مراد العلامة ب «غيره» الانتقال بان يعرض ذو الحق الاول عنه ثم يأخذه انسان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۷

و أما اليد الحادثة بعد اعراض اليد الاولى فليس انتقالا.

لكن الانصاف ان الحكم مشكل. نعم لو بذل ما لا على ان يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسنا، كما لو بذل الرجل المال على ان يرفع اليد عما فى تصرفه من الامكنة المشتركة، كمكانه من المسجد و المدرسة و السوق.

آخر. ففيه ان (اليد الحادثة بعد اعراض اليد الاولى) لا يسمى نقلا من اليد الاولى (فليس انتقالا) الى اليد الثانية، فلا يصدق عليه «الانتقال» المذكور فى كلام العلامة- رحمه اللّه-.

(و لكن الانصاف ان الحكم) بجواز الصلح سواء فى قبال العين او قبال العمل (مشكل) لان المناط الموجود فى البيع موجود فى الصلح أيضا، فما دل على عدم جواز البيع يدل على عدم جواز الصلح مع العوض (نعم لو بذل ما لا على ان يرفع) ذو الحق (يده عنها ليحوزها الباذل كان حسنا) الا ان يقال: ان المناط موجود فى هذا أيضا، و انما قلنا بجواز مثل هذا البذل لانه (كما لو بدل الرجل المال على ان يرفع اليد عما فى تصرفه من الامكنة المشتركة، كمكانه من المسجد و المدرسة و السوق) مما له حق الاختصاص بسبب السبق فانه و ان لم يجز بيعه و شراؤه، لكن يجوز دفع المال إليه بهذا العنوان. اللهم الا ان يقال: ان قوله عليه السلام «ثمن الميتة سحت» شامل لجميع اقسام الثمن المأخوذ فى مقابل الميتة، بخلاف مثل حق السبق فى الموارد المذكورة، فانه لم يدل دليل على الحرمة الا الاطلاقات، و هى منصرفة عن مثل اعطاء المال فى مقابل رفع اليد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۸

و ذكر بعض الاساطين- بعد اثبات حق الاختصاص- ان دفع شيء من المال لافتكاكه يشك فى دخوله تحت الاكتساب المحظور،

فيبقى على أصالة الجواز.

«ثم» انه يشترط فى الاختصاص بالحيازة قصد الحائز للانتفاع، و لذا ذكروا: انه لو علم كون حيازة الشخص للماء و الكلاء لمجرد العبث لم يحصل له حق.

(و) مما يؤيد جواز اعطاء المال فى مقابل رفع ذى الحق يده عن عين النجس ما (ذكره بعض الاساطين) و هو كاشف الغطاء (- بعد اثبات حق الاختصاص-) من (ان دفع شىء من المال لافتكاكه) اى فكه من يد ذى الحق، بمعنى ان يرفع يده عنه (يشك فى دخوله تحت الاكتساب المحظور، فيبقى على أصالة الجواز) لقاعدة الحل، و لاصالة البراءة.

(«ثم» انه يشترط فى الاختصاص بالحيازة قصد الحائز للانتفاع) و انما ذكر الاختصاص الناشئ من الحيازة، دون الاختصاص الناشئ من سبق الملك، اذ أن الحق موجود فى صورة سبق الملك، و انما سقوطه يحتاج الى شىء جديد، بخلاف الحق الناشئ من الحيازة، فان وجوده يحتاج الى شىء جديد. (و لذا) الذى يشترط القصد (ذكروا: انه لو علم كون حيازة الشخص للماء و الكلاء لمجرد العبث) و قد انتهى عبثه. اذ لو بقى عبثه لم يحق للغير حيازته، كما لو قطع الحشيش و اخذ يعبث به (لم يحصل له حق) و يدل على عدم حصول الحق بذلك عدم صدق «من سبق الى ما لم يسبق إليه احد كان احق به» فالمباح يبقى على اباحته الاصلية الموجبة لجواز ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۲۹

و حينئذ فيشكل الامر فيما تعارف فى بعض البلاد من جمع العذرات حتى اذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها فى البساتين و الزرع بذل له مال فاخذت منه. فان الظاهر بل المقطوع انه لم يحزها للانتفاع بها و انما حازها لاخذ المال عليها، و من المعلوم ان اخذ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقف على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه فى المقام. و كذا لو سبق الى مكان من الامكنة المذكورة من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى.

يحوزه كل احد.

(و حينئذ) اى حين اشتراط قصد الحيازة فى حصول الحق (فيشكل الامر فيما تعارف فى بعض البلاد من جمع العذرات) فى مكان خاص (حتى اذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها فى البساتين و الزرع بذل له) اى لذلك المجموع، او لذلك الجامع (مال فاخذت) تلك العذرات (منه) و انما اشكلنا على اخذ المال فى هذه الصورة (فان الظاهر بل المقطوع انه لم يحزها للانتفاع بها) فى تسميد بستانه او نحوه (و انما حازها لاخذ المال عليها، و من المعلوم ان اخذ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقف) ذلك الاختصاص (على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه) اى انتفاء قصد الانتفاع (فى المقام) الذى يجمعه لاخذ المال فى مقابله، لكن ربما يقال: ان قصده الحيازة كاف فى صيرورته فى حيازته، فاذا صار حقه جاز اخذ المال لرفع يده منه. (و كذا) يشكل الامر (لو سبق الى مكان من الامكنة المذكورة من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى) فانه لا يحدث بذلك حق له حتى يجوز له ان يأخذ المال فى مقابل رفع يده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۳۰

«نعم» لو جمعها فى مكانه المملوك فبذل له المال على ان يتصرف فى ذلك المكان بالدخول لاخذها، كان حسنا، كما انه لو قلنا بكفاية مجرد قصد الحيازة فى الاختصاص- و ان لم يقصد الانتفاع بعينه و قلنا بجواز المعاوضة على حق الاختصاص- كان اسهل.

منه اللهم الا ان يقال ان معنى «من سبق» شامل لمثل هذا السبق أيضا.

(«نعم») فى مسألة جمع العذرات (لو جمعها فى مكانه المملوك فبذل) الباذل (له المال) لا فى مقابل حقه المتعلق بتلك العذرات، بل (على ان يتصرف فى ذلك المكان) اذ لا يجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه (بالدخول لاخذها) اى تلك العذرات (كان)

عمله ذلک (حسنا) لانه اخذ للمال فی مقابل التصرف فی ملکه الذی لا اشکال فیه (کما انه لو قلنا بکفایة مجرد قصد الحیازة فی الاختصاص) لذلک الشیء الذی حازه بالذی حاز (و ان لم یقصد) الحائز (الانتفاع بعینه) ای بعین ما حازه (و قلنا بجواز المعاوضة علی حق الاختصاص کان) امر المعاملات التی تجری علی العذرات (اسهل) من حیث الجواز.

«ثم» انه بما یستشکل بانه ای فرق بین ان یجعل الثمن فی مقابل العذرة او الکلب، او ان یجعل فی مقابل حق الاختصاص، او حق الدخول فی مکان زید، الذی جمع فیه العذرة فان نتیجة الکل واحدة. و هی:

کون الثمن فی مقابل الحصول علی العذرة.

و الجواب: ان اهمیة بقاء کلیات الاحکام علی حالها، و ان سبب انطباق کلی علی شیء لا ینطبق علیه کلی آخر بمکان من الخطورة شرعا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۱

....

و عرفا، فلا مانع من ان یکون جزئی خاص علی وجهین، وجه محرم لانه داخل تحت کلی خاص، و وجه محلل لانه داخل تحت کلی آخر، مثلا یجوز ایجار المشتری لدار اشتراها ببیع الشرط للمالک الاول، بینما انه لا یجوز ایجاز الراهن من المرتهن، مع ان بیع الشرط و الرهن قد یؤدیان الی نتیجة واحدة.

هذا مضافا الی ان الحکم یختلف فی انطباق احد الکلیین عن الحکم فی صورة انطباق الکلی الآخر، ففی المثال: الدخول فی محل زید لا یحتاج الی معرفة کمیة العذرة و خصوصیاتها، بینما یحتاج الی ذلک لو کانت العذرة مالا یراد بیعها، و فی بیع الشرط یترتب اثر البیع، بینما لا یترتب هذا الأثر فی الرهن، و هکذا.

«ثم» انه قد ذکرنا فی اوّل الکتاب ان الاکتساب المحرم علی انواع و قد انتهی النوع الاول منها، و هو: الاکتساب بالانواع النجسة و المتنجسة و فروع ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۳۲

(النوع الثانی) مما یحرم التکسب به: ما یحرم لتحریم ما یقصد به، و هو علی اقسام:

«الأول»- ما لا یقصد من وجوده علی نحوه الخاص الا الحرام،

اشارة

و هی امور:

«منها»- هیاکل العبادة المبتدعة کالصلیب و الصنم.

بلا خلاف ظاهر بل الظاهر الاجماع علیه.

و یدل علیه مواضع من روایة تحف العقول

(النوع الثانی- مما یحرم التکسب به- ما یحرم) الاکتساب به (لتحریم ما یقصد به، و هو علی اقسام):

(«الاول»-) من تلک الاقسام (ما لا یقصد من وجوده علی نحوه الخاص الا الحرام، و هی امور): و تأنیث ضمیر «هی» باعتبار خبره.

(«منها»-) ای من تلک الامور (هیاکل العبادة المبتدعة) هیاکل جمع «هیکل» و هو: التمثال و ما اشبه، و اضافة الهیکل الی العبادة باعتبار تعلق العبادة بذلک الهیکل- و یکفی فی الاضافة ادنی ملابسة- و «المبتدعة» اما صفة الهیاکل، او صفة العبادة (کالصلیب و الصنم بلا خلاف ظاهر) فی کون الاکتساب بهیاکل العبادة المبتدعة محرم (بل الظاهر) من تتبع اقوال الفقهاء (الاجماع علیه).

(و یدل علیه) ای علی تحریمه (مواضع من روایة تحف العقول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۳

المتقدمة، مثل قوله علیه السلام «و کل امر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه». و قوله علیه السلام «او شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد» و قوله علیه السلام «و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه». و قوله علیه السلام «انما حرم اللّه الصناعة التی هی حرام کلها، مما یجیء منها الفساد محضا، نظیر المزامیر و البرابط، و کل ملهو به، و الصلبان و الاصنام- الی ان قال علیه السلام- فحرام تعلیمه و تعلمه و العمل به و اخذ الاجرة علیه و جمیع التقلب فیه من جمیع وجوه الحرکات».

هذا کله مضافا الی ان اکل المال

المتقدمة، مثل قوله علیه السلام «و کل امر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه») و ای فساد اعظم من فساد عبادة غیر اللّه سبحانه.

(و قوله علیه السلام «او شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد») و قد تقدم ان المراد به تأتی وجه من وجوه الفساد منه، لا ان له وجه صلاح و وجه فساد.

(و قوله علیه السلام «و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه») و من المعلوم التقرب بالصلیب و الصنم یکون لغیر اللّه تعالی. (و قوله علیه السلام «انما حرم اللّه الصناعة التی هی حرام کلها مما یجیء منها الفساد محضا، نظیر المزامیر و البرابط، و کل ملهو به) ای سائر آلات اللهو (و الصلبان و الاصنام الی ان قال علیه السلام- فحرام تعلیمه و تعلمه و العمل به و اخذ الاجرة علیه و جمیع التقلب فیه) کالاقتناء و ما اشبه (من جمیع وجوه الحرکات») المربوطة بذلک الشیء، لا مثل کسره و احراقه و ما اشبه مما هو تخلص منه.

(هذا کله) ادلة خاصة علی التحریم (مضافا الی ان اکل المال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۴

فی مقابل هذه الاشیاء اکل له بالباطل. و الی قوله صلی اللّه علیه و آله «ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه».

بناء علی ان تحریم هذه الامور تحریم لمنافعها الغالبة بل الدائمة.

فی مقابل هذه الاشیاء اکل له بالباطل) لان الشارع لم یمض مالیة هذه الاشیاء، کما لم یمض مالیة الخمر، و کل ما یکون اکل المال فی إزاءه اکلا بالباطل، فیشمله قوله تعالی «وَ لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ»، (و الی قوله صلی اللّه علیه و آله «ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه») فحیث ان اللّه حرم الصلیب و الصنم حرم ثمنهما.

«ثم» ان هیکل الصلیب قد یکون نفعه الغالب او الدائم- الذی یسبب کونه مالا- هو العبادة. و هذا لا اشکال فی حرمته و حرمة ثمنه.

و قد یکون نفعه مشترکا بین المحلل و المحرم، بان کان الهیکل مشترکا بین الحرام و الحلال، کالآجر الذی یصنع علی هیکل الصلیب، و الازرار التی تصنع علی هیئة الاصنام، و ما اشبه. و هذا هو الذی اختار جمع جوازه بقصد المحلل. و الی هذا التقسیم اشار المصنف- رحمه اللّه- بقوله: «ان کون هذه الهیاکل محرمة لیحرم ثمنها» (بناء علی ان تحریم هذه الامور) المستفاد من النص و الاجماع، معناه (تحریم لمنافعها الغالبة بل الدائمة) التی هی العبادة.

و انما قال: «بناء» لانه اذا لم يحرم الا بعض منافعها لم يشملها قوله عليه السلام: «اذا حرم شيئا». و الحاصل ان قوله «بناء» انما سيق لبيان تحقق الموضوع، اى ان موضوع تحريم الثمن حرمة الشيء،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٥

فان الصليب من حيث انه خشب بهذه الهيئة لا ينتفع به الا فى الحرام و ليس بهذه الهيئة مما ينتفع به فى المحلل و المحرم. و لو فرض ذلك كان منفعة نادرة لا يقدح فى تحريم العين بقول مطلق الذى هو المناط فى تحريم الثمن.

«نعم» لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آلة

و حرمة الشيء فيما اذا كان منافعه الغالبة او الدائمة حراما، و الصليب كذلك فهو حرام فثمنه حرام (فان الصليب من حيث انه خشب بهذه الهيئة) الخاصة (لا ينتفع به الا فى الحرام) و لذا يكون صنعه و سائر انحاء التقلب فيه حراما (و ليس بهذه الهيئة) الخاصة (مما ينتفع به فى المحلل و المحرم) حتى يشمله قوله عليه السلام «وجه من وجوه الصلاح» و حتى لا يصدق عليه «حرم شيئا» بقول مطلق (و لو فرض ذلك) اى الانتفاع به فى المحلل كسد الساقية، و جعله درجا لتناول شيء فى الرف مثلا (كان) ذلك الوجه المحلل (منفعة نادرة لا يقدح) و لا يضر ذلك النفع المحلل النادر (فى تحريم العين بقول مطلق) بحيث يقال: «انه حرام» بدون ان يقيد الحرمة بشيء، كما ربما يقيد. مثلا يقال «استعمال السلاح فى محاربة المسلمين حرام» (الذى) وصف «للتحريم بقول مطلق» (هو المناط فى تحريم الثمن) لما عرفت من ان حرمة الثمن متوقف على حرمة العين، و حرمة العين انما تكون اذا صدق «انه حرام» بقول مطلق، بدون التقييد.

(«نعم» لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٢٣۶

اخرى لعمل محلل بحيث لا تعد منفعة نادرة، فالاقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة، كما اعترف به فى المسالك.

فما ذكره بعض الاساطين من ان ظاهر الاجماع و الاخبار: انه لا فرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها. فلعله محمول على الجهة المحللة التى لا دخل للهيئة فيها» او النادرة التى مما للهيئة دخل فيه «نعم» ذكر أيضا- وفاقا لظاهر غيره، بل الاكثر- انه لا فرق بين قصد المادة و الهيئة.

اخرى لعمل محلل) كالمطرقة ذات رأسين التى تشبه الصليب (بحيث لا تعد) تلك المنفعة الاخرى المحللة (منفعة نادرة، فالاقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة) لشمول ادلة الجواز له (كما اعترف به فى المسالك).

(فما ذكره بعض الاساطين) اى كاشف الغطاء- رحمه اللّه- (من ان ظاهر الاجماع و الاخبار: انه لا فرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها، فلعله محمول على الجهة المحللة التى لا دخل للهيئة فيها) كما لو اشترى الصليب بقصد ان يجعله فى السقف للبناء عليه فان هيئة الصليب لا دخل لها فى البناء (او) الجهة (النادرة التى مما للهيئة دخل فيه) كجعل الصليب درجا مما هيأته تسبب يسر الصعود و ليس مراد كاشف الغطاء ما ذكرناه من الهيئة التى لها منفعتان بالاشتراك («نعم» ذكر) بعض الاساطين (أيضا وفاقا لظاهر غيره بل الاكثر انه لا فرق بين قصد المادة و الهيئة) فقد يبيع الصنم بقصد الذهب الموجود فيه، بلا ان يقصد هيأته، و قد يبيع الصنم بقصد هيأته بدون قصد المادة، كما انه قد يقصدهما معا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٧

اقول: ان اراد بقصد المادة: كونها هى الباعثة على بذل المال بإزاء ذلك الشيء و ان كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثمن هو ذلك الشيء فما استظهره من الاجماع و الاخبار حسن، لان بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكل بالشكل الخاص- من حيث كونه ما لا عرفا- بذل للمال على الباطل.

و ان اراد بقصد المادة: کون المبیع هی المادة، سواء

(اقول): لا نسلم عدم الفرق بین قصد المادة و قصد الهیئة، بل قصد المادة فی بعض الاحیان یکون سببا لصحة البیع، فإنه (ان اراد کاشف الغطاء (بقصد المادة) الموجب للبطلان کما یوجب بطلان البیع قصد الهیئة: (کونها) ای المادة (هی الباعثة علی بذل المال بإزاء ذلک الشیء) کما نری ذلک بالوجدان فی ان الوثنی الثری یشتری الصنم من الذهب، و الفقیر یشتری الصنم من الخشب، فبذل مال الثری انما هو بإزاء الذهب (و ان کان عنوان المبیع المبذول بإزائه الثمن هو ذلک الشیء) ای الصنم فهو یبذل عشرة دنانیر- مثلا- فی مقابل الصنم لکن الباعث له علی بذل هذا المقدار من المال هو کونه ذهبا (فما استظهره) کاشف الغطاء رحمه اللّه- (من الاجماع و الاخبار) علی البطلان و عدم الفرق بین قصد المادة و قصد الهیئة (حسن، لان بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشکل بالشکل الخاص- من حیث کونه مالا عرفا- بذل للمال علی الباطل) فان المشتری هو الصنم.

(و ان اراد بقصد المادة: کون المبیع هی المادة) فقط، (سواء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۸

تعلق البیع بها بالخصوص- کأن یقول: بعتک خشب هذا الصنم- او فی ضمن مجموع مرکب- کما لو وزن له وزنة حطب فقال: بعتک فظهر فیه.

صنم او صلیب- فالحکم ببطلان البیع فی الاول، و فی مقدار الصنم فی الثانی مشکل، لمنع شمول الادلة لمثل هذا الفرد، لان المتیقن من الادلة المتقدمة:

حرمة المعاوضة علی هذه الأمور نظیر المعاوضة علی غیره من الاموال العرفیة و هو ملاحظة مطلق ما یتقوم به مالیة الشیء من المادة و الهیئة و الاوصاف.

تعلق البیع بها بالخصوص- کأن یقول بعتک خشب هذا الصنم- او) تعلق البیع بها (فی ضمن مجموع مرکب- کما لو وزن له وزنة حطب فقال بعتک) هذه الوزنة (فظهر فیه صنم او صلیب- فالحکم ببطلان البیع فی الاول) ای بیع خشب الصنم (و فی مقدار الصنم فی الثانی) فیما باعه وزن حطب فظهر فیه صنم مثلا (مشکل، لمنع شمول الادلة) الدالة علی حرمة بیع الصلیب و الصنم (لمثل هذا الفرد) من البیع و هو ما لو باع الخشب لا الهیکل (لان المتیقن من الادلة المتقدمة: حرمة المعاوضة علی هذه الأمور) الصلیب و الصنم و المزامیر و ما اشبه، معاوضة (نظیر المعاوضة علی غیره من الاموال العرفیة، و هو) الضمیر راجع الی النظیر (ملاحظة مطلق ما یتقوم به مالیة الشیء من المادة و الهیئة و الاوصاف).

و لکن ربما یقال بعدم الفرق فی شمول المطلقات بین قصد المادة او قصد الهیکل او قصدهما معا، فان القصد لا یغیر من الواقع شیئا، ألا تری انه لو نهی المولی عن بیع الدار ثم باع العبد مواد الدار، لم یکن معذورا عند العرف، و ما ذکره- رحمه اللّه- من انه «المتیقن» محل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۳۹

و الحاصل ان الملحوظ فی البیع قد یکون مادة الشیء من غیر مدخلیة الشکل. الا تری انه لو باعه وزنة نحاس فظهر فیها آنیة مکسورة لم یکن له خیار العیب لان المبیع هی المادة.

و دعوی-: ان المال هی المادة بشرط عدم الهیئة- مدفوعة بما صرح به من انه لو اتلف الغاصب لهذه الامور ضمن موادها.

تأمل، اذ لا اجمال حتی یؤخذ بالقدر المتیقن.

(و) کیف کان ف (الحاصل) مما ذکره الماتن (ان الملحوظ فی البیع قد یکون مادة الشیء من غیر مدخلیة الشکل) فی بذل الثمن و الرغبة و القصد من جانب البائع و المشتری (الا تری انه لو باعه وزنة نحاس فظهر فیها) ای فی تلک الوزنة (آنیة مکسورة لم یکن له خیار العیب) اذ المبیع مادة النحاس، لا الشکل حتی یکون الکسر موجبا لخیار العیب، بخلاف ما اذا باعه الآنیة بالمادة و الشکل، فان الکسر فی الهیکل کالمغشوش فی المادة موجبان لخیار العیب (لان المبیع) فی الاول (هی المادة) فقط و فی الثانی المادة و الصورة.

(و دعوی-: ان المال) فی مثل الصنم و الصلیب (هی المادة بشرط عدم الهیئة) فوجود الهیئة یسقط مالیة الصنم، حتی انه لا یجوز بذل المال بإزاء المادة المتلبسة بالهیئة (- مدفوعة بما صرح به) فی کلام الفقهاء (من انه لو اتلف الغاصب لهذه الامور) التی لا یجوز بیعها کالصنم و الصلیب و المزمار (ضمن موادها) و لو کان المال هو المادة بدون الهیئة کان اتلاف المادة فی ضمن الهیئة غیر موجب للضمان. و هذا التصریح منهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۰

و حمله علی الإتلاف تدریجا تمحل.

و فی محکی التذکرة: انه اذا کان لمکسورها قیمة و باعها صحیحة لیکسر و کان المشتری ممن یوثق بدیانته فانه یجوز بیعها علی الاقوی. انتهی.

و اختار ذلک صاحب الکفایة، و صاحب

دلیله «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن».

اللهم الا ان یقال: ان ذلک اوّل الکلام، فان عدم اعتبار مالیة هذه الاشیاء یدل علی عدم شمول «من اتلف». و یؤیده ان المسلمین کانوا یکسرون الاصنام و یتلفونها، و کذلک آلات اللهو بدون ان یعطوا ثمن المواد فتأمل.

هذا مضافا الی ان کون المادة مالا لا تصحح البیع بعد النهی عن بیع الصنم المطلق لما قصد بیع المجموع او المادة فقط. (و حمله) ای حمل کلامهم فی الضمان (علی الاتلاف تدریجا) بمعنی انهم انما صرحوا بالضمان فی صورة الاتلاف فیما اتلف الهیئة أولا حتی صار مالا ثم اتلف المادة، حتی یکون الغاصب متلفا للمال (تمحل) ای تکلف بدون وجه.

(و) یدل علی جواز بیع هذه الامور بقصد المادة ما (فی محکی التذکرة: انه اذا کان لمکسورها) ای مکسور آلات العبادة کالصنم و الصلیب و نحوها (قیمة و باعها) فی حال کونها (صحیحة) لکن (لیکسر) و ینتفع بموادها فقط (و کان المشتری ممن یوثق بدیانته) و انه یکسرها (فانه یجوز بیعها علی الاقوی. انتهی) کلام التذکرة.

(و اختار ذلک) الذی اختاره العلامة (صاحب الکفایة، و صاحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۱

الحدائق، و صاحب الریاض، نافیا عنه الریب.

و لعل التقیید- فی کلام العلامة بکون المشتری ممن یوثق بدیانته- لئلا یدخل فی باب المساعدة علی المحرم، فان دفع ما یقصد منه المعصیة غالبا مع عدم وثوق بالمدفوع إلیه، تقویة لوجه من وجوه المعاصی، فیکون باطلا کما فی روایة تحف العقول-

لکن فیه- مضافا الی التأمل فی بطلان البیع لمجرد الاعانة علی الاثم

الحدائق، و صاحب الریاض، نافیا عنه الریب) فان فهم هؤلاء الفقهاء دلیل علی ان الظاهر من ادلة عدم جواز بیعها عدم جواز البیع مادة و هیئة لا عدم جواز البیع بقصد المادة فقط.

(و) ان قلت: ان کان المناط «قصد المادة و عدم قصدها» فما هو تأثیر الوثاقة بدین المشتری الذی ذکره العلامة؟ قلت: (لعل التقیید فی

کلام العلامة بکون المشتری ممن یوثق بدیانته لئلا یدخل) البیع بدون الوثاقة (فی باب المساعدة علی المحرم) فیما اذا لم یکسره المشتری (فان دفع ما یقصد منه المعصیة غالبا مع عدم وثوق بالمدفوع إلیه تقویة لوجه من وجوه المعاصی فیکون) البیع (باطلا، کما صرح بذلک (فی روایة تحف العقول) فالوثوق المذکور فی کلامه طریقی لا موضوعی.

(لکن فیه) ای فی تقیید العلامة (- مضافا الی التأمل فی بطلان البیع لمجرد الاعانة علی الاثم) فان فی کثیر من البیوع إعانة علی الاثم، مع واسطة الفاعل المختار، و لیس ذلک محرما، فان النهی بأمر خارج عن المعاملة کالنهی عن البیع وقت النداء لا یوجب بطلانا، و خبر تحف العقول و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۲

-: انه یمکن الاستغناء عن هذا القید بکسره قبل ان یقبضه ایاه، فان الهیئة غیر محترمة فی مثل هذه الامور- کما صرحوا به فی باب الغصب- بل قد یقال بوجوب اتلافها فورا. و لا یبعد ان یثبت، لوجوب حسم مادة الفساد.

و فی جامع المقاصد- بعد حکمه بالمنع عن بیع هذه الاشیاء و ان امکن الانتفاع علی حالها فی غیر المحرم

دل علی البطلان لکنه ضعیف غیر مجبور فی هذه الفقرة، فأصالة جواز البیع محکمة-: (انه یمکن الاستغناء عن هذا القید) ای قید وثوق البائع بکسر المشتری (بکسره) ای البائع للصنم الذی یبیعه- مثلا- (قبل ان یقبضه ایاه) او یجبره علی کسره او یکون هناک من یکسر او یجبر علی الکسر من باب إتلاف مادة الفساد، الواجب شرعا، و لا یمکن ان یقال: کیف یکسره البائع و یتصرف فی مال غیره بعد البیع؟ (فان الهیئة غیر محترمة فی مثل هذه الامور- کما صرحوا به فی باب الغصب-) و التصرف فی المادة الملازم للکسر جائز شرعا (بل قد یقال بوجوب اتلافها) ای الهیئة (فورا) فهو واجب و لیس بمجرد جواز (و لا یبعد ان یثبت) وجوب الکسر فورا (لوجوب حسم) و قطع (مادة الفساد) المستفاد من کسره- صلی اللّه علیه و آله- اصنام اهل مکة و الطائف و غیرهما بمجرد قدرته علی ذلک.

(و) مثل کلام العلامة الدال علی جواز البیع بقصد المادة ما (فی جامع المقاصد) فانه- (بعد حکمه بالمنع عن بیع هذه الاشیاء) کالصنم و الصلیب (و ان امکن الانتفاع علی حالها) و هیأتها (فی غیر المحرم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۳

منفعة لا تقصد منها- قال: و لا اثر لکون رضاضها الباقی بعد کسرها مما ینتفع به فی المحلل، و یعد مالا، لان بذل المال فی مقابلها- و هی علی هیأتها- بذل له فی المحرم الذی لا یعد ما لا عند الشارع. نعم لو باع رضاضها الباقی بعد کسرها- قبل ان یکسرها- و کان المشتری موثوقا به و انه یکسرها، امکن القول بصحة البیع. و مثله باقی الامور المحرمة کاوانی النقدین و الصنم. انتهی.

کجعلها الواحا للسقوف او درجا للصعود و ما اشبه (منفعة) محللة (لا تقصد منها) غالبا، فان المقصود من هیکل الصنم العبادة- عند اهله- لا جعله لوحا او درجا (- قال: و لا اثر لکون رضاضها) و اجزائها (الباقی بعد کسرها مما ینتفع به فی المحلل و یعد مالا) أی لا اثر لذلک فی جواز بیعها فعلا مع الهیئة، و انما قلنا «لا اثر» (لان بذل المال فی مقابلها- و هی علی هیأتها- بذل له فی المحرم الذی لا یعد ما لا عند الشارع) اذ للهیکل قسط من الثمن (نعم لو باع رضاضها الباقی بعد کسرها- قبل ان یکسرها-) بان کان البیع قبل الکسر، لکن المبیع الرضاض و المادة فقط (و کان المشتری موثوقا به) دینا (و انه یکسرها، امکن القول بصحة البیع) لان المبیع المادة، و الدلیل الدال علی حرمة بیعها منصرف الی بیع المادة و الهیئة معا، کما هو متعارف عند اهلها (و مثله باقی الامور المحرمة) من جهة الهیئة (کاوانی النقدین) الذهب و الفضة (و الصنم). و غیرها.

(«و منها»-) ای من الامور التی لا یقصد من وجوده علی نحوه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۴

«و منها»- آلات القمار بانواعه،

بلا خلاف ظاهرا.

و يدل عليه جميع ما تقدم فى هياكل العبادة. و يقوى هنا أيضا جواز بيع المادة قبل تغيير الهيئة.

و فى المسالك: انه لو كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة ليكسر و كان المشترى ممن يوثق بديانته ففى جواز بيعها وجهان

الخاص الا الحرام، و هـذا عطف على اوّل المسألة (آلات القمار بانواعه) اى بمختلف انواع القمار من النرد و الشطرنج و غيرهما، فانه يحرم التكسب به لتحريم ما يقصد به (بلا خلاف ظاهرا) اى حسب ما استظهرناه من كتبهم و كلامهم.

(و يـدل عليه) اى على التحريم هنـا (جميع مـا تقـدم فى هياكل العبادة) من فقرات روايـة التحف و النبوى بل و قوله تعالى «رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ» الى غير ذلك (و يقوى هنا) فى آلات القمار (أيضا) مثل هياكل العبادة (جواز بيع المادة قبل تغيير الهيئـة) لما ذكرناه هناك من الادلة فان النهى منصرف الى بيع المادة و الهيئة لا المادة فقط.

(و فى المسالـك) تأييـد مـا ذكرنـاه من جواز البيع، فانه قال: (انه لو كان لمكسورها) اى مكسور آلات القمار (قيمـة و باعها صـحيحة ليكسـر) اما باشتراط الكسـر فى ضـمن البيع او كون البيع لهـذه الغايـة (و كان المشترى ممن يوثق بـديانته) و انه يكسـرها بعد الاشتراء (ففى جواز بيعها وجهان) من اطلاق ادلة المنع. و من انصراف الادلة الى صورة البيع المتعارف و هى

و قوى فى التذكرة الجواز مع زوال الصفة و هو حسن. و الاكثر اطلقوا المنع. انتهى.

اقول: ان اراد بزوال الصفة زوال الهيئة فلا ينبغى الاشكال فى الجواز، و لا ينبغى جعله محلا للخلاف بين العلامة و بين الاكثر.

«ثم» ان المراد بالقمار: مطلق المراهنة بعوض. فكل ما اعد لها بحيث لا يقصد منه

بيع المادة مع الهيئة (و قوى فى التـذكرة الجواز مع زوال الصـفة) اى بشـرط زوال الصـفة (و هو) اى ما ذكره العلامـة (حسن. و الاكثر اطلقوا المنع. انتهى) كلام المسالك.

(اقول): الظاهر ان العلامة اراد بزوال الصـفة بيعها بشرط زوال الصفة لا البيع بعد زوال الصفة، لانه (ان اراد بزوال الصفة زوال الهيئة فلا ينبغى الاشـكال فى الجواز) اذ اتصاف المادة فى وقت من الاوقات بصـفة محرمة لا يوجب استصـحاب الحرمة الى ما بعد زوال الصـفة (و لا ينبغى جعله) اى الجواز بالشـرط المـذكور (محلا للخلاف بين العلامة و بين الاكثر) اذ الكل يقولون بالجواز بعد زوال الصـفة، و بعض المعلقين قال: لعله اراد بزوال الصـفة عـدم مقامرة الناس به و تركهم له بحيث خرج عن كونه آلـة القمار و ان كانت الهيئة باقية فتدبر.

(«ثم» ان المراد بالقمار: مطلق المراهنـة بعوض ف) المراد بآلة القمار التى هى موضوع الكلام و انه لا يجوز اجراء المعاملة عليها (كل ما اعد لها) اى للمقامرة (بحيث لا يقصد منه) الضمير يرجع الى «ما»

على ما فيه من الخصوصيات غيرها حرمت المعاوضة عليه.

و أما المراهنة بغير عوض فسيجىء انها ليست بقمار على الظاهر.

«نعم» لو قلنا بحرمتها لحق الآلة المعدة لها حكم آلات القمار، مثل ما يعملونه شبه الكرة يسمى عندنا التوبة و الصولجان.

«و منها»- آلات اللهو علی اختلاف اصنافها

بلا خلاف، لجمیع ما تقدم فی المسألة السابقة

(علی ما فیه من الخصوصیات) بخلاف مادته المجردة (غیرها) ای غیر المقامرة، فان ما یکون کذلک (حرمت المعاوضة علیه).

(و اما المراهنة بغیر عوض) فهل الآلة المعدة لذلک حرام أم لا (فسیجیء انها) ای المراهنة بغیر عوض (لیس بقمار علی الظاهر) الذی یستفاد من ادلة تحریم القمار. و علی هذا فلیست آلتها کآلة القمار فی تحریم البیع.

(«نعم» لو قلنا بحرمتها) ای بحرمة المراهنة بغیر عوض (لحق الآلة المعدة لها حکم آلات القمار، مثل ما یعملونه شبه الکرة یسمی عندنا التوبة و الصولجان) یضرب بالصولجان علی التوبة- و هی جسم مدور شبه الکرة- فمن لم یتمکن من ارجاعها بان انفلتت تلک الکرة من صولجانه عد خاسرا. و الظاهر ان ذلک لیس من آلات القمار. و لا عمله یسمی قمارا. و سیأتی تفصیل الکلام فیه.

(«و منها»-) ای مما لا- یقصد من وجوده علی النحو الخاص الا الحرام (آلات اللهو علی اختلاف اصنافها) کالقانون و المزمار و ما اشبه (بلا خلاف) فی حرمة بیعها (لجمیع ما تقدم فی المسألة السابقة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۷

و الکلام فی بیع المادة کما تقدم.

و حیث ان المراد بآلات اللهو ما اعد له توقف علی تعیین معنی اللهو و حرمة مطلق اللهو، الا ان المتقین منه: ما کان من جنس المزامیر و آلات الاغانی و من جنس الطبول، و سیأتی معنی اللهو و حکمه.

«و منها»- أوانی الذهب و الفضة،

اذا قلنا بتحریم اقتنائها

من الادلة، کروایة تحف العقول، و النبوی و غیرهما، بل و النبوی المروی عن تفسیر ابی الفتوح قال صلی اللّه علیه و آله: «ان اللّه بعثنی هدی و رحمة للعالمین، و امرنی أن امحو المزامیر و المعازف و الاوتار و الاوثان- الی ان قال صلی اللّه علیه و آله-: ان آلات المزامیر شراؤها و بیعها و ثمنها و التجارة بها حرام». (و الکلام فی بیع المادة کما تقدم) فی مسألة هیاکل العبادة.

(و حیث ان المراد بآلات اللهو ما اعد له) ای للهو (توقف) تنقیح الکلام فی هذه المسألة (علی تعیین معنی اللهو) لیعرف ما هی آلته المضافة إلیه (و) کذلک توقف علیه الاستدلال علی (حرمة مطلق اللهو) اذ لو کان بعض اقسام اللهو غیر حرام لم تکن آلة تلک الاقسام محرمة (الا- ان المتیقن منه) ای من المحرم من آلة اللهو (ما کان من جنس المزامیر و آلات الاغانی و من جنس الطبول، و سیأتی معنی اللهو و حکمه) و هل انه مطلقا حرام اوان الحرام بعض اقسامه.

(«و منها»-) ای مما لا یقصد من وجوده علی نحوه الخاص الا الحرام (أوانی الذهب و الفضة، اذا قلنا بتحریم اقتنائها) و اما من لا یقول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۴۸

او قصد المعاوضة علی مجموع الهیئة و المادة، لا المادة فقط.

«و منها»- الدراهم الخارجة المعمولة لاجل غش الناس،

اذا لم يفرض على هيأتها الخاصة منفعة محللة معتد بها، مثل التزيين او الدفع الى الظالم الذى يريد مقدارا من المال كالعشار و نحوه، بناء على جواز ذلك و عدم وجوب اتلاف مثل هذه الدراهم- و لو بكسرها- من باب دفع مادة الفساد.

بحرمة الاقتناء، و انما المحرم استعمالها فلا يقول بحرمة المعاوضة عليها، لان لها منفعة محللة مقصودة (او) قلنا بحرمة الاقتناء و (قصد) المتبايعان (المعاوضة على مجموع الهيئة و المادة، لا المادة فقط) و الا جاز ذلك لما تقدم فى مسألة هياكل العبادة.

(«و منها»-) اى مما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص الا الحرام (الدراهم الخارجة) عن الدراهم المتعارفة (المعمولة لاجل غش الناس) اما الدراهم التى فيها الغش مما اعتبرها المعتبر مغشوشة بمعنى خلط الفضة بغيرها فليست من هذا الباب، و لذا قيدها المصنف «رحمه اللّه» بقوله:

المعمولة الخ (اذا لم يفرض لها على هيأتها الخاصة منفعة محللة معتد بها) بما يجعلها ما لا عرفا (مثل التزيين) بهذا النوع من الدراهم (او الدفع الى الظالم الذى يريد مقدارا من المال كالعشار و نحوه) من سائر الظلمة، (بناء على جواز ذلك) اى الدفع الى العشار، و ذلك لاحتمال ان لا يجوز حيث ان الواجب كسرها (و عدم وجوب اتلاف مثل هذه الدراهم) عطف على «جواز» (و لو) كان الاتلاف (بكسرها من باب دفع مادة الفساد) المستفاد من قوله سبحانه «ان اللّه لا يحب الفساد» و «لا يصلح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۴۹

كما يدل عليه قوله- عليه السلام، فى رواية الجعفى، مشيرا الى درهم-: «اكسر هذا، فانه لا يحل بيعه، و لا انفاقه» و فى رواية موسى بن بكر «قطعه نصفين، ثم قال: ألقه فى البالوعة، حتى لا يباع بشىء فيه غش». و تمام الكلام فيه فى باب الصرف إن شاء اللّه.

و لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال لمن صارت إليه، فان وقع عنوان المعاوضة على

عمل المفسدين»، و ما اشبه. اذا قلنا باستفادة دفع مادة الفساد من هذه النصوص.

(كما يدل عليه قوله- عليه السلام- فى رواية) المفضل بن عمر (الجعفى- مشيرا الى درهم-: «اكسر هذا، فانه لا يحل بيعه، و لا انفاقه») الظاهر منه عدم الانفاق حتى للظلمة. (و فى رواية موسى بن بكر) قال: كنا عند ابى الحسن عليه السلام فاذا دنانير مصبوبة بين يديه فنظر الى دينار فاخذه بيده ثم (قطعه نصفين، ثم قال) لى: («القه فى البالوعة حتى لا يباع بشىء فيه غش») و رواية دعائم الاسلام فى الستوق يقطع و لا يحل ان ينفق. (و تمام الكلام فيه فى باب الصرف إن شاء اللّه) تعالى.

«ثم» ان الكلام فى الغش يقع تارة فى صورة العلم بالغش، و قد تقدم الكلام فيه.

(و) اخرى فى صورة الجهل بالغش ف (لو وقعت المعاوضة عليها) اى على الدراهم المغشوشة (جهلا) بالغش (فتبين الحال) بعد ذلك (لمن صارت) تلك الدراهم (إليه، فان وقع عنوان المعاوضة على)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۵۰

الدرهم المنصرف اطلاقه الى المسكوك بسكة السلطان، بطل البيع.

و ان وقعت المعاوضة على شخصه من دون عنوان، فالظاهر صحة البيع مع خيار العيب ان كانت المادة مغشوشة. و ان كان الغش مجرد تفاوت السكة

كلى (الدرهم المنصرف اطلاقه الى المسكوك بسكة السلطان) ثم اعطى الغش من باب الوفاء كان اللازم تبديل هذا الدرهم المعطى بفرد آخر ينطبق عليه الكلى، و البيع حينئذ صحيح، فهو مثل ان يبيعه فرسا كليا ثم يعطيه حمارا من باب الوفاء، فان الوفاء غير تام لا ان

البیع غیر تـام، و ان وقعت المعاوضـة علی الشـخص الخـارجی لکن بعنوان الـدرهم المنصـرف الی السـلطانی (بطل البیع) لانه من قبیل تخلف الاشارة و الوصف، کما لو اشار الی حمار و قال: بعتک هـذا الفرس، فانه یبطل البیع، و لیس من قبیل بیع الکلی المتقدم. و هذا الفرد هو مراد المصنف کما فی تعلیقة المجاهد الشیرازی. فما ذکره السید الطباطبائی من الاشکال علی المتن لیس فی محله.

(و ان وقعت المعاوضـة علی شـخصه) ای شـخص هـذا الـدرهم الموجـود (من دون عنـوان) کونه الـدرهم المنصـرف الی السـلطانی- کـالقسم الثانی- (فالظاهر صـحة البیع، مع خیار العیب ان کانت المادة مغشوشـة) لان الغش عیب و لا منافاة بین عـدم الانصـراف- الی السـلطانی- من جهـة الهیئة، و الانصـراف- الی المادة الصـحیحة- من جهة المادة فیأتی فیه خیار العیب (و ان کان الغش مجرد تفاوت السکة) کما کان ذلک متعارفا فی القدیم، حیث کانت سکک الدراهم و الدنانیر مختلفة، کاللیرة الحمیدیة و الرشادیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۱

فهو خیار التدلیس فتامل.

و ما اشبـه (ف) الظاهر ان الخیار الـذی للمشتری (هو خیار التـدلیس) لان تفاوت السـکة لیس عیبا و انما یکون الغش تـدلیسا. (فتامل) لاحتمـال انه لاـ خیار له اصـلا اذن لیس فی البین تـدلیس بعـد کون المبیع شخصیا فان البائع لم یظهر للمشتری الا نفس الواقع و زعم المشتری ان المبیع من قسم خاص لا یوجب خیار التدلیس فان التدلیس انما هو فیما اذا اظهر البائع خلاف الواقع.

فتحصل: انه قد یبیع الکلی و یعطی الفرد المخالف من باب الوفاء و قد یبیع الشـخص، و الثانی علی قسـمین، لانه اما ان یبیع المعنون و یخالف العنوان و اما ان یبیع بدون عنوان لکن الانصراف یوجب مادة خالصة او سکة کذائیة.

فالاول- من قبیل بیع الفرس الکلی و اعطاء الحمار، فانه لا بد من تبدیل ما اعطاه.

و الثـانی- من قبیـل ان یقول: بعتـک هـذا الفرس. مشـیرا الی حمـار، فـانه یبطـل البیع لتخلف الوصف و الاشارة تخلفا یوجب اختلاف الحقیقة.

و الثالث- من قبیل ان یقول بعتک هذا الفرس. فیظهر معیبا فان له خیار العیب.

و الرابـع- من قبیـل ان یقول: بعتـک هـذا الفرس. و کـان المنصـرف من الفرس العراقی ثم ظهر غیر العراقی، و یکون حینئـذ من بـاب التـدلیس و انمـا کـان هـذا من باب خیار التـدلیس لانه لا نقص فی المبیع من جهـة اختلاف السـکة بخلاف الصورة الثالثـة فان الغش نقص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۲

....

و حیث یمکن ان یرد علی المصـنف سؤال الفرق بین «اختلاف السـکة» الذی ذکر- قدس سره- صحة العاملة مع خیار التدلیس. و بین «آلات العبادة کالصنم و نحوه» الذی ذکر- قدس سره- بطلان المعاملة- حتی فی صورة الجهل-؟.

و حاصل الاشکال: ان الصورة الملغاة شرعا کالصنم، او غیر المقصودة للمشتری کالدرهم المخالف سکته ان لم نعتبرها، بان قلنا المال بإزاء المادة، فیلزم صـحة المعاملـة فی الموردین لفرض ان ذات الصـنم کـذات الـدرهم- ای مادتهما- لها مالیـة عرفیـة یصح ان تقابل بالثمن. و ان اعتبرنا الصورة کان اللازم بطلان المعاملة فی الموردین، فکیف قلتم بصحة المعاملة فی الدرهم دون الصنم؟

اجاب عن ذلک بما حاصـله الفرق بین الموردین، فان صورة الـدرهم لا تقابل بالمال، و انما المال یکون فی قبال فضـة الـدرهم- کما کـان سابقـا کـذلک- فـالبیع للمادة، و الثمن فی قبال المادة، و لـذا یصـح البیع، منتهی الامر تـدارک اختلاف السـکة بخیار التـدلیس، بخلاف صورة الصـنم فان لها دخلا فی المالیـة، لوضوح ان ذات الـذهب ارخص من الـذهب الموجود فی ضـمن الصـنم- فان لصورة

الصنم مالیهٔ عند اهله- و لذا کان الثمن فی قبال المادهٔ المقیدهٔ بالصورهٔ. و حیث ان الشارع الغی مالیهٔ «المادهٔ المقیدهٔ بهذه الصورهٔ» کان البیع باطلا- و لیس الثمن بإزاء جزءین: المادهٔ و الهیئهٔ، حتی یقال بصحهٔ البیع بالنسبهٔ الی احد الجزءین من قبیل خیار تبعض الصفقهٔ. و الی هذا الجواب اشار بقوله:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۳

و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات، فان البیع الواقع علیها لا یمکن تصحیحه بامضائه من جهۀ المادهٔ فقط و استرداد ما قابل الهیئهٔ من الثمن المدفوع، کما لو جمع بین الخل و الخمر، لان کل جزء من الخل و الخمر مال لا بد ان یقابل فی المعاوضهٔ بجزء من المال، ففساد المعاملهٔ باعتباره یوجب فساد مقابله من المال لا غیر، بخلاف المادهٔ و الهیئهٔ، فان الهیئهٔ من قبیل القید للمادهٔ

(و هذا) الذی ذکرناه فی صورهٔ اختلاف السکهٔ من صحهٔ البیع مع خیار التدلیس (بخلاف ما تقدم من) بطلان بیع (الآلات) للعبادهٔ (فان البیع الواقع علیها) ای علی آلات العبادهٔ (لا یمکن تصحیحه) ای تصحیح ذلک البیع (بامضائه من جهۀ المادهٔ فقط و استرداد) المشتری (ما قابل الهیئهٔ من الثمن المدفوع) الی البائع، حتی یکون حال الصنم المبیوع (کما لو جمع بین الخل و الخمر) فی البیع ای لیس حال المادهٔ و الهیئهٔ فی الصنم حال الخل و الخمر فیما لو باعهما صفقهٔ واحدهٔ، فلا یمکن ان نقول ببطلان البیع بالنسبهٔ الی الصورهٔ و صحهٔ البیع بالنسبهٔ المادهٔ، کما نقول فی بیع الخل و الخمر ببطلان البیع بالنسبهٔ الی الخمر و صحته بالنسبهٔ الی الخل، و انما لیس حال الصنم حال الخل و الخمر (لان کل جزء من الخل و الخمر) ای الخل الذی هو جزء من المبیع و الخمر التی هی جزء أیضا (مال) عرفی (لا بد ان یقابل فی المعاوضهٔ بجزء من المال، ففساد المعاملهٔ باعتباره) ای باعتبار احد الجزءین- کالخمر- (یوجب فساد مقابله من المال) ای الثمن (لا غیر) فلا یوجب فساد المعاملهٔ بالنسبهٔ الی الجزء الآخر (بخلاف المادهٔ و الهیئهٔ) فی الصنم (فان الهیئهٔ من قبیل القید للمادهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۴

جزء عقلی لا خارجی یقابل بمال علی حدهٔ، ففساد المعاملهٔ باعتباره فساد لمعاملهٔ المادهٔ حقیقهٔ.

و هذا الکلام مطرد فی کل قید فاسد بذل الثمن الخاص لداعی وجوده.

جزء عقلی لا- خارجی) و المراد کونه عقلیا فی عدم کونه شیئا ملموسا، فلیس مثل الخمر التی هی جزء خارجی ملموس، فلا ینافی کونه جزء عقلیا و قبوله للانفکاک عن المادهٔ عقلا، فتنبه- فلا (تقابل) الهیئهٔ (بمال علی حدهٔ، ففساد المعاملهٔ باعتباره) ای باعتبار هذا الجزء- ای الهیئهٔ- (فساد لمعاملهٔ المادهٔ حقیقهٔ) اذ المادهٔ المقیدهٔ کانت فی مقابل الثمن، بخلاف الخل و الخمر فان الخل المصاحب للخمر کان فی مقابل الثمن فاذا فسد احد الجزءین لا یوجب فساد الجزء الآخر.

(و هذا الکلام) الذی ذکرناه فی الصنم من ان المعاملهٔ فاسدهٔ لان الثمن فی قبال المادهٔ المقیدهٔ، فاذا فسد القید افسد المعاملهٔ (مطرد فی کل قید فاسد بذل الثمن الخاص) ای الثمن للمادهٔ المقیدهٔ، فی قبال ما اذا بذل الثمن للمادهٔ فقط (لداعی وجوده) ای وجود ذلک القید.

فتحصل الفرق بین «اختلاف السکهٔ» و بین «الصنم» بان السکهٔ لا تقابل بالمال بخلاف هیئهٔ الصنم، کما ظهر الفرق بین «هیئهٔ الصنم» و بین «الخل و الخمر» فالهیئهٔ قید، و الخمر جزء.

و حیث تداخل هذان المبحثان «الهیئهٔ و السکهٔ» و «الخل و الخمر» اشکل فهم مراد المصنف علی بعض المعلقین و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۵

القسم الثانی ما یقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة.

اشارة

و هو تارة علی وجه یرجع الی بذل المال فی مقابل المنفعة المحرمة، کالمعاوضة علی العنب مع التزامهما ان لا- یتصرف فیه الا بالتخمیر. و اخری علی وجه یکون الحرام هو الداعی الی المعاوضة لا غیر، کالمعاوضة علی العنب مع قصدهما تخمیره.

و الاول- اما ان یکون الحرام مقصودا لا غیر، کبیع العنب علی ان

(القسم الثانی) مما یحرم التکسب به لتحریم ما یقصد منه.

(ما یقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة) و ان کان له نفع محلل متعارف یجوز بیعه لاجل ذلک النفع.

(و هو تارة علی وجه یرجع الی بذل المال فی مقابل المنفعة المحرمة، کالمعاوضة علی العنب مع التزامهما ان لا- یتصرف فیه الا بالتخمیر) بان یجعله خمرا (و) تارة (اخری علی وجه یکون الحرام هو الداعی الی المعاوضة لا غیر) الحرام (کالمعاوضة علی العنب مع قصدهما تخمیره) بدون ان یشترطا ذلک فی المعاوضة.

(و الاول) الذی هو بذل المال فی مقابل المنفعة المحرمة علی قسمین لانه (اما ان یکون الحرام مقصودا لا غیر) الحرام (کبیع العنب علی ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۶

یعمله خمرا و نحو ذلک. و اما ان یکون الحرام مقصودا مع الحلال، بحیث یکون بذل المال بإزائهما کبیع الجاریة المغنیة بثمن لوحظ فیه وقوع بعضه بإزاء صفة التغنی.

فهنا مسائل ثلاث:-

«الأولی»- بیع العنب علی ان یعمل خمرا،

و الخشب علی ان یعمل صنما، او آلة لهو، او قمار، او اجارة المساکن لیباع او یحرز فیها الخمر و کذا اجارة السفن و الحمولة لحملها.

و لا اشکال فی فساد المعاملة فضلا عن حرمته. و لا خلاف فیه

یعمله خمرا و نحو ذلک). کبیع الخشب علی ان یعمله صنما (و اما ان یکون الحرام مقصودا مع الحلال، بحیث یکون بذل المال) من المشتری (بإزائهما) معا (کبیع الجاریة المغنیة بثمن لوحظ فیه) ای فی ذلک الثمن (وقوع بعضه بإزاء صفة التغنی. فهنا مسائل ثلاث:-) المعاوضة بشرط الحرام فقط. المعاوضة فیما کان الثمن بإزاء الحرام و الحلال معا. المعاوضة علی ان یکون الداعی هو الحرام.

المسألة («الاولی»- بیع العنب علی ان یعمل خمرا، و الخشب علی ان یعمل صنما، او آلة لهو، او قمار، او اجارة المساکن لیباع او یحرز) و یحفظ (فیها الخمر، و کذا اجارة السفن و الحمولة) کالدواب و السیارات (لحملها) ای الخمر.

(و لا اشکال فی فساد المعاملة) وضعا (فضلا عن حرمته) ای التعامل تکلیفا (و لا خلاف فیه) ای فساد المعاملة و الحرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۵۷

و یدل علیه- مضافا الی کونها اعانة علی الاثم، و الی ان الالزام و الالتزام بصرف المبیع فی المنفعة المحرمة الساقطة فی نظر الشارع

اكل و ايكال للمال بالباطل- خبر جابر قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر؟ قال- عليه السلام-: «حرام اجرته». فانه اما مقيد بما اذا استأجره لذلك او يدل عليه بالفحوى.

(و يدل عليه- مضافا الى كونها) اى المعاملة لاجل التخمير و سائر المعاملات التى من هذا القبيل (اعانة على الاثم) فيشمله قوله سبحانه «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ» (و) مضافا (الى ان الالزام و الالتزام بصرف المبيع فى المنفعة المحرمة الساقطة) تلك المنفعة (فى نظر الشارع اكل) من البائع (و ايكال) من المشترى (للمال بالباطل) فيشمله قوله سبحانه «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» (- خبر جابر) فاعل لقوله «يدل» (قال:

سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر؟

قال- عليه السلام-: «حرام اجرته») و من المعلوم ان حرمة الاجرة تكليفا مستلزمة للحرمة الوضعية- فى مثل المقام- (فانه) اى هذا الحديث (اما مقيد بما اذا استأجره لذلك) اى لبيع الخمر (او يدل) الحديث (عليه) اى على التحريم اذا استأجر بيته لبيع الخمر (بالفحوى) اى بالاولوية، فانه اذا كان مطلق الايجار المنتهى الى بيع الخمر فيه حراما كان التحريم آكد فى ما اذا استأجره بهذا الشرط.

و القول بالتحريم مطلقا و لو بدون الاشتراط- الذى يفهم من قول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٨

بناء على ما سيجىء من حرمة العقد مع من يعلم انه يصرف المعقود عليه فى الحرام.

«نعم» فى مصححة ابن اذينة «قال: سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن الرجل يؤاجر سفينته او دابته لمن يحمل فيها او عليها الخمر و الخنازير؟

قال عليه السلام: لا بأس».

لكنها محمولة على ما اذا اتفق الحمل من دون

المصنف: بالفحوى- انما هو (بناء على ما سيجىء من حرمة العقد مع من يعلم انه يصرف المعقود عليه فى الحرام) فعلى هذا البناء نقول بإطلاق الحديث، و اذا لم نقل بهذا الاطلاق فنقيد حديث جابر بصورة الشرط.

(«نعم» فى مصححة ابن اذينة) اى الرواية التى صححها بعض و ان لم يحقق المصنف من صحتها بنفسه («قال: سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن الرجل يؤاجر سفينته او دابته لمن يحمل فيها) اى فى السفينة (او عليها) اى على الدابة (الخمر و الخنازير؟ قال عليه السلام: لا بأس»).

فلكل واحد من الخبر و المصححة فردان: الاول- ما اذا شرط المحرم. الثانى- ما اذا اتفق المحرم. فيحمل الخبر على صورة الشرط.

و المصححة على صورة الاتفاق. و يطرح ظاهر كل من الخبرين بنص الخبر الاخر.

و الى هذا الجمع اشار بقوله: (لكنها) اى المصححة (محمولة على ما اذا اتفق الحمل) اى حمل الخمر فى السفينة او على الدابة (من دون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٩

ان يؤخذ ركنا او شرطا فى العقد، بناء على ان خبر «جابر» نص فيما نحن فيه، و ظاهر فى هذا، عكس الصحيحة، فيطرح ظاهر كل بنص الآخر فتأمل.

مع انه لو سلم التعارض كفى العمومات المتقدمة.

و قد يستدل أيضا فيما نحن فيه

ان یؤخـذ) الحمـل (رکنا او شـرطا فی العقـد) بان یقول: آجرتک لحمل الخمر، او آجرتک بشـرط ان تحمل الخمر (بناء علی ان خبر «جـابر» نص فیمـا نحن فیه) و هو اخـذ المحرم شـرطا او رکنا (و ظاهر فی هـذا) ای ما اذا اتفق المحرم بـدون الشـرطیة و الرکنیـة للعقد (عکس الصـحیحة) فهی نص فی الاتفاق ظاهر فی الاشتراط (فیطرح ظاهر کل) واحد من الخبرین (بنص) الخبر (. الآخر) فیختص خبر جابر بصورة الشـرط و خبر ابن اذینة بصورة الاتفاق. و یتحصل من مجموع الخبرین: انه لو آجر داره بشـرط بیع الخمر فیها بطل العقد. و لو آجر داره فاتفق بیع الخمر فیها صـح العقـد. و کذلک بالنسبة الی السـفینة و الدابة و غیرهما. (فتامل) فان ما ذکر من الجمع لیس جمعـا عرفیـا، بـل یری العرف التعـارض بین الخبرین، فیلزم اعمـال المرجحـات، فـان النص و الظهور امران عرفیـان، لا انهما یحصـلان بتعمل العقل و تشقیق فی الفکر.

(مع انه لو سـلم) عـدم الجمع العرفی بین الخـبرین و (التعـارض) بینهمـا (کفی العمومـات المتقدمـة) دلیلاـ علی الحرمـة، کخبر تحف العقول، و آیة الاثم، و آیة الاکل بالباطل.

(و قد یستدل أیضا فیما نحن فیه) من بیع العنب لمن یعمله خمرا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۶۰

بالاخبار المسئول فیها عن جواز بیع الخشب ممن یتخـذه صـلبانا او صـنما، مثل مکاتبة ابن اذینة «عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذه صلبانا؟

فقال علیه السلام: لا».

و روایة عمرو بن الحریث «عن التوت ابیعه ممن یصنع الصلیب او الصنم؟ قال: لا»

و فیه: ان حمل تلک الاخبار علی صورة اشتراط البائع المسلم علی المشتری او تواطئهما علی التزام صـرف المبیع فی الصنم و الصلیب بعید فی الغایة، و الفرق بین مؤاجرة البیت لبیع الخمر فیه و بیع الخشب علی ان یعمل صلیبا او صنما لا یکاد یخفی!

(بالاخبار المسـئول فیها عن جواز بیع الخشب ممن یتخذه صـلبانا او صنما، مثل مکاتبة ابن اذینة «عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذه صلبانا؟) یعنی هل یجوز هـذا البیع؟ (فقال علیه السـلام: لا») فانه یـدل علی التحریم و یؤیـد خبر جابر المتقـدم اذ موضوع الکلام فیهما من واد واحد.

(و روایة عمرو بن الحریث «عن التوث) ای خشب شجرته (ابیعه ممن یصنع الصلیب او الصنم؟ قال علیه السلام: لا»).

(و فیه) ای فی الاسـتدلال لما نحن فیه باخبار ابن اذینـة و ابن حریث، نظر وجه النظر: (ان حمل تلک الاخبار) لابن اذینـة و ابن حریث (علی صورة اشتراط البائع المسـلم علی المشتری او) علی صورة (تواطئهما) و تبانیهما (علی التزام صـرف المبیع فی الصـنم و الصـلیب بعیـد فی الغایـة، و) علیه فهـذا الحمل خلاف الظاهر، فلا ربط لهذه الاخبار بما نحن فیه بظهور (الفرق بین مؤاجرة البیت لبیع الخمر فیه و) بین (بیع الخشب علی ان یعمل صلیبا او صنما) فان الفارق بینهما (لا یکاد یخفی) بعد التأمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۶۱

فـإن بیع الخمر فی مکـان و صـیرورته دکانـا لـذلک منفعـة عرفیـة تقع الاجـارة علیهـا من المسـلم کثیرا مـا کما یوجرون البیوت لسائر المحرمـات، بخلاـف جعل العنب خمرا و الخشب صـلیبا فانه لا غرض للمسـلم فی ذلک غالبا یقصـده فی بیع عنبه او خشـبه فلا یحمل علیه موارد السؤال.

«نعم» لو قیل فی المسألـة الآتیـة بحرمة بیع الخشب لمن یعلم انه یعمله صـنما لظاهر هذه الاخبار، صح الاسـتدلال بفحواها علی ما نحن فیه

(فان بیع الخمر فی مکان و صیرورته) ای ذلک المکان (دکانا لـذلک) البیع (منفعـة عرفیـة تقع الاجارة علیها من المسـلم کثیرا ما) اذ الانسـان یریـد اجارة ماله، سواء جلس فیه الخمار او البزاز (کما یوجرون البیوت لسائر المحرمات) کالفواحش و ما اشـبه (بخلاف) بیع العنب و الخشب ل (جعـل العنب خمرا و الخشب صـلیبا فـانه لاـ غرض للمسـلم فی ذلـک) الشـرط (غالبـا) بحیث (یقصـده) ای ذلک الشـرط (فی بیع عنبه او خشـبه) فان الـداعی بیع المال مطلقا، لا بیع المال لصـنع الصـنم و الخمر (فلا یحمل علیه) ای علی هذا الشـرط (موارد السؤال) فی کلام الرواة، حتی یقال: ان الاخبار الناهیة تحمل علی هذه الصورة. و علی هذا فاخبار بیع الخشب لمن یصنع صلیبا او صنما غیر مربوطة بما نحن فیه الذی هو ایجار المحل لصنع الخمر.

(«نعم» لو قیل فی المسألـة الآتیـة) المـذکورة فی طی المسألة الثالثة (بحرمة بیع الخشب لمن یعلم انه یعمله صـنما، لظاهر هذه الاخبار) کمکاتبـة ابن اذینـة و خبر عمرو بن الحریث (صـح الاسـتدلال بفحواهـا) ای بمـا یسـتفاد منها (علی ما نحن فیه) من ان بیع العنب لمن یعمله خمرا فیه اشکال أیضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۲

لکن ظاهر هذه الاخبار معارض بمثله او باصرح منه کما سیجیء.

«ثم» إنه یلحق بما ذکر من بیع العنب و الخشب علی ان یعملا خمرا او صـلیبا، بیع کل ذی منفعة محللة علی ان یصرف فی الحرام، لان حصر الانتفاع بالبیع فی الحرام یوجب کون اکل الثمن بإزائه اکلا للمال بالباطل

«ثم» انه لا فرق بین ذکر الشرط المذکور فی متن العقد و بین التواطی علیه خارج العقد

اذ کلتا المسألتین حینئـذ تکونان من واد واحـد، فانه لا فرق بین بیع العنب لمن یعلم انه یعمله خمرا، و بیع الخشب لمن یعلم انه یصـنعه صلیبا. (لکن ظاهر هـذه الاخبار) الدالـة علی حرمـة بیع الخشب لمن یعلم البائع انه یعمله صـنما او صـلیبا (معارض بمثله او باصـرح منه کما سـیجیء) إنشاء اللّه تعالی فلا یمکن الاسـتدلال بها للتحریم فی موردها فکیف یمکن ان یسـتدل بها للتحریم فی مورد آخر مشابه لها و هو بیع العنب لمن یعلم انه یصنعه خمرا.

(«ثم» انه یلحق بمـا ذکر من بیع العنب و الخشب علی ان یعملا خمرا او صـلیبا، بیع کل ذی منفعـة محللـة علی ان یصـرف فی الحرام) کبیع الارض علی ان یبنی علیها کنیسة، و بیع الورق علی ان یطبع فیه کتب الضـلال، و بیع الفلزات علی ان یصنع منها آلات اللهو (لان حصـر الانتفـاع بـالبیع فی الحرام یوجب کون اکـل الثمن بـإزائه اکلاـ للمـال بالباطل) فیشـمله قوله سـبحانه «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ» و علیه فالمسألة لا تختص بالموارد المذکورة فی الروایات السابقة.

(«ثم انه لا فرق بین ذکر الشرط المذکور فی متن العقد) کأن یقول:

بعتک علی ان تعمله خمرا (و بین التواطی علیه خارج العقد) کأن یتقاولا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۳

و وقوع العقد علیه. و لو کان فرق فانما هو فی لزوم الشرط و عدمه. لا فیما هو مناط الحکم هنا.

و من ذلک یظهر انه لا یبنی فساد هذا العقد علی کون الشرط الفاسد مفسدا، بل الاظهر فساده و ان لم نقل بإفساد الشرط الفاسد.

لما عرفت من رجوعه فی الحقیقة الی اکل المال فی مقابل المنفعة المحرمة. و قد تقدم الحکم

علی ذلک ثم بیعه بناء علی المقاولـة السابقة (و وقوع العقد علیه) عطف علی التواطی (و لو کان فرق) بین الشـرط صـریحا فی العقد و بین التواطی خارجا. (فانما هو فی لزوم الشـرط) اذا کان فی ضـمن العقـد (و عـدمه) اذا کان خارج العقد و لکن (لا) فرق بین الشـرط

الـداخل و الخـارج (فیما هو مناط الحکم) بالبطلان للعقـد و التحریم (هنا) ای فیما نحن فیه، اذ المناط هو کون اکل المال بالباطل، اذا شرط فی العقد او بنی العقد علیه.

(و من ذلک) الـذی ذکرنا من بطلان مثل هذه المعاملة لاجل انه من اکل المال بالباطل اذا شـرط هذا الشـرط او بنی علیه (یظهر انه لا یبنی فساد هذا العقد) ای بیع الخشب لصـنع الصـنم و نحوه (علی کون الشرط الفاسد مفسدا، بل الاظهر فساده) ای هذا العقد (و ان لم نقل بافساد الشرط الفاسد).

و انمـا قلنـا بالفساد هنا و ان لم نقل بافساد الشـرط الفاسـد (لما عرفت من رجوعه) ای هـذا الشـرط- سواء کان داخلا او خارجا- (فی الحقیقة الی اکل المال فی مقابل المنفعة المحرمة) فهو اکل للمال بالباطل (و قد تقدم الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۴

بفساد المعاوضة علی آلات المحرم، مع کون موادها اموالا مشتملة علی منافع محللة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱، ص: ۲۶۴

مع ان الجزء اقبل للتفکیک بینه و بین الجزء الآخر، من الشرط و المشروط، و سیجیء أیضا فی المسألة الآتیة ما یؤید هذا أیضا إن شاء اللّه تعالی.

«المسألة الثانیة»- تحرم المعاوضة علی الجاریة المغنیة،

بفسـاد المعاوضـة علی آلاـت المحرم) کالقمـار و سـائر آلات اللهو (مع کون موادها) کالخشب و الفلز و ما اشـبه (اموالا مشـتملة علی منافع محللة) فاذا قلنا بالتحریم للمعاملة هناک کان التحریم هنا اولی لاطراد علة التحریم فی المقامین.

و وجه الاولویـة مـا اشـار إلیه بقوله: (مع ان الجزء اقبـل للتفکیـک بینه و بین الجزء الآخر من الشـرط و المشـروط) فالمادة و الهیئـة مع قبولهمـا للتفکیـک اذا بطـل بیعهمـا فی مثل الصـنم و نحوه، کان البطلان اولی فیما اذا باعه الخشب بشـرط ان یصـنعه صـنما، اذ المادة لیست عدما عند عدم الهیئة الخاصة، و المشـروط عدم عند عدم شـرطه (و سـیجیء أیضا فی المسألة الآتیة) ای المسألة الثالثة (ما یؤید هـذا) الـذی ذکرنـاه من بطلاـن بیع الخشب لیعمـل صـنما و العنب لیعمل خمرا (أیضا إن شاء اللّه تعالی) هـذا تمام الکلام فی المسألة الاولی من المسائل الثلاث.

(«المسألة الثانیة»-) فیما کان الحرام و الحلال کلاهما مقصودا بالثمن، و هذا أیضا حرام فانه (تحرم المعاوضة علی الجاریة المغنیة، و)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۵

و کل عین مشـتملة علی صـفة یقصـد منها الحرام اذا قصد منها ذلک و قصد اعتبارها فی البیع علی وجه یکون دخیلا فی زیادة الثمن، کالعبد الماهر فی القمار او اللهو او السرقة اذا لوحظ فیه هذه الصفة، و بذل بإزائها شیء من الثمن، لا ما کان علی وجه الداعی.

و یدل علیه: ان بذل شیء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة، اکل للمال بالباطل.

علی (کل عین مشـتملة علی صـفة یقصـد منها الحرام اذا قصـد منها) ای من المعاوضـة (ذلک) الحرام أیضا و لو فی ضـمن الحلال (و قصـد اعتبارهـا فی البیع علی وجه یکون دخیلاـ فی زیـادة الثمن) فی مقابـل مـا اذا کـان الوصف الحرام داعیا، لا کونه دخیلا، کما اذا

کانت الجواری کلها بقیمة واحدة، فاشتری المغنیة لانها تشتمل علی صفة الغناء، فان الثمن لم یقع بإزاء الحرام اصلا (کالعبد الماهر فی القمار او اللهو او السرقة اذا) اشتراه و (لوحظ فیه هذه الصفة، و بذل بإزائها شیء من الثمن) کما لو کان العبد غیر المقامر عشرة و هذا خمسة عشر (لا ما کان) الوصف الذی فیه (علی وجه الداعی) للاشتراء دون ان یقع فی قبال ذلک الوصف شیء من الثمن کما تقدم فی مثال الجاریة فان البیع لیس حراما و باطلا.

(و یدل علیه) ای علی بطلان البیع اذا کان شیء من الثمن فی مقابل الوصف المحرم: (ان بذل شیء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة، اکل للمال بالباطل) فتشمله آیة «لا تأکلوا» و النبوی «ان اللّه اذا حرم شیئا».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۶

و التفکیک بین القید و المقید، بصحة العقد فی المقید، و بطلانه فی القید بما قابله من الثمن غیر معروف عرفا. لان القید امر معنوی لا یوزع علیه شیء من المال، و ان کان یبذل المال بملاحظة وجوده.

و غیر واقع شرعا، علی ما اشتهر من ان الثمن لا یوزع علی الشروط.

فتعین بطلان العقد رأسا.

(و) ان قلت: من الممکن ان نقول بان البیع صحیح بالنسبة الی الجاریة، و باطل بالنسبة الی الزائد علی قیمتها الاصلیة، فاذا کانت قیمتها عشرین و اشتراها بثلاثین لاجل غنائها، کان البیع باطلا بالنسبة الی العشرة الزائدة فقط!

قلت: (التفکیک بین القید و المقید بصحة العقد فی المقید) کذات الجاریة فی المثال (و بطلانه فی القید) کصفة الغناء (بما قابله من الثمن) کالعشرة الزائدة فی المثال (غیر معروف عرفا). و میزان صحة العقود هو العرف، لان الشارع حلل العقود العرفیة الا ما خرج بالدلیل، و انما کان غیر معروف عرفا (لان القید امر معنوی لا یوزع علیه شیء من المال) فلا یقال عرفا: ان عشرین فی قبال ذات الجاریة، و عشرة فی قبال صفة الغناء. (و ان کان یبذل المال بملاحظة وجوده) ای وجود القید. «ان» وصلیة.

(و غیر واقع شرعا) عطف علی «غیر معروف» (علی ما اشتهر) بین الفقهاء (من ان الثمن لا یوزع علی الشروط).

و علی ما ذکرنا من عدم صحة التفکیک (فتعین بطلان العقد رأسا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۷

و قد ورد النص بان ثمن الجاریة المغنیة سحت، و انه قد یکون للرجل الجاریة تلهیه؟ و ما ثمنها الا کثمن الکلب.

«نعم» لو لم تلاحظ الصفة اصلا فی کمیة الثمن فلا اشکال فی الصحة.

و لو لوحظت من حیث انها صفة کمال قد تصرف الی المحلل فیزید لاجلها الثمن، فان کانت المنفعة المحللة لتلک الصفة مما یعتد بها فلا اشکال فی الجواز، و ان کانت نادرة بالنسبة الی المنفعة المحرمة ففی إلحاقها بالعین

و قد ورد النص) شاهدا علی البطلان راسا (بان ثمن الجاریة المغنیة سحت و انه قد یکون للرجل الجاریة تلهیه: و ما ثمنها الا کثمن الکلب) کما تأتی هذه الاخبار فی باب الغناء إن شاء اللّه تعالی.

(«نعم» لو لم تلاحظ الصفة) کالغناء فی المثال (اصلا فی کمیة الثمن) بان کان الثمن قدرا محدودا سواء کان ذا صفة محرمة أم لا (فلا اشکال فی الصحة) اذ لم تقع المعاملة الا علی الذات، و ادلة حرمة ثمن الجاریة المغنیة منصرفة الی المتعارف من کون الثمن بإزاء الموصوف و الوصف معا.

(و لو لوحظت) الصفة فی زیادة الثمن، لکن (من حیث انها صفة کمال قد تصرف) هذه الصفة (الی المحلل فیزید لاجلها الثمن) کما لو قلنا بان الغناء یحل فی مثل القرآن و المواعظ، کما هو رأی بعض العلماء علی ما سیجیء- (فان کانت المنفعة المحللة لتلک

الصفة) کمنفعة قراءة القرآن (مما یعتد بها) عرفا (فلا اشکال فی الجواز، و ان کانت نادرة بالنسبة الی المنفعة المحرمة ففی إلحاقها) ای هذه الصفة (بالعین) علی ما تقدم من ان «العین» اذا کانت ذات منافع محرمة و محللة- کالدم الذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۸

فی عدم جواز بذل المال، الا لما اشتمل علی منفعة محللة غیر نادرة بالنسبة الی المحرمة. و عدمه لان المقابل بالمبذول هو الموصوف و لا ضیر فی زیادة ثمنه بملاحظة منفعة نادرة؟

وجهان: اقواهما: الثانی، اذ لا یعد اکلا للمال بالباطل، و النص بأن ثمن المغنیة سحت

له منفعة الشرب و منفعة الصبغ، و قد تقدم هناک ان منفعة الصبغ اذا کانت نادرة، فهل یصح بیع الدم بملاحظة هذه المنفعة النادرة أم لا؟

کما تقدم عدم صحة البیع هناک، لان المنفعة النادرة لا توجب کون الشیء مالا عرفا، فهل الصفة فی مقامنا هنا کالعین (فی عدم جواز بذل المال الا لما اشتمل علی منفعة محللة غیر نادرة بالنسبة الی) المنفعة (المحرمة) فیبطل البیع (و عدمه) ای عدم الالحاق- عطف علی قوله «ففی إلحاقها» (لان) الشیء (المقابل بالثمن) ا (لمبذول هو الموصوف) ای ذات الجاریة- فی المثال- (و لا ضمیر فی زیادة ثمنه بملاحظة منفعة نادرة؟) بخلاف العین اذا کانت منفعتها المحللة نادرة فان الموصوف لا تکون له قیمة، بسبب هذه المنفعة المحللة النادرة- اذ المنفعة النادرة کالمعدومة عرفا-.

(وجهان: اقواهما: الثانی) ای الجواز و الصحة (اذ لا یعد) الثمن الذی بذل بإزاء العین المشتملة علی صفة تصرف فی الحرام کثیرا، و فی الحلال قلیلا (اکلا للمال بالباطل) حتی یشمله العموم.

(و النص) الخاص فی المورد (بان ثمن المغنیة سحت) لا یشمل المقام أیضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۶۹

مبنی علی الغالب.

«المسألة الثالثة»- یحرم بیع العنب ممن یعمله خمرا بقصد ان یعمله.

و کذا بیع الخشب بقصد ان یعمله صنما او صلیبا.

لان فیه اعانة علی الاثم و العدوان. و لا اشکال و لا خلاف فی ذلک.

اما لو لم یقصد ذلک، فالاکثر علی عدم التحریم، للاخبار المستفیضة:

«منها» خبر ابن اذینة: «قال: کتبت الی ابی عبد اللّه علیه السلام

لانه (مبنی علی الغالب) من کون جزء الثمن فی مقابل الغناء الذی یقصد منه المحرم و الباطل، و علیه فعمومات احل اللّه البیع و نحوه شاملة للمقام.

(«المسألة الثالثة»-) فی ما لو کان الحرام داعیا، لا انه شرط الحرام فی ضمن المعاوضة (یحرم بیع العنب ممن یعمله خمرا) بیعا (بقصد ان یعمله. و کذا بیع الخشب بقصد ان یعلمه) المشتری او المشتری من المشتری او ما اشبه (صنما او صلیبا) و هکذا سائر المعاوضات بقصد الانتهاء الی الحرام.

(لان فیه اعانة علی الاثم و العدوان) و قد قال سبحانه «وَ لٰا تَعٰاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوٰانِ» و القول بان وساطة الفاعل المختار یخرج البیع عن کونه اعانة، خلاف المعلوم لدی العرف من صدق الاعانة. (و لا اشکال و لا خلاف فی ذلک) التحریم تکلیفا و البطلان وضعا.

(اما لو لم یقصد ذلک) العمل خمرا او صنما، و انما یعلم ان المشتری یعمله حراما (ف) فی جواز البیع و عدمه خلاف (الاکثر علی عدم التحریم، للاخبار المستفیضهٔ) الدالهٔ علی عدم الحرمهٔ.

(«منها» خبر ابن اذینهٔ: «قال: کتبت الی ابی عبد اللّه علیه السلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۰

أسأله عن رجل له کرم ا یبیع العنب و التمر ممن یعلم انه یجعله خمرا او مسکرا؟ فقال علیه السلام: انما باعه حلالا فی الإبان الذی یحل شربه او اکله فلا بأس ببیعه».

و روایهٔ ابی کهمس «قال: سأل رجل أبا عبد اللّه علیه السلام- الی ان قال- هو ذا نحن نبیع تمرنا ممن نعلم انه یصنعه خمرا».

أسأله عن رجل له کرم) هو شجر العنب (أ یبیع العنب و التمر ممن یعلم انه یجعله خمرا او مسکرا؟) لعل المسکر اعم من الخمر، و من الممکن ان یتخذ من العنب المسکر بدون ان یسمی خمرا، او ان المسکر بالنسبهٔ الی التمر. و لعل العطف للبیان، و فی بعض النسخ «سکرا» بدل «مسکرا» و المعنی واحد (فقال علیه السلام: انما باعه حلالا فی الإبان الذی یحل شربه او اکله فلا بأس ببیعه) و مثله مصححهٔ ابن اذینهٔ السابق بناء علی عدم الفرق بین الایجار و البیع.

(و روایهٔ ابی کهمس «قال: سأل رجل أبا عبد اللّه علیه السلام- الی ان قال- هو ذا نحن نبیع تمرنا ممن نعلم انه یصنعه خمرا»).

من الممکن ان یکون «هو ذا» ضمیر و اشارهٔ، ای ان الامر کما تقول، مثل «کذلک».

و من الممکن ان یکون- کما ذکره صاحب الجواهر قال- رحمه اللّه- قیل: «هو ذا»- بفتح الهاء و سکون الواو-: کلمهٔ مفردهٔ، تستعمل للتأکید و التحقیق و الاستمرار و التتابع و الاتصال، مرادفهٔ کلمهٔ «همی» فی الفارسیهٔ. لا ان المراد منه الضمیر و اسم الاشارهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۱

الی غیر ذلک مما هو دونهما فی الظهور.

و قد تعارض تلک بمکاتبهٔ ابن اذینهٔ «عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذه صلبانا؟ قال- علیه السلام-: لا» و روایهٔ عمرو بن حریث «عن التوت ابیعه ممن یصنع الصلیب او الصنم؟ قال علیه السلام: لا».

و قد یجمع بینها و بین الاخبار المجوزهٔ بحمل المانعهٔ علی صورهٔ اشتراط جعل

(الی غیر ذلک مما هو دونهما فی الظهور) کصحیح الحلبی عن الصادق علیه السلام عن بیع عصیر العنب ممن یجعله خمرا؟ فقال علیه السلام لا بأس به یبیعه حلالا فیجعله حراما ابعده اللّه و اسحقه. و صحیح رفاعهٔ قال سئل ابو عبد اللّه علیه السلام و انا حاضر عن بیع العصیر ممن یخمره؟

فقال علیه السلام: حلال، ألسنا نبیع تمرنا ممن یجعله شرابا خبیثا. الی غیرهما.

(و قد تعارض تلک) الاخبار الدالهٔ علی الجواز (بمکاتبهٔ ابن اذینهٔ «عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذه صلبانا؟ قال- علیه السلام-: لا» و) نحوها (روایهٔ عمرو بن حریث «عن التوت ابیعه ممن یصنع الصلیب او الصنم؟ قال علیه السلام: لا») فان کون المسألتین من واد واحد یوجب التعارض بینهما، و الا فبیع العنب غیر بیع الخشب. خصوصا و العلهٔ و هی «الاعانهٔ علی الاثم» فی بیع الخشب، و العلهٔ و هی «فی الإبان الذی یحل» فی بیع العنب، مطردهٔ فی الموضعین.

(و قد یجمع بینها) ای بین الاخبار المانعهٔ (و بین الاخبار المجوزهٔ) فی مسألهٔ بیع العنب (بحمل) الاخبار (المانعهٔ علی صورهٔ اشتراط جعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۲

الخشب صليبا او صنما او تواطئهما عليه.

و فيه: ان هذا فى غاية البعد، اذ لا داعى للمسلم على اشتراط صناعة الخشب صنما فى متن بيعه او فى خارجه ثم يجىء و يسأل الامام- عليه السلام- عن جواز فعل هذا فى المستقبل و حرمته.

و هل يحتمل ان يريد الراوى بقوله: «أبيع التوت ممن يصنع الصنم و الصليب»: ابيعه مشترطا عليه و ملزما فى متن العقد او قبله ان لا يتصرف فيه الا بجعله صنما؟!

الخشب صليبا او صنما او تواطئهما عليه) فذلك يوجب الحرمة، بخلاف الاخبار المجوزة، فانها فيما اذا وقعت المعاوضة بدون الاشتراط و التواطؤ

(و فيه) اى فى هذا الجمع (ان هذا) الحمل (فى غاية البعد، اذ لا داعى للمسلم على اشتراط صناعة الخشب صنما فى ثمن بيعه او فى خارجه) متواطئا عليه (ثم يجىء و يسأل الامام- عليه السلام- عن جواز فعل هذا فى المستقبل و حرمته) عطف على «جواز» بالإضافة الى ان هذا حمل تبرعى، كما تقدم، اذ ليس الطرفان نصا و ظاهرا- كما سبق فى المسألة الاولى.

(و هل يحتمل ان يريد الراوى بقوله: «ابيع التوت ممن يصنع الصنم و الصليب»: ابيعه مشترطا عليه و ملزما فى متن العقد او قبله) على سبيل التواطؤ (ان لا يتصرف فيه الا بجعله صنما؟) كلا انه لا يحتمل ذلك، و لذا كان حمل اخبار المنع على صورة الاشتراط خلاف الظاهر و بعيدا جدا فى نفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۳

فالأولى حمل الاخبار المانعة على الكراهة، لشهادة غير واحد من الاخبار عليها، كما افتى بها جماعة.

و يشهد لها رواية رفاعة «عن بيع العصير ممن يصنعه حمرا؟

قال: بيعه ممن يطبخه او يصنعه خلا احب الى، و لا ارى به بأسا» و غيرها.

او التزام الحرمة فى بيع الخشب ممن يعمله صليبا او صنما، لظاهر تلك الاخبار. و العمل فى مسألة بيع العنب و شبهها على الاخبار المجوزة

(فالأولى حمل الاخبار المانعة على الكراهة) لانها مشتملة على النهى و النهى اذا كانت هناك قرينة على الجواز يحمل على الكراهة (لشهادة غير واحد من الاخبار عليها) اى على كراهة البيع كذلك (كما افتى بها) اى بالكراهة (جماعة).

(و يشهد لها رواية رفاعة) و فى بعض الحواشى انها رواية الحلبى لا رفاعة («عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا؟ قال: بيعه ممن يطبخه) اى يصنعه دبسا (او يصنعه خلا احب الى، و لا ارى به) اى ببيعه ممن يصنعه خمرا (بأسا») فهذا يدل على كراهة البيع ممن يصرف المبيع فى الحرام (و غيرها) من بعض الروايات الاخر.

(او التزام الحرمة فى بيع الخشب ممن يعمله صليبا او صنما، لظاهر تلك الاخبار) المانعة. (و العمل فى مسألة بيع العنب و شبهها على الاخبار المجوزة) لعدم جواز التعدى من مورد كل خبر الى غيره حتى يلزم الاشكال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۴

و هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولا بالفصل.

و كيف كان فقد يستدل على حرمة البيع ممن يعلم انه يصرف المبيع فى الحرام بعموم النهى عن التعاون على الاثم و العدوان.

و قد يستشكل فى صدق الاعانة بل يمنع حيث لم يقع القصد الى وقوع الفعل من المعان، بناء على ان الإعانة هى فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه، لا مطلقا.

(و هذا الجمع قول فصل) ای صحیح متین لانه من المحتمل اهتمام الشارع بالمنع عن مقدمات عبادة غیر اللّه، قال اللّه تعالی «إِنَّ اللّهَ لا یَغْفِرُ أَنْ یُشْرَکَ بِهِ وَ یَغْفِرُ ما دُونَ ذلِکَ لِمَنْ یَشاءُ»* (لو لم یکن قولا بالفصل) و مخالفا للاجماع، لان الفقهاء بین مجوز مطلقا، و مانع مطلقا، اما الجواز فی بعض دون بعض فذلک خلاف اجماعهم.

(و کیف کان) الجمع بین الطائفتین (فقد یستدل علی حرمة البیع ممن یعلم انه یصرف المبیع فی الحرام بعموم النهی عن التعاون علی الاثم و العدوان) فی قوله سبحانه «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ».

(و قد یستشکل) هذا الاستدلال (فی صدق الاعانة بل یمنع) الصدق راسا (حیث لم یقع القصد) من البائع (الی وقوع الفعل) المحرم (من المعان) الفاعل للمعصیة، و هذا الاستشکال انما هو (بناء علی ان الاعانة هی فعل بعض مقدمات فعل الغیر بقصد حصوله منه) ای حصول ذلک الفعل المحرم من فاعل المعصیة (لا مطلقا) و لو کان فعل بعض المقدمات بدون قصد وقوع المعصیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۵

و اوّل من اشار الی هذا، المحقق الثانی فی حاشیة الارشاد فی هذه المسألة حیث انه- بعد حکایة القول بالمنع مستندا الی الاخبار المانعة- قال:

و یؤیده قوله تعالی «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ» و یشکل بلزوم عدم جواز بیع شیء مما یعلم عادة التوصل به الی محرم- لو تم هذا الاستدلال- فیمنع معاملة اکثر الناس.

و الجواب عن الآیة: المنع من کون محل النزاع

(و اوّل من اشار الی هذا) الاشکال هو (المحقق الثانی فی حاشیة الارشاد فی هذه المسألة، حیث انه- بعد حکایة القول بالمنع) عن البیع ممن یعلم انه یفعل بالمبیع الشیء المحرم (مستندا) فی المنع (الی الاخبار المانعة) التی تقدمت جملة منها- (قال: و یؤیده قوله تعالی «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ») و انما جعله مؤیدا لان الآیة ان دلت فانما تدل بالإطلاق لا بالنص و الخصوص، قال (و یشکل) هذا التأیید (بلزوم) ای لانه یلزم منه (عدم جواز بیع شیء مما یعلم عادة التوصل به الی محرم- لو تم هذا الاستدلال-) و هذا شیء بدیهی البطلان و الا (ف) یلزم منه ان (یمنع معاملة اکثر الناس) لان اکثر الناس الفاعلین للمحرمات انما یتوصلون الی فعلهم المحرم بسبب مقدمات، من افعال الغیر، مثلا التاجر و الحاج و المسافر کلهم یعاونون الظلمة. بل بیع اللحم و الخبز و ما اشبه اعانة للعصاة، باعتبار انهم یتقوون بالمآکل و المشارب علی معصیة اللّه تعالی.

ثم قال المحقق الثانی: (و الجواب) عن الاستدلال ب (الآیة: المنع من کون محل النزاع) و هو بیع الشیء لمن یعلم البائع انه یصرفه فی الحرام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۷۶

معاونة، مع ان الاصل الاباحة، و انما تظهر المعاونة مع بیعه مع ذلک القصد. انتهی.

و وافقه- فی اعتبار القصد فی مفهوم الاعانة- جماعة من متأخری المتأخرین، کصاحب الکفایة و غیره.

هذا و ربما زاد بعض المعاصرین علی اعتبار القصد، اعتبار وقوع المعان علیه فی تحقق مفهوم الاعانة فی الخارج.

و تخیل انه لو فعل فعلا بقصد تحقق الاثم

(معاونة) علی الاثم (مع ان) الامر لو وصل الی الشک فی صدق الاعانة ف (الاصل الاباحة) لقاعدة کل شیء مطلق، و کل شیء حلال (و انما تظهر المعاونة مع بیعه) ای بیع الشیء ممن یعمل به المحرم (مع ذلک القصد) بان یقصد البائع اعانته علی الحرام کأن

يبيعه التمر بقصد ان يعمله خمرا (انتهى) كلام المحقق.

(و وافقه- فى اعتبار القصد فى مفهوم الاعانة- جماعة من متأخرى المتأخرين، كصاحب الكفاية و غيره) فليست الاعانة على الاثم فعل بعض المقدمات فقط، بل فعل بعض المقدمات بقصد وقوع الحرام.

(هذا و ربما زاد بعض المعاصرين)- و هو النراقى فى العوائد- قيدا ثالثا فى صدق الاعانة (على اعتبار القصد) و فعل بعض المقدمات و هو (اعتبار وقوع المعان عليه) اى المعصية (فى تحقق مفهوم الاعانة فى الخارج).

(و) قد (تخيل) هذا المعاصر (انه لو فعل فعلا بقصد تحقق الاثم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۷

الفلانى من الغير فلم يتحقق منه لم يحرم، من جهة صدق الاعانة، بل من جهة قصدها، بناء على ما حرره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه و انه لو تحقق الفعل كان حراما من جهة القصد الى المحرم، و من جهة الاعانة.

و فيه تامل، فان حقيقة الاعانة على الشيء هو الفعل بقصد حصول الشيء، سواء حصل أم لا

الفلانى من الغير فلم يتحقق منه لم يحرم) فعل هذا الآتى بالمقدمة (من جهة صدق الاعانة) لان الحرام لم يقع فى الخارج، حتى يصدق الاعانة على الاثم، على من فعل مقدمته (بل) حرم فعله (من جهة قصدها) اى قصد الاعانة (بناء على ما حرره) هذا المعاصر (من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه) و ان لم يتحقق فى الخارج (و انه لو تحقق الفعل) المحرم فى الخارج (كان) فعل المقدمة (حراما من جهة القصد الى المحرم و من جهة) صدق (الاعانة) على الاثم.

(و فيه) اى فيما ذكره النراقى من اعتبار وقوع الفعل خارجا ليتصف فعل مقدماته باسم «الاعانة على الاثم» (تأمل، فان حقيقة الاعانة على الشيء) سواء كان ذلك الشيء اثما او غير اثم (هو الفعل) لبعض مقدماته (بقصد حصول الشيء، سواء حصل) ذو المقدمة فى الخارج (أم لا) فالذى يريد بناء داره فيأتى غيره بالآجر و الجص يصدق على فعل الغير انه اعانه على بناء الدار، سواء بنى ذلك الشخص الدار أم انصرف عنها و لم يبنها. و ليس الشرط فى صدق الاعانة تحقق الدار فى الخارج. و كذلك من اراد الزنا فجائه غيره بالمومسة صدق انه اعان على الاثم سواء صدر الزنا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۷۸

و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل إليه فهو داخل فى الاعانة على الإثم، و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب.

و ما ابعد ما بين ما ذكره المعاصر، و بين ما يظهر من الاكثر من عدم اعتبار القصد!

فعن المبسوط: الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله- صلى اللّه عليه و آله-: «من اعان على قتل مسلم و لو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه: آيس من رحمة اللّه».

من ذلك الشخص أم لا (و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام المصادر عن الغير بقصد التوصل إليه فهو داخل فى الاعانة على الاثم و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب) كما قاله النراقى بانه حرام من جهة «القصد» و من جهة «الاعانة» و انما نقول بعدم التعدد للاصل و عدم دليل على التعدد، اذ ليس فى المقام الا «الاعانة» الصادقة، سواء حصل الحرام أم لا.

(و ما ابعد ما بين ما ذكره) هذا (المعاصر، و بين ما يظهر من الاكثر من عدم اعتبار القصد)!

فالاقوال ثلاثة: «الاتيان بالمقدمة بدون اعتبار القصد» و «الاتيان بالمقدمة مع القصد» و «الاتيان بالمقدمة مع القصد و التحقق فى الخارج».

(فعن المبسوط: الاستدلال علی وجوب بذل الطعام لمن یخاف تلفه بقوله- صلی اللّه علیه و آله-: «من اعان علی قتل مسلم و لو بشطر کلمة جاء یوم القیامة) فی حال کونه (مکتوبا بین عینیه: آیس من رحمة اللّه») و من المعلوم ان عدم بذل الطعام لیس بقصد التلف، و انما یقع التلف من عدم البذل بنفسه، فلیست «الاعانة» فی هذا الحدیث مقرونة بالقصد الی المحرم، و انما تحققت الاعانة لوقوع التلف بسبب عدم البذل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۷۹

و قد استدل فی التذکرة- علی حرمة بیع السلاح من اعداء الدین- بان فیه اعانة علی الظلم.

و استدل المحقق الثانی- علی حرمة بیع العصیر المتنجس ممن یستحله- بان فیه اعانة علی الاثم.

و قد استدل المحقق الاردبیلی- علی ما حکی عنه من القول بالحرمة فی مسألتنا- بان فیه اعانة علی الاثم.

و قد قرره علی ذلک فی الحدائق، فقال: انه جید فی حد ذاته، لو سلم من المعارضة بأخبار الجواز.

(و قد استدل) العلامة (فی التذکرة علی حرمة بیع السلاح من اعداء الدین بأن فیه إعانة علی الظلم) مع ان البائع لا یقصد الاعانة علی الظلم، و انما یرید المال، لکن حیث یقع الظلم فی الخارج، یکون بیع السلاح- و لو بدون قصد البائع- اعانة.

(و استدل المحقق الثانی علی حرمة بیع العصیر المتنجس ممن یستحله بان فیه اعانة علی الاثم) و ان لم یقصد البائع شرب المستحل له، لکن مجرد ان البیع مقدمة من مقدمات الشرب کان اعانة علی الاثم و حراما.

(و قد استدل المحقق الاردبیلی- علی ما حکی عنه: من القول بالحرمة فی مسألتنا) ای مسألة بیع العنب من یعمله خمرا (- بان فیه اعانة علی الاثم).

(و قد قرره) ای الاردبیلی (علی ذلک) و انه اعانة علی الاثم (فی الحدائق، فقال: انه جید فی حد ذاته، لو سلم من المعارضة باخبار الجواز)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۸۰

و فی الریاض- بعد ذکر الاخبار السابقة الدالة علی الجواز- قال:

و هذه النصوص و ان کثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها، بل ربما کان بعضها صریحا، لکن فی مقابلتها للاصول و النصوص المعتضدة بالعقول اشکال. انتهی.

و الظاهر ان مراده بالاصول: قاعدة «حرمة الاعانة علی الاثم»

الدالة علی جواز بیع العنب ممن یعمله خمرا، فالاخبار حیث کانت اخص لزم تقیید الآیة بها.

(و فی الریاض- بعد ذکر الاخبار السابقة الدالة علی الجواز) لبیع العنب ممن یعمله خمرا- (قال: و هذه النصوص و ان کثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها، بل ربما کان بعضها صریحا، لکن فی مقابلتها للاصول) ای اصل حرمة الاعانة علی الاثم (و النصوص) الدالة علی حرمة بیع الخشب لمن یعمله صنما (المعتضدة بالعقول) فان العقل یستقبح اعانة الانسان غیره علی فعل القبیح (اشکال. انتهی) کلام الریاض.

(و الظاهر ان مراده بالاصول: قاعدة «حرمة الاعانة علی الاثم») فتری الریاض انه یری ان هذا اعانة، و لو کان بدون قصد البائع للحرام، و قوله «الاصول» المراد به «الجنس» لا- «الجمع» فان کل واحد من الجنس و الجمع یأتی بمعنی الآخر، مثلا نقول «المفسرون» و نرید «صاحب مجمع البیان» یعنی هذا الجنس، فی مقابل جنس «المحدثین» و قد یؤتی بالجنس و یراد به الجمع، لان المراد به الحقیقة الساریة فی الافراد،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۸۱

و من العقول: حكم العقل بوجوب التوصل الى دفع المنكر مهما امكن.

و يؤيد ما ذكروه- من صدق الاعانة بدون القصد- اطلاقها فى غير واحد من الاخبار:

ففى النبوى- المروى فى الكافى عن ابى عبد اللّه عليه السلام-:

«من اكل الطين فمات فقد أعان على نفسه».

و فى العلوى- الوارد فى الطين، المروى أيضا فى الكافى عن ابى عبد اللّه عليه السلام-: «فان اكلته و مت فقد اعنت على نفسك».

لا صرف الحقيقة الصادقة و لو فى ضمن فرد (و من العقول: حكم العقل بوجوب التوصل الى دفع المنكر مهما امكن) و لو كان لعدم بيع شيء لفاعل المنكر.

(و يؤيد ما ذكروه) اى هؤلاء العلماء (من صدق الاعانة بدون القصد) من الآتى بالمقدمة لفعل غيره المنكر (اطلاقها) اى الاعانة (فى غير واحد من الاخبار) و عدم تقييدها بالقصد.

(ففى النبوى- المروى فى الكافى عن ابى عبد اللّه عليه السلام) الذى رواه عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم-: (من اكل الطين فمات فقد اعان على نفسه») فاطلاقه شامل لمن قصد الموت بأكله الطين أم لا، بل المتعارف عدم القصد.

(و فى العلوى) أى الخبر المروى عن امير المؤمنين عليه السلام (- الوارد فى الطين المروى أيضا فى الكافى عن ابى عبد اللّه عليه السلام-: «فان اكلته) اى الطين (و مت فقد اعنت على نفسك») اى قتل نفسك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۸۲

و يدل عليه غير واحد مما ورد فى اعوان الظلمة، و سيأتى.

و حكى انه سئل بعض الاكابر و قيل له: انى رجل خياط اخيط للسلطان ثيابه فهل ترانى داخلا بذلك فى اعوان الظلمة؟ فقال له: المعين لهم من يبيعك الأبر و الخيوط، و أما انت فمن الظلمة انفسهم.

و قال المحقق الاردبيلى- فى آيات احكامه فى الكلام على الآية-: الظاهر أن المراد بالاعانة على المعاصى مع القصد او على الوجه الذى يصدق انها اعانة

(و يدل عليه) اى على صدق الاعانة و لو بدون القصد الى حصول الاثم من الغير (غير واحد مما ورد) من الاخبار (فى اعوان الظلمة).

(و حكى انه سئل بعض الاكابر) و هو عبد اللّه بن المبارك، و الاستشهاد بكلامه من جهة انه أحد العرف، فاذا فهم شيئا من لفظ «الاعانة» كان فهمه دليلا على ان هذا المعنى هو المتفاهم عرفا من اللفظ المذكور (و قيل له: انى رجل خياط اخيط للسلطان ثيابه فهل ترانى داخلا بذلك) التخييط (فى اعوان الظلمة؟ فقال له) ابن المبارك: (المعين لهم) اى للظلمة (من يبيعك الأبر و الخيوط، و أما انت فمن الظلمة انفسهم) مع ان بائع الابر و الخيوط لم يقصد ظلم السلطان و كأنه اراد بكون الخياط ظالما انه جزء من الهيئة الظالمة عرفا.

(و قال المحقق الاردبيلى- فى آيات احكامه فى) مبحث (الكلام على الآية-) اى آية «وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ»: (الظاهر ان المراد بالاعانة على المعاصى) الاتيان بالمقدمة (مع القصد) لصدور الحرام عن الغير (او على الوجه الذى يصدق انها اعانة) و ان لم يقصد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱، ص: ۲۸۳

مثل ان يطلب الظالم العصى من شخص لضرب مظلوم فيعطيه اياها، او يطلب القلم لكتابة ظلم فيعطيه اياه و نحو ذلك مما يعد معونة

عرفا، فلا تصدق علی التاجر الذی یتجر لتحصیل غرضه، انه معاون للظالم العاشر فی اخذ العشور، و لا علی الحاج الذی یؤخذ منه المال ظلما و غیر ذلک مما لا یحصی، فلا یعلم صدقها علی بیع العنب ممن یعمله خمرا، او الخشب من یعمله صنما، و لذا ورد فی الروایات الصحیحة جوازه، و علیه الاکثر و نحو ذلک مما لا یخفی انتهی

(مثل ان یطلب الظالم العصی من شخص لضرب مظلوم فیعطیه ایاها) عصی مؤنثة سماعا، و لذا جاء بضمیر المؤنث لها (او یطلب القلم لکتابة ظلم فیعطیه ایاه و نحو ذلک) کأن یبنی له سجنا او یبیعه سیفا و هو یرید قتل بریء او ما اشبه (مما یعد معونة عرفا) و ان لم یقصد الآتی بالمقدمة الاعانة، و علی هذا (فلا تصدق) الاعانة علی الاثم (علی التاجر الذی یتجر لتحصیل غرضه) اذا اعطی العشر جبرا للظالم، فانه عرفا لا ـ یقال له: (انه معاون للظالم العاشر فی اخذ العشور، و لا علی الحاج الذی یؤخذ منه المال ظلما) بعنوان الرسوم للحج، او بعنوان آخر من الحکومة، او من القبائل القاطنة فی الطریق (و غیر ذلک مما لا یحصی) مما لا قصد للدافع، و لا صدق عرفی علیه (فلا یعلم صدقها) ای الاعانة علی الاثم (علی بیع العنب ممن یعمله خمرا، او الخشب ممّن یعلمه صنما، و لذا) الذی ذکرنا من عدم صدق الاعانة علی الموارد المذکورة (ورد فی الروایات الصحیحة جوازه، و علیه الاکثر و نحو ذلک) من سائر الامثلة، فان کلها جائز (مما لا یخفی انتهی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۴

کلامه رفع مقامه.

و لقد دقق النظر حیث لم یعلق صدق الاعانة علی القصد، و لا اطلق القول بصدقها بدونه، بل علقه بالقصد، و بالصدق العرفی و ان لم یکن قصد.

لکن اقول: لا شک فی انه اذا لم یکن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغیر الی مقصده و لا الی مقدمة من مقدماته، بل یترتب علیه الوصول من دون قصد الفاعل، فلا یسمی اعانة

کلامه رفع مقامه).

(و لقد دقق) الاردبیلی (النظر حیث لم یعلق صدق الاعانة) علی الاثم (علی القصد) فقط (و لا اطلق القول بصدقها بدونه) ای لم یقل بان مجرد تحصیل المقدمة اعانة، کما لم یقل: انه بالقصد یصدق الاعانة بل علق الاعانة علی احد الامرین، من القصد او الصدق العرفی (بل علقه) ای صدق الاعانة علی الاثم (بالقصد) تارة (و بالصدق العرفی و ان لم یکن قصد) تارة اخری.

(لکن اقول:) ان کلام الاردبیلی فیه مواقع للنظر اذ انه فرق بین اعطاء العصی للظالم و بین بیع العنب ممن یعلم انه یصنعه خمرا مع أن الحکم فی الموضعین واحد فاللازم القول بصدق الاعانة فیهما، او القول بعدم صدق الاعانة فیها. اذ (لا شک فی انه اذا لم یکن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغیر الی مقصده و لا) وصوله (الی مقدمة من مقدماته) ای مقدمات المقصد (بل یترتب علیه الوصول من دون قصد الفاعل فلا یسمی اعانة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۵

کما فی تجارة التاجر بالنسبة الی اخذ العشور، و مسیر الحاج بالنسبة الی اخذ المال ظلما.

و کذلک لا اشکال فیما اذا قصد الفاعل بفعله و دعاه إلیه وصول الغیر الی مطلبه الخاص، فانه یقال: انه اعانه علی ذلک المطلب. فان کان عدوانا مع علم المعین به صدق الاعانة علی العدوان.

و انما الاشکال فیما اذا قصد الفاعل بفعله وصول الغیر الی مقدمة مشترکة بین المعصیة و غیرها، مع العلم بصرف الغیر ایاها الی المعصیة، کما اذا باعه العنب،

كما فى تجارة التاجر بالنسبة الى اخذ العشور، و مسير الحاج بالنسبة الى اخذ المال ظلما) فان التاجر و الحاج لا يقصدان وصول الظالم الى ظلمه بالتجارة و الحج، و لذا لا يسمى فعلهما اعانة على الاثم.

(و كذلك لا اشكال فيما اذا قصد الفاعل بفعله و دعاه إليه) اى الى الفعل (وصول الغير الى مطلبه الخاص، فانه يقال: انه اعانه على ذلك المطلب فان كان) المطلب (عدوانا مع علم المعين به) اى بذلك العدوان (صدق الاعانة على العدوان) كما لو اراد زيد شرب الخمر، فاعطاه القارورة مع علمه بانها خمر و انه يريد شربها.

(و انما الاشكال فيما اذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير الى مقدمة مشتركة بين المعصية و غيرها، مع العلم بصرف الغير اياها) اى هذه المقدمة (الى المعصية، كما اذا باعه العنب) مع علمه بانه يصرفه فى الخمر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۸۶

فإن مقصود البائع تملك المشترى له و انتفاعه به، فهى اعانة له بالنسبة الى اصل تملك العنب، و لذا لو فرض ورود النهى عن معاونة هذا المشترى الخاص فى جميع اموره او فى خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقا.

فمسألة بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا نظير اعطاء السيف او العصى لمن يريد قتلا او ضربا، حيث ان الغرض من الإعطاء هو ثبوته بيده و التمكن منه، كما ان الغرض من بيع العنب تملكه له. فكل من البيع و الاعطاء بالنسبة الى اصل تملك الشخص و استقراره

(فان مقصود البائع تملك المشترى له و انتفاعه به، فهى اعانة له بالنسبة الى اصل تملك العنب) فيقال: ان البائع اعان المشترى فى تملك العنب (و لذا) الذى يصدق انه اعانه له فى تملك العنب (لو فرض ورود النهى عن معاونة هذا المشترى الخاص فى جميع اموره او فى خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقا) سواء اكله او اختمره، لان المفروض حرمة اعانته مطلقا، لا حرمة اعانته فى خصوص فعل الحرام.

اذن (فمسألة بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا نظير اعطاء السيف او العصى لمن يريد قتلا- او ضربا) اذ كل واحد منهما مقدمة مشتركة لفعل محرم و لفعل محلل، و لم يقصد البائع و المعطى الحرام (حيث ان الغرض من الإعطاء هو ثبوته بيده و التمكن منه) اى من السيف او العصى- و هذا بنفسه ليس حراما، بل قابلا لان يصرف فى كل من المحرم و غير المحرم (كما ان الغرض من بيع العنب تملكه له) اى تملك المشترى للعنب (فكل من البيع و الاعطاء بالنسبة الى اصل تملك الشخص) للعنب (و استقراره

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۲۸۷

فى يده اعانة.

الا ان الاشكال فى ان العلم بصرف ما حصل باعانة البائع و المعطى فى الحرام هل يوجب صدق الاعانة على الحرام أم لا؟

فحاصل محل الكلام هو: ان الاعانة على شرط الحرام مع العلم بصرفه فى الحرام هل هى إعانة على الحرام أم لا؟

فظهر الفرق بين بيع العنب و بين تجارة التاجر و مسير الحاج

فى يده) للعصى و السيف (اعانة) بالنسبة الى الملك للعنب، و استقرار العصى فى اليد.

(الا ان الاشكال فى ان العلم بصرف ما حصل) عند المشترى، و الظالم (باعانة البائع) للعنب (و المعطى) للعصى (فى الحرام) متعلق «بصرف» (هل يوجب صدق الاعانة على الحرام أم لا؟) فان اوجب كان اللازم القول بالحرمة فيهما، و ان لم يوجب كان اللازم القول بعدم الحرمة فيهما، فتفصيل الاردبيلى بالقول بالحرمة فى مسألة اعطاء العصى، و القول بعدم الحرمة فى بيع العنب لا وجه له.

(فحاصل محل الكلام هو: ان الاعانة على شرط الحرام) الذى هو تملك المشترى، و استقرار العصى فى يد الظالم (مع العلم) من البائع

و المعطی (بصرفه فی الحرام هل هی اعانة علی الحرام أم لا؟).

اذا عرفت هـذا (فظهر) لـک (الفرق بین بیع العنب) و انه محتمل لکونه حراما و لکونه غیر حرام (و بین تجارة التاجر و مسیر الحاج) و انهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۸

و ان الفرق بین اعطـاء السوط للظالم و بین بیع العنب لا وجه له. و ان اعطاء السوط اذا کان اعانـة- کما اعترف به فیما تقـدم من آیات الاحکام- کان بیع العنب کذلک- کما اعترف به فی شـرح الارشاد- فاذا بنینا علی ان شـرط الحرام حرام مع فعله توصـلا الی الحرام- کمـا جزم به بعض- دخل ما نحن فیه فی الاعانـة علی المحرم، فیکون بیع العنب اعانـة علی تملک العنب المحرم مع قصـد التوصل به الی التخمیر و ان لم یکن اعانة علی نفس

لیسـا بحرام، و ان اسـتلزم ذلـک اعطاء العشور و نحوه (و) ظهر (ان الفرق) الـذی ذکره الاردبیلی (بین اعطاء السوط للظالم) و انه حرام قطعـا (و بین بیع العنب) و انه لیس بحرام قطعـا (لا وجه له. و ان اعطاء السوط اذا کان اعانـة) محرمـة (- کما اعترف به فیما تقـدم من آیات الاحکام- کان بیع العنب کذلک) اعانة علی الاثم (- کما اعترف به فی شرح الارشاد- فاذا بنینا علی) ان «الشراء» شرط الحرام، و شـرط الحرام حرام، کان البیع اعانة علی «الشـراء» المحرم، فیکون اعانة علی الحرام، بان قلنا (ان شرط الحرام حرام مع فعله) ای اتیان ذلـک الشـرط- کالشـراء فی مثالنـا- (توصـلا الی الحرام) فان المشتری یشتری العنب للتوصل الی الخمر المحرمـة (- کما جزم به) ای بکون شـرط الحرام حراما (بعض- دخل ما نحن فیه) ای مسألـة بیع العنب لمن یعمله خمرا (فی الاعانـة علی المحرم، فیکون بیع العنب اعانـة) من البـائع (علی تملک) المشتری (العنب المحرم) ذلک التملک (مع قصـد) المشتری (التوصل به الی التخمیر) فالبیع حرام لانه اعانة علی الاشتراء- المحرم- (و ان لم یکن) البیع (اعانة علی نفس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۸۹

التخمیر او علی شرب الخمر.

و ان شـئت قلت: ان شـراء العنب للتخمیر حرام، کغرس العنب لاجـل ذلـک. فالبائع انما یعین علی الشـراء المحرم. «نعم» لو لم یعلم ان الشـراء لاجل التخمیر لم یحرم، و ان علم انه سیخمر العنب بإرادة جدیدة منه. و کذا الکلام فی بائع الطعام علی من یرتکب المعاصی، فانه لو علم ارادته من الطعام المبیع التقوی به عند التملک علی المعصیة، حرم البیع منه. و اما العلم بانه یحصل من هذا الطعام قوة علی المعصیة یتوصل بها إلیها فلا یوجب التحریم.

التخمیر او) اعانة (علی شرب الخمر).

(و ان شـئت قلت) فی بیـان حرمـة بیع العنب لمن یعمله خمرا: (ان شـراء) المشتری (العنب للتخمیر حرام) لاـن الشـراء شـرط الحرام، و شرط الحرام حرام (کغرس العنب لاجـل ذلـک) التخمیر (فالبـائع انمـا یعین) المشتری (علی الشـراء المحرم. نعم لو لم یعلم) البائع (ان الشراء لاجل التخمیر لم یحرم، و ان علم) البائع (انه) ای المشتری (سیخمر العنب بإرادة جدیدة منه) تحصل له بعد البیع (و کذا الکلام فی بائع الطعام علی من یرتکب المعاصـی، فانه لو علم ارادته من الطعام المبیع التقوی به عنـد التملک) لـذلک الطعام (علی المعصـیة) کأن یأکل الطعام فتقوی یـده علی القتل، او رجله علی الـذهاب الی دار البغیـة مثلا (حرم البیع منه) لصـدق الاعانة علی الاثم حینئذ (و اما العلم) من البائع (بانه یحصل من هذا الطعام قوة علی المعصیة یتوصل بها) بتلک القوة (إلیها) ای الی المعصیة (فلا یوجب التحریم) لانه لا تصدق الاعانة علی الاثم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۰

هـذا و لکن الحکم بحرمـة الإتیان بشـرط الحرام توصـلا إلیه قـد یمنع، الا من حیث صـدق التجری، و البیع لیس اعانة علیه، و ان کان اعانة علی الشراء، الا انه فی نفسه لیس تجریا، فان التجری یحصل بالفعل المتلبس بالقصد.

و توهم-

(هـذا) تمام الکلام فی وجه حرمة بیع العنب ممن یعمله خمرا من جهة ان البیع اعانة علی الشـراء، الذی هو شـرط الحرام (لکن الحکم بحرمـة الإتیـان بشـرط الحرام) ای کون الاـشتراء الـذی هو شـرط للحرام الـذی هو التخمیر حرامـا، حتی یکون البیع اعانـة علی الحرام (توصـلا إلیه) ای الی الحرام (قـد یمنع، إلا من حیث صدق التجری) فشـراء الخمار العنب لاجل التخمیر تجر فقط، لا انه حرام (و البیع لیس اعانـة علیه) ای علی التجری (و ان کـان) البیع (اعانـة علی الشـراء)- «ان» وصـلیة- و ذلک لان التجری من المشتری انما یحصـل بامرین: الاشتراء و قصـد التخمیر و من المعلوم ان البیع اعانة علی الاشتراء فقط، و لیس اعانة علی قصد المشتری، فالبیع اعانة علی جزء من جزئی التجری (الاـ انه) ای الاـشتراء (فی نفسه لیس تجریـا، فـان التجری) انمـا (یحصـل بالفعـل) ای بالعمـل کالاشتراء فی المثال- (المتلبس بالقصد) و من المعلوم ان البیع لیس اعانة الا علی الفعل فقط، دون القصد.

(و توهم) ان الفعل جزء من جزئی التجری- فالفعل مقدمـة داخلیـة- و الاعانـة علی الجزء اعانـة علی الکل، فاعانة البائع للمشتری علی الاشتراء الذی هو جزء من التجری، لازمه کونه اعانة علی التجری،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۹۱

ان الفعل مقدمة له فتحرم الاعانة- مدفوع بانه لم یوجد قصد الی التجری حتی تحرم، و الا لزم التسلسل.

ف (ان الفعل مقدمـة) داخلیة (له) ای للتجری (فتحرم الاعانة) علی الفعل (- مدفوع بانه لم یوجد قصد الی التجری حتی تحرم) الاعانة (و الا لزم التسلسل).

قال المجاهد الشیرازی- فی شرح هذه العبارة ما لفظه-: حاصل الدفع ان المفروض فی المقام عدم کفایة مجرد المقدمة فی التحریم ما لم یصـدق عنوان التجری علی المقدمـة، و الاـ لکان الشـراء حراما باعتبار کونه مقدمـة للتخمیر، و لم یحتـج الی صـدق عنوان التجری علیه، فمقدمـة الشـراء للتجری لاـ ینفـع فی تحریمه، الاـ مع صـدق عنوان التجری علیه، بـان یـأتی به بقصـد التجری، و ذلـک مستلزم للتسـلسل، اذ ننقل الکلام حینئـذ الی هـذا الشـراء بقصـد التجری الذی هو مقدمة للتجری، فیقال: ان ذات الفعل فیه أیضا مقدمة للفعل بقصـد التجری، فیحتـاج الی قصـد ثـالث، فیحصـل تجر ثـالث و ینقل الکلام حینئـذ الی کون ذات الفعل مقدمـة لفعله بقصـد التجری فتحتاج الی قصـد رابع، فیحصل تجر رابع، و ینقل الکلام حینئذ الی مقدمیة ذات الفعل لهذا التجری الرابع، فیحتاج الی قصد خامس و هکذا الی ما لا نهایة له، مضافا الی جریان الکلام فی کل مرتبة، من ان البیع لیس اعانة علی الشراء بقصد التجری، بل علی ذات الشراء انتهی.

و ربما یقرر التسلسل بانه اذا کان القصد الی التجری تجریا- و المفروض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۲۹۲

فافهم. «نعم» لو ورد النهی بالخصوص عن بعض شروط الحرام کالغرس للخمر دخل الاعانة علیه فی الاعانة علی الاثم.

کما انه لو استدللنا بفحوی ما دل علی «لعن الغارس» علی حرمة التملک للتخمیر، حرم الاعانة علیه أیضا بالبیع.

توقف التجری علی القصد فلا بـد ان یقصـد القصـد (فافهم) فانه فرق بین المقدمـة الداخلیـة و المقدمة الخارجیة، فقصد التوصل الی التجری لا یعتبر فی حرمة المقدمة الداخلیة، و انما یعتبر فی حرمة المقدمة الخارجیة.

فتحصل: ان شرط الحرام- و هو الشراء- لیس حراما حتی تحرم مقدمته التی هی البیع، لان البیع حینئذ لیس اعانة علی الحرام.

(«نعم» لو ورد النهی بالخصوص) و النص، لا کالشراء الذی لم یرد عنه نهی بالخصوص (عن بعض شروط الحرام کالغرس للخمر) ای لشجرها، الذی لعن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم غارسها (دخل الاعانة علیه) ای علی ذلک الشرط (فی الاعانة علی الاثم) فسقی الماء لشجرها و نحو ذلک اعانة علی الاثم الذی هو الغرس.

(کما انه لو استدللنا بفحوی) و اولویة (ما دل علی لعن الغارس علی حرمة التملک) من المشتری (للتخمیر) لان الغرس الذی هو مقدمة ابعد اذا کان حراما کان التملک الذی هو مقدمة اقرب حراما بطریق اولی (حرم الاعانة علیه) ای علی الشراء (أیضا) کحرمة الاعانة علی الغرس (بالبیع) متعلق ب «الإعانة».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۳

فتحصل مما ذکرناه: ان قصد الغیر لفعل الحرام معتبر قطعا فی حرمة فعل المعین. و ان محل الکلام هی الاعانة علی شرط الحرام بقصد تحقق الشرط دون المشروط، و انها هل تعد اعانة علی المشروط فتحرم، أم لا فلا تحرم ما لم یثبت حرمة الشرط من غیر جهة التجری، و ان مجرد بیع العنب ممن یعلم انه سیجعله خمرا و من دون العلم

(فتحصل مما ذکرناه) من الدلیل علی ان الاعانة علی الاثم لا تصدق مع عدم قصد الغیر للحرام (ان قصد الغیر لفعل الحرام معتبر قطعا فی حرمة فعل المعین) فاذا قصد مشتری العنب التخمیر حرم بیعه و اذا لم یقصده لم یحرم البیع منه، و ان تجدد له بعد ذلک إرادة التخمیر (و ان محل الکلام) فی کونه حراما أم لا (هی الاعانة علی شرط الحرام) کالبیع الذی هو اعانة علی التملک- و التملک شرط للتخمیر الحرام- (بقصد) المعین (تحقق الشرط) فقط، کقصد البائع تملک المشتری فقط (دون) قصد المعین تحقق (المشروط) ای التخمیر، فانه لو قصد البائع الاعانة علی تملک المشتری لیحصل التخمیر فی الخارج حرم البیع (و انها) ای الاعانة علی التملک بدون قصد البائع حصول التخمیر، و لکن مع علمه بانه سیخمره (هل تعد اعانة علی المشروط) الذی هو التخمیر (فتحرم) الاعانة التی هی البیع (أم لا) تعد اعانة (فلا تحرم ما لم یثبت حرمة الشرط) کالغرس الذی ثبت حرمته (من غیر جهة التجری) «من» متعلق ب «لا تحرم» (و ان مجرد بیع العنب ممن یعلم انه سیجعله خمرا) فی المستقبل (و من دون العلم) للبائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۴

بقصده ذلک من الشراء لیس محرما اصلا، لا من جهة الشرط و لا من جهة المشروط.

و من ذلک یعلم ما فیما تقدم عن حاشیة الارشاد، من انه لو کان بیع العنب ممن یعمله خمرا اعانة لزم المنع عن معاملة اکثر الناس.

«ثم» ان محل الکلام فیما

(بقصده) ای المشتری (ذلک) التخمیر، قصدا فعلیا حال المبایعة (من الشراء) متعلق «بقصده» (لیس محرما اصلا، لا من جهة الشرط) لان الشراء الّذی هو شرط للحرام لیس بحرام اذا لم یقارنه القصد الفعلی الی التخمیر (و لا من جهة المشروط) لانه لیس اعانة علی التخمیر.

و الحاصل، ان المتحصل مما تقدم هذه الامور الاربعة التی ذکرها المصنف بقوله «ان، و ان، و انها، و ان».

(و من ذلک) الذی ذکرناه، من ان الاشتراء للعنب اذا کان بقصد التخمیر کان البیع اعانة، بخلاف ما اذا کان اشتراء الطعام من المشتری لیس بقصد التقوی علی العصیان لم یکن البیع اعانة، (یعلم ما) ای الاشکال الذی یرد (فیما تقدم عن حاشیة الارشاد، من انه لو کان بیع العنب من یعمله خمرا اعانة لزم المنع عن معاملة اکثر الناس) اذ لا تلازم بین الامرین لامکان کون بیع العنب اعانة علی الاثم حیث یقصد المشتری التخمیر، و لا یکون بیع الطعام اعانة علی الاثم حیث لا یقصد المشتری التقوی به علی العصیان.

(«ثم» ان محل الکلام) فی الاعانة علی الاثم (فیما) ای فی الاعانة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۵

یعد شرطا للمعصیة الصادرة عن الغیر. فما تقدم من المبسوط من حرمة ترک بذل الطعام لخائف التلف مستندا الی قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «من اعان علی قتل مسلم الخ» محل تامل، الا ان یرید الفحوی. و لذا استدل فی المختلف بعد حکایة ذلک عن الشیخ، بوجوب حفظ النفس مع القدرة و عدم الضرر.

التی (یعد شرطا للمعصیة الصادرة عن الغیر) بان یکون الامر الصادر عن الغیر معصیة و یکون ما یصدر عن المعین مقدمة لتلک المعصیة، و علیه فالموت الذی یحصل للجائع بسبب عدم الطعام لیس معصیة للمیت حتی یکون عدم بذل الطعام له اعانة علی المعصیة (فما تقدم من المبسوط من حرمة ترک بذل الطعام لخائف التلف) فی حال کون صاحب المبسوط (مستندا) لذلک (الی قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «من اعان علی قتل مسلم الخ» محل تامل) قوله «محل» خبر «فما» (الا ان یرید الفحوی) و الاولویة فان «عدم بذل الطعام» اقوی فی کونه سببا لموت المسلم من «الکلمة» التی تسبب قتله (و لذا) ای للتأمل فی استدلال المبسوط (استدل فی المختلف بعد حکایة ذلک) الاستدلال (عن الشیخ ب) دلیل آخر، غیر دلیل الاعانة، و هو (وجوب حفظ النفس مع القدرة) من الحافظ (و عدم الضرر) علی الحافظ، فان توجه ضرر إلیه، کما انه لو حفظ من یموت جوعا باعطائه طعامه مات المعطی بنفسه جوعا، لانحصار طعامه فی ما یکفی احدهما- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۶

«ثم» انه یمکن التفصیل فی شروط الحرام المعان علیها بین ما تنحصر فائدته و منفعته عرفا فی المشروط المحرم کحصول العصا فی ید الظالم المستعیر لها من غیره لضرب احد، فان ملکه للانتفاع بها فی هذا الزمان تنحصر فائدته عرفا فی الضرب. و کذا من استعار کأسا لیشرب الخمر فیها. و بین ما لم یکن کذلک کتملیک الخمار للعنب، فان منفعة التملیک و فائدته غیر منحصرة- عرفا- فی الخمر، حتی عند الخمار.

(«ثم» انه یمکن التفصیل فی شروط الحرام المعان علیها)- بخلاف ما ذکرنا سابقا من اطلاق عدم حرمة الاعانة علی شرط الحرام- (بین ما) ای الشرط الذی (تنحصر فائدته و منفعته عرفا فی المشروط المحرم) فان الاعانة علی مثل هذا الشرط حرام (کحصول العصی فی ید الظالم) الذی هو شرط فی ضرب المظلوم (المستعیر لها) ای للعصی (من غیره لضرب احد) من المظلومین (فان ملکه) ای واجدیة الظالم (للانتفاع بها) ای بالعصی (فی هذا الزمان) الذی فیه دولة الباطل- او المراد: فی زمان إرادة الظالم ضرب مظلوم حاضر عنده- (تنحصر فائدته عرفا فی الضرب) المحرم (و کذا من استعار کأسا) من غیره (لیشرب الخمر فیها) ای فی تلک الکأس فان فائدة الکأس فی حال إرادة المستعیر شرب الخمر تنحصر فی المحرم- عرفا- و لذا یحرم اعطاؤهما العصی و الکأس، لانه یصدق علیه الاعانة علی الاثم فعلا (و بین ما لم یکن کذلک) بان لا تنحصر الفائدة فی الحرام فعلا (کتملیک) البائع (الخمار للعنب، فان منفعة التملیک و فائدته غیر منحصرة- عرفا- فی الخمر» حتی عند الخمار) فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۷

فیعد الاول- عرفا- اعانة علی المشروط المحرم، بخلاف الثانی.

و لعل من جعل بیع السلاح من اعداء الدین حال قیام الحرب من المساعدة علی المحرم، و جوز بیع العنب ممن یعمله خمرا- کالفاضلین فی الشرائع و التذکرة و غیرهما- نظر الی ذلک.

و کذلک المحقق الثانی، حیث منع من بیع العصیر المتنجس علی مستحله مستندا الی کونه من الاعانة علی الاثم، و منع من کون بیع

العنب ممن یعلم انه یجعله خمرا من الاعانهٔ

الخمار یتمکن من اکل العنب او تثلیثه (فیعد الاول) ای اعطاء العصی و الکاس، للضارب و الشارب (عرفا اعانهٔ علی المشروط المحرم، بخلاف الثانی) الذی هو بیع العنب ممن یجعله خمرا.

(و لعل من جعل بیع السلاح من اعداء الدین حال قیام الحرب من المساعدهٔ علی المحرم) فافتی بحرمته (و جوز بیع العنب ممن یعمله خمرا) مع ان الذی یظهر ابتداء تساویهما فی الحکم (- کالفاضلین): المحقق و العلامهٔ (فی الشرائع و التذکرهٔ و غیرهما- نظر الی ذلک) التفصیل الذی ذکرنا من صدق الاعانهٔ فی بیع السلاح- کاعطاء العصی- و عدم الصدق فی بیع العنب.

(و کذلک) لعله نظر الی التفصیل الذی ذکرنا (المحقق الثانی، حیث منع من بیع العصیر المتنجس علی مستحله) کالسنهٔ و الکفار (مستندا الی کونه) ای البیع من المستحل (من الاعانهٔ علی الاثم، و منع من کون بیع العنب ممن یعلم انه یجعله خمرا من الاعانهٔ) علی الاثم، و انما قلنا: ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۸

فان تملک المستحل للعصیر منحصر فائدته عرفا عنده فی الانتفاع به حال النجاسهٔ، بخلاف تملک العنب.

و کیف کان- فلو ثبت تمیز موارد الاعانهٔ من العرف فهو، و الا فالظاهر مدخلیهٔ قصد المعین. «نعم» یمکن الاستدلال علی حرمهٔ بیع الشیء ممن یعلم انه یصرف المبیع فی الحرام، بان دفع المنکر کرفعه واجب، و لا یتم الا بترک البیع

نظر المحقق الی الوجه الذی ذکرناه فی التفصیل بین الضارب و الشارب (فان تملک المستحل للعصیر منحصر فائدته عرفا عنده) ای عند المستحل (فی الانتفاع به حال النجاسهٔ بخلاف تملک العنب) فلا تنحصر فائدته فی التخمیر حتی عند الخمار.

(و کیف کان فلو ثبت تمیز موارد الاعانهٔ) و ان ایها من الاعانهٔ علی الاثم و ایها لیس من الاعانهٔ علی الاثم (من العرف) الذی هو المخاطب بقوله «لا تعاونوا علی الاثم» و فهمه حجهٔ فی المصادیق (فهو) المطلوب المتبع و المیزان فی الحرمهٔ و عدمها (و الا فالظاهر) من العرف (مدخلیهٔ قصد المعین) فی کون فعله اعانهٔ و مقدمهٔ للحرام، فان باعه العنب لیخمره صدق عرفا انه اعانه علی الاثم، و ان باعه العنب و لم یقصد ذلک- و ان علم بانه سیخمره- لم یصدق انه اعانه علی الاثم («نعم» یمکن الاستدلال علی حرمهٔ بیع الشیء ممن یعلم) ای البائع (انه یصرف المبیع فی الحرام، بان دفع المنکر) بالصد عن وقوعه (کرفعه) اذا کان موجودا (واجب و لا یتم) دفع المنکر (الا بترک البیع) فان البائع من ناحیته صد المنکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۲۹۹

فیجب. و إلیه اشار المحقق الاردبیلی رحمه اللّه- حیث استدل علی حرمهٔ بیع العنب فی المسألهٔ بعد عموم النهی عن الاعانهٔ- بادلهٔ النهی عن المنکر.

و یشهد بهذا ما ورد من «انه لو لا ان بنی امیهٔ وجدوا من یکتب و یجبی لهم الفیء، و یقاتل عنهم، و یشهد جماعتهم، لما سلبوا حقنا» دل علی مذمهٔ الناس فی فعل ما لو ترکوه لم تتحقق المعصیهٔ من بنی امیهٔ، فدل علی ثبوت الذم لکل ما لو ترک لم تتحقق المعصیهٔ من الغیر.

و ان امکن ان یوجد من ناحیهٔ شخص آخر (فیجب) عدم البیع، و علیه فیحرم البیع، لان ترک کل واجب حرام.

(و إلیه) أی الی هذا الاستدلال (اشار المحقق الاردبیلی رحمه اللّه- حیث استدل علی حرمهٔ بیع العنب فی المسألهٔ) التی نحن فیها (بعد) الاستدلال ب (عموم النهی عن الاعانهٔ) علی الاثم و العدوان (- بادلهٔ النهی عن المنکر) فان قوله سبحانه «کَانُوا لَا یَتَنَاهَوْنَ عَنْ

مُنكَرٍ فَعَلُوهُ» یشمل مثل المقام.

(و یشهد بهذا) الاستدلال (ما ورد) عن ابی حمزة عن الصادق علیه السلام (من «أنه لو لا ان بنی امیة وجدوا من یكتب و یجبی لهم الفیء، و یقاتل عنهم، و یشهد جماعتهم، لما سلبوا حقنا) نص الروایة ما ذكرنا و لعل المصنف وجد كما نقل فی مكان آخر، او اراد النقل بالمعنی، لا بالالفاظ (دل) هذا الحدیث (علی مذمة الناس فی فعل ما لو تركوه لم تتحقق المعصیة من بنی امیة، فدل علی ثبوت الذم لكل ما لو ترك لم تتحقق المعصیة من الغیر) فان تحقق المعصیة من بنی امیة كان متوقفا علی فعل الناس، فذم الامام- علیه السلام- الناس، و كذا تحقق المعصیة من مشتری العنب

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۰

و هذا و ان دل بظاهره علی حرمة بیع العنب و لو ممن یعلم انه سیجعله خمرا مع عدم قصد ذلك حین الشراء، الا انه لم یقم دلیل علی وجوب تعجیز من یعلم انه سیهم بالمعصیة، و انما الثابت من النقل و العقل القاضی بوجوب اللطف وجوب ردع من هم بها و اشرف علیها بحیث لو لا الردع لفعلها او استمر علیها.

یتوقف علی بیع العنب منه، فالبیع المذكور مذموم.

(و هذا) الحدیث (و ان دل بظاهره علی حرمة بیع العنب و لو ممن یعلم انه سیجعله خمرا مع عدم قصد ذلك) التخمیر منه (حین الشراء) لان الحدیث یدل علی لزوم ترك كل فعل یؤدی الی عصیان الغیر (الا انه) ظهور بدوی لا یمكن الالتزام به، لانه (لم یقم دلیل علی وجوب تعجیز من یعلم) من حاله (انه سیهم بالمعصیة) «یعلم» بالبناء للمجهول. و اما ان الحدیث لا یدل علی ذلك، فلان بنی امیة كانوا یهتمون بسلب الخلافة الذی هو من اعظم المعاصی و كانوا مشتغلین به، فغایة ما یدل هو ان اعانتهم حرام، و این هذا من تعجیز من یتأتی منه المعصیة بعدا، حتی فی صورة عدم قصده الآن للعصیان. (و انما الثابت من النقل): ادلة النهی عن المنكر. (و العقل): الدال علی الحیلولة دون وقوع القبیح (القاضی بوجوب اللطف) هذا بیان لدلیل العقل و لعل المراد به ان كونه سبحانه «لطیفا» بمعنی تقریبه الناس الی الطاعة و تبعیدهم عن المعصیة یقتضی ان یأمر بدفع المنكر، كما امر برفع المنكر (وجوب ردع من هم بها) ای بالمعصیة (و اشرف علیها بحیث لو لا الردع لفعلها او استمر علیها) بعد الفعل،

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱، ص: ۳۰۱

«ثم» ان الاستدلال المذكور انما یحسن مع علم البائع بانه لو لم یبعه لم تحصل المعصیة، لانه حینئذ قادر علی الردع، اما لو لم یعلم ذلك او علم بانه تحصل منه المعصیة بفعل الغیر فلا یتحقق الارتداع بترك البیع، كمن یعلم عدم الانتهاء بنهیه عن المنكر.

و لذا لم یحبس الامام امیر المؤمنین علیه السلام ابن ملجم قبل قیامه بالجریمة فدلیل النهی عن المنكر و دلیل اللطف انما یدلان علی الرفع للمنكر لا الدفع له.

(«ثم» ان الاستدلال المذكور) لحرمة بیع العنب ممن یعمله خمرا، بادلة دفع المنكر (انما یحسن) الاستدلال به للمقام (مع علم البائع بانه لو لم یبعه لم یحصل المعصیة) فی الخارج (لانه) ای البائع (حینئذ) ای حین علمه بانه لو لم یبع لم تحصل المعصیة (قادر علی الردع) بعدم البیع فیتحقق مفهوم الردع حینئذ بتركه البیع (اما لو لم یعلم ذلك) ای بأنه لو لم یبعه لم تحصل المعصیة (او علم بانه تحصل منه المعصیة بفعل الغیر) ای ان سائر البائعین یبیعونه العنب فیصنع خمرا (فلا یتحقق الارتداع) من المشتری (بترك) البائع (البیع) له، فهو (كمن یعلم عدم الانتهاء) لفاعل المنكر (بنهیه عن المنكر) و الحاصل ان عدم البیع لو كان من جهة الارتداع- خارجا- فانه انما یتحقق اذا حصل الارتداع، اما اذا علم البائع بانه لا یحصل الارتداع، او لم یعلم هل یحصل الارتداع أم لا، فلا دلیل علی حرمة البیع.

(و) ان قلت: سواء علم البائع حصول الارتداع أم علم عدم حصول الارتداع أم شک فی ذلک، فان تکلیفه ان لا ـ یبیع العنب لهذا المشتری.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۰۲

و توهم ان البیع حرام علی کل احد فلا یسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بانه لو ترکه لفعله غیره- مدفوع بان ذلک فیما کان محرما علی کل واحد علی سبیل الاستقلال، فلا یجوز لواحد منهم الاعتذار بان هذا الفعل واقع لا محالة و لو من غیری، فلا ینفع ترکی له، اما اذا وجب علی جماعة شیء واحد کحمل ثقیل مثلا بحیث یراد منهم الاجتماع علیه، فاذا علم واحد من حال الباقی عدم القیام به و الاتفاق معه فی ایجاد الفعل

قلت: (توهم ان البیع حرام علی کل احد فلا یسوغ لهذا الشخص) البائع (فعله) ای البیع للمشتری (- معتذرا) فی بیعه (بانه لو ترکه) ای البیع (لفعله غیره-) فما الفائدة فی ترک هذا البائع للبیع؟ (مدفوع بان ذلک) التحریم علی هذا البائع، سواء حصل الارتداع أم لا (فیما کان) البیع (محرما علی کل واحد علی سبیل الاستقلال ف) حینئذ (لا یجوز لواحد منهم الاعتذار بان هذا الفعل) المحرم، کالتخمیر فی المثال (واقع لا محالة، و لو من غیری فلا ینفع ترکی له) لان الحرمة علی کل احد لا تلائم هذا الاعتذار، فهو حینئذ من قبیل ان یسرق زید مال عمرو معتذرا بانه لو لم یسرقه لسرقه غیره، فان هذا العذر غیر صحیح، لحرمة السرقة علی کل احد، سواء سرق غیره أم لا. (اما اذا وجب علی جماعة شیء واحد کحمل) شیء (ثقیل مثلا) مما لا یحمل الا بالاجتماع (بحیث یراد منهم الاجتماع علیه فاذا علم واحد) منهم (من حال الباقی عدم القیام به) ای بحمل هذا الثقیل (و) عدم (الاتفاق معه فی ایجاد الفعل) فی الخارج

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۰۳

کان قیامه بنفسه بذلک الفعل لغوا فلا یجب.

و ما نحن فیه من هذا القبیل، فان عدم تحقق المعصیة من مشتری العنب موقوف علی تحقق ترک البیع من کل بائع، فترک المجموع للبیع سبب واحد لترک المعصیة، کما ان بیع واحد منهم علی البدل شرط لتحققها، فاذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقی معه فی تحصیل السبب- و المفروض ان قیامه منفردا لغو- سقط وجوبه.

(کان قیامه بنفسه بذلک الفعل) بان یأخذ طرفا من الثقیل اعتباطا (لغوا) لا فائدة فیه لانه لا یحمل بهذا الواحد (فلا یجب) علیه القیام وحده.

(و ما نحن فیه) من عدم بیع العنب من هذا البائع الخاص، مع علمه بان غیره یبیعه للمشتری المخمر (من هذا القبیل)، ای قبیل حمل الثقیل، لا قبیل «السرقة» المحرمة علی کل احد (فان) الواجب (عدم تحقق المعصیة من مشتری العنب) و هذا الواجب (موقوف علی تحقق ترک البیع من کل بائع) بان لا یبیعه احد (فترک المجموع للبیع سبب واحد لترک المعصیة) فی الخارج (کما ان بیع واحد منهم علی البدل شرط لتحققها) فان ایا منهم باعه قام المشتری بالتخمیر المحرم (فاذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقی معه فی تحصیل السبب) لترک المعصیة، ای انهم لا یساعدونه فی ایجاد سبب ترک التخمیر (- و المفروض ان قیامه) ای هذا البائع (منفردا) بترک البیع (لغو-) لانه یحصل السبب من شخص آخر (سقط وجوبه) هذا جواب «اذا».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۰۴

و اما ما تقدم من الخبر فی أتباع بنی امیة، فالذم فیه انما هو علی اعانتهم بالامور المذکورة فی الروایة.

و سیأتی تحریم کون الرجل من اعوان الظلمة، حتی فی المباحات التی لا دخل لها بریاستهم، فضلا عن مثل جبایة الصدقات و حضور الجماعات و شبههما مما هو من اعظم المحرمات.

و قد تلخص مما ذکرنا: ان فعل ما هو من قبیل الشرط لتحقق المعصیة من الغیر من دون قصد توصل الغیر به

(و اما ما تقدم من الخبر فی أتباع بنی امیة، فالذم فیه) لیس لاجل انه لو لم یعنهم هؤلاء لم یتحقق الظلم، حتی یدل علی وجوب دفع المنکر بل الذم (انما هو علی اعانتهم بالامور المذکورة فی الروایة) من جبایة الصدقة و حضور الجماعة و ما اشبه.

(و سیأتی تحریم کون الرجل من اعوان الظلمة حتی فی المباحات التی لا- دخل لها بریاستهم فضلا عن) اعانتهم فی (مثل جبایة الصدقات و حضور الجماعات و شبههما مما هو من اعظم المحرمات) اذن فالقول بحرمة بیع العنب ممن یعمله خمرا، لقاعدة النهی عن المنکر، او قاعدة اللطف، او خصوص الروایة فی اعوان بنی امیة، غیر تام.

(و قد تلخص مما ذکرنا) من اوّل المبحث الی هنا: (ان فعل ما هو من قبیل الشرط لتحقق المعصیة من الغیر) «الفعل» کالبیع» و «الشرط» الشراء، و «المعصیة من الغیر» التخمیر للعنب من المشتری (من دون قصد) البائع- فی المثال- (توصل الغیر) ای المشتری (به)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۰۵

الی المعصیة غیر محرم، لعدم کونها- فی العرف- اعانة مطلقا، او علی التفصیل الذی احتملناه اخیرا.

و اما ترک هذا الفعل، فان کان سببا- یعنی علة تامة- لعدم المعصیة من الغیر، کما اذا انحصر العنب عنده، وجب، لوجوب الردع عن المعصیة عقلا و نقلا.

و اما لو لم یکن سببا بل کان السبب ترکه منضما الی ترک غیره

ای بهذا البیع (الی المعصیة) کالتخمیر (غیر محرم لعدم کونها) ای الفعل، و تأنیث الضمیر باعتبار «الاعانة» (- فی العرف-) الذی هو المحکم فی تشخیص موضوع «الاعانة» (اعانة) علی الاثم (مطلقا) مقابل التفصیل الذی نذکره (او علی التفصیل الذی احتملناه اخیرا) بقولنا «ثم انه یمکن التفصیل فی شروط الحرام المعان علیها بین ما تنحصر الخ».

(و اما) الاستدلال لحرمة البیع من جهة «دفع المنکر» الذی تقدم الکلام فیه فحاصل ما اخترناه: ان (ترک هذا الفعل، فان کان سببا یعنی علة تامة- لعدم المعصیة من الغیر) کالمشتری- فی مثال العنب- (کما اذا انحصر العنب عنده وجب) ترک الفعل (لوجوب الردع عن المعصیة عقلا) لقبح الاتیان بشیء یوجب وقوع الغیر فی العصیان، کقبح الاتیان بشیء یوجب مرض الغیر او فقره او ما اشبه (و نقلا) لشمول ادلة النهی عن المنکر له بالمناط.

(و اما لو لم یکن سببا بل کان السبب) لترک الغیر للعصیان (ترکه) ای ترک هذا البائع لبیع العنب- مثلا- (منضما الی ترک غیره) بان کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۰۶

فان علم او ظن او احتمل قیام الغیر بالترک وجب قیامه به أیضا.

و ان علم او ظن عدم قیام الغیر سقط عنه وجوب الترک، لان ترکه بنفسه لیس برادع حتی یجب.

«نعم» هو جزء للرادع المرکب من مجموع تروک ارباب العنب، لکن یسقط وجوب الجزء اذا علم بعدم تحقق الکل فی الخارج.

السبب عدم بیع احد العنب لهذا المشتری (فان علم او ظن او احتمل قیام الغیر بالترک) لبیع العنب له (وجب قیامه به) ای بالترک (أیضا).

(و ان علم او ظن عدم قیام الغیر) بالترک، فان المشتری یشتری من غیره العنب (سقط عنه) ای عن هذا البائع (وجوب الترک) فلم یجب عدم البیع بل جاز له ان یبیع منه (لان ترکه) ای هذا البائع (بنفسه) ای فقط (لیس برادع) للمنکر فی الخارج (حتی یجب) هذا

الترک.

(نعم هو) ای ترک هـذا البائع لبیع العنب (جزء للرادع المرکب) ذلک الرادع (من مجموع تروک) فانه انما یرتـدع اذا لم یبعه احد من (ارباب العنب، لکن یسقط وجوب الجزء)- ای ترک هذا البائع الخاص لبیع الخمار العنب- (اذا علم بعدم تحقق الکل فی الخارج) بان یقوم فرد آخر ببیعه للعنب لهذا الخمار.

و لا یخفی انه ربما یرد علی المصنف أنه ذکر تارهٔ عدم وجوب الترک اذا احتمل قیام الغیر به. و تارهٔ وجوبه و ان احتمل قیام الغیر به. و مقتضی القاعدهٔ: انه مع احتمال ترک الغیر یحرم البیع لمناط وجوب النهی عن المنکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۰۷

فعلم مما ذکرناه فی هذا المقام: ان فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغیر یقع علی وجوه:-

«احدها» ان یقع من الفاعل قصدا منه لتوصل الغیر به الی الحرام.

و هذا لا اشکال فی حرمته، لکونه اعانهٔ.

«الثانی» ان یقع منه من دون قصد لحصول الحرام،

مع احتمال التأثیر. و معه لا مجال للبراءهٔ، کما لا مجال للبراءهٔ من النهی عن المنکر مع احتمال التأثیر.

اقول: و ربما یصـحح کلام الشیخ بتقییـد بعضه ببعض، فیتحصل من مجموع کلامه، انه مع العلم بترک الغیر او الظن بترکه، او الشـک فیه یحرم البیع، و مع العلم ببیع الغیر او الظن ببیعه، لا یحرم البیع له، و قد اطال المعلقون الکلام فی المسألهٔ اضربنا عنها مشیا مع ما بنیناه من توضیح المتن.

(فعلم مما ذکرناه فی هذا المقام: ان فعل ما هو شـرط للحرام) کالشـراء الذی هو شـرط التخمیر (الصادر) ذلک الفعل کالبیع (من الغیر یقع علی وجوه:-).

(«احـدها» ان یقع) الفعل کالبیع (من الفاعل قصـدا منه لتوصل الغیر) ای المشتری (به) ای بهذا الفعل (الی الحرام) کأن یبیعه بقصد ان یخمره.

(و هذا) القسم (لا اشکال فی حرمته، لکونه اعانهٔ) علی الاثم.

(«الثانی» ان یقع منه) الفعل (من دون قصد لحصول الحرام،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۰۸

و لا لحصول ما هو مقدمهٔ له، مثل تجارهٔ التاجر بالنسبهٔ الی معصـیهٔ العاشـر فانه لم یقصد بها تسـلط العاشـر علیه الذی هو شـرط لأخذ العشر. و هذا لا اشکال فی عدم حرمته.

«الثالث» ان یقع منه بقصد حصول ما هو من مقدمات حصول الحرام عن الغیر، لا لحصول نفس الحرام منه.

و هذا قد یکون من دون قصد الغیر

و لا لحصول ما هو مقدمـهٔ له) بان لا یقصـد بالبیع الوصول الی التخمیر و لا الوصول الی التملک الـذی هو مقدمهٔ للتخمیر (مثل تجارهٔ التاجر بالنسبهٔ الی معصیهٔ العاشر) الآخذ للعشور. فان التاجر لا یقصد وصول العاشر الی العشور، و لا الی مقدمهٔ اخذه للعشور.

و قد مثل المصنف لمقدمهٔ اخذ العشور بقوله (فانه) ای التاجر (لم یقصد بها تسلط العاشر علیه) ای علی نفسه (الذی) صفهٔ التسلط (هو شرط لاخذ العشر) و انما اراد التاجر التجارهٔ فقط.

(و هذا) القسم (لا اشکال فی عدم حرمته) لعدم صدق «الاعانهٔ علی الاثم» علیه.

(«الثالث» ان یقع منه) الفعل (بقصد حصول ما هو من مقدمات حصول الحرام عن الغیر) الذی هو المشتری- مثلا- (لا لحصول نفس الحرام منه) کما لو قصد البائع تملک الخمار- و التملک شرط الحرام- اذ لو لا التملک لم یتمکن الخمار من التخمیر.

(و هذا) القسم (قد یکون من دون قصد الغیر) الذی هو المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۰۹

التوصل بذلک الشرط الی الحرام، کبیع العنب من الخمار المقصود منه تملکه للعنب الذی هو شرط لتخمیره، لا نفس التخمیر، مع عدم قصد الغیر أیضا التخمیر حال الشراء. و هذا أیضا لا اشکال فی عدم حرمته.

و قد یکون مع قصد الغیر التوصل به الی الحرام- اعنی التخمیر- حال شراء العنب. و هذا أیضا علی وجهین:

احدهما: ان یکون ترک هذا الفعل من الفاعل علة تامة لعدم تحقق الحرام من الغیر

(التوصل بذلک الشرط) ای الاشتراء (الی الحرام) و ذلک (کبیع العنب من الخمار المقصود منه) ای من البیع (تملکه للعنب) التملک (الذی هو شرط لتخمیره، لا) المقصود منه- ای من البائع- (نفس التخمیر مع عدم قصد الغیر) الذی هو المشتری (أیضا) کعدم قصد البائع (التخمیر حال الشراء. و هذا) القسم (أیضا) کالقسم الثانی (لا اشکال فی عدم حرمته) لانه لیس اعانة علی الاثم.

(و قد یکون) القسم الثالث (مع قصد الغیر) ای المشتری (التوصل به الی الحرام اعنی التخمیر حال شراء العنب. و هذا) النوع الثانی من القسم الثالث (أیضا) کنفس القسم الثالث (علی وجهین):

(احدهما: ان یکون ترک هذا الفعل من الفاعل علة تامة لعدم تحقق الحرام من الغیر) لانحصار العنب مثلا عند هذا البائع، فاذا لم یبعه العنب لم یتمکن من التخمیر- اصلا- لا ما اذا کان تمکن من التخمیر باشتراء الحنطة او التمر او ما اشبه من غیره، او کان عنده مقدار من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۰

و الأقوی- هنا- وجوب الترک و حرمة الفعل.

و الثانی: ان لا یکون کذلک، بل یعلم عادة او یظن بحصول الحرام من الغیر. من غیر تأثیر لترک ذلک الفعل: و الظاهر عدم وجوب الترک حینئذ بناء علی ما ذکرنا من اعتبار قصد الحرام فی صدق الاعانة علیه مطلقا

العنب اذا بعته له خمر عنب البائع، و اذا لم تبعه خمر عنب نفسه.

(و الاقوی هنا وجوب الترک) ای ترک بیع العنب له (و حرمة الفعل) و اطلاق قوله علیه السلام: «هو ذا نبیع تمرنا ممن یصنعه خمرا» منصرف الی المتعارف الذی هو وجود من یبیعه التمر، لو لم یبعه الامام علیه السلام.

(و الثانی ان لا یکون کذلک) ای لا یکون ترک الفعل من الفاعل علة تامة (بل یعلم) البائع (عادة) ای علما عادیا (او یظن بحصول الحرام من الغیر) ای المشتری لانه یشتری العنب من بائع آخر (من غیر تأثیر) فی عدم الحرام (لترک) البائع (ذلک الفعل) ای ترکه للبیع لا یؤثر فی عدم تخمیر المشتری. (و الظاهر عدم وجوب الترک حینئذ) ای حین علم او ظن ان المشتری سیفعل الحرام سواء بائعه أم لم یبعه.

و انما قلنا بالحرمة فی الصور المذکورة (بناء) علی ان الحرمة تتوقف علی احد شیئین: إما قصد الحرام، او صدق الاعانة، و ان لم یقصد الحرام. فکلما تحقق احد الامرین کان البیع حراما و الا کان حلالا و الی هذا اشار بقوله: بناء (علی ما ذکرنا من اعتبار قصد الحرام فی صدق الاعانة علیه) ای علی الحرام (مطلقا) مقابل التفصیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۱

او علی ما احتملنا من التفصیل.

«ثم» کل مورد حکم فیه بحرمة البیع من هذه الموارد الخمسة فالظاهر عدم فساد البیع، لتعلق النهی بما هو خارج عن المعاملة- اعنی الإعانة علی الاثم، او المسامحة فی الردع عنه.

و یحتمل الفساد، لاشعار قوله

(او) بناء (علی ما احتملنا من التفصیل) عند قولنا «ثم انه یمکن التفصیل فی شروط الحرام».

(ثم) اذا عرفت الکلام فی الحکم التکلیفی فی البیع، ننقل الکلام الی الحکم الوضعی و انه اذا حرم البیع فهل یفسد أم لا؟ فنقول: (کل مورد حکم فیه بحرمة البیع من هذه الموارد الخمسة فالظاهر عدم فساد البیع) بل یصح البیع و إن کان البائع فعل حراما (لتعلق النهی بما هو خارج عن المعاملة) و الامر الخارج (- اعنی الاعانة علی الاثم-) فی بعض الصور (او المسامحة) من البائع (فی الردع عنه) ای عن الاثم، فی صورة اخری.

توضیحه: ان النهی قد یتعلق بنفس المعاملة، کأن یقول الشارع «لا تبع بیعا ربویا» و مثل هذا النهی موجب للفساد، لظهوره فی کونه ارشادا الی الفساد. و قد یتعلق النهی بکلی خارجی عن المعاملة، لکنه انطبق علی المعاملة کالنهی عن الاعانة او النهی عن المنکر، مما انطبق هذا الکلی فی المقام علی المعاملة، و حیث ان الحرمة لا- تلازم الفساد، فلا یدل مثل هذا النهی علی الفساد، فتکون المعاملة صحیحة و لکنها موجبة للعقاب (و یحتمل الفساد لاشعار قوله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۲

علیه السلام- فی روایة تحف العقول المتقدمة، بعد قوله: و کل مبیع ملهو به-: و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه او یقوی به الکفر و الشرک فی جمیع وجوه المعاصی او باب یوهن به الحق فهو حرام محرم بیعه و شراؤه و امساکه» بناء علی ان التحریم مسوق لبیان الفساد فی تلک الروایة، کما لا یخفی.

لکن فی الدلالة تأمل،

علیه السلام- فی روایة تحف العقول المتقدمة، بعد قوله: و کل مبیع ملهو به-: و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر اللّه) فان الاعانة علی الاثم مما یتقرب به الی الشیطان (او یقوی به الکفر و الشرک فی جمیع وجوه المعاصی) لان کل معصیة یقوی بها الشرک و الکفر لمسانختها لهما (او باب یوهن به الحق) فان کل معصیة باب یوهن به الحق (فهو حرام محرم بیعه و شراؤه و امساکه) فان هذه الفقرات الثلاث فی الروایة دالة علی فساد مثل بیع العنب لمن یعمله خمرا (بناء علی ان التحریم) فی الروایة (مسوق لبیان الفساد فی تلک الروایة) اذ الظاهر هو سوق الروایة لبیان البیوع الصحیحة و الفاسدة فلیس المقصود منها مجرد الحکم التکلیفی (کما لا یخفی).

(لکن) مع ذلک (فی الدلالة) للروایة علی ما نحن فیه (تأمل) بمعنی ان الروایة لا تشمل بیع العنب لمن یعمله خمرا- و ان سلمنا انها علی تقدیر الشمول دالة علی الفساد-.

و وجه التأمل: ان الظاهر من قوله علیه السلام «ما یتقرب به لغیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۳

و لو تمت لثبت الفساد مع قصد المشتری خاصة للحرام، لان الفساد لا یتبعض.

اللّه» ما یعبد به غیر اللّه کالصنم، و الظاهر من قوله علیه السلام «او یقوی به الکفر و الشرک» قوة من جنس دین الامرین لا من جنس العصیان المناسب لهما، و الظاهر من قوله علیه السلام «باب یوهن به الحق»: وهن الدین و المذهب لا کل معصیة.

هـذا و لکن الانصاف الصـدق فی الجملـة، و ان لـم یسـلم الصـدق فی کل مکان (و لو تمت) الدلالـة (لثبت الفساد مع قصـد المشتری خاصـة للحرام) لا مطلقا سواء قصـد المشتری أم لا، بان لـم یکن وقت الاشتراء قصـده التخمیر ثم قصـد ذلک، و انما نقول بان البیع فی هـذه الصورة فاسـدة (لان الفساد لا یتبعض) فان قصد المشتری للحرام یوجب فساد اشتراءه و اذا فسد الشـراء فسد البیع، اذ لا یمکن ان تکون معاملة نصـفها فاسد و نصـفها صـحیح، حتی یقال: ان الفساد من ناحیة المشتری فقط- لقصده الحرام- دون ناحیة البائع، لانه لم یقصد الحرام.

فتحصـل انه- أولا- لا نقول بشـمول فقرات الروایـة، لمثل بیع العنب، و هـذا ما اشار إلیه بقوله «لکن فی الدلالـة تأمل». و ثانیا- لو قلنا بشمول الروایة لما نحن فیه لا نقول بالفساد مطلقا، و انما نقول بالفساد فی صورة قصد المشتری حین الاشتراء التخمیر.

و ربما قیل فی معنی قوله «و لو تمت الخ» معنی آخر، و لکن ما ذکرناه اقرب الی ظاهر العبارة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۴

القسم الثالث ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا»

بمعنی ان من شأنه ان یقصد منه الحرام.

و تحریم هذا مقصور علی النص، اذ لا یدخل ذلک تحت الإعانة خصوصا مع عدم العلم بصـرف الغیر له فی الحرام، کبیع السـلاح من اعداء الدین مع عدم قصد تقویتهم، بل و عدم العلم

(القسم الثالث) مما یحرم التکسب به لتحریم ما یقصد به- الذی ذکرنا فی اوّل النوع الثانی- انه علی اقسام-.

(ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا، بمعنی ان من شأنه ان یقصد منه الحرام) کبیع السـلاح من اعداء الدین، فانه حرام لتحریم ما یقصد الاعداء من السلاح شأنا، فان السلاح له شأن قتل المسلمین.

(و تحریم هذا) القسم (مقصور علی النص، اذ لا یدخل ذلک تحت) عنوان (الاعانة) علی الاثم (خصوصا مع عدم العلم بصـرف الغیر) ای اعداء الدین (له) ای للسـلاح (فی الحرام) و ذلک (کبیع السـلاح من اعداء الدین مع عدم قصد تقویتهم) بهذا السـلاح (بل و عدم العلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۵

باستعمالهم لهذا المبیع الخاص فی حرب المسلمین، الا ان المعروف بین الاصحاب حرمته، بل لا خلاف فیها

و الاخبار بها مستفیضة:

«منها»- روایة الحضرمی «قال: دخلنا علی ابی عبد اللّه علیه السلام، فقال له حکم السراج: ما تقول فیمن یحمل الی الشام من السروج و اداتها؟

قال علیه السلام: لا بأس، انتم الیوم بمنزلة اصحاب رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم، انتم فی هدنة فاذا کانت المباینة

باستعمالهم لهـذا المبیع الخـاص فی حرب المسـلمین) فـانه- و ان لم یصـدق علیه الاعانـة علی الاـثم- حرام للادلـة الخاصـة، (الاـ ان المعروف بین الاصـحاب حرمته بـل لاـ خلاـف فیهـا) لـدی الفقهـاء و ان اختلفوا فی انه حرام مطلقـا، او فی حـال الحرب، او فی حـال المباینة، او غیر ذلک من الاقوال المتعددة فی المسألة.

(و الاخبار بها) ای بالحرمة (مستفیضة):

(«منها»- روایة الحضرمی «قال: دخلنا علی ابی عبد اللّه (ع) فقال له حکم السراج: ما تقول فیمن یحمل الی الشام من السروج و اداتها)

و المراد بیعه الی أهل السنة النواصب لان الشام کان فی ذلک الوقت مرکز الخلافة المنحرفة (قال علیه السلام: لا بأس) ای ببیع السلاح لهم (انتم الیوم بمنزلة اصحاب رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم) ای الذین کانوا فی هدنة حال عدم تشریع الحرب علیهم (انتم فی هدنة) حیث لم یؤمروا فی ذلک الوقت بمحاربة الخلفاء الجائرین (فاذا کانت المباینة) ای المحاربة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۶

حرم علیکم ان تحملوا إلیهم السلاح و السروج».

«و منها»- روایة هند السراج «قال: قلت لابی جعفر علیه السلام اصلحک اللّه انی کنت احمل السلاح الی اهل الشام فابیعه منهم، فلما عرفنی اللّه هذا الامر ضقت بذلک، فقلت: لا احمل الی اعداء اللّه؟ فقال علیه السلام احمل إلیهم و بعهم، فان اللّه یدفع بهم عدونا و عدوکم، یعنی الروم، فاذا کان الحرب بیننا فلا تحملوا إلیهم، فمن حمل الی عدونا سلاحا یستعینون به علینا فهو مشرک»

الموجبة للبینونة و الانفصال بین الجانبین (حرم علیکم ان تحملوا إلیهم السلاح و السروج») و المراد بذلک المثال و الا فکل ادوات الحرب حرام، کما سیأتی تفصیله إن شاء اللّه.

(«و منها»- روایة هند السراج «قال: قلت لابی جعفر علیه السلام اصلحک اللّه انی کنت احمل السلاح الی اهل الشام فابیعه منهم فلما عرفنی اللّه هذا الامر) ای ولایتکم اهل البیت و صرت من الشیعة (ضقت بذلک) الحمل للسلاح إلیهم، کانه کان فی توسعة ثم ضاق علیه الامر (فقلت لا احمل) ای السلاح (الی اعداء اللّه؟ فقال علیه السلام: احمل إلیهم و بعهم فان اللّه یدفع بهم) ای باهل الشام (عدونا و عدوکم، یعنی الروم) المسیحیین (فاذا کان الحرب بیننا) و بین اهل الشام (فلا تحملوا إلیهم) السلاح (فمن حمل الی عدونا سلاحا یستعینون به علینا فهو مشرک») و المراد بالشرک فی هذا الخبر، و بالکافر فی الخبر الآتی، الکفر و الشرک فی العمل، لا فی الاعتقاد، فان العمل بالحرام عمل الکافر و المشرک، و لذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۷

و صریح الروایتین: اختصاص الحکم بصورة قیام الحرب بینهم و بین المسلمین، بمعنی وجود المباینة، فی مقابل الهدنة، و بهما تقید المطلقات جوازا و منعا، مع امکان دعوی ظهور بعضها فی ذلک.

مثل مکاتبة الصیقل «اشتری السیوف و ابیعها من السلطان، أ جائز لی بیعها؟ فکتب: لا بأس به».

و روایة علی بن جعفر علیه السلام عن اخیه

یصح اطلاق الکفر و الشرک علیه، و ان کان صحیح الاعتقاد، و علی هذا یحمل کلما ورد من اطلاق الکفر و الشرک علی اتیان المحرمات.

(و صریح الروایتین اختصاص الحکم) بتحریم بیع السلاح (بصورة قیام الحرب بینهم و بین المسلمین) المراد ب «بینهم» بین الکفار و اهل الخلاف (بمعنی وجود المباینة فی مقابل الهدنة) فان الروایتین تدلان علی جواز البیع لهم فی صورة الهدنة (و بهما) ای بهاتین الروایتین (تقید المطلقات جوازا و منعا) ای ما دل علی منع بیع السلاح لهم مطلقا، و ما دل علی جواز بیع السلاح لهم مطلقا (مع امکان دعوی ظهور بعضها) ای بعض الاخبار المطلقة (فی ذلک) التقیید.

(مثل مکاتبة الصیقل «اشتری السیوف و ابیعها من السلطان أ جائز لی بیعها؟ فکتب: لا بأس به») فانها من مطلقات الجواز، بالإضافة الی امکان تنزیلها بصورة السؤال، التی هی فی حال الهدنة.

(و روایة علی بن جعفر علیه السلام عن اخیه) موسی علیه السلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۱۸

قال «سألته عن حمل المسلمین الی المشرکین التجارة؟ قال: اذا لم یحملوا سلاحا فلا بأس».

و مثله ما فی وصیة النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم لعلی علیه السلام «یا علی کفر باللّه العظیم من هذه الامة عشرة أصناف، و عد- صلی اللّه علیه و آله و سلم- منها: بائع السلاح من اهل الحرب.

فما عن حواشی الشهید- من «ان المنقول ان بیع السلاح حرام مطلقا فی حال الحرب

(قال: «سألته عن حمل المسلمین الی المشرکین التجارة؟ قال: اذا لم یحملوا) ای المشرکون (سلاحا فلا بأس به») و هذا الخبر هو بنفسه مقید، و عدم حملهم السلاح کنایة عن حال الهدنة.

(و مثله ما فی وصیة النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم لعلی علیه السلام «یا علی کفر باللّه العظیم من هذه الامة عشرة اصناف) ای أقسام (و عد صلی اللّه علیه و آله و سلم منها) ای من اولئک العشرة: (بائع السلاح من اهل الحرب) فانها من مطلقات المنع، لکن لا یبعد ظهورها فی حال قیام الحرب.

و قد تقدم ان المراد بالکفر فی مثل هذه الاحادیث الکفر فی العمل لا الکفر فی العقیدة.

و اذ قد عرفت جواز البیع حال الهدنة بتلک الاخبار المتقدمة.

(فما عن حواشی الشهید-) الاول (من) «ان المنقول فی الروایات عن اهل البیت علیهم السلام (ان بیع السلاح حرام مطلقا فی حال الحرب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۱۹

و الصلح و الهدنة، لان فیه تقویة الکافر علی المسلم، فلا یجوز علی کل حال» شبه الاجتهاد فی مقابل النص، مع ضعف دلیله، کما لا یخفی.

«ثم» ان ظاهر الروایات شمول الحکم لما اذا لم یقصد البائع المعونة و المساعدة اصلا، بل صریح مورد السؤال فی روایتی الحکم و الهند: هو صورة عدم قصد ذلک.

و الصلح و الهدنة) الصلح اذا تصالح الطرفان علی شیء، و الهدنة اذا اوقفا الحرب لتعب او ما اشبه بدون التبانی علی شروط (لان فیه) ای فی بیع السلاح لهم (تقویة الکافر علی المسلم، فلا یجوز علی کل حال») حربا او صلحا او هدنة (- شبه الاجتهاد فی مقابل النص) و انما لم یقل «اجتهاد» تأدبا (مع ضعف دلیله) الذی ذکره بقوله «لان فیه» اذ لا دلیل علی ان مطلق تقویة الکافر حرام، بالإضافة الی انه لیس تقویة الکافر علی المسلم.

بل ربما کان تقویة الکافر للمسلم، کما اذا اراد الکافر بالسلاح اخماد نائرة کافر آخر عدو للمسلمین و للکفار معا. کما فی تقویة اهل الشام فی زمان الامام علیه السلام حیث ان بالسلاح کانوا یحاربون الروم الذین هم اعداء للمؤمن و المخالف (کما لا یخفی).

و فی المسألة اقوال اخر جمیعها مع ما تقدم ثمانیة علی ما ذکره السید الطباطبائی.

(«ثم» ان ظاهر الروایات شمول الحکم) بالتحریم (لما اذا لم یقصد البائع المعونة و المساعدة) لهم (اصلا بل صریح مورد السؤال فی روایتی الحکم و الهند: هو صورة عدم قصد ذلک) ای اعانه الکفار و مساعدتهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۲۰

فالقول باختصاص حرمة البیع بصورة قصد المساعدة- کما یظهر من بعض العبائر- ضعیف جدا.

و کذلک ظاهرها: الشمول لما اذا لم یعلم باستعمال اهل الحرب للمبیع فی الحرب، بل یکفی مظنة ذلک بحسب غلبة ذلک مع قیام الحرب، بحیث یصدق حصول التقوی لهم بالبیع، و حینئذ فالحکم مخالف للاصول صیر إلیه للاخبار المذکورة و عموم روایة تحف

العقول المتقدمة.

(فالقول باختصاص حرمة البیع بصورة قصد المساعدة) و الاعانة للکفار (- کما یظهر من بعض العبائر-) نسبه صاحب الجواهر الی بعض، و فی حاشیة السید الطباطبائی یمکن استظهاره من عبارة الشرائع (ضعیف جدا).

(و کذلک ظاهرها) ای ظاهر الاخبار (الشمول لما اذا لم یعلم) البائع (باستعمال اهل الحرب للمبیع) من السلاح (فی الحرب، بل یکفی مظنة ذلک) الاستعمال (بحسب غلبة ذلک) الظن باستعمالهم فی حرب المسلمین (مع قیام الحرب، بحیث یصدق حصول التقوی لهم بالبیع، و حینئذ) ای حین اذ شمل الروایات صورة عدم العلم باستعمال اهل الحرب للسلاح فی محاربة المسلمین (فالحکم مخالف للاصول) اذ الاصل و القاعدة جواز کل شیء الا ما خرج بالدلیل (صیر إلیه) ای الی هذا الحکم المخالف (للاخبار المذکورة) فی بیع السلاح بالخصوص (و عموم روایة تحف العقول المتقدمة) فانه داخل فی قوله علیه السلام «او یقوی به الکفر» و قوله علیه السلام «او باب یوهن به الحق».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۱

فیقتصر فیه علی مورد الدلیل، و هو السلاح، دون ما لا یصدق علیه ذلک، کالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما یکن. وفاقا للنهایة و ظاهر السرائر و اکثر کتب العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی، للاصل.

و ما استدل به فی التذکرة- من روایة محمد بن قیس «قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الفئتین من اهل الباطل تلتقیان ابیعهما السلاح؟

قال علیه السلام: بعهما ما یکنهما الدرع و الخفین و نحوهما»-.

لکن یمکن ان یقال:

و حیث ان الحکم مخالف للاصل (فیقتصر فیه علی مورد الدلیل و هو السلاح دون ما لا یصدق علیه ذلک) ای السلاح (کالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما یکن) و یحفظ به (وفاقا) فی الجواز (للنهایة و ظاهر السرائر و اکثر کتب العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی، للاصل) المستفاد من عمومات حل البیع، و البراءة، و غیرهما.

(و) ل (ما استدل به فی التذکرة:- من روایة محمد بن قیس «قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الفئتین من اهل الباطل تلتقیان ابیعهما السلاح؟ قال علیه السلام: بعهما ما یکنهما) ای یحفظهما (الدرع و الخفین و نحوهما) کالسرج و المجنة و نحوهما بناء علی ان بیع السلاح لاهل الباطل حرام مطلقا، سواء کان لمحاربة بعضهم مع بعض او بعضهم مع المسلمین، فتجویز الامام للاشیاء الحافظة بالنسبة الی الفئتین من اهل الباطل یدل علی تجویزه بالنسبة الی من یحارب المسلمین أیضا.

(لکن یمکن ان یقال) بان المحرم مطلق شامل للسلاح الوقائی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۲

إن ظاهر روایة تحف العقول: اناطة الحکم علی تقوی الکفر و وهن الحق و ظاهر قوله علیه السلام فی روایة هند «من حمل الی عدونا سلاحا یستعینون به علینا»: ان الحکم منوط بالاستعانة، و الکل موجود فیما یکن أیضا- کما لا یخفی.

مضافا الی فحوی روایة «الحکم» المانعة عن بیع السروج.

و حملها علی «السیوف السریجیة» لا یناسبه صدر الروایة، مع کون الراوی سراجا.

أیضا ف (ان ظاهر روایة تحف العقول اناطة الحکم) بالحرمة (علی تقوی الکفر و وهن الحق) و ذلک کما یحصل بالسلاح الجارح

كذلك يحصل بآلات الوقاية.

(و ظاهر قوله عليه السلام فى رواية هند «من حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا»: ان الحكم) بالتحريم (منوط بالاستعانة، و الكل) من تقوى الكفر و وهن الحق و الاستعانة (موجود فيما يكن) و يحفظ (أيضا) كما انه موجود فى السلاح الجارح (- كما لا يخفى).

(مضافا الى فحوى رواية الحكم المانعة عن بيع السروج) مع العلم ان السرج ليس آلة حرب- عرفا- بل هو اخف من آلة الوقاية، فاذا حرم بيعه حرم بيع آلة الوقاية بطريق اولى.

(و حملها) اى السروج المذكورة فى رواية الحكم (على السيوف السريجية لا يناسبه صدر الرواية) اى قوله: و اداتها. فان السرج له اداة دون السيف (مع كون الراوى سراجا) فالمناسبة بين عمله و سؤاله تقتضى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٣

و اما رواية محمد بن قيس، فلا دلالة لها على المطلوب، لان مدلولها بمقتضى ان التفصيل قاطع للشركة- الجواز فيما يكن، و التحريم فى غيره، مع كون الفئتين من اهل الباطل.

فلا بد من حملها على فريقين محقونى الدماء، اذ لو كان كلاهما، او أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على صاحبه.

أن يكون السؤال عن السرج لا السيف، بالإضافة الى ان فى ذيل الرواية «السلاح و السروج» فقرينة المقابلة تقتضى ان يراد بالسروج غير السلاح.

(و اما رواية محمد بن قيس، فلا دلالة لها على المطلوب) اعنى جواز بيع آلة الوقاية لاهل الحرب (لان مدلولها) اى الرواية (بمقتضى ان التفصيل) بين ما يكون و بين غيره (قاطع للشركة) فى الحكم، و ان يكون حكم السلاح و حكم آلة الوقاية واحدا (الجواز) اى جواز البيع (فيما يكن) و يحفظ (و التحريم فى غيره) من اقسام السلاح، و قوله «الجواز» خبر «ان» (مع كون الفئتين من اهل الباطل) يعنى ان التفصيل إنما هو فيما اذا كان الفئتان من اهل الباطل، فلا ربط بما نحن فيه مما كان احد الفئتين من اهل الحق.

(فلا بد من حملها) اى الرواية (على فريقين محقونى الدماء اذ لو كان كلاهما او احدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على) كليهما فى صورة كون كليهما مهدور الدم، او على (صاحبه) الذى ليس بمهدور الدم، فاطلاق تفصيل الامام بانه يجوز فيما يكن، و لا يجوز فى غيره، لا يلائم الا كون كليهما محقونى الدم، فموضوع الرواية غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٢۴

فالمقصود من بيع ما يكن منهما: تحفظ كل منهما عن صاحبه و تترسه بما يكن، و هذا غير مقصود فيما نحن فيه، بل تحفظ اعداء الدين من بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع، فالتعدى عن مورد الرواية الى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق.

و لعله لما ذكر قيد الشهيد- فيما حكى عن حواشيه على القواعد- اطلاق العلامة «جواز بيع ما يكن» بصورة الهدنة و عدم قيام الحرب.

«ثم» ان مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدى الى غير

ما نحن فيه، و لا يمكن الاستدلال بها على ما نحن فيه.

(فالمقصود) فى الرواية (من بيع ما يكن منهما) اى من الفئتين (تحفظ كل منهما عن صاحبه و تترسه بما يكن، و هذا) اى حفظ طرف المحاربة ببيعه ما يكن به (غير مقصود فيما نحن فيه) اذ حفظ اهل الباطل الذين حقن دمهم مقصود للشارع، فيجوز بيع الترس لهم بخلاف حفظ اهل الحرب (بل تحفظ اعداء الدين من بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع فالتعدى عن مورد الرواية) و هما الفئتان

من اهل الباطل المحقون دمائهم (الی ما نحن فیه یشبه القیاس مع الفارق).

(و لعله لما ذکر) من الفرق بین ما نحن فیه و بین مورد روایهٔ محمد ابن قیس (قید الشهید- فیما حکی عن حواشیه علی القواعد- اطلاق العلامهٔ «جواز بیع ما یکن» بصورهٔ الهدنهٔ و عدم قیام الحرب) قوله «بصورهٔ» متعلق ب «قید».

(«ثم» ان مقتضی الاقتصار علی مورد النص) الذی هو «اعداء الدین» اذ حکم النص بحرمهٔ بیع السلاح منهم (عدم التعدی الی غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۵

اعداء الدین کقطاع الطریق، الا ان المستفاد من روایهٔ تحف العقول: اناطهٔ الحکم بتقوی الباطل و وهن الحق، فلعله یشمل ذلک، و فیه تأمل.

«ثم» ان النهی فی هذه الاخبار لا یدل علی الفساد، فلا مستند له سوی ظاهر خبر تحف العقول، الوارد فی بیان المکاسب الصحیحهٔ و الفاسدهٔ و اللّه العالم.

اعداء الدین کقطاع الطریق) فیجوز بیع السلاح لهم لاصالهٔ الجواز (الا ان المستفاد من روایهٔ تحف العقول اناطهٔ الحکم) بحرمهٔ البیع (بتقوی الباطل و وهن الحق) و من الواضح ان بیع السلاح من قاطع الطریق تقو للباطل و وهن للحق (فلعله) ای ما فی حدیث تحف العقول (یشمل ذلک) ای بیع السلاح من قاطع الطریق.

(و فیه تأمل) لما عرفت سابقا من ان الظاهر من الحدیث تقوی الباطل المخالف للمذهب و الدین و وهن الحق الذی هو الدین و المذهب لا تقویهٔ العصیان و العدوان، لکن لا یبعد صدق الاعانهٔ علی الاثم و شمول ادلهٔ الفساد، کقوله تعالی «وَ اللّهُ لا یُحِبُّ الْفَسادَ» لمثل هذا البیع.

(«ثم» ان النهی) عن بیع السلاح من اعداء الدین (فی هذه الاخبار) المتقدمهٔ (لا یدل علی الفساد) للمعاملهٔ اذا خالف و باع (فلا مستند له) ای للفساد (سوی ظاهر خبر تحف العقول الوارد) هذا الخبر (فی بیان المکاسب الصحیحهٔ و الفاسدهٔ) فالنهی فی الخبر دال علی الفساد (و اللّه العالم).

«ثم» ان الظاهر اطلاق التحریم لغیر البیع من سائر المعاوضات،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۶

....

کما ان الظاهر: ان مثل الهبهٔ و العاریهٔ أیضا کذلک.

و لو باع فی وقت الهدنهٔ ثم قامت الحرب، لم یعطهم ما باع، لانهم حینئذ مهدورو الدم و المال، فلا یجب الوفاء بالنسبهٔ إلیهم.

و الظاهر: ان بیع غیر السلاح لاهل الحرب اذا کان سببا فی تقویهم أیضا محظور، فلا یجوز ان یبیعهم الطعام و نحوه.

ثم الظاهر: ان اللازم الحیلولهٔ دون اشترائهم السلاح، و لو ممن کان مثلهم، من باب الردع عن المنکر، و وجوب تضعیف الکفر، المستفاد من قوله سبحانه «وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ».

و هل یجوز بیع السلاح لهم فی حال الحرب لیسلم إلیهم حال الهدنهٔ؟

فیه احتمالان: من أنه من مصادیق بیع السلاح لاهل الحرب فیحرم. و من العلهٔ المستفادهٔ من النص و الفتوی فلا یحرم. و لعل الثانی هو الاقرب.

و من باعهم السلاح کذلک و هو عالم بالحکم و الموضوع یعزر حسب ما یراه الحاکم الشرعی صلاحا، اما مصادرهٔ ثمنه فلا یبعد جوازه، لانه مال اهل الحرب و لم ینتقل الی احد بوجه صحیح، الا ان نقول بصحهٔ المعاملهٔ و تحریمها تکلیفا فقط.

و لو علمنا ان المشتری للسلاح فی حال الحرب لا یرید استعماله فی الحرب، و انما یرید التجارة به مما لا یقوی به اهل الحرب، او شرطنا علیه عدم استعماله مع المسلمین، و علمنا انه یفی بالشرط، فهل یجوز أم لا؟ احتمالان: من اطلاق النص. و من العلة المنتفیة فی المقام.

و الظاهر ان اشتراء الطعام و نحوه منهم اذا کان فی ذلک تقویة لهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۷

....

غیر جائز أیضا، لا بادلة تحریم بیع السلاح، بل لروایة تحف العقول و غیرها.

و هل بیع السلاح من المسلم الذی یوافقهم فی محاربة المسلمین و یقف فی صفهم جائز أم لا؟ الظاهر العدم، لإطلاق روایة تحف العقول.

کما ان البیع لمسلم یبیع منهم أیضا محظور، بل لا یبعد شمول ادلة حرمة بیع السلاح لاهل الحرب للمقام بالمناط.

و الظاهر: ان البیع لهم بدون التسلیم لیس مشمولا لهذه الروایات، لان المراد منها تقویتهم باعطائهم السلاح.

و فی المقام فروع اخر نکتفی منها بهذا القدر، و لو کان ما ذکرناه أیضا خارجا عن الشرح، و اللّه المستعان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۸

النوع الثالث مما یحرم الاکتساب به: ما لا منفعة فیه محللة معتدا بها عند العقلاء.

و التحریم فی هذا القسم لیس الا من حیث فساد المعاملة و عدم تملک الثمن، و لیس کالاکتساب بالخمر و الخنزیر.

و الدلیل علی الفساد فی هذا القسم-

(النوع الثالث- مما یحرم الاکتساب به: ما لا منفعة فیه محللة معتدا بها عند العقلاء) و ان کان فیه منفعة نادرة جزئیة، فان المنفعة النادرة الجزئیة لا تکون سببا للمالیة العرفیة الموجبة للدخول فی عموم «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» و «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ما اشبه.

(و التحریم فی هذا القسم لیس الا من حیث فساد المعاملة و عدم تملک الثمن) لان الشارع لم یمض هذه المعاملة (و لیس) التحریم (کالاکتساب بالخمر و الخنزیر) الذی هو حرام تکلیفا بالإضافة الی فساده وضعا.

(و الدلیل علی الفساد فی هذا القسم) امور:

الاول- انه اکل للمال بالباطل.

الثانی- انه لیس بمال، فلا یشمله تعریف المصباح من ان البیع مبادلة مال بمال.

الثالث- انه سفهی، و المعاملات السفهیة غیر جائزة.

الرابع- خبر تحف العقول «و کل شیء فیه الصلاح من جهة من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۲۹

علی ما صرح به فی الایضاح:- کون اکل المال بإزائه أکلا بالباطل.

و فیه تأمل، لان منافع کثیر من الاشیاء التی ذکروها فی المقام یقابل عرفا- بمال، و لو قلیلا، بحیث لا یکون بذل مقدار قلیل من المال بإزائه سفها.

فالعمدة: ما یستفاد من الفتاوی و النصوص، من عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة، و کونها فی نظره کالمعدومة.

الجهات» و المراد الجهة الشائعة، و الا لم یخل شیء من نفع ما.

و الی هذه الامور اشار المصنف- رحمه اللّه- بقوله: الدلیل علیه (علی ما صرح به فی الایضاح: کون اکل المال بإزائه) ای بإزاء ما لا منفعة فیه معتدا بها (اکلا بالباطل) فیشمله قوله تعالی «وَ لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ».

(و فیه تأمل، لان منافع کثیر من الاشیاء التی ذکروها فی المقام) مثالا لما لا منفعة فیه (یقابل- عرفا- بمال. و لو قلیلا، بحیث لا یکون بذل مقدار قلیل من المال بإزائه سفها) حتی یشمله ما دل علی تحریم اکل المال بالباطل.

ان قلت: فلیکن ما ذکروه من الامثلة غیر صحیحة!

قلت: انهم ارادوا بالکلیة ما هذه الامثلة مصادیقها، فالکلیة غیر تامة.

و اذا لم یصح هذا الدلیل (فالعمدة) فی دلیل بطلان هذه المعاملة (ما یستفاد من الفتاوی و النصوص، من عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة و کونها) ای المنافع النادرة (فی نظره کالمعدومة) التی لا تقابل بالمال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۰

قال فی المبسوط: «ان الحیوان الطاهر علی ضربین: ضرب ینتفع به، و الآخر لا ینتفع به- الی ان قال-: و ان کان مما لا ینتفع به فلا یجوز بیعه، بلا خلاف، مثل الاسد و الذئب و سائر الحشرات مثل الحیات و العقارب و الفأر و الخنافس و الجعلان و الحداء و الرحمة و النسر و بغاث الطیر و کذلک الغربان» انتهی.

اما النص فکما فی روایة تحف العقول من النهی عن بیع جلود السباع المحمول علی الجلود التی لا ینتفع بها، اذ لا اشکال فی الجلود التی هی محل المنفعة کما فی النصوص و الفتاوی.

و اما الفتاوی فقد (قال فی المبسوط: «ان الحیوان الطاهر علی ضربین: ضرب ینتفع به، و الآخر لا ینتفع به- الی ان قال-: و ان کان مما لا ینتفع به فلا یجوز بیعه، بلا خلاف. مثل الاسد و الذئب و سائر الحشرات) التی تتخذ جحور الارض مأوی لها (مثل الحیات و العقارب و الفأر و الخنافس و الجعلان و) کذلک (الحداء) و هو قسم من الطیر (و الرخمة و النسر) و هما قسمان من الطیر (و بغاث الطیر) ای صغارها التی لا ینتفع بها (کذلک الغربان») جمع غراب (انتهی).

اقول: حیث عرفت ان المیزان عدم الانتفاع، لا ان هناک دلیلا خاصا، فالظاهر الجواز فی کثیر من المذکورات فی الوقت الحاضر، لاعتیاد الانتفاع بها منافع محللة مقصودة لحدیقة الحیوانات، و للادویة المتعارفة التی یتخذ منها للاحتیاج إلیها حال الضرورة. و ما ورد من «انه لا شفاء فی الحرام» انما یراد به الاستشفاء مع عدم الضرورة، او امکان دواء غیره،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۱

و ظاهر الغنیة: الاجماع علی ذلک أیضا.

و یشعر به عبارة التذکرة، حیث استدل علی ذلک بخسة تلک الاشیاء و عدم نظر الشارع الی مثلها فی التقویم، و لا یثبت ید لاحد علیها.

قال: «و لا اعتبار بما ورد فی الخواص من منافعها، لأنها لا تعد مع ذلک مالا، و کذلک عند الشافعی» انتهی.

و الا فالنص و الفتوی متطابقان علی الجواز، کما فی کتاب الاطعمة و الاشربة.

(و ظاهر الغنیة: الاجماع علی ذلک) الذی ذکره المبسوط (أیضا).

(و یشعر به) ای بالاجماع (عبارة التذکرة، حیث استدل علی ذلک) ای عدم الجواز (بخسة تلک الاشیاء) المذکورة مثالا لعدم الانتفاع

بها (و عدم نظر الشارع الى مثلها فى التقويم) اى جعل القيمة لها (و لا يثبت يد لاحد عليها) كى اذا اثبت احد يده عليها كانت له فيشمله قوله عليه السلام «على اليد ما اخذت»، و انما نكشف عدم نظر الشارع الى مثلها من قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ»* و موضوع المال عرفى، فاذا لم ير العرف شيئا مالا، لم تشمله الآية، مما يدل على ان الشارع لم ينظر إليه نظر القيمة، و الا لم يخصص النهى ب «اموالكم».

(قال) التذكرة: («و لا اعتبار بما ورد فى الخواص) اى خواص الاشياء المذكورة فى الطب (من منافعها لأنها) اى هذه الاشياء (لا تعد مع ذلك) الذى ورد فى الخواص من منافعها (مالا، و كذلك) الحكم (عند الشافعى) انتهى» كلام العلامة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳۲

و ظاهره اتفاقنا عليه. و ما ذكره من عدم جواز بيع ما لا يعد مالا، مما لا اشكال فيه، و انما الكلام فيما عدوه من هذا.

قال فى محكى إيضاح النافع- و نعم ما قال- «جرت عادة الاصحاب بعنوان هذا الباب و ذكر اشياء معينة على سبيل المثال، فان كان ذلك لان عدم النفع مفروض فيها فلا نزاع، و ان كان لان ما مثل به لا يصح بيعه لانه محكوم بعدم الانتفاع، فالمنع متوجه

(و ظاهره) حيث اردف الشافعى (اتفاقنا) نحن معاشر الشيعة (عليه. و) كيف كان ف (ما ذكره) العلامة (من عدم جواز بيع ما لا يعد مالا مما لا اشكال فيه) لما عرفت من انه اذا لم يكن مالا لا يقابل بالمال، و لا يشمله دليل «لا تاكلوا اموالكم» و ما اشبه. (و انما الكلام فيما عدوه من هذا) الباب من الامثلة المتقدمة، اذ قد عرفت كون بعضها مالا عرفا.

(قال فى محكى إيضاح النافع- و نعم ما قال- «جرت عادة الاصحاب بعنوان هذا الباب) بما لا مالية له (و ذكر اشياء معينة على سبيل المثال) كالامثلة التى عرفتها فى كلام المبسوط (فان كان ذلك) اى ذكر تلك الامثلة (لان عدم النفع مفروض فيها) اى انهم يريدون ان يقولوا «على فرض عدم النفع فى هذه الامثلة لا يصح بيعها» (فلا نزاع) اذ الفرض ممكن حتى فيما له مالية قطعية (و ان كان) ذكر تلك الامثلة (لان ما مثل به لا يصح بيعه لانه محكوم بعدم الانتفاع) و يريدون بيان انه لا نفع فى هذه الاشياء- حقيقة- (فالمنع) من عدم النفع بما مثلوا (متوجه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳۳

فى اشياء كثيرة» انتهى.

و بالجملة- فكون الحيوان من المسوخ او السباع او الحشرات لا دليل على كونه كالنجاسة مانعا، فالمتعين فيما اشتمل منها على منفعة مقصودة للعقلاء جواز البيع.

فكلما جازت الوصية به لكونه مقصودا بالانتفاع للعقلاء، فينبغى جواز بيعه، الا ما دل الدليل على المنع فيه تعبدا.

فى اشياء كثيرة») من امثلتهم (انتهى) كلام الايضاح.

(و بالجملة فكون الحيوان من المسوخ) كالقرد (او السباع) كالاسد (او الحشرات) كالجعل (لا دليل على كونه كالنجاسة مانعا) من البيع (فالمتعين فيما اشتمل منها) اى من هذه الحيوانات (على منفعة مقصودة للعقلاء) بحيث يكون ما لا عرفا (جواز البيع) سواء كان ذلك فى جميع الازمنة و الامكنة او بعضها، مثلا اذا كانت الحية ذات نفع فى بلاد الغرب لاستعمالهم لها فى الدواء، و غير ذات نفع فى الشرق لعدم استعمالهم، جاز بيعها هناك، لان لها منفعة محللة مقصودة هناك، و هكذا اذا كان للشىء نفع فى زمان دون زمان.

و الظاهر التلازم بين جواز الوصية و جواز البيع (فكلما جازت الوصية به لكونه مقصودا بالانتفاع للعقلاء) اذ لا تصح الوصية بما لا منفعة له اطلاقا (فينبغى جواز بيعه الا ما دل الدليل على المنع فيه تعبدا) و عليه فالاصل الجواز الا ما خرج، لا المنع الا ما خرج.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۳۴

و قد صرح فی التذکرة بجواز الوصیة بمثل الفیل و الاسد و غیرهما من المسوخ و المؤذیات، و ان منعنا من بیعها.

و ظاهر هذا الکلام: ان المنع من بیعها علی القول به للتعبد، لا لعدم المالیة.

«ثم» ان ما تقدم منه- قدس سره- من انه لا اعتبار بما ورد فی الخواص من منافعها، لانها لا تعد ما لا مع ذلک، یشکل بأنه اذا اطلع العرف علی خاصیة فی احدی الحشرات معلومة بالتجربة او غیرها

(و قد صرح فی التذکرة بجواز الوصیة ب) اعطاء (مثل الفیل و الاسد و غیرهما من المسوخ و المؤذیات، و ان منعنا من بیعها).

(و ظاهر هذا الکلام) من التذکرة (ان المنع من بیعها علی القول به) ای بالمنع (للتعبد، لا لعدم المالیة) اذ لو کان لعدم المالیة لم تصح الوصیة بها أیضا، و قد فرض- رحمه اللّه- صحة الوصیة بها، و علیه فکلام التذکرة مؤید لما ذکرناه من أصالة جواز البیع الا ما خرج، و التلازم بین الوصیة و البیع.

(«ثم» ان ما تقدم منه) ای من العلامة (قدس سره من انه لا اعتبار بما ورد فی الخواص من منافعها، لأنها لا تعد ما لا مع ذلک) ای مع وجود ما ورد من الخواص لها (یشکل ب) أن عدم کونه ما لا إنما هو لعدم اطلاع العرف، فاذا اطلع العرف کان مالا، کسائر الادویة، فلما ذا اطلق عدم جواز البیع ف (أنه اذا اطلع العرف علی خاصیة فی احدی الحشرات معلومة بالتجربة او غیرها) کالموازین التی یعرف بها خواص الاشیاء، کاللون، و الرائحة، و ما اشبه، من الموازین المذکورة فی الکتب الطبیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۵

فای فرق بینها و بین نبات من الادویة علم فیه تلک الخاصیة.

فعدم جواز بیعها و اخذ المال فی مقابله بملاحظة تلک الخاصیة یحتاج الی دلیل، لانه حینئذ لیس اکلا للمال بالباطل.

و یؤید ذلک ما تقدم فی روایة التحف من «ان کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فذلک حلال بیعه الخ».

و قد اجاد فی الدروس حیث قال: «ما لا نفع فیه مقصود للعقلاء کالحشار

(فای فرق) فی المالیة و جواز التعامل (بینها) ای بین احدی الحشرات (و بین نبات من الادویة علم فیه تلک الخاصیة) حتی تقولوا بجواز بیع ذلک الدواء، دون هذه الحشرة.

و علی هذا (فعدم جواز بیعها) ای تلک الحشرة (و) عدم جواز (اخذ المال فی مقابله) اخذا (بملاحظة تلک الخاصیة یحتاج الی دلیل) فاذا کان هناک دلیل خاص علی عدم الجواز نقول به و الا قلنا بجواز بیعه (لانه حینئذ) ای حین وجود الخاصیة المذکورة (لیس اکلا للمال بالباطل).

(و یؤید ذلک) الذی ذکرنا من الجواز حینئذ (ما تقدم فی روایة التحف من «ان کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فذلک حلال بیعه الخ») بل مطلقات «البیع» و «الحل» شاملة له اذ حاله حینئذ حال سائر الاشیاء.

(و قد اجاد فی الدروس حیث قال) فی میزان ما لا یجوز بیعه:

(«ما لا نفع فیه مقصود للعقلاء) «مقصود» صفة «نفع» (کالحشار)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۳۶

و فضلات الانسان».

و عن التنقیح: «ما لا نفع فیه بوجه من الوجوه کالخنافس و الدیدان».

و مما ذکرنا یظهر النظر فیما ذکره فی التذکرة: من الاشکال فی جواز بیع العلق الذی ینتفع به لامتصاص الدم، و دیدان القز التی یصاد بها السمک ثم استقرب المنع، قال: لندور الانتفاع، فیشبه ما لا منفعة فیه، اذ کل شیء فله نفع ما. انتهی.

جمع حشرة، و قد ذكروا ان هذا الجمع لم يثبت فى اللغة، و انما الجمع حشرات (و فضلات الانسان»).

(و عن التنقيح) فى ميزان مـا لاـ يجوز بيعه قال: («ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه كالخنافس و الديـدان») و يفهم منهما جواز بيع ما فيه نفع مقصود للعقلاء.

(و مما ذكرنا) من انه اذا كان هناك نفع مقصود للعقلاء جاز البيع (يظهر النظر فيما ذكره فى التـذكرة من الاشـكال فى جواز بيع العلق الذى ينتفع به لامتصاص الدم، و ديدان القز) بعد موتها، اما قبل الموت فلا اشكال فى انها مال لاخراجها القز (التى يصاد بها السمك) فان السمك يتطلبها كأنها تجد فيها لذة (ثم استقرب) العلامة (المنع) اى قال:

الاـقرب المنع من بيع العلق و دود القز (قال) فى وجه المنع: (لنـدور الانتفاع فيشـبه ما لا منفعـة فيه اذ) لو لوحظ النفع النادر كان اللازم جواز بيع كل شىء (اذ كل شىء فله نفع ما انتهى) كلام العلامة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٧

اقول: لا مانع من التزام جواز بيع كل ماله نفع ما. و لو فرض الشك فى صدق المال على مثل هذه الاشـياء، المسـتلزم للشك فى صدق البيع، امكن الحكم بصحة المعاوضة عليها، لعمومات التجارة، و الصلح، و العقود. و الهبة المعوضة و غيرها. و عدم المانع، لانه ليس الا اكل المال بالباطل، و المفروض عدم تحققه هنا.

فالعمدة فى المسألة: الاجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة.

(اقول: لاـ مانع من التزام جواز بيع كل ماله نفع ما) لعموم ادلـة البيع (و لو فرض الشك فى صـدق المال على مثل هـذه الاشـياء) النادر نفعها (المسـتلزم للشك فى صـدق البيع) إذ البيع لا يصـدق الا بعـد المالية (امكن الحكم بصـحة المعاوضة عليها، لعمومات التجارة، و الصـلح، و العقود) فى قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (و الهبة المعوضة و غيرها) لان هذه المعاوضات لا تحتاج الى صدق المال، و ليست كالبيع مما نص على لزوم المالية فى طرفيه، كما قال فى المصـباح: انه مبادلة مال بمال. (و عدم المانع) عطف على قوله «لعمومات» اى المقتضـى لسائر المعاوضات موجود و المانع مفقود (لانه) اى المانع (ليس الا اكل المال بالباطل، و المفروض عدم تحققه هنا) لوجود منفعة نادرة، مما يسبب ان لا يسمى اكلا للمال بالباطل.

(فالعمـدة فى المسألة) و انه لا يجوز بيع ماله منافع نادرة (الاجماع على عدم الاعتناء) فى مورد البيع (بالمنافع النادرة). لكن يرد عليه ان الاجماع محتمل الاستناد، و مثله ليس بحجة و ان قلنا بحجية الاجماع الحدسى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٨

و هو الظاهر من التأمل فى الأخبار أيضا، مثل ما دل على تحريم بيع ما يحرم منفعته الغالبة مع اشتماله على منفعة نادرة محللة، مثل قوله صلى اللّه عليه و آله و سـلم «لعن اللّه اليهود حرمت عليهم الشـحوم فباعوها و اكلوا ثمنها» بناء على ان للشـحوم منفعة نادرة محللة على اليهود. لان ظاهر تحريمها عليهم تحريم اكلها او سائر

(و هو) اى عـدم الاعتناء بالمنافع النادرة فى الماليـة، و جواز البيع هو (الظاهر من التأمل فى الاخبار أيضا، مثل ما دل على تحريم بيع ما يحرم منفعته الغالبة مع) وضوح (اشـتماله) اى اشتمال ذلك المحرم البيع (على منفعة نادرة محللة، مثل قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «لعن اللّه اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و اكلوا ثمنها»).

الاـ ان يقال: ان الظاهر كون بيعهم و اكل ثمنها بقصـد المنفعـة المتعارفـة المحرمـة. و فى المقام أيضا كـذلك، فانه اذا بيع ما له منفعة محللة نادرة بقصد تلك المنفعة حرم البيع، و الا كان حلالا.

«ثم» ان الاستدلال بهذا الخبر لما نحن فيه (بناء على ان للشحوم منفعة نادرة محللة على اليهود) اذ لو لا المنفعة النادرة المحللة عليهم، كصنعها صابونا، لم يكن وجه للاستدلال بهذا الخبر لمقامنا، الذى فرض فيه منفعة نادرة محللة.

و انما نقول: ان تحريم الشحوم على اليهود لم يكن تحريم جميع منافعها ليكون دليلا- لنا- (لان ظاهر تحريمها عليهم تحريم اكلها او سائر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٩

منافعها المتعارفة.

فلولا- ان النادر فى نظر الشارع كالمعدوم لم يكن وجه للمنع، كما لم يمنع الشارع عن بيع ما له منفعة محللة مساوية للمحرمة فى التعارف و الاعتداد الا ان يقال: المنع فيها تعبد للنجاسة، لا من حيث عدم المنفعة المتعارفة، فتأمل!

منافعها المتعارفة) فللشحوم منافع نادرة محللة، و مع ذلك استحقوا اللعن باكل ثمنها و بيعها، فيدل على ان كل شىء حرم منافعها الغالبة لم يجز بيعه و اكل ثمنه.

(فلولا- ان النادر فى نظر الشارع كالمعدوم) فلا يقابل بالمال (لم يكن وجه للمنع) من الشارع لبيع الشحوم على اليهود (كما لم يمنع الشارع عن بيع ماله منفعة محللة مساوية للمحرمة) اى للمنفعة المحرمة (فى التعارف و الاعتداد) اى كان التساوى بين المنفعتين فى العرف و العادة.

(الا ان يقال: المنع فيها) اى فى الشحوم (تعبد للنجاسة، لا من حيث عدم المنفعة المتعارفة) فالشارع انما حرم عليهم بيع الشحوم لانها نجسة، و النجس لا يجوز بيعه بالدليل الخاص، فلا يمكن ان يستدل بهذا الحديث لما نحن فيه، الذى هو عدم جواز البيع لعدم المنفعة (فتأمل) حيث ان الظاهر من الحديث كون المنع عن بيع الشحوم لحرمة الاكل، لا للنجاسة، فانه خلاف ظاهر قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «حرمت عليهم الشحوم».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٠

و اوضح من ذلك قوله عليه السلام- فى رواية تحف العقول، فى ضابط ما يكتسب به-: «و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال بيعه و شراؤه» اذ لا يراد منه مجرد المنفعة، و الا لعم الاشياء كلها.

و قوله- عليه السلام فى آخره-: «انما حرم اللّه الصناعة التى يجىء منها الفساد محضا، نظير كذا و كذا» الى آخر ما ذكر.

فان كثيرا من الامثلة المذكورة هناك لها منافع محللة، فان الاشربة المحرمة

(و اوضح من ذلك) الاستدلال بحديث «لعن اللّه» لعدم ايجاب المنافع النادرة المحللة صحة البيع (قوله عليه السلام- فى رواية تحف العقول فى ضابط ما يكتسب به- «و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال بيعه و شراؤه») حيث ان الظاهر من قوله «جهة من الجهات» الجهات المتعارفة (اذ لا يراد منه مجرد المنفعة، و الا لعم الاشياء كلها) اذ كل الاشياء لها منفعة محللة نادرة.

(و) كذا يستدل ب (قوله- عليه السلام- فى آخره-: «انما حرم اللّه الصناعة التى يجىء منها الفساد محضا، نظير كذا و كذا- الى آخر ما ذكرنا، فان) المراد كون المنافع المتعارفة يجىء منها الفساد محضا، لا انه ليس فيه و لو منفعة محللة نادرة.

و يشهد لهذا ان (كثيرا من الامثلة المذكورة هناك) فى رواية تحف العقول (لها منافع محللة) نادرة (فان الاشربة المحرمة) كالخمر و نحوها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١، ص: ٣٤١

كثيرا ما ينتفع بها فى معالجة الدواب، بل المرضى. فجعلها مما يجىء منه الفساد محضا، باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح، لندرتها.
الا ان الاشكال فى تعيين المنفعة النادرة و تميزها عن غيرها. فالواجب الرجوع- فى مقام الشك- الى ادلة التجارة و نحوها مما ذكرنا.
و منه يظهر: ان الأقوى جواز بيع السباع، بناء على وقوع التذكية عليها.

(كثيرا ما ينتفع بها فى معالجة الدواب بل المرضى) و ذلك جائز بالنص و الفتوى (فجعلها) فى الحديث (مما يجىء منه الفساد محضا) انما هو (باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح لندرتها) فالحديث يدل على حرمة البيع فيما منافعه المتعارفة محرمة، و ان كانت لها منافع محللة نادرة.

(الا- ان الاشكال فى تعيين المنفعة النادرة و تميزها عن غيرها) بعد تنقيح ان المنفعة النادرة لا توجب مالية تبيح البيع (فالواجب الرجوع- فى مقام الشك-) فى ان المنفعة الموجودة نادرة أم لا (الى ادلة التجارة و نحوها مما ذكرنا) كادلة الهبة و الصلح و ما اشبه لادلة البيع، لان البيع يتوقف على كون الشيء مالا- حتى يصدق مبادلة مال بمال- فاذا شك فى المالية لا يكون دليل البيع مرجعا فانه من الرجوع الى العام فى الشبهات المصداقية، و بعبارة اخرى اثبات الموضوع بالحكم.

(و منه) اى مما ذكرنا من صحة بيع ماله مالية عرفية (يظهر ان الاقوى جواز بيع السباع) خلافا لمن ذكر انه لا يجوز بيع السباع (بناء على وقوع التذكية عليها) كما هو المشهور بل عن السرائر دعوى الاجماع عليه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۲

للانتفاع المبين بجلودها، و قد نص فى الرواية على بعضها.

و انما بنينا جواز البيع على وقوع التذكية (للانتفاع المبين) الواضح (بجلودها) بخلاف ما لو قلنا بعدم وقوع التذكية فان الجلد حينئذ نجس و حرام استعماله.

(و قد نص فى الرواية على بعضها) كالسمور و النمر و الثعالب، بل فى بعضها الاطلاق.

قال الراوى: «انى رجل سراج ابيع جلود النمر. فقال عليه السلام مدبوغة هى؟ قال: نعم. قال عليه السلام: ليس به بأس» فان تجويز البيع و نحوه دال على قبول التذكية. و الدبغ كناية عن التذكية.

و موثقة سماعة: «سألته عن لحوم السباع و جلودها؟ فقال عليه السلام اما لحوم السباع و السباع من الطير- فانا نكرهه، و اما الجلود فاركبوا عليها و لا تلبسوا شيئا منها تصلون فيه».

و موثقته الاخرى: «سألته عن جلود السباع ينتفع بها؟ قال (ع) اذا رميت و سميت فانتفع بجلده».

و فى الصحيح «عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس منها التجارة؟

قال عليه السلام: نعم».

و فى المروى عن قرب الاسناد «عن جلود السباع و بيعها و ركوبها أ يصلح ذلك؟ قال عليه السلام: لا بأس ما لم يسجد عليه».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱، ص: ۳۴۳

و كذا شحومها و عظامها.

و اما لحومها فالمصرح به فى التذكرة: عدم الجواز، معللا بندور المنفعة المحللة المقصودة منه، كالطعام الكلاب المحترمة و جوارح الطير.

و يظهر أيضا: جواز بيع الهرة، و هو المنصوص فى غير واحد من الروايات. و نسبه فى موضوع من التذكرة الى علمائنا. بخلاف القرد، لان المصلحة المقصودة منه- و هو حفظ المتاع- نادر.

(و کذا شحومها) تطلیة و تصبینا و ما اشبه (و عظامها) استعمالا فی المشط و المکحلة و غیرهما.

(و اما لحومها) بعد التذکیة (فالمصرح به فی التذکرة: عدم الجواز معللا ـ بندور المنفعة المحللة المقصودة منه، کاطعام الکلاب المحترمة) کالصید و الحائط و الماشیة و نحوها (و جوارح الطیر) التی ینتفع بها. بل مطلق الطیور کالبلابل و مطلق الدواجن کالدجاج و غیرهما.

لکن لا یخفی ان المنفعة لو کانت متعارفة لا بأس لو صدق انه مال فیشمله دلیل البیع.

(و) مما ذکرنا من جواز بیع ماله مالیة عرفیة (یظهر أیضا جواز بیع الهرة، و هو المنصوص فی غیر واحد من الروایات) کقوله علیه السلام فی الصحیح «لا بأس ببیع الهرة» (و نسبه فی موضع من التذکرة الی علمائنا) فانها مال عرفا و ینتفع بها فی صید الفار و ما اشبه (بخلاف القرد، لان المصلحة المقصودة منه- و هو حفظ المتاع- نادر) و بالمنع روایة ضعیفة، الا ان مقتضی القاعدة جواز البیع، خصوصا و للقرد فوائد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۴

«ثم» اعلم ان عدم المنفعة المعتد بها یستند تارة الی خسة الشیء کما ذکر من الامثلة فی عبارة المبسوط- و اخری الی قلته، کجزء یسیر من المال لا یبذل فی مقابله مال، کحبة حنطة.

و الفرق: ان الاول لا یملک و لا یدخل تحت الید- کما عرفت من التذکرة- بخلاف الثانی فانه یملک، و لو غصبه غاصب کان علیه مثله ان کان مثلیا. خلافا للتذکرة فلم یوجب شیئا کغیر المثلی.

کثیرة، کما یعلم ذلک اهل الخبرة، و الروایة مع ضعفها منزلة علی صورة عدم الانتفاع، او الاشتراء للهو و ما اشبه مما لا یعد ما لا شرعا.

(«ثم» اعلم ان عدم المنفعة المعتد بها) الموجب لعدم جواز البیع (یستند تارة الی خسة الشیء- کما ذکره من الامثلة فی عبارة المبسوط-) المتقدمة و «من» بیان «ما» فی «کما» (و) تارة (اخری) یستند (الی قلته، کجزء یسیر من المال) بحیث (لا یبذل فی مقابله مال، کحبة حنطة) فانها لیست بمنزلة الخنافس، و انما اسقط مالیتها قلتها.

(و الفرق ان الاول) ای الشیء الخسیس (لا یملک و لا یدخل تحت الید) فلا یصدق علیه «علی الید ما اخذت» (- کما عرفت من التذکرة بخلاف الثانی) کحبة الحنطة (فانه یملک، و لو غصبه غاصب کان علیه مثله ان کان مثلیا) بخلاف ما لو کان قیمیا فانه لا قیمة علی الغاصب اذ المفروض انه لا قیمة له (خلافا للتذکرة فلم یوجب) بغصب مثل حبا الحنطة (شیئا کغیر المثلی) الذی لا یوجب غصبه شیئا- کما عرفت-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۵

و ضعفه بعض، بان اللازم حینئذ عدم الغرامة فیما لو غصب صبرة تدریجا.

و یمکن ان یلتزم فیه بما یلتزم فی غیر المثلی، فافهم.

(و ضعفه) ای کلام العلامة (بعض بان اللازم حینئذ) ای حین عدم الضمان فی مثل الحنطة (عدم الغرامة فیما لو غصب صبرة تدریجا) الصبرة: ما جمع من الحنطة و الشعیر و ما اشبه، و المراد الغصب مع الاتلاف تدریجا، و الا فلو اجتمعت عنده کان مالا للمالک.

(و یمکن ان) یجاب عن قبل العلامة بانه (یلتزم فیه) ای فی المثلی (بما یلتزم فی غیر المثلی) ای القیمی الذی تقدم انه لا ـ یوجب الضمان، إذ الضمان بمثله خلاف فرض انه لیس بمثلی، و الضمان بقیمته خلاف فرض انه لیس بمال یقابل بالمال (فافهم) لامکان

الفرق بین حبة من الحنطة، و بین صبرة تدریجا، فیحکم بالضمان اذا صارت الحبات بمقدار یکون لها قیمة کما فی القیمی.

هـذا و لا یخفی ان الظاهر: الضـمان فی کلا المثلی و القیمی. لقاعـدة «علی الیـد ما اخـذت» و لفظة «ما» اعم من المال. و لا یضـر عدم القیمة للجزء الصغیر من القیمی، اذ العوض لا بدّ ان یکون بقدر المعوض و صالحا للعوضیة، لا ان یسمی ما لا عرفا.

هـذا مضافا الی ان القیمی یعوض بشـیء آخر اذا فقـدت القیمـة لصـغره، او لانه لم یمکن القیمة، کما لو اتلف شاة زید فی صـحراء لا قیمـة عنـد المتلف، و انما عنـده شاة شبیهـة بها، و لا یریدون الذهاب الی مکان توجد فیه القیمة و النقود- کما اخترنا ذلک فی مبحث المثلی و القیمی-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۶

«ثم» ان منع حق الاختصاص فی القسم الاول مشکل، مع عموم قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم: «من سبق الی ما لم یسبق إلیه احد من المسلمین فهو احق به» مع عد اخذه- قهرا- ظلما عرفا.

(«ثم» ان منع حق الاختصاص فی القسم الاول) الذی ذکره صاحب التذکرة بانه لا ید لاحد علیها (مشـکل) بل اللازم ان نقول بوجود حق الاختصاص (مع عموم قوله صـلی اللّه علیه و آله و سـلم «من سـبق الی ما لم یسـبق إلیه احـد من المسـلمین فهو احق به») کما عن المهـذب لابن فهد روایته، فالحق ثابت و یتفرع علی الحق الضـمان (مع عد اخذه قهرا، ظلما عرفا) فیندرج فی موضوع الغصب. و علیه فلاـ فرق بین غصب احـد حب حنطـة غیره او خنافسه التی وضع یـدا علیها و یریـدها، و ان لم تکن الخنافس ما لا اذ الیـد و الغصب لا یدوران مدار المال.

*** الی هنا ینتهی الجزء الاول من شـرحنا علی المکاسب المحرمـة لشـیخ العلماء العلامـة الانصاری- قدس سره- و قد انتهینا بذلک عن ثلاثة انواع مما کان یحرم التکسب به. و سـنبدأ بحول اللّه و قوته فی الجزء التالی بالنوع الرابع، و هو ما کان عملا محرما فی نفسه. و نستمد التوفیق منه تعالی و هو المستعان.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۷

(دلیل الکتاب)

اشارة

الصفحة الموضوع ۵ حدیث تحف العقول فی أنواع المکاسب

۲۵ حدیث فقه الرضا فی انواع المکاسب

۲۶ حدیث دعائم الاسلام فی انواع المکاسب

۲۷ حدیث نبوی کقاعدة کلیة

۲۸ تقسیم المکاسب الثلاثی و اشکال المصنف علیه

۲۹ معنی حرمة الاکتساب

۳۰ و الاکتساب المحرم علی انواع:

النوع الاول

۳۰ الاکتساب بالأعیان النجسة.

۳۱ و فیه مسائل ثمان:

۳۱ (المسألة الأولی)- تحرم المعاوضة علی بول غیر مأکول اللحم، بلا خلاف ظاهر.

۳۲ فرعان: الاول- فی الابوال الطاهرة ما عدا بول الابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۸

۴۲ الثانی- فی بول الابل

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱، ص: ۳۴۸

۴۵ (المسألة الثانیة)- یحرم بیع العذرة النجسة علی المشهور

۵۱ «فرع»- الاقوی جواز بیع الأرواث الطاهرة

۵۳ (المسألة الثالثة)- تحرم المعاوضة علی الدم النجس بلا خلاف

۵۴ «فرع»- اما الدم الطاهر ففیه وجهان: اقواهما: الجواز

۵۶ (المسألة الرابعة)- لا اشکال فی حرمة بیع المنی

۵۹ (المسألة الخامسة)- تحرم المعاوضة علی المیتة و أجزاؤها التی تحلها الحیاة من ذی النفس السائلة، علی المعروف من مذهب الاصحاب

۷۰ «فرعان»: الاول- کما لا یجوز بیع المیتة منفردة کذلک لا یجوز بیعها منضمة الی المذکی.

۷۹ الثانی- تجوز المعاوضة علی میتة غیر ذی النفس السائلة

۸۰ (المسألة السادسة)- یحرم التکسب بالکلب الهراش و الخنزیر البریین إجماعا.

۸۱ (المسألة السابعة)- یحرم التکسب بالخمر و کل مسکر مائع و الفقاع اجماعا نصا و فتوی.

۸۲ (المسألة الثامنة)- تحرم المعاوضة علی الاعیان المتنجسة غیر القابلة للطهارة.

۸۵ و یستثنی من الاعیان النجسة المحرم بیعها اشیاء أربعة تذکر طی مسائل اربع:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱، ص: ۳۴۹

۸۵ المسألة الاولی- یجوز بیع المملوک الکافر.

۹۳ المسألة الثانیة- تجوز المعاوضة علی غیر کلب الهراش فی الجملة، و هو علی اقسام:

۹۴ القسم الاول: کلب الصید السلوقی- و هو المتیقن من الاخبار و معاقد الاجماعات الدالة علی الجواز.

۹۴ القسم الثانی: کلب الصید غیر السلوقی. و بیعه جائز علی المعروف بین الاصحاب.

۹۹ القسم الثالث: کلب الماشیة و الحائط و الزرع، و الاشهر هو المنع لکن المشهور عن الشیخ و من تأخر عنه الجواز

*** ۱۱۱ المسألة الثالثة- الاقوی جواز المعاوضة علی العصیر العنبی اذا غلی و لم یذهب ثلثاه.

۱۲۰ المسألة الرابعة- تجوز المعاوضة علی الدهن المتنجس

۱۲۶ لکن یقع الاشکال فی مواضع:

۱۲۷ الموضع الاول: هل صحة هذا البیع مشروطة باشتراط الاستصباح به؟

۱۳۹ الموضع الثانی: هل یجب اعلام المشتری؟
۱۵۷ الموضع الثالث: هل یجب کون الاستصباح تحت السماء؟
۱۶۲ الموضع الرابع: هل یجوز الانتفاع بهذا الدهن فی غیر الاستصباح؟
و یتطرق الکلام عن استعمال مطلق المتنجسات.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۰
۱۸۶ «ثم» علی تقدیر جواز الانتفاع بالدهن المذکور هل یجوز بیعه لذلک؟
۱۸۸ و هل یجوز بیع غیر الدهن من المتنجسات المنتفع بها؟
۲۰۰ الکلام فی حکم نجس العین: هل الاصل الاولی فیه هی الحلیهٔ الا ما خرج بالدلیل او العکس؟
۲۰۱ ظاهر الاکثر: أصالهٔ حرمهٔ الانتفاع بنجس العین و الادلهٔ علی ذلک.
۲۰۴ الخدشهٔ فی هذه الادلهٔ
۲۱۲ صریح الشیخ الکبیر: أصالهٔ جواز الانتفاع بنجس العین و تقویهٔ ذلک
۲۲۲ ثم ان جواز الانتفاع بنجس العین یجعله مالا عرفا، لکنه ممنوع من البیع شرعا
۲۲۵ و الظاهر جواز المصالحهٔ علیها
***

النوع الثانی

ما یحرم التکسب به لتحریم ما یقصد به، و هو علی اقسام:
۲۳۲ (القسم الاول)- ما لا یقصد من وجوده الخاص الا الحرام و هی امور:
۲۳۲ أ: هیاکل العبادهٔ المبتدعهٔ.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۱
۲۴۴ ب: آلات القمار.
۲۴۶ ج: آلات اللهو.
۲۴۷ د: اوانی الذهب و الفضهٔ.
۲۴۸ ه: الدراهم و الدنانیر المغشوشهٔ.
۲۵۵ (القسم الثانی)- ما یقصد منه المتعاملان المنفعهٔ المحرمهٔ.
۲۵۶ و هنا ثلاث مسائل:
۲۵۶ المسألهٔ الاولی- بیع العنب علی ان یعمل خمرا. و الخشب علی ان یعمل صنما او صلیبا و ما اشبه
۲۶۴ المسألهٔ الثانیهٔ- تحرم المعاوضهٔ علی الجاریهٔ المغنیهٔ.
۲۶۹ المسألهٔ الثالثهٔ- بیع العنب ممن یعمله خمرا، و یتطرق الکلام الی مطلق بیع الشیء ممن یعلم انه یصرفه فی الحرام.
۳۱۴ (القسم الثالث)- ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا کبیع السلاح من اعداء الدین و ما اشبه

النوع الثالث

۳۲۸ مما یحرم التکسب به:- الاکتساب بما لا منفعهٔ فیه محللهٔ معتدا بها عند العقلاء کالخنافس و الدیدان و الحشرات.

۳۴۱ جواز بیع جلود السباع.

۳۴۴ عدم مالیة الشیء اما لخسته او لقلته

۳۴۶ و لا یبعد ثبوت حق الاختصاص فی القسم الأول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱، ص: ۳۵۲

قریبا جدا یصدر الجزء الثانی بعونه تبارک و تعالی

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الثانی

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمین و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطیبین الطاهرین، و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین

و بعد .. یقول محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی: هذا هو الجزء الثانی من کتابنا (ایصال الطالب) فی شرح (المکاسب) للعالم العامل التقی الزاهد آیة اللّه الحاج الشیخ المرتضی الانصاری- قدس اللّه سره، و اجزل أجره-.

و یبتدئ بالنوع الرابع من انواع المکاسب المحرمة.

کتبته تبصرة للمبتدئین، و اللّه المسئول ان یوفقنی للاتمام، و یجعله مبینا لمنهج الاسلام، و خالصا لوجهه الکریم، و هو المستعان.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳

[تتمة المکاسب المحرمة]

النوع الرابع ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه.

اشارة

و هذا النوع و ان کان افراده هی جمیع الاعمال المحرمة القابلة لمقابلة المال بها، فی الاجارة، و الجعالة، و غیرهما، الا انه جرت عادة الاصحاب بذکر کثیر مما من شأنه الاکتساب به من المحرمات، بل و غیر ذلک مما لم یتعارف الاکتساب به، کالغیبة، و الکذب، و نحوهما.

(النوع الرابع) من انواع المکاسب المحرمة: (ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه).

(و هذا النوع و ان کان افراده هی جمیع الاعمال المحرمة القابلة) عرفا (لمقابلة المال بها، فی الاجارة، و الجعالة، و غیرهما، الا انه جرت عادة الاصحاب بذکر کثیر مما من شأنه الاکتساب به من المحرمات، بل و) ذکر (غیر ذلک مما لم یتعارف الاکتساب به، کالغیبة، و الکذب، و نحوهما).

و حیث ان الفقهاء- رضوان الله علیهم- لم یجد و امکانا مناسبا لذکر المحرمات ادرجوا جملة منها فی العدالة، فی باب صلاة الجماعة.

و جملة منها هنا فی المکاسب المحرمة. و جملة فی القضاء. و فرقوا جملا اخری فی الابواب المناسبة کباب الصوم، و الحج، و الحدود، و الدیات، و القصاص، و ما اشبه.

و الانصاف ان الجدیر ان یجمع کل المحرمات فی کتاب مستقل، مفصلا دلیلها و خصوصیاتها، و قد ذکر المجلسی- رحمه الله- جملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴

و کیف کان فنقتفی آثارهم بذکر اکثرها فی مسائل مرتبة بترتیب حروف اوائل عنواناتها ان شاء الله تعالی. فنقول:

المسألة الأولی: تدلیس الماشطة المرأة التی یراد تزویجها، او الامة التی یراد بیعها، حرام بلا خلاف-

کما عن الریاض- و عن مجمع الفائدة الاجماع علیه.

منها فی آخر کتابه «عین الحیاة»، و ذکر الوالد جملة کبیرة منها فی آخر رسالته العملیة «بدایة الاحکام».

لکن الامر بحاجة الی استدلال و تفصیل.

(و کیف کان) الامر، سواء کان ذکر المحرمات هنا حسنا أم لا- (ف) نحن (نقتفی آثارهم بذکر اکثرها فی مسائل مرتبة بترتیب حروف اوائل عنواناتها ان شاء الله تعالی) من غیر مراعاة لمادة الکلمة، و انما اللفظ فنقدم «التدلیس» علی «حفظ کتب الضلال» مثلا، لکن نراعی الحرف الثانی فی الترتیب أیضا بتقدیم «التدلیس» علی «تزیین الرجل» (فنقول).

(المسألة الاولی: تدلیس الماشطة) و هی المرأة المزینة للنساء و اللفظ مشتق من المشط لانها تمشط رأس النساء (المرأة التی یراد تزویجها او الامة التی یراد بیعها حرام) خبر قوله «تدلیس» (بلا خلاف) بین الفقهاء (- کما عن الریاض- و عن مجمع الفائدة الاجماع علیه) و الاجماع اقوی من عدم الخلاف، اذ عدم الخلاف یلائم مع سکوت جماعة بعدم تعرضهم للمسألة اصلا، بخلاف الاجماع، فانه لا یکون الا بعد اتفاق الکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵

و کذا فعل المرأة ذلک بنفسها و یحصل بوشم الخدود کما فی المقنعة و السرائر و النهایة و عن جماعة.

قال فی المقنعة: و کسب المواشط حلال اذا لم یغششن و لم یدلسن فی عملهن فیصلن شعور النساء بشعور غیرهن من الناس و یشمن الخدود و یستعلمن ما لا یجوز فی شریعة الاسلام فان وصلن شعرهن بشعر غیر الناس فلا بأس، انتهی.

(و کذا فعل المرأة ذلک) التدلیس (بنفسها و یحصل بوشم الخدود کما فی المقنعة و السرائر و النهایة و عن جماعة) تغریرا للزوج او المولی.

(قال) المفید (فی المقنعة: و کسب المواشط حلال اذا لم یغششن) النساء (و لم یدلسن فی عملهن) تغریرا لمن یرید التزویج او الاشتراء (فیصلن شعور النساء بشعور غیرهن من الناس) بوضع الشعر عاریة، فیظن من لا اطلاع له ان لها شعرا جمیلا طویلا (و یشمن الخدود) او غیر الخدود مما یزید المرأة جمالا، و الوشم عبارة عن غرز الابرة فی مکان مکررا ثم جعل النیل و نحوه فی ذلک المکان لینفذ فی الجسم و یبقی لونه بعد ذلک (و یستعملن ما لا یجوز) استعماله أو لا یجوز هیأته (فی شریعة الاسلام) کاستعمال النجاسة فی مکان الوشم، کاجزاء المیت، و مثل وشم الصلیب فی الجسم، و ما اشبه (فان وصلن شعرهن) ای النساء (بشعر غیر الناس) کالصوف او شعر التیس او ما اشبه (فلا بأس) و لعل المراد من البأس فی وصل شعرهن بشعر غیرهن من الناس، شعر غیرهن من النساء، و یکون البأس لنظر الرجل الاجنبی إلیه، و الا فلا یخفی حصول التدلیس بالوصل سواء کان بشعر انسان او شعر حیوان (انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۶

و نحوه بعینه عبارة النهایة.

و قال فی السرائر فی عداد المحرمات: و عمل المواشط بالتدلیس، بان یشمن الخدود، و یحمرنها، و ینقشن بالایدی، و الارجل، و یصلن شعر النساء بشعر غیرهن، و ما جری مجری ذلک، انتهی.

و حکی نحوه عن الدروس و حاشیة الارشاد.

و فی القواعد وشم الخدود من جملة التدلیس تأمل لان الوشم فی نفسه زینة

و کذا التأمل فی التفصیل بین وصل الشعر بشعر الانسان و وصله بشعر غیره، فان ذلک لا مدخل له فی التدلیس و عدمه.

(و نحوه بعینه عبارة النهایة).

(و قال فی السرائر فی عداد المحرمات: و عمل المواشط بالتدلیس بان یشمن الخدود، و یحمرنها، و ینقشن بالایدی، و الارجل، و یصلن شعر النساء بشعر غیرهن، و ما جری مجری ذلک) من اقسام التدلیس (انتهی).

(و حکی نحوه عن الدروس و حاشیة الارشاد).

(و فی القواعد وشم الخدود من جملة التدلیس تأمل، لان الوشم فی نفسه زینة) و لیس کل زینة تدلیسا.

(و کذا التأمل فی التفصیل بین وصل الشعر بشعر الانسان و وصله بشعر غیره، فان ذلک) ای کون الشعر للانسان او غیره (لا مدخل له فی التدلیس و عدمه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۷

الا ان یوجه الاول بانه قد یکون الغرض من الوشم ان یحدث فی البدن نقطة خضراء حتی یتراءی بیاض سائر البدن و صفاؤه اکثر مما کان یری لو لا هذه النقطة.

و یوجه الثانی بان شعر غیر المرأة لا یلتبس علی الشعر الاصلی للمرأة فلا یحصل التدلیس به، بخلاف شعر المرأة.

و کیف کان یظهر من بعض الاخبار: المنع عن الوشم و وصل الشعر بشعر الغیر. و ظاهرها: المنع و لو فی غیر مقام

(الا ان یوجه الاول) ای کون الوشم تدلیسا (بانه قد یکون الغرض من الوشم ان یحدث فی البدن نقطة خضراء حتی یتراءی بیاض سائر البدن و صفاؤه اکثر مما کان یری لو لا هذه النقطة) الخضراء، فیکون الوشم سببا لإراءة غیر الواقع.

(و یوجه الثانی) ای وجه التفصیل بین شعر الانسان و غیره (بان شعر غیر المرأة لا یلتبس علی الشعر الاصلی للمرأة) للفرق بین شعر الانسان و شعر غیره فی المنظر (فلا یحصل التدلیس به، بخلاف شعر المرأة) او الرجل، اذا وصل بشعر المرأة فانه یحصل التدلیس، و یظن الرجل الّذی لا خبرة له انه شعر اصلی، و الظاهران التدلیس فی ذلک انما هو لجواز نظر الّذی یرید التزویج او الاشتراء الی شعر المرأة، و الا فاصل وصل الشعر بعد الزواج و الاشتراء لیس تدلیسا فلا یکون حراما.

(و کیف کان) مراد المقنعة و غیره (یظهر من بعض الاخبار: المنع عن الوشم و وصل الشعر بشعر الغیر) مطلقا (و ظاهرها: المنع و لو فی غیر مقام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸

التدلیس.

ففی مرسلة ابن ابی عمیر عن رجل عن ابی عبد الله- علیه السلام- «قال- علیه السلام-: دخلت ماشطة علی رسول اللّه- صلی الله علیه و آله- فقال لها: هل ترکت عملک او اقمت علیه؟ فقالت: یا رسول اللّه، انا اعمله الآن الا ان تنهانی عنه فانتهی عنه فقال صلّی اللّه علیه و آله:

افعلى فاذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقة فانها تذهب بماء الوجه و لا تصلى شعر المرأة بشعر امرأة غيرها» و اما شعر المعز فلا بأس بان يوصله بشعر المرأة.

التدليس) لانها لم تقيد المنع بصورة التدليس.

(ففى مرسلة ابن ابى عمير عن رجل عن ابى عبد الله- عليه السلام- قال- عليه السلام- دخلت ماشطة على رسول اللّه- صلّى اللّه عليه و آله- فقال لها: هل تركت عملك او اقمت) اى استمررت (عليه؟ فقالت: يا رسول الله، انا اعمله الآن) فى الحال الحاضر (الا ان تنهانى عنه فانتهى عنه) فلا اعمله بعد (فقال- صلى اللّه عليه و آله-: افعلى) اى لا بأس ان تستمرى عليه (فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقة) بـذلك الوجه بها (فانها تذهب بماء الوجه) و رونقه، اذ دلك الشىء، بالبدن يوجب كثرة جذب الدم الى الموضع المدلوك فيختلف لونه عن لون سائر الجسد بالإضافة الى حدوث نتو و انخفاض و امتقاع مما يسئ الهيئة و البريق الطبيعى الموجود (و لا تصلى شعر المرأة بشعر امرأة غيرها» و اما شعر المعز فلا بأس بان يوصله بشعر المرأة) قوله «و اما شعر المعز» من زيادة الفقيه و ليس فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۹

و فى مرسلة الفقيه: لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و اما شعر المعز فلا بأس بان يوصله بشعر المرأة.

و عن معانى الاخبار بسنده عن على بن غراب عن جعفر بن محمد عن آبائه (ع) قال لعن رسول الله- صلى الله عليه و آله- النامصة و المنتمصة، و الواشرة، و الموتشرة، و الواصلة، و المستوصلة، و الواشمة، و المستوشمة، قال الصدوق- رحمه الله- قال على بن غراب:

النامصة: التى تنتف الشعر.

الكافى. و يحتمل ان يكون توضيحا من الصدوق.

(و فى مرسلة الفقيه: لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى) قوله «و قبلت» بيان لقوله «لم تشارط» (و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و اما شعر المعز فلا بأس بان يوصله بشعر المرأة).

(و عن معانى الاخبار) للصدوق- رحمه الله- (بسنده عن على ابن غراب عن جعفر بن محمد، عن آبائه (ع) قال لعن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله- النامصة و المنتمصة، و الواشرة، و الموتشرة، و الواصلة، و المستوصلة، و الواشمة و المستوشمة) و بعد هذا الحديث (قال الصدوق- رحمه الله-: قال على بن غراب):

(النامصة: التى تنتف الشعر) لتجميل المرأة بازالة الشعور الزائدة التى فى خدها و جبهتها، بل يدها و رجلها، و جميع جسمها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۰

و المنتمصة: التى يفعل ذلك بها.

و الواشرة: التى تشر اسنان المرأة و تفلجها و تحددها.

و الموتشرة: التى يفعل ذلك بها.

و الواصلة: التى تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها.

و المستوصلة: التى يفعل ذلك بها.

و الواشمة التى تشم و شما فى يد المرأة او فى شىء من بدنها، و هى ان تغرز بدنها او ظهر كفها بابرة حتى تؤثر فيه، ثم تحشوها بالكحل او بشيء من النورة، فتخضر.

(و المنتمصة: التی یفعل ذلک بها) لانها تعین علی الاثم.

(و الواشرة: التی تشر اسنان المرأة و تفلجها و تحددها) و الوشر عبارة عن تحدید الاسنان و ترقیقها لتظهر جمیلة لا کبیرة عریضة.

(و الموتشرة: التی یفعل ذلک بها)

(و الواصلة: التی تصل شعر المرأة بشعر امرأة غیرها).

(و المستوصلة: التی یفعل ذلک بها).

(و الواشـمة التی تشم و شما فی ید المرأة او فی شیء من بدنها) و لعل ذلک لایهام ان الوشم خلقی فیظن الرجل انها شامة اصلیة او ما ذکره المصـنف فیما تقـدم، او لکونه ایـذاء لا یجوز حتی مع رضـی المرأة بذلک (و هی ان تغرز بدنها او ظهر کفها) او ما اشـبه (بابرة حتی تؤثر فیه، ثم تحشوها بالکحل او بشیء من النورة، فتخضر) او تسود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱

و المستوشمة: التی یفعل بها ذلک

و ظاهر بعض الاخبار: کراهة الوصل و لو بشعر غیر المرأة.

مثل ما عن عبـد الله بن الحسن قال «سألته عن القرامل. قال: و ما القرامل؟ قلت: صوف تجعله النساء فی رءوسـهن. قال:- علیه السـلام- ان کان صوفا فلا بأس، و ان کان شعرا فلا خیر فیه من الواصلة و المستوصلة

و ظاهر بعض الاخبار: الجواز مطلقا.

ففی روایة سعد الاسکاف قال «سئل ابو جعفر علیه السلام عن القرامل التی

(و المستوشمة: التی یفعل بها ذلک) انتهی.

(و ظاهر بعض الاخبار: کراهة الوصل) بالشعر مطلقا (و لو بشعر غیر المرأة).

(مثل ما عن عبـد الله بن الحسن قال «سألته عن القرامل. قال: و ما القرامل؟ قلت: صوف تجعله النساء فی رءوسـهن. قال- علیه السـلام- ان کـان صوفـا فلا بأس، و ان کان شـعرا فلا خیر فیه) فان ظاهر «لا خیر فیه» الکراهـة، مضافا الی ان التجویز فی بعض الروایات السابقة یوجب حمل هذا علی الکراهة، حتی و لو کان بلفظ النهی (من الواصلة و المستوصلة) هذا من تتمة الروایة، و معناه الکراهة لهما.

(و ظاهر بعض الاخبار: الجواز مطلقا) مما یشمل اطلاقها حتی الوصل بشعر النساء.

(ففی روایة سعد الاسکاف قال «سئل ابو جعفر علیه السلام عن القرامل التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲

بضـعها النساء فی رءوسـهن، یصلن بشعورهن، قال:- علیه السلام- لا بأس علی المرأة بما تزینت به لزوجها قال: قلت له: بلغنا ان رسول الله (ص) لعن الواصـلة و المستوصـلة! فقال: لیس هناک، انما لعن رسول الله الواصـلة التی تزنی فی شـبابها فاذا کبرت قادت النساء الی الرجال، فتلک الواصلة و الموصولة.

یضـعها النساء فی رءوسـهن، یصـلن بشعورهن، قال- علیه السلام- لا بأس علی المرأة بما تزینت به لزوجها قال: قلت له: بلغنا ان رسول الله (ص) لعن الواصـلة و المستوصـلة! فقال: لیس هناک) ای لیس الرسول- صـلی الله علیه و آله- اراد ما فهمت، او لیس معنی حدیث الرسول صـلی الله علیه و آله هنـاک الّـذی فهمت انت (انمـا لعن رسول الله الواصـلة التی تزنی فی شـبابها، فاذا کبرت قادت النساء الی الرجال، فتلک الواصلة و الموصولة) فالواصلة من تصل الرجال بالزنا، و المستوصلة التی تطلب وصول النساء الی الرجال.

«ثم» لا- یخفی انه لا یبعـد إرادة النبی- صـلی الله علیه و آله- للمعنیین، و انما ذکر الامام- علیه السـلام- المعنی الّـذی هو اهم، او اراد

النبی- صلی الله علیه و آله- الکلی فبین الامام المصداق الاهم کما هو المتعارف فی المحاورات، و منه ما ورد من السؤال عن قول «عورة المؤمن علی المؤمن حرام» فقال- علیه السلام-: یعنی اذاعة سره، و هکذا غیره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳

و یمکن الجمع بین الاخبار بالحکم بکراهة وصل مطلق الشعر کما فی روایة عبد الله بن الحسن، و شدة الکراهة فی الوصل بشعر المرأة.

و عن الخلاف و المنتهی: الاجماع علی انه یکره وصل شعرها بشعر غیرها رجلا کان او امرأة.

و اما ما عدا الوصل مما ذکر فی روایة معانی الاخبار فیمکن حملها أیضا علی

(و یمکن الجمع بین الاخبار) الدال بعضها علی النهی المطلق، و بعضها علی الاجازة مطلقا، و بعضها علی التفصیل بین شعر الانسان و بین غیر الانسان (بالحکم بکراهة وصل مطلق الشعر) حسب روایة النهی المطلق، و انما تحمل علی الکراهة دون التحریم لمکان روایة الجواز المطلق (کما فی روایة عبد اللّه بن الحسن، و شدة الکراهة فی الوصل بشعر المرأة) کما فی روایة ابن ابی عمیر.

و انما نحمل هذه الروایة علی الکراهة، مع انها اخص من الجواز المطلق، لقوة المطلق فی الدلالة، و ضعف المقید. و قد تقرر فی الأصول ان العام او المطلق اذا کان قویا حمل الخاص و المقید علی الکراهة لا انه یتصرف فی العام و المطلق بالتقیید و التخصیص.

(و) مما یؤید حمل المقید علی الکراهة، لا تقیید المطلق به ما (عن الخلاف و المنتهی) من: (الاجماع علی انه یکره وصل شعرها بشعر غیرها رجلا کان) ذلک الغیر (او امرأة) هذا کله حکم الوصل.

(و اما ما عدا الوصل مما ذکر فی روایة معانی الاخبار) ای النمص و الوشر و الوشم (فیمکن حملها أیضا علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴

الکراهة، لثبوت الرخصة من روایة سعد فی مطلق الزینة.

خصوصا مع صرف الامام للنبوی الوارد فی «الواصلة» عن ظاهره المتحد سیاقا مع سائر ما ذکر فی النبوی.

و لعله اولی من تخصیص عموم الرخصة بهذه الامور، مع انه لو لا الصرف لکان الجواب

الکراهة، لثبوت الرخصة من روایة سعد فی مطلق الزینة) و قد تقدم ان المطلق اذا کان اقوی دلالة حمل المقید علی الکراهة، لا ان المقید یقید المطلق.

(خصوصا) مع ان المستفاد من کلام الامام علیه السلام عدم حرمة الوصل بمعنی وصل الشعر، فی روایة سعد الاسکاف، فیدل علی ان الوصل بمعنی وصل الشعر لیس حراما، و حیث ان الوصل ذکر فی سیاق الوشم و الوشر و النمص، فی النبوی- و السیاق یفید وحدة الحکم- کان اللازم حمل المذکورات أیضا علی الکراهة و الی هذا اشار المصنف- رحمه الله- بقوله خصوصا (مع صرف الامام للنبوی الوارد فی الواصلة عن ظاهره) الّذی هو وصل الشعر الی خلاف ظاهره الّذی هو الزنا و القیادة (المتحد) ای الواصلة و التذکیر باعتبار اللفظ- (سیاقا مع سائر ما ذکر فی النبوی).

(و لعله) ای حمل ما ذکر فی النبوی علی الکراهة، بقرینة «الواصلة» (اولی من تخصیص عموم الرخصة) فی روایة سعد (بهذه الامور) المذکورة فی النبوی، بان یقال: کل زینة حلال الا الوشم و الوشر و النص (مع انه لو لا الصرف) ای صرف الامام علیه السلام «الواصلة» عن ظاهرها، بان قلنا ان «الوصل» حرام کما یقتضیه ظاهر النبوی (لکان الجواب) تقیید حرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵

اما تخصیص الشعر بشعر المرأة، او تقییده بما اذا کان هو او احد اخواته فی مقام التدلیس.

فلا دلیل علی تحریمها فی غیر مقام التدلیس، کفعل المرأة المزوجة ذلک لزوجها.

خصوصا بملاحظة ما فی روایة علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام «عن المرأة تحف الشعر عن وجهها؟ قال: لا بأس».

الواصلة باحد شیئین اما بما اذا کان بشعر المرأة- لما دل علی جواز الوصل بغیر شعر المرأة- و اما بما اذا کان الوصل و الوشر و النص و الوشم للتدلیس- لما دل علی جواز التزیین مطلقا خصوصا للزوج- و اطلاق ادلة التزیین اقوی من النبوی- کما عرفت- و الحاصل ان اللازم (اما تخصیص الشعر) فی الواصلة المحرمة (بشعر المرأة) فلا یحرم الوصل بشعر غیر المرأة (او تقییده) ای الوصل المحرم (بما اذا کان هو) ای الوصل (او احد اخواته) الوشر و الوشم و النمص (فی مقام التدلیس)

و علی هذا (فلا دلیل علی تحریمها) ای الامور الاربعة المذکورة (فی غیر مقام التدلیس، کفعل المرأة المزوجة ذلک) ای احد هذه الامور (لزوجها) و کذا صنع المرأة لنفسها.

(خصوصا بملاحظة ما فی روایة علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام عن المرأة تحف الشعر) ای تنتفه (عن وجهها؟ قال: لا بأس).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶

و هذه أیضا قرینة علی صرف اطلاق «لعن النامصة»- فی النبوی- عن ظاهره بإرادة التدلیس، او الحمل علی الکراهة.

«نعم» قد یشکل الامر فی وشم الاطفال، من حیث انه ایذاء لهم بغیر مصلحة، بناء علی ان لا مصلحة فیه لغیر المرأة المزوجة الا التدلیس باظهار شدة بیاض البدن و صفائه، بملاحظة النقطة الخضراء الکدرة فی البدن.

لکن الانصاف: ان کون ذلک تدلیسا مشکل، بل ممنوع

(و هذه) الروایة (أیضا) کصرف الواصلة عن ظاهرها، التی هی کانت قرینة لصرف النبوی عن ظاهره (قرینة علی صرف اطلاق لعن النامصة فی النبوی عن ظاهره) اما (بإرادة التدلیس، او الحمل علی الکراهة) فلا وجه للتحریم مطلقا.

(نعم قد یشکل الامر فی وشم الاطفال من حیث انه ایذاء لهم بغیر مصلحة بناء علی ان لا مصلحة فیه لغیر المرأة المزوجة الا التدلیس) و مثل هذا التدلیس و ان کان حلالا فی نفسه الا انه من جهة کونه ایذاء بدون مصلحة لا یجوز اما کونه تدلیسا فذلک (ب) سبب (اظهار شدة بیاض البدن و صفائه، بملاحظة النقطة الخضراء الکدرة فی البدن) فهی تری خلاف الواقع او بسبب زعم الناس انه وشم طبیعی خلقی، مع انه لیس کذلک.

(لکن الانصاف: ان کون ذلک تدلیسا مشکل، بل ممنوع) سواء فی الطفل، او فی غیره، و لو کانت امرأة ترید التزویج، اذا لم تقصد تغریر الرجل بانه وشم خلقی، و لم تقصد تغریره باراءة جسمها اکثر بیاضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷

بل هو تزیین للمرأة من حیث خلط البیاض بالخضرة، فهو تزیین لا موهم لما لیس فی البدن واقعا من البیاض و الصفاء.

«نعم» مثل نقش الایدی و الارجل بالسواد یمکن ان یکون الغالب فیه إرادة ایهام بیاض البدن و صفائه.

و مثله الخط الاسود فوق الحاجبین، او وصل الحاجبین بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما.

من واقعه، بل قصدت ایجاد تزیین واقعی فی البدن فلیس تدلیسا (بل هو تزیین للمرأة من حیث خلط البیاض بالخضرة، فهو تزیین، لاموهم لما لیس فی البدن واقعا من البیاض و الصفاء).

و علی هذا ففیه مصلحة بالنسبة الی الطفل، لان تجمیل الطفل مطلوب و الایذاء الحاصل له بسببه لا دلیل علی تحریمه، اذا صدر عن

الولی لمصلحته کتحجمه و فصده و ما اشبه.

(«نعم» مثل نقش الایدی و الارجل بالسواد یمکن ان یکون الغالب فیه إرادة ایهام بیاض البدن و صفائه) لا قصد التزیین الطبیعی بایجاد الزینة الجسمیة.

(و مثله الخط الاسود فوق الحاجبین، او وصل الحاجبین بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما) لان اطراف القوس کلما کانت اکثر امتدادا کان القوس اظهر تقوسا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۸

«ثم» ان التدلیس بما ذکرنا انما یحصل بمجرد رغبة الخاطب او المشتری و ان علما ان هذا البیاض و الصفاء لیس واقعیا، بل حدث بواسطة هذه الامور، فلا یقال: انها لیست بتدلیس، لعدم خفاء اثرها علی الناظر.

(«ثم») المراد بالتدلیس هنا اعم من ترغیب الناظر، لا- تغریره فقط، ف (ان التدلیس بما ذکرنا انما یحصل بمجرد رغبة الخاطب او المشتری و ان علما) ای خاطب المرأة و مشتری الامة (ان هذا البیاض و الصفاء لیس واقعیا، بل حدث بواسطة هذه المور) العارضة من الوشم و نحوه (فلا یقال: انها) ای الامور المذکورة (لیست بتدلیس، لعدم خفاء اثرها علی الناظر).

لکن الانصاف: ان مثل هذه الامور لا تعد تدلیسا، اذا لم یخف اثرها، فان التدلیس اخفاء العیب، او اظهار زینة او کمال بحیث یغرر به الجاهل.

و ان شئت قلت: ان مراد المصنف ان کان اثبات الموضوع فلیس ذلک بعرفی، و ان کان اثبات الحکم- ای الحرمة- فی هذا الامر الّذی لیس بتدلیس فهو خلاف النص و الفتوی، لاقتصارهما الحکم علی موضوع التدلیس، و الأدلة الخاصة انما دلت علی المنع عن هذه الامور سواء کانت تدلیسا أم لا، فلیس السبب التدلیس، بل اما لعلة اخری او للتعبد، و مما ذکرنا یظهر وجه النظر فی قوله:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۹

و حینئذ فینبغی ان یعد من التدلیس لبس المرأة او الامة الثیاب الحمر او الخضر الموجبة لظهور بیاض البدن و صفائه و الله العالم.

«ثم» ان المرسلة المتقدمة عن الفقیه دلت علی کراهة کسب الماشطة مع شرط الأجرة المعینة. و حکی الفتوی بها عن المقنع و غیره.

(و حینئذ) ای حین کان المراد بالتدلیس اظهار جمال غیر واقع- و ان علم الخاطب و المشتری بالواقع- (فینبغی ان یعد من التدلیس لبس المرأة او الامة الثیاب الحمر او الخضر الموجبة لظهور بیاض البدن و صفائه) و مما تقدم یظهر أیضا حکم لبس الذهب او تحمیر الوجه، او تخطیط الشفة، او کل شیء یوجب تسمین البدن موقتا او ما اشبه (و اللّه العالم) و قد ظهر مما سبق ان الحکم لیس خاصا بالماشطة و انما هی من باب المثال.

(«ثم» ان المرسلة المتقدمة عن الفقیه دلت علی کراهة کسب الماشطة مع شرط الاجرة) حیث قال علیه السلام «لا- بأس بکسب الماشطة اذا لم تشارط و قبلت ما تعطی» (المعینة) اما اذا شرطت اصل الاجرة فلا کراهة (و حکی الفتوی بها) ای بالکراهة (عن المقنع) للصدوق (و غیره) و انما حمل الشرط فی الروایة علی الکراهة للاجماع علی عدم التحریم مضافا الی ضعف السند، مما لا یصلح لاثبات التحریم، و ان کان لا یبعد حجیة جمیع روایات الفقیه، لالتزام الصدوق فی اوّل الکتاب بحجیة ما ینقله، فان هذا الالتزام لیس اقل من توفیق الراوی فی الظن بصحة الروایة، و قد بنوا علی حجیة الظنون الرجالیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۰

و المراد بقوله علیه السلام «اذا قبلت ما تعطی» البناء علی ذلک حین العمل و الا فلا یلحق العمل بعد وقوعه ما یوجب کراهته.

«ثم» ان اولویة قبول ما یعطی و عدم مطالبة الزائد، اما لان الغالب عدم نقص ما تعطی عن اجرة مثل العمل، الا ان مثل الماشطة و

الحجام و الختان و نحوهم کثیرا ما یتوقعون ازید مما یستحقون، خصوصا من اولی المروة و الثروة، و ربما

(و) کیف کان ف (المراد بقوله علیه السلام: اذا قبلت ما تعطی البناء) منها (علی ذلک) ای قبول ما تعطی (حین العمل) فان بنت علی ذلک لم یکن عملها مکروها و الا کان مکروها (و الا ف) لو لم نفسر «قبلت ما تعطی» بالبناء، یشکل الحکم بالکراهة الدائرة مدار قبول ما تعطی بعد العمل اذ (لا یلحق العمل بعد وقوعه ما یوجب کراهته) فان الکراهة و سائر الاحکام الخمسة اوصاف للفعل حین وقوعه، لا ان الوصف یلحق بعد وقوع الفعل اللهم الا ان یقال: الکراهة بالشرط المتأخر. فلو بنت علی عدم الاشتراط ثم لم تقبل ما اعطیت کره عملها، بمعنی انه تبین الکراهة من اوّل الامر، و بالعکس لو بنت علی عدم القبول ثم قبلت تبین عدم الکراهة من اوّل الامر.

(«ثم» ان) الحکمة فی (اولویة قبول ما تعطی و عدم مطالبة الزائد اما لان الغالب عدم نقص ما تعطی عن اجرة مثل العمل، الا ان مثل الماشطة و الحجام و الختان و نحوهم) من امثال عاملی هذه الاعمال کالفصاد مما یتفق للناس نادرا، و فی مناسبات متباعدة و له جلبة و ضوضاء (کثیرا ما یتوقعون ازید مما یستحقون خصوصا من اولی المروة و الثروة، و ربما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱

یبادرون الی هتک العرض اذا منعوا و لا یعطون ما یتوقعون من الزیادة او بعضه الا استحیاء و صیانة للعرض و هذا لا یخلو من شبهة فامروا فی الشریعة بالقناعة بما یعطون و ترک مطالبة الزائد فلا ینافی ذلک جواز مطالبة الزائد، و الامتناع عن قبول ما یعطی، اذا اتفق کونه دون اجرة المثل.

و اما لان المشارطة فی مثل هذه الامور لا تلیق بشأن کثیر من الاشخاص لان المماکسة فیها خلاف المروة. و المسامحة فیها قد لا یکون مصلحة، لکثرة طمع هذه الاصناف

یبادرون الی هتک العرض) و التکلم بما لا یلیق (اذا منعوا) و لم یعطوا ما یتوقعون من الزیادة (و لا یعطون ما یتوقعون من الزیادة او بعضه) ای بعض ما یتوقعون (الا استحیاء و صیانة للعرض و هذا لا یخلو من شبهة) لان المأخوذ حیاء کالمأخوذ غصبا (فامروا فی الشریعة بالقناعة بما یعطون و ترک مطالبة الزائد) و بناء علی ان تکون الحکمة منعهم عن مطالبة الزائد عن حقهم (فلا ینافی ذلک) الّذی ذکرنا من کراهة مطالبة الزائد (جواز مطالبة الزائد و الامتناع عن قبول ما یعطی اذا اتفق کونه) ای ما اعطی (دون اجرة المثل) فالشریعة فی صدد بیان ان لا یظلم هؤلاء الناس، لا فی مقام بیان قبولهم ما یعطون، و ان ظلمهم الناس.

(و اما لان المشارطة فی مثل هذه الامور لا تلیق بشأن کثیر من الاشخاص) الذین یحتاجون الی الماشطة و الحجام و الختان (لان المماکسة فیها خلاف المروة. و المسامحة فیها قد لا یکون مصلحة) للناس (لکثرة طمع هذه الاصناف)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲

فامروا بترک المشارطة، و الاقدام علی العمل باقل ما یعطی و قبوله و ترک مطالبة الزائد مستحب للعامل، و ان وجب علی من عمل له ایفاء تمام ما یستحقه من اجرة المثل، فهو مکلف وجوبا بالایفاء و العامل مکلف ندبا بالسکوت و ترک المطالبة خصوصا علی ما یعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء.

او لأن الاولی فی حق العامل قصد التبرع بالعمل و قبول ما یعطی علی وجه التبرع، أیضا.

فالشارع لاحظ حال الناس فی حکمه بکراهة المشارطة (فامروا) ای اصحاب هذه المهن (بترک المشارطة، و الاقدام علی العمل باقل ما یعطی و قبوله) قلیلا کان او کثیرا بدون شرط (و) لا یخفی ان (ترک مطالبة الزائد مستحب للعامل، و ان وجب علی من عمل له

ایفاء تمام ما یستحقه) العامل (من اجرة المثل فهو) ای صاحب العمل (مکلف وجوبا بالایفاء) الا اذا رضی العامل باقل منه (و العامل مکلف ندبا بالسکوت و ترک المطالبة خصوصا) ای ان هذا التکلیف الندبی یتأکد فی حق الذین اعتادوا سوء الاقتضاء (علی ما یعتاده هؤلاء) ای الحجام و الختان و الماشطة (من سوء الاقتضاء) و الطلب المنافی للآداب.

(او لان الاولی فی حق العامل قصد التبرع بالعمل و قبول ما یعطی) له (علی وجه التبرع أیضا) قوله «او» عطف علی قوله «اما لان الغالب»

ان قلت: کیف یصح هذا الاحتمال مع استحباب المقاطعة فی باب الاجارة، لقوله علیه السلام «لا تستعملن اجیرا حتی تقاطعه»؟

قلت: عدم المنافاة بین «لا تستعملن» و بین «عدم المشارطة» فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳

فلا ینافی ذلک ما ورد من قوله- علیه السلام-: «لا تستعملن اجیرا حتی تقاطعه».

المقام علی الاحتمالین الاولین- ای قولنا «اما لان الغالب» و قولنا «اما لان المشارطة»- تخصیص، فیستحب المشارطة فی کل مقام الا فی مقامنا هذا، و علی الاحتمال الثالث- و هو قولنا «او لان الاولی»- تخصص لا تخصیص لان الفرض تبرع العامل.

(فلا ینافی ذلک) الاحتمال الثالث مع (ما ورد من قوله علیه السلام:

«لا تستعملن اجیرا حتی تقاطعه») لان العامل علی هذا الفرض لیس اجیرا و انما هو متبرع، فعدم المشارطة لفقد موضوعها- و هو الاجیر-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴

المسألة الثانیة تزیین الرجل بما یحرم علیه من لبس الحریر و الذهب حرام،

لما ثبت فی محله من حرمتهما علی الرجال.

و ما یختص بالنساء من اللباس، کالسوار و الخلخال و الثیاب المختصة بهن فی العادات، علی ما ذکره فی المسالک، و کذا العکس اعنی تزیین المرأة بما یختص بالرجال کالمنطقة و العمامة، و یختلف باختلاف العادات

(المسألة الثانیة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما:

(تزیین الرجل بما یحرم علیه من لبس الحریر و الذهب) و هو (حرام) فی غیر صورة الاستثناء ای فی حالة الحرب و نحوها (لما ثبت فی محله من حرمتهما علی الرجال) قال رسول الله صلی اللّه علیه و آله- مشیرا الی الذهب و الحریر-: ان هذین حرامان علی ذکور امتی.

(و) کذا یحرم علی الرجل (ما یختص بالنساء من اللباس، کالسوار و الخلخال و الثیاب المختصة بهن فی العادات) عند الناس. و ما ورد من اخبار النبی صلی اللّه علیه و آله بعض صحابته بلبس اسورة کسری ملک الفرس لا ینافی ذلک، لان العادة فی ذلک کانت بلبس الرجل السوار (علی ما ذکره فی المسالک و کذا) یحرم (العکس اعنی تزیین المرأة بما یختص بالرجال کالمنطقة) الخاصة بهم (و العمامة، و یختلف) هذا أیضا (باختلاف العادات) فان بعض النساء من اهل القری یعتدن لبس العمائم.

ثم: ان حرمة لبس الذهب للرجال لا اشکال فیه و لا خلاف، اما حرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵

و اعترف غیر واحد بعدم العثور علی دلیل لهذا الحکم عدا النبوی المشهور المحکی عن الکافی و العلل: «لعن الله المتشبهین من

التزیین به بدون اللبس کان یجعل قطعهٔ من الذهب فی صدره، فقد وقع فیه خلاف.

و اسـتدل القائلون بالحرمهٔ بما تقدم من النبوی لاطلاقه بالنسـبهٔ الی التزیین اذ الحرمهٔ اذا نسبت الی العین کان الظاهر منها الامر الملائم لتلک العین فحرمـهٔ الامهات- فی الآیـهٔ- یراد بها المباشـرهٔ و نحوها و حرمـهٔ الدم- فی الآیهٔ- یراد بها الشـرب و حرمهٔ الذهب یراد بها التزیین و اللبس

و بخبر روح بن عبد الرحمن عن الصادق علیه السـلام قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله لامیر المؤمنین علیه السلام: لا تختم بالذهب فانه زینتک فی الآخرهٔ فان التعلیل ظاهر فی حرمهٔ التزیین به فی الدنیا.

و خبر النمری عن الصادق علیه السـلام: و جعل الله الـذهب فی الـدنیا زینهٔ النساء فحرم علی الرجل لبسه. بناء علی ان المفهوم منه عدم جواز تزیین الرجل به.

نعم یستثنی من ذلک جواز شدّ الاسنان به لما ورد من الاخبار. و فی المسألهٔ کلام لیس هنا محل ذکره.

هذا کله دلیل حرمهٔ التزیین بالذهب.

(و) امـا لبس کـل من الرجل و المرأهٔ ما یختص بالآخر فقـد (اعترف غیر واحـد) من العلماء (بعـدم العثور علی دلیل لهـذا الحکم عـدا النبوی المشهور المحکی عن الکافی و العلل: «لعن اللّه المتشبهین من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶

الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال».

و فی دلالته قصور، لان الظاهر من التشبه: تأنث الذکر و تذکر الانثی لا مجرد لبس احدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه.

و یؤیده المحکی عن العلل ان: علیا- علیه السـلام- رأی رجلا به تأنث فی مسجد رسول اللّه- صلی الله علیه و آله- فقال له: اخرج من مسجد رسول اللّه- صلی الله علیه و آله- فانی سمعت رسول اللّه- صلی الله علیه و آله- یقول: لعن اللّه ... الخ.

الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال») بناء علی شمول التشبه للبس کل واحد منهما لباس الآخر.

(و) لکن (فی دلالـته) ای النبوی لهـذا الحکم (قصور، لاـن الظاهر من التشـبه تأنث الـذکر) بالملوطیـهٔ (و تـذکر الانثی) بالمساحقـهٔ (لا مجرد لبس احدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشـبه) بل یدل علی الجواز ما فعل الامام امیر المؤمنین- علیه السـلام- بأربعین من نساء همدان حیث البسهن العمائم و لباس الرجال حینما اراد ارجاع عائشهٔ الی المدینهٔ.

(و یؤیـده) ای ما ذکرنا من ان المراد بالتشبه المساحقـهٔ و الملوطیـهٔ (المحکی عن العلل ان علیا علیه السـلام رأی رجلا به تأنث فی مسـجد رسول الله) «فی» متعلق ب «رأی» (فقال له: اخرج من مسـجد رسول الله صـلی الله علیه و آله فانی سـمعت رسول الله- صلی الله علیه و آله- یقول: لعن الله ... الخ) ای ذکر علیه السلام الحدیث المتقدم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷

و فی روایـهٔ یعقـوب بن جعفر الواردهٔ فی المساحقـهٔ: ان فیهن قـال رسول الله- صـلی الله علیه و آله- «لعن الله المتشـبهات بالرجـال من النساء ... الخ».

و فی روایـهٔ ابی خدیجـهٔ عـن ابی عبـد الله- علیـه السـلام- «لعـن رسـول الله- صـلی الله علیه و آله- المتشـبهین من الرجـال بالنسـاء، و المتشبهات من النساء بالرجال، و هم المخنثون و اللائی ینکحن بعضهن بعضا».

«نعم» فی روایهٔ سماعهٔ عن ابی عبد الله- علیه السلام- «عن الرجل یجر ثیابه؟ قال: انی لاکره ان یتشبه بالنساء».

(و فی روایة یعقوب بن جعفر الواردة فی المساحقة ان فیهن قال رسول الله- صلی الله علیه و آله- «لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء») فان وحدة السیاق بین هذه الروایة و النبوی السابق تعطی ان المراد بالتشبه هناک أیضا هو المساحقة و اللواط لا التشبه فی اللباس

(و فی روایة ای خدیجة عن ابی عبد الله- علیه السلام- «لعن رسول الله المتشبهین من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال و هم المخنثون) الذین یؤتی فی ادبارهم (و اللائی ینکحن بعضهن بعضا) بالمساحقة.

(و فی روایة سماعة عن ابی عبد الله- علیه السلام- «عن الرجل یجرّ ثیابه؟) ای علی الارض، فی حال المشی (قال: انی لاکره ان یتشبه بالنساء») فان النساء کن یجررن ذیولهن تحفظا علی اقدامهن من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸

و عنه- علیه السلام- عن آبائه- علیهم السلام- کان رسول الله- صلی الله علیه و آله- یزجر الرجل ان یتشبه بالنساء، و ینهی المرأة ان تتشبه بالرجال فی لباسها.

و فیهما- خصوصا الاولی بقرینة المورد- ظهور فی الکراهة فالحکم المذکور لا یخلو عن اشکال.

الظهور، و هذا الخبر مما یؤید إرادة التشبه فی اللباس من النبوی السابق.

(و عنه- علیه السلام- عن آبائه- علیهم السلام- کان رسول الله صلی الله علیه و آله یزجر الرجل ان یتشبه بالنساء و ینهی المرأة ان تتشبه بالرجال فی لباسها) و هذا أیضا مما یؤید إرادة اللباس فی النبوی المتقدم.

(و فیهما) ای فی هذین الخبرین- (خصوصا الاولی) منهما (بقرینة المورد) ای جر الثیاب علی الارض- (ظهور فی الکراهة) لوجود لفظ «اکراه» فی الاول و «یزجر» الظاهر فی الکراهة، فی الثانی.

هذا مضافا الی ما عرفت من قصة فعل علی- علیه السلام- و انه لو ارید التشبه مطلقا یلزم القول به حتی فی غیر اللباس کان تشتغل الرجل بعمل النساء و بالعکس.

و کیف کان (فالحکم المذکور لا یخلو عن اشکال) کما ان الحکم بالجواز مطلقا خصوصا فیما اذا لبست المرأة الزی الکامل للرجال و لبس الرجل الزی الکامل للنساء مشکل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹

«ثم» الخنثی یجب علیه ترک الزینتین المختصتین بکل من الرجل و المرأة، کما صرح به جماعة لانه یحرم علیه لباس مخالفه فی الذکورة و الانوثة و هو مردد بین اللبسین، فیجتنب عنهما مقدمة، لانهما من قبیل المشتبهین المعلوم حرمة احدهما.

و یشکل- بناء علی کون مدرک الحکم حرمة التشبه- بان الظاهر من التشبه صورة علم المتشبه.

(«ثم» الخنثی) ان قلنا انه طبیعة ثالثة یحل علیه الاتیان بالزینتین لاختصاص الادلة بالرجل و الانثی، و الخنثی لیس احدهما و ان قلنا انه احدهما (یجب علیه ترک الزینتین المختصتین بکل من الرجل و المرأة کما صرح به جماعة) کما یجب علیه الاتیان بواجب کل واحد منهما فیجهر فی الجهریة و یأتی بتروک الحائض اذا رأی الدم و اذا دار الامر بین المحذورین تخیر فی اختیار احدهما (لانه یحرم علیه لباس مخالفه فی الذکورة و الانوثة و هو) ای المحرم من اللباس (مردد بین اللبسین، فیجتنب عنهما مقدمة) لتحصیل العلم باتیانه بالتکلیف المردد بین الامرین (لانهما) ای اللباسین (من قبیل) الامرین (المشتبهین المعلوم حرمة احدهما) کما لو اشتبه الخمر بالخل، و الطاهر بالنجس، و ما اشبه. و علی هذا فلا یجوز له ان ینظر الی الرجل و المرأة، و ان یتزوج او یزوج و ان وقع فی العسر و الحرج من جهة ترک التزویج.

(و یشـکل) حرمة اللباسـین علیه (بناء علی کون مدرک الحکم حرمة التشبه بان الظاهر من التشبه صورة علم المتشبه) فانه لا یقال تشبه الا اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰

....

علم المتشبه بانه تشبه. و الخنثی لا یعلم بانه تشبه اذا لبس احد اللباسین.

نعم لا یجوز له لبس کلیهما تدریجا اذا قلنا بحرمة الارتکاب تدریجا فی باب العلم الاجمالی.

و المسألة طویلة الذیل روایة و فتوی و اشکالا نکتفی منها بهذا القدر لعدم الخروج عن شرح اللفظ و توضیح المراد. و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱

المسألة الثالثة التشبیب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة-

و هو کما فی جامع المقاصد ذکر محاسـنها، و اظهار شدة حبها بالشعر- حرام، علی ما عن المبسوط و جماعة، کالفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانی.

و استدل علیه بلزوم تفضیحها. و هتک حرمتها و ایذائها و اغراء الفساق بها و ادخال النقص علیها و علی اهلها.

(المسألة الثالثة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما:

(التشبیب بالمرأة المعروفة) مقابل المجهولة (المؤمنة المحترمة) لا الکافرة و الفاجرة.

(و هو) ای التشبیب (- کما فی جامع المقاصد-: ذکر محاسـنها، و اظهار شدة حبها) ای حب الشـخص لتلک المرأة (بالشـعر) و سیأتی الکلام فی النـثر (حرام) خبر قوله «التشبیب» (علی مـا عن المبسوط و جماعـة کالفاضـلین) المحقق و العلامـة (و الشـهیدین): الاـول و الثانی (و المحقق الثانی): الکرکی.

(و اسـتدل علیه بلزوم تفضـیحها) و معنی الفضـیحة: ابداء ما من شأنه الاخفاء عملا او قولا، سواء کان المفضوح متصفا به أم لا و سواء کان صـفة جمال او صـفة نقص او امرا عادیا، کان یصف جمال المرأة او بغائها او کیفیة مباشـرته لها و ان کانت المباشـرة حلالا لانها زوجته مثلا (و هتک حرمتها و ایذائها و اغراء الفساق بها و ادخال النقص علیها و علی اهلها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۲

و لذا لا ترضی النفوس الآبیة ذوات الغیرة و الحمیة ان یذکر ذاکر عشق بعض بناتهم و اخواتهم، بل البعیدات من قراباتهم.

و الانصاف ان هذه الوجوه لا تنهض لاثبات التحریم، مع کونها اخص من المدعی، اذ قد لا یتحقق شیء من المذکورات فی التشبیب.

بل و اعم منه من وجه

و یکفی فی التحریم کونه ایذاء فانه محرم و ان لم یوجد سبب آخر للتحریم.

نعم فی بعض المواضع لم یکن ایذاء کما اذا لم تعلم هی و لا اقرباؤها فاللازم التماس دلیل آخر مما ذکروه.

(و لـذا لا ترضـی النفوس الآبیة ذوات الغیرة و الحمیة ان یذکر ذاکر عشق) نفسه او غیره ب (بعض بناتهم و اخواتهم، بل البعیدات من قراباتهم).

(و الانصاف ان هـذه الوجوه) التی تقـدمت (لا تنهض لاثبات التحریم) لان التحریم حینئـذ لیس من حیث التشبیب و انما هو من حیث

عنوان کل محرم منطبق علیه فجعل التشبیب عنوانا خاصا غیر تام (مع کونها) ای هذه الوجوه (اخص من المدعی) الّذی هو حرمة التشبیب مطلقا (اذ قد لا یتحقق شیء من المذکورات فی التشبیب) کما لو وصف امرأة مؤمنة فی محضر غیر الفساق مما کان بینهم و بینها مسافات شاسعة.

(بل و اعم منه من وجه) فهناک تشبیب لیس فیه ما ذکر، کما تقدم من المثال، و هناک العناوین المذکورة بدون التشبیب و قد یجمعان، و اذا کان التشبیب اعم من وجه من الامور المذکورة فی وجه حرمته، کیف یمکن ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳

فان التشبیب بالزوجة قد یوجب اکثر المذکورات.

و یمکن أیضا ان یستدل علیه بما سیجیء من عمومات حرمة اللهو و الباطل.

و ما دل علی حرمة الفحشاء.

و منافاته للعفاف المأخوذ فی العدالة.

یستدل بها للتحریم؟ و قد مثل المصنف بما یکون تشبیبا محرما و لا یقولون بحرمته بعنوان التشبیب، بقوله (فان التشبیب بالزوجة قد یوجب اکثر المذکورات) و مع ذلک فانهم لا یقولون بحرمته بعنوان التشبیب و ان قالوا بحرمته بعنوان الفضیحة و الهتک و ما اشبه بل قیدوا المحرم بالشعر مع ان العناوین المذکورة تنطبق فی النثر أیضا بل فی الاشارة أیضا و الکتابة و ما اشبه و کذلک قیدوا المرأة بالمؤمنة مع ان الذمیة و المعاهدة اذا انطبقت علی التشبیب بها الوجوه المحرمة کان أیضا حراما.

(و یمکن أیضا ان یستدل علیه) ای علی تحریم التشبیب (بما سیجیء من عمومات حرمة اللهو و الباطل) فانه من اقسام اللهو و الباطل و ینطبق علیه المیزان الّذی ذکره الامام- علیه السلام- فی انه اذا میز اللّه الحق و الباطل کان مع الباطل.

(و ما دل علی حرمة الفحشاء) بعد ان العرف یری ان فاعل ذلک من الآتی بالفحشاء و المنکر.

(و منافاته) ای التشبیب (للعفاف المأخوذ فی العدالة) فی قوله علیه السلام: ان یکون معروفا بالستر و العفاف، و غیره من الاحادیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴

و فحوی ما دل علی حرمة ما یوجب- و لو بعیدا- تهیج القوة الشهویة بالنسبة الی غیر الحلیلة، مثل ما دل علی المنع عن النظر، لانه سهم من سهام ابلیس و المنع عن الخلوة بالاجنبیة لان ثالثهما الشیطان و کراهة جلوس الرجل فی مکان المرأة حتی یبرد المکان.

و برجحان التستر عن نساء اهل الذمة لانهن یصفن لازواجهن.

فان من یصف النساء بالتشبیب لا یسمی عفیفا قطعا، و اذا کان منافیا للعدالة کان موجبا للفسق- بناء علی عدم الواسطة بین الفسق و العدالة-.

(و فحوی) ای المناط و الاولویة و الملاک المستفاد من (ما دل علی حرمة ما یوجب- و لو بعیدا-) ای ایجابا بعیدا (تهیج القوة الشهویة بالنسبة الی غیر الحلیلة مثل ما دل علی المنع عن النظر) الی الاجنبیة (لانه سهم من سهام ابلیس) و من المعلوم ان سهمیة التشبیب ان لم تکن اقوی من سهمیة النظر کانت مثلها. (و المنع عن الخلوة بالاجنبیة لان ثالثهما الشیطان) فانه لیس ذلک الا لاجل تهیج الشهوة و من المعلوم ان التشبیب اقوی فی التهییج او مثله. (و کراهة جلوس الرجل فی مکان المرأة حتی یبرد المکان) فان هذا یؤید تحریم التشبیب فانه اذا لم یرض الشارع- و لو کراهة- بجلوس الرجل فی مکان المرأة اذا کان حارا فکیف یرضی بذکر محاسنها و ما اشبه؟

(و برجحان التستر) للنساء المؤمنات (عن نساء اهل الذمة لانهن یصفن لازواجهن) فاذا لم یرض الشارع بوصف المؤمنة عند الرجل

فهل یرضی بالتشبیب بها؟ و قد اشیر الی ذلک فی قوله تعالی «او نسائهن»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵

و التستر عن الصبی الممیز الّذی یصف ما یری.

و النهی فی الکتاب العزیز عن ان «یخضعن بِالْقَوْلِ فَیَطْمَعَ الَّذِی فِی قَلْبِهِ مَرَضٌ» و عن ان «یَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِیُعْلَمَ مٰا یُخْفِینَ مِنْ زِینَتِهِنَّ» الی غیر ذلک من المحرمات و المکروهات التی یعلم منها حرمة ذکر المرأة المعینة المحترمة بما یهیج الشهوة علیها، خصوصا ذات البعل التی لم یرض الشارع بتعریضها للنکاح بقول «رب راغب فیک».

المفهوم منه عدم الجواز بالنسبة الی نساء غیرهن، ای الکافرات.

(و التستر عن الصبی الممیز الّذی یصف ما یری) و المراد بالممیز غیر البالغ الّذی یمیز بین الجمیلة و القبیحة و یعرف محاسن المرأة، مما یسمی فی العرف ممیزا، و لیس له حد محدود و عمر مقدر فی الشریعة.

(و النهی فی الکتاب العزیز عن ان یخضعن بِالْقَوْلِ فَیَطْمَعَ الَّذِی فِی قَلْبِهِ مَرَضٌ) فان «الطمع» کالعلة فی التحریم. و من المعلوم وجوده فی التشبیب (و عن ان یَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِیُعْلَمَ مٰا یُخْفِینَ مِنْ زِینَتِهِنَّ) کالخلخال و ما اشبه. و من المعلوم ان المحرم الاعلام بما تخفی، و لا فرق بین ان یکون الاعلام منها او من غیرها (الی غیر ذلک من المحرمات و المکروهات التی یعلم منها حرمة ذکر المرأة المعینة المحترمة بما یهیج الشهوة علیها) کحرمة مصافحة المرأة و مفاکهتها و حبسها لاجل الزنا- و ان لم یزن- و کراهة التکلم معها اکثر من خمس کلمات و ما اشبه ذلک من الامور المذکورة فی کتاب النکاح (خصوصا) التشبیب ب (ذات البعل التی لم یرض الشارع بتعریضها للنکاح بقول: رب راغب فیک) او شائق ألیک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶

«نعم» لو قیل بعدم حرمة التشبیب بالمخطوبة قبل العقد، بل مطلق من یراد تزویجها، لم یکن بعیدا، لعدم جریان اکثر ما ذکر فیها و المسألة غیر صافیة عن الاشتباه و الاشکال.

«ثم» ان المحکی عن المبسوط و جماعة: جواز التشبیب بالحلیلة، بزیادة الکراهة.

و عن المبسوط و ظاهر الکل: جواز التشبیب بالمرأة المبهمة، بان یتخیل امرأة و یتشبب بها.

(«نعم» لو قیل بعدم حرمة التشبیب بالمخطوبة قبل العقد بل مطلق من یراد تزویجها) عندها لا- فیما اذا سبب ذلک انطباق بعض العناوین المحرمة السابقة (لم یکن بعیدا لعدم جریان اکثر ما ذکر فیها) و انطباق بعض الوجوه الاخر غیر الدالة علی الحرمة، غیر ضار (و) علی کل حال، ف (المسألة غیر صافیة عن الاشتباه) لمورد المحرم بغیر المحرم (و الاشکال) فی وجه التحریم، بناء علی عدم انطباق عنوان محرم آخر علیه.

(«ثم» ان المحکی عن المبسوط و جماعة جواز التشبیب بالحلیلة) ای الزوجة المحللة (بزیادة الکراهة) ای بکراهة زائدة. و لعل مرادهم التشبیب بها وحدها، لا فی محل حضور اشخاص خصوصا الفساق و ما اوجب الهتک و الفضیحة اذ الدلیل فی المقامین واحد- کما لا یخفی-.

(و عن المبسوط و ظاهر الکل) الذین قیدوا التحریم ب «المعینة» (جواز التشبیب بالمرأة المبهمة بان یتخیل امرأة و یتشبب بها) کما هو عادة الشعراء بل الأدباء الاتقیاء منهم أیضا. و یدل علیه بالإضافة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۷

و اما المعروفة عند القائل دون السامع- سواء علم السامع اجمالا بقصد معینة أم لا- ففیه اشکال.

و فی جامع المقاصد- کما عن الحواشی-: الحرمة فی الصورة الاولی

و فیه اشکال، من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحریم.

و کذا اذا لم یکن هناک سامع.

الاصل قصیدة السید الحمیری «لام عمر باللوی مربع» و قد قررها الامام علیه السلام و لا یخفی ان التشبیب شامل لها.

نعم اذا انطبق علی ذلک بعض العناوین المحرمة لم یجز و کذلک صورة النساء الخیالیة.

(و اما) التشبیب بالمرأة (المعروفة عند القائل دون السامع- سواء علم السامع اجمالا بقصد) القائل امرأة (معینة أم لا- ففیه اشکال) من جهة انه تشبیب و اثارة للشهوة و ما اشبه. و من جهة ان المرأة المجهولة لا احترام لها کالشخص المجهول فی جواز الغیبة.

(و فی جامع المقاصد) التفصیل و هو (- کما عن الحواشی- الحرمة فی الصورة الاولی) و هی ما لو علم السامع بقصد المتکلم امرأة معینة.

(و فیه اشکال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحریم) فبعضها- نحو اثارة الشهوة- عام لعلم السامع و عدمه و بعضها- کاغراء الفساق و هتک الحرمة و ما اشبه- لا یشمل المجهولة مطلقا سواء علم السامع بقصد المتکلم معینة أم لا.

(و کذا اذا لم یکن هناک سامع) ففی التشبیب اشکال من جهة انه لیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸

و اما اعتبار الایمان فاختاره فی القواعد و التذکرة، و تبعه بعض الاساطین لعدم احترام غیر المؤمنة.

و فی جامع المقاصد- کما عن غیره- حرمة التشبیب بنساء اهل الخلاف و اهل الذمة لفحوی حرمة النظر إلیهن و نقض بحرمة النظر الی نساء اهل الحرب. مع انه صرح بجواز التشبیب بهن.

باغراء و لا هتک و لا اثارة شهوة و ما اشبه، فهو جائز و من جهة انه خلاف الستر و العفاف و ما اشبه، و لذا قالوا بانه لا یجوز الکذب علی الله و الرسول و لو فی الخلوة، فلیس بجائز.

(و اما اعتبار الایمان) فی المرأة (فاختاره فی القواعد و التذکرة، و تبعه بعض الاساطین، لعدم احترام غیر المؤمنة) فیشمله اصل الجواز و قاعدة «الحل» و قاعدة «الناس مسلطون علی انفسهم» فانها تقتضی حلیة جمیع الاعمال، الا ما خرج بالدلیل.

(و فی جامع المقاصد- کما عن غیره-) أیضا (حرمة التشبیب بنساء اهل الخلاف و اهل الذمة لفحوی حرمة النظر إلیهن) فان التشبیب مثل النظر او أسوأ فاذا حرم النظر حرم التشبیب (و نقض) هذا الفحوی (بحرمة النظر الی نساء اهل الحرب) أیضا فان احدا من الفقهاء لم یجوز النظر الی جسد نساء اهل الحرب قبل الاسترقاق و التملک و یشمله عمومات ادلة التحریم (مع انه صرح بجواز التشبیب بهن) بالإضافة الی ان بعض ادلة التشبیب شاملة لمطلق النساء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹

و المسألة مشکلة من جهة الاشتباه فی مدرک اصل الحکم.

و کیف کان فاذا شک المستمع فی تحقق شروط الحرمة لم یحرم علیه الاستماع، کما صرح به فی جامع المقاصد.

و اما التشبیب بالغلام فهو محرم علی کل حال، کما عن الشهیدین و المحقق الثانی، و کاشف اللثام، لانه فحش محض.

(و المسألة مشکلة من جهة الاشتباه فی مدرک اصل الحکم) فانه لیس هناک لفظ «التشبیب» فی روایة حتی ینظر الی انه هل یعم أم لا؟

(و کیف کان) فهذا کله حال المتکلم اما السامع (فاذا شک المستمع فی تحقق شروط الحرمة لم یحرم علیه الاستماع، کما صرح به فی جامع المقاصد) لاصالة البراءة.

و ربما یقال بلزوم الفحص لوجوب الفحص فی الشبهات الموضوعیة و لان المحرم لا اصالة فی السکوت علیه الا اذا علم بالمخرج للفاعل له، الا تری انه لا یجوز السکوت علی من یشرب الخمر، الا اذا علمنا انه یشربها للاضطرار، فان حمل فعل المسلم علی الصحیح انما هو فی غیر المحرمات المحتاجة الی المخرج، و لذا قالوا: انه لو رأیناه یبیع وقفا لم یجز الاشتراء منه الا اذا علمنا بجوازه له. و المسألة لها مقام آخر.

(و اما التشبیب بالغلام فهو محرم علی کل حال) بدون تلک التفاصیل المذکورة فی التشبیب بالمرأة (کما عن الشهیدین، و المحقق الثانی، و کاشف اللثام، لانه فحش محض).

و المراد بالفحش: المعصیة الخارجة للحد، من فحش: اذا تعدی و کونه فحشا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰

فیشتمل علی الاغراء بالقبیح.

و عن المفاتیح: «ان فی اطلاق الحکم نظرا» و الله العالم.

لان التشبیب بالغلام حرام مطلقا، و جریان جملة من الادلة المتقدمة هنا (فیشتمل علی الاغراء بالقبیح) و هو قبیح، و حیث انه فی سلسلة العلل فیجری «کلما حکم به العقل حکم به الشرع».

(و عن المفاتیح: «ان فی اطلاق الحکم نظرا») لان التشبیب به فی الخلوة خصوصا اذا کان غلاما خیالیا لم یدل دلیل علی تحریمه (و الله العالم) ثم التشبیب بزوجة امام زوجة او تشبیب المرأة بالرجل الاجنبی، او الزوج، او التشبیب بلغة لا یفهمها الحاضرون، او التشبیب بحیوان او مجسمة کانت قابلة للمواقعة کالاجسام المطاطة المتعارفة الآن لدی الفساق، او غیر قابلة، او التشبیب بالجان او الحور او الولدان او التشبیب بنفسه امرأة کانت او غلاما، او ما اشبه ذلک یعرف حکمها مما تقدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴۱

المسألة الرابعة تصویر صور ذوات الأرواح حرام،

اذا کانت الصورة مجسمة، بلا خلاف فتوی و نصا.

(المسألة الرابعة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما:

(تصویر صور ذوات الأرواح) و هو (حرام).

و التصویر علی أربعة اقسام، لانه اما مجسم، او لا. و کل واحد منها اما ذو روح، او لا.

و قد اختلفوا فیها علی خمسة اقوال:

الاول: الحرمة مطلقا.

الثانی: حرمة ذی الروح مجسمة کانت أم لا. دون غیر ذی الروح.

الثالث: حرمة المجسمة ذات روح کانت أم لا دون سواها.

الرابع: حرمة ذات الروح مطلقا و المجسمة، دون غیرها.

الخامس: حرمة ذات الروح المجسمة فقط.

ثم ان الحرمة (اذا كانت الصورة) لذات روح (مجسمة، بلا خلاف فتوى و نصا) و هذا هو المتيقن من النصوص.

و مناقشة بعض بان هذه أيضا ليست بمحرم اذا لم يرد بها العبادة، بدعوى انصراف النصوص الى ما اريد بها العبادة لا الفن و اللعب و ما اشبه خالية عن الشاهد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۲

و كذا مع عدم التجسم، وفاقا لظاهر النهاية، و صريح السرائر، و المحكى عن حواشى الشهيد، و الميسية، و المسالك، و إيضاح النافع، و الكفاية و مجمع البرهان، و غيرهم.

للروايات المستفيضة:

مثل قوله- عليه السلام- «نهى ان ينقش شيء من الحيوان على الخاتم».

و قوله- عليه السلام- «نهى عن تزويق البيوت، قلت: و ما تزويق البيوت؟ قال: تصاوير التماثيل».

و المتقدم عن تحف العقول «و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحانى».

(و كذا) تحريم صورة ذات الروح (مع عدم التجسم، وفاقا لظاهر النهاية، و صريح السرائر، و المحكى عن حواشى الشهيد، و الميسية و المسالك، و إيضاح النافع، و الكفاية، و مجمع البرهان و غيرهم).

و ذلك (للروايات المستفيضة):

(مثل قوله- عليه السلام- «نهى ان ينقش شيء من الحيوان على الخاتم»).

(و قوله- عليه السلام- «نهى عن تزويق البيوت، قلت: و ما تزويق البيوت؟ قال: تصاوير التماثيل») بناء على ان «الحيوان» و «الخاتم» من باب المثال، و كذا «البيوت» فى الخبر الثانى.

(و المتقدم عن تحف العقول «و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحانى») منسوب الى الروح، و ذلك يشمل المجسم و غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۳

و قوله- عليه السلام- فى عدة اخبار: «من صور صورة كلفه اللّه يوم القيامة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ».

و قد يستظهر اختصاصها بالمجسمة، من حيث ان نفخ الروح لا يكون الا فى الجسم.

و إرادة تجسيم النقش مقدمة للنفخ ثم النفخ فيه خلاف ظاهر.

المجسم.

(و قوله- عليه السلام- فى عدة اخبار: «من صوّر صورة كلفه اللّه يوم القيامة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ»).

و من المعلوم ان «النهى» فى الروايتين الاوليين ظاهر فى التحريم كما حقق فى الأصول-، و الاستثناء من الجواز- فى رواية تحف العقول- ظاهر فى التحريم، كما ان الظاهر من العقاب: ترتبه على الحرام، فلا يقال: ان التكليف بالنفخ لا يدل على التحريم، لانه عقاب، و ما اكثر ما ورد العقاب على المكروهات، كما يظهر من مراجعة «عقاب الاعمال» للصدوق- رحمه اللّه-.

(و) هذه الاخبار كما تراها تشمل النقش كما تشمل المجسم، و لكن (قد يستظهر اختصاصها بالمجسمة، من حيث ان نفخ الروح لا يكون الا فى الجسم).

(و) ان قلت: نفخ الروح لا يلازم الجسمية فيراد بالحديث الاعم من الجسم و النقش، ب (إرادة تجسيم النقش مقدمة للنفخ ثم النفخ فيه).

قلت: هذا (خلاف الظاهر) و خلاف الظاهر لا يؤخذ به.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۴

و فيه: ان النفخ يمكن تصوره فى النقش بملاحظة محله، بل بدونها كما فى امر الامام الاسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفة.

او بملاحظة لون النقش الّذى هو فى الحقيقة اجزاء لطيفة من الصبغ.

و الحاصل: ان مثل هذا لا يعد قرينة عرفا على تخصيص الصورة بالمجسم.

و اظهر من الكل صحيحة محمد بن مسلم «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام

(و فيه) ان الحديث اعم و ما ذكر من العلة لوجه الانصراف الى خصوص الجسم غير تام، ف (ان النفخ يمكن تصوره فى النقش بملاحظة محله بل بدونها) اى بدون هذه الملاحظة (كما فى امر الامام) الرضا عليه السلام- فى مجلس المأمون (الأسد المنقوش على البساط) او الستار (باخذ الساحر فى مجلس الخليفة) فان الاعجاز كما يجعل من الجسم الجامد الّذى لا اجهزة له جسما حيا كامل الاجزاء و الاعضاء، كذلك يجعل من الصورة جسما.

(او بملاحظة لون النقش الّذى هو فى الحقيقة اجزاء لطيفة من الصبغ) اذا فالرواية اعم من ذات الجسم و غيرها.

(و الحاصل: ان مثل هذا) اى «النفخ» (لا يعد قرينة عرفا على تخصيص الصورة بالمجسم) بحيث لا يشمل اطلاق الحديث غير المجسم.

(و اظهر من الكل) فى الدلالة على حرمة غير المجسم أيضا (صحيحة محمد بن مسلم «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۵

عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ قال: لا- بأس، ما لم يكن شيئا من الحيوان» فان ذكر الشمس و القمر قرينة على اراده مجرد النقش، و مثل قوله- عليه السلام- «من جدّد قبرا او مثّل مثالا فقد خرج عن الاسلام».

فأن المثال و التصوير مترادفان- على ما حكاه كاشف اللثام عن اهل اللغة.

عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ قال: لا- بأس، ما لم يكن شيئا من الحيوان») و المراد بالشىء الافراد، لا- الاجزاء، (فان ذكر الشمس و القمر قرينة على إرادة مجرد النقش) لان المتعارف نقشهما لا تجسمهما (و مثل قوله- عليه السلام- «من جدّد قبرا او مثّل مثالا فقد خرج عن الاسلام»).

و المراد بتجديد القبر: دفن ميت آخر فى قبر سابق، مما يستلزم النبش، او قتل انسان حتى يكون سببا لتجديد قبر.

او يقرأ بالحاء المهملة، و المراد تسنيم القبر، او بالجيم و المراد:

تجديد بنائه بعد الاندراس.

او يقرأ بالخاء المنقطة من فوق، و المراد: شقه و نبشه.

و على بعض: الاحتمالات: العمل حرام، و على بعض: العمل مكروه.

و الشاهد فى الفقرة الثانية (فان المثال و التصوير مترادفان- على ما حكاه كاشف اللثام عن اهل اللغة-) فالحديث شامل للنقش، و لكن ربما ينافيه الانصراف، و خصوص خبر على بن جعفر- عليه السلام قال «سألت اخى موسى- عليه السلام- عن مسجد يكون فيه تصاوير و تماثيل يصلى فيه؟ فقال- عليه السلام- تكسر رءوس التماثيل و تلطخ رءوس التصاوير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۶

مع ان الشائع من التصوير و المطلوب منه هى الصور المنقوشة على اشكال الرجال و النساء و الطيور و السباع، دون الاجسام المصنوعة على تلك الاشكال.

و یؤیده أن الظاهر ان الحکمهٔ فی التحریم هی حرمهٔ التشبه بالخالق فی ابداع الحیوانات و اعضائها علی الاشکال المطبوعهٔ، التی یعجز البشر عن نقشها علی ما هی علیه، فضلا عن اختراعها.

و یصلی فیه» (مع ان الشائع من التصویر و المطلوب منه هی الصور المنقوشهٔ علی اشکال الرجال و النساء و الطیور و السباع، دون الاجسام المصنوعهٔ علی تلک الاشکال) فالأخبار المتضمنهٔ للنهی شاملهٔ للصورهٔ لانها شائعهٔ.

و لکن لا یخفی ان فی کلام المصنف- رحمه اللّه- تأملا، اذ المطلوب القسمان کما هو المشاهد.

(و یؤیده) ای اطلاق التحریم حتی للنقش المجرد عن الجسم (أن الظاهر) من الانصراف العرفی من النهی (ان الحکمهٔ فی التحریم هی حرمهٔ التشبه بالخالق، فی ابداع الحیوانات و اعضائها علی الاشکال المطبوعهٔ) ای الملائمهٔ للطبع (التی یعجز البشر عن نقشها علی ما هی علیه) من الدقائق و المزایا و الخصوصیات (فضلا عن اختراعها).

و انما استظهر المصنف هذه الحکمهٔ، من جههٔ ما دل علی انه یؤمر بالنفخ فیها، فان کون التعذیب بعد العجز عن النفخ یدل علی ان السبب انه تشبه بمن لا یتمکن من ان یعمل عمله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴۷

و لذا منع بعض الاساطین عن تمکین غیر المکلف من ذلک.

و من المعلوم ان المادهٔ لا دخل لها فی هذه الاختراعات العجیبهٔ

لکن لا یخفی ما فی استظهار هذه الحکمهٔ من الضعف، بل لا یبعد کون الحکمهٔ المنع عن عبادهٔ الاصنام و توابعها، حتی العمل بصنع التصاویر و التماثیل، اما کون العذاب بعد الامر بالنفخ فذلک للمناسبهٔ بین الصورهٔ و بین النفخ، کالمناسبهٔ بین اکل اموال الیتامی و بین اکل النار، و المناسبهٔ بین اکل الربا و بین إرادهٔ القیام و عدم التمکن منه، لانه ملأ بطنه فکبر و ظهرت له حالهٔ کحالهٔ المصروع المربوط بالعقل و الدماغ، لمشارکتهما فی عدم العقل، و هکذا.

و مما یؤید عدم کون الحکمهٔ ذلک، الجواز فی مثل الشجر مع اشتراکه للحیوان فی التشبه، بل لعل هذا مما یؤید ما ذکرناه من کون الحکمهٔ العبادهٔ فان المتعارف لدی الجاهلیهٔ کان عبادهٔ التماثیل لا الاشجار و نحوها.

(و لذا) الّذی ذکرناه من ان الحکمهٔ فی المنع التشبه بالخالق (منع بعض الاساطین عن تمکین غیر المکلف من ذلک) التصویر، فانه فهم من الاحادیث شدهٔ الحرمهٔ حتی ان غیر المکلف أیضا یلزم اجتنابه، و من المعلوم ان هذه الشدهٔ فی الحرمهٔ لا تکون الا بسبب التشبه بالخالق، و الا فلم یمنع غیر المکلف عنه.

(و) حیث تحقق ان الحکمهٔ ما ذکر نقول: (من المعلوم ان المادهٔ) الجسمیهٔ کاللحم و العظم و الدم (لا دخل لها فی هذه الاختراعات العجیبهٔ) ای البشر و الحیوان فان عجب الاختراع لیس لانه لحم و دم، و انما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴۸

فالتشبه انما یحصل بالنقش و التشکیل لا غیر.

و من هنا یمکن استظهار اختصاص الحکم بذوات الارواح، فان صور غیرها کثیرا ما یحصل بفعل الانسان للدواعی الاخر من غیر قصد التصویر و لا یحصل به تشبه بحضرهٔ المبدع تعالی عن التشبیه، بل

العجب بسبب الشکل کما قال سبحانه: وَ صَوَّرَکُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَکُمْ*، و اذا کان المناط الصورهٔ (فالتشبه انما یحصل بالنقش و التشکیل لا غیر) فلیس الجسم حراما بدون الشکل و انما الشکل حرام سواء کان مع الجسم أم لا فیدل ما ذکرناه علی کون النقش أیضا حراما،

و لا يخفى ان ما ذكره المصنف- رحمه اللّه- وجه خطابى لا دخل له بالاستدلالات الفقهية.

(و من هنا) اى من كون الحكمة التشبه بالخالق (يمكن استظهار) وجه (اختصاص الحكم بذوات الارواح، فان صور غيرها) كالشجر و الحجر (كثيرا ما يحصل بفعل الانسان) كأن يصنع الباب او البناء بشكل جبل او شجر او ما اشبه (للدواعى الاخر) من الحاجات (من غير قصد التصوير).

و الحاصل: ان التشبه انما يحصل بصنع ذى الروح، اما صنع غير ذى الروح فانه من فعل اللّه و من فعل الانسان، فاذا صنع انسان صورة غير ذى الروح، او جسم غير ذى الروح، لم يتشبه بالخالق، لان المشبه به امر مشترك بين الخالق و المخلوق (و) لذلك (لا يحصل به) اى بتصوير غير ذات الروح (تشبه بحضرة المبدع تعالى عن التشبيه) فلا يحرم (بل) ليس صنع صورة غير ذى الروح من البشر امرا اتفاقيا- حتى يقال حيث ان صنع صورة غير ذى الروح الاكثر كونه من فعل اللّه، يحصل التشبه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۴۹

كل ما يصنعه الانسان من التصرف فى الاجسام فيقع على شكل واحد من مخلوقات اللّه تعالى.

و لذا قال كاشف اللثام- على ما حكى عنه- فى مسألة «كراهة الصلاة فى الثوب المشتمل على التماثيل»: «انه لو عمت الكراهة لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب

باللّه أيضا اذا صور انسان صورة غير ذى الروح- فان (كل ما يصنعه الانسان من التصرف فى الاجسام) من صنع الدار و القصر و الكتاب و الدرج و ما اشبه (فيقع على شكل واحد من مخلوقات اللّه) فحيث ان صنع صورة غير ذى الروح يقع من الانسان بكثرة، كما انه يقع من اللّه تعالى لا- يكون الاتيان بتصويره تشبها بالخالق، بخلاف صنع صورة ذى الروح، فانه خاص باللّه تعالى، و لذا يكون الاتيان بتصويره تشبها بالخالق.

اقول: لا يخفى ما فى هذا الكلام من الاشكال، فان كون كل شىء يصنعه الانسان شبيها بواحد من مخلوقات اللّه محل منع، و عدم حصول التشبه بصنع صورة الشجر و الانهار و النجوم و ما اشبه بالخالق أيضا محل منع.

(و لذا) الّذى ذكرنا من ان صنع كل شىء يشبه مصنوعا من مصنوعات اللّه (قال كشف اللثام- على ما حكى عنه- فى مسألة «كراهة الصلاة فى الثوب المشتمل على التماثيل»: انه لو عمت الكراهة لتماثيل ذى الروح و غيرها) بان قلنا ان المثال سواء كان لذى الروح او غير ذى الروح، مكروه فى ثوب المصلى (كرهت) اى لزم ان تكره (الثياب) مطلقا فى الصلاة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۵۰

ذوات الاعلام لشبه الاعلام بالاخشاب و القصبات و نحوها و الثياب المحشوة لشبه طرائقها المخيطة بها، بل الثياب قاطبة، لشبه خيوطها بالاخشاب و نحوها» انتهى.

و ان كان ما ذكره لا يخلو عن نظر- كما سيجىء-.

هذا، و لكن العمدة فى اختصاص الحكم بذوات الارواح: أصالة الاباحة

اما (ذوات الاعلام) من الثياب، التى فيها طرائق تخالف لون القماش ف (لشبه الاعلام بالاخشاب و القصبات) الممتدة طولا (و نحوها) من سائر المخلوقات المستقيمة الشكل، كالاغصان (و) اما (الثياب المحشوة) اى التى لا اعلام لها و قد حشت بالقطن (لشبه طرائقها المخيطة بها) اى بالاخشاب و القصبات (بل الثياب قاطبة، لشبه خيوطها بالاخشاب و نحوها).

و حاصل استدلال كشف اللثام: انه لو اريد بالتماثيل الاعم من ذى الروح و غير ذى الروح كراهة الصلاة فى كل ثوب لكن هذا مخالف للضرورة و الاجماع فاللازم تخصيص الكراهة بالثوب ذى التماثيل الحيوانية فقط.

(و ان کان ما ذکره) کاشف اللثام (لا یخلو عن نظر- کما سیجیء-).

(هذا) کله استظهار لحکمة الحکم و تفریع علیه، و قد عرفت انه اشبه ببعض الاستحسانات التی هی فی غایة الوهن، و لا اعلم کیف اصر المصنف رحمه اللّه- علی هذا الاصرار، (و لکن العمدة فی اختصاص الحکم) بتحریم التصویر (بذوات الارواح: أصالة الاباحة) فی غیر ذوات الارواح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۱

مضافا الی ما دل علی الرخصة، مثل صحیحة ابن مسلم السابقة، و روایة التحف المتقدمة، و ما ورد فی تفسیر قوله تعالی: «یَعْمَلُونَ لَهُ مٰا یَشٰاءُ مِنْ مَحٰارِیبَ وَ تَمٰاثِیلَ» من قوله: «و الله ما هی تماثیل الرجال و النساء، و لکنها تماثیل الشجر و شبهه» و الظاهر شمولها للمجسم و غیره فبها یقید بعض ما مر من الاطلاق خلافا لظاهر جماعة. حیث انهم بین من یحکی عنه

(مضافا الی ما دل علی الرخصة، مثل صحیحة ابن مسلم السابقة، و روایة التحف المتقدمة، و ما ورد فی تفسیر قوله تعالی: «یَعْمَلُونَ لَهُ مٰا یَشٰاءُ مِنْ مَحٰارِیبَ وَ تَمٰاثِیلَ» من قوله) ای الامام- علیه السلام- فی تفسیر الآیة الکریمة، (و الله ما هی تماثیل الرجال و النساء، و لکنها تماثیل الشجر و شبهه) و صحیح زرارة عن الباقر- علیه السلام- «لا بأس بتماثیل الشجر» (و الظاهر شمولها للمجسم و غیره) فالمجسم و غیر المجسم کلاهما جائزان اذا لم یکن مثال ذی الروح (فبها) ای باصالة الاباحة مضافا الی الاخبار الخاصة (یقید ما مر من الاطلاق) الدال علی حرمة کل تصویر

و الظاهر: ان مراد المصنف من «اصالة الاباحة»: العمومات المؤیدة بهذه الاخبار الخاصة، و الا فلو اراد الاصل العملی لم یکن ذلک العمدة فی المسألة، فان نوبة الاصل بعد الدلیل، و انما تکون العمدة حینئذ الروایات الخاصة، بل الاصل علی هذا کالحجر فی جنب الانسان.

(خلافا لظاهر جماعة) حیث لم یخصصوا التحریم بذی الروح فقط (حیث انهم بین من یحکی عنه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۲

تعمیمه الحکم لغیر ذی الروح- و لو لم یکن مجسما- لبعض الاطلاقات اللازم تقییدها بما تقدم، مثل قوله- علیه السلام- «نهی عن تزویق البیوت» و قوله- علیه السلام- «من مثل مثالا» الخ.

و بین من عبر بالتماثیل المجسمة، بناء علی شمول التماثیل لغیر الحیوان،- کما هو کذلک- فخص الحکم بالمجسم.

لان المتیقن من المقیدات للاطلاقات، و الظاهر منها بحکم غلبة الاستعمال و الوجود: النقوش لا غیر

تعمیمه الحکم) بالتحریم (لغیر ذی الروح- و لو لم یکن مجسما-) و ذلک (لبعض الاطلاقات) الناهیة، (اللازم تقییدها بما تقدم) من الادلة الدالة علی جواز غیر ذی الروح، و الاطلاقات (مثل: قوله- علیه السلام- «نهی عن تزویق البیوت»، و قوله علیه السلام- «من مثل مثالا») و غیرهما من الاطلاقات.

(و بین من عبر بالتماثیل المجسمة) المطلق لذی الروح او غیر ذی الروح (بناء علی شمول التماثیل لغیر الحیوان،- کما هو کذلک-) فان التماثیل لیس خاصا بذی الروح (فخص الحکم) بالتحریم (بالمجسم) حیوانا کان او غیر حیوان، و لا حرمة فی غیر المجسم و ان کان صورة حیوان او انسان.

و استدل لذلک بقوله: (لان المتیقن من المقیدات للاطلاقات) الدالة علی التحریم مطلقا (و الظاهر منها) ای من المقیدات (بحکم غلبة الاستعمال و) غلبة (الوجود: النقوش لا غیر) یعنی ان المقید الّذی دل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۳

و فیه: ان هـذا الظهـور لـو اعتبـر لسـقط الاطلاقـات عن نهوضـها لاثبـات حرمـة المجسم، فتعین حملهـا علی الکراهـة دون التخصـیص بالمجسمة.

و بالجملة

علی خروج الصـورة مـن التحریم، الظـاهر من ذلـک المقیـد «النقش» سـواء کـان نقش حیـوان او غیره، و ذلـک لاـن «الصـورة» یغلب استعمالها و یغلب وجودها فی «النقش» فقط، و علی هذا ف «التمثال» و ان کان لغیر ذی الروح، باق تحت النهی.

(و فیه: ان هـذا الظهور لو اعتبر) بان قلنا ان المقید ظاهر فی النقش فقط (لسـقط الاطلاقات عن نهوضـها لاثبات حرمة المجسم) اذ بناء علی هذا الاستظهار تکون اطلاقات النهی شاملة لتمثال غیر ذی الروح لکن من المعلوم أن تمثال غیر ذی الروح لا بأس به، فان الامام- علیه السـلام قـال: «لا بأس» بعـد ما سـئل عن تماثیل الشـجر و نحوه (ف) اذا علمنا بالـدلیل ان تمثال غیر ذی الروح لیس بمحرم (تعین حملها) ای المطلقات (علی الکراهة) و ذلک لان النهی ان اشتمل علی المنهی عنه المکروه سقطت دلالته علی التحریم، و ذلک (دون التخصیص) للتحریم (بالمجسمة) کما یریده هذا القائل.

(و بالجملة) نقول- فی رد هذا القائل بان المجسم مطلقا حرام و النقش مطلقا حلال-: ان هناک دلیلین: احدهما: یحرم التمثال مطلقا و الآخر: یحل التمثال مطلقا، فما هو وجه حمل التمثال فی الأخبار المحللة علی النقش، و فی الاخبار المحرمة علی المجسم؟ فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۴

التمثال فی الاطلاقات المانعة مثل قوله- علیه السلام- «من مثل مثالا» ان کان ظاهرا فی شمول الحکم للمجسم، کان کذلک فی الأدلة المرخصة لما عدا الحیوان، کروایة تحف العقول، و صحیحة ابن مسلم، و ما فی تفسیر الآیة.

فدعوی ظهور الاطلاقات المانعة فی العموم، و اختصاص المقیدات المجوزة بالنقوش تحکم.

«ثم» انه لو عممنا الحکم بغیر الحیوان مطلقا او مع التجسم فالظاهر

(التمثـال فی الاطلاقـات المانعـة مثـل قوله- علیه السـلام- «من مثـل مثالا» ان کان ظاهرا فی شـمول الحکم) بالتحریم (للمجسم، کان) التمثال شاملا (کـذلک) للمجسم (فی الأدلـة المرخصـة لما عدا الحیوان، کروایة تحف العقول، و صـحیحة ابن مسـلم، و ما فی تفسـیر الآیـة) فیکون دلیـل حرمـة التمثـال، و دلیـل حلیته متعارضان، فیحمل ما دل علی التحریم علی الکراهـة کما هو مقتضـی ادلـة الجواز و المنع-.

(فـدعوی) هـذا القائل (ظهور الاطلاقات المانعـة فی العموم) للمجسم و غیر المجسم (و اختصاص المقیـدات المجوزة بالنقوش) مع ان اللفظ فی الاخبار المانعة و المجوزة واحد (تحکم) ای حکم بدون دلیل.

(«ثم» انه لو عممنـا الحکم) بالتحریم (بغیر الحیوان مطلقا) ای قلنا بان صورة غیر الحیوان- مطلقا سواء کانت مجسـمة أم لا- کالحیوان محرم أیضـا (او مع التجسم) بان قلنا بان صورة غیر الحیوان محرمـة اذا کانت مجسـمة، کما ان صورة الحیوان مطلقا حرام (فالظاهر) ان نقول: یشترط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۵

ان المراد به ما کان مخلوقا للّه سبحانه علی هیئة خاصة معجبة للناظر، علی وجه تمیل النفس الی مشاهدة صورتها، المجردة عن المادة او معها فمثل تمثال السیف و الرمح و القصور و الابنیة و السفن، مما هو مصنوع للعباد، و ان کانت فی هیئة حسنة معجبة خارج.

و کذا مثل تمثال القصبات و الاخشاب و الجبال و الشطوط مما خلقه اللّه لا علی هیئة معجبة للناظر، بحیث تمیل النفس الی مشاهدتها

فی التحریم ان یکون «الممثل» صورة مخلوقة للّه تعالی، و ان تکون صورة معجبة، فصورة غیر المخلوق- کصورة السیف- و صورة مخلوق غیر معجبة کصورة القصب، لا بأس بها، أما الاستثناء الاول فواضح، و اما الاستثناء الثانی، فلان المنصرف من التمثال الصور المعجبة لا مطلق الصورة، ف (ان المراد به) ای بتحریم غیر الحیوان أیضا (ما کان مخلوقا للّه سبحانه) أولا و (علی هیئة خاصة معجبة للناظر، علی وجه تمیل النفس الی مشاهدة صورتها، المجردة عن المادة) فی النقش (او معها) ای مع المادة، ای الصور المخلوقة ثانیا، و ذلک کبعض الاشجار الجملیة، او الکواکب، او المناظر الخلابة المخلوقة (فمثل تمثال السیف و الرمح و القصور و الابنیة و السفن مما هو مصنوع للعباد، و ان کانت فی هیئة حسنة معجبة خارج) عن التحریم لانها من صنع البشر، و قد شرطنا فی التحریم ان یکون من صنع اللّه تعالی.

(و کذا مثل تمثال القصبات و الاخشاب و الجبال و الشطوط مما خلقه اللّه) و لکن (لا علی هیئة معجبة للناظر، بحیث تمیل النفس الی مشاهدتها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۵۶

و لو بالصور الحاکیة لها، لعدم شمول الادلة لذلک.

هذا کله مع قصد الحکایة و التمثیل، فلو دعت الحاجة الی عمل شیء یکون شبیها بشیء من خلق اللّه، و لو کان حیوانا، من غیر قصد الحکایة فلا بأس قطعا.

و منه یظهر

و لو بالصور الحاکیة لها) ای ان النفس لا تمیل الی المشاهدة لکل من الصور الاصلیة و الصور النقشیة، و انما تمیل الی مشاهدة الصور الاصلیة فقط فان صنع صور هذه الامور أیضا جائز، اذ قد شرطنا فی التحریم ان تکون الصورة معجبة (لعدم شمول الادلة لذلک).

لکن اذ اسلمنا عموم الادلة لم یکن وجه للتقیید، بان تکون الصورة معجبة فالانصراف ممنوع، کما یمنع الانصراف الی صورة الحیوان المعجبة فکل صورة حیوان محظورة.

(هذا کله) تمام الکلام فی التصویر (مع قصد الحکایة و التمثیل ف) اما اذا لم یقصد التمثیل، و انما قصد صنع شیء یکون هو مثال الحیوان او نحوه، کما (لو دعت الحاجة الی عمل شیء یکون شبیها بشیء من خلق اللّه، و لو کان حیوانا من غیر قصد الحکایة فلا بأس قطعا) عند المصنف و آخرین، و کأنه لدعوی الانصراف، و ربما یقال: بالمنع، اذ لا وجه للتخصیص بالقصد بعد الاطلاق، و الانصراف، و هل یقال مثل ذلک فی صنع الصلیب و الصنم و المزمار و ما اشبه؟

(و منه) ای مما ذکرنا من اشتراط قصد الحکایة فی التحریم (یظهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۵۷

النظر فیما تقدم عن کاشف اللثام.

«ثم» ان المرجع فی الصورة الی العرف، فلا یقدح فی الحرمة نقص بعض الأعضاء.

و لیس فیما ورد من رجحان تغییر الصورة بقلع عینها، أو کسر رأسها دلالة علی جواز تصویر الناقص.

النظر فیما تقدم عن کاشف اللثام) الّذی اشکل فی الصلاة فی مطلق الثیاب بناء علی الاشکال فی مطلق الصور- حیث ان الثیاب لا یقصد من اعلامها و خیاطتها الحکایة، و قد عرفت اشتراط قصد الحکایة.

لکن ربما یقال: ان الادلة المانعة عن الصلاة فی الثوب ذی الصور لا وجه لتقییدها بقصد الحکایة، أ رأیت انه لو قال المولی: یکره الصلاة فی البیت الّذی فیه تمثال، لم یر العرف فرقا بین قصد صاحب التمثال و عدم قصده فی کراهة الصلاة هناک.

(«ثم» ان المرجع فی الصورة الی العرف) فما سمی صورة حرم سواء کانت ناقصة أم کاملة (فلاـ یقدح فی الحرمة نقص بعض الاعضاء).

(و) ان قلت: ان کانت الصورة الناقصة محرمة فلما ذا یکفی تنقیص بعض اجزاء الصورة.

قلت: (لیس فیما ورد من رجحان تغییر الصورة بقلع عینها، او کسر رأسها، دلالة علی جواز تصویر الناقص) لإمکان ان یکون الاحداث للصورة الناقصة محرما، اما الابقاء لها بعد التنقیص لیس محرما- بناء علی تحریم ابقاء الصورة- بل سیأتی ان الظاهر جواز ابقاء الصورة کاملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۸

و لو صور بعض اجزاء الحیوان ففی حرمته نظر، بل منع، و علیه فلو صور نصف الحیوان، من رأسه الی وسطه، فان قدر الباقی موجودا بأن فرضه انسانا جالسا لا یتبین ما دون وسطه حرم، و ان قصد النصف لا غیر لم یحرم، الا مع صدق الحیوان علی هذا النصف.

و لو بدا له فی اتمامه حرم الاتمام، لصدق التصویر باکمال الصورة، لانه ایجاد لها.

فانه لا ملازمة بین الاحداث و الابقاء.

(و لو صور بعض اجزاء الحیوان ففی حرمته نظر، بل منع) لان المنصرف من الصورة تمام الصورة لا بعضها (و علیه) ای بناء علی جواز تصویر الناقص (فلو صور نصف الحیوان، من رأسه الی وسطه، فان قدر) المصور (الباقی موجودا، بان فرضه انسانا جالسا لا یتبین ما دون وسطه، حرم) لصدق الصورة الکاملة علیه (و ان قصد النصف لا غیر) بان کانت الصورة ناقصة (لم یحرم، الا مع صدق الحیوان) الکامل (علی هذا النصف).

فالمصور و ان قصد بعض الحیوان، و لکن العرف کان یراه حیوانا کاملا.

(و) لو صور بعض الحیوان ف (لو بدا له فی اتمامه) بان اخذ فی اتمامه (حرم الاتمام) لان المحرم انما یتحقق حینئذ، دون حالة اوّل التصویر (لصدق التصویر) الکامل (باکمال الصورة) حینئذ (لانه ایجاد لها) الآن و الایجاد انما یتحقق حال الاتمام، لا حال الشروع الّذی لم یرد الا بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۵۹

و لو اشتغل بتصویر حیوان فعل حراما، حتی لو بدا له فی اتمامه.

و هل یکون ما فعل حراما، من حیث التصویر، او لا یحرم الا من حیث التجری؟ وجهان:

من انه لم یقع الا بعض مقدمات الحرام بقصد تحققه.

الصورة.

(و لو اشتغل بتصویر حیوان) بان اراد من الابتداء ان یصور حیوانا کاملاـ (فعل حراما، حتی لو بدا له فی اتمامه) بان بنی علی عدم اتمامه فلم یتممه.

لکن ربما یقال: بالحرمة من الاول فی الصورة الاولی، و بعدم الحرمة و انما بالتجری فقط- فی الصورة الثانیة، لان مدار الحرمة: الحیوان الکامل، لاـ القصد، فان المصور فی الاول شرع فی الحرام و ان لم یقصد الحرام، و فی الثانیة لم یأت بالحرام و ان زعم انه یأتی به.

(و) کیف کان ففی صورة ما لو قصد الاتمام من اوّل الامر، ثم لم یتم ف (هل یکون ما فعل) من بعض التصویر (حراما، من حیث التصویر او لاـ یحرم الاـ من حیث التجری؟ وجهان):- و ذلک بناء علی حرمة التجری لاـ علی ما اختاره المصنف- رحمه اللّه- فی

الرسائل من عدم حرمة التجری.

اما وجه عدم الحرمة الا من حیث التجری.

ف (من) جهة (انه لم یقع الا بعض مقدمات الحرام بقصد تحققه) فالفعل لیس بمحرم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۶۰

و من ان معنی حرمة الفعل- عرفا- لیس الا حرمة الاشتغال به عمدا، فلا یراعی الحرمة باتمام العمل.

و الفرق بین فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب علی اتمامه، و بین الحرام، هو قضاء العرف فتأمل.

«بقی الکلام» فی جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه:

فالمحکی عن شرح الارشاد- للمحقق الاردبیلی-: «ان المستفاد من

(و) اما وجه حرمة الفعل لا من حیث التجری ف (من) جهة (ان معنی حرمة الفعل) ای التصویر (- عرفا- لیس الا حرمة الاشتغال به عمدا، فلا یراعی الحرمة باتمام العمل) فالشروع حرام، و ان لم یتم.

(و) ان قلت: علی هذا لو شرع فی الصلاة لزم ان یکون آتیا بالواجب و ان لم یتمها، مع ان احد الا یقول بذلک؟

قلت: (الفرق بین فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب علی اتمامه و بین) فعل (الحرام) الّذی قلنا انه و ان لم یتمه فعل حراما، (هو قضاء العرف) و کفی به قاضیا فی مقام الاطاعة و العصیان (فتأمل) فان الثابت من العرف لیس الا الاشتغال بالحرام واقعا، و بعض الصورة لیس حراما واقعا- و ان زعم المصور انه یأتی بالحرام-.

(«بقی الکلام» فی جواز اقتناء) و حفظ (ما حرم عمله من الصور و عدمه) ای عدم الجواز:

(فالمحکی عن شرح الارشاد- للمحقق الاردبیلی-: «ان المستفاد من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۶۱

الاخبار الصحیحة، و اقوال الاصحاب: عدم حرمة ابقاء الصور» انتهی و قرره الحاکی علی هذه الاستفادة.

و ممن اعترف بعدم الدلیل علی الحرمة: المحقق الثانی فی جامع المقاصد- مفرعا علی ذلک جواز بیع الصور المعمولة، و عدم لحوقها بآلات اللهو و القمار و أوانی النقدین-، و صرح فی حاشیة الارشاد بجواز النظر إلیها.

لکن ظاهر کلام بعض القدماء: حرمة بیع التماثیل و ابتیاعها:

ففی المقنعة- بعد ان ذکر فیما یحرم

الأخبار الصحیحة، و اقوال الاصحاب، عدم حرمة ابقاء الصور» انتهی) مضافا الی أصالة عدم حرمة الإبقاء، حیث لم یوجد دلیل علی حرمة الابقاء (و قرره الحاکی علی هذه الاستفادة).

(و ممن اعترف بعدم الدلیل علی الحرمة: المحقق الثانی فی جامع المقاصد- مفرعا علی ذلک) ای علی جواز الابقاء و عدم جواز الابقاء (جواز بیع الصور المعمولة) فان قلنا بجواز ابقاء الصور جاز بیعها، و ان قلنا بعدم جواز ابقاء الصور لم یجز بیعها (و عدم لحوقها) ای الصور (بآلات اللهو و القمار و أوانی النقدین-) بناء علی جواز بیع الصور، و عدم جواز بیع تلک الامور.

(و صرح فی حاشیة الارشاد بجواز النظر إلیها) و لعل المراد بجواز النظر جواز الابقاء، و الا- فالنظر جائز حتی الی ما یجب افنائه کالصلیب و الصنم.

(لکن ظاهر کلام بعض القدماء: حرمة بیع التماثیل و ابتیاعها).

(ففی المقنعة) للمفید- رحمه اللّه- (- بعد ان ذکر فیما یحرم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۲

الاكتساب به، الخمر و صناعتها و بيعها- قال: «و عمل الاصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة، و الشطرنج، و النرد، و ما اشبه ذلك حرام، و بيعه و ابتياعه حرام» انتهى.

و فى النهاية: «و عمل الاصنام، و الصلبان، و التماثيل المجسمة، و الصور و الشطرنج، و النرد و سائر انواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز و التجارة فيها، و التصرف فيها و التكسب بها، محظور» انتهى، و نحوها ظاهر السرائر.

«و يمكن» ان يستدل للحرمة- مضافا الى ان الظاهر من تحريم عمل الشيء مبغوضية وجود المعمول ابتداءً و استدامة- بما تقدم فى صحيحة ابن مسلم من قوله- عليه السلام-

---

الاكتساب به الخمر و صناعتها و بيعها- قال: «و عمل الاصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة، و الشطرنج، و النرد، و ما اشبه ذلك حرام، و بيعه و ابتياعه حرام» انتهى) كلام المفيد.

(و فى النهاية: «و عمل الاصنام، و الصلبان، و التماثيل المجسمة، و الصور، و الشطرنج، و النرد و سائر انواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز و التجارة فيها، و التصرف فيها) بالحفظ و الاقتناء و الهبة (و التكسب بها محظور») ممنوع شرعا (انتهى، و نحوها ظاهر السرائر) لابن ادريس.

(و يمكن ان يستدل للحرمة) اى حرمة اقتناء الصور (- مضافا الى ان الظاهر من تحريم عمل الشيء مبغوضية وجود المعمول ابتداءً) بالصنع (و استدامة) بالاقتناء- (بما تقدم فى صحيحة ابن مسلم من قوله- عليه السلام-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۳

«لا بأس ما لم يكن حيوانا» بناء على ان الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل، سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلق بها، العام البلوى، و هو الاقتناء، و اما نفس الايجاد فهو عمل مختص بالنقاش، الا ترى انه لو سئل عن الخمر فاجاب بالحرمة، او عن العصير، فاجاب بالإباحة، انصرف الذهن الى شربهما دون صنعتهما.

بل ما نحن فيه اولى بالانصراف لان صنعة العصير و الخمر تقع من كل احد بخلاف صنعة التماثيل.

«لا بأس ما لم يكن حيوانا») هذا نقل للحديث بالمعنى، و الا فلفظ الحديث «شيء من الحيوان» (بناء على ان الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف) عند الناس (المتعلق بها) اى بالتماثيل (العام البلوى) اى الابتلاء (و هو الاقتناء) و الحفظ، فالسائل سأل عن الحفظ، و الامام اجاب بعدم الجواز فى الحيوان (و اما نفس الايجاد فهو عمل مختص بالنقاش) و لا يقع عنه السؤال بمثل هذه الالفاظ بل المناسب ان يقال فى السؤال عنه: ما تقول فيمن يرسم او ينقش او يصور او ما اشبه (الا ترى انه لو سئل عن الخمر، فاجاب) المسئول (بالحرمة، او) سئل (عن العصير، فاجاب بالإباحة، انصرف الذهن الى شربهما دون صنعتهما).

(بل ما نحن فيه) من السؤال عن التصاوير (اولى بالانصراف) الى الاقتناء، من سؤال الشخص عن الخمر و العصير (لان صنعة العصير و الخمر تقع من كل احد) فيمكن ان يكون السؤال عن التخمير و العصر (بخلاف صنعة التماثيل) فانها لا تقع الا من اشخاص مخصوصين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۴

و بما تقدم من الحصر، فى قوله عليه السلام فى رواية تحف العقول انما حرم اللّه الصناعة التى يجئ منها الفساد محضا، و لا يكون منه و فيه شيء من وجوه الصلاح، الشيء.

فان ظاهره: ان كل ما

(و بما تقدم) عطف على «بما تقدم فى صحيحة الخ».

و هذا دليل ثان على حرمة اقتناء الصور (من الحصر، فى قوله عليه السلام فى رواية تحف العقول) المتقدمة فى اوّل الكتاب (انما حرم اللّه الصناعة التى يجئ منها الفساد محضا) و فيها، اعم من ان يكون ظرفا للفساد، مثل آلات اللهو و الغناء، حيث انها مثل الظرف للفساد، او ان يكون مبعثا للفساد، مثل الصنم الّذى لا يعد عرفا ظرفا للفساد، و انما هو مبعث للفساد.

و انما قلنا: بان «فيها» اعم بقرينة قوله: (و لا يكون منه و فيه شىء من وجوه الصلاح) و تذكير الضمير فى «منه و فيه» باعتبار (الشىء) و تأنيثه فى «فيها» باعتبار الصناعة الى قوله عليه السلام يحرم جميع التقلب فيه فان ضميمة الجملتين «انما حرم» و «يحرم» تعطى: ان كل شىء ليس فيه صلاح يحرم جميع انواع التقلب فيه فاذا ضممنا هذه الكبرى الكلية المستفادة من النص الى صغرى خارجية: و هى ان الصور يجئ منها الفساد محضا، انتجت المقدمتان، ان الصور يحرم جميع انواع التقلب فيها، و من اقسام التقلب الاقتناء.

(فان ظاهره) اى ظاهر قوله عليه السلام: انما حرم اللّه (ان كل ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۵

يحرم صنعته- و منها التصاوير- يجئ منها الفساد محضا فيحرم جميع التقلب فيه، بمقتضى ما ذكر فى الرواية بعد هذه الفقرة.

و بالنبوى: لا تدع صورة الا محوتها و لا كلبا الا قتلته، بناء على إرادة

يحرم صنعته- و منها التصاوير- يجئ منها الفساد محضا) و «يجئ» خبر «ان كلما».

و بضميمة هذا الظاهر الى قوله عليه السلام يحرم جميع التقلب يتم المطلوب فى باب التصاوير (فيحرم جميع التقلب فيه) اى فيما يحرم صنعته التى منها التصاوير.

و انما قلنا: يحرم (بمقتضى ما ذكر فى الرواية) «ما ذكر» هو قوله عليه السلام «فيحرم ...» (بعد هذه الفقرة) اى فقرة «انما حرم اللّه ...».

و الحاصل ان الرواية تقول هنا «ما يأتى منه الفساد» و «ما يأتى منه الصلاح».

و الاول يحرم جميع انواع التقلب فيه، فالرواية حصر حقيقى، و لا قسم ثالث، بحيث يأتى منه الفساد و لا يحرم جميع انواع التقلب فيه.

(و بالنبوى) عطف على «بما تقدم» و هو دليل ثالث على حرمة اقتناء الصور (لا تدع صورة الا محوتها، و لا كلبا الا قتلته) فان: لا تدع، ظاهر فى حرمة الابقاء، فيحرم اقتناء الصور.

لا- يقال: لا تدع، محمول على الكراهة بقرينة و لا كلبا فان قتل الكلب ليس واجبا، فلا دلالة فى النبوى على حرمة الاقتناء، بل على كراهة اقتناء الصور.

لانه يقال: لا تدع ظاهر فى الحرمة (بناء على إرادة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۶

الكلب الهراش المؤذى الّذى يحرم اقتنائه.

و ما عن قرب الاسناد بسنده عن على بن جعفر عليه السلام، عن اخيه عليه السلام، قال: سألته عن التماثيل، هل يصلح ان يلعب بها؟ قال: لا.

و بما ورد فى انكار ان المعمول لسليمان على نبينا و آله و عليه السلام هى تماثيل الرجال و النساء

الكلب الهراش) الّذى لا عمل له، كحفظ البستان و الغنم و نحوهما (المؤذى الّذى يحرم اقتنائه).

فكما ان حفظ مثل هذا الكلب حرام، كذلك حفظ الصورة حرام.

و انما یحرم ابقاء کلب الهراش المؤذی، لوجوب قطع مادة الفساد، و کلب الهراش منها.

(و) ب (ما عن قرب الاسناد) عطف علی «بما تقدم» و هو دلیل رابع لحرمة اقتناء الصور (بسنده عن علی بن جعفر علیه السلام، عن اخیه علیه السلام، قال: سألته عن التماثیل، هل یصلح ان یلعب بها؟ قال) علیه السلام (لا).

وجه الاستدلال: انه لو جاز الاقتناء جاز اللعب، اذ اللعب بما هو لعب لیس بحرام، فاذا لم یجز اللعب دل علی انه لا یجوز الاقتناء.

(و بما ورد فی انکار ان المعمول لسلیمان علی نبینا و آله و علیه السلام هی تماثیل الرجال و النساء) عطف علی «بما تقدم» و هو دلیل خامس لحرمة اقتناء الصور، فقد ورد فی الآیة الکریمة: یَعْمَلُونَ لَهُ مٰا یَشٰاءُ مِنْ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۶۷

فان الانکار انما یرجع الی مشیّة سلیمان للمعمول، کما هو ظاهر الآیة، دون اصل العمل

مَحٰارِیبَ وَ تَمٰاثِیلَ.

و حیث توهم ان المراد تماثیل الانسان و انه کیف یجوز ذلک؟ و الحال ان صنع التمثال حرام، نفاه الامام علیه السلام و بین ان المراد بالآیة: تماثیل الشجر و نحوه، لا تماثیل الرجال و النساء.

و وجه الاستدلال بانکار الامام علیه السلام ما ذکره المصنف بقوله:

(فان الانکار انما یرجع الی مشیّة سلیمان للمعمول، کما هو ظاهر الآیة).

بیان ذلک، ان الانسان قد یقول: انی اکره عمل الصورة، و قد یقول:

انی اکره الصورة.

فاذا قال، الاول لم یدل علی کراهته لبقاء الصورة.

و اما اذا قال الثانی دل علی کراهته لبقاء الصورة.

اذا عرفت هذا نقول: هذا الاستدلال الخامس یقول: ان انکار الامام علیه السلام راجع الی مشیّة سلیمان للصورة.

فمعنی کلام الامام ان سلیمان ما کان یحب الصور فیدل علی حرمة الاقتناء، و الا فلما ذا کان یکره سلیمان الصور؟ (دون اصل العمل) عطف علی «للمعمول».

و علیه: فلیس انکار الامام راجعا الی مشیّة سلیمان لعمل الصور، حتی لا یرتبط کلام الامام علیه السلام بالاقتناء.

و انما قال المصنف: کما هو ظاهر الآیة لان قوله: یعملون تعلق ب «ما».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۶۸

فدل علی کون مشیّة وجود التمثال من المنکرات التی لا یلیق بمنصب النبوة.

و بمفهوم صحیحة زرارة عن ابی جعفر علیه السلام: لا بأس بان یکون التماثیل فی البیوت اذا غیرت رءوسها، و ترک ما سوی ذلک.

و روایة المثنی عن ابی عبد اللّه علیه السلام: ان علیا علیه

فالمعنی: یعملون مشیئة سلیمان: المشیئة التی هی تماثیل، و الامام انکر هذا، ای لا یکون مشیئة سلیمان الصور.

و اذ انکر الامام علیه السلام (فدل علی کون مشیة وجود التمثال من المنکرات التی لا یلیق بمنصب النبوة).

و حیث ان الأنبیاء اسوة، و ان الشریعة السابقة- اذا لم یعلم نسخها- جاریة الی یومنا هذا، کان اللازم بقاء هذا الحکم، و هو کون اقتناء الصور منکرا و محرما.

(و بمفهوم صحیحة زرارة عن ابی جعفر علیه السلام: لا بأس بان یکون التماثیل فی البیوت اذا غیرت رءوسها، و ترک ما سوی ذلک)

من اجسادها.

و هذا عطف على «بما تقدم» و هو دليل سادس لحرمة اقتناء الصور، فان مفهوم الرواية البأس فى بقاء التماثيل، اذا لم تغير، فيدل على حرمة الاقتناء لان معنى الباس الحرمة.

(و) ب (رواية المثنى عن ابى عبد اللّه عليه السلام: ان عليا عليه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۶۹

السلام يكره الصور فى البيوت بضميمة ما ورد فى رواية اخرى مروية فى باب الربا ان عليا عليه السلام لم يكن يكره الحلال.

و رواية الحلبى المحكية عن مكارم الاخلاق، عن ابى عبد اللّه عليه السلام، قال: اهدى إلىّ طنفسة من الشام فيها تماثيل طائر، فامرت به فغير رأسه فجعل كهيئة الشجر هذا.

و فى الجميع نظر.

اما الاول: فلان الممنوع هو ايجاد

السلام) كان (يكره الصور فى البيوت) فيدل على عدم جواز الاقتناء، و هذا عطف على «بما تقدم» و هو دليل سابع لحرمة الاقتناء، (بضميمة ما ورد فى رواية اخرى مروية فى باب الربا ان عليا عليه السلام لم يكن يكره الحلال).

فمعنى ان عليا عليه السلام كان يكره الصور، ان بقاء الصور ليس بحلال.

(و) ب (رواية الحلبى المحكية عن مكارم الاخلاق، عن ابى عبد اللّه عليه السلام، قال: اهدى إلىّ طنفسة) هى نوع من الفرش (من الشام فيها تماثيل طائر، فامرت به) الضمير فى «به» عائد الى «الشىء المهدى» اى الطنفسة (فغير رأسه) اى رأس الطائر (فجعل كهيئة الشجر).

وجه الاستدلال بهذه الرواية: انه لو لم يكن الاقتناء حراما، لم يكن وجه لتغيير رأس الطائر المنقوش على الطنفسة (هذا) تمام الاستدلال على حرمة اقتناء الصور.

(و) لكن (فى الجميع) جميع الاستدلالات التسعة (نظر).

(اما الاول) الّذى قال: مضافا الى ان الظاهر .. (فلان الممنوع هو ايجاد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۰

الصورة، و ليس وجودها مبغوضا حتى يجب رفعه.

نعم قد يفهم الملازمة من سياق الدليل او من خارج كما ان حرمة ايجاد النجاسة فى المسجد يستلزم مبغوضية وجودها فيه المستلزم

الصورة) اى صنعها، لانه الظاهر من النهى عن عمل الصور (و ليس وجودها مبغوضا حتى يجب رفعه).

و لا تلازم بين الامرين فقد ينهى الأب ولده عن صبغ الغرفة مثلا و يكون النهى بداعى ان لا يشغل وقته و يتأخر عن الدراسة، مع ان بقاء الصبغ ليس مبغوضا.

و لذا اذا خالفه و صبغ، لا يريد ازالة الصبغ، بل احيانا يكون بقاء الصبغ محبوبا عنده، فلعل داعى نهى الشارع عن عمل الصور، ان لا يتخذه الناس مهنة، و هو شىء لا ينفع الدين و لا الدنيا، اما اذا صنعه انسان و خالف لم يكن بقائها منهيا عنه.

(نعم قد يفهم الملازمة) بين مبغوضية الصنع، و بين مبغوضية البقاء (من سياق الدليل) بان كانت هناك قرينة داخلية.

مثلا: يقول: لا تصنع التمثال لان بقائه يشبه الكفار الذين يكون فى بيتهم الصنم (او من خارج) بان كانت هناك قرينة خارجية.

مثلا يقول: لا تأت بعدوّى الى دارى، حيث ان الواضح انه يكره ان يكون عدوه فى داره.

و قد مثل المصنف بالقرينة المفهمة للتلازم بقوله: (كما ان حرمة ايجاد النجاسة فى المسجد يستلزم) حيث فهم العرف (مبغوضية وجودها فيه) اى فى المسجد، فالايجاد حرام و الابقاء حرام (المستلزم) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۱

لوجوب رفعها.

و اما الروايات فالصحيحة الاولى غير ظاهرة فى السؤال عن الاقتناء لان عمل الصور مما هو مركوز فى الاذهان، حتى ان السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حرمة عملها، اذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله.

يستلزم كون البقاء حراما (لوجوب رفعها) لانا علمنا من الخارج ان الشارع يريد طهارة بيته، قال سبحانه: وَ طَهِّرْ بَيْتِيَ، الآية.

(و اما الروايات فالصحيحة الاولى) لابن مسلم (غير ظاهرة فى السؤال عن الاقتناء) بل ظاهرها كون السؤال عن العمل، فقول الامام عليه السلام فى جواب السؤال: لا بأس، اى لا بأس بالعمل، اذا لم يكن حيوانا.

و عليه فمفهومها البأس عن العمل اذا كان حيوانا، و ليس مفهومها البأس عن الاقتناء اذا كان حيوانا.

و انما كانت الصحيحة ظاهرة فى السؤال عن العمل (لان عمل الصور مما هو مركوز فى الاذهان) ففهم حكمه مطلوب لكل انسان (حتى ان السؤال عن حكم اقتنائها) اقتناء الصور، انما يكون (بعد معرفة حرمة عملها).

فالسؤال أولا عن العمل، ثم عن الاقتناء.

فالصحيحة ظاهرة فى ان السؤال عن العمل.

و انما كان السؤال عن العمل أو لا (اذ لا يحتمل) عرفا (حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله).

و لذا كان الاسلوب الطبيعى ان يسأل الانسان أولا: هل عمل الصورة حرام، أم لا؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۲

و اما الحصر فى رواية تحف العقول فهو بقرينة الفقرة السابقة منها الواردة فى تقسيم الصناعات الى ما يترتب عليه الحلال و الحرام و ما لا يترتب عليه الا الحرام، اضافى بالنسبة الى هذين القسمين

فاذا قيل له: يحل، فلا سؤال لانه يعلم بديهة جواز اقتنائها.

اما اذا قيل: يحرم جاء دور السؤال الثانى: هل اقتنائها حرام أم لا؟

(و اما الحصر فى رواية تحف العقول) حيث دلّت على ان جميع التقلب انما يحرم، اذا كان يأتى من الشيء الفساد محضا.

و حيث ان الصور يأتى منها الفساد محضا، فلا بد ان يحرم جميع التقلب فيها التى منها الاقتناء (فهو) اى الحصر لا نسلم كونه حقيقيا حتى يستلزم حرمة الاقتناء، على التقريب المتقدم، بل نقول: بان الرواية تقول: ان ما ذكرها من القسمين، اذا كان قسم الحرام، يحرم جميع انواع التقلب، و لا دلالة فى الرواية على انه ليس هناك قسم ثالث بحيث يحرم فى الجملة، و لا يحرم جميع انواع التقلب فيه.

اذ: (بقرينة الفقرة السابقة منها الواردة فى تقسيم الصناعات الى ما يترتب عليه الحلال و الحرام، و ما لا يترتب عليه الا الحرام، اضافى) «اضافى» خبر «الحصر» (بالنسبة الى هذين القسمين) فانه حيث ذكر فى الرواية قسمين فقط، فاذا حصرت الرواية بعد ذلك الحكم فى ما يحرم كل تقلب فيه، و فى ما لا يحرم ان تقلب فيه لم يدل الحصر على انه لا قسم ثالث يكون حكمه حرمة التقلب فى الجملة، و حلية التقلب فى الجملة.

فالحصر الاضافى لا يقول: ان كل محرم عمله يحرم كل تقلب فيه بل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۳

یعنی لم یحرم من القسمین الا ما ینحصر فائدته فی الحرام، و لا یترتب علیه الا الفساد.

نعم یمکن ان یقال: ان الحصر وارد فی مساق التعلیل، و اعطاء الضابطهٔ للفرق بین الصنائع لا لبیان حرمهٔ خصوص القسم المذکور.

یقول: و (یعنی) انه (لم یحرم من القسمین الا ما ینحصر فائدته فی الحرام، و لا یترتب علیه الا الفساد).

فلا مانع ان یکون هناک قسم ثالث یحرم عمله و لکن لا یحرم کل تقلب فیه، و من القسم الثالث: الصورهٔ، حیث یحرم عملها، و لا یحرم اقتنائها.

(نعم یمکن ان یقال: ان الحصر) فی الروایهٔ حقیقی بملاحظهٔ انه (وارد فی مساق التعلیل) ای العلهٔ لحرمهٔ عمل، و لحلیهٔ عمل (و اعطاء الضابطهٔ) عطف علی «مساق التعلیل».

و انما اعطی الضابطهٔ (للفرق بین الصنائع) فإرادهٔ الحصر لبیان العلهٔ (لا لبیان حرمهٔ خصوص القسم المذکور) من القسمین.

و لا یمکن ان یخرج من الضابطهٔ قسم، حتی یکون هناک قسم ثالث.

و انما یکون ما لبیان الضابطهٔ حصرا حقیقیا، لانه لو کان الحصر اضافیا لا تکون ضابطهٔ.

و الحاصل: ففهمنا من العلهٔ فی الروایهٔ، الضابطهٔ.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه‍ ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۲، ص: ۷۳

و یفهم من الضابطهٔ: کون الحصر حقیقیا.

و انما یفهم من العلهٔ، الضابطهٔ لان ظاهر العلهٔ: انها فی مقام بیان سبب الحرام و الحلال، و اذا کان قسم خارج لم یکن بیان کل اسباب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۷۴

و اما النبوی، فسیاقه ظاهر فی الکراههٔ کما یدل علیه عموم الامر بقتل الکلاب.

و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فی بعض من الروایات و لا قبرا إلا سویته.

و اما روایهٔ علی بن جعفر علیه السلام، فلا تدل الا علی کراههٔ اللعب بالصورهٔ، و لا نمنعها بل و لا الحرمهٔ، اذا کان اللعب علی وجه اللهو.

الحرام و الحلال.

(و اما النبوی، فسیاقه ظاهر فی الکراههٔ) فیدل علی کراههٔ ابقاء الصور، لا حرمهٔ ابقائها (کما یدل علیه) ای علی هذا السیاق (عموم الامر بقتل الکلاب) اذ لم یقل اقتل الکلاب المؤذیهٔ، حتی یدل علی الوجوب، بل قال: اقتل الکلاب، ای الهراش، فیشمل المؤذی و غیر المؤذی.

و من المعلوم: ان قتل کل کلب هراش لیس بواجب.

(و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم) عطف علی «عموم» (فی بعض من الروایات) لان الروایات الواردهٔ فی امر النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم لعلی علیه السلام حین وجهه الی الیمن متعددهٔ (و لا قبرا الا سویته) مع وضوح ان تسویهٔ القبور مستحبهٔ لا واجبهٔ.

فکما ان ترک التسویهٔ مکروه، کذلک ترک الصور مکروه.

(و اما روایهٔ علی بن جعفر علیه السلام، فلا تدل الا علی کراههٔ اللعب بالصورهٔ، و لا نمنعها) ای لا نمنع کراههٔ اللعب بالصورهٔ.

و من المعلوم: ان کراهة اللعب لا تلازم حرمة الاقتناء (بل و لا) نمنع (الحرمة) ای حرمة اللعب بالصورة (اذا کان اللعب علی وجه اللهو)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۷۵

و اما ما فی تفسیر الآیة، فظاهره رجوع الانکار الی مشیئة سلیمان علی نبینا و آله و علیه السلام لعملهم بمعنی اذنه فیه او الی تقریره لهم فی العمل.

و اما الصحیحة فالبأس فیها محمول علی الکراهة لاجل الصلاة، او مطلقا مع دلالته علی جواز الاقتناء

المحرم، ای غایة دلالة روایة علی بن جعفر انه یحرم اللعب بالصورة، و حرمة اللعب لا تلازم حرمة الاقتناء.

(و اما ما فی تفسیر الآیة) آیة: یَعْمَلُونَ لَهُ مٰا یَشٰاءُ مِنْ مَحٰارِیبَ وَ تَمٰاثِیلَ (ف) لا نسلم ان الروایة نفت مشیئة سلیمان علیه السلام وجود التمثال، اذ (ظاهره) ای ظاهر ما فی تفسیر الآیة (رجوع الانکار الی مشیئة سلیمان علی نبینا و آله و علیه السلام لعملهم) فلم یرد سلیمان علیه السلام عمل التمثال، لا انه لم یرد ذات التمثال (بمعنی) ان الامام علیه السلام انکر (اذنه) ای اذن سلیمان علیه السلام (فیه) فی العمل (او) رجوع الانکار (الی تقریره) ای تقریر سلیمان علیه السلام (لهم) للعملة (فی العمل).

فالروایة تقول: ان سلیمان علیه السلام لم یأذن، و لم یقرر عملهم، لا ان الروایة تقول: ان سلیمان علیه السلام لم یرد ذات التمثال.

(و اما الصحیحة) لزرارة (فالبأس فیها محمول علی الکراهة) لا الحرمة (لاجل الصلاة) کما هو المشهور فی باب الصلاة فی ثوب فیه صور (او مطلقا) و انه یکره لبس الثوب الّذی فیه الصور، فلا علاقة للصحیحة بالمقام (مع دلالته) ای دلالة البأس، اذا کان للکراهة (علی جواز الاقتناء) للصور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۷۶

و عدم وجوب المحو.

و اما ما ورد من ان علیا علیه السلام لم یکن یکره الحلال فمحمول علی المباح المتساوی طرفاه، لانه علیه السلام کان یکره المکروه قطعا.

و اما روایة الحلبی، فلا دلالة لها علی الوجوب اصلا و لو سلم الظهور فی الجمیع فهی معارضة بما هو اظهر

(و عدم وجوب المحو) اذ لو کان الاقتناء حراما لزم النهی لا ان یقول بالکراهة

(و اما ما ورد من ان علیا علیه السلام لم یکن یکره الحلال) بضمیمة انه علیه السلام کان یکره الصور فی البیوت، مما یدل علی ان الصور حرام (ف) هو (محمول علی المباح المتساوی طرفاه) ای انه لم یکن یکره المباح.

و یدل علی هذا الحمل ما ذکره بقوله: (لانه علیه السلام کان یکره المکروه قطعا) فلا دلیل علی انه علیه السلام کان اذا کره شیئا کان حراما، بل کان یکره الحرام، کما کان یکره المکروه، فاذا ورد انه کان یکره الصور کان المنصرف منه الکراهة لا الحرمة.

(و اما روایة الحلبی) حیث قال علیه السلام: فامرت به فغیر رأسه (فلا دلالة علی الوجوب اصلا) حتی یدل علی حرمة ترک التغییر، فیدل علی حرمة الاقتناء.

فان امر الامام علیه السلام اعم من الاستحباب و الوجوب، هذا وجه عدم دلالة روایات القائل بحرمة اقتناء الصور، علی مطلوبه (و لو سلم الظهور فی الجمیع) ای جمیع تلک الروایات (فهی معارضة بما هو اظهر) دلالة مما یوجب صرف ظاهر تلک الروایات الی الکراهة، لقاعدة الجمع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۷۷

و اكثر.

مثل صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام ربما قمت اصلّى، و بين يدى الوسادة فيها تماثيل طير، فجعلت عليها ثوبا.

و رواية على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير، او سبع، أ يصلّى فيه؟ قال (ع) لا بأس.

و عنه عن اخيه عن البيت فيه صورة سمكة او طير، يعبث به اهل البيت هل يصلى فيه قال: لا حتى يقطع رأسه، و يفسد.

و رواية ابى بصير، قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن

بين الظاهر و الاظهر (و اكثر) عددا.

(مثل صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام) قال: (ربما قمت اصلّى، و بين يدى) اى امامى (الوسادة) المخدة (فيها تماثيل طير، فجعلت عليها ثوبا) مما يدل على وجود التماثيل فى بيت الامام عليه السلام.

(و رواية على بن جعفر عن اخيه عليه السلام) موسى الكاظم (ع) سأله (عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير، او سبع، أ يصلّى فيه) هل يجوز ذلك؟ (قال «ع» لا بأس) مما يدل على عدم حرمة الاقتناء.

(و عنه) اى عن على بن جعفر «ع» (عن اخيه) الكاظم «ع» سأله (عن البيت فيه صورة سمكة او طير) او شبههما (يعبث به اهل البيت، هل يصلى فيه قال) «ع» (لا- حتى يقطع رأسه، و يفسد) فانه لو كان بقائه فى البيت حراما، لكان اللازم ان ينهى عنه الامام فعدم نهيه دليل على عدم حرمة الاقتناء، (و رواية ابى بصير، قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۸

الوسادة و البساط يكون فيه التماثيل، قال: لا بأس به يكون فى البيت، قلت: ما التماثيل؟ قال: كل شيء يوطأ فلا بأس و سياق السؤال مع عموم الجواب يأبى عن تقييد الحكم بما يجوز عمله، كما لا يخفى.

الوسادة و البساط) الفرش (يكون فيه التماثيل) هل يجوز ذلك؟ (قال) عليه السلام (لا- بأس به يكون فى البيت، قلت: ما) هى (التماثيل؟ قال كل شيء يوطأ) عليه بالاقدام (فلا بأس) فانه دليل على عدم حرمة الاقتناء.

و قوله عليه السلام «يوطأ» يراد به فى مقابل الاحترام للعبادة، كما يتخذها عباد الاصنام لذلك.

و لذا، فلا خصوصية للوطء، كما هو المفهوم عرفا من الرواية.

(و) ان قلت: ظاهر الرواية: ان السؤال و الجواب انما هما بالنسبة الى ما يجوز عمله من تماثيل الشجر و نحوها، فلا دلالة فى الرواية لمحل البحث من تماثيل ذوى الارواح.

قلت: (سياق السؤال) حيث ان غير ذوى الارواح كان واضحا عند الروات عدم حرمته (مع عموم الجواب) حيث لم يفصل الامام عليه السلام بين تماثيل ذى الروح، و تماثيل غير ذى الروح (يأبى عن تقييد الحكم) بالجواز (بما يجوز عمله) من التماثيل (كما لا يخفى) على الخبير بكلام امثال ابى بصير، و بكلام الائمة عليهم السلام.

فان الفقهاء من اصحابهم عليهم السلام لا يسألون عما حليته واضحة، كما انهم عليهم السلام لا يطلقون الكلام، اذا كان هناك تقييد فى الحكم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۷۹

و رواية اخرى لابى بصير، قال: قلت لابى عبد اللّه عليه السلام: انا نبسط عندنا الوسائد فيها التماثيل و نفرشها قال: لا بأس منها بما يبسط و يفرش، و يوطأ و انما يكره منها ما نصب على الحائط و على السرير.

و عن قرب الاسناد عن على بن جعفر عن اخيه عليه السلام سألته عن رجل كان فى بيته تماثيل، او فى ستر و لم يعلم بها، و هو يصلى

فی ذلک البیت، ثم علم ما علیه قال (ع): لیس علیه فیما لم یعلم شیء، فاذا علم،

(و روایهٔ اخری لابی بصیر، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: انا نبسط) ای نفرش (عندنا الوسائد) جمع و سادهٔ، لانهم کانوا یجلسون علی الوسادهٔ (فیها التماثیل و نفرشها) ای نجعلها فراشا (قال: لا بأس منها بما یبسط و یفرش، و یوطئ و انما یکره منها ما نصب علی الحائط و علی السریر) فیدل علی جواز الاقتناء، و انما یکره جعله فی مکان التعظیم مثل المنصوب علی الحیطان، و المنصوب علی المرتفع من السریر- کالحائط-.

اما الموضوع علی مکان المقعد من السریر فهو مثل المفروش علی الارض، کما لا یخفی.

(و عن قرب الاسناد عن علی بن جعفر) علیه السلام (عن اخیه علیه السلام) قال: (سألته) علیه السلام (عن رجل کان فی بیته تماثیل، او) کان التماثیل (فی ستر)- بالفارسی-: پرده- (و لم یعلم بها، و هو یصلی فی ذلک البیت، ثم علم، ما علیه) ای علم بالحال التی کان علی تلک الحالهٔ من وجود التماثیل فی بیته، او فی ستره (قال (ع): لیس علیه فیما لم یعلم شیء، فاذا علم،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۰

فلینزع الستر و لیکسر رءوس التماثیل.

فان ظاهره ان الامر بالکسر، لاجل کون البیت مما یصلی فیه.

و لذلک لم یأمره بتغییر ما علی الستر، و اکتفی بنزعه.

و منه یظهر ان ثبوت البأس فی صحیحهٔ زرارهٔ السابقهٔ- مع عدم تغییر الرءوس- انما هو لاجل الصلاهٔ.

فلینزع الستر و لیکسر رءوس التماثیل).

فان الروایهٔ تدل علی عدم البأس بوجود التماثیل فی البیت او الستر

فان قلت: فلما ذا قال الامام علیه السلام فلیکسر رءوس التماثیل؟

قلت: قاله علیه السلام لاجل الصلاهٔ.

(فان ظاهره ان الامر بالکسر، لاجل کون البیت مما یصلی فیه) و انما استظهرنا ذلک للانصراف.

(و لذلک) الّذی کان الکسر لاجل الصلاهٔ- لا لاجل حرمهٔ الاقتناء- (لم یأمر (ع) بتغییر ما علی الستر) من الصور (و اکتفی بنزعه) حیث لا ینافی الصلاهٔ، اذا لم تکن الصور ظاهرهٔ.

و الا فلو کان الامر بکسر التماثیل لاجل حرمهٔ اقتنائها، کان اللازم ان یأمر علیه السلام بمحو التماثیل من الستر أیضا- کما لا یخفی-.

(و منه) ای مما ذکرناه فی هذه الروایهٔ (یظهر ان ثبوت البأس فی) مفهوم (صحیحهٔ زرارهٔ السابقهٔ- مع عدم تغییر الرءوس- انما) البأس (هو لاجل الصلاهٔ) لا لاجل حرمهٔ الاقتناء- کما زعمه المستدل-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۱

و کیف کان فالمستفاد من جمیع ما ورد من الاخبار الکثیرهٔ فی کراههٔ الصلاهٔ فی البیت الّذی فیه تماثیل الا اذا غیرت او کانت بعین واحدهٔ او القی علیها ثوب جواز اتخاذها.

و عمومها یشمل المجسمهٔ و غیرها.

و یؤید الکراههٔ الجمع بین اقتناء الصور و التماثیل فی البیت و اقتناء الکلب و الاناء المجتمع فیه البول، فی الاخبار الکثیرهٔ.

(و کیف کان) الامر، سواء کانت للروایات السابقهٔ دلالهٔ، و انما تسقط بدلالهٔ هذه الروایات، او انه لا دلالهٔ للروایات السابقهٔ (فالمستفاد

من جمیع ما ورد من الاخبار الکثیرة فی کراهة الصلاة فی البیت الّذی فیه تماثیل الا اذا غیرت) فلا تکره الصلاة (او کانت بعین واحدة) بان کانت ناقصة، فلا تکره الصلاة (او القی علیها ثوب) حتی لا تکون ظاهرة.

و انما تکره الصلاة اذا کانت التماثیل ظاهرة.

فقوله: (جواز اتخاذها) خبر «المستفاد».

(و عمومها) ای عموم تلک الروایات (یشمل المجسمة و غیرها) بان کانت ذات جسم او صورة فقط، اذ لو کان الاقتناء حراما لزم التنبیه علی حرمتها لا الاکتفاء بذکر ما یدل علی الکراهة، خصوصا ما دل علی کفایة القاء ثوب علیها.

(و یؤید الکراهة) کراهة الاقتناء دون حرمته (الجمع بین اقتناء الصور و التماثیل فی البیت، و) بین (اقتناء الکلب و الاناء المجتمع فیه البول، فی الاخبار الکثیرة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۲

مثل ما روی عنهم علیهم السلام مستفیضا عن جبرئیل علی نبینا و آله و علیه السلام انا لا ندخل بیتا فیه صورة انسان، و لا بیتا یبال فیه، و لا بیتا فیه کلب و فی بعض الاخبار اضافة الجنب إلیها و الله العالم باحکامه.

مع ان اقتناء الکلب و مجمع البول مکروه لا حرام، فارداف التماثیل لهما یدل علی کراهة اقتناء الصورة أیضا.

(مثل ما روی عنهم علیهم السلام مستفیضا) ای فی اخبار کثیرة (عن جبرئیل علی نبینا و آله و علیه السلام) انه قال: (انا) معاشر الملائکة (لا ندخل بیتا فیه صورة انسان، و لا بیتا یبال فیه، و لا بیتا فیه کلب) و الظاهر ان المراد بالبیت الغرفة لا کل الدار (و فی بعض الاخبار اضافة الجنب إلیها) ای الی الثلاثة مع ان وجود الجنب فی البیت لیس بحرام.

و انما قال المصنف (ره) «یؤید» لان السیاق شاهد، و لیس بدلیل.

اذ من الممکن جمع المحرم و المکروه فی کلام واحد (و الله العالم باحکامه) و ان کان حسب الظواهر الواردة عن اهل العصمة علیهم السلام: ان الاقتناء مکروه و لیس بحرام.

بل ربما قیل: ان عمل الصور مجسمة و غیر مجسمة- أیضا- لیس بحرام اذا لم یکن بقصد العبادة، و انما المحرم عملها بقصد العبادة بقرینة الانصراف الی ذلک، و لو بمعونة کون المتعارف فی ذلک الزمان عبادة المشرکین لها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۳

....

و نفی الامام علیه السلام قصة تماثیل سلیمان علیه السلام، لان اهل الکتاب نسبوا إلیه علیه السلام انه صنع الاصنام للعبادة.

و یؤیده ما تقدم من ذکره علیه السلام عدم البأس فیما یوطؤ من التماثیل لئلا یکون موضع الاحترام و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۴

الخامسة التطفیف حرام،

ذکره فی القواعد فی المکاسب و لعله استطراد، او المراد اتخاذه کسبا، بان ینصب نفسه کیالا او وزانا، فیطفف للبائع.

المسألة (الخامسة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما:

(التطفیف) ای النقص فی الکیل و الوزن و هو (حرام) بلا اشکال و لا خلاف و یدل علیه الادلة الاربعة:

اما الکتاب فقوله سبحانه: «وَیْلٌ لِلْمُطَفِّفِینَ» و قوله: «وَ لٰا تَنْقُصُوا الْمِکْیٰالَ وَ الْمِیزٰانَ» و قوله: «لٰا تَبْخَسُوا النّٰاسَ أَشْیٰاءَهُمْ»* بل و قوله: «لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ»*.

و اما السنة فروایات کثیرة متواترة، کقول الصادق- علیه السلام- فی جملة من الاوصاف المحرمة: «و رأیت الرجل معیشته من بخس المکیال و المیزان».

و اما الاجماع فهو مستفیض الدعوی و النقل فی کلامهم.

و اما العقل فلاستقلاله بقبح اکل مال الغیر بالباطل و حیث ان القبح فی سلسلة العلل، یشمله «کلما حکم به العقل حکم به الشرع».

(ذکره فی القواعد فی المکاسب) المحرمة (و لعله استطراد) اذ لیس التطفیف من انواع الکسب، (او المراد اتخاذه) ای التطفیف (کسبا، بان ینصب) الشخص (نفسه کیالا او وزانا، فیطفف للبائع) او لنفسه بان یبیع ناقصا و یأخذ الزائد لنفسه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۵

و کیف کان فلا اشکال فی حرمته، و یدل علیه الادلة الاربعة.

«ثم» ان البخس فی العدوّ و الذرع یلحق به حکما، و ان خرج عن موضوعه.

و لو وازن الربوی بجنسه فطف فی احدهما، فان جرت المعاوضة علی الوزن المعلوم الکلی فیدفع الموزون علی انه بذلک الوزن اشتغلت ذمته بما نقص

(و کیف کان) مراد العلامة (فلا اشکال فی حرمته، و یدل علیه الادلة الاربعة) کما عرفت الاشارة إلیها.

(ثم ان البخس) و التنقیص (فی العدّ) بأن یبیع عشرة بیوض ثم یعطی تسعة مثلا (و الذرع) کأن یبیع عشرین ذراعا و یسلم تسعة عشر (یلحق به حکما) ای بالتطفیف، فذلک حرام قطعا للعقل و النقل (و ان خرج عن موضوعه) لان الغالب من استعمال التطفیف انما هو فی المکیل و الموزون، و لذا فسر التطفیف فی المصباح بالتقلیل الشامل لکل اقسام التقلیل و علیه فالخروج موضوعا محل مناقشة.

(و لو وازن الربوی) ای الامور التی یجری فیها الربا (بجنسه) لان ربا المعاملة لا یکون الا بالجنس (فطفف فی احدهما، فان جرت المعاوضة علی الوزن) او الکیل (المعلوم الکلی) بان باع منّا من حنطة، بمنّ من حنطة، و کلاهما کان کلیا (فیدفع) بعد ذلک (الموزون) الناقص کثلاثة ارباع المنّ- مثلا- بناء (علی انه) ای هذا المدفوع (بذلک الوزن) الّذی جرت علیه المعاوضة (اشتغلت ذمته بما نقص) و صح البیع، لان النقص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۸۶

و ان جرت علی الموزون المعین باعتقاد المشتری، انه بذلک الوزن فسدت المعاوضة فی الجمیع، للزوم الربا.

و لو جرت علیه، علی انه بذلک الوزن بجعل ذلک عنوانا للعوض، فحصل الاختلاف بین العنوان و المشار إلیه، لم یبعد الصحة.

و یمکن ابتناؤه

کان فی مقام الوفاء (و ان جرت) المعاوضة (علی الموزون المعین) الکامل (باعتقاد المشتری) و (انه بذلک الوزن) الناقص واقعا (فسدت المعاوضة فی الجمیع، للزوم الربا) لان المقابلة انما وقعت بین الجنسین و احدهما ناقص، و هذا هو موضوع الربا، الموجب للفساد وضعا، و الحرمة تکلیفا، الا انه حیث یجهل الربا فی المقام لا تکون حرمة تکلیفیة.

(و لو جرت) المعاوضة (علیه، علی انه بذلک الوزن) المساوی للجنس فی الطرف الآخر (بجعل ذلک) الوزن (عنوانا للعوض) بان یکون الملحوظ فی المعاوضة هو الجنس المقید بالوزن الکذائی، و ذلک بخلاف الصورة الثانیة حیث ان الملحوظ نفس الجنس فقط (فحصل) فی الصورة الثالثة (الاختلاف بین العنوان و المشار إلیه، لم یبعد الصحة) لان مصب العقد «المقید بما هو مقید» و هو مساو

للثمن، اما المشار إليه فليس هو مصب العقد، حتى يكون التفاوت بينه و بين الثمن موجبا للربا.

لكن يمكن ان يقال: ان المناط هو «المشار إليه» و هو مخالف للثمن وزنا و لذا اضرب المصنف- رحمه الله- عن القول بالصحة بقوله:

(و يمكن ابتناؤه) اى البطلان و الصحة فى مسألة تخلف الذات و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ٨٧

على ان: لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطا من العوض، أم لا، فعلى الاول يصح دون الثانى.

الوصف (على ان لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطا من العوض) كأنه جزء حكمى، فاذا باع نصف منّ حنطة بشرط كونه منّا بمقابل منّ من الحنطة، كان «المن الثمن» نصفه فى مقابل «ذات المثمن» و نصفه فى مقابل «شرط كونه منّا» (أم لا) بان لا يكون الشرط بمنزلة الجزء (فعلى الاول يصح) لعدم لزوم الربا، اذ وقعت المعاوضة بين «نصف من» و «نصف منّ» و بين «الشرط» و «نصف منّ آخر».

(دون الثانى) اذ: لو قلنا ان الشرط ليس بمنزلة الجزء كان «المن» واقعا فى مقابل «نصف منّ» فيلزم الربا، و هو موجب للبطلان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ٨٨

السادسة التنجيم حرام،

اشارة

و هو- كما فى جامع المقاصد-: الاخبار عن احكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية.

و توضيح المطلب يتوقف على الكلام فى مقامات:

«الأول»- الظاهر انه لا يحرم الاخبار عن الاوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب، كالخسوف

المسألة (السادسة) مما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما:

(التنجيم) و هو (حرام) فى الجملة بلا اشكال و لا خلاف

(و هو- كما فى جامع المقاصد-: الاخبار عن احكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية) مثلا يقول: «ان الهواء يبرد لانه مقتضى حركة الكوكب الفلانى» (و الاتصالات الكوكبية) اى اتصال بعض الكواكب ببعض و المراد بالاتصال: الاقتراب، او دخول كوكب فى برج كدخول الشمس فى برج الحمل، و الحاصل من «الحركة» و «الاتصال» انه قد يحكم حكما مستندا الى الكواكب بمجرده، و قد يحكم حكما مستندا الى الكواكب باعتبار معيته مع كوكب آخر.

(و توضيح المطلب) ليعرف المحلل من المحرم (يتوقف على الكلام فى مقامات):

(«الاول» الظاهر) من الاخبار و كلمات العلماء، مضافا الى الاصل (انه لا يحرم الاخبار عن الاوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب كالخسوف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ٨٩

الناشئ عن حيلولة الارض بين النيرين و الكسوف الناشئ عن حيلولة القمر او غيره بل يجوز الاخبار بذلك اما جزما اذا استند الى ما

یعتقده برهانا، او ظنا اذا استند الی الامارات.

و قد اعترف بذلک جملة ممن انکر التنجیم:-

«منهم» السید المرتضی، و الشیخ ابو الفتح الکراجکی- فیما حکی عنهما-

---

الناشئ عن حیلولة الارض بین النیرین): الشمس و القمر، و لذا لا یستفید القمر من نور الشمس فینخسف، (و الکسوف الناشئ عن حیلولة القمر) فی الکسوف المرئی (او غیره) من سائر الکواکب فی الکسوف غیر المرئی، الا بالارصاد، بین الشمس و الارض، فاذا حال القمر حجب قسما من نور الشمس فلا یصل الی الارض، فلا یری قسم من الشمس، او تمامها و ذلک هو الکسوف المرئی، فهذا القسم من التنجیم جائز و لیس بمحرم (بل یجوز الاخبار بذلک) الوضع الفلکی (اما جزما اذا استند) الاخبار (الی ما یعتقده) المخبر (برهانا) و دلیلا (او ظنا، اذا استند الی الامارات) و العلامات التی لا تورث العلم.

و قوله: «بل» ترقّ عن قوله: «لا یحرم الاخبار» اذ الاخبار شامل للاحتمالی، فالاخبار العلمی و الظنی ارقی منه درجة.

(و قد اعترف بذلک) الّذی ذکرنا من جواز الاخبار بمثل هذه الامور (جملة ممن انکر التنجیم) و قالوا ببطلانه.

(«منهم» السید المرتضی، و الشیخ ابو الفتح الکراجکی- فیما حکی عنهما-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۰

فی رد الاستدلال علی اصابتهم فی الاحکام باصابتهم فی الاوضاع ما حاصله-: ان الکسوفات و اقتران الکواکب و انفصالها من باب الحساب و سیر الکواکب، و له اصول صحیحة، و قواعد سدیدة و لیس کذلک ما یدعونه عن تأثیر الکواکب فی الخیر و الشر، و

فی رد الاستدلال علی اصابتهم فی الاحکام باصابتهم فی الاوضاع)

فان بعض الناس قالوا: ان المنجم کما یصیب فی اخباره بالاوضاع الفلکیة من قبل الکسوف و الخسوف، کذلک یصیب فی اخباره بالاحکام الفلکیة، مثل ان الجیش اذا تحرک یوم کذا یظفر، او الانسان اذا ولد فی ساعة کذا یطول عمره، و ما اشبه ذلک، لکن السید و الشیخ لم یقبلا هذا القیاس ورداه فقالا (ما حاصله-: ان الکسوفات) الکلیة و الجزئیة و الشمسیة و القمریة و الکوکبیة (و اقتران الکواکب) باقتراب بعضها من بعض (و انفصالها) بابتعاد بعض الکواکب عن بعض (من باب الحساب و سیر الکواکب) فان الانسان اذا حسب ان القمر یسیر فی کل یوم کذا سیرا و ان بینه و بین عقدة الذنب مثلا مسافة کذا یوم، و ان الشمس فی یوم کذا فی العقدة، علم بحیلولة القمر بین الشمس و بین الارض، فیحدث الکسوف، و هذا کما انک تخبر ان الانسان الفلانی یصل فی الساعة الفلانیة الی المکان الکذائی اذا عرفت مقدار سیر هذا الانسان کل ساعة، و عرفت المسافة بین هذا الشخص و بین ذلک المکان (و له) ای لهذا الحساب (اصول صحیحة، و قواعد سدیدة) مبتنیة علی الرؤیة و الحدس المورث للعلم، (و لیس کذلک) داخلا فی الأصول و القواعد (ما یدعونه عن تأثیر الکواکب، فی الخیر و الشر و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۱

النفع و الضرر، و لو لم یکن الفرق بین الامرین الا الاصابة الدائمة المتصلة فی الکسوفات و ما یجری مجراها فلا یکاد تبین فیها خطاء، و ان الخطاء الدائم المعهود انما هو فی الاحکام حتی ان الصواب فیها عزیز، و ما یتفق فیها من الاصابة قد یتفق من المخمن اکثر منه.

النفع و الضرر) کان یکون زحل نحسا فاذا ولد عند اقترانه بالکوکب الکذائی مولود- مثلا- کان صاحب شر و ظلم، و ان تکون الزهرة مبارکة، و هکذا (و لو لم یکن الفرق بین الامرین) بین الکسوف و الاتصال و الانفصال و بین الاحکام الکوکبیة (الا الاصابة الدائمة المتصلة) لبعض افرادها ببعض (فی الکسوفات و ما یجری مجراها) من تغیر الهواء فی ابراج خاصة، و ما اشبه ذلک (فلا یکاد

تبین فیها) ای فی الکسوفات و ما یجری مجراها (خطاء) تقریبا (و ان الخطاء الـدائم المعهود) الّـذی نعهده فی کلام المنجمین (انما هو فی الاحکام) الباقیـة ای ما یقولونه من الخیر و الشـر المربوط بالنجوم (حتی ان الصواب فیها) ای فی الاحکام الباقیـة (عزیز) نادر (و ما یتفق فیها) ای فی الاحکام الباقیـة (من الاصابـة) و صـحة القول (قد یتفق من المخمن) الّذی یقول تخمینا و ببعض الشواهد الاحتمالیة، کما یقول بعض النساء: ان اللیلة الفلانیة اذا جاء فیها الضـیف یورث النکبة او الفرح و اذا اصبن مرة کان اتفاقا، لا من باب الاستناد الی تلک اللیلـة (اکثر منه) ای من احکام المنجمین فی الخیر و الشـر «لکفی» فی کونه فارقا، و قولنا «لکفی» خبر لقوله: «لو لم یکن الفرق» و قد حذف الخبر فی الکلام، للعلم به. قال ابن مالک: «و حذف ما یعلم جائز کما» «تقول زید بعد من عندکما».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۲

فحمل احد الامرین علی الآخر بهت و قلة دین انتهی المحکی من کلام السید.

و قد اشار الی جواز ذلک فی جامع المقاصد مؤیدا ذلک بما ورد من کراهة السفر و التزویج فی برج العقرب

(فحمل احـد الامرین) من الحسابات الفلکیـة الاحکام الفلکیة (علی الآخر) بان نقول: کما انهم یصـیبون فی الحساب کذلک یصـیبون فی الاحکام (بهت و قلـة دین) لان الشارع منع من الاحکام، و لم یمنع من الحساب لان الّـذی یقول بذلک لا حیاء له حتی یخجل فلا یقیس الباطل بالحق (انتهی المحکی من کلام السید).

(و قـد اشـار الی جواز ذلـک) ای الاخبار عن الاوضاع الفلکیـة (فی جامع المقاصـد مؤیـدا ذلک) الجواز- بعـد الاصل- (بما ورد من کراهة السـفر و التزویج فی) وقت کون القمر فی (برج العقرب) فان هذا مؤید لجواز اخبارهم اذ لو لا کون اخبارهم بان القمر فی برج کذا صحیحا، لم یعرف هذا الموضوع، حتی نتمکن من تجنب التزویج و السفر فی ذلک البرج، فقد ورد عنهم علیهم السلام «من سافر او تزوج و القمر فی برج العقرب لم یر الحسـنی ابـدا» و وجه کونه تأییـدا لاـ دلیلا: احتمال ان کون القمر فی برج العقرب لا یبنی علی قول المنجم، و انما هو واضح للعیان لان الانسان یری القمر فی السماء محاذیا للبرج الّذی فیه صورة العقرب.

«ثم» ان کون المعیار فی الکراهة صورة العقرب، او برجها، محل اشکال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۳

لکن ما ذکره السـید من الاصابة الدائمة فی الاخبار عن الاوضاع محل نظر، لان خطأهم فی الحساب فی غایة الکثرة، و لذلک لا یجوز الاعتماد فی ذلک علی عدولهم فضلا عن فساقهم.

لان حسابهم مبتنیة علی امور نظریة مبتنیة علی نظریات اخر.

(لکن ما ذکره السـید) المرتضـی (من الاصابـة الدائمة) للمنجم (فی الاخبار عن الاوضاع) الفلکیة (محل نظر، لان خطأهم فی الحساب فی غایـة الکثرة) و یـدل علی خطـأهم اختلاـف التقاویم فی هـذه الامور، و لو کانت الاصابـة دائمـة لم یکن هناک اختلاف اصـلا (و کـذلک) ای مع الخطـاء الکثیر منهم (لاـ یجوز الاعتماد علی عـدولهم فضـلا عن فساقهم) اذ العـدل انما یعتمـد علیه اذا لم یظهر خطأه المستمر، فانه خارج عن ادلة الاخذ بقول العادل

و حیث لاـ یصـح الاعتماد علیهم لم یکن قولهم حجـة فیما کان الموضوع الفلکی الکـذائی مورد حکم من الاحکام الشـرعیة، فاللازم جریان الأصول العملیـة فیها أو الاحتیاط، اذا کان هناک مجال للاحتیاط، مثل ان یؤخذ ماء النیسان فی وقت یکون قطعا من النیسان، و الا فلو قال المنجم: دخل الوقت، استصـحب عـدم الـدخول، کاستصـحاب عدم الفجر للشاک فیه (لان حسابهم مبتنیة علی امور نظریة) کالافلاک التی اثبتوها لکل کوکب مثلا قالوا «المائل الحامل ثم الجوزهر» «و هکذا التدویر افلاک القمر» (مبتنیة) تلک الامور النظریة (علی نظریـات اخر) فـان وجود تلـک الافلاـک مبتنیـة علی نظریـة ان الحرکـات الکوکبیـة لاـ تکون إلا طبق مـدارات، لما ذکروه من

استحالة حرکة الکوکب حرکة غیر طبیعیة، و کلتا النظریتین محل نظر، اذ- أوّلا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۴

الا فیما هو کالبدیهی مثل اخبارهم یکون القمر فی هذا الیوم فی برج العقرب و انتقال الشمس عن برج الی برج فی هذا الیوم

من الممکن کون الافلاک اکثرا و اقلا و لا افلاک اطلاقا و ثانیا- من الممکن ان تکون حرکات الکواکب تحت نظام ارادی لا نظام طبیعی.

و یظهر ما ذکرنا بهذا المثال، کان یری انسان راکب فی قطار- یظنه واقفا، و هو یتحرک کل ساعة فرسخا- ان سیارة تقترب منه فی کل ساعة فرسخین، فیقول «هذه السیارة تسیر فی کل ساعة فرسخین، و بیننا و بینها أربعة فراسخ، فهی تصل إلینا بعد ساعتین، بینما ان قوله «تسیر فی کل ساعة فرسخین» خطاء لان السیر موزع بین القطار ثلاث ساعات، و بین السیارة ساعة و قوله «أربعة فراسخ» خطاء، لان المسافة اکثر.

و الحاصل ان المنجم یری النتائج، لکن هذه النتائج متوقفة علی تلک المقدمات التی رتبها او علی مقدمات اخری، فذلک غیر معلوم- أولا- و کون النتائج دائمیة غیر معلوم- ثانیا- کما نری الآن ان المنجمین ینسبون «الفصول الاربعة» بحرکة الارض، و القدماء کانوا ینسبونها الی حرکة الشمس.

(الا فیما هو کالبدیهی مثل اخبارهم بکون القمر فی هذا الیوم فی برج العقرب) لأنهم یرون القمر محاذیا لصورة الکواکب التی تسمی ب «العقرب» (و انتقال الشمس عن برج الی برج فی هذا الیوم) لان الفصول الاربعة هی التی تعین مواضع الشمس من البروج، و الفصول امر باد للحس: و قوله «کالبدیهی» و لم یقل «بدیهی» لان رؤیة المحاذاة لا تدل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۵

و ان کان یقع الاختلاف بینهم فیما یرجع الی تفاوت یسیر.

و یمکن الاعتماد فی مثل ذلک علی شهادة عدلین منهم اذا احتاج الحاکم لتعیین أجل دین او نحوه.

انه واقعا محاذ، فان الاجسام البعیدة لا تری کالواقع، و لذا نری الشمس الکبیرة صغیرة جدا، و الفصول انما تحدد المکان للشمس تقریبا لا تحقیقا (و ان کان یقع الاختلاف بینهم فیما یرجع الی تفاوت یسیر) فی ان الساعة الکذائیة وقت الخسوف، او ساعة قبلها او بعدها- کما هو المشاهد فی اختلاف التقاویم-.

(و یمکن الاعتماد فی مثل ذلک) الامر الّذی هو کالبدیهی (علی شهادة عدلین منهم اذا احتاج الحاکم لتعیین أجل دین) جعلاه عند البرج الکذائی (أو نحوه) کما لو جعل اوّل سنة زرعه أو اغنامه اوّل برج کذا و قلنا بصحة السنة الشمسیة للخمس فی مثل هذه الامور- کما لیس ببعید-

«ثم» ان قول المصنف- رحمه الله- «شهادة عدلین» مبنی علی الاحتیاج الی «العدد، و العدالة» فی اهل الخبرة، و لا یبعد عدم الاحتیاج فان قول اهل الخبرة حجة، و ان کان واحدا غیر عادل، و لذا یعتمد علی الطبیب المسیحی، و المکاری غیر المسلم، و من اشبه.

و یدل علی ذلک- بالإضافة الی عدم شمول الادلة المشترطة للعدد و العدالة، لاهل الخبرة- اعتماد النبی صلی الله علیه و آله فی «قصة غزوة بدر» حیث سأل احد الکفار عن مقدار جیش المشرکین، و غیره و تفصیل المسألة فی محلها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۶

«الثانی» یجوز الاخبار بحدوث الاحکام عند الاتصالات و الحرکات المذکورة،

بان یحکم بوجود کذا فی المستقبل عند الوضع المعین من القرب و البعد و المقابلة و الاقتران بین الکوکبین، اذا کان علی وجه الظن المستند الی تجربة محصلة أو منقولة فی وقوع تلک الحادثة بإرادة اللّه تعالی عند الوضع الخاص من دون اعتقاد ربط بینهما اصلا.

(«الثانی»)- من الامور التی توقف الکلام فی التنجیم علیها (یجوز الاخبار بحدوث الاحکام) الفلکیة کموت کبیر، أو فیضان الماء، أو ما اشبه (عند الاتصالات) الکوکبیة (و الحرکات المذکورة) سابقا ای حرکات الکواکب (بان یحکم بوجود کذا) من الاخبارات (فی المستقبل عند الوضع المعین من القرب) بین کوکبین (و البعد) بینهما (و المقابلة) بان یکون نصف الفلک فاصلا بینهما (و الاقتران بین الکوکبین) بان یکون احدهما محاذیا للآخر (اذا کان) الاخبار (علی وجه الظن) ای اخبارا ظنیا بان یقول «اظن ان کذا سیقع» (المستند) ذلک الظن (الی تجربة محصلة) لنفس هذا المنجم (أو منقولة) عن المنجمین السابقین (فی وقوع تلک الحادثة) «فی» متعلق ب «اخبار» (بإرادة الله تعالی عند الوضع الخاص) کالبعد و القرب و الاقتران (من دون اعتقاد ربط بینهما) ای بین ذلک الوضع الخاص و بین ذلک الحادث (اصلا) بل بمجرد المصادفة الغالبة و الدائمة کما ان من یقول: ان وصول عقرب الساعة الی علامة الاثنی عشر علی الصفحة یدل علی دق اثنی عشرة مرة، فانه لا یعتقد ان الدق معلول للوصول المذکور، بل یعتقد التقارن بینهما للفن الّذی اعمل فی الساعة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۷

بل الظاهر حینئذ جواز الاخبار علی وجه القطع اذا استند الی تجربة قطعیة، اذ لا حرج علی من حکم قطعا بالمطرفی هذه اللیلة نظرا الی ما جربه من نزول کلبه عن السطح الی داخل البیت- مثلا- کما حکی انه اتفق ذلک لمروج هذا العلم بل محییه نصیر الملّة و الدین، حیث نزل فی بعض اسفاره علی طحان له طاحونة خارج البلد فلما دخل منزله صعد السطح، لحرارة الهواء فقال له صاحب المنزل: انزل و نم فی البیت تحفظا من المطر فنظر المحقق الی الاوضاع الفلکیة فلم یر شیئا فیما هو مظنة للتأثیر فی المطر، فقال صاحب المنزل: ان لی کلبا

و هکذا کل امرین متلازمین لعلة ثالثة فالنجم یعتقد ان وصول الشمس لبرج الحوت مثلا علامة کثرة الامطار المعلولة لارادة الله تعالی. (بل الظاهر حینئذ) ای حین وجود العلامة و عدم الاعتقاد بالربط (جواز الاخبار علی وجه القطع) و الجزم، لا الظن (اذا استند الی تجربة قطعیة اذ لا حرج علی من حکم) حکما (قطعا، بالمطر فی هذه اللیلة نظرا الی ما جربه من نزول کلبه عن السطح الی داخل البیت، مثلا کما حکی انه اتفق ذلک لمروج هذا العلم) ای النجوم (بل محییه نصیر الملة و الدین) الطوسی- رحمه الله- (حیث نزل فی بعض اسفاره علی طحان له طاحونة خارج البلد فلما دخل منزله صعد السطح) للنوم (لحرارة الهواء فقال له صاحب المنزل) الطحان: (انزل و نم فی البیت تحفظا من المطر) لئلا یصیبک (فنظر المحقق الی الاوضاع الفلکیة فلم یر شیئا فیما هو مظنة للتأثیر فی المطر) ای علامة نزوله (فقال صاحب المنزل ان لی کلبا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۸

ینزل فی کل لیلة یحس المطر فیها الی البیت، فلم یقبل منه المحقق ذلک و بات فوق السطح فجائه المطر فی اللیل و تعجب المحقق.

«ثم» ان ما سیجیء فی عدم جواز تصدیق المنجم یراد به غیر هذا او ینصرف الی غیره، لما عرفت من معنی التنجیم.

«الثالث» الاخبار عن الحادثات و الحکم بها مستندا الی تأثیر الاتصالات

ینزل فی کل لیلة یحس المطر فیها الی) داخل (البیت فلم یقبل منه المحقق ذلک) الاخبار عن المستقبل (و بات فوق السطح فجائه

المطر فی اللیل و تعجب المحقق) من حس الکلب فان کاشفیة شیء عن امر مستقبل کثیر و قد جعل الله تعالی ذلک الکاشف لذلک المکشوف، ککشف انفلاق الصبح عن طلوع الشمس، منتهی الامر ان بعض اقسام الانکشاف یعرفه غالب الناس و بعض اقسام الانکشاف لا یعرفه الا المنجم.

(ثم ان ما) ذکرناه من جواز هذا القسم من التنجیم انما هو للاصل و ما (سیجیء فی عدم جواز تصدیق المنجم یراد به غیر هذا) القسم (او ینصرف الی غیره لما عرفت من معنی التنجیم) الّذی ذکره المحقق الثانی فی اوّل المبحث، حیث یراد بالتنجیم فی الاخبار الناهیة الاخبار بتأثیر الوضع الفلکی فی الحادث الکذائی اما بالاستقلال عن الله تعالی او بالضمیمة إلیه، کما ان الکفار یعتقدون ذلک الی هذا الیوم.

(«الثالث») من الامور التی یتوقف الکلام فی التنجیم علیها (الاخبار عن الحادثات و الحکم بها مستندا الی تأثیر الاتصالات) بین الکواکب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۹۹

المذکورة فیها بالاستقلال او بالمدخلیة، و هو المصطلح علیه بالتنجیم فظاهر الفتاوی و النصوص حرمته مؤکدة:

فقد ارسل المحقق فی المعتبر عن النبی- صلی الله علیه و آله-:

من صدق منجما او کاهنا فقد کفر بما انزل علی محمد- صلی الله علیه و آله-

و هو یدل علی حرمة حکم المنجم بابلغ وجه.

(المذکورة) بعدا او قربا او تقارنا او ما اشبه (فیها) ای فی الحادثات (بالاستقلال او بالمدخلیة) بان یری استقلال الکواکب فی التأثیر او مدخلیتها فی التأثیر بان تکون الکواکب جزء علة (و) هذا المعنی (هو المصطلح علیه) فی کلام الفقهاء (بالتنجیم فظاهر الفتاوی و النصوص حرمته) حرمة (مؤکدة).

(فقد ارسل المحقق فی المعتبر) ای نقل خبرا مرسلا بدون ذکر السند (عن النبی- صلی الله علیه و آله- انه من صدق منجما او کاهنا فقد کفر بما انزل علی محمد- صلی الله علیه و آله-) فالمنجم هو الّذی یخبر عن المستقبل عن الاوضاع الفلکیة و الکاهن هو الّذی یخبر عن المستقبل عن قواعد ثابتة عنده.

و المراد الکفر عملا ان لم یدخل التصدیق فی عنوان ینطبق علیه تکذیب شیء من اصول الدین و الا کان المراد بالکفر الکفر عقیدة مما یوجب الخروج عن زمرة المسلمین.

(و هو) ای هذا الخبر (یدل علی حرمة حکم المنجم بابلغ وجه) کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۰

و فی روایة نصر بن قابوس عن الصادق علیه السلام «ان المنجم ملعون و الکاهن ملعون و الساحر ملعون».

و فی نهج البلاغة أنه علیه السلام لما اراد المسیر الی بعض اسفاره فقال له بعض اصحابه: ان سرت فی هذا الوقت خشیت ان لا تظفر بمرادک- من طریق علم النجوم- فقال علیه السلام له: «أ تزعم انک تهدی الی الساعة التی من سار فیها انصرف عنه السوء، و تخوف الساعة التی من سار فیها حاق به الضر، فمن صدقک بهذا القول فقد کذب القرآن

(و فی روایة نصر بن قابوس عن الصادق- علیه السلام- ان المنجم ملعون و الکاهن ملعون و الساحر ملعون) و اللعن ظاهر فی التحریم و ان استعمل فی الروایات فی الکراهة أیضا.

(و فی نهج البلاغة انه) ای الامام امیر المؤمنین (علیه السلام لما اراد المسیر الی بعض اسفاره فقال له بعض اصحابه: ان سرت فی هذا

الوقت خشیت ان لاـ تظفر بمرادک- من طریق علم النجوم-) ای ان ما اقول هو من الاکتشاف عن علوم النجوم (فقال) الامام (علیه السلام له: أ تزعم انک تهدی الی الساعۀ التی من سار فیها انصرف عنه السوء و تخوف الساعۀ التی من سار فیها حاق) و احاط (به الضر فمن صدقک بهذا القول فقد کذب القرآن) الدال علی ان الامور کلها بید الله فان المنجمین کانوا یرون الارتباط بین الوضع الفلکی و بین الحوادث قطعیا، و من المعلوم ان إرادهٔ الله فوق کل شیء فمن لم یر لارادته سبحانه قیمۀ فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۱

و استغنی عن الاستعانۀ بالله تعالی فی نیل المحبوب و دفع المکروب الی ان قال-: ایها الناس ایاکم و تعلم النجوم الا ما یهتدی به فی بر أو بحر فانها تدعو الی الکهانۀ فالکاهن کالساحر و الساحر کالکافر و الکافر فی النار» الی آخره.

مقابل الاوضاع الفلکیۀ کان مکذبا بالقرآن (و استغنی عن الاستعانۀ بالله) اذ لو کان بین الوضع الفلکی و بین الحوادث ملازمۀ تامۀ فاین تکون الاستعانۀ بالله فی جلب محبوب و دفع مکروه (فی نیل المحبوب و دفع المکروب) و من المعلوم ان الاستغناء عن الاستعانۀ بالله خلاف الدین و الاسلام (- الی ان قال-) الامام علیه السلام: (ایها الناس ایاکم و تعلم النجوم الا ما یهتدی به فی بر او بحر) فی الطرق الی البلاد، و وقت الریاح، و الحر و البرد، و ما اشبه. فان ذلک کله هدایۀ للناس کما قال سبحانه «وَ بِالنَّجْمِ هُمْ یَهْتَدُونَ» فان اهل السفن مثلا یعرفون بالنجوم الریاح التی توجب الامواج فیرسون فی البحر، و هکذا السائرون فی البر، الی غیر ذلک، و الامام علیه السلام فی مقام التحذیر عن الاخبارات الخاصۀ، کالظفر و الموت و الحیاهٔ و الولد و ما اشبه، التی یربطها المنجم بالحوادث الفلکیۀ (فانها) ای النجوم (تدعو الی الکهانۀ) فان من یخبر عن الاوضاع الفلکیۀ یترقی و یتدرج الی ان یخبر عن الدلائل و الخصوصیات التی یراها فی سائر الاشیاء فان الکهانۀ ادق من التنجیم فیصل التنجیم إلیها (فالکاهن کالساحر و الساحر کالکافر) فان هؤلاء الاربعۀ مشترکون فی الانحراف عن طریق الله سبحانه (و الکافر فی النار الخ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۲

و قریب منه ما وقع بینه و بین منجم آخر نهاه عن المسیر أیضا، فقال علیه السلام له: «أ تدری ما فی بطن هذه الدابۀ اذکر أم انثی؟ قال: ان حسبت علمت. قال علیه السلام: فمن صدقک بهذا القول فقد کذب بالقرآن، قال الله: إِنَّ اللّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السّاعَةِ وَ یُنَزِّلُ الْغَیْثَ وَ یَعْلَمُ ما فِی الْأَرْحامِ» الآیۀ.

و ان کان الکافر اشد من الساحر، و الساحر اشد من الکافر و الکاهن اشد من المنجم.

(و قریب منه) ای من هذا الحدیث المتقدم عن نهج البلاغۀ (ما وقع بینه علیه السلام و بین منجم آخر نهاه عن المسیر أیضا، فقال علیه السلام له: أ تدری ما فی بطن هذه الدابۀ اذکر أم انثی؟ قال) المنجم (ان حسبت علمت: قال علیه السلام فمن صدقک بهذا القول فقد کذب بالقرآن) حیث (قال الله) سبحانه (إِنَّ اللّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السّاعَةِ) ای وقت یوم القیامۀ (و ینزل الغیث) ای المطر (و یعلم ما فی الارحام) الی آخر (الآیۀ).

«ثم» لا یخفی: ان ظاهر الآیۀ الحصر، یعنی ان العلم بقیام الساعۀ و العلم بما فی الارحام خاص بالله، و انزال الغیث لا یقدر علیه الا الله سبحانه فمن ادعی علم ذلک او القدرهٔ علی الامطار فقد کذب بالقرآن الّذی یخص هذه الامور به سبحانه.

لا یقال: فقد کان الائمۀ علیهم السلام یعلمون ذلک و یقدرون علی الامطار باذن الله تعالی.

لانه یقال: المراد العلم بدون تعلیم الله، و القدرهٔ المستقلۀ لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۳

ما کان محمد- صلی الله علیه و آله- یدّعی ما ادّعیت أ تزعم انک تهدی

العلم المأخوذ من علمه، و القدرهٔ المستمدهٔ منه.

ان قلت: فکیف یخبرون فی الحال الحاضر بالجنین بسبب العلامات الطبیهٔ و الأشعهٔ و کیف ینزلون المطر بالقنبلهٔ؟

قلت: فرق بین العلم بجمیع خصوصیات الجنین من الذکورهٔ و الانوثهٔ و اللون و العمر و السمن و الهزال و الصفات الباطنیهٔ و مزایا الجسم و غیرها، و بین العلم بخصوصیهٔ ما- کالذکورهٔ و الانوثهٔ- فان الاول خاص به سبحانه و لا یکشف لا بالعلامات و لا بالاشعهٔ و لا بغیرهما بخلاف الثانی و الآیهٔ المبارکهٔ فی صدد الامر الاول، و قول الامام علیه السلام من باب المثال فان المنجم الّذی یدعی العلم بالذکورهٔ و الانوثهٔ بالحساب یدعی العلم بکل المزایا، کما نراهم فی الحال الحاضر یدعون کل ذلک و اما نزول المطر بسبب القنبلهٔ الموجب لتکثیف الندی الموجود فی الجو و نزوله فانه غیر نزول المطر الّذی کان الآیهٔ المبارکهٔ بصدده.

و الحاصل: ان نزول المطر بالاسباب الکونیهٔ خاص بالله سبحانه و کذلک بالنسبهٔ الی «مَا تَدْرِی نَفْسٌ مَا ذَا تَکْسِبُ غَداً، وَ مَا تَدْرِی نَفْسٌ بِأَیِّ أَرْضٍ تَمُوتُ» فان المراد منهما الدرایهٔ التامهٔ اما الدرایهٔ الناقصهٔ و الجزئیهٔ فکثیرا ما یحصل لبعض الناس، و هذه أیضا قرینهٔ علی المراد بعلم ما فی الارحام و نزول الغیث.

ثم قال الامام علیه السلام لذلک المنجم (ما کان محمد صلی الله علیه و آله یدعی ما ادعیت أ تزعم انک تهدی) و ترشد الناس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۴

الی الساعهٔ التی من سار فیها صرف عنه السوء و الساعهٔ التی من سار فیها حاق به الضر! من صدقک بهذا استغنی بقولک عن الاستعانهٔ بالله فی هذا الوجه، و احوج الی الرغبهٔ ألیک فی دفع المکروه عنه.

و فی روایهٔ عبد الملک بن أعین المرویهٔ عن الفقیه قلت لابی عبد الله علیه السلام انی قد ابتلیت بالنظر فی النجوم فارید الحاجهٔ فاذا نظرت الی الطالع و رأیت الطالع الشر جلست و لم اذهب فیها، و اذا رأیت الطالع الخیر ذهبت فی الحاجهٔ! فقال علیه السلام لی: أ تقضی؟ قلت:

(الی الساعهٔ التی من سار فیها صرف عنه السوء و الساعهٔ التی من سار فیها حاق به الضر؟ من صدقک بهذا استغنی بقولک عن الاستعانهٔ بالله فی هذا الوجه) لانک انت ترشده الی خیره و ضره، فلا یحتاج الی ان یستعین بالله فی دفع مکروه او جلب محبوب (و کان ذلک المصدق بک (احوج الی الرغبهٔ ألیک) من الرغبهٔ الی الله (فی دفع المکروه عنه) الی آخر کلامه علیه السلام.

(و فی روایهٔ عبد الملک بن اعین المرویهٔ عن الفقیه قلت لابی عبد الله علیه السلام: انی قد ابتلیت) بالنجوم (فارید الحاجهٔ فاذا نظرت الی الطالع) الاصل فی «الطالع» الکوکب الطالع ثم استعمل فی الامور الفلکیهٔ التی یزعمون انها دخیلهٔ او علامهٔ للامور المستقبلهٔ (و رأیت الطالع الشر جلست و لم اذهب فیها) ای فی تلک الحاجهٔ (و اذا رأیت الطالع الخیر ذهبت فی الحاجهٔ) فما تقول فی هذا العمل (فقال علیه السلام لی أ تقضی؟) و تحکم بان الامور الفلکیهٔ دخیلهٔ فی مستقبل الانسان (قلت:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۵

نعم. قال علیه السلام احرق کتبک.

و فی روایهٔ الفضیل بن عمرو المرویهٔ عن معانی الاخبار فی قوله تعالی «وَ إِذِ ابْتَلیٰ إِبْرٰاهِیمَ رَبُّهُ بِکَلِمٰاتٍ»

«ثم» ان مقتضی الاستفصال فی روایهٔ عبد الملک المتقدمهٔ بین القضاء

نعم. قال علیه السلام احرق کتبک) لانها سبب ضلالک، و هذا بخلاف ما لو کان یحتمل و لا یقضی فانه لم یکن بذلک بأس.

(و فی روایهٔ الفضیل بن عمرو المرویهٔ عن معانی الاخبار فی قوله تعالی «وَ إِذِ ابْتَلیٰ إِبْرٰاهِیمَ رَبُّهُ بِکَلِمٰاتٍ» قال: و اما الکلمات فمنها ما

ذکرناه و منها المعرفهٔ بقدم بارئه) و خالقه (و توحیده و تنزیهه عن الشبیه حتی نظر) ابراهیم علیه السلام (الی الکواکب و القمر و الشمس و استدل بافول) و غروب (کل منها علی حدوثه و) استدل (بحدوثه علی محدثه) اذ کل حادث لا بد له من محدث (جل شانه ثم اعلم ان الحکم بالنجوم خطاء) فکانه سبحانه اراد ان یبین لابراهیم ما یدل علیه النجوم و ما لا یدل علیه فما یدل علیه هو الصانع و ما لا یدل علیه هو الحکم و الحوادث.

(«ثم» ان مقتضی الاستفصال فی روایهٔ عبد الملک المتقدمهٔ بین القضاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۶

بالنجوم بعد النظر و عدمه: انه لا بأس بالنظر اذا لم یقض به بل ارید به مجرد التفاؤل ان فهم الخیر، و التحذر بالصدقهٔ ان فهم الشر، کما یدل علیه ما عن المحاسن عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن عمرو بن اذینهٔ عن سفیان بن عمر قال: کنت انظر فی النجوم و اعرفها و اعرف الطالع فیدخلنی من ذلک شیء فشکوت ذلک الی ابی الحسن علیه السلام فقال علیه السلام اذا وقع فی نفسک من ذلک شیء فتصدق علی اوّل مسکین ثم امض، فان الله تعالی یدفع عنک.

بالنجوم بعد النظر) إلیها (و عدمه) ای عدم القضاء، کما استفید هذا الاستفصال من قوله علیه السلام «أ تقضی» (انه لا بأس بالنظر اذا لم یقض بل ارید به مجرد التفاؤل) و الاستبشار (ان فهم الخیر و التحذر بالصدقهٔ) و الدعاء و نحوهما (ان فهم الشر، کما یدل علیه) ای علی جواز ذلک (ما عن المحاسن عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن عمرو بن اذینهٔ عن سفیان بن عمر قال: کنت انظر فی النجوم و اعرفها و اعرف الطالع) المربوط بالحوادث المستقبلهٔ- علی زعمهم- (فیدخلنی من ذلک) العرفان (شیء) اذ کنت اکف عن المضی فیما ارید اذا رأیت الشر (فشکوت ذلک الی ابی الحسن علیه السلام) و ان الشر الّذی اراه فی النجوم یمنعنی عن المضی فی اعمالی فما ذا اصنع (فقال علیه السلام: اذا وقع فی نفسک من ذلک شیء فتصدق علی اوّل مسکین) تراه فی طریقک (ثم امض) لحاجتک (فان الله تعالی یدفع عنک) الشر بالصدقهٔ- لو کان شر فی الواقع-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۷

و لو حکم بالنجوم علی جههٔ ان مقتضی الاتصال الفلانی و الحرکهٔ الفلانیهٔ الحادثهٔ الواقعیهٔ، و ان کان الله یمحو ما یشاء و یثبت لم یدخل أیضا فی الاخبار الناهیهٔ.

لانها ظاهرهٔ فی الحکم علی سبیل البت، کما یظهر من قوله علیه السلام «فمن صدقک بهذا فقد استغنی عن الاستعانهٔ بالله» فی دفع

(و لو حکم بالنجوم علی جههٔ ان مقتضی الاتصال الفلانی) بین کوکب و کوکب (و الحرکهٔ الفلانیهٔ الحادثهٔ الواقعیهٔ) ای ان مقتضی الاتصال الحادثهٔ الکذائیهٔ ف «الحادثهٔ» خبر «مقتضی» (و ان کان الله یمحو ما یشاء و یثبت) بمعنی ان الله سبحانه جعل هذا النجم فی حرکته و اتصاله سببا لحادثهٔ خاصهٔ و ان الامر بعد أیضا بید الله تعالی فان شاء ابطل سببیهٔ هذه العلهٔ لذلک المعلول (لم یدخل أیضا) هذا القسم من الاخبار (فی الاخبار الناهیهٔ) عن التنجیم بل یکون مثله مثل من یقول: ان الله سبحانه جعل النار سببا للاحراق فاذا وقع شیء فی النار احترق و الامر بید الله بعد فان شاء ابطل تأثیر النار کما فی قصهٔ ابراهیم علیه السلام و هارون المکی و من اشبه.

و انما قلنا بان مثل هذا الاخبار لا یدخل فی الاخبار الناهیهٔ (لانها) ای الاخبار الناهیهٔ (ظاهرهٔ فی) النهی عن (الحکم علی سبیل البت) و القطع (کما یظهر من قوله علیه السلام فمن صدقک بهذا) الّذی تقول من انک تقدر علی معرفهٔ الذکر من الانثی فی الرحم (فقد استغنی عن الاستعانهٔ بالله) ای (فی دفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۸

المکروه بالصدقهٔ و الدعاء و غیرهما من الاسباب.

نظیر تـأثیر نحوسـهٔ الایـام الواردهٔ فی الروایـات، ورد نحوسـتها بالصدقـهٔ، الاـ ان جوازهـا مبنی علی جواز اعتقـاد الاقتضاء فی العلویات للحوادث السفلیهٔ، و سیجیء انکار المشهور لذلک و ان کان یظهر ذلک من المحدث الکاشانی.

المکروه بالصدقهٔ و الدعاء و غیرهما من الاسـباب) الرافعهٔ للمکروهات کالتوسل بالأئمهٔ الطاهرین علیهم السـلام فان ظاهر کلام الامام علیه السـلام ان الاخبار القطعی محظور، لا الاخبار المقیـد بمشـیهٔ الله تعالی اذ الاخبار المقید بالمشـیهٔ لا یکون اسـتغناء عن الله تعالی و علی هذا فحال تأثیر الکوکب:

(نظیر تأثیر نحوسهٔ الایام الواردهٔ) تلک النحوسهٔ (فی الروایات) المرویهٔ عن اهل البیت علیهم السـلام (ورد نحوستها بالصدقهٔ) و الدعاء و القرآن و مـا اشبه (الاـ ان جوازهـا) ای جواز مثل هـذه الاعتقادات بان للاجرام العلویـهٔ تأثیرا ما فی الکرهٔ الارضـیهٔ (مبنی علی جواز اعتقاد الاقتضاء) و العلیهٔ (فی العلویات للحوادث السـفلیهٔ و سـیجیء انکار المشـهور لذلک) و انه لا ربط بین العلویات و الامور الواقعهٔ فی الارض (و ان کان یظهر ذلک من المحدث الکاشانی) و انه ربط للحوادث فی العالم بالحرکات العلویهٔ بل الربط فی الجملهٔ مسـلم عنـد علمـاء الفلـک کحوادث المـدّ و الجزر و الحر و البرد و نضـج الثمـار و ما اشـبه کما یسـتفاد ذلک أیضا من بعض الاخبار مما لا یخفی ذلک علی من راجع البحار فی کتاب السماء و العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۰۹

و لو اخبر بالحوادث بطریق جریان العادهٔ علی وقوع الحادثهٔ عند الحرکهٔ الفلانیهٔ من دون اقتضاء لها اصلا کان اسلم.

قال فی الدروس: و ان اخبر بان الله تعالی یفعل کذا عند کذا لم یحرم و ان کره انتهی.

«الرابع»- اعتقاد ربط الحرکات الفلکیهٔ بالکائنات و الربط یتصور علی وجوه:

«الأول» الاستقلال فی التأثیر

بحیث

(و لو اخبر) المنجم (بالحوادث بطریق جریان العادهٔ علی وقوع الحادثهٔ) الفلانیهٔ فی الارض (عند الحرکهٔ الفلانیهٔ) للکوکب فی السـماء (من دون اقتضاء لها) ای لتلک الحرکـهٔ بهذه الحادثهٔ (اصـلا) فهو کالاخبار بمجیء زید عند الظهر مما لیس الظهر سـببا فی المجیء و انمـا جوعه هو الّـذی یحرکه، و انمـا الجوع و الظهر متقارنـان فقـط (کـان) اخباره (اسـلم) عن الاشـکال، و من احتمال شـمول الاخبار الناهیهٔ له.

(قال فی الـدروس: و ان اخبر بان الله تعالی یفعل کـذا) فی الارض (عنـد کـذا) ای الحرکـهٔ الفلانیهٔ- مثلا- فی السـماء (لم یحرم و ان کره) لما یظهر من بعض الاخبار من عدم الحوم حول النجوم اطلاقا (انتهی) کلام الدروس.

(«الرابع») من الامور التی یتوقف الکلام فی التنجیم علیهـا (اعتقـاد ربط الحرکات الفلکیـهٔ بالکائنات) الارضـیهٔ (و الربط یتصور علی وجوه) أربعهٔ:

(«الاول» الاستقلال) ای ما فی الفلک من الاجرام (فی التأثیر بحیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۰

یمتنع التخلف عنها، امتناع تخلف المعلول عن العلهٔ العقلیهٔ. و ظاهر کثیر من العبارات کون هذا کفرا.

قـال السـید المرتضـی- رحمه الله- فیما حکی عنه-: «و کیف یشـتبه علی مسـلم بطلان احکام النجوم، و قـد اجمع المسـلمون قـدیما و حـدیثا علی تکـذیب المنجمین، و الشـهادهٔ بفسـاد مـذهبهم و بطلان احکامهم. و معلوم من دین الرسول صـلی الله علیه و آله ضـرورهٔ

تکذیب ما یدعیه المنجمون و الازراء علیهم و التعجیز لهم. و فی الروایات عنه صلی اللّه علیه و آله ما لا یحصی کثرة و کذا عن علماء اهل بیته و خیار اصحابه. و ما اشتهر بهذه الشهرة فی دین الاسلام کیف یفتی بخلافه

یمتنع التخلف عنها امتناع تخلف المعلول عن العلـة العقلیـة) التامـة (و ظاهر کثیر من العبارات) التی ذکرها الفقهاء (کون هذا) الاعتقاد (کفرا).

(قال السید المرتضی- رحمه الله- فیما حکی عنه-: و کیف یشتبه علی مسلم بطلان احکام النجوم، و قد اجمع المسلمون قدیما و حدیثا علی تکذیب المنجمین و الشهادة بفساد مذهبهم و بطلان احکامهم و معلوم من دین الرسول صلی الله علیه و آله ضرورة) ای علما ضروریا (تکذیب) الرسول صلی الله علیه و آله ل (ما یدعیه المنجمون و الازراء) ای الاهانة (علیهم و التعجیز لهم) ای بیان عجزهم عن الاخبار بالامور المستقبلة (و فی الروایات عنه صلی اللّه علیه و آله ما لا یحصی کثرة) فی التکذیب و التعجیز (و کذا) ورد (عن علماء اهل بیته) الائمة الطاهرین علیهم السلام (و خیار اصحابه) المؤمنین (و ما اشتهر بهذه الشهرة) المحققة المتکثرة (فی دین الاسلام کیف یفتی بخلافه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۱

منتسب الی الملة و مصلّ الی القبلة» انتهی.

و قال العلامة فی المنتهی- بعد ما افتی بتحریم التنجیم و تعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثرة أو ان لها مدخلا فی التأثیر و النفع قال: «و بالجملة کل من اعتقد ربط الحرکات النفسانیة و الطبیعیة بالحرکات الفلکیة و الاتصالات الکوکبیة کافر» انتهی.

و قال الشهید فی قواعده «کل من اعتقد فی الکواکب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له فلا ریب أنه کافر».

منتسب الی الملة) الاسلامیة (و مصلّ الی القبلة) باعتبار انه مسلم فانه لا- یجتمع الاسلام و التصدیق بالنجوم (انتهی) کلام السید المرتضی.

(و قال العلامة فی المنتهی- بعد ما افتی بتحریم التنجیم و تعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثرة) کاملة فی الکون (أو ان لها مدخلا فی التأثیر و النفع) علی وجه الجزئیة للعلة (قال: و بالجملة کل من اعتقد ربط الحرکات النفسانیة) التی تصدر عن النفس کالاقدام و الاحجام و البخل و السخاء، و ما اشبه من صفات الناس و الحیوانات التی لها نفس و (الطبیعیة) کالمد و الجزر و الحر و البرد و ما اشبه (بالحرکات الفلکیة و الاتصالات الکوکبیة) بان تکون الافلاک و الکواکب علة تامة، او جزء علة، و الجزء الاخر هو إرادة الله سبحانه، فهو (کافر) لانه اما انکار لله، او جعل شریک له

(و قال الشهید) الاول (فی قواعده کل من اعتقد فی الکواکب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له فلا ریب انه کافر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۲

و قال فی جامع المقاصد «و اعلم ان التنجیم، مع اعتقاد ان للنجوم تأثیرا فی الموجودات السفلیة- و لو علی جهة المدخلیة- حرام و کذا تعلم النجوم علی هذا النحو بل هذا الاعتقاد فی نفسه کفر و نعوذ بالله» انتهی.

و قال شیخنا البهائی: «ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلیة بالاجرام العلویة ان زعموا انها هی العلة المؤثرة فی تلک الحوادث بالاستقلال أو انها شریکة فی التأثیر فهذا لا یحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنی علی هذا کفر. و علی هذا حمل ما ورد فی الحدیث من التحذیر عن علم النجوم و النهی عن اعتقاد صحته» انتهی.

(و قال) المحقق الثانی (فی جامع المقاصد: و اعلم ان التنجیم مع اعتقاد ان للنجوم تأثیرا فی الموجودات السفلیة- و لو علی جهة

المدخلیة-) و الجزئیة للعلة (حرام و کذا تعلم النجوم علی هذا النحو بل هذا الاعتقاد فی نفسه کفر و نعوذ بالله) من الکفر (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و قال شیخنا البهائی: ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلیة بالاجرام العلویة ان زعموا انها هی العلة المؤثرة فی تلک الحوادث بالاستقلال) بدون مدخلیة لله سبحانه (او انها شریکة) لله سبحانه فی التأثیر (فهذا) ای کل واحد من هذین الزعمین (لا یحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنی علی هذا کفر) لانه اما انکار لله، او جعل الشریک معه (و علی هذا) المعنی من الاستقلال او الشراکة (حمل ما ورد فی الحدیث من التحذیر من علم النجوم و النهی عن اعتقاد صحته انتهی) و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۳

و قال فی البحار: «لا نزاع بین الامة فی ان من اعتقد ان الکواکب هی المدبرة لهذا العالم و هی الخالقة لما فیه من الحوادث و الخیرات و الشرور فانه یکون کافرا علی الاطلاق» انتهی.

و عنه فی موضع آخر: ان «القول بانها علة فاعلیة بالارادة و الاختیار و ان توقف تأثیرها علی شرائط اخر کفر» انتهی

انما یحمل علی هذا المعنی لان غیر هذا المعنی لا دلیل علی بطلانه بل ورد فی الحدیث عن الامام امیر المؤمنین علیه السلام: انما العلوم اربع: علم الفقه لحفظ الادیان و علم النجوم لحفظ الازمان و علم النحو لحفظ اللسان و علم الطب لحفظ الابدان.

(و قال فی البحار: لا نزاع بین الامة فی ان من اعتقد ان الکواکب هی المدبرة لهذا العالم و هی الخالقة لما فیه من الحوادث و الخیرات و الشرور فانه یکون کافرا علی الاطلاق، انتهی) و المراد الکفر المطلق الّذی یصح اطلاق الکافر علیه بدون تقیید، مقابل الکفر العملی الّذی یصح اطلاق الکفر مقیدا بان یقال انه کافر بالحج ای تارک له عالما عامدا و قد ورد فی بعض المباحث السابقة ان الکفر علی قسمین کفر فی العقیدة و کفر فی العمل.

(و عنه) ای البحار (فی موضع آخر ان القول بانها) ای الکواکب (علة فاعلیة بالارادة و الاختیار) کعلیة الانسان لصنع الدار (و ان توقف تأثیرها علی شرائط اخر) من العلة المادیة و الغائیة و الصوریة (کفراه) و انما یکون کفرا لانه انکار لفاعلیة الله سبحانه التی ثبتت بالضرورة من الدین و نطقت به الآیات و الروایات کالآیات التی تسند الافعال و الخلق و الرزق و الخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۴

بل ظاهر الوسائل نسبة دعوی ضرورة الدین علی بطلان التنجیم و القول بکفر معتقده الی جمیع علمائنا حیث قال- رحمه الله- «قد صرح علمائنا بتحریم علم النجوم و العمل بها و بکفر من اعتقد تأثیرها او مدخلیتها فی التأثیر و ذکروا ان بطلان ذلک من ضروریات الدین» انتهی.

بل یظهر من المحکی عن ابن ابی الحدید: ان الحکم کذلک عند علماء العامة أیضا حیث قال فی شرح نهج البلاغة «ان المعلوم ضرورة من الدین ابطال حکم النجوم و تحریم الاعتقاد بها و النهی و الزجر عن تصدیق المنجمین و هذا معنی قول امیر

و الشر إلیه سبحانه.

(بل ظاهر الوسائل نسبة دعوی ضرورة الدین علی بطلان التنجیم و القول بکفر معتقده الی جمیع علمائنا) فهو- رحمه الله- مدع للاجماع.

و الضرورة فی المسألة (حیث قال- رحمه الله- قد صرح علماؤنا بتحریم علم النجوم و العمل بها و بکفر من اعتقد تأثیرها او مدخلیتها فی التأثیر و ذکروا ان بطلان ذلک) الاستقلال او الاشتراک (من ضروریات الدین، انتهی) فمن قال بعدم بطلان التنجیم- بهذا المعنی- کان منکرا للضرورة.

(بل یظهر من المحکی عن ابن ابی الحدید ان الحکم) فی التنجیم (کذلک) کما عند علمائنا (عند علماء العامة أیضا حیث قال فی شرح نهج البلاغة: ان المعلوم ضرورة من الدین ابطال حکم النجوم و تحریم الاعتقاد بها و النهی و الزجر عن تصدیق المنجمین و هذا) الّذی ذکرناه (معنی قول امیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۵

المؤمنین علیه السلام: فمن صدقک بهذا فقد کذب بالقرآن و استغنی عن الاستعانة باللّه، انتهی.

«ثم» لا فرق فی اکثر العبارات المذکورة بین رجوع الاعتقاد المذکور الی انکار الصانع جل ذکره، کما هو مذهب المنجمین.

و بین تعطیله تعالی عن التصرف فی الحوادث السفلیة بعد خلق الاجرام العلویة علی وجه تتحرک علی وجه مخصوص سواء قیل بقدمها

المؤمنین علیه السلام: فمن صدقک بهذا فقد کذب بالقرآن و استغنی عن الاستعانة باللّه انتهی) و قد کان المنجم یربط الحوادث بالکواکب و الطبیب یربط الحوادث بالطبیعة، و لذا نسب الی الامام امیر المؤمنین- علیه السلام- أنه قال:

«قال المنجم و الطبیب کلاهما» «لن یحشر الاموات قلت إلیکما».

«ان کان قولکما فلست بخاسر» «أو کان قولی فالخسار علیکما».

(«ثم» لا فرق فی اکثر العبارات المذکورة بین رجوع الاعتقاد المذکور فی باب التنجیم «الی»).

۱- (انکار الصانع جل ذکره، کما هو مذهب بعض المنجمین) حیث یرون ان النجوم هی صانع العالم.

۲- (و بین تعطیله تعالی عن التصرف فی الحوادث السفلیة بعد خلق الاجرام العلویة علی وجه تتحرک علی وجه مخصوص) من الاقامة و الاستقامة و الرجوع و ما اشبه (سواء قیل بقدمها) ای قدم الکواکب قدما زمانیا، اذ لا یناسب القدم الذاتی لکونها مخلوقة- کما هو المفروض-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۱۶

کما هو مذهب بعض آخر.

أم قیل بحدوثها و تفویض التدبیر إلیها، کما هو المحکی عن ثالث منهم.

و بین ان لا یرجع الی شیء من ذلک، بان یعتقد ان حرکة الافلاک تابعة لارادة اللّه، فهی مظاهر لارادة الخالق تعالی، و مجبولة علی الحرکة علی طبق اختیار الصانع- جل ذکره- کالآلة.

أو بزیادة أنها مختارة باختیار هو عین اختیاره تعالی

(کما هو مذهب بعض آخر).

۳- (أم قیل بحدوثها و تفویض) اللّه (التدبیر) للعالم (إلیها، کما هو المحکی عن ثالث منهم).

۴- (و بین ان لا یرجع الی شیء من ذلک) الثلاث المتقدم (بان یعتقد ان حرکة الافلاک تابعة لارادة اللّه، فهی مظاهر لارادة الخالق تعالی) بان إرادة الخالق تظهر من الافلاک فالاشیاء السفلیة انما تکون تابعة للارادة التی تظهر من الافلاک (و مجبولة علی الحرکة علی طبق اختیار الصانع کالآلة) فکما ان النجار یقطع الخشب لکن بواسطة المنشار کذلک اللّه سبحانه یخلق الانسان لکن بواسطة الکواکب.

۵- (او بزیادة) للکواکب علی الآلة المجردة ب (أنها مختارة باختیار هو عین اختیاره تعالی) کتنویر الزجاج بنور هو عین نور الشمس.

و ان شئت قلت: ان الاقسام ستة: لانها اما «مستقلة بدون وجود اللّه» أو «مستقلة مع الاعتراف بوجود اللّه» أو «شریکة للّه» أو «آلة لله فی

الخلق و الصنع» أو «مختارة باختيار هو عين اختيار اللّه» أو «مختارة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۱۷

عما يقول الظالمون.

لكن ظاهر ما تقدم فى بعض الاخبار- من ان المنجم بمنزلة الكاهن الّذى هو بمنزلة الساحر الّذى هو بمنزلة الكافر- من عدا الفرق الثلاث الاول، اذ الظاهر عدم الاشكال فى كون الفرق الثلاث من اكفر الكفار لا بمنزلتهم.

و منه يظهر

كاختيار الانسان الّذى وهبه اللّه اياه» تعالى (عما يقول الظالمون).

(لكن ظاهر ما تقدم فى بعض الاخبار- من ان المنجم بمنزلة الكاهن الّذى هو بمنزلة الساحر الّذى هو بمنزلة الكافر-).

اقول: حيث قال الامام عليه السلام- بعد قوله «فانها تدعو الى الكهانة»: «المنجم كالكاهن، و الكاهن كالساحر، الخ» و كان فقرة «المنجم كالكاهن» سقطت من عبارة المصنف- قبل صفحة- أو ان السقط من النساخ، و لذا لا يرد الاشكال على المصنف بانه لم يتقدم منه «كون المنجم كالكافر» (من عدا الفرق الثلاث الاول) التى اشرنا إليها برقم «۱- ۲- ۳» (اذ الظاهر) من الادلة العقلية (عدم الاشكال فى كون الفرق الثلاث من اكفر الكفار) اى اكثرهم كفرا، فى مقابل سائر الكافرين كالوثنيين و النصارى و اليهود و المجوس (لا بمنزلتهم) فما ورد فى الحديث من ان الكاهن- بالأخرة- بمنزلة الكافر، يراد به غير الاقسام الثلاثة الاول.

(و منه) اى مما ذكرنا من ان المراد من عدا الفرق الثلاث (يظهر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۱۸

ان ما رتبه- عليه السلام-، على تصديق المنجم- من كونه تكذيبا للقرآن و كونه موجبا للاستغناء عن الاستعانة باللّه، فى جلب الخير و دفع الشر يراد منه ابطال قوله، بكونه مستلزما لما هو فى الواقع مخالف للضرورة من كذب القرآن و الاستغناء عن اللّه، كما هو طريقة كل مستدل من انهاء بطلان التالى الى ما هو بديهى البطلان عقلا أو شرعا او حسا او عادة.

ان ما رتبه) امير المؤمنين (- عليه السلام-) فى الحديث السابق (على تصديق المنجم- من كونه تكذيبا للقرآن، و كونه موجبا للاستغناء عن الاستعانة باللّه، فى جلب الخير و دفع الشر- يراد منه) «يراد» خبر «ما رتبه» (ابطال قوله) اى اراد الامام ابطال قول المنجم (ب) سبب (كونه) اى كون قول المنجم (مستلزما لما هو فى الواقع) و الحقيقة (مخالف للضرورة) و البديهة (من كذب القرآن و الاستغناء عن اللّه) «من» بيان «لما هو» و الاستدلال هكذا «تصديق المنجم يستلزم كذب القرآن لكن التالى باطل- بالضرورة- فتصديق المنجم باطل- (كما هو) اى ايقاع التلازم بين قضية و قضية اخرى، (طريقة كل مستدل) اذا اراد ابطال القضية الاولى أو اثبات القضية الاولى (من انهاء) و ايصال (بطلان التالى) فى الشرطية- و لو قال «المقدم» كان احسن، لان المستدل دائما يريد ابطال المقدم أو اثباته (الى ما هو بديهى البطلان عقلا) كاجتماع النقيضين (أو شرعا) كعدم الثواب للمثيب (او حسا) كعدم اللون للاجسام الملونة (أو عادة) كتواطى اناس مختلفين متباعدين على الكذب، فيما لو قال: «يمتنع اجتماع الامر و النهى و إلا لزم اجتماع النقيضين» او «الحسن و القبح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۱۹

و لا يلزم من مجرد ذلك الكفر، و انما يلزم ممن التفت الى الملازمة و اعترف باللازم.

و الا فكل من افتى بما هو مخالف لقول اللّه- واقعا- اما لعدم تفطنه لقول اللّه أو لدلالته، يكون مكذبا للقرآن.

العقليان موجودان و إلا لزم عدم الثواب للمثيب» أو «ليس النور هو المولد للالوان لكن عدم اللون للاجسام الملونة مخالف للحس» او

«التواتر ان لم یکن حجة لزم تواطئ أناس مختلفین علی الکذب، لکنه مخالف للعادة».

(و لا- یلزم من مجرد ذلک) التلازم بین شیء و بین امر باطل بالضرورة (الکفر) لمن یلتزم بذلک المقدم (و انما یلزم) الکفر (ممن التفت الی الملازمة) بین المقدم الّذی یلتزم به و بین التالی الموجب للکفر (و اعترف باللازم) کمن ینکر وجوب الصلاة، ملتفتا الی التلازم بینه و بین کذب النبی و ان تکذیب النبی صلّی اللّه علیه و آله موجب للکفر.

(و الا- فلو کان مجرد التلازم بین مقدم و تال باطل بالضرورة موجبا لکفر الملتزم بالمقدم (فکل من افتی بما هو مخالف لقول اللّه- واقعا-) ای مخالفة فی مقام الواقع و الحقیقة، و قد افتی بذلک (اما لعدم تفطنه لقول اللّه) بان لم یعلم ان اللّه سبحانه قال کذا (أو) لعدم تفطنه (لدلالته) بان علم ان اللّه قال کذا، و لکنه لم یعلم أن قوله سبحانه یدل علی ذلک المعنی- المخالف لما یقوله المفتی- (یکون مکذبا للقرآن) «یکون» خبر «فکل» و قد اراد المصنف من قوله «و لا یلزم» الی هنا، اثبات ان المنجم المسلم المعترف بکل ما انزل علی محمد- صلّی اللّه علیه و آله- لیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۰

و أما قوله- علیه السلام-: «من صدق منجما أو کاهنا فقد کفر بما انزل علی محمد صلّی اللّه علیه و آله» فلا یدل أیضا علی کفر المنجم و انما یدل علی کذبه فیکون تصدیقه تکذیبا للشارع المکذب له، و یدل علیه عطف الکاهن علیه.

کافرا و کذلک من یصدقه و انما یکون فاعلا للحرام، کما أن الساحر و الکاهن لیسا بکافرین.

نعم لو علم هؤلاء بلازم قولهم، و علموا بان لازمه تکذیب القرآن و الرسول، کانوا داخلین فی زمرة الکفار.

(و) ان قلت فما ذا تصنع بما صرح فیه بان المصدق للمنجم کافر الدال علی کفر المنجم دلالة عرفیة أیضا؟ قلت (اما قوله- علیه السلام- من صدق منجما أو کاهنا فقد کفر بما انزل علی محمد صلّی اللّه علیه و آله فلا یدل أیضا علی کفر المنجم) و لا علی کفر من یصدق بکلامه (و انما یدل علی کذبه) أی المنجم، لانه لو کان صادقا لم یکن التصدیق به کفرا، و انما تصدیق الکاذب فی الامور الاعتقادیة کفر (فیکون تصدیقه تکذیبا للشارع المکذب له) کما لو قال زید «السماوات ثمانیة» و قال الشارع «السماوات سبعة» فصدق شخص بکلام زید کان المصدق کافرا لانه کذب الشارع بتصدیقه لزید، و اما زید القائل فلیس بکافر لانه اخبر خبرا کان منافیا لکلام الشارع (و یدل علیه) ای علی ان کفر المصدق لا یلزم کفر المنجم (عطف الکاهن علیه) و من المعلوم ان الکاهن لیس بکافر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۱

و بالجملة فلم یظهر من الروایات تکفیر المنجم- بالمعنی الّذی تقدم للتنجیم فی صدر عنوان المسألة- کفرا حقیقیا.

فالواجب للرجوع فیما یعتقده المنجم الی ملاحظة مطابقته لاحد موجبات الکفر من انکار الصانع أو غیره مما علم من الدین بدیهة.

(و بالجملة) المنجم اما ینکر بعض اصول الدین، أو یکون لازم کلامه منافیا لبعض ما جاء به النبی أم لا، فالأوّل کافر، و الثانی فاسق حیث خالف الشرع، و الثالث عمل عملا جائزا و المصدق بالمنجم ان رجع تصدیقه الی انکار شیء کان کافرا- ان کان متوجها الی الاستلزام و بطلان اللازم و الا- لم یکن کافرا، و الکفر المذکور فی الروایات، اما یخصص بما اذا ارجع الی انکار اصل من اصول الدین، او انکار ضروری من ضروریاته و اما یحمل علی الکفر العملی ککفر تارک الحج، و کفر النمام و ما اشبه مما کثر اطلاقه فی الروایات (ف) تحصل انه (لم یظهر من الروایات تکفیر المنجم) او المصدق به (بالمعنی الّذی تقدم للتنجیم فی صدر عنوان المسألة) اعنی اعتقاد ربط الحرکات الفلکیة بالکائنات (کفرا حقیقیا) کسائر الکفار.

(فالواجب الرجوع فیما یعتقده المنجم الی ملاحظة مطابقته) ای اعتقاد المنجم (لاحد موجبات الکفر من انکار الصانع او غیره مما علم

من الدین بدیهة) فان کان مطابقا کان کافرا و الا کان مسلما و ان کان عاصیا لانه فعل محرما بالنظر فی النجوم، مثلا من کانت عقائده صحیحة لکنه ینظر الی النجوم و یخبر عن الذکر و الانثی و الطالع و السعد و النحس و النجاح و الفشل فی الاعمال لا یکون کافرا بل عاصیا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۲

و لعله لذا اقتصر الشهید فیما تقدم من القواعد فی تکفیر المنجم علی من یعتقد فی الکواکب انها مدبرة لهذا العالم و موجدة له، و لم یکفر غیر هذا الصنف کما سیجیء تتمة کلامه السابق.

و لا شک ان هذا الاعتقاد انکار، اما للصانع، و اما لما هو ضروری الدین من فعله تعالی و هو ایجاد العالم و تدبیره.

بل الظاهر من کلام بعض اصطلاح لفظ التنجیم فی الاول:

قال السید الشارح للنخبة

(و لعله لذا) الّذی ذکرنا من عدم کفر المنجم مطلقا (اقتصر الشهید) الاول (فیما تقدم من القواعد فی تکفیر المنجم علی من یعتقد فی الکواکب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له، و لم یکفر غیر هذا الصنف کما سیجیء تتمة کلامه السابق) و أنه یخطئ- و لا ینسب الی الکفر- بعض المنجمین الآخرین غیر من یعتقد کون الکواکب مدبرة للعالم.

(و لا شک ان هذا الاعتقاد) ای کون الکواکب مدبرة (انکار، اما للصانع) اذا اعتقد المنجم ان الکواکب مدبرة وحیدة للعالم، و لیس مدبر سواها (و اما لما هو ضروری الدین من فعله تعالی و هو ایجاد العالم و تدبیره) له اذا کان المنجم یعتقد وجود اللّه لکنه یری ان الکواکب هی الخالقة.

(بل الظاهر من کلام بعض اصطلاح لفظ التنجیم) الموجب للکفر (فی الاول) و هو کون الکواکب موجدة للعالم.

(قال السید الشارح للنخبة) و هی رسالة للشیخ الکلباسی- رحمه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۳

«ان المنجم من یقول بقدم الافلاک و النجوم، و لا یقولون بمفلک و لا خالق و هم فرقة من الطبیعیین یستمطرون بالأنواء معدودون من فرق الکفار فی مسفورات الخاصة و العامة، یعتقدون فی الانسان أنه کسائر الحیوانات یأکل و یشرب و ینکح ما دام حیا فاذا مات بطل و اضمحل و ینکرون جمیع الأصول الخمسة» انتهی.

ثم قال ره: و اما هؤلاء الذین یستخرجون بعض

اللّه- («ان المنجم من یقول بقدم الافلاک و النجوم، و لا یقولون بمفلک) ای جاعل الفلک فلکا (و لا خالق، و هم فرقة من الطبیعیین یستمطرون) ای یطلبون المطر (بالأنواء) ای النجوم، جمع «نوء» و هو النجم، فان الجاهلیین کانوا ینتظرون الامطار وقت طلوع بعض الکواکب کالثریا و الدبران و نحو ذلک، فیقولون مطرنا بنوء کذا، نعم من یقول ان طلوع النوء الکذائی وقت للمطر، لا انه یری النوء علة للمطر لم یکن بذلک بأس، (معدودون) هؤلاء (من فرق الکفار فی مسفورات الخاصة و العامة) ای کتبهم (یعتقدون فی الانسان أنه کسائر الحیوانات یأکل و یشرب و ینکح ما دام حیا فاذا مات بطل و اضمحل) کما حکی اللّه سبحانه عنهم «وَ قالُوا ما هِیَ إِلّا حَیاتُنَا الدُّنْیا نَمُوتُ وَ نَحْیا» و کما تقدم فی بیت الامام- علیه السلام- «قال المنجم و الطبیب کلاهما- لن یحشر الاموات» (و ینکرون جمیع الأصول الخمسة) التوحید و العدل و النبوة و الامامة و المعاد (انتهی) کلام السید الشارح.

(ثم قال ره: و اما هؤلاء) المسمون بالمنجمین (الذین یستخرجون بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۴

اوضاع السيارات و ربما يتخرصون عليها باحكام مبهمة متشابهة ينقلونها تقليدا لبعض ما وصل إليهم من كلمات الحكماء الاقدمين مع صحة عقائدهم الاسلامية فغير معلوم دخولهم فی المنجمين الذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد» انتهی.

اقول: فيه- مضافا الی عدم انحصار الكفار من المنجمين فيمن ذكر بل هم علی فرق ثلاث كما اشرنا إليه و سيجیء التصريح به من البحار فی مسألة السحر- ان النزاع المشهور بين المسلمين فی صحة التنجيم و بطلانه هو المعنی الّذی ذكره اخيرا

اوضاع السيارات و ربما يتخرصون) ای يقولون قولا بدون علم و دليل (عليها باحكام مبهمة متشابهة ينقلونها تقليدا لبعض ما وصل إليهم من كلمات الحكماء الاقدمين) كقولهم- مبهما-: يحتمل موت كبير، او زلزال فی مكان او محاربة بين دولتين، او ما اشبه ذلک، من الاحكام المبهمة التی نشاهدها اليوم- فی التقاويم (مع صحة عقائدهم الاسلامية فغير معلوم دخولهم فی المنجمين الذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد) فی الاخبار المروية عن الائمة الاطهار عليهم الصلاة و السلام (انتهی) كلام شارح النخبة.

(اقول: فيه- مضافا الی عدم انحصار الكافر من المنجمين فيمن ذكر) من المنكرين لكل الأصول (بل هم علی فرق ثلاث كما اشرنا إليه) حيث قلنا «ثم لا فرق» و قد رقمنا عليه ب «۱- ۲- ۳» (و سيجیء التصريح به من البحار فی مسألة السحر- ان النزاع المشهور بين المسلمين فی صحة التنجيم و بطلانه هو المعنی الّذی ذكره) السيد الشارح (اخيرا) بقوله «و اما هؤلاء»

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۲۵

كما عرفت من جامع المقاصد، و المطاعن الواردة فی الاخبار المتقدمة و غيرها كلها او جلها علی هؤلاء، دون المنجم بالمعنی الّذی ذكره أولا.

و ملخص الكلام، ان ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحة فيها بكفرهم بل ظاهر ما عرفت خلافه.

و يؤيده ما رواه فی البحار عن محمد و هارون ابنی سهل النوبختی:

أنهما كتبا الی أبی عبد اللّه عليه السلام: «نحن ولد نوبخت المنجم و قد كنا كتبنا أليک هل يحل النظر فيها؟

الخ (كما عرفت من جامع المقاصد، و المطاعن الواردة فی الاخبار المتقدمة و غيرها) من الاخبار التی لم ننقلها (كلها او جلها) ای غالبها (علی هؤلاء) و هم المسلمون الذين صحت عقائدهم و لكنهم يخبرون بالامور المستقبلة (دون المنجم بالمعنی الّذی ذكره أولا) لما تقدم من ان هذا القسم من المنجم من اكفر الكفار، و انما الّذی بمنزلة الكاهن انما هو المسلم الّذی يحتاج كفره الی مئونة، ثم ان ما ورد فی كفرهم قد عرفت أنه لا يدل علی الكفر بمعناه المعروف.

(و ملخص الكلام ان ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحة فيها بكفرهم بل ظاهر ما عرفت خلافه) و المراد بما عرفت تنزيلهم بمنزلة الكاهن الخ عند قولنا «بل ظاهر ما تقدم» و قولنا «و اما قوله عليه السلام من صدق كاهنا».

(و يؤيده) ای عدم الكفر (ما رواه فی البحار عن محمد و هارون ابنی سهل النوبختی: انهما كتبا الی أبی عبد اللّه عليه السلام «نحن ولد نوبخت المنجم و قد كنا كتبنا أليک هل يحل النظر فيها؟) ای فی النجوم

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۲۶

فكتبت نعم، و المنجمون يختلفون فی صفة الفلک، فبعضهم يقولون: ان الفلک فيه النجوم و الشمس و القمر- الی ان قال- فكتب- عليه السلام: نعم ما لم يخرج عن التوحيد».

«الثانی» أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها، و اللّه سبحانه هو المؤثر الاعظم،

كما يقوله بعضهم، علی ما ذكره العلامة و غيره.

قال العلامة- فی محکی شرح فص الیاقوت-: اختلف قول المنجمین علی قولین: احدهما، قول من یقول: انها حیة مختارة.

(فکتبت: نعم، و المنجمون یختلفون فی صفة الفلک، فبعضهم یقولون:

ان الفلک فیه النجوم و الشمس و القمر- الی ان قال- فکتب- علیه السلام-: نعم ما لم یخرج عن التوحید) فالامام علیه السلام اجاز النظر فی النجوم اذا لم یصادم «التوحید» و ذکر «التوحید» من باب المثال فان المراد اصول الدین و ضروریاته، و لعل ذکر التوحید من جهة مصادمة النجوم ذلک الوقت للتوحید فقط.

(«الثانی»)- من وجوه اعتقاد الربط بین الحرکات الفلکیة و الکائنات (أنها) ای الحرکات الفلکیة (تفعل الآثار إلیها، و اللّه سبحانه هو المؤثر الاعظم کما یقوله) ای هذا القول (بعضهم) ای بعض المنجمین (علی ما ذکره العلامة و غیره).

(قال العلامة- فی محکی شرح فص الیاقوت-: اختلف قول المنجمین) حول الاجرام الفلکیة (علی قولین):

(احدهما- قول من یقول انها) ای الاجرام الفلکیة (حیة مختارة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۷

الثانی- قول من یقول: انها موجبة، و القولان باطلان.

و قد تقدم عن المجلسی- رحمه اللّه- ان القول بکونها فاعلة بالارادة و الاختیار- و ان توقف تأثیرها علی شرائط اخر- کفر.

و هو ظاهر اکثر العبارات المتقدمة، و لعل وجهه ان نسبة الافعال التی دلت ضرورة الدین علی استنادها الی اللّه تعالی: کالخلق و الرزق و الاحیاء و الاماتة و غیرها- الی غیره تعالی، مخالف لضرورة الدین.

کحیاة الانسان و اختیاره.

(الثانی- قول من یقول انها موجبة) بصیغة اسم الفاعل، بمعنی ان الافعال تصدر عنها بالایجاب (و القولان باطلان) لان الاجرام الفلکیة لا تأثیر لها فی الامور الارضیة حتی یقع الکلام حول أنها الافاعیل بالاختیار او بالجبر.

(و قد تقدم عن المجلسی- رحمه اللّه- ان القول بکونها) ای الاجرام الفلکیة (فاعلة بالارادة و الاختیار- و ان توقف تأثیرها علی شرائط اخر- کفر).

(و هو) ای ما ذکره العلامة المجلسی من بطلان هذا القول و کونه کفرا (ظاهر اکثر العبارات المتقدمة، و لعل وجهه ان نسبة الافعال- التی دلت ضرورة الدین علی استنادها الی اللّه تعالی: کالخلق و الرزق و الاحیاء و الاماتة و غیرها- الی غیره تعالی، مخالف لضرورة الدین) فهو باطل، و القول به کفر، لان من مراتب التوحید توحید الافعال بنسبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۲۸

لکن ظاهر شیخنا الشهید فی القواعد العدم، فانه- بعد ما ذکر الکلام الّذی نقلناه منه سابقا- قال: و ان اعتقد أنها تفعل الآثار المنسوبة إلیها و اللّه سبحانه هو المؤثر الاعظم فهو مخطئ اذ لا حیاة لهذه الکواکب ثابتة بدلیل عقلی و لا نقلی» انتهی.

و ظاهره ان عدم القول بذلک

الافعال الکونیة الی اللّه تعالی، فقد قال المتکلمون: ان التوحید علی أربعة مراتب: توحید الذات، و توحید الصفات، و توحید الافعال، و توحید العبادة.

(لکن ظاهر شیخنا الشهید فی القواعد العدم) ای عدم کون هذا الاعتقاد کفرا (فانه- بعد ما ذکر الکلام الّذی نقلناه منه سابقا- قال: و ان اعتقد انها تفعل الآثار المنسوبة إلیها و اللّه سبحانه هو المؤثر الاعظم) کما ان الانسان یفعل الاشیاء، و اللّه هو المؤثر الاعظم، مثلا

الزرع من الانسان و اللّه هو المؤثر الاعظم، و لذا قال سبحانه «أَ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزّارِعُونَ» و هکذا بالنسبة الی الامانة و الشفاء بل و الرمی و لذا قال تعالی «وَ مٰا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَ لٰكِنَّ اللّهَ رَمىٰ» (فهو مخطیء اذ لا حیاة لهذه الکواکب ثابتة) تلک الحیاة (بدلیل عقلی و لا نقلی) و ما استدل به لذلک کقوله- علیه السلام- «أیها الخلق المطیع» و ما اشبه لا یدل علی الحیاة کما لا یخفی، اذ الاطاعة اعم من الحیاة فهی من قبیل «ائْتِيٰا طَوْعاً أَوْ كَرْهاً قٰالَتٰا أَتَيْنٰا طٰائِعِينَ» و قد ثبت فی الروایات ان الملائکة هی التی تجری بعض الحرکات الفلکیة.

(و ظاهره) ای ظاهر کلام الشهید (ان عدم القول بذلک) ای

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۲۹

لعدم المقتضی له- و هو الدلیل- لا لوجود المانع منه، و هو انعقاد الضرورة علی خلافه فهو ممکن غیر معلوم الوقوع.

و لعل وجهه ان الضروری عدم نسبة تلک الافعال الی فاعل مختار باختیار مستقل مغایر لاختیار اللّه کما هو ظاهر قول المفوضة.

یکون الاثر من الکواکب مع کون اللّه هو المؤثر الاعظم ککون الاثر من الطبیب و الزارع مع ان اللّه هو المؤثر الاعظم (لعدم المقتضی له- و هو الدلیل لا لوجود المانع منه، و هو انعقاد الضرورة علی خلافه فهو) ای کون الکواکب هی المؤثرات (ممکن) فی ذاته (غیر معلوم الوقوع).

(و لعل وجهه) عدم کونه فی نفسه مخالفا للدین، و انما لا نقول به لعدم الدلیل (اذ الضروری) البدیهی (عدم نسبة تلک الافعال الی فاعل مختار باختیار مستقل مغایر لاختیار اللّه) بان یکون اللّه سبحانه فوض تلک الافعال الحادثة فی الارض الی الکواکب حتی أنها تفعل کل شیء مستقلا، کما یفعل الانسان المصنوعات الجزئیة بإرادة مستقلة (کما هو ظاهر قول المفوضة) فانهم یزعمون ان اللّه سبحانه فوض الامر کله الی النبی و الامام و قسم آخر منهم یزعمون ان اللّه سبحانه فوض جمیع الاعمال الی البشر من دون مدخلیة له اصلا- و هؤلاء مفوضة فی مقابل المجبرة بخلاف القسم الاول من المفوضة، و کلا القولین باطل.

اما قول الامام علیه السلام فی خطبة نهج البلاغة «نحن صنائع اللّه و الناس بعد صنائع لنا» فمعناه انهم یفعلون بامر اللّه و ارادته کما ان ملک الموت یقبض الارواح بامره سبحانه، و هذا غیر التفویض الّذی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۳۰

اما استنادها الی الفاعل بإرادة الله المختار بعین مشیته و اختیاره حتی یکون کالآلة بزیادة الشعور و قیام الاختیار به، بحیث یصدق انه فعله و فعل الله فلا.

اذ المخالف للضرورة انکار نسبة الفعل الی الله تعالی علی وجه

زعمه جماعة من الغلاة- و تفصیل الکلام فی کتب اصول الدین-.

(اما استنادها) ای الافعال (الی الفاعل بإرادة الله) ای الّذی یفعل و لکن لا بإرادة نفسه بل بإرادة الله تعالی فاذا اراد الله خلق زید فعله الکواکب الکذائی کما ان اللّه اذا اراد قبض روح زید أماته ملک الموت (المختار) صفة «الفاعل» ای یختار الفاعل اختیارا- (بعین مشیته) و ارادته (و اختیاره) سبحانه، فاختیاره من اختیار الله تعالی (حتی یکون) الکواکب (کالآلة بزیادة الشعور) مثلا المنشار آلة و لکن لا شعور له، و لکن ملک الموت آلة و له شعور (و قیام الاختیار به بحیث یصدق انه فعله و فعل الله) باعتبارین فباعتبار انه المباشر یقال انه فعله، و باعتبار ان الله هو القابض للروح حقیقة یقال انه فعل الله، و لذا ورد تارة «قُلْ يَتَوَفّٰاكُمْ مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ» و تارة «اللّٰهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهٰا» و کذلک معاجز الأنبیاء فهی تارة تنسب إلیهم لانهم المباشرون لاظهارها، و تارة الی الله تعالی لانه سبحانه فاعل تلک المعاجز (فلا) جواب «اما» ای لیس استناد الافعال الی فاعل مختار بمنزلة الآلة ضروری العدم حتی یستلزم

القول به الکفر.

(اذ المخالف للضرورة انکار نسبة الفعل الی الله تعالی علی وجه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۱

الحقیقة لا اثباته لغیره أیضا، بحیث یصدق انه فعله.

«نعم» ما ذکره الشهید من عدم الدلیل علیه حق، فالقول به تخرص و نسبة فعل الله الی غیره بلا دلیل، و هو قبیح.

و ما ذکره- قدس سره- کأن مأخذه ما فی الاحتجاج عن هشام بن الحکم قال سأل الزندیق أبا عبد الله- علیه السلام- فقال: «ما تقول فیمن یزعم ان هذا التدبیر الّذی یظهر فی هذا العالم تدبیر النجوم السبعة؟ قال- علیه السلام-: یحتاجون الی دلیل ان هذا العالم الاکبر

الحقیقیة) بان یقول الشخص ان الفعل الکذائی لیس فعل الله حقیقة (لا) ان الضروری انکار (اثباته لغیره) تعالی (أیضا، بحیث یصدق انه فعله) ای فعل ذلک الغیر.

(«نعم» ما ذکره الشهید) فی القواعد (من عدم الدلیل علیه) و أنه لم یدل علی نسبة الافعال الی الاجرام العلویة (حق فالقول به تخرص) و قول بدون دلیل (و نسبة فعل الله الی غیره بلا دلیل، و هو قبیح) قوله «و نسبة» عطف علی «تخرص».

(و ما ذکره) الشهید (قدس سره) من ان القول بذلک قول بلا دلیل (کأن مأخذه ما فی الاحتجاج عن هشام بن الحکم قال سأل الزندیق أبا عبد الله- علیه السلام- فقال: «ما تقول فیمن یزعم ان هذا التدبیر الّذی یظهر فی هذا العالم تدبیر النجوم السبعة؟) القمر و العطارد و الزهرة و الشمس و المریخ و المشتری و الزحل (قال- علیه السلام-:

یحتاجون الی دلیل ان هذا العالم الاکبر) المشاهد من الامور الکونیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۲

و العالم الاصغر من تدبیر النجوم التی تسبح فی الفلک، و تدور حیث دارت، منقبة لا تفتر، و سائرة لا تقف.

ثم قال- علیه السلام-: و ان کل نجم منها موکل مدبر فهی بمنزلة العبید المأمورین المنهیین، فلو کانت قدیمة ازلیة لم تتغیر من حال الی حال، الخبر

(و العالم الاصغر) ای الانسان (من تدبیر النجوم التی تسبح فی الفلک و تدور حیث دارت منقبة لا تفتر، و سائرة لا تقف).

و کان الامام- علیه السلام- وصف «النجوم» بقوله «تسبح» الخ اشارة الی عدم کونها ازلیة اذ القدیم لا یتغیر- کما اشار الی ذلک فیما یأتی من کلامه علیه السلام- فکأنه علیه السلام اراد بیان امرین: الاول- ان کون شیء خالقا یحتاج الی الدلیل. الثانی- ان النجوم لا یعقل ان تکون خالقة بالاستقلال، و لعله علیه السلام اراد ردّ طائفتین: من یزعم ان الافلاک و النجوم قدیمة کما یقوله جمع من فلاسفة یونان. و من یزعم انها خالقة بالاستقلال و ان لم تکن قدیمة (ثم قال- علیه السلام- و ان کل نجم منها موکل مدبر فهی بمنزلة العبید المأمورین المنهیین، فلو کانت قدیمة ازلیة لم تتغیر من حال الی حال، الخبر).

الظاهر ان «موکل» و «مدبر» بصیغة المفعول. ای ان کل کوکب وکّل به الملائکة- کما ورد فی الاحادیث ان الشمس تجرها کثرة من الملائکة و ان کل کوکب دبر الله امره، فهی لیست آمرة ناهیة- کما یزعم الفلاسفة- و انما هی مأمورة منهیة، و انما قال «بمنزلة العبید» و لم یقل «عبید» لان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۳

و الظاهر ان قوله- علیه السلام- «بمنزلة العبید المأمورین المنهیین» یعنی: فی حرکاتهم، لا انهم مأمورون بتدبیر العالم بحرکاتهم فهی مدبرة باختیاره المنبعث عن امر الله تعالی.

«نعم» ذکر المحدث الکاشانی فی الوافی- فی توجیه البداء-.

للعبید اختیارا و إرادة، و لیس للانجم اختیار و لا إرادة فهی «بمنزلة العبید» فی کون امرها الی مولاها.

ثم انه قد ثبت فی علم الکلام التنافی بین القدم و التغیر، اذ التغیر یلازم الحدوث، و الحادث لیس بقدیم، و لذا قال علیه السلام «فلو کانت قدیمة الخ».

(و الظاهر ان قوله- علیه السلام- «بمنزلة العبید المأمورین المنهیین» یعنی: فی حرکاتهم) فهی تتحرک الی جهة وفق امر الله و لا تتحرک الی اخری وفق نهی الله عن الحرکة الی تلک الجهة الاخری (لا) ان مراده علیه السلام (انهم مأمورون بتدبیر العالم بحرکاتهم) ای ان الله امرهم بحرکات، و تلک الحرکات تدبر امر العالم (فهی مدبرة باختیاره المنبعث) ذلک الاختیار (عن امر الله تعالی) قوله «فهی» من تتمة «المنفی» ای لیس الأمر کذلک.

(«نعم» ذکر المحدث الکاشانی فی الوافی- فی توجیه البداء-) و معناه بالنسبة الی الله سبحانه، و انه کیف یمکن البداء فی حقه تعالی و هو یعلم کل شیء.

اقول: «البداء»: هو الاظهار بعد الاخفاء، و هو المراد حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۴

کلاما ربما یظهر منه مخالفة المشهور.

حیث قال: «اعلم ان القوی المنطبعة الفلکیة لم تحط بتفاصیل ما سیقع من الامور دفعة واحدة لعدم تناهی تلک الامور، بل انما تنقش فیها

ینسب البداء الی الله تعالی، لان المراد الظهور بعد الخفاء.

ان قلت: اذا کان الله یعلم ان زید الا یموت مثلا من هذا المرض فما وجه الصدقة و الدعاء و ما اشبه؟.

قلت: ان الله یعلم ان زیدا لا یموت من هذا المرض، و یعلم ان سبب عدم موته الدواء و الدعاء و الصدقة فالله سبحانه یعلم بالامرین، کما ان الله یعلم ان زیدا یتزوج فیولد له، فلا یقال: ان الله اذا علم ان زیدا یولد له فما هو وجه الاحتیاج الی الزواج، و اذا علم ان زیدا لا یولد له فالازدواج لا تأثیر له.

و کیف کان فمسألة البداء من اوضح الواضحات التی لا غبار علیها، و لا یلزم منه جهل او نحوه، و تفصیل الکلام فی علم الکلام (کلاما ربما یظهر منه مخالفة المشهور) الذین قالوا بعدم کون الکواکب مدبرة للعالم- حتی تدبیرا منبعثا عن امر الله تعالی-.

(حیث قال: «اعلم ان القوی المنطبعة الفلکیة») ای القوی التی انطبقت فی الافلاک (لم تحط بتفاصیل ما سیقع من الامور) فی العالم احاطة (دفعة واحدة) و انما لم تحط دفعة واحدة (لعدم تناهی تلک الامور) و القوی الفلکیة متناهیة، فما یتناهی لا یمکن ان یحیط بما لا یتناهی، (بل انما تنقش فیها) ای فی القوی الفلکیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۵

الحوادث شیئا فشیئا فان ما یحدث فی عالم الکون و الفساد انما هو من لوازم حرکات الافلاک و نتائج برکاتها، فهی تعلم أنه کلما کان کذا کان کذا» انتهی موضع الحاجة

(الحوادث شیئا فشیئا) ای تدریجا (فان ما یحدث فی عالم الکون و الفساد) «هذا العالم یسمی بالکون و الفساد» لان الامور تتکون و توجد فیها ثم تفسد و تفنی و تضمحل (انما هو من لوازم حرکات الافلاک و نتائج برکاتها فهی) ای الافلاک (تعلم أنه کلما کان

کذا کان کذا») ای انه کلما کان مثلا الدعاء کان دفع البلاء.

و کان الکاشانی اراد بهذا ان ظهور «ان زیدا لا یموت» فی الافلاک انما یکون بعد «الدعاء» اما قبله فلم یکن ذلک ظاهرا و منقوشا فیها- و هذا هو معنی البداء-.

و لا یخفی مواضع النظر فی کلامه اذ- أولا- لم یثبت علم الافلاک.

و ثانیا- عدم تناهی المخلوقات غیر تام اذ: المخلوق مهما امتد طولا او عرضا فهو متناه و إلا خرج عن کونه مخلوقا.

و ثالثا- لو کانت الافلاک متناهیة لم یمکن ان تحیط بغیر المتناهی اطلاقا، و لو تدریجا، و اذا لم تکن متناهیة امکن ان تحیط بالاشیاء دفعة واحدة.

و رابعا- کون ما فی هذا العالم من لوازم حرکات الافلاک اوّل الکلام فأی دلیل علی ذلک.

و خامسا- ان ما ذکره هو معنی البداء، خلاف ظاهر الاخبار، بل و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۶

و ظاهره أنها فاعلة بالاختیار، لملزومات الحوادث.

و بالجملة فکفر المعتقد بالربط علی هذا الوجه الثانی لم یظهر من الاخبار.

و مخالفته لضرورة الدین لم یثبت أیضا، اذ: لیس المراد العلیة التامة کیف و قد حاول المحدث الکاشانی بهذه المقدمات اثبات البداء!

خلاف الادلة العقلیة.

و کیف کان فهذا الکلام من فروع القول بالعقول العشرة الّذی ثبت خلافه کما فصل فی شرح التجرید و غیره فراجع.

(و) کیف کان فان (ظاهره انها فاعلة بالاختیار لملزومات الحوادث) ای للحرکة التی یلزم منها الحوادث الکونیة فالحرکة «ملزومة» و الحوادث «لازمة»

(و بالجملة فکفر المعتقد بالربط) بین الحرکات الفلکیة و الحوادث الارضیة (علی هذا الوجه الثانی) سواء قلنا أنها کالآلة بلا شعور أو انها کملک الموت بالارادة و الاختیار (لم یظهر من الاخبار).

(و) لا- من الادلة العقلیة و النقلیة، کما ان (مخالفته) ای اعتقاد الربط المذکور (لضرورة الدین لم یثبت أیضا، اذ لیس المراد) بهذا النحو من الربط (العلیة التامة) للافلاک، بالنسبة الی الأمور الکونیة و (کیف) یراد بهذا النحو من الربط العلیة التامة (و قد حاول المحدث الکاشانی بهذه المقدمات) التی من جملتها الربط بین الکواکب و الحوادث (اثبات البداء) و دفع الاشکال عن بعض صفات الله تعالی، فهل یعقل ان ینکر وجود الله تعالی من یرید اثبات بعض صفاته.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۳۷

«الثالث»- استناد الافعال إلیها کاستناد الاحراق الی النار.

و ظاهر کلمات کثیر ممن تقدم کون هذا الاعتقاد کفرا، الا انه قال شیخنا المتقدم فی القواعد- بعد الوجهین الاولین-: و اما ما یقال من استناد الافعال إلیها کاستناد الاحراق الی النار و غیرها من العادیات، بمعنی ان الله تعالی اجری عادته: انها اذا کانت علی شکل مخصوص او وضع مخصوص

و ان شئت قلت: «الربط بین الافلاک و الحوادث» مما یدفع الاشکال عن بعض صفات الله تعالی، فکیف یمکن ان یکون «القول بالربط» مخالفا للأصول أو لضروری الدین؟.

(«الثالث»-) من وجوه ربط الحركات الفلكية بالكائنات الارضية (استناد الافعال إليها كاستناد الاحراق الى النار) بان تكون الكواكب فاعلة بالقسر.

(و ظاهر كلمات كثير ممن تقدم) من العلماء (كون هذا الاعتقاد كفرا الا انه قال شيخنا المتقدم) الشهيد الاول- رحمه الله- (فى القواعد- بعد الوجهين الاولين-) اى كونها مستقلة بالتأثير، و المؤثرة مع كون المؤثر الاعظم هو الله سبحانه (و اما ما يقال من استناد الافعال إليها كاستناد الاحراق الى النار و غيرها) اى غير النار (من العاديات) كاستناد التبريد الى الثلج و ما اشبه (بمعنى ان الله تعالى اجرى عادته أنها) اى الكواكب (اذا كانت على شكل مخصوص) من القرب و البعد و الاقتران و ما اشبه (او وضع مخصوص) ككونه فى الاوج او الحضيض، او ان المراد بالشكل هذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٨

يفعل ما ينسب إليها، و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الادوية و الأغذية بها مجازا باعتبار الربط العادى، لا الربط العقلى الحقيقى، فهذا لا يكفر معتقده لكنه مخطئ، و ان كان اقل خطاء من الاول لان وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم و لا اكثرى انتهى.

المعنى، و كونه فى وضع مخصوص المعنى الاول (يفعل ما ينسب إليها، و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الادوية و الاغذية بها) اى بالادوية و الاغذية (مجازا) اى كون النسبة مجازا، و الا فالنسبة الحقيقية الى الله تعالى، فالنسبة الى المسببات (باعتبار الربط العادى لا الربط العقلى الحقيقى، فهذا) الاعتقاد (لا يكفر معتقده) لانه ليس مصادما مع اصل من اصول الدين (لكنه مخطئ، و ان كان اقل خطاء من الاول) الّذى يزعم التأثير لها و لكن المؤثر الاعظم هو الله سبحانه بمعنى أن لها حياة.

و انما نقول بانه مخطئ اذا اعتقد كونه سببا عاديا (لان وقوع هذه الآثار) الارضية (عندها) اى عند تلك الاشكال و الاوضاع للاجرام (ليس بدائم و لا اكثرى انتهى) و لو كانت اسبابا عادية لكانت الآثار دائمية كاحراق النار او اكثرية كاسهال السقمونيا.

و قوله «ان الله اجرى عادته» بناء على ان ظهور الآثار عند وجود الاسباب من باب عادة الله كما ذهب الى ذلك جمع من الحكماء، قال السبزوارى:

«و هل بتوليد أو اعداد ثبت» «او بالتوافى عادة الله جرت».

«و جرى عادة خطاء شديدا» «و ليست العلية توليدا».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٩

و غرضه من التعليل المذكور الاشارة الى عدم ثبوت الربط العادى لعدم ثبوته بالحس، كالحرارة الحاصلة بسبب النار، و الشمس، و برودة القمر، و لا بالعادة الدائمة و لا الغالبة، لعدم العلم بتكرر الدفعات كثيرا حتى يحصل العلم او الظن.

«ثم» على تقديره فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث فلعل الأمر بالعكس او كلتاهما مستندتان

«ثم» لا يخفى ان تخطئة الشهيد و غيره من العلماء لمن يقول بالتأثير العادى انما يريدون التأثير مطلقا لا مثل تأثير الشمس فى الفصول و ما اشبه مما هو معلوم واضح.

(و) كيف كان ف (غرضه) اى الشهيد (من التعليل المذكور) اى قوله «لان وقوع» (اشارة الى عدم ثبوت الربط العادى، لعدم ثبوته بالحس كالحرارة الحاصلة بسبب النار، و الشمس، و برودة القمر و لا بالعادة الدائمة) التى لا تتخلف (و لا الغالبة) التى يغلب وجود المسبب عند وجود السبب (لعدم العلم بتكرر الدفعات كثيرا حتى يحصل العلم او الظن) باستناد تلك الحوادث الى تلك الاسباب.

(«ثم» على تقديره) اى تقدير وجود العادة الدائمة او الغالبة (فليس فيه) اى فى ذلك التلازم او الغلبة بين الحركات و بين المسببات (دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث) التى ترى بعد تلك الحركات (فلعل الأمر بالعكس) و ان حدوث هذا الشيء فى

الأرض سبب حدوث ذلک الشیء فی السماء (او کلتاهما) ای الحرکات السماویة و الارضیة (مستندتان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۰

الی مؤثر ثالث، فیکونان من المتلازمین فی الوجود.

و بالجملة- فمقتضی ما ورد من انه «ابی الله ان یجری الاشیاء الا باسبابها» کون کل حادث مسببا، و اما ان السبب هی الحرکة الفلکیة او غیرها فلم یثبت و لم یثبت أیضا کونه مخالفا لضرورة الدین، بل فی بعض الاخبار ما یدل بظاهره علی ثبوت التأثیر للکواکب.

مثل ما فی الاحتجاج عن ابان بن تغلب- فی حدیث الیمانی الّذی دخل علی أبی عبد الله- علیه السلام- و سماه باسمه الّذی لم یعلمه احد و هو سعد فقال له: «یا سعد و ما صناعتک قال انا من اهل بیت ننظر فی النجوم- الی ان قال-

---

الی مؤثر ثالث، فیکونان من المتلازمین فی الوجود) کالنور و الحرارة للشمس، لا ان احداهما مستندة الی الأخری، فالقول بان هذه المسببات مستندة الی تلک الحرکات تخرص بدون دلیل.

(و بالجملة- فمقتضی ما ورد من انه ابی الله ان یجری الاشیاء الا باسبابها کون کل حادث مسببا) عن سبب (و اما ان السبب) فی الامور الارضیة (هی الحرکة الفلکیة أو غیرها فلم یثبت و) کذلک (لم یثبت أیضا کونه مخالفا لضرورة الدین) حتی یکون المعتقد لذلک کافرا (بل فی بعض الاخبار ما یدل بظاهره علی ثبوت التأثیر للکواکب) فی الجملة.

(مثل ما فی الاحتجاج عن ابان بن تغلب- فی حدیث الیمانی الّذی دخل علی ابی عبد الله- علیه السلام- و سماه) ای الصادق علیه السلام (باسمه الّذی لم یعلمه احد، و هو سعد- فقال له: «یا سعد و ما صناعتک؟ قال) سعد: (انا من اهل بیت ننظر فی النجوم- الی ان قال-)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۱

(ع) ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت الابل؟ فقال: ما ادری. قال علیه السلام: صدقت فقال علیه السلام: ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت البقر؟ قال: ما ادری قال علیه السلام: صدقت فقال: ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت الکلاب؟ قال: ما ادری قال (ع) صدقت فی قولک: لا ادری فما زحل عندکم فی النجوم؟ فقال سعد الیمانی: نجم نحس! فقال أبو عبد الله علیه السلام لا تقل هذا فانه نجم امیر المؤمنین- علیه السلام و هو نجم الأوصیاء و هو النجم الثاقب الّذی قال الله تعالی: فی کتابه.

الامام (علیه السلام: ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت الابل؟) ترید السفاد و الازدواج (فقال: ما ادری. قال علیه السلام: صدقت. فقال علیه السلام: ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت البقر؟ قال: ما ادری.

قال علیه السلام صدقت. فقال: ما اسم النجم الّذی اذا طلع هاجت الکلاب؟ قال: ما ادری. قال علیه السلام: صدقت فی قولک لا ادری).

و هذا ظاهر فی علیة طلوع تلک الکواکب لهیجان هذه الحیوانات.

اما احتمال ان یکون سؤال الامام من باب التعجیز فهو خلاف الظاهر، و ذلک بان لا یکون هناک نجم هکذا، کما ان احتمال ان یکون طلوع النجم وقتا للهیجان لا سببا أیضا خلاف الظاهر.

فقال علیه السلام (فما زحل عندکم فی النجوم؟) ای بایة صفة من السعد و النحس (فقال سعد الیمانی: نجم نحس! فقال) له (ابو عبد الله (ع): لا تقل هذا فانه نجم امیر المؤمنین- علیه السلام- و هو نجم الأوصیاء و هو النجم الثاقب الّذی قال الله تعالی: فی کتابه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۴۲

و فی روایة المدائنی عن الکافی عن ابی عبد الله- علیه السلام-:

قـال «ان الله خلق نجما فی الفلک السابع، فخلقه من ماء بارد، و خلق سائر النجوم الجاریات من ماء حار، و هو: نجم الأوصـیاء و الأنبیاء و هو نجم امیر المؤمنین، یأمر بالخروج من الدنیا و الزهد فیها، و یأمر بافتراش

لا یخفی ان النجم لا یکون بذاته سعدا أو نحسا، و انما تکون نحوسته أو سعوده بواسطة التعلق بشیء او بواسطة تأثیره فی اثر خاص حسنا او سیئا و المنجمون انما یعتبرون زحل نحسا لانه یتعلق ببعض الشرور الکونیة علی زعمهم- کما قال سبحانه «وَ نَبْلُوکُمْ بِالشَّرِّ وَ الْخَیْرِ فِتْنَةً» و کلام الامام- علیه السلام- تنبیه الی أنه مربوط بالامام و الأوصیاء، و لعل معنی الارتباط من قبیل ارتباط الدار بالانسان، أو من قبیل ارتباط النور بالشمس و سیأتی توضیح لذلک.

(و فی روایة المدائنی المرویة عن الکافی عن أبی عبد الله- علیه السلام- قال «ان الله خلق نجما فی الفلک السابع، فخلقه من ماء بارد و خلق سـائر النجوم الجاریـات من مـاء حار، و هو) ای النجم الّذی فی الفلک السابع (نجم الأوصـیاء و الأنبیاء و هو نجم امیر المؤمنین، یأمر) اما بمعنی الامر التکوینی، و ان من طبیعته اشعاع هذا الامر فی النفوس کما ان من طبیعة الشمس اشعاع الحرارة الی الاجسام، او بمعنی الامر حقیقة- کاوامر الناس- لکن بلغة خاصة یعرفها الأنبیاء و الائمة (بالخروج) ای بخروج القلب (من الـدنیا) کما قال- علیه السلام- «اخرجوا من الدنیا قلوبکم من قبل ان تخرج منها ابدانکم» (و الزهد فیها و یأمر بافتراش

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۴۳

التراب و توسد اللبن، و لباس الخشن و اکل الجشب، و ما خلق الله نجما اقرب الی الله منه».

و الظاهر ان امر النجم بما ذکر من المحاسن کنایة عن اقتضائه لها.

«الرابع»- ان یکون ربط الحرکات بالحوادث، من قبیل ربط الکاشف و المکشوف.

و الظاهر ان هذا الاعتقاد لم یقل احد بکونه کفرا.

التراب و توسـد اللبن) جمع لبنة علی وزن کلم و کلمة، (و لباس الخشن و اکل الجشب) ای الاطعمة غیر اللذیذة (و ما خلق الله نجما اقرب الی الله منه) ای قربا معنویا بمعنی اکثریة لطف الله له کما ان معنی قرب الانسان إلیه تعالی کونه سبحانه اکثر لطفا إلیه.

(و الظاهر ان امر النجم بما ذکر من المحاسن) فی هذه الروایة (کنایة عن اقتضائه لها) کما ان الظاهر ان المراد بالنجم «زحل» حسب ما ثبت کونه فی الفلک السابع، و حسب ما تقدم فی الروایة السابقة من انه نجم الامام و سائر الأوصیاء.

(«الرابع»)- من وجوه ارتباط الحرکات الفلکیـة بالکائنات الارضیـة (ان یکون ربط الحرکات) الفلکیة (بالحوادث) الارضیـة (من قبیل ربط الکاشف و المکشوف) فحرکة کذا فی الفلک تدل و تکشف عن وقوع شیء فی الارض.

(و الظاهر ان هـذا الاعتقاد لم یقل احـد بکونه کفرا) فانه من قبیل کشف النور فی جانب الشـرق عنـد الصـبح عن خروج الشـمس بعد ساعة و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۴۴

قال شـیخنا البهائی- رحمه الله- بعـد کلامه المتقـدم الظاهر فی تکفیر من قال بتأثیر الکواکب أو مـدخلیتها ما هذا لفظه «و ان قالوا: ان اتصالات تلک الاجرام و ما یعرض لها من الاوضاع علامات علی بعض حوادث هـذا العالم مما یوجـده الله سـبحانه بقـدرته و ارادته، کمـا ان حرکـات النبض و اختلافـات اوضاعه علامات یسـتدل بها الطبیب علی ما یعرض للبـدن من قرب الصـحة و اشـتداد المرض و نحوه، و کما یستدل باختلاج بعض الاعضاء علی بعض الاحوال المستقبلة، فهذا لا مانع منه و لا حرج فی اعتقاده، و ما روی

نصف عن ذلک الموضع او وصول النجم الکذائی الی وسط السماء من انتصاف اللیل او ما اشبه.

(قال شیخنا البهائی- رحمه الله- بعد کلامه المتقدم الظاهر) ذلک الکلام (فی تکفیر من قال بتأثیر الکواکب او مدخلیتها) فی التأثیر (ما هذا لفظه «و ان قالوا) ای المنجمون (: ان اتصالات تلک الاجرام) بالاقتران و الاقتراب و ما اشبه (و ما یعرض لها من الاوضاع علامات علی بعض حوادث هذا العالم مما یوجده الله بقدرته و ارادته) و للاوضاع الفلکیة مجرد الکشف (کما ان حرکات النبض و اختلافات اوضاعه علامات یستدل بها الطبیب علی ما یعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه، و کما یستدل باختلاج) و ضربان (بعض الاعضاء علی بعض الاحوال المستقبلة) کما هو مذکور فی علمی الطب و التشریح (فهذا لا مانع منه و لا حرج فی اعتقاده، و ما روی) من النهی عن علم النجوم محمول علی غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۴۵

فی صحة علم النجوم و جواز تعلمه محمول علی هذا المعنی» انتهی.

و مما یظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء علی المنجمین ما تقدم من قول العلامة- رحمه اللّه- «ان المنجمین بین قائل بحیاة الکواکب و کونها فاعلة مختارة، و بین من قال انها موجبة».

و یظهر ذلک من السید- رحمه اللّه- حیث قال- بعد اطالة الکلام فی التشنیع علیهم- ما هذا لفظه المحکی «و ما فیهم احد یذهب الی ان

هذا المعنی و ما ورد (فی صحة علم النجوم و جواز تعلمه) کروایة الامام أمیر المؤمنین علیه السلام: انما العلوم اربع کما تقدم، و غیره (محمول علی هذا المعنی) فلا تنافی بین الطائفة المانعة و الطائفة المجوزة (انتهی) کلام الشیخ البهائی.

(و مما یظهر منه خروج هذا) المعنی من معانی التنجیم (عن مورد طعن العلماء علی المنجمین ما تقدم من قول العلامة- رحمه اللّه- «ان المنجمین بین قائل بحیاة الکواکب و کونها فاعلة مختارة، و بین من قال انها) فاعلة (موجبة).

فمن المعلوم ان العلامة لم یحسب من لا یقول بالفاعلیة اصلا فی عداد المنجم حتی ینصب علیه الطعن الّذی ذکره فی کلامه.

(و یظهر ذلک) ای خروج هذا القسم من مورد طعن العلماء (من السید) المرتضی (- رحمه اللّه- حیث قال- بعد اطالة الکلام فی التشنیع علیهم- ما هذا لفظه المحکی «و ما فیهم) ای فی المنجمین (احد یذهب الی ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۱۴۶

اللّه تعالی اجری العادة بان یفعل عند قرب بعضها من بعض أو بعده افعالا من غیر ان یکون للکواکب بانفسها تأثیر فی ذلک، قال: و من ادعی منهم هذا المذهب الآن فهو قائل بخلاف ما ذهب إلیه القدماء و متجمل بهذا المذهب عند اهل الاسلام» انتهی.

لکن ظاهر المحکی عن ابن طاوس- رحمه اللّه- انکار السید لذلک أیضا حیث انه بعد ما ذکر ان للنجوم علامات و دلالات

اللّه تعالی اجری العادة بان یفعل عند قرب بعضها من بعض) ای قرب بعض النجوم من بعض (او بعده) ای بعد بعض الکواکب عن بعض (افعالا) فینسب الافعال إلیه تعالی، لا الی الکواکب (من غیر ان یکون للکواکب بانفسها تأثیر فی ذلک) الفعل (قال) السید: (و من ادعی منهم هذا المذهب الآن) بان اللّه اجری العادة بخلق الشیء الفلانی عند وضع خاص للکواکب (فهو قائل بخلاف ما ذهب إلیه القدماء) من المنجمین (و متجمل) ای جمل نفسه (بهذا المذهب) الّذی یلائم الدین (عند اهل الاسلام اه) فان الظاهر من السید ان هذا المذهب لا یخالف العقیدة الاسلامیة حتی ان القائل به انما یقول للمجاملة مع المسلمین و لو کان مخالفا لاهل الاسلام لم یکن ستارا یتستر به.

(لکن ظاهر المحکی عن ابن طاوس- رحمه اللّه- انکار السید) المرتضی- رحمه اللّه- (لذلک) الاعتقاد بان النجوم علامات و ان اللّه

اجری عـادته بخلق شـیء معین عنـد وضع خـاص للنجوم (أیضا) کما انکر التأثیر (حیث انه بعـد ما ذکر) السـید ابن طاوس (ان للنجوم علامات و دلالات

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٧

علی الحادثات لکن یجوز للقادر الحکیم تعالی ان یغیرها بالبر و الصدقهٔ و الدعاء و غیر ذلک من الاسباب»، و جوز تعلم علم النجوم و النظر فیه و العمل به، اذا لم یعتقد انها مؤثرهٔ.

و حمل اخبار النهی علی ما اذا اعتقـد انها کـذلک، ثم انکر علی «علم الهـدی» تحریم ذلک، ثم ذکر لتأییـد ذلک اسـماء جماعـهٔ من الشیعهٔ کانوا عارفین به انتهی.

علی الحادثات لکن یجوز للقادر الحکیم تعالی ان یغیرها بالبر و الصدقـهٔ و الـدعاء و غیر ذلک من الاسـباب) التی توجب رفع الشـر و النحوسهٔ المقدرهٔ للانسان، کما کان المقدر موت تلک العروس لیلهٔ العرس لکن حیث تصدقت ارتفع ذلک الشر منها.

(و جوز) السید ابن طاوس (تعلم علم النجوم و النظر فیه و العمل به، اذا لم یعتقد) المتعلم (انها مؤثرهٔ).

(و حمل) ابن طاوس (اخبار النهی) عن النجوم (علی ما اذا اعتقد انها) ای النجوم (کذلک) ای مؤثرهٔ (ثم انکر علی علم الهدی) السید المرتضـی (تحریم ذلک) ای تحریم النظر حتی لمن یعتقـد انها لیست بمؤثرهٔ، و ان المؤثر هو اللّه سـبحانه (ثم ذکر) السـید ابن طاوس (لتأیید ذلک) الجواز الّذی ذهب إلیه- خلافا للسـید المرتضـی- (اسماء جماعهٔ من الشیعهٔ کانوا عارفین به انتهی) ای بعلم النجوم و لو کان النجوم حراما مطلقا لم یکن وجه لتعلم علماء الشیعهٔ له.

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٨

و ما ذکره ره حق الا ان مجرد کون النجوم دلالات و علامات لا یجـدی مع عـدم الاحاطهٔ بتلک العلامات، و معارضاتها، و الحکم مع عدم الاحاطهٔ لا یکون قطعیا، بل و لا ظنیا.

(و مـا ذکره) ابن طـاوس (ره حق) فـان للنجوم علامـات و دلالـت، و یجوز تعلم علم النجوم اذا لم یعتقـد بتأثیرهـا (الا ان مجرد کون النجوم دلالات و علامات لا یجدی) فی جواز الحکم علی طبقها.

و لعل الفرق بین العلامـهٔ و الـدلیل، ان بینهما عموما من وجه، فان زید الّذی یدلک علی دار عمرو یسـمی دلیلا، و لا یسـمی علامهٔ، و علم الثوب الّذی فیه طرائق یخالف لونها لون الثوب علامهٔ، و لیس دلیلا، و یجتمعان فی مثل علم الطریق فانه دلیل و علامهٔ.

او ان بینهما عموما مطلقا، فان کل علامهٔ دلیل و لیس کل دلیل علامهٔ.

و انمـا قلنـا: لاـ یجـدی، لاـنه (مع عـدم الاحاطـهٔ بتلـک العلامـات، و معارضاتها) کیف یجوز الحکم (و) ذلک، لان (الحکم مع عـدم الاحاطـهٔ لا یکون قطعیا، بل و لا ظنیا) فان من یعرف مثلا ان سـرعهٔ النبض دلیل الحمی فی الجملهٔ و لا یعلم فی ایّ مورد یکون ذلک دلیلا و لا یعلم ان المعارض لدلالـهٔ السـرعهٔ علی الحمی ما هو؟ کیف یمکن ان یسـتدل من سـرعهٔ النبض علی الحمی اذ لعل السـرعهٔ ناشئهٔ من الرکض، او من الخوف، او ما اشبه ذلک.

ثم ان قول المصنف «الا» اشکال اوّل علی ابن طاوس، حیث ان ظاهر کلام ابن طاوس جواز الحکم و اشکل المصنف علیه اشکالا ثانیا حیث ان ابن طاوس نسب الی السید انکار دلالهٔ النجوم، و الحال ان السید

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٩

و السید علم الهدی انما انکر من المنجم امرین، احدهما اعتقاد التأثیر، و قد اعترف به ابن طاوس.

و الثانی: غلبهٔ الاصابهٔ فی احکامهم، کما تقدم منه ذلک فی صدر المسألهٔ.

و هذا امر معلوم بعد فرض عدم الاحاطة بالعلامات، و معارضاتها.

لا ینکر دلالة النجوم.

(و) ذلک، لان (السید علم الهدی انما انکر من المنجم امرین، احدهما اعتقاد التأثیر) بان النجوم مؤثرات فی امور الارض (و قد اعترف به) ای بان النجوم لا تأثیر لها (ابن طاوس) ففی هذه النقطة لا خلاف بین السیدین.

(و الثانی: غلبة الاصابة فی احکامهم) ای ان اغلب احکام المنجمین اصابتها للخارج، فاذا قالوا شیئا کان الغالب صدقهم، فان السید المرتضی ینکر هذا (کما تقدم منه ذلک فی صدر المسألة).

حیث تقدم قوله «ان الخطأ الدائم المعهود انما هو فی الاحکام- ای احکام المنجم- حتی ان الصواب فیها عزیز».

(و هذا) الّذی ذکره السید المرتضی فی الامر الثانی (امر معلوم) و لا وجه لان ینکر ابن طاوس هذا الکلام من السید (بعد فرض عدم الاحاطة بالعلامات، و معارضاتها) کما فرضناه.

و الحاصل: ان لا مجال لانکار ابن طاوس علی السید، لان السید قال امرین اولهما ما یسلم ابن طاوس به، و ثانیهما امر معلوم لا یصح انکاره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۰

و لقد اجاد شیخنا البهائی أیضا حیث انکر الامرین.

و قال بعد کلامه المتقدم فی انکار التأثیر، و الاعتراف بالامارة و العلامة، اعلم: ان الامور التی یحکم بها المنجمون من الحوادث الاستقبالیة اصول بعضها مأخوذة من اصحاب الوحی سلام اللّه علیهم.

و بعضها یدعون لها التجربة.

و بعضها مبتن علی امور منشعبة، لا تفی القوة البشریة بضبطها و الاحاطة بها.

(و لقد اجاد شیخنا البهائی ره أیضا حیث انکر الامرین) الذین انکرهما السید قبله.

(و قال بعد کلامه المتقدم فی انکار التأثیر) للکواکب (و) فی (الاعتراف بالامارة و العلامة) ای ان النجوم أمارة و علامة للحوادث (اعلم: ان الامور التی یحکم بها المنجمون من الحوادث الاستقبالیة) مثلا ولادة مولود کذائی و انتصار الجیش او انکسارهم، و موت فلان و مرض فلان و نحو ذلک (اصول بعضها مأخوذة من اصحاب الوحی سلام اللّه علیهم) من الأنبیاء و الائمة و اصحابهم الخواص الذین کانوا یعرفون البلایا، و المنایا بارشاد منهم علیهم السلام.

(و بعضها یدعون لها التجربة) بانه اذا کان النجم الفلانی فی البرج الفلانی امطرت السماء، او صار القحط، او مات السلطان، او ما اشبه ذلک.

(و بعضها مبتن علی امور منشعبة، لا تفی القوة البشریة بضبطها و الاحاطة بها).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۱

کما یؤمی إلیه قول الصادق علیه السلام: کثیره لا یدرک، و قلیله لا ینتج.

و لذلک وجد الاختلاف فی کلامهم، و تطرق الخطأ الی بعض احکامهم

اذا کان القمر فی العقرب و کان فی فصل الصیف، و کان الزحل فی جوزاء و لم تکن الریح عاصفة، کان الزواج مبارکا، او المنجم لا یعرف من هذا الا ان القمر فی العقرب یوجب نحوسة الزواج، بینما هذا الزواج لیس نحسا حیث منع عن نحوسته المانع، او فقد شرطا.

(کما یؤمی إلیه) ای الی عدم ادراک الامور المنشعبة، فلا یمکن الحکم بادراک بعض الامور فقط (قول الصادق علیه السلام: کثیره) ای الکثیر من علم النجوم (لا یدرک) للمنجم، و ان کان یدرکه المعصوم بالهامه تعالی (و قلیله لا ینتج) علما، فلا یمکن الحکم علی طبق النجم.

(و لذلک وجد الاختلاف فی کلامهم، و تطرق الخطاء الی بعض احکامهم).

فهذا المنجم یقول: ان الجیش ینتصر، و الآخر یقول: انه ینکسر، و لیس مثل الریاضیات حیث انه لا خطأ فیها اصلا، فالکل یقول: ان أربعة فی أربعة ستة عشر، و ان المجهول یمکن تحصیله بضرب الطرفین المعلومین احدهما فی الآخر، و تقسیم الحاصل علی الوسط المعلوم، او بضرب الوسطین احدهما فی الآخر و تقسیم الحاصل علی الطرف المعلوم فحاصل التقسیم هو المجهول، لا یقال الخطأ و الاختلاف ینصرف الی قول الفقهاء و الاطباء و غیرهم من اهل الخبرة، فهل ان معنی ذلک عدم صحة کلامهم؟ لانه یقال: لا کلام فی ان المنجم اهل خبرة، و انما الکلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۲

و من اتفق له الجری علی الأصول الصحیحة صح کلامه، و صدقت احکامه، لا محالة، کما نطق به الصادق علیه السلام.

و لکن هذا امر عزیز المنال، لا یظفر به الا القلیل، و اللّه الهادی الی سواء السبیل، انتهی.

و ما افاده ره أولا: من الاعتراف بعدم بطلان کون الحرکات الفلکیة علامات.

و آخرا: من عدم النفع فی علم النجوم، الا مع الاحاطة التامة هو

فی ان ما یقوله لیس کله مطابقا، و هذا لا یصححه النقض باهل الخبرة فی سائر العلوم.

(و من اتفق له الجری علی الأصول الصحیحة صح کلامه، و صدقت احکامه لا محالة، کما نطق به الصادق علیه السلام).

فان قوله علیه السلام: کثیره لا یدرک، انه لو ادرک کان ما یقوله المنجم صحیحا، کما یدل علیه بعض الروایات الاخر الآتیة.

(و لکن هذا) الجری علی الأصول الصحیحة (امر عزیز المنال) «منال» مصدر «نال» ای: ادرک، ای قلیل النیل (لا یظفر به الا القلیل، و اللّه الهادی الی سواء السبیل، انتهی) کلام الشیخ البهائی ره.

(و ما افاده) البهائی (ره أولا: من الاعتراف بعدم بطلان کون الحرکات الفلکیة علامات) للاحداث الأرضیة.

(و آخرا: من عدم النفع فی علم النجوم، الا مع الاحاطة التامة) بالعلامات و ما یعارضها فی الدلالة (هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۳

الّذی صرح به الصادق علیه السلام، فی روایة هشام الآتیة، بقوله ان اصل الحساب حق.

و لکن لا یعلم ذلک الا من علم موالید الخلق.

الّذی صرح به الصادق علیه السلام، فی روایة هشام الآتیة، بقوله) علیه السلام (ان اصل الحساب حق) فانه دلیل الکلام الاول للبهائی ره.

(و لکن لا یعلم ذلک الا من علم موالید الخلق) فانه دلیل الکلام الآخر للبهائی ره.

و المراد ب: انه لا یعلم ذلک، ان الاحاطة اذا حصلت، علم الانسان موالید الخلق، و انه من یلد و فی ای وقت یلد، الی غیر ذلک.

و من المعلوم: ان هذا العلم خاص باللّه سبحانه، و بمن علّمه سبحانه، کالانبیاء و الائمة.

و من الواضح: انه یمکن ان یعلم بعض الناس بالعلم بعض ذلک، کما یعلم به ما فی الارحام.

و لا ینافی ذلک حصر علم ما فی الارحام فیه سبحانه، لان العلم الکامل بما فی الارحام من ذکر و انثی و خنثی، جمیل او قبیح، طویل

او قصیر، کریم او بخیل، شجاع او جبان، الی غیرها من الصفات الجسدیة النفسیة، و المستقبلیة، خاص به سبحانه.

و کذلک فی النجوم، بل کل العلوم، کل جزئیاتها خاصة باللّه سبحانه و بمن علّمهم سبحانه، و نتف منها یحصلها الانسان بالتعلم، فان فوق کل ذی علم من المخلوقین علیم، حتی ینتهی إلیه تعالی، حیث ان الی ربک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۴

و یدلّ أیضا علی کل من الامرین: الاخبار المتکثرة، فما یدل علی الاول- و هو ثبوت الدلالة و العلامة فی الجملة-.

مضافا الی ما تقدم من روایة سعد المنجم المحمولة بعد الصرف عن ظاهرها الدال علی سببیة طلوع الکواکب، لهیجان الابل، و البقر، و الکلاب

المنتهی.

(و یدل أیضا علی کل من الامرین) اصل الحساب حق، و لا یعلم ذلک الا من علم موالید الخلق (الاخبار المتکثرة، فما یدل علی الاول- و هو ثبوت الدلالة و العلامة فی الجملة-) «فی الجملة» بمعنی: لا لکل منجم، و انما لمن علم موالید الخلق.

و لیس المراد ان الثبوت الواقعی فی الجملة لانه الکل فی الکل.

(مضافا الی ما تقدم من روایة سعد المنجم المحمولة بعد الصرف عن ظاهرها) الظاهر (الدال علی سببیة طلوع الکواکب، لهیجان الابل، و البقر، و الکلاب).

و لا یخفی انه ان اراد بالخبر السببیة الحقیقیة، بدون ان یکون اللّه سبحانه جعل تلک، فاللازم الصرف، لکن هذا ما لا یریده الخبر.

و ان اراد السببیة المجعولة له تعالی، کجعله سبحانه النار سببا للإحراق، فلا وجه للصرف، بل قد ثبت فی العلم الحدیث ذلک، و لا منافات له لا للعقل و لا للنقل.

و کون الحرکات علامات لا ینافی کونها مؤثرات أیضا، کما ان النار التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۵

علی کونه أمارة و علامة علیه المروی فی الاحتجاج عن روایة دهقان المنجم الّذی استقبل امیر المؤمنین حین خروجه الی نهروان.

فقال له علیه السلام یومک هذا، یوم صعب

تشعل لاجل ارائة الطریق- فی الصحراء- علامة، و فی نفس الوقت مؤثرة فی طبخ الطعام أیضا، و الشهب علامة و قاتلة للشیاطین کما ورد (علی کونه أمارة و علامة) «علی» متعلق «بالمحمولة» (علیه) ای علامة علی هیجان الحیوانات المذکورة.

اما نفس الهیجان، فسببه اما ارادته تعالی مباشرة، او شیء کامن فی ابدان الحیوانات- مثلا- علی رأی المصنف.

قوله (المروی) خبر «فما یدل» (فی) کتاب (الاحتجاج) للطبرسی ره (عن روایة دهقان المنجم الّذی استقبل امیر المؤمنین) علیه السلام (حین خروجه الی) حرب اهل (نهروان) و هم الخوارج الذین انشقوا عن الامام فی قصة التحکیم الّذی صنعه معاویة و ابن العاص.

و لا یخفی: ان رضوخ الامام للتحاکم الی القرآن کان معناه: ارتیاب الناس بانه علیه السلام لا یعلم الحق لنفسه.

و اما وضوخه للحکم کان تحت وطأة الاضطرار، و کان هذا اهون الشرین لان انکساره عن الحکم لیس دلیلا الا علی ان الحکم لم یختره.

اما انکساره عن الاستدلال بالقرآن کان معناه: ان القرآن لا یؤیّده و لذا قبل بالحکم اضطرارا، و لم یقبل بالتحاکم الی القرآن اضطرارا.

(فقال) الدهقان: (له علیه السلام یومک هذا، یوم صعب) فی قضاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۵۶

قد انقلب منه كوكب و انقدح من برجك النيران، و ليس لك الحرب بمكان فقال عليه السلام له: ايها الدهقان المنبئ عن الآثار المحذر عن الاقدار ثم سأله عن مسائل كثيرة من النجوم، فاعترف الدهقان بجهلها، الى ان قال عليه السلام له:

اما قولك انقدح من برجك النيران،

الحاجات و الوصول الى الاهداف (قد انقلب منه كوكب) بان رؤى و قد سقط، او تقلب وجها الى وجه، دلالة على انقلاب الحال، و سقوط الكوكب رؤية من تموج الهواء لا حقيقة له، و منه تناثر النجوم لموت عالم و نحوه (و انقدح) اى ظهر (من برجك) اى البرج الّذى يطابق ولادتك او يطابق يومك هذا و هى الابراج الاثنى عشر المعروفة (النيران) ظهرت فيه الشهب (و ليس لك الحرب بمكان) اى لا موضع لنجاحك فى الحرب.

شیرازی، سید محمد حسینی، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۲، ص: ۱۵۶

(فقال عليه السلام له: ايها الدهقان المنبئ) اى المخبر (عن الآثار) آثار الكواكب فى الأرض (المحذر عن الاقدار) تحذر ان يكون تقدير الانسان سيئا، اذا تحرك فى هذا اليوم (ثم سأله) الامام عليه السلام (عن مسائل كثيرة من النجوم، فاعترف الدهقان بجهلها).

و قد اراد الامام بذلك ان يعرّفه انه جاهل فكيف يمكنه معرفة الخير و الشر، و الأثر و المؤثر، و السعد و النحس (الى ان قال) الامام (عليه السلام له:) ردا على موضع تكهنه بالنسبة الى خروج الامام و ان استنباطه باطل.

(اما قولك انقدح من برجك النيران) الّذى استنبطت منه الشرّ لى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۵۷

فكان الواجب ان تحكم به لى، لا علىّ اما نوره و ضيائه فعندى و اما حريقه و لهبه فذهب عنى، فهذه مسألة عميقة، فاحسبها ان كنت حاسبا.

و فى رواية اخرى: انه عليه السلام قال له: احسبها ان كنت عالما بالاكوار و الادوار قال لو علمت هذا

(فكان الواجب ان تحكم به) اى بانقداح النيران (لى) و لنفعى (لا على) و على ضررى.

و وجه انه لى، لا على، لانه (اما نوره و ضيائه فعندى) لانه اذا خرجت النار من مكان، انارت ذلك المكان (و اما حريقه و لهبه فذهب عنى) لان النار ابتعدت فلا أثر لها علىّ (فهذه مسألة عميقة، فاحسبها ان كنت حاسبا) كحجر الزناد اذا قدح، ظهرت النار فأضاءت الحجر، لكن ناره ابتعدت فلا توجب حرارة و تأثيرا فى الحجر.

و لعل الامام عليه السلام اراد بالمسألة العميقة، مسألة كمون النار فى الحجر، كما هو رأى فى علم الفيزياء.

و عليه: فالمراد بالحساب الدقة، لا التعداد، كما يقال: هل حسبت للامر الفلانى حسابه؟ قال تعالى «حَسِبَتْهُ لُجَّةً».

(و فى رواية اخرى: انه عليه السلام قال له: احسبها ان كنت عالما بالاكوار و الادوار) فان الفلك و كل شئ له دور يقطعه، و له كور اى هلاك قال تعالى: «إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ» اى ذهب ضيائها، اى ان كنت بمسير الاشياء و مصيرها.

ثم (قال) عليه السلام: (لو علمت هذا) الّذى اقوله، يا دهقان من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۵۸

لعلمت انک تحصی عقود القصب فی هذه الأجمة.

و فی الروایة الآتیة لعبد الرحمن بن سیابة، هذا حساب اذا حسبه الرجل، و وقف علیه، عرف القصبة التی فی وسط الأجمة و عدد ما عن یمینها، و عدد ما عن یسارها، و عدد ما خلفها، و عدد ما امامها، حتی

الادوار و الاکوار (لعلمت انک تحصی عقود القصب فی هذه الأجمة).

فکانه کانت هناک اجمة، و هی محل نبت القصب، فقال علیه السلام ان من یعلم النجوم یعلم کم عقدة فی الاجمة فان فی کل قصبة، عدة عقود، و فی الأجمة مئات الالوف من القصب و هذا من باب التعجیز مثل:

حتّی یلج الجمل فی سم الخیاط.

و الحاصل: ان علم الطالع و علم الادوار و الاکوار و علم عقود القصب کلها متلازمة، و حیث لا تعلم الادوار و الاکوار و لا عقود القصب لا تعلم الطالع أیضا.

(و فی الروایة الآتیة لعبد الرحمن بن سیابة) قال علیه السلام (هذا حساب اذا حسبه الرجل، و وقف علیه، عرف) ای معرفة (القصبة التی فی وسط الأجمة) وسطها من حیث المساحة لا من حیث اعداد ما علی اطرافها اذ لو ارید وسط الاعداد اکتفی من ذکر طرفین فقط.

اذ الطرفان الآخران- حینئذ کالطرفین الاولین، کما هو واضح- (و عدد ما عن یمینها، و عدد ما عن یسارها، و عدد ما خلفها و عدد ما امامها)

فان وسط المساحة یمکن ان یختلف اعداد کل ما عن جوانبه الاربع بخلاف وسط التعداد، فان کل جانبین لهما عدد متساو للآخر (حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۵۹

لا یخفی علیه شیء من قصب الأجمة.

و فی البحار، وجد فی کتاب عتیق عن عطاء، قال: قیل لعلی ابن ابی طالب علیه السلام: هل کان للنجوم اصل.

لا یخفی علیه شیء من) عدد (قصب الأجمة) و ذکر القصب من باب المثال و الا فالمراد کالشیء.

اذ: کیف یمکن ان یعرف الانسان المستقبل غیر الموجود، و کانکسار الامام علیه السلام فی الحرب، و لا یعرف الحاضر الموجود.

ثم انه قد تبین اشتباه الدهقان، فان الامام علیه السلام: انتصر فی نهروان علی الخوارج، کما انه انتصر فی الجمل، و کذلک انتصر فی صفین اذ مهمة الامام فی صفین کانت کشف معاویة، و انه لیس من حملة الاسلام و اللائقین بامارته.

و من هذا القبیل قوله سبحانه: إِنّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنا ... فِی الْحَیاةِ الدُّنْیا، فانهم علیهم السلام یریدون کشف الطغاة، و نشر حسن الحسن، و قبح القبیح، و کلهم علیهم السلام قد تمکنوا من الامرین.

و الحاصل: ان مهمتهم مبدئیة لا عسکریة، فان انتصروا عسکریا فیها و نعمت الزیادة و ان لم ینتصروا عسکریا فقد ادوا مهمتهم و انتصروا فیما یبغونه

(و فی البحار، وجد فی کتاب عتیق عن عطاء، قال: قیل لعلی ابن ابی طالب علیه السلام: هل کان ل) علوم (النجوم) المتداولة عند المنجمین ما یحکمون بها علی المستقبل (اصل) صحیح، ثم ذهب و بقیت منه اثارة مختلطة صحیحها بباطلها، أم لا اصل لها؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۰

قال نعم، نبی من الأنبیاء قال له قومه انا لا نؤمن بک حتی تعلمنا بدء الخلق، و آجالهم.

فاوحی الله عز و جل الی غمامة فامطرتهم، و استنقع حول الجبل ماء صافیا ثم اوحی الله الی الشمس و القمر و النجوم ان تجری فی

الماء ذلک ثم اوحی الله الی ذلک النبی ان یرتقی هو و قومه الی الجبل فارتقوا الجبل،

(قال) علیه السلام: (نعم نبی من الأنبیاء قال له قومه انا لا نؤمن بک حتی تعلمنا بدء الخلق) ای زمان ولادة الموالید، و انه لمن یولد، و فی ای وقت یولد.

و یحتمل ان یکون المراد کیف بدء خلق الکون.

لکن الظاهر الاول بقرینة قوله: (و آجالهم) ای مدة بقاء کل انسان او وقت موته، مثل قوله: کَیْفَ یُبْدِئُ اللَّهُ الْخَلْقَ.

و لعلهم ارادوا ذلک من النبیّ علامة لصدق نبوته.

(فاوحی الله عز و جل) ای امر (الی غمامة فامطرتهم، و استنقع) ای وقف، و باب الاستفعال هنا لیس بمعنی الطلب (حول الجبل) الّذی کان هناک (ماء صافیا ثم اوحی الله الی الشمس و القمر و النجوم ان تجری) امثالها (فی الماء ذلک) فان کلا من هذه الاجرام العلویة تقع اشباحها فی الماء.

و الظاهر انه لیس المراد سیرا خاصا لها، و انما وقع شبحها فی الماء بسیرها الطبیعی، فان کل سیرها بامره سبحانه و ارادته.

(ثم اوحی الله الی ذلک النبی ان یرتقی هو و قومه الی الجبل، فارتقوا الجبل) و الظاهر انهم بقوا هنالک نهارا و لیلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۱

فقاموا علی الماء، حتی عرفوا بدء الخلق، و آجالهم بمجاری الشمس، و القمر، و النجوم، و ساعات اللیل و النهار و کان احدهم یعرف متی یموت و متی یمرض، من ذا الّذی یولد له، و من ذا الّذی لا یولد له فبقوا کذلک برهة من دهرهم.

ثم ان داود قاتلهم علی الکفر، فاخرجوا الی داود علیه السلام فی القتال من لم یحضر اجله، و من حضر اجله خلّفوه فی بیوتهم.

(فقاموا) ای وقفوا و اطلعوا (علی الماء، حتی عرفوا بدء الخلق و آجالهم بمجاری الشمس، و القمر، و النجوم، و ساعات اللیل و النهار).

مثلا: اراهم ان الشمس اذا کانت جاریة فی دائرة مثل کذا، و کان النجم الفلانی فی برج کذا حبلت من النساء من کانت لها سبع عشرة سنة فی الساعة الفلانیة من اللیل، اذا جامعها زوجها.

و کذلک یموت من له عمر کذا، اذا کان القمر فی برج السنبلة و العطارد فی برج حوت فی ساعة کذا من النهار (و کان احدهم یعرف متی یموت و متی یمرض، من ذا الّذی یولد له، و من ذا الّذی لا یولد له).

الظاهر ان ذکر هذه الامور الاربعة من باب المثال و الارتباط بما یأتی من الکلام فی حروبهم، و الا فقد تقدم ان التنجیم الصحیح یوجب معرفة کل شئ (فبقوا کذلک برهة من دهرهم) یعلمون امور مستقبلهم.

(ثم ان داود) علیه السلام (قاتلهم علی الکفر) ای علی کفرهم (فاخرجوا الی داود علیه السلام فی القتال من لم یحضر اجله) حتی لا یموت (و من حضر اجله خلفوه فی بیوتهم) لیموت فی البیت، حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۲

فکان یقتل من اصحاب داود، و لا یقتل من هؤلاء احد.

فقال داود: ربّ اقاتل علی طاعتک، و یقاتل هؤلاء علی معصیتک یقتل اصحابی؟ و لا یقتل من هؤلاء احد

لا- ینکسر الجیش بموته أولا، و حتی لا تنزل معنویات جیشهم بموت بعضهم قتلا فی المعرکة، بینما تنزل معنویات جیش داود علیه السلام حیث یرون انهم یقتلون و لا یقتلون.

و هنا سؤال، و هو انه ان کان من قدّر موته بدون القتل، یصلح لان یقتل، لم یکن المقدر صحیحا، و ان کان لا یصلح لان یقتل لم

یکن اخراجه ضارا؟

ثم هل یمکن ان یکون من قدر قتله یموت و هل یمکن العکس؟

و الجواب، اما عن الاول لعلّهم ما کانوا یعرفون کیفیة الموت، انه قتل او حتف الانف، و انما کانوا یعرفون اصل الموت.

و اما عن الثانی: ان المقدر کائن، و علم الله قبل حدوثه بالمقدر یشبه علم احدنا به بعد حدوثه.

فکما انه اذا حدث الحادث لا یعقل تبدله، کذلک اذا لم یحدث بعد (فکان یقتل من اصحاب داود، و لا یقتل من هؤلاء احد) مما سبب کسر معنویات جیش داود علیه السلام- و ان کان من الممکن انه لم یستلزم ذلک انهزامهم عسکریا-.

(فقال داود: ربّ اقاتل علی طاعتک، و یقاتل هؤلاء علی معصیتک) فکیف (یقتل اصحابی؟) مع انک ناصر المؤمنین (و لا یقتل من هؤلاء احد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۳

فاوحی الله عز و جل إلیه انی علّمتهم بدء الخلق و آجاله.

و انما اخرجوا ألیك من لم یحضر اجله، و من حضر اجله خلفوه فی بیوتهم، و من ثم یقتل من اصحابك، و لا یقتل منهم احد.

قال داود علیه السلام: ربّ علی ما ذا علمتهم؟ قال: علی مجاری الشمس و القمر و النجوم، و ساعات اللیل و النهار، قال: فدعا الله عز و جل، فحبس الشمس علیهم فزاد فی النهار، و اختلطت الزیادة

مع انهم من اصحاب الشیطان، «و کان کید الشّیطان ضعیفا».

(فاوحی الله عز و جل إلیه انی علمتهم بدء الخلق و آجاله) «الخلق» باعتبار لفظه مفرد، و باعتبار معناه جمع و لذا رجع ضمیر المفرد إلیه هنا و رجع ضمیر الجمع إلیه فی السابق.

(و انما اخرجوا ألیک من لم یحضر اجله، و من حضر اجله خلفوه فی بیوتهم و من ثم) «ثم» بالفتح بمعنی من اجل ذلک (یقتل من اصحابك و لا یقتل منهم احد).

و فی هذا اشارة الی وجوب المشی حسب سنن الکون فی الوصول الی الغایات.

(قال داود علیه السلام) یا (ربّ علی ما ذا علمتهم؟ قال: علی مجاری الشمس و القمر و النجوم، و ساعات اللیل و النهار، قال) علی علیه السلام (فدعا) داود علیه السلام (الله عز و جل) فی ان یرفع عنهم هذا العلم (فحبس الشمس علیهم) مقدارا ما، فان الشمس لو تأخرت مقدار دقیقة تعطّل کل الحسابات، کما هو واضح (فزاد فی النهار، و اختلطت الزیادة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۶۴

فی اللیل و النهار و لم یعرفوا قدر الزیادة فاختلط حسابهم قال علی علیه السلام: فمن ثم کره النظر فی علم النجوم.

فی اللیل و النهار) لان اللیل ینقص اذا زاد النهار، فتؤثر زیادة النهار فی تخریب اللیل أیضا (و لم یعرفوا قدر الزیادة) حتی ینظموا حساباتهم بذلک المقدار (فاختلط حسابهم) و لم یعرفوا من یموت، و من لا یموت.

ثم (قال علی علیه السلام: فمن ثم) بفتح الثاء (کره النظر فی علم النجوم) حیث انها مختلطة.

فعدم امکان الاعتماد، لعدم صحة نتائجه اوجب الکراهة، فیما اذا اراد الانسان الحکم علی طبقها.

لا یقال: کیف صارت معصیة جماعة سببا لحرمان البشر من هذه الفائدة العظیمة.

لانه یقال: الکشف عن المستقبل، یهدم نظام هذا العالم.

و انما کان الکشف لاولئك، لاجل تعریف البشر- بمثال عملی- انهم غیر قابلین لتحمل هذا العلم، و لذا یعلمه الذین لهم تحمل ذلک

كالانبياء و من إليهم.

ثم انه كان بالامكان محو علم هذا من صدور أولئك القوم، بدل تخريب النظام السماوى، لكن حيث ان الثانى كان ادلّ على قدرته تعالى، كما فى ان الله يأتى بالشمس من المشرق، قدم هذا على الاول و لعل هناك سببا آخر و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۵

و فى البحار أيضا عن الكافى بالاسناد عن ابى عبد الله عليه السلام:

قال: سئل عن النجوم فقال: لا يعلمها، الا اهل بيت من العرب، و اهل بيت من الهند.

و بالاسناد عن محمد بن سالم، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام قوم يقولون النجوم اصح من الرؤيا

(و فى البحار أيضا عن الكافى بالاسناد عن ابى عبد الله) الصادق (عليه السلام: قال: سئل عن النجوم) هل هناك من يعلمها؟ (فقال) عليه السلام: (لا يعلمها، الا اهل بيت من العرب،) لعلهم اهل بيت النبوة عليهم السلام (و اهل بيت من الهند) لعلهم عائلة «بوذا» او من اشبه.

فإن من المحتمل قريبا ان يكون بوذا نبيا، و يكون هو «يوذاسف» الّذى وردت قصته فى كلام الامام العسكرى عليه السلام فان من قرية إِلَّا خَلا فِيها نَذِيرٌ، و تحريف قومه تعاليمه، لا يدل على ان تعاليمه كان كذلك من الاول فحالة تعاليمه المحرفة الآن، حال تعاليم سائر الأنبياء عليهم السلام، الذين حرفوا اممهم تعاليمهم.

و كيف كان فهذا الحديث يدل على صحة اصل علم النجوم.

(و بالاسناد عن محمد بن سالم، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام قوم يقولون النجوم اصح من الرؤيا) فان كلا منهما يكشف عن المستقبل.

ففى الحديث النبوى صلى الله عليه و آله و سلّم: ان الرؤيا جزء من النبوة اى كما ان النبوة اخبار عن المستقبل و الماضى، كذلك الرؤيا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۶

و كان ذلك صحيحا، حين لم يردّ الشمس على يوشع ابن نون و امير المؤمنين عليه السلام فلما ردّ الله الشمس عليهما ضل فيها علماء النجوم.

و خبر يونس قال: قلت لابى عبد اللّه عليه السلام، جعلت فداك اخبرنى عن علم النجوم ما هو؟ قال علم من علوم الأنبياء

لكن الرؤيا ليست دائما صادقة، بخلاف النبوة، فكانها جزء منها.

ثم رد الصادق عليه السلام عليهم بقوله: (و كان ذلك صحيحا، حين لم يرد الشمس على يوشع بن نون) عليه السلام (و امير المؤمنين عليه السلام)

و قد قرأت فى بعض الصحف الصادرة من الكويت، ان علماء الفلك اكتشفوا ان فى الكون تغييرا، يدل على ان الشمس ردت، بمعنى دوران الارض عكس دورانها المعتاد (فلما ردّ اللّه الشمس عليهما ضل فيها) اى فى النجوم (علماء النجوم) لما تقدم من قصة داود عليه السلام.

و على هذا فسبب ضياع هذا العلم، رد الشمس ثلاث مرات.

و منه ان النجوم و الرؤيا سيان، لا ان الاول اصح من الثانى.

نعم: لا اشكال ان كلامه عليه السلام، انما هو بالنسبة الى المغيبات لا بالنسبة الى الحسابات، امثال الخسوف و الكسوف.

(و خبر یونس قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام، جعلت فداك اخبرنی عن علم النجوم ما هو) كانه اراد السؤال عن مدعی صحة هذا العلم او انه عند من؟ او انه كیف بدء هذا العلم؟ او كان سؤاله عن مجموع هذه الاسئلة.

(قال) علیه السلام: (علم من علوم الأنبیاء) فانهم ألهموه من اللّه

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۷

فقلت: كان علی ابن ابی طالب علیه السلام یعلمه قال: كان اعلم الناس به، الخبر.

و خبر ریان بن الصلت، قال: حضر عند ابی الحسن الرضا علیه السلام،

سبحانه (فقلت: كان علی بن ابی طالب علیه السلام یعلمه) كانه توهم السائل عدم علم الامام به، لانه لیس بنبی، و لذا استفسر عن الصادق علیه السلام (قال: كان اعلم الناس به، الخبر) ای اعلم الناس العادیین او اعلم من الأنبیاء، لانه علیه السلام كان افضل من سائر الأنبیاء، الا من محمد صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، كما فی حدیث اصبغ.

و لا یخفی ان الظاهر ان كلام الامام امیر المؤمنین علیه السلام مع اصبغ كان علی سبیل ذكر ما یدركه الطرف الآخر، بمقتضی: امرنا ان نكلم الناس علی قدر عقولهم، فان الافضلیة حقیقیة، الا ان مدارك اصبغ كانت لا تحمل اكثر من الامثلة التی ذكرها الامام علیه السلام، و الا فالامثلة لا تكفی لاثبات الافضلیة.

فمثلا- بعض الزهاد أیضا لا یأكلون المباح، فهل هذا دلیل انهم افضل من آدم علیه السلام؟ و علی (ع) كان اكثر تزهدا من الرسول صلّی اللّه علیه و آله و سلّم أیضا، مع انه لم یكن دلیلا- علی انه علیه السلام افضل من الرسول صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، الی غیر ذلك مما بینه فی وجه الافضلیة، و لیس المقام یسع تفصیل الكلام.

(و خبر ریان بن الصلت، قال: حضر عند ابی الحسن الرضا علیه السلام.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۸

الصباح ابن نصر الهندی، و سأله عن علم النجوم، فقال هو علم فی اصله حق، و ذكروا ان اوّل من تكلم به فی النجوم ادریس علیه السلام.

و كان ذو القرنین به ماهرا، و اصل هذا العلم من اللّه.

و عن معلی بن خنیس، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن النجوم احق هی؟ قال: نعم ان اللّه بعث المشتری الی الارض فی صورة رجل.

الصباح ابن نصر الهندی، و سأله عن علم النجوم، فقال) علیه السلام:

(هو علم فی اصله حق).

ثم قال علیه السلام: (و ذكروا ان اوّل من تكلم به فی النجوم ادریس «ع»).

و قوله علیه السلام «ذكروا» اما لاجل اقناع الهندی، او لاجل انه علیه السلام كان منكرا لذلك.

و انما ذكره لاجل انه كان حسب معتقد الهندی.

فعلی الاول «ذكروا» صحیح، و علی الثانی لیس بصحیح.

(و كان ذو القرنین به ماهرا) و لعله بسبب ذلك تمكن من السیطرة علی الدنیا، ثم قال: (و اصل هذا العلم من اللّه) ای انه اوحی به الی انبیائه، لا مثل بعض العلوم الاخر الّذی ادركه البشر بذكائه، و إلا فكل علم یكون بالهامه تعالی للانبیاء، او ایحاء الی ادمغة الناس.

(و عن معلی بن خنیس، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن النجوم احق هی؟ قال: نعم) ثم بین اصله بقوله: (ان اللّه بعث المشتری

الی الارض فی صورة رجل).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۶۹

فاتی رجلا من العجم، فعلّمه، فلم يستكملوا ذلك، فاتی بلد الهند، فعلم رجلا منهم.

الظاهر ان المراد به ملك، لا كما يتوهم من ان المراد به الكوكب، فانه و ان كان ممكنا بان يقطع اللّه منه قطعة ثم يجعله رجلا، كما قطع من الجبل قطعة جعلها ناقة صالح عليه السلام.

و كما ان قطعة من القمر نزلت حتی سقطت امام رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله و سلّم، فی حديث شق القمر، اذ ان اللّه سبحانه قادر علی ان ينزل القمر، و كلما اقترب من الارض مما يقتضی ان يری اكبر، ينثرا جزائه فی الهواء ذرات، حتی يكون بمقدار من الحجم، يراه الرائی مقدار حجمه و هو فی مكانه من السماء، حتی يبقی منه حين وصوله الی الارض مقدار قرص خبز، فاذا رجع التحقت به الذرات تدريجيا بحيث يری بنفس المقدار الی حين وصوله الی مكانه من السماء.

اقول بالنسبة الی المشتری الكوكب، و ان كان الامر ممكنا، الا انه خلاف المنصرف.

(فاتی رجلاـ من العجم، فعلّمه، فلم يستكملوا) ای اخلاف ذلك الرجل و لعل من علمه كان نبيا من الأنبياء (ذلك) العلم، و لذا لم يحتووه احتواء كاملاـ (فاتی) المشتری (بلد الهند، فعلم رجلا منهم) و لعله كان نبيا، كما تقدم فی حديث آخر، و كان اهل الهند- اخلاف ذلك الرجل استوعبوه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۰

فمن هناك صار علم النجوم بها.

و قد قال قوم: هو علم من علوم الأنبياء خصوا به لاسباب شتی فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها، فشاب الحق بالكذب الی غير ذلك مما يدل علی صحة علم النجوم فی نفسه.

(فمن هناك صار علم النجوم بها) المراد ان هناك اكثر اتفاقا، و الا فقد تقدم انه لا يستوعبه، الا الأنبياء و الائمة، و من إليهم.

(و قد قال قوم) الظاهر انه من الرواية.

و يحتمل ان يكون من كلام الراوی، ای جامع الروايات، و اذا كان من الرواية، فالظاهر ان كلا الامرين كان واقعا، فللنجوم سببان (هو علم من علوم الأنبياء خصوا به لاسباب شتی).

منها: انهم اكثر ذكاء للاستيعاب.

و منها: انهم اكثر امانة، لعدم افشاء السر.

و منها: انهم اطوع لله تعالی فلا يجلبون به ضرر الاحد، الی غير ذلك (فلم يستدرك المنجمون) «استدرك» معناه الطلب، فكانه اراد بذكر باب الاستفعال انهم طلبوا الادراك، لكنهم لم يصلوا إليه (الدقيق منها) ای الامور الخفية، و انما ادركوا بعض الامور الظاهرة التی لاـ تنفع فی فهم ما يشاءون (فشاب) ای اختلط (الحق بالكذب) لانهم يذكرون كل شیء مستقبل، مع انهم لا يعلمون منها الا بعضها، كما نراهم الی الآن، يذكرون الخسوفين، و الامطار، و الحر، و البرد، و الاسعار، و غير ذلك (الی غير ذلك مما يدل علی صحة علم النجوم فی نفسه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۱

و اما ما دل علی كثرة الخطأ و الغلط فی حساب المنجمين، فهی كثيرة.

منها: ما تقدم فی الروایات السابقة،

مثل قوله علیه السـلام فی الروایـة الاخیرة: فشاب الحق بالکـذب، و قوله علیه السـلام: ضل فیها علماء النجوم، و قوله (ع) فی تخطئـة ما ادعاه المنجم، من ان زحل عندنا کوکب نحس، انه کوکب امیر المؤمنین و الأوصیاء.

و لا یخفی: ان فائدة علمنا بانه کان للنجوم اصل انما هو فائدة تاریخیة لا اثر له عملیا.

(و اما ما دل علی کثرة الخطأ و الغلط فی حساب المنجمین، فهی کثیرة).

(منها: ما تقدم فی الروایات السابقة، مثل قوله علیه السلام فی الروایة الاخیرة: فشاب الحق بالکذب، و قوله علیه السلام: ضل فیها علماء النجوم، و قوله (ع) فی تخطئـة ما ادعاه المنجم، من ان زحل عنـدنا کوکب نحس) هـذا مقالـة المنجم (انه کوکب امیر المؤمنین) علیه السلام (و الأوصیاء) هذا متعلق بقوله: قوله فی تخطئة.

و لعل معنی کونه للامام و الأوصیاء، علاقة خاصة لهذا الکوکب بالامام و الأوصیاء، کعلاقة الشمس بتربیة النبات.

و لا یخفی: انه ربما توهم ان نحوسة زحل، سببت فشل الامام فانه مع مؤهلاته العدیمة المثال فی غیر نبی الاسلام، کان یعانی من دهره مـا هو معروف، لکنه نظر سـطحی، فان الامام بعـد الرسول صـلّی اللّه علیه و آله و سـلم انجـح انسان علی وجه الارض، انه یحکم علی ثمانمائة ملیون مسلم،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۲

و تخطئة امیر المؤمنین علیه السلام للدهقان الّذی حکم بالنجوم، بنحوسة الیوم الّذی خرج فیه امیر المؤمنین علیه السلام.

و منها: خبر عبد الرحمن ابن سیابة،

قال: قلت: لابی عبد اللّه علیه السلام، جعلت فداک: ان الناس یقولون: ان النجوم لا یحل النظر فیها، و هی تعجبنی،

منهم أربعمائة ملیون شیعی الآن، و قد کان حاکما علی ارواحهم و اموالهم و اتجاهاتهم، منذ أربعة عشر قرنا.

فهـل یمکن ان یقـال: لمثـل هـذا الانسـان انه لم ینجـح؟ و هـل ان النجـاح ان یأکـل الانسان طیبا، و تقل مشاکله حتی یکون من توافه الزمان.

امـا معاویـة الّـذی یظن بعض الناس بنجاحه، فهو من اکبر الاخطاء، فهل الانسان الّـذی یلعن طول ثلاثـة عشـر قرنا ناجـح، و قـد اجتث جذوره و لم یبق ذکره الا للعنة.

اما الامام فاولاده و احفاده الی الیوم موضع احترام الجماهیر حیا و میتا، و لتفصیل الکلام مقام آخر.

(و تخطئـة امیر المؤمنین علیه السـلام للدهقان الّذی حکم ب) سـبب (النجوم، بنحوسة الیوم الّذی خرج فیه امیر المؤمنین علیه السـلام) الی نهروان- کما تقدم-.

(و منهـا) ای و ممـا دلّ علی کثرة خطأ المنجم (خبر عبـد الرحمن ابن سـیابة، قال: قلت: لابی عبـد اللّه علیه السـلام، جعلت فـداک: ان الناس یقولون: ان النجوم لا یحل النظر فیها، و هی تعجبنی) ان انظر فیها و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۳

فان کان یضر بدینی، فلا حاجة لی فی شیء یضر بدینی، و ان کان لا یضر بدینی، فو اللّه انی لاشتهیها، و اشتهی النظر إلیها.

فقال لیس کما یقولون لا یضر بدینک.

ثم قال: انكم تنظرون فی شیء كثیره لا یدرك، و قلیله لا ینفع، الخبر.

و منها: خبر هشام،

قال: قال لی ابو عبد اللّه علیه السلام: كیف بصرك بالنجوم؟ قلت: ما خلفت بالعراق ابصر بالنجوم منی.

ثم سأله علیه السلام عن اشیاء لم یعرفها.

اعرف المستقبل (فان كان یضر بدینی، فلا حاجة لی فی شیء یضر بدینی) فاتركه من الآن (و ان كان لا یضر بدینی، فو اللّه انی لاشتهیها، و اشتهی النظر إلیها) ای ان علمه محبوب لدی، و مطالعته و بحثه محبوب أیضا.

(فقال) علیه السلام (لیس كما یقولون) من انه لا یحل.

و اردف علیه السلام- قائلا، انه (لا یضر بدینك)- ای مجرد النظر اما الحكم بها، فانه ضار كما لا یخفی.

(ثم قال: انكم تنظرون فی شیء كثیره لا یدرك، و قلیله لا ینفع) الی آخر (الخبر)، فهذا الخبر یدل علی كثرة الخطأ فی النجوم.

(و منها: خبر هشام، قال: قال لی ابو عبد اللّه علیه السلام: كیف بصرك بالنجوم؟ قلت: ما خلفت بالعراق ابصر بالنجوم منی) فانی اعلم من جمیع منجمی العراق.

(ثم سأله) الامام (علیه السلام عن اشیاء) فی النجوم (لم یعرفها) هشام، و كان الامام علیه السلام اراد بذلك كسر كبریائه الّذی اوجب له

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۴

ثم قال فما بال العسكرین یلتقیان فی هذا حاسب و فی ذاك حاسب فیحسب هذا لصاحبه بالظفر، و یحسب هذا لصاحبه بالظفر، فیلتقیان، فیهزم احدهما الآخر، فاین كانت النجوم؟ قال: فقلت: و اللّه ما اعلم ذلك.

فقال علیه السلام: صدقت ان اصل الحساب حق، و لكن لا یعلم ذلك الا

انه اعلم اهل العراق بالنجوم.

(ثم قال) الامام له فی بیان بطلان اصل علم النجوم المعمول به فی ذلك الزمان (فما بال العسكرین) ای ما شأنهما (یلتقیان فی هذا حاسب و فی ذاك حاسب) كما كانت العادة فی ذاك الزمان ان الجیش لا یتحرك للمحاربة الا اذا قال منجمه «حاسبه» انك تظفر و عدوك ینهزم (فیحسب هذا لصاحبه بالظفر، و یحسب هذا) الآخر أیضا (لصاحبه بالظفر، فیلتقیان فیهزم احدهما الآخر، ف) اذا كانت النجوم صحیحة (این كانت النجوم؟) لاحدهما.

و هذا یدل علی ان ما بایدیهما لا یكفی فی استكشاف الواقع، و لا یمكن ان یقال: ان الظافر كان علی حق.

اذ المفروض ان كلا الحاسبین حسب عن مدرك واحد.

و انما قال احدهما بالظفر اتفاقا لا علما، كما ان الآخر قال: بالظاهر اعتباطا لا علما (قال: فقلت: و اللّه ما اعلم ذلك) و لما ذا الاختلاف بین الحاسبین.

(فقال علیه السلام: صدقت ان اصل الحساب حق، و لكن لا یعلم ذلك) كاملا (الا

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۲، ص: ۱۷۵

من علم موالید الخلق كلهم

و منها المروی فی الاحتجاج،

عن ابی عبد اللّه علیه السلام، فی حدیث ان زندیقا.

من علم موالید الخلق) و ان ای طفل یولد فی ای یوم (کلهم) و هو النبی و الامام، و من کان من اتباعهم المرضیین.

کما ورد ان من جملهٔ اصحابهم اناس کانوا یعلمون المنایا و البلایا، مثل کمیل و غیره، و لا یرد انهم اذا کانوا یعلمون فلما ذا لم یکونوا یتجنبون الاخطار، و لما ذا لم یکونوا یجلبون الخیرات.

فان الجواب عن ذلک ان اللّه سبحانه لا یعطی ذلک الا لمن لا یستعمله لانه سبحانه یرید سیر الکون علی النظام الّذی جعله له، و الا فالانبیاء کانوا یتمکنون من الجاء اعدائهم علی الایمان، و ان یحفظوا اتباعهم من کل اذی و مکروه.

کما انهم علیهم السلام لما اذنهم الله سبحانه فی اعجازاتهم فعلوا.

و ما ذکرناه لا ینافی قوله تعالی: وَمٰا أَدْرِی مٰا یُفْعَلُ بِی وَلٰا بِکُمْ، اذ معناه حسب طبعیّ البشری لا بالهام اللّه سبحانه، کیف و الشیطان کان یعلم الغیب حیث قال: وَلٰا تَجِدُ أَکْثَرَهُمْ شٰاکِرِینَ، و فی القرآن الحکیم: و لٰا تَقْصُصْ رُؤْیٰاکَ عَلیٰ إِخْوَتِکَ، و فیه: إِنِّی لَأَجِدُ رِیحَ یُوسُفَ، و هذا اکثر من العلم بالغیب الی غیرها من الآیات المربوطهٔ الدالهٔ علی انهم کانوا یعلمون الغیب، و فوق ذلک کانوا یحسون بالغیب (و منها المروی فی الاحتجاج، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، فی حدیث ان زندیقا) معرب «زندک» نسبهٔ الی «زند» کتاب المجوس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۶

قال له ما تقول فی علم النجوم قال علیه السلام: هو علم قلّت منافعه و کثرت مضاره، لانه لا یدفع به المقدور و لا یتقی به المحذور ان خبّر المنجم

و قد کانوا ینسبون الی المجوس کل من انحرف.

و لا یخفی ان اکثر ما نسب فی کتب العامهٔ من تواریخهم و غیرها، الی الزنادقهٔ و القرامطهٔ و من اشبه موضع شک، بل ظن بالعدم.

فاللازم التحقیق الدقیق، لان السلطات کانت قد اشترت الضمائر کما ان التعصب ضد الصالحین کان له دور کبیر، فی رمی کل من خالف السلطنهٔ، او کان ضد المتطرف من مذهب ما، بمختلف النسب الباطلهٔ.

و قد جری بعض ذلک فی کتب الشیعهٔ غفلهٔ، او من جههٔ حسن الظن فاللازم الدقهٔ فی ذلک.

(قال له ما تقول فی علم النجوم) هل هو حق او باطل؟ (قال علیه السلام: هو علم قلّت منافعه، و کثرت مضاره).

اما منفعته: فلانه احیانا یخبر بما اذا تبعه الإنسان نجی من محذور او ادرک غایهٔ.

و اما مضاره: فلانه کثیرا ما یخطئ مما یسبب حزنا للانسان، الی مدهٔ کشف خلافه، او ضررا علی الانسان باتباع ما فیه ضرر.

مثلا: یخبر المنجم ان فلانا یموت یوم کذا، بینما لا یموت او یخبران بضاعهٔ تترقی فیشتری منها التاجر کمیهٔ کبیرهٔ رجاء الربح، فیخسر بذلک، حیث ینکشف خلافه ما قاله المنجم (لانه لا یدفع به المقدور، و لا یتقی به المحذور)- ای غالبا- لان کلامه لیس مطابقا للواقع (ان خبّر المنجم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۷

بالبلاء، لم ینجه التحرز عن القضاء.

و ان اخبر هو بخیر لم یستطع تعجیله و ان حدث به سوء لم یمکنه صرفه، و المنجم یضادّ الله فی علمه یزعمه انه یردّ قضاء الله عن خلقه الخبر الی غیر ذلک من الاخبار الدالهٔ علی ان ما وصل إلیه المنجمون اقل قلیل من أمارات الحوادث من دون وصول الی معارضاتها.

بالبلاء) مثل: ان فلانا یموت کذا (لم ینجه التحرز عن القضاء) فان الفرار لا ینجی من الموت المحتوم.

(و ان اخبر هو)- المنجم- (بخیر لم یستطع تعجیله) فما فائدة خبر بخیر یأتی هو بنفسه سواء اخبر به المنجم، أم لم یخبر به؟ (و ان حدث به سوء لم یمکنه صرفه) فان المنجم مخبر، و لیس صارف بلاء (و المنجم یضادّ الله فی علمه بزعمه انه یردّ قضاء الله عن خلقه).

فان المنجمین الذین کانوا فی السابق، کانوا یزعمون انهم یقدرون ردّ القضاء، و ذلک لعدم ایمان اکثرهم، فما ذکره علیه السلام من باب القضیة الخارجیة، لا من باب القضیة الحقیقیة.

فهو مثل الشعر المنسوب الی الامام امیر المؤمنین علیه السلام:

قال المنجم و الطبیب کلاهما لن یحشر الاموات قلت: إلیکما ان کان قولکما فلست بخاسر او کان قولی فالخسار علیکما

الی آخر (الخبر، الی غیر ذلک من الاخبار الدالة علی ان ما وصل إلیه المنجمون اقل قلیل من أمارات، الحوادث) و علامات الامور المستقبلة (من دون وصول الی معارضاتها) و شرائطها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۸

و من تتبع هذه الاخبار لم یحصل له ظن بالاحکام المستخرجة عنها فضلا عن القطع

نعم: قد یحصل من التجربة المنقولة خلفا عن سلف، الظن، بل العلم بمقارنة حادث من الحوادث لبعض الاوضاع الفلکیة.

فالاولی التجنب عن الحکم بها، و مع الارتکاب فالاولی الحکم علی سبیل التقریب، و انه لا یبعد ان یقع کذا عند کذا و الله المسدد.

فهو کمن یعلم ان النار تحرق، لکن لا یعلم ان شرطه المقارنة مع الجسم و مانعه الرطوبة- مثلا-.

(و من تتبع هذه الاخبار) الواردة عن الائمة الاطهار علیهم السلام (لم یحصل له ظن بالاحکام المستخرجة عنها، فضلا عن القطع) خصوصا و المشاهد بطلان و کذب اکثرها.

(نعم: قد یحصل من التجربة المنقولة خلفا عن سلف، الظن، بل العلم بمقارنة حادث من الحوادث لبعض الاوضاع الفلکیة) مثل انخساف القمر و الشمس بالوصول الی عقدة الرأس او الذنب لحیلولة الارض بین الشمس و القمر و لحیلولة القمر بین الشمس و الارض.

و کذا فی مدّ و جزر البحر المستندین الی القمر، و ظهور الهلال فی لیلة کذا فی العرض الشمالی او الجنوبی، الی غیرها من الامور المرتبطة بالقیاسات و الحسابات.

(فالاولی التجنب عن الحکم بها) فی غیر المقطوعات (و مع الارتکاب) و إرادة الحکم (فالاولی الحکم علی سبیل التقریب) بان یقول هذا ممکن او قریب (و) کان یقول: (انه لا یبعد ان یقع کذا) حادث (عند کذا) امر فلکی (و الله المسدد) للصواب، و هو اعلم بما وضعه فی الکون من الحساب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۷۹

السابعة حفظ کتب الضلال حرام فی الجملة،

بلا خلاف کما فی التذکرة و عن المنتهی.

و یدل علیه مضافا الی حکم العقل بوجوب قطع مادة الفساد.

و الذم المستفاد من قوله تعالی: وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ.

المسألـة (السابعـة: حفـظ کتب الضـلال) و الکتـاب من باب المثال و الا فالورقـة أيضا کـذلک، الا ان یراد بالکتاب اصـله اللغوی، ای المکتوب.

فحفظهـا: (حرام فی الجملـة) کمـا یأتی تفصـیل الکلام فیه (بلا خلاف) فی ذلک (کما) رایناه (فی التـذکرة) للعلامـة ره (و) حکی لنا (عن المنتهی) له ره أيضا.

(و يدل عليه) ای على کونه حراما (مضافا الى حکم العقل بوجوب قطع مادة الفساد).

و حيث ان حکم العقل فی سلسلة العلل للاحکام يستلزم حکم الشرع أيضا، لقاعدة: کلما حکم به العقل حکم به الشرع.

اما موضوع کون الحفظ مادة للفساد فی الجملة فلا اشکال فيه.

(و) مضافا الى (الـذم المسـتفاد من قوله تعالى: وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ) فان الذم انما هو لاجل انتهاء الاشتراء الى الاضلال و هذه العلة موجودة فی حفظ کتب الضلال.

إيصال الطالب إلى المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۰

و الامر بالاجتناب عن قول الزور، قوله عليه السلام فيما تقدم من رواية تحف العقول: انما حرم الله تعالى الصناعة التی يجئ منها الفساد محضا، الخ.

بل قوله عليه السلام: قبل ذلک، او ما يقوى به الکفر و الشرک فی جميع وجوه المعاصی، او باب يوهن به الحق، الى آخره.

و قوله عليه السلام فی رواية عبد الملک المتقدمة، حيث شکا الى الصادق عليه السلام، انی ابتليت بالنظر الى النجوم، فقال عليه السلام

(و) مضافا الى (الامر بالاجتناب عن قول الزور، قوله عليه السـلام فيما تقـدم) فی اوّل الکتاب (من روايـة تحف العقول) حيث قال عليه السلام:

(انما حرم الله تعالى الصناعة التی يجئ منها الفساد محضا، الخ).

فاذا کان ما يجئ منه الفساد محضا حراما، يکون حفظ کتب الضلال- حيث انها يأتی منها الفساد- حراما أيضا.

(بـل) يـدل عليه (قوله عليه السـلام: قبـل ذلک، او ما يقوى به الکفر و الشـرک فی جميع وجوه المعاصـی، او باب يوهن به الحق، الى آخره).

فان حفظ کتب الضلال مشمول لقوله باب يوهن به الحق، فانه شامل للأصول و الفروع.

کما ان کتاب الضلال لو کان ضلالا فی اصول الدين، کان مشمولا لقوله ما يقوى به الکفر و الشرک.

(و قوله عليه السـلام فی روايـة عبـد الملـک المتقدمـة، حيث شـکا الى الصـادق عليه السـلام، انی ابتليت بـالنظر الى النجوم، فقال عليه السلام)

إيصال الطالب إلى المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۱

أ تقضی؟ قلت: نعم، قال احرق کتبک.

بناء على ان الامر للوجوب، دون الارشاد، للخلاص من الابتلاء بالحکم بالنجوم.

و مقتضى الاستفصال فی هذه الرواية انه اذا لم يترتب على ابقاء

له: (أ تقضی) و تحکم على طبق النجوم؟ (قلت: نعم، قال) عليه السلام (احرق کتبک) فانه يدل على وجوب اتلاف کتب الضلال.

و اذا کان الاتلاف واجبا کان الحفظ حراما، لان ترک کل واجب حرام کما ان ترک کل حرام واجب.

(بناء على ان الامر) فی: احرق (للوجوب، دون الارشاد، للخلاص من الابتلاء بالحکم بالنجوم).

اذ لو كـان الامـر للارشاد، لم يـدل على وجوب التخلص فلا يـدل على حرمـة الحفظ، فان الامر الارشادى ليس مولويا حتى يـدل على الوجوب.

و انما يكون الحكم على طبق النجوم حراما، فلا ربط له بمقامنا فان الامر المولوى له مصلحة فى ذات المأمور به، بخلاف الامر الارشادى، فان المصلحة فى الشيء الّذى جعل الامر طريقا إليه.

مثلا: اذا قال المولى «صل» كانت المصلحة فى ذات الصلاة، اما اذا قال راجع الطبيب تكون المصلحة فى شرب الدواء لا فى مراجعة الطبيب.

(و مقتضى الاستفصال فى هذه الرواية) بين من يقضى، فيجب احراق كتبه، و بين من لا يقضى، فلا يجب احراق كتبه (انه اذا لم يترتب على ابقاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۲

كتب الضلال مفسدة، لم يحرم.

و هذا أيضا مقتضى ما تقدم من اناطة التحريم بما يجئ منه الفساد محضا

نعم: المصلحة الموهومة او المحققة النادرة، لا اعتبار بها، فلا يجوز الابقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحة على ذلك، مع كون الغالب ترتب المفسدة

كتب الضلال مفسدة، لم يحرم) حفظها.

فان التفصيل، هو المفهوم من قوله عليه السلام «أ تقضى»

(و هذا) اى التفصيل (أيضا مقتضى ما تقدم) فى رواية تحف العقول (من اناطة التحريم بما يجئ منه الفساد محضا) لان معناه ان ما لا يجيء منه الفساد محضا بان كان يأتى منه الصلاح تارة و الفساد تارة اخرى لا يكون حراما.

(نعم) تجب ان تكون المصلحة الموجبة لعدم تحريم الشيء مصلحة واقعية محققة كثيرا، ف (المصلحة الموهومة) اى الاقل من المفسدة من الوهم الّذى هو المرجوح فى قبال الظن الراجح، كما اذا كان يستعمل الشيء فى الصلاح عشر مرات، و فى الفساد يستعمل مرة.

او ان المراد بالموهومة المحتملة و هذا اظهر لانه فى قبال قوله عليه السلام: (او المحققة النادرة، لا اعتبار بها) فى جواز الشيء الّذى يأتى منه الفساد و الصلاح.

و يؤيد المعنى الثانى قوله: (فلا يجوز الابقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحة على ذلك، مع كون الغالب ترتب المفسدة).

اللهم الا اذا كانت تلك المصلحة المترتبة احتمالا من الاهمية بمكان،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۱۸۳

و كذلك المصلحة النادرة غير المعتد بها.

و قد تحصل من ذلك: ان حفظ كتب الضلال لا يحرم الا من حيث ترتب مفسدة الضلالة قطعا، او احتمالا قريبا.

بحيث يرى العقل لزوم ابقاء الشيء و ان ترتب عليه بعض المفاسد القطعية

مثلا: كان نثر شيء من السّم على الارض يوجب مفسدة تسمّم دواجن الدار قطعا، لكن ذلك يكون لاجل احتمال مجيء حيّة تلدغ الانسان فتميته.

فاذا نثر هذا السم كان مانعا عن وصول الحية، فان العقل و الشرع يقدم ايذاء الحيوان المقطوع بها على موت الانسان المحتمل، و لو

کان الاحتمال موهوما کان یکون واحدا فی المائة او اقل.

(و کذلک المصلحة النادرة غیر المعتد بها) ینبغی هنا الاستثناء المتقدم أیضا، فان المصلحة النادرة قد توجب تقدیمها علی المفسدة المقطوعة، عقلا و شرعا و لعل المصنف ره ذکر «المعتد بها» لاجل هذا الاستثناء.

(و قد تحصل من ذلک) الّذی ذکرناه فی حرمة حفظ کتب الضلال (ان حفظ کتب الضلال لا یحرم الا من حیث ترتب مفسدة الضلالة) فاذا ترتبت المفسدة (قطعا، او احتمالا ـ قریبا) حرم الحفظ، و الا لم یحرم الحفظ و قد عرفت ان المراد بالضلالة، اعم من الضلال فی العقیدة او الضلال فی الشریعة ای ما یورث الحرام مثل کتب تعلیم لعب القمار، و الغناء، و ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۴

فان لم یکن کذلک او کانت المفسدة المحققة معارضة بمصلحة اقوی او عارضت المفسدة المتوقعة مصلحة اقوی، او اقرب وقوعا منها فلا دلیل علی الحرمة الا ان یثبت اجماع، او یلتزم بإطلاق عنوان معقد نفی الخلاف

(فان لم یکن) الحفظ (کذلک) موجبا لترتب المفسدة (او کانت المفسدة المحققة معارضة بمصلحة اقوی) و لو کانت تلک المصلحة الاقوی احتمالیة- کما مثلنا فی «السم» (او عارضت المفسدة المتوقعة مصلحة اقوی، او اقرب وقوعا منها)- ای من المفسدة-.

و الظاهر ان المراد بالاقرب القرب الاحتمالی، لا القرب الزمانی، کما اذا کان فی کتب الضلال احتمال المفسدة و احتمال المصلحة، لکن کان احتمال المصلحة اقرب.

مثلا: کان احتمال المفسدة واحدا فی المائة، و احتمال المصلحة اثنین فی المائة (فلا دلیل علی الحرمة)- جزاء «فان لم یکن» اذ الادلة السابقة لا تشمله، بالإضافة الی انه فی صورة التعارض یتنازع دلیل الاهم و المهم، و الا هم یقدم علی المهم، فان تقدیم الاهم علی المهم استفید من الشرع حیث نراه قدم الاهم حتی قتل الانسان المحترم- فی مسئلة ما لو تترس الکفار بالمسلمین مما توقف النصر علی قتل المسلم- بالإضافة الی ان تقدیم الاهم علی المهم- فی الدوران بین المحذورین- عقلی فی سلسلة العلل (الا ان یثبت اجماع) و لا اجماع (او یلتزم بإطلاق عنوان معقد نفی الخلاف) الّذی ادعاه العلامة فی التذکرة و المنتهی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۵

الّذی لا یقصر عن نقل الاجماع.

و حینئذ فلا بد من تنقیح هذا العنوان، و ان المراد بالضلال ما یکون باطلا فی نفسه.

فالمراد الکتب المشتملة علی المطالب الباطلة.

او ان المراد به مقابل الهدایة.

و المراد بالمعقد الّذی ذکره أولا، ثم قال انه مما لا ـ خلاف فیه، او ذکره بعد قوله «انه مما لا خلاف فیه» (الّذی لا یقصر عن نقل الاجماع) فان عدم الخلاف فی المسألة مثل ان یکون اجماع فیها.

و فیه ان سکوت بعض الفقهاء لا یضر بعدم الخلاف، لکنه یضر بالاجماع، فتأمل.

(و حینئذ) ای حین کان الحکم بحرمة الحفظ ثابتا (فلا بد من تنقیح هذا العنوان) ای الموضوع (و ان المراد بالضلال) ما هو، لان فی کتب الضلال احتمالین.

الاول: (ما یکون باطلا فی نفسه) و ان لم یوجب اضلال احد.

(فالمراد) بکتب الضلال (الکتب المشتملة علی المطالب الباطلة) مثل الکتب التی تنقل قصصا مکذوبة لا اساس لها من الصحة مما وضعها اصحابها لا ملاء الفراغ، و قتل الوقت، و طرد السأم.

(او ان المراد به) الاحتمال الثانی، ای (مقابل الهدایة).

فالمراد بکتب الضلال الکتب التی توجب انحراف الانسان فی عقیدته او طریقته الشرعیة، بان تورث له کفرا، او فعل الحرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۶

فیحتمل ان یراد بکتبه ما وضع لحصول الضلال.

و ان یراد ما اوجب الضلال، و ان کان مطالبها حقة، کبعض کتب العرفاء و الحکماء.

(فیحتمل ان یراد بکتبه) ای بکتب الضلال (ما وضع لحصول الضلال) فی الناس.

(و) یحتمل (ان یراد) به (ما اوجب الضلال، و ان کان) واضع تلک الکتب لم یقصد الاضلال، بل کانت (مطالبها حقة).

و قوله: و ما اوجب، علی سبیل منع الخلو، فان الاحتمال الثالث شمول کتب الضلال لکلا القسمین (کبعض کتب العرفاء و الحکماء).

لا یخفی ان هناک کتب الحکمة و الفلسفة و کتب الکلام و کتب العرفان و کتب التصوف.

فالاول: یتکلم عن الکون و الحیاة و المبدأ و الحیاة حسب ما وصل إلیه العقل، و الاستحسان و التجربة.

و الثانی: یتکلم- أولا و بالذات- عن المبدأ و المعاد، و یتبعهما توابعهما، و مقدماتهما الکونیة، حسب ما وصل إلیه العقل بضمیمة النقل.

و الثالث: یتکلم عن الامور الموجبة لکیفیة التأمّل فی المبدأ و المعاد و الاستغراق فی اعماق النفس، و الکون.

و الرابع: یتکلم حول الامر الثالث باضافة ارائة الطریق العملی للزهد و العالم بالاول: حکیم و فیلسوف و بالثانی متکلم. و بالثالث: عارف و بالرابع صوفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۷

المشتملة علی ظواهر منکرة.

و لا یخفی ان ما ذکرناه الماع الی ما ذکره اصحاب هذه العلوم من تعریفها من دون ان نقصد تصدیقا لصحة ما قالوا، و انا لا نری الا اخذ الأصول و طریقة العمل و التأمل من الادلة الاربعة حسب ما شرح فی کتب علمائنا الاخیار، و الله الهادی الموفق.

و من اراد الاطلاع علی کتب الحکمة و الکلام، فعلیه بالاسفار و المنظومة و شروح التجرید، و ما اشبه.

و من اراد الاطلاع علی کتب العرفان و التصوف فعلیه بالمثنوی، و کتب ابن العربی، و الشبستری و من إلیهم.

لکن اللازم ان یکون المطالع لهذه الکتب محصنا عقیدة و عملا، حتی لا ینحرف ببعض ظواهرها.

نعم امثال شرح تجرید العلامة و نحوه لا یوجب انحرافا، لانه لا ظواهر لها تخالف العقیدة و الشریعة.

و انی اری ان من اللازم ان یجرد جماعة من العلماء البارعین حملة لوضع کتب فی العلوم الاربعة خالیة عن الشوائب و الاشکالات و الظواهر المخالفة، و یضیفوا إلیها الردّ لما استجدّ من الادلة و الافکار فی العصر الحاضر، لتکون تبعا صافیا لمن شاء الاطلاع و العمل.

و لا اقصد بوضع کتب التصوف الاوضع کتب الزهد الصحیح، حسب ما ورد فی الکتاب و السنة، و ایده الاجماع و العقل.

و کیف کان فبعض کتب العرفاء و الحکماء (المشتملة علی ظواهر منکرة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۸

یدعون ان المراد غیر ظاهرها.

فهذه أیضا کتب ضلال، علی تقدیر حقیتها

ثم الکتب السماویة المنسوخة غیر المحرّفة، لا تدخل فی کتب الضلال

کوحدة الوجود، او وحدة الموجود، او کون الاعجاز لا- حقیقة له، و انما هو تصرف فی مدارک الحاضرین، او ان الله لا- یعرف الجزئیات، او ان الجنة و النار نفسیة لا جسدیة، او ما اشبه ذلک.

و ان کان اتباعها (یدّعون ان المراد غیر ظاهرها) یلزم اجتنابها و عدم ابقائها، اذا خیف من اضلالها.

(ف) ان (هذه) الکتب (أیضا کتب ضلال، علی تقدیر حقیتها) بان کان مراد اصحابها المطالب الحقة.

و ذلک لان بیان المراد لا یدفع الایراد، و لا یوجب اخراج الکتب من خوف ضلال الناس بها.

(ثم الکتب السماویة المنسوخة غیر المحرّفة) اذ الفرض وجودها، کما یقال من انجیل برنابا، او فرض وجدان التورات الاصلیة مثلا (لا تدخل فی) هذا الاسم، فلا یقال لها (کتب الضلال) تنزیها لان یسمی کلام الله ضلالا.

اما اذا اورث اضلال الناس کان داخلا فی هذا الحکم، کما انه اذا اوجب دعوة اصحابها للناس إلیها و ترک القرآن.

و قد ورد ان رسول الله صلی الله علیه و آله و سلّم، نهی بعض اصحابه ان یذهب فیستمع الی التورات، قائلا: لو کان موسی علیه السلام حیا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۸۹

و اما المحرفة کالتورات و الإنجیل علی ما صرح به جماعة

لما وسعه الا اتباعی.

فان ظاهر تعلیله صلی الله علیه و آله و سلّم: ان التورات کانت غیر محرفة، و الا علله صلی الله علیه و آله و سلّم بانها محرفة، و ان کان یحتمل انه صلی الله علیه و آله و سلّم علله باحدی العلتین.

(و اما المحرفة کالتورات و الإنجیل علی ما صرح به جماعة) من تحریفهما و یدل علی ذلک الکتاب، کقوله تعالی: یُحَرِّفُونَ الْکَلِمَ عَنْ مَوٰاضِعِهِ* و السنة المتواترة، و دلیل العقل، حیث انهما مشتملان علی ما لا یعقل من نسبة الله و انبیائه الی الکذب و الخرافة و مخالفات العقل علی ما ذکرنا جملة منها فی کتاب «هؤلاء الیهود» و «ما ذا فی کتب النصاری».

و لا ینافی ذلک قوله تعالی «إِنّٰا أَنْزَلْنَا التَّوْرٰاةَ فِیهٰا هُدیً وَ نُورٌ» و قوله سبحانه «وَ لْیَحْکُمْ أَهْلُ الْإِنْجِیلِ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ فِیهِ» و قوله سبحانه «وَ مُهَیْمِناً عَلَیْهِ» حیث ان ظاهر الهیمنة حفظه عن الانحراف، و قوله تعالی «إِنّٰا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّکْرَ وَ إِنّٰا لَهُ لَحٰافِظُونَ» حیث ان: الذکر کل کلام الله سبحانه.

اذ یرد علی الاول ان النزول لا یدل علی البقاء کذلک.

و علی الثانی: ان المراد به فی حکم خاص کما ورد فی التفاسیر، فالقرینة الخارجیة مانعة عن انعقاد الاطلاق.

و علی الثالث: ان الهیمنة قد تکون ببیان مواضع الانحراف.

و علی الرابع: ان المراد بالذکر القرآن، لان الکلام فیه فلا اطلاق له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۰

فهی داخلة فی کتب الضلال بالمعنی الاول بالنسبة إلینا، حیث انها لا یوجب للمسلمین بعد بداهة نسخها ضلالة، نعم توجب الضلالة للیهود و النصاری قبل نسخ دینهما فالادلة المتقدمة لا

(فهی داخلة فی کتب الضلال بالمعنی الاول) ای ما یکون باطلا فی نفسه (بالنسبة إلینا) فقط (حیث انها لا یوجب للمسلمین بعد بداهة نسخها ضلالة) الّذی هو المعنی الثانی.

و کان المصنف ره نظر الی زمانه، و الا ففی زماننا یورث الکتابان للمسلمین ضلالة، فکم قد اخرج النصاری المسلمین عن دینهم الی المسیحیة، و قد رأیت بعضهم و باحثت معهم، فهما بالنسبة الی المسلمین کتاب ضلالة أیضا.

هذا بالإضافة الی ان الضلالة بمعنی الاضلال، و یکون وصف الکتاب فی نفسه، لا انه امر نسبی.

و الا فکتب الحکمة و العرفان التی سلم المصنف انها کتب الاضلال، لیست تورث الاضلال بالنسبة الی کل احد.

و منه یظهر الاشکال فی قوله ره (نعم توجب الضلالة للیهود و النصاری قبل نسخ دینهما) لانهم یظنون انهما صحیحان، مع انهما باطلان.

و فیه ما عرفت ان الکتاب مضل فی نفسه سواء قبل نسخ الدین او بعد نسخه.

و علی هذا (فالادلة المتقدمة) المحرمة لحفظ کتب الضلال (لا) ریب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۱

تدل علی حرمة حفظهما قال رحمه الله فی کتاب المبسوط فی باب الغنیمة من الجهاد فان کان فی المغنم کتب، نظر، و ان کانت مباحة یجوز اقرار الید علیها، مثل کتب الطب و الشعر و اللغة و المکاتبات فجمیع ذلک غنیمة.

و کذلک المصاحف و علوم الشریعة

فی انها (تدل علی حرمة حفظهما) بکلا معنیی الضلال، ای ما یکون باطلا فی نفسه و ما یکون مورثا لضلال الناس.

ان قلت: اذا حرف الکتابان من قبل نبی الاسلام، فبما ذا کان المؤمن مأمورا.

قلت: الارض لا تخلو عن الحجة، و قد کان اوصیاء موسی علیه السلام الی زمان عیسی علیه السلام و اوصیاء عیسی علیه السلام الی زمان محمد صلی الله علیه و آله و سلّم، و کان عندهم النسخة الصحیحة، و کان الناس مأمورین باتباع الأوصیاء.

و یؤید ما ذکرناه من انهما کتابا ضلال، ما (قال) الشیخ (ره فی کتاب المبسوط فی باب الغنیمة من الجهاد) بما لفظه: (فان کان فی المغنم کتب، نظر) إلیها. (و ان کانت مباحة) بحیث (یجوز اقرار الید علیها، مثل کتب الطب و الشعر و اللغة و المکاتبات) بین الملوک و الرؤساء و العلماء و من اشبههم، فانها کانت تجعل کتبا لاجل التاریخ و الادب، و کذلک الکتب التی کان یکتبها البلغاء لاجل تعلیم فنّ الکتابة و المراسلة (فجمیع ذلک غنیمة) لاطلاق ادلّتها الشامل لهذه الکتب.

(و کذلک المصاحف و علوم الشریعة) ککتب تواریخ الاسلام، و التفسیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۲

الفقه و الحدیث لان هذا مال یباع و یشتری و ان کانت کتبا لا یحل امساکها کالکفر و الزندقة و ما اشبه ذلک فکل ذلک لا یجوز بیعه.

فان کان ینتفع باوعیته اذا غسل کالجلود و نحوها، فانها غنیمة.

و ان کانت مما لا ینتفع باوعیته کالکاغذ فانها تمزق،

و (الفقه و الحدیث) و الکلام و غیرها، فانه کثیرا ما یکون عند الکفار موجودا فاذا غلب المسلمون علیهم غنموها.

و انما قلنا: انها داخلة فی الغنیمة (لان هذا) کله (مال یباع و یشتری).

و کل مال یملکه المسلمون من الکفار غنیمة.

نعم مالیة القرآن من باب جلده و نحوه، لان المصحف الشریف لا یباع و لا یشتری، کما قرر فی محلّه (و ان کانت) الغنیمة (کتبا لا یحل امساکها ک) کتب (الکفر و الزندقة) تقدم فی معنی الزندیق ما یفید المقام.

و کان مراده بالزندقة الاشد من الکفر، کما هو المتبادر منه، فبینهما عموم مطلق (و ما اشبه ذلک) مثل کتب السحر (فکل ذلک لا یجوز بیعه) لانها لا تملک اذ یأتی منها الفساد محضا.

(فان کان ینتفع باوعیته اذا غسل) ظروفه و طرفیه (کالجلود و نحوها) کما اذا کان من القماش، او الخشب، او الحدید، او غیرها (فانها) تکون حینئذ (غنیمة) کسائر الغنائم.

(و ان کانت مما لا ینتفع باوعیته ک) ما اذا کان الوعاء من (الکاغذ) و نحوه (فانها تمزق) و ینتفع بالممزق منه فی وضع الادویة فیه، او ما اشبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۳

و لا تحرق، اذ ما من کاغذ، إلا و له قیمة.

و حکم التورات و الإنجیل هکذا، کالکاغذ فانه یمزق لانه کتاب مغیّر مبدل، انتهی.

و کیف کان فلم یظهر من معقد نفی الخلاف، الا حرمة ما کان موجبا للضلال و هو الّذی دلت علیه الادلة المتقدمة.

ذلک (و لا تحرق) لان الاحراق اسراف (اذ ما من کاغذ إلا و له قیمة) فاتلافه لا یجوز.

(و حکم التورات و الإنجیل هکذا، کالکاغذ، فانه یمزق) و لا یحرق (لانه کتاب مغیّر مبدل) التغییر یشمل مثل الحذف و الزیادة و التبدیل رفع شیء و وضع شیء آخر مکانه (انتهی) کلامه.

و لا یخفی: ان الظاهر جواز بیع مثل التورات و الإنجیل الی اصحابها ان لم یوجب ذلک مفسدة اما من باب استنقاذ اموالهم برضاهم، کما ذکروا فی باب بیع المیتة ممن یستحل، او من باب شمول اطلاقات البیع له، فان الممنوع بیع ما یأتی منه الفساد، و المفروض انه لا یأتی منه الفساد محضا

و کذلک یجوز بیعها ممن ینتفع بها، لردّ و نحوه، و اعطائها لبعض المسلمین من باب حصته من الغنیمة اذا کان اهلا للردّ، و نحوه.

ثم ان اطلاق ما ذکره ره من ان کل کاغذ له قیمة، محل نظر.

(و کیف کان فلم یظهر من معقد نفی الخلاف، الا حرمة ما کان موجبا للضلال) لا ما کان باطلا فی نفسه (و هو الّذی دلت علیه الادلة المتقدمة).

لکن ربما یقال: بان حال ما کان باطلا فی نفسه، حال ما کان مضلا،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۴

نعم: ما کان من الکتب جامعا للباطل من نفسه، من دون ان یترتب علیه ضلالة لا یدخل تحت الاموال، فلا یقابل بالمال لعدم المنفعة المحللة

لقوله علیه السلام: اذا میّز الله الحق من الباطل، و قوله تعالی، لِیُحِقَّ الْحَقَّ وَ یُبْطِلَ الْبٰاطِلَ، و قوله سبحانه: إِنَّ الْبٰاطِلَ کٰانَ زَهُوقاً فالباطل یلزم محوه، و ازالته.

(نعم: ما کان من الکتب جامعا للباطل فی نفسه، من دون ان یترتب علیه ضلالة) کما اذا کان مشتملا علی قصة مکذوبة لا تضر.

اما الاشتمال علی قصة مکذوبة تنفع، مثل کلیلة و دمنة.

او مشتملا علی اشعار المدح الکاذب، فالظاهر انه لا یدخل تحت الباطل، مثل قوله فی العباس علیه السلام

لو لا القضا، لمحا الوجود بسیفه و الله یقضی ما یشاء و یحکم

و ذلک لانصراف ادلة الکذب عن ذلک و منه: لسان الحال، کقول علی علیه السلام علی قبر فاطمة علیها السلام:- فیما ینسب إلیه

قال الحبیب و کیف لی بجوابکم و انا رهین جنادل و تراب اکل التراب محاسنی فنسیتکم و حجبت عن اهلی و عن اترابی

مع انه لم یقل الحبیب، و لم یأکل التراب محاسنه، و لم ینسهم (لا یدخل تحت الاموال) شرعا فحاله حال الخمر و الخنزیر، و ان کان ما لا عرفا

و انما لم یکن ما لا بدلیل انه باطل یجب افتائه، و ما کان واجب الا فناء لا یکون ما لا (فلا یقابل بالمال) فلا یصح بیعه (لعدم المنفعة المحللة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۵

المقصودة فیه.

مضافا الی آیتی لهو الحدیث، و قول الزور اما وجوب اتلافها، فلا دلیل علیه.

و مما ذکرنا ظهر حکم تصانیف المخالفین فی الأصول، و الفروع، و الحدیث، و التفسیر، و اصول الفقه، و ما دونها من العلوم، فان المناط فی وجوب

المقصودة فیه).

و قد تقدم فی اوّل الکتاب ان ما لا منفعة محلّلة مقصودة فیه، لا یصح بیعه، اذ البیع مبادلة مال بمال، کما یأتی فی اوّل کتاب البیع.

(مضافا) فی الدلالة علی انه لا یقابل بالمال (الی آیتی لهو الحدیث و قول الزور).

فالادلة علی عدم صحة بیع الکتاب الباطل ثلاثة ۱- عدم المنفعة ۲- آیة لهو الحدیث ۳- آیة قول الزور.

و قد تقدم تقریب الآیتین فی اوّل هذا المبحث.

و (اما وجوب اتلافها) ای اتلاف الکتب الباطلة التی لا توجب ضلالا (فلا دلیل علیه) الا ما ذکرناه من وجوب ازهاق الباطل.

(و مما ذکرنا) من ان کتب الباطل- غیر المضلّة- لا یقابل بالمال، و لکن لا دلیل علی وجوب اتلافها (ظهر حکم تصانیف المخالفین فی الأصول و الفروع) الفقهیة (و الحدیث، و التفسیر، و اصول الفقه و ما دونها من العلوم) کالنحو، و الصرف و اللغة، و البلاغة (فان المناط فی وجوب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۶

الاتلاف: جریان الادلة المتقدمة فان الظاهر عدم جریانها فی حفظ شیء من تلک الکتب الا القلیل مما الّف فی خصوص اثبات الجبر، و نحوه و اثبات تفضیل الخلفاء او فضائلهم و شبه ذلک.

و مما ذکرنا أیضا یعرف وجه ما استثنوه فی المسألة من الحفظ للنقض و الاحتجاج علی اهلها، او الاطلاع علی مطالبهم لیحصل به التقیة،

الاتلاف: جریان الادلة المتقدمة) فان الاتلاف یجب اذا کانت موجبة للضلالة.

اما اذا لم تکن موجبة للضلالة، فلا یجب الاتلاف، و ان کانت باطلة فی نفسها (فان الظاهر عدم جریانها) ای الأدلّة المتقدمة (فی حفظ شیء من تلک الکتب) للعامة (الا القلیل مما الّف فی خصوص اثبات الجبر و نحوه) من عدم عدالة الله، و عدم عصمة الأنبیاء، و بطلان إمامة الأئمة، و ما الی ذلک (و اثبات تفضیل الخلفاء) علی علی علیه السلام (او فضائلهم) المکذوبة (و شبه ذلک).

لکن ربما یقال: ان کتبهم الدینیة توجب الانحراف، فتدخل فی کتب الاضلال، الا ما شذ، فلا وجه لما ذکره المصنف ره من استثنائه لها الا القلیل بل المستثنی هو القلیل.

(و مما ذکرنا) من ان وجه وجوب الاتلاف لکتب الضلال، هو ایجابها الاضلال (أیضا یعرف) «أیضا» ای کما عرف مما ذکرنا «حکم

تصانیف المخالفین» (وجه ما استثنوه فی المسألة من الحفظ للنقض و الاحتجاج علی اهلها، او الاطلاع علی مطالبهم لیحصل به التقیة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۷

او غیر ذلک.

و لقد احسن جامع المقاصد، حیث قال: ان فوائد الحفظ کثیرة.

و مما ذکرنا أیضا یعرف حکم ما لو کان بعض الکتاب موجبا للضلال.

فان الواجب رفعه و لو بمحو جمیع الکتاب الا ان یزاحم مصلحة وجوده لمفسدة وجود الضلال.

و لا یخفی ان التقیة هی الاخفاء لاجل السیر و الوصول الی الغایة، فهی ایجابیة، لا انها للوقوف و ترک السیر لتکون سلبیة (او غیر ذلک) کالمقارنة لاجل افادة الاتباع بمحاسن الدین و المذهب فان الاشیاء تعرف باضدادها.

(و لقد احسن جامع المقاصد، حیث قال: ان فوائد الحفظ کثیرة) فلا یلزم اتلاف کتب الضلال الا نادرا، حتی لا یتوهم وجوب اتلاف کتب الضلال مطلقا انسیاقا مع اطلاق جماعة من الفقهاء ذلک.

(و مما ذکرنا) من ان وجه وجوب الاتلاف لکتب الضلال هو ایجابها الاضلال (أیضا یعرف حکم ما لو کان بعض الکتاب موجبا للضلال) دون بعضه الآخر.

کما اذا کتب فی اصول الدین، فکان بحثه فی الوحدانیة صحیحا دون بحثه فی استحالة رؤیته سبحانه، حیث اثبت انه قابل للرؤیة و هکذا

(فان الواجب رفعه) ای رفع ما یوجب الضلال (و لو بمحو جمیع الکتاب) اذا لم یمکن محو الضلال فقط (الا ان یزاحم مصلحة وجوده) ای وجود القدر الصالح من الکتاب (لمفسدة وجود الضلال).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۸

و لو کان باطلا فی نفسه، کان خارجا عن المالیة.

فلو قوبل بجزء من العوض المبذول تبطل المعاوضة بالنسبة إلیه.

ثم الحفظ المحرم یراد به الاعم من الحفظ، بظهر القلب و النسخ و المذاکرة، و جمیع ماله دخل فی بقاء المطالب المضلّة.

فحینذاک یلاحظ ان ایهما اهم، فیقدم علی المهم.

و لو کانا متساویین فی الاهمیة تخیّر بین الابقاء و الاتلاف.

(و لو کان) بعض الکتاب (باطلا فی نفسه) بدون ان یوجب الاضلال (کان خارجا عن المالیة) کما تقدم.

(فلو قوبل بجزء من العوض المبذول) کما لو اشتری الکتاب بدینار، و کان نصفه باطلا، فان نصف الدینار یکون فی قبال هذا النصف الباطل (تبطل المعاوضة بالنسبة إلیه) فاذا کان جاهلا، کان له خیار تبعض الصفقة.

(ثم الحفظ المحرم) الّذی یأتی منه الفساد (یراد به الاعم من الحفظ، بظهر القلب و النسخ) ای الکتابة (و المذاکرة، و جمیع ما له دخل فی بقاء المطالب المضلّة) کما یشمل القراءة و التسجیل و غیرهما لان کل ذلک یورث الفساد، فیحرم و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۱۹۹

الثامنة الرشوة حرام.

اشارة

و فی جامع المقاصد و المسالک: ان علی تحریمها اجماع المسلمین و یدل علیه الکتاب و السنة.

و فی المستفیضة: انها کفر بالله العظیم، او شرک

المسألة (الثامنة: الرشوة حرام) بلا اشکال و لا خلاف.

(و فی جامع المقاصد و المسالک: ان علی تحریمها اجماع المسلمین) بل تحریمها من الضروریات التی یعرفها کافة المسلمین، بل البشر عامّة.

(و یدل علیه الکتاب و السنة) بل و العقل بالنسبة الی الرشوة، من جهة احقاق الباطل او ابطال الحق.

اما الکتاب، فقوله تعالی: لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ*، فانه اکل للمال بالباطل بلا اشکال.

(و فی) الروایات (المستفیضة: انها کفر بالله العظیم، او شرک).

و یراد بالکفر هنا الکفر العملی، لان الکفر علی نحوین.

الاول: الکفر العقیدی، و هو ما اذا انکر او شک فی شیء من اصول الدین.

الثانی: الکفر العملی، و هو ما اذا ترک حکما من احکام الله تعالی و عدم اطلاق الکفر الا علی بعضها، مثل قوله تعالی فی الحج: و من کفر، و فی ترک الشکر: و لئن کفرتم، الی غیرهما انما هو لاجل التنبیه علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۰

ففی روایة الاصبغ ابن نباته، عن امیر المؤمنین علیه السلام، قال:

ایّما وال

شدة ذلک.

و من الممکن ان یراد بالکفر فی ترک الاحکام معنا الکفر الاعتقادی مجازا، ای انه کالکفر.

اما اطلاق الشرک علی الرشوة، فانه اما مجازی مبالغة، و ما اشتهر فی السنة بعضهم، من ان المعصوم لا یبالغ یراد به المبالغة التی لیست من طریقة البلغاء، و الا فهی من محسنات الکلام.

نعم المبالغة التی هی خارجة عن اسلوب البلغاء، لا مجال له فی کلام المعصوم.

کما ان المجاز الّذی لیس من طریقتهم، لا مجال له فی کلامهم علیهم السلام، فان کلا من المجاز و المبالغة و هو فرع من المجاز اذا لم یرد بهما معناهما البلاغی، بل ارید بهما المعنی الحقیقی کان کذبا، و العادل لا یکذب، فکیف بالمعصوم.

و اما المراد به انه شرک خفی، حیث ان المعطی و الآخذ یشرکان بالله سبحانه هوی النفس.

کما ورد ان الریاء شرک فان الشرک- کما حقق فی محلّه- ینقسم الی شرک جلی و شرک خفی.

(ففی روایة الاصبغ ابن نباته، عن امیر المؤمنین علیه السلام، قال:

ایّما وال) و الوالی من باب المثال، و الا فالمراد به کل من یتولی شئون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۱

احتجب عن حوائج الناس، احتجب الله عنه یوم القیامة و عن حوائجه، و ان اخذ هدیة کان غلولا

الناس، و لو کان موظفا صغیرا (احتجب عن حوائج الناس) بان ابتعد عنهم، کانما بینه و بینهم حجاب (احتجب الله عنه یوم القیامة)

كناية عن عدم نجاته تعالى لهم عن العذاب (و عن حوائجه) فلا يدفع عنه عذابا و لا يشمله برحمته (و ان اخذ هدية كان غلولا) الغلول ما يسرق من الغنيمة و قد شبه عليه السلام الهدية بالغلول، لانها خيانة لعامة المسلمين.

فكما ان الغلول خيانة لهم عامة، لان الغنيمة ملك لجميعهم.

كذلك الهدية خيانة لجميع المسلمين.

اما من جهة انها تفتح باب عدم قضاء حوائجهم الا بالمال.

و اما من جهة ان مال الفرد كمال الجماعة، كما قال تعالى: مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً، فان القانون الشامل للكل اذا خولف فقد خرق الشيء المرتبط بالكل، فحاله حال ما اذا ثقّب المكان الصغير من السفينة فانه ثقب السفينة، او انه اى فرق بين ان يخالف الانسان القانون بالنسبة الى الفرد، او بالنسبة الى الكل، فان القانون حفاظ، و من لا يراعى الحفاظ لا فرق بين ان لا يراعيه بالنسبة الى البعض او بالنسبة الى الكل.

و لذا من قتل انسانا او هتك عرضا، استوحش منه الكل.

ثم ان الهدية التى يراد بها المصانعة لاجل الحكم، نوع من استمالة الوالى بالمال، فهو كالرشوة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۲

و ان اخذ رشوة فهو شرك.

و عن الخصال فى الصحيح عن عمار ابن مروان، قال كل شيء غلّ من الامام فهو سحت.

و الفرق بينهما: ان الرشوة تبذل فى قبال الحكم، و الهدية تبذل لاجل ميل نفس الوالى الى هذا المعطى، فتكون العاقبة الحكم له مثل الفرق بين ان يعطى الزانى ما لا للزانية فى قبال الزنا، او يعطيها ما لا هدية مما يوجب ميلها الى المعطى و ينتهى الامر الى الزنا.

و لذا كانت الرشوة اشد فقال عليه السلام: (و ان اخذ رشوة فهو شرك) اما اذا اهدى الانسان الى الوالى مالا، لا لاجل الحكم بل لانه قريب له، او ما اشبه ذلك، فلا تدخل فى هذه الرواية.

لان مناسبة الحكم و الموضوع تعطى المنع عن الهدية تكون فى سبيل الحكم.

مثلا: كان اخ يهدى لاخيه كل عيد اضحى مقدارا من لحم الاضحية او من الصدقة ثم ترقى اخوه و صار واليا، فانه لا اشكال ان اعطائه فى هذه السنة ذلك المقدار من اللحم لا يدخل فى هذا الباب.

(و عن الخصال فى الصحيح عن عمار ابن مروان، قال) عليه السلام (كل شيء غل من الامام فهو سحت).

الغل انما سمى غلا لانه يقيد الانسان و المال الّذى يأخذه الانسان غلولا، يغله و يقيده عن ارتفاع النفس، او يقيده عن الانطلاق حسب الشرافة، فان المعاصى قيود و هى تنافى الحرية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۳

و السحت انواع كثيرة.

منها: ما اصيب من اعمال الولاة الظلمة.

و منها: اجور القضاة، و اجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبيذ المسكر و الربا بعد البينة

و قد تقدم فى اوّل الكتاب ان: السحت، هو اشد انواع الحرام و من المعلوم «غل الامام» ابشع من غل غيره.

(و السحت انواع كثيرة).

(منها: ما اصيب من اعمال الولاة الظلمة).

مثلا- الوالی الظالم له عمل کبناء داره، فاذا بنی البناء داره فی قبال اجر، کان الاجر اصابه من عمل الوالی الظالم، و هذا الاجر حرام و ان کان نفس البناء ان لم یکن للوالی- بل کان لسائر الناس- کان حلالا.

(و منها: اجور القضاة) لان القضاء، لا یحق للقاضی ان یأخذ المال فی قباله.

نعم: اذا کان محتاجا اعطاه بیت المال لاجل انه محتاج کما یعطی سائر المحتاجین، و هذا یسمی رزقا (و اجور الفواجر) لان الله اذا حرم شیئا حرّم ثمنه (و ثمن الخمر و النبیذ المسکر).

اما النبیذ الّذی ینبذ التمر فی الماء، لیغیّر طعم الماء الی الافضل فیشرب نهارا، او ینبذ نهارا لیشرب لیلا فلیس بحرام، لانه لیس بمسکر (و الربا بعد) قیام (البینة) ای فهم الانسان ان الربا حرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۴

و اما الرشاء فی الاحکام، یا عمار، فهو الکفر بالله العظیم.

و مثلها روایة سماعة، عن ابی عبد الله علیه السلام.

و فی روایة یوسف ابن جابر لعن رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم من نظر الی فرج امرأة لا تحل له، و رجلا خان اخاه فی امرأته، و رجلا احتاج الناس إلیه لفقهه فسألهم الرشوة

اما الربا قبل علم الانسان بحرمته، فقد عفی عنه الشرع.

و لذا قال سبحانه: وَ ذَرُوا مٰا بَقِیَ مِنَ الرِّبٰا.

(و اما) اخذ (الرشاء فی) قبال (الاحکام) ای اصدار الحکم للناس (یا عمار، فهو الکفر بالله العظیم) و الاتیان بلفظ: العظیم انما هو للتشدید فی التخویف.

(و مثلها) ای مثل الروایة السابقة عینا (روایة سماعة، عن ابی عبد الله علیه السلام).

(و فی روایة یوسف ابن جابر لعن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلّم من نظر الی فرج امرأة لا تحل له) و ان جاز له النظر الی جسمها، لکونها محرمة له (و رجلا خان اخاه) المسلم (فی امرأته) بنظرة او قبلة او زنا، او لمس او ضمّ (و رجلا احتاج الناس إلیه لفقهه، فسألهم الرشوة) فلا یبین لهم الحکم، او لا یقضی لهم الا فی قبال المال، هذا کله حکم الرشوة.

و اما موضوع الرشوة و انها ما هی، فقد اختلفوا فی انها هل هی ما یبذل فی قبال الباطل فقط.

او ما یبذل فی قبال الوصول الی الهدف حقا کان او باطلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۰۵

و ظاهر هذه الروایة سؤال الرشوة لبذل فقهه، فیکون ظاهرا فی حرمة اخذ الرشوة للحکم بالحق، او للنظر فی امر المترافعین، لیحکم بعد ذلک بینهما بالحق من غیر اجرة.

و هذا المعنی هو ظاهر تفسیر الرشوة فی القاموس بالجعل.

او ما یبذل حتی فی قبال الحق او یفصل فی المسألة، کما یأتی حکایته عن المختلف، و بصدد تنقیح المصنف الموضوع، بیّن أو لا اطلاق الرشوة حتی للحکم بالحقّ، فقال: (و ظاهر هذه الروایة) لیوسف (سؤال الرشوة لبذل فقهه، فیکون ظاهرا فی حرمة اخذ الرشوة للحکم بالحق) بان کانت الرشوة فی قبال الحکم (او للنظر فی امر المترافعین، لیحکم بعد ذلک بینهما بالحق) فاخذه الرشوة لاجل نظره فی امرهما اما حکمه بینهما فقد صدر (من غیر اجرة).

لکن فی الروایة احتمال ثالث، و هو انه لا یبین المسائل، الا فی قبال المال.

و كان المصنف لم يذكر هذا المعنى، لظهور الرشوة فى كونها لاجل الحكم، و هذا الظهور اقوى من ظهور «الفقه» فى بيان المسألة، و لذا قال «و ظاهر هذه الرواية» حيث ان الرواية لا ظهور لها فى بيان المسألة

(و هذا المعنى) اى بذل المال فى قبال الحكم او فى قبال النظر فى امر المترافعين (هو ظاهر تفسير الرشوة فى القاموس بالجعل) لان الجعل للقاضى لا يكون الا لاحد الامرين المذكورين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۶

و إليه نظر المحقق الثانى، حيث فسر فى حاشية الارشاد: الرشوة بما يبذله احد المتحاكمين.

و ذكر فى جامع المقاصد ان الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوة و هو صريح الحلى أيضا فى مسئلة تحريم اخذ الرشوة مطلقا، و اعطائها الا- اذا كانت على اجراء حكم صحيح فلا- يحرم على المعطى، هذا و لكن عن مجمع البحرين: قلّما يستعمل الرشوة الا فيما يتوصل به الى ابطال حق، او تمشية باطل.

(و إليه) اى الى نفس هذا المعنى (نظر المحقق الثانى، حيث فسّر فى حاشية الارشاد: الرشوة بما يبذله احد المتحاكمين) لان البذل يكون فى قبال الحكم، او فى قبال النظر.

(و ذكر) أيضا (فى جامع المقاصد ان الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوة، و) هذا المعنى (هو صريح) ابن ادريس (الحلى أيضا فى مسئلة تحريم اخذ الرشوة مطلقا) سواء اخذه لاجراء الحكم الصحيح او الباطل (و اعطائها، الا اذا كانت على اجراء حكم صحيح، فلا يحرم على المعطى هذا) لانه مجبور فى الاعطاء و الضرورات تبيح المحظورات.

نعم: اذا لم يكن مجبورا فى الاعطاء كان اعطائها أيضا حراما.

و لما فرغ المصنف من تقريب كون الرشوة تشمل حتى الحكم بالحق شرع فى تقريب انها لا تشمل الا ما اذا كان للحكم بالباطل.

فقال: (و لكن عن مجمع البحرين: قلّما يستعمل الرشوة الا فيما يترصل به الى ابطال حق، او تمشية باطل).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۷

و عن المصباح هى ما يعطيه الشخص للحاكم، او غيره ليحكم له او يحمله على ما يريد.

و عن النهاية: انها الوصلة الى الحاجة بالمصانعة و الراشى الّذى يعطى ما يعينه على الباطل، و المرتشى الآخذ، و الرائش هو الّذى يسعى بينهما ليزيد لهذا او ينقص لهذا.

و مما يدل على عدم عموم الرشا، لمطلق الجعل على الحكم، ما تقدم فى رواية عمار بن مروان، من جعل الرشاء فى الحكم مقابلا لا جور القضاة

(و) كان ينبغى للمصنف ان ينقل كلام المصباح فى سياق المعنى الاول، لان كلامه اعم من ما يبذل للحق او للباطل، فقد حكى (عن المصباح) ان الرشوة (هى ما يعطيه الشخص للحاكم، او غيره ليحكم) الحاكم (له) اى لمعطى الرشوة (او يحمله) اى يحمل المعطى الآخذ (على ما يريد) المعطى، مثلا يعطى مالا لحرس السجن حتى يطلق سراحه.

(و عن النهاية) لابن اثير (انها الوصلة) اى سبب الوصول (الى الحاجة) اى حاجة المعطى (بالمصانعة) اى يجعل المعطى الآخذ صنيع نفسه، ليعمل للمعطى ما يريده (و الراشى الّذى يعطى ما يعينه على الباطل، و المرتشى الآخذ) للرشوة (و الرائش هو الّذى يسعى بينهما ليزيد لهذا) الآخذ (او ينقص لهذا) المعطى اذ الآخذ يريد الزيادة، و المعطى يريد اعطاء اقل.

(و مما يدل على عدم عموم الرشا، لمطلق الجعل على الحكم، ما تقدم فى رواية عمار بن مروان، من جعل الرشاء فى الحكم، مقابلا لا جور القضاة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۸

خصوصا بكلمة اما.

نعم: لا يختص بما يبذل على خصوص الباطل، بل يعم ما يبذل لحصول غرضه، و هو الحكم له حقا كان، او باطلا، و هو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية.

فان الرشوة لو كانت عامة شاملة لكل ما يعطى للحاكم، لم يكن وجه للتقابل بين الرشوة و بين اجر القاضى، اذ حينئذ يكون اجر القاضى من اقسام الرشوة، فجعل الرواية اجر القاضى فى قبال الرشوة، دليل على عدم عموم الرشوة (خصوصا بكلمة اما).

اذ هذه الكلمة تمنع من جعل ما بعدها عطف بيان لما قبلها، حتى يقال: بانه من عطف العام على الخاص، من قبيل ذهبت الى العراق الى النجف الاشرف.

(نعم: لا- يختص) لفظ الرشوة (بما يبذل على خصوص الباطل، بل يعم ما يبذل لحصول غرضه، و هو الحكم له) بل تمشية امره (حقا كان، او باطلا) كما هو ظاهر اطلاقها فى العرف، فيقول: ارشيت حرس الحدود لادخال بضاعتى او لادخال الخمر، او ارشيت القاضى ليحكم بان الدار لى- سواء كانت الدار له واقعا، أم لا، بل اراد اغتصابها من صاحبها الشرعى- (و هو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية).

لكن يرد على المصنف ان ظاهر كلام النهاية: ان الرشوة تستعمل فى خصوص الباطل.

اللهم الا ان يقال: ان صدر كلام النهاية مطلق، و ذيله من بلب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۰۹

و يمكن حمل رواية يوسف ابن جابر على سؤال الرشوة للحكم للراشى حقا او باطلا.

او يقال: ان المراد الجعل فاطلق عليه الرشوة تأكيدا للحرمة.

و منه يظهر حرمة اخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين، مع تعيّن الحكومة عليه كما يدل عليه قوله عليه السلام: احتاج الناس إليه لفقهه

المثال، فتأمل.

(و يمكن حمل رواية يوسف ابن جابر) التى تقدم ان قلنا ان ظاهرها كون الرشوة للحكم بالحق (على سؤال الرشوة للحكم للراشى حقا او باطلا) فالرواية أيضا دليل على اطلاق الرشوة على الاعم.

(او يقال: ان) الرواية ليست فى الرشوة اصلا، بل (المراد) بالرشوة فى الرواية (الجعل) الّذى يعطيه الشخص للفقيه (فاطلق عليه الرشوة) من باب المجاز (تأكيدا للحرمة).

و على كلا التقديرين: لا تكون الرشوة فى رواية يوسف خلاف ما ذكرناه من عموم الرشوة للحكم بالحق، او بالباطل.

(و منه) بناء على ان المراد بالرشوة فى رواية يوسف «الجعل» (يظهر حرمة اخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين، مع تعيّن الحكومة عليه).

و انما قلنا: مع تعيّن الحكومة عليه، (كما يدل عليه قوله عليه السلام:

احتاج الناس إليه لفقهه) فان الاحتياج يكون دليلا على انه معيّن عليه

لكن فيه ان الاحتياج اعم من التعيّن عليه، اذ لو كان الفقيه متعددا صح ان يقال انى احتاج الى الفقيه الفلانى، اذا كان الاحتياج الى النوع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۱۰

و المشهور المنع مطلقا.

بل فی جامع المقاصد: دعوی النص و الاجماع.

و لعله لحمل الاحتیاج فی الروایة علی الاحتیاج الی نوعه و لاطلاق ما تقدم فی روایة عمار بن مروان، من جعل اجور القضاة من السحت بناء علی ان الأجر- فی العرف- یشمل الجعل

و الی هذا الاشکال الّذی ذکرناه اشار المصنف بقوله: (و المشهور المنع) من اخذ القاضی الجعل (مطلقا) سواء کان الحکم معینا علیه أم لا بان کان هناک فقهاء متعددون.

(بل فی جامع المقاصد: دعوی النص و الاجماع) علی الحرمة مطلقا (و لعله) ای لعل وجه نسبة جامع المقاصد الاطلاق الی النص «مع انک عرفت ان ظاهر روایة یوسف الحرمة، اذا کان بذل الفقه متعینا علیه» (لحمل) جامع المقاصد (الاحتیاج فی الروایة علی الاحتیاج الی نوعه) ای نوع الفقیه لا الی شخصه (و لاطلاق) عطف علی «لحمل» و هذا دلیل آخر لقول جامع المقاصد بالإطلاق (ما تقدم فی روایة عمار بن مروان، من جعل اجور القضاة من السحت) فانه مطلق یشمل ما اذا کان القضاء معینا علیه، او لم یکن معینا علیه، لتعدد القاضی.

ان قلت: ما فی روایة عمار لیس الجعل، بل الاجر، و کلامکم فی الجعل.

قلت: لا بأس بذلک (بناء علی ان الأجر- فی العرف- یشمل الجعل) فما قلناه من حرمة الجعل، مطلقا یستفاد من الروایة لاطلاقها الاجر،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۱

و ان کان بینهما فرق عند المتشرعة.

و ربما یستدل علی المنع بصحیحة ابن سنان، قال سئل ابو عبد الله علیه السلام، عن قاض بین فریقین یأخذ علی القضاء الرزق من السلطان قال علیه السلام: ذلک السحت.

و فیه ان ظاهر الروایة کون القاضی منصوبا من قبل السلطان الظاهر بل الصریح فی سلطان الجور اذ ما یؤخذ من العادل، لا یکون

الشامل علی الجعل (و ان کان بینهما) ای بین الاجر و الجعل (فرق عند المتشرعة) اما فی اللغة و العرف العام یطلق کل واحد منهما علی الآخر

(و ربما یستدل علی المنع) ای منع اخذ الجعل للحکم بالحق (بصحیحة ابن سنان، قال سئل ابو عبد الله علیه السلام، عن قاض بین فریقین یأخذ علی القضاء الرزق من السلطان، قال علیه السلام: ذلک السحت) فاطلاقه شامل لما اذا قضی بالحق، بل الغالب فی القضاة القضاء بالحق.

(و) لکن (فیه) ان الاستدلال بهذه الروایة غیر تام.

اذ: (ان ظاهر الروایة کون القاضی منصوبا من قبل السلطان) الّذی کان فی زمان الامام علیه السلام (الظاهر بل الصریح فی سلطان الجور)

وجه الصراحة ان القضیة من القضایا الخارجیة، لا الحقیقیة، فان ظاهر القضاء و ان کانت الحقیقیة الا ان وجود القرینة فی المقام و امثاله توجب صرفها عن ظاهرها.

و یؤید کونها خارجیة ما ذکره بقوله: (اذ ما یؤخذ من العادل، لا یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۲

سحتا قطعا.

و لا شك ان هذا المنصوب غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من هذا الوجه

و لو فرض كونه قابلا للقضاء، لم يكن رزقه من بيت المال، او من جائزة السلطان محرّما قطعا فيجب اخراجه عن العموم الا ان يقال: ان المراد الرزق

سحتا قطعا) كيف و قد امر الامام امير المؤمنين عليه السلام فى عهده المشهور لمالك الاشتر ره باعطاء القضاء ما يزيح علّتهم.

(و) على هـذا فكون ما يأخـذه سـحتا، ليس من جهة انه اخذ الجعل للحكم بالحق، بل لانه (لا شك ان هذا المنصوب غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من هذا الوجه) اى كونه موظفا عند الجائر.

نعم اللازم استثناء ما اذا كان قضائه عند الجائر جائزا لعنوان ثانوى كسائر الوظائف التى تباح عند الجائر لعنوان ثانوى.

و لذا كان الشهيد قاضى نور الله ره، و غيره قضاة عند الظلمة.

(و لو فرض كونه قابلا للقضاء، لم يكن رزقه من بيت المال، او من جائزة السلطان محرّما قطعا).

اذ لا ـ وجه للحرمـة، لا ـ من جهـة كونه وظيفـة عنـد الجـائر و لا ـ من جهـة نفس القضـاء، فانه رزق يعطيه السـلطان لمن يقومون بشـئون المسـلمين التى من اهمّهـا القضاء (فيجب اخراجه) اى اخراج هـذا الفرد من كونه قابلا للقضاء (عن العموم) اى عموم قوله: يأخـذ على القضاء الرزق.

و قد عرفت ان اخراجه بدليل العقل و النقل (الا ان يقال: ان المراد) ب (الرزق) فى رواية ابن سنان الرزق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۱۳

من غير بيت المال.

و جعله على القضاء بمعنى المقابلة قرينة على إرادة العوض.

و كيف كان فالاولى فى الاستدلال على المنع ما ذكرنا خلافا لظاهر المقنعة و المحكى عن القاضى من الجواز.

(من غير بيت المال).

و لا يراد به الرزق بالمعنى المتعارف الّذى هو جائز، بل المراد به العوض.

(و) ذلك لان (جعله على القضاء) الّذى هو (بمعنى المقابلة قرينة على إرادة العوض) فالرواية تدل على احد امرين.

اما ان الرزق من سلطان الجور حرام.

و اما ان عوض القضاء من غير بيت المال حرام.

و على المعنى الثانى: تكون الرواية دليلا للمنع حيث قلنا و قد يستدل للمنع.

(و كيف كـان) معنى الروايـة (فالاـولى فى الاسـتدلال على المنع) اى منع اخـذ الجعـل للحكم بـالحق (مـا ذكرنا) من روايات عمار، و سماعة و يوسف

و ذلك لعدم صـحة الاسـتناد الى رواية ابن سنان لذلك، لما عرفت من انها محتملة لامرين، فلا يصلح دليلا بعد اجمالها (خلافا لظاهر المقنعة و المحكى عن القاضى) ابن البراج (من الجواز).

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۲، ص: ۲۱۳

و لا يخفى ان المقنعة للمفيد، و المقنع للصدوق و كلاهما فى الفقه، فعندهما يجوز اخذ الجعل للقضاء بالحق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۲۱۴

و لعله للاصل، و ظاهر رواية حمزة بن حمران قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت: ان فى شيعتك قوما يتحملون علومكم، و يبثونها فى شيعتكم فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الاكرام فقال عليه السلام: ليس أولئك بمستأكلين انما ذاك الّذى يفتى بغير علم، و لا هدى من الله ليبطل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا، الخبر.

(و لعله) اى الجواز (للاصل) لاصالة كل ما لم يرد على تحريمه دليل (و ظاهر رواية حمزة بن حمران، قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول:

من استأكل بعلمه افتقر) اى طلب المال من علمه (قلت: ان فى شيعتك قوما يتحملون علومكم، و يبثونها فى شيعتكم، فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الاكرام) اى ان شيعتكم يكرمونهم لاجل ما يبثون فيهم من علومكم.

و لا يخفى ان البر عمل الخير و الصلة الخير الواصل الى الغير و الاكرام، ما كان العطاء مع احترام الطرف المقابل، فالبرّ اعمّ من الصلة و هى اعمّ من الاكرام.

(فقال عليه السلام: ليس أولئك بمستأكلين) الذين عنيت، و ان كانوا اذا طلبوا لاكل سمّوا مستأكلين- لغة- (انما ذاك) المستأكل الّذى قصدته، هو (الّذى يفتى بغير علم، و لا هدى من الله).

لعل الفرق ان العلم الوجدانى، و الهدى ما كان طريقا مجعولا، و ان لم يورث العلم، كما قال سبحانه: بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ لٰا هُدىً وَ لٰا كِتٰابٍ مُنِيرٍ*، (ليبطل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا) الى آخر (الخبر).

فان ظاهر هذا الخبر عدم الذم اذا كان حكما بالحق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۲۱۵

و اللام فى قوله: ليبطل به الحقوق، اما للغاية او للعاقبة.

و على الاول: فيدل على حرمة اخذ المال فى مقابل الحكم بالباطل

و على الثانى: فيدل على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعا فى الدنيا.

و على كل تقدير، فظاهرها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لاجل الحكم بالباطل، او مع عدم معرفة الحق

(و اللام فى قوله: ليبطل به الحقوق، اما للغاية) اى قصده من اخذ المال الحكم بالباطل، مثل ابى هريرة، كان يأخذ المال من معاوية ليضع الاحاديث المكذوبة (او للعاقبة) مثل اللام فى قوله تعالى: فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ، لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَ حَزَناً.

(و على الاول) اى لام الغاية (فيدل على حرمة اخذ المال فى مقابل الحكم بالباطل).

و من الواضح انه حرام، فان الله اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه.

(و على الثانى) اى لام العاقبة (فيدل على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعا فى الدنيا).

و من المعلوم: ان الانتصاب، سابق على اخذ المال.

(و على كل تقدير) سواء كانت اللام للغاية، او للعاقبة (فظاهرها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لاجل الحكم بالباطل، او) لاجل الحكم (مع عدم معرفة الحق) لقوله عليه السلام، فى عداد القضاة الذين هم فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۲۱۶

فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق.

و دعوى كون الحصر اضافيا بالنسبة الى الفرد الّذى ذكره السائل فلا يدل الا على عدم الذم على هذا الفرد

فمناط الحكم بالباطل الموجود فى الروايـة «ليبطـل به الحقوق» موجود فى المقـام، و هو الحكم بمـا لا يعلم، بل يظهر ذلك من قوله: بغير علم.

و عليه (ف) الرواية تدل على انه (يجوز الاستيكال مع الحكم بالحق) و هذا هو ما افتى به المفيد و القاضى.

(و) ان قلت: ان روايـة حمزة لا- تـدل على جواز الحكم بـالحق فى قبـال الجعل مطلقا، بل حيث ان الراوى سـئل عن افراد مخصوصـين اجـاب الامـام عليه السـلام بـالجواز بالنسبة إليهم، فالحصـر فى قول الامام «انما ذاك» اضافى بالنسـبة الى مقابل «ذاك» و المقابل هو: الافراد الذين سألهم الراوى فقط، لا كل فرد يحكم بالحق.

و فرق بين ان يحصـر الامام الحرام فى طائفـة ابتـداءً فان الحصـر حينئـذ حقيقى، و يـدل على ان كل من ليس من تلك الطائفة فعملهم حلال و بين ان يحصـر الامـام الحرام فى طائفـة بعـد سؤال الراوى عن جماعـة فـان الحصـر حينئـذ اضافى، و يـدل على ان عمل تلك الجماعة حلال، و لا يدل على ان عمل ما عداهم حلال- مطلقا-.

قلت: (دعوى كون الحصـر) فى كلام الامام (اضافيا بالنسـبة الى الفرد الّذى ذكره السائل) فيـدل كلامه عليه السـلام على ان من ذكره السائل عمله حلال (فلا يدل) كلامه عليه السلام (الا على عدم الذم على هذا الفرد)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۱۷

دون كل من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر.

و فصّل فى المختلف: فجوز اخـذ الجعل و الاجرة مع حاجة القاضـى و عدم تعيين القضاء عليه و منعه مع غناه او عدم الغناء عنه، و لعل اعتبار عدم تعين القضاء لما تقرر عندهم من

الّذى فى كلاـم السائل (دون) دلالـة لكلامه عليه السـلام على عـدم الـذم، ل (كل من كان غير المحصور فيه) «غير المحصور فيه» هم «كل من يفتى بالحق» لان الامام حصر الذم فى «من يفتى بغير علم».

و الحاصل: ان حصر الامام الذم فى من يفتى بغير علم لا يدل على عدم الذم فى من لا يفتى بغير علم، (خلاف الظاهر) اذ ظاهر الحصر انه حقيقى، فكل من يفتى بعلم، لا بأس باخذه الجعل.

و قد تحقق الى هنا قولان.

الاول: ان من يفتى بالحق لا يجوز له اخذ الجعل.

الثانى: انه يجوز له اخذ الجعل.

(و فصّل) العلامة (فى المختلف: فجوز اخذ الجعل و الاجرة) و الفرق بينهما هو الفرق بين الاجارة و الجعالة كما ذكروه فى كتب الفقه (مع حاجـة القاضـى) الى المـال (و عـدم تعيين القضاء عليه) بان لا يكون القاضـى منحصـرا فيه (و منعه) اى اخـذ الجعل و الأجرة (مع غناه) اى عدم حاجة القاضى (او عدم الغناء عنه) بان كان القاضى منحصرا.

و المصـنف ره ذكر وجه هـذا التفصـيل، بقوله: (و لعـل اعتبـار) العلامـة (عـدم تعين القضاء) على القاضـى (لما تقرر عنـدهم) اى عند الفقهاء (من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۱۸

حرمة الاجرة على الواجبات العينية.

و حاجته لا تسوّغ اخذ الاجرة علیها، و انما یجب علی القاضی و غیره رفع حاجته من وجوه اخر.

و اما اعتبار الحاجة، فلظهور اختصاص ادلة المنع بصورة الاستغناء کما یظهر بالتأمل فی روایتی یوسف، و عمار المتقدمتین.

حرمة) اخذ (الاجرة علی الواجبات العینیة).

فاذا وجب القضاء علی القاضی حرم اخذه الاجرة له.

و لا یخفی ان حال الجعل فی هذه المسألة حال الاجرة لان بنائهم لزوم ان یؤتی بالعمل المعین مجانا، فلا فرق بین ان یأخذ مصلی الیومیة اجرة علی صلاته، او ان یأخذ جعلا.

(و) ان قلت: کیف یحرم اخذه الاجرة، و الحال ان القاضی محتاج فمن این یمرّر معاشه.

قلت: (حاجته) ای احتیاج القاضی (لا تسوّغ اخذ الاجرة علیها) ای علی فتاواه فی القضاء (و انما یجب علی القاضی و غیره) ممن یؤدی الواجبات العینیة مع حاجته (رفع حاجته من وجوه اخر) کالخمس و الزکات

(و اما اعتبار) العلامة (الحاجة) فی جواز اخذ القاضی الاجرة (فلظهور اختصاص ادلة المنع) ای الروایات التی تقدمت مما دلّت علی المنع من اخذ القاضی الاجرة (بصورة الاستغناء) ای غنی القاضی (کما یظهر بالتأمل فی روایتی یوسف، و عمار المتقدمتین).

فان ظاهر الرشوة فی روایة یوسف انها تکون بدون الاحتیاج بالإضافة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۱۹

و لا مانع من التکسب بالقضاء من جهة وجوبه الکفائی، کما هو احد الاقوال فی المسألة الآتیة فی محلها ان شاء الله.

الی انها اردفت مع امور غیر محتاج إلیها، مثل النظر الی فرج المرأة و الخیانة لاعراض الناس.

و منه یعلم وجه دلالة روایة عمار، فان اجر الفاجرة یکون غالبا مع عدم الاحتیاج، فتأمل.

(و) لکن لا یخفی ان تفصیل العلامة ضعیف اذ ما ذکرناه من الوجهین لکلامه ره بقولنا «و لعل» و «اما اعتبار» غیر تامین.

اذ یرد علی اولهما انه (لا مانع من التکسب بالقضاء من جهة وجوبه) «من» متعلق «بمانع» ای وجوب القضاء لا یمنع التکسب بالقضاء.

فان الوجوب (الکفائی) لا یمنع التکسب (کما هو احد الاقوال فی المسألة) ای مسئلة جواز اخذ الاجرة علی الواجبات (الآتیة فی محلها ان شاء الله) تعالی.

ثم ان المصنف لم یذکر ردّ التعلیل الثانی للعلامة، ای قوله «و اما اعتبار الحاجة» اکتفاء بما تقدم، من کون «الادلة تمنع الرشوة مطلقا لا فی خصوص صورة غنا القاضی».

لکن المنع انما هو فیما اذا کان الحکم بالباطل.

و لا تمنع الادلة الرشوة فیما اذا کان حکمه بحق.

ثم ان المصنف بعد ان ذکر مسئلة الأجرة فی قبال القضاء بالحق، اراد ان یذکر سائر العناوین التی تکون فی قبال القضاء بقوله:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۰

و اما الارتزاق من بیت المال فلا اشکال فی جوازه للقاضی مع حاجته بل مطلقا، اذا رأی الامام المصلحة فیه، لما سیجیء من الاخبار الواردة فی مصارف الاراضی الخراجیة.

و یدل علیه: ما کتبه امیر المؤمنین علیه السلام، الی مالک الاشتر من قوله علیه السلام: و افسح له، ای للقاضی بالبذل ما یزیح علّته و یقل معه حاجته الی الناس

(و اما الارتزاق من بیت المال) بان یکون القاضی کسائر موظفی الدولة یعطی له من بیت المال (فلا اشکال فی جوازه للقاضی مع حاجته) للاصل و دلالة الادلة علی جوازه (بل مطلقا) و ان لم یکن محتاجا (اذا رأی الامام المصلحة فیه) لوضوح انه اذا لم یر الامام المصلحة فلا یعطی من بیت المال.

و انما قلنا: بجواز الارتزاق (لما سیجیء من الاخبار الواردة فی مصارف الاراضی الخراجیة) من ان رزق القاضی علی بیت المال، فانه معدّ لکل مصالح المسلمین، و منها رزق القاضی.

(و یدل علیه) ای علی جواز رزقه من بیت المال (ما کتبه امیر المؤمنین علیه السلام: الی مالک الاشتر) حین ولّاه مصرفی عهده المعروف (من قوله علیه السلام: و افسح له، ای للقاضی بالبذل) و العطاء (ما یزیح) ای یزیل (علّته) ای حاجته، فان الحاجة علة لکثیر من المعاصی و الآثام (و یقلّ معه) حاجته ای مع بذلک له (حاجته الی الناس).

و انما قال علیه السلام «یقل» و لم یقل «یزول» لان الحاجة لا تزول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۱

و لا فرق بین ان یأخذ الرزق من السلطان العادل، او من الجائر لما سیجیء من حلیة بیت المال لاهله، و لو خرج من ید الجائر.

فان نهمة النفس الی المال، لا تزول مهما کان للانسان من ثروة.

ثم لا یخفی: ان عهد الامام علیه السلام الی مالک الاشتر من افخر مفاخر الاسلام، لکن لا ینفع کتابته و طبعه و قراءته و الافتخار ما لم یضعه المسلم موضع التنفیذ، فان مثل هذا العهد، مثل الماء النازل من السماء یحتاج الی مدّ السواقی و الجدول له، بالإضافة الی احتیاجه الی الزرع بسببه حتی یعطی الثمار المطلوبة.

و عهد الامام علیه السلام هکذا بحاجة الی استخراج الفروع منه، و جعل الضوابط و الخطوط البارزة لما بینه الامام علیه السلام من الخطوط العامة فی العهد، حتی یمکن ان تستفاد منه حکومة عصریة تعطی حاجات العصر بنحو افضل، مما تعطی سائر المبادئ و المذاهب السیاسیة و الاجتماعیة و الاقتصادیة، هذا فی الجانب العلمی ثم یأتی الدور الاهم و هو: الجانب العملی، بالسعی لتطبیق ذلک فی الحیاة.

و من المعلوم ان السعی یلزم ان یکون مناسبا لحجم المهمة و اللّه المستعان.

(و لا فرق بین ان یأخذ الرزق من السلطان العادل، او من الجائر).

اما العادل فواضح، و اما الجائر، ف (لما سیجیء من حلیة بیت المال لاهله، و لو خرج من ید الجائر) فان ما یملکه الانسان یصبح حراما اذا مرّ فی ید غاصبة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۲

و اما ما تقدم فی صحیحة ابن سنان من المنع من اخذ الرزق من السلطان، فقد عرفت الحال فیه.

و اما الهدیة و هی ما یبذله علی وجه الهبة لیورث المودة الموجبة للحکم له حقا کان، او باطلا، و ان لم یقصد المبذول له الحکم الا بالحق اذا عرف و لو من القرائن: ان الباذل قصد الحکم له علی کل تقدیر،

(و اما ما تقدم فی صحیحة ابن سنان من المنع من اخذ الرزق من) ید (السلطان، فقد عرفت الحال فیه) و انه حیث لا یکون المنصوب اهلا للقضاء، الی آخر ما تقدم فی توجیه الروایة.

(و اما الهدیة) التی تبذل للقاضی- و هی القسم الرابع، اذ قد تقدم الاجرة و الجعل و الرزق- (و هی ما یبذله علی وجه الهبة).

و الفرق بین الهدیة و الهبة: ان الاول هبة فیها نوع اکرام (لیورث المودة الموجبة للحکم له حقا، کان) الحکم (او باطلا) بان کان قصد

الباذل الوصلة الی مقصده (و ان لم یقصد المبذول له) و هو الحاکم الآخذ للهدیة (الحکم الا بالحق) فالظاهر حرمته من جهة قصد الباذل (اذا عرف) الحاکم (و لو من القرائن: ان الباذل قصد الحکم له علی کل تقدیر) باطلا او حقا.

و انما شرط المصنف الحرمة بقوله: اذا، لانه اذا لم یعرف الحاکم ذلک- و ان احتمله- فانه لا بأس باخذها، لاصالة الصحة فی فعل المسلم، بل فی فعل کل انسان، و لو کان کافرا، لانه اصل عقلائی لم یردع عنه الشارع، بل بالنسبة الی فعل المسلم فرده بقوله علیه السلام: ضع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۳

فیکون الفرق بینها و بین الرشوة، ان الرشوة تبذل لاجل الحکم و الهدیة تبذل لإیراث الحب المحرک له علی الحکم، علی وفق مطلبه فالظاهر حرمتها، لانها رشوة، او بحکمها بتنقیح المناط.

و علیه یحمل ما تقدم من قول امیر المؤمنین علیه السلام: و ان اخذ، یعنی الوالی هدیة، کان غلولا، و ما ورد من ان هدایا العمال غلول، و فی آخر، سحت، و عن عیون الاخبار عن مولانا ابی الحسن الرضا علیه السلام عن امیر المؤمنین علیه السلام، فی تفسیر قوله تعالی: أَکّالُونَ لِلسُّحْتِ

امر اخیک علی احسنه (فیکون الفرق بینها و بین الرشوة، ان الرشوة تبذل لاجل الحکم) فکانها فی قبال الحکم (و الهدیة تبذل لإیراث الحب المحرک له) ای للحاکم (علی الحکم، علی وفق مطلبه) ای مطلب الباذل.

قوله (فالظاهر حرمتها) جواب «و اما الهدیة» و قد ذکرنا الجواب نحن قبل اسطر إیضاحا للمطلب، بدون فصل طویل (لانها رشوة) عرفا فتشملها ادلة الرشوة (او بحکمها بتنقیح المناط) اذ لا یری العرف فرقا بین الامرین.

(و علیه) ای علی هذا النحو من الهدیة (یحمل ما تقدم من قول امیر المؤمنین علیه السلام) فی روایة اصبغ (و ان اخذ، یعنی الوالی هدیة، کان غلولا و ما ورد) فی حدیث آخر (من ان هدایا العمال غلول، و فی) حدیث (آخر) انها (سحت، و) روی (عن عیون الاخبار) لمؤلفه الصدوق (عن مولانا ابی الحسن الرضا علیه السلام، عن امیر المؤمنین علیه السلام فی تفسیر قوله تعالی: أَکّالُونَ لِلسُّحْتِ) حیث ذم اللّه سبحانه قوما من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۴

قال هو الرجل یقضی لاخیه حاجته، ثم یقبل هدیته.

و للروایة توجیهات، تکون الروایة علی بعضها محمولة علی ظاهرها من التحریم، و علی بعضها محمولة علی المبالغة فی رجحان التجنب عن قبول الهدایا من اهل الحاجة إلیه، لئلا یقع فی الرشوة یوما.

و هل یحرم الرشوة فی غیر الحکم بناء علی صدقها،

علماء الادیان السابقة (قال) علیه السلام: (هو الرجل یقضی لاخیه حاجته، ثم یقبل هدیته) فانها تحمل علی المعنی الّذی ذکرناه للهدیة، و الا لا تکون الهدیة حراما، بلا اشکال.

(و) لا یخفی: ان (للروایة توجیهات) متعددة (تکون الروایة علی بعضها) ای بعض تلک التوجیهات (محمولة علی ظاهرها من التحریم) کما اذا کان من قبیل هدیة العمال، و قد تقدم انها غلول (و علی بعضها محمولة علی المبالغة فی رجحان التجنب عن قبول الهدایا من اهل الحاجة إلیه، لئلا یقع فی الرشوة یوما) و هو ما اذا قلنا: ان المراد اخذ الهدیة التی یخشی ان تنتهی الی الرشوة، و علی بعضها محمولة علی الکراهة العادیة و هو ما اذا حمل علی الأخذ للهدیة لانه نوع من افساد العمل.

فما کان لله لا ینبغی ان یؤخذ فی قباله شیء، فهو مثل ان یصلی ثم یأخذ الهدیة علی صلاته.

(و هل یحرم الرشوة فی غیر الحکم) سواء کان ذلک العمل واجبا علی المرتشی، أم لم یکن واجبا (بناء علی صدقها) ای الرشوة علی غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۵

کما یظهر مما تقدم عن المصباح و النهایة، کان یبذل له مالا، علی ان یصلح امره عند الامیر، فان کان امره منحصرا فی المحرم، مشترکا بینه، و بین المحلل لکن بذل علی اصلاحه حراما، او حلالا، فالظاهر حرمته، لا لاجل الرشوة لعدم الدلیل علیه عدا بعض الاطلاقات المنصرف الی الرشا فی الحکم، بل لانه اکل للمال بالباطل، فتکون الحرمة هنا لاجل الفساد،

الحکم أیضا.

اما بناء علی عدم صدقها موضوعا، فلا تشملها ادلة التحریم (کما یظهر) صدقها (مما تقدم عن المصباح و النهایة) حیث عرفا الرشوة بما یشمل غیر الحکم أیضا (کان یبذل له) ای لمن یعمل (مالا، علی ان یصلح امره عند الامیر) واجبا کان ذلک، بان کان دفعا للظالم الّذی یرید ظلمه، فان دفع المنکر للقادر واجب، أم لا.

کما اذا اراد ارضا من الامیر للتجارة و الاسترباح (فان کان امره منحصرا فی المحرم) مثل ان یجیز له فی بیع الخمر (او مشترکا بینه، و بین المحلل) مثل تحصیل رخصة للبناء (لکن بذل علی اصلاحه حراما، او حلالا) رخصة یصلح بها ان یبنی مخمرا او مخبزا (فالظاهر حرمته لا لاجل) انه (الرشوة).

و انما قلنا: لا- (لعدم الدلیل علیه) ای علی تحریم هذا النحو من الرشوة (عدا بعض الاطلاقات) المتقدمة (المنصرف الی الرشا فی الحکم).

و مراده ببعض الاطلاقات ما تقدم من النهایة و المصباح، بل و ما تقدم عن مجمع البحرین (بل) حرمته انما هی (لانه اکل للمال بالباطل، فتکون الحرمة هنا لاجل الفساد) فیدخل فی روایة تحف العقول فالاعطاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۲۶

فلا یحرم القبض فی نفسه، و انما یحرم التصرف، لانه باق علی ملک الغیر.

نعم: یمکن ان یستدل علی حرمته بفحوی اطلاق ما تقدم فی هدیة الولاة و العمال.

و اما بذل المال علی وجه الهدیة الموجبة لقضاء الحاجة المباحة، فلا حظر فیه، کما یدل علیه ما ورد فی ان الرجل یبذل الرشوة لیتحرک من منزله لیسکنه، قال لا بأس و المراد المنزل المشترک کالمدرسة و المسجد و السوق

حرام، لانه اعانة علی الفساد، و علیه: فالقبض حرام أیضا.

لکن المصنف قال: (فلا یحرم القبض فی نفسه، و انما یحرم التصرف، لانه باق علی ملک الغیر) فیشمله قوله تعالی: لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ.*

(نعم: یمکن ان یستدل علی حرمته بفحوی اطلاق ما تقدم فی هدیة الولاة و العمال) فانها اذا کانت محرمة مع انها للحلال، فالاولی حرمة ما نحن فیه بعد اذا کان العمل منحصرا فی الحرام، او اعطاه لاجل ان یصلحه حراما کان او حلالا- کما لا یخفی-.

(و اما بذل المال علی وجه الهدیة الموجبة لقضاء الحاجة المباحة) و هو القسم الثالث لقوله: فان کان منحصرا فی المحرم، (فلا حظر فیه) ای لا منع شرعا، للاصل (کما یدل علیه ما ورد فی ان الرجل یبذل الرشوة لیتحرک من منزله لیسکنه، قال) علیه السلام: (لا بأس).

و المراد: المنزل الّذی یرید ایجاره ای اشترائه فیما کان للمستأجر السابق الحق فی ان لا یخلیها، ا (و المراد المنزل المشترک کالمدرسة و المسجد و السوق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۷

و نحوها.

و مما يدل على التفصيل فى الرشوة، بين الحاجة المحرمة، و غيرها، رواية الصيرفى، قال سمعت أبا الحسن عليه السلام، و سأله حفص الاعور، فقال: ان عمال السلطان يشترون منا القرب و الأدوات فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا فرشوه حتى لا يظلمنا فقال: لا بأس بما تصلح به مالك، ثم سكت ساعة، ثم قال: اذا انت رشوته يأخذ منك اقل من الشرط.

و نحوها).

اما اذا لم يحق للساكن السكنى، فاخذه المال فى قبال الاخلاء حرام لانه اكل للمال بالباطل.

(و مما يدل على التفصيل فى الرشوة، بين الحاجة المحرمة) فالرشوة حرام (و غيرها) فالرشوة حلال (رواية الصيرفى، قال سمعت أبا الحسن) موسى ابن جعفر (عليه السلام) فان أبا الحسن «المطلق» هو الامام الكاظم، و الثانى الرضا عليه السلام، و الثالث الهادى عليه السلام.

نعم فى السنة الخطباء و تواريخ الرسول هو الامام امير المؤمنين عليه السلام (و سأله حفص الاعور، فقال: ان عمال السلطان يشترون منا القرب و الأدوات فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا) يعطينا الثمن، و يأخذ المثمن (فرشوه) اى اعطى عمالى للوكيل الرشوة (حتى لا يظلمنا) فلا- يعطينا الاقل من حقنا، و لا يأخذ منا الأكثر من حقه (فقال) عليه السلام (لا بأس بما تصلح به مالك، ثم سكت) عليه السلام (ساعة، ثم قال: اذا انت رشوته يأخذ منك اقل من الشرط) المراد بالشرط القدر المقرّر من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۸

قلت: نعم، قال فسدت رشوتك.

و مما يعد من الرشوة، او يلحق بها المعاملة المشتملة على المحابات كبيعه من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم، فان لم يقصد من المعاملة الا المحابات التى فى ضمنها، او قصد المعاملة، لكن جعل المحابات لاجل الحكم له بان كان الحكم له من قبيل ما تواطيا عليه من الشروط غير المصرح بها فى العقد، فهى الرشوة،

المثمن، او يأخذ منه دون الصفة المشترطة.

(قلت: نعم، قال) عليه السلام: قد (فسدت رشوتک).

و الظاهر ان فساد الرشوة فيما اذا لم يكن له فى بيت المال حق قد ظلمه السلطان بعدم اعطائه له، و الا كان له الحق فى ذلك المقدار اقتصاصا.

و حيث ذكر المصنف حكم الرشوة، و الهدية و نحوهما بيّن حكم قسم آخر، فقال:

(و مما يعد من الرشوة، او يلحق بها) حكما لوحدة المناط (المعاملة المشتملة على المحابات، كبيعه من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم) او اشترائه من القاضى ما يساوى درهما بعشرة دراهم.

و كذلك صلحه معه و جعالته له، الى غير ذلك من صنوف المعاملات (فان لم يقصد من المعاملة الا المحابات التى فى ضمنها) بحيث لو لا المحابات لم يعامل اصلا (او قصد المعاملة، لكن جعل المحابات لاجل الحكم له) و ذلك (بان كان الحكم له من قبيل ما تواطيا عليه من الشروط) الضمنية (غير المصرح بها فى العقد، فهى الرشوة).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۲۹

و ان قصد اصل المعاملة، و حابى فيها، لجلب قلب القاضى فهو كالهدية ملحقة بالرشوة.

و فی فساد المعاملة المحابی فیها، وجه قوی.

ثم ان کلما حکم بحرمة اخذه، وجب علی الآخذ ردّه، و ردّ بدله مع التلف اذا قصد مقابلته بالحکم، کالجعل و الأجرة حیث حکم بتحریمهما، و کذا الرشوة، لانها حقیقة جعل

و یدل علی ذلک تسمیة العرف لها بالرشوة، فیشملها دلیل حرمة الرشوة (و ان قصد اصل المعاملة، و) لکن (حابی فیها، لجلب قلب القاضی فهو کالهدیة) التی تقدم الکلام فیها (ملحقة بالرشوة) فی الحرمة عطاء و اخذا.

(و فی فساد المعاملة المحابی فیها، وجه قوی) لانه من اکل المال بالباطل.

و لا یخفی ان اضافة القاضی و الاحسان الی ولده، و ذویه، و العمل فی داره ببناء و نحوه مجانا، او شبه المجان الی غیر ذلک، کلها داخلة فی الرشوة علی التفصیل المتقدم.

(ثم ان کلما حکم بحرمة اخذه، وجب علی) القاضی (الآخذ ردّه) ان کان موجودا (و ردّ بدله مع التلف) لقاعدة ضمان الید (اذا قصد) المعطی (مقابلته) ای مقابلة ما اعطاه (بالحکم) بان اعطاه فی قبال الحکم (کالجعل) للقاضی (و الأجرة) له (حیث) ای فی ایّ مکان (حکم بتحریمهما و کذا) اللازم ردّ عین او بدل (الرشوة، لانها) ای الرشوة (حقیقة جعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۰

علی الباطل.

و لذا فسرها فی القاموس بالجعل، و لو لم یقصد بها المقابلة، بل اعطی مجانا، لیکون داعیا علی الحکم، و هو المسمی بالهدیة، فالظاهر عدم ضمانه، لان مرجعه الی هبة مجانیة فاسدة، اذ الداعی لا یعد عوضا، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

علی الباطل) فلا یصح عطائه و أخذه.

(و لذا فسرها) ای الرشوة (فی القاموس بالجعل) لان الرشوة نوع جعل أیضا- هذا کله اذا قصد المقابلة بالحکم- (و لو لم یقصد بها المقابلة، بل اعطی) الرشوة (مجانا، لیکون داعیا علی الحکم، و هو المسمی بالهدیة) کما تقدم من انها لجلب قلب القاضی (فالظاهر عدم ضمانه، لان مرجعه الی هبة مجانیة فاسدة).

و انما کانت مجانیة (اذ الداعی) ای ما یطلبه من القاضی (لا یعد عوضا) حتی اذا کان العوض فاسدا یکون المعوض باقیا علی ملک المعطی.

و اذا تحقق انها هدیة فاسدة قلنا: (و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده) کما تحقق فی محله.

فکما ان الهبة الصحیحة لا یضمن آخذها، کذلک الهبة الفاسدة لا یضمن آخذها.

لکن لا یخفی ان عینها لو کانت موجودة، کان له اخذها، کما له اخذ کل هبة، بل یحتمل ان له الاخذ حتی فیما اذا کان من مستثنیات اخذ الهبة، کالمتصرف فیها، و القریب، لانصراف ادلة المستثنیات عن المقام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۱

و کونها من السحت، انما یدل علی حرمة الاخذ، لا علی الضمان.

و عموم علی الید مختص بغیر الید المتفرعة علی التسلیط المجانی.

و لذا لا یضمن بالهبة الفاسدة فی غیر هذا المقام و فی کلام بعض المعاصرین ان احتمال عدم الضمان فی الرشوة مطلقا غیر بعید، معلّلا بتسلیط المالک علیها مجّانا.

(و) ان قلت: ان کون مثل هذا المال من السحت یقتضی ضمان الآخذ له.

قلت: (کونها من السحت، انما یدل علی حرمة الاخذ لا علی الضمان) بل الاصل عدم الضمان.

(و) ان قلت: ان «علی الید» دال علی وجوب ردّه.

قلت: (عموم علی الید مختص بغیر الید المتفرعة علی التسلیط المجانی) لان اطلاق: علی الید، منصرف الی غیر المجانی.

(و لذا) حیث لا- یشمل المقام عموم: علی الید (لا- یضمن) الآخذ (بالهبة الفاسدة فی غیر هذا المقام) أیضا (و فی کلام بعض المعاصرین ان احتمال عدم الضمان) ای عدم ضمان الحاکم (فی الرشوة مطلقا) بمختلف اقسامها (غیر بعید، معلّلا بتسلیط المالک علیها) ای علی الرشوة للحاکم (مجّانا) فقد اذهب المالک احترام مال نفسه، فهو من قبیل القاء المال فی الشارع، بقصد الاعراض عنه.

فکما: ان «علی الید» لا- یشمل المال الملقی فی الشارع اذا اخذه انسان، کذلک لا یشمل الرشوة، فان الملک موضوع عرفی قرّره الشارع،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۲

قال: و لأنها تشبه المعاوضة، و ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده.

و لا یخفی ما بین تعلیله من التنافی.

لان شبهها بالمعاوضة یستلزم الضمان، لان المعاوضة الصحیحة توجب ضمان کل منهما ما وصل إلیه بعوضه الّذی دفعه.

فاذا ازال هذا الموضوع العرفی، و لم یکن دلیل من الشرع علی بقائه کان مقتضی القاعدة عدم الضمان.

(قال: و لأنها) ای الرشوة (تشبه المعاوضة) حیث انها تعطی فی مقابل الحکم (و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده) اذ المعاوضة لو کانت صحیحة لم یضمن الآخذ، فکذلک فیما اذا کانت فاسدة- حسب ما عرفت-.

(و لا یخفی ما بین تعلیله) لعدم الضمان (من التنافی).

اذ کون الرشوة مجانیة ینافی کونها کالمعاوضة، فانها لو کانت کالمعاوضة، لم تکن مجانیة، بالإضافة الی ان کونها کالمعاوضة، یستلزم الضمان- لا عدم الضمان-.

(لان شبهها بالمعاوضة یستلزم الضمان) و ذلک (لان المعاوضة الصحیحة توجب ضمان کل منهما) ای من الشخصین الذین عاوضا (ما وصل إلیه بعوضه).

فالبائع ضامن للمال بمقابل المتاع.

و هنا الحاکم ضامن للرشوة بمقابل الحکم (الّذی دفعه) فکان الحاکم دفع الحکم الی الباذل فی مقابل اخذه الرشوة منه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۳۳

فیکون مع الفساد مضمونا بعوضه الواقعی و هو المثل، او القیمة.

و لیس فی المعاوضات ما لا یضمن العوض بصحیحه حتی لا یضمن بفاسده نعم قد یتحقق عدم الضمان فی بعض المعاوضات بالنسبة الی غیر العوض، کما ان العین المستأجرة غیر مضمونة فی ید المستأجر بالاجارة

(ف) اذا کان اعطاء الرشوة کالمعاوضة (یکون مع الفساد) لاعطاء الرشوة (مضمونا) ذلک المال المعطی رشوة (بعوضه الواقعی و هو المثل) فیما اذا کانت الرشوة مثلیة، کالحنطة (او القیمة) فیما اذا کانت الرشوة قیمیة، کالانعام الثلاث.

و الحاصل: ان ما نحن فیه من صغریات قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» لا من صغریات قاعدة «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»

(و) ان قلت: فلتکن الرشوة من المعاوضات التی لا یضمن کل من الطرفین بصحیحها.

قلت: (لیس فی المعاوضات ما لا یضمن العوض بصحیحه، حتی لا یضمن بفاسده).

اذ معنی المعاوضة المبادلة بین شیئین.

و من المعلوم ان المبادلة لا تکون الا بضمان کل جانب للآخر.

(نعم قد یتحقق عدم الضمان فی بعض المعاوضات) لکن لا- بالنسبة الی العوضین، بل (بالنسبة الی غیر العوض، کما ان العین المستأجرة) کالدار التی آجرها زید بمائة دینار (غیر مضمونة فی ید المستأجر بالاجارة) ای بسبب الاجارة، لکن العین لیست فی طرف العوض، بل المنفعة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۳۴

فربما یدعی انها غیر مضمونة، اذا قبض بالاجارة الفاسدة.

لکن هذا کلام آخر.

و الکلام فعلا فی ضمان العوض بالمعاوضة الفاسدة.

و التحقیق: ان کونها معاوضة، او شبیهة بها وجه لضمان العوض فیها، لا لعدم الضمان.

فروع فی اختلاف الدافع و القابض.

و هی مضمونة.

(فربما یدعی انها غیر مضمونة، اذا قبض بالاجارة الفاسدة).

اذ المعاوضة وقعت بین مال الاجارة، و بین المنفعة، فالعین کما لا تضمن فی الاجارة الصحیحة، کذلک لا تضمن بالاجارة الفاسدة، و انما یضمن الطرفان المنفعة و الاجرة.

(لکن هذا) الکلام و هو ضمان العین فی الاجارة الفاسدة (کلام آخر) غیر مربوط بقاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده».

(و الکلام فعلا) الآن (فی ضمان العوض بالمعاوضة الفاسدة).

(و) الحاصل: ان تعلیل هذا المعاصر لعدم ضمان الرشوة بقاعدة:

ما لا یضمن، بکونها شبیهة بالعوض، تعلیل للشیء بضده.

اذ: (التحقیق: ان کونها) ای الرشوة (معاوضة، او شبیهة بها) ای بالمعاوضة (وجه لضمان العوض فیها، لا) انه وجه (لعدم الضمان) فتأمل جیدا.

(فروع فی اختلاف الدافع) للرشوة (و القابض) ای الحاکم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۳۵

لو ادعی الدافع انها هدیة ملحقة بالرشوة فی الفساد و الحرمة و ادعی القابض انها هبة صحیحة، لداعی القربة، او غیرها احتمل تقدیم الاول، لان الدافع اعرف بنیّته.

و لأصالة الضمان فی الید، اذا کانت الدعوی بعد التلف.

(لو ادعی الدافع انها هدیة ملحقة بالرشوة فی الفساد) للدفع الموجب لاسترجاعها (و الحرمة) فی اکلها للآخذ (و ادعی القابض انها هبة

صحیحة، لداعی القربة) الی الله تعالی (او غیرها) من سائر الدواعی الحسنة، کصلة الرحم، و مساعدة الفقیر. بدون القربة.

اذ لا یشترط فی الهبة القربة- کما قرر فی کتاب الهبة- (احتمل تقدیم الاول) ای قول الدافع (لان الدافع اعرف بنیّته).

و ربما یشکل فیه: بان اصالة الصحة مقدمة علی هذه الاعرفیة اذ لو ارید بالاخذ بهذه الاعرفیة لزم تقدیم قول کل انسان فعل شیئا یحتاج الی القصد، لدی اختلافه مع الطرف الآخر، مضافا الی انه لا دلیل علی حجیة هذه الاعرفیة.

(و لاصالة الضمان فی الید، اذا کانت الدعوی بعد التلف).

اذ قاعدة: علی الید ما اخذت، تفید ان کل ید ضمانیة الا ما خرج بالدلیل و حیث لم تعلم ان المقام مما خرج، فالاصل «قاعدة الید».

و انما قیده بما اذا کانت الدعوی بعد التلف لانه اذا کانت الدعوی قبلها کان للمعطی، اخذها مطلقا، لانها اما رشوة فاسدة، و اما هبة، و الهبة قبل التلف یصح استرجاعها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۳۶

و الاقوی: تقدیم الثانی لانه یدعی الصحة.

و لو ادعی الدافع انها رشوة، او اجرة علی المحرم و ادعی القابض کونها هبة صحیحة، احتمل انه کذلک لان الامر یدور بین الهبة الصحیحة و الاجارة الفاسدة.

و یحتمل العدم، اذ لا عقد مشترک هنا، اختلفا فی صحته و فساده، فالدافع منکر، لاصل العقد الّذی یدعیه القابض، لا

و لکن فیه، انها اذا کانت لذی رحم، او زوج، او ما اشبه، فلا یحق الاسترجاع و لو قال المصنف: فیما لو کانت الدعوی فیما لا یصح استرجاعها اذا کانت هبة، کان اولی.

(و الاقوی: تقدیم الثانی) ای عدم کونها رشوة فاسدة، بل هبة صحیحة (لانه) ای الحاکم (یدعی الصحة) و اصالة الصحة محکّمة.

(و لو ادعی الدافع انها رشوة) محرّمة (او اجرة علی المحرم) بان اعطیتک لاثبات باطل او ابطال حق (و ادعی القابض کونها هبة صحیحة احتمل انه کذلک).

یأتی فیه الاحتمالان السابقان من «قاعدة الید» المقتضیة للضمان و «اصالة الصحة» المقتضیة لعدم الضمان، مع قوة الاحتمال الثانی (لان الامر یدور بین الهبة الصحیحة و الاجارة الفاسدة) فاصالة الصحة محکمة.

(و یحتمل العدم) بان لا یکون القول قول الحاکم (اذ لا عقد مشترک هنا، اختلفا فی صحته و فساده) حتی یقال: ان قول مدعی الصحة مقدم (فالدافع منکر، لاصل العقد الّذی یدعیه القابض، لا) انه یعترف بالعقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۳۷

لصحته، فیحلف علی عدم وقوعه.

و لیس هذا من مورد التداعی، کما لا یخفی.

و لو ادعی الدافع انها رشوة، و القابض انها هدیة فاسدة، لدفع الغرم عن نفسه، بناء علی ما سبق، من ان الهدیة المحرمة لا یوجب الضمان.

و ینکر (لصحته) حتی یقال: بان المقام مجری اصالة الصحة (فیحلف علی عدم وقوعه) ای عدم وقوع العقد، فتکون حینئذ هبة، و یصح الرجوع فی الهبة اذا لم تکن مما لا یصح الرجوع فیها.

(و لیس هذا) المقام (من مورد التداعی، کما لا یخفی).

وجه احتمال التداعی، ان الباذل یدعی انه رشوة لا- هبة و القاضی یدعی انه هبة لا- رشوة فاللازم التحالف، ثم الرجوع الی اصالة

الصحة.

و وجه عدم كونه تداعيا انه انما يكون تداعيا اذا لم يكن مع احدهما الاصل - كما لو ادعى احدهما البيع و الآخر الرهن-.

اما لو كان الاصل موجودا مع احدهما كما فى ما نحن فيه، فليس الباب من التداعى.

(و لو ادعى الدافع انها رشوة، و القابض انها هدية فاسدة) و انما يدعى الدافع انها رشوة ليكون له الحق فى الاسترجاع، و يدعى القابض انها هدية فاسدة (لدفع الغرم عن نفسه، بناء على ما سبق، من ان الهدية المحرمة لا يوجب الضمان) لقاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۳۸

ففى تقديم الاول، لاصالة الضمان فى اليد.

او الآخر، لاصالة عدم سبب الضمان و منع اصالة الضمان.

وجهان، أقواهما: الاول، لان عموم خبر: على اليد، يقضى بالضمان الا مع تسليط المالك مجّانا، و الاصل عدم تحققه.

و هذا حاكم على اصالة عدم سبب الضمان، فافهم.

(ففى تقديم الاول، لاصالة الضمان فى اليد) لقاعدة: على اليد ما اخذت حتى تؤدى.

فكل مورد شك فى الخروج عن هذه القاعدة كانت الاصالة محكمة.

(او الآخر لاصالة عدم سبب الضمان و منع اصالة الضمان) اذ الضمان شيء خلاف الاصل.

فكلما شك فيه، كان الاصل عدمه.

(وجهان، أقواهما: الاول) اى الضمان (لان عموم خبر: على اليد، يقضى بالضمان، الا مع تسليط المالك) للقابض (مجّانا و الاصل عدم تحققه) اى التسليط المجانى.

(و هذا) الاصل (حاكم على اصالة عدم سبب الضمان، فافهم) لعله اشارة الى ان بعد تحقق التسليط يشك فى انه كان مجانيا او بمقابل، و حيث ان المقابلة مئونة زائدة، كان الاصل عدمها.

ثم: انه لو اخذ القاضى، او الدال، او العامل، الهدايا المحلّلة فهل للامام ان يأخذها منه أم لا؟ احتمالان:

من ان الشيء انما قدم للوالى و اخويه، فهو المالك و ليس للامام ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۳۹

....

ينزع مالهم عن ايديهم.

و من: ان الشرط الضمنى ان الولاية او القضاء او العمالة بمقابل ما يعطيه الامام و ان كلّما عدا ذلك فهو للامام، فالمال و ان اهدى إليهم لكنه حسب الشرط الضمنى عمال رسول الله صلى الله عليه و آله جاءوا إليه، و جاءوا بالاموال يقسمونها قائلين هذا لكم و هذا لنا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: ما بال العامل نبعثه على اعمالنا، يقول: هذا لكم و هذا اهدى الى، فهلا جلس فى قعر بيته، او بيت ابيه، او بيت أمه ينظر أ يهدى إليه أم لا؟.

و الّذى نفسى بيده لا يأخذ احد منها شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته، الحديث، و تفصيل الكلام فى ذلك موكول الى محله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۰

التاسعة سبّ المؤمنین حرام،

فی الجملة، بالأدلّة الاربعة لانه ظلم، و ایذاء و اذلال.

ففی روایة ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: سباب المؤمن فسوق، و قتاله کفر، و اکل لحمه معصیة، و حرمة

المسألة (التاسعة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرّما فی نفسه (سبّ المؤمنین) و هو (حرام، فی الجملة، بالأدلّة الاربعة).

اما من الکتاب فقوله تعالی: وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ، فان السبّ من اظهر مصادیق قول الزور.

و اما من العقل فلاستقلال العقل بقبح الظلم و من مصادیق الظلم السبّ و اما الاجماع فانه لا خلاف بین العلماء کافة فی ذلک و (لانه ظلم، و ایذاء، و اذلال) و اهانة و تحقیر و مورث للعداوة، الی غیرها من العناوین المحرمة و اما من السنة فمتواتر الروایات.

(ففی روایة ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: سباب المؤمن فسوق) ای خروج عن طاعة الله فان الفسق بمعنی الخروج (و قتاله کفر) تقدم ان المراد بالکفر فی مثل هذه الاحادیث الکفر العملی، و غالبا ما یطلق علی المعصیة الشدیدة، و ان کانت کل معصیة کفرا بهذا المعنی (و اکل لحمه) بالغیبة (معصیة، و حرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۱

ماله کحرمة دمه.

و فی روایة السکونی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: سباب المؤمن کالمشرف علی الهلکة.

و فی روایة ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام، قال: جاء رجل من تمیم الی رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقال له: اوصنی فکان فیما اوصاه لا تسبوا، فتکتسبوا العداوة.

و فی روایة ابن الحجاج، عن ابی الحسن علیه السلام:

ماله کحرمة دمه).

فکما لا یجوز اراقة دم المؤمن، کذلک لا یجوز التصرف فی ماله بدون اذنه.

(و فی روایة السکونی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: سباب المؤمن کالمشرف علی الهلکة) سباب صیغة مبالغة علی وزن فعال.

(و فی روایة ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام، قال: جاء رجل من تمیم الی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله، فقال له: اوصنی، فکان فیما اوصاه) الرسول صلّی اللّه علیه و آله (لا تسبوا، فتکتسبوا العداوة) فان السب یوجب العداوة بین طائفة الساب و المسبوب- کما لا یخفی-.

(و فی روایة ابن الحجاج، عن ابی الحسن علیه السلام) ای موسی بن جعفر علیه السلام.

فان أبا الحسن المطلق و أبا الحسن الاول، یراد به الکاظم علیه السلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۲

فی الرجلین یتسابان، قال: البادی منهما اظلم، و وزره علی صاحبه «و وزر صاحبه علیه» ما لم یعتذر الی المظلوم.

و فی مرجع الضمائر اغتشاش، و یمکن الخطأ من الراوی.

و المراد- و اللّه اعلم-: ان مثل وزر صاحبه علیه لإیقاعه ایاه فی السب من غیر ان یخفف عن صاحبه شیء.

و أبا الحسن الثانی یراد به الرضا علیه السلام.

و أبا الحسن الثالث علیه السلام یراد به الهادی علیه السلام.

اما اطلاقه علی امیر المؤمنین، علیه السلام، فذلک یحتاج الی القرینهٔ (فی الرجلین یتسابان، قال) علیه السلام (البادی) ای الّذی ابتدأ (منهما اظلم) لانه ساب، و سبب لسب انسان آخر (و وزره علی صاحبه) الظاهر ان معناه: وزر سب الثانی للبادی، علی البادی.

و فی بعض النسخ «وزر صاحبه علیه» (ما لم یعتذر) البادی (الی المظلوم) الّذی ظلمه بسبه له أولا، فاذا اعتذر حتی غفر له المسبوب، و استغفر اللّه تعالی، طهر عن ذنبه، هذا هو المعنی المفهوم من الروایهٔ عرفا.

(و فی مرجع الضمائر) «وزره» و «صاحبه» و «یعتذر» (اغتشاش، و یمکن الخطأ من الراوی) فی هذا التعبیر الموجب للاغتشاش فی مرجع الضمائر.

(و المراد- و اللّه اعلم-: ان مثل وزر صاحبه) المسبوب (علیه) ای علی الساب (لإیقاعه ایاه فی السب) فان البادئ هو الّذی اوقع المسبوب فی السب (من غیر ان یخفف) تحمل الساب لوزر المسبوب (عن صاحبه شیء) بل للمسبوب وزر واحد، و للساب وزران.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۴۳

فاذا اعتذر الی المظلوم، عن سبه و ایقاعه ایاه فی السب، برء من الوزرین.

ثم ان المرجع فی السب الی العرف، و فسره فی جامع المقاصد باسناده ما یقتضی نقصه إلیه مثل: الوضیع، و الناقص.

و فی کلام بعض آخر: ان السب و الشتم بمعنی واحد.

و فی کلام ثالث: ان السب ان تصف الشخص بما هو ازراء و نقص، فیدخل فی النقص کلما یوجب الاذی کالقذف،

(فاذا اعتذر) الساب (الی المظلوم، عن سبه) له (و) عن (ایقاعه ایاه فی السب، برء من الوزرین) وزر السب، و وزر ایقاع الغیر فی السب.

اقول: و من المحتمل ان لا یکون للمسبوب وزر فی سبه للبادئ- کما افتی بذلک جمع- تمسکا بإطلاق قوله تعالی: فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ.

(ثم ان المرجع فی السب الی العرف، و فسره فی جامع المقاصد باسناده) ای اسناد الساب (ما یقتضی نقصه) ای نقص المسبوب (إلیه) و ذلک السب (مثل: الوضیع، و الناقص) و ما اشبه.

(و فی کلام بعض آخر: ان السب و الشتم بمعنی واحد) قال فی مجمع البحرین، السب: الشتم، و مثله السباب بالکسر، و خفهٔ الموحدهٔ انتهی.

(و فی کلام ثالث: ان السب ان تصف الشخص بما هو ازراء و نقص، فیدخل فی النقص کلما یوجب الاذی کالقذف) بان ینسب إلیه الزنا، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۴۴

و الحقیر، و الوضیع، و الکلب، و الکافر، و المرتد، و التعییر بشیء من بلاء اللّه تعالی، کالاجذم و الابرص.

ثم الظاهر: انه لا یعتبر فی صدق السب مواجههٔ المسبوب.

نعم یعتبر فیه قصد الاهانهٔ و النقص، فالنسبهٔ بینه و بین الغیبهٔ،

اللواط، و ما اشبه، او ینسب الی احد المربوطین به، نحو یا زانی، و یا لوطی و یا ابن الزنا، و ما اشبه.

و فی بعض النسخ، کالقذی، مکان: القذف، و المعنی: ان یقال:

له یا قذی، کانه من فرط اذیته قطعة من القذی من باب زید عدل (و الحقیر و الوضیع، و الکلب، و الکافر، و المرتد، و) ما اشبه، او (التعییر) و الملامة (بشیء من بلاء اللّه تعالی، کالاجذم و الابرص) او ما صنع به من القبیح او التشویه حقیقة کالملوط، و الاشتر، او ما اشبه ذلک، مما یعد فی العرف سبا، و ان کان له حقیقة.

(ثم الظاهر: انه لا یعتبر فی صدق السب) عرفا الّذی هو میزان الحرمة شرعا (مواجهة المسبوب) فاذا سب انسان غائبا، صدق السب.

نعم: الظاهر انه یعتبر فیه المواجهة فی الجملة، فلو سب زیدا- فی داره الخالیة- بحیث لم یسمعه احد، و لا یسمعه احدا فیما بعد لم یکن سبا، لانصراف الادلة عنه.

نعم اذا کانت مسجّلة تسجلّه عدّ سبّا.

(نعم یعتبر فیه قصد الاهانة و النقص، فالنسبة بینه) ای بین السب (و بین الغیبة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۵

عموم من وجه.

و الظاهر تعدد العقاب فی مادة الاجتماع، لان مجرد ذکر الشخص بما یکرهه لو سمعه- و لو لا لقصد الاهانة- غیبة محرمة، و الاهانة محرم آخر.

ثم: انه یستثنی من المؤمن المتظاهر بالفسق، لما سیجیء فی الغیبة من: انه لا حرمة له.

عموم من وجه).

فان التنقیص مواجهة، سب لا غیبة.

و ذکر الشخص بما لا یرضاه فی غیابه بدون تنقیص او اهانة، غیبة لا سب.

و ذکره بظهر الغیب بالتنقیص سب و غیبة.

لکن لا یبعد وحدة العقاب، و ان تعدد الملاک فی المجمع بینهما.

(و) اما قول المصنف: (الظاهر تعدد العقاب فی مادة الاجتماع، لان مجرد ذکر الشخص بما یکرهه لو سمعه- و لو لا لقصد الاهانة- غیبة محرمة، و الاهانة محرم آخر) خلاف المتفاهم عرفا، و إلا لزم تکثر العقاب لانه غیبة، و اهانة و سب، و اذلال، و تحقیر و تنقیص، و تعاون علی الأثم، الی غیرها من العناوین المحرمة.

و لا اظن ان یلتزم بذلک احد، و علی کل حال فالمسألة کلامیة لا فقهیة، و المرجع فیها العرف.

(ثم: انه یستثنی من المؤمن المتظاهر بالفسق، کما سیجیء فی) باب (الغیبة، من: انه لا حرمة له) فیجوز سبه، کما تجوز غیبته، بالنسبة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۴۶

و هل یعتبر فی جواز سبّه کونه من باب النهی عن المنکر؟ فیشترط بشروطه، أم لا-؟ ظاهر النصوص و الفتاوی- کما فی الروضة- الثانی.

و الاحوط الاول.

و یستثنی منه المبتدع أیضا، لقوله صلی الله علیه و آله: اذا رأیتم اهل البدع من بعدی فاظهروا البراءة منهم و اکثروا من سبّهم و الوقیعة فیهم.

الفسق المتظاهر فيه.

كـان يقول له: يـا خمار، او يا زاني- اذا كان يرتكب احـد العملين بلا خفاء- بل يجوز سبّه و سب المنتسب إليه، اذا كانا فاسـقين كما قال حبيب ابن مظاهر ره لذلك الفاسق: يا ابن الخمارة و ما اشبه.

(و هل يعتبر فى جواز سبّه) حين كان متظاهرا (كونه من باب النهى عن المنكر فيشترط بشروطه) المذكورة فى باب النهى عن المنكر، من احتمال التأثير، و ما اشبه (أم لا) يشترط، بل يجوز سبّه مطلقا- باستثناء خوف الضرر-.

ف (ظاهر النصوص و الفتاوى- كما فى الروضة-) للشهيد الثانى (الثانى) فيجوز السبّ مطلقا.

(و الاحوط الاول) الا فى مثل ما تقدم عن حبيب بن المظاهر رضوان الله عليه، و ما اشبه، فانه لا اشكال فى جوازه مطلقا.

(و يسـتثنى منه) اى من حرمـة السبّ (المبتـدع أيضا، لقوله صـلى الله عليه و آله: اذا رأيتم اهل البدع من بعدى فاظهروا البراءة منهم، و اكثروا من سبّهم، و الوقيعة فيهم)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۷

و يمكن ان يستثنى من ذلك ما اذا لم يتأثر المسبوب عرفا بان لا يوجب قول هذا القائل فى حقه: مذلة و لا نقصا، كقول الوالد لولده او السيد لعبده- عند مشاهدة ما يكرهه-: يا حمار، و عند غيظه يا خبيث، و نحو ذلك سواء لم يتأثر بذلك، بان لم يكرهه اصلا او تأثر به بناء على ان العبرة بحصول الذل و النقص فيه عرفا.

و الظاهر انه لا يخص المسلم المبتدع، بل يعم غير المسلم.

و لكن هل يجوز سبّ غير المسلم مطلقا او المبتدع و ذو النشاط منهم؟

و هل يجوز سبّ اتباع المبتدع الذين لا بدعة و لا نشاط لهم الآن؟

للمسألة صور، و فيها وجوه.

(و يمكن ان يستثنى من ذلـك) السب المحرم أيضـا (ما اذا لم يتأثر المسـبوب عرفا بان لا يوجب قول هـذا القائل فى حقه: مذلـة و لا نقصا، كقول الوالـد لولـده او السـيد لعبـده- عنـد مشاهدة ما يكرهه-: يا حمار، و عند غيظه) و غضـبه منه (يا خبيث و نحو ذلك) من الفاظ السباب، نحو: يا احمق، و يا مجنون، و يا سفيه (سواء لم يتأثر بذلك، بان لم يكرهه اصلا) كما هو المتعارف عند صفاء القلوب (او تأثر به).

و انما يجوز مع تأثره (بناء على ان العبرة بحصول الذل و النقص فيه عرفا).

و انما نقول: بالاستثناء، لانصراف ادلة الحرمة عن مثل ذلك.

لكن الظاهر: لزوم القول بإطلاق الحرمة، الا فى صورة الرضا، اذ لا يبعد فهم العرف من ادلة الحرمة صورة الكراهة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۸

و يشكل الثانى بعموم ادلة حرمة الايذاء.

نعم: لو قـال السـيد ذلـك فى مقـام التـأديب، جاز لفحوى جواز الضـرب و اما الوالـد فيمكن اسـتفادة الجواز فى حقه مما ورد من مثل قولهم عليهم السلام: انت و مالك لابيك، فتأمل.

مضافا الى استمرار السيرة بذلك، الا ان يقال: ان استمرار السيرة، انما هو مع عدم تأثر السامع، و تأذيه بذلك.

و مع ذلك فهو مشكل أيضا فى مثل القذف، و ما اشبه و ان رضى المقذوف.

(و يشكل الثانى) اى جواز السبّ فى صورة التأثر (بعموم ادلة حرمة الايذاء) بل عموم ادلة حرمة السب، فانه شامل للمقام أيضا.

(نعم: لو قال السيد ذلک فی مقام التأديب) و لم يكن قذفا و ما اشبه (جاز، لفحوى جواز الضرب).

و ربما يشكل ذلک أيضا: بان جواز الضرب لا فحوى له، و لذا يجوز ضرب الزوجة، و لا يجوز سبّها- فی مورد النشوز- فتأمل.

(و اما الوالد فيمكن استفادة الجواز) حتى فی صورة تأثر الولد بذلک (فی حقه) بالنسبة الی الولد (مما ورد من مثل قولهم عليهم السلام: انت و مالک لابيک) فان المال يجوز سبّه، كان يقول الانسان لفراشه يا منحرف و ما اشبه (فتأمل) فان المالية للاب مجاز، مضافا الی ان المالية لا يوجب جواز كل تصرف حتى مثل السبّ.

(مضافا الی استمرار السيرة بذلک، الا ان يقال: ان استمرار السيرة انما هو مع عدم تأثر السامع، و تأذيه بذلک) فالسيرة اخص من المدعی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۴۹

و من هنا يوهن التمسک بالسيرة فی جواز سب المعلّم للمتعلّم فان السيرة انما نشأت فی الازمنة السابقة، من عدم تالم المتعلم بشتم المعلم لعدّ نفسه ادون من عبده، بل ربما كان يفتخر بالسبّ لدلالته على كمال لطفه.

و اما زماننا هذا الّذی يتألم المتعلم فيه من المعلم، مما لم يتألّم به من شركائه فی البحث من القول و الفعل، فحل ايذائه يحتاج الی الدليل و الله الهادی الی سواء السبيل.

كما ربما يستدل لذلک، بقول امير المؤمنين عليه السلام، لمحمد بن الحنفية فی حال الحرب «ادرككک عرق من امک» فانه يعد سبّا عرفا فتأمل.

(و من هنا) ای من جهة ان السيرة اخص (يوهن التمسک بالسيرة فی جواز سب المعلّم للمتعلّم) و صاحب الدكان لعامله، و ما اشبه (فان السيرة انما نشأت فی الازمنة السابقة، من عدم تألّم المتعلّم بشتم المعلّم لعدّ نفسه ادون من عبده، بل ربما كان) المتعلم (يفتخر بالسبّ لدلالته على كمال لطفه) ای لطف الاستاد بالنسبة إليه.

(و اما زماننا هذا الّذی يتألّم المتعلّم فيه من المعلّم، مما لم يتألم به من شركائه فی البحث من القول و الفعل) الصادرين من المعلم فی حقه (فحلّ ايذائه يحتاج الی الدليل) و هو مفقود (و الله الهادی الی سواء السبيل).

بالإضافة الی انه ينبغی الاجتناب عنه مطلقا و ان كان جائزا و اللّه الموفق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۰

العاشرة السحر حرام فی الجملة بلا خلاف،

اشارة

بل هو ضروری، كما سيجیء و الاخبار به مستفيضة منها: ما تقدم من ان الساحر كالكافر.

و منها قوله عليه السلام: من تعلم شيئا من السحر، قليلا او كثيرا فقد كفر، و كان آخر عهده بربّه، و حدّه ان يقتل الا ان يتوب.

المسألة (العاشرة) مما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فی نفسه (السحر) و هو: (حرام فی الجملة).

و انما قيده ب «فی الجملة» لما سيأتی من بعض الصور المستثناة (بلا خلاف، بل هو) ای كونه حراما (ضروری، كما سيجیء، و الاخبار به مستفيضة) بالإضافة الی الكتاب و العقل، فيما لو كان مضرا.

فقد قال سبحانه: وَ اتَّبَعُوا مٰا تَتْلُوا الشَّيٰاطِينُ عَلىٰ مُلْكِ سُلَيْمٰانَ وَ مٰا كَفَرَ سُلَيْمٰانُ وَ لٰكِنَّ الشَّيٰاطِينَ كَفَرُوا، يُعَلِّمُونَ النّٰاسَ السِّحْرَ، حيث دل على ان تعلّم الناس السحر كفر.

اما الروايات، ف (منها: ما تقدم من ان الساحر كالكافر) فى باب التنجيم.

(و منها قوله عليه السلام: من تعلم شيئا من السحر، قليلا او كثيرا فقد كفر، و كان آخر عهده بربّه، و حدّه ان يقتل الا ان يتوب).

و معنى الكفر، العملى، لا الاعتقادى، كما تقدم.

و معنى آخر عهده بربّه، انه انقطع عن الله تعالى فليست بينه و بين الله صلة الايمان و الطاعة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۱

و فى رواية السكونى، عن الصادق عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل، قيل يا رسول الله (ص) لم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال: لان الشرك اعظم من السحر، و لان السحر و الشرك مقرونان.

و فى نبوى آخر: ثلاثة لا يدخلون الجنّة، مدمن خمر، و مدمن سحر و قاطع رحم، الى غير ذلك من الاخبار.

ثم ان الكلام هنا يقع فى مقامين،

الأول فى المراد بالسحر،

اشارة

(و فى رواية السكونى عن الصادق عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل، قيل يا رسول الله (ص) لم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال) صلى الله عليه و آله: (لان الشرك اعظم من السحر، و لان السحر و الشرك مقرونان).

و المعنى انه حيث اقترن السحر و الشرك، و كان الشرك اعظمهما، لزم ان يقتل بالشرك لا السحر.

لكن الشرك لا يوجب القتل اذ القتل للمشرك تابع لموازين خاصة فاذا لم يؤثر الاعظم فى القتل، لم يؤثر الادون فى القتل.

بخلاف ساحر المسلمين فانه واجب القتل لسحره- حدّا-.

(و فى نبوى آخر: ثلاثة لا يدخلون الجنة، مدمن خمر، و مدمن سحر و قاطع رحم، الى غير ذلك من الاخبار) و المشهور قتل الساحر حدّا، كما ذكروا فى كتاب الحدود.

(ثم ان الكلام هنا يقع فى مقامين، الاول فى المراد بالسحر) موضوعا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۲

و هو لغة على ما عن بعض اهل اللغة هو ما لطف مأخذه و دقّ.

و عن بعضهم: انه صرف الشيء عن وجهه.

و عن ثالث انه الخدع.

و عن رابع انه اخراج الباطل فى صورة الحق.

و قد اختلفت عبارات الاصحاب فى بيانه، فقال العلامة ره فى القواعد و التحرير: انه كلام يتكلم به، او يكتبه او رقية،

(و هو لغة على ما عن بعض اهل اللغة هو ما لطف مأخذه و دقّ) فلا تصل إليه افهام العامّة.

(و عن بعضهم: انه صرف الشيء عن وجهه).

مثلا: من يسحر اعين الناس بجعله فی العصا زيبقا فتتحرك فی الشمس، فيظن الناس انها حية تسعى، لطف مأخذ عمله و دقّ.

كما انه صرف العصى عن وجهها الى صورة الحية، بالتدبير المذكور.

(و عن ثالث انه الخدع) للناس بتصوير غير الواقع واقعا.

(و عن رابع انه اخراج الباطل فی صورة الحق) فكون العصى حية باطلا، لكنه يخرجه فی صورة الحية الواقعية.

(و قد اختلفت عبارات الاصحاب فی بيانه) و انه ما هو (فقال: العلامة ره فی القواعد و التحرير: انه كلام يتكلم به، او يكتبه او رقية) من «الرقى» طالب الشفاء، و تسمى «عوذة» أيضا.

و لعل الفرق بين «يكتبه» و «رقية» ان الثانی خاص بالشفاء و نحوه، او انه خاص بما اذا كتب و اعطاه للمسحور، بان جعله معه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۳

او يعمل شيئا يؤثر فی بدن المسحور، او قلبه، او عقله، من غير مباشرة.

و زاد فی المنتهى: او عقد.

و زاد فی المسالك: او اقسام، و عزائم، يحدث بسببها ضرر على الغير و زاد فی الدروس: الدخنة و التصوير، و النفث.

و لا يخفى: انه ليس كل رقية سحرا، كما ان كل سحر ليس برقية (او يعمل شيئا يؤثر فی بدن المسحور) تمريضا، او تلوينا، او ما اشبه (او قلبه) بالانحصار او الفرح او الحزن او ما اشبه (او عقله) بالجنون و ما اشبه (من غير مباشرة) بان يكون الساحر بعيدا، و يؤثر سحره فی المسحور و قد يكون بالمباشرة كان يطعمه شيئا مثلا.

(و زاد فی المنتهى: او عقد) اى يعقد الساحر بالخيط، فيعقد الرجل عن حليلته مثلا، كما قال سبحانه: وَ مِنْ شَرِّ النَّفّاثاتِ فِی الْعُقَدِ.

(و زاد فی المسالك: او اقسام) كما يقول الساحر: اقسمك يا فلان و يا فلان، و يذكر اسماء من الجن او الملائكة او الارواح او الجمادات او ما اشبه (و عزائم) كما يقول الساحر: عزمتك يا ارواح الاجنة، (يحدث بسببها ضرر على الغير) او احضار جن او روح او ما اشبه.

(و زاد) الشهيد الاول (فی الدروس: الدخنة) بضم الدال و سكون الخاء، دخان يصنعه الساحر عند السحر (و التصوير) فان بعضهم يصور صورة من السواد، ثم يقول للشخص انظر فيه، او يصوّر صورة، ثم يقطع رأس الصورة، و بذلك يقطع رأس ذلك الانسان الّذی رسمه باسمه كما اتفق لبعض السحرة قبل قرن تقريبا- و القصّة مشهورة- (و النفث) بان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۵۴

و تصفية النفس.

و يمكن ان يدخل جميع ذلك فی قوله فی القواعد: او يعمل شيئا.

نعم: ظاهر المسالك و محكى الدروس: ان المعتبر فی السحر الاضرار فان اريد من التأثير فی عبارة القواعد و غيرها، خصوص الاضرار بالمسحور، فهو، و الا كان اعمّ.

ثم ان الشهيدين عدّا من السحر استخدام الملائكة.

ينفخ فی شيء من ماء او عقدة او طعام فيؤثر فيه اثرا خاصا (و تصفية النفس) تصفية شيطانية، فاذا صفت نفس الانسان، تمكن ان يؤثر فی الغير بمجرد الإرادة، و تصفية النفس تحصل بالرياضة، و نحوها.

(و یمکن ان یدخل جمیع ذلک) ای الاقسام التی ذکروها (فی قوله فی القواعد: او یعمل شیئا) فان کل ذلک عمل شیء کما لا یخفی.

(نعم: ظاهر المسالک و محکی الدروس: ان المعتبر فی السحر الاضرار) بالغیر.

(فان ارید من التأثیر فی عبارة القواعد و غیرها: خصوص الاضرار بالمسحور، فهو) اذ یطابق کلامه حینئذ کلامهما (و الا کان) کلام القواعد (اعمّ) من کلامهما.

و الظاهر: عدم شرط الاضرار لصدق السحر عرفا بکل تأثیر، و لو لم یحدث ضررا.

(ثم ان الشهیدین) ره (عدا من السحر استخدام الملائکة) و هل هذا حقیقة استخدام للملائکة؟ او اسم فقط؟ و انما الشیء الواقع حصول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۵

و استنزال الشیاطین، فی کشف الغائبات، و علاج المصاب و استحضارهم و تلبیسهم ببدن صبی او امرأة و کشف الغائبات عن لسانه.

المطلوب بامر خارق للعادة، احتمالان.

من ان الملائکة ارواح طاهرة خارجة عن قدرة البشر خصوصا بعد قوله سبحانه: لَا یَعْصُونَ اللّٰهَ مَا أَمَرَهُمْ.

و من المعلوم: ان مستخدمی الملائکة- بزعمهم- قد یفعلون بسبب ذلک المحرمات.

و من ان الملائکة لیسوا باشرف من البشر الصالحین، فاذا اثر السحر فیهم اثر فی الملائکة بطریق اولی.

و یدل علی تأثیر السحر فی البشر الصالحین، ما ورد فی شأن نزول «المعوذتین» فراجع (و استنزال الشیاطین) و سمّی استنزالا، تبعا لقوله تعالی: عَلیٰ مَنْ تَنَزَّلُ الشَّیٰاطِینُ.

و قد ثبت فی الاخبار- کما کشف عنه العلم الحدیث- ان محل الشیاطین و الجن فوق سبعة اذرع من الارض، فراجع فی ذلک الاخبار فی استحباب عدم علو البناء اکثر من سبعة اذرع، و کتاب: علی حافة العلم الاثیری لاحد علماء الغرب (فی کشف الغائبات، و علاج المصاب، و استحضارهم، و تلبیسهم ببدن صبی او امرأة).

و معنی التلبیس ان الصبی و المرأة یتکلم بدون الشعور، و الموحی لذلک الکلام هو الشیطان، فهو یلقی الکلام علی الصبی او المرأة (و کشف الغائبات عن لسانه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۶

و الظاهر ان المسحور فی ما ذکراه هی الملائکة، و الجن و الشیاطین و الاضرار بهم یحصل بتسخیرهم، و تعجیزهم من المخالفة له، و الجائهم الی الخدمة.

و قال فی الایضاح: انه استحداث الخوارق اما بمجرد التأثیرات النفسانیة، و هو السحر

(و الظاهر ان المسحور فی ما ذکراه) الشهیدان (هی الملائکة، و الجن، و الشیاطین).

و الفرق بین الجن، و الشیطان، و الملک، و الروح، ان الروح خاص بالانسان، و الملک روح طاهرة، و الشیطان روح شریرة، و الجن قسم خاص من الروح، بعضه شریر و بعضه طاهر.

لکن کل واحد من الاقسام الاربعة غیر الآخر، و ان اشترک الجمیع فی کونها غیر مرئیة، و قابلة للتقمص و الرؤیة، و قادرة علی ما لا یقدر علیه الانسان، فی کثیر من الاحیان.

(و الاضرار بهم) ای بهؤلاء الارواح (یحصل بتسخیرهم، و تعجیزهم من المخالفة له) بسبب السحر (و الجائهم الی الخدمة).

او المراد اعم من ما ذکره المصنف، بان یکون المسحور الارواح المذکورة او باضافة سائر الناس بان یسحر بسببهم انسانا.

(و قال فی الایضاح) فی تعریف السحر (انه استحداث الخوارق) ای الخارق للعادة، باسباب خفیة (اما بمجرد التأثیرات النفسانیة، و هو السحر) بان تؤثر نفسه فی شفاء، او مرض، او عقد رجل عن حلیلته، او ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۷

او بالاستعانة بالفلکیات فقط و هو دعوة الکواکب، او بتمزیج القوی السماویة بالقوّة الارضیة و هی الطلسمات او علی سبیل الاستعانة بالارواح السازجة و هی العزائم.

و یدخل فیه النیرنجات.

اشبه ذلک (او بالاستعانة بالفلکیات فقط) فانهم یسخرون الکواکب و الشمس و القمر- بزعمهم- فاذا طلبوا منها شیئا فارقا، کنقلهم الی مکان بعید، او احضار شیء بعید، صار ذلک الشیء (و هو) المسماة ب (دعوة الکواکب، او بتمزیج القوی السماویة بالقوّة الارضیة) فیزعمون ان للارض قوّة مسیطرة و للسماء قوة مسیطرة.

فاذا تمکن الانسان من مزج هاتین القوتین- کما تمزج قوة رجلین حین رفع حمل ثقیل، بحیث لا یقدر کل واحد منهما علی رفعه- تمکن المازج بینهما من خرق العادة، و احداث أثر خارق (و هی) المسماة ب (الطلسمات) و الطلسم فی اللغة الشیء الغامض (او علی سبیل الاستعانة بالارواح السازجة) ای البسیطة بدون ترکیب، کالقوة الارضیة او السماویة او الجن او الملک، او روح المیت (و هی) المسماة ب (العزائم) کان الساحر یعزم علی تلک القوة ان تفعل کذا.

(و یدخل فیه) ای فی السحر (النیرنجات) و هو جمع «نیرنج» معرب «نیرنگ» ای «بدون لون».

و قد یسمی بالفارسیة «چشم بندی» کالذی یحلب من صورة البقرة الموجودة فی الجدار، اللبن، بجعل کیس مطاطی من اللبن تحت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۸

و الکل حرام فی شریعة الاسلام، و مستحله کافر، انتهی.

و تبعه علی هذا التفسیر فی محکی التنقیح، و فسر النیرجات فی الدروس باظهار غرائب خواص الامتزاجات، و اسرار النیرین.

و فی الایضاح اما ما کان علی سبیل الاستعانة بخواص الاجسام السفلیة فهو علم الخواص،

ابطه، و مدّ انبوب منه الی اصابعه و یلبس ثوبا طویل الاکمام، فاذا ضغط علی الانبوب خرج الحلیب، فیظن الجاهل انه حلب من الصورة، فانه «چشم بندی» و العمل «بدون لون» واقعی، و انما له لون خیالی.

(و الکل حرام فی شریعة الاسلام، و مستحله کافر) کالذی یستحل سائر المحرمات (انتهی) کلام الایضاح.

(و تبعه علی هذا التفسیر) للسحر، بالامور المذکورة (فی محکی التنقیح، و فسر النیرجات) بغیر ما تقدم (فی الدروس باظهار غرائب خواص الامتزاجات).

مثلا: ان امتزج دواء ان ظهرت النار، و هذا غریب علی الاذهان لعدم معرفتهم ذلک (و اسرار النیرین) ای الشمس و القمر فان تسخیرهما ثم فعل اشیاء خارقة، یسمی سرا لهما، فان السر هو الشیء المخفی الّذی لا یطلع علیه الا النادر.

(و فی الایضاح اما ما کان علی سبیل الاستعانة بخواص الاجسام السفلیة فهو علم الخواص) کالامور التی یذکرها الدمیری فی حیاة الحیوان، و منه سحر، اذا کان خفی السبب و العلة، و منه لیس بسحر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۵۹

او الاستعانة بالنسب الریاضیة فهو علم الحیل، و جر الاثقال و هذان لیسا من السحر، انتهی.

و ما جعله خارجا قد ادخله غيره.

و في بعض الروايات دلالة عليه.

و سيجيء المحكي و المروي.

و لا يخفى ان هذا التعريف اعم من الاول، لعدم اعتبار مسحور فيه فضلا عن الاضرار ببدنه، او عقله.

مثلا: اذ اكتحل الانسان بالشيء الفلاني رأى الناس، و الناس لا يرونه (او الاستعانة بالنسب الرياضية فهو علم الحيل) جمع حيلة بمعنى علاج الامور بطرق فنية من نصب الجسور، و السرعة في السير (و جر الاثقال) و ما اشبه (و هذان ليسا من السحر) الا ما ذكرناه من الاستثناء (انتهى) كلامه ره (و ما جعله خارجا) من السحر (قد ادخله غيره) في اقسام السحر و الظاهر ان مقتضى القاعدة التفصيل الّذي ذكرناه.

(و في بعض الروايات دلالة عليه) اى على كونه من السحر، كما يأتي في رواية الاحتجاج.

(و سيجيء المحكي) اشارة الى قوله «قد ادخله» (و المروي) اشارة الى قوله «و في بعض الروايات».

(و لا يخفى ان هذا التعريف اعم من الاول) اى تعريف الايضاح للسحر، اعم من التعريف الاول (لعدم اعتبار مسحور فيه) اى في هذا التعريف بخلاف الاول (فضلا عن) اعتبار (الاضرار ببدنه، او عقله) مما اعتبره

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۰

و عن الفاضل المقداد في التنقيح: انه عمل يستفاد منه ملكة نفسانية يقتدر بها على افعال غريبة باسباب خفية، و هذا يشمل علمي الخواص و الحيل.

و قال في البحار بعد ما نقل عن اهل اللغة: انه ما لطف و خفي سببه انه في عرف الشرع مختص بكل امر يخفى سببه، و يتخيل على غير حقيقته و يجري مجرى التمويه و الخداع، انتهى.

و هذا اعم من الكل، لانه ذكر بعد ذلك ما حاصله:

ان السحر على اقسام

اشارة

التعريف الاول.

(و عن الفاضل المقداد في التنقيح: انه عمل) كالرياضات البدنيّة (يستفاد منه ملكة نفسانية يقتدر بها على افعال غريبة باسباب خفية، و هذا) التعريف (يشمل علمي الخواص و الحيل) لصدق هذا التعريف عليه لكن لا يخفى ان قوله: ملكة نفسانية، يوجب خروج بعض اقسام الخواص و الحيل مما لا تحتاج الى الملكة.

و الظاهر من هذا التعريف ان مراد القائل، الخوارق التي يقوم بها اصحاب النفوس القوية التي يكتسبون تلك النفوس بالرياضات و المجاهدات

(و قال في البحار بعد ما نقل عن اهل اللغة) في تعريف السحر (انه ما لطف و خفي سببه، انه في عرف الشرع مختص بكل امر يخفى سببه، و يتخيل على غير حقيقته، و يجري مجرى التمويه و الخداع) كسحر السحرة في قبال موسى عليه السلام (انتهى).

(و هذا اعم من الكل، لانه ذكر بعد ذلك ما حاصله: ان السحر على اقسام).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۱

الاول: سحر الکلدانیین الذین کانوا فی قدیم الدهر،

و هم قوم کانوا یعبدون الکواکب و یزعمون انها المدبرة لهذا العالم، و منها تصدیر الخیرات، و الشرور، و السعادات، و النحوسات.

ثم ذکر انهم علی ثلاثة مذاهب.

فمنهم: من یزعم انها الواجبة لذاتها الخالقة للعالم.

و منهم من یزعم انها قدیمة لقدم العلة المؤثرة فیها.

و منهم: من یزعم انها حادثة مخلوقة، فعالة مختارة

(الاول: سحر الکلدانیین الذین کانوا فی قدیم الدهر، و هم قوم کانوا یعبدون الکواکب و یزعمون انها المدبرة لهذا العالم، و منها) ای من الکواکب (تصدیر الخیرات) کالرخاء و الصحة (و الشرور) کالبلایا و الامراض (و السعادات و النحوسات) للافراد و الاشیاء، فیوم کذا سعد، و شهر کذا نحس، و هکذا.

(ثم ذکر) البحار (انهم علی ثلاثة مذاهب).

(فمنهم: من یزعم انها) ای الکواکب (الواجبة لذاتها الخالقة للعالم)

و لا یخفی بطلان قولهم، لاستحالة تعدد الواجب، کما قرر فی محله بالإضافة الی ان فیها لوازم الحدوث کالحرکة و الجسمیة، و ما اشبه.

(و منهم من یزعم انها قدیمة لقدم العلة المؤثرة فیها) حیث یرون هؤلاء ان الواجب تعالی فاعل بالجبر فالکواکب بالنسبة إلیه کالحرارة بالنسبة الی النار.

(و منهم: من یزعم انها حادثة مخلوقة، فعالة مختارة) فی افعالها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۲

فوض خالقها امر العالم إلیها.

و الساحر عند هذه الفرق من یعرف القوی العالیة الفعالة بسائطها و مرکباتها، و یعرف ما یلیق بالعالم السفلی و یعرف معداتها لیعدها، و عوائقها لیرفعها بحسب الطاقة البشریة فیکون متمکنا من استحداث ما یخرق العادة

(فوض خالقها امر العالم إلیها).

(و الساحر عند هذه الفرق) الثلاثة (من یعرف القوی العالیة الفعالة بسائطها و مرکباتها).

مثلا: ان زحل، فیه قوة فعالة غالبة علی قوة الزهرة المنیرة، فاذا تعارضت القوتان غلبت قوة زحل علی قوة زهرة، و القوة البسیطة هی التی تعمل وحدها، و القوة المرکبة هی التی تعمل بمعاونة الغیر (و یعرف ما یلیق بالعالم السفلی) من قوی الکواکب (و یعرف معداتها) ای ما تهییء تلک القوی (لیعدها).

مثلا: یعرف ان المثلث المنقوش بصورة کذا یعد قوة عطارد لیؤثر فی الانسان الحامل له رفعة و سموا، کما ان الزجاجة الجامعة للاشعة تعدّ نور الشمس للتمرکز فی نقطة خاصة فتوجب الاحراق مثلا (و عوائقها لیرفعها) فاذا عرف ان الکوکب الفلانی یؤثّر فی ایجاد الامطار الکثیرة، هیّئ ما یسبب بطلان هذه الخاصة، بکتابة طلسم او ما اشبه یمنع الامطار.

کل ذلک (بحسب الطاقة البشریة) علما و اعدادا، و منعا (فیکون) هذا الساحر بسبب هذه العلوم (متمکنا من استحداث ما یخرق العادة) التی لو لا عمل هذا الساحر لجرت العادة فی مجراها الطبیعی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۳

الثانی: سحر اصحاب الاوهام و النفوس القویۀ.

الثالث: الاستعانۀ بالارواح الارضیۀ

و قد انکرها بعض الفلاسفۀ، و قال بها الاکابر منهم، و هی فی انفسها مختلفۀ، فمنهم خیرۀ، و هم مؤمنو الجن، و شریرۀ و هم کفار الجن و شیاطینهم.

الرابع: التخیلات و الاخذ بالعیون

مثل

(الثانی: سحر اصحاب الاوهام و النفوس القویّۀ) عطف بیان للاوهام فان الشخص اذا زجر بدنه، و راضه تکون نفسه قویۀ.

فاذا قویت نفسه یتمکن من التأثیر فی الاشیاء بالارادۀ.

فاذا کانت ریاضته و عمله شرعیا، کان مشروعا، و الا کان غیر مشروع.

(الثالث: الاستعانۀ بالارواح الارضیۀ) ای الارواح الموجودۀ فی الارض (و قد انکرها بعض الفلاسفۀ، و قال بها الاکابر منهم، و هی فی انفسها مختلفۀ، فمنهم خیرۀ، و هم مؤمنو الجن).

و لعل المراد بغیر الجن- المفهوم من هذا الکلام- الارواح للاموات و إلا فإنی لم اجد روحا خیرۀ سوی الجن (و شریرۀ و هم کفار الجن و شیاطینهم) ای القسم الشیطانی من الجن، فان الشیطان من قسم الجن أیضا، کما قال سبحانه: کانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ، و قد تقدم الفرق بین الشیطان و بین الجن.

(الرابع: التخیلات) بعمل شیء یوجب خیال الطرف المقابل و ان لم یکن له حقیقۀ (و الاخذ بالعیون) بسبب شیء خفی حتی لا تری العین الحقیقۀ.

و ذلک (مثل) هذا المثال الّذی لیس بسحر، و انما یبین معنی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۶۴

راکب السفینۀ یتخیل نفسه ساکنا و الشط متحرکا.

الخامس: الاعمال العجیبۀ التی تظهر من ترکیب الآلات المرکبۀ علی نسب الهندسۀ

کرقاص یرقص و فارسان یقتتلان.

السادس: الاستعانۀ بخواص الادویۀ،

مثل ان تجعل فی الطعام بعض الادویۀ المبلدۀ، او المزیلۀ للعقل، او الدّخن المسکر او عصارۀ البنج المجعول فی الملبس.

اشتباه العین، ک (راکب السفینۀ یتخیل نفسه ساکنا و الشط متحرکا) او راکب القطار یتخیل اتصال خطی الحدید مسافۀ بعیدۀ.

(الخامس: الاعمال العجیبۀ التی تظهر من ترکیب الآلات المرکبۀ علی نسب الهندسۀ) بشرط ان یسمی فی العرف سحرا- أیضا- و الا، فالرادیو و التلفزیون، و ما اشبه کلها من هذا الباب (کرقاص یرقص) بسبب الفنر المخفی (و فارسان یقتتلان) بالفنر او الکهرباء او ما

اشبه.

(السادس: الاستعانة) فی تغییر منظر الشیء او ایجاد حالة فی الغیر (بخواص الادویة، مثل ان تجعل فی الطعام بعض الادویة المبلّدة) ای الموجبة للبلادة، فان التأثیر فی بدن الغیر تمریضا و عقد او تبلید او ما اشبه من السحر، اذا کان سببه خفیا (او المزیلة للعقل او الدّخن المسکر) فاذا اکل الطعام جنّ او سکر (او عصارة البنج المجعول فی الملبس) فانه یؤثر تخدیرا فی الجسم اذا وضع فی اللباس.

و یحتمل ان یکون «ملبّس» بصیغة المفعول بالتشدید و هو قسم من الحلویات یلبس فیه المسکر بشیء و یسمی بالفارسیة «نقل».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۵

و هذا مما لا سبیل الی انکاره، و اثر المغناطیس شاهد.

السابع: تعلیق القلب و هو ان یدعی الساحر انه یعرف علم الکیمیاء

و علم اللیمیاء و الاسم الاعظم حتی یمیل إلیه العوام، و لیس له اصل.

الثامن: النمیمة

(و هذا) القسم (مما لا سبیل الی انکاره) حتی لمن ینکر السحر بالتأثیرات النفسیة (و اثر المغناطیس شاهد) فانه یؤثر فی جذب الحدید فاذا اخفی کان قسما من التمویه.

کما ینقل ان بعض المنحرفین رکب المغناطیس فی الارکان الاربعة لقبة، فعلقت بسببها الضریح الحدیدی، للمدفون فی الفضاء، فکان یقول ان هذا من کرامة المدفون، فهدم احد العلماء جانبا من الارکان الاربعة، و لما اختل التوازن سقط الضریح.

(السابع: تعلیق القلب) و توجیه الناس الی نفسه (و هو ان یدعی الساحر انه یعرف علم الکیمیاء) و هو علم به یعرف الانسان کیف یبدل النحاس ذهبا (و علم اللیمیاء) و هو الطلسمات المؤثرة فی امور مطلوبة.

و قد قالوا ان العلوم التی تؤثر تأثیرا غریبا خمسة تجمعها لفظة «کله سر» الکیمیاء، و اللیمیاء، و الهیمیاء، و السیمیاء، و الریمیاء (و الاسم الاعظم حتی یمیل إلیه العوام، و لیس له) ای لادعائه (اصل).

اقول: ان المجلسی بصدد بیان الامور المربوطة بالسحرة و السحر و لا یرید ان مثل هذا الادعاء سحر.

(الثامن: النمیمة) لانها تفعل فعل السحر فی التفریق بین المرء و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۶

المقام الثانی: فی حکم الاقسام المذکورة

فنقول: اما الاقسام الاربعة المتقدمة من الایضاح فیکفی فی حرمتها- مضافا الی شهادة المحدث المجلسی ره فی البحار بدخولها فی المعنی المعروف للسحر، عند اهل الشرع، فیشملها الاطلاقات- دعوی فخر المحققین فی الایضاح کون حرمتها من ضروریات الدین، و ان مستحلّها کافر، و هو ظاهر الدروس أیضا، فحکم یقتل مستحلّها

(المقام الثانی) من المقامین (فی حکم الاقسام المذکورة فنقول:

اما الاقسام الاربعة المتقدمة من الایضاح) و هی السحر، و دعوة الکواکب، و الطلسمات و العزائم (فیکفی فی حرمتها- مضافا الی شهادة المحدث المجلسی ره فی البحار) فیما تقدم من کلامه (بدخولها فی المعنی المعروف للسحر، عند اهل الشرع، فیشملها

الاطلاقات-) الدالة على حرمة السحر (دعوى فخر المحققين فى الايضاح كون حرمتها من ضروريات الدين، و ان مستحلها كافر).
انما استفاد من كلام الايضاح دعوى الضرورة بمناسبة حكمه بان المستحل كافر، اذ لا يقتل مستحل غير الضرورى- كما لا يخفى- (و هو ظاهر الدروس أيضا، فحكم بقتل مستحلها).
و الحاصل: ان كون الاقسام الاربعة حراما، يدل عليه امران:
الاول: شهادة المجلسى بكونها سحرا، فتدخل فى ادلة حرمة السحر.
الثانى: دعوى هؤلاء العلماء ضرورة الدين على الحرمة.
ان قلت: و هناك دليل ثالث على الحرمة، و هو الاجماع المدعى فى
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۲
فانا و ان لم نطمئن بدعوى الاجماعات المنقولة.
الا ان دعوة ضرورة الدين مما يوجب الاطمينان بالحكم و اتفاق العلماء عليه، فى جميع الاعصار.

كلام جمع.
قلت: لا اطمينان بالاجماع، بعد مخالفة بعض العلماء فى بعض الاقسام، كشارح النخبة و غيره.
و الى هذا اشار بقوله: (فانا و ان لم نطمئن بدعوى الاجماعات المنقولة) حتى نجعل الاجماع دليلا ثالثا على حرمة الاقسام الاربعة.
(الا ان دعوة ضرورة الدين) فى كلام من تقدم (مما يوجب الاطمينان بالحكم) بحرمة الاقسام الاربعة (و) ب (اتفاق العلماء عليه) اى على التحريم (فى جميع الاعصار).
اذ: لو لا اتفاقهم لا يمكن دعوى الضرورة، اى ان دعوى الضرورة كاشفة عن اتفاق العلماء.
ان قلت: كيف الجمع بين كلام المصنف اى قوله: «لم نطمئن بدعوى الاجماعات» و قوله: «اتفاق العلماء»،؟
قلت: كلامه الاول فى صدد نفى الاجماع على كون الاقسام الاربعة داخلة فى موضوع السحر، و كلامه الثانى فى صدد كون الاقسام الاربعة محرمة- سواء كانت سحرا، أم لا-.
و الحاصل: ان المصنف لما قال فى اوّل كلامه: «و المهم بيان حكمه لا موضوعه» صار بصدد ان حكم الاقسام الاربعة التحريم.
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۳
نعم ذكر شارح النخبة ان ما كان من الطلسمات مشتملا على اضرار او تمويه على المسلمين، او استهانة بشىء من حرمات اللّه، كالقرآن و ابعاضه، و اسماء اللّه الحسنى، و نحو ذلك.

ثم استدل لذلك بكلام المجلسى «انها سحر، و كل سحر حرام» و بدعوى بعض «ضرورة الدين على تحريم الاقسام المذكورة» ثم نفى الاطمينان ب «الاجماع على كونها سحرا».
نعم هناك اجماع على كونها محرمة، و لا تلازم بين كونها ليست بسحر و بين عدم حرمتها.

شیرازی، سید محمد حسینی، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۲، ص: ۲۷۳
فمن الممكن خروج بعض الاقسام الاربعة عن السحر، موضوعا، مع كونها محرمة، لاجل دليل آخر، مثلا: ما تقدم فى كلام المجلسى

من «جعل المبلد فی طعام الشخص» لا شک فی کونه حراما، لکن فی کونه من اقسام السحر اشکال.

(نعم) یشکل دعوی الاتفاق التی ذکرناها بمخالفة بعض العلماء.

فانه (ذکر شارح النخبة ان ما کان من الطلسمات مشتملا علی اضرار او تمویه علی المسلمین) و المراد: التمویه المحرم، فانه لا دلیل علی ان کل تمویه حرام.

مثلا: من موه علی الناظر، بان لونه ابیض ناصع، و الحال ان لونه اصفر، لا دلیل علی حرمة مثل هذا التمویه- الا اذا اطلق علیه لفظ السحر (او استهانة بشیء من حرمات اللّه، کالقرآن و ابعاضه، و اسماء اللّه الحسنی، و نحو ذلک) کالاستهانة باسم الأنبیاء و الائمة، کما یحکی عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۷۴

فهو حرام بلا ریب، سواء عد من السحر، أم لا و ما کان للاغراض کحضور الغائب و بقاء العمارة و فتح الحصون للمسلمین، و نحوه فمقتضی الاصل جوازه.

و یحکی عن بعض الاصحاب.

و ربما یستندون فی بعضها الی امیر المؤمنین و السند غیر واضح.

بعض الناس من انهم یهینون المقدسات بالنجاسة- و العیاذ باللّه- فیخبرهم الارواح الشریرة بالمغیبات (فهو حرام بلا ریب، سواء عد من السحر، أم لا).

و ذلک: لشمول ادلة السحر، لما عدّ منها سحرا، و شمول ادلة تحریم الاستهانة بالمقدسات، و ما اشبه فی ما سوی ذلک (و ما کان من الطلسمات (للاغراض) الاخر غیر الاضرار، و التمویه، و الاستهانة (کحضور الغائب) سریعا (و بقاء العمارة) بعدم انهدامها بالعواصف و نحوها (و فتح الحصون للمسلمین، و نحوه) کزواج البنت، و رواج السوق، و قضاء الحاجة (فمقتضی الاصل جوازه) فان کل شیء لک حلال حتی تعرف انه حرام بعینه.

(و یحکی) الجواز لهذه الاقسام من الطلسمات (عن بعض الاصحاب) أیضا.

(و ربما یستندون فی بعضها) ای بعض الطلسمات (الی امیر المؤمنین) علیه السلام (و السند غیر واضح).

و لعل مراده: بما یسند إلیه علیه السلام «جنة الاسماء» المشهورة لمختلف الحوائج.

و کون السند غیر واضح، لان فی طریقها جمع من العامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۲۷۵

و الحق فی الدروس تحریم عمل الطلسمات بالسحر، و وجهه غیر واضح، انتهی.

و لا وجه اوضح من دعوی الضرورة من فخر الدین و الشهید قدس سرهما.

لکن لا یخفی ان «الجنة» عبارة عن اسماء اللّه تعالی و آیات من القرآن.

و لا ینبغی الاشکال فی جواز الطلسم الّذی یکون مرکبا من الاشیاء الجائزة، کالقرآن و الادعیة، و اسماء المقدسات لشمول الاطلاقات له، نحو «خذ من القرآن ما شئت لما شئت» و «قال ربکم: ادعونی استجب لکم» و ما دل علی ان التوسل بالأئمة الطاهرین یوجب قضاء الحاجة- کما فی تفسیر الامام العسکری علیه السلام، و غیره-.

و لا یخفی: ان کلام شارح النخبة الی قوله: و السند، غیر واضح.

(و الحق فی الدروس تحریم عمل الطلسمات بالسحر، و وجهه غیر واضح، انتهی).

اذ لا دلیل علی کون الطلسمات مطلقا من السحر.

(و لا-وجه اوضح) فی تحریم الطلسمات (من دعوی الضرورة من فخر الدین و الشهید قدس سرهما) فهما و ان لم یصرحا بلفظ «الضرورة» الا ان فتواهما بقتل المستحل، یلازم کونه ضروریا، اذ لا یقتل غیر مرتکب ضروری التحریم- کما حقق فی کتاب الحدود-.

و بالجملة: فالمصنف ینکر کون الطلسمات، سحرا، و لذا رد الدروس الملحق لها بالسحر، بقوله «وجهه غیر واضح».

و لکنه یثبت التحریم للطلسمات، من جهة دعوی المجلسی و دعوی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۶

و اما غیر تلک الاربعة فان کان مما یضر بالنفس المحترمة، فلا اشکال أیضا فی حرمته.

و یکفی فی الضرر صرف نفس المسحور عن الجریان علی مقتضی ارادته فمثل احداث حب مفرط فی الشخص یعد سحرا، روی الصدوق فی الفقیه فی باب عقاب المرأة علی ان تسحر زوجها بسنده عن السکونی عن جعفر،

الضرورة علی التحریم، من الفخر و الشهید.

(و اما غیر تلک) الاقسام (الاربعة) المذکورة فی کلام الایضاح، من سائر الاقسام التی ذکرها بعضهم للسحر (فان کان مما یضر بالنفس المحترمة، فلا اشکال أیضا فی حرمته) لان الضرر حرام، و ان لم یکن سحرا.

نعم: اذا لم یکن الضرر بالغا، و لم یسمی سحرا، و رضی الطرف المقابل بذلک، لم یکن دلیل علی التحریم.

(و یکفی فی الضرر) المحرم (صرف نفس المسحور عن الجریان علی مقتضی ارادته) فلو یوقف الطلسم الطرف عن الحرکة، او عن بناء الدار، او ما اشبه کان حراما و ان لم یکن سحرا- مثلا-.

و ذلک لان مثل هذا ضرر عرفا، و لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، بل و ان لم یکن ضررا عرفا حرام أیضا، لانه سلب لارادة الشخص، و خلاف:

الناس مسلطون علی انفسهم.

و کیف کان (فمثل احداث حب مفرط فی الشخص یعد سحرا، روی الصدوق فی الفقیه فی باب عقاب المرأة علی ان تسحر زوجها بسنده عن السکونی) و هو ثقة، کما حقق فی الرجال (عن جعفر،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۷

عن ابیه عن آبائه، قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله، لامرأة سألته ان لی زوجا و به غلظة علیّ، و انا صنعت شیئا لاعطفه علی، فقال لها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: اف لک، کدرت البحار، و کدرت الطین و لعنتک الملائکة الاخیار، و ملائکة السماء و الأرض، قال فصامت المرأة نهارها، و قامت لیلها و حلقت رأسها و لبست المسوح، فبلغ ذلک النبی صلّی اللّه علیه و آله، فقال: ان ذلک لا یقبل منها بناء علی ان الظاهر

عن ابیه عن آبائه) علیهم السلام (قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله، لامرأة سألته ان لی زوجا و به غلظة علی، و انا صنعت شیئا لاعطفه علی فقال لها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: افّ لک، کدرت البحار، و کدرت الطین).

و المعنی: ان هذا العصیان سبّب تکدر البحار و الارض.

و لعل ذلک کنایة عن تأذیهما، او عن عدم تمکنهما من عملهما الّذی یأتی منهما، کالمرأة اذا تکدرت، لا تری فیها الصورة واضحة (و لعنتک الملائکة الاخیار، و ملائکة السماء و الأرض، قال) الامام علیه السلام (فصامت المرأة نهارها، و قامت لیلها) بالعبادة استغفارا

عن المعصية، و توبة الى اللّه بالتقرب إليه بسبب الاعمال الصالحة (و حلقت رأسها) لتذيق نفسها المذلة، فان مقاسات غير الملائم توجب سمو النفس، و لعل حلق الشعر لم يكن محرما ذلك الحين (و لبست المسوح، فبلغ ذلك النبى صلّى اللّه عليه و آله، فقال: ان ذلك لا- يقبل منها) فان قبول التوبة مشروط برضى المتضرر، فلو اضر انسان انسانا، كانت توبته بالإضافة الى الاستغفار ارضاء المتضرر- كما ورد فى الروايات- (بناء على ان الظاهر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۸

من قولها: صنعت شيئا، المعالجة بشيء غير الادعية و الصلوات و نحوهما.

و لذا فهم الصدوق منها السحر، و لم يذكر فى عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية.

و اما ما لا يضر، فان قصد به رفع ضرر السحر او غيره من المضار الدنيوية او الأخروية.

فالظاهر جوازه مع الشك فى صدق اسم السحر عليه

من قولها: صنعت شيئا، المعالجة) لجلب حبه (بشيء غير الادعية و الصلوات و نحوهما).

(و لذا فهم الصدوق منها) اى من هذه الرواية (السحر، و لم يذكر فى عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية) بل هو الظاهر من الحديث بقرينة تداول سحر المرأة للزوج، هذا كله فيما يضر من اقسام السحر غير الاقسام الاربعة المذكورة-.

(و اما ما لا- يضر، فان قصد به رفع ضرر السحر) كان يفعل شيئا يفك المسحور الّذى عقد عن حليلته مثلا (او غيره من المضار الدنيوية) كان يمنع الظالم بواسطة الطلسم عن الظلم (او الأخروية) كان يكره بواسطة السحر الى اللاطى، اللواط- كما سئل عن بعض فقال: اتمكن ان اعمل شيئا انفّر به فلان اللاطى عن عمل اللواط-.

(فالظاهر جوازه مع الشك فى صدق اسم السحر عليه) لانه لا يحرم من حيث السحر، و كونه تصرفا فى الغير لا يحرم، اذا كان ذلك التصرف الّذى يريده الغير حراما، كتصرف الظالم و اللاطى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۷۹

للاصل، بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحرا، و الا فلا دليل على تحريمه الا ان يدخل فى اللهو او الشعبدة.

نعم لو صح سند رواية الاحتجاج، صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنه، و كذا لو عمل بشهادة من تقدّم

نعم يلزم ان يكون تصرف الغير العصيانى اقل من تصرف هذا الانسان المانع له، فلا يجوز ان يشربه دواء يذهب شهوته تحفظا عليه من اللواط.

و بما ذكرنا ظهر انه لا فرق بين كون المانع ضارا، أم لا، لانه اذا كان دفعا للضرر الاهم جاز ذلك.

و الحاصل ان الاضرار بالغير و التصرف فيه خلاف ارادته كلاهما حرام، فاذا تعارض هذا الحرام بشيء اهم جاز ارتكابه، لانه ليس بحرام فى هذا الحال.

و انما نقول بالجواز (للاصل، بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحرا) فما لا يعلم كونه سحرا، يجوز بطريق اولى (و الا) يقصد بما لا يضر، دفع الضرر (فلا دليل على تحريمه) لانه ليس بسحر و لا ضار، و لا مناف لقاعدة: الناس مسلطون على اموالهم و انفسهم (الا ان يدخل فى اللهو) المحرم (او الشعبدة) التى يأتى بيان موضوعها و حكمها.

فتحصل انه لو حصل احد العنوانات المذكورة من السحر او الاضرار او التصرف فى الآخرين او اللهو و الشعبدة حرم، و الا فلا دليل على الحرمة.

(نعم لو صح سند رواية الاحتجاج) المتقدمة (صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنه، و كذا لو عمل بشهادة من تقدم) فى كون الاشياء

المذكورة من السحر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۰

كالفاضل المقداد، و المحدث المجلسى ره بكون جميع ما تقدم من الاقسام داخلا فى السحر، اتجه الحكم بدخولها تحت اطلاقات المنع عن السحر.

لكن الظاهر استناد شهادتهم الى الاجتهاد.

مع معارضته بما تقدم من الفخر من اخراج علمى الخواص و الحيل من السحر، و ما تقدم من تخصيص صاحب المسالك و غيره: السحر بما يحدث ضررا بل عرفت تخصيص العلامة له بما يؤثر فى بدن المسحور، او

(كالفاضل المقداد، و المحدث المجلسى ره بكون جميع ما تقدم من الاقسام داخلا فى السحر) «بكون» متعلق ب «شهادة» (اتجه الحكم بدخولها تحت اطلاقات المنع عن السحر).

(لكن) لا يمكن الاستناد الى رواية الاحتجاج، لضعفها، و لا الى كلام من تقدم، لان (الظاهر استناد شهادتهم الى الاجتهاد) الشخصى، لا الى اللغة و العرف.

(مع) انه لو سلم استنادهم الى اللغة و العرف، لم يمكن الاخذ بهذه الشهادة (معارضته) اى كلام من تقدم من المقداد و المجلسى ره (بما تقدم من الفخر من اخراج علمى الخواص و الحيل من السحر، و) ب (ما تقدم من تخصيص صاحب المسالك و غيره: السحر بما يحدث ضررا).

و اذا تضاربت اقوال اهل الخبرة، سقطت، فان كان هناك اصل موضوعى اخذ به، و الا كان المرجع: الأصول العملية، و هى تقتضى فى المقام: الحل و الاباحة (بل عرفت تخصيص العلامة له) اى للسحر (بما يؤثر فى بدن المسحور، او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۱

قلبه، او عقله، فهذه شهادة من هؤلاء على عدم عموم لفظ السحر لجميع ما تقدم من الاقسام.

و تقديم شهادة الاثبات لا يجرى فى هذا الموضع، لان الظاهر استناد المثبتين الى الاستعمال و النافين الى الاطلاع على كون الاستعمال مجازا للمناسبة.

قلبه، او عقله، فهذه شهادة من هؤلاء) العلماء (على عدم عموم لفظ السحر لجميع ما تقدم من الاقسام) المذكورة فى البحار.

(و) ان قلت: ان شهادة من يقول بانها سحر مقدمة على شهادة من ينفى كونها سحرا، لان الاثبات دائما مقدم على النفى- كما ذكروا فى باب تعارض الشهادات-.

قلت: (تقديم شهادة الاثبات لا يجرى فى هذا الموضع، لان الظاهر) ان كلتا الشهادتين علم و اطلاع، كما لو قال احدهم: زيد فاسق لانه شرب الخمر فى الساعة الفلانية، و قال الآخر بل شرب الماء.

و انما تقدم شهادة الاثبات اذا كانت شهادة النفى عدم العلم، و المقام من قبيل شهادتى العلم ل (استناد المثبتين) لكون الاقسام المذكورة سحرا (الى الاستعمال) و هداية الحقيقة (و) استناد (النافين الى الاطلاع على كون الاستعمال مجازا للمناسبة) بين السحر و بين هذه الامور.

و يشهد للمجازية ذكرهم الادوية المبلدة و النميمة من السحر، مع معلومية انهما ليسا من السحر بمكان- الا على نحو من التأويل-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۲

و الاحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الاقسام فى البحار، بل لعله لا يخلو عن قوة، لقوة الظن من خبر الاحتجاج، و غيره.

بقی الکلام فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر

و یمکن ان یستدل له مضافا الی الاصل بعد دعوی انصراف الادلة الی غیر ما قصد به غرض راجح شرعا- بالاخبار.

منها: ما تقدم فی خبر الاحتجاج.

و منها: ما فی الکافی عن القمی، عن ابیه، عن شیخ من اصحابنا الکوفیین، قال: دخل عیسی بن السقفی علی ابی عبد اللّه علیه السلام،

(و الأحوط الاجتناب عن جمیع ما تقدم من الاقسام فی البحار) الا ما علم خروجه (بل لعله لا یخلو عن قوة، لقوة الظن من خبر الاحتجاج، و غیره) بکون جمیع تلک الاقسام من السحر.

(بقی الکلام فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر و یمکن ان یستدل له مضافا الی الاصل- بعد دعوی انصراف الادلة الی غیر ما قصد به غرض راجح شرعا) اذ لو لا دعوی هذا الانصراف لم یکن مجال للاصل، فان الاصل لا محل له عند وجود الادلة الاجتهادیة من الاطلاقات و العمومات.

و قوله: (بالاخبار) متعلق ب «یستدل».

(منها: ما تقدم فی خبر الاحتجاج) حیث دل علی ان الملکین یدلان الناس الی علاج السحر بسحر مثله.

(و منها: ما فی الکافی عن القمی، عن ابیه، عن شیخ من اصحابنا الکوفیین، قال: دخل عیسی بن السقفی علی ابی عبد اللّه علیه السلام،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۳

قال: جعلت فداک، انا رجل کانت صناعتی السحر، و کنت آخذ علیه الاجر و کان معاشی، و قد حججت منه، و قد منّ الله علی بلقائک، و قد تبت الی اللّه من ذلک، فهل لی فی شیء من ذلک مخرج، فقال له: ابو عبد اللّه علیه السلام: حلّ و لا تعقد.

و کان الصدوق ره فی العلل اشار الی هذه الروایة حیث قال: روی ان توبة الساحر ان یحل و لا یعقد.

و ظاهر المقابلة بین الحل و العقد، فی الجواز و العدم کون کل منهما بالسحر.

قال: جعلت فداک، انا رجل کانت صناعتی السحر، و کنت آخذ علیه الاجر و کان معاشی) من الاجور التی آخذها من السحر (و قد حججت منه، و قد منّ اللّه علی بلقائک، و قد تبت الی اللّه من ذلک، فهل لی فی شیء من ذلک مخرج) بمعنی انه هل یقبل اللّه توبتی؟ و هل اتمکن فی المستقبل من تعاطی هذا العمل، أم لا؟ (فقال له: ابو عبد اللّه علیه السلام: حل) الرجل المعقود عن حلیلته (و لا تعقد) فانه دال علی جواز الحل الّذی یکون بالسحر أیضا غالبا.

(و کان الصدوق ره فی العلل اشار الی هذه الروایة حیث قال:

روی ان توبة الساحر ان یحل و لا یعقد).

و مراده ان التوبة تلازم ذلک، لا ان ذلک نفس التوبة- کما لا یخفی-.

(و ظاهر المقابلة) فی کلام الامام علیه السلام (بین الحل و العقد، فی الجواز) للحل (و العدم) للعقد (کون کل منهما بالسحر) فیدل علی جواز السحر حلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۴

فحمل الحل علی ما کان بغیر السحر من الدعاء، و الآیات، و نحوهما کما عن بعض لا یخلو عن بعد.

و منها: ما عن العسکری عن آبائه علیهم السلام، فی قوله تعالی: وَ مٰا أُنْزِلَ عَلَی الْمَلَکَیْنِ بِبٰابِلَ هٰارُوتَ وَ مٰارُوتَ قال کان بعد نوح قد کثرت السحرة و المموهون بعث الله ملکین الی نبیّ ذلک الزمان بذکر ما یسحر به السحرة، و ذکر ما یبطل به سحرهم، و یردّ به کیدهم

(فحمل الحل علی ما کان بغیر السحر من الدعاء، و الآیات و نحوهما) کالادویة (کما عن بعض) حمل الروایة علی هذا المعنی (لا یخلو عن بعد)

(و منها: ما عن العسکری عن آبائه علیهم السلام، فی قوله تعالی:

وَ مٰا أُنْزِلَ عَلَی الْمَلَکَیْنِ بِبٰابِلَ هٰارُوتَ وَ مٰارُوتَ) بابل، ارض بقرب الحلة، المتوسطة بین کربلاء و النجف و بغداد.

و معنی الآیة ان الناس اتبعوا السحر الّذی کان الشیاطین یصفونه عند ملک سلیمان علیه السلام، و السحر الّذی انزل علی الملکین الذین کانا ببابل، و اسمهما هاروت و ماروت (قال) علیه السلام فی تفسیر الآیة (کان بعد نوح قد کثرت السحرة و المموّهون) من التمویه، بمعنی الباس الشیء لباس غیره حتی یظن الرائی- مثلا- ان الشیء حیّة- و الحال انه عصی حشیت بالزیبق، فتتحرک اذا اشرقت علیه الشمس، ف (بعث اللّه ملکین الی نبی ذلک الزمان) مصاحبین (بذکر ما یسحر به السحرة، و ذکر ما یبطل به سحرهم، و یرد به کیدهم).

و اما لما ذا کانا ملکین، فیعلمه الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۵

فتلقاه النبی عن الملکین، و اداه الی عباد الله بامر الله، و امرهم ان یقضوا به علی السحر و ان یبطلوه و نهاهم عن ان یسحروا به الناس و هذا کما یقال: ان السمّ ما هو؟ و ان ما یدفع به غائلة السم ما هو؟ ثم یقال للمتعلم هذا السّم من رأیته سمّ فادفع غائلته بهذا و لا تقتل بالسم، الی ان قال: و ما یعلمان من احد ذلک السحر و ابطاله حتی یقولا للمتعلم انما

و لعل احدهما کان یعلم السحر و الآخر کان یعلم ما یبطله، کما ان احد الملکین یکتب الحسنات و الآخر یکتب السیئات (فتلقاه) ای السحر و مبطل السحر (النبی عن الملکین، و اداه الی عباد الله بامر الله و امرهم) النبی (ان یقضوا به) بسبب هذا العلم (علی السحر و ان یبطلوه) فالتعلم لاجل الابطال، (و نهاهم عن ان یسحروا به الناس، و) حیث انه کان الکلام موضع ایها انه اذا کان السحر حراما، فلما ذا علمهم النبی السحر و لم یقتصر تعلیمه علی مبطل السحر؟ قال علیه السلام: (هذا کما یقال:

ان السمّ ما هو؟ و ان ما یدفع به غائلة السم ما هو؟) کی یعرف اقسام السموم و بذلک یعرف علاج کل سم.

مثلا: عقد الرجل عن الحلیلة قد یکون بالبنج و علاجه کذا، و قد یکون بالطلسم الکذائی و علاجه کذا، و قد یکون بالتسخیر و علاجه کذا، فانه لا بدّ للمعلم ان یبین المرض و یبین العلامة و یبین العلاج (ثم یقال للمتعلم هذا السم) ف (من رأیته سمّ، فادفع غائلته بهذا) الدواء، و الغائلة: الاثر السیّئ (و لا تقتل) احدا (بالسم، الی ان قال) علیه السلام (و ما یعلمان من احد ذلک السحر و ابطاله حتی یقولا للمتعلم انما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۶

نحن فتنة، و امتحان للعباد لیطیعوا الله فیما یتعلمون من هذا، و یبطلوا به کید السحرة، و لا تسحروهم، فلا تکفروا باستعمال هذا السحر، و طلب الاضرار، و دعاء الناس الی ان یعتقدوا انک تحیی و تمیت، و تفعل ما لا یقدر علیه الا الله فان ذلک کفر، الی ان قال: فیتعلمون ما یضرهم و لا ینفعهم، لانهم اذا تعلموا ذلک السحر لیسحروا به و یضروا به، فقد تعلموا ما یضر بدینهم، و لا ینفعهم، فیه

نحن فتنة، و امتحان للعباد).

و یظهر من الحدیث: ان الملکین علّما نبیّ ذلک الزمان، و انهما کانا یعلمان الناس أیضا (لیطیعوا الله فیما یتعلمون من هذا، و یبطلوا به کید السحرة، و) کانا یقولان (لا تسحروهم) ای ایّها المتعلمون لا تسحروا الناس (فلا تکفروا باستعمال هذا السحر).

و قد تقدم ان المراد الكفر العملى، لا الكفر الاعتقادى (و) ب (طلب الاضرار) بالناس بسبب السحر (و) ب (دعاء الناس الى ان يعتقدوا انک) ايها المتعلم (تحيى و تميت، و تفعل ما لا يقدر عليه الا الله) بان تفعل سحرا يوجب موجب موت المسحور، او ان تفعل سحرا يوجب صحة المريض فتدعى انک احييت و امّت، و ما اشبه ذلک، کالاغناء و الافقار و نحوهما (فان ذلک) السحر، و الاضرار، و ادعاء الاحياء و الاماتة (کفر، الى ان قال) عليه السلام (فيتعلمون) الناس من الملکين (ما يضرهم و لا ينفعهم، لانهم اذا تعلموا ذلک السحر ليسحروا به و يضروا به) الناس (فقد تعلموا ما يضر بدينهم و لا ينفعهم فيه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۷

الحديث.

و فى رواية محمد بن الجهم، عن مولانا الرضا عليه السلام فى حديث قال: و اما هاروت و ماروت، فكانا ملكين علما الناس السحر، ليحترزوا به عن سحر السحرة، فيبطلوا به كيدهم، و ما علّما احدا من ذلک شيئا حتى قالا انما نحن فتنة، فلا تكفر فكفر قوم باستعمالهم لما امروا بالاحتراز منه، و جعلوا يفرّقون بما تعلّموه بين المرء و زوجه، قال الله تعالى: وَ مٰا هُمْ بِضٰارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلّٰا بِإِذْنِ اللّٰهِ، يعنى بعلمه

اذ المتاع الدنيوية، لا تعد منفعة فى مقابل الاضرار الاخروية الى آخر (الحديث) و هو طويل.

(و فى رواية محمد بن الجهم، عن مولانا الرضا عليه السلام فى حديث قال) عليه السلام (و اما هاروت و ماروت، فكانا ملكين علما الناس السحر، ليتحرزوا به) اى بذلک السحر الّذى تعلموه (عن سحر السحرة، فيبطلوا به كيدهم، و ما علما احدا من ذلک) السحر (شيئا حتى قالا انما نحن فتنة) و امتحان (فلا تكفر) باستعمال السحر (فكفر قوم باستعمالهم لما امروا بالاحتراز منه، و جعلوا يفرقون بما تعلموه) من السحر (بين المرء و زوجه، قال الله تعالى: و ما هم) اى أولئک الناس الذين تعلموا السحر (بضارّين به) اى بذلک السحر (من احد) «من» للتعميم، اى واحدا (الا باذن اللّه، يعنى بعلمه).

و يمكن ان يكون معنى الاذن الاجازة التكوينية كما فى قوله سبحانه:

كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللّٰهِ، فان الفئة القليلة اذا كانت

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۸۸

هذا كله مضافا الى ان ظاهر اخبار الساحر إرادة من يخشى ضرره، كما اعترف به بعض الاساطين.

و استقرب لذلک جواز الحل به بعد ان نسبه الى كثير من اصحابنا، لكنه مع ذلک كله قد منع العلامة فى غير واحد من كتبه، و الشهيد ره فى الدروس و الفاضل الميسى، و الشهيد

مستعدة نفسيا للغلبة، و مهيئة لها الظروف الخارجية، كان ذلک اذنا تكوينيا لها بالغلبة.

و بهذا يجاب عن الاشكال: بانه لم لم يتغلب عيسى عليه السلام على اليهود الذين اراد و اصلبه، و على عليه السلام و خلّص شيعته على غاصبى الخلافة، و الحسن و الحسين عليهما السلام و انصارهما الاطياب على الخلفاء الجائرين.

و محل الكلام غير هذا المقام (هذا كله) دليل على ان ابطال السحر ليس بممنوع منه (مضافا الى ان ظاهر اخبار الساحر إرادة من يخشى ضرره، كما اعترف به بعض الاساطين).

لا يخفى ان هذا ظاهر بعض الاخبار و لكنه خلاف ظاهر بعض الاخبار الاخر كخبر المرأة التى عملت لمحبّة الزوج، و خلاف اطلاقات اخر.

(و استقرب لذلک جواز الحل به) اى حل السحر بالسحر (بعد ان نسبه الى كثير من اصحابنا، لكنه مع ذلک كله) ظهور بعض

الروایات، و کلام بعض الاساطین الناسب للجواز الی کثیر من الاصحاب (قد منع العلامة فی غیر واحد من کتبه و الشهید ره فی الدروس و الفاضل المیسی و الشهید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۸۹

الثانی ره من حل السحر به.

و لعلهم حملوا ما دل علی الجواز- مع اعتبار سنده- علی حالة الضرورة و انحصار سبب الحل فیه لا مجرد دفع الضرر مع امکانه بغیره من الادعیة و التعویذات.

و لذا ذهب جماعة منهم الشهید ان، و المیسی، و غیرهم: الی جواز تعلمه لیتوقی به من السحر و یدفع به دعوی المتنبی.

و ربما حمل اخبار الجواز الحاکیة لقصة هاروت و ماروت علی جواز ذلک فی

الثانی ره من حل السحر به) ای حل السحر بالسحر.

(و لعلهم حملوا ما دل علی الجواز- مع اعتبار سنده- علی حالة الضرورة) فی ابطال السحر (و انحصار سبب الحل فیه) ای فی السحر، بان لا یمکن حل السحر الا بسحر آخر، لا بدواء، او ما اشبه.

ف (لا) یجوز حل السحر بالسحر، ب (مجرد دفع الضرر مع امکانه) ای امکان دفع الضرر الوارد من السحر (بغیره من الادعیة و التعویذات).

(و لذا) الّذی ذکرنا من الجواز فی صورة الاضطرار، و عدم امکان دفع الضرر بغیر السحر (ذهب جماعة منهم الشهیدان، و المیسی، و غیرهم:

الی جواز تعلمه) ای تعلم السحر (لیتوقی به من السحر) ای یتحفظ المتعلم للسحر (و یدفع به) ای بسبب السحر (دعوی المتنبی) ای الّذی یدعی النبوة و یأتی بالسحر لاغراء الناس.

(و ربما حمل اخبار الجواز) لدفع السحر بالسحر (الحاکیة لقصة هاروت و ماروت، علی جواز ذلک) السحر لدفع السحر (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۰

الشریعة السابقة.

و فیه نظر.

الشریعة السابقة) جمعا بینها و بین ما دل علی اطلاق المنع.

(و فیه نظر) اذ الظاهر من الاخبار جواز ذلک مطلقا.

و وجه الجمع تخصیص ما دل علی المنع المطلق بهذه الاخبار، ان لم نقل بالتخصص.

ثم ان الظاهر امکان اقتران دعوی النبوة بالسحر، لان السحر لا یوجب اغراء اهل الخبرة الذین هم محور فهم الحقائق.

اما اغراء الجهال فذلک لا یجب دفعه علی الله تعالی، حتی یقال:

کیف یمکن تسلیط الله للساحر بان یأتی بالخارق مقترنا بدعواه النبوة.

و ان هذا خلاف ما ثبت من ان الله لا یمکن الکاذب من الخارق الموجب لضلال الناس.

و علی هذا المبنی بنی فی اصول الکلام لزوم الاذعان بالذی یدعی النبوة، و یأتی بالخارق.

و علی هذا فمن الجائز عقلا عدم ردع الله تعالی تکوینا من یدعی النبوة و یأتی بالسحر مؤیّدا لدعواه، فان ذلک لا یوجب اغراء اهل الخبرة، و الجهال اغرائهم کثیر، حتی بدون الاتیان بالسحر.

و لیس حفظهم واجبا عقلا علی الله تعالی، لان المقدمات المضلّة باختیارهم، فان تکلیفهم- الّذی یرشد إلیه عقولهم- المراجعة الی اهل الخبرة، فعدم رجوعهم الی اهل الخبرة، حجة علیهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۱

ثم ان الظاهر: ان التسخیرات باقسامها

و مثال ذلک: ما اذا راجع الجهال، الدجالین من مدعی الطب، فهل یعذرون عرفا اذا قالوا بانا لم نمیز بین الدجال و الطبیب؟ أم یلامون بانهم لم تسرعوا الی قبول مدعی الطبابة بدون سؤال اهل الخبرة عن الطبیب الواقعی.

هذا کله حال امکان اقتران دعوی النبوة، من الکذاب لاظهاره خارقا بالسحر.

و اما وجوب دفعه و لو بابطال سحره بسحر آخر فلان مصلحة الابطال اهم من مفسدة السحر.

و اذا جاز الابطال بالسحر، جازت مقدماته التی منها تعلم السحر.

و من ذلک ما یحکی من ان مدعیا للنبوة ظهر فی زمن شیخنا البهائی رحمه الله و کان یقرن ذلک بالسحر، فطلبه الشیخ البهائی بمحضر الملک الصفوی، و کان المجلس فی سطح مرتفع و لما جادله الشیخ و رأی منه الانکار و العناد، رأوا الناس هطول المطر بشدة حتی وصل ماء المطر الی السطح، و هناک جاءت سفینة بامر الشیخ لتقلّهم حتی لا یغمرهم الماء المتزاید، و قدّم الشیخ المتنبی فلما ان وضع رجله فی السفینة سقط من السطح و مات، و تبین انه لم یکن ماء و مطر و سفینة اطلاقا، و انما کان تصرفا من الشیخ لقتل هذا المتنبی الساحر.

(ثم ان الظاهر: ان التسخیرات باقسامها) سواء کان تسخیر ملک، او جن، او روح، او انسان، او حیوان، او جمادات کالشمس، و ما اشبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۲

داخلة فی السحر، علی جمیع تعاریفه.

و قد عرفت ان الشهیدین مع اخذ الاضرار فی تحریم السحر، ذکرا:

ان استخدام الملائکة و الجن من السحر، و لعل وجه دخوله تضرر المسخّر بتسخیره.

و اما سائر التعاریف فالظاهر شمولها لها.

و ظاهر عبارة الایضاح أیضا دخول هذه فی معقد دعواه الضرورة علی التحریم

(داخلة فی السحر، علی جمیع تعاریفه) المتقدمة.

لکن ربما یشکل عدم الانطباق فی بعض الاقسام کتسخیر الحیوانات و ما اشبه، فراجع المفصلات.

(و) ان قلت: ان شرط السحر الاضرار- کما ذکر جمع- فکیف تنسبون اطلاق الحرمة الی الجمیع حتی فیما اذا لم یکن ضررا؟ او لم یکن الضرر حراما- کتسخیر الشمس، او تسخیر الحیوان-.

قلت: الذین اشترطوا الضرر ذکروا للتسخیر عنوانا مستقلا، اذ (قد عرفت) بما تقدم (ان الشهیدین مع اخذ الاضرار فی تحریم السحر، ذکرا:

ان استخدام الملائکة و الجن من السحر، و لعل وجه دخوله) ای التسخیر فی السحر مع اشتراطهم الاضرار (تضرر المسخّر بتسخیره) فتأمل.

(و اما سائر التعاریف) للسحر التی لم تأخذ عنوان الاضرار قیدا (فالظاهر شمولها) ای سائر التعاریف (لها) ای للتسخیرات.

(و ظاهر عبارة الایضاح أیضا دخول هذه) التسخیرات (فی معقد دعواه الضرورة علی التحریم) ای ضرورة الدین المستفادة من فتواه

بقتل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۹۳

لان الظاهر دخولها فى الاقسام، و العزائم، و النفث.

و يدخل فى ذلك تسخير الحيوانات من الهوام، و السباع و الوحوش و غير ذلك خصوصا الانسان.

و عمل السيميا ملحق بالسحر اسما، او حكما.

المستحل، لما تقدم من ان مستحل الضرورة يقتل.

فاذا افتى بالقتل كان معناه انه ضرورى التحريم.

و انما قلنا: بانه ظاهر عبارة الايضاح (لان الظاهر دخولها) اى التسخيرات (فى) ما ذكره من (الاقسام، و العزائم، و النفث) فان التسخير لا يكون الا بهذه الامور.

(و يدخل فى ذلك) المحرم من انواع التسخيرات (تسخير الحيوانات من الهوام، و السباع، و الوحوش، و غير ذلك) كالطيور و الحيتان.

و على هذا فتسخير العقرب و الحية بعدم اللدغ من انواع السحر (خصوصا الانسان) لانه بالإضافة الى دخوله فى عنوان السحر خلاف سلطنته على نفسه، و ضرر عرفا عليه.

(و) كذلك (عمل السيميا ملحق بالسحر اسما) لانه ليس سحرا (او حكما) لوجود المناط فيه.

و السيميا علم خواص الاشياء التى تؤثر تأثيرا غريبا كوضع عظم الهدهد فى مكان خاص ليتكلم النائم بما يسأل عنه، و ما اشبه ذلك هذا و سيأتى من المصنف تعريفه بغير ذلك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۹۴

و قد صرح بحرمته الشهيد فى الدروس، و المراد به على ما قيل احداث خيالات لا وجود لها فى الحسّ يوجب تأثيرا فى شيء آخر.

(و قد صرح بحرمته الشهيد فى الدروس، و المراد به على ما قيل احداث خيالات) فى ذهن المسحور (لا وجود لها) حقيقة (فى الحسّ) بحيث (يوجب تأثيرا فى شيء آخر) «يوجب» صفة «وجود» اى ليس لتلك الخيالات وجود حقيقى حتى تؤثر فى الخارج، و انما خيال يؤثر فى الذهن فقط.

مثلا: ارائة الساحر للنار فانها لا وجود لها حقيقة حتى تؤثر فى الطبخ و الاحراق، و انما خيال يؤثر فى الذهن فقط.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۲۹۵

انتهى الملخص منه.

و ما ذكره من وجوه السحر، بعضها قد تقدم عن الايضاح، و بعضها قد ذكر فى ما ذكره فى الاحتجاج من حديث الزنديق الّذى سئل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيرة، منها: ما ذكره بقوله: اخبرنى عن السحر، ما اصله؟ و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه؟ و ما يفعل؟ قال ابو عبد الله عليه السلام ان السحر على وجوه شتى، منها: بمنزلة الطبّ كما ان الاطباء وضعوا لكل داء دواء، و كذلك علماء السحر احتالوا لكل صحة آفة، و لكل عافية عاهة، و لكل معنى حيلة.

زوجه، و بين الصديقين (انتهى الملخص منه) رحمه الله.

(و ما ذکره من وجوه السحر، بعضها قد تقدم عن الایضاح، و بعضها قد ذکر فی ما ذکره فی الاحتجاج من حدیث الزندیق الّذی سئل أبا عبد الله علیه السلام عن مسائل کثیرة، منها: ما ذکره) ذلک الزندیق (بقوله:

اخبرنی عن السحر، ما اصله؟ و کیف یقدر الساحر علی ما یوصف من عجائبه؟ و ما یفعل) من الامور الخارقة للعادة (قال ابو عبد الله علیه السلام ان السحر علی وجوه شتی، منها: بمنزلة الطب) ف (کما ان الاطباء وضعوا لکل داء دواء، و کذلک علماء السحر احتالوا لکل صحة آفة) فیعرفون کیف یمرضون الصحیح بادویة خفیة؟ (و لکل عافیة عاهة) فانهم یعرفون کیف یفرقون بین الناس فیبدلون العافیة بضدها؟ او یکسدون سوق من له الحظ من الرواج، و ما اشبه ذلک (و لکل معنی حیلة) و علاجا، کالتصرف فی النفوس بإلقاء الحب بین الزوجین، او ما اشبه ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۷

و نوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاریق، و خفّة.

و نوع منه ما یأخذه اولیاء الشیاطین منهم.

قال: فمن این علم الشیاطین السحر قال: من حیث علم الاطباء الطب بعضه بتجربة، و بعضه بعلاج.

(و نوع آخر منه) ای من السحر (خطفة) یخطفون المرئی بسرعة، فیظن من لا یلتفت الی الدقائق ان الشیء اعدم، کما یرکبون تحت الجسم الثقیل ثقبة مبوّبة، فاذا سقط جاء الباب مکان الثقب فیظن الغبی ان الجسم اعدم من نفسه (و سرعة) فی الحرکة، کسرعة اخذ الخاتم من وسط الخیط من طرف رأسه، فیظن الرائی انه اخذ من وسط الخیط (و مخاریق) ما یلعب به الصبیان من الخرق المفتولة فیصنعون فتائل یحشونها بالزیبق او نحوه، فیظن الرائی انها حیوانات تتحرک و ما اشبه ذلک (و خفة) فی الحرکة، کما تقدم من مثال حلب البقرة علی الحائط.

(و نوع منه ما یأخذه اولیاء الشیاطین منهم) ای من الشیاطین کما قال سبحانه: إِنَّ الشَّیاطِینَ لَیُوحُونَ إِلیٰ أَوْلِیائِهِمْ، فیخبرون عن المغیبات، و ما اشبه.

(قال) الزندیق (فمن این علم الشیاطین السحر) حیث قال: وَ لٰکِنَّ الشَّیاطِینَ کَفَرُوا یُعَلِّمُونَ النّاسَ السِّحْرَ، (قال:) علیه السلام (من حیث علم الاطباء الطب بعضه بتجربة) کمعرفة ان العناب ینفع فی تصفیة الدم (و بعضه بعلاج) کمعرفة ان الضغط علی موضع الجرح مدة یوجب وقوف الدم فانه علاج واضح، لا یحتاج الی التجربة لمعرفته.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۸

قال: و ما تقول فی الملکین هاروت و ماروت؟ و ما یقول الناس بانهما یعلمان الناس السحر؟ قال انما هما موضع ابتلاء و موقف فتنة، تسبیحهما الیوم لو فعل الانسان کذا و کذا لکان کذا، و لو تعالج بکذا و کذا لصار کذا فیتعلمون منهما ما یخرج عنهما، فیقولان لهم، انما نحن فتنة، فلا تأخذ و اعنّا ما یضرّکم و لا ینفعکم.

قال: أ فیقدر الساحر علی ان یجعل الانسان بسحره فی صورة کلب او حمار او غیر ذلک، قال: هو اعجز من ذلک، و اضعف من ان یغیر خلق الله،

(قال) الزندیق (و ما تقول فی الملکین هاروت و ماروت؟ و ما یقول الناس بانهما یعلمان الناس السحر) فهل ما یقوله الناس صحیح، أم لا؟

(قال) علیه السلام (انما هما) کانا (موضع ابتلاء) و امتحان للناس (و موقف فتنة) الفتنة بمعنی الامتحان (تسبیحهما الیوم) یمکن ان یراد: «ذلک الیوم» او یراد «الیوم الحاضر» و لکن الناس لا- یسمعونهما و معنی التسبیح الورد و الکلام المستمر- تشبیها- (لو فعل

الانسان کـذا و کذا لکان کذا و لو تعالج بکذا و کذا لصار کذا) فانهما یبینان انواع العلاج و العلاقة بین الاسـباب الخفیة و المسببات (ف) کان الناس (یتعلمون منهما ما یخرج عنهما) من اقسام العلاج (فیقولان لهم، انما نحن فتنـة) و امتحان (فلا تأخذوا عنّا ما یضـرّکم و لا ینفعکم) و انما کانا یبینان الاسباب من جهة الامتحان.

(قال) الزندیق (أ فیقدر الساحر علی ان یجعل الانسان بسـحره فی صورة کلب او حمار او غیر ذلک، قال) الامام علیه السلام (هو اعجز من ذلک، و اضعف من ان یغیر خلق الله) بمثل هذا النحو من التغییر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۶۹

ان من ابطل ما رکّبه اللّه تعالی، و صوّر غیره فهو شـریک لله فی خلقه، تعالی اللّه عن ذلک علوا کبیرا، لو قـدر الساحر علی ما وصـفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفة و الامراض، و لنفی البیاض عن راسه و الفقر عن ساحته.

و ان من اکبر السـحر النمیمـة، یفرق بها بین المتحابین، و یجلب بها العداوة علی المتصافین، و یسـفک بها الدماء، و یهدم بها الدور، و یکشف بها الستور و النمام شر من وطئ الأرض بقدم، فاقرب اقاویل السحر من الصواب، انه بمنزلة الطب

ف (ان من ابطـل مـا رکبه اللّه تعـالی، و صور غیره) بـان ابطل صورة، و اتی مکانها صورة اخری (فهو شـریک لله فی خلقه، تعالی اللّه عن ذلک) الشریک (علوا کبیرا).

و (لو قـدر السـاحر علی مـا وصـفت) من تغییر الصورة (لـدفع عن نفسه الهرم و الآفـة و الامراض، و لنفی البیاض عن راسه و الفقر عن ساحته) لان من یقدر علی تبدیل الانسان حمارا مثلا، یکون لهذه الامور اقدر.

(و ان من اکبر السـحر النمیمـة، یفرق) بصـیغة المجهول، او المراد «النمـام» المعلوم من الکلام (بها بین المتحابین، و یجلب بها العـداوة علی المتصافین، و یسـفک بها الدماء) لان النمیمة توجب العداوة، و العداوة تنتهی الی سفک الدماء (و یهدم بها الدور، و یکشف بها الستور) ای الاشیاء المستورة، من: الاخلاق و الصفات و العداوات.

او المراد ستر النسـاء (و النمـام شـر من وطئ الارض بقـدم) لما یترتب علیه من الشـرور (فاقرب اقاویل السـحر من الصواب، انه بمنزلة الطب) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۰

ان الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعة النساء، فجائه الطبیب فعالجه بغیر ذلک فابرئه، الحدیث.

ثم لا یخفی ان الجمع بین ما ذکر فی معنی السحر فی غایة الاشکال.

لکن المهم بیان حکمه لا موضوعه.

الاقوال التی قیلت بالنسـبة الی السـحر- و یکفی فی الاضافـة ادنی ملابسـة- (ان السـاحر عالـج الرجل فامتنع من مجامعـة النساء، فجائه الطبیب فعالجه بغیر ذلک فابرئه، الحدیث).

فهذا الحدیث تعرض لبعض اقسام السحر المذکورة سابقا فی کلام المجلسی.

نعم: یمکن ادخال سائر الاقسام فی قوله علیه السلام «احتالوا ... الخ».

(ثم لا یخفی ان الجمع بین ما ذکر فی معنی السـحر) فی تعاریف اللغویین، و الفقهاء (فی غایـة الاشـکال) لانه یرد علی کل واحـد من تلک التعاریف عدم الاطراد و الانعکاس.

(لکن المهم بیان حکمه لا موضوعه) و احالة الموضوع الی العرف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۷۱

الحادیة عشرة الشعبدة حرام بلا خلاف

و هی الحرکة السریعة بحیث یوجب علی الحس الانتقال من الشیء الی شبهه کما یری النار المتحرکة علی الاستدارة دائرة متصلة، لعدم ادراک السکونات المتخللة بین الحرکات.

و یدل علی الحرمة- بعد الاجماع- مضافا الی انه من الباطل و اللهو، دخوله فی السحر، فی الروایة المتقدمة عن الاحتجاج

المسألة (الحادیة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لکونه عملا- محرما (الشعبدة) و هی (حرام بلا خلاف) بین العلماء (و هی الحرکة السریعة بحیث یوجب علی الحس الانتقال من الشیء الی شبهه) و اذا مثل لذلک بعمل محلل نقول: (کما یری النار المتحرکة علی الاستدارة دائرة متصلة) مع انها لیست فی الحقیقة دائرة، و انما تری دائرة (لعدم ادراک السکونات المتخللة بین الحرکات).

و هذا التعریف عبارة اخری عن بقاء ارقام الحرکة فی النظر، لعدم مجال لمحوها عن الناظر.

(و یدل علی الحرمة- بعد الاجماع-) الّذی ادعاه الجواهر و غیره (مضافا الی انه من الباطل و اللهو) و سیأتی حرمة مثل هذا اللهو و ان لم نقل بحرمة کلّ لهو (دخوله فی السحر، فی الروایة المتقدمة عن الاحتجاج) حیث قال علیه السلام و نوع آخر «خطفة و سرعة و مخاریق و خفة»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۶

المنجبر وهنها بالاجماع المحکی.

و فی بعض التعاریف المتقدمة للسحر ما یشملها.

(المنجبر و هنها بالاجماع المحکی) المتقدم.

(و فی بعض التعاریف المتقدمة للسحر ما یشملها) کالمحکی عن البحار الرابع: التخیلات و الأخذ بالعیون مثل راکب السفینة یتخیل نفسه ساکنا و الشط متحرکا، انتهی.

و لا یخفی: ان الشعبدة لا تطلق الا علی نوع من الخفة و السرعة یری فی العرف انه قسم من السحر، فلا یستشکل علی ذلک انه ان اراد مطلق السرعة فهذا خلاف الواقع، فهل یقول احد بان تحریک النار الجوالة حرام؟ او السرعة فی السیر؟ او ما اشبه.

و ان اراد سرعة خاصة، فما هو میزان ذلک.

و ان شئت قلت: ان السحر من الموضوعات العرفیة، فکما یصدق علی بعض انحاء التصرف فی الانسان و الحیوان و الجماد و علی بعض الایهامات کصنع الحیّات الزیبقیة، کذلک یصدق علی بعض انواع الخفة و لذا لا یشک احد فی تسمیة ذلک بالسحر.

ثم الظاهر: ان التنویم المغناطیسی مع رضایة الطرف لیس محرما لعدم صدق السحر و عدم الضرر، و عدم کونه تصرفا فی الاخر بدون ارادته.

و الوالد ره اشکل فی ذلک فی خاتمة «البدایة» و ان کانت المسألة بعد تحتاج الی التنقیح.

کما ان الظاهر ان ما تبین واقعه لدی الناس حتی لم یسم سحرا یخرج عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۷

الثانیة عشرة الغش حرام بلا خلاف،

و الاخبار به متواترة نذکر بعضها تیمنا.

فعن النبی صلی الله علیه و آله باسانید متعددة: لیس من المسلمین من غشهم.

هذا العنوان.

کما لو فرض صنع الحیات الزیبقیة للعب الاطفال بکثرة، بحیث یعرف ذلک الناس.

و کذلک لا اشکال فی الشفاء المغناطیسی الّذی یکون بقوة الروح و الله العالم.

المسألة (الثانیة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (الغش) و هو (حرام بلا خلاف، و الاخبار به) ای بتحریمه (متواترة نذکر بعضها تیمنا) ای للیمن و البرکة- و قد تقدم تفسیر ذلک-.

(فعن النبی صلی الله علیه و آله باسانید متعددة: لیس من المسلمین من غشهم) المراد بکونه لیس منهم، عدم کونه کامل الاسلام لا انه کافر حقیقة.

و المنصرف عدم کونه جامعا لشرائط الاسلام اللازمة، لا انه لیس جامعا لشرائط الاسلام المکملة، کالتارک للآداب و السنن الّذی لیس بمؤمن کامل و لذا یدل الحدیث علی الحرمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۸

و فی روایة العیون، باسانیده قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

لیس منّا من غش مسلما او ضره او ماکره.

و فی عقاب الاعمال، عن النبی صلی الله علیه و آله، من غش مسلما فی بیع او شراء، فلیس منا، و یحشر مع الیهود یوم القیامة، لانه من غش الناس فلیس بمسلم- الی ان قال- و من غشنا فلیس منا، قالها ثلاثا و من غش اخاه المسلم نزع الله برکة رزقه افسد علیه معیشته

(و فی روایة العیون باسانیده قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

لیس منّا من غشّ مسلما او ضره او ماکره) یراد بالمکر مقابل الغش و الضر و ان کان ربما یطلق کل من الثلاثة علی الآخرین لدی الاطلاق.

(و فی عقاب الاعمال، عن النبی صلی الله علیه و آله، من غشّ مسلما فی بیع او شراء، فلیس منا، و یحشر مع الیهود یوم القیامة، لانه من غش الناس فلیس بمسلم).

و الظاهر ان سبب حشره مع الیهود کون الغش شبیها باعمالهم و قد قال سبحانه: احْشُرُوا الَّذِینَ ظَلَمُوا وَ أَزْوٰاجَهُمْ، (- الی ان قال) صلی الله علیه و آله (- و من غشنا فلیس منا، قالها ثلاثا) ای کرّر هذه الجملة ثلاث مرات (و من غش اخاه المسلم نزع الله برکة رزقه) فیکون رزقه غیر ثابت فان البرکة من «برک» اذا استقر و دام، و نزع البرکة من الغاش- بالإضافة الی انه واقعی من عالم الغیب- خارجی مشاهد أیضا فان الانسان الغاش یتفرق الناس عنه، و لا یعاملونه، فتذهب برکة رزقه، و کذلک الامة الغاشّة و ان دام رزق الغاش، فانما هو ایام قلائل و (افسد علیه معیشته)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۲۹۹

و وکله الی نفسه.

و فی مرسلة هشام، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، انه قال لرجل یبیع الدقیق: ایاک و الغش، فان من غشّ، غشّ فی ماله، فان لم یکن له مال غش فی اهله.

و فی روایة سعد الاسکاف، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: مر النبی صلّی اللّه علیه و آله فی سوق المدینة بطعام، فقال لصاحبه: ما اری طعامک إلا طیبا؟ فاوحی

اما عطف بیان.

و اما ان یراد به ان یعیش منفورا بین الناس، حیث یرون منه الغش (و وکله الی نفسه) فلا یساعده فی اموره حتی تنمو و تزدهر.

(و فی مرسلة هشام، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، انه قال لرجل یبیع الدقیق: ایاک و الغش، فان من غش) الناس (غش فی ماله) فان الناس أیضا یجازونه بالمثل (فان لم یکن له مال غش فی اهله) فان عمله لا بدّ و ان یظهر للناس، فاذا ظهر، غشه الناس، ان کان له مال ففی ماله و الا ففی اهله.

و الغش فی الاهل قابل الانطباق علی اقسام کان ینظر الی اهله بنظر الخیانة.

(و فی روایة سعد الاسکاف، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: مرّ النبی صلّی اللّه علیه و آله فی سوق المدینة بطعام، فقال لصاحبه: ما اری طعامک إلا طیبا) الظاهر ان مراد النبی صلّی اللّه علیه و آله انه یری ظاهره کذلک- و لذا لم یقل لیس طعامک الا طیبا-، بل قال: ما اری- (فاوحی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۰

اللّه إلیه ان یدس یده فی الطعام، ففعل فاخرج طعاما ردیّا، فقال لصاحبه: ما اراک الا و قد جمعت خیانة و غشّا للمسلمین.

و روایة موسی بن بکیر، عن ابی الحسن علیه السلام، انه اخذ دینارا من الدنانیر المصبوبة بین یدیه، فقطعها نصفین ثم قال لی: القه فی البالوعة حتی لا یباع بشیء فیه غشّ و قوله: فیه غشّ، جملة ابتدائیّة، و الضمیر فی لا یباع راجع الی الدّینار.

و فی روایة هشام بن الحکم، قال: کنت ابیع السّابری

اللّه إلیه ان یدس) الرسول صلّی اللّه علیه و آله، و یدخل (یده فی الطعام) و الظاهر ان المراد به الحنطة و الشعیر (ففعل فاخرج طعاما ردیّا، فقال لصاحبه: ما اراک الا- و قد جمعت خیانة و غشا للمسلمین) الاتیان بلفظ «ما اری» لعله من باب المماثلة، کقوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ.

(و روایة موسی بن بکیر، عن ابی الحسن علیه السلام، انه اخذ دینارا من الدنانیر المصبوبة بین یدیه، فقطعها نصفین) لیسقط عن المالیة (ثم قال لی: القه فی البالوعة حتی لا یباع بشیء فیه غش) فان الدینار کان مغشوشا.

و قد وجه المصنف الروایة بما یکون «فیه غش» جملة تعلیلیة لتشمل کل غش، فقال: (و قوله: فیه غش، جملة ابتدائیة، و الضمیر فی لا یباع راجع الی الدینار) ای لا یباع الدینار بشیء، لان فیه غشا.

(و فی روایة هشام بن الحکم، قال: کنت ابیع السابری) معوب «شابوری» ثوب جید منسوب الی شاپور ملک فارس، و شاپور معناه ابن الملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۱

فی الظلال فمر بی ابو الحسن الاول فقال: لی یا هشام ان البیع فی الظلال غش و الغش لا یحل.

و فی روایة الحلبی قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یشتری طعاما فیکون احسن له، و انفق له ان یبله من غیر ان یلتمس زیادته فقال: ان کان بیعا لا یصلحه الا ذلک، و لا ینفقه غیره من غیر ان یلتمس فیه زیادة، فلا بأس، و ان کان انما یغش به المسلمین، فلا یصلح.

و روایته الاخری قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یکون

(فی الظلال) ای تحت السقف (فمر بی ابو الحسن الاول) علیه السلام (فقال لی: یا هشام ان البیع فی الظلال غش) لان المشتری لا یراه

جیدا (و الغش لا یحل).

(و فی روایة الحلبی قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یشتری طعاما فیکون احسن له) ای للمشتری (و انفق له) ای اکثر رواجا فی السوق (ان یبله) بالماء (من غیر ان یلتمس) و یطلب بذلک (زیادته) فانه لا یرید ان یزید وزن الطعام، بسبب الماء الّذی یشربه عند البلل (فقال:

ان کان بیعا) ای مبیعا (لا یصلحه الا ذلک) البلل (و لا ینفقه غیره) النفق الرواج، ای لا یروج طعامه بغیر البلل (من غیر ان یلتمس) و یطلب (فیه) ای فی ذلک البلل (زیادة، فلا بأس، و ان کان انما یغش به) ای بالبلل (المسلمین، فلا یصلح) ان یفعل ذلک.

(و روایته الاخری قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۲

عنده لونان من الطعام، سعرهما شتی، و احدهما اجود من الآخر، فیخلطهما جمیعا، ثم یبیعهما بسعر واحد فقال: لا یصلح له ان یغش المسلمین حتی یبینه.

و روایة داود بن سرحان، قال کان معی جرابان من مسک، احدهما رطب و الآخر یابس، فبدئت بالرطب، فبعته، ثم اخذت الیابس ابیعه، فاذا انا لا اعطی بالیابس الثمن الّذی یسوی، و لا یزیدونی علی ثمن الرطب فسئلت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ذلک، أ یصلح لی ان أندیه؟ قال: لا الا ان تعلمهم، قال فندیته ثم اعلمتهم.

عنده لونان من الطعام، سعرهما شتی) جمع شتیت ای مختلف (و احدهما اجود من الآخر، فیخلطهما جمیعا، ثم یبیعهما بسعر واحد) هل یجوز ذلک؟ (فقال) علیه السلام (لا یصلح له ان یغش المسلمین حتی یبیّنه) بان یقول: هذا جنسان و احدهما اجود من الآخر، حتی لا یزعم المشتری ان الجنس کله جید- بسبب ما یری من بعض الاجزاء الجیدة-.

(و روایة داود بن سرحان، قال کان معی جرابان من مسک، احدهما رطب و الآخر یابس، فبدئت بالرطب، فبعته، ثم اخذت الیابس) اریدان (ابیعه، فاذا انا لا اعطی بالیابس الثمن الّذی یسوی، و لا یزیدونی علی ثمن الرطب).

قوله «و لا یزیدونی» عطف بیان ل «یسوی» فان الیابس ازید ثمنا من الرطب، لان الیابس اکثر مقدارا فیما اذا کان هو و الرطب متساویین (فسئلت أبا عبد اللّه علیه السلام عن ذلک، أ یصلح لی ان أندیه؟ قال) علیه السلام (لا، الا ان تعلمهم) بانه یابس اندیته (قال فندیته ثم اعلمتهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۳

قال: لا بأس.

ثم ان ظاهر الاخبار هو کون الغش بما یخفی، کمزج اللبن بالماء، و خلط الجید بالردیء، فی مثل الدهن فمنه وضع الحریر فی مکان بارد لیکتسب ثقلا، و نحو ذلک.

و اما المزج و الخلط بما لا یخفی فلا یحرم، لعدم انصراف الغش إلیه____.

قال) علیه السلام (لا بأس) اذا اعلمتهم، الی غیر ذلک من الروایات الکثیرة.

(ثم ان ظاهر الاخبار هو کون الغش) انما یتحقق (بما یخفی) و الموضوع شخصی.

فکل انسان یخفی علیه بالنسبة إلیه یکون غشا له، و کل انسان لا یخفی علیه لا یکون غشا بالنسبة إلیه (کمزج اللبن بالماء، و خلط الجید بالردیء، فی مثل الدهن) و انما مثل لذلک لان الخفاء فیه واضح (فمنه وضع الحریر فی مکان بارد لیکتسب ثقلا، و نحو ذلک) من اقسام الغش.

(و اما المزج و الخلط بما لا یخفی فلا یحرم، لعدم انصراف) لفظ (الغش) الوارد فی الاخبار (إلیه) بل الغش منصرف عنه.

الا ترى انه لو علم المشترى ان ثلث هذا اللبن ماء، ثم اشتراه لا يقال عرفا انه مغشوش، و ان البائع غشه.

(و يدل عليه) اى على كون الغش انما يصدق مع الخفاء لا مع الظهور (- مضافا الى بعض الاخبار المتقدمة-) كرواية الحلبى «حتى يبينه» (صحيحة ابن مسلم عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۴

احدهما عليهما السلام انه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه اجود من بعض، قال: اذ رؤيا جميعا فلا بأس، ما لم يغط الجيد الردىء.

و مقتضى هذه الرواية، بل و رواية الحلبى الثانية و رواية سعد الاسكاف انه لا يشترط فى حرمة الغش كونه مما لا يعرف، الا من قبل البائع فيجب الاعلام بالعيب غير الخفى الا ان ينزل الحرمة فى موارد الروايات الثلاث على ما اذا تعمد الغش برجاء التلبيس على المشترى، و عدم التفطن له

احدهما عليهما السلام) اى الصادق او الباقر «ع» فانه قد كان ينسى انه سئل ايهما عليهما السلام، فيروى عن احدهما مرددا (انه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه) ذلك الطعام (اجود من بعض، قال) عليه السلام (اذ رؤيا جميعا) اى رآهما المشترى (فلا بأس، ما لم يغطّ الجيد الردىء) «الجيد» فاعل، و «الردىء» مفعول.

(و مقتضى هذه الرواية، بل و رواية الحلبى الثانية و رواية سعد الاسكاف انه لا يشترط فى حرمة الغش كونه مما لا يعرف، الا من قبل البائع) بل يمكن تحقق الغش و ان امكن ان يعرفه غير البائع، فان الطعام الجيد الّذى يعطى الردىء، مما يمكن ان يعرف ذلك المشترى بتقليب الطعام، و لكن مع ذلك فهو غش (فيجب الاعلام بالعيب غير الخفى) أيضا (الا ان ينزل الحرمة فى موارد الروايات الثلاث على ما اذا تعمد الغش برجاء التلبيس) و الاشتباه (على المشترى، و) برجاء (عدم التفطن له) اى تفطن المشترى للغش- كما لا يبعد ذلك- فان من يجعل اعلى الطعام جيدا و اسفله رديئا، انما يفعل ذلك- غالبا- لاجل الغش و عدم تفطن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۰۵

و ان كان من شأن ذلك العيب ان يتفطن له فلا تدل الروايات على وجوب الاعلام، اذا كان العيب من شأنه التفطن له فقصر المشترى و سامح فى الملاحظة.

ثم ان غش المسلم انما هو ببيع المغشوش عليه مع جهله.

فلا فرق بين كون الاغتشاش بفعله، او بغيره فلو حصل اتفاقا او لغرض

المشترى (و ان كان من شأن ذلك العيب ان يتفطن له) المشترى، لكن البائع يفعل ذلك رجاء الغش.

و على هذا (فلا تدل الروايات) الثلاث (على وجوب الاعلام، اذا كان العيب من شأنه التفطن له فقصر المشترى و سامح فى الملاحظة).

و لكن لا يخفى انه اذا قلنا بعدم وجوب الاعلام لا بدّ و ان يكون للمشترى خيار العيب، لان تقصيره فى التفطن لا يسقط خياره.

نعم اذا اقدم كيفما كان، او علم و اقدم لم يكن له خيار.

(ثم ان غش المسلم) المحرم (انما هو ببيع المغشوش عليه مع جهله) بالغش.

اما جهلا مطلقا او جهلا فى الجملة، كما اذا علم ان فى اللبن ماء لكن ظنه نصفا فتبين ثلثين.

(فلا فرق بين كون الاغتشاش بفعله، او ب) فعل (غيره) و لو كان ذلك الغير شيئا لا يعقل، كما لو كان وضع اناء اللبن فى الارض فمطرت السماء فيه (فلو حصل) الاغتشاش (اتفاقا) اى من باب الاتفاق بدون القصد- كالمثال- (او لغرض) صحيح، كما اذا اراد شرب

اللبن فمزجه بالماء، ثم بدا له فی بیعه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۶

فیجب الاعلام بالعیب الخفی و یمکن ان یمنع صدق الاخبار المذکورة الا علی ما اذا قصد التلبیس، و اما ما هو ملتبس فی نفسه، فلا یجب علیه الاعلام.

نعم یحرم علیه اظهار ما یدل علی سلامته من ذلک.

فالعبرة فی الحرمة بقصد تلبیس الامر علی المشتری، سواء کان العیب خفیا أم جلیا- کما تقدم- لا بکتمان العیب مطلقا او خصوص

(فیجب الاعلام بالعیب الخفی).

و هل یحرم کتمان العیب مطلقا، او یحرم کتمان العیب الخفی، او لا یحرم الکتمان مطلقا، و انما یحرم قصد التلبیس، احتمالان.

و الی هذا اشار المصنف بقوله: (و یمکن ان یمنع صدق الاخبار المذکورة) الدالة علی حرمة الغش (الا علی ما اذا قصد التلبیس، و اما ما هو ملتبس فی نفسه، فلا یجب علیه الاعلام) لعدم صدق الغش حینئذ.

(نعم یحرم علیه اظهار ما یدل علی سلامته من ذلک) العیب.

فاذا کانت الحنطة ردیئة و لها ظاهر حسن، لا یجب اعلام المشتری بذلک، و انما یحرم علیه ان یقول هذه حنطة جیدة.

(فالعبرة فی الحرمة بقصد تلبیس الامر علی المشتری، سواء کان العیب خفیا أم جلیا).

فاذا قصد التلبیس، کان حراما و ان کان العیب جلیا.

و ان لم یقصد التلبیس لم یکن حراما و ان کان العیب خفیا (- کما تقدم-) انه یحرم لو قصد التلبیس و ان کان العیب جلیا، و (لا) عبرة (بکتمان العیب مطلقا) ای لیس کتمان العیب محرما، سواء کان العیب خفیا او جلیا (او خصوص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۷

الخفی، و ان لم یقصد التلبیس.

و من هنا منع فی التذکرة من کون بیع المعیب مطلقا مع عدم الاعلام بالعیب غشا.

و فی التفصیل المذکور فی روایة الحلبی اشارة الی هذا المعنی، حیث انه علیه السلام جوّز بلّ الطعام بدون قید الاعلام، اذا لم یقصد به الزیادة و ان حصلت به و حرّمه مع قصد الغش.

الخفی، و ان لم یقصد التلبیس) ای لیس کتمان ای عیب، او العیب الخفی محورا للحرمة، و انما المحور قصد التلبس.

(و من هنا) الّذی ذکرنا من ان المحور للحرام: قصد التلبیس، (منع فی التذکرة من کون بیع المعیب مطلقا) خفیا کان العیب او جلیا (مع عدم الاعلام بالعیب غشا) و معناه جواز بیع المعیب فی بعض الصور- و هی صورة ما اذا لم یقصد التلبیس-.

(و فی التفصیل المذکور فی روایة الحلبی اشارة الی هذا المعنی) الّذی ذکرناه، و هو ان المحور للحرام قصد التلبیس، لا- العیب الواقعی (حیث انه علیه السلام جوز بلّ الطعام بدون قید الاعلام، اذا لم یقصد به) البائع ببلّه (الزیادة) فی مقدار الطعام (و ان حصلت الزیادة (به) ای بالبلل، قوله «و ان» وصیلة (و حرمه) الامام علیه السلام- ای البل- (مع قصد الغش) فیتبین منه ان المحور للحرام قصد الغش، لا العیب واقعا.

اقول لا یخفی: ان ما فی هذا الاستظهار من الاشکال، لصدق الغش بمجرد السکوت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۰۸

نعم یمکن ان یقال: فی صورة تعیب المبیع، بخروجه عن مقتضی خلقته الاصلیة بعیب خفی، او جلی، ان التزام البائع بسلامته عن العیب

مع علمه به غش للمشتری کما لو صرح باشتراط السلامة فان العرف یحکمون علی البائع بهذا الشرط مع علمه بالعیب انه غاش.

و الروایة لیست شاهدة علی التفصیل، بل هی للتلازم بین قصد الغش و الغش واقعا- تلازما غالبیا- کما لا یخفی.

(نعم یمکن ان یقال: فی صورة تعیب المبیع، ب) سبب (خروجه عن مقتضـی خلقته الاصلیة بعیب خفی) کالمرض الخفی فی الحیوان (او جلی) کالتورم فیه- مثلا- (ان التزام البائع بسـلامته) ای المبیع (عن العیب) و ان کان الالتزام بسبب السکوت فی مقام یقتضی البیان (مع علمه به) ای بذلک العیب (غش للمشتری).

و یکون حال ذلک (کما لو صرح باشتراط السلامة) فان السکوت و الاشتراط للسلامة بمنزلة واحدة.

و لذا یقولون ان شـرط السلامة شرط ضمنی و ان لم یصرحوا به، و لهذا الشرط الضمنی یحق للمشتری ان یرد المبیع ان ظهر فیه العیب (فان العرف یحکمون علی البائع بهذا الشرط) ای باع بشرط السلامة- لفظا او مقاما- (مع علمه بالعیب انه غاش).

و المحصل من کلام المصنف أولا، بقوله: و یمکن ان یمنع الخ الّذی مقتضاه دوران الحرمة مدار قصد التلبیس.

و ثانیا: بقوله: نعم، الّذی مقتضاه الحرمة فی صورة اشتراط السلامة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۰۹

ثم ان الغش یکون باخفاء الادنی فی الاعلی کمزج الجید بالردیء.

او غیر المراد فی المراد، کادخال الماء فی اللبن.

و باظهار الصفة الجیدة المفقودة واقعا، و هو التدلیس.

و باظهار الشیء علی خلاف جنسه، کبیع المموّه علی انه ذهب او فضة

لفظا او مقاما، ان البائع اذا لم یقصد الغش لم یکن حراما، الا اذا شرط السلامة- شرطا لفظیا او شرطا مقامیا-.

فلا یقال: ان بین قوله «یمکن» و بین قوله: «نعم» تهافت.

اذ قوله: «نعم» کالاستثناء عن اطلاق «یمکن» لا انه مضاد له، کما لا یخفی.

(ثم ان الغش) علی اقسام، فانه (یکون) تارة (باخفاء الادنی فی الاعلی کمزج الجید بالردیء).

(او) تارة اخری بمزج (غیر المراد) للمشتری (فی المراد) له (کادخال الماء فی اللبن).

(و) تارة ثالثة (باظهار الصفة الجیدة المفقودة واقعا، و هو التدلیس) کاظهار جمال الامة و الحال انها قبیحة.

(و) تارة رابعة (باظهار الشیء علی خلاف جنسه، کبیع المموّه علی انه ذهب او فضة).

و له اقسام اخر مثل اظهار الصفة الردیئة التی هی مطلوبة للمشتری کبیع البکر باعتبار انها ثیب، فیما اذا کان المشتری یرید الثیب.

و مثل اظهار الخلو عن الصفة مع کونه متصفا بها، و ان لم تکن تلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۱۰

ثم ان فی جامع المقاصـد ذکر فی الغش بما یخفی- بعد تمثیله له بمزج اللبن بالماء- وجهین فی صـحة المعاملة و فسادها من حیث ان المحرم هو الغش، و المبیع عین مملوکة ینتفع بها.

و من ان المقصود بالبیع هو اللبن، و الجاری علیه العقد هو المشوب.

ثم قال: و فی الذکری فی باب الجماعة ما حاصله: انه لو نوی الاقتداء بامام معین علی انه زید، فبان عمرو، ان فی الحکم نظرا.

الصـفة جمالا و لا قبحا کاظهار ان العبد لا اقرباء له او له اقرباء فیما اذا کان الواقع بالعکس، و کان یرید المشتری قسما خاصا منهما، و

هکذا.

(ثم ان فی جامع المقاصد ذکر فی الغش بما) لا (یخفی- بعد تمثیله له بمزج اللبن بالماء- وجهین فی صحة المعاملة و فسادها).

اما وجه الصحة، ف (من حیث ان المحرم هو الغش، و المبیع عین مملوکة ینتفع بها) فالبیع صحیح، منتهی الامر تدارک ذلک بالخیار او اخذ التفاوت- مثلا-.

(و) اما وجه الفساد، ف (من) جهة (ان المقصود بالبیع هو اللبن، و الجاری علیه العقد هو المشوب).

فالمبیع غیر العین و العین غیر المبیع، و یکون من قبیل ما لو باعه حمارا فظهر فرسا.

(ثم قال) صاحب جامع المقاصد (و فی الذکری فی باب الجماعة ما حاصله: انه لو نوی الاقتداء بامام معین علی انه زید، فبان عمرو، ان فی الحکم) بصحة الصلاة او فسادها (نظرا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۱

و مثله لو قال: بعتک هذا الفرس، فاذا هو حمار.

و جعل منشأ التردد تغلیب الاشارة، او الوصف، انتهی.

و ما ذکره من وجهی الصحة و الفساد جار فی مطلق العیب، لان المقصود هو الصحیح، و الجاری علیه العقد هو المعیب.

و جعله من باب تعارض الاشارة و الوصف

من جهة ان المقصود بالایتمام زید، فلا یصلح الایتمام، حیث لم یکن زیدا.

و من جهة انه لا دلیل علی لزوم کون الامام مقصودا، بل صحة الجماعة فی الجملة بتوفر شرائط الامامة فی الامام.

(و مثله لو قال: بعتک هذا الفرس، فاذا هو حمار) فان فی الحکم بصحة المعاملة نظرا.

(و جعل) صاحب جامع المقاصد (منشأ التردد) فی هذه المقامات، هل یصح، أم لا؟ (تغلیب الاشارة) علی الوصف، فیصح البیع و الصلاة، لانه اشار الی الامام الحاضر، و الحیوان الحاضر (او الوصف) علی الاشارة، فیبطل، لانه وصف الامام بکونه زیدا، و لیس بزید، و وصف الحیوان بانه فرس و لیس بفرس (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و ما ذکره من وجهی الصحة و الفساد) بقوله: من حیث، و من ان المقصود (جار فی مطلق العیب، لان المقصود هو الصحیح) او المتصف بوصف کذا (و الجاری علیه العقد هو المعیب) فله وجه صحة، و له وجه فساد.

(و جعله) ای جعل جامع المقاصد مسئلة ما نحن فیه- ای الغش- (من باب تعارض الاشارة و الوصف) من قبیل هذا حمار، فاذا هو فرس،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۲

مبنی علی إرادة الصحیح من عنوان المبیع، فیکون قوله: بعتک هذا العبد- بعد تبین کونه اعمی-: بمنزلة قوله: بعتک هذا البصیر.

و انت خبیر بانه لیس الامر کذلک- کما سیجیء فی باب العیب- بل وصف الصحة ملحوظ علی وجه الشرطیة، و عدم کونه مقوما للمبیع، کما یشهد به العرف و الشرع.

(مبنی) هذا الجعل (علی إرادة الصحیح من عنوان المبیع) حتی یکون العنوان الّذی انصب علیه البیع صحیحا، و الواقع المشار إلیه خارجا معیبا، فیکون من قبیل الفرس و الحمار (فیکون قوله: بعتک هذا العبد- بعد تبین کونه اعمی-: بمنزلة قوله: بعتک هذا البصیر) بان یکون مصب العقد «البصیر» و المشار إلیه «الاعمی» حتی تندرج مسئلة الغش فی مسألة «الحمار و الفرس».

(و انت خبیر بانه لیس الامر کذلک) ای لیس الوصف المفقود عنوانا و مصبا للعقد (- کما سیجیء فی باب العیب-) من انه لیس

مصب العقد الصحة (بل) مصب العقد هو: العبد، فی المثال.

و انما (وصف الصحة ملحوظ علی وجه الشرطیة، و عدم کونه) ای وصف الصحة، «و عدم» عطف علی «وجه» (مقوما للمبیع، کما یشهد به العرف و الشرع) فان العرف لا یری الا تخلف الشرط فیما کان اعمی و الشرع صرح بصحة البیع، و انما للمشتری الخیار.

و لو کان مصب العقد الصحیح، علی وجه العنوانیة، لا الاشتراط، لزم ان یکون بنظر العرف و الشرع باطلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۳

ثم لو فرض کون المراد من عنوان المشار إلیه هو الصحیح لم یکن اشکال فی تقدیم العنوان علی الاشارة بعد ما فرض

نعم: مثال «الحمار و الفرس»- فیما اذا لم یکن المقصود مطلق الحیوان، و الحماریة و الفرسیة من باب الوصف- یختلف فیه مصب العقد فالمبیع شیء، و المشار إلیه شیء آخر.

و ان شئت قلت: انه لو باعه العبد علی انه بصیر، فبان اعمی، رای العرف خلاف الشرط، و لذا یصح البیع مع الخیار.

و لو باعه الحمار، فبان فرسا رأی العرف خلاف ذات المبیع، و لذا یراه باطلا.

فتمثیل جامع المقاصد لما نحن فیه بالحمار و الفرس، فی غیر محله.

و علی هذا فلیس فی مسألة الغش الاوجه الصحة.

و لا مجال للقول لفساد المعاملة- کما جعل جامع المقاصد المسألة ذات وجهین-.

و اما مسألة الجماعة فقد ذکروا انه لو اراد زیدا علی وجه التقیید، بطلت الصلاة- او الجماعة- لانه لا یقصد الصلاة حینئذ، و ان اراده علی وجه الخطاء فی التطبیق صحت الصلاة و الجماعة.

(ثم لو فرض کون المراد من عنوان المشار إلیه هو الصحیح) بان کان مصب العقد «البصیر» فی مثال العبد الاعمی (لم یکن) وجه لاحتمال الصحة کما احتمله جامع المقاصد- و هذا اشکال آخر، علی جامع المقاصد.

اذ لا (اشکال فی تقدیم العنوان علی الاشارة بعد ما فرض) جامع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۴

ره، ان المقصود بالبیع هو اللبن و الجاری علیه العقد هو المشوب، لان ما قصد لم یقع، و ما وقع لم یقصد.

و لذا اتفقوا علی بطلان الصرف، فیما اذا تبین احد العوضین معیبا من غیر الجنس.

المقاصد (ره، ان المقصود بالبیع هو اللبن) فقط (و الجاری علیه العقد هو المشوب).

و انما نقول بالبطلان، و تقدیم العنوان (لان ما قصد) ه المشتری من اللبن (لم یقع، و ما وقع) من المشوب (لم یقصد).

و من المعلوم: ان العقود تتبع القصود، اذ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» معناه العقد الّذی اوقعتم، و المفروض ان المشتری لم یوقع العقد علی المشوب.

(و لذا) الّذی ذکرناه من عدم الاشکال فی تقدیم العنوان حیث یکون العنوان مصبّ العقد- المستلزم بطلان العقد- (اتفقوا علی بطلان) بیع (الصرف) و هو بیع الذهب و الفضة، بعضها ببعض (فیما اذا تبین احد العوضین معیبا من غیر الجنس) کان یکون الذهب الثمن- مثلا- ذهبا مخلوطا بنحاس، لانه یستلزم حینئذ الربا، اذ المثمن مثقال من ذهب و الثمن نصف مثقال، و النصف الآخر النحاس، لیس مبیعا حتی یقابل بنصف مثقال ذهب المثمن.

فتحصل ان الاشکال علی جامع المقاصد بامرین.

الاول: ان جعل مسئلة الغش من باب تعارض الوصف و العنوان، لیس فی محله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۵

و اما التردد فى مسألـة تعارض الاشارة و العنوان، فهو من جهـة اشـتباه ما هو المقصود بالـذات، بحسب الدلالة اللفظية، فانها مردّدة بين كون متعلق العقد أولا و بالذات: هو العين الحاضرة، و يكون اتصافه بالعنوان مبنيا على الاعتقاد.

و كون متعلقه هو العنوان.

الثانى: انه لو فرض كون الغش من باب تعارض الاشارة و العنوان، يلزم القول بالبطلان.

فلا وجه لما ذكره جامع المقاصد من ان فيه وجهين- احتمال الصحة و احتمال البطلان-.

(و) ان قلت: اذا كان اللازم القول بالبطلان فى مسألـة تعارض الاشارة و العنوان فلما ذا نرى الفقهاء يترددون بين الصـحة و البطلان فى هذه المسألة.

قلت: (امـا التردد) منهم (فى مسألـة تعارض الاشارة و العنوان فهو من جهـة اشـتباه ما هو المقصود بالـذات) للمتبايعين (بحسب الـدلالة اللفظية، فانها) اى الدلالة اللفظية- فى مثل بعتك: البصـير- (مردّدة بين كون متعلق العقد) و مصـبّه (أولا و بالذات: هو العين الحاضرة) اى ذات العين (و يكون اتصافه بالعنوان) اى البصـير، حين التلفظ بالعقد (مبنيا على الاعتقاد) بكونه بصـيرا فيكون البصر شرطا، لا مصبّا للعقد- و على هذا يصح العقد و للمشترى خيار تخلف الشرط-.

(و) بين (كون متعلقه) اى متعلق العقد (هو العنوان) فصب العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۶

و الاشارة إليه باعتبار حضوره.

اما على تقدير العلم بما هو المقصود بالذات، و مغايرته للموجود الخارجى- كما فى ما نحن فيه- فلا يتردد احد فى البطلان.

و

«البصير بوصف كونه بصيرا» (و الاشارة إليه) اى الى ذات العبد ليست باعتبار ان الذات مقصودة، بل (باعتبار حضوره) خارجا.

و على هذا يبطل العقد، لان ما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد.

و الحاصل ان تردد الفقهاء فى الصحة و البطلان، من جهة انه هل المصب ذات العبد او البصير؟

اما اذا تبين ان المصبّ ذات العبد، فلا اشكال فى الصحة، كما انه اذا تبين ان المصبّ وصف البصير، فلا اشكال فى البطلان.

فالتردد منهم فى الصحة و البطلان من جهة التردد فى مقصود المتبايعين:- الذات، او الوصف-.

(امـا على تقـدير العلم بمـا هو المقصود) للمتبـايعين (بالـذات، و مغايرته) اى المقصود (للموجود الخارجى- كما فى ما نحن فيه-) من مثال ما اذا قصد الصحيح- كالبصير، فى المثال- (فلا يتردد احد فى البطلان) لان ما وقع لم يقصد، و ما قصد لم يقع.

(و) ان قلت: بنـاء على مـا ذكرتـم من انه لا وجه للتردد، و انه يلزم القول بالبطلان، فى صورة كون المقصود الوصف، و القول بالصـحة فى صورة كون المقصود الذات، فلم ذكر الذكرى: ان مسألة الاقتداء، من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۱۷

اما وجه تشبيه مسألة الاقتداء- فى الذكرى- بتعارض الاشارة و الوصف فى الكلام- مع عدم الاجمال فى النية.

فباعتبار عروض الاشتباه للنّاوى- بعد ذلك- فيما نواه.

اذ كثيرا ما يشتبه على النّاوى انه حضر فى ذهنه العنوان و نوى الاقتداء به معتقدا لحضوره

باب تعارض الوصف و الاشارة؟ بل اللازم ان نقول ببطلان الجماعة، فیما اذا اراد وصف زید، و بالصحة فیما اذا اراد هذا الحاضر، و زعم انه زید

قلت: (اما وجه تشبیه مسألة الاقتداء- فی الذکری- بتعارض الاشارة و الوصف- فی الکلام-) ای فی کلام المتبایعین، فیما لو قال: بعتک هذا البصیر، و لم یعلم ان مصب العقد ذات العبد او وصف البصیر فیما اذا اشار الی اعمی و وصف بصیرا (مع عدم الاجمال فی النیة) ای کیف شبّه الذکری «الاقتداء» ب «البیع» مع ان البیع له لفظ، فیمکن الاجمال فیه و الّذی یسبب ذلک الاجمال ان لا نعلم ان المصبّ «الوصف» او «الذات» بخلاف «الاقتداء» فانه تابع للنیة، فاذا عرف المصلی من نیته «الذات» بخلاف «الاقتداء» فانه تابع للنیة، فاذا عرف المصلی من نیته الوصف بطلت الجماعة، و اذا عرف من نیته الذات صحت، فکیف تشبه مسألة الاقتداء الواضحة بمسألة العقد المجملة.

(ف) الجواب انه (باعتبار عروض الاشتباه للناوی- بعد ذلک-) الّذی نوی (فیما نواه) فی اوّل الصلاة.

(اذ کثیرا ما یشتبه علی الناوی) للجماعة (انه حضر فی ذهنه) حین الاقتداء (العنوان) و انه زید (و نوی الاقتداء به معتقدا لحضوره)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۸

المعتبر فی امام الجماعة، فیکون الامام هو المعنون بذلک العنوان.

و انما اشار إلیه معتقدا لحضوره او انه نوی الاقتداء بالحاضر و عنونه بذلک العنوان لاحراز معرفته بالعدالة، او تعنون به بمقتضی الاعتقاد من دون اختیار، هذا

فمتعلق نیته عنوان خاص، و هو کونه زیدا (المعتبر) ذلک الحضور (فی امام الجماعة) فکونه حاضرا، لیس مصب النیة، و انما لکون الحضور معتبرا فی امام الجماعة (فیکون الامام) بناء علی هذا القسم من النیة (هو المعنون بذلک العنوان) ای عنوان انه زید.

(و انما اشار إلیه معتقدا لحضوره) فالاشارة تطفلیة (او انه نوی الاقتداء بالحاضر)- ای بهذا الذات-

و قوله «او» عطف علی قوله «نوی الاقتداء بالعنوان»

(و) انما (عنونه بذلک العنوان) ای انه زید (لاحراز معرفته بالعدالة او) لاجل انه (تعنون) الحاضر (به) ای بهذا العنوان- اعنی کونه زیدا- (بمقتضی الاعتقاد) من المأموم (من دون اختیار) المأموم (هذا) العنوان بالذات.

فتحصل ان فی الامام «ذات» و «وصف».

فان اقتدی المأموم ب «الذات» صحت الجماعة، و ان خرج الوصف بکونه زیدا مخالفا، بان بان انه عمرو.

و ان اقتدی المأموم ب «الوصف» بطلت الجماعة اذا خرج الوصف بکونه زیدا مخالفا بان بان انه عمرو، و قد یتردّد المأموم انه نوی فی اوّل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۱۹

ثم انه قد یستدل علی الفساد- کما نسب الی المحقق الاردبیلی ره- بورود النهی عن هذا البیع فیکون المغشوش منهیا عن بیعه، کما اشیر إلیه فی روایة قطع الدینار و الامر بإلقائه فی البالوعة، معللا بقوله علیه السلام: حتی لا یباع بشیء و لان نفس البیع غش منهی عنه.

الصلاة ای النحوین، و لذا یتردد فی صحة الجماعة و بطلانها و هذا بخلاف مسألة الوصف و الاشارة، فی البیع، فان اللفظ فی العقد قد یکون مجملا و ذلک الاجمال یسبب التردد فی صحة البیع او بطلانه.

فتشبیه الذکری العقد بالصلاة فی التردّد فی الصحة و البطلان، فیما اذا تخلف الوصف عن الاشارة، من باب تشبیه «العقد المجمل لفظه» ب «الصلاة التی جهل المأموم فی الاثناء انه نوی الوصف، او الحاضر»

اما لو كان مصب العقد واضحا: انه وصف او اشارة، و مصب النية واضحا انه الحاضر، او الموصوف، فلا اشكال، و لا تردّد.

(ثم) انه بعد ان تحقق عدم فساد بيع المغشوش من جهة القواعد الاولية، فلننظر هل هناك وجه آخر للفساد، أم لا؟.

ف (انه قد يستدل على الفساد- كما نسب) هذا الاستدلال (الى المحقق الاردبيلى ره- بورود النهى عن هذا البيع) بالغش (فيكون المغشوش منهيا عن بيعه، كما اشير إليه) اى الى النهى المذكور (فى رواية قطع الدينار) المغشوش نصفين (و الامر بإلقائه فى البالوعة، معللا بقوله عليه السلام: حتى لا يباع بشىء) فيه غش، فالبيع فاسد (و لان نفس البيع غش منهى عنه) و هذا فى الحقيقة دليلان على الفساد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۰

و فيه نظر فان النهى عن البيع- لكونه مصداقا لمحرم، هو الغش- لا يوجب فساده كما تقدم فى بيع العنب ممن يعمله خمرا.

و اما النهى عن بيع المغشوش لنفسه فلم يوجد فى خبر.

و اما خبر الدينار فلو عمل به خرج المسألة عن مسألة الغش

الاول: الرواية.

الثانى: انطباق عنوان الحرام على هذه المعاملة.

(و فيه نظر) اما الجواب عن انطباق عنوان محرم عليه (ف) فيه (ان النهى عن البيع- لكونه مصداقا لمحرم، هو الغش- لا يوجب فساده) اى فساد البيع (كما تقدم فى بيع العنب ممن يعمله خمرا) فان النهى فى المعاملات لا يوجب الفساد، الا اذا كان ارشادا الى عدم مالية الثمن او المثمن او عدم امضاء الشارع للنقل و الانتقال.

اما مجرد النهى فليس موجبا للفساد.

و لذا لو نهاه والده عن البيع، و باع لم يكن فاسدا، و انما عصى، و قد تقدم تفصيل ذلك فى اوّل الكتاب، فراجع.

(و اما النهى عن بيع المغشوش لنفسه) اى نهيا نفسيا، بحيث يدل على عدم صلاحية المغشوش للانتقال (فلم يوجد فى خبر) حتى يدل على الفساد.

(و اما) الجواب عن الرواية، اى (خبر الدينار) المتقدم (فلو عمل به خرج المسألة عن مسألة الغش) اذ قد يكون شىء حراما لحرمة ما يقصد منه كآلات اللهو، و هذا لا يجوز بيعه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۱

لانه اذا وجب اتلاف الدينار، و القائه فى البالوعة، كان داخلا فيما يكون المقصود منه حراما، نظير آلات اللهو و القمار.

و قد ذكرنا فيما يحرم الاكتساب به لكون المقصود منه محرما فيحمل الدينار على المضروب من غير جنس النقدين او من غير الخالص منهما لاجل التلبيس

و قد يكون شىء حراما لانطباق عنوان محرم عليه.

و رواية الدينار ظاهرها انها من القسم الاول، لان الامام عليه السلام قال: حتى لا يباع، مما ظاهره ان التحريم لاجل قصد المحرم منه و يوضح ذلك الامر بإلقائه فى البالوعة (لانه اذا وجب اتلاف الدينار، و القائه فى البالوعة، كان داخلا فيما يكون المقصود منه حراما، نظير آلات اللهو و القمار) لا انه مما يحرم، لانطباق عنوان محرم عليه.

(و قد ذكرنا) ذلك الّذى يكون المقصود منه حراما (فيما يحرم الاكتساب به لكون المقصود منه محرما).

و تكون الرواية على هذا اجنبية عن المقام.

فان قلت: كيف تقولون بان الدينار، المغشوش كالقمار، مع وجود فرق بينهما، اذ المقصود من القمار الحرام المحض و المقصود من الدينار البيع و الشراء.

قلت: حيث وردت الرواية بوجوب كسره و القائه فى البالوعة لا بدّ و ان نقول: ان الدينار كان قسما خاصا، او لاجل غاية خاصة (فيحمل الدينار) فى الرواية (على المضروب من غير جنس النقدين) فاللازم كسره لانه لا يأتى منه الا الحرام (او من غير الخاص منهما لاجل التلبيس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۲

على الناس.

و معلوم ان مثله بهيئته لا يقصد منه الا التلبيس، فهو آلة الفساد لكل من دفع إليه.

و اين هو من لبن الممزوج بالماء و شبهه.

فالاقوى حينئذ فى المسألة صحة البيع فى غير القسم الرابع.

على الناس).

(و معلوم ان مثله) مما ضرب لاجل التلبيس (بهيئته) الخاصة (لا يقصد منه الا التلبيس، فهو آلة الفساد لكل من دفع إليه).

و لذا يجب التخلص منه، بل لا يبعد ان يقال: انه كان من غير جنس النقدين اطلاقا.

اذ لو كان من جنسهما اشكل القائه فى البالوعة بعد الكسر، لانه تلف للمال.

الا ان يقال: ان الالقاء فى البالوعة كناية عن عدم الانتفاع فى المعاملة، بعنوان انه دينار لا ان المراد القائه فى البالوعة حقيقة.

(و) كيف كان، ف (اين هو) الدينار المغشوش المحرم المعاملة به (من لبن الممزوج بالماء و شبهه) حتى يقال: اذا لم تجز المعاملة بالدينار، لم تجز المعاملة باللبن المغشوش.

(فالاقوى حينئذ) اى حين لم يكن دليل على تحريم بيع المغشوش حرمة توجب البطلان (فى المسألة صحة البيع فى غير القسم الرابع) من اقسام الغش، و هو بيع المموّه على انه ذهب او فضة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۲۳

ثم العمل على ما يقتضيه القاعدة عند تبين الغش، فان كان قد غش فى اظهار وصف مفقود كان فيه خيار التدليس.

و ان كان من قبيل شوب اللبن بالماء، فالظاهر هنا خيار العيب لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن، فهو لبن معيوب.

و ان كان من قبيل التراب الكثير فى الحنطة كان له حكم تبعض الصفقة، و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد

و انما يطل البيع فى هذا القسم، لانه غير مقصود بالبيع للمشترى، فكما لو اشترى انسانا فسلّمه دابة، الا فيما اذا كان المبيع الجامع، و لكن بشرط كونه ذهبا حيث انه يدخل فى مسألة تخلف الشرط.

(ثم) بعد صحة البيع فى المغشوش (العمل على ما يقتضيه القاعدة عند تبين الغش، فان كان قد غش) البائع- عمدا و بلا عمد- (فى اظهار وصف مفقود كان فيه خيار التدليس) كان وصف الامة بالجمال، فظهرت قبيحة.

(و ان كان من قبيل شوب اللبن بالماء فالظاهر هنا خيار العيب لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن، فهو لبن معيوب).

و ربما يحتمل هنا خيار تبعض الصفقة، لانه اشترى لترا من حليب، فظهر نصف لتر و الماء الممزوج ان كانت له قيمة كان البائع شريكا مع المشترى و الا كان المال كله للمشترى مع خيار تبعض الصفقة.

(و ان كان من قبيل التراب الكثير فى الحنطة كان له حكم تبعض الصفقة، و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد) عن المقدار المتعارف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۴

لانه غير متمول، و لو كان شيئا متمولا بطل البيع فى مقابله.

الموجود فى غالب الحنطة (لانه غير متمول، و لو كان) الخليط (شيئا متمولا) كالزوان الداخل فى الحنطة مثلا (بطل البيع فى مقابله) لانه غير مبيع، و كان للمشترى الخيار بالنسبة الى المقدار الموجود من المثمن

و مما تقدم تعرف حكم ما لو كان الغش فى وجود وصف الكمال لمن شرط النقص و غيره من سائر الاقسام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۵

الثالثة عشرة الغناء، لا خلاف فى حرمته فى الجملة.

و الاخبار بها مستفيضة

اشارة

و ادعى فى الايضاح تواترها.

منها ما ورد مستفيضا، فى تفسير قول الزور،

فى قوله تعالى: وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ.

ففى صحيحة الشحام، و مرسلة ابن ابى عمير، و موثقة ابى بصير المرويات عن الكافى، و رواية عبد الاعلى المحكية عن معانى الاخبار، و حسنة هشام المحكية عن تفسير القمى ره: تفسير قول الزور بالغناء.

المسألة (الثالثة عشرة) مما يحرم الاكتساب به لكونه محرما فى نفسه (الغناء لا خلاف فى حرمته فى الجملة).

نعم فى بعضها خلاف كالغناء فى الاعراس- مثلا- كما سيأتى.

(و الاخبار بها مستفيضة و ادعى فى الايضاح تواترها).

(منها ما ورد مستفيضا، فى تفسير قول الزور، فى قوله تعالى: وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) اى الباطل.

(ففى صحيحة الشحام، و مرسلة ابن ابى عمير، و موثقة ابى بصير المرويات عن الكافى، و رواية عبد الاعلى المحكية عن معانى الاخبار و حسنة هشام المحكية عن تفسير القمى ره: تفسير قول الزور) فى الآية الكريمة (بالغناء).

و لا يخفى انه من باب ذكر المصداق، كما ان مثله كثير فى الروايات حيث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۶

و منها: ما ورد مستفيضا فى تفسير: لهو الحديث

كما فى صحيحة ابن مسلم، و رواية مهران ابن محمد، و رواية الوشاء، و رواية الحسن بن هارون و رواية عبد الاعلى السابقة.

و منها ما ورد فى تفسير: الزور

فی قوله تعالی: وَ الَّذِینَ لٰا یَشْهَدُونَ الزُّورَ، کما فی صحیحة ابن مسلم عن ابی عبد الله تارة بلا واسطة، و اخری بواسطة ابی الصباح الکنانی.

و قد یخدش فی الاستدلال بهذه الروایات بظهور الطائفة الاولی،

یفسر الکلی الموجود فی الآیة ببعض مصادیقه، فلا ینافی سائر المصادیق.

و بهذا یرفع الاشکال الوارد فی تفسیر الروایات بعض الآیات بتفسیرین مختلفین، کما حقق فی محله.

(و منها: ما ورد مستفیضا) أیضا (فی تفسیر: لهو الحدیث) فی الآیة الکریمة بالغناء (کما فی صحیحة ابن مسلم، و روایة مهران ابن محمد، و روایة الوشاء، و روایة الحسن بن هارون، و روایة عبد الاعلی السابقة) فاذا دلّت الآیة علی حرمة لهو الحدیث، ای الحدیث اللهو، دلت علی حرمة الغناء بعد ذکر الامام علیه السلام ان لهو الحدیث الغناء.

(و منها ما ورد فی تفسیر: الزور، فی قوله تعالی: وَ الَّذِینَ لٰا یَشْهَدُونَ الزُّورَ، کما فی صحیحة ابن مسلم عن ابی عبد الله) علیه السلام (تارة بلا واسطة، و) تارة (اخری بواسطة ابی الصباح الکنانی).

و حیث ان الزور بمعنی الباطل دل المدح فی الآیة علی حرمة الزور.

(و قد یخدش فی الاستدلال بهذه الروایات بظهور الطائفة الاولی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۲۷

بل الثانیة فی ان الغناء من مقولة الکلام، لتفسیر قول الزور به.

و یؤیده ما فی بعض الاخبار من ان: من قول الزور ان یقول للذی یغنّی احسنت.

و یشهد له قول علی ابن الحسین علیه السلام- فی مرسلة الفقیه الآتیة فی الجاریة التی لها صوت: لا بأس لو اشتریتها، فذکرتک الجنة، یعنی بقراءة القرآن، و

التی وردت فی تفسیر قوله تعالی: وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ (بل الثانیة) التی وردت فی تفسیر لهو الحدیث (فی ان الغناء من مقولة الکلام، لتفسیر قول الزور به) ای بالغناء.

و من المعلوم ان: القول، کلام، و کذا: الحدیث، فی الطائفة الثانیة من مقولة الکلام.

(و یؤیده) ای یؤید کون الظاهر من الطائفة الاولی، کون الغناء من مقولة الکلام (ما فی بعض الاخبار من ان: من قول الزور ان یقول) السامع (للذی یغنی: احسنت).

و وجه التأیید واضح، لان هذه الروایة تدل علی ان «احسنت» هو کلام من مصادیق قول الزور فقول الزور من مقولة الکلام، و الغناء، من مقولة الکیفیة.

و النتیجة ان الکلام الباطل الغنائی محرم، لا مطلق الغناء.

(و یشهد له) ای لکون الکلام الباطل الغنائی محرم، لا مطلق الغناء (قول علی ابن الحسین علیه السلام- فی مرسلة الفقیه الآتیة- فی الجاریة التی لها صوت: لا بأس لو اشتریتها، فذکرتک الجنة، یعنی بقراءة القرآن، و) ذکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۲۸

الزهد و الفضائل التی لیست بغناء.

و لو جعل التّفسیر من الصدوق دل علی الاستعمال أیضا.

و کذا لهو الحدیث بناء علی انه من اضافة الصفة الی الموصوف فیختص الغناء المحرم بما کان مشتملا علی الکلام الباطل فلا تدل

على حرمة نفس الكيفية و لو

مواعظ ترتبط ب (الزهد و الفضائل التى ليست بغناء) فان كان تفسير الرواية ب «يعنى» من الامام، فالدلالة واضحة.

(و لو جعل التفسير من الصدوق) كانت الرواية أيضا شاهدة لنا، اذ (دل) التفسير (على الاستعمال) للغناء فى الكيفية (أيضا) كما يستعمل فى نفس «الكلام» فالكيفية ليست بغناء، و انما قد يكون الكلام المكيف باطلا فيسمى غناء و قد لا يكون الكلام المكيف باطلا فلا يسمى غناء.

و الحاصل: ان قوله: ليست بغناء يكون لغوا لو كان الغناء «الكيفية».

اذ لا معنى لاستثناء الكيفية من الكلام، بخلاف ما لو كان: الغناء، الكلام الباطل، فانه يصح وصف القرآن و الزهد و الفضائل بانها متصفة بكونها ليست كلام باطل.

(و كذا لهو الحديث) لا دلالة له فى كون الكيفية محرمة، و انما يدل على ان الكلام الباطل «لهو الحديث» (بناء على انه من اضافة الصفة الى الموصوف) اى: الحديث اللهو لا انه من اضافة المصدر الى المفعول اى:

كيفية الحديث التى هى لهو (فيختص الغناء المحرم بما كان مشتملا على الكلام الباطل) كما كانت عادة اهالى الغناء من التغنى بالاباطيل (فلا تدل) آية «قول الزور» و «لهو الحديث» (على حرمة نفس الكيفية و لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۳۲۹

لم يكن فى كلام باطل.

و منه يظهر الخدشة فى الطائفة الثالثة، حيث ان مشاهد الزور التى مدح الله تعالى من لا يشهدها هى مجالس التغنّى بالاباطيل من الكلام فالانصاف انها لا تدل على حرمة نفس الكيفية

لم يكن فى كلام باطل).

و بهذا التقريب سقطت دلالة الآيتين- بضميمة تفسيرهما- على حرمة الغناء مطلقا، سواء كان التغنى بقول باطل او بقول حق.

و لكن لا يخفى ان مناقشة الشيخ غير واردة، و ان شئت التفصيل فراجع تعليقة المجاهد الشيرازى و غيره.

(و منه) اى مما ذكرنا من الخدشة فى دلالة الآيتين (تظهر الخدشة فى الطائفة الثالثة) من الاخبار التى استدل بها على حرمة الغناء و هى ما ورد فى تفسير قوله تعالى وَ الَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ (حيث ان مشاهد الزور التى مدح الله تعالى من لا يشهدها هى مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام) لا مطلق الغناء.

و انما ظهرت الخدشة، حيث ان «الزور» اذا اريد به فى الآية السابقة الكلام الباطل، لا الكيفية، كانت قرينة وحدة لفظ «الزور» فى الآية، و قرب سياق إحداهما من الاخرى، كافيان فى ان يراد من الآية الثانية نفس المراد من الآية الاولى.

(فالانصاف انها) اى هذه الآيات (لا تدل على حرمة نفس الكيفية) اطلاق «اللهو» و اطلاق «الزور».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۲، ص: ۳۳۰

الا من حيث اشعار لهو الحديث بكون اللهو عن اطلاقه مبغوضا لله تعالى و كذا: الزور، بمعنى الباطل و ان تحققا فى كيفية الكلام، لا فى نفسه كما اذا تغنّى فى كلام حق من قرآن او دعاء او مرثية.

و بالجملة: فكل صوت يعدّ فى نفسه- مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به- لهوا و باطلا، فهو حرام.

و حيث ان للاطلاق قدرا متيقنا هو الكلام الباطل فى ضمن الكيفية- لما عرفت من القرائن السابقة- لم يبق فى الادلة المذكورة دلالة

على حرمة مطلق الكيفية.

اذ الاطلاق ليس (الا من حيث اشعار لهو الحديث بكون اللهو عن اطلاقه) سواء كان في المادة كالكذب، او في الهيئة كما في الغناء (مبغوضا لله تعالى، و كذا: الزور، بمعنى الباطل) مبغوض له سبحانه، سواء في المادة او في الهيئة (و ان تحققا) اللهو و الزور (في كيفية الكلام، لا في نفسه كما اذا تغنى في كلام حق من قرآن او دعاء او مرثية) او ما اشبه، و قوله: «و ان» وصلية.

(و بالجملة) ان الدلالة للآيتين على حرمة مطلق الكيفية، متوقفة على اطلاق حرمة الله و الزور (فكل صوت يعد في نفسه- مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به- لهوا و باطلا، فهو حرام).

و لو قال «لهوا، و زورا» كان احسن، لكن دلالة الآيتين على هذا الاطلاق ممنوع فلا دلالة على حرمة مطلق الغناء، و لو كان كيفية لكلام حق و قرآن و ما اشبه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۱

و مما يدل على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا رواية عبد الاعلى- و فيها ابن فضال- قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء، و قلت انهم يزعمون ان رسول الله صلى الله عليه و آله رخص في ان يقال جئناكم جئناكم، حيونا حيونا نحيّكم فقال كذبوا: ان الله تعالى يقول وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لَاتَّخَذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا إِنْ كُنَّا فَاعِلِينَ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَ لَكُمُ

(و مما يدل على حرمة الغناء) لا من حيث انه كيفية خاصة، بل (من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا) مما يؤيد ما تقدم من عدم دلالة الآيات على ان الكيفية- بما هي هي- محرمة، بل الكلام الباطل المشتمل على الكيفية الغنائية (رواية عبد الاعلى- و فيها ابن فضال- قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الغناء و قلت انهم) اى العامة (يزعمون ان رسول الله صلى الله عليه و آله رخص في ان يقال: جئناكم جئناكم، حيّونا حيّونا نحيّكم) و لو لا الحبة السوداء لم نحلل بواديكم- و هذا انما كان يقال في الاعراس- (فقال) عليه السلام (كذبوا) لم يجوزه رسول الله صلى الله عليه و آله (ان الله تعالى يقول: وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ) اى لاجل اللعب و اللهو بدون غاية و مصلحة (لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً) ولدا و ما اشبه و اصناما (لَاتَّخَذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا) من جنس الملائكة و العليين (إِنْ كُنَّا فَاعِلِينَ) لاتخاذ اللهو (بل) ليس فقط عدم اتخاذنا للهو، و انما نمحى اللهو، ف (نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ) و يزيله بان نسلط الحق على الباطل ليثبت بطلانه (فَإِذَا هُوَ) اى الباطل (زَاهِقٌ) زائل (وَ لَكُمُ) ايها الذين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۳۲

الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ، ثم قال: ويل لفلان مما يصف رجل لم يحضر المجلس الخبر

فان الكلام المذكور المرخص فيه- بزعمهم- ليس بالباطل و اللهو اللذين يكذّب الامام عليه السلام رخصة النبي صلى الله عليه و آله فيه.

تدعون ان الله تعالى اتخذ اللهو (الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ) من وصفه سبحانه باتخاذه اللهو (ثم قال:) عليه السلام (ويل لفلان مما يصف) و يقول (رجل لم يحضر المجلس، الخبر) اى فكيف ينسب الى النبي صلى الله عليه و آله هذا الرجل الّذي لم يحضر مجلس النبي صلى الله عليه و آله انه اجاز هذا الكلام.

و كيف كان فان هذا الخبر يدل على ان الحرمة من حيث كون التغني بهذا الكلام لهوا، لا من حيث ذات الكيفية.

(فان الكلام المذكور) اى «جئناكم جئناكم ... الخ» (المرخص فيه بزعمهم-) لان العامة كانوا يزعمون ان النبي صلى الله عليه و آله اجاز ذلك (ليس) بنفسه بدون التغني به (بالباطل و اللهو اللذين يكذّب الامام عليه السلام رخصة النبي صلى الله عليه و آله فيه) فان

الامام کذبهم فی ان قولهم: النبی (ص) رخص هذا الکلام.

وجهة تکذیب الامام، انه کیف یرخص النبی صلی الله علیه و آله للّهو؟

و قد ذکرت الآیة: ان الله لا یتخذ اللهو، و حیث نری ان ذات «جئناکم» لیس لهوا، نعرف ان مصب الکلام «جئناکم» المتغنی به.

فیدل الحدیث علی حرمة التغنی بالکلام الّذی لا فائدة فیه فلا دلیل علی حرمة التغنی بمثل القرآن و الحکمة، مما لا یسمی لهوا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۳

فلیس الانکار الشدید المذکور، و جعل ما زعموا الرخصة فیه، من اللهو و الباطل، الا من جهة التغنی به.

و روایة یونس قال سئلت الخراسانی عن الغناء و قلت: ان العباسی زعم انک ترخص فی الغناء فقال کذب الزندیق، ما هکذا قلت له و انما سألنی عن الغناء، قلت له ان رجلا ـ اتی أبا جعفر علیه السلام، فسئله عن الغناء فقال له اذا میّز الله بین الحق و الباطل، فاین یکون الغناء؟ قال مع الباطل، فقال: قد حکمت

(فلیس الانکار الشدید المذکور) من الامام علیه السلام لتجویز النبی صلی الله علیه و آله ل «جئناکم» (و جعل) الامام علیه السلام (ما زعموا الرخصة فیه، من اللهو و الباطل، الا من جهة التغنی به).

و الحاصل: ان المستفاد من هذا الحدیث ان الغناء اللهوی باطل لا مطلق الکیفیة.

(و روایة یونس) عطف علی روایة عبد الاعلی (قال سئلت الخراسانی) علیه السلام یعنی الامام الرضا علیه السلام (عن الغناء، و قلت: ان العباسی) و هو هشام بن ابراهیم (زعم انک ترخص فی الغناء) فهل نقله عنک صحیح، أم لا؟ (فقال) علیه السلام (کذب الزندیق ما هکذا قلت له) و لم اجوز الغناء بل (و انما سألنی عن الغناء، قلت له ان رجلا اتی أبا جعفر علیه السلام، فسئله عن الغناء، فقال له) ابو جعفر (اذا میّز الله بین الحق و الباطل، فاین یکون الغناء؟ قال) الرجل (مع الباطل، فقال) ابو جعفر علیه السلام (قد حکمت) بان الغناء حرام اذ ما یکون مع الباطل لا یکون الا حراما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۴

و روایة محمد بن ابی عباد- و کان مستهترا بالسماع، و یشرب النبیذ- قال سألت الرضا علیه السلام عن السماع، قال لاهل الحجاز فیه رأی و هو فی حیّز الباطل و اللهو، أ ما سمعت الله عز و جل یقول: وَ إِذٰا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرٰاماً.

و الغناء من السماع، کما نص علیه فی الصحاح، و قال: أیضا جاریة مسمعة ای مغنیة

فهذا الخبر یدل علی ان الغناء من حیث انه باطل محرم فلا دلیل علی حرمة الغناء الّذی لیس بباطل، کالغناء فی القرآن و ما اشبه.

(و روایة محمد بن ابی عباد- و کان مستهترا بالسماع، و یشرب النبیذ-) الاستهتار کثرة ارتکاب ما لا یلیق، و المراد بالسماع سماع الاغانی و الالحان و ما اشبه (قال سألت الرضا علیه السلام عن السماع، قال) علیه السلام: (لاهل الحجاز فیه رأی) ای بالجواز و کان الامام علیه السلام قال ذلک تقیة (و) لکن (هو) عندی (فی حیّز الباطل و اللهو، أ ما سمعت الله عز و جل یقول) فی صفات المؤمنین (وَ إِذٰا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرٰاماً) یعنی انهم لا یجلسون عند اللغو، بل یمرون علیه مرور الکرام.

فان کان المقام مقام الانکار انکروا و ان کان المقام مقام السکوت سکتوا.

و لیس معنی «مرور الکرام» السکوت کما ربما یزعمه غیر المطلع بالتفسیر.

(و) ان قلت: لفظ الروایة «السماع» لا الغناء.

قلت: (الغناء من السماع، کما نص علیه فی الصحاح، و قال) الصحاح (أیضا جاریة مسمّعة ای مغنّیة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۵

و فی روایة الاعمش الواردة فی تعداد الکبائر، قوله: و الملاهی التی تصدّ عن ذکر الله، کالغناء و ضرب الاوتار.

و قوله علیه السلام:- و قد سئل عن الجاریة المغنیة قد یکون للرجل الجاریة تلهیه و ما ثمنها إلا کثمن الکلب.

و ظاهر هذه الاخبار باسرها حرمة الغناء من حیث اللهو و الباطل.

فالغناء- و هی من مقولة الکیفیة للاصوات-

و انما قال «من السماع» لان السماع شامل لالحان اهل الفسوق مما لا یسمی غناء أیضا.

فهذه الروایة تدل علی ان الغناء الباطل و اللغو حرام، لا مطلق الکیفیة

(و فی روایة الاعمش الواردة فی تعداد الکبائر، قوله) علیه السلام (و الملاهی) جمع ملهی- بمعنی اللهو- (التی تصدّ) و تمنع (عن ذکر الله کالغناء و ضرب الاوتار) فان هذا الخبر یدل علی النهی عن الغناء لکونه لهوا فیدل علی عدم النهی عن مطلق الغناء و لو فی ضمن قرآن او دعاء- مثلا-.

(و قوله علیه السلام:- و قد سئل عن الجاریة المغنیة قد یکون للرجل الجاریة تلهیه) فما تقول فیها؟.

قال علیه السلام (و ما ثمنها إلا کثمن الکلب) فالمحرم اللهو الی غیر ذلک من الروایات.

(و ظاهر هذه الاخبار باسرها) ای باجمعها (حرمة الغناء من حیث اللهو و الباطل) و لا یخفی ان هذا الاستظهار محل نظر و ان اصر علیه الشیخ ره

(فالغناء- و هی من مقولة الکیفیة) لانه کیف مسموع (للاصوات-) لان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۶

کما سیجیء ان کان مساویا للصوت اللهوی و الباطل- کما هو الاقوی و سیجیء- فهو.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۲، ص: ۳۳۶

و ان کان اعم وجب تقییده بما اذا کان من هذا العنوان کما انه لو کان اخصّ وجب التعدّی عنه الی مطلق الصوت الخارج علی وجه اللهو.

و بالجملة، فالمحرم هو ما کان من لحون اهل الفسوق و المعاصی التی

الکیف قد یکون للامر المبصر، و قد یکون للامر المسموع، و قد یکون للامر الملموس و هکذا (کما سیجیء) تعریف الغناء بهذا التعریف (ان کان مساویا للصوت اللهوی و الباطل- کما هو الاقوی) ای تساوی الغناء و الصوت اللهوی (و سیجیء-) وجه القوة (فهو) المطلوب، اذ یثبت حرمة الغناء مطلقا، فان الروایات منعت عن اللهو، و الغناء- علی هذا- من اللهو- مطلقا-

(و ان کان) الغناء (اعم) من الصوت اللهوی، کما یظهر من بعض، و انه کل صوت لهوی غناء، و بعض الغناء لیس بصوت لهوی کالقرآن و الدعاء اذا تغنی بها (وجب تقییده) ای الغناء المحرم (بما اذا کان من هذا العنوان) ای عنوان اللهو (کما انه لو کان) الغناء (اخص) من الصوت اللهوی، بان صدق الصوت اللهوی علی ما لم یصدق علیه الغناء (وجب التعدی عنه) ای عن الغناء- فی الحرمة- (الی مطلق الصوت الخارج علی وجه اللهو).

فالمدار هو الصوت اللهوی سواء کان غناء او اخص من الغناء او اعم من الغناء

(و بالجملة، فالمحرم) فی باب الغناء (هو ما کان من لحون اهل الفسوق و المعاصی التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۳۷

ورد النهی عن قراءة القرآن بها سواء کان مساویا للغناء، او اعم او اخص.

[کلمات اللغویین و الفقهاء فی معنی الغناء و الطرب]

مع ان الظاهر: ان لیس الغناء الا هو، و ان اختلف فیه عبارات الفقهاء و اللغویین، فعن المصباح: ان الغناء الصوت.

و عن آخر انه مدّ الصوت.

و عن النهایة عن الشافعی انه تحسین الصوت و ترقیقه.

و عنها أیضا ان کل من رفع صوتا و والاه، فصوته عند العرب غناء

ورد النهی عن قراءة القرآن بها)

فان اهل المعاصی- غالبا- لهم کیفیة خاصة فی الترجیع و التصنیف و ما اشبه (سواء کان) لحن اهل الفسوق (مساویا للغناء، او اعم) منه (او اخص) و لیس المحور الغناء.

(مع ان الظاهر: ان لیس الغناء الا هو) ای ان بین لحن اهل الفسوق و بین الغناء تساویا مطلقا (و ان اختلف فیه) ای فی الغناء (عبارات الفقهاء و اللغویین، فعن المصباح: ان الغناء الصوت) و هذا تعریف بالاعم، من قبیل «سعدانة نبت».

(و عن آخر انه مدّ الصوت) و هذا أیضا اعم، لان کل مدّ الصوت لیس بغناء، بل بینه و بین الغناء عموم من وجه، اذ لیس فی کل غناء مدّ الصوت

(و عن النهایة عن الشافعی انه تحسین الصوت و ترقیقه) و الظاهر انه ان لم یکن اعم من الغناء، فلا بد و ان یکون اعم من وجه منه.

(و عنها) ای النهایة (أیضا ان کل من رفع صوتا و والاه) ای والی اجزاء الصوت بعضها لبعض (فصوته عند العرب غناء) و الظاهر العموم من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۲، ص: ۳۳۸

و کل هذه المفاهیم مما یعلم عدم حرمتها، و عدم صدق الغناء علیها فکلها اشارة الی المفهوم المعین عرفا.

و الاحسن من الکل ما تقدم من الصحاح.

و یقرب منه المحکی عن المشهور بین الفقهاء من انه مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب.

وجه أیضا بین هذا التعریف و بین الغناء.

(و) لذا قال الشیخ ره ان (کل هذه المفاهیم) التی ذکروها لتعریف الغناء (مما یعلم عدم حرمتها) بذاتها (و عدم صدق الغناء علیها) بقول مطلق

نعم: یصدق علی بعض اقسامها الغناء (فکلها) ای کل هذه المفاهیم المذکورة فی تعریف الغناء (اشارة الی المفهوم المعین عرفا) کما هی عادة اللغویین فی تعاریف اللغات، و لذا قالوا: ان تعریفات اللغویین لفظیة.

(و الاحسن من الکل ما تقدم من الصحاح) حیث فسر الغناء بانه من السماع، و قال جاریة مسمعة ای مغنیة.

و لکن لا یخفی ان هذا التعریف لو لم یکن باخفی فلیس باجلی.

اذ مفهوم الغناء اوضح لذی العرف من مفهوم السماع، بالإضافة الی ان الصحاح فسر کل واحد من السماع و الغناء بالآخر، فراجع.

(و یقرب منه) ای من تعریف الصحاح للغناء (المحکی عن المشهور بین الفقهاء من انه) ای الغناء (مد الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب).

و معنی الترجیع طروّ حالة للصوت یوهم انه یرجع الی الحلق بعد خروجه منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۳۹

و الطرب علی ما فی الصحاح خفة یعتری الانسان لشدة حزن او سرور و عن الاساس للزمخشری خفة لسرور، أو همّ.

و هذا القید هو المدخل للصوت فی افراد اللهو و هو الّذی اراده الشاعر بقوله: اطربا و انت قنسری، ای شیخ کبیر، و الا فمجرد السرور او الحزن، لا یبعد عن الشیخ الکبیر.

و بالجملة: فمجرد مد الصوت لا مع الترجیع المطرب او و لو مع الترجیع لا یوجب کونه لهوا.

(و الطرب علی ما فی الصحاح خفة یعتری الانسان لشدة حزن، او) شدة (سرور، و عن) کتاب (الاساس للزمخشری) تعریف المطرب بانه (خفة لسرور، اوهم) فان الانسان اذ اکثر سروره او حزنه طرأت علیه حالة یشعر بانه قد خفّ وزنه حتی کان روحه یقدر علی اخضاع جسمه بحرکات سریعة قفزا و عدوا و ما اشبه.

(و هذا القید) ای قید الطرب، فی تفسیر الغناء (هو المدخل للصوت فی افراد اللهو) اذ مجرد الترجیع لا یوجب لهوا (و هو) ای الطرب بمعنی الخفة اللهویة (الّذی اراده الشاعر بقوله: اطربا و انت قنسری ای) أ تطرب، و انت (شیخ کبیر) فان التأنیب علی الخفة التی لا تناسب الانسان الکبیر السن (و الا فمجرد السرور او الحزن، لا یبعد عن الشیخ الکبیر) کیف و هما غیر مقدورین- فی الجملة-.

(و بالجملة: فمجرد مدّ الصوت لا مع الترجیع المطرب) علی ما عرف به الغناء فی کلام بعض (او و لو مع الترجیع لا یوجب کونه لهوا) کما نری ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۰

و من اکتفی بذکر الترجیع کالقواعد، اراد به المقتضی للاطراب.

قال جامع المقاصد فی الشرح: لیس مجرد مدّ الصوت محرما، و ان مالت إلیه النفوس ما لم ینته الی حدّ یکون مطربا بالترجیع المقتضی للاطراب انتهی

ثم ان المراد بالمطرب ما کان مطربا فی الجملة بالنسبة الی المغنی او المستمع او ما کان من شأنه الاطراب، و مقتضیا له لو لم یمنع عنه مانع من جهة قبح الصوت او غیره.

و اما لو اعتبر الاطراب فعلا خصوصا بالنسبة الی کل احد، و خصوصا

الخطباء و المؤذنین و من اشبه یمدّون اصواتهم و لیس بغناء و لا لهو.

(و من اکتفی بذکر الترجیع) بدون ذکر الاطراب (کالقواعد، اراد به المقتضی للاطراب) اذ الترجیع بدون الاطراب لا یسمی أیضا غناء.

(قال) فی (جامع المقاصد فی الشرح: لیس مجرّد مدّ الصوت محرما، و ان مالت إلیه النفوس) فیما اذا کان حسنا کالمؤذن الصیّت (ما لم ینته الی حدّ یکون مطربا بالترجیع المقتضی للاطراب) و خفة النفس (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(ثم ان المراد بالمطرب ما کان مطربا فی الجملة) شأنا، و فی بعض النفوس المستقیمة (بالنسبة الی المغنی او المستمع، او ما کان من شأنه الاطراب، و) کان (مقتضیا له) ای للاطراب (لو لم یمنع عنه) ای عن اطرابه فعلا (مانع من جهة قبح الصوت) فی المغنی (او غیره) ککثرة افکار السامع بحیث لا یطربه الغناء.

(و اما لو اعتبر الاطراب فعلا خصوصا بالنسبهٔ الی کل احد و خصوصا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۱

بمعنی الخفهٔ لشدّهٔ السرور او الحزن، فیشکل بخلو اکثر ما هو غناء عرفا عنه.

و کأنّ هذا هو الّذی دعی الشهید الثانی الی ان زاد فی الروضهٔ و المسالک- بعد تعریف المشهور- قوله: او ما یسمی فی العرف غناء، و تبعه فی مجمع الفائدهٔ، و غیره.

و لعل هذا أیضا دعی صاحب مفتاح الکرامهٔ الی زعم: ان الاطراب فی تعریف الغناء غیر الطرب المفسّر فی الصحاح بخفهٔ، لشدهٔ سرور او حزن

بمعنی الخفهٔ لشدّهٔ السرور او الحزن، فیشکل) جعل هذا تعریفا للغناء (ب) سبب (خلو اکثر ما هو غناء- عرفا- عنه) ای عن مثل هذه الصفهٔ، اذ لیس کل غناء مطربا لکل احد- کما لا یخفی-.

(و کان هذا) الّذی ذکرناه من عدم انطباق هذا التعریف علی کل فرد من افراد الغناء (هو الّذی دعی الشهید الثانی الی ان زاد فی الروضهٔ و المسالک- بعد تعریف المشهور-) للغناء بما تقدم (قوله: او ما یسمی فی العرف غناء، و تبعه فی مجمع الفائدهٔ و غیره) فی زیادهٔ هذا القید

(و لعل هذا) الّذی ذکرناه من عدم انطباق تعریف المشهور للغناء علی جملهٔ من اقسام الغناء (أیضا دعی صاحب مفتاح الکرامهٔ الی زعم:

ان الاطراب فی تعریف الغناء) فی کلام المشهور (غیر الطرب المفسر فی الصحاح بخفهٔ، لشدهٔ سرورا و حزن).

و ذلک لانه رأی ان فسّر الاطراب بما ذکره صاحب الصحاح لزم خروج کثیر من اقسام الغناء، اذ کثیر من اقسامه لا یوجب طربا بالمعنی الّذی ذکره الصحاح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۲

و ان توهمه صاحب مجمع البحرین، و غیره من اصحابنا.

و استشهد علی ذلک بما فی الصحاح، من: ان التطریب فی الصوت مده و تحسینه، و ما عن المصباح من: ان طرّب فی صوته رجّعه بالتضعیف و مده و فی القاموس الغناء ککساء من الصوت ما طرّب به، و ان التطریب الاطراب کالتطرب و التغنی قال ره: فیحصل من ذلک ان المراد بالتطریب و الاطراب غیر الطرب بمعنی الخفهٔ لشدهٔ حزن او سرور، کما توهمه صاحب

(و ان توهمه صاحب مجمع البحرین، و غیره من اصحابنا) ای ان مفتاح الکرامهٔ بعد ان زعم ان الاطراب غیر الطرب.

قال لکن صاحب مجمع البحرین و غیره زعموا الاتحاد بین المعنیین.

(و استشهد) صاحب المفتاح (علی ذلک) الّذی ذکره من ان الاطراب غیر الطرب (بما فی الصحاح، من: ان التطریب فی الصوت مدّه و تحسینه و ما عن المصباح من: ان طرب فی صوته، رجعه بالتضعیف و مدّه و فی القاموس الغناء ککساء من الصوت ما طرب به و ان التطریب الاطراب کالتطرب و التغنی)

فهذه التعریفات کلها تدل علی ان الاطراب و التطریب بمعنی المدّ و الترجیع، فاذا علمنا ان الطرب بمعنی الخفهٔ، تبین ان الطرب معناه غیر معنی الاطراب.

و هذا هو الّذی ادعاه صاحب مفتاح الکرامهٔ.

ثم (قال ره: فیحصل من ذلک) الّذی رایته من تعریف اللغویین للاطراب (ان المراد بالتطریب و الاطراب غیر) المراد ب (الطرب

بمعنى الخفة لشدة حزن او سرور، كما توهمه) اى الاتحاد بين معنيهما (صاحب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۳

مجمع البحرين و غيره من اصحابنا فكانه قال فى القاموس: الغناء من الصوت ما مدّ، و حسّن، و رجّع فانطبق على المشهور، اذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس، فكان لازما للاطراب و التطريب انتهى كلامه ره.

و فيه ان الطرب اذا كان معناه على ما تقدم من الجوهرى و الزمخشرى هو ما يحصل للانسان من الخفة لا جرم يكون المراد بالاطراب و التطريب ايجاد هذه الحالة،

مجمع البحرين و غيره من اصحابنا).

و الّذى يؤيد هذه المغايرة ما ذكره الفيروزآبادى فيما نقلناه عنه (فكانه قال فى القاموس: الغناء من الصوت ما مدّ، و حسن و رجع) لانه عرف الغناء ب «ما طرّب به» و عرف التطريب بالتغنّى.

و حيث علمنا ان التطريب ما مدّ و رجّع- كما فى المصباح- صار معنى الغناء- لدى القاموس- ما مدّ و حسن، و رجع (فانطبق) كلام القاموس (على) كلام (المشهور) فى تعريف الغناء (اذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس، فكان لازما للاطراب و التطريب انتهى كلامه ره).

و قد رأيت كيف حاول صاحب مفتاح الكرامة الى دعوى المغايرة بين التطريب و بين الطرب.

(و فيه) اى فيما ذكره مفتاح الكرامة (ان الطرب اذا كان معناه على ما تقدم من الجوهرى) فى الصحاح (و الزمخشرى) فى الاساس (هو ما يحصل للانسان من الخفة) و (لا جرم يكون المراد بالاطراب و التطريب) و هما من بابى الافعال و التفعيل (ايجاد هذه الحالة) اى حالة الطرب- لوحدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۴

و الا لزم الاشتراك اللفظى مع انهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشتق منه لفظ التطريب و الاطراب مضافا الى ما ذكر فى معنى التطريب من الصحاح و المصباح انما هو للفعل القائم بذى الصوت، لا الاطراب القائم بالصوت و هو المأخوذ فى تعريف الغناء عند المشهور دون فعل الشخص.

المادة فيهما- (و الا لزم الاشتراك اللفظى) فى الطرب بين الخفة و بين المد و الترجيع، و الاشتراك اللفظى مخالف للاصل أولا و ثانيا (مع انهم لم يذكروا للطرب معنى آخر) غير الخفة (ليشتق منه لفظ التطريب و الاطراب)

و لو كان للطرب معنيان لزم ان يذكروهما، لا ان يذكروا احدهما.

و حيث ان صاحب المفتاح ذكر ان التطريب بمعنى المد و التحسين و استشهد لذلك بكلام الصحاح و المصباح، و ان الطرب بمعنى الخفة، فاخذ النتيجة بان التطريب غير الطرب ردّه المصنف ره بان التطريب معناه ايجاد سبب الطرب بالمد، كما ان التفريح، معناه ايجاد سبب الفرح و هذا المعنى لا ينافى كون الطرب بمعنى الخفة.

و الى هذا اشار بقوله: (مضافا الى) انه يرد على مفتاح الكرامة ان (ما ذكر فى معنى التطريب من الصحاح و المصباح) و ان التطريب المد و الترجيع (انما هو للفعل القائم بذى الصوت) فان طرّب صفة زيد (لا الاطراب القائم بالصوت) فان اطرب صفة الصوت يقال: طرّب زيد، و صوت مطرب (و هو) اى الاطراب (المأخوذ فى تعريف الغناء عند المشهور) فانهم قالوا:

الغناء صوت مطرب- من باب الافعال- (دون فعل الشخص) فلم يأخذوا التطريب- الّذى هو فعل الشخص- فى تعريف الغناء، و لم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۴۵

فیمکن ان یکون معنی تطریب الشخص فی صوته، ایجاد سبب الطرب بمعنی الخفة بمد الصوت و تحسینه و ترجیعه، کما ان تفریح الشخص ایجاد سبب الفرح بفعل ما یوجبه.

فلا ینافی ذلک ما ذکر فی معنی الطرب.

و کذا ما فی القاموس من قوله: ما طرّب به یعنی ما اوجد به الطرب مع انه

یقولوا: الغناء صوت مطرب، من باب التفعیل.

(ف) اذا کان التطریب صفة الشخص (یمکن ان یکون معنی تطریب الشخص فی صوته، ایجاد سبب الطرب معنی الخفة بمد الصوت و تحسینه و ترجیعه، کما ان تفریح الشخص ایجاد سبب الفرح بفعل ما یوجبه) ای یوجب الفرح، کاعطائه المال- مثلا-.

(فلا ینافی ذلک) المذکور فی معنی التطریب (ما ذکر فی معنی الطرب) فان التطریب ایجاد الطرب بالمد و التحسین، و الطرب الخفة.

(و کذا ما) ذکر (فی القاموس) ای ان کلامه کلام الصحاح و المصباح (من قوله: ما طرب به) فی تعریف الغناء (یعنی ما اوجد به الطرب) و الطرب الخفة

و الحاصل: انه لا- یظهر من اهل اللغة تفسیرهم ل «طرّب»- من باب التفعیل- ان له معنی مخالفا للطرب- کما یرید ذلک مفتاح الکرامة- (مع انه) یرد علی مفتاح الکرامة اشکال آخر، و هو انه اذا جعلتم التطریب بمعنی التحسین و الطرب بمعنی الخفة، لزم ان یکون الطرب الّذی هو مادة التطریب بمعنی الحسن، و هذا خلاف الظاهر فلیس معنی التطریب الا ایجاد الطرب- کما ذکرنا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۶

لا- مجال لتوهم کون التطریب- بمادته- بمعنی التحسین و الترجیع اذ لم یتوهم احد کون الطرب بمعنی الحسن و الرجوع، او کون التطریب هو نفس المد فلیست هذه الامور الا اسبابا للطرب یراد من ایجاده فعل هذه الاسباب هذا کله مضافا الی عدم امکان إرادة ما ذکر: من المد و التحسین و الترجیع من الطرب فی قول الاکثر ان الغناء مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب

فانه (لا- مجال لتوهم کون التطریب- بمادته-) ای الطرب (بمعنی التحسین و الترجیع اذ لم یتوهم احد کون الطرب) الّذی هو مادة التطریب (بمعنی الحسن و الرجوع، او کون التطریب هو نفس المد، فلیست هذه الامور) التحسین و الترجیع و المد (الا اسبابا للطرب یراد من ایجاده فعل هذه الاسباب) ای یراد من فعل هذه الاسباب ایجاد الطرب ف «فعل» نائب فاعل «یراد» و «من» بمعنی «من جهة».

ای انما یرید الشخص هذه الاسباب من اجل ایجاد الطرب (هذا کله) یرد علی صاحب مفتاح الکرامة (مضافا الی) اشکال آخر، و هو انه لو اخذ الاطراب و التطریب، بمعنی واحد- کما تقدم فی کلامه- لزم، بشاعة عبارة المشهور و عدم استقامتها ل (عدم امکان إرادة ما ذکر: من المدّ و التحسین و الترجیع من الطرب) الموجود فی تعریف الغناء (فی قول الاکثر) حین قالوا (ان الغناء مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب) اذ لو کان المطرب بمعنی المحسّن المرجّع کان المعنی: الغناء مدّ الصوت المحسّن المرجّع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۷

کما لا یخفی مع ان مجرد المدّ و الترجیع و التحسین لا یوجب الحرمة قطعا لما مر و سیجیء.

فتبین من جمیع ما ذکرنا ان المتعین حمل الطرب فی تعریف الاکثر للغناء علی الطرب بمعنی الخفة و توجیه کلامهم بإرادة ما یقتضی الطرب و یعرض

و هذا بخلاف ما ذکرنا من ان معنی الاطراب ایجاد الخفة، اذ المعنی حینئذ الغناء مدّ الصوت الموجد للخفة (کما لا یخفی).

فهذه خمسة اشکالات علی صاحب مفتاح الکرامة الّذی اراد ایجاد الفرق بین التطریب و الاطراب و بین الطرب.

اشار المصنف الی الاول، بقوله: و فیه، و الی الثانی بقوله: مع انهم و الی الثالث بقوله: مضافا، و الی الرابع بقوله: مع انه، و الی الخامس بقوله: هذا کله (مع) ان هنا اشکالا آخر اذا لم نشترط الطرب بمعنی الخفة فی الغناء، و هو (ان مجرد المدّ و الترجیع و التحسین لا یوجب الحرمة قطعا) و ذلک (لما مر) بعد قول الشافعی «و کل هذه المفاهیم ... الی آخره» (و سیجیء) من ان مقتضی الادلة حرمة اللهو و ذلک لا یکون الا بالخفة (فتبین من جمیع ما ذکرنا ان المتعین حمل الطرب فی تعریف الاکثر للغناء، علی الطرب بمعنی الخفة، و) اما ما فرّ منه صاحب مفتاح الکرامة، حیث رای انه لو اخذ الخفة لم یحرم کثیر من الغناء، اذ لا یوجب خفة و لذا اقتصر علی کون المحرم ما فیه مد و تحسین، فلا موجب لهذا الفرار.

اذ لا یرد علینا الاشکال و ان اخذنا الخفة، فی تعریف الغناء ل (توجیه کلامهم) ای الفقهاء المشترطین للخفة (بإرادة ما یقتضی الطرب و یعرض)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۸

له بحسب وضع نوع ذلک الترجیع و ان لم یطرب شخصه لمانع من غلظة الصوت و مج الاسماع له، و لقد اجاد فی الصحاح حیث فسّر الغناء بالسماع و هو المعروف عند اهل العرف.

و قد تقدم فی روایة محمد بن ابی عباد: المستهتر بالسماع.

و کیف کان فالمحصل من الادلة المتقدمة حرمة الصوت المرجع فیه علی سبیل اللهو، فان اللهو

«یعرّض» من باب التفعیل (له) ای للطرب (بحسب وضع نوع ذلک الترجیع و ان لم یطرب شخصه) فعلا- (لمانع) خارجی (من غلظة الصوت) فی المغنّی (و مجّ الاسماع له) «مجّ» بمعنی: رمی، او لاجل اشتغال السامع بهم او ما اشبه- کما تقدم- (و لقد اجاد فی الصحاح حیث فسر الغناء بالسماع) لفظة «السماع» کانت مشهورة فی زمان المصنف فی تفسیر الغناء.

و التعبیر عنه کما اشار إلیه بقوله: (و هو المعروف عند اهل العرف) و لذا کرر المصنف اجادة الصحاح بهذا التفسیر، و الا ففی زماننا «السماع» اخفی مدلولا من «الغناء».

(و قد تقدم فی روایة محمد بن ابی عباد: المستهتر بالسماع) و قد ارید بالسماع الغناء.

(و کیف کان) سواء اخذت الخفة فی «الغناء» کما فعلنا، أم لا، کما فعل مفتاح الکرامة (فالمحصل من الادلة المتقدمة) ای الروایات المذکورة (حرمة الصوت المرجع فیه علی سبیل اللهو، فان اللهو) علی ثلاثة اقسام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۴۹

کما یکون بآلة من غیر صوت کضرب الاوتار و نحوه، و بالصوت فی الآلة کالمزمار و القصب و نحوهما فقد یکون بالصوت المجرد فکل صوت یکون لهوا بکیفیته و معدودا من الحان اهل الفسوق و المعاصی فهو حرام، و ان فرض انه لیس بغناء.

و کل ما لا یعد لهوا، فلیس بحرام و ان فرض صدق الغناء علیه فرضا غیر محقق لعدم الدلیل علی حرمة الغناء الا من حیث کونه باطلا و لهوا و لغوا و زورا

«آلة» و «صوت» و «آلة و صوت».

ف (کما یکون بآلة من غیر صوت کضرب الاوتار و نحوه) من سائر آلات اللهو (و بالصوت فی الآلة کالمزمار و القصب و نحوهما فقد یکون بالصوت المجرد) عن الآلة (فکل صوت یکون لهوا بکیفیته) فی مقابل کونه لهوا بمادته- کالکذب و ما اشبه- (و معدودا من الحان اهل الفسوق و المعاصی) فان لهم لحنا خاصا یعرفون به، یطلقونه غالبا فی البساتین و ما اشبه (فهو حرام و ان فرض انه لیس بغناء) اذ قد عرفت ان الدلیل انما قام علی حرمة اللهو.

(و کل ما لا یعد لهوا، فلیس بحرام، و ان فرض صدق الغناء علیه فرضا غیر محقق).

و انما قال ره: غیر محقق، لما تقدم من التساوی بین الصوت اللهوی و بین الغناء فی قبال من یقول: ان قراءة القرآن بالصوت الغنائی لا یصدق علیه اللهو.

و انما جعلنا المحور للحرام اللهو (لعدم الدلیل علی حرمة الغناء الا ـ من حیث کونه باطلا ـ و لغوا و زورا) کما تقدم فی الاحادیث المفسّرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۰

ثم ان اللهو یتحقق بامرین:

احدهما: قصد التلهی

و ان لم یکن لهوا.

و الثانی: کونه لهوا فی نفسه عند المستمعین،

و ان لم یقصد به التلهی.

ثم ان المرجع فی اللهو الی العرف.

و الحاکم بتحققه هو الوجدان، حیث یجد الصوت المذکور مناسبا لبعض آلات اللهو و الرقص، و لحضور ما یستلذه القوی الشهویة، من کون المغنی جاریة او امردا و نحو ذلک.

للآیات و غیرها.

(ثم ان اللهو یتحقق بامرین: احدهما: قصد التلهی و ان لم یکن لهوا) فعلا بالنسبة الی المستمع لخشونة صوت المغنی، او اشتغال السامع بهم و نحوه.

(و الثانی: کونه لهوا فی نفسه عند المستمعین، و ان لم یقصد به التلهی) کان کان المغنی یرید قراءة القرآن و الدعاء.

و حاصل هذین الامرین یرجع الی ما تقدم منه ره من کونه مطربا شأنا فی الجملة

(ثم ان المرجع فی اللهو) و انه ما هو (الی العرف) فکلما ذکروا انه لهو فهو لهو، و کلما ذکروا انه لیس بلهو، فلیس بلهو.

(و الحاکم بتحققه) ای اللهو (هو الوجدان) اذ الوجدان مرآة للعرف (حیث یجد الصوت المذکور مناسبا لبعض آلات اللهو و الرقص، و) مناسبا (لحضور ما یستلذه القوی الشهویة من کون المغنی جاریة او امرد او نحو ذلک) من البسة خاصة، و تزینات مخصوصة فان هذه الامور کلها من مناسبات اللهو، و بعضها یناسب بعضا آخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۱

و مراتب الوجدان المذکور مختلفة فی الوضوح و الخفاء، فقد یحسّ بعض الترجیع من مبادی الغناء، و لم یبلغه.

و ظهر مما ذکرنا انه

لا فرق بین استعمال هذه الکیفیة فی کلام حق او باطل،

فقراءة القرآن و الـدعاء و المراثی بصوت یرجّع فیه علی سبیـل اللهو لا اشـکال فی حرمتها، و لا فی تضاعف عقابها لکونها معصـیة فی مقام الطاعة،

(و) لا یخفی ان (مراتب الوجـدان المـذکور مختلفة فی الوضوح و الخفاء فقد یحس بعض) الناس (الترجیع) المحرم (من مبادی الغناء و) الحال انه (لم یبلغه) ای لم یبلغ الغناء و لا یحسّ بعض بذلک لاختلاف نفوس الناس فی تأثیر الترجیع و مقدماته فیهم.

کمـا انهم مختلفون فی تـأثیر الشـعر فیهم، فبعضـهم یهزه الشـعر العـادی بینما لا یهز البعض الآخر الا الشـعر القوی، و هـذا هو السـر فی اختلاف بعض المتدینین فی ان الصوت الفلانی غناء، أم لا؟

و اذا شک العرف فی صدق الغناء- بعد الفحص- کان المرجع اصالة الحل و البراءة.

(و) قـد (ظهر مما ذکرنا) من ان الغناء لهو، و کل لهو حرام- حسب الادلـة المتقدمـة- (انه لا فرق بین اسـتعمال هـذه الکیفیة فی کلام حق او باطـل) فالکیفیـة محرمـة، سواء کـانت المـادة محرمـة، أم لا (فقراءة القرآن و الـدعاء و المراثی بصوت یرجع فیه) القاری (علی سبیل اللهو لا اشکال فی حرمتها، و لا فی تضاعف عقابها).

و انما نقول بتضاعف العقاب (لکونها معصیة فی مقام الطاعة) و العقل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۲

و اسـتخفافا بـالمقرو، و المـدعو، و المرثی و من اوضـح تسویلاـت الشـیطان ان الرجـل المسترقـد تـدعوه نفسه لاجل التفرج و التنزه و التلـذذ، الی مـا یوجب نشاطه و رفع الکسالـة عنه من الزمزمـة الملهیّـة فیجعل ذلک فی بیت من الشـعر المنظوم فی الحکم و المراثی و نحوها فیتغنی به او یحضر عند من یفعل ذلک و ربما یعد مجلسا لاجل احضار اصحاب الالحان و یسمیه مجلس المرثیة

یستقل بان قبح المعصیة المجرد اقل من قبح الطاعة المأتی بها فی ضمن الطاعة.

مثلاـ الریـاء فی اللبـاس اقـل قبحـا من الریـاء فی الصـلاة (و اسـتخفافا بالمقرو، و المـدعو، و المرثی) ای بالقرآن، و الله، و الّذی یرثی کالإمام الحسین علیه السـلام، و هـذا امر طبیعی لا یحتاج الی القصـد (و من اوضح تسویلات) ای تزیینات (الشـیطان) الباطل حقا (ان الرجل المتستر) مقابل المسـتهتر (قد تدعوه نفسه لاجل التفرج) ای الفرجة و السعة علی النفس (و التنزه) ای الخروج الی مکان النزهة، ای المبتعـدة عن المکروه، و المراد هنا الابتعاد عن المضایقات النفسیـة (و التلـذذ) بتحصیـل اللذة (الی ما یوجب نشاطه و رفع الکسالة عنه) «الی» متعلق ب «تدعو» (من الزمزمة) متعلق ب «ما یوجب نشاطه» و الزمزمة عبارة عن التصوت فی الحلق و الخیشوم (الملهیة) التی تلهیه، و لها حالـة لهو و باطل (فیجعل ذلک) التفرج (فی بیت من الشـعر المنظوم فی الحکم و المراثی و نحوها، فیتغنی به) ای بـذلک البیت (او یحضر عند من یفعل ذلک) فیأتیه اثم المستمع للغناء

(و ربما یعدّ مجلسا لاجل احضار اصحاب الالحان) الغنائیة، (و یسمیه مجلس المرثیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۳

فیحصل له بذلک ما لا یحصل من ضرب الاوتار من النشاط و الانبساط.

و ربما یبکی فی خلال ذلک لاجل الهموم المرکوزة فی قلبه الغائبة عن خاطره من فقد ما یستحضـره القوی الشهویة، و یتخیل انه بکی فی المرثیة و فاز بالمرتبة العالیة و قد اشرف علی النزول الی درکات الهاویة فلا ملجأ الا الله

فیحصل له بذلک) المجلس (ما لا یحصل) له (من ضرب الاوتار) و سائر آلات اللهو (من النشاط) الروحی (و الانبساط) النفسی.

(و ربمـا یبکی فی خلاـل ذلک) الانبساط (لاجل الهموم المرکوزة فی قلبه الغائبـة عن خاطره) فان النفس تختزن الحزن و السـرور فاذا

هـاجت النفس حرك ذلـك الحزن و السـرور الكامنـان فى النفس للأعصاب و يأتى اثر ذلك فى البكاء و الانبساط و لا يعلم الانسان سبب البكاء او الانبساط لعدم التفاته الى الامر المخزون فى النفس (من فقد ما يستحضـره) اى يطلب حضوره (القوى الشـهوية) و قوله «من» متعلق ب «العموم» (و يتخيل) له حين البكاء المنبعث عن الحزن المخزون فى النفس (انه بكى فى المرثيـة، و فاز بالمرتبـة العالية) و الدرجة الرفيعة عند الله تعالى (و) الحال انه (قد اشرف على النزول الى دركات الهاوية) الهاوية اسم جهنم.

اما باعتبار هوى الاجسام الثقيلة النارية فيها كالاحجار التى تنفصل من حافاتها او الاحجار التى تتقلب فيها صعودا و نزولا.

و اما باعتبار الحال، اى الناس، بعلاقة الحال و المحل من قبيل جرى النهر (فلا ملجأ) و لا مفر (الا) الى (الله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۴

من شر الشيطان، و النفس الغاوية.

و ربما يجرى على هذا عروض

الشـبهة فى الازمنـة المتأخرة فى هـذه المسألـة تارة من حيث اصل الحكم. و اخرى من حيث الموضوع. و ثالثة من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

اشارة

من شر الشيطان، و النفس الغاوية) اللتين تورد ان الانسان موارد الهلكة عن شعور، او لا شعور-.

(و ربما يجرى على هـذا) الاقدام، اى بسـبب الجرأة على الاقدام على الغناء فى القرآن و المرثية و نحوهما (عروض الشـبهة فى الازمنة المتـأخرة) «عروض» فاعـل «يجرى» اى يجرى عروض الشـبهة، على الاقـدام على الغناء فى القرآن (فى هـذه المسألـة) اى مسألـة جواز الغناء فى القرآن و المرثية.

(تارة من حيث اصل الحكم) بالشبهة فى حرمة اصل الغناء.

(و اخرى من حيث الموضوع) و انه هل هذا هو الفرد من الغناء، أم لا؟

للشك فى كونه من مصاديق الغناء.

(و ثالثة من) جهة (اختصاص الحكم) بالتحريم (ببعض الموضوع) و ان بعض اقسام الغناء حرام دون بعض.

فلا بـد فى تنقيح المواضع الثلاثة، و رفع الشـبهة منها، ببيان ان اصل الغناء حرام، سواء اقترن بمحرم آخر، أم لا؟ و بيان ان بعض الافراد التى شك بعض فى كونها من الغناء أم لا؟ انما هو من الغناء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۵

[أما الأول أى الشبهة فى أصل الحكم]

امـا الاول: فلانه حكى عن المحـدث الكاشانى: انه خص الحرام منه بما اشـتمل على محرم من خارج، مثل اللعب بآلات اللهو و دخول الرجال و الكلام بالباطل، و الا فهو فى نفسه غير محرم.

و بيان ان الغناء مطلقا حرام، لا ان الحرمة خاصة ببعض افرادها.

و لاـ يخفى: ان المقـام الثـانى لاـ يراد به انه لو شـك واقعـا فى فرد انه هـل من الغنـاء، أم لا؟ لا يكون حكمه الاباحـة، بل المراد بعض

الافراد الخاصة مما وقع الشک فیها.

اذ من المعلوم ان الافراد المشکوکة من کل موضوع محل اصل الحل و الاباحة.

(اما الاول) ای الشبهة الواردة علی الغناء من حیث اصل الحکم، و انه هل هو حرام، أم لا؟ (فلانه حکی عن المحدث الکاشانی: انه خص الحرام منه) ای من الغناء (بما اشتمل علی محرم من خارج، مثل) الغناء المنضم الی (اللعب بآلات اللهو، و دخول الرجال) علی النساء (و الکلام بالباطل) کالکذب و التشبیب (و الا فهو فی نفسه) اذا لم تنضم إلیه الضمائم المذکورة (غیر محرم).

و لا یخفی: ان الکاشانی لا یقول: بان من الغناء حراما، و من النساء حلالا، حتی یقال: بانه من القسم الثالث لا القسم الاول.

و انما یری الکاشانی حلیة مطلق الغناء و انما المحرم هی الضمائم المحرمة، بخلاف القسم الثالث، فانه تقسیم لذات الغناء الی محرم و محلل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۶

و المحکی من کلامه فی الوافی- انه بعد حکایة الاخبار التی یأتی بعضها- قال: الّذی یظهر من مجموع الاخبار الواردة اختصاص حرمة الغناء، و ما یتعلق به من الاجر و التعلیم و الاستماع و البیع و الشراء کلها بما کان علی النحو المعهود المتعارف فی زمن الخلفاء من دخول الرجال علیهن و تکلمهن بالباطل، و لعبهن بالملاهی من العیدان و القصب و غیرهما، دون ما سوی ذلک من انواعه، کما یشعر به قوله لیست بالتی تدخل علیها الرجال- الی ان قال-: و علی هذا فلا بأس بالتغنی بالاشعار المتضمنة

(و المحکی من کلامه فی الوافی- انه بعد حکایة الاخبار التی یأتی بعضها- قال: الّذی یظهر من مجموع الاخبار الواردة) فی باب الغناء (اختصاص حرمة الغناء، و ما یتعلق به من) حرمة (الاجر و التعلیم و الاستماع و البیع و الشراء) للجاریة المغنیة (کلها بما کان علی النحو المعهود المتعارف) «بما» متعلق ب «اختصاص» (فی زمن الخلفاء، من دخول الرجال علیهن) ای علی المغنیات (و تکلّمهن بالباطل) من مدح الفساق و ما اشبه (و لعبهن بالملاهی من العیدان و القصب و غیرهما) من آلات اللهو (دون ما سوی ذلک من انواعه) ای انواع الغناء، فانه لیس بمحرم اذا لم یصحبه ما ذکر من المحرمات (کما یشعر به) ای بعدم التحریم (قوله) علیه السلام: فی الروایة الآتیة (لیست بالتی تدخل علیها الرجال) فان المفهوم منه ان المحرم انما هو الشیء الّذی فیه دخول الرجال علی النساء (- الی ان قال-) الکاشانی (و علی هذا فلا بأس بالتغنی بالاشعار المتضمنة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۵۷

لذکر الجنة و النار، و التشویق الی دار القرار، و وصف نعم الملک الجبار و ذکر العبادات و الرغبات فی الخیرات و الزهد فی الفانیات و نحو ذلک.

کما اشیر إلیه فی حدیث الفقیه بقوله: ذکرتک الجنة، و ذلک لان هذا کله ذکر اللّه.

و ربّما تَقْشَعِرُّ مِنْهُ جُلُودُ الَّذِینَ یَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ، ثُمَّ تَلِینُ جُلُودُهُمْ وَ قُلُوبُهُمْ إِلیٰ ذِکْرِ اللّٰهِ.

و بالجملة: فلا یخفی علی اهل الحجی بعد سماع هذه الاخبار تمییز حق الغناء

لذکر الجنة و النار، و التشویق الی دار القرار، و وصف نعم الملک الجبار) و تفضلات اللّه سبحانه علی البشر فی الدنیا و الآخرة (و ذکر العبادات و الرغبات فی الخیرات) بان یذکر فی الغناء الصلاة و غیرها، لیزداد شوقا او تشویقا إلیها (و الزهد فی الفانیات و نحو ذلک) فان القراءة الغنائیة لهذه الاشیاء ربما تزید تأثیرا فی نفس المتکلم او السامع.

(کما اشیر إلیه فی حدیث) من لا یحضره (الفقیه بقوله) علیه السلام (ذکرتک الجنة، و ذلک) الّذی ذکرنا من جواز الغناء فی هذه الامور (لان هذا کله ذکر اللّه) و ذکر اللّه حسن علی کل حال.

(و ربّما تَقْشَعِرُّ مِنْهُ جُلُودُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ، ثُمَّ تَلِينُ جُلُودُهُمْ وَ قُلُوبُهُمْ إِلَىٰ ذِكْرِ اللّهِ).

(و بالجملة: فلا يخفى على اهل الحجى) و العقل (بعد سماع هذه الاخبار تمييز حق الغناء) اى الغناء الحق- من اضافة الصفة الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۸

عن باطله، و ان اكثر ما يتغنى به الصوفية فى محافلهم من قبيل الباطل انتهى.

اقول لو لا استشهاده بقوله: ليست بالتى تدخل عليها الرجال امكن بلا تكلف- تطبيق كلامه على ما ذكرنا من ان المحرم هو الصوت اللهوى الّذى يناسبه اللعب بالملاهى، و التكلم بالاباطيل، و دخول الرجال على النساء لحظ السمع و البصر من شهوة الزنا

الموصوف- (عن باطله، و) ظهر (ان اكثر ما يتغنى به الصوفية فى محافلهم من قبيل الباطل) لانه ليس ذكر الله، و انما ذكر الشهوات، فان لدى اكثرهم يجوز التشبيب بالامرد من الغلمان، لانه بزعمهم الفاسد قنطرة الى التعشق بالذات الربوبية (انتهى) كلام الكاشانى.

(اقول: لو لا استشهاده بقوله: ليست بالتى تدخل عليها الرجال، امكن- بلا تكلف- تطبيق كلامه) ره (على ما ذكرنا من) ان اللهو حرام، و ليس الغناء بعنوان انه غناء حراما.

ف (ان المحرم هو الصوت اللهوى الّذى يناسبه اللعب بالملاهى، و التكلم بالاباطيل، و دخول الرجال على النساء) دخولا محرما.

ذلك (لحظ السمع و البصر من شهوة الزنا) فان الداخل على المرأة المغنية يلتذ برؤيتها و بسماع صوتها المثير للشهوة، و كلاهما حرام.

لما روى من ان لكل عضو من اعضاء ابن آدم حظّ من الزنا، فزنا البصر الرؤية، و زنا السمع الاستماع.

و المراد بالاستماع هو المحرم منه، كما قال سبحانه: فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۵۹

دون مجرد الصوت الحسن الّذى يذكر امور الآخرة، و ينسى شهوات الدنيا الا ان استشهاده بالرواية ليست بالتى تدخل عليها الرجال، ظاهر فى التفصيل بين افراد الغناء لا من حيث نفسه

اما مجرد الكلام غير المثير، فالمشهور عدم الحرمة مطلقا، بل فى الآية السابقة دلالة عليه، لان المنهى عنه هو الخضوع (دون مجرد الصوت الحسن الّذى يذكر امور الآخرة، و ينسى شهوات الدنيا) فان النفس اذا توجهت الى الكلام الزهدى تنسى الدنيا، خصوصا اذا كان فى قالب الصوت الحسن (الا ان استشهاده) اى الكاشانى (بالرواية ليست بالتى تدخل عليها الرجال، ظاهر فى التفصيل بين افراد الغناء لا من حيث نفسه) بل من حيث اقترانه بالمحرمات الخارجية.

فالكاشانى لا يريد التفصيل بين الغناء المحرم، و الغناء المحلل- من حيث نفس الغناء- لانه لا يرى حرمة الغناء فى نفسه اصلا، و انما يريد ان يفصل بين ما لو كان الغناء مقترنا بالمحرمات الخارجية فيحرم و الا فلا يحرم.

و الحاصل: ان الكاشانى قد يرى التفصيل فى نفس الغناء، و انه محلل اذا لم يكن لهويا، و محرم اذا كان لهويا، و هذا خلاف ظاهر كلامه

و قد يرى التفصيل فى الصوت اللهوى، و ان منه محلل فيما اذا لم يقترن بالمحرمات الخارجية و منه محرم فيما اذا اقترن بالمحرمات الخارجية و هذا هو الظاهر من كلامه، حيث استدل بقوله عليه السلام «ليست بالتى» فانه ظاهر فى ان الكاشانى يرى التحريم لامر خارجى، و هو دخول الرجال لا لامر داخلى فى نفس الغناء اعنى كونه لهويا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۶۰

فان صوت المغنية التى تزف العرائس على سبيل اللهو لا محالة.

و لذا لو قلنا: باباحته فيما يأتى كنا قد خصصناه بالدليل و نسب القول المذكور الى صاحب الكفاية أيضا، و الموجود فيها بعد ذكر

الاخبار المتخالفة جوازا و منعا فی القرآن و غیره، ان الجمع بین هذه الاخبار یمکن بوجهین

احدهما تخصیص تلک الاخبار الواردة المانعة بما

و استدل المصنف لما فهم من کلام الکاشانی من انه یفصل فی امر خارجی عن الغناء، بقوله: (فان صوت المغنیة التی تزف العرائس) انما یکون (علی سبیل اللهو لا محالة) و مع ذلک یری الکاشانی عدم حرمته اذا لم یقترن بدخول الرجال علیها.

و علی هذا: فلا مجال لان نقول: ان الکاشانی یرید التفصیل بین الغناء اللهوی، و الغناء غیر اللهوی.

(و لذا) الّذی ذکرنا من انه لهوی (لو قلنا: باباحته فیما یأتی) ای فی مسئلة الاستثناء عن الغناء المحرم (کنا قد خصصناه) ای تحریم الغناء (بالدلیل) الدال علی جواز الغناء فی الاعراس، و لم یکن من باب التخصص و انه لیس بلهو اصلا (و نسب القول المذکور) ای جواز الغناء اذا لم یقارنه محرم خارجی (الی) السبزواری (صاحب الکفایة أیضا) کما انه قول للکاشانی (و الموجود فیها) ای فی الکفایة (بعد ذکر الاخبار المتخالفة جوازا و منعا فی القرآن و غیره) کالمرثیة و الحکم و المواعظ (ان الجمع بین هذه الاخبار یمکن بوجهین) «ان» خبر «و الموجود».

(احدهما تخصیص تلک الاخبار الواردة المانعة) عن الغناء (بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۱

عدا القرآن.

و حمل ما یدل علی ذم التغنی بالقرآن علی قراءة یکون علی سبیل اللهو، کما یصنعه الفساق فی غنائهم.

و یؤیده روایة عبد الله بن سنان المذکورة اقرءوا القرآن بألحان العرب و ایّاکم و لحون اهل الفسوق و الکبائر و سیجیء من بعدی اقوام یرجعون

عدا القرآن) فالغناء فی القرآن جائز، و لکن لا مطلقا، بل الغناء الّذی لیس من لحون اهل الفسوق.

(و حمل ما یدل علی ذم التغنی بالقرآن علی قراءة) للقرآن (یکون علی سبیل اللهو، کما یصنعه الفساق فی غنائهم).

فتحصل: ان الغناء فی غیر القرآن حرام مطلقا، و الغناء فی القرآن علی نوعین، غناء محلل و غناء محرم.

فالمحرم ما کان بلحن الفساق، و المحلل غیره، و بهذا یجمع بین ما دل علی حرمة مطلق الغناء، و ما دل علی حلیة الغناء فی القرآن و ما دل علی حرمة الغناء فی القرآن.

(و یؤیده) ای یؤید هذا الجمع بین الغناء المحرم فی القرآن، و الغناء المحلل فی القرآن بما ذکرنا (روایة عبد الله بن سنان المذکورة اقرأ و القرآن بألحان العرب، و ایّاکم و لحون اهل الفسوق و الکبائر) حیث ان المنهی عنه لحن اهل الفسق، و المأمور به لحن العرب، و کلاهما من الغناء، لکن احدهما حرام و الآخر محلل.

و قوله علیه السلام فی مقام الذم (و سیجیء من بعدی اقوام یرجعون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۲

القرآن ترجیع الغناء.

و ثانیهما ان یقال: و حاصل ما قال حمل الاخبار المانعة علی الفرد الشائع فی ذلک الزمان.

قال: و الشائع فی ذلک الزمان الغناء علی سبیل اللهو من الجواری و غیرهن فی مجالس الفجور و الخمور، و العمل بالملاهی و التکلم بالباطل و اسماعهن الرجال.

فحمل المفرد المعرف- یعنی لفظ: الغناء- علی تلک الافراد الشائعة فی ذلک الزمان غیر بعید.

القرآن ترجیع الغناء) و فی مقام المدح، رجع بالقرآن صوتک.

(و ثانیهما) ای ثانی وجهی الجمع بین الاخبار المجوزة و الاخبار المانعة (ان یقال: و حاصل ما قال حمل الاخبار المانعة علی الفرد الشائع فی ذلک الزمان) ای زمان ورود الاخبار.

(قال: و الشائع فی ذلک الزمان الغناء علی سبیل اللهو من الجواری و غیرهن) کالرجال المغنین (فی مجالس الفجور و الخمور و العمل بالملاهی) ای آلات اللهو (و التکلم بالباطل) کالتشبیب المحرم (و اسماعهن الرجال) اسماعا حراما، اذ الخضوع بالقول الموجب لطمع الّذی فی قلبه مرض حرام.

(فحمل المفرد المعرف- یعنی لفظ: الغناء-) فی الاخبار الناهیة (علی تلک الافراد الشائعة فی ذلک الزمان غیر بعید).

و الحاصل: ان الاخبار الناهیة تنهی عن الغناء المشتمل علی المحرمات الخارجیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۳

ثم ذکر روایة علی بن جعفر الآتیة و روایة اقرءوا القرآن المتقدمة و قوله لیست بالتی یدخل علیها الرجال مؤیدا لهذا الحمل، قال ان فیه اشعارا بان منشأ المنع فی الغناء هو بعض الامور المحرمة المقترنة به، کالالتهاء و غیره الی ان قال: ان فی عدة من اخبار المنع عن الغناء اشعارا بکونه لهوا باطلا.

و صدق ذلک فی القرآن و الدعوات و الاذکار المقروّة بالاصوات الطیبة المذکرة

و الاخبار المجوزة تجوز الغناء الّذی لا یشتمل علی تلک المحرمات الخارجیة.

(ثم ذکر) السبزواری (روایة علی بن جعفر الآتیة) من قوله علیه السلام «لا بأس ما لم یزمر به» مما یدل علی الجواز اذا لم یشتمل علی المزمار المحرم (و روایة اقرءوا القرآن المتقدمة) حیث دلت علی جواز الغناء فی القرآن (و قوله) علیه السلام (لیست بالتی یدخل علیه الرجال) حیث دلت علی الجواز اذا لم یشتمل علی دخول الرجال المحرم (مؤیدا لهذا الحمل) الثانی، و قوله «مؤیدا» حال عن «ذکر» (قال) السبزواری (ان فیه) ای ما ذکر من الروایة (اشعارا بان منشأ المنع فی الغناء هو بعض الامور المحرمة المقترنة به، کالالتهاء و غیره) کالمزمار و دخول الرجال (الی ان قال) السبزواری (ان فی عدة من اخبار المنع عن الغناء اشعارا بکونه) ای الغناء (لهوا باطلا).

(و صدق ذلک) اللهو الباطل (فی القرآن و الدعوات و الاذکار المقروة بالاصوات الطیبة المذکرة) للنعیم و الجحیم، اذ الصدق الطیب حیث یؤثر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۴

المهیجة للاشواق الی العالم الاعلی، محل تامل.

علی ان التعارض واقع بین اخبار الغناء، و الاخبار الکثیرة المتواترة الدالة علی فضل قراءة القرآن و الادعیة و الاذکار، مع عمومها لغة، و کثرتها و موافقتها للاصل.

و النسبة بین الموضوعین عموم من وجه فاذا لا ریب فی تحریم الغناء

فی النفس، یکون اکثر تذکیرا و الفاتا (المهیجة للاشواق الی العالم الاعلی محل تامل) خبر قوله «و صدق».

(علی) انه بالإضافة الی التعارض بین خبری التحریم و التجویز فی الغناء فی القرآن الموجب ذلک التعارض للحمل باحد الوجهین المذکورین (ان التعارض واقع بین اخبار) تدل علی تحریم (الغناء، و) بین (الاخبار الکثیرة المتواترة الدالة علی فضل قراءة القرآن و الادعیة و الاذکار، مع عمومها) ای عموم اخبار فضل قراءة القرآن (لغة) بحیث یشمل القراءة الغنائیة و غیرها (و کثرتها) عددا (و

موافقتها للاصل) اذ الاصل جواز قراءة القرآن سواء بصوت غنائی، أم لا.

(و النسبة بین الموضوعین) حرمة الغناء، و فضل قراءة القرآن (عموم من وجه).

فالغناء فی غیر القرآن مورد التحریم فقط، و القرآن بدون الغناء مورد الفضل فقط، و الغناء فی القرآن مجمع الأمرین، فیتساقط الدلیلان فی مورد الاجتماع، و یکون المرجع اصل الاباحة و الحل (فاذا) ای حیث ان بین الطائفتین عموما من وجه (لا ریب فی تحریم الغناء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۵

علی سبیل اللهو، و الاقتران بالملاهی و نحوهما.

ثم ان ثبت اجماع فی غیره و الا بقی حکمه علی الاباحة و طریق الاحتیاط واضح انتهی.

اقول: لا یخفی ان الغناء- علی ما استفدنا من الاخبار، بل فتاوی الاصحاب و قول اهل اللغة- هو من الملاهی نظیر ضرب الاوتار و النفخ فی القصب و المزمار.

و قد تقدم التصریح بذلک فی روایة الاعمش الواردة فی الکبائر فلا یحتاج فی

علی سبیل اللهو، و) علی سبیل (الاقتران بالملاهی و نحوهما) کدخول الرجال علی النساء.

(ثم ان ثبت اجماع) بالتحریم للغناء (فی غیره) و هو ما اذا لم یقترن بشیء من المحرمات، فهو (و الا بقی حکمه علی الاباحة، و) الجواز.

نعم: (طریق الاحتیاط) بالاجتناب عن کل قسم من اقسام الغناء (واضح) لا غبار علیه (انتهی) کلام السبزواری.

(اقول: لا یخفی ان الغناء- علی ما استفدنا من الاخبار، بل فتاوی الاصحاب و قول اهل اللغة- هو) بنفسه (من الملاهی) و قسم من اللهو المنهی عنه، و لذا قلنا کل غناء لهو (نظیر ضرب الاوتار و النفخ فی القصب و المزمار) فکما ان الضرب و النفخ لهو، کذلک الغناء.

(و قد تقدم التصریح بذلک فی روایة الاعمش الواردة فی الکبائر) حیث قال علیه السلام: و الملاهی التی تصد عن ذکر الله، کالغناء و ضرب الاوتار (فلا یحتاج فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۶

حرمته الی ان یقترن بالمحرمات الاخر، کما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثین المذکورین.

نعم لو فرض کون الغناء موضوعا لمطلق الصوت الحسن، کما یظهر من بعض ما تقدم فی تفسیر معنی التطریب توجه ما ذکراه، بل لا اظن احدا یفتی بإطلاق حرمة الصوت الحسن.

و الاخبار بمدح الصوت الحسن، و انه من اجمل الجمال و استحباب القراءة و الدعاء به و انه حلیة القرآن، و اتصاف الأنبیاء و الائمة به فی غایة الکثرة.

حرمته الی ان یقترن بالمحرمات الاخر، کما هو ظاهر بعض ما تقدم من) العبارات التی نقلناها عن (المحدثین المذکورین) الکاشانی و السبزواری.

(نعم لو فرض کون الغناء موضوعا لمطلق الصوت الحسن، کما یظهر من بعض ما تقدم فی تفسیر معنی التطریب) بالتحسین للصوت (توجه ما ذکراه) المحدثان المذکوران، من انه بنفسه لیس محرما، و انما یحرم اذا اقترن بالمحرمات الخارجیة (بل لا اظن احدا یفتی بإطلاق حرمة الصوت الحسن).

(و) کیف یمکن هـذا الافتـاء و الحـال ان (الاخبار بمـدح الصوت الحسن و انه من اجمل الجمال و استحباب القراءة و الـدعاء به و انه حلیة القرآن) ای زینته (و اتصاف الأنبیاء و الأئمة به فی غایة الکثرة).

فعن النوفل عن ابی الحسن علیه السلام، قال: ذکرت الصوت الحسن عنده، فقال: ان علی بن الحسین علیه السلام کان یقرأ القرآن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۷

و قـد جمعها فی الکفایـة بعـد ما ذکر ان غیر واحـد من الاخبار، یدل علی جواز الغناء فی القرآن بل اسـتحبابه بناء علی دلالة الروایات علی استحباب حسن الصوت و التحزین و الترجیع به و الظاهر ان شیئا منها

فربما یمر به المار فصعق عن صوته، ان الامام لو اظهر من ذلک شیئا لما احتمله الناس من حسنه.

و روایة ابی بصیر عن رسول الله صلی الله علیه و آله: ان من اجمل الجمال الشعر الحسن، و نغمة الصوت الحسن.

و روایة عبد الله بن سنان عن النبی صلی الله علیه و آله: لکل شیء حلیة و حلیة القرآن الصوت الحسن.

و المروی عن ابی عبد الله علیه السلام: ما بعث الله نبیّا الا حسن الصوت، الی غیرها من الروایات الکثیرة.

(و قد جمعها فی الکفایة بعد ما ذکران غیر واحد من الأخبار، یدل علی جواز الغناء فی القرآن بل استحبابه).

و انما نقول بالاستحباب (بناء علی دلالة الروایات علی استحباب حسن الصوت و التحزین و الترجیع به) ای بالقرآن.

فعن حفص، قال: ما رأیت احدا اشد خوفا علی نفسه من موسی بن جعفر علیه السلام، و لا ارجی للناس منه، و کانت قراءته حزینة فاذا قرأ فکانه یخاطب انسانا.

ثم قال السبزواری: (و الظاهر ان شیئا منها) ای من حسن الصوت و التحزین و الترجیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۸

لا یوجد بدون الغناء علی ما استفید من کلام اهل اللغة، و غیرهم علی ما فصلناه فی بعض رسائلنا، انتهی.

و قد صرح فی شرح قوله علیه السلام: اقرءوا القرآن بألحان العرب ان اللحن هو الغناء.

و بالجملة فنسبة الخلاف إلیه فی معنی الغناء اولی من نسبة التفصیل إلیه بل ظاهر اکثر کلمات المحدث الکاشانی أیضا ذلک، لانه فی مقام نفی

(لا یوجد بدون الغناء علی ما استفید من کلام اهل اللغة، و غیرهم علی ما فصلناه فی بعض رسائلنا، انتهی).

اقول: اسـتظهاره ان حسن الصوت و التحزین لا یوجـد بـدون الغناء لا یخفی ما فیه، ان اریـد بالغناء الصوت المطرب کما ان الترجیع لا یلازم الغناء.

(و قد صـرح) السبزواری (فی شرح قوله علیه السلام: اقرءوا القرآن بألحان العرب، ان اللحن هو الغناء) مما یظهر منه انه یری الغناء اعم من المطرب.

(و بالجملة فنسـبة الخلاف إلیه) ای الی السبزواری (فی معنی الغناء) و انه یری لفظ الغناء شاملا للمطرب المحرم، و غیر المطرب (اولی من نسـبة التفصیل) بین اقسام الغناء المطرب بتحلیله ما کان فی القرآن و نحوه، و تحریمه ما کان مشتملا علی محرم خارجی (إلیه) لما عرفت من انه یری الغناء لکل صوت حسن و تحزین و ترجیع.

(بل ظاهر اکثر کلمات المحدث الکاشانی) الفیض قدس سره (أیضا ذلک) الخلاف فی معنی الغناء (لانه) ای الکاشانی (فی مقام نفی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۶۹

التحریم عن الصوت الحسن المذکّر لامور الآخرة، المنسی لشهوات الدنیا.

نعم بعض كلماتهما ظاهرة فيما نسب إليهما من التفصيل فى الصوت اللهوى الّذى ليس هو عند التأمل تفصيلا بل قولا بإطلاق جواز الغناء و انه لا حرمة فيه اصلا، و انما الحرام ما يقترن به من المحرمات.

فهو- على تقدير صدق نسبته إليهما- فى غاية الضعف لا شاهد له يقيد الاطلاقات الكثيرة المدعى تواترها الا بعض الروايات التى ذكراها.

التحريم عن الصوت الحسن المذكّر لامور الآخرة، المنسى لشهوات الدنيا).

و من المعلوم انه ليس كل صوت حسن هذا شأنه غناء مطربا.

(نعم بعض كلماتهما) الكاشانى و السبزوارى (ظاهرة فيما نسب إليهما من التفصيل فى الصوت اللهوى) بين المحلل و هو الّذى لا يشتمل على المحرمات الخارجية، و بين المحرم و هو المشتمل على المحرمات الخارجية.

فالتفصيل (الّذى ليس هو عند التأمل تفصيلا) بين اقسام الصوت اللهوى (بل قولا بإطلاق جواز الغناء، و انه لا حرمة فيه اصلا، و انما الحرام ما يقترن به من المحرمات) فهو كما لو فصل شخص بين اقسام الجلوس فما كان فى مجلس منكر كان حراما، و ما كان فى غيره كان حلالا، مما ليس تفصيلا، و انما هو اطلاق تحليل الجلوس.

(فهو) اى هذا القول بالتفصيل بين اقسام الغناء اللهوى الراجع الى تحليل الغناء مطلقا (- على تقدير صدق نسبته إليهما-) الكاشانى و السبزوارى (فى غاية الضعف لا شاهد له) بحيث (يقيد الاطلاقات الكثيرة) الواردة فى تحريم الغناء (المدعى تواترها الا بعض الروايات التى ذكراها)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۰

منها ما عن الحميرى- بسند لم يبعد فى الكفاية الحاقة بالصحاح- عن على بن جعفر عن اخيه عليهما السلام، قال سألته عن الغناء فى الفطر و الاضحى، و الفرح قال: لا بأس، ما لم يعص به.

و المراد به ظاهرا ما لم يصر الغناء سببا للمعصية و لا مقدمة للمعاصى المقارنة له.

و فى كتاب على بن جعفر عن اخيه قال سألته عن الغناء، هل يصلح فى الفطر و الأضحى و الفرح؟ قال: لا بأس، ما لم يزمر به.

الكاشانى و السبزوارى، مما يمكن ان تكون شاهدة لتقييد المطلقات.

ف (منها) اى من الشواهد على التقييد (ما عن الحميرى- بسند لم يبعد فى الكفاية الحاقة بالصحاح- عن على بن جعفر عن اخيه عليهما السلام، قال سألته عن الغناء فى) يومى (الفطر و الاضحى و) عند (الفرح) كالعرس و شبهه (قال) عليه السلام (لا بأس، ما لم يعص به) فانه ظاهر فى جواز الغناء فى الجملة.

(و المراد به ظاهرا ما لم يصر الغناء سببا للمعصية) كاثارة الشهوات المحرمة (و لا مقدمة للمعاصى المقارنة له) كدخول الرجال على النساء و القول بالباطل.

(و فى كتاب على بن جعفر عن اخيه) موسى عليه السلام (قال سألته عن الغناء، هل يصلح فى الفطر و الاضحى و الفرح؟ قال لا بأس، ما لم يزمر به) فانه ظاهر فى ان حرمة الغناء لاجل بعض الملابسات، لا انه حرام فى نفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۱

و الظاهر: ان المراد بقوله: ما لم يزمر به، ما لم يلعب معه بالمزمار او ما لم يكن الغناء بالمزمار و نحوه من آلات الأغانى.

و رواية ابى بصير، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن كسب المغنيات، فقال: التى يدخل عليها الرجال حرام، و التى تدعى الى الاعراس لا بأس به، و هو قول الله عز و جل: وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ.

و عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال: اجر المغنیة التی تزف العرائس لیس به بأس لیست بالتی تدخل علیها الرجال.

(و الظاهر: ان المراد بقوله: ما لم یزمر به، ما لم یلعب معه) ای مع الغناء (بالمزمار، او ما لم یکن الغناء بالمزمار) الّذی هو آلة و باطل (و نحوه من آلات الأغانی) اذ لا خصوصیة للمزمار.

(و روایة ابی بصیر، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام، عن کسب المغنیات، فقال: التی یدخل علیها الرجال حرام و التی تدعی إلی الاعراس لا بأس به، و هو) ای التی یدخل علیها الرجال (قول الله عز و جل وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ) فانه ظاهر فی التفصیل بین اقسام الغناء و ان المحرم منه ما اقترن بمحرم خارجی.

(و عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال: اجر المغنیة التی تزف العرائس لیس به بأس) لانها (لیست بالتی تدخل علیها الرجال) الموجب لحرمة اجرها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۷۲

فان ظاهر الثانیة، و صریح الاولی ان حرمة الغناء منوطة بما یقصد منه فان کان المقصود اقامة مجلس اللهو حرم، و الا، فلا.

و قوله: فی الروایة و هو قول الله اشارة الی ما ذکره من التفصیل و یظهر منه ان کلا الغناءین من لهو الحدیث لکن یقصد باحدهما ادخال الناس فی المعاصی و الاخراج عن سبیل الحق، و طریق الطاعة دون الآخر.

و (فان ظاهر) الروایة (الثانیة، و صریح) الروایة (الأولی ان حرمة الغناء منوطة بما یقصد منه) و یقترن معه (فان کان المقصود اقامة مجلس اللهو حرم) و بتبعه یحرم ثمنه (و الا فلا) حرمة (و قوله) علیه السلام (فی الروایة) الاولی (و هو قول الله اشارة الی ما ذکره من التفصیل) ای ان المحرم ما کان اضلالا، لا ما لیس کذلک، و لیس ضمیر «هو» راجعا الی «ما تدعی الی الاعراس».

اقول: و لکن الظاهر ان «هو» راجع الی «التی یدخل» و قوله «التی تدعی» کالمفهوم للجملة الاولی.

لکن الشیخ تبعا لاستظهاره فی ضمیر «هو» قال: (و یظهر منه) ای من قوله علیه السلام: و هو قول الله (ان کلا الغناءین من لهو الحدیث) لان الامام طبق الآیة علی التفصیل الراجع الی قسمی الغناء (لکن یقصد باحدهما ادخال الناس فی المعاصی و الاخراج عن سبیل الحق، و) عن (طریق الطاعة دون) القسم (الآخر).

و الحاصل: ان اشتراء لهو الحدیث للاضلال حرام لا مطلق اشتراء لهو الحدیث اقول: ان مثل هذه الاستفادة عن استشهاد الامام بالآیة الکریمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۷۳

و انت خبیر بعدم مقاومة هذه الاخبار للاطلاقات لعدم ظهور یعتد به فی دلالتها، فان الروایة الاولی لعلی بن جعفر ظاهرة فی تحقق المعصیة بنفس الغناء فیکون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل علی الترجیع و هو قد یکون مطربا ملهیا فیحرم، و قد لا ینتهی الی ذلک فلا یعصی به.

فی غایة البعد عن الفهم العرفی- کما لا یخفی- هذا غایة ما یستدل به من الروایات للقول بالتفصیل بین اقسام الغناء- کما نسب الی الکاشانی و السبزواری-.

(و) لکن (انت خبیر بعدم مقاومة هذه الاخبار) الاربعة (للاطلاقات) الناهیة عن الغناء بقول مطلق (لعدم ظهور یعتد به فی دلالتها) ای دلالة هذه الاخبار الاربعة (فان الروایة الاولی لعلی بن جعفر ظاهرة فی تحقق المعصیة بنفس الغناء) فان معنی الغناء لا بأس به ما لم یعص به، ان من الغناء محرما و من الغناء محللا، مثل ان یقول القائل لا بأس باکل السمک ما لم یکن املس (فیکون المراد بالغناء

مطلق الصوت المشتمل على الترجيع، و هو) كلى (قد يكون مطربا ملهيا فيحرم، و قد لا ينتهى الى ذلك الحد فلا يعصى به).

فالمراد العصيان بنفس الغناء، لا بأمور آخر مقارنة له.

و ان شئت قلت ان «به» فى قوله «ما لم يعص به» ظاهر فى كون نفس مرجع الضمير معصية، مثل: عصى فلان بشرب الخمر، لا ان الشيء مقدمة للحرام، فانه يشبه ان يقال: عصى فلان بالذهاب الى دكان الخمار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۴

و منه يظهر توجيه الرواية الثانية لعلى بن جعفر، فان معنى قوله:

لم يزمر به، لم يرجع فيه ترجيع المزمار، او لم يقصد منه قصد المزمار، او ان المراد من الزمر: التغنّى على سبيل اللّهو.

و اما رواية ابى بصير، مع ضعفها سندا، بعلى بن ابى حمزة البطائنى فلا تدل الا على كون غناء المغنية التى يدخل عليها الرجال داخلا فى لهو الحديث فى الآية.

و عدم دخول غناء التى تدعى الى

(و منه يظهر توجيه الرواية الثانية لعلى بن جعفر، فان معنى قوله:

لم يزمر به، لم يرجع فيه ترجيع المزمار).

فالغناء الشبيه بالمزمار حرام و غيره حلال، فيكون معنى الغناء مطلق الصوت الحسن (او لم يقصد منه قصد المزمار) اى التلهى و الطرب (او ان المراد من الزمر: التغنى على سبيل اللهو).

فالمعنى حينئذ اوضح، هذا بالإضافة الى قوة احتمال وحدة الحديثين لان الراوى و المروى عنه، و الموضوع فى كليهما واحد، مع قرب المضمونين، فيكون المتن مضطربا لانه قال فى الاول: ما لم يعص به، و قال فى الثانى:

ما لم يزمر به.

(و اما رواية ابى بصير، مع ضعفها سندا، ب) وجود (على بن ابى حمزة البطائنى) فى السند، و هو من الواقفية (فلا تدل الا على كون غناء المغنية التى يدخل عليها الرجال داخلا فى لهو الحديث) المذكور (فى الآية).

(و) كذلك يدل على (عدم دخول غناء) المرأة (التى تدعى الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۵

الاعراس فيها و هذا لا يدل على دخول ما لم يكن منهما فى القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعا.

فاذا فرضنا ان المغنّى يغنّى بأشعار باطلة فدخول هذا فى الآية اقرب من خروجه، و بالجملة فالمذكور فى الرواية تقسيم غناء المغنية باعتبار ما هو الغالب: من انها تطلب للتّغنّى اما فى المجالس المختصة بالنساء كما فى

الاعراس فيها) اى فى لهو الحديث المذكور فى الآية (و هذا) الحديث (لا يدل على دخول ما لم يكن منهما) اى من القسمين المذكورين (فى القسم المباح، مع كونه من لهو الحديث قطعا) بان علمنا من الخارج ان القسم الثالث من لهو الحديث، مثلا.

(فاذا فرضنا ان المغنى يغنى بأشعار باطلة، فدخول هذا) القسم من الغناء (فى الآية اقرب من خروجه).

لكن ربما يقال: ان اللهو الّذى يترتب عليه الضلال هو المحرم، كما يستفاد من الآية، فالحرمة فى المثال الّذى ذكره الشيخ من جهة انطباق الآية، لا من جهة الغناء.

و لذا لو كان لهوا مضلا بدون التغنّى كان أيضا حراما، بالإضافة الى انه لو فرض تغنى الجارية فى مجلس النساء بدون الاضلال و اللهو، كان خروجه اقرب، فلما ذا لا يقاس سائر اقسام الغناء على هذا الفرد.

و كيف كان فظهور الرواية فى عدم الحرمة لا غبار عليه، لكنها ضعيفة السند كما عرفت (و بالجملة فالمذكور فى الرواية تقسيم غناء المغنية، باعتبار ما هو الغالب: من انها تطلب للتغنى اما فى المجالس المختصة بالنساء كما فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۶

الاعراس.

و اما للتغنّى فى مجالس الرجال.

نعم: الانصاف انه لا يخلو عن اشعار، بكون المحرّم هو الّذى يدخل فيه الرجال على المغنيّات.

لكن المنصف لا يرفع اليد عن الاطلاقات لاجل هذا الاشعار

الاعراس) فى البلاد الاسلامية سابقا، حيث كانت الاعراس خاصة بالنساء لا مثل ما راج فى بعض البلاد الآن- و بعد شيوع السفور- من الاختلاط فى مجالس الاعراس بين الرجال و النساء.

(و اما للتغنى فى مجالس الرجال) فالرواية انما تدل على حلّية غناء المغنية فى مجالس النساء فى الاعراس و هذا مما نقول به.

اما جواز غنائها مطلقا اذا لم يكن هناك رجال- كما هو مطلوب المستدل بهذا الخبر- فلا دلالة للخبر على ذلك.

(نعم: الانصاف انه) اى رواية ابى بصير (لا يخلو عن اشعار بكون المحرّم هو الّذى يدخل فيه الرجال على المغنيات) فتدل على حلية ما سوى هذا القسم، سواء كان غناء الاعراس، او مطلق الغناء و لو فى غير العرس.

و انما نقول بهذا الاشعار لان الرواية واردة فى مقام ضابط الحلال و الحرام فاذا خصص الحرام بقسم، دلت على حلية سائر الاقسام.

(لكن) الانسان (المنصف لا يرفع اليد عن الاطلاقات) المتقدمة الدالة على حرام الغناء بقول مطلق (لاجل هذا الاشعار) الضعيف فى رواية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۷

خصوصا مع معارضته بما هو كالصريح فى حرمة غناء المغنّية، و لو لخصوص مولاها، كما تقدم من قوله عليه السلام: قد يكون للرجل الجارية تلهيه، و ما ثمنها الا كثمن الكلب، فتأمل.

و بالجملة: فضعف هذا القول بعد ملاحظة النصوص اظهر من ان يحتاج الى الاظهار.

ابى بصير (خصوصا مع معارضته) اى هذا الاشعار (بما هو كالصريح فى حرمة غناء المغنية، و لو لخصوص مولاها، كما تقدم من قوله عليه السلام: قد يكون للرجل الجارية تلهيه، و ما ثمنها الا كثمن الكلب،) فان كون الثمن حراما لا يكون الا لاجل حرمة الغناء.

فالرواية و ان لم تصرح بحرمة الغناء، الا انها كالصريح فى الحرمة، لذكرها حرمة الثمن الملازمة لحرمة الغناء (فتأمل).

فان الاشعار اذا تم، صلح لتقييد المطلقات، لانه اخص منها خصوصا بعد انصراف بعض المطلقات الى خصوص المجالس التى كانت معتادة فى دور الخلفاء، من اختلاط النساء بالرجال، و وجود سائر المنكرات فى تلك المجالس، كما ان الانصراف المذكور موجود فى حديث: قد يكون للرجل الجارية تلهيه.

(و بالجملة: فضعف هذا القول) اى جواز الغناء فى نفسه لو لا المحرمات المكتنفة به (بعد ملاحظة النصوص) الدالة على حرمة الغناء مطلقا (اظهر من ان يحتاج الى الاظهار) و البيان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۷۸

و ما ابعد ما بين هذا و بين ما سيجىء من فخر الدين من عدم تجويز الغناء بالاعراس لان الروايتين و ان كانتا نصّين فى الجواز الا انهما لا يقاومان الاخبار المانعة لتواترها.

و اما ما ذکره فی الکفایة من تعارض اخبار المنع للاخبار الواردة فی فضل قراءة القرآن فیظهر فساده عند التکلم فی التفصیل.

(و ما ابعد ما بین هذا) القول الّذی ذکره الکاشانی من جواز الغناء مطلقا، الا ما خرج بالدلیل (و بین ما سیجیء من فخر الدین) ولد العلامة ره (من عدم تجویز الغناء بالاعراس) أیضا قال: (لان الروایتین) الدالتین علی جواز الغناء فی الاعراس و هما: روایتا ابی بصیر (و ان کانتا نصّین فی الجواز الا انهما لا یقاومان الاخبار المانعة) الدالة علی الحرمة مطلقا (لتواترها).

و قد ذکروا فی الأصول: ان المطلق انما یقید بالمقید، اذا کان المقید له قوة فی التقیید، و اذ اکثرت الاطلاقات و تظافرت لم یکن للمقید ان یقیدها فاللازم معاملة باب التعارض بینهما ان لم یکن للمقید محمل ممکن.

(و اما ما ذکره فی الکفایة من تعارض اخبار المنع) عن الغناء (للاخبار الواردة فی فضیل قراءة القرآن) فالقرآن المقروّ بالغناء منهی عنه، لانه غناء، و مأمور به لانه قرآن.

و اذا تعارض الدلیلان تساقطا، و کان المرجع اصالة الجواز (فیظهر فساده عند التکلم فی التفصیل) الآتی و ان الجواز و الاستحباب و الکراهة لا یمکنها ان تعارض الوجوب و الحرمة کحرمة شرب الخمر، و ان طلبه شخص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۷۹

و اما الثانی فهو الاشتباه فی الموضوع

ما ظهر من بعض من لا خبرة له من طلبة زماننا تقلید المن سبقه من اعیاننا، من منع صدق الغناء فی المراثی، و هو عجیب، فانه ان اراد ان الغناء مما یکون لموادّ الالفاظ دخل فیه، فهو تکذیب للعرف و اللغة.

اما اللغة: فقد عرفت.

و اما العرف: فلانه لا ریب ان من سمع من بعید صوتا مشتملا علی

مسلم، فان استحباب اجابة المسلم لا توازیه حرمة شرب الخمر.

(و اما الثانی) من اقسام عروض الشبهة فی حرمة الغناء (فهو الاشتباه فی الموضوع، ما ظهر من بعض من لا خبرة له من طلبة زماننا تقلید المن سبقه من اعیاننا) الذین منعوا صدق الغناء علی المرثیة، لقولهم بان کیفیة الرثاء غیر کیفیة الغناء و الطرب.

لکن هذا البعض اشتبه فحمل کلامهم علی غیر محمله (من منع صدق الغناء فی المراثی) اطلاقا سواء کان فیه طرب، أو لا.

و کانه زعم انصراف الغناء الی ما یکون للسرور و الفرح فقط (و هو عجیب فانه ان اراد ان الغناء مما یکون لمواد الالفاظ) کمادة الرثاء، و مادة الاطوار، و مادة الاخبار، و ما اشبه (دخل فیه، فهو تکذیب للعرف و اللغة) فانهما یرون الغناء کیفیة لا مادة.

(اما اللغة: فقد عرفت) تعریفاتهم للغناء، بانه صوت مطرب، او ما اشبه ما لم یأخذوا لمادة اللفظ دخلا فیه.

(و اما العرف: فلانه لا ریب ان من سمع من بعید صوتا مشتملا علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۰

الاطراب المقتضی للرقص، او ضرب آلات اللهو، لا یتأمل فی اطلاق الغناء علیه، الی ان یعلم موادّ الالفاظ.

و ان اراد ان الکیفیة التی یقرأ بها للمرثیة لا یصدق علیها تعریف الغناء، فهو تکذیب للحسّ.

و اما الثالث: و هو اختصاص الحرمة ببعض افراد الموضوع.

فقد حکی فی جامع المقاصد: قولا لم یسمّ قائله، باستثناء الغناء فی

الاطراب المقتضی) ذلک الاطراب (للرقص، او) ل (ضرب آلات اللهو، لا یتأمل) و لا یتوقف (فی اطلاق الغناء علیه) ای علی ذلک الصوت المسموع من البعید (الی ان یعلم مواد الالفاظ) و لو کان للمادهٔ دخل لکان اللازم ان یتوقف حتی یعرف انه هل هو مرثیهٔ فلیس بغناء، او غیره فهو غناء.

(و ان اراد) هذا القائل بان المرثیهٔ لیست بغناء (ان الکیفیهٔ التی یقرأ بها للمرثیهٔ) کیفیهٔ خاصهٔ، لا علاقهٔ لها بالاطراب، حتی یشمله الغناء.

ف (لا یصدق علیها) ای علی تلک الکیفیهٔ (تعریف الغناء، فهو تکذیب للحس) فانا نحس ان المرثیهٔ تتأتی بنفس الکیفیهٔ التی تتأتی بها سائر اقسام الغناء.

اقول: لعل بعض الاعیان القائلین بان المرثیهٔ لیست غناء، ارادوا المراثی المتعارفهٔ.

(و اما الثالث: و هو اختصاص الحرمهٔ ببعض افراد الموضوع) بمعنی تسلیم انه غناء، و لکن الکلام فی انه غناء لیس بحرام.

(فقد حکی فی جامع المقاصد: قولا لم یسم قائله، باستثناء الغناء فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۱

المراثی، نظیر استثنائه فی الاعراس و لم یذکر وجهه.

و ربما وجهه بعض من متأخری المتأخرین بعمومات ادلهٔ الابکاء، و الرثاء، و قد اخذ ذلک مما تقدم من صاحب الکفایهٔ من الاستدلال بإطلاق ادلهٔ قراءهٔ القرآن.

و فیه: ان ادلهٔ المستحبات لا تقاوم ادلهٔ المحرمات خصوصا التی یکون

المراثی، نظیر استثنائه فی الاعراس و لم یذکر وجهه) ای وجه الاستثناء فان وجه استثناء الاعراس واضح، و هو النص، اما المراثی فلا نص خاص فیها یقتضی استثنائها.

(و ربما وجهه بعض من متأخری المتأخرین) بالانصراف، لأدلّهٔ الغناء عن مثله.

و وجهه آخرون (بعمومات ادلهٔ الابکاء و الرثاء) کقوله علیه السلام:

من بکی او ابکی او تباکی وجبت له الجنهٔ، و قوله علیه السلام: لبعض الشعراء إرث الحسین علیه السلام (و قد اخذ ذلک) التوجیه هذا البعض (مما تقدم من صاحب الکفایهٔ) السبزواری (من الاستدلال بإطلاق ادلهٔ قراءهٔ القرآن) حیث ان السبزواری قال: بان اطلاق ادلهٔ القراءهٔ شامل للقراءهٔ المقارنهٔ بالغناء.

و هذا البعض قال: اطلاق ادلهٔ الرثاء شامل للرثاء المقارن بالغناء

(و فیه: ان ادلهٔ المستحبات لا تقاوم ادلهٔ المحرمات) فاذا قال المولی یستحب اجابهٔ المسلم، لم یشمل ما اذا طلب المسلم من غیره ان یأتی بالمحرم، کشرب الخمر مثلا (خصوصا) المحرمات (التی یکون) تلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۲

من مقدماتها، فان مرجع ادلهٔ الاستحباب الی استحباب ایجاد الشیء بسببه المباح لا بسببه المحرم، الا تری انه لا یجوز ادخال السرور فی قلب المؤمن و اجابته بالمحرمات، کالزنا و اللواط و الغناء، و السر فی ذلک

المحرمات (من مقدماتها) ای مقدمات المستحبات، بان یتوقف المستحب علی الحرام کتوقف الابکاء المستحب علی الغناء الحرام، او کتوقف اجابهٔ المؤمن الی المشی فی الارض المغصوبهٔ للوصول إلیه.

اما ان دلیل المستحب لا یقاوم دلیل الحرام، لان الباب من قبیل المتزاحم.

و من المعلوم: ان الا۔هم مقدم علی المهم، و اما الخصوصیة التی ذکرها المصنف ره فیما اذا کان المحرم من مقدمات المستحب، فلان المقدمة للمستحب لیست مستحبة، فتبقی محرمة محضة.

فدلیل المستحب لا یقاوم المحرم فی نفس المستحب، فکیف یقاوم الحرام المقترن بمقدمة المستحب (فان مرجع ادلة الاستحباب الی استحباب ایجاد الشیء بسببه المباح) کاعطاء زید دینارا الّذی کان مباحا لی، لا اعطائه دینارا مغصوبا، و قضاء حاجته بالشیء فی الارض المباحة لا۔فی الارض المغصوبة (لا بسببه المحرم، الا تری انه) من البدیهیات الاولیة انه (لا یجوز ادخال السرور فی قلب المؤمن و اجابته) ای اجابة المؤمن- التی هی مستحبة فی نفسها- (بالمحرمات، کالزنا و اللواط و الغناء، و السر فی ذلک) الّذی ذکرنا من عدم مقاومة دلیل المستحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۳

ان دلیل الاستحباب انما یدل علی کون الفعل، لو خلّی و طبعه خالیا عما یوجب لزوم احد طرفیه.

فلا ینافی ذلک طروّ عنوان من الخارج یوجب لزوم فعله، او ترکه، کما اذا صار مقدمة لواجب، او صادفه عنوان محرم، فاجابة المؤمن و ادخال السرور فی قلبه لیس فی نفسه شیء ملزم لفعله او ترکه.

فاذا تحقق فی ضمن الزنا فقد طرأ علیه عنوان ملزم لترکه، کما انه اذا امر به

لدلیل المحرم (ان دلیل الاستحباب انما یدل علی کون الفعل، لو خلّی و طبعه خالیا عما یوجب لزوم احد طرفیه) وجودا ایجابا، او نفیا تحریما فخبر: کون، کلمة: مستحبا، التی حذفت من الکلام لوضوحها.

(فلا ینافی ذلک) الاستحباب الطبعی (طروّ عنوان من الخارج یوجب لزوم فعله، او) لزوم (ترکه، کما اذا صار مقدمة لواجب) فانه یلزم فعله و ان کان فی نفسه مستحبا، کسقی المؤمن المشرف علی الهلکة، فانه واجب لانه انقاذ نفس محترمة، و ان کان السقی فی نفسه مستحبا (او صادفه عنوان محرم) فانه یلزم ترکه و ان کان فی نفسه مستحبا، کسقی المریض الّذی یضره الماء ضررا بالغا، فانه محرم و ان کان سقی المؤمن فی نفسه مستحبا (فاجابة المؤمن و ادخال السرور فی قلبه لیس فی نفسه) و لو خلّی و طبعه (شیء ملزم لفعله او ترکه) ای لا یکون الانسان ملزما بان یفعله او یترکه بل مستحب فی نفسه-

(فاذا تحقق فی ضمن الزنا فقد طرأ علیه عنوان ملزم لترکه) لان الزنا محرم، فلا یبقی مجال للاستحباب (کما انه اذا امر به) ای بهذا المستحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۴

الوالد او السید، طرأ علیه عنوان ملزم لفعله.

و الحاصل: ان جهات الاحکام الثلاثة اعنی الاباحة و الاستحباب و الکراهة، لا۔ تزاحم جهة الوجوب او الحرمة، فالحکم لهما مع اجتماع جهتیهما مع احدی الجهات الثلاث.

و یشهد بما ذکرنا من عدم تأدّی المستحبات فی ضمن المحرمات، قوله

الّذی هو اجابة المؤمن، و ادخال السرور فی قلبه (الوالد) و قلنا بوجوب اطاعة الوالد حتی فی مثل هذه الامور (او السید طرأ علیه عنوان ملزم لفعله)

(و الحاصل: ان جهات الاحکام الثلاثة اعنی الاباحة و الاستحباب و الکراهة، لا تزاحم جهة الوجوب او الحرمة، فالحکم لهما) ای للوجوب و الحرمة (مع اجتماع جهتیهما مع احدی الجهات الثلاث) فاذا اجتمع وجوب مع کراهة او استحباب او إباحة، لزم الاتیان

بالشيء، و لا يجوز تركه، لانه مستحب او مكروه او مباح.

و كذا اذا اجتمعت الحرمة مع احدى الثلاث لزم الترك و لا يلاحظ تلك العناوين الثلاثة ليرتب عليها اثرها.

نعم في مقام التعارض يجب اعمال قواعد المعارضة من ترجيح السند و شبهه، و لا يلاحظ اقوائية الوجوب و الحرمة ملاكا.

فاذا ورد هناك خبران احدهما يدل على وجوب غسل الاحرام و حرمة تركه، و الآخر على استحبابه، و كان الثاني اقوى سندا او جهة- مثلا- قدم على الخبر الدال على الوجوب.

(و يشهد بما ذكرنا من عدم تأدّى المستحبات في ضمن المحرمات قوله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۵

صلى الله عليه و آله: اقرءوا القرآن بألحان العرب، و اياكم و لحون اهل الفسوق و الكبائر، و سيجيء بعدى اقوام يرجّعون القرآن ترجيع الغناء، و النوح، و الرهبانية، لا يجوز تراقيهم، قلوبهم مقلوبة، و قلوب من يعجبه شأنهم.

قال في الصحاح: اللحن واحد الالحان و اللحون، و منه الحديث: اقرءوا

صلى الله عليه و آله: اقرءوا القرآن بألحان العرب، و اياكم و لحون اهل الفسوق و الكبائر، و سيجيء بعدى اقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء، و النوح) و الظاهر ان المراد بالنوح الغناء الحزين، كما جرت العادة على ذلك قديما و حديثا عند من لا يتورع (و الرهبانية) لعل المراد الاسلوب الّذى يقرئه رهبان النصارى للانجيل، فانه كيفية غنائية خاصة، فان الشخص قد يقرأ القرآن مثل قراءة اهل الفرح، و قد يقرئه مثل قراءة المرثية و قد يقرئه مثل قراءة الزهاد مما فيه شطحات و تصعدات و تأوهات، كما يفعل ذلك بعض الصوفية، و هو من اقسام الغناء أيضا.

ف (لا- يجوز) قراءة القرآن (تراقيهم) فانه ليس بمقبول حتى يصعد الى من يصعد إليه الكلم الطيب و المراد بالترقوة: الحنجرة و (قلوبهم مقلوبة) كناية عن عدم استقرار الايمان و الفضيلة فيه، كالآنية المقلوبة التى لا يستقر فيها الماء و الطعام (و قلوب من يعجبه شأنهم).

اذ لو كان قلب ذلك الشخص سليما لم يعجبه المحرم.

(قال في الصحاح: اللحن واحد الالحان و اللحون، و منه الحديث: اقرءوا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۸۶

القرآن بلحون العرب، و قد لحن في قراءته اذا طرب بها و غرّد، و هو الحن الناس اذا كان احسنهم قراءة او غناء انتهى.

و صاحب الحدائق جعل اللحن في هذا الخبر بمعنى اللغة، اى بلغة العرب، و كانه اراد باللغة اللهجة.

و تخيل ان ابقائه على معناه، يوجب ظهور الخبر في جواز الغناء في القرآن و فيه ما تقدم من ان مطلق اللحن اذا لم يكن على سبيل اللهو ليس غناء.

و قوله صلى الله عليه و آله و سلّم:

القرآن بلحون العرب، و قد لحن في قراءته اذا طرب بها و غرّد) تغريد البلابل (و هو الحن الناس اذا كان احسنهم قراءة او غناء، انتهى) كلام الصحاح فهذا الكلام يدل على ان اللحن يستعمل بمعنى الحسن الجامع للغناء و القراءة الحسنة، و حيث نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلّم، عن لحون اهل الفسوق، دل على حرمة الغناء في القرآن، و اما المراد بلحن العرب فهو لهجتهم المفهمة بالجمال.

(و صاحب الحدائق جعل اللحن في هذا الخبر بمعنى اللغة اى بلغة العرب، و كانه اراد باللغة اللهجة) اى الكيفية اذ لا معنى للغة بمعناها المعروف.

(و تخیل ان ابقائه) ای اللحن (علی معناه، یوجب ظهور الخبر فی جواز الغناء فی القرآن) و کانه رأی اللحن عبارهٔ اخری عن الغناء.

(و فیه ما تقدم من ان مطلق اللحن اذا لم یکن علی سبیل اللهو لیس غناء).

(و) محل الشاهد فی هذا الخبر: ان (قوله صلی الله علیه و آله و سلّم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۷

و ایاکم و لحون اهل الفسق، نهی عن الغناء فی القرآن.

ثم ان فی قوله: لا یجوز تراقیهم، اشارهٔ الی ان مقصودهم لیس تدبر معانی القرآن، بل هو مجرد الصوت المطرب.

و ظهر مما ذکرنا انه لا تنافی بین حرمهٔ الغناء فی القرآن، و ما ورد من قوله صلی الله علیه و آله و سلّم: و رجّع فی القرآن صوتک، فان الله یحب الصوت الحسن.

فان المراد بالترجیع تردید الصوت فی الحلق.

و من المعلوم ان مجرد ذلک لا یکون غناء، اذا لم یکن علی

و ایاکم و لحون اهل الفسق نهی عن الغناء فی القرآن) اذ لیس لاهل الفسوق کیفیهٔ خاصهٔ فی الکلام الا الغناء.

(ثم ان فی قوله) صلی الله علیه و آله و سلّم: (لا یجوز تراقیهم، اشارهٔ الی ان مقصود هم لیس تدبر معانی القرآن بل هو مجرد الصوت المطرب)

و لعل ما ذکرناه اظهر و ان کان بین ما ذکرناه و بین ما ذکره المصنف التلازم.

(و ظهر مما ذکرنا) من الفرق بین الصوت الحسن، و بین الغناء (انه لا تنافی بین حرمهٔ الغناء فی القرآن، و) بین (ما ورد من قوله صلی الله علیه و آله و سلّم: و رجع فی القرآن صوتک، فان الله یحب الصوت الحسن)

(ف) وجه عدم المنافات (ان المراد بالترجیع تردید الصوت فی الحلق) کانه یخرج و یرجع.

(و من المعلوم ان مجرد ذلک) الترجیع (لا یکون غناء، اذا لم یکن علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۸

سبیل اللهو، فالمقصود من الامر بالترجیع ان لا یقرأ کقراءهٔ عبائر الکتب عند المقابلهٔ.

لکن مجرد الترجیع لا یکون غناء، و لذا جعله نوعا منه فی قوله صلی الله علیه و آله و سلّم یرجعون القرآن ترجیع الغناء.

و فی محکی شمس العلوم: ان الترجیع تردید الصوت، مثل ترجیع اهل الالحان و القراءهٔ و الغناء، انتهی.

سبیل اللهو، فالمقصود من الامر بالترجیع ان لا یقرأ) القرآن (کقراءهٔ عبائر الکتب عند المقابلهٔ) بل یستحب ان یکون للقراءهٔ طور خاص کطور الخطابهٔ مثلا

و قد اعتاد القراء فی هذا الزمان الی نوعین من القراءهٔ.

الاول: ما فیه ترجیع و مدّ و ترفیع و تخفیض.

الثانی: ما یعبرون عنه «القراءهٔ باللحن» و هو اقل مدّا و ترجیعا.

و الظاهر ان کلیهما داخل فی الحان العرب المندوب إلیه فی الحدیث السابق.

(لکن مجرد الترجیع لا یکون غناء، و لذا) الّذی ذکرنا ان کل ترجیع لیس بغناء (جعله) ای الغناء (نوعا منه) ای من الترجیع (فی قوله صلی الله علیه و آله و سلّم) فی ذم الاقوام (یرجعون القرآن ترجیع الغناء) و لو کان کل ترجیع غناء کان القید لغوا، کما لا یخفی.

(و فی محکی شمس العلوم) ما یدل علی ان الترجیع یمکن تحققه بدون الغناء، فانه قال: (ان الترجیع تردید الصوت، مثل ترجیع اهل

الالحان و القراءة و) ترجیع (الغناء، انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۸۹

و بالجملـة: فلا تنافی بین الخبرین، و لا بینهما و بین ما دل علی حرمـة الغناء حتی فی القرآن کما تقدم زعمه من صاحب الکفایة تبعا- فی بعض ما ذکره من عدم اللهو فی قراءة القرآن و غیره- لما ذکره المحقق الاردبیلی ره حیث انه بعد ما وجّه اسـتثناء المراثی و غیرها من الغناء، بانه ما ثبت الاجماع الا فی غیرها.

و المراد باهل الالحان و القراءة شـیء واحـد کما لا یخفی، و قد یکون المراد بالالحان ما یعبر عنه بالتصـنیف، و هو قسم بین القراءة و الغناء.

(و بالجملـة: فلا تنافی بین الخبرین) ما قال: رجع بالقرآن صوتک، و ما قال: و ایاکم و لحون اهل الفسوق، (و لا) تنافی أیضا (بینهما) ای بین الخبرین الـدالین علی ترجیع القرآن، و قراءته بلحن العرب (و بین مـا دل علی حرمـة الغنـاء حـتی فی القرآن) من الاطلاقـات الناهیـة عن الغناء الشاملـة للقراءة الغنائیـة (کما تقـدم زعمه من صاحب الکفایة) حیث انه قال بالتعارض بین ما دل علی حرمة الغناء، و بین ما دل علی اسـتحباب القراءة الشامل للقراءة الغنائیة، ثم قدم دلیل اسـتحباب قراءة القرآن، و جوز الغناء فی القرآن (تبعا- فی بعض ما ذکره من عدم اللهو فی قراءة القرآن و غیره-) و لذا یجوز، اذ الاخبار الناهیة عن الغناء تنهی عن اللهو، و قراءة القرآن لیست لهوا، و ان ادّاهـا القاری بصورة الغناء (لما ذکره المحقق الاردبیلی ره حیث انه) ای الاردبیلی (بعـد ما وجه اسـتثناء المراثی و غیرها من الغناء، بانه ما ثبت الاجماع) علی التحریم (الا فی غیرها) ای غیر المراثی و نحوها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۰

و الاخبـار لیست بصـحیحة صـریحة فی التحریم مطلقـا ایّـد اسـتثناء المراثی بـان البکاء و التفجع مطلوب مرغوب، و فیه ثواب عظیم، و الغناء معین علی ذلک، و انه متعارف دائما فی بلاد المسلمین من زمن المشایخ الی زماننا هذا، من غیر نکیر.

ثم ایّده بجواز النیاحة، و جواز اخذ الاجر علیها.

و الظاهر انها لا تکون الا معه.

(و الاخبار) الدالة علی التحریم مطلقا (لیست بصحیحة) و لا (صریحة فی التحریم مطلقا).

و الحاصل انه لا اخبار تشمل المراثی و لا اجماع (ایّد استثناء المراثی)

و قوله «ایّـد» هـذا هو محل الشاهد الّذی اخذ منه صاحب الکفایة (بان البکاء و التفجع مطلوب مرغوب، و فیه ثواب عظیم) علی الامام الشـهید، او مطلقـا ای علی النبی صـلی الله علیه و آله و سـلّم، و سائر الائمـة الطاهرین، بما فیهم الصدیقـة الطاهرة صـلوات الله علیها (و الغنـاء معین علی ذلـک) البکـاء و التفجع (و انه) ای الغنـاء فی المراثی (متعارف دائما فی بلاد المسـلمین من زمن المشایـخ الی زماننا هذا، من غیر نکیر) و لو کان الغناء حراما مطلقا لنهی العلماء عن الغناء فی المرثیة.

(ثم ایّده) ای جواز الغناء فی المرثیة (لجواز النیاحة، و جواز اخذ الاجر علیها) فی الروایات الواردة عن الائمة الطاهرین.

(و) قال: (الظاهر انها) ای النیاحة (لا تکون الا معه) ای مع الغناء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۱

و بان تحریم الغناء للطرب علی الظاهر، و لیس فی المراثی طرب، بل لیس الا الحزن، انتهی.

و انت خبیر بان شیئا مما ذکره لا ینفع فی جواز الغناء علی الوجه الّذی ذکرنا.

امـا کون الغنـاء معینـا علی البکـاء و التفجع، فهو ممنوع، بنـاء علی ما عرفت من کون الغناء هو الصوت اللهوی بل و علی ظاهر تعریف

المشهور من الترجیع المطرب لان الطرب الحاصل منه ان کان سرورا فهو مناف للتفجع لا معین،

(و) ایّد الاردبیلی أیضا جواز الغناء فی المراثی (بان تحریم الغناء) انما هو (للطرب علی الظاهر) المستفاد من انصراف ادلة الغناء الی ما فیه الطرب (و لیس فی المراثی طرب، بل لیس الا الحزن، انتهی) کلام المقدس الاردبیلی.

(و انت خبیر بان شیئا مما ذکره لا ینفع فی جواز الغناء علی الوجه الّذی ذکرنا) من انه الصوت اللهوی المطرب.

و ان دلت تلک الوجوه، فانما تدل علی جواز حسن الصوت و الترجیع غیر الغنائی.

(اما) قول المقدس (کون الغناء معینا علی البکاء و التفجع، فهو ممنوع بناء علی ما عرفت من کون الغناء هو الصوت اللهوی، بل و علی ظاهر تعریف المشهور) أیضا (من) تعریف الغناء بما فیه (الترجیع المطرب).

وجه المنع (لان الطرب الحاصل منه) ای من الغناء (ان کان سرورا فهو مناف للتفجع) و الحزن (لا معین) له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۲

و ان کان حزنا، فهو علی ما هو المرکوز فی النفس الحیوانیة من فقد المشتهیات النفسانیة، لا علی ما اصاب سادات الزمان، مع انه علی تقدیر الاعانة لا ینفع فی جواز الشیء لمستحب او مباح بل لا بدّ من ملاحظة عموم دلیل الحرمة له.

فان کان فهو، و الا فیحکم باباحته، للاصل.

و علی ای حال فلا یجوز التمسک للاباحة بکونه مقدمة لغیر حرام

(و ان کان) الطرب الحاصل، و الخفة الطارئة للنفس من الغناء (حزنا ف) لا یکون ذلک لاجل الائمة الطاهرین بل یکون (هو علی ما هو المرکوز فی النفس الحیوانیة من فقد المشتهیات النفسانیة) فان الانسان اذا هاج تذکر المشتهیات و حرمانه منها، و لذا یحزن و یتفجع (لا علی ما اصاب سادات الزمان) من المصائب و الاشجان (مع انه علی تقدیر الاعانة) من الغناء لتهییج الحزن علی سادات الزمان (لا ینفع فی جواز الشیء) المحرّم بذاته (کونه مقدمة لمستحب او مباح، بل لا بدّ من ملاحظة عموم دلیل الحرمة له) ای لذلک الشیء.

(فان کان) دلیل الحرمة موجودا (فهو) و یجب الحکم بالحرمة (و الا) یکن له دلیل الحرمة (فیحکم باباحته، للاصل) لا لکونه مقدمة لمباح، او مستحب.

(و علی ای حال) سواء کان دلیل الحرمة موجودا، أم لا (فلا یجوز التمسک للاباحة بکونه مقدمة لغیر حرام) کما صنعه الاردبیلی قدس سره، حیث استدل لکون الغناء لیس بحرام بانه مقدمة للحزن و البکاء الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۳

لما عرفت.

ثم انه یظهر من هذا، و ما ذکر اخیرا من ان المراثی لیس فیها طرب ان نظره الی المراثی المتعارفة لاهل الدیانة التی لا یقصدونها الا للتفجع و کانه لم یحدث فی عصره المراثی التی یکتفی بها اهل اللهو، و المترفون من الرجال و النساء عن حضور مجالس اللهو و ضرب العود و الاوتار و التغنی بالقصب و المزمار، کما هو الشائع فی زماننا الّذی قد اخبر النبی صلی الله علیه و آله و سلّم بنظیره فی قوله: یتخذون القرآن مزامیر کما ان زیارة سیدنا و

لیس بمحرم، بل مستحب (لما عرفت) من ان المقدمیّة لا توجب رفع الحرمة اذا کان الشیء حراما ذاتا.

(ثم انه یظهر من هذا) الکلام للمقدس، ای قوله: ان الغناء مقدمة للتفجع و الحزن (و ما ذکر اخیرا من ان المراثی لیس فیها طرب)

یظهر من هـذین الکلامین (ان نظهره الی المراثی المتعارفـة لاهل الدیانـة التی لا یقصدونها الا للتفجع) و الحزن (و کانه لم یحدث فی عصـره المراثی التی یکتفی بهـا اهل اللهو، و المترفون من الرجال و النساء عن حضور مجالس اللهو و ضـرب العود و الاوتار، و التغنی بالقصب و المزمار، کما هو الشائع فی زماننا).

اقول: کان الّـذی ذکره الشـیخ ره، کان فی زمانه فقط، اما فی زماننا فلم اجـد مثل هذه المجالس (الّذی قد اخبر النبی صـلی الله علیه و آله و سـلم بنظیره فی قوله: یتخـذون القرآن مزامیر) ای یقرءونه فی المزامیر او یقرءونه کالطور الّـذی ینفـخ فی المزامیر (کما ان زیارة سیدنا و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۴

مولانا ابی عبد الله علیه السلام صار سفرها من اسفار اللهو و النزهة لکثیر من المترفین.

و قد اخبر النبی صلی الله علیه و آله و سلّم، بنظیره فی سفر الحج، و انه یحج اغنیاء امتی للنزهة، و الاوساط للتجارة، و الفقراء للسمعة.

و کان کلامه صلی الله علیه و آله و سلّم کالکتاب العزیز وارد فی مورد و جار فی نظیره.

و الّذی اظن ان ما ذکرنا فی معنی الغناء

مولانا ابی عبد الله علیه السلام صار سفرها من اسفار اللهو و النزهة لکثیر من المترفین) المترف بصیغة المفعول.

(و قد اخبر النبی صـلی الله علیه و آله و سـلّم، بنظیره فی سـفر الحج و) قال صلی الله علیه و آله و سلّم ما حاصله: (انه یحج اغنیاء امتی للنزهة) و السیاحة (و الاوساط للتجارة) و الاکتساب (و الفقراء للسمعة) و ان یعرفوا باسم الحاج.

(و کـان کلامـه صـلی الله علیه و آله و سـلّم کالکتـاب العزیز وارد فی مورد) خاص و مصـداق مخصوص (و جار فی نظیره) مثلا قوله سبحانه: و نرید ان نمن علی الذین استضـعفوا فی الارض، وارد فی مورد بنی اسـرائیل الذین اضـطهدوا علی ید فرعون و لکنه جار فی کل مستضعف من قبل اهل الباطل

و من مصـادیقه الامـام المهـدی علیه السـلام، و شـیعة الامـام امیر المؤمنین علیه السـلام، فقول الرسول وارد فی الحـج و جار فی زیارة الائمة الطاهرین.

(و الّذی اظن) حسب ظواهر کلام القوم (ان ما ذکرنا فی معنی الغناء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۵

المحرم: من انه الصوت اللهوی، ان هؤلاء و غیرهم غیر مخالفین فیه.

و اما ما لم یکن علی جهـة اللهو المناسب لسائر آلاته فلا دلیل علی تحریمه، لو فرض شـمول الغناء له لان مطلقات الغناء منزلـة علی ما دل علی اناطة الحکم فیه باللهو و الباطل من الاخبار المتقدمة خصوصا مع انصرافها فی انفسها- کاخبار المغنیة- الی هذا الفرد.

بقی الکلام فی ما استثناه المشهور من الغناء،

اشارة

المحرم: من انه الصوت اللهوی، ان هؤلاء) الکاشانی و السبزواری و الاردبیلی (و غیرهم غیر مخالفین فیه) بل کلهم یقولون بالحرمة.

(و اما ما لم یکن علی جهة اللهو المناسب لسائر آلاته) «المناسب» صـفة «لهو» ای ما لم یکن لهویا بحیث یناسب آلات اللهو (فلا دلیل علی تحریمه، لو فرض شمول الغناء له) لانه قد تقدم ان المحرم هو اللهو.

اما الغناء فان ساوى اللهو حرم مطلقا، و الا لم يحرم فيما اذا لم يكن لهوا (لان مطلقات) تحريم (الغناء منزلة على ما دل على اناطة الحكم فيه باللهو و الباطل من الاخبار المتقدمة).

و انما نتزلها لقوة دلالة تلك الاخبار على اناطة الحكم مناط اللهو (خصوصا مع انصرافها) اى تلك الاخبار (فى انفسها) الى الغناء اللهوى (- كاخبار المغنية- الى هذا الفرد) اى اللهوى من الغناء، لكن تقدم من الشيخ انه يرى ان كل غناء لهوى، و انما ذكر هذا الكلام على سبيل الفرض و التسليم.

(بقى الكلام فى ما استثناه المشهور من) حرمة (الغناء) فقالوا: بانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۶

و هو امران.

أحدهما الحداء بالضم، كدعاء صوت يرجع فيه للسير بالابل.

و فى الكفاية ان المشهور: استثنائه، و قد صرح بذلك فى شهادات الشرائع و القواعد و فى الدروس.

و على تقدير كونه من الاصوات اللهوية- كما يشهد به استثنائهم اياه عن الغناء، بعد اخذهم الاطراب فى تعريفه- فلم اجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الاخبار بالتحريم- عدا رواية نبوية، ذكرها فى المسالك من تقرير النبى صلى الله عليه و آله و سلّم، لعبد الله ابن رواحة حيث حدا للابل و كان

غناء حلال (و هو امران).

(احدهما الحداء بالضم، كدعاء) و هو (صوت يرجع فيه للسير بالابل)

(و) قال السبزوارى (فى الكفاية ان المشهور: استثنائه، و قد صرح بذلك) الاستثناء (فى شهادات الشرائع و القواعد و فى الدروس) انما جاء بلفظة «فى» ثانيا لبيان ان الاستثناء فى الدروس ليس فى كتاب الشهادات

(و على تقدير كونه من الاصوات اللهوية- كما يشهد به) لكونه لهوا (استثنائهم اياه) اى الحداء (عن الغناء، بعد اخذهم الاطراب فى تعريفه-) و الا فلو لم يكن لهويا لم يكن وجه لاستثنائه من الغناء الّذى عرفوه بانه الصوت المطرب- اى اللهوى- (فلم اجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الاخبار بالتحريم-) للغناء مطلقا (عدا رواية نبوية، ذكرها فى المسالك من تقرير النبى صلى الله عليه و آله و سلّم، لعبد الله ابن رواحة حيث حدا للابل، و كان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۲، ص: ۳۹۷

حسن الصوت، و فى دلالته و سنده ما لا يخفى.

الثانى: غناء المغنية فى الاعراس اذا لم يكتنف بها محرم آخر

من التكلم

حسن الصوت، و فى دلالته و سنده ما لا يخفى).

اذ لم يدل الحديث على ان حداه، كان من قسم الغناء، و سنده ضعيف جدا.

لكن لا يخفى ان ضعف السند مع عمل المشهور جابر، بمعنى ان عمل المشهور يكشف عن احد شيئين اما استنادهم الى هذه الرواية او الى رواية اخرى حجة، فتأمل.

و ضعف الدلالة فیه ان المفروض کون الحداء من قسم الغناء، فاذا ورد تقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلّم له کان کافیا فی الدلالة علی الجواز

هذا بالإضافة الی ما دل علی تقریر الامام الحسین علیه السلام للطرماح حین حدی ابل رکبه فی سفر کربلاء باشعار، مطلعها:

یا ناقتی لا تذعری من زجری و امض بنا قبل طلوع الفجر

و ما رواه الصدوق عن السکونی عن جعفر بن محمد، عن آبائه علیهم السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلّم: زاد المسافر الحداء و الشعر ما کان منه لیس فیه خناء- ای الفحش- او جفاء او حنان و کذا رواه البرقی فی المحاسن عن النوفلی عن السکونی هذا و للکلام مجال آخر فانه خارج عن غرض هذا الشرح.

(الثانی) من موردی جواز الغناء (غناء المغنیة فی الاعراس اذا لم یکتنف بها) و یکون معها (محرم آخر من التکلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۸

بالاباطیل و اللعب بآلات الملاهی المحرمة، و دخول الرجال علی النساء

و المشهور استثنائه للخبرین المتقدمین عن ابی بصیر، فی اجر المغنیة التی تزف العرائس و نحوهما ثالث عنه أیضا.

و إباحة الاجر لازمة لاباحة الفعل.

و دعوی: ان الاجر لمجرد الزف لا للغناء عنده مخالفة للظاهر.

لکن فی سند الروایات ابو بصیر، و هو غیر صحیح.

بالاباطیل و اللعب بآلات الملاهی المحرمة، و دخول الرجال علی النساء)

فان الغناء حینئذ یحرم للدلیل، و الا فالمحلل الّذی یکتنفه محرم، لا یحرم بنفسه، بل المحرم هو الشیء الحرام المکتنف للشیء الحلال.

(و المشهور استثنائه) فقالوا بجوازه (للخبرین المتقدمین عن ابی بصیر، فی اجر المغنیة التی تزف العرائس و نحوهما ثالث عنه أیضا).

(و) هذه الاخبار و ان لم تصرح بحلّیة الغناء، لکن اجازتها لاخذ الأجر کاشفة عن ذلک، اذ: (إباحة الاجر لازمة لاباحة الفعل) لما تقدم فی اوّل الکتاب من ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه.

(و دعوی) ان الاخبار لا تدل علی إباحة الغناء، ل (ان الاجر لمجرد الزف) للعروس، و الحفاوة بها الی زوجها (لا للغناء عنده) ای عند الزف (مخالفة للظاهر) فان الکلام حول کسب المغنیة بما هی مغنیة لا بما هی تزف العرائس.

(لکن فی سند الروایات ابو بصیر، و هو غیر صحیح) لضعف فی احدهما و جهل فی الثانی، نعم الثالث صحیح، و یکفی حجیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۳۹۹

و الشهرة علی وجه یوجب الانجبار غیر ثابتة لان المحکی عن المفید ره و المرتضی، و ظاهر الحلبی، و صریح الحلّی، و التذکرة، و الایضاح بل کل من لم یذکر الاستثناء- بعد التعمیم- المنع.

لکن الانصاف ان سند الروایات، و ان انتهت الی ابی بصیر، الا انه لا یخلو من وثوق.

و العمل بها تبعا للاکثر غیر بعید، و ان کان الاحوط کما فی الدروس الترک و الله العالم.

(و الشهرة علی وجه یوجب الانجبار غیر ثابتة) لعدم عمل جماعة من اعیان العلماء بهذه الاخبار، بدلیل عدم استثنائهم له عن الغناء (لان المحکی عن المفید ره، و المرتضی، و ظاهر الحلبی، و صریح) ابن ادریس (الحلی و التذکرة، و الایضاح، بل) ظاهر (کل من لم یذکر الاستثناء) للغناء فی الاعراس (- بعد التعمیم-) للمنع بان اطلق حرمة الغناء، و لم یذکر الاستثناء (المنع) خبر «لان».

(لکن الانصاف ان سند الروایات، و ان انتهت الی ابی بصیر، الا انه لا یخلو من وثوق) و ذلک کاف فی الحجیة.

(و العمل بها) ای بروایات ابی بصیر فی جواز غناء الاعراس (تبعا للاکثر غیر بعید) للنص و الشهرة (و ان کان الاحوط کما فی الدروس الترک) لما تقدم (و الله العالم).

و فی المقام موارد للاشکال- بناء علی القول بجواز الغناء فی الاعراس- تنشأ من المناط، و من اصالة الاقتصار فی موضع الاستثناء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۲، ص: ۴۰۰

....

علی القدر المتیقن، کتغنّی الرجل للزوج، و الغناء فی المتعة، و التحلیل، و ملک الیمین، و امتداد الغناء الی اسبوع، و نحوه و تعدد المغنیات، و الغناء قبل العقد، بل بعده قبل لیلة الزفاف، و الغناء لمجرد العقد الّذی یعتاد للمحرمیة فقط، و التقصد الی الغناء بالتوصل إلیه بزفاف، و تغنی نفس الزوج للرجال و نفس المرأة للنساء، و تغنی احد الزوجین للآخر و حضور العرس من لیس مربوطا لاستماع الغناء فقط، و التغنی بالآلة فی العرس کالمسجلة او فتح الرادیو، او نحوهما و تغنی المرأة فی المسجلة لاجل هذه الغایة، الی غیرها من الفروع الکثیرة و ان کان بعض الفروع اقرب الی المنع.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الثالث

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین من الآن إلی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الثالث من المکاسب المحرمة و الجزء الثالث من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب إلی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّٰه الانصاری قدس سره.

و یشرع فی باب الغیبة.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مٰالٌ وَ لٰا بَنُونَ إِلّٰا مَنْ أَتَی اللّٰهَ بِقَلْبٍ سَلِیمٍ.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴

[تتمة المکاسب المحرمة]

[تتمة النوع الرابع ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه]

[المسألة] الرابعة عشرة الغیبة حرام بالأدلّة الأربعة،

اشارة

و یدل علیه من الکتاب قوله تعالی:

وَ لا یَغْتَبْ بَعْضُکُمْ بَعْضاً، أَ یُحِبُّ أَحَدُکُمْ أَنْ یَأْکُلَ لَحْمَ أَخِیهِ مَیْتاً فجعل المؤمن اخا، و عرضه کلحمه، و التفکّه به اکلا، و عدم شعوره بذلک بمنزلة حالة موته.

المسألة (الرابعة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لحرمته فی نفسه (الغیبة) و هی (حرام بالأدلّة الاربعة، و یدل علیه من الکتاب قوله تعالی وَ لا یَغْتَبْ بَعْضُکُمْ بَعْضاً، أَ یُحِبُّ أَحَدُکُمْ أَنْ یَأْکُلَ لَحْمَ أَخِیهِ مَیْتاً) فَکَرِهْتُمُوهُ الآیة.

ای فکما لا یحب احدکم ان یأکل لحم اخیه المیت، کذلک فلیکره اغتیابه و هذا تشریع و لیس لمجرد التنظیر، حتی یقال: ان الآیة لا تدل علی التحریم، لمکان العلّة الغالبة فی المکروهات، تنفیرا، و المستحبات ترغیبا (فجعل) الله سبحانه، فی هذه الآیة الکریمة (المؤمن اخا) لان المؤمنین اخوة (و عرضه کلحمه) لتحفظ الانسان علی کلیهما تحفظا واحدا بل تحفظه علی عرضه اکثر من تحفظه علی جسمه (و التفکّه به اکلا) لالتذاذ المتفکّه، کالآکل، لکن لاحدهما لذة الروح، و للآخر لذة الذائقة (و عدم شعوره) ای المغتاب- بصیغة المفعول- (بذلک) الصنع الّذی یفعله المغتاب- بصیغة الفاعل- (بمنزلة حالة موته) فکما لا یشعر المیّت، کذلک لا یشعر المغتاب- بصیغة المفعول-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵

و قوله تعالی: وَیْلٌ لِکُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ.

و قوله تعالی: لا یُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ.

و قوله: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ.

و یدل علیه من الاخبار ما لا یحصی.

فمنها: ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم- بعدة طرق- ان الغیبة اشدّ من الزنا، و ان الرجل یزنی فیتوب، و یتوب الله علیه، و ان

(و قوله تعالی: وَیْلٌ لِکُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ)، الهمزة: الّذی یعیب الانسان فی وجهه، و اللمزة، هو الّذی یعیبه بدون اطلاعه- و قیل غیر ذلک فی تفسیر الآیة- و اللفظ و ان لم یکن نهیا، لکن یستفاد منه الحرمة المؤکدة

(و قوله تعالی: لا یُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ) فالغیبة اجهار بقول سیّئ و عدم محبة الله کنایة عن عدم جوازه.

(و قوله: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ) فاذا کان حبّ اشاعة الفاحشة معصیة- بقرینة العذاب الالیم- یکون الاشاعة اولی بکونها معصیة، و قسم من الغیبة اشاعة للفاحشة، فالآیة تدل علی حرمة الغیبة فی الجملة.

(و یدل علیه من الاخبار ما لا یحصی) کنایة عن الکثرة، و الا فاخبار الغیبة لا شک فی قابلیتها للاحصاء.

(فمنها: ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم- بعدة طرق- ان الغیبة اشدّ من الزنا، و ان الرجل یزنی فیتوب، و یتوب الله علیه، و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶

صاحب الغیبة لا یغفر له حتی یغفر له صاحبه.

و عنه صلی الله علیه و آله انه خطب یوما، فذکر الربا و عظم شأنه، فقال: ان الدرهم یصیبه الرجل من الربا اعظم من ستة و ثلاثین زنیة و ان اربی الربا عرض الرجل المسلم.

صاحب الغیبة لا یغفر له) یعنی اذا تاب (حتی یغفر له صاحبه) ای الّذی اغتابه.

و المراد بالاشدّیـة: امـا من الجهـة المـذکورة فی الروایـة، ای انه لاـ یغفر له حتی یغفر له صـاحبه، او الاشدیـة الواقعیـة و ان کان ذلک خلاف اذهان المتشرعة.

او المراد المبالغة فی التنفیر عنه، فهذا کنایة عن الشدة مجازا و لم یقصد بها الحقیقة فهو من قبیل: جبان الکلب، و نحوه.

(و عنه صلی الله علیه و آله انه خطب یوما، فذکر الربا و عظم شأنه، فقال: ان الدرهم یصیبه الرجل من الربا اعظم من ستة و ثلاثین زنیة و ان اربی الربا عرض الرجل المسلم) ای هتک عرضه، و ذلک شامل للغیبة.

و المراد بالعرض الشـیء المربوط بالانسان الّذی یحفظه من الاهل و السـمعة الطیبة و الحصانة النفسیة، فاللواط بالولد و غیبته و الخیانة بزوجته او اخته او ولده او ما اشبه کلها هتک للعرض.

ثم ان اعظمیة الربا من الزنا بهذا العدد اما حقیقة، او لبیان عظمة الربا، فالکلام مسوق مجازا، و العدد کنایة، مثل: إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِینَ لا انه خصوصیة لهذا العدد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۷

و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: من اغتاب مسلما او مسلمة لم یقبل الله صلاته و لا صیامه اربعین صباحا، الا ان یغفر له صاحبه.

و عنه صـلی الله علیه و آله و سـلم: من اغتـاب مؤمنـا بمـا فیه لم یجمـع الله بینهمـا فی الجنـة، و من اغتـاب مؤمنـا بمـا لیس فیه انقطعت العصمة بینهما و کان المغتاب خالدا فی النار، و بئس المصیر.

(و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: من اغتاب مسلما او مسلمة لم یقبل الله صلاته و لا صیامه اربعین صباحا، الا ان یغفر له صاحبه).

و عدم القبول هنا لا یراد به عدم الصحة حتی یجب قضائها، بل عدم الثواب علیها.

(و عنه صـلی الله علیه و آله و سـلم: من اغتاب مؤمنا بما فیه) ای بصفة تلک الصفة موجودة فی ذلک المؤمن، (لم یجمع الله بینهما فی الجنـة) کنایـة عن دخول المغتـاب النـار، فلاـ یجمع بینهما فی الجنـة (و من اغتاب مؤمنا بما لیس فیه) من الصـفات، و هـذا یسـمی فی الاصـطلاح ب «التهمـة» (انقطعت العصـمة بینهما) ای عصـمة الایمان التی توجب الاحترام المتبادل و الاخوة، و هـذا کنایـة عن خروج المغتاب عن دائرة الاسلام (و کان المغتاب خالدا فی النار، و بئس المصیر).

و الخلود فی النار یراد به اقتضاء الغیبـة لـذلک لا انه خالد قطعی خارجا، بل ورد فی الروایات نیل الشـفاعة لکثیر من العصات و لو بعد دخولهم النار آلاف السنوات اذا صحت عقائدهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸

و عنه صـلی الله علیه و آله و سـلم: کـذب من زعم انه ولـد من حلاـل و هو یأکل لحوم الناس بالغیبـة فاجتنب الغیبـة، فانها ادام کلاب النار.

و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: مر مشی فی غیبة اخیه، و کشف عورته کانت اوّل خطوة خطاها وضعها فی جهنم.

(و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: کذب من زعم انه ولد من حلال و هو یأکل لحوم الناس بالغیبة).

امـا یراد بـذلک ان المعتـاد علی الغیبـة من اللوازم العادیـة لولـد الزنـا و ان لم یکن بینهما تلازم حقیقی، من قبیل الامور الاقتضائیـة، و العلامـات من قبیـل کون العقـار الفلاـنی دواء لکـذا، ممـا یکون معنـاه الاقتضاء و اما ان یراد بـذلک اشتراک الشیطان فی نطفته، فهو مشترک بین الأب و الشیطان کما فی بعض الاحادیث: ان الشیطان یشترک فی النطفة ای یراد تأثیر الغذاء الحرام، فهو ولد غذاء حرام، لا انه ولد زنا او شبهة.

ثم قال صـلی الله علیه و آله و سـلم: (فاجتنب الغیبـة، فانها ادام کلاب النار) الظاهر ان هـذا من باب تجسـیم الاعمال، و ان الغیبة تکون

جسما، فیأکله کلاب النار امعانا فی تعذیب المغتاب، لیری ان ما خرج من فمه صار طعاما للکلاب فی نار جهنم.

(و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: من مشی فی غیبهٔ اخیه، و کشف عورته) ای مشی لاجل ذلک، و کشف العورهٔ کنایهٔ عن افشاء ما یشینه افشائه (کانت اوّل خطوهٔ خطاها وضعها فی جهنم) بمعنی انه یستحق النار باول خطوهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹

و روی ان المغتاب اذا تاب فهو آخر من یدخل الجنهٔ، و ان لم یتب فهو اوّل من یدخل النار.

و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: ان الغیبهٔ حرام علی کل مسلم، و ان الغیبهٔ لتأکل الحسنات کما تأکل النار الحطب.

و اکل الحسنات اما ان یکون علی وجه الاحباط أو لاضمحلال ثوابها فی جنب عقابه، أو لأنها تنقل الحسنات إلی المغتاب کما فی غیر واحد من الاخبار.

(و روی ان المغتاب) بصیغهٔ الفاعل (اذا تاب فهو آخر من یدخل الجنهٔ، و ان لم یتب فهو اوّل من یدخل النار).

و هذا الحدیث أیضا بیان للاقتضاء، فلا یقال: ان الکفار و نحوهم اولی بدخولهم فی النار قبل کل احد.

(و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: ان الغیبهٔ حرام علی کل مسلم، و ان الغیبهٔ لتأکل الحسنات کما تأکل النار الحطب) ذکر المسلم من باب انه الّذی یسمع الکلام، و الا فالکفار مکلفون بالفروع، کما حقق فی الاصول و الفقه.

(و اکل الحسنات اما ان یکون علی وجه الاحباط) فلا حسنهٔ للمغتاب (أو لاضمحلال ثوابها) ای ثواب الحسنات (فی جنب عقابه) فالثواب و ان کان باقیا الا انه لا ینفع لکثرهٔ العقاب الّذی سببته الغیبهٔ (أو لأنها) ای الغیبهٔ (تنقل الحسنات إلی المغتاب) فلا احباط و لا بقاء، و انما نقل إلی الغیر (کما فی غیر واحد من الاخبار) ما یفید النقل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰

و منها: النبوی صلی الله علیه و آله و سلم: یؤتی باحد یوم القیمهٔ، فیوقف بین یدی الربّ عزّ و جل و یدفع إلیه کتابه، فلا یری حسناته فیه، فیقول إلهی لیس هذا کتابی لا اری فیه حسناتی، فیقال له: ان ربک لا یضل و لا ینسی ذهب عملک باغتیاب الناس، ثم یؤتی بآخر و یدفع إلیه کتابه، فیری فیه طاعات کثیرهٔ، فیقول: إلهی ما هذا کتابی فانی ما عملت هذه الطاعات، فیقال له: ان فلانا اعتابک، فدفع حسناته ألیک الخبر.

و منها: ما ذکره کاشف الریبهٔ ره، من روایهٔ، عن عبد الله بن سلیمان

(و منها: النبوی صلی الله علیه و آله و سلم: یؤتی باحد) ای بالشخص (یوم القیمهٔ، فیوقف بین یدی الرّب عزّ و جلّ) ای فی محل العرض تشبیها بمن یوقف امام الملک، اذ الله سبحانه منزه عن الجسمیهٔ (و یدفع إلیه کتابه، فلا یری حسناته فیه، فیقول إلهی لیس هذا کتابی) لانی (لا اری فیه حسناتی، فیقال، له: ان ربک لا یضل) شیئا (و لا ینسی) فلیس اعطائک هذا الکتاب من باب انه ضاع کتابک، او نسی الرب و اعطاک کتاب شخص آخر، بل (ذهب عملک باغتیاب الناس) و لذا لا تجد فیه حسناتک (ثم یؤتی بآخر و یدفع إلیه کتابه، فیری فیه طاعات کثیرهٔ، فیقول: إلهی ما هذا کتابی فانی ما عملت هذه الطاعات، فیقال له) نعم انه کتابک، و هذه الطاعات التی تراها انما هی بسبب (ان فلانا اغتابک، فدفع حسناته ألیک، الخبر) فیا خسارهٔ للشخص الاول، و یا لربح للشخص الثانی.

(و منها: ما ذکره کاشف الریبهٔ ره، من روایهٔ عن عبد الله بن سلیمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱

النوفلی- الطویلهٔ- عن الصادق علیه السلام، و فیها عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: ادنی الکفر ان یسمع الرجل من اخیه کلمهٔ فیحفظها علیه یرید ان یفضحه بها، أولئک لا خلاق لهم.

و حدثنی ابی عن ابیه عن آبائه عن علی علیه السـلام: انه من قال فی مؤمن ما رأته عیناه، او سمعت اذ ناه مما یشینه و یهدم مروّته، فهو من الذین

النوفلی- الطویلـة- عن الصـادق علیه السـلام، و فیها عن النبی صـلی الله علیه و آله و سـلم: ادنی الکفر ان یسـمع الرجل من اخیه کلمهٔ فیحفظها علیه یرید ان یفضحه بها) لان نقلها یوجب فضیحته (أولئک لا خلاق لهم) ای لا نصیب لهم فی الآخرهٔ.

و المراد بـالکفر: الکفر عملاـ لاـ اعتقـادا، و قـد تقـدم ان الکفر فی القرآن و السـنهٔ یطلق تارهٔ علی الانحراف فی العقیـدهٔ، و تارهٔ علی الانحراف عن سبیل الشرع.

و معنی: لا نصیب، لا نصیب کاملا، لا مطلق النصیب.

ثم قال الامام الصادق علیه السلام:

(و حدثنی ابی عن ابیه عن آبائه) علیهم السلام (عن علی علیه السلام انه) قال: (من قال فی مؤمن ما رأته عیناه، او سمعت اذ ناه) کنایهٔ عن وجود الوصف فی المغتاب- بصـیغهٔ المفعول- (مما یشـینه) ای یدخل الشین- ضد الزین- و السوء (و یهدم مروّته) فیری الناس انه لا مروّهٔ و لا رجولیهٔ کاملهٔ له (فهو) ای القائل الّذی یستغیب (من) مصادیق (الذین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲

قال الله تعالی: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَهُٔ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ ثم ظاهر هـذه الاخبار کون الغیبـهٔ من الکبائر، کما ذکره جماعهٔ، بل اشدّ من بعضها.

و عدّ فی غیر واحد من الاخبار، من الکبائر الخیانهٔ، و یمکن ارجاع الغیبهٔ إلیها فأیّ خیانهٔ اعظم من التفکّه

قال الله تعالی) فیهم: (إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَهُٔ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ) إلی غیرها من الروایات الکثیرهٔ التی یجدها المتتبع فی البحار، مجلد الاخلاق، و الوسائل و المسـتدرک و جامع السـعادات و غیرها مما یسبب ان یسـتغرب الانسان کیف یسـتهین بعض الناس بالغیبهٔ مع هذا الجرم العظیم.

و قد ورد ان من اسـباب رفعهٔ السـیّد بحر العلوم انه کان فی وقت کونه صغیرا جالسا فی مجلس فاذا بالناس یرونه یخرج باکیا، فقیل له فی ذلک، فقال: کیف اجلس فی مجلس یعصـی الله سبحانه فیه (ثم) ان (ظاهر هذه الاخبار کون الغیبهٔ من الکبائر) الضارّهٔ بالشهادهٔ و العدالـهٔ (کما ذکره جماعـهٔ) ای قالوا انه من الکبائر (بل اشـدّ من بعضـها) ای بعض الکبائر، کما رأیت التصـریح بـذلک فی جملهٔ من الروایات المتقدمهٔ.

(و) مضافا إلی هـذه الاخبار مما یـدل علی ان الغیبـهٔ من الکبائر: انه (عـدّ فی غیر واحد من الاخبار، من الکبائر الخیانهٔ، و یمکن ارجاع الغیبهٔ إلیها) اذ هی قسم من الخیانهٔ أیضا، فیشـملها دلیل الخیانهٔ، و ینتج کون الغیبهٔ کبیرهٔ (فأیّ خیانهٔ اعظم من التفکّه) و التلذّذ- کأکل الفاکهۀ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳

بلحم الاخ علی غفلهٔ منه، و عدم شعور.

و کیف کان فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسهٔ فی عدّها من الکبائر، اظنّها فی غیر المحل.

ثم ان ظاهر الاخبار اختصاص حرمهٔ الغیبهٔ بالمؤمن فیجوز اغتیاب المخالف.

الموجب للذهٔ الانسان الآکل- (بلحم الاخ علی غفلهٔ منه، و عدم شعور) کما ورد فی الآیهٔ الکریمهٔ.

(و کیف کان) سواء کانت الغیبة داخلة فی الخیانة، أم لا (فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسة فی عدّها من الکبائر، اظنها فی غیر المحل) و فی معیار کون المعصیة کبیرة، کلام طویل مذکور فی الفقه (ثم ان ظاهر الاخبار اختصاص حرمة الغیبة بالمؤمن) الاثنی عشری (فیجوز اغتیاب المخالف) و قد اختلفوا فی ذلک، فبعض حرم اغتیاب المخالف، و بعض اباح حتی اغتیاب المؤمن اذا لم یکن عادلا، و بعض قال:

بمقالة الشیخ، بل ادعی الجواهر ضرورة جواز اغتیاب غیر المؤمن.

و ربما یقال: بالفرق بین المخالف الّذی یعاند الحق، و المخالف القاصر.

اما القول الاول: فقد استدل بإطلاق الآیة و الروایات بعد انکار انصرافها إلی خصوص المؤمن، کما ان بیع العبد المسلم للکافر قالوا بإطلاقه بالنسبة إلی المخالف.

و اما القول الثانی: فقد استدل بما روی عن الکافی، عن ابی عبد الله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴

کما یجوز لعنه.

و توهم عموم الآیة کبعض الروایات لمطلق المسلم مدفوع، بما علم بضرورة المذهب.

علیه السلام، قال من عامل الناس فلم یظلمهم، و حدثهم فلم یکذبهم، و وعدهم فلم یخلفهم، کان ممن حرمت غیبته، و کملت مروته، و ظهرت عدالته و وجبت اخوته.

و اما کلام الشیخ فمستنده الاصل بعد انصراف الادلة إلی خصوص المؤمن لعدم احترام غیره فی نظر الشارع.

و اما الاحتمال الرابع فمستنده تخصیص الانصراف بالمعاند بل ادلة السب و اللعن تشمله بالاولویة، اما القاصر فلیس بآثم حتی یجوز هتکه، و الکلام فی الاقوال المذکورة طویل خارج عن مقصد الشرح.

فعلیه (کما) یجوز غیبة المخالف، کذلک (یجوز لعنه) لما ورد من الروایات و الادعیة فی لعن الظالمین لآل محمد، و آخر تابع لهم فی ذلک، و ما ورد من بهتهم و تکثیر الوقیعة فیهم و ما اشبه مما یشمل المعاند قطعا، بل و غیره علی القول المتقدم.

(و توهم) المقدس الاردبیلی (عموم الآیة) لان قوله تعالی «وَ لٰا یَغْتَبْ بَعْضُکُمْ بَعْضاً» خطاب للمسلمین الشامل للمؤالف و المخالف (کبعض الروایات) کقوله صلی الله علیه و آله و سلم: و هو یأکل لحوم الناس بالغیبة (لمطلق المسلم).

فهذا التوهم (مدفوع، بما علم بضرورة المذهب) کما ادعاه الجواهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵

من عدم احترامهم، و عدم جریان احکام الاسلام علیهم الا قلیلا مما یتوقف استقامة نظم معاش المؤمنین علیه، مثل عدم انفعال ما یلاقیهم بالرطوبة و حل ذبائحهم، و مناکحتهم.

أیضا (من عدم احترامهم، و عدم جریان احکام الاسلام علیهم) فهذا المعلوم الخارجی صارف للعمومات و الاطلاقات عن شمول غیر المؤمن.

ثم ان المراد باحکام الاسلام: الاحکام الصادرة عن اهل البیت علیهم السلام المطابقة لواقع الاسلام، لا ما یسمی باحکام الاسلام الشاملة لاحکام المخالفین التی یدعون انها من الاسلام، و الا فلا شبهة فی انهم مکلفون باحکام انفسهم عندنا أیضا، بدلیل: الزموهم بما التزموا به، و لذا یجب علی الحاکم المؤمن أمرهم بالمعروف عندهم، و ینهاهم عن المنکر عندهم، فاذا شرب احدهم خمرا أو زنی او لعب قمارا او ترک الصوم و الصلاة و الحج او اخذ الزوجة الخامسة او ما اشبه، کان اللازم ردعهم.

نعم اذا عمل بما يطابق مذهبه لقاعدة: الزموهم، المدلول عليها بالنص و الفتوى.

فمراد الشيخ ره من عدم جريان احكام الاسلام تلك الاحكام الواصلة من طريق اهل الوحى و الرسالة (الا قليلا مما يتوقف استقامة نظم معاشر المؤمنين عليه) فالجريان بلحاظ المؤمن، لا بلحاظ انه مسلم فى نظر الاسلام (مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة) و بعبارة اخرى طهارتهم (و حل ذبائحهم، و مناكحتهم) تزوجا من نسائهم لا تزويجا لهم- على الاحوط- بل المناكحة جائزة بين المسلم و الكتابية، اما مطلقا او فى خصوص المتعة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۶

و حرمة دمائهم لحكمة رفع الفتنة، و نسائهم لان لكل قوم نكاحا، و نحو ذلك مع ان التمثيل المذكور فى الآية مختص بمن ثبت اخوته، فلا يعم من وجب التبرى عنه.

و كيف كان فلا اشكال

بل حتى المشركة فى الاماء (و حرمة دمائهم لحكمة رفع الفتنة، و) حرمة (نسائهم) كنساء سائر الكفار الذين لا يحاربون المسلمين (لان لكل قوم نكاحا) كما عليه النص و الفتوى، و ذلك حتى يستقيم الانساب و لا تختلط المياه، و لا يعامل الكافر المسلم بالمثل فى حلية المسلمة و ما اشبه ذلك من العلل و الحكم (و نحو ذلك) من سائر الاحكام الجارية على المخالف، ككفنه و الصلاة عليه و دفنه فى مقابر المسلمين و عدم بيعه اذا كان عبدا من كافر، و الدفاع عن بلاد الاسلام التى يسكنونها، و هكذا.

و الحاصل: ان ادلة حرمة الغيبة منصرفة عن المخالف، بل بعض الادلة لا يشمل المخالف اصلا.

و إليه اشار المصنف بقوله (مع ان التمثيل المذكور فى الآية) بقوله سبحانه «أ يحب احدكم» الّذى مثل المغتاب بمن يأكل لحم اخيه (مختص بمن ثبت اخوته) للمؤمن (فلا يعم من وجب التبرى عنه) من المخالف، اذ الاخوة تنافى وجوب التبرى، اما وجوب التبرى عن المخالف فلما ورد من بهتهم و الوقيعة فيهم.

(و كيف كان) الامر، سواء قلنا بالإطلاق، و ان الانصراف يحكم بخروج المخالف، أم قلنا بعدم الشمول للمخالف من اوّل الأمر (فلا اشكال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۷

فى المسألة بعد ملاحظة الروايات الواردة فى الغيبة، و فى حكمه حرمتها و فى حال غير المؤمن فى نظر الشارع.

ثم الظاهر دخول الصّبى المميّز المتأثر بالغيبة لو سمعها لعموم بعض الروايات المتقدمة و غيرها الدالة على

فى المسألة بعد ملاحظة الروايات الواردة فى الغيبة، و فى حكمه حرمتها) التى هى بقاء وحدة المؤمنين، و تماسك بعضهم مع بعض مما لا يجرى فى المؤمن و غير المؤمن، اذ لا يهم الشارع الابتعاد عن غير المؤمن بل يؤكد الشارع على البعد عنهم، لئلا يتأثر بعض المؤمنين بافكارهم (و فى حال غير المؤمن فى نظر الشارع) و انه من الذين لا يجوز حتى شربهم للماء و ان تصرفهم فى الارض حرام لانهم لا يوالون اولياء الله، كما ورد فى باب الخمس و باب الارضين و غيرهما.

(ثم الظاهر دخول الصّبى المميّز) فى عدم جواز غيبته و ان جاز ان يستغيب هو، لقاعدة: رفع القلم.

و ربما احتمل عدم جواز ان يستغيب، لانه مما علم من الشارع عدم إرادة وجوده فى الخارج، كاللواط و الزنا و ما اشبه، لان الشارع لم يرد وقوع الفتنة و البغضاء بين المؤمنين، و الغيبة تسبب ذلك.

و قد وصف المصنف المميز بقوله: (المتأثر بالغيبة لو سمعها).

و انما نقول بالتحريم فى هذا الصبى (لعموم بعض الروايات المتقدمة) كقوله صلى الله عليه و آله و سلم: ان الغيبة اشدّ من الزنا (و

غیرها) ای سائر اخبار الغیبة التی تقدم فی هذا المبحث (الدالة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸

حرمة اغتیاب الناس و أکل لحومهم مع صدق الاخ علیه کما یشهد به قوله تعالی: وَ إِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُکُمْ. فِی الدِّینِ* مضافا إلی امکان الاستدلال بالآیة و ان کان الخطاب للمکلفین بناء علی عدّ اطفالهم منهم تغلیبا.

حرمة اغتیاب الناس و أکل لحومهم) فان الناس و شبهه شامل للصبی الممیز و انما قیدنا الصبی بالممیز، لان غیر الممیز کالبهیمة، فالاطلاقات منصرفة عنه (مع صدق الاخ) فی الآیة الکریمة: أَ یُحِبُّ أَحَدُکُمْ أَنْ یَأْکُلَ لَحْمَ أَخِیهِ مَیْتاً (علیه) ای علی الصبی الممیز (کما یشهد به) ای بصدق الاخ علی الممیز (قوله تعالی: وَ إِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُکُمْ. فِی الدِّینِ*) فقد اطلق سبحانه الاخوان علی الصبیان، قال سبحانه: وَ یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْیَتامی، قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَیْرٌ وَ إِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُکُمْ.

لکن ربما یقال: ان الیتیم هنا شامل لغیر الممیز، فلو قلنا بصدق الاخ لزم حرمة غیبته، أیضا، و لا یقولون به.

و الجواب ان غیر الممیز منصرف عنه اطلاق آیة الغیبة کما تقدم (مضافا الی امکان الاستدلال بالآیة) ای بآیة: لا یَغْتَبْ بَعْضُکُمْ بَعْضاً لا ـ الاستدلال بمجرد لفظ «الاخ» (و ان کان الخطاب للمکلفین) لان النهی فی الآیة تکلیف، و لا یتوجه التکلیف الا إلی البالغین (بناء علی عدّ اطفالهم منهم تغلیبا) للکبار علی الصغار.

و علی هذا نقول ان معنی الآیة: ایها المکلفون لا یغتب بعضکم بعضا آخر، سواء کان کبیرا و صغیرا لکن غیبة الصغیر لغیره خرج من العموم بدلیل رفع القلم، فیبقی غیبة الکبیر للکبیر و للصغیر مشمولا للآیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹

و امکان دعوی صدق المؤمن علیه مطلقا او فی الجملة.

و لعلّه لما ذکرنا صرح فی کشف الریبة، بعدم الفرق بین الصغیر و الکبیر، و ظاهره الشمول لغیر الممیز أیضا.

و منه یظهر حکم المجنون الا انه صرّح بعض الاساطین باستثناء من

و لا یخفی: ان الشیخ ره استدل تارة بذیل الآیة الکریمة، ای: أ یحب احدکم ان یأکل لحم اخیه، فالمعنی: ایها الکبار لا تأکلوا لحم اخوانکم صغارا کانوا أم کبارا- و تارة بصدر الآیة، ای: و لا یغتب بعضکم بعضا (و) کذلک یمکن الاستدلال لحرمة غیبة الصبی الممیز ب (امکان دعوی صدق المؤمن علیه) فیشمله قوله سبحانه: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا.

و قوله صلی الله علیه و آله و سلم: من اغتاب مؤمنا، و شبه ذلک (مطلقا) ای مطلق الممیز (او فی الجملة) و هو بعض اقسامه، ممن کان ملتزما بالاحکام الشرعیة کما یوجد فی اطفال المتدینین.

(و لعله لما ذکرنا) من صدق الادلة علی غیبة الصبی الممیز (صرّح فی کشف الریبة، بعدم الفرق) فی حرمة الغیبة (بین) المغتاب- بالفتح- (الصغیر و الکبیر، و ظاهره) حیث اطلق لفظ: الصغیر (الشمول لغیر الممیز أیضا) لکن لا یبعد انصراف کلامه إلی الممیز.

(و منه) ای مما ذکرنا من حرمة غیبة الممیز دون غیره (یظهر حکم المجنون) و انه ان کان ممیزا حرمت غیبته، و الا لم تحرم (الا انه صرّح بعض الاساطین باستثناء من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰

لا عقل له، و لا تمییز، معللا بالشک فی دخوله تحت ادلة الحرمة.

و لعله من جهة ان الاطلاقات منصرفة إلی من یتأثر لو سمع.

و سیتضح ذلک زیادة علی ذلک.

بقی الکلام فی امور،

الأول الغیبة اسم مصدر لاغتاب او مصدر لغاب

لا عقل له، و لا تمییز، معللا) للاستثناء (بالشک فی دخوله تحت ادلهٔ الحرمهٔ) و المراد الشک فی ظهور الالفاظ.

و من المعلوم: ان الحجیهٔ انما تتبع القطع بالظهور- کما قرر فی الاصول- و الا فمجرد الشک فی بعض المصادیق بعد وجود الاطلاق و العموم لا یوجب رفع الید عن العام و المطلق بالنسبهٔ إلی ذلک الفرد و لذا قال الشیخ ره فی توجیه کلامه.

(و لعله) ای لسبب الشک (من جههٔ ان الاطلاقات) الدالهٔ علی التحریم (منصرفهٔ إلی من یتأثر لو سمع) و المجنون و غیر الممیز لیسا کذلک و وجه الانصراف یظهر من قوله صلی الله علیه و آله و سلم «ذکرک اخاک بما یکره» فالذی لا یکره لا یشمله الاطلاق.

(و سیتضح ذلک) الّذی وجهناه من الانصراف (زیادهٔ علی ذلک) الّذی ذکرنا هنا.

(بقی الکلام فی امور، الاول الغیبهٔ) بکسر الغین (اسم مصدر لاغتاب) من باب الافتعال، (او مصدر لغاب) اذا کان بفتح الغین و المصدر الاغتیاب.

و الفرق بینهما- کما ذکروا- ان المصدر هو الحدث المنسوب إلی الفاعل بدون الزمان، و اسم المصدر هو مجرد الحدث کالغسل و الاغتسال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱

ففی المصباح اغتابه اذا ذکره بما یکرهه من العیوب، و هو حق و الاسم الغیبهٔ.

و عن القاموس غابه عابه، و ذکره بما فیه من السوء، و عن النهایهٔ ان یذکر الانسان فی غیبته بسوء مما یکون فیه، و الظاهر من الکل- خصوصا القاموس المفسر لها أولا بالعیب- ان المراد ذکره فی مقام الانتقاص.

و المراد بالموصول هو نفس النقص الّذی فیه.

و الوضوء و التوضی.

(ففی المصباح اغتابه اذا ذکره بما یکرهه من العیوب، و هو) ای ما ذکره من العیوب (حق) بان کان ذلک العیب موجودا فی الطرف، کما لو قال:

زید بخیل، و کان بخیلا فی الواقع (و الاسم) ای اسم المصدر (الغیبهٔ) و لم یذکر المصدر لوضوحه، فانه: اغتیابا.

(و عن القاموس غابه) ای (عابه، و ذکره بما فیه من السوء و عن النهایهٔ) لابن الاثیر: الغیبهٔ (ان یذکر الانسان فی غیبته) ای حال کونه غائبا عن المجلس (بسوء مما یکون فیه، و الظاهر من الکل- خصوصا القاموس المفسر لها) ای للغیبهٔ (أولا بالعیب- ان المراد) من الغیبهٔ (ذکره فی مقام الانتقاص) لانه المتبادر من العیب، و السوء فاذا قیل ذکر فلان فلانا بالسوء، فهم السامع انه کان فی مقام انتقاصه.

(و المراد بالموصول) ای قوله: بما (هو نفس النقص الّذی فیه) فالمعنی: ان ینتقصه بعیب فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲

و الظاهر من الکراههٔ فی عبارهٔ المصباح کراههٔ وجوده و لکنه غیر مقصود قطعا.

فالمراد اما کراههٔ ظهوره و لو لم یکره وجوده، کالمیل إلی القبائح.

و اما کراههٔ ذکره بذلک العیب.

و على هذا التعريف دلت جملة من الاخبار، مثل قوله صلى الله عليه و آله- و قد سأله ابو ذر عن الغيبة-: أنها ذكرك اخاك بما يكرهه.

(و الظاهر من الكراهة فى عبارة المصباح كراهة وجوده) اى يكره المغتاب- بالفتح- وجود ذلك العيب فيه، كما لو كان اعور، فانه يكره وجود العور فى نفسه (و لكنه غير مقصود) اذ لا علاقة لكراهته بما نحن فيه (قطعا).

(فالمراد) من الكراهة (اما كراهة ظهوره، و لو لم يكره) المغتاب بالفتح- (وجوده، كالميل إلى القبائح) فان الميال إلى الشهوات لا يكره وجود هذا الميل و انما يكره انكشافه للناس.

(و اما كراهة ذكره بذلك العيب) و ان كان لا يبالى بظهوره كبعض الفسقة ممن يكره ان يذكر بالفسق.

فتحصل ان قيود الغيبة ثلاثة «التنقيص» و «عيب فيه» و «كراهته لظهوره او ذكره به».

(و على هذا التعريف) الّذى استفدناه من كتب اللغة (دلت جملة من الاخبار، مثل قوله صلى الله عليه و آله- و قد سأله ابو ذر عن الغيبة- انها ذكرك اخاك بما يكرهه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۳

و فى نبوى آخر، قال صلى الله عليه و آله و سلم: أ تدرون ما الغيبة؟

قالوا: الله و رسوله اعلم، قال: ذكرك اخاك بما يكرهه.

و لذا قال فى جامع المقاصد ان حد الغيبة على ما فى الاخبار: ان تقول فى اخيك ما يكرهه لو سمعه مما هو فيه و المراد بما يكرهه- كما تقدم فى عبارة المصباح-: ما يكره ظهوره سواء كره وجوده كالبرص و الجذام، أم لا، كالميل إلى القبائح.

و يحتمل ان يراد بالموصول نفس الكلام الّذى يذكر الشخص به.

و لا يخفى ان الذكر، من باب المصداق، فالاشارة أيضا كذلك، و الاخ أيضا كذلك، اذ المسلمة أيضا كذلك.

(و فى نبوى آخر، قال صلى الله عليه و آله و سلم: أ تدرون ما الغيبة؟

قالوا: الله و رسوله اعلم، قال) صلى الله عليه و آله و سلم: (ذكرك اخاك بما يكرهه).

(و لذا) الّذى ذكرناه من تعريف الغيبة المستفاد من اللغة و الروايات

(قال فى جامع المقاصد ان حدّ الغيبة على ما فى الاخبار: ان تقول فى اخيك ما يكرهه لو سمعه مما هو فيه) اى من العيب الموجود فى الاخ (و المراد بما يكرهه- كما تقدم فى عبارة المصباح-: ما يكره ظهوره) للناس (سواء كره وجوده) أيضا (كالبرص و الجذام، أم لا، كالميل إلى القبائح) و تعاطى المنكرات.

(و يحتمل ان يراد بالموصول) اى لفظة «ما» فيما يكره (نفس الكلام الّذى يذكر الشخص به) اى ذكرك اخاك بكلام يكره ذلك الكلام، و هذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۴

و يكون كراهته اما لكونه اظهارا للعيب.

و اما لكونه صادرا على جهة المذمّة و الاستخفاف و الاستهزاء، و ان لم يكن العيب مما يكره اظهاره، لكونه ظاهرا بنفسه.

و اما لكونه مشعرا بالذم، و ان لم يقصد المتكلم الذم به، كالالقاب المشعرة بالذم.

قال فى الصحاح: الغيبة ان يتكلم خلف انسان مستور بما يغمّه لو سمعه، و ظاهره التكلم بكلام يغمّه لو سمعه.

بخلاف المعنى الاول الّذى هو: ذكرك اخاك بعيب يكره ظهوره.

(و يكون كراهته) اياه (اما لكونه اظهارا للعيب).

(و اما لكونه صادرا على جهة المذمّة و الاستخفاف و الاستهزاء، و ان لم يكن العيب مما يكره اظهاره، لكونه ظاهرا بنفسه).

فالاول: ككونه عيبا لا يطلع احد عليه فاذا قال المتكلم ذلك كرهه، لانه اظهار لعيبه.

و الثانى: ككونه أعمى و الناس مطلعون عليه، فاذا قال المتكلم ذلك كرهه، لانه استخفاف و تنقيص له.

(و اما لكونه مشعرا بالذم، و ان لم يقصد المتكلم الذم به، كالالقاب المشعرة بالذم) كالبليد و الاحمق و ما اشبه مما صار لقبا له.

(قال فى الصحاح: الغيبة ان يتكلم خلف انسان مستور بما يغمّه لو سمعه و) لفظ «ما» الموصول فى كلامه (ظاهره التكلم بكلام) لا بعيب (يغمّه لو سمعه) و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۵

بل فى كلام بعض من قارب عصرنا: ان الاجماع و الاخبار متطابقان على ان حقيقة الغيبة ان يذكر الغير بما يكره لو سمعه، سواء كان بنقص فى نفسه، او بدنه، او دينه، او دنياه، او فيما يتعلق به من الاشياء.

و ظاهره أيضا إرادة الكلام المكروه.

و قال الشهيد الثانى فى كشف الريبة: ان الغيبة ذكر الانسان فى غيبته بما يكره نسبته إليه، مما يعد نقصا فى العرف بقصد الانتقاص و الذم.

و يخرج على هذا التعريف ما اذا ذكر الشخص بصفات ظاهرة، يكون وجودها

هذا يؤيد ما تقدم من قولنا: و يحتمل ان يراد بالموصول، الخ (بل فى كلام بعض من قارب عصرنا: ان الاجماع و الاخبار متطابقان على ان حقيقة الغيبة ان يذكر الغير بما يكره لو سمعه) فالمراد بالموصول: الكلام لا العيب (سواء كان بنقص فى نفسه) كسيّئ الخلق (او بدنه) كالمجذوم (او دينه) كضعيف العقيدة (او دنياه) كالمسكين (او فيما يتعلق به من الاشياء) كوسخ الثياب او جرب الدابة و ما اشبه ذلك.

(و ظاهره) اى ظاهر كلام هذا المقارب لعصرنا (أيضا) كظاهر الصحاح (إرادة الكلام المكروه) لا العيب المكروه.

(و قال الشهيد الثانى فى كشف الريبة: ان الغيبة ذكر الانسان فى) حال (غيبته بما يكره نسبته إليه، مما يعد نقصا فى العرف) و يتكلم المتكلم بذلك الكلام (بقصد الانتقاص و الذم) انتهى كلامه.

(و يخرج) من موضوع الغيبة (على هذا التعريف ما اذا ذكر الشخص بصفات ظاهرة، يكون وجودها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۶

نقصا مع عدم قصد انتقاصه بذلك مع انه داخل فى التعريف عند الشهيد ره أيضا حيث عدّ من الغيبة: ذكر بعض الاشخاص بالصفات المعروف بها كالاعمش و الاعور و نحوهما.

و كذلك ذكر عيوب الجارية التى يراد شرائها اذا لم يقصد من ذكرها الّا بيان الواقع و غير ذلك مما ذكره هو و غيره من المستثنيات.

نقصا مع عدم قصد) المتكلم (انتقاصه بذلك) كما لو قال فلان الاعمى حدثنى بكذا، فيما اذا اراد بيان الوصف لا الانتقاص (مع انه داخل فى التعريف) للغيبة (عند الشهيد ره) نفسه (أيضا) كما يدخل ما يقصد به الانتقاص (حيث عدّ) الشهيد (من الغيبة: ذكر بعض الاشخاص بالصفات المعروف بها، كالاعمش و الاعور و نحوهما) كالاشتر و الاحول.

(و كذلك) داخل فى الغيبة- موضوعا- (ذكر عيوب الجارية التى يراد شرائها) كالنؤم و الكسول (اذا لم يقصد من ذكرها الّا بيان

الواقع) لا ـ الانتقاص، فانهم قالوا بان ذلک من مستثنیات الغیبة مع ان المتکلم لم یقصد الانتقاص، فلو لم یکن مثل ذلک داخلا فی موضوع الغیبة، لم یکن وجه لجعلهم له من المستثنیات (و غیر ذلک) من امثلة ذکر الصفات المذمومة بدون قصد الانتقاص (مما ذکره هو) الشهید (و غیره) من سائر العلماء (من المستثنیات) عن حرمة الغیبة، مثل قول المشیر: الرجل المرید للزواج فیه کذا و کذا عند نصح المستشیر، و کذلک بالنسبة إلی استخدام العبد و اتخاذ الشریک و غیر ذلک.

(و) ان قلت: هذا الاشکال غیر وارد علی الشهید، اذ ما ذکرتم من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷

دعوی ان قصد الانتقاص یحصل بمجرد بیان النقائص موجبة لاستدراک ذکره بعد قوله مما یعد نقصا.

و الاولی- بملاحظة ما تقدم من الاخبار و کلمات الاصحاب، بناء علی ارجاع الکراهة إلی الکلام المذکور به لا إلی الوصف- ما تقدم، من ان الغیبة ان یذکر الانسان بکلام یسوء به.

اما باظهار عیبه المستور، و ان لم یقصد انتقاصه.

الامثلة یوجد فیها قصد الانتقاص، اذ لیس المراد بقصد الانتقاص کون المتکلم فی مقام الذم و الاستخفاف، بل مجرد بیان النقائص هو قصد الانتقاص.

قلت: (دعوی ان قصد الانتقاص یحصل بمجرد بیان النقائص) غیر تامة، اذ هذا (موجبة لاستدراک) و زیادة (ذکره) ای قصد الانتقاص (بعد قوله) ای الشهید ره (مما یعد نقصا) لانه علی هذه الدعوی کلّ ذکر نقص، قصد انتقاص، فلم جمع الشهید ره بین القیدین؟

(و) حیث عرفت الاشکال فی هذه التعریفات للغیبة، ف (الاولی- بملاحظة ما تقدم من الاخبار و کلمات الاصحاب، بناء علی ارجاع الکراهة) المأخوذة فی تعریف الغیبة (الی الکلام المذکور به) ای انها ذکرک اخاک بکلام یکرهه (لا إلی الوصف-) فلیست الغیبة ذکرک اخاک بوصف یکره ذلک الوصف.

فاما ان یکون تعریف الغیبة (ما تقدم، من ان الغیبة ان یذکر الانسان بکلام یسوء به) ای بذلک الکلام.

(اما باظهار عیبه المستور، و ان لم یقصد) المتکلم (انتقاصه) و ذمه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸

و اما بانتقاصه بعیب غیر مستور اما بقصد المتکلم او یکون الکلام بنفسه منقصا له، کما اذا اتصف الشخص بالالقاب المشعرة بالذم.

نعم لو ارجعت الکراهة إلی الوصف الّذی یسند إلی الانسان تعیّن إرادة کراهة ظهورها فیختصّ بالقسم الاول و هو ما کان اظهار الامر مستور و یؤیّد هذا الاحتمال

(و اما بانتقاصه بعیب غیر مستور) انتقاصا یحصل (اما بقصد المتکلم) الانتقاص و ان لم یکن ذکر العیب نقصا عرفیا، کما لو استهزأ به بانه سمین فان السمن عیب، لکنه اذا لم یقصد المتکلم الانتقاص لا یکون تنقیصا بمجرد ان یقول: فلان سمین (او یکون الکلام بنفسه منقصا له) و ان لم یقصد المتکلم التنقیص (کما اذا اتصف الشخص بالالقاب المشعرة بالذم) فقال المتکلم:

جاء فلان الاعمی او الاعمش مثلا، و ان لم یقصد الانتقاص لکنه حیث کان بنفسه تنقیصا کان داخلا فی الغیبة.

(نعم لو ارجعت الکراهة) فی تعریف الغیبة بقولهم: ذکرک اخاک بوصف یکره (الی الوصف الّذی یسند) ذلک الوصف (الی الانسان تعیّن إرادة کراهة ظهورها) ای ظهور تلک الصفة (فیختص) التعریف للغیبة (بالقسم الاوّل) من الاقسام الثلاثة التی ذکرها بقوله: اما باظهار- الی قوله- منقصا له (و هو ما کان) الکلام (اظهار الامر مستور).

و لکن فیه انه یمکن ان یشمل الاقسام الثلاثة أیضا، بان تقول: ذکرک اخاک بوصف یکره ذلک الوصف.

(و یؤید هذا الاحتمال) ای رجوع الکراهة إلی الوصف لا إلی الکلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹

بل یعیّنه: الاخبار المستفیضة الدالة علی اعتبار کون القول مستورا غیر منکشف.

مثل قوله علیه السلام- فیما رواه العیاشی بسنده عن ابن سنان-:

الغیبة ان تقول فی اخیک ما فیه مما قد ستره الله علیه، و روایة داود ابن سرحان المرویة فی الکافی، قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الغیبة، قال: هو ان تقول لاخیک فی دینه ما لم یفعل

(بل یعیّنه: الاخبار المستفیضة الدالة علی اعتبار کون القول مستورا غیر منکشف) فلا یشمل الوصف الظاهر.

(مثل قوله علیه السلام- فیما رواه العیاشی بسنده عن ابن سنان-:

الغیبة ان تقول فی اخیک ما فیه مما قد ستره الله علیه، و روایة داود بن سرحان المرویة فی الکافی، قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الغیبة، قال: هو ان تقول لاخیک فی دینه ما لم یفعل).

قوله: فی دینه اما متعلق ب «اخیک» فالمراد الاخ الدینی، و ذلک لاخراج الکافر و المخالف، و المعنی: لاخیک الّذی انت اخ له فی دینه.

و انما اختیر دینه، لا دینک، لإفادة ان کل واحد منهما اخ للاخ فی الدین.

و اما متعلق ب «تقول» بمعنی: ان تقول قولا سیّئا فی دینه، کان تتهمه بالزندقة، او المروق، او الانحراف.

و ذکر الدین فقط مع ان الغیبة اعم لبیان الفرد الکامل من الغیبة لان الرمی فی دین شخص اهم جرما من الرمی فی سائر الامور المرتبطة به

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰

و تبث علیه امرا قد ستره الله علیه لم یقم علیه فیه حدّ.

و روایة ابان، عن رجل لا یعلمه الا یحیی الازرق قال: قال لی ابو الحسن علیه السلام: من ذکر رجلا من خلفه بما هو فیه مما عرفه الناس لم یغتبه، و من ذکره من خلفه بما هو فیه مما لم یعرفه الناس فقد اغتابه، و من ذکره بما لیس فیه فقد بهته.

و حسنة عبد الرحمن ابن سیابة- بابن هاشم-

(و تبث علیه امرا قد ستره الله علیه) مما (لم یقم علیه فیه حدّ) کان تنسبه الی الزنا و اللواط و ما اشبه.

و الظاهر ان المراد بالحدّ اعم من التعزیر، فیشمل نسبة الشخص الی جمیع انواع المعاصی.

(و روایة ابان، عن رجل لا یعلمه الا یحیی الازرق) یعنی کان ابان یظن ان اسم الرجل هو یحیی الازرق (قال: قال لی ابو الحسن علیه السلام: من ذکر رجلا من خلفه) ای فی غیابه (بما هو فیه مما عرفه الناس لم یغتبه، و من ذکره من خلفه بما هو فیه مما لم یعرفه الناس فقد اغتابه، و من ذکره بما لیس فیه فقد بهته) من البهتان.

و لعل المراد ب «لم یغتبه» انه لیس داخلا فی موضوع الغیبة، و ان کان حراما اذا قصد التنقیص، او کان موجبا للنقص و ان لم یقصده المتکلم.

(و حسنة عبد الرحمن ابن سیابة- ب) سبب وجود (ابن هاشم-) فی السند.

لکن لا یخفی ان المتأخرین حققوا ان ابن هاشم من الثقات فوجوده

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۱

قال: قال سمعت أبا عبد الله علیه السلام، یقول: الغیبة ان تقول فی اخیک ما ستره الله علیه، و اما الامر الظاهر مثل الحدّة و العجلة فلا.

و البهتان ان تقول فیه ما لیس فیه.

و هذه الاخبار- کما تری- صریحة فی اعتبار کون الشیء غیر منکشف

و یؤید ذلک ما فی الصحاح من ان الغیبة ان یتکلم خلف انسان مستور بما یغمّه لو سمعه، فان کان صدقا سمّی، غیبة، و ان کان کذبا سمّی، بهتانا.

فی السند لا- یضر بالصحة (قال: قال سمعت أبا عبد الله علیه السلام، یقول: الغیبة ان تقول فی اخیک ما ستره الله علیه، و اما الامر الظاهر) ای العیب الظاهر فی الشخص (مثل الحدّة) فی المزاج (و العجلة) بالتسرع فی الامور (فلا) یکون ذکرها غیبة، بل قد عرفت ان ذلک حرام من جهة انه تنقیص.

(و البهتان ان تقول فیه ما لیس فیه) من الصفات الذمیمة و الاخلاق الرذیلة و العیوب، کان یقول: فلان اعمی او سیّئ الخلق او ما اشبه، و الحال ان تلک الامور لیست فیه.

(و هذه الاخبار- کما تری- صریحة فی اعتبار کون الشیء) الّذی یقوله الانسان فی اخیه (غیر منکشف) للناس، و الا لم یصدق الغیبة.

(و یؤید ذلک) ای لزوم عدم الانکشاف (ما فی الصحاح من ان الغیبة ان یتکلم خلف انسان مستور بما یغمّه لو سمعه، فان کان) کلامه (صدقا سمّی غیبة، و ان کان کذبا سمّی بهتانا) انتهی کلام الصحاح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲

فان اراد من المستور من حیث ذلک المقول وافق الاخبار.

و ان اراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقة و المخالفة

و الملخص من مجموع ما ورد فی المقام: ان الشیء المقول ان لم یکن نقصا فلا یکون ذکر الشخص حینئذ

(فان اراد) الصحاح (من المستور) الّذی ذکره فی تعریف الغیبة (من حیث ذلک المقول) ای ذلک الوصف: «مستور» کان یقول فلان لائط و لواطه مستور لدی الناس، سواء کان المقول فیه انسانا متدینا ظاهرا، او فاسقا متجاهرا بالمعاصی، لکن هذا الوصف فیه مخفی (وافق الاخبار) لان ظاهر الاخبار کون الوصف مخفیا.

(و ان اراد) بالمستور (مقابل المتجاهر) فالمستور وصف للشخص لا انه وصف للصفة الموجودة فی الشخص (احتمل الموافقة) لکلام الصحاح مع الاخبار (و المخالفة) لها، لان الانسان الستیر قد یکون وصفه بفسق کذائی مخفیا، و قد یکون وصفه ظاهرا، فانه لا منافات بین کون الانسان ستیرا غیر متجاهر بالمعاصی، و مع ذلک یکون قد فعل محرما عرفه الناس.

و الحاصل: ان الاخبار تقول: میزان الغیبة کون الوصف مستورا، و الصحاح ان اراد ب «المستور» وصف «الصفة» کان موافقا للاخبار و ان اراد وصف «الموصوف» کان محتمل الموافقة و المخالفة.

(و الملخص من مجموع ما ورد فی المقام: ان الشیء المقول ان لم یکن نقصا فلا یکون ذکر الشخص) بهذا الوصف (حینئذ) ای حین لم یکن نقصا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳

غیبة، و ان اعتقد المقول فیه کونه نقصا علیه.

نظیر ما اذا نفی عنه الاجتهاد و لیس ممن یکون ذلک نقصا فی حقه، الا انه معتقد باجتهاد نفسه.

نعم قد یحرم هذا من وجه آخر.

و ان کان نقصا شرعا او عرفا بحسب حال المغتاب

واقعيا (غيبة، و ان اعتقد المقول فيه كونه نقصا عليه).

(نظير ما اذا نفى) المتكلم (عنه الاجتهاد و ليس ممن يكون ذلك نقصا فى حقه) واقعيا (الا انه معتقد باجتهاد نفسه) كما ان اثبات صفة له هى فيه أيضا ليس غيبة، اذا كانت فيه واقعا، و ان زعم ان ذلك الوصف ليس فيه كما لو زعم انه شجاع فاثبت له المتكلم وصف الجبن، و قد كان واقعا جبانا.

(نعم قد يحرم هذا) الكلام (من وجه آخر) مثل كونه اهانة بالمؤمن و طعنا عليه و ما اشبه و ذلك حرام و ان لم يصدق عليه الغيبة.

اللهم الا اذا الزم ذلك من باب ارشاد الجاهل و النهى عن المنكر و نصح المستشير، كما لو اراد الجاهل ان يقلده، فنبهه المتكلم على انه ليس بمجتهد، او اراد ان يسلّم إليه قيادة جيش المسلمين مثلا، او ما اشبه ذلك.

(و ان كان) الشيء المقول (نقصا شرعا) كحلق اللحية و عدم المبالات بالصلاة (او عرفا) كالاكتحال (بحسب حال المغتاب) بالفتح، و ان لم يكن بحسب حال غيره نقصا، و هذا قيد توضيحى، اذا المعيار فى الغيبة و ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۴

فان كان مخفيا للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس، و اراد القائل تنقيص المغتاب به، فهو المتيقن من افراد الغيبة.

و ان لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمته لكونه كشفا لعورة المؤمن و قد تقدم الخبر: من مشى فى غيبة اخيه و كشف عورته الخ.

و فى صحيحة ابن سنان، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: عورة المؤمن على المؤمن حرام؟ قال نعم، قلت: تعنى سفليه، قال عليه السلام: ليس حيث تذهب انما هو اذاعة سرّه

اشبه حال المقول فيه لا- حال غيره (فان كان مخفيا للسامع) و كان المغتاب (بحيث يستنكف) و يأبى (عن ظهوره) اى ظهور ذلك الوصف (للناس، و اراد القائل تنقيص المغتاب) بالفتح (به) اى باظهار ذلك الوصف المستور (فهو المتيقن من افراد الغيبة) المحرمة.

(و ان لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمته) أيضا، لا من باب الغيبة بل (لكونه كشفا لعورة المؤمن) و هو حرام قطعا (و قد تقدم الخبر من مشى فى غيبة اخيه و كشف عورته الخ) كانت اوّل خطوة خطاها وضعها فى جهنم.

(و فى صحيحة ابن سنان، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: عورة المؤمن على المؤمن حرام؟ قال) عليه السلام (نعم، قلت: تعنى سفليه) اى قبله و دبره (قال عليه السلام: ليس حيث تذهب) من المعنى للعورة (انما) مرادى الآن (هو اذاعة سرّه) اى افشائه.

و من المعلوم: ان العيب الخفى سرّ الانسان، و لذا يقول له: قد افشيت سرى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۵

و فى رواية محمد بن فضيل عن ابى الحسن عليه السلام و لا تذيعن عليه شيئا تشينه به و تهدم به مروءته فتكون من الذين قال الله عز و جل:

إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ.

و لا يقيد اطلاق النهى بصورة قصد الشين و الهدم من جهة الاستشهاد بآية حب شياع

و لا يخفى ان هذا الحديث ليس فى مقام انكار حرمة النظر إلى سفلى المسلم، بل فى مقام التشديد فى حرمة اذاعة السرّ حتى كأنّ الّذى ينبغى ان يسأل عنه هو هذا، لا النظر إلى العورة، فهذا المخرج من الكلام من ابواب البلاغة، كما قرر فى محله.

(و فى رواية محمد بن فضيل عن ابى الحسن عليه السلام) قال: (و لا تذيعن عليه شيئا تشينه به) الشين ضد الزين (و تهدم به مروءته)

المروة صفة توجب ثقل الانسان و تحرّيه موازين الامور.

و هدم المروة كناية عن تخفيفه امام الناس، و اظهاره بمظهر الطيش و عدم الاتزان (فتكون من الذين قال اللّه عز و جل: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ) أليم، فعيل بمعنى الفاعل اى عذاب يوجب الالم و هذا القيد للتهويل، و الا فالعذاب ملازم للألم

(و لا يقيد اطلاق النهى) فى قوله عليه السلام: لا تذيعن (بصورة قصد) المتكلم (الشين و الهدم) حتى يكون غير القاصد ذلك غير فاعل للحرام.

و انما يحتمل التقييد المذكور (من جهة الاستشهاد بآية حب شياع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۶

الفاحشة، بل الظاهر ان المراد مجرد فعل ما يوجب شياعها.

مع انه لا فائدة كثيرة فى التنبيه على دخول القاصد لاشاعة الفاحشة فى عموم الآية.

و انما يحسن التنبيه على ان قاصد السبب قاصد

الفاحشة) فان الظاهر من الحب القصد.

و انما قلنا: لا يقيد لان الاستشهاد بالآية لا تصلح وجه التقييد، فان الاستشهاد من جهة لا يوجب مطابقة الشاهد للمشهود عليه من كل الجهات (بل) نفس الآية لا تدل على القصد أيضا فكيف بان تقيد: الصدر، بالقصد و ذلك لان (الظاهر) لدى الانسباق العرفى من الآية (ان المراد) بها (مجرد فعل ما يوجب شياعها) اى الفاحشة، سواء قصد الشين و الهدم أم لا، فان قسما من الناس يحبون نقل الاقوال الطريفة سواء كانت حسنة أم سيئة بدون قصد الاحسان و الإساءة.

(مع انه) لو قلنا: بان ظاهر الآية قصد الشين كان مقتضى القاعدة:

عموم الصدر، لمن قصد الشين، أم لا.

اذ (لا فائدة كثيرة فى التنبيه) من الامام عليه السلام (على دخول القاصد لاشاعة الفاحشة فى عموم الآية) فان دخول هذا الفرد واضح لا يحتاج الى التنبيه.

(و انما يحسن التنبيه) لدخول غير القاصد فى الآية، فان ذلك معا يخفى على العامة، فيحسن التنبيه عليه، فكان الامام عليه السلام بذكر الآية الكريمة اراد ان ينبه (على ان قاصد السبب) و هى اذاعة السر (قاصد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۷

للمسبب، و ان لم يقصده بعنوانه.

و كيف كان فلا اشكال من حيث النقل و العقل فى حرمة اذاعة ما يوجب مهانة المؤمن، و سقوطه عن اعين الناس فى الجملة.

و انما الكلام فى انها غيبة، أم لا، مقتضى الاخبار المتقدمة باسرها ذلك، خصوصا المستفيضة الاخيرة

للمسبب) و هو اشاعة الفاحشة (و ان لم يقصده) المذيع القاصد للسبب:

المسبب (بعنوانه) بان لم يقصد اذاعة الفاحشة، كما ان قاصد الالقاء فى النار، قاصد للاحراق، و ان لم يقصد الاحراق بعنوان انه احراق.

(و كيف كان) سواء اعتبر قصد الشين و الهدم فى مذيع السرّ أم لا (فلا اشكال من حيث النقل و العقل) الحاكم بقبح اهانة الغير (فى حرمة اذاعة ما يوجب مهانة المؤمن، و سقوطه عن اعين الناس فى الجملة).

قوله: فی الجملة، متعلق ب «حرمة» اذ لا یحرم ذلک اذا کان بقصد النهی عن المنکر، او نصح المستشیر، او ما اشبه.

(و انما الکلام فی انها غیبة، أم لا).

و (مقتضی الاخبار المتقدمة باسرها ذلک) و انها من الغیبة لشمول قوله صلی الله علیه و آله و سلم: ذکرک اخاک ما یکره، و نحوه، له (خصوصا المستفیضة الاخیرة) و هی روایات ابنی سنان و سرحان، و ابان و عبد الرحمن.

وجه الخصوصیة: ان دلالة الاخبار غیر المفصلة علی المدعی، انما هی بالإطلاق لامکان تقییدها بخصوص صورة إرادة الذم و التعییر، بخلاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۸

فان التفصیل فیها بین الظاهر و الخفی انما یکون مع عدم قصد القائل المذمة و الانتقاص.

و اما مع قصده فلا فرق بینهما فی الحرمة.

و

الاخبار المفصلة فانها نص فی المدعی، لعدم قابلیتها للتقیید بصورة إرادة الذم.

اذ لو قیدناها بصورة إرادة الذم، لزم ان یکون ذکر النقائص الخفیة مع إرادة الذم حراما، و ذکر النقائص الجلیة مع إرادة الذم لیس بحرام و هذا مقطوع البطلان، اذ تنقیص المؤمن حرام مطلقا، سواء بالعیب الظاهر او العیب الخفی.

فلا بد و ان یکون المراد بالروایات المفصلة عدم إرادة النقص فیکون مفادها ان ذکر النقائص الخفیة بدون إرادة النقص حرام، و ذکر النقائص الجلیة بدون إرادة النقص حلال.

(فان التفصیل فیها) ای فی هذه المستفیضة (بین الظاهر و الخفی) حیث حرم الثانی فقط (انما یکون) ای یصح هذا التفصیل بالحرمة فی الخفی، دون الجلی (مع عدم قصد القائل المذمة و الانتقاص).

(و اما مع قصده) المذمة و الانتقاص (فلا فرق بینهما) ای بین الظاهر و الخفی (فی الحرمة) لحرمة تنقیص المسلم مطلقا.

(و) ان قلت: التفصیل فی هذه الاخبار بین الظاهر و الخفی لیس فی صدد تحریم الخفی دون الظاهر، لیستدل بذلک علی ان المراد ذکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۹

المنفی فی تلک الاخبار و ان کان تحقق موضوع الغیبة دون الحکم بالحرمة الا ان ظاهر سیاقها نفی الحرمة فی ما عداها أیضا.

لکن مقتضی ظاهر التعریف المتقدم عن کاشف الریبة عدمه، لانه اعتبر قصد الانتقاص و الذم، الا ان یراد اعتبار ذلک فیما یقع علی وجهین

العیب بدون قصد التنقیص، و الا لزم عدم حرمة التنقیص، بل فی صدد تعیین موضوع الغیبة و ان الموضوع انما یتحقق بالخفی.

قلت: (المنفی فی تلک الاخبار) المفصلة (و ان کان تحقق موضوع الغیبة دون الحکم بالحرمة، الا ان ظاهر سیاقها نفی الحرمة فی ما عداها) ای عدا الغیبة (أیضا)

فالاخبار فی مقام التفصیل فی کلا الا مرین.

الاول: ان الخفی غیبة دون الظاهر.

الثانی: ان ذکر الخفی حرام دون ذکر الظاهر.

و الحاصل: ان مع قصد التنقیص یحرم ذکر العیب مطلقا و بدون قصد التنقیص یحرم ذکر العیب الخفی دون ذکر العیب الظاهر، و

علی کل حال فالخفی غیبۀ دون ما عداه.

(لکن مقتضی ظاهر التعریف المتقدم عن کاشف الریبۀ) للغیبۀ (عدمه) ای عدم کونه من الغیبۀ، اذا لم یکن انتقاص و ان کان ذکرا للعیب الخفی (لانه) ای کاشف الریبۀ (اعتبر) فی صدق الغیبۀ (قصد الانتقاص و الذم) فلا غیبۀ اذا لم یکن انتقاص (الا ان یراد) من کلام کاشف الریبۀ (اعتبار ذلک) القصد، للانتقاص و الذم (فیما یقع علی وجهین) وجه الانتقاص و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۰

دون ما لا یقع الا علی وجه واحد.

فان قصد ما لا ینفک عن الانتقاص، قصد له، و ان کان المقول نقصا ظاهرا للسامع.

فان لم یقصد القائل الذم، و لم یکن الوصف من الاوصاف المشعرۀ بالذم، نظیر الالقاب المشعرۀ به فالظاهر انه خارج عن الغیبۀ لعدم حصول کراهۀ للمقول فیه، لا من حیث الاظهار و لا من حیث ذم المتکلم، و لا من حیث الاشعار

وجه عدم الانتقاص، و هو فی العیب الظاهر (دون ما لا یقع الا علی وجه واحد) و هو وجه الانتقاص فقط- و هو فی العیب الخفی- فانه انتقاص مطلقا، سواء اراد المتکلم الانتقاص، أم لا.

(فان قصد) المتکلم ذکر (ما لا ینفک عن الانتقاص) و هو العیب الخفی (قصد له) ای للانتقاص، فلا مخالفۀ لکاشف الریبۀ معنا (و ان کان المقول نقصا ظاهرا للسامع) هذا عطف علی قوله «و ان کان نقصا» المعطوف هو أیضا علی قوله «ان لم یکن» بعد قوله «و الملخص».

(فان لم یقصد القائل الذم، و لم یکن الوصف) الّذی تکلّم به القائل (من الاوصاف المشعرۀ بالذم، نظیر الالقاب المشعرۀ به) کالاحول، و نحوه (فالظاهر انه خارج عن الغیبۀ) موضوعا و حکما (لعدم حصول کراهۀ للمقول فیه، لا من حیث الاظهار) فان اظهار هذه الصفۀ لیس مکروها لدی المقول فیه (و لا من حیث ذم المتکلم) لان المتکلم لم یقصد الذم حتی یکرهه المقول فیه (و لا من حیث الاشعار) فان الوصف بنفسه لا یشعر بالذم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۱

و ان کان من الاوصاف المشعرۀ بالذم او قصد المتکلم التعییر و المذمۀ بوجوده فلا اشکال فی حرمۀ الثانی، بل و کذا الاول.

لعموم ما دل علی حرمۀ ایذاء المؤمن و اهانته و حرمۀ التنابز بالالقاب و حرمۀ تعییر المؤمن علی صدور معصیۀ منه فضلا عن غیرها.

ففی عدۀ من الاخبار من عیّر مؤمنا علی معصیۀ لم یمت حتی یرتکبه.

- حسب الفرض-.

و الحاصل انه لیس بعیب بذاته، و لا مشعر بالذم، و لم یقصد المتکلم الذم، کما لو قال: زید لیس بمجتهد فانه نقص، و لکنه لیس بعیب.

(و ان کان من الاوصاف المشعرۀ بالذم) کالاحول (او قصد المتکلم التعییر و المذمۀ) کما لو اراد تنقیص زید بقوله: انه لیس بمجتهد (بوجوده) ای بوجود ذلک الوصف فیه (فلا اشکال فی حرمۀ الثانی) ای ما قصد الذم (بل و کذا الاول) الّذی هو الاشارۀ بالوصف المشعر بالذم.

(لعموم ما دل علی حرمۀ ایذاء المؤمن و اهانته و حرمۀ التنابز بالالقاب) قال سبحانه: وَ لا تَنابَزُوا بِالْأَلْقابِ، ای لا یجعل بعضکم لبعض لقبا سیّئا (و حرمۀ تعییر المؤمن علی صدور معصیۀ منه) التی هی نقص حقیقی، و عیب قطعی (فضلا عن غیرها) التی هی لیست عیبا، کانه لیس بمجتهد، او انه احول، مثلا.

(ففی عدة من الاخبار من عیّر مؤمنا علی معصیة لم یمت حتی یرتکبه).

و المراد انه مقتضـی للارتکاب کسائر المقتضـیات الشرعیة مثل ان الدّعاء الفلانی یوجب الاستجابة الّذی یراد به انه مقتضی، لا انه علة تامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۲

و انما الکلام فی کونهما من الغیبة، فان ظاهر المستفیضة المتقدمة عدم کونهما منها.

و ظاهر ما عداها من الاخبار المتقدمة بناء علی ارجاع الکراهة فیها الی کراهة الکلام الّذی یذکر به الغیر.

و کذلک کلام اهل اللغة- عدا الصحاح علی بعض احتمالاته-

ثم لا یبعد عدم استفادة التحریم من هذه الاخبار کما ذکره بعض المحققین و ان کان المستفاد عرفا- بالنظر الاولی ذلک-.

(و انمـا الکلام فی کونهما من الغیبـة) أم لا (فان ظاهر المسـتفیضة المتقدمـة عـدم کونهما منها) و ضـمیر التثنیـة فی قوله «کونهما» فی المقامین راجع إلی: الکلام المشعر بالذم و ان لم یقصده، و ما قصد المتکلم الذم و ان لم یشعر الکلام به.

و انما کان ظاهر المستفیضة عدم کونهما غیبة، لانها جعلت اذاعة السر و ما اشبه غیبة، و الامر الظاهر لیس داخلا فی اذاعة السر.

(و) لکن (ظاهر ما عداها) ای ما عدا المسـتفیضة (من الاخبار المتقدمة) مثل قوله صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم: ذکرک اخاک ما یکره (بنـاء علی ارجـاع الکراهـة فیها) ای فی تلک الاخبار (الی کراهـة الکلام الّـذی یـذکر به الغیر) لا کراهـة الصـفة، اذ لو اریـد بالکراهة کراهة الصفة، لم تشمل الغیبة ما لم تکن الصفة مکروهة- کما هو المفروض-.

(و کذلک) ظاهر (کلام اهل اللغة- عد الصحاح علی بعض احتمالاته-) بان اراد بالموصول «الوصف» لا «الکلام»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۳

کونهما غیبة.

و العمل بالمستفیضة لا یخلو عن قوة و ان کان ظاهر الاکثر خلافه، فیکون ذکر الشخص بالعیوب الظاهرة الّذی لا تفید السامع اطلاعا لم یعلمه، و لا یعلمه عادة من غیر خبر مخبر لیست غیبة فلا یحرم الا اذا اثبت الحرمة

اما کلام الصحاح اذا اراد بالموصول «الکلام» فهو أیضا کسائر اهل اللغة فی الافادة (کونهما غیبة) خبر قوله: و ظاهر ما عداها.

(و العمـل بالمسـتفیضة) بعـدم کونهمـا من الغیبـة- موضوعـا (لا یخلو عن قوة) اذ لا یطلق علی ذلـک: الغیبـة، عرفـا بالإضافة إلی ان المستفیضة تصلح مقیدة للاخبار المطلقة (و ان کان ظاهر الاکثر) من الفقهاء (خلافه) و انهما داخلان فی موضوع الغیبة.

(فیکون) لـدی المصـنف (ذکر الشـخص بالعیوب الظاهرة الّـذی لا تفید) تلک العیوب عند ذکرها (السامع اطلاعا لم یعلمه) قبلا (و لا یعلمه عادة من غیر خبر مخبر) فی المسـتقبل، بل السامع اما علمه قبلا، او یعلمه فی المستقبل- بنفسه- من غیر اخبار مخبر، کما لو کان الطرف اعور، فان السامع اما علم به، او یعلم به فی المسـتقبل- حسب العادة- بدون ان یخبره احد، لان العور عیب ظاهر، لا یحتاج إلی الاخبار (لیست غیبة) خبر قوله «فیکون».

و انما قال «و لا یعلمه» حتی لا یقال: بامکان افادة «الکلام» للسامع اطلاعا حتی بالنسبة إلی العیب الظاهر، لانه لم یکن علمه قبل ذلک

(فلا یحرم) مثل هذا الکلام من جهة کونه غیبة (الا اذا ثبت الحرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۴

من حیث المذمة و التعییر، او من جهة کون نفس الاتصاف بتلک الصفة مما یستنکفه المغتاب، و لو باعتبار بعض التعبیرات.

فیحرم من جهة الایذاء و الاستخفاف و الذم و التعییر.

ثم الظاهر المصرح به فی بعض الروایات: عدم الفرق فی ذلک- علی ما صرح به غیر واحد- بین ما کان نقصانا فی بدنه، او نسبه، او خلقه، او فعله، او قوله، او دینه

من حیث المذمة و التعییر) فیما اذا قصد المتکلم المذمة (او من جهة کون نفس الاتصاف بتلک الصفة مما یستنکفه المغتاب) و لا یحب تلک الصفة لانها مشعرة بالذم بذاتها (و لو باعتبار بعض التعبیرات) التی تتوجه إلیه بسبب اتصافه بهذه الصفة، و ان لم یقصد المتکلم بکلامه تعییره بهذه الصفة.

و الحاصل: ان المتکلم اما فی مقام الذم و اما ان نفس الکلام مشعر بالذم، و ان لم یقصده المتکلم.

(فیحرم) مثل هذا الکلام- بقسمیه- لا من جهة الغیبة، و انما (من جهة الایذاء و الاستخفاف و الذم و التعییر) فانه لا یشترط فی صدق هذه العناوین قصد المتکلم، بل حصولها فی الخارج کاف فی الحرمة.

(ثم الظاهر المصرح به فی بعض الروایات: عدم الفرق فی ذلک) التحریم لذکر ما کان نقصا (- علی ما صرح به غیر واحد- بین ما کان نقصانا فی بدنه) کالاعور (او نسبه) کولد العبد و ابن الکافر (او خلقه) کسیّئ الخلق (او فعله) کرکیک الصنع (او قوله) کالفأفأ و التمتام (او دینه) کضعیف الایمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۵

او دنیاه، حتی فی ثوبه او داره او دابته او غیر ذلک.

و قد روی عن مولانا الصادق علیه السلام، الاشارة إلی ذلک بقوله:

وجوه الغیبة تقع بذکر عیب فی الخلق و الفعل و المعاملة، و المذهب و الجهل و اشباهه.

قیل اما البدن فذکرک فیه العمش و الحول و العور و القرع و القصر و

(او دنیاه، حتی فی ثوبه او داره او دابته) کوسخ الثوب او منهدم الدار او هزیل الدابة (او غیر ذلک) ککسول الولد و ما اشبه.

لان کل ذلک داخل فی قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: ذکرک اخاک ما یکره.

(و قد روی عن مولانا الصادق علیه السلام، الاشارة إلی ذلک) الّذی ذکرنا من اقسام الغیبة (بقوله) علیه السلام (وجوه الغیبة تقع بذکر عیب فی الخلق) بفتح الخاء بمعنی الخلقة، او بضمها بمعنی الصفة (و الفعل و المعاملة) نحو صعب المعاملة (و المذهب) کمنحرف المذهب، و المراد به اما الطریقة التی یسلکها فی دینه، او فی دنیاه (و الجهل) کان یقول فلان جاهل (و اشباهه) کما عرفت من بعض الاقسام الاخر.

(قیل) و القائل الشیخ الورام فی المجموعة المنسوبة إلیه، و هو جد السید ابن طاوس من طرف الام (اما) ذکر العیب فی (البدن فذکرک فیه العمش) و هو ضعف البصر مع سیلان الدمع (و الحول) و هو انقلاب العین عن المتعارف (و العور) الّذی ذهبت احدی عینیه (و القرع) الّذی ذهب شعر رأسه من آفة، و یسمی بالفارسیة «کچل» (و القصر و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۶

الطول و السواد و الصفرة، و جمیع ما یتصور ان یوصف به مما یکرهه.

و اما النسب، فبان یقول: ابوه فاسق او خبیث او خسیس او اسکاف او حائک او نحو ذلک مما یکره.

و اما الخلق: فبان یقول: انه سیّئ الخلق، بخیل، مراء، متکبر، شدید الغضب، جبان، ضعیف القلب و نحو ذلک.

و اما فی افعاله المتعلقة بالدین فکقولک: سارق، کذاب، شارب، خائن، ظالم، متهاون بالصلاة لا یحسن الرکوع و السجود.

الطول) فی الجسم او فی عضو من الاعضاء (و السواد و الصفرة) و سائر الالوان غیر المتعارفة فی الجسم او فی عضو منه (و جمیع ما یتصور ان یوصف به مما یکرهه) کالخصی و المجبوب و الکوسج و ما اشبه.

(و اما النسب، فبان یقول: ابوه فاسق او خبیث او خسیس) ای بخیل (او اسکاف) و هو من یرقع الاحذیة (او حائک) لان الحیاکة مکروهة شرعا معروف صاحبها بخفة العقل (او نحو ذلک مما یکره) نحو: ابوه جاهل او جبان او کافر، و لا یخفی ان الإساءة فی مثل هذه النسب إلی شخصین او اکثر.

(و اما الخلق: فبان یقول: انه سیّئ الخلق، بخیل، مراء) یعمل ریاء (متکبر، شدید الغضب، جبان، ضعیف القلب) من احتمال الامور (و نحو ذلک) نحو متهور، غیر غیور، شاذ، الی غیرها.

(و اما فی افعاله المتعلقة بالدین فکقولک: سارق، کذاب، شارب خائن، ظالم، متهاون بالصلاة) زنّاء، لواط، مرائی (لا یحسن الرکوع و السجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۷

و لا یجتنب من النجاسات، لیس بارّا بوالدیه، لا یحرس نفسه من الغیبة، و التعرض لاعراض الناس.

و اما افعاله المتعلقة بالدنیا، فکقولک: قلیل الادب، متهاون بالناس لا یری لاحد علیه حقا، کثیر الکلام، کثیر الاکل، نؤم، یجلس فی غیر موضعه.

و اما فی ثوبه، فکقولک: انه واسع الکم، طویل الذیل، وسخ الثیاب و نحو ذلک.

و لا یجتنب من النجاسات، لیس بارا بوالدیه، لا یحرس نفسه من الغیبة) بان یقولها او یسمعها (و التعرض لاعراض الناس) بل حتی اذا کان ذلک الفعل او الترک مکروها او مستحبا، نحو کثیر النوم، کسول، بطال، او تارک لصلاة اللیل، لا یقنت فی صلاته، لا یحسن معاشرة اهله، و ما اشبه.

(و اما افعاله المتعلقة بالدنیا، فکقولک: قلیل الادب، متهاون بالناس، لا یری لاحد علیه حقا، کثیر الکلام، کثیر الاکل، نؤم) علی وزن فعول بمعنی کثیر النوم (یجلس فی غیر موضعه) بل و لو کان ذلک مستحبا شرعا، و لکن کان نقصا عرفا، نحو مکتحل، مخضب اللحیة، کثیر التنویر، کثیر الطروقة، محب النساء، ای لزوجاته.

(و اما فی ثوبه، فکقولک: انه واسع الکم، طویل الذیل) ای ما یقابل الرجل من الثوب (وسخ الثیاب، و نحو ذلک).

و الانصاف انه ان جعلنا المیزان «ما یکره» و جعلنا نفسنا مرآة للغیر، بان علمنا ان ما یسبب کراهتنا یسبب کراهة الغیر، کان اللازم السکوت الا عن خیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۴۸

ثم ان ظاهر النص و ان کان منصرفا إلی الذکر باللسان لکن المراد به حقیقة الذکر، فهو مقابل الاغفال.

فکل ما یوجب التذکر للشخص من القول و الفعل و الاشارة و غیرها فهو ذکر له

و لا یخفی: ان قول السوء فی الناس بالإضافة إلی انه حرام مما یسبب هدم مروة الانسان، و یظهر دناءة نفسه، و انه منطو علی اللوم و الحقد.

و ما اجعل کلمة المسیح علیه السلام- الشاملة لجمیع انواع الإساءة الی الغیر- فانه علیه السلام کان یسیح مع تلامیذ له، فمروا بجماعة من الیهود، فقالوا فیه شرا، فقال علیه السلام: فیهم خیرا، فقال تلامیذه- معترضین- کیف تقول فیهم الخیر؟ و قد نالوا منک، فقال المسیح کلمته العظیمة «کل ینفق ما عنده».

(ثم ان ظاهر النص و ان كـان منصـرفا إلی الـذكر باللسـان) بل هو صـریح قوله صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم: ذكرك (لكن المراد به) بقرینهٔ الحكم و الموضوع و التعلیل المذكور فی بعض الروایات، بل ما قاله النبی صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم: لعائشهٔ حین اشارت إلی قصیرهٔ بیدها اشارهٔ تدل علی قصرها اغتبتیها- كما فی جامع السعادات- (حقیقهٔ الذكر) و هو ما یوجب التذكر، لا منصرف الذكر فقط، و هو التلفظ (فهو مقابل الاغفال) لا مقابل الاشارهٔ.

(فكل ما یوجب التـذكر للشـخص من القول و الفعل و الاشارهٔ و غیرها) كالكتابهٔ (فهو ذكر له) بل قوله تعالی: وَیْلٌ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ، و قوله: إِنَّ

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۴۹

و من ذلك المبالغهٔ فی تهجین المطلب الّذی ذكره بعض المصنفین بحیث یفهم منها الازراء بحال ذلك المصنف.

فان قولك: ان هذا المطلب بدیهی البطلان تعریض لصاحبه، بانه لا یعرف

الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ، شامل لهذه الاقسام، بدون الاحتیاج الی المناط و القرینهٔ.

و قد روی المؤرخون ان الحكم كان یمشـی خلف رسول اللّه صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم مشـیهٔ یقلده فیها، فنظر إلیه النبی صـلّی اللّه علیه و آله و سلّم ذات مرهٔ، و قال: ابق علی هذه الحالهٔ، فبقی إلی ان مات، فلم یكن یتمكن ان یمشی الا كالعرنجل.

كما ان من المشـهور ان احد اولاد الائمهٔ علیهم السـلام اسـتجار ببیت فی احدی قری ایران- خوفا من اطلاع الظالمین علیه، و لما عقبه اعوان الحكومـهٔ اشار احـد المطلعین بحاجبه إلی ذلك البیت، فأخـذ و قتل و بقیت مراسم الاشارهٔ فی حاجب المشـیر و عینه، بل جری ذلك الاعوجاج فی نسله.

(و من ذلك) الاغتیاب او من ذلك التأشـیر الّذی هو داخل فی موضوع «الـذكر» (المبالغـهٔ فی تهجین) و تقبیـح (المطلب الّذی ذكره بعض المصنفین) او قاله بعض القائلین (بحیث یفهم منها) ای من تلك المبالغهٔ (الازراء بحال ذلك المصنف) او القائل.

(فان قولك: ان هذا المطلب بدیهی البطلان، تعریض لصاحبه، بانه لا یعرف

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۵۰

البدیهیات، بخلاف ما اذا قیل انه مستلزم لما هو بدیهی البطلان، لان فیه تعریضا بان صاحبه لم ینتقل إلی الملازمهٔ بین المطلب، و بین ما هو بدیهی البطلان و لعل الملازمهٔ نظریهٔ.

و قد وقع من بعض الاعلام بالنسبهٔ إلی بعضهم ما لا بد له من الحمل و التوجیه اعوذ باللّه من الغرور و اعجاب المرء بنفسه و

البـدیهیات) و ذلـك اغتیاب حرام، او اهانـهٔ و تحقیر محرم (بخلاف ما اذا قیل انه) ای كلامه (مسـتلزم لما هو بـدیهی البطلان، لان فیه تعریضا) و اشارهٔ (بان صاحبه لم ینتقل إلی الملازمـهٔ بین المطلب، و بین ما هو بـدیهی البطلان) و عـدم الانتقال لیس عیبا و تنقیصا، و انما هو كاشـكال كل طرف إلی الآخر، بابطال ما یقوله و تأدیه بابطال مطلبه غیر محرم اذا لم یكن المبطل بقصـد الایذاء و انما بقصـد اظهار الحق (و لعل الملازمهٔ نظریهٔ)

هـذا وجه عـدم كون قوله «مستلزم» موجبـا للتعریض، اذ لاـ یلزم ان یعرف الشـخص كـل النظریات حتی اذا قیل عنه انه لا یعرف الامر النظری الفلانی یكون اهانهٔ و تحقیرا له.

(و قد وقع من بعض الاعلام بالنسبهٔ إلی بعضـهم) كابن ادریس بالنسـبهٔ إلی الشیخ، و المحقق بالنسبهٔ إلی ابن ادریس، و بعض العلماء بالنسبهٔ إلی الصـدوق فی قوله: بسـهو النبی صـلّی اللّه علیه و آله و سـلّم، الی غیر ذلك (ما لا بـد له من الحمل و التوجیه) و الا یكون بظـاهره تنقیصـا و تخفیفا للمؤمن (اعوذ باللّه من الغرور و اعجاب المرء بنفسه) فیری نفسه فوق الآخرین، و لـذا یسـتخف بهم و یهینهم

فی کتابهٔ او کلام او اشارهٔ (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۱

حسده علی غیره و الاستیکال بالعلم.

ثم ان دواعی الغیبهٔ کثیرهٔ، روی عن مولانا الصادق علیه السلام التنبیه علیها اجمالا، بقوله علیه السلام: اصل الغیبهٔ تتنوع بعشرهٔ انواع شفاء غیظ، و مساعدهٔ قوم، و تصدیق خبر بلا کشف، و تهمهٔ و سوء ظن، و حسد، و سخریهٔ

حسده علی غیره) فلا یتمکن ان یری غیره ارقی منه، و لذا یأخذ من الحط عن قدره (و الاستیکال بالعلم) بان یتکل علی علم نفسه، فیزدری بالآخرین.

(ثم ان دواعی الغیبهٔ کثیرهٔ، روی عن مولانا الصادق علیه السلام التنبیه علیها اجمالا، بقوله علیه السلام: اصل الغیبهٔ تتنوع بعشرهٔ انواع) و هی الامور التی تسبب الغیبهٔ، و تسبب ان یغتاب الانسان غیره.

(۱) (شفاء غیظ) و غضب علی انسان.

(۲) (و مساعدهٔ قوم) علی آخرین فینتصر من القوم الآخر انتصارا لقوم یرید نصرتهم.

(۳) (و تصدیق خبر بلا کشف) عن حقیقته، فینسب إلی زید مثلا ما سمعه بدون أن یستخبر، هل صحیح ما سمع، أم لا.

(۴) (و تهمهٔ) بان یتهم انسانا بریئا.

(۵) (و سوء ظن) کان یتکلم زید مع امرأهٔ فیظن انه یرید الزناء فیقول هذا الکلام بدون ان یعلم الواقع- و انها کانت زوجهٔ زید-.

(۶) (و حسد) کان یحسد عالما فیرید الانتقاص منه باغتیابه.

(۷) (و سخریهٔ) بان یستهزئ به بذکره بما یکره تفکها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۲

و تعجیب، و تبرم، و تزیّن، الخبر.

ثم ان ذکر الشخص قد یتضح کونها غیبهٔ، و قد یخفی علی النفس لحب او بغض، فیری انه لم یغتب و قد وقع فی اعظمها.

---

(۸) (و تعجیب) بان یرید ان یثیر عجب الناس بذکر نقائص المؤمن کان یقول عنه انه یأکل کل مرهٔ خمسهٔ ارطال من الطعام.

(۹) (و تبرم) ای یرید اظهار ضجره و برمه بفعل شخص، کأن یقول:

یأتی زید عندی و یتکلم بالاباطیل و یأخذ من وقتی.

(۱۰) (و تزین) بان یرید بیان صلاح نفسه فیفسد الآخرین، کان یقول نحن لا نعرف اکل اموال الناس، و انما یعرفه زید، الی غیر ذلک من الامثلهٔ.

و هناک اقسام اخر یمکن ادخالها فی الاقسام السابقهٔ إلی آخر (الخبر) و لم نتمه اختصارا.

(ثم ان ذکر الشخص قد یتضح کونها غیبهٔ، و قد یخفی علی النفس) ای علی الانسان الّذی یستغیب ان کلامه غیبهٔ (لحب) للطرف المقابل، کان یحب زیدا فاذا زلت قدمه قال تأسفا: زید لا عقل له لا یتمکن ان یدیر نفسه فانه غیبهٔ لا تجوز، قد وقع فیها لحبه زیدا (او بغض) کان یقول ذلک عن زید بغضا و حنقا علیه (فیری انه لم یغتب و قد وقع فی اعظمها) و کونه اعظم باعتبار انه یری ان کلامه لیس بغیبهٔ، و الحال انه غیبهٔ.

و من المعلوم: ان الغیبهٔ المجهولهٔ اخطر من الغیبهٔ المعلومهٔ، لان المتدین یجتنب عن المعلومهٔ فلا یقع فی معصیتها، بخلاف المجهولهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۳

و من ذلـك ان الانسان قـد يغتم بسـبب ما يبتلى به اخوه فى الـدين، لاجل امر يرجع إلى نقص فى فعله او رأيه فيـذكر المغتم فى مقام التأسف عليه، بما يكره ظهوره للغير، مع انه كان يمكنه بيان حاله للغير، على وجه لا يذكر اسمه ليكون قد احرز ثواب الاغتمام على ما اصاب المؤمن.

لكن الشيطان يخدعه و يوقعه فى ذكر الاسم.

(و من ذلـك) الاغتيـاب المحرم الّـذى يقع الانسان فيه حبا للطرف المقابل (ان الانسان قـد يغتم) و يحزن (بسـبب ما يبتلى به اخوه فى الـدين) و كان الابتلاء (لاجل امر يرجع إلى نقص فى فعله او رأيه) كان لم يسق بسـتانه فتلف، او ظن ان الطبيب الفلانى احسن الاطباء فسبب عماه (فيذكر) المتكلم (المغتم) الشخص المبتلى (فى مقام التأسف عليه، بما يكره) المبتلى (ظهوره) اى ظهور ابتلائه (للغير، مع انه كـان يمكنه بيـان حاله للغير، على وجه لا يـذكر اسـمه) كان يقول: ابتلى احـد اصـدقائنا بالمصـيبة الفلانيـة لنقص فى رأيه او عمله (ليكون قد احرز ثواب الاغتمام على ما اصاب المؤمن) و يستجلب دعاء الاخوان لاخيه المبتلى.

(لكن الشيطان يخدعه و يوقعه فى ذكر الاسم) حتى يكون عاصيا عوض ان يكون مثيبا.

و من غريب الامر ان الاغتياب كثر حتى فى الاوساط المتدينـة، و قـد ذهب كبر جرمه، حتى كانه امر عادى، و قد يتورع احدهم فيجبر ذلك بلفظ الاستغفار، و ما اشبه، نسأل اللّه العصمة، و يتذكر المغتاب- بالكسر قول الشاعر:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۵۴

بقى الكلام فى انه هل يعتبر فى الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب او يكفى ذكره عند نفسه.

ظاهر الاكثر الدخول كما صرح به بعض المعاصرين.

نعم ربما يستثنى من حكمها عند من استثنى

لسانك لا تبدى به سوأة امرئ فكلك سوءات و للناس السن و عينك ان اهدت أليك معايبا من الناس قل يا عين للناس اعين

(بقى الكلام فى انه هل يعتبر فى الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب) حالا او مسـتقبلا، كما لو تكلم فى المسـجل مما يسـمعه الغير، او كتب الغيبة فى مثل الجرائد.

و اما التكلم فى الراديو و التلفزيون و التلفون فلا اشكال فى انها من الغيبة (او يكفى ذكره عند نفسه) بحيث لا يسمعه احد.

(ظاهر الاكثر الـدخول) اى دخول هذا القسم فى الغيبة، فلا يشترط حضور مخاطب له (كما صـرح به بعض المعاصـرين) و لعله لصدق «ذكرك اخـاك» فـان الـذكر يطلق على مـا اذا لم يكن هنـاك سـامع، بالإضافـة إلى بعض الحكم من مثـل تنزيه اللسان عن ذكر الغير بالسوء، و حفظ النفس عن الوقيعة فى الآخرين، و ما اشبه.

(نعم ربما يستثنى من حكمها) اى حكم الغيبة الّذى هو الحرمة و ان كان داخلا فى الغيبة موضوعا (عند من اسـتثنى) هذا الفرد- و هو صورة عـدم حضور المخاطب- عن الحكم بالحرمـة، يعنى ان الّـذى يقول بـدخول الذكر منفردا فى موضوع الغيبة، و لكنه يسـتثنيه من حكمها- الّذى هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۵۵

ما لو علم اثنان صفة شخص، فيذكر احدهما بحضرة الآخر.

و اما على ما قويناه من الرجوع فى تعريف الغيبة إلى ما دل عليه المستفيضة المتقدمة من كونها هتك ستر مستور، فلا يدخل ذلك فى الغيبة.

و منه يظهر أيضا انه لاـ يـدخل فيهـا ما لو كان الغائب مجهولا عنـد المخاطب، مرددا بين اشـخاص غير محصورة، كما اذا قال: جاءنى اليوم رجل

الحرمة- یقول باستثناء صورة وجود المخاطب العالم أیضا عن حکم الغیبة، و ان کان داخلا فی موضوعها کما (ما لو علم اثنان) او اکثر (صفة شخص، فیذکر احدهما بحضرة الآخر) فانه و ان کان داخلا فی الموضوع لکنه خارج عن الحکم- ای الحرمة-.

و قوله «ما» فاعل «یستثنی».

و انما جاء المصنف ره بلفظ «نعم» للدلالة علی ان من یشترط حضور المخاطب، لا یقول بان حضور المخاطب موجب للحرمة مطلقا، و انما یقول بالحرمة اذا کان المخاطب غیر عالم بالوصف الّذی یقوله المتکلم.

(و اما علی ما قویناه) سابقا (من الرجوع فی تعریف الغیبة إلی ما دل علیه المستفیضة المتقدمة) کصحیحة محمد ابن سنان، و غیرها (من) ما دل علی ان الغیبة اذاعة السر، و (کونها هتک ستر مستور، فلا یدخل ذلک) الذکر بدون المخاطب، او مع مخاطب عالم بما یقوله المتکلم (فی الغیبة).

(و منه) ای مما ذکرنا من انها هتک الستر (یظهر أیضا انه لا یدخل فیها) ای فی الغیبة (ما لو کان الغائب) المغتاب- بالفتح- (مجهولا عند المخاطب، مرددا بین اشخاص غیر محصورة، کما اذا قال: جاءنی الیوم رجل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۶

بخیل دنیء ذمیم.

فان ظاهر تعریف الاکثر دخوله، و ان خرج عن الحکم بناء اعلی اعتبار التأثیر عند السامع.

و ظاهر المستفیضة المتقدمة عدم الدخول.

نعم لو قصد المذمة و التعییر، حرم من هذه الجهة، فیجب علی السامع نهی المتکلم عنه الا اذا احتمل ان یکون الشخص متجاهرا بالفسق فیحمل فعل المتکلم علی الصحة، کما سیجیء فی مسئلة الاستماع.

بخیل دنئ ذمیم) و ذلک لانه لا یصدق علیه انه هتک ستر مستور.

(فان ظاهر تعریف الاکثر) ان الغیبة: ذکرک اخاک ما یکره، و ما اشبه (دخوله) فی موضوع الغیبة (و ان خرج عن الحکم) فلا حرمة فیه (بناء علی) کون الحرمة منوطة ب (اعتبار التأثیر عند السامع).

فحیث لا تأثیر لا حرمة، و من المعلوم ان المجهول ذکره لا یتأثر السامع به.

(و ظاهر المستفیضة المتقدمة) کصحیحة ابن سنان، انه هتک الستر (عدم الدخول) فی موضوع الغیبة.

(نعم لو قصد المذمة و التعییر، حرم من هذه الجهة) ان لم نقل بانصراف ادلة المذمة و التعییر عن المجهول أیضا، و الا فلا حرمة من هذه الجهة أیضا (فیجب علی السامع) فی صورة الحرمة (نهی المتکلم عنه الا اذا احتمل) السامع (ان یکون الشخص) الّذی یذمه المتکلم (متجاهرا بالفسق، فیحمل فعل المتکلم علی الصحة، کما سیجیء فی مسئلة الاستماع).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۷

و الظاهر ان الذم و التعییر المجهول العین لا یجب الردع عنه مع کون الذم و التعییر فی موقعهما، بان کان مستحقا لهما و ان لم یستحق مواجهته بالذم، او ذکره عند غیره بالذم.

هذا کله لو کان الغائب المذکور مشتبها علی الاطلاق.

لکن بنائهم علی ان المحرم الاولی لا یمکن حال فعل المسلم فیه علی الصحة، الا اذا قام دلیل علی الاستثناء.

مثلا: لو شرب انسان الخمر، او اراد بیع الوقف الذری، او افطر فی شهر رمضان، او ما اشبه لا یترک و شانه من جهة حمل فعله علی

الصحیح بل یجب نهی الاول، و ردع الثالث، و عدم الاشتراء من الثانی، الا اذا قام الدلیل علی ان ما یفعله لاضطرار او مرض او طروّ جواز بیع الوقف.

(و الظاهر ان الذم و التعییر المجهول العین) ان قلنا بحرمته فی الجملهٔ- کما اختاره الشیخ- (لا یجب الردع عنه) من السامع (مع کون الذم و التعییر فی موقعهما، بان کان) المقول فیه (مستحقا لهما) کما لو أنه اخذ المتکلم یعیر من یسیئ الخلق، مع عدم ذکره لاسمه، فان تعییر مثله صحیح جائز (و ان لم یستحق مواجهته بالذم) اذ لا یجوز ذم المؤمن فی وجهه اذا لم یرتکب المنکر (او ذکره عند غیره بالذم) لانه غیبهٔ او تعییر للمؤمن المعلوم، و هو غیر جائز.

(هذا) الکلام (کله) حول غیبهٔ الانسان المجهول فیما (لو کان الغائب المذکور) بالذم و الغیبهٔ (مشتبها علی الاطلاق) بان لم یکن منحصرا فی معدود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۸

اما لو کان مرددا بین اشخاص، فان کان بحیث لا یکره کلهم ذکر واحد مبهم منهم، کان کالمشتبه علی الاطلاق، کما لو قال: جاءنی عجمی او عربی کذا و کذا، اذا لم یکن بحیث یکون الذم راجعا إلی العنوان، کان یکون فی المثالین تعریض إلی ذم تمام العجم او العرب و ان کان بحیث یکره کلهم ذکر واحد مبهم منهم، کان یقول: احد ابنی زید، او احد اخویه کذا و کذا.

ففی کونه اغتیابا لکل منهما، لذکرهما بما یکرهانه من التعریض لاحتمال کونه هو المعیوب.

(اما لو کان مرددا بین اشخاص) معدودین (فان کان بحیث لا یکره کلهم ذکر واحد مبهم منهم) بالذم (کان کالمشتبه علی الاطلاق) فی عدم الحرمهٔ (کما لو قال: جاءنی عجمی او عربی کذا و کذا، اذا) اراد ذم الفرد بما هو فرد، بان (لم یکن بحیث یکون الذم راجعا إلی العنوان، کان یکون فی المثالین) العربی و العجمی (تعریض إلی ذم تمام العجم او العرب) و الاحرم قطعا، بل کان اشد حرمهٔ من الذم لشخص خاص.

و منه یعلم ان ما یقوله البعض- احیانا- من ذکر بعض هذه الالفاظ العرب و العجم، تعریضا بتلک الامهٔ من المحرمات المقطوعهٔ (و ان کان بحیث یکره کلهم ذکر واحد مبهم منهم، کان یقول: احد ابنی زید، او احد اخویه کذا و کذا) او احد اهل المدرسهٔ الفلانیهٔ.

(ففی کونه اغتیابا لکل منهما، لذکرهما بما یکرهانه من التعریض) لکل واحد منهما معرض ذلک الذم (لاحتمال کونه هو المعیوب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۵۹

و عدمه لعدم تهتک ستر المعیوب منهما، کما لو قال احد اهل البلد الفلانی کذا و کذا، و ان کان فرق بینهما من جهة کون ما نحن فیه محرما من حیث الإساءهٔ إلی المؤمن بتعریضه للاحتمال دون المثال، او کونه اغتیابا للمعیوب الواقعی منهما و إساءهٔ بالنسبهٔ إلی غیره لانه تهتک بالنسبهٔ إلیه، لانه اظهار فی الجملهٔ لعیبه بتقلیل مشارکه فی احتمال

(و عدمه) ای عدم کونه غیبهٔ اصلا (لعدم تهتک ستر المعیوب منهما) اذ لم یعرف السامع ان ایهما المعیوب فهو (کما لو قال: احد اهل البلد الفلانی کذا و کذا، و ان کان فرق بینهما) ای بین نسبهٔ الذم إلی احد الشخصین، و بین نسبهٔ الذم إلی احد اهل البلد (من جهة کون ما نحن فیه) من النسبهٔ إلی احدهما (محرما من حیث الإساءهٔ إلی المؤمن بتعریضه للاحتمال).

فانه کما یحرم ان یقول الانسان زید شارب الخمر، کذلک یحرم ان یقول زید او عمرو یشرب الخمر، بل لو قال: احد اهل المدرسهٔ، کان حراما، لانه عرض کل فرد للاحتمال.

و مثله ما لو قال: یحتمل ان یشرب زید، فانه و ان لم یکن جزما لکنه إساءهٔ (دون المثال) لانه لا یعد عرفا إساءهٔ إلی احد، و لذا لو سمع احد اهالی البلد ذلک، لا یراه اهانهٔ له (او کونه اغتیابا للمعیوب الواقعی منهما و إساءهٔ بالنسبهٔ إلی غیره).

اما کونه اغتیابا للمعیوب الواقعی (لانه تهتک بالنسبة إلیه) و اذاعة سره (لانه اظهار فی الجملة لعیبه) و ذلک (بتقلیل مشارکه فی احتمال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۰

العیب فیکون الاطلاع علیه قریبا.

و اما الآخر، و قد اساء بالنسبة إلیه حیث عرّضه لاحتمال العیب وجوه.

قال فی جامع المقاصد و یوجد فی کلام بعض الفضلاء: ان من شرط الغیبة ان یکون متعلقها محصورا، و الا فلا تعد غیبة، فلو قال عن اهل بلدة غیر محصورة: ما لو قاله عن شخص واحد، کان غیبته لم یحتسب غیبة، انتهی.

اقول: ان اراد ان ذم جمع غیر محصور لا

العیب) فانه لو قال: احد اهل البلد کان شرکائه فی الاحتمال عشرة آلاف، و الآن صار شرکائه واحدا فقط، لان المتکلم قال: احد ابنی زید مثلا (فیکون الاطلاع) من السامع (علیه) و انه هو خالد الشارب لا اخوه خویلد (قریبا).

(و اما) کونه إساءة بالنسبة إلی (الآخر، و) لانه (قد اساء بالنسبة إلیه حیث عرضه لاحتمال العیب وجوه) خبر قوله «ففی کونه اغتیابا».

(قال فی جامع المقاصد و یوجد فی کلام بعض الفضلاء: ان من شرط) صدق (الغیبة ان یکون متعلقها محصورا، و الا فلا تعد غیبة، فلو قال عن) واحد من (اهل بلدة غیر محصورة؛ ما لو قاله عن شخص واحد) معلوم کزید- (کان) القول عن الشخص الواحد المعلوم (غیبته لم یحتسب) ما قاله عن واحد من اهل البلدة (غیبة) لانه مجهول (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(اقول: ان اراد ان ذم جمع غیر محصور) کذم کل اهل البلد، ف (لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۱

تعد غیبة، و ان قصد انتقاص کل منهم، کما لو قال: اهل هذه القریة او هذه البلدة کلهم کذا و کذا، فلا اشکال فی کونها غیبة محرمة.

و لا وجه لاخراجه عن موضوعها، او حکمها.

و ان اراد ان ذم المردد بین غیر المحصور لا تعد غیبة فلا بأس، کما ذکرنا و لذا ذکر بعض، تبعا لبعض الاساطین فی مستثنیات الغیبة ما لو علق الذم بطائفة او اهل بلدة او اهل قریة، مع قیام القرینة علی عدم

تعد غیبة، و ان قصد انتقاص کل منهم، کما لو قال: اهل هذه القریة او هذه البلدة کلهم کذا و کذا، فلا اشکال فی) عدم استقامة کلامه و (کونها غیبة محرمة) قطعا.

(و لا وجه لاخراجه عن موضوعها) بدعوی ان الدلیل منصرف عرفا عن مثل ذلک (او حکمها) بانها و ان کانت غیبة لکنها لیست بمحرمة.

و علی هذا فما اعتاده اهل التاریخ من ذکر الصفات الذمیمة لاهل البلاد یکون داخلا فی الغیبة المحرمة.

اللهم الا ان یقال: انها محرمة للاهانة، و لیست بغیبة، لانه لیس کشف الستر و انما هو اعلام الشیء الواضح.

(و ان اراد ان ذم المردد بین غیر المحصور لا تعد غیبة) و لعل هذا هو الظاهر، و لذا فسرناه بهذا التفسیر عند قوله «فلو قال» الخ (فلا بأس) بکلامه (کما ذکرنا) لانصراف الادلة عن مثله.

(و لذا ذکر بعض، تبعا لبعض الاساطین فی مستثنیات الغیبة ما لو علق الذم بطائفة او اهل بلدة او اهل قریة) او ما اشبه (مع قیام القرینة علی عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۲

إرادة الجميع، كذم العرب او العجم، او اهل الكوفة او البصرة، و بعض القرى، انتهى.

و لو اراد الاغلب ففى كونه اغتيابا لكل منهم و عدمه، ما تقدم فى المحصور.

و بالجملة فالمدار فى التحريم غير المدار فى صدق الغيبة، و بينهما عموم من وجه

الثانى فى كفارة الغيبة الماحية لها

و مقتضى كونها من حقوق الناس توقف رفعها إلى

إرادة الجميع، كذم العرب او العجم، او اهل الكوفة او البصرة، و بعض القرى، انتهى) فانه حيث لا- يريد الا- البعض لم يكن غيبة للجميع، و لا للبعض لان الجميع غير مراد، و البعض غير معلوم.

نعم لو اراد الجنس كان محرما، لانه بقوة اغتياب الجميع.

(و لو اراد) المتكلم بذم الجميع (الاغلب) او النصف مثلا، او ما اشبه مما يجعله كالواحد فى ضمن المحصور (ففى كونه اغتيابا لكل منهم و عدمه، ما تقدم فى المحصور) من الاحتمالات الثلاثة.

(و بالجملة فالمدار فى التحريم غير المدار فى صدق الغيبة، و بينهما عموم من وجه).

فالغيبة المحرمة كشف الستر عند من لا يعلم، و الغيبة المحللة موارد الاستثناء، و المحرم غير الغيبة، كالذم عند مخاطب يعلم بذلك.

الامر (الثانى) مما يبحث عنه فى مبحث الغيبة (فى كفارة الغيبة الماحية لها) حتى يأمن الانسان عن عاقبتها حسب الادلة.

(و مقتضى كونها من حقوق الناس توقف رفعها) و البراءة منها (الى

اسقاط صاحبها.

اما كونها من حقوق الناس فلانه ظلم على المغتاب.

و للاخبار فى ان من حق المؤمن على المؤمن ان لا يغتابه، و ان حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله.

و اما توقف رفعها على ابراء ذى الحق، فللمستفيضة المعتضدة بالاصل.

منها: ما تقدم من ان الغيبة لا تغفر حتى يغفر صاحبها.

اسقاط صاحبها) لحقه كما ان مقتضى كونها عصيانا لله سبحانه التوبة و الاستغفار، كالسرقة التى يجب على السارق التوبة، بالإضافة إلى الخروج عن حق الناس.

(اما كونها من حقوق الناس فلانه ظلم على المغتاب) بالفتح.

(و) قد ورد فى الروايات ما يدل على كونه حقا (للاخبار فى ان من حق المؤمن على المؤمن ان لا يغتابه، و ان حرمة عرض المسلم) الشامل لسره (كحرمة دمه و ماله) و حيث ان المال و الدم من الحقوق، فكذلك العرض بقرينة السياق.

(و اما توقف رفعها) اى هذا الحق (على ابراء ذى الحق، فللمستفيضة المعتضدة بالاصل) اى اصالة ان حق كل ذى حق لا يؤدّى الا بقبول ذى الحق، فانه مقتضى كونه حقا لغيره.

ف (منها) اى من الروايات المستفيضة (ما تقدم من ان الغيبة لا تغفر حتى يغفر صاحبها) فيما روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلّم.

و منها: ما حکاه غیر واحد عن الشیخ الکراجکی، بسنده المتصل إلی علی بن الحسین علیهما السلام، عن ابیه عن امیر المؤمنین علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله و سلم: للمؤمن علی اخیه ثلاثون حقا، لا براءة له منها إلا بأدائها، او العفو- الی ان قال- سمعت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم یقول: ان احدکم لیدع من حقوق اخیه شیئا فیطالبه به یوم القیمة، و یقضی له علیه.

و النبوی المحکی فی السرائر و کشف الریبة من کانت لاخیه عنده مظلمة فی عرض

(و منها: ما حکاه غیر واحد عن الشیخ الکراجکی، بسنده المتصل إلی علی بن الحسین علیهما السلام، عن ابیه) علیه السلام (عن امیر المؤمنین علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: للمؤمن علی اخیه ثلاثون حقا، لا براءة له منها) ای من تلک الحقوق (الا بادائها، او العفو- الی ان قال- سمعت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم یقول: ان احدکم لیدع من حقوق اخیه شیئا فیطالبه به یوم القیمة، و یقضی له) ای للطالب (علیه) ای علی المطلوب.

و قد عد النبی صلی الله علیه و آله و سلم من تلک الحقوق «ستر عورة الاخ» و المراد عدم کشف ستره.

و معنی «الاداء» ان یستر العورة.

و معنی «العفو» انه اذ کشف العورة یعفو عنه.

(و النبوی المحکی فی السرائر و کشف الریبة من کانت لاخیه عنده مظلمة فی عرض) کان هتک ستره، و اغتابه- مثلا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۵

او مال، فلیستحللها من قبل ان یأتی یوم لیس هناک درهم و لا دینار، فیؤخذ من حسناته فان لم یکن له حسنات اخذ من سیئات صاحبه فیتزاید علی سیئاته.

و فی نبوی آخر من اغتاب مسلما او مسلمة لم یقبل الله صلاته و لا صیامه اربعین یوما و لیلة، الا ان یغفر له صاحبه.

و فی دعاء التاسع و الثلاثین من ادعیة الصحیفة السجادیة.

(او مال) بان اکل ماله بالباطل (فلیستحللها من قبل ان یأتی یوم لیس هناک درهم و لا دینار، فیؤخذ من حسناته) ای تعطی للطالب عوض حقه (فان لم یکن له حسنات اخذ من سیئات صاحبه) الّذی اغتابه- ای المطالب- (فیتزاید علی سیئاته) ای سیئات المطلوب.

و من المعلوم: انه لو لم یکن للمغتاب- بالکسر- حسنات و للمغتاب بالفتح- سیئات، کما لو اغتاب کافر الرسول صلّی اللّه علیه و آله و سلم عوضه الله سبحانه حسنات من فضله، لئلا یبطل حقه، کما عاقب المغتاب بالکسر- لعدله.

(و فی نبوی آخر من اغتاب مسلما أو مسلمة لم یقبل الله صلاته و لا صیامه اربعین یوما و لیلة) بمعنی عدم الثواب علیهما، لا عدم الصحة حتی تحتاج إلی الاعادة و القضاء (الا ان یغفر له صاحبه) بان یعفو عنه.

(و فی دعاء التاسع و الثلاثین من ادعیة الصحیفة السجادیة) و فیه قوله علیه السلام «و ایما عبد من عبیدک ادرکه منی درک، او مسّه من ناحیتی اذی، او لحقه بی او بسببی ظلم، ففته بحقه او سبقته بمظلمته،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۶

و دعاء یوم الاثنین من ملحقاتها ما یدل علی هذا المعنی أیضا.

و لا فرق فی مقتضی الاصل و الاخبار بین التمکن من الوصول إلی صاحبه و تعذره، لان تعذر البراءة لا یوجب سقوط الحق، کما فی غیر هذا المقام.

فصل علی محمد و آل محمد و ارضه عنی من وجدک، و اوفه حقه من عندک» فان المستفاد من هذه الفقرة ان التخلص من تبعة

الغيبة ارضاء المغتاب بالفتح- كما لو قلت: ارض زيدا، فان المستفاد منه ان المطلوب ارضائك لزيد بنفسك او بوكيلك.

(و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها) و هو قوله عليه السلام: و أسألك فى مظالم عبادك عندى، بضميمة ما هو معلوم من وجوب رد المظالم إلى اهلها، او اسقاط اهلها لها عن كاهل مرتكب المظلمة.

و على كل ففى هذين الدعائين (ما يدل على هذا المعنى) الّذى هو لزوم ارضاء المغتاب- بالفتح- (أيضا) كما يدل على هذا المعنى الاخبار المتقدمة.

(و) على هذا ف (لا فرق فى مقتضى الاصل و الاخبار بين التمكن من الوصول إلى صاحبه) الّذى اغتابه (و تعذره) لاطلاق الادلة الشامل للحالين.

و احتمال السقوط فى صورة التعذر غير تام (لان تعذر البراءة لا يوجب سقوط الحق، كما فى غير هذا المقام) من الديون و ما اشبه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۶۷

لكن روى السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: ان كفارة الاغتياب ان تستغفر لمن اغتبته، كلما ذكرته.

و لو صح سنده امكن تخصيص الاطلاقات المتقدمة به، فيكون الاستغفار طريقا أيضا إلى البراءة.

مع احتمال العدم أيضا، لان كون الاستغفار كفارة لا يدل على البراءة فلعله كفارة للذنب، من حيث كونه حقا لله تعالى، نظير كفارة قتل الخطأ التى

(لكن روى السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: ان كفارة الاغتياب ان تستغفر لمن اغتبته، كلما ذكرته) فانه يدل على عدم وجوب طلب العفو من المغتاب- بالفتح- سواء تمكن من ذلك، أم لا.

(و لو صح سنده امكن تخصيص الاطلاقات المتقدمة) الدالة على وجوب طلب العفو (به) بان نقول: الواجب طلب العفو الا فى صورة الاستغفار لمن اغتابه، كلما ذكره (فيكون الاستغفار طريقا أيضا إلى البراءة) من تبعة ذنب الغيبة.

(مع احتمال العدم) اى عدم كون الاستغفار طريقا إلى البراءة (أيضا) فلا يدل خبر السكونى على ذلك.

و معنى «أيضا» اى يحتمل الدلالة، و يحتمل عدم الدلالة (لان كون الاستغفار كفارة لا يدل على البراءة، فلعله كفارة للذنب، من حيث كونه حقا لله تعالى، نظير كفارة قتل الخطأ) و هو الصيام و الاطعام و العتق (التى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۶۸

لا توجب براءة القاتل، الا ان يدعى ظهور السياق فى البراءة.

قال فى كشف الريبة بعد ذكر النبويين الاخيرين المتعارضين.

و يمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار له على من لم يبلغ غيبته المغتاب فينبغى له الاقتصار على الدعاء و الاستغفار لان فى محالته اثارة للفتنة و جلبا للضغائن.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۳، ص: ۶۸

و فى حكم من لم يبلغه من لم يقدر على الوصول إليه لموت او غيبة

لا توجب) هذه الکفارة (براءة القاتل) و انما یبرأ اذا اعطی الدیة للمقتول.

ففی الغیبة حقان، حق لله تعالی یقتضـی الاسـتغفار، و حق للمغتاب بالفتح- یقتضـی الاستبراء منه (الا ان یدعی ظهور السیاق) فی روایة السکونی (فی البراءة) المطلقة عن حق الله و حق الآدمی بالاستغفار- و لا یبعد هذا الظهور-.

(قال فی کشف الریبـة بعـد ذکر النبویین الاخیرین المتعارضـین) من حیث ان احـدهما یدل علی کون الکفارة الاسـتبراء، و الآخر یدل علی کون الکفارة الاستغفار.

(و یمکن الجمع بینهمـا بحمـل الاسـتغفار له) ای للمغتـاب- بالفتـح (علی من لم یبلغ غیبته المغتـاب) بالفتـح (فینبغی له الاقتصـار علی الـدعاء و الاسـتغفار) لا الاسـتحلال (لان فی محالته) ای طلب الحلیـة منه (اثارة للفتنـة و جلبا للضـغائن) جمع ضـغینة، بمعنی الحقـد و العداوة الکامنة.

(و فی حکم من لم یبلغه من لم یقدر علی الوصول إلیه لموت او غیبة) او ما اشبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۶۹

و حمل المحالة علی من یمکن التوصل إلیه مع بلوغه الغیبة.

اقول: ان صح النبوی الاخیر سندا فلا مانع عن العمل به بجعله طریقا إلی البراءة مطلقا فی مقابل الاستبراء.

و إلا تعین طرحه و الرجوع إلی الاصل.

و اطلاق الاخبار المتقدمة، و تعذر الاستبراء

(و حمل) الاخبار (المحالة) ای الدالة علی الاستحالة (علی من یمکن التوصل إلیه مع بلوغه الغیبة) و بهذا یرفع التنافی بین الخبرین.

(اقول) ما ذکره کشف الریبة من الجمع یشبه التبرع، لعدم شاهد فی الخبرین علی هذا الجمع.

اللهم الا اذا صح الخبر الدال علی هذا الجمع مما سیأتی، فانه (ان صح النبوی الاخیر) و هو الدال علی کفایة الاستغفار (سندا، فلا مانع عن العمل به بجعله طریقا إلی البراءة مطلقا) سواء تمکن المغتاب- بالکسر- من الاستحلال، أم لا.

فلا منافات بین النبویین، لان احدهما یوجب البراءة، و الآخر یجعل من انواع البراءة الاسـتغفار له (فی مقابل الاسـتبراء) ای طلب البرء و الحلیة، فلا یجب الاستحلال فقط، و انما هناک الاستغفار أیضا.

(و الا) یصح سند النبوی الاخیر (تعین طرحه و الرجوع إلی الاصل) الّذی یقول: بلزوم الاستحلال من کل ذی حق.

(و اطلاق الاخبار المتقدمـة) الدالـة علی الاسـتبراء- بقول مطلق- (و)- ما ذکره کشف الریبـة- شاهـد لجمعه، من (تعذر الاسـتبراء) مع موت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۷۰

او وجود المفسدة فیه لا یوجب وجود مبرأ آخر.

نعم ارسل بعض من قارب عصرنا عن الصادق علیه السلام: انک ان اغتبت، فبلغ المغتاب فاستحل منه، و ان لم یبلغه فاستغفر الله له.

و فی روایة السـکونی المرویة فی الکافی فی باب الظلم، عن ابی عبد الله علیه السـلام، قال: قال رسول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم: من ظلم احدا ففاته فلیستغفر الله له، فانه کفارة له.

المغتاب او غیبته (او وجود المفسدة فیه) فی حال حیاته و حضوره، غیر تام.

اذ هذه الامور (لا یوجب وجود مبرأ آخر) غیر الّذی ذکره النص- من الاستحلال-.

الا تری انه لو غاب الدائن، او مات لم تحصل البراءة بالاستغفار، و کذلک اذا کان موجودا و لکن کان فی اعطائه المال مفسدة.

(نعم ارسل بعض من قارب عصرنا) و هو النراقی فی جامع السعادات (عن الصادق علیه السلام: انک ان اغتبت، فبلغ المغتاب فاستحل منه و ان لم یبلغه فاستغفر الله له).

و بهذا یمکن الجمع بین النبویین المتعارضین، و یکون شاهدا لکلام کاشف الریبة.

(و فی روایة السکونی المرویة فی الکافی فی باب الظلم، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: من ظلم احدا ففاته فلیستغفر الله له، فانه کفارة له) فانه اعم من الموت، او عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۷۱

و الانصاف ان الاخبار الواردة فی هذا الباب کلها غیر نقیة السند.

و اصالة البراءة تقتضی عدم وجوب الاستحلال و لا الاستغفار.

و اصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب- بالفتح- علی المغتاب- بالکسر- تقتضی عدم الخروج منه الا بالاستحلال خاصة.

القدرة، للوصول إلیه و هذا أیضا شاهد جمع آخر بین النبویین، و مؤید لما ذکره کاشف الریبة.

(و الانصاف ان الاخبار الواردة فی هذا الباب) ای باب الاستحلال و الاستغفار (کلها غیر نقیة السند).

(و) اذا انتهی الامر إلی الاصول العملیة، ف (اصالة البراءة) عن توجه التکلیف إلی المغتاب- بالکسر- (تقتضی عدم وجوب الاستحلال و لا الاستغفار) لانه تکلیف لا یعلم بوجوده، و المراد بالاستغفار طلب الغفران للمغتاب- بالفتح- اما استغفار المغتاب- بالکسر- لنفسه عما صدر منه من الذنب، فلا اشکال فیه.

(و اصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب- بالفتح- علی المغتاب- بالکسر- تقتضی عدم الخروج منه) ای من ذلک الحق (الا بالاستحلال خاصة) فان الغیبة توجب حقا شرعا و عرفا علی المغتاب- بالکسر-.

فاستصحاب بقائه بعد التوبة یقتضی لزوم خروجه من هذا الحق، و الاستحلال مخرج قطعا.

و اما الاستغفار فیشک فی کونه مخرجا فالاصل عدم کون الاستغفار مخرجا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۷۲

لکن المثبت لکون الغیبة حقا بمعنی وجوب البراءة منه لیس الا الاخبار غیر نقیة السند، مع ان السند لو کان نقیا کانت الدلالة ضعیفة، لذکر حقوق اخر فی الروایات، لا قائل بوجوب البراءة منها.

(لکن) الاشکال فی الاستصحاب من جهة عدم الیقین السابق، اذ:

الاستصحاب یتوقف علی الیقین بتعلق حق علی المغتاب- بالکسر-.

و (المثبت لکون الغیبة حقا بمعنی وجوب البراءة منه) کالحقوق المالیة و ما اشبه (لیس الا الاخبار غیر نقیة السند، مع ان السند لو کان نقیا کانت الدلالة) لهذه الاخبار علی کونها حقا محتاجا إلی الابراء (ضعیفة) و ذلک (لذکر حقوق اخر فی الروایات، لا قائل بوجوب البراءة منها) کعیادته اذا مرض، و تشییعه اذا مات، و ما اشبه.

لا یقال: من المقرر عندهم انه اذا اشتمل الحدیث علی جملة فقرات ارید ببعضها خلاف الظاهر، لم یضر ذلک بالفقرات الاخر، فکیف یصرف ظاهر حق الغیبة عن معناه الحقیقی بمناسبة إرادة المجاز فی بعض الحقوق الاخر المذکورة فی الروایة.

لانه یقال: لیس استعمال الحق فی ما لا یوجب البراءة مجازا، بل هو من باب الاستعمال فی احد مصادیقه، نحو استعمال المشترک فی احد معانیه لا نحو استعمال اللفظ فی احد من الحقیقة او المجاز.

(و) ان قلت: اذا لم یکن هذه الحقوق لازمة فلما ذا یعامل مع تارکها فی یوم القیمة معاملة خاصة؟ فان ذلک قرینة علی وجوب هذه

الحقوق،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۳

معنى القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن، لا العقاب عليها، كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكورة فى رواية الكراجكى.

فالقول بعدم كونه حقا للناس- بمعنى وجوب البراءة- نظير الحقوق المالية لا يخلو عن قوة و ان كان الاحتياط فى خلافه، بل لا يخلو عن قرب من جهة كثرة الاخبار الدالة على وجوب الاستبراء منها، بل اعتبار سند بعضها.

الا ما خرج، و هذا ينافى ما ذكرتم من قولكم «كانت الدلالة ضعيفة».

قلت: (معنى القضاء يوم القيامة لذيها) اى الحكم لنفع ذى الحق (على) ضرر (من عليها) هذه الحقوق- اذا لم يؤدها- (المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن، لا-) ان المعنى (العقاب عليها) اى على ترك هذه الحقوق (كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكورة فى رواية الكراجكى).

فان الظاهر منها كونها فى مقام الآداب الاسلامية، لا فى مقام الحقوق اللازمة نحو حق الشفعة و حق الحيازة و حق الجناية و ما اشبه.

(فالقول بعدم كونه حقا للناس- بمعنى وجوب البراءة-) اى حقا يجب الاستحلال منه، او الاتيان به (نظير الحقوق المالية) التى يجب الخروج منها (لا يخلو عن قوة) حسب ظاهر الادلة- كما عرفت- (و ان كان الاحتياط فى خلافه) بانها كالحقوق المالية (بل لا يخلو) هذا الامر و هو كونه كالحقوق المالية، (عن قرب، من جهة كثرة الاخبار الدالة على وجوب الاستبراء) و الاستحلال (منها، بل اعتبار سند بعضها) كرواية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۴

و الاحوط الاستحلال ان تيسر، و الا فالاستغفار غفر الله لمن اغتبناه و لمن اغتابنا بحق محمد و آله الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين.

الثالث: فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الاعم.

اشارة

حفص ابن عمير المروية فى الكافى، عن الصادق عليه السلام: فقد قالوا بان رجال السند كلهم ثقات عدا حفص، و يمكن تحصيل وثاقته من قرائن خارجية بالإضافة إلى انها مروية فى الكافى الّذى التزم فى اوّل كتابه بان لا يروى الا ما هو حجة بينه و بين الله تعالى.

(و الاحوط الاستحلال ان تيسر، و الا) يتيسر (فالاستغفار) للمغتاب بالفتح- (غفر الله لمن اغتبناه، و لمن اغتابنا) حتى لا يكون مؤمن معذبا لاجلنا.

و هذا مأخوذ عن الامام السجاد فى دعاء مكارم الاخلاق اللهم صل على محمد و آل محمد، و سددنى لان اعارض من غشنى بالنصح، و اجزى من هجرنى بالبر، و اثيب من حرمنى بالبذل، و اكافى من قطعنى بالصلة و اخالف من اغتابنى إلى حسن الذكر، و ان اشكر الحسنة و اغضى عن السيئة (بحق محمد و آله الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين).

و لا يخفى ان الاستحلال يكون فى بعض الاوقات ضره اقرب من نفعه فاللازم معرفة الانسان للمواضع، لئلا يقع فى حرام اشد، من جراء الاستحلال.

الامر (الثالث) من الامور المربوطة ببحث الغيبة (فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الاعم) اى الجواز مقابل الحرمة الشامل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۵

فاعلم: ان المستفاد من الاخبار المتقدمة و غيرها ان حرمة الغيبة لاجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه.

فاذا فرض هناك مصلحة راجعة إلى المغتاب- بالكسر- او بالفتح- او ثالث دل العقل، او الشرع على كونها اعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم على طبق اقوى المصلحتين كما هو الحال فى كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس و قد نبه عليه غير واحد.

للوجوب- أيضا- لا الجواز بالمعنى الاخص الّذى هو احد الاحكام الخمسة.

(فاعلم: ان المستفاد من الاخبار المتقدمة و غيرها) من سائر الاخبار التى لم يذكر هنا (ان حرمة الغيبة لاجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه) فان قوله صلى الله عليه و آله و سلم «ما يكره» دال على ذلك، و نحوه غيره.

(فاذا فرض) ان (هناك مصلحة راجعة إلى المغتاب- بالكسر- او بالفتح- او) راجعة إلى شخص (ثالث) او اثنين منهما او الثلاثة، بحيث (دل العقل، او الشرع على كونها) اى تلك المصلحة الطارئة (اعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول) السوء (فيه) قوله «بترك» متعلق ب «احترام» (وجب كون الحكم) من وجوب الغيبة او حرمتها (على طبق اقوى المصلحتين).

كما انه اذا لم يعرف الاقوى منهما لزم الحكم بالتخيير، كما هو الاصل فى كل حكمين لم يعرف الاقوى منهما (كما هو الحال فى كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس و قد نبه عليه غير واحد).

فالمسلم المحترم دمه الّذى من اذا قتله عمدا كان له جهنم خالدا فيها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۶

قال فى جامع المقاصد- بعد ما تقدم عنه فى تعريف الغيبة-: ان ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن او التفكه به او اضحاك الناس منه.

و اما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشير و التظلم و سماعه و الجرح و التعديل ورد من ادعى نسبا ليس له، و القدح فى مقالة باطلة خصوصا فى الدين، انتهى.

و كانما قتل الناس جميعا اذا تترس به الكفار، يقتل، لان مصلحة ازالة الكافرين اعظم من مصلحة ابقاء هذا المسلم، و هكذا فى سائر الاحكام.

(قال فى جامع المقاصد- بعد ما تقدم عنه فى تعريف الغيبة-: ان ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن او التفكه) و التلذذ (به او اضحاك الناس منه).

(و اما ما كان لغرض صحيح) مجوز شرعا او عقلا (فلا يحرم، كنصح المستشير) الّذى يأتى للمشورة بان يزوجه بنتا، او يشترك معه فى كسب او يتزوج ابنته، او يقرضه او يقترض منه، او ما شابه ذلك (و التظلم) اى نصح المتظلم كيف يرفع الظلم عن كاهله (و سماعه) فان سماع الغيبة فى نفسه حرام، الا اذا جاز لمصلحة اقوى، فكما يجوز للمتكلم الناصح، كذلك يجوز للسامع المنتصح (و الجرح و التعديل) حتى لا يؤخذ برواية الفسقة (و ردّ من ادعى نسبا ليس له، و القدح فى مقالة باطلة) بحيث استلزم القدح قدحا و غيبة لقائلها (خصوصا) اذا كانت المقالة (فى الدين، انتهى) كلام الكركى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۷

و فى كشف الريبة: اعلم ان المرخص فى ذكر مساوى الغير غرض صحيح لا يمكن التوصل إليه الا بها، انتهى.

و على هذا فموارد الاستثناء لا تنحصر فى عدد.

نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة

أحدهما ما اذا كان المغتاب متجاهرا بالفسق،

فان من لا يبالى بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق.

نعم لو كان فى مقام ذمّه كرهه من حيث المذمة، لكن المذمّة

(و فى كشف الريبة: اعلم ان المرخص فى ذكر مساوئ الغير غرض صحيح لا يمكن التوصل إليه) اى إلى ذلك الغرض (إلا بها) اى بالغيبة (انتهى) كلامه.

(و على هذا) المعيار (فموارد الاستثناء لا تنحصر فى عدد) خاص بل كل مورد من موارد الاهم، و من موارد الغرض الصحيح.

(نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة احدهما ما اذا كان المغتاب)- بالفتح- (متجاهرا بالفسق، فان من لا يبالى بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق) بل قد يحب اذا كان من باب النهى عن المنكر، او تنفير الناس عن مثل هذا الفسق، فان ذم المسىء و الطاغى فى عمله يوجب تجنب الناس عن مثله.

(نعم لو كان) المغتاب- بالكسر- (فى مقام ذمّه) اى ذم المتجاهر (كرهه) اى المتجاهر، كره ذم الناس له- مقابل عدم كرهه ظهور فسقه- (من حيث المذمة) فان غالب الناس لا يرضون بذمهم (لكن المذمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۸

على الفسق المتجاهر به، لا تحرم، كما لا يحرم لعنه.

و قد تقدم عن الصحاح اخذ المستور فى المغتاب.

و قد ورد فى الاخبار المستفيضة جواز غيبة المتجاهر.

منها: قوله عليه السلام فى رواية هارون بن الجهم: اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة.

و قوله عليه السلام: من القى جلباب الحياء فلا

للفاسق (على الفسق المتجاهر به، لا تحرم) لانصراف ادلة حرمة الذم الى غيره (كما لا يحرم لعنه) لما دل على لعن اهل المنكرات و البدع، كقوله سبحانه: لَعْنَتَ اللّٰهِ عَلَى الْكٰاذِبِينَ، الى غيرها من الآيات و الروايات الكثيرة الواردة فى لعن اصحاب المنكرات و من جملتهم النساء السافرات (و قد تقدم عن الصحاح اخذ) لفظ (المستور فى) تعريف (المغتاب) مما يدل على انه لو لم يكن مستورا لم يصدق عليه الغيبة.

(و قد ورد فى الاخبار المستفيضة جواز غيبة المتجاهر) بالمعصية.

(منها: قوله عليه السلام فى رواية هارون بن الجهم: اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة) و المراد عدم الحرمة فى الاهانة و الذم و ترك الصلة و ما اشبه- مما تكون للمؤمنين- لا عدم الحرمة مطلقا حتى بالنسبة الى المال و الدم و الاهل.

(و قوله عليه السلام: من القى جلباب الحياء) الجلباب الثوب الساتر لجميع البدن، و قد شبه به الحياء لانه يستر الانسان عن تعديه على الغير، و تعدى الغير عليه، فان العفيف بمأمن من التهجمات (فلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۷۹

غيبة له.

و رواية ابى البخترى ثلاثة ليس لهم حرمة صاحب هوى مبتدع و الامام الجائر و الفاسق المعلن بفسقه.

و مفهوم قوله علیه السلام: من عامل الناس فلم یظلمهم، و حدثهم فلم یکذبهم، و وعدهم فلم یخلفهم فهو ممن کملت مروءته و وجبت اخوته، و ظهر عدله، و حرمت غیبته.

و فی صحیحة ابن ابی یعفور الواردة فی بیان العدالة- بعد

غیبة له) و القاء الجلباب کنایة عن ارتکابه المنکر المنافی للحیاء.

(و روایة ابی البختری) بفتح الباء معرب «بهتر» (ثلاثة لیس لهم حرمة صاحب هوی مبتدع) وصف توضیحی، فان کل صاحب هوی، بمعنی اختراع الاشیاء المخالفة للدین مبتدع، الا ان یقال: ان الهوی اعم من الحرام، فالقید احترازی (و الامام) ای الرئیس اعم من الدینی او الدنیوی (الجائر و الفاسق المعلن بفسقه).

(و مفهوم قوله علیه السلام: من عامل الناس فلم یظلمهم، و حدثهم فلم یکذبهم، و وعدهم فلم یخلفهم فهو ممن کملت مروءته و وجبت اخوته و ظهر عدله، و حرمت غیبته).

و من المعلوم ان المتجاهر بظلم الناس اما حقیقة او بتجریة الناس علی المعاصی الّذی هو من اعظم الظلم المفهوم من الحدیث انه لا تحرم غیبته من جهة مفهوم الشرط.

(و فی صحیحة ابن ابی یعفور الواردة فی بیان العدالة- بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۰

تعریف العدالة- ان الدلیل علی ذلک ان یکون ساترا لعیوبه حتی یحرم علی المسلمین تفتیش ما وراء ذلک من عثراته، دل علی ترتب حرمة التفتیش علی کون الرجل ساترا، فینتفی عند انتفائه.

و مفهوم قوله علیه السلام فی روایة علقمة المحکیة عن المحاسن: من لم تره بعینک یرتکب ذنبا، و لم یشهد علیه شاهد ان فهو من اهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و ان کان فی نفسه مذنبا، و من اغتابه بما فیه فهو خارج عن ولایة الله تعالی داخل فی ولایة

تعریف العدالة-) قال علیه السلام: (ان الدلیل علی ذلک) و انه عادل (ان یکون ساترا لعیوبه حتی یحرم علی المسلمین تفتیش ما وراء ذلک) الستر (من عثراته).

فان هذا الحدیث (دل علی ترتب حرمة التفتیش علی کون الرجل ساترا) لعیوبه المراد بها المعاصی، فان العصیان عیب فی الانسان (فینتفی) التالی و هو حرمة التفتیش (عند انتفائه) ای انتفاء الستر.

و من المعلوم: ان التفتیش مستلزم للاغتیاب قولا و سماعا، بل هو اعم من ذلک کما لا یخفی.

(و مفهوم قوله علیه السلام فی روایة علقمة المحکیة عن المحاسن: من لم تره بعینک یرتکب ذنبا، و لم یشهد علیه شاهدان) و المراد بذلک انتفاء العلم و انتفاء الحجة الشرعیة (فهو من اهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و ان کان فی نفسه مذنبا) ای بین نفسه و بین الله سبحانه (و من اغتابه بما فیه) من النقائص (فهو خارج عن ولایة الله تعالی داخل فی ولایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۱

الشیطان، الخبر، دل علی ترتب حرمة الاغتیاب و قبول الشهادة علی کونه من اهل الستر، و کونه من اهل العدالة علی طریق اللف و النشر أو علی اشتراط الکل بکون الرجل غیر مرئی منه المعصیة، و لا مشهودا علیه بها.

و مقتضی المفهوم جواز الاغتیاب مع عدم الشرط خرج منه غیر المتجاهر و

الشیطان) اشارة إلی قوله تعالی: اللّهُ وَلِیُّ الَّذِینَ آمَنُوا، الی قوله:

أَوْلِيَاؤُهُمُ الطّاغُوتُ، الی آخر (الخبر) المذکور فی باب الجماعة من کتاب الصلاة.

فانه (دل علی ترتب حرمة الاغتیاب و قبول الشهادة علی کونه من اهل الستر، و کونه من اهل العدالة علی طریق اللف و النشر).

فحرمة الاغتیاب متوقفة علی کونه من اهل الستر، و قبول الشهادة متوقف علی العدالة (او) دل (علی اشتراط الکل) من حرمة الاغتیاب و قبول الشهادة (بکون الرجل غیر مرئی منه المعصیة، و لا مشهودا علیه بها) ای بالمعصیة.

(و مقتضی المفهوم) من الخبر (جواز الاغتیاب مع عدم الشرط) بان کان رؤی منه العصیان، او شهد علیه بالمعصیة شاهدان- مطلقا- ای سواء کان متجاهرا، أم لا- (خرج منه) ای من هذا الاطلاق (غیر المتجاهر) و بقی المتجاهر فی اطلاق جواز الاغتیاب.

(و) ان قلت: انه لا مفهوم لهذا الخبر حتی بالنسبة إلی المتجاهر لان قوله علیه السلام «و من اغتابه» جملة مستأنفة، و معناها حرمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۲

کون قوله علیه السلام «و من اغتابه الخ» جملة مستأنفة غیر معطوفة علی الجزاء، خلاف الظاهر.

ثم ان مقتضی اطلاق الروایات جواز غیبة المتجاهر فیما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحیح و لم اجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحیح و هو ارتداعه عن المنکر.

نعم تقدم عن الشهید الثانی احتمال اعتبار قصد النهی عن المنکر فی جواز سب المتجاهر مع اعترافه بان ظاهر النص و الفتوی عدمه.

اغتیاب کل مسلم مطلقا.

قلت: (کون قوله علیه السلام «و من اغتابه الخ» جملة مستأنفة) بمعنی کونها (غیر معطوفة علی الجزاء) ای قوله: فهو من اهل العدالة (خلاف الظاهر) اذ الظاهر انه عطف علی الجزاء، فلا اطلاق فی قوله «و من اغتابه».

(ثم ان مقتضی اطلاق الروایات جواز غیبة المتجاهر فیما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحیح) من النهی عن المنکر، او تنفیر سائر الناس من المنکر، او ما اشبه بل لمجرد التشهی و التفکه (و لم اجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحیح) فی جواز غیبة المتجاهر (و هو) ای الغرض الصحیح قصد (ارتداعه عن المنکر) او ما اشبه- کما عرفت-.

(نعم تقدم عن الشهید الثانی احتمال اعتبار قصد النهی عن المنکر فی جواز سب المتجاهر) فیحل علی ذلک الغیبة أیضا (مع اعترافه) ای الشهید ره (بان ظاهر النص و الفتوی عدمه) ای عدم اعتبار قصد النهی،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۳

و هل یجوز اغتیاب المتجاهر فی غیر ما تجاهر به صرح الشهید الثانی و غیره بعدم الجواز.

و حکی عن الشهید أیضا.

و ظاهر الروایات النافیة لاحترام المتجاهر و غیر الساتر، هو الجواز.

و استظهره فی الحدائق من کلام جملة من الاعلام، و صرح به بعض الاساطین.

بل یجوز مطلقا.

(و هل یجوز اغتیاب المتجاهر فی غیر ما تجاهر به).

مثلا: اذا کان یتجاهر بشرب الخمر یجوز اغتیابه فی کونه آکلا للربا، اذا فرض انه یختفی به، او مطلقا، کان یتفکه بحدیثه فی مختلف شئون بدنه و ثیابه و داره و کسبه و ما اشبه.

فقد (صرح الشهید الثانی و غیره بعدم الجواز) و کانه القدر المتیقن من ادلة الجواز فیما تجاهر به.

(و حکی عن الشهید أیضا) فتوی اخری.

(و) کذلک (ظاهر الروایات النافیة لاحترام المتجاهر و غیر الساترة هو الجواز).

قوله «و ظاهر» عطف علی «حکی» ای ان المحکی و الظاهر:

الجواز.

(و استظهره) ای الجواز مطلقا (فی الحدائق من کلام جملة من الاعلام و صرح به بعض الاساطین) و ذلک لاطلاق الادلة، و لا وجه للقول بالقدر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۴

و ینبغی الحاق ما یتستر به بما یتجاهر فیه اذا کان دونه فی القبح.

فمن تجاهر باللواط- العیاذ بالله- جاز اغتیابه بالتعرض للنساء الاجانب.

و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتیابه بالسرقة.

و من تجاهر بکونه جلاد السلطان یقتل الناس و ینکلهم جاز اغتیابه بشرب الخمر.

المتیقن بعد وجود الاطلاقات.

(و) اذ قلنا: بعدم الجواز الا فیما تجاهر به (ینبغی الحاق ما یتستر به) من المعصیة (بما یتجاهر فیه اذا کان دونه) ای ما تستر دون ما تجاهر (فی القبح).

و لعل وجه ذلک: ان الجواز فی الادون اولی من الجواز فی الاشد و ان کان الادون مستورا و الاشد جهرا-.

لکن لا یخفی ما فیه، اذ لو لم نقل بالإطلاق لا وجه للاولویة، و لا قطع بالمناط.

(فمن تجاهر باللواط- العیاذ بالله- جاز اغتیابه بالتعرض للنساء الاجانب) الّذی یتستر فیه.

(و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتیابه بالسرقة) من الدور- مثلا- الّذی یتستر به، اما السرقة فی قطع الطریق فهو مما یتجاهر به، فلا اشکال فیه

(و من تجاهر بکونه جلاد السلطان یقتل الناس و ینکلهم) من النکال بمعنی العقاب (جاز اغتیابه بشرب الخمر) الّذی یخفیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۵

و من تجاهر بالقبائح المعروفة جاز اغتیابه بکل قبیح.

و لعل هذا هو المراد بمن القی جلباب الحیاء، لا من تجاهر بمعصیة خاصة وعد مستورا بالنسبة إلی غیرها کبعض عمال الظلمة.

ثم المراد بالمتجاهر من تجاهر بالقبیح بعنوان انه قبیح فلو تجاهر به مع اظهار محمل له لا یعرف فساده الا القلیل، کما اذا کان من عمال الظلمة، و ادعی فی ذلک عذرا مخالفا للواقع او غیر مسموع منه

(و من تجاهر بالقبائح المعروفة) کالزنا و الشرب و السرقة و ما اشبه (جاز اغتیابه بکل قبیح) مطلقا.

(و لعل هذا) الّذی یرتکب القبائح المعروفة بکل صلافة (هو المراد بمن القی جلباب الحیاء) فی الروایة السابقة (لا من تجاهر بمعصیة خاصة) فقط (وعد مستورا بالنسبة إلی غیرها) ای غیر تلک المعصیة (کبعض عمال الظلمة) الّذی له معصیة کونه عاملا فقط، و هو مستور فی سائر الامور مواظب علی احکامه و ظاهر تدینه.

(ثم المراد بالمتجاهر من تجاهر بالقبیح بعنوان انه قبیح) بان کان عالما عامدا (فلو تجاهر به مع اظهار محمل له لا یعرف فساده) کمن یستغیب انسانا مع اظهاره انه ظلمه بحیث لم یعرف فساد محمله (الا القلیل کما اذا کان من عمال الظلمة، و ادعی فی ذلک عذرا مخالفا للواقع) ککونه یخاف بطشهم اذا لم یقبل عملهم (او غیر مسموع منه) لانه لیس بحیث یسمع منه ذلک العذر.

کما لو ادعی انی لا اعلم حرمة ایذاء الناس، و القلیل من الناس یعلمون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۶

لم یعد متجاهرا.

نعم لو کان اعتذاره واضح الفساد لم یخرج عن المتجاهر.

و لو کان متجاهرا عند اهل بلده، او محلته مستورا عند غیرهم، هل یجوز ذکره عند غیرهم ففیه اشکال من امکان دعوی ظهور روایات الرخصة فیمن لا یستنکف عن الاطلاع علی عمله مطلقا.

انه فی رتبة من العلم و المعرفة لا یخفی علیه ذلک.

و حیث ان العذر المخالف للواقع مسموع و غیر مسموع عرفا، اراد بالمخالف ما هو المسموع، و لذا عطف علیه ما لیس بمسموع (لم یعد متجاهرا) بحیث تجوز غیبته، لعدم صدق القاء جلباب الحیاء، و نحوه من الروایات السابقة علیه.

(نعم لو کان اعتذاره واضح الفساد) عند الکل (لم یخرج عن المتجاهر) لصدق المتجاهر علیه حینئذ عرفا.

(و لو کان متجاهرا عند اهل بلده او محلته مستورا عند غیرهم) من سائر من یعرفه، لا من سائر من لا یعرفه، و الا کان من باب السالبة بانتفاء الموضوع ف (هل یجوز ذکره) بالعصیان (عند غیرهم) ممن هو مستور لدیهم (ففیه اشکال).

وجه الاشکال و عدم الجواز (من) جهة (امکان دعوی ظهور روایات الرخصة فیمن لا یستنکف) و لا یأبی (عن الاطلاع) من الناس (علی عمله مطلقا) سواء من یعرفه بالفساد، او لا یعرفه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۷

فرب متجاهر فی بلد، متستر فی بلاد الغربة، او فی طریق الحج و الزیارة لئلا یقع عن عیون الناس.

و بالجملة فحیث کان الاصل فی المؤمن الاحترام علی الاطلاق وجب الاقتصار علی ما تیقن خروجه.

فالاحوط الاقتصار علی ذکر المتجاهر بما لا یکرهه لو سمعه و لا یستنکف من ظهوره للغیر.

نعم لو تأذی من ذمّه بذلک دون ظهوره لم یقدح فی الجواز.

(فرب متجاهر فی بلد، متستر فی بلاد الغربة، او فی طریق الحج و الزیارة لئلا یقع عن عیون الناس).

و وجه الجواز من جهة اطلاق: من القی جلباب الحیاء، الصادق علی هذا الانسان و الانصراف إلی من لا یستنکف ان کان، فهو بدوی.

(و بالجملة ف) الدلیل علی عدم جواز غیبة مثل هذا الانسان انه (حیث کان الاصل فی المؤمن الاحترام علی الاطلاق) لاطلاق ادلة احترامه حیا و میتا، دما و مالا و عرضا (وجب الاقتصار علی ما تیقن خروجه) و هو المتجاهر فی المکان الّذی لا یستنکف من الاطلاع علی عمله.

(فالاحوط الاقتصار علی ذکر المتجاهر بما لا یکرهه لو سمعه و لا یستنکف من ظهوره للغیر) لان هذا هو الفرد المتیقن خروجه، و یبقی الباقی تحت الاطلاقات الاولیة.

(نعم لو تأذی) المتجاهر (من ذمّه بذلک) العصیان المتجاهر فیه- عند من لا یستنکف اطلاعه علیه- (دون ظهوره لم یقدح) تأذیه (فی الجواز)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۸

و لذا جاز سبه بما لا یکون کذبا.

و هذا هو الفارق بین السب و الغیبة.

حیث ان مناط الاول المذمة و التنقیص، فیجوز.

و مناط الثانی اظهار عیوبه فلا یجوز الا بمقدار الرخصة.

الثانی: تظلم المظلوم و اظهار ما فعل به الظالم،

و ان کان متسترا به کما اذا ضربه فی اللیل الماضی و شتمه، او اخذ ماله جاز ذکره بذلک

لاغتیابه.

(و لذا جاز سبه بما لا یکون کذبا) کأن یقال له یا عاصی، او یا فاسق، او ما اشبه، لا السب بما یکون کذبا کان یقول لشارب الخمر یا کذاب و هکذا.

(و هذا) الّذی ذکرنا من جواز سبه دون اغتیابه (هو الفارق بین السب) الجائز (و الغیبة) المحرمة.

(حیث ان مناط الاول) السب (المذمة و التنقیص، فیجوز) فاذا جاز السب.

(و مناط الثانی) الغیبة (اظهار عیوبه، فلا یجوز الا بمقدار الرخصة) و هو غیر المستنکف.

(الثانی): من موارد الاستثناء عن الغیبة المحرمة (تظلم المظلوم) ای ذکر ظلامته (و اظهار ما فعل به الظالم، و ان کان) الظالم (متسترا به) ای بما فعل بالمظلوم (کما اذا ضربه فی اللیل الماضی و شتمه) حیث لا یراهما الا الله (او اخذ ماله) خفیة (جاز ذکره بذلک) الظلم، و انه فعل کذا و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۸۹

عند من لا یعلم ذلک منه لظاهر قوله تعالی: وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولئِکَ ما عَلَیْهِمْ مِنْ سَبِیلٍ، إِنَّمَا السَّبِیلُ عَلَی الَّذِینَ یَظْلِمُونَ النّاسَ وَ یَبْغُونَ فِی الْأَرْضِ بِغَیْرِ الْحَقِّ.

و قوله تعالی: لا یُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلّا مَنْ ظُلِمَ.

فعن تفسیر القمی ای لا یحب ان یجهر الرجل بالظلم و السوء، و یظلم الا من ظلم فاطلق

کذا (عند من لا یعلم ذلک) الظلم (منه) ای من الظالم (لظاهر قوله تعالی: وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ) ای نصر نفسه بعد ان ظلمه الظالم و النصرة لها مصادیق، من جملتها التنقیص من الظالم بما فعل عند الناس (فأولئک) المنتصرون (ما علیهم من سبیل) ای منع و تأنیب و عقاب (إِنَّمَا السَّبِیلُ) بالمنع و العقاب (عَلَی الَّذِینَ یَظْلِمُونَ النّاسَ وَ یَبْغُونَ فِی الْأَرْضِ بِغَیْرِ الْحَقِّ) لفظة «بغیر الحق» للتأکید، و الا فالبغی- ای الظلم- دائما یکون بغیر الحق.

(و قوله تعالی: لا یُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ) ای ان یجهر الانسان بالقول السیئ فی احد (إلّا من ظلم) فالمظلوم یجوز له ان یجهر بظلامته، و بالقول السیئ بالنسبة إلی ظالمه، و معنی عدم الحب: الکراهة المحرمة کما لا یخفی.

(فعن تفسیر القمی) علی ابن ابراهیم ره (ای لا یحب) الله (ان یجهر الرجل) ای الشخص (بالظلم و السوء، و یظلم) بذکر الآخرین بالغیبة و المذمة (الا من ظلم) بصیغة المجهول، ای المظلوم (فاطلق) و ابیح له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۰

ان یعارضه بالظلم.

و عن تفسیر العیاشی عنه علیه السلام: من اضاف قوما فأساء اضافتهم فهو ممن ظلم فلا جناح علیهم فیما قالوا فیه.

و هذه الروایة و ان وجب توجیهها، اما بحمل الإساءة علی ما یکون ظلما و هتکا لاحترامهم او بغیر ذلک الا انها دالة علی عموم من

ظلم فی الآیة الشریفة و ان کل من ظلم فلا جناح علیه فیما قال فی الظالم.

(ان یعارضه) الظالم (بالظلم) ای بالمثل- من قبیل «فَمَنِ اعْتَدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ».

(و عن تفسیر العیاشی عنه علیه السلام: من اضاف قوما فأساء اضافتهم، فهو ممن ظلم) ای داخل فی هذه الآیة الکریمة (فلا جناح علیهم فیما قالوا فیه) ای ذکر ظلامتهم، و انه اساء ضیافتهم.

(و هذه الروایة) المرویة بطریق العیاشی (و ان وجب توجیهها اما بحمل الإساءة) الصادرة عن المضیف (علی ما یکون ظلما و هتکا لاحترامهم او بغیر ذلک) بالتصرف فی «ما قالوا فیه» بان یراد به ما لا یکون غیبة.

و انما نحتاج إلی الحملین لوضوح انه لا یجوز غیبة من لا یقوم بآداب الضیافة، اذ لیس ذلک ظلما شرعا و عصیانا حتی یجوز غیبته (الا انها دالة علی عموم من ظلم فی الآیة الشریفة) حتی انه یشمل کل ظالم و لو بهذا القدر (و) دالة علی (ان کل من ظلم)- بصیغة المفعول- (فلا جناح علیه فیما قال فی الظالم) بصورة عامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۱

و نحوها فی وجوب التوجیه روایة اخری فی هذا المعنی محکیة عن المجمع ان الضیف ینزل بالرجل فلا یحسن ضیافته فلا جناح علیه فی ان یذکره بسوء ما فعله و یؤید الحکم فیما نحن فیه: ان فی منع المظلوم من هذا الّذی هو نوع من التشفی حرجا عظیما.

و لان فی تشریع الجواز مظنة ردع للظالم، و هی مصلحة خالیة عن مفسدة فیثبت الجواز، لان الاحکام تابعة للمصالح.

(و نحوها فی وجوب التوجیه روایة اخری فی هذا المعنی محکیة عن المجمع: ان الضیف ینزل بالرجل فلا یحسن ضیافته، فلا جناح علیه) ای الضیف (فی ان یذکره بسوء ما فعله) المضیف بالنسبة إلیه.

(و یؤید الحکم) بجواز غیبة الظالم (فیما نحن فیه: ان فی منع المظلوم من هذا) التظلم و ذکر ظلم الظالم (الّذی هو نوع من التشفی) ای شفاء النفس من الغیظ (حرجا عظیما) فیشمله قوله سبحانه «مَا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ».

و انما جعل هذا مؤیّدا لا دلیلا، لان کثیرا من الاحیان لا یکون حرجا فاذا قام الدلیل قیل بإطلاق جواز الغیبة، اما اذا کان الدلیل «لا حرج» کان الحکم بالجواز منوطا بالحرج الشخصی.

(و لان فی تشریع الجواز) ای جواز اغتیاب الظالم (مظنة ردع للظالم و هی مصلحة خالیة عن مفسدة فیثبت الجواز، لان الاحکام تابعة للمصالح) و کلما حکم به العقل حکم به الشرع، اذا کان فی سلسلة العلل ای الحسن و القبح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۲

و یؤیده ما تقدم من عدم الاحترام للامام الجائر بناء علی ان عدم احترامه من جهة جوره، لا من جهة تجاهره، و الا لم یذکره فی مقابل الفاسق المعلن بالفسق.

و فی النبوی لصاحب الحق مقال.

و جعله تأیید الا دلیلا عدم العلم بانه خال عن المفسدة، لانه فی بعض الاحیان یلابس المفسدة الغالبة علی المصلحة، کما نشاهد فی ان الکلام علی بعض الظالمین یسبب الکثریة طغیانه، و اضافة الظلم و الضرر منه

(و یؤیده) ای جواز اغتیاب الظالم علاوة علی المؤیدین السابقین (ما تقدم من عدم الاحترام للامام الجائر)

فکما ان ظلم الامام سبّب جواز غیبته، کذلک ظلم سائر الظلمة یجوز غیبتهم للمناط (بناء علی ان عدم احترامه من جهة جوره) فیکون کالمنصوص العلة (لا من جهة تجاهره، و الا لم یذکره) الامام علیه السلام (فی مقابل الفاسق المعلن بالفسق) لان الامام الجائر حینئذ

من مصادیق الفاسق، لا فی مقابله.

لا یقال: الجائز أیضا من مصادیق المعلن بالفسق.

لانه یقال: الجواز فی مقابل الفسق یراد به غیره.

(و فی النبوی لصاحب الحق مقال) و اطلاق «المقال» شامل لـذکر ظالمه عنـد الناس، و ان کان ربما یحتمل سـماع دعواه عنـد الحاکم فقط لکن ذلک خلاف الظاهر، اذ یسمع دعوی کل احد سواء کان واقعا صاحب حق، أم لا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۳

و الظاهر من جمیع ما ذکر عـدم تقییـد جواز الغیبة بکونها عند من یرجو ازالة الظلم عنه، و قواه بعض الاساطین خلافا لکاشف الریبة و جمع ممن تأخّر عنه فقیدوه اقتصارا فی مخالفة الاصل علی المتیقن من الادلة لعدم عموم فی الآیة.

و عدم نهوض ما تقدم فی تفسیرها للحجیة.

مع ان المروی عن الباقر علیه السلام فی تفسیرها المحکی عن مجمع البیان: انه لا یحب الشتم فی الانتصار الا من ظلم، فلا

(و الظاهر من جمیع ما ذکر) فی مسئلة جواز غیبة المتظلم لمن ظلمه (عدم تقیید جواز الغیبة بکونها عند من یرجو ازالة الظلم عنه) اذ لا وجه لهذا القید بعد الاطلاقات (و قواه) ای عدم التقیید (بعض الاساطین خلافا لکاشف الریبة و جمع ممن تأخر عنه فقیّدوه) ای الجواز بکونها عنـد من یرجو ازالـة الظلم (اقتصارا فی مخالفـة الاصل) الـدال علی حرمـة الغیبـة مطلقا- للاطلاقات- (علی المتیقن من الادلة) الدالة علی الجواز (لعدم عموم فی الآیة) ای آیة: لا یُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ.

اذ لا تدل الا علی الجواز فی الجملة للمظلوم.

(و عدم نهوض ما تقدم فی تفسیرها) ای تفسیر الآیة (للحجیة) لان ما فی تفسیری القمی و العیاشی مرسلتان لا حجیة فیهما.

(مع ان المروی عن البـاقر علیه السـلام فی تفسیرها المحکی عن مجمـع البیـان: انه لاـ یحب الشـتم فی الانتصـار الاـ من ظلم) بصـیغة المجهول (فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۴

بأس له أن ینتصر ممن ظلمه بما یجوز الانتصار به فی الدین.

قال فی الکتاب المـذکور و نظیره وَ انْتَصَـرُوا مِنْ بَعْـدِ ما ظُلِمُوا و ما بعـد الآیـة لا یصـلح للخروج بها عن الاصل الثابت بالأدلّة العقلیة و النقلیة.

و مقتضاه الاقتصار علی مورد رجاء تدارک الظلم، فلو لم یکن قابلا للتدارک لم یکن فائدة فی هتک الظالم.

و کذا لو لم یکن ما فعل به ظلما، بل

بأس له) ای للمظلوم (ان ینتصـر ممن ظلمه بما یجوز الانتصار به فی الـدین) فی مقابل الانتصار بما لا یجوز، کان یسـبب للظالم ضـررا اکثر من ظلمه.

مثلا: اذا ظلمه بنهب دینار منه ینتصر منه بإلقاء نفسه فی التهلکة.

(قـال فی الکتاب المـذکور) ای کاشف الریبـة (و نظیره وَ انْتَصَـرُوا مِنْ بَعْـدِ ما ظُلِمُوا) فان معناه جواز الانتصار من الظالم بما یجوز فی الشـریعة (و ما بعد الآیة) من المؤیدات التی ذکرها الشیخ ره لجواز الغیبة مطلقا (لا یصلح للخروج بها عن الاصل الثابت بالأدلّة العقلیة و النقلیة) الدالة علی حرمة الغیبة مطلقا.

(و مقتضاه) ای عـدم وجود دلیل علی جواز الغیبـة مطلقا (الاقتصار علی مورد رجاء تدارک الظلم، فلو لم یکن قابلا للتدارک) اما لان

الظالم مات مثلا و لیس له مال یتـدارک به ظلمه، او لان الطرف الّذی یرید المظلوم اغتیاب الظالم لدیه لیس قادرا علی دفع الظلم (لم یکن فائدة فی هتک الظالم) و اغتیابه.

(و کذا) لا یجوز الاغتیاب (لو لم یکن ما فعل به) الشخص (ظلما، بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۵

کان من ترک الاولی، و ان کان یظهر من بعض الاخبار جواز الاشتکاء لذلک

فعن الکـافی و التهـذیب بسـندهما عن حماد بن عثمان، قال: دخل رجل علی ابی عبـد الله علیه السـلام، فشـکی رجلا من اصـحابه فلم یلبث ان جاء المشکوّ فقال له ابو عبد الله علیه السلام: ما لفلان یشکوک؟ فقال:

یشـکونی انی استقضـیت منه حقی، فجلس ابو عبد الله علیه السلام مغضبا فقال: کانک اذا استقضیت حقک، لم تسئ، أ رأیت قول الله تعـالی: وَ یَخـٰافُونَ سُوءَ الْحِسٰابِ أ تری انهم خافوا الله عز و جل؟ ان یجور علیهم لا و اللّه ما خافوا الا الاسـتقضاء، فسـماه الله عز و جل سوء الحساب، فمن استقضی فقد اساء.

کـان من ترک الاـولی، و ان کـان یظهر من بعض الأخبـار جواز الاشـتکاء) و الشـکایة بالاغتیـاب لتـارک الاـولی (لـذلک) ای لترکه الاولی.

(فعن الکافی و التهـذیب بسـندهما عن حماد بن عثمان، قال: دخل رجل علی ابن عبـد الله علیه السـلام، فشـکی رجلا من اصـحابه فلم یلبث ان جاء المشکو) علیه (فقال له ابو عبد الله علیه السلام: ما لفلان یشکوک؟

فقال: یشکونی) لاجل (انی استقضیت منه حقی، فجلس ابو عبد الله (ع) مغضبا فقال: کانک اذا استقضیت حقک لم تسئ أ رأیت قول الله تعـالی: وَ یَخـٰافُونَ سُوءَ الْحِسـٰابِ أ تری انهم خـافوا الله عز و جـل؟ ان یجوز علیهم لاـ و الله مـا خـافوا الا الاسـتقضاء) بان یطلب الله سبحانه حقه (فسماه الله عز و جل سوء الحساب، فمن استقضی فقد).

فان المستقضی کان تارکا للاولی، و مع ذلک جاز للشاکی ان یشکوه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۶

و مرسـلة ثعلبة بن میمون المرویة عن الکافی، قال: کان عنده قوم یحدثهم، اذ ذکر رجل منهم رجلا، فوقع فیه و شکاه، فقال له ابو عبد الله علیه السلام: و انی لک باخیک الکامل؟ ای الرجل المهذب.

فان الظاهر من الجواب ان الشکوی انما کانت من ترک الاولی الّذی لا یلیق بالاخ الکامل المهذب.

و مع ذلک کله فالاحوط

بدلیل تقریر الامام الصادق علیه السلام له، فانه لو لم تجز الشکایة کان الصادق علیه السلام ردع الشاکی.

(و مرسلة ثعلبة بن میمون المرویة عن الکافی، قال: کان عنده قوم یحدثهم، اذ ذکر رجل منهم رجلا، فوقع فیه و شکاه فقال له ابو عبد الله علیه السلام: و انی لک باخیک الکامل؟ ای الرجل المهذب) یقول الشاعر:

و لست بمستبق اخا لا تلمّه علی شعث ای الرجال المهذب

ای انک لا تجد الاخ الکامل الّذی لا نقص فیه، فان اردت اخوة انسان کامل بقیت بلا اخ، لانک لا تجده.

(فـان الظـاهر من الجواب) للامـام علیه السـلام بقوله «و انی لـک الـخ» (ان الشـکوی انمـا کـانت من ترک الاولی الّذی لا یلیق بالاخ الکامل المهذب)

فعدم ردع الامام (ع) للمغتاب- بالکسر- مع انه کان یستغیب تارک الاولی یدل علی جواز غیبة تارک الاولی.

(و مع ذلک کله) ای سواء قلنا: بإطلاق جواز غیبة الظالم او بتخصیصه بمن یرجو ازالة ظلمه (فالاحوط) عدم جواز الغیبة من الظالم، حتی عند من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۷

عدّ هذه الصورة من الصور العشر الآتیة التی رخص فیها فی الغیبة لغرض صحیح اقوی من مصلحة احترام المغتاب.

کما ان الاحوط جعل الصورة السابقة خارجة عن موضوع الغیبة بذکر المتجاهر بما لا یکره نسبته إلیه من الفسق المتجاهر به و ان جعلها من تعرض لصور الاستثناء منها.

یرجو ازالة الظلم، الا اذا کانت مصلحة الاغتیاب اقوی من مصلحة ترک الغیبة.

و ذلک ب (عدّ هذه الصورة من الصور العشر الآتیة التی رخص فیها فی الغیبة لغرض صحیح اقوی من مصلحة احترام المغتاب).

و انما نحتاط بذلک، لان مع اقوائیة المصلحة یعلم بالخروج، و بدون ذلک فالمحکم اطلاقات حرمة الغیبة بعد المناقشة فی ادلة استثناء الظالم حتی فی صورة اغتیابه عند من یرجو ازالة ظلمه، اذ قد تکون مصلحة ترک الاغتیاب اکثر من مصلحة الاغتیاب، کما لو ترتب علی الغیبة للظالم عند من یرجو ازالة ظلمه مفسدة کما لا یخفی، فتأمل.

(کما ان الاحوط جعل الصورة السابقة) المستثناة عن حرمة الغیبة و هی صورة غیبة المتجاهر (خارجة عن موضوع الغیبة) لا عن حکمها- مع تسلیم کونها داخلة موضوعا- (ب) ان نقول: ان الجواز خاص، ب (ذکر المتجاهر بما لا یکره نسبته إلیه من الفسق المتجاهر به، و ان جعلها) ای هذه الصورة (من تعرض لصور الاستثناء منها) ای مما استثنی عن حرمة الغیبة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۸

فیبقی من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم، صور تعرضوا لها.

منها: نصح المستشیر

فان النصیحة واجبة للمستشیر فان خیانته قد تکون اقوی مفسدة من الوقوع فی المغتاب.

و کذلک النصح من غیر استشارة، فان من

و الحاصل: انهم جعلوها من الاستثناء حکما، و نحن جعلناه من باب عدم الموضوع.

(فیبقی من موارد الرخصة) فی الغیبة (لمزاحمة الغرض الاهم، صور تعرضوا لها) و نحن نذکرها تبعا لهم.

(منها: نصح المستشیر) الّذی یستشیر الانسان لزواج بنته لولد مثلا- فان المستشار یلزم ان یقول ما فی الولد من العیب، و هکذا سائر موارد الاستشارة (فان النصیحة) بالارشاد إلی الصلاح (واجبة للمستشیر) لما ورد من وجوب النصح للّه و لرسوله و للمؤمنین (فان خیانته) بذکر الخلاف (قد تکون اقوی مفسدة من الوقوع) ای ذم المشیر (فی المغتاب) بالفتح

و الحاصل هناک تزاحم بین وجوب النصح و حرمة الغیبة، و الاول کثیرا ما یکون اقوی اما الاستدلال بقوله «فان خیانته» انما یتم اذا توقف ترک النصح علی الخیانة اما اذا لم یتوقف کما لو تمکن المستشار ان یقول: انی لا اتکلم فی هذا الموضوع، او اسئل غیری، او ما اشبه فلا یکون من باب التزاحم، الا اذا علم المستشار انه لو لم یقل الواقع وقع المستشیر فی المفسدة.

(و کذلک) یجب (النصح) و ان کان غیبة (من غیر استشارة، فان من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۹۹

اراد تزویج امرأة و انت تعلم بقبائحها التی توجب وقوع الرجل من اجلها فی الغیبة و الفساد فلا ریب ان التنبیه علی بعضها و ان اوجب

الوقیعهٔ فیها اولی من ترک نصح المؤمن، مع ظهور عدهٔ من الاخبار فی وجوبه.

و منها: الاستفتاء

بان یقول للمفتی ظلمنی فلان فی حقی، فکیف طریقی فی الخلاص هذا اذا کان الاستفتاء موقوفا علی ذکر الظالم

اراد تزویج امرأهٔ و انت تعلم بقبائحها التی توجب وقوع الرجل من اجلها فی الغیبهٔ) ای اغتیاب الناس له (و الفساد فلا ریب ان التنبیه علی بعضها) ای بعض تلک القبائح التی توجب معرفتها انصراف الرجل عن زواجها اللهم الا ان توقف علی ذکر کل القبائح (و ان اوجب) التنبیه (الوقیعهٔ).

النقیصهٔ (فیها اولی من ترک نصح المؤمن، مع ظهور عدهٔ من الاخبار فی وجوبه) ای وجوب النصح الشامل لمن استشار، و لمن لم یستشر.

و عن التذکرهٔ: ان فاطمهٔ بنت قیس استشارت النبی صلی الله علیه و آله و سلم فی ان تصیر زوجهٔ معاویهٔ، او ابی الجهم، فقال صلی الله علیه و آله و سلم لها: اما معاویهٔ فصعلوک لا مال له، و اما ابو الجهم فلا یضع عصاه علی عاتقه، کنایهٔ عن کثرهٔ طروقته، انکحی اسامهٔ، فانه صلی الله علیه و آله و سلم ذکر عیب الرجلین لفاطمهٔ لانها استشارته، و هناک اخبار النصیحهٔ مذکورهٔ فی الوسائل و المستدرک.

(و منها) ای من صور جواز الغیبهٔ (الاستفتاء بان یقول للمفتی ظلمنی فلان فی حقی، فکیف طریقی فی الخلاص).

و (هذا) انما یجوز (اذا کان الاستفتاء موقوفا علی ذکر الظالم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۰

بالخصوص، و الا فلا یجوز.

و یمکن الاستدلال علیه بحکایهٔ هند زوجهٔ ابی سفیان و اشتکائها إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم، و قولها انه رجل شحیح لا یعطینی ما یکفینی و ولدی فلم یردّ صلی الله علیه و آله و سلم علیها غیبهٔ ابی سفیان.

و لو نوقش فی هذا الاستدلال بخروج غیبهٔ مثل ابی سفیان عن محل الکلام، امکن الاستدلال بصحیحهٔ عبد الله بن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: جاء رجل إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم، فقال: ان امی

بالخصوص، و الا فلا یجوز).

اما انه لا یجوز فی غیر صورهٔ التوقف، فلاطلاق ادلهٔ الحرمهٔ.

(و) اما انه یجوز فی صورهٔ التوقف، ف (یمکن الاستدلال علیه بحکایهٔ هند زوجهٔ ابی سفیان و اشتکائها إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم، و قولها انه) ای أبا سفیان (رجل شحیح) بخیل (لا یعطینی ما یکفینی و ولدی) فاجاز لها الرسول صلی الله علیه و آله و سلم، ان تأخذ ماله من باب استیفاء الحق (فلم یرد صلی الله علیه و آله و سلم علیها) ای علی هند (غیبهٔ ابی سفیان) لانها کانت مستفتیهٔ.

(و لو نوقش فی هذا الاستدلال بخروج غیبهٔ مثل ابی سفیان عن محل الکلام) لان المحرم غیبهٔ المؤمن لا المنافق، فعدم الردع من باب جواز غیبته مطلقا لا من باب جواز غیبهٔ المستفتی فیما اذا کان اصل الغیبهٔ محرما (امکن الاستدلال بصحیحهٔ عبد الله بن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: جاء رجل إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم، فقال: ان امی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۱

لا تدفع ید لامس فقال: احبسها، قال قد فعلت فقال صلی الله علیه و آله و سلم: فامنع من یدخل علیها قال قد فعلت قال صلی الله علیه و

آله و سلم: فقیدها فانک لا تبرّها بشیء افضل من ان تمنعها عن محارم الله عز و جل، الخبر، و احتمال کونها متجاهرة مدفوع بالاصل.

و منها: قصد ردع المغتاب عن المنکر الّذی یفعله

فانه اولی من ستر

لا- تدفع ید لامس) کنایة عن تعاطیها الزنا دائما (فقال) صلی الله علیه و آله و سلم: (احبسها) حتی لا تزنی (قال) ذلک الرجل (قد فعلت) و لکن لم ینفع ذلک (فقال صلی الله علیه و آله و سلم: فامنع من یدخل علیها) من الرجال، ف (قال) ذلک الرجل (قد فعلت) و لکن لم ینفع ذلک (قال صلی الله علیه و آله و سلم: فقیدها) حتی لا تتمکن من الخروج من الدار، و لا من فتح الباب للرجال (فانک لا- تبرّها بشیء افضل من ان تمنعها عن محارم الله عز و جل) الی آخر (الخبر) فانه یدل جواز الغیبة للمستفتی، لانه اغتاب أمه و لم یمنعه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: (و احتمال کونها متجاهرة مدفوع بالاصل) اذ التجاهر قید زائد، فاذا شک فیه کان الاصل عدمه، فتأمل.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن حرمة الغیبة (قصد ردع المغتاب عن المنکر الّذی یفعله.)

فاذا علم الانسان انه اذا اغتابه ارتدع، وجب الاغتیاب، لانه من باب الردع عن المنکر الواجب بالمناط الاولی من النهی عن المنکر

(فانه) ای اغتیابه لیرتدع (اولی من ستر

المنکر علیه، فهو- فی الحقیقة- احسان فی حقه.

مضافا إلی عموم ادلة النهی عن المنکر.

و منها: قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس،

کالمبتدع الّذی یخاف من اضلاله الناس.

و یدل علیه- مضافا إلی ان مصلحة رفع فتنته عن الناس اولی من ستر المغتاب- ما عن الکافی بسنده الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام،

المنکر علیه، فهو) ای الاغتیاب الموجب للردع (- فی الحقیقة-) لیس ذمّا له، و تنقیصا منه الّذی هو المناط فی حرمة الغیبة، بل (احسان فی حقه) و قد قال سبحانه: مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ.

(مضافا إلی عموم ادلة النهی عن المنکر) الشامل للردع عن المنکر لانه اما نهی لغة او یفهم من النهی بالمناط القطعی.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن حرمة الغیبة (قصد حسم) و قطع (مادة فساد المغتاب عن الناس، کالمبتدع الّذی یخاف من اضلاله الناس) اذا ترک و شأنه، و لم یسقط الناس اعتباره فی المجتمع حتی لا یسمع احد الی کلامه.

و لا یخفی: ان المراد بالمبتدع الّذی لا تجعله البدعة خارجا عن زمرة المؤمنین، و الا کان اغتیابه خارجا عن موضوع الغیبة الّذی هو غیبة المؤمن.

(و یدل علیه) ای جواز اغتیابه (- مضافا إلی ان مصلحة رفع فتنته عن الناس اولی من ستر المغتاب-) و فی باب التزاحم یقدم الاقوی مصلحة (ما عن الکافی بسنده الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام،

قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اذا رأيتم اهل الريب و البدع، من بعدى، فاظهروا البراءة منهم، و اكثروا من سبهم، و القول فيهم، و الوقيعة، و باهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الاسلام و يحذرهم الناس، و لا يتعلموا من بدعهم يكتب الله لكم بذلك الحسنات، و يرفع لكم به الدرجات،

قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اذا رأيتم اهل الريب) اى الشك فى الامور الدينية- اصولا او فروعا- (و البدع) جمع بدعة بمعنى الجديد، و المراد الحديد الّذى ليس من الدين اذا اريد ادخاله فى الدين (من بعدى، فاظهروا) للناس (البراءة منهم، و اكثروا من سبهم) و المراد السب الجائز لا مثل القذف، كما لا يخفى (و القول) اى القول السيّئ (فيهم و الوقيعة) اى المذمة التى تقع فيهم- هى صفة «المذمة» المقدرة- (و باهتوهم) من البهت، بمعنى نسبتهم إلى ما يسقط مكانتهم الاجتماعية فيتجنبهم الناس و ان كان الشىء المنسوب إليهم لم يكن فيهم.

و ذلك لان مصلحة القاء اهل البدع عن اعين الناس اقوى من مفسدة الكذب المنسوب إليهم، فيرجح الا هم على المهم (كيلا يطمعوا فى الفساد فى الاسلام و يحذرهم الناس) فيأمن المسلمون شرهم و غوائلهم (و لا يتعلموا من بدعهم) فان التعلم نوع من الترويج، الا اذا كان بقصد الرد و التشنيع (يكتب الله لكم بذلك) الّذى ذكر من السب و الوقيعة و غيرهما (الحسنات و يرفع لكم به الدرجات).

و لا يخفى ان اللازم تحقق موضوع البدعة، اما رمى بعض بعضا بالبدعة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۴

و منها: جرح الشهود،

فان الاجماع دل على جوازه.

و لان مصلحة عدم الحكم بشهادة الفساق اولى من الستر على الفاسق.

و مثله بل اولى بالجواز: جرح الرواة فان مفسدة العمل برواية الفاسق اعظم من مفسدة شهادته.

بدون ترو، و تحقيق، فذلك اثمه اكبر من نفعه المزعوم.

(و منها) اى من موارد الاستثناء عن الغيبة المحرمة (جرح الشهود) و بيان ما فيهم من النقائص الموجبة لرد شهادتهم (فان الاجماع دل على جوازه) و ان كان غيبة و تنقيصا.

(و لان مصلحة عدم الحكم بشهادة الفساق) و عدم جعلهم شهودا للطلاق المشروط بحضور العدلين (اولى من الستر على الفاسق).

و يدل عليه ما رواه فى الهداية، و نقله عنه الفقيه الهمدانى فى باب العدالة من سؤال النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن احوال الشهود و ارسال بعض اصحابه إلى عشائرهم ليسألوهم عن احوالهم، و كذا السيرة المستمرة خلفا عن سلف فى جرحهم.

(و مثله) اى مثل جواز جرح الشهود بالاغتياب (بل اولى بالجواز:

جرح الرواة) و بيان مذهبهم و عدالتهم او فسقهم (فان مفسدة العمل برواية الفاسق اعظم من مفسدة شهادته) فاذا جازت الغيبة لرد الشهادة جازت الغيبة لرد الرواية بطريق اولى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۰۵

و يلحق بذلك الشهادة بالزنا و غيره، لاقامة الحدود.

و منها: دفع الضرر عن المغتاب.

و علیه یحمل ما ورد فی ذم زرارة من عدة احادیث و قد بین ذلک الامام علیه السلام بقوله- فی بعض ما امر علیه السلام عبد الله بن زرارة بتبلیغ ابیه- أقرئ منی علی والدک السلام، فقل له: انما اعیبک دفاعا منی عنک

(و یلحق بذلک) الّذی ذکرنا من جواز جرح الشاهد (الشهادة بالزنا و غیره، لاقامة الحدود).

و یدل علیه- بالإضافة إلی ما تقدم- قوله سبحانه: وَ لَا تَکْتُمُوا. شَهَادَةَ اللّهِ، و تقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلم و الائمة لذلک و السیرة المستمرة، الی غیر ذلک من الشواهد و المؤیدات.

(و منها) ای من المستثنیات عن حرمة الغیبة (دفع الضرر عن المغتاب) فیما کان الضرر الواصل إلیه اعظم من ضرر الغیبة- کما لا یخفی-

(و علیه یحمل ما ورد فی ذم زرارة من عدة احادیث) مذکورة فی کتب الرجال.

و قد ذکر شطرا منها العلامة المامقانی فی رجاله (و قد بین ذلک) الوجه، ای إرادة دفع ضرر المغتاب (الامام علیه السلام بقوله- فی بعض ما امر علیه السلام عبد الله بن زرارة بتبلیغ ابیه-) حتی لا یظن ان الامام قدحه عن إرادة حقیقة الواقع، فقال علیه السلام (أقرئ منی علی والدک السلام، فقل له: انما اعیبک دفاعا منی عنک) حتی لا یعرف الناس انک مرتبط بنا فیضروک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۶

فان الناس یسارعون إلی کل من قربناه و مجدناه لا دخال الا ذی فیمن نحبه و نقربه، و یذمونه لمحبتنا له، و قربه و دنوه منا، و یرون ادخال الأذی علیه و قتله، و یحمدون کل من عیبناه نحن، و انما اعیبک لانک رجل اشتهرت بنا بمیلک إلینا و انت فی ذلک مذموم عند الناس غیر محمود الامر، لمودتک لنا، و میلک إلینا، فاحببت ان اعیبک لیحمدوا امرک فی الدین بعیبک و نقصک، و یکون ذلک منا دافع شرهم عنک، یقول الله عز و جل: و أَمَّا السَّفِینَةُ فَکَانَتْ لِمَسَاکِینَ یَعْمَلُونَ فِی الْبَحْرِ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِیبَهَا وَ کَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِکٌ یَأْخُذُ

(فان الناس یسارعون إلی کل من قربناه و مجدناه) التمجید: المدح، و معنی المسارعة السرعة فی ایذائه (لادخال الاذی فیمن نحبه و نقربه، و یذمونه لمحبتنا له، و قربه و دنوه منا، و یرون) من الجائز شرعا (ادخال الاذی علیه) ای علی کل من قربناه (و قتله، و یحمدون) و و یمدحون (کل من عیبناه نحن، و انما اعیبک) یا زرارة (لانک رجل اشتهرت بنا) ای من ناحیتنا (بمیلک إلینا و انت فی ذلک) المیل إلینا (مذموم عند الناس غیر محمود الامر) عندهم (لمودتک لنا، و میلک إلینا، فاحببت ان اعیبک) بالذم (لیحمدوا امرک فی الدین) و یقولوا انک انسان متدین (ب) سبب (عیبک و نقصک) الصادر منی ألیک (و یکون ذلک منا دافع شرهم عنک)

ثم استدل الامام علیه السلام بقوله: (یقول الله عز و جل: أَمَّا السَّفِینَةُ فَکَانَتْ لِمَسَاکِینَ یَعْمَلُونَ فِی الْبَحْرِ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِیبَهَا) لئلا یأخذها الملک الّذی کان یأخذ کل سفینة صالحة، و ذلک بان کان خضر علیه السلام قطع بعض الواح السفینة (وَ کَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِکٌ یَأْخُذُ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۷

کُلَّ سَفِینَةٍ غَصْباً، هذا التنزیل من عند الله، الا و الله ما عابها الا لکی تسلم من الملک، و لا تغصب علی یدیه، و لقد کانت صالحة لیس للعیب فیها مساغ- و الحمد لله- فافهم المثل، رحمک الله، فانک و الله احب الناس الی و احب اصحاب ابی إلی حیا و میتا، و انک افضل سفن ذلک البحر القمقام العظیم الزاخر، و ان ورائک لملکا ظلوما غصوبا یرقب عبور کل سفینة صالحة ترد من بحر الهدی لیأخذها غصبا، و یغصب اهلها، فرحمة الله علیک حیا، و رحمة الله علیک میتا، الخبر.

کُلَّ سَفِینَةٍ غَصْباً).

ثم قال الامام علیه السلام: (هذا التنزیل من عند الله، الا و الله ما عابها الا لکی تسلم من الملک، و لا تغصب) السفینة (علی یدیه، و لقد کانت صالحة) فی نفسها (لیس للعیب فیها مساغ) و محل (- و الحمد لله- فافهم) یا زرارة (المثل، رحمک الله، فانّک و الله احبّ الناس إلی و احب اصحاب ابی إلی حیّا و میّتا) حالان عن الأب، او عن نفسه علیه السلام او عن زرارة، او عن الاصحاب- بتأویل کل واحد واحد- (و انک افضل سفن ذلک البحر) ای بحر العلم الّذی هو ابی علیه السلام (القمقام) البحر الواسع (العظیم الزاخر) الکثیر الماء (و ان ورائک لملکا ظلوما) کثیر الظلم (غصوبا) کثیر الغصب هو الخلیفة العباسی (یرقب عبور کل سفینة صالحة ترد من بحر الهدی لیأخذها غصبا) بالاذی و القتل (و یغصب اهلها) ای المربوطین بالسفینة من الاصدقاء و الاقرباء (فرحمة الله علیک حیا، و رحمة الله علیک میتا) الی آخر (الخبر) و نحوه غیره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۸

و یلحق بذلک الغیبة للتقیة علی نفس المتکلم او ماله او عرضه، او عن ثالث، فان الضرورات تبیح المحظورات.

و منها: ذکر الشخص بعیبه الّذی صار بمنزلة الصفة الممیزة التی لا یعرف الا بها،

کالاعمش، و الاعرج، و الاشتر، و الاحول، و نحوها.

و فی الحدیث جاءت زینب العطارة الحولاء إلی نساء رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم.

(و یلحق بذلک) المستثنی و هو الغیبة لدفع الضرر عن المغتاب بالفتح- (الغیبة للتقیة علی نفس المتکلم او ماله او عرضه) فاذا لم یستغب زید امام الجائر عمروا- مثلا- ادخل الجائر الاذی علی زید او غصب ماله او سبی عرضه او ما اشبه ذلک (او عن ثالث) غیر المتکلم و المغتاب بالفتح- (فان الضرورات تبیح المحظورات) ای الامور المحرمة الممنوعة لادلة: لا ضرر، و ما اشبه.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن الغیبة المحرمة (ذکر الشخص بعیبه الّذی صار) ذلک العیب (بمنزلة الصفة الممیزة) له الصفة (التی لا یعرف) الشخص (الا بها، کالاعمش) و هو الّذی فی عینه مرض و سیلان (و الاعرج) رجلا (و الاشتر) و هو الّذی انخرق جفنه (و الاحول) المقلوب عینه (و نحوها).

(و فی الحدیث) الّذی قاله الامام علیه السلام (جاءت زینب العطارة الحولاء إلی نساء رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم) فلو کان ذلک حراما لم یصفها الامام علیه السلام بالحولاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۰۹

و لا بأس بذلک فیما اذا صارت الصفة- فی اشتهار توصیف الشخص بها- الی حیث لا یکره ذلک صاحبها.

و علیه یحمل ما صدر عن الامام علیه السلام و غیره من العلماء الاعلام.

لکن کون هذا استثناء مبنی علی کون مجرد ذکر العیب الظاهر- من دون قصد الانتقاص- غیبة و قد منعنا ذلک سابقا، اذ لا وجه لکراهة المغتاب لعدم کونه اظهارا لعیب غیر ظاهر، و المفروض عدم قصد الذم أیضا.

(و لا بأس بذلک) التوصیف بمثل هذه الاوصاف (فیما اذا صارت الصفة فی اشتهار توصیف الشخص بها- الی حیث لا یکره ذلک) الوصف (صاحبها) لانها تعرف انها هی المعرفة له، فلا یشمله قوله صلی الله علیه و آله و سلم: ذکرک اخاک ما یکره.

(و علیه) ای علی الجواز لعدم کراهة المتصف (یحمل ما صدر عن الامام علیه السلام) من وصف زینب بالحولاء (و غیره من العلماء الاعلام) فی وصف الرواة بمثل هذه الاوصاف.

(لکن) لا یخفی ان (کون هذا) النحو من الغیبة (استثناء) انما هو (مبنی علی کون مجرد ذکر العیب الظاهر- من دون قصد الانتقاص-

غیبـة) فیکون غیبة موضوعا، لکنها محکومة بالحلیة (و قد منعنا ذلک) ای کون مثل هذا التوصـیف داخلا فی موضوع الغیبة (سابقا، اذ لا وجه لکراهـة المغتاب)- بالفتـح- (لعـدم کونه اظهارا لعیب غیر ظاهر، و المفروض عـدم قصـد) المتکلم (الذم أیضا) و لذا لا یکون مثل التوصیف بهذه الاوصاف غیبة موضوعا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۰

اللهم الا ان یقال: ان الصـفات المشـعرة بالذم کالالقاب المشـعرة به یکره الانسان الاتصاف بها، و لو من دون قصد الذم، فان اشـعارها بالذم کاف فی الکراهة.

[و منها ذکر الشخص بما لا یؤثر عند السامع شیئا لکونه عالما به]

و منهـا: مـا حکـاه فی کشف الریبـة عن بعض: من انه اذا علم اثنـان من رجـل معصـیة شاهـداها فاجری احـدهما ذکره فی غیبـة ذلک العاصی، جاز لانه لا یؤثر عند السامع شیئا، و ان کان الاولی تنزیه النفس و اللسان عن ذلک لغیر غرض من

(اللهم الا ان یقال: ان الصـفات المشـعرة بالذم کالالقاب المشـعرة به) ای بالذم کبطة و قفة و ما اشبه (یکره الانسان الاتصاف بها، و لو من دون قصد) المتکلم (الذم) حین التلفظ بهذه الصـفات و الالقاب (فان اشـعارها بالذم کاف فی الکراهة) و اذا تحقق دخول مثله فی موضوع الغیبة لا بد من القول بخروجه عنها حکما، کما تقدم.

(و منهـا) ای من الموارد المسـتثناة عن الغیبـة (مـا حکـاه فی کشف الریبـة عن بعض: من انه اذا علم اثنـان) او اکثر (من رجـل معصـیة شاهـداها) باعینهما او علماها علما قطعیا (فاجری احـدهما ذکره) ای العصـیان (فی غیبة ذلک العاصـی، جاز) و لم یکن غیبة (لانه) ای الذکر (لا یؤثر عند السامع شیئا) و ادلة الغیبة منصرفة إلی ما لو جهل السامع (و ان کان الاولی تنزیه النفس و اللسان عن ذلک) الذکر، لاـن من اللازم ان یشـتغل الانسان بعیب نفسه عن عیوب الناس، و قـد قال المسـیح علیه السـلام: مالکم لا ترون الجـذع فی اعینکم، و ترون القذی فی اعین اخوانکم (لغیر غرض من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۱

الاغراض الصحیحة، خصوصا مع احتمال نسیان المخاطب لذلک، او خوف اشتهاره عنهما، انتهی.

اقول: اذا فرض عـدم کون ذکرهمـا فی مقـام التعییر و المذمـة و لیس هنـا هتک ستر أیضا، فلا وجه للتحریم، و لا لکونها غیبـة الاعلی ظاهر بعض التعاریف المتقدّمة.

و منها: ردّ من ادعی نسبا لیس له.

فان مصلحة حفظ الانساب

الاغراض الصحیحة، خصوصا مع احتمال نسیان المخاطب لذلک) و الغرض الصحیح مثل التذکر للاستعاذة بالله عن مثلها، او الاستغفار للعاصـی، او مـا اشبه (او خوف اشـتهاره عنهمـا) لان کل سـر جاوز الاثنین شاع، فان الانسان اذا اعتاد التکلم بکلام لا یلبث ان یتکلمه حتی عند من لا یرید التکلم عنده (انتهی) کلام کشف الریبة.

(اقول: اذا فرض عدم کون ذکرهما) لعصـیان العاصـی (فی مقام التعییر و المذمة) لیدخل فی مسـئلة حرمة ذم المؤمن و تعییره (و لیس هنا هتک ستر أیضا) لعلمهما معا (فلا وجه للتحریم) حکما (و لا لکونها غیبـة) موضوعا (الا علی ظاهر بعض التعاریف المتقدمـة) التی لا یشترط کشف الستر، بل یری المیزان «ذکر الاخ بما یکره» و قد تقدم تفصیل الکلام حول ذلک.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن حرمة الغیبة (رد من ادعی نسبا لیس له) کان یدعی ان فلانا ولده، او فلانا والده، او فلانا قریبه، او قریب فلان.

(فان مصلحة حفظ الانساب) التی یتوقف علیها الارث، و القصاص، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۲

اولی من مراعات حرمة المغتاب.

و منها: القدح فی مقالة باطلة

و ان دل علی نقصان قائلها، اذا توقف حفظ الحق و اضاعة الباطل علیه.

و اما ما وقع من بعض العلماء بالنسبة إلی من تقدم علیه منهم من الجهر بالسوء

التفقه، و الحقوق الشرعیة،- من الخمس و الزکاة- و النکاح، و ما اشبه (اولی من مراعات حرمة المغتاب).

بالإضافة إلی ان هذا من المنکر الّذی یجب الردع عنه.

و لـذا لم یزل المسلمون یطعنون فی زیاد و معاویة حیث ألحقه به- و ان کانا کافرین کما تقدم فی هند و ابی سفیان- و یؤیده أیضا تشریع اللعان لنفی الولد.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن الغیبة المحرمة (القدح فی مقالة باطلة) مما یکره القائل ذلک باظهار عدم فهمه (و ان دل) القدح (علی نقصان قائلها، اذا توقف حفظ الحق و اضاعة الباطل علیه) ای علی ذلک القدح.

اما اذا لم یتوقف حفظ الحق علی ذلک، لان المقالة لا ترتبط بالدین و الدنیا.

کما لو زعم ان البلد الفلانی فی شمال العراق و الحال انه فی جنوبه مثلا- فلا، اذ لا مجوز للغیبة حینئذ.

لکن لا یبعد خروج مثل هذه الامور عن ادلة الغیبة لانصرافها عن مثله.

(و اما ما وقع من بعض العلماء بالنسبة إلی من تقدم علیه منهم) ای من سائر العلماء (من الجهر بالسوء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۳

من القول، فلم یعرف له وجه، مع شیوعه بینهم من قدیم الایام.

ثم انهم ذکروا موارد للاستثناء

من القول، فلم یعرف له وجه، مع شیوعه بینهم من قدیم الایام).

و لعل الوجه رد الظلم بالنسبة إلی العالم الثالث، مثلا یری المحقق ان الحلی ظلم الشیخ بالنسبة إلیه فیرده المحقق.

و لا اشکال فی جواز رد الظلم، سواء کان واقعا علی نفس الراد، او علی غیره، بل عون الضعیف صدقة.

و اما بالنسبة إلی العالم الثانی الّذی صدر منه الظلم فهو قبیح فعلی لا فاعلی، اذ کان بنظره لزوم التشنیع علی مقالة المتقدم، لئلا یأخذها الناس.

فان التشنیع علی صاحب المقالة یوجب سقوط مقالته عن الانظار، زیادة علی سقوطها عند التشنیع علی نفس المقالة، کما صدر عن بعض العلماء بالنسبة إلی الصدوق ره فی قوله: بسهو النبی صلی الله علیه و آله و سلم.

(ثم انهم ذکروا موارد للاستثناء) کذکر معایب المملوک عند بیعه، و ذلک لاسقاط الخیار، و عدم الغش.

و مثل قصد التأدیب فی ذکر معایب الاولاد و الاهل و التلامیذ و الاصدقاء مما یکون داخلا فی النهی عن المنکر و الردع عنه و الوقایة

عن الوقوع فیه، فیشمله قوله تعالی: قُوا أَنْفُسَکُمْ وَ أَهْلِیکُمْ نَاراً، و مثل تفضیل بعض العلماء علی بعض، او بعض اهل الخبرة علی بعض، اظهارا للحق و لئلا یکون المحسّ و المسیء واحدا. کما قال الامام امیر المؤمنین علیه السلام لولده الحسن علیه السلام: لا یکونن المحسن و المسیء عندک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۴

لا حاجة إلی ذکرها، بعد ما قدمنا ان الضابط فی الرخصة وجود مصلحة غالبة علی مفسدة هتک احترام المؤمن.

و هذا یختلف باختلاف تلک المصالح و مراتب مفسدة هتک المؤمن، فانها مندرجة فی القوة و الضعف.

فرب مؤمن لا یساوی عرضه شیء، من المصالح، فالواجب التحری فی الترجیح بین المصلحة و المفسدة.

الرابع: یحرم استماع الغیبة بلا خلاف.

سواء، الی غیرها من الموارد، مما (لا حاجة إلی ذکرها، بعد ما قدمنا ان الضابط فی الرخصة وجود مصلحة غالبة علی مفسدة هتک احترام المؤمن).

(و هذا) التفاضل (یختلف باختلاف تلک المصالح) التی یجب مراعاتها (و مراتب مفسدة هتک المؤمن) فانه ربما کانت المصلحة اقوی، و ربما کانت المفسدة اقوی (فانها) ای المصالح و المفاسد (مندرجة فی القوة و الضعف).

(فرب مؤمن لا یساوی عرضه شیء من المصالح) من القیمة و الرفعة، فاللازم عدم هتک عرضه، و ان وقعت مفسدة ما، کما انه ربما یکون الامر بالعکس (فالواجب التحری) و الفحص (فی الترجیح بین المصلحة و المفسدة) لیری المتکلم ایهما مقدم فیرجحه علی صاحبه.

(الرابع) من مباحث الغیبة (یحرم استماع الغیبة بلا خلاف) من احد من الفقهاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۱۵

فقد ورد ان السامع للغیبة احد المغتابین.

و الاخبار فی حرمته کثیرة، الا ان ما یدل علی کونه من الکبائر، کالروایة المذکورة و نحوها ضعیفة السند.

ثم المحرم سماع الغیبة المحرمة، دون ما علم حلیتها.

(فقد ورد) فی الحدیث (ان السامع للغیبة احد المغتابین) ای شریک للمتکلم فی الأثر.

(و الاخبار فی حرمته کثیرة) مذکورة فی الوسائل و المستدرک (الا ان ما یدل علی کونه) ای الاستماع (من الکبائر، کالروایة المذکورة) التی یجعل الاستماع کالاغتیاب فاذا کان الاغتیاب کبیرة کان الاستماع کذلک (و نحوها ضعیفة السند) و انما ینفع هذا فی الاحکام المترتبة علی الکبیرة.

اما العقاب- لو کان کبیرة فی الواقع- فلا یضر ضعف السند، باتمام الحجة، فان مجرد علم الانسان بالمعصیة یوجب جواز انزال العقوبة الواقعیة علیه اذا ارتکب العصیان و لا عذر لقوله: لم اکن اعلم انه کبیرة فی دفع عقاب الکبیرة عنه، کما قرر فی الکلام.

(ثم المحرم) انما هو (سماع الغیبة المحرمة، دون ما علم حلیتها).

اذ لو جاز الاغتیاب، جاز الاستماع لخصوص دلیل حرمة الاستماع بالنسبة إلی ما کان حراما من الاغتیاب.

فلا یقال: انه قد یجوز لشخص ارتکاب الحرام، لانه مضطر، و لا یجوز للآخر لانه لیس بمضطر.

و یدل علی الجواز ان الاغتیاب الجائز للمظلوم قوله تعالی: لَا یُحِبُّ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۶

و لو كان متجاهرا عند المغتاب مستورا عند المستمع و قلنا بجواز الغيبة حينئذ للمتكلم.

فالمحكى جواز الاستماع، مع احتمال كونه متجاهرا، لا مع العلم بعدمه.

قال فى كشف الريبة اذا سمع احد مغتابا لآخر، و هو لا يعلم المغتاب مستحقا للغيبة و لا عدمه، قيل: لا يجب نهى القائل، لامكان الاستحقاق،

اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ، يلازم الاستماع، فتجويزه تجويز له، الى غيرها من الادلة (و لو كان) الشخص المغتاب- بالفتح- (متجاهرا عند المغتاب)- بالكسر- (مستورا عند المستمع و قلنا بجواز الغيبة حينئذ للمتكلم) فى قبال القول بعدم الجواز، لانه اعانة على الاثم من جهة ان استماع المستمع اثم.

فالمتكلم و ان جاز له من حيث اجهار العاصى، لكنه لا يجوز له من حيث اعانة المستمع على الاثم.

(فالمحكى) عن بعض (جواز الاستماع، مع احتمال) المستمع (كونه) اى العاصى (متجاهرا) لحمل فعل المسلم على الصحيح، و لاصالة عدم توجه التكليف بالكف إلى المستمع (لامع العلم بعدمه) اى بعدم كونه متجاهرا، فانه لا مجال للحمل على الصحة مع العلم.

(قال فى كشف الريبة اذا سمع احد مغتابا) بالكسر (لآخر، و هو لا يعلم المغتاب) بالفتح (مستحقا للغيبة) لكونه متجاهرا و نحوه (و لا عدمه) بان لم يعلم عدم الاستحقاق أيضا (قيل: لا يجب نهى القائل، لامكان الاستحقاق) اى استحقاق العاصى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۷

فيحمل فعل القائل على الصحة، ما لم يعلم فساده.

و لان ردعه يستلزم انتهاك حرمته، و هو احد المحرمين.

ثم قال: و الاولى التنزه عن ذلك حتى يتحقق المخرج منه، لعموم الادلة، و ترك الاستفصال فيها، و هو دليل إرادة العموم حذرا من الاغراء بالجهل

(فيحمل فعل القائل على الصحة، ما لم يعلم فساده) لقوله عليه السلام:

ضع امر اخيك على احسنه.

(و لان ردعه يستلزم انتهاك حرمته، و هو احد المحرمين) لان الامر دائر بين كون الاستماع حراما- لانه غيبة غير جائزة- و بين كون الردع حراما لانه هتك للمتكلم فاذا كان فعله محمولا على الصحة لم يبق الا حرمة الهتك بالردع.

(ثم قال) كشف الريبة (و الاولى التنزه عن ذلك) الاستماع (حتى يتحقق المخرج منه) بالعلم باستحقاق العاصى للغيبة، لكونه متجاهرا و نحوه (لعموم الادلة) الدالة على حرمة الاستماع (و ترك الاستفصال فيها) بين الجهل بكون العاصى مستحقا، و بين عدمه أى العلم بعدم الاستحقاق.

و الحاصل ان الخارج من حرمة الاستماع صورة العلم بالاستحقاق فيبقى الباقى تحت العموم (و هو) اى ترك الاستفصال (دليل إرادة العموم) من النهى عن الاستماع.

و انما يكون دليلا (حذرا من الاغراء بالجهل) لان المولى لو لم يرد العام، و قال بلفظ العموم كان ذلك اغراء بالجهل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۸

و لان ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبة الى السامع مع احتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته و هو هدم قاعدة النهى عن الغيبة انتهى.

و حيث انه قبيح بالنسبة إلى المولى الحكيم، لزم ان نقول بإرادته للعموم اذا تكلم بلفظ العام (و لان ذلک) الحمل على الصحة و حرمة هتک المتكلم بردعه (لو تم) و قلنا به في صورة جهل المستمع لاستحقاق العاصى (لتمشى) الحمل على الصحة (فيمن) اى السامع الّذى (يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبة إلى السامع).

فانه قد يعلم السامع ان العاصى يستحق استماعه لغيبته، لكونه متجاهرا- مثلا-، و قد يعلم انه لا يستحق استماعه لغيبته، لكونه ليس بمتجاهر و انما ظن المتكلم تجاهره.

و قد لا يعلم ان العاصى هل يستحق استماعه غيبته، أم لا؟

فاذا قلنا: بجواز استماع السامع للغيبة فيما شك في استحقاق العاصى، لزم ان نقول: بجواز الاستحقاق فيما علم السامع عدم استحقاقه (مع احتمال) السامع (اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته).

لانه كما يحرم هتک المتكلم في صورة شك السامع انه هل يجوز له الاستماع، أم لا؟ كذلک يحرم هتک المتكلم في صورة شک السامع، هل يجوز للمتكلم التكلم، أم لا؟ (و هو هدم قاعدة النهى عن الغيبة) فاذا لم يجز في صورة الشک بالنسبة إلى المتكلم، كذلک لا يجوز في صورة الشک بالنسبة الى المستمع (انتهى) كلام كاشف الريبة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۱۹

اقول: و المحكى بقوله: قيل، لا دلالة فيه على جواز الاستماع، و انما تدل على عدم وجوب النهى عنه.

و يمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبة مع فرض جوازها للقائل لان السامع احد المغتابين.

فكما ان المغتاب يحرم عليه الغيبة الا اذا علم التجاهر المسوغ، فكذلک السامع يحرم عليه الاستماع الا اذا علم التجاهر

(اقول: و المحكى بقوله: قيل، لا دلالة فيه على جواز الاستماع، و انما تدل على عدم وجوب النهى عنه).

اذ لا تلازم بين جواز الاستماع، و بين عدم وجوب النهى، اذ قد لا يجب النهى، لان المتكلم له الحق في التكلم، و لا يجوز الاستماع لان السامع لا يحق له الاستماع.

(و يمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبة مع فرض جوازها للقائل) كما ان المرأة اذا علمت بان لا طبيبة في البلدة جاز لها- ظاهرا- ارائة بدنها للطبيب للعلاج في صورة الاضطرار، و الطبيب اذا علم بوجود الطبيبة لم يجز له الفحص و النظر (لان السامع احد المغتابين) كما في رواية امير المؤمنين عليه السلام: و المستمع احد المغتابين، كما في رواية النبى صلى الله عليه و آله و سلم.

(فكما ان المغتاب يحرم عليه الغيبة الا اذا علم التجاهر المسوغ) للغيبة (فكذلک السامع يحرم عليه الاستماع الا اذا علم التجاهر)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۰

و اما نهى القائل، فغير لازم، مع دعوى القائل العذر المسوغ، بل مع احتماله في حقه و ان اعتقد الناهى عدم التجاهر.

نعم لو علم عدم اعتقاد القائل بالتجاهر وجب ردعه، هذا.

و لكن الاقوى جواز الاستماع اذا جاز للقائل، لانه قول غير منكر، فلا يحرم الاصغاء إليه، للاصل، و الرواية على تقدير صحتها تدل على ان السامع

فاذا لم يعلم التجاهر، لم يجز له الاستماع.

(و اما نهى القائل، فغير لازم، مع دعوى القائل العذر المسوغ، بل مع احتماله في حقه) لحمل فعل المسلم على الصحيح (و ان اعتقد الناهى عدم التجاهر) اذ النهى عن المنكر انما يجب اذا كان الفاعل عالما بكونه منكر، لا ما اذا جهل جهلا عذريا الا اذا علمنا من

الشارع ارادته عدم وقوع هذا المنكر فى الخارج اطلاقا، او كان من مقام ارشاد الجاهل و تنبيه الغافل.

(نعم لو علم) الناهى (عدم اعتقاد القائل بالتجاهر) للعاصى- و ان ادعى انه يعلمه متجاهرا- (وجب ردعه) لوجوب ردع فاعل المنكر (هذا) بعض الكلام المرتبط بكلام كاشف الريبة، و «قيل».

(و لكن الاقوى جواز الاستماع اذا جاز للقائل) الاغتياب (لانه قول غير منكر، فلا يحرم الاصغاء إليه، للاصل) اذ المتيقن من الادلة حرمة الاستماع إلى الغيبة التى هى منكر، لا مطلقا، فاذا جاز للقائل جاز للسامع (و الرواية) السابقة و هى قوله عليه السلام: السامع احد المغتابين (على تقدير صحتها) سندا (تدل على ان السامع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۱

لغيبة، كقائل تلك الغيبة، فان كان القائل عاصيا، كان المستمع كذلك فيكون دليلا على الجواز فيما نحن فيه.

نعم لو استظهر منها ان السامع للغيبة كانه متكلم بها فان جاز للسامع التكلم بغيبة، جاز سماعها، و ان حرم عليه حرم سماعها أيضا، كانت الرواية- على تقدير صحتها- دليلا للتحريم فيما نحن فيه.

لكنه خلاف الظاهر من الرواية على تقدير قراءة المغتابين بالتثنية و

لغيبة، كقائل تلك الغيبة) فى الجواز و الحرمة (فان كان القائل عاصيا، كان المستمع كذلك) اما اذا لم يكن القائل عاصيا، فلا دليل على حرمة الاستماع (فتكون) الرواية بمفهومها- حيث حصرت الحكم فى الغيبة المحرمة- (دليلا على الجواز فيما نحن فيه) من صورة الجواز للمتكلم.

(نعم لو استظهر منها) اى من الرواية (ان السامع للغيبة كانه متكلم بها) اى بالغيبة (فان جاز للسامع التكلم بغيبة، جاز سماعها و ان حرم عليه) التكلم (حرم سماعها أيضا، كانت الرواية- على تقدير صحتها-) سندا (دليلا للتحريم فيما نحن فيه) لان السامع- حسب الفرض- يرى العاصى غير متجاهر، فلا يجوز له اغتيابه، و اذا لم يجز له اغتيابه لم يجز له استماع غيبته.

(لكنه) اى الاستظهار المذكور (خلاف الظاهر من الرواية على تقدير قراءة المغتابين بالتثنية) بل ظاهرها حينئذ هو المعنى الاول، و انه اذا حرم على المتكلم حرم على السامع، و اذا جاز للمتكلم جاز للسامع لان السامع لا استقلال له و انما يتبع المتكلم (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۲

ان كان هو الظاهر على تقدير قراءته بالجمع.

لكن هذا التقدير خلاف الظاهر.

و قد تقدم فى مسئلة التشبيب: انه اذا شك السامع فى حصول شرط حرمته من القائل لم يحرم استماعه فراجع.

ثم انه يظهر من الاخبار المستفيضة وجوب رد الغيبة فعن المجالس

ان كان) الاستظهار المذكور بقولنا: لو استظهر (هو الظاهر) و انه اذا جاز للمستمع الغيبة جاز له الاستماع، و اذا لم يجز له الاغتياب لم يجز له الاستماع (على تقدير قراءته) اى لفظ «المغتابين» فى الرواية (بالجمع) لان المعنى حينئذ ان السامع مثل احد الاشخاص الذين يستغيبون الناس فهو مستقل فى الحكم، كما ان كل فرد من المغتابين بالكسر- مستقل فى الحكم و لا ربط للسامع بالمتكلم- حتى اذا جاز له التكلم جاز له الاستماع-.

(لكن هذا التقدير) اى قراءة «المغتابين» بصيغة الجمع (خلاف الظاهر) عند رؤية هذه العبارة مكتوبة فى الكتاب، و الظهور الكتبى حجة كالظهور اللفظى، لاعتماد العقلاء و اهل المحاورة عليه.

(و قد تقدم فى مسئلة التشبيب: انه اذا شك السامع) الى المتكلم بالتشبيب (فى حصول شرط حرمته) لاحتماله ان يكون تشبيبا بامرأة

خیالیة- مثلا- (من القائل لم یحرم استماعه فراجع) هناک حتی تعرف وجه الجواز هنا فی باب الغیبة أیضا فتأمل.

(ثم انه یظهر من الاخبار المستفیضة وجوب رد الغیبة، فعن المجالس

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۳

باسناده عن ابی ذر رضوان الله علیه، عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من اغتیب عنده اخوه المؤمن و هو یستطیع نصره فنصره، نصره الله تعالی فی الدنیا و الآخرة، و من خذله و هو یستطیع نصره، خذله الله فی الدنیا و الآخرة، و نحوها عن الصدوق باسناده عن الصادق علیه السلام، عن آبائه فی وصیة النبی صلی الله علیه و آله و سلم لعلی (ع).

و عن عقاب الاعمال بسنده عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من رد عن اخیه غیبة سمعها فی مجلس، رد الله عنه الف باب من الشر فی الدنیا و الآخرة، فان لم یرد عنه و اعجبه كان علیه كوزر من اغتابه.

باسناده عن ابی ذر رضوان الله علیه، عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من اغتیب عنده اخوه المؤمن و هو یستطیع نصره) بمعنی رد الغیبة عنه (فنصره، نصره الله تعالی فی الدنیا و الآخرة و من خذله) بان ترک المغتاب و شأنه لیقول ما یرید (و هو یستطیع نصره، خذله الله فی الدنیا و الآخرة، و نحوها عن الصدوق باسناده عن الصادق علیه السلام، عن آبائه) علیهم السلام (فی وصیة النبی صلی الله علیه و آله و سلم، لعلی علیه السلام).

(و عن عقاب الاعمال) للصدوق (بسنده عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من رد عن اخیه غیبة سمعها فی مجلس، رد الله عنه الف باب من الشر فی الدنیا و الآخرة، فان لم یرد عنه و اعجبه) ای حسن فی نفسه الغیبة (كان علیه) ای علی السامع (كوزر من اغتابه).

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۴

و عن الصدوق باسناده عن الصادق علیه السلام فی حدیث المناهی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من تطول علی اخیه فی غیبة سمعها فردها عنه رد الله عنه الف باب من الشر فی الدنیا و الآخرة فان هو لم یردها و هو قادر علی ردها، كان علیه كوزر من اغتابه سبعین مرة الخبر و لعل وجه زیادة عقابه انه اذا لم یرده تجری المغتاب علی الغیبة فیصر علی هذه الغیبة و غیرها.

و الظاهر: ان الرد غیر النهی عن الغیبة و المراد به الانتصار للغائب بما

(و عن الصدوق باسناده عن الصادق علیه السلام، فی حدیث المناهی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من تطول) ای تفضل و احسن (علی اخیه فی غیبة سمعها) فیه فی مجلس (فردها عنه، رد الله عنه الف باب من الشر فی الدنیا و الآخرة فان هو لم یردها) بان سكت و لم یتكلم بالرد و الدفاع عن المغتاب- بالفتح- (و هو قادر علی ردها، كان علیه كوزر من اغتابه سبعین مرة) الی آخر (الخبر).

قال المصنف ره (و لعل وجه زیادة عقابه) علی عقاب المتكلم بالغیبة (انه اذا لم یرده تجرّئ) بصیغة الماضی (المغتاب) بالكسر (علی الغیبة فیصر علی هذه الغیبة و غیرها) فعلیه اثم المستمع، و اثم المشجع علی الآثم، فیكون من قبیل البدعة التی علی المبدع اثمه، و اثم العامل بها، و لعله اذا ردع السامع ترک المتكلم الاغتیاب مطلقا.

(و الظاهر: ان الرد غیر النهی عن الغیبة، و المراد به) ای بالرد (الانتصار للغائب) المقول عنه (بما) ای بانتصار

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۵

یناسب تلک الغیبة، فان كان عیبا دنیویا انتصر له، بان العیب لیس الا ما عاب الله به من المعاصی التی من اكبرها: ذكرک اخاک بما لم یعبه الله به و ان كان عیبا دینیا وجهه بمحامل تخرجه عن المعصیة فان لم یقبل التوجیه انتصر له بان المؤمن قد یبتلی بالمعصیة، فینبغی ان یستغفر له، و یهتم له لا ان تعیّر علیه، و ان تعییرک ایاه لعله اعظم عند الله من معصیته، و نحو ذلک.

ثم انه قد یتضاعف عقاب المغتاب اذا كان ممن یمدح

(يناسب تلك الغيبة، فان كان عيبا دنيويا) كما لو قال: انه لا يهتم بامر داره و بستانه و ملابسه (انتصر) السامع (له بان العيب ليس الا ما عاب الله به من المعاصى التى من اكبرها: ذكرك اخاك بما) اى بوصف (لم يعبه الله به) فانه سبحانه لم يعب احدا بترك الاهتمام بالدنيا و انما عاب بترك الاهتمام بالآخرة (و ان كان عيبا دينيا) كما لو قال عنه انه لا يهتم بالصلاة، او يسوف الحج مثلا (وجهه لمحامل تخرجه عن المعصية) كان يقول: انه يكد على عياله فى اوّل الوقت، و ذلك واجب مضيق و الصلاة واجبة موسعة و لذا يؤخرها، و الحج لعل له عذرا فى التأخير من جهة الحكومة او ما اشبه (فان لم يقبل التوجيه انتصر له بان المؤمن قد يبتلى بالمعصية فينبغى) لمن علم بذلك (ان يستغفر له، و يهتم له) حتى يجد الحيلة فى ردعه و قلعه (لا ان تعير عليه، و ان تعييرك اياه لعله اعظم عند الله من معصيته و نحو ذلك) من انواع الانتصار المناسبة للمقام.

(ثم انه قد يتضاعف عقاب المغتاب) بالكسر (اذا كان ممن يمدح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۶

المغتاب فى حضوره و هذا و ان كان فى نفسه مباحا، الا انه اذا انضم مع ذمّه فى غيبته سمى صاحبه ذا اللسانين و تاكد حرمته.

و لذا ورد فى المستفيضة: انه يجئ ذو اللسانين يوم القيامة، و له لسانا من النار فان لسان المدح فى الحضور و ان لم يكن لسانا من نار الا انه اذا انضم إلى لسان الذم فى الغياب صار كذلك. و عن المجالس بسنده عن حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن آبائه عليهم السلام عن على (ع) قال: رسول الله (ص): من مدح اخاه المؤمن فى وجهه، و

المغتاب) بالفتح (فى حضوره) و يستغيبه فى غيابه (و هذا) المدح فى الحضور- اذا كان مستحقا للمدح- (و ان كان فى نفسه مباحا الا انه) اى المدح فى الحضور (اذا انضم مع ذمه فى غيبته سمى صاحبه) اى صاحب الذم و المدح (ذا اللسانين) يوم القيامة (و تاكد حرمته) اى حرمة ذمّه- اى غيبته-.

(و لذا ورد فى) الروايات (المستفيضة: انه يجئ ذو اللسانين يوم القيامة، و له لسانا من النار، فان لسان المدح فى الحضور) مع استحقاق الممدوح للمدح (و ان لم يكن لسانا من نار) لانه ليس بمحرم فى نفسه (الا انه اذا انضم إلى لسان الذم فى الغياب صار كذلك) مذموما شرعا، كما انه عقلا كذلك، فان الناس يكرهون المادح الذام اكثر مما يكرهون الذام فقط

(و عن المجالس بسنده عن حفص بن غياث، عن الصادق عليه السلام، عن ابيه) عليه السلام (عن آبائه عليهم السلام، عن على (ع) قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من مدح اخاه المؤمن فى وجهه، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۲۷

اغتابه من ورائه، فقد انقطعت العصمة بينهما.

و عن الباقر عليه السلام بئس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين يطرى اخاه شاهد او يأكله غائبا ان اعطى حسده و ان ابتلى خذله. و اعلم انه قد يطلق الاغتياب على البهتان و هو ان يقال فى شخص ما ليس فيه و هو اغلظ تحريما من الغيبة، و وجهه ظاهر، لانه جامع بين مفسدتى الكذب و الغيبة، و يمكن القول بتعدد العقاب

اغتابه من ورائه، فقد انقطعت العصمة بينهما) و الظاهر ان المراد عصمة الاسلام بمعنى ان المادح الذام ليس مسلما- و هذا ضرب من المبالغة- او المراد العصمة الكاملة الكائنة بين الاخوان المتصافين، فان حق الاخ المتصاف اكثر من غيره- كما لا يخفى-.

(و عن الباقر عليه السلام: بئس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين) وجه بشوش عند اللقاء، و وجه مقطب عند الغيبة (يطرى) و يمدح باحد اللسانين (اخاه) فى حالكونه (شاهدا) حاضرا عنده (و يأكله) باستغابته «أَ يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ» (غائبا) عنه

(ان اعطی) ذلک الاخ النعمة و الرفاه (حسده) بان رجا زوال النعمة عنه (و ان ابتلی) ببلاء (خذله) و لم ینصره، انتهی الحدیث.

(و اعلم) ایها الطالب (انه قد یطلق الاغتیاب علی البهتان و هو ان یقال فی شخص ما لیس فیه) کان یقال زید شارب الخمر و الحال انه لیس بشارب (و هو اغلظ تحریما من الغیبة، و وجهه ظاهر، لانه جامع بین مفسدتی الکذب و الغیبة، و یمکن القول بتعدد العقاب) علی البهتان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۸

من جهة کل من العنوانین و المرکب.

و فی روایة علقمة عن الصادق علیه السلام: حدثنی ابی عن آبائه عن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: انه قال: من اغتاب مؤمنا بما فیه لم یجمع الله بینهما فی الجنة ابدا و من اغتاب مؤمنا بما لیس فیه فقد انقطعت العصمة بینهما، و کان المغتاب خالدا فی النار و بئس المصیر.

(من جهة کل من العنوانین) الکذب و الغیبة (و المرکب) منهما فله عقاب ثالث، لان المرکب له صفة ثالثة، کما نری فی الجملة تفید شیئا جدیدا ما لا تفیده مفرداتها.

(و فی روایة علقمة عن الصادق علیه السلام: حدثنی ابی) علیه السلام (عن آبائه) علیهم السلام (عن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: انه قال: من اغتاب مؤمنا بما فیه) من الصفات و النقائص (لم یجمع الله بینهما فی الجنة ابدا) اما بمعنی ان المغتاب لا یدخل الجنة، او بمعنی انه لا- یجمع بینه و بین المغتاب- بالفتح- و ان دخل الجنة فلیس له ان یراه جزاء لا سائته للمغتاب فی الدنیا (و من اغتاب مؤمنا بما لیس فیه فقد انقطعت العصمة بینهما) و قد فسر ذلک فی الحدیث السابق (و کان المغتاب خالدا فی النار و بئس المصیر) و المراد بالخلود اقتضاء الغیبة ذلک، فان للمثوبات و العقوبات آثارا اقتضائیة یمکن ان ترفع بالتوبة او الشفاعة او الاعمال الصالحة او عفو صاحب الحق او ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۲۹

خاتمة فی بعض ما ورد من حقوق المسلم علی اخیه

ففی صحیحة مرازم عن ابی عبد الله علیه السلام ما عبد الله بشیء افضل من اداء حق المؤمن

و روی فی الوسائل و کشف الریبة عن کنز الفوائد للشیخ الکراجکی عن الحسین بن محمد بن علی الصیرفی، عن محمد بن علی الجعابی، عن القاسم بن محمد بن جعفر العلوی، عن ابیه عن آبائه، عن علی علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: للمسلم علی اخیه ثلاثون حقا لا براءة له منها الا بادائها او العفو

(خاتمة) نذکرها بمناسبة کون الغیبة خلاف حق المسلم علی المسلم (فی بعض ما ورد) من الاخبار (من حقوق المسلم علی اخیه، ففی صحیحة مرازم، عن ابی عبد الله علیه السلام ما عبد الله بشیء افضل من اداء حق المؤمن) و لعل وجهه: ان الحق قسمان، حق الله و حق الناس اولی بالاداء، لان فیه حقا لله سبحانه- حیث شرع هذا الحق-.

(و روی فی الوسائل و کشف الریبة عن کنز الفوائد للشیخ الکراجکی عن الحسین بن محمد بن علی الصیرفی، عن محمد بن علی الجعابی، عن القاسم بن محمد بن جعفر العلوی، عن ابیه عن آبائه، عن علی علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: للمسلم علی اخیه ثلاثون حقا لا براءة له منها الا بادائها او العفو) من ذی الحق.

و لا يخفى: ان بعض الحقوق واجبة و بعضها مستحبة و العفو فى الواجبة انما ينفع فى اسقاط حق المؤمن اما حق الله تعالى فانه يحتاج الى التوبة، اذ لم يؤده.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۰

يغفر زلته، و يرحم عبرته، و يستر عورته،

و المراد بالبراءة الخروج عن الحق واجبا كان او مندوبا.

ثم المراد وجود مجموع هذه الحقوق على مجموع الاخوان، بمعنى ان اللازم على كل مسلم مراعات هذه الحقوق بالنسبة إلى اخوانه فى الجملة لا ـ انه مكلف بمراعات كل حق إلى كل احد، لوضوح انه ليس اللازم على المسلم حضور جنازة كل مسلم، و عيادة كل مريض و ما اشبه، بل اداء هذه الحقوق بالطرق المتعارفة، كما قالوا مثل ذلك فى مسئلة الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و ارشاد الجاهل، فانه لا يلزم على الانسان ان يترك اعماله و يسير فى الاسواق و الشوارع للامر و النهى و الارشاد، بل يأتى بهذه الامور على الطرق المتعارفة، كما ان الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و الائمة عليهم السلام لم يفعلوا هذه الامور الا بالطرق المتعارفة فلم يكن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم يطرق كل باب باب ليعلم اهل الدار الاحكام، او اذا جاءه احد لم يكن يسأل منه عن صحة مسائله و عقائده مسئلة مسئلة و فردا فردا.

ثم لا يخفى: ان المذكور فى هذه الرواية جملة من الحقوق لا كلها كما لا يخفى، و لا مفهوم للعدد فى مثل هذه الروايات.

«۱» (يغفر زلته) اى اذا لم يؤد بعض حقه لا يعاقبه و لا يعاتبه.

«۲» (و يرحم عبرته) فاذا بكى لشيء يريده اسعفه بحاجته.

«۳» (و يستر عورته) بان لا يفشى سره و لا يهتك حجابه و لا يبدى نقصه، بل اذا رأى ذلك ستره و اخفاه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۱

و يقبل عثرته، و يقبل معذرته، و يرد غيبته، و يديم نصيحته، و يحفظ خلته، و يرعى ذمته، و يعود مرضه، و يشهد ميته، و يجيب دعوته، و يقبل هديته، و يكافى صلته،

«۴» (و يقبل عثرته) فاذا سقط فى دين او دنيا اقاله، كانه لم يحدث له سقوط.

«۵» (و يقبل معذرته) فاذا اعتذر عن امر صدر منه خلاف الآداب قبل عذره.

«۶» (و يرد غيبته) و قد تقدم معناه.

«۷» (و يديم نصيحته) و ارشاده فى امور دينه و دنياه، فلا يترك نصحه لحادث صدر بينهما او تضجر عن ارشاده و نصحه.

«۸» (و يحفظ خلته) اى صداقته بان يحفظ كونه صديقا له، فلا يقطع صداقته معه.

«۹» (و يرعى ذمته) فاذا تعهد بشيء رعاه حتى يخرج عما تعهد و تبرأ ذمته.

«۱۰» (و يعود مرضه) فاذا مرض زاره.

«۱۱» (و يشهد) اى يحضر (ميته) فاذا مات حضر عند موته و عند جنازته الخ.

«۱۲» (و يجيب دعوته) لطعام او شهادة او ما اشبه.

«۱۳» (و يقبل هديته) فلا يردها.

«۱۴» (و يكافى صلته) فاذا وصله بشيء قابله بصلة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۲

و یشکر نعمته، و یحسن نصرته، و یحفظ حلیلته، و یقضی حاجته، و یستنجح مسألته، و یسمت عطسته، و یرشد ضالته، و یرد سلامه، و یطیب کلامه، و یبر انعامه،

«۱۵» (و یشکر نعمته) فاذا انعم علیه بشیء اظهر له الشکر و الامتنان و فی الحدیث من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق.

و لا یخفی ان الشکر لسانی و عملی فلکل شیء شکر مناسب.

«۱۶» (و یحسن نصرته) فاذا طلب نصرته، نصره نصرة حسنة.

«۱۷» (و یحفظ حلیلته) ای زوجته عند غیابه.

«۱۸» (و یقضی حاجته) بادائها بنفسه او بالواسطة.

«۱۹» (و یستنجح مسألته) ای یطلب نجح سؤاله و طلبه و لا یخفی ان قضاء الحاجة اعم من ان یسأل، أم لا.

«۲۰» (و یسمت عطسته) فاذا عطس یقول له: یرحمک الله.

«۲۱» (و یرشد ضالته) فاذا ضل عنه شیء اهتم لوجدانها.

«۲۲» (و یرد سلامه) فاذا سلم اجابه.

«۲۳» (و یطیب کلامه) فلا یتکلم معه بالخشونة فی اللفظ او بالغلظة فی المعنی.

«۲۴» (و یبر انعامه) فاذا انعم علیه ابره ای عامل معه معاملة البار، لا معاملة الجاف الغلیظ، و هذا اعم من الشکر، و کلما جیء بعام و خاص متقابلین ارید بالعام فردا هو غیر الخاص فاذا قیل جئنی بانسان و حیوان ارید بالحیوان فرد مقابل الانسان، کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۳

و یصدق اقسامه، و یوالی ولیه، و لا یعادیه، و ینصره ظالما و مظلوما، فاما نصرته ظالما فیرده عن ظلمه و اما نصرته مظلوما فیعینه علی اخذ حقه، و لا یسلمه و لا یخذله، و یحب له من الخیر ما یحب لنفسه، و یکره له من الشر ما یکره لنفسه.

ثم قال سمعت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم یقول: ان احدکم لیدع من حقوق اخیه شیئا فیطالبه به یوم القیامة، فیقضی له علیه.

«۲۵» (و یصدق اقسامه) فاذا حلف علی شیء صدقه.

«۲۶» (و یوالی ولیه) بان یصادق اصدقائه.

«۲۷» (و لا یعادیه) ای لا یجعل نفسه عدوا له فیما اذا حدث بینهما شحناء و بغضاء.

«۲۸» (و ینصره ظالما و مظلوما فاما نصرته ظالما فیرده عن ظلمه) اذ لو لم یرده ابتلی بعذاب الله فی الدنیا و الآخرة، فتخلیصه من العذاب نصرة له (و اما نصرته مظلوما فیعینه علی اخذ حقه) من الظالم له.

«۲۹» (و لا یسلمه و لا یخذله) فاذا دهمته داهمة کان معه فلا یسلمه للمصائب و الاعداء و لا یترک نصرته.

«۳۰» (و یحب له من الخیر ما یحب لنفسه، و یکره له من الشر ما یکره لنفسه) و المراد بالخیر و الشر الاعم من الدنیوی و الدینی- کما لا یخفی-.

(ثم قال) علی علیه السلام (سمعت رسول الله (ص) یقول: ان احدکم لیدع من حقوق اخیه شیئا فیطالبه به) ای بذلک الحق (یوم القیامة، فیقضی له علیه) بان یجعل الحق للاخ علی ذلک التارک فی عقاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۴

و الاخبار فی حقوق المؤمن کثیرة و الظاهر إرادة الحقوق المستحبة التی ینبغی ادائها و معنی القضاء لذیها علی من هی علیه المعاملة معه معاملة من اهملها بالحرمان عما اعدّ لمن ادّی حقوق الاخوة.

ثم ان ظاهرها و ان کان عاما، الا انه یمکن تخصیصها بالاخ العارف بهذه الحقوق المؤدی لها بحسب الیسر، اما المؤمن المضیع لها فالظاهر عدم تأکد مراعات هذه الحقوق بالنسبة إلیه.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۳، ص: ۱۳۴

او حط درجة او ما اشبه.

(و الاخبار فی حقوق المؤمن کثیرة و الظاهر إرادة الحقوق المستحبة التی ینبغی ادائها) او الحقوق الاعم من الواجبة و المستحبة، کما یشهد لذلک اشتمال الحدیث علی الحقوق الواجبة (و معنی القضاء لذیها) ای لذی الحق (علی من هی علیه) فی آخر الحدیث (المعاملة معه) ای مع التارک (معاملة من اهملها بالحرمان) ای بان یحرم الله التارک (عما اعد لمن ادی حقوق الاخوة).

(ثم ان ظاهرها) ای ظاهر لزوم اداء تلک الحقوق (و ان کان عاما) بالنسبة إلی کل مسلم (الا انه یمکن تخصیصها بالاخ العارف بهذه الحقوق المؤدی لها بحسب الیسر) یعنی اذا تیسر له تیسرا عرفیا (اما المؤمن المضیع لها، فالظاهر عدم تأکد مراعات هذه الحقوق بالنسبة إلیه) اما علی الاحتمال الّذی ذکرناه فی صدر المبحث فالخروج عنها بالنسبة إلی کثیر من الناس لیس من باب التخصیص و ما اشبه مما ذکره الشیخ ره، بل من باب عدم المقتضی - کما عرفت-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۵

و لا یوجب اهمالها مطالبته یوم القیامة لتحقق المقاصة، فان التهاتر یقع فی الحقوق، کما یقع فی الاموال.

و قد ورد فی غیر واحد من الاخبار ما یظهر منه الرخصة فی ترک هذه الحقوق لبعض الاخوان، بل لجمیعهم الا القلیل، فعن الصدوق ره فی الخصال، و کتاب الاخوان و الکلینی بسندهما عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قام إلی امیر المؤمنین علیه السلام رجل بالبصرة، فقال اخبرنا عن الاخوان، فقال علیه السلام: الاخوان صنفان اخوان الثقة و اخوان المکاثرة

(و) کیف کان (لا یوجب اهمالها) بالنسبة إلی المضیع (مطالبته یوم القیامة) بالنسبة إلی المهمل (لتحقق المقاصة) بین المهمل و المضیع (فان التهاتر) ای السقوط بالمقابلة (یقع فی الحقوق کما یقع فی الاموال) فاذا طلب کل واحد من زید و عمرو من الآخر دینارا، تساقط الدیناران.

(و قد ورد) فی القرآن الحکیم: فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ، و قد عممه الاردبیلی ره و غیره حتی بالنسبة إلی السباب و (فی غیر واحد من الاخبار ما یظهر منه الرخصة فی ترک هذه الحقوق لبعض الاخوان، بل لجمیعهم الا القلیل، فعن الصدوق ره فی الخصال و) فی (کتاب الاخوان و الکلینی بسندهما عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قام إلی امیر المؤمنین علیه السلام رجل بالبصرة، فقال: اخبرنا عن الاخوان، فقال علیه السلام: الاخوان صنفان، اخوان الثقة) الذین یثق بهم الانسان فی اسراره و نوائبه و ما اشبه (و اخوان المکاثرة) یکاثر بهم، و یجعل نفسه منیعا فی الناس، لکثرة اخوانه- صورة- او اخوان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۶

فاما اخوان الثقة، فهم کالکف و الجناح و الاهل و المال، فاذا کنت من اخیک علی ثقة، فابذل له مالک و یدک و صاف من صافاه، و عاد من عاداه، و اکتم سره و عیبه و اظهر منه الحسن، و اعلم ایها السائل انهم اعز من الکبریت الاحمر.

و اما اخوان المکاثرة فانک تصیب منهم لذتک فلا تقطعن ذلک منهم، و لا تطلبن ما وراء ذلک من ضمیرهم

المکاشرة بالشین بمعنی التبسم من غیر صوت، و المراد واحد.

(فاما اخوان الثقة، فهم کالکف) التی یجلب الانسان بها الخیر، و یدفع بها الضر (و الجناح) الّذی یطیر به الانسان کما یطیر الطائر بجناحیه (و الاهل و المال) فانهم یقومون مقام الاهل و المال فی نفع الانسان، و دفع البلاء عنه (فاذا کنت من اخیک علی ثقة، فابذل له مالک و یدک) فانه یفعل ذلک بالنسبة ألیک (و صاف من صافاه) ای کن موالیا لولیه (و عاد من عاداه) لیس المراد المعادات المحرمة و انما الابتعاد عمن ابتعد عنه (و اکتم سره و عیبه) فی اموره (و اظهر منه الحسن) ای الصفات و الافعال الحسنة (و اعلم ایها السائل انهم) ای اخوان الثقة (اعز من الکبریت الاحمر) ای الکیمیاء الّذی یوجب قلب النحاس ذهبا.

(و اما اخوان المکاثرة)- المکاشرة- (فانک تصیب منهم لذتک) بالمصاحبة و الصداقة (فلا تقطعن ذلک) ای الصداقة و الوداد (منهم، و لا تطلبن ما وراء ذلک) ای ما وراء الوداد الظاهری (من ضمیرهم) ای لا تطلب باطنهم اذ لا یتأتی من کل انسان ان یکون أخا ثقة، فالطلب منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۷

و ابذل لهم ما بذلوا لک من طلاقة الوجه و حلاوة اللسان.

و فی روایة عبد الله الحلبی المرویة فی الکافی، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: لا تکون الصداقة الا بحدودها فمن کان فیه هذه الحدود او شیء منها فانسبه إلی الصداقة و من لم یکن فیه شیء منها، فلا تنسبه إلی شیء من الصداقة.

فاوّلها: ان تکون سریرته و علانیته لک واحدة.

ذلک اتعاب النفس بلا فائدة (و ابذل لهم ما بذلوا لک من طلاقة الوجه و حلاوة اللسان) فان هذا الحدیث یدل علی انه الحقوق السابقة تراعی بالنسبة إلی اخوان الثقة، لا مطلقا و قد قال علیه السلام انهم اعز من الکبریت الاحمر، و لا یخفی انه لیس المراد عدم کتمان سر الآخرین، بل المراد ان الاخ الثقة هو من یودعک سره، فاللازم کتمانه بخلاف الآخرین فهو من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

(و فی روایة عبد الله الحلبی المرویة فی الکافی، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: لا تکون الصداقة الا بحدودها) و آدابها (فمن کان فیه هذه الحدود) التی نذکرها (او شیء منها فانسبه إلی الصداقة) و قل:

انه صدیقک (و من لم یکن فیه شیء منها، فلا تنسبه إلی شیء من الصداقة) ای لیس فیها صداقة کاملة، و لا بعض الصداقة.

(فاوّلها) ای اوّل تلک الحدود (ان تکون سریرته و علانیته لک واحدة) فلا یخفی عنک شیئا مما یهمک و یرتبط بک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۳۸

و الثانیة: ان یری زینک زینه و شینک شینه.

و الثالثة: ان لا یغیره علیک ولایة و لا مال.

و الرابعة: ان لا یمنعک شیئا تناله بقدرته.

و الخامسة: و هی مجمع هذه الخصال، ان لا یسلمک عند النکبات.

و لا یخفی انه اذا لم تکن الصداقة لم تکن الاخوة، فلا بأس بترک الحقوق المذکورة بالنسبة إلیه.

(و الثانیة: ان یری زینک زینه و شینک شینه) اذ الحسن و القبیح یسری من الصدیق إلی الصدیق.

(و الثالثة: ان لا یغیره علیک ولایة) ای منصب (و لا مال) بل یبقی بعد ولایته و ثروته معک کما کان قبلا.

(و الرابعة: ان لا يمنعك شيئا تناله) اى تريده (بقدرته) بان تريد جعل قدرته سببا لحصولك على مطلبك، فلا يمنع عن ذلك.

(و الخامسة: و هى مجمع هذه الخصال، ان لا يسلمك عند النكبات) جمع نكبة، بمعنى البلية و المصيبة.

و انما كانت هذه مجمعا، لان اقوى تجارب الصديق تجربة البلايا، فاذا لم يسلم صديقه كانت فيه الصفات و الحدود السابقة و الا فلا، انتهى الحديث.

(و لا يخفى انه اذا لم تكن الصداقة لم تكن الاخوة) اذ الاخوة بمعناها الخاص، لا بمعنى: إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ- مرتبة فوق الصداقة و اذا لم تكن الصداقة (فلا بأس بترك الحقوق المذكورة بالنسبة إليه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۳۹

و فى نهج البلاغة: لا يكون الصديق صديقا، حتى يحفظ اخاه فى ثلاث، فى نكبته، و فى غيبته، و فى وفاته.

و فى كتاب الاخوان بسنده عن الوصافى، عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال لى: أ رأيت من كان قبلكم اذا كان الرجل ليس عليه رداء و عند بعض اخوانه رداء يطرحه عليه، قلت لا- قال: فاذا كان ليس عنده ازار يوصل إليه بعض اخوانه بفضل ازاره حتى يجد له ازارا قلت: لا قال: فضرب بيده على فخذه، و قال: ما هؤلاء باخوة، الخبر.

و هذا أيضا يدل على ما ذكرناه من عدم لزوم مراعات الحقوق الثلاثين المذكورة فى النبوى بالنسبة إلى كثير من الناس.

(و فى نهج البلاغة) قال الامام امير المؤمنين عليه السلام (لا يكون الصديق صديقا، حتى يحفظ اخاه فى ثلاث، فى نكبته) بان يساعده فى بلاياه، و لا يبتعد عنه اذ اصابته نازلة (و فى غيبته) فيساعد اهله و يحفظ عرضه (و فى وفاته) فيظنه حيّا يكون لاهله كما كان لنفسه و يحفظ صداقته.

(و فى كتاب الاخوان بسنده عن الوصافى، عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال لى: أ رأيت من كان قبلكم) اى من كان عندكم من المؤمنين (اذا كان الرجل ليس عليه رداء، و عند بعض اخوانه رداء يطرحه عليه) بمعنى هبته له (قلت لا، قال) عليه السلام (فاذا كان) الرجل (ليس عنده ازار يوصل إليه بعض اخوانه بفضل ازاره) اى ازاره الفاضل الزائد عنده (حتى يجد له) اى لنفسه (ازارا، قلت: لا، قال) الراوى (فضرب) الامام عليه السلام (بيده على فخذه، و قال: ما هؤلاء باخوة) الى آخر (الخبر).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۰

دل على ان من لا يواسى المؤمن، ليس باخ له، فلا يكون له حقوق الاخوة المذكورة فى روايات الحقوق.

و نحوه رواية ابن ابى عمير عن خلاد، رفعه، قال ابطاء على رسول الله (ص) رجل فقال: ما ابطاء بك، قال العرى يا رسول الله، فقال: أ ما كان لك جار له ثوبان يعيرك احدهما؟ فقال: بلى يا رسول الله قال:

ما هذا لك باخ.

و فى رواية يونس بن ظبيان قال: قال ابو عبد الله عليه السلام:

اختبروا اخوانكم

(دل على ان من لا يواسى المؤمن، ليس باخ له، فلا يكون له حقوق الاخوة المذكورة فى روايات الحقوق) المتقدمة عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم.

و قد عرفت: ان المعيار الاخوة بالمعنى الاخص، لا الاخوة المستفادة من قوله تعالى: إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ.

(و نحوه رواية ابن ابى عمير عن خلاد، رفعه) اى لم يذكر السند (قال ابطاء على رسول الله (ص) رجل) فلم يحضر عنده مدة، ثم جاءه (فقال) صلى الله عليه و آله و سلم (ما ابطاء بك قال العرى يا رسول الله، فقال) صلى الله عليه و آله و سلم (أ ما كان لك جار له ثوبان

یعیریک احدهما فقال بلی یا رسول الله) (ص) کان لی مثل هذا الجار (قال: ما هذا لک باخ) حیث یبخل بثوبه الزائد عن اعارتک.

(و فی روایهٔ یونس بن ظبیان قال: قال ابو عبد الله (ع): اختبروا اخوانکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴۱

بخصلتین، فان کانتا فیهم، و الا فاعزب ثم اعزب، المحافظهٔ علی الصلوات فی مواقیتها و البر فی الاخوان فی الیسر و العسر.

بخصلتین، فان کانتا فیهم) فهم اخوان (و الا) تکونا فیهم (فاعزب) ای ابتعد عنه (ثم اعزب) ابتعد کثیرا، فالخصلتان هما (المحافظهٔ علی الصلوات فی مواقیتها و البر فی الاخوان فی الیسر و العسر) المراد کون البار فی یسرا و عسر، او کون الاخ فی یسر او عسر.

و کیف کان فهذه الروایات تدل علی ان الشخص الّذی لا یتصف بهذه الصفات لیس باخ یلزم مراعات حقوقه.

و مع ذلک کله فما ذکرناه فی التوجیه فی صدر المبحث اولی، بالإضافهٔ الی انه اقرب إلی الذهن لدی الاطلاق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴۲

الخامسهٔ عشرهٔ القمار حرام اجماعا.

اشارهٔ

و یدل علیه الکتاب و السنهٔ المتواترهٔ و هو بکسر القاف- کما عن بعض اهل اللغهٔ- الرهن علی اللعب بشیء من الآلات المعروفهٔ.

و حکی عن جماعهٔ انه قد یطلق علی اللعب بهذه الاشیاء مطلقا و لو من دون رهن، و به صرح فی جامع المقاصد.

و عن بعض: ان اصل المقامرهٔ المغالبهٔ.

المسألهٔ (الخامسهٔ عشرهٔ) من الامور المحرمهٔ الاکتساب بها (القمار) فانه- ای المقامرهٔ- (حرام اجماعا) بل ضرورهٔ من الدین.

(و یدل علیه) قبل الاجماع (الکتاب و السنهٔ المتواترهٔ) بل و العقل فی الجملهٔ (و هو بکسر القاف- کما عن بعض اهل اللغهٔ- الرهن) و الشرط (علی اللعب بشیء من الآلات المعروفهٔ) بین الناس، لا المعروفهٔ فی زمان الشارع، اذ من الواضح کون ما یتجدد من الآلات أیضا داخلا فی القمار المحرم.

(و حکی عن جماعهٔ انه قد یطلق) القمار (علی اللعب بهذه الاشیاء مطلقا) ای (و لو من دون رهن، و به) ای بالإطلاق (صرح فی جامع المقاصد).

(و عن بعض: ان اصل المقامرهٔ المغالبهٔ) و من المعلوم المغالبهٔ شاملهٔ لما کان بدون الرهن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۴۳

و کیف کان فهنا مسائل اربع، لان اللعب قد یکون بآلات القمار مع الرهن، و قد یکون بدونه.

و المغالبهٔ بغیر آلات القمار قد تکون مع العوض، و قد تکون بدونه.

فالأولی: اللعب بآلات القمار مع الرهن،

و لا اشکال فی حرمته و حرمهٔ العوض و الاجماع علیه محقق، و الاخبار به متواترهٔ

الثانية: اللعب بآلات [القمار من دون رهن]

(و كيف كـان) فسواء قلنـا: بإطلاق القمار، او خصوصيته (فهنا مسائل اربع، لان اللعب قـد يكون بآلات القمار مع الرهن، و قـد يكون بدونه) اى بدون الرهن.

(و المغالبة بغير آلات القمار) كالجوز و البيض (قد تكون مع العوض، و قد تكون بدونه) اى بدون العوض.

(ف) المسألـة (الاولى: اللعب بآلات القمار مع الرهن) و المال فى مقابل اللعب للغالب (و لا اشـكال) و لا خلاف (فى حرمته، و حرمة العوض) المأخوذ (و الاجماع عليه محقق، و الاخبار به متواترة).

علاوة على قوله سبحانه: إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ.

و قوله سبحانه: وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ.

فقد روى محمد بن على عن ابى عبد الله عليه السلام، فى تفسير هذه الآية انه قال: نهى عن القمار، و كانت قريش يقامر الرجل باهله و ماله، فنهاهم الله عن ذلك.

و المسألة (الثانية: اللعب بآلات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۴

القمار من دون رهن، و فى صدق القمار عليه نظر، لما عرفت.

و مجرد الاستعمال لا يوجب اجراء الاحكام المطلقات و لو مع البناء على اصالـة الحقيقـة فى الاسـتعمال لقوة انصـرافها إلى الغالب من وجود الرهن فى اللعب بها.

القمـار من دون رهن) و مال للغالب (و فى صـدق القمار عليه نظر، لما عرفت) من ان المشـهور فى القمار: هو المعنى الاول، و المعنى الثانى انما ذهب إليه جماعة.

(و مجرد الاسـتعمال) للفـظ القمـار فى هـذا المعنى (لا يوجب اجراء الاحكام المطلقات) التى ذكرت حرمـة القمار عليه (و لو مع البناء على اصالـة الحقيقـة فى الاسـتعمال) كما يقول السـيد المرتضـى: من انه اذا اسـتعمل لفظ فى معنى و لم نعلم انه حقيقة او مجاز كانت اصالة الحقيقة محكمة.

و انما نقول: بان احكام المطلقات لا تجرى فى اللعب بدون رهن و لو كان القمار فيه حقيقة (لقوة انصرافها) اى المطلقات (الى الغالب من وجود الرهن فى اللعب بها) و الانصراف يوجب عدم إرادة المولى من المطلق الا الفرد المنصرف إليه.

مثلاـ لا اشـكال فى ان الفقيه فى اللغـة يطلق على مطلق من له علم بشـىء و لو بالحساب، لان الفقه فى اللغـة الفهم، لكن اذا قال الامام عليه السـلام: ليت السـياط على رءوس اصـحابى حتى يتفقهوا كـان الكلاـم منصـرفا الى علم شـرائع الاسـلام، حتى ان القول بالإطلاق خلاف الظاهر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۵

و منه يظهر الخدشـة فى الاسـتدلال على المطلب بإطلاـق النهى عن اللعب، بتلـك الآلاـت بنـاء على انصـرافه إلى المتعارف من ثبوت الرهن.

نعم قد يبعد دعوى الانصراف فى رواية ابى الربيع الشامى من الشطرنج و النرد، قال: لا تقربوهما قلت: فالغناء، قال: لا خير فيه لا تقربه.

و الاولى الاستدلال على ذلك بما تقدم فى رواية تحف العقول من ان ما يجىء منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه

الحركات.

(و منه) اى مما ذكرنا من انصراف المطلقات إلى اللعب بالرهن (يظهر الخدشة فى الاستدلال على المطلب) و ان اللعب بلا رهن قمار محرم (بإطلاق النهى عن اللعب، بتلك الآلات) آلات القمار كالشطرنج و النرد (بناء على انصرافه) اى النهى (الى المتعارف من ثبوت الرهن) بين اللاعبين.

(نعم قد يبعد دعوى الانصراف فى رواية ابى الربيع الشامى) حيث سئل الامام عليه السلام (من الشطرنج و النرد، قال) ع (لا تقربوهما) و القرب هنا من قبيل قوله سبحانه: وَ لا تَقْرَبُوا الزِّنى، و قوله سبحانه وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ* (قلت: فالغناء، قال) عليه السلام (لا خير فيه لا تقربه) فانه ربما يقال: ان الظاهر من «لا تقربوهما» استعمالهما كيفما كان برهن او بدون رهن.

(و الاولى الاستدلال على ذلك) اى تحريم القمار و لو بدون رهن (بما تقدم فى رواية تحف العقول من ان ما يجئ منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۶

و فى تفسير القمى عن ابى الجارود، عن ابى جعفر عليه السلام فى قوله: إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ، قال: اما الخمر فكل مسكر من الشراب إلى ان قال: و اما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كل قمار ميسر، الى ان قال: و كل هذا بيعه و شرائه و الانتفاع بشىء من هذا حرام محرم.

و ليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدرى حتى يرد ما تقدم من انصرافه الى اللعب مع الرهن، بل المراد الآلات بقرينة قوله: بيعه و شرائه.

و من المعلوم: ان آلات القمار مما يجىء منها الفساد محضا، فلا يجوز التقلب فيه باللعب و لو بدون رهن.

(و فى تفسير القمى عن ابى الجارود، عن ابى جعفر عليه السلام فى قوله) تعالى (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ، قال) عليه السلام (اما الخمر فكل مسكر من الشراب) اى لا تخص العنب و التمر (الى ان قال: و اما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كل قمار ميسر، الى ان قال) عليه السلام (و كل هذا بيعه و شرائه و الانتفاع بشىء من هذا حرام محرم) لفظ «محرم» للمبالغة فى التحريم من قبيل «ليل الليل».

(و ليس المراد بالقمار هنا) فى قول الباقر عليه السلام (المعنى المصدرى) اى المقامرة، فان القمار لفظ مشترك بين المصدر، و اسم العين (حتى يرد ما تقدم) فى كلامنا (من انصرافه) اى القمار بمعنى المصدر (الى اللعب مع الرهن، بل المراد) من القمار (الآلات بقرينة قوله: بيعه و شرائه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۷

و قوله: و اما الميسر، فهو النرد الخ.

و يؤيد الحكم ما عن مجالس المفيد الثانى ره، ولد شيخنا الطوسى ره، بسنده عن امير المؤمنين عليه السلام- فى تفسير الميسر- فى ان كلما إلهى عن ذكر الله، فهو الميسر.

و رواية الفضيل، قال سألت أبا جعفر عليه السلام، عن هذه الاشياء التى يلعب بها الناس من النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السّدر قال

و) بقرينة (قوله: و اما الميسر، فهو النرد الخ) و الشطرنج و كل قمار ميسر.

(و يؤيد الحكم) بحرمة اللعب بدون الرهن (ما عن مجالس المفيد الثانى ره، ولد) شيخ الطائفة (شيخنا الطوسى ره، بسنده عن امير المؤمنين عليه السلام- فى تفسير الميسر- فى ان كلما إلهى عن ذكر الله فهو الميسر).

و من المعلوم الهاء آلات القمار عن ذكر الله و لو بدون الرهن.

(و رواية الفضيل، قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الاشياء التى يلعب بها الناس من النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السّدر) كقبّر و هو معرب «سه در» يعنى صاحب الابواب الثلاثة، و هو اربع مربعات مستطيلة كل واحدة فى جوف الاخرى من المربع الاوسط إلى المربع الاخير ثمان خطوط فى الزوايا الاربع، و الاوساط الاربعة يلقون فى البيوت الحصاة، يلقى هذا واحدة و ذاك واحدة، فاذا كان الحصيات لاحدهما اكثر ترادفا «ثلاثة ثلاثة» من الآخر كان هو الغالب (قال) الامام عليه السلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۸

اذا ميّز الله الحق من الباطل مع ايهما يكون قال: مع الباطل، قال و مالك و الباطل.

و فى موثقة زرارة، عن ابى عبد الله عليه السلام، انه سئل عن الشطرنج و عن لعبة شيث التى يقال لها لعبة الاحمر، و عن لعبة الثلث، فقال:

أ رأيت اذا ميز الله بين الحق و الباطل، مع ايهما يكون؟ قلت: مع الباطل قال: فلا خير فيه.

و فى رواية عبد الواحد بن المختار، عن اللعب بالشطرنج قال ان المؤمن لمشغول عن اللعب فان مقتضى اناطة الحكم بالباطل و اللعب عدم اعتبار

(اذا ميز الله الحق من الباطل مع ايهما يكون، قال) الراوى (مع الباطل قال) عليه السلام (و مالك و الباطل) فان العلة شاملة للعب بلا رهن.

(و فى موثقة زرارة عن ابى عبد الله عليه السلام، انه سئل عن الشطرنج و عن لعبة شيث التى يقال لها لعبة الاحمر و عن لعبة الثلث، فقال) عليه السلام (أ رأيت) اى اخبرنى (اذا ميز الله بين الحق و الباطل، مع ايهما يكون؟ قلت: مع الباطل، قال) عليه السلام (فلا خير فيه).

فانه حيث علل كونه باطلا شمل اللعب بغير رهن أيضا، لان اللعب ينصرف عنه الباطل و ان كان بعض اقسام اللعب حلالا.

(و فى رواية عبد الواحد بن المختار، عن اللعب بالشطرنج) معرب «شش رنگ» اى صاحب الوان ستة (قال) عليه السلام (ان المؤمن لمشغول عن اللعب، فان مقتضى اناطة الحكم) بالحرمة (بالباطل و اللعب) كما فى الاحاديث المتقدمة: (عدم اعتبار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۴۹

الرهن فى حرمة اللعب بهذه الاشياء.

و لا يجرى دعوى الانصراف هنا،

الثالثة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار

كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل، و على المصارعة و على الطيور و على الطفرة

الرهن فى حرمة اللعب بهذه الاشياء).

(و لا يجرى دعوى الانصراف هنا) فلا يقال: ان المنصرف من الباطل و اللعب ما كان مع الرهن.

لکن ربما یقال: انه لا مانع من الانصراف، لوضوح ان مطلق اللعب و الباطل- فی مقابل الحق- لیس حراما، فان اللعب منه جائز، و منه حرام، و الباطل قد یراد به المحرم، و قد یراد به الاعم المقابل للحق، ای الثابت کقول الشاعر:

الا کل شیء ما خلا الله باطل و کل نعیم لا محالهٔ زائل

بالإضافهٔ إلی ان طائفهٔ من الروایات المذکورهٔ بین ضعیف السند او الدلالهٔ، و الاحتیاط واضح خصوصا فی مثل النرد و الشطرنج.

بل یمکن القول بالحرمهٔ فیهما و ان لم نقل بالحرمهٔ فی سائر الآلات، فتأمل.

و المسألهٔ (الثالثهٔ) من المسائل الاربع (المراهنهٔ علی اللعب بغیر الآلات المعدهٔ للقمار، کالمراهنهٔ علی حمل الحجر الثقیل، و علی المصارعهٔ و علی الطیور) ایها یطیر اسرع او یتمکن ان یقلب نفسه فی الهواء او یرجع اسرع، او یطیر اعلی، او ما اشبه ذلک (و علی الطفرهٔ) و علی السباحهٔ و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۰

و نحو ذلک مما عدوها فی باب السبق و الرمایهٔ من افراد غیر ما نص علی جوازه

و الظاهر الالحاق بالقمار فی الحرمهٔ و الفساد بل صریح بعض انه قمار

و صرح العلامهٔ الطباطبائی ره فی مصابیحه بعدم الخلاف فی الحرمهٔ و الفساد و هو ظاهر کل من نفی الخلاف فی تحریم المسابقهٔ فیما عدا المنصوص مع العوض و جعل محل الخلاف فیها بدون العوض، فان ظاهر ذلک

العدو، و القفز فی الهواء (و نحو ذلک) من المراهنات المتعارفهٔ بین الناس (مما عدوها فی باب السبق و الرمایهٔ من افراد غیر ما نص علی جوازه) فان الجواز المنصوص خاص بالخف و النصال و الحافر.

(و الظاهر) من النص و الفتوی (الالحاق بالقمار فی الحرمهٔ و الفساد) لما دل علی انه لا سبق الا فی ثلاث (بل صریح بعض انه قمار) لان القمار عبارهٔ عن المغالبهٔ الشاملهٔ لمثل هذه الامور.

(و صرح العلامهٔ الطباطبائی ره) السید مهدی بحر العلوم (فی مصابیحه بعدم الخلاف فی الحرمهٔ و الفساد) ای تکلیفا و وضعا (و هو) ای عدم الخلاف فی التحریم (ظاهر کل من نفی الخلاف فی تحریم المسابقهٔ فیما عدا المنصوص مع العوض).

و انما لم یکن نصا، لانهم لم یصرحوا بهذه الاشیاء، و انما ذکروا الکلی و الکلی ظاهر فی افراده و لیس بنص، کما لا یخفی (و جعل) عطف علی «نفی» (محل الخلاف فیها) ای فی المسابقهٔ (بدون العوض، فان ظاهر ذلک) نفی الخلاف فی «مع العوض» و وجود الخلاف فی «بلا عوض»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۱

ان محل الخلاف هنا هو محل الوفاق هناک.

و من المعلوم انه لیس هنا الا الحرمهٔ التکلیفیهٔ دون خصوص الفساد

و یدل علیه أیضا قول الصادق علیه السلام، انه قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: ان الملائکهٔ لتحضر الرهان فی الخف، و الحافر، و الریش و ما سوی ذلک قمار حرام.

و فی روایهٔ ابی العلاء ابن سیابهٔ، عن الصادق علیه السلام، عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: ان الملائکهٔ لتنفر عند الرهان، و تلعن صاحبه، ما خلا الحافر و الریش و النصل.

(ان محل الخلاف هنا) فیما کان بلا عوض (هو محل الوفاق هناک) ای مع العوض- ای الوفاق فی تحریمه-.

(و من المعلوم انه لیس هنا الا الحرمهٔ التکلیفیهٔ) اذ لا مال فی مقام یصح ان یکون صحیحا او فاسدا (دون خصوص الفساد) کما لا

یخفی.

(و یدل علیه) ای علی التحریم (أیضا قول الصادق علیه السلام، انه قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: ان الملائکة لتحضر الرهان فی الخف) ای الابل (و الحافر) ای الفرس و الحمار (و الریش) ای السهم لانهم کانوا یجعلون له ریشا لیسرع فی السیر بحمل الهواء له (و ما سوی ذلک قمار حرام) فانه یشمل جمیع انواع المراهنة علی تسابق خاص.

(و فی روایة ابی العلاء ابن سیابة، عن الصادق علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: ان الملائکة لتنفر عند الرهان، و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الریش و النصل) المراد به السهم بدون ریش، و شبهه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۲

و المحکی عن تفسیر العیاشی، عن یاسر الخادم، عن الرضا علیه السلام، عن المیسر، قال سألته عن المیسر، قال: الثقل من کل شیء، قال: و الثقل ما یخرج بین المتراهنین من الدراهم و غیرها.

و فی مصححة معمر ابن خلاد، کلما قومر علیه فهو میسر.

و فی روایة جابر، عن ابی جعفر علیه السلام، قیل یا رسول الله ما المیسر؟ قال کلما یقامر به حتی الکعاب و الجوز.

و الظاهر ان المقامرة بمعنی المغالبة علی الرهن و مع هذه الروایات

و المراد بالحافر الاقسام الثلاثة و تسمی به، لانها تحفر الارض و تجعل فیها اثرا باقدامها.

(و المحکی عن تفسیر العیاشی، عن یاسر الخادم، عن الرضا علیه السلام، قال سألته عن المیسر، قال) علیه السلام (الثقل من کل شیء قال: و الثقل ما یخرج بین المتراهنین من الدراهم و غیرها) و سمی ثقلا لثقله.

(و فی مصححة معمر ابن خلاد، کلما قومر علیه فهو میسر) و المقامرة بمعنی المغالبة.

(و فی روایة جابر، عن ابی جعفر علیه السلام، قیل یا رسول الله ما المیسر؟ قال) صلی الله علیه و آله و سلم (کلما یقامر به حتی الکعاب) و هی جمع کعب کل ما علی و ارتفع و منه خصوص النرد و العظم و ما اشبه (و الجوز) الّذی یلعب به الصبیان.

(و الظاهر) من اللغة و التبادر (ان المقامرة بمعنی المغالبة علی الرهن، و مع هذه الروایات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۵۳

الظاهرة بل الصریحة فی التحریم المعتضدة بدعوی عدم الخلاف فی الحکم ممن تقدم، فقد استظهر بعض مشایخنا المعاصرین اختصاص الحرمة بما کان بالآلات المعدة للقمار، و اما مطلق الرهان و المغالبة بغیرها فلیس فیه الافساد المعاملة، و عدم تملک الراهن، فیحرم التصرف فیه لانه اکل مال بالباطل و لا معصیة من جهة العمل کما فی القمار، بل لو اخذ الرهن هنا بعنوان الوفاء بالعهد الّذی هو نذر لا کفارة له مع طیب النفس من الباذل لا بعنوان ان المقامرة

الظاهرة بل الصریحة فی التحریم المعتضدة بدعوی عدم الخلاف فی الحکم ممن تقدم، فقد استظهر بعض مشایخنا المعاصرین) و هو صاحب الجواهر (اختصاص الحرمة بما کان بالآلات المعدة للقمار، و اما مطلق الرهان و المغالبة) مما لیس بآلات القمار (بغیرها) ای غیر آلات القمار المتداولة (فلیس فیه الافساد المعاملة، و عدم تملک الراهن، فیحرم التصرف فیه، لانه اکل مال بالباطل) و قد قال سبحانه: وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ (و لا معصیة من جهة العمل) و المسابقة الخارجیة (کما فی القمار) من انه عصیان عملا، و حرمة لاکل المال (بل لو اخذ) السابق (الرهن هنا) فی المسابقة بغیر آلات القمار (بعنوان الوفاء بالعهد الّذی هو نذر له لا کفارة له) مقابل النذر الّذی له کفارة، و هو ما اذا نذر لله ان یفعل کذا، فاذا لم یفعله کانت علیه الکفارة.

و معنی النذر: هو التعهد بشیء علی نفسه (مع طیب النفس من الباذل) «مع» قید لقوله «اخذ» (لا) انه اخذه (بعنوان ان المقامرة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۴

المذكورة اوجبته و الزمته امكن القول بجوازه.

و قد عرفت من الاخبار اطلاق القمار عليه، و كونه موجبا للعن الملائكة و تنفرهم، و انه من الميسر المقرون بالخمر.

و اما ما ذكره اخيرا من جواز اخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد، فلم افهم معناه لان العهد الّذى تضمنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به، اذ لا يستحب ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك

المذكورة اوجبته) اى اوجبت المال (و الزمته) فى ذمته، ليكون ملزما بدفعه (امكن القول بجوازه) اى بجواز اخذ المال و اكله.

(و) لا يخفى ما فى كلام صاحب الجواهر، اذ: (قد عرفت من الاخبار) المتقدمة (اطلاق القمار عليه) اى على ما كان رهنا بدون آلات القمار (و كونه موجبا للعن الملائكة و تنفرهم) من صاحبه.

لكن ربما يقال: ان اللعن لا يدل على التحريم و كذلك تنفر الملائكة فان رسول الله لعن آكل زاده وحده، و الملائكة تنفر من بيت فيه بول او كلب او ما اشبه (و انه من الميسر المقرون بالخمر) فى الآية الكريمة فيدل اقترانه بها حرمته، مثل حرمة الخمر.

(و اما ما ذكره) الجواهر (اخيرا من جواز اخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد، فلم افهم معناه).

و ذلك (لان العهد الّذى تضمنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به، اذ لا يستحب ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك)

لكن لا يخفى ان صاحب الجواهر لم يذكر الاستحباب، بل ذكر الجواز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۵

الا ان يراد صورة الوفاء بان يملكه تمليكا جديدا بعد الغلبة فى اللعب، لكن حل الاكل على هذا الوجه جار فى القمار المحرم أيضا.

غاية الامر الفرق بينهما بان الوفاء لا يستحب فى المحرم.

لكن الكلام فى تصرف المبذول له بعد التمليك الجديد

و كانه جعله من باب تعدد المطلوب الّذى يقولون به فى كثير من المسائل (الا ان يراد) من الوفاء (صورة الوفاء) اى انه كالوفاء صورة لا حقيقة.

فقوله «الوفاء» نائب فاعل «يراد» (بان يملكه تمليكا جديدا بعد الغلبة فى اللعب، لكن حل الاكل) للمال (على هذا الوجه) بتمليك جديد غير مربوط بالمعاهدة لدى المقامرة (جار فى القمار المحرم أيضا) فانه يجوز ان يملك المغلوب تمليكا جديدا بعد الغلبة، كمية من المال للغالب.

فلا وجه لتخصيص الجواهر الجواز بهذه الصورة.

(غاية الامر الفرق بينهما) القمار و المراهنة بغير آلات القمار (بان الوفاء لا يستحب فى المحرم) و هو القمار، لان الشارع نهى عن الوفاء بهذا الوعد، بخلاف الوفاء بالعهد فى غير الآلات، فانه يشمله ما دل على الوفاء بالعهود.

ففى صحيحة هشام عدة المؤمن نذر لا كفارة له، لكن لا يخفى ما فى هذا الفرق من الاشكال.

(لكن الكلام) الآن (فى تصرف المبذول له) فى المال (بعد التمليك الجديد) و ذلك لا يفرق فيه بين القمار و بين المراهنة بغير آلات القمار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۶

لا فى فعل الباذل، و انه يستحب له أو لا.

و كيف كان فلا اظن الحكم بحرمة الفعل مضافا إلى الفساد محل اشكال بل و لا محل خلاف كما يظهر من كتاب السبق و الرماية، و كتاب الشهادات و تقدم دعواه صريحا من بعض الاعلام.

نعم عن الكافى و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر عليه السلام: انه قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل آكل و اصحاب له

فتفريق صاحب الجواهر ليس بفارق فى المقام (لا فى فعل الباذل) و انه يستحب له الوفاء فى ما اذا لم يكن بآلات القمار و لا يستحب اذا كان بآلات القمار (و انه يستحب له) الوفاء (أو لا) هذا عطف بيان لقوله «فعل الباذل».

(و كيف كان) سواء كان فرق بين المسألتين، أم لا (فلا اظن الحكم بحرمة الفعل) اى المقامرة بغير آلات القمار (مضافا إلى الفساد) للمعاملة فى صورة المراهنة بغير آلات القمار (محل اشكال بل و لا محل خلاف) بين الفقهاء، فانهم يقولون بالحرمة و الفساد (كما يظهر من كتاب السبق و الرماية، و كتاب الشهادات) فى مسئلة عدم قبول شهادة المقامر (و تقدم دعواه) اى عدم الخلاف (صريحا من بعض الاعلام) و هو السيد الطباطبائى

و الحاصل: ان فى اللعب بغير الآلات حرمة تكليفية و وضعية.

(نعم عن الكافى و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر عليه السلام: انه قضى امير المؤمنين عليه السلام) و حكم (فى) مسئلة (رجل آكل) من باب المفاعلة اى تبانى على الأكل (و اصحاب له)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۷

شاة فقال: ان اكلتموها فهى لكم، و ان لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا فقضى فيه ان ذلك باطل، لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قل منه او كثر و منع غرامة فيه.

و ظاهرها من حيث عدم ردع الامام عن فعل مثل هذا انه ليس بحرام

عطف على الضمير فى «آكل» (شاة) اى تبانوا على اكل شاة كانت تلك الشاة للرجل (فقال) الرجل لاصحابه (ان اكلتموها) اى تمكنتم من اكلها تماما، بان لا يبقى منها شىء (فهى لكم) و لا آخذ منكم ثمنها (و ان لم تأكلوها) بان لم تقدروا على اكل جميعها فى مجلس واحد (فعليكم) ان تعطونى (كذا و كذا) من المال، ثم جاءوا و سألوا الامام عليه السلام عن حكم هذا التبانى، و هل انه باطل او صحيح؟ (فقضى) امير المؤمنين عليه السلام (فيه) اى فى هذا السؤال (ان ذلك) التواكل اى التبانى (باطل، لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قل منه او كثر) فلا صاحب الشاة يغرم الشاة و غيرها اذا اكلها اصحابه- و لا الاصحاب يغرمون مقدار المراهنة الّذى قالوا «كذا و كذا» اذا لم يأكلوا الشاة (و منع) الامام (غرامة فيه) هذا عطف بيان لقوله عليه السلام «لا شىء فى المؤاكلة» فهذا الحديث يكون دليلا لصاحب الجواهر الّذى يقول: بعدم الحرمة بالمراهنة بغير آلات القمار

(و) ذلك لان (ظاهرها) اى ظاهر هذه الرواية (من حيث عدم ردع الامام) امير المؤمنين عليه السلام (عن فعل مثل هذا) التراهن (انه ليس بحرام) فان الامام لم يذكر، الا انه لا يصح الرهان فلا خسارة على صاحب الشاة، و لا على اصحابه، و لو كان مثل هذا التراهن حراما، لكان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۸

الا انه لا يترتب عليه الاثر.

لكن هذا وارد على تقدير القول بالبطلان، و عدم التحريم لان التصرف فى هذا المال مع فساد المعاملة حرام أيضا، فتأمل.

ثم ان حكم العوض- من حيث الفساد- حكم سائر المأخوذ بالمعاملات

على الامـام ان ينبه على ذلک فانّه لو سئل من الامام عن رجل زنى بامرأة فى مقابل ان يعطيها دينارا، فهل تسـتحق، أم لا؟ لا بـد و ان يقول الامام الزنا حرام، و الرجل ليس بمـديون (الا انه لا يترتب عليه) اى على هـذا التراهن اى التواكل (الاثر) اى خسارة الرجل الشاة، او الاصحاب كذا و كذا.

(لكن) و مع ذلک كله فهـذا الحديث كما يستشـكل به علينا- حيث نقول بالحرمة و الحديث لا يدل عليها- كذلک يستشـكل به على صاحب الجواهر الّذى يقول بعـدم الحرمـة مع بطلان المراهنـة كـذلک- حيث ان الحديث لم يدل على ضـمان الآكلين للشاة مع انهم ضامنون قطعا- فكل منا و صاحب الجواهر يحتاج إلى ان يجيب عن هذا الحديث.

ف (هـذا) الاشـكال (وارد على تقـدير القول) للجواهر (بالبطلان) للمراهنـة (و عـدم التحريم، لان التصـرف فى هـذا المال) الشاة- فى المثـال- (مع فساد المعاملـة حرام أيضا) مع ان الحـديث لم ينبه عليه (فتأمل) حتى لا يستشـكل على الجواهر، اذ فى بعض النسـخ «دفع غرامة» مكان «منع غرامة» يعنى امر الامام بدفع الغرامة إلى صاحب الشاة.

(ثم ان حكم العوض- من حيث الفساد- حكم سائر المأخوذ بالمعاملات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۵۹

الفاسدة، يجب رده على مالكه مع بقائه و مع التلف، فالبدل مثلا او قيمة

و ما ورد من قيء الامام البيض الّذى قامر به الغلام فلعله للحذر من ان يصير الحرام جزءا من بدنه، لا للرد على المالک

الفاسـدة، يجب رده على مـالكه مع بقـائه) عينا (و مع التلف، فالبـدل) ان كان قيميا فالقيمـة و ان كان مثليا فالمثل، و لـذا قال: (مثلا او قيمة).

(و) ان قلت: ان وجب رد المثل او القيمة فلما ذا تقيأ الامام ابو الحسن عليه السـلام البيضة التى قامر بها الغلام حيث انه عليه السـلام لما اخبر بانها بيضة المقامرة تقيأها اذ يكفى فى التخلص اعطاء بدلها الّذى هو المثل فى المقام.

قلت: (ما ورد من قيء الامام البيض الّـذى قامر به الغلام فلعله للحذر من ان يصـير الحرام جزاء من بدنه، لا للرد على المالک) لوضوح ان المأكول لا يصح رده، فلم يكن القيء للرد.

لكن الانصاف ان الرواية لا دلالة فيها على كون البيضة حاصلة من القمار، و انما ظاهرها ان البيضة المحللة كانت مما قومر بها.

و لعـل قيء الامـام عليه السـلام كان لاجل ان لا يقال: ان الامام يأكل البيضـة التى تـدخل حلبـة القمار، كما ان الامام الباقر (ع) غسـل البقعة من بدنه، لعله لئلا يقع: ان الامام يغسل الغسل الناقص، و امثاله كثيرة.

و قبل ذلک كله قصة النبى صـلى الله عليه و آله و سـلم فى زواجه حيث قال تعالى وَ تَخْشَى النَّاسَ وَ اللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشاهُ فانه صلى الله عليه و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۰

لكن يشـكل بان ما كان تأثيره كذلک يشكل اكل المعصوم له جهلا بناء على عدم اقدامه على المحرمات الواقعية غير المتبدلة بالعلم، لا جهلا و لا غفلة.

لان ما دل على عدم جواز الغفلة عليه فى ترک الواجب و فعل الحرام دل على عدم جواز الجهل عليه فى ذلک.

آله و سـلم كان حـذرا من لسان الناس، و الروايـة هى روايـة عبـد الحميد بن سـعيد، قال بعث ابو الحسن عليه السـلام غلاما له يشترى بيضـا، فاخـذ الغلام بيضـة او بيضتين، فقـامر بها، فلما اتى به اكله، فقال له مولى له ان فيه من القمار، قال: فـدعا بطشت، فتقيّأها و انت

تری عدم دلالة الروایة الا کون البیض کان مشتری لا محصلا من القمار.

(لکن) اذا قیل بانه علیه السلام کان اکلا- لبیض حاصل من الحرام (یشکل بان ما کان تأثیره کذلک) یکون جزء من البدن حراما (یشکل اکل المعصوم له جهلا) بواقعه الحرام (بناء علی عدم اقدامه علی المحرمات الواقعیة غیر المتبدلة بالعلم) ای مما بقی مجهولا فلم یتبدل الجهل به الی العلم (لا جهلا و لا غفلة) ای لا یأکل الامام الحرام الواقعی لا عن جهل و لا عن غفلة.

(لان ما دل علی عدم جواز الغفلة علیه) علیه السلام (فی ترک الواجب و فعل الحرام) و الا لخرج عن کونه معصوما (دل علی عدم جواز الجهل علیه فی ذلک) الترک للواجب و الفعل للحرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۱

اللهم الا ان یقال: بان مجرد التصرف من المحرمات العلمیة و التأثیر الواقعی غیر المتبدل بالجهل، انما هو فی بقائه و صیرورته بدلا عما یتحلل من بدنه علیه السلام، و الفرض اطلاعه علیه السلام علیه فی اوائل وقت تصرف المعدة، و لم یستمر جهله

(اللهم الا- ان یقال: بان مجرد التصرف من المحرمات العلمیة) التی لا یجب ان یکون الامام مجتنبا لها (و التأثیر الواقعی) للحرام فی بدن الامام (غیر المتبدل بالجهل) ای ان التأثیر موجود، سواء علم الانسان بذلک، أم لا (انما هو فی بقائه) ای بقاء الحرام فی بدن الامام (و صیرورته بدلا عما یتحلل من بدنه علیه السلام، و الفرض اطلاعه علیه السلام علیه فی اوائل وقت تصرف المعدة، و لم یستمر جهله) ای الجهل بکونه حراما حتی یصیر بدلا و جزء من بدنه علیه السلام.

و الحاصل فی الاشکال انه لو کان البیض حراما، حسب ما قلتم من ان بدل القمار حرام کیف اکله الامام مع انه موجب لمفسدتین.

الاول: التصرف المحرم و هو لا یصدر من المعصوم.

الثانی: ان الحرام کیف یمکن ان یکون جزء من بدن الامام.

و الجواب عن الاول ان جهل المعصوم بالموضوع غیر ضار بمقام العصمة

و عن الثانی انه لم یصر جزء من بدن الامام، لانه تقیئه قبل ان یتحلل

اقول: لا یخفی ان دلیل العصمة شامل لعدم اتیان الامام بالحرام مطلقا، سواء کان موضوعا او حکما، و هذا هو المشهور عند الشیعة.

فالجواب الاول من المصنف فی غیر موقعه، بل الجواب ما ذکرناه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۲

هذا کله لتطبیق فعلهم علی القواعد و الا فلهم فی حرکاتهم من افعالهم و اقوالهم شئونا لا یعلمها غیرهم.

الرابعة: المغالبة بغیر عوض فی غیر ما نصّ علی جواز المسابقة فیه.

و الاکثر علی ما فی الریاض علی التحریم، بل حکی فیها عن جماعة دعوی الاجماع علیه، و هو الظاهر من بعض العبارات المحکیة عن التذکرة

بالإضافة إلی ضعف السند، و لو فرض انه وردت روایة صحت سندها لزم تاویلها او طرحها لمکان الادلة العقلیة و النقلیة المنافیة لذلک.

و من المستغرب ان یستشکل المصنف فی کتاب الطهارة علی الجواهر فی مسئلة تحدیدات الکرّ بما یقول بمثله فی هذا المقام و الله الهادی العاصم.

(هذا کله لتطبیق فعلهم) علیهم السلام (علی القواعد) الشرعیة (و الا فلهم فی حرکاتهم من افعالهم و اقوالهم شئونا لا یعلمها غیرهم) فلیس لنا ان نتکلم حولهم علیهم السلام بعد ثبوت إمامتهم، و انهم حجج الله تعالی، و انهم لا یَعْصُونَ اللّهَ ما أَمَرَهُمْ وَ یَفْعَلُونَ ما یُؤْمَرُونَ.

المسألة (الرابعة) من اقسام المغالبة (المغالبة بغیر عوض فی غیر ما نص علی جواز المسابقة فیه) من الخف و النصل و الحافر، کان یتغالب اثنان فی العدو، و السباحة بدون عوض، و انما لتجربة الاکثر منهما جریا او سباحة او ما اشبه.

(و الاکثر علی ما فی الریاض علی التحریم، بل حکی فیها عن جماعة دعوی الاجماع علیه، و هو الظاهر من بعض العبارات المحکیة عن التذکرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۳

فعن موضع منها انه لا تجوز المسابقة علی المصارعة بعوض و لا بغیر عوض عند علمائنا اجمع، لعموم النهی الا فی الثلاثة الخف و الحافر و النصل.

و ظاهر استدلاله ان مستند الاجماع هو النهی، و هو جار فی غیر المصارعة أیضا.

و عن موضع آخر لا تجوز المسابقة علی رمی الحجارة بالید، و المقلاع و المنجنیق، سواء کان بعوض او بغیر عوض عند علمائنا.

و فیه أیضا لا تجوز المسابقة علی المراکب و السفن و الطیارات

فعن موضع منها) انه قال: (انه لا تجوز المسابقة علی المصارعة بعوض و لا بغیر عوض عند علمائنا اجمع، لعموم النهی) ای قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا سبق (الا فی الثلاثة الخف و الحافر و النصل).

(و ظاهر استدلاله) نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم (ان مستند الاجماع هو النهی، و هو) ای عموم النهی (جار فی غیر المصارعة أیضا) من سائر اقسام المغالبة.

(و عن موضع آخر) من التذکرة، انه قال: (لا تجوز المسابقة علی رمی الحجارة بالید، و المقلاع) و هو ما له ثلاثة حبال، و مرکز للحجارة ترمی منه بعد تدویره بکل قوة، و اطلاق احد الحبال الثلاثة لتنطلق الحجارة من مکانها بشدة (و المنجنیق سواء کان بعوض او بغیر عوض عند علمائنا).

(و فیه) ای فی کتاب التذکرة (أیضا لا تجوز المسابقة علی المراکب و السفن و الطیارات) لعل مراده الطائرة المعمولة الآن، لما ورد فی التواریخ ان جابر ابن حیان کان صنع الطائرة لبعض البرامکة، و المسائل من هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۴

عند علمائنا.

و قال: أیضا: لا تجوز المسابقة علی مناطحة الغنم و مهارشة الدیک بعوض و لا بغیر عوض، قال: و کذلک لا تجوز المسابقة بما لا ینتفع به فی الحرب، و عد فیما مثل به اللعب بالخاتم و الصولجان و رمی البنادق و الجلاهق، و الوقوف علی رجل واحد، و معرفة ما فی الید من الزوج و الفرد و سائر الملاعب و کذا اللبث فی الماء.

القبیل موجودة فی کتب العلامة، اما کون مراده الطیارة الورقیة، فخلاف الظاهر من قوله: علی (عند علمائنا)).

(و قال) العلامة (أیضا: لا تجوز المسابقة علی مناطحة الغنم) لیری ان ای الغنمین اقوی، و اقدر، و اغلب (و مهارشة الدیک بعوض و لا بغیر عوض، قال: و کذلک لا تجوز المسابقة بما لا ینتفع به فی الحرب، وعد) العلامة (فیما مثل به) لما لا ینتفع به فی الحرب (اللعب بالخاتم و الصولجان) ای العصی، و الکرة (و رمی البنادق) لیری ایهما اکثر قوة فی تصعید البندقة إلی السماء (و الجلاهق) قسم من

البندقة او القوس ای الرمی من القوس، و هی لعبة لا تنفع الا العبث (و الوقوف علی رجل واحد) ة، لیری ایهما اکثر صبرا و صمودا (و معرفة ما فی الید من الزوج و الفرد و سائر الملاعب) کمعرفة ان الشیء المخفی فی أیة ید من الایادی للمجتمعین (و کذا اللبث فی الماء) فی الشتاء، او فی داخل الماء لامتحان النفس الاطول من المتراهنین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۵

قال و جوزه بعض الشافعیة، و لیس بجید، انتهی.

و ظاهر المسالک: المیل إلی الجواز، و استجوده فی الکفایة و تبعه بعض من تأخر عنه، للاصل و عدم ثبوت الاجماع و عدم النص عدا ما تقدم من التذکرة من عموم النهی، و هو غیر دال لان السبق فی الروایة یحتمل التحریک بل فی المسالک انه المشهور فی الروایة.

و علیه فلا یدل الا علی تحریم المراهنة، بل هی غیر ظاهرة فی

(قال) العلامة (و جوزه بعض الشافعیة، و لیس بجید، انتهی) کلام العلامة قدس سره.

(و ظاهر المسالک: المیل إلی الجواز) فی المراهنة بغیر عوض اذا لم یکن بآلات القمار (و استجوده فی الکفایة) ای قال انه جید (و تبعه بعض من تأخر عنه، للاصل و عدم ثبوت الاجماع) الموجب للخروج عن الاصل، لانه مستند، و مثله لیس بحجة (و عدم النص عدا ما تقدم من التذکرة من عموم النهی) فی قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا سبق (و هو غیر دال) علی عدم جواز المغالبة بدون عوض (لان السبق فی الروایة یحتمل التحریک) علی وزن «فرس» لا علی وزن «فلس» (بل فی المسالک انه) ای التحریک (المشهور فی الروایة) و السبق بالتحریک هو المال، بخلاف السکون فانه بمعنی المغالبة.

(و علیه فلا یدل) النهی- بناء علی التحریک- (الا علی تحریم المراهنة) بجعل العوض (بل هی) ای لو قلنا: بان الروایة: سبق بالفتح (غیر ظاهرة فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۶۶

التحریم أیضا، لاحتمال إرادة فسادها، بل هو الاظهر، لان نفی العوض ظاهر فی نفی استحقاقه و إرادة نفی جواز العقد علیه فی غایة البعد.

و علی تقدیر السکون فکما یحتمل نفی الجواز التکلیفی، فیحتمل نفی الصحة لو روده مورد الغالب من اشتمال المسابقة علی العوض.

و قد یستدل للتحریم أیضا بادلة القمار بناء علی انه مطلق

التحریم أیضا، لاحتمال إرادة فسادها) ای فساد المراهنة، لا الحرمة التکلیفیة.

فالمعنی ان عقد المراهنة بعوض باطل غیر لازم، الا اذا کان فی الخف و النصل و الحافر (بل هو) ای الفساد (الاظهر، لان نفی العوض) فی السبق- بالتحریک- (ظاهر فی نفی استحقاقه و إرادة نفی جواز العقد علیه فی غایة البعد) فان الاوامر و النواهی المتعلقة بالمرکبات و المعاملات ظاهرة فی الوضع، لا التکلیف کما قرر فی محله.

(و علی تقدیر السکون) فی لفظ: السبق، حتی یکون بمعنی المغالبة (فکما یحتمل نفی الجواز التکلیفی، فیحتمل نفی الصحة) أیضا (لوروده) ای النهی (مورد الغالب من اشتمال المسابقة علی العوض) بل لا یحتاج إلی هذا التعلیل أیضا.

فالروایة تقول: ان مطلق المراهنة، سواء کانت بعوض أو لا لا تنعقد الا فی الثلاث، لکن یرد ذلک بان ظاهر قوله صلی الله علیه و آله: ان الملائکة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه، ظاهر فی التحریم، فتأمل.

(و قد یستدل للتحریم أیضا بادلة القمار بناء علی انه) ای القمار (مطلق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۷

المغالبة، و لو بدون العوض، كما يدل عليه ما تقدم من اطلاق الرواية بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا.

و دعوى انه يشترط فى صدق القمار احد الامرين اما كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار، و ان لم يكن عوض، و اما المغالبة مع العوض و ان لم يكن بالآلات المعدة للقمار على ما شهد به اطلاقه فى رواية الرهان فى الخف و الحافر فى غاية البعد.

بل الاظهر انه مطلق المغالبة.

المغالبة، و لو بدون العوض، كما يدل عليه) اى على ان القمار مطلق المغالبة (ما تقدم من اطلاق الرواية بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا) أيضا، و لذا قال المشهور بتحريمه.

(و) اما (دعوى انه يشترط فى صدق القمار) المنهى عنه (احد الامرين اما كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار، و ان لم يكن عوض، و اما المغالبة مع العوض و ان لم يكن بالآلات المعدة للقمار) كالمغالبة بالجوز و البيض و ما اشبه (على ما شهد به) اى بشمول القمار لما فيه العوض و ان لم يكن بآلاته (اطلاقه) اى القمار على كل ما فيه عوض (فى رواية الرهان فى الخف و الحافر) اذ معناه لا عوض الا فى الخف و الحافر مما يدل على ان اخذ العوض حرام فيما سواهما (فى غاية البعد) لان اطلاق القمار عليهما دون ما سواهما لم يدل عليه الدليل.

(بل الاظهر انه) اى القمار (مطلق المغالبة).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۸

و يشهد له ان اطلاق آلة القمار موقوف على عدم دخول الآلة فى مفهوم القمار كما فى سائر الآلات المضافة إلى الاعمال و الآلة غير مأخوذة فى المفهوم، و قد عرفت ان العوض- أيضا- غير مأخوذ فيه فتأمل.

(و يشهد له) اى ان القمار مطلق المغالبة (ان اطلاق آلة القمار موقوف على عدم دخول الآلة فى مفهوم القمار) و الا كان من قبيل اضافة الشيء إلى نفسه، و يكون المعنى حينئذ آلة آلة القمار.

اما اذا كان القمار المغالبة كانت الاضافة هكذا: آلة المغالبة (كما فى سائر الآلات المضافة إلى الاعمال) مثل آلة الحياكة و آلة النجارة و آلة الحلاقة، و ما اشبه ذلك (و الآلة غير مأخوذة فى المفهوم) من تلك الاعمال (و قد عرفت ان العوض- أيضا- غير مأخوذ فيه) اى فى مفهوم القمار، و إلا لزم اضافة الشيء إلى نفسه فى قولهم: عوض القمار لان يكون حينئذ: عوض عوض القمار.

و الحاصل: ان القمار بمعنى المغالبة، و الآلة و العوض خارجان عن هذا المفهوم (فتأمل) لعله اشارة إلى انه لوجئ بالآلة، جرد القمار عن معنى الآلة و لو لم يؤت بالآلة، كان بمعنى المغالبة بالآلات الخاصة

و يدل على ذلك انه لو اطلق: فلان يلعب القمار لم يسبق إلى الذهن الا اللعب بالآلات الخاصة، و لا بدع فيما ذكر، فكثير من الالفاظ اذا لم تقارن بلفظ آخر، كان معناه شيء و اذا قورنت بلفظ آخر صار معناه شيئا آخر، مثل: الظرف و الجار و المجرور، و الفقير و المسكين و غيرهما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۶۹

و يمكن ان يستدل على التحريم أيضا بما تقدم من اخبار حرمة الشطرنج و النرد، معللة بكونها من الباطل و اللعب، و ان كل ما إلهى عن ذكر الله، فهو الميسر.

و قوله عليه السلام فى بيان اللعب بالاربعة عشر: لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمى و المراد رهان الفرس، و لا شك فى صدق اللهو و اللعب فيما نحن فيه.

ضرورة ان العوض لا دخل له فی ذلک.

و یؤیده

(و یمکن ان یستدل علی التحریم أیضا) للمغالبة بغیر عوض (بما تقدم من اخبار حرمة الشطرنج و النرد، معللة) للتحریم (بکونها من الباطل و اللعب، و ان کل ما إلهی عن ذکر الله، فهو المیسر) فیشمله قوله تعالی: إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیْسِرُ.

(و قوله علیه السلام فی بیان اللعب بالاربعة عشر: لا تستحب شیئا من اللعب غیر الرهان و الرمی و المراد رهان الفرس، و) الابل و الحمیر فهذه العلل المذکورة فی هذه الروایات شاملة للمغالبة بدون الرهن، اذ: (لا شک فی صدق اللهو و اللعب فیما نحن فیه) ای المغالبة بغیر عوض.

(ضرورة ان العوض لا دخل له فی ذلک) لصدق اللهو و اللعب و الباطل و ما اشبه.

(و یؤیده) ای تحریم المغالبة من غیر عوض، و انما جعله مؤید الآن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۰

ما دل علی ان کل لهو المؤمن باطل، خلا ثلاثة، و عد منها اجراء الخیل و ملاعبة الرجل امرأته.

و لعله لذلک کله استدل فی الریاض تبعا للمهذب بما دل علی حرمة اللهو.

لکن قد یشکل الاستدلال فیما اذا تعلق بهذه الافعال غرض صحیح یخرجه عن صدق اللهو عرفا.

فیمکن اناطة الحکم باللهو، و یحکم فی غیر مصادیقه بالإباحة

الروایة لا تدل علی التحریم، للبداهة علی تحریم کل لهو کما سیأتی (ما دل علی ان کل لهو المؤمن باطل، خلا ثلاثة، و عد منها اجراء الخیل و ملاعبة الرجل امرأته) و لو کانت المغالبة بدون الرهن خارجة عن الموضوع فی هذا الحدیث.

(و لعله لذلک) الّذی ذکرنا (کله) من المؤید لحرمة المغالبة بدون الرهن (استدل فی الریاض تبعا للمهذب) فی مسئلتنا هذه (بما دل علی حرمة اللهو)، لانهما رأیا ان المغالبة داخلة فی اللهو- موضوعا-.

(لکن قد یشکل الاستدلال) للحرمة بکونه لهوا (فیما اذا تعلق بهذه الافعال غرض صحیح یخرجه عن صدق اللهو عرفا) کما اذا ارادوا تقویة البدن فی المصارعة و العدو و تعلم السباحة الحسنة للنجاة من المهالک فی المغالبة علی السباحة و ما اشبه ذلک.

(فیمکن) اذا کان وجه التحریم کونه لهوا (اناطة الحکم) حرمة و إباحة (باللهو، و یحکم فی غیر مصادیقه) ای غیر مصداق اللهو (بالإباحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۱

الا ان یکون قولا بالفصل.

و هو غیر معلوم، و سیجیء بعض الکلام فی ذلک عند التعرض لحکم اللهو و موضوعه ان شاء الله تعالی.

الا ان یکون) هذا التفصیل بین المغالبة اللهویة فتحرم، و غیر اللهویة فتجوز (قولا بالفصل) فیکون خلاف الاجماع المرکب.

اذ: الفقهاء بین من یقول بحلیة المغالبة بدون الرهن مطلقا و بین من یقول بالحرمة مطلقا.

(و) لکن (هو) ای کونه قولا بالفصل (غیر معلوم، و سیجیء بعض الکلام فی ذلک عند التعرض لحکم اللهو) و ان منه حلالا و منه حراما (و موضوعه ان شاء الله تعالی).

لکن جماعة من الفقهاء استدلوا علی جواز المغالبة بغیر الآلات، و غیر الرهن، بمصارعة الامام الحسن و الامام الحسین علیهما السلام و

بالتقاطهما حبات قلادة الزهراء صلوات الله عليها و بكتابتهما، كما نقلها المجلسى ره و غيره.
كما انه ربما استدل ذلك بسيرة المتشرعة من المغالبة فى السباحة، و المشاعرة و الكتابة و القراءة حفظا و ما اشبه.
ثم انه يجوز للثالث ان يجعل جائزة للغالب من الجانبين، كما هو كثير عند المتشرعة فى المشاعرة و السباحة و ما اشبه، و الله العالم.
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۲

السادسة عشرة القيادة حرام

و هى السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطى المحرم و هى من الكبائر و قد تقدم تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك فى مسئلة تدليس الماشطة.
و فى صحيحة ابن سنان: انه يضرب ثلاثة ارباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطا، و ينفى من المصر الّذى هو فيه.

المسألة (السادسة عشرة) مما يحرم الاكتساب به لحرمته (القيادة حرام و هى السعى بين الشخصين لجمعها على الوطى المحرم) و المنصرف عنها بين الاجنبى و الاجنبية عن القواد اما بين الاجنبى و المرأة القريبة للقواد، فتسمى بالدياثة (و هى من الكبائر، و قد تقدم تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك) اى بالقيادة (فى مسئلة تدليس الماشطة).
و حيث كان هذا العمل حراما كانت الاجرة المأخوذة على ذلك أيضا محرمة، فان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه.
و لانه اكل للمال بالباطل.
(و فى صحيحة ابن سنان: انه) اى القواد (يضرب ثلاثة ارباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطا، و ينفى من المصر الّذى هو فيه).
و كما ان القيادة و الدياثة محرمتان كذلك الجمع بين اللاطى و الملوط، و المتساحقتين و كذلك بين اثنين محرمين لعدم الوطء بل
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۳
....

للقبلة و الملامسة و ما اشبه، و بين الرجل و الخنثى، و الخنثى و الانثى، بل بين الانسان و الحيوان ايهما كان الواطئ.
و كما يحرم هذه الامور بالنسبة إلى الانسانين و الانسان و الحيوان كذلك يحرم بالنسبة إلى الانسان و الجماد كالمجسمات المطاطية فى صورة رجل او امرأة و الاعضاء التناسلية لاحدهما، فالظاهر حرمة المعاملة، فانه من قبيل ايصال حرام إلى حرام.
و هكذا يحرم الدخول فى الامور المرتبطة بهذه المحرمات، من كتابة و شهادة و وظيفة كما اعتاد بعض الغربيين فى العصر الحاضر من جعل الوكالات و الفروع لهذه الامور اعاذ الله المسلمين منها.
اما تفصيل الكلام فى هذه الامور فمنوط بالكتب الاستدلالية و خصوصا الحدود و التعزيرات.
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۷۴

السابعة عشرة القيافة حرام فى الجملة

نسبه فى الحدائق إلى الاصحاب و فى الكفاية لا اعرف خلافا، و عن المنتهى الاجماع.
و القائف- كما عن الصحاح و القاموس و المصباح- هو الّذى يعرف الآثار، و عن النهاية و مجمع البحرين- زيادة- انه يعرف شبه الرجل باخيه و ابيه.

و فی جامع المقاصد و المسالک کما عن إیضاح النافع و المیسیة انها الحاق الناس بعضهم ببعض.

المسألة (السابعة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لحرمته (القیافة).

هی (حرام فی الجملة) لما سیأتی من عدم حرمة بعض اقسامها (نسبه) ای التحریم (فی الحدائق إلی الاصحاب و فی الکفایة لا اعرف خلافا، و عن المنتهی الاجماع) علیه.

(و القائف- کما عن الصحاح و القاموس و المصباح- هو الّذی یعرف الآثار، و عن النهایة و مجمع البحرین- زیادة- انه یعرف شبه الرجل باخیه و ابیه) هذا من باب المثال، و الا فالمراد مطلق مشابهة الاقرباء فیحکم القائف بان هذا قریب هذا و هذا لیس بقریب ذاک.

(و فی جامع المقاصد و المسالک کما عن إیضاح النافع و المیسیة انها) ای القیافة (الحاق الناس بعضهم ببعض) و هذا أیضا من باب المثال، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۵

و قید فی الدروس، و جامع المقاصد کما فی التنقیح حرمتها بما اذا ترتب علیها محرم، و الظاهر انه مراد الکل، و الا فمجرد حصول الاعتقاد العلمی او الظنی بنسب شخص لا دلیل علی تحریمه.

و لذا نهی فی بعض الاخبار عن اتیان القائف، و الاخذ بقوله.

ففی المحکی عن الخصال: ما احب ان تأتیهم.

إلا فمن القیافة بیان عدم الحاق بعض الناس ببعض أیضا هذا کله فی موضوع القیافة.

(و) اما حکمها ف (قید فی الدروس، و جامع المقاصد کما فی التنقیح حرمتها بما اذا ترتب علیها محرم، و الظاهر انه) ای ما اذا ترتب علیها محرم (مراد الکل) بان یقول: ان زیدا ابن عمرو، و الحال انه لیس بابنه واقعا او یقول: ان خالدا لیس اخا بکر و الحال انه اخوه، و ما اشبه ذلک (و الا فمجرد حصول الاعتقاد العلمی او الظنی بنسب شخص) من دون ترتیب الآثار (لا دلیل علی تحریمه).

(و لذا) الّذی ذکرنا من انه بدون ترتیب الآثار لا دلیل علی التحریم (نهی فی بعض الاخبار عن اتیان القائف، و الأخذ بقوله) فالسبب هو الاخذ بالقول.

(ففی المحکی عن الخصال: ما احب ان تأتیهم) و هو خبر ابی بصیر عن الصادق علیه السلام حیث سأله قائلا: فالقیافة، قال: ما احب ان تأتیهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۶

و عن مجمع البحرین ان فی الحدیث لا آخذ بقول قائف.

و قد افتری بعض العامة علی رسول الله (ص) فی انه قضی بقول القافة.

و قد انکر ذلک علیهم فی الاخبار، کما یشهد به ما عن الکافی عن زکریا بن یحیی بن نعمان المصری، قال سمعت علی بن جعفر یحدث الحسن بن الحسین بن علی بن الحسین، فقال: و الله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا فقال الحسن: ای و الله جعلت فداک، لقد بغی علیه اخوته، فقال علی بن جعفر: ای و الله و نحن عمومته بغینا علیه، فقال له الحسن: جعلت فداک کیف صنعتم، فانی لم احضرکم قال:

(و عن مجمع البحرین ان فی الحدیث لا آخذ بقول قائف) فان الظاهر من الحدیث الاول: کون الاتیان لاجل الاخذ، کما ان صریح

الحدیث الثانی.

(و قد افتری بعض العامهٔ علی رسول الله (ص) فی انه قضی بقول القافهٔ) جمع قائف، مثل باعهٔ جمع بائع.

(و قد انکر ذلک) القضاء من رسول الله بقول القائف (علیهم) ای علی العامهٔ (فی الاخبار، کما یشهد به) ای بالانکار (ما عن الکافی عن زکریا بن یحیی بن نعمان المصری، قال سمعت علی بن جعفر یحدث الحسن بن الحسین بن علی بن الحسین، فقال: و الله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا) علیه السلام (فقال الحسن: ای و الله جعلت فداک، لقد بغی علیه اخوته، فقال علی بن جعفر: ای و الله، و نحن عمومته بغینا علیه، فقال له الحسن: جعلت فداک کیف صنعتم، فانی لم احضرکم قال) علی ابن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۷

فقال له اخوته و نحن أیضا ما کان فینا امام قط حائل اللون فقال لهم الرضا هو ابنی، فقالوا: ان رسول الله (ص) قضی بالقافهٔ فبیننا و بینک القافهٔ، فقال: ابعثوا انتم إلیهم، و اما انا فلا، و لا تعلموهم لما دعوتموهم إلیه و لیکونوا فی بیوتکم فلما جاءوا و قعدنا فی البستان و اصطف عمومته و اخوته و اخواته و اخذ و الرضا (ع) و البسوه جبهٔ من صوف، و قلنسوهٔ و وضعوا

جعفر (فقال له اخوته و نحن أیضا ما کان فینا امام قطّ حائل اللون) ای مائلا إلی السمرهٔ الشدیدهٔ فان الامام الجواد علیه السلام کان اسمر، و اراد اخوهٔ الرضا و عمومته ان ینفوا الجواد عن الرضا علیهما السلام حسدا، حیث علموا بانه ان بقی کان هو الامام، وفاتهم المنصب الّذی کانوا یزعمون انه یأتیهم لو نفی الجواد عن الرضا علیهما السلام (فقال لهم الرضا) علیه السلام (هو ابنی، فقالوا: ان رسول الله (ص) قضی ب) حکم (القافهٔ) ای القائف الّذی یقول: ان فلانا ابن فلان، او لیس ابن فلان (فبیننا و بینک القافهٔ، فقال) الامام الرضا علیه السلام (ابعثوا انتم إلیهم، و اما انا فلا) حیث کان الامام یعلم کذبهم، فان رسول الله (ص) لم یقض بالقافهٔ (و لا تعلموهم) ای القافهٔ (لما دعوتموهم إلیه و لیکونوا فی بیوتکم) و قد قال الامام علیه السلام ذلک، لانهم ان اعلموا القافهٔ، و علم القافهٔ بمیل أولئک إلی نفی الجواد، نفوا الامام عن ابیه الرضا علیه السلام (فلما جاءوا) القافهٔ (و قعدنا فی البستان) المعدّ لحکم القافهٔ هناک (و اصطف عمومته) ای عمومهٔ الامام الرضا (ع) (اخوته و اخواته) لینظروا ما هو حکم القافهٔ (و اخذوا الرضا «ع» و البسوه جبهٔ من صوف، و قلنسوهٔ و وضعوا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۸

علی عنقه مسحاهٔ و قالوا له ادخل البستان کانک تعمل فیه، ثم جاءوا بابی جعفر، علیه السلام و قالوا: له الحقوا هذا الغلام بابیه، فقالوا ما له هنا اب، و لکن هذا عم ابیه، و هذا عمه و هذه عمته و ان یکن له هنا اب فهو صاحب البستان فان قدمیه و قدمیه واحدهٔ فلما رجع ابو الحسن علیه

علی عنقه مسحاهٔ) لیکون کالفلاحین زیادهٔ فی تعمیهٔ الامر علی القافهٔ (و قالوا له) ای للامام الرضا علیه السلام (ادخل البستان کانک تعمل فیه) و من فلاحیه (ثم جاءوا) ای الاعمام (بابی جعفر) الجواد (علیه السلام، و قالوا) للقافهٔ (الحقوا هذا الغلام بابیه، فقالوا) ای القافهٔ (ما له هنا) فی هذا المکان (اب و لکن هذا عم ابیه، و هذا عمه، و هذه عمته) و علمه کونها عمته اما کان من المشی، و کیفیهٔ الجسم طولا و قصرا و ما اشبه، و اما لان بعض الاعمام سمحوا للعمهٔ بابداء وجهها للقافهٔ، فان من یستعد لان یعصی الله سبحانه فی نفی ولد الامام فهو لمثل هذا العصیان اکثر استعدادا و قد کان فی اولاد الائمهٔ علیهم السلام من هو بمنزلهٔ ابن نوح علیه السلام و اخوهٔ یوسف علیه السلام، ثم قال القافهٔ (و ان یکن له هنا اب، فهو صاحب البستان) ای الامام الرضا علیه السلام (فان قدمیه) ای الجواد علیه السلام (و قدمیه) ای الرضا علیه السلام (واحدهٔ) تشبه احدهما الاخری.

و کان هذا القول من القافهٔ حین کان الامام الرضا داخلا إلی البستان، و کان مواجها لهم، ثم ادبر الامام علیه السلام یرید الخروج

(فلما رجع ابو الحسن) الرضا (علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۷۹

السلام قالوا هذا ابوه، فقال علی بن جعفر فقمت و مصصت ریق ابی جعفر، علیه السلام، و قلت: اشهد انک امامی، الخبر نقلناه بطوله تیمّنا.

السلام) و رأی القافة اقدامه من خلف، کما رأوا اقدامه من الامام (قالوا هذا) البستانی (ابوه) ای والد الجواد علیه السلام قطعا، و حکموا بذلک حکما جازما (فقال علی بن جعفر فقمت و مصصت ریق ابی جعفر) الجواد (علیه السلام، و قلت: اشهد انک امامی) الی آخر (الخبر).

و کان علی ابن جعفر علیه السلام انسانا طیبا و ان زلت قدمه فی هذه القصة، و قد من الله سبحانه علیه بالطاعة و الامتثال لامر الامام الجواد، و قد کان الامام الجواد اذ ذاک صغیر العمرو علی ابن جعفر حینذاک شیخ کبیر، اذ هو ابن الامام الباقر علیه السلام، و ذات مرة قال لعلی بن جعفر بعض الناس: کیف تحترم هذا الصبی- یعنون الجواد علیه السلام- و انت بهذه المثابة من العلم و الفقاهة، فقال علی بن جعفر علیه السلام، ما ذا افعل؟ اذا وضع الله الامامة فی هذا الصبی و ما رآنی الله قابلا لذلک هذا تفسیر کلامه بالمعنی.

و انما الخبر (نقلناه بطوله تیمنا) و تبرکا و للخبر بقیة لم ننقلها خوف التطویل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۰

الثامنة عشرة الکذب حرام بضرورة العقول و الادیان،

اشارة

و تدل علیه الادلة الاربعة الا ان الّذی

ینبغی الکلام فیه مقامان.

احدهما: فی انه من الکبائر،

و الثانی: فی مسوغاته.

اما الأول: فالظاهر من غیر واحد من الاخبار کالمروی فی العیون بسنده

المسألة (الثامنة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لحرمته بنفسه (الکذب) و هو (حرام بضرورة العقول و الادیان، و تدل علیه الادلة الاربعة).

فمن الکتاب قوله تعالی: لَعْنَتَ اللّٰهِ عَلَی الْکٰاذِبِینَ.

و من السنة قوله علیه السلام: جعلت الخبائث کلها فی بیت واحد و جعل مفتاحها الکذب.

و الاجماع مقطوع به و مصرح به فی کلام غیر واحد.

و العقل یری قبح ذلک، و حیث انه فی سلسلة العلل، و کلما حکم به العقل حکم به الشرع، کان مقتضاه الحرمة الشرعیة أیضا.

و بالجملة لا کلام فی حرمة الکذب (الا ان الّذی ینبغی الکلام فیه) ای فی هذا الموضوع (مقامان).

(احدهما: فی انه من الکبائر، و الثانی: فی مسوغاته) ای الامور التی تجوز الکذب، لکون رعایتها اهم من رعایة الکذب.

(اما) المقام (الاول: فالظاهر من غیر واحد من الاخبار کالمروی فی العیون بسنده

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۱

عن الفضل ابن شاذان لا یقصر عن الصحیح و المروی عن الاعمش فی حدیث شرائع الدین عده من الکبائر.

و فی الموثقة، بعثمان بن عیسی ان الله تعالی جعل للشرّ اقفالا، و جعل مفاتیح تلک الاقفال: الشراب، و الکذب شرّ من الشراب.

عن الفضل ابن شاذان لا یقصر عن الصحیح) لا یقصر صفة «سند» (و المروی عن الاعمش فی حدیث شرائع الدین عده) ای الکذب (من الکبائر).

و لا ینافی ذلک عدم عده من الکبائر فی بعض الروایات الاخر، لان المثبت مقدم علی الساکت، و لو کان فی مقام التحدید- کما ذکروا مثل ذلک فی باب مفطرات الصوم-.

(و فی الموثقة ب) سبب (عثمان بن عیسی) فان وجوده فی السند سبب ان یکون الحدیث من الموثقات (ان الله تعالی جعل للشرّ اقفالا و جعل مفاتیح تلک الاقفال: الشراب، و الکذب شر من الشراب).

و اذا کان الشراب شربه من الکبائر، کان الکذب کبیرة بطریق اولی.

و معنی الحدیث- مثلا- ان الحیاء یمنع الزنا و الشهامة تمنع السرقة و خوف القصاص یمنع القتل و هکذا.

فالزنا و السرقة و القتل شرور، و اقفالها التی تمنع عن ظهورها الحیاء و الشهامة و الخوف.

فاذا شرب الشخص الخمر، زال عقله، و فتح القفل، اذ لا یشعر بالحیاء و الشهامة و الخوف و لذا یرتکب تلک الجرائم و الآثام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۲

و ارسل عن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: الا اخبرک باکبر الکبائر، الاشراک بالله، و عقوق الوالدین، و قول الزور- ای الکذب-

و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: ان المؤمن اذا کذب- بغیر عذر- لعنه سبعون الف ملک و خرج من قلبه نتن حتی یبلغ العرش، و کتب الله علیه بتلک الکذبة سبعین زنیة، اهونها کمن یزنی مع أمه.

(و ارسل عن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم) و الراوی هو انس بن مالک المنکر لقصة الغدیر عمدا المبتلی بدعاء الامام المرتضی سلام الله علیه- بالبرص- و لذا فلیس بحجة (الا اخبرکم باکبر الکبائر) ثم قال صلی الله علیه و آله و سلم (الاشراک بالله، و عقوق الوالدین، و قول الزور- ای الکذب-).

و هذا الحدیث یدل علی ان الکذب فی مصاف اکبر الکبائر.

(و عنه صلی الله علیه و آله و سلم: ان المؤمن اذا کذب- بغیر عذر-) ای عذر مشروع (لعنه سبعون الف ملک و خرج من قلبه نتن) ای ریح منتنة معنویة (حتی یبلغ العرش) و من المعلوم فضیحة مثل هذا الخروج عنه الملأ الاعلی (و کتب الله علیه بتلک الکذبة سبعین زنیة اهونها کمن یزنی مع أمه) المراد بمثل هذه الاحادیث اما المبالغة للاقلاع و لیست المبالغة من الکذب، فقد ذکر العلماء انه خرج من الکذب ثلاث:

المبالغة، و التوریة، و المزاح.

و اما المراد بعض اقسام الکذب، کوضع الاحادیث و البدع و ما اشبه و اما المراد العقاب الاصلی للزنا، فمثلا للزنا- ذاتا- لدغ عقرب

من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۳

و یؤیده ما عن العسکری علیه السلام: جعلت الخبائث کلها فی بیت واحد و جعل مفتاحها الکذب، الحدیث فان مفتاح الخبائث کلها کبیره لا محالة.

و یمکن الاستدلال علی کونه من الکبائر، بقوله تعالی:

العقاب اما بالمناسبة المکتنفة بالزنا من انه یوجب افساد البنت و هدم العائلة، و تضییع النسل و ما اشبه، فله الف عقرب، فالکذب له سبعون عقربا ای سبعین ضعف من العقاب الاصلی للزنا و هکذا فی جانب الثواب

و انما نقول بمثل هذه التوجیهات، لوضوح اکثریة عقاب المشبه به، او ثوابه، عن عقاب المشبه او ثوابه، و لتفصیل الکلام مجال آخر و الله العالم

(و یؤیده) ای کون الکذب من الکبائر (ما عن) الامام (العسکری علیه السلام: جعلت الخبائث کلها فی بیت واحد و جعل مفتاحها الکذب) انتهی (الحدیث) و معناه ما تقدم فی الحدیث السابق، بتقریب: ان الکذب سبب للآثام.

و وجه التأیید ما ذکره بقوله: (فان مفتاح الخبائث کلها کبیرة لا محالة)

و انما جعله مؤیدا، لا دلیلا، لامکان ان یکون المفتاح اهون مما یفتح بالمفتاح من المودعات فی الخزانة.

فان قلت: فکیف یکون مؤیدا؟.

قلت: لان المنصرف من مثل هذه الجملة: کون المفتاح شر من المودع الّذی یظهر عند فتح الخزینة بالمفتاح.

(و یمکن الاستدلال علی کونه) ای الکذب (من الکبائر، بقوله تعالی:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۴

إِنَّمٰا یَفْتَرِی الْکَذِبَ الَّذِینَ لٰا یُؤْمِنُونَ بِآیٰاتِ اللّٰهِ.

فجعل الکاذب غیر مؤمن بآیات الله کافرا بها.

و لذلک کله اطلق جماعة کالفاضلین و الشهید الثانی، فی ظاهر کلماتهم: کونه من الکبائر، من غیر فرق بین ان یترتب علی الخبر الکاذب مفسدة و ان لا یترتب علیه شیء اصلا.

و یؤیده ما روی عن النبی صلی الله

إِنَّمٰا یَفْتَرِی الْکَذِبَ الَّذِینَ لٰا یُؤْمِنُونَ بِآیٰاتِ اللّٰهِ) و المراد عدم الایمان بالله فان غیر المؤمن بالآیة غیر مؤمن بمن خلق الآیة- کالعکس فان المؤمن بمن خلق الآیة مؤمن بالآیة أیضا- للتلازم بین الآیة و بین الله سبحانه- تلازما خارجیا بعد ان خلق الله الآیة-.

(فجعل) الله سبحانه (الکاذب غیر مؤمن بآیات الله کافرا بها) و من المعلوم ان الکفر بآیات الله من اعظم الکبائر و قد تقدم فی بعض المباحث ان مثل هذا الکفر یراد به الکفر العملی، لا الکفر العقیدی فهو من قبیل:

و من کفر، فی آیة الحج، و اشباهها.

(و لذلک) الّذی ذکرنا (کله) من کونه کبیرة (اطلق جماعة کالفاضلین) المحقق و العلامة (و الشهید الثانی، فی ظاهر کلماتهم: کونه) ای الکذب (من الکبائر، من غیر فرق بین ان یترتب علی الخبر الکاذب مفسدة) کذهاب عرض، او مال، او نفس محترمة- مثلا- (و ان لا یترتب علیه شیء اصلا) کان یقول: رأیت ذبابة تطیر و الحال انه لم یرها.

(و یؤیده) ای اطلاق کون الکذب کبیرة (ما روی عن النبی صلی الله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۸۵

عليه و آله و سلم فى وصيته لابى ذر «رض»: ويل للذى يحدث فيكذب ليضحك القوم ويل له ويل له فان الاكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالبا ايقاع فى المفسدة

عليه و آله و سلم فى وصيته لابى ذر «رض»: ويل للذى يحدث فيكذب ليضحك القوم) بان يأتى بالاخبار المضحكة- كذبا- (ويل له، ويل له) فان هذا تشديد فى الكذب العادى (فان الاكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالبا ايقاع فى المفسدة).

اما الكذب الحوارى لاجل بيان مطلب او ما اشبه مما اعتيد فى هذه الأزمنة، كما كتب العلامة المجاهد الشيخ جواد البلاغى رحلته بهذا الاسلوب، فليس من الكذب قطعا، و انما هو من اساليب بيان المطلب كالمجاز الّذى ليس بكذب، و التحسر و التحزن الّذى جىء بهما لاظهار امر ما لا لاجل الحزن و الحسرة حقيقة قال تعالى «يا حَسْرَةً عَلَى الْعِبادِ» مع انه سبحانه لا يتحسر فانه و ما اشبه لا يعد كذبا، و لذا ينقل عن الامام المرتضى صلوات الله عليه، انه انشد عند قبر الصديقة الطاهرة عليها السلام.

قال الحبيب و كيف لى بجوابكم و انا رهين جنادل و تراب

و فى بيت آخر له عليه السلام انشده الامام الهادى فى مجلس المأمون

فافصح القبر عنهم حين سائلهم تلك الوجوه عليها الدود تنتقل

الى غيرها من الشواهد، و لذا لا يعد احد من المتشرعة قولهم: فلان جبان الكلب، او يبس الكف، او ظريف المطبخ، او ما اشبه كذبا، بل المجاز فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۸۶

نعم فى الاخبار ما يظهر منه عدم كونه على الاطلاق كبيرة.

مثل رواية ابى خديجة عن ابى عبد الله عليه السلام: ان الكذب على الله تعالى، و رسوله من الكبائر، فانها ظاهرة فى اختصاص الكبيرة بهذا الكذب الخاص، لكن يمكن حملها على كون هذا الكذب الخاص، من الكبائر الشديدة العظيمة، و لعل هذا اولى من تقييد المطلقات المتقدمة

و فى مرسلة سيف بن عميرة، عن ابى جعفر عليه السلام، قال: كان يقول على بن الحسين عليه السلام، لولده: اتقوا الكذب الصغير منه و

القرآن الحكيم و السنة النبوية صلى الله عليه و آله و سلم كثيرة، و قد جمع الشريف الرضى ره مجازات النبى فى كتاب خاص.

(نعم فى الاخبار ما يظهر منه عدم كونه على الاطلاق كبيرة) و انما الكبيرة قسم خاص من الكذب.

(مثل رواية ابى خديجة عن ابى عبد الله عليه السلام: ان الكذب على الله تعالى، و) على (رسوله من الكبائر، فانها) اى الرواية (ظاهرة فى اختصاص الكبيرة بهذا الكذب الخاص، لكن) هذا من مفهوم اللقب او الوصف، و قد ثبت فى الأصول عدم حجية ايهما، بل (يمكن حملها) اى الرواية (على كون هذا الكذب الخاص، من الكبائر الشديدة العظيمة، و لعل هذا) الحمل (اولى من تقييد المطلقات المتقدمة) بان المراد منها خصوص الكذب على الله و الرسول.

(و فى مرسلة سيف بن عميرة، عن ابى جعفر عليه السلام، قال: كان يقول على بن الحسين عليه السلام، لولده: اتقوا الكذب الصغير منه و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۸۷

الكبير، فى كل جد و هزل، فان الرجل اذا كذب فى الصغير اجترأ على الكبير، الخبر.

و یستفاد منه ان عظم الکذب باعتبار ما یترتب علیه من المفاسد.

و فی صحیحة ابن الحجاج، قلت: لابی عبد الله علیه السلام الکذاب هو الّذی یکذب فی الشیء قال: لا، ما من احد الا و یکون منه ذلک، و لکن المطبوع علی الکذب،

الکبیر، فی کل جد و هزل، فان الرجل اذا کذب فی الصغیر اجترأ علی الکبیر) الی آخر (الخبر) فالکذب الصغیر کالکذب عما اکل، و الکبیر کالکذب علی الله و رسوله.

(و یستفاد منه) ای من هذا الحدیث (ان عظم الکذب باعتبار ما یترتب علیه من المفاسد) اذ لیس المراد طول الکذب او قصره- قطعا- فلیس الا ان یکون باعتبار ترتب المفاسد، او یمکن ان یکون باعتبار المکذوب علیه و ان لم یترتب علیه مفسدة خارجیة.

(و فی صحیحة ابن الحجاج، قلت: لابی عبد الله علیه السلام الکذاب هو الّذی یکذب فی الشیء) ای مطلقا (قال) علیه السلام (لا، ما من احد الا و یکون منه ذلک) ای الکذب فی بعض الاحیان (و لکن المطبوع علی الکذب) فان الکذاب صیغة مبالغة، و هی لا تکون الا مع کثرة الکذب، و الکثرة تلازم الصفة النفسانیة- و لذا فسره علیه السلام بالمطبوع-.

و کان المصنف ره اراد ان یستفید من هذا الحدیث، حیث قال علیه السلام: ما من احد، ان هذا الشیء المبتلی به العموم لا یکون کبیرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۸

فان قوله: ما من احد، الخبر یدل علی ان الکذب من اللمم الّذی یصدر من کل احد، لا من الکبائر.

و عن الحارث الأعور، عن علی علیه السلام، قال: لا یصلح من الکذب جد و هزل، و لا یعدنّ احدکم صبیّه، ثم لا یفی له ان الکذب یهدی إلی الفجور، و الفجور یهدی إلی النار و ما زال احدکم یکذب حتی یقال: کذب و فجر الخبر.

(فان قوله) علیه السلام (ما من احد، الخبر یدل علی ان الکذب من اللمم) الشیء الّذی یلم بالانسان، او یلم الانسان به، و المراد منه صغار الذنوب کما قال سبحانه «الَّذِینَ یَجْتَنِبُونَ کَبٰائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوٰاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ» (الّذی یصدر من کل احد، لا) انه (من الکبائر) مطلقا.

(و عن الحارث الأعور، عن علی علیه السلام، قال: لا یصلح من الکذب جد و هزل، و لا یعدنّ احدکم صبیّه، ثم لا یفی له) ثم قال علیه السلام (ان الکذب یهدی إلی الفجور) من النمیمة و البهت و السباب و ما اشبه، فان من کانت له ملکة حفظ اللسان یحفظ لسانه عن کل شیء، و من ترک لسانه لیکذب لا بد و ان یتدرج إلی کل شیء من القول (و الفجور یهدی إلی النار) و الکذب و ان کان یهدی إلی النار الا ان الفجور هو السبب القطعی للنار، بینما الکذب اذا صدر مرة مثلا لا یسبب النار قطعا (و ما زال احدکم یکذب حتی یقال: کذب و فجر) ای یکون کذبه سببا لفجوره إلی آخر (الخبر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۸۹

و فیه أیضا اشعار بان مجرد الکذب لیس فجورا.

و قوله علیه السلام: لا یعدنّ احدکم صبیّه ثم لا یفی له، لا بد ان یراد به النهی عن الوعد، مع اضمار عدم الوفاء و هو المراد ظاهرا بقوله تعالی:

کَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّٰهِ أَنْ تَقُولُوا مٰا لٰا تَفْعَلُونَ، بل الظاهر عدم کونه کذبا حقیقیا و ان اطلاق الکذب علیه فی الروایة لکونه فی حکمه

(و فیه أیضا) کالخبر السابق (اشعار بان مجرد الکذب لیس فجورا) فلیس مطلقا بکبیرة.

(و قوله علیه السلام: لا یعدنّ احدکم صبیّه ثم لا یفی له، لا بد ان یراد به النهی عن الوعد، مع اضمار عدم الوفاء) اذ: الوعد مع اضمار

الوفاء لا يكون منهيا عنه، اذ لا يكون ذلك كذبا (و هو) اى الوعد مع اضمار عدم الوفاء (المراد ظاهرا) اى فيما يستفاد من ظاهر اللفظ (بقوله تعالى: كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّهِ أَنْ تَقُولُوا ما لا تَفْعَلُونَ) فانه لا يكون مقتا و غضبا: الوعد الّذى يضمر صاحبه الوفاء، و ليس ذلك بكذب عرفا.

اقول: بل الظاهر ان المراد بالآية الكريمة ان يقول: الانسان الخير و لا يعمل به، كان يأمر بالصلاة و هو تارك الصلاة، او ينهى عن الكذب و يكذب، و هكذا (بل الظاهر) المستفاد من العرف لدى اطلاق لفظ الكذب (عدم كونه) اى الوعد مع اظهار عدم الوفاء (كذبا حقيقيا) اذ الكذب انما يكون فى الخبر، و هذا إنشاء (و ان اطلاق الكذب عليه فى الرواية) المتقدمة- و المراد بالإطلاق القرينة القائمة على كون وعد الصبى بلا وفاء كذب- (لكونه) اى الوعد بلا اضمار الوفاء (فى حكمه) اى حكم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۹۰

من حيث الحرمة.

او لان الوعد مستلزم للاخبار بوقوع الفعل كما ان سائر الإنشاءات كذلك.

و لذا ذكر بعض الاساطين ان الكذب و ان كان من صفات الخبر، الا ان حكمه يجرى فى الانشاء المنبئ عنه كمدح المذموم و ذم الممدوح

الكذب (من حيث الحرمة) او كونه خلاف المروءة، و الا فلا دليل على كونه حراما.

(او) هو كذب حقيقى (لان الوعد مستلزم للاخبار بوقوع العفل كما ان سائر الإنشاءات كذلك).

و لذا لو قال الفقير اعطنى، يقال: انه يكذب مع انه انما إنشاء صيغة الطلب.

و مرادهم بالكذب كون كلامه الاستعطاء فى مستلزم للاخبار بفقره- و الحال انه كاذب ليس بفقير- و كذلك لو سألك زيد من جاء تقول له انت تكذب، و ذلك لان استفهامه طريق إلى اخباره بانه لا يدرى هل جاء، أم لا؟ فانت تكذبه فى اخباره ذاك حيث تعلم انه يدرى بمجىء زيد، و هكذا.

(و لذا) الّذى ذكرنا من ان الانشاء يلازم الاخبار (ذكر بعض الاساطين ان الكذب و ان كان من صفات الخبر، الا ان حكمه) اى حكم الكذب (يجرى فى الانشاء المنبئ عنه) اى الدال على الخبر (كمدح المذموم و ذم الممدوح) فاذا قال: قابيل انسان طيب، او فلان الزاهد فيه صفات سيئة، او قال: امدح قابيلا و اذم فلان الزاهد، و الحال انه يكذب فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۹۱

و تمنى المكاره و ترجى غير المتوقع، و ايجاب غير الموجب و ندب غير النادب و وعد غير العازم.

و كيف كان فالظاهر عدم دخول خلف الوعد فى الكذب، لعدم كونه من مقولة الكلام

مدحه و ذمه (و تمنى المكاره) كما لو قال: اللهم امتنى، و هو لا يريد الموت (و ترجى غير المتوقع، و ايجاب غير الموجب) كما لو قال المولى لعبده واجب عليك كذا، و هولا يريده (و ندب غير النادب) كان يقول لزيد:

اذهب إلى الحرب، و هو لا يريد ان يذهب زيد (و وعد غير العازم) اى يعدك من لا يعزم و لا يريد وفاء وعده، فان كل هذه الموارد و ان كانت إنشاء صورة، لكنها كذب، اذ هى طريق إلى الاخبار بان فلانا لدى ممدوح او مذموم، او انى اريد الموت و اريد منك الاتيان بكذا، او انى اريد ان تذهب انت، او انى سأفعل لك كذا- و الحال ان اخباره مكذوبة-.

(و كيف كان) سواء كان الوعد مع اضمار عدم الوفاء داخلا فى الكذب حكما، أم لا (فالظاهر عدم دخول خلف الوعد فى الكذب، لعدم كونه) اى خلف الوعد (من مقولة الكلام) فانك اذا قلت: اعدك ان اعطيك دينارا فان: اعدك ليس بكلام، و انما متعلقه اى

اعطیک دینارا کلام و لو کان اعطیک دینارا اخبارا لجاز فیه الصدق و الکذب لکنه لیس باخبار، لانه صار متعلقا بالانشاء، فاذا اخلف لم یکن قوله «اعدک» وعدا، و لم یکن اعطیک الدینار، کذبا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۲

نعم هو کذب للوعد بمعنی جعله مخالفا للواقع، کما ان انجاز الوعد صدق له بمعنی جعله مطابقا للواقع.

فیقال: صادق الوعد و وعد غیر مکذوب.

و الکذب بهذا المعنی لیس محرما علی المشهور و ان کان غیر واحد من الاخبار ظاهرا فی حرمته، و فی بعضها الاستشهاد بالآیة المتقدمة

(نعم هو) ای الخلف بان لم یعطه (کذب للوعد بمعنی جعله مخالفا للواقع) و ان شئت قلت: ایجاد صفة الکذب للکلام المتقدم (کما ان انجاز الوعد صدق له) ای للوعد (بمعنی جعله مطابقا للواقع) فهو من قبیل:

ان تخبر ان زیدا سوف یقوم، ثم تأخذ بیده لیقوم او تمنعه عن القیام، فان هذا العمل التکوینی انما هو ایجاد صفة الصدق، او صفة الکذب للکلام السابق.

(ف) بهذا الاعتبار (یقال: صادق الوعد و وعد غیر مکذوب) کما فی القرآن الحکیم.

(و الکذب بهذا المعنی لیس محرما علی المشهور) بین الفقهاء (و ان کان غیر واحد من الاخبار ظاهرا فی حرمته، و فی بعضها الاستشهاد بالآیة المتقدمة) ای قوله سبحانه «کَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّهِ».

و ربما یستدل لذلک بآیة: أَوْفُوا بِالْعَهْدِ، و بقوله (ص): من کان یؤمن بالله و الیوم الآخر، فلیف اذا وعد، قالوا لکن الشهرة المحققة قدیما و حدیثا هی التی توجب رفع الید عن هذه الظواهر.

و ربما أید ذلک: بعدم تعذیب الله کثیرا من اهل المعاصی مع انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۳

ثم ان ظاهر الخبرین الأخیرین خصوصا المرسلة حرمة الکذب حتی فی الهزل، و یمکن ان یراد به الکذب فی مقام الهزل.

و اما نفس الهزل، و هو الکلام الفاقد للقصد إلی تحقق مدلوله

وعدهم النار، و کذلک ورد فی الاحادیث ان کان عدم وقوع بعض علامات الامام المهدی علیه السلام.

مع ان الاحادیث وردت متظافرة بتلک العلائم حتی ان الراوی شک فی نفس خروج الامام المهدی، حیث قال الامام علیه السلام بامکان عدم وقوع بعض العلامات ظانّا ان خروجه علیه السلام و العلائم من سنخ واحد

فاذا امکن عدم وقوع العلائم کذلک امکن عدم ظهوره، فرده الامام علیه السلام بانه من المیعاد، و الله لا یخلف المیعاد.

و اجیب عن المؤیدین: بان التعذب مشروط بعدم العفو و الشفاعة و عدم وقوع العلائم لیس من باب خلف الوعد، بل من باب اخبارهم علیهم السلام عن المستقبل حسب الظواهر التی اطلعوا علیها عن اللوح و الملائکة، ثم قالوا علیهم السلام بامکان کون تلک العلائم تمحی لانه سبحانه: یَمْحُوا مّا یَشاءُ.

(ثم ان ظاهر الخبرین الاخیرین) مرسلة سیف و روایة حارث (خصوصا المرسلة حرمة الکذب حتی فی الهزل، و یمکن ان یراد به الکذب فی مقام الهزل) بان یکون المقام مقام الهزل، اما اخباره فکان اخبارا جدیا مما صح ان یقال له الکذب.

(و اما نفس الهزل و هو الکلام الفاقد للقصد إلی تحقق مدلوله) فی الخارج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۴

فلا يبعد انه غير محرم، مع نصب القرينة على إرادة الهزل كما صرح به بعض

و لعله لانصراف الكذب إلى الخبر المقصود و للسيرة.

و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحية.

و يحتمل غير بعيد حرمته لعموم ما تقدم خصوصا الخبرين الاخيرين و

(فلا يبعد انه غير محرم، مع نصب القرينة على إرادة الهزل) لان مثل هذا الخبر الهازل منصرف عن ادلة حرمة الكذب (كما صرح به بعض) الفقهاء (و لعله لانصراف الكذب إلى الخبر المقصود).

و ليس المراد بعدم القصد عدم القصد إلى التكلم او المعنى، بل عدم القصد إلى الجدية (و للسيرة) المستمرة بين المتدينين، بل لعله يدل على ذلك قول الامام امير المؤمنين عليه السلام حين قال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اينا اكل اكثر فقال عليه السلام الّذى اكل مع النواة فى القصة المشهورة انهما عليهما الصلاة و السلام كانا يأكلان التمر، و كان النبى (ص) يضع النواة امام الامام، و عدم ردع النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن الّذى قال مزاحا آكل التمر بالطرف الّذى عينه غير رمدة، بل و انشاد الشاعر بخدمة الامام عليه السلام: لام عمرو باللوى مربع إلى آخر الابيات، مع انها لم يكن صدقا مطابقا للواقع، بل شبه الهزل.

(و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحية) خصوصا بقرينة قوله:

لا يصلح.

(و يحتمل غير بعيد حرمته) اى حرمة الكذب فى الهزل (لعموم ما تقدم) من الاخبار (خصوصا الخبرين الاخيرين) المصرحين لذلك (و)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۹۵

النبوى فى وصية ابى ذر لان الاكاذيب المضحكة اكثرها من قبيل الهزل

و عن الخصال بسنده عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انا زعيم بيت فى اعلى الجنة، و بيت فى وسط الجنة، و بيت فى رياض الجنة لمن ترك المراء، و ان كان محقا، و لمن ترك الكذب، و ان كان هازلا و لمن حسن خلقه.

و قال امير المؤمنين عليه السلام: لا يجد الرجل طعم الايمان حتى يترك الكذب هزله وجده.

النبوى فى وصية ابى ذر) حيث قال صلى الله عليه و آله و سلم: يكذب ليضحك الناس (لان الاكاذيب المضحكة اكثرها من قبيل الهزل) و سياق الحديث يدل على الحرمة.

(و عن الخصال بسنده عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: انا زعيم) اى كفيل (بيت فى اعلى الجنة، و بيت فى وسط الجنة، و بيت فى رياض الجنة لمن ترك المراء، و ان كان محقا، و لمن ترك الكذب، و ان كان هازلا و لمن حسن خلقه) لعل هذا الحديث تكون دلالته على الكراهة اكثر اذ ترك المراء فى المحق، و حسن الخلق من المستحبات لا من الواجبات، بالإضافة إلى ضمان البيت فى الجنة الّذى يناسب الاستحباب فان المحرمات و الواجبات- على مقتضى القاعدة الاولية- لا تحتاج إلى التشويق، و ذكر المثوبات- كما قالوا-.

(و قال امير المؤمنين عليه السلام: لا يجد الرجل طعم الايمان حتى يترك الكذب هزله وجده).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۱۹۶

ثم انه لا ينبغى الاشكال فى ان المبالغة فى الادعاء- و ان بلغت ما بلغت- ليست من الكذب.

و ربما يدخل فيه اذا كانت فى غير محلها، كما لو مدح انسان قبيح المنظر و شبه وجهه بالقمر، الا اذا بنى على كونه كذلك فى نظر

المادح فان الانظار تختلف فی التحسین و التقبیح.

و هذا الحدیث أیضا اقرب إلی الاستحباب، لان وجدان طعم الایمان لیس بواجب، و انما ذاک من الفضائل و الحظوظ.

(ثم انه لا- ینبغی الاشکال فی ان المبالغة فی الادعاء- و ان بلغت ما بلغت-) من المقادیر المتعارفة (لیست من الکذب) کما یقول القائل لصدیقه لم لم تزرنی و قد زارنی کل الناس، یرید جماعة کثیرة، او یقول کان فی استقبال العالم الفلانی کل اهل المدینة و هکذا.

و قد تمثل الامام علیه السلام فی السجن بقوله: فان تمیما قبل ان یلد الحصی اقام زمانا و هو فی الناس واحد و قال الشاعر

ثم قالوا تحبها؟ قلت بهرا عدد الرمل و الحصی و التراب

(و ربما یدخل فیه) ای فی الکذب (اذا کانت فی غیر محلها) کما لو اضاف عشرة، فقال اضفت کل اهل البلد، فانه مبالغة غیر متعارفة، و (کما لو مدح انسان قبیح المنظر و شبه وجهه بالقمر، الا اذا بنی علی کونه کذلک) کالقمر (فی نظر المادح) کما نقل انه لو عوتب المجنون فی انه کیف یحب هذا الحب المفرط للیلی و هی فتاة سمراء لا- جمال لها، اجاب انظروا إلیها من شبکة عینی (فان الانظار تختلف فی التحسین و التقبیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۷

کالذوائق فی المطعومات.

و اما التوریة و هو ان یرید بلفظ معنی مطبقا للواقع و قصد من القائه ان یفهم المخاطب منه خلاف ذلک مما هو ظاهر فیه عند مطلق المخاطب او المخاطب الخاص کما لو قلت فی مقام انکار ما قلته فی حق احد علم الله ما قلته، واردت بکلمة «ما» الموصولة و فهم المخاطب النافیة.

کالذوائق فی المطعومات) و الاسماع فی المسموعات، و هکذا.

(و اما التوریة) و هو اظهار الکلام بشکل له معنیان، معنی قریب الی الافهام، و معنی بعید عن الافهام، و القائل انما اراد البعید لا القریب.

و هذا هو المراد بقوله (و هو ان یرید) المتکلم (بلفظ معنی مطابقا للواقع) و اللفظ قالب له (و قصد من القائه ان یفهم المخاطب منه خلاف ذلک) المعنی الّذی قصده (مما هو ظاهر فیه) «مما» بیان «خلاف» ای المعنی المخالف للمقصود یکون اللفظ ظاهرا فیه.

و الظهور المذکور اما (عند مطلق المخاطب، او) عند (المخاطب الخاص) کما لو قلت للسنی: الخلفاء بعد رسول الله «أربعة أربعة أربعة» و اردت اثنی عشر و هو فهم التأکید للثلاثة، و الامام علی علیه السلام، و (کما لو قلت فی مقام انکار ما قلته فی حق احد) من الناس (علم الله ما قلته واردت بکلمة «ما» الموصولة و فهم المخاطب النافیة) و کما قال ذلک الموالی «الخلیفة بعد رسول الله أبا بکر» ففهم السنة انه قصد کون أبا بکر خلیفة و الحال انه جعل «أبا بکر» منادی محذوف النداء، و لذا جاء بالنصب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۸

و کما لو استئذن رجل بالباب فقال الخادم له: ما هو هاهنا، و اشار الی موضع خال فی البیت.

و کما لو قلت: الیوم ما اکلت الخبز تعنی بذلک حالة النوم، او حالة الصلاة إلی غیر ذلک فلا ینبغی الاشکال فی عدم کونها من الکذب.

و لذا صرح الاصحاب فیما سیأتی من وجوب التوریة عند الضرورة بانه یوری بما یخرجه من الکذب بل اعترض جامع المقاصد علی قول العلامة فی القواعد فی مسئلة الودیعة اذا طالبها ظالم بانه یجوز الحلف کاذبا، و یجب التوریة علی العارف بها بان العبارة لا تخلو

من مناقشة حیث

(و کما لو استئذن رجل بالباب فقال الخادم له: ما هو هاهنا، و اشار الی موضع خال فی البیت) فظن السامع ان الخادم اراد ب «هاهنا» الدار

(و کما لو قلت: الیوم ما اکلت الخبز تعنی بذلک حالة النوم، او حالة الصلاة) ففهم المخاطب عدم اکلک فی کل الیوم (الی غیر ذلک) من الامثلة (فلا ینبغی الاشکال فی عدم کونها) ای التوریة (من الکذب) و لذا لا تکون حراما.

(و لذا صرح الاصحاب فیما سیأتی من وجوب التوریة عند الضرورة بانه یورّی بما یخرجه من الکذب) «بانه» متعلق ب «صرح» و «من وجوب» تفسیر ل «ما سیأتی» (بل اعترض جامع المقاصد علی قول العلامة فی القواعد فی مسئلة الودیعة اذا طالبها ظالم بانه یجوز الحلف کاذبا و یجب التوریة علی العارف بها) هذه عبارة العلامة.

فقال جامع المقاصد: (بان العبارة لا تخلو من مناقشة حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۱۹۹

تقتضی ثبوت الکذب مع التوریة، و معلوم ان لا کذب معها انتهی.

و وجه ذلک ان الخبر باعتبار معناه- و هو المستعمل فیه کلامه- لیس مخالفا للواقع.

و انما فهم المخاطب من کلامه امرا مخالفا للواقع لم یقصده المتکلم من اللفظ.

تقتضی ثبوت الکذب مع التوریة، و معلوم ان لا کذب معها) ای مع التوریة (انتهی) کلام جامع المقاصد.

و حاصل مناقشته: ان العبارة تحتمل کون قوله «یجب التوریة» من مصادیق «کاذبا».

لکن لا یخفی ان اشکال جامع المقاصد غیر وارد علی العلامة لان الظاهر من کلام القواعد التقابل بین «یجوز» و بین «یجب» و معنی «یجوز» فی مقام التحریم فلا یراد به «الجواز» الّذی هو احد الاحکام الخمسة.

(و) کیف کان، ف (وجه ذلک) الّذی ذکرنا من ان التوریة لیست کذبا (ان الخبر باعتبار معناه- و هو المستعمل فیه کلامه-) ای کلام المتکلم (لیس مخالفا للواقع).

مثلا فی المثال السابق استعمل الخادم لفظ «هاهنا» لمکان خاص و خبره صدق، لان سیده لیس فی ذلک المکان المشار إلیه.

(و انما فهم المخاطب من کلامه) ای کلام الموری (امرا مخالفا للواقع لم یقصده المتکلم من اللفظ) و فهم المتکلم لیس میزانا للصدق و الکذب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۰

نعم لو ترتب علیها مفسدة، حرمت من تلک الجهة.

اللهم الا ان یدعی ان مفسدة الکذب، و هی الاغراء موجودة فیها و هو ممنوع، لان الکذب محرم، لا لمجرد الاغراء.

و ذکر بعض الافاضل ان المعتبر فی اتصاف الخبر بالصدق و الکذب هو ما یفهم من ظاهر الکلام، لا ما هو المراد منه.

فلو قال: رأیت حمارا، و اراد منه البلید من دون نصب قرینة، فهو متصف

(نعم لو ترتب علیها) ای علی التوریة (مفسدة حرمت من تلک الجهة)

کما لو قال المتکلم: زید کافر، و اراد انه کافر بالجبت و الطاغوت، بینما کان المتبادر لدی السامع انه کافر بالله.

(اللهم الا ان یدعی) لبیان کون التوریة کذبا (ان مفسدة الکذب، و هی الاغراء) بالجهل (موجودة فیها) ای فی التوریة.

فکما انک اذا قلت: زید لیس فی الدار اغری السامع بالجهل، کذلک اذا قلت: لیس موجودا هاهنا و اشرت إلی مکان خاص من الدار.

(و هو) ای کون الکذب حراما لکونه اغراء (ممنوع، لان الکذب محرم، لا لمجرد الاغراء) بل و لو لم یکن فیه اغراء، کما لو علم السامع بانک تکذب.

(و ذکر بعض الافاضل ان المعتبر فی اتصاف الخبر بالصدق و الکذب هو ما یفهم من ظاهر الکلام، لا ما هو المراد منه).

و لذا تکون التوریة من قسم الکذب، لان ما یفهم منها هو عین ما یفهم من الکذب.

(فلو قال: رأیت حمارا و اراد منه البلید من دون نصب قرینة فهو متصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۱

بالکذب، و ان لم یکن المراد مخالفا للواقع، انتهی موضع الحاجة فان اراد اتصاف الخبر فی الواقع، فقد تقدم انه دائر مدار موافقة مراد المخبر، و مخالفته للواقع، لانه معنی الخبر و المقصود منه دون ظاهره الّذی لم یقصد

و ان اراد اتصافه عند الواصف، فهو حق، مع فرض جهله بإرادة خلاف الظاهر، لکن توصیفه حینئذ باعتقاد ان هذا هو مراد المخبر و مقصوده فیرجع

بالکذب، و ان لم یکن المراد مخالفا للواقع، انتهی موضع الحاجة) من کلامه

و کان دلیله علی ذلک العرف، فانهم یقولون کذب فلان، و ان قیل لهم: انه روی، لم یرون ذلک مبررا و سببا، لعدم کونه کاذبا.

لکن اشکل علیه المصنف ره بقوله: (فان اراد) بقوله «اتصاف الخبر» (اتصاف الخبر فی الواقع) فالمعنی ان الخبر یتصف بالصدق و الکذب واقعا حسب فهم المخاطب (فقد تقدم) خلاف ذلک، و (انه) ای الاتصاف بهما (دائر مدار موافقة مراد المخبر، و مخالفته للواقع، لانه) ای الواقع (معنی الخبر) لان الالفاظ موضوعة للمعانی الواقعیة (و المقصود منه دون ظاهره الّذی لم یقصد) ه المورى.

(و ان اراد اتصافه) ای الخبر بکونه کذبا مثلا (عند الواصف) فان السامع یقول: کلام المتکلم کذب (فهو) ای اتصافه بالکذب عند الواصف (حق، مع فرض جهله) ای الواصف (بإرادة) المتکلم (خلاف الظاهر، لکن توصیفه حینئذ) ای الواصف للخبر- المورى فیه- بکونه کذبا، انما هو (باعتقاد ان هذا) الظاهر (هو مراد المخبر و مقصوده، فیرجع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۲

الامر إلی اناطة الاتصاف بمراد المتکلم و ان کان الطریق إلیه اعتقاد المخاطب.

و مما یدل علی سلب الکذب عن التوریة ما روی فی الاحتجاج انه سئل الصادق علیه السلام، عن قوله الله عز و جل- فی قصة ابراهیم علیه السلام- بَلْ فَعَلَهُ کَبِیرُهُمْ هٰذٰا فَسْئَلُوهُمْ إِنْ کٰانُوا یَنْطِقُونَ.

قال: ما فعله کبیرهم، و ما کذب ابراهیم، قیل و کیف ذلک؟ فقال: انما قال ابراهیم: ان کانوا ینطقون، ای ان نطقوا فکبیرهم فعل، و ان لم

الامر إلی اناطة الاتصاف) للخبر بکونه صدقا او کذبا (بمراد المتکلم).

فالواصف یقول: انه کذب لانه یزعم انه اراد ظاهره (و ان کان الطریق إلیه) ای إلی مراد المتکلم (اعتقاد المخاطب) بان المتکلم اراد الظاهر.

و الحاصل: ان کلام بعض الافاضل لیس فی محله.

(و مما یدل علی سلب الکذب عن التوریة) و انها لیست کذبا (ما روی فی الاحتجاج انه سئل الصادق علیه السلام عن قوله الله عز و جل- فی قصة ابراهیم علیه السلام- بَلْ فَعَلَهُ کَبِیرُهُمْ هٰذٰا فَسْئَلُوهُمْ إِنْ کٰانُوا یَنْطِقُونَ) کیف ذلک و الحال ان کبیر الاصنام لم یکن هو

الّذی حطّم الاصنام، و انما حطّمها ابراهیم علیه السلام.

و الحاصل ان السؤال کان عن انه کیف قال ابراهیم خلاف الواقع- حسب ظاهر الآیهٔ- (قال) الصادق علیه السلام (ما فعله کبیرهم و ما کذب ابراهیم، قیل و کیف ذلک؟ فقال: انما قال ابراهیم: ان کانوا ینطقون ای ان نطقوا فکبیرهم فعل، و ان لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۳

ینطقوا فلم یفعل کبیرهم شیئا، فما نطقوا و ما کذب ابراهیم.

و سئل عن قوله تعالی: أَیَّتُهَا الْعِیرُ إِنَّکُمْ لَسارِقُونَ قال انهم سرقوا یوسف من ابیه، الا تری انهم قالوا نفقد صواع الملک؟ و لم یقولوا سرقتم صواع الملک.

و سئل عن قول الله عز و جل-

ینطقوا فلم یفعل کبیرهم شیئا، فما نطقوا و ما کذب ابراهیم) علیه السلام.

فقوله علیه السلام: بل فعله کبیرهم متعلق بان کانوا ینطقون، و هذا توریهٔ من ابراهیم لانه اخر الشرط مع فاصلهٔ جملهٔ- فاسألوهم- حتی زعم القوم ان الشرط ل «اسألوهم» لا ل «بل فعله کبیرهم».

(و سئل) الصادق علیه السلام ثانیا (عن قوله تعالی: أَیَّتُهَا الْعِیرُ إِنَّکُمْ لَسارِقُونَ) فی قصهٔ یوسف علیه السلام و ان الاخوهٔ لم یکونوا سرقوا الصواع، و انما جعل الصواع فی حملهم بامر یوسف علیه السلام نفسه، فکیف جاز ان یکذب اتباع یوسف بامر یوسف؟ (قال) الصادق علیه السلام (انهم سرقوا یوسف من ابیه) فمراد یوسف علیه السلام «انکم لسارقون» سرقهٔ یوسف لا سرقهٔ الصواع- کما فهم الاخوهٔ.

ثم قال الصادق علیه السلام (أ لا تری) ایها السائل (انهم قالوا نفقد صواع الملک؟ و لم یقولوا سرقتم صواع الملک) فالسرقهٔ حذف متعلقها فی الجملهٔ الاولی «توریهٔ» و حیث ظهر المتعلق- فی الجملهٔ الثانیهٔ- جیء بلفظ «نفقد».

(و سئل) الصادق علیه السلام ثالثا: (عن قول الله عز و جل-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۴

حکایهٔ عن ابراهیم (ع)- إِنِّی سَقِیمٌ قال ما کان ابراهیم سقیما و ما کذب انما عنی سقیما فی دینه ای مرتادا

حکایهٔ عن ابراهیم «ع»-) لما اراد القوم اخراجه معهم إلی عید الاصنام (انی سقیم) فاعتذر علیه السلام بالسقم، حتی لا یخرج معهم و یکسر اصنامهم، فکیف جاز ان یقول: انی سقیم؟ مع انه لم یکن سقیما (قال) الصادق علیه السلام (ما کان ابراهیم سقیما و ما کذب، انما عنی سقیما فی دینه ای مرتادا) ای طالبا للدین- من الارتیاد-.

و ربما قیل فی الآیات المذکورهٔ وجه آخر، و هو ان معنی «فعله کبیرهم» من باب المجاز و ان الذنب علی الکبیر تشبیها للاصنام بالناس.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۳، ص: ۲۰۴

فکما اذا ابتلی الناس بسبب اهمال کبرائهم یقال: فعله کبیرهم، کذلک شبهت الاصنام بالناس لزعم عبادها انها صاحبهٔ ادراک.

و یؤید ذلک استعمال الصنم فی القرآن الحکیم بلفظ العاقل فی کثیر من الآیات «أولئک الذین یدعون یبتغون إلی ربهم الوسیلهٔ» و

کذلک ارجع ضمیر العاقل إلیها، فالمعنی ان کبیر الاصنام لو کان إلها، کان الذنب علی عاتقه، لما ذا لم یدافع عن الاصنام فالفعل منه، کما یقال افسد الملک شعبه و القاهم فی التهلکة، اذا لم یدافع عنهم.

و قوله انکم لسارقون من باب المجاز، و انهم فی صورة سارق، تنزیلا لصورة سارق- الّذی عنده مال غیره- منزلة السارق الحقیقی، کما نقول للجبان الّذی یظهر الشجاعة «انک شجاع» ترید فی صورة شجاع، و فی عکسه یا اشباه الرجال و لا رجال، و فی مثله: إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللّهِ الصُّمُّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۵

و فی مستطرفات السرائر من کتاب ابن بکیر، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: الرجل یستأذن علیه، یقول للجاریة قولی لیس هو هاهنا فقال: لا بأس، لیس بکذب فان سلب الکذب مبنی علی ان المشار إلیه یقوله: هاهنا موضع خال من الدار، اذ لا وجه له سوی ذلک.

الْبُکْمُ، فانه لعدم استماعهم للحق اطلق علیهم لفظ الصم، و هکذا.

و معنی «انی سقیم» ذو سقم فی روحی، لا ذو سقم فی جسمی، فان ابراهیم علیه السلام کان متأثرا روحیا عما یشاهده من الکفار.

و هذا متعارف ان یقول الانسان «لا صحة لی» یرید الصحة الروحیة لا الصحة الجسدیة.

و لا یخفی ان هذه الاجوبة انما تنفع من لا یقنع بارتکاب خلاف الظاهر فی القرآن- حسب ما ورد فی الروایة- و الا فالائمة علیهم السلام اعلم بمراد الله، و مراد انبیائه ان صح الحدیث عن الصادق علیه السلام.

(و فی مستطرفات السرائر من کتاب ابن بکیر قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: الرجل یستأذن علیه) و حیث لا یرید صاحب الدار ملاقات المستأذن (یقول للجاریة قولی لیس هو) صاحب الدار (هاهنا) هل ذلک جائز؟ (فقال) علیه السلام (لا بأس لیس بکذب).

وجه الدلالة ما ذکره المصنف ره بقوله: (فان سلب الکذب مبنی علی ان المشار إلیه بقوله: هاهنا موضع خال من) الشخص فی (الدار اذ لا وجه له) ای لکونه لیس بکذب (سوی ذلک) الّذی ذکرنا من کون الاشارة إلی موضع من الدار خال من صاحبها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۶

و روی فی باب الحیل من کتاب اطلاق للمبسوط: ان واحدا من الصحابة صحب واحدا آخر فاعترضهما فی الطریق اعداء المصحوب، فانکر الصاحب انه هو، فاحلفوه، فحلف لهم انه اخوه، فلما اتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال له صدقت، المسلم اخو المسلم إلی غیر ذلک مما یظهر منه ذلک.

اما الکلام فی المقام الثانی و هو مسوغات الکذب

اشارة

(و روی فی باب الحیل من کتاب اطلاق للمبسوط: ان واحدا من الصحابة صحب واحدا آخر، فاعترضهما) ای لقیهما (فی الطریق اعداء المصحوب، فانکر الصاحب انه) ای مصحوبه (هو) الّذی یریده الاعداء (فاحلفوه فحلف لهم انه اخوه، فلما اتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال له) النبی صلی الله علیه و آله و سلم (صدقت المسلم اخو المسلم) مع ان الاعداء زعموا انه اخوه لابیه و أمه (الی غیر ذلک مما یظهر منه ذلک) ای جواز التوریة کما قال النبی صلی الله علیه و آله و سلم لأولئک الاشخاص فی طریقه إلی بدر: نحن من ماء، فزعموا ان مراد النبی صلی الله علیه و آله و سلم انه من محل یسمی بالماء، و قد اراد صلی الله علیه و آله و سلم انهم خلقوا من ماء دافق، او اشارة إلی «وَ جَعَلْنا مِنَ الْماءِ کُلَّ شَیْءٍ حَیٍّ» و کما یروی ان الامام المرتضی (ع) غیر مکانه من محل إلی محل حیث

استغاث به ابو لؤلؤ، فلما جاءه القوم و سألوه، قال لهم: انی ما رایته منذ کونی هاهنا.

(اما الکلام فی المقام الثانی، و هو مسوغات الکذب) ای ما یسبب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۷

فاعلم انه یسوغ الکذب لوجهین.

أحدهما: الضرورة إليه،

فیسوغ معها بالأدلّة الاربعة قال الله تعالی: إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ.
و قال تعالی: لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْکافِرِینَ أَوْلِیاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِینَ وَ مَنْ یَفْعَلْ ذٰلِکَ فَلَیْسَ مِنَ اللّهِ فِی شَیْءٍ إِلّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً.
و قوله علیه السلام: ما من شیء الا و قد احله الله لمن اضطر إلیه.
و قد اشتهر ان الضرورات تبیح المحظورات.

جوازه (فاعلم انه یسوغ الکذب لوجهین).

(احدهما: الضرورة إلیه فیسوغ) الکذب (معها) ای مع الضرورة (بالأدلّة الاربعة).

اما الکتاب، فقد (قال الله تعالی: إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ) فان المناط الموجود فیه یدل علی جواز امثال الکذب عند الاضطرار.

(و قال تعالی: لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْکافِرِینَ أَوْلِیاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِینَ وَ مَنْ یَفْعَلْ ذٰلِکَ فَلَیْسَ مِنَ اللّهِ فِی شَیْءٍ، إِلّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً)

فالتقیة الموجبة لاتخاذ الکافر ولیا- فی الصورة- تجوز الکذب أیضا، لوجود المناط القطعی.

(و) اما السنة (قوله علیه السلام ما من شیء الا و قد احله الله لمن اضطر إلیه).

و المراد بالشیء الشیء المحرم، و الکذب من مصادیق ذلک العام.

(و قد اشتهر) بین الفقهاء (ان الضرورات تبیح المحظورات) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۰۸

و الاخبار فی ذلک اکثر من ان تحصی، و قد استفاضت، أو تواترت بجواز الحلف کاذبا لدفع الضرر البدنی، او المالی عن نفسه او اخیه.

و الاجماع اظهر من ان یدعی، او یحکی.

المحرمات و هذه قاعدة مصیدة من الاخبار خصوصا من الآیة الکریمة الدالة علی جواز اظهار الکفر، و المروی عن امیر المؤمنین علیه السلام انه اجاز سبه عند الضرورة، و ما اشبه ذلک من الامور التی هی من اعلی مراتب المحرمات.

نعم یلزم مراعات قاعدة «الضرورات تقد و بقدرها» و قاعدة «الاهم و المهم» فیما دار الامر بین حرامین، او بین حرام و ضرر، کما انه لو لم یقتل انسانا یجبره الظالم علی قتله اخذ منه مالا، فانه لا یجوز تقدیم القتل علی اخذ المال.

نعم لو لم یحلف کذبا اخذ منه مالا معتدا به قدم الحلف، لقاعدة «لا ضرر و لا ضرار» فانه و ان لم یدر الامر بین حرامین لکن دورانه بین حرام و ضرر- مرفوع- اجاز ارتکاب الحرام.

(و الاخبار فی ذلک) ای حلیة المحرم لمن اضطر إلیه (اکثر من ان تحصی، و قد استفاضت، او تواترت) الاخبار (بجواز الحلف کاذبا لدفع الضرر البدنی او المالی عن نفسه او اخیه) المسلم و لو لم یکن قریبا و صدیقا له، و ستأتی جملة منها.

(و الاجماع) على جواز ذلك (اظهر من ان يدعى، او يحكى) فقد ادعاه غير واحد و حكاه غير واحد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۰۹

و العقل مستقل بوجوب ارتكاب اقل القبيحين مع بقائه على قبحه او انتفاء قبحه لغلبة الآخر عليه، على القولين فى كون القبح العقلى مطلقا او فى خصوص الكذب لاجل الذات، او بالوجوه و الاعتبارات و لا اشكال فى ذلك كله، انما الاشكال و الخلاف فى انه هل يجب حينئذ التورية لمن يقدر عليها أم لا.

(و العقل مستقل بوجوب ارتكاب اقل القبيحين مع بقائه على قبحه) فيما لو دار بينهما كما لو دار الامر بين شرب الخمر و الزنا، فان العقل يقول بتقديم الشرب (او انتفاء قبحه لغلبة) القبيح (الآخر عليه، على القولين) فى مسئلة دوران الامر بين القبيحين.

فان بعضهم ذهبوا إلى انتفاء قبح المهم، و بعضهم ذهبوا إلى بقاء قبحه، لكنه يلزم ان يقدم على القبيح الاهم.

و هذان القولان انما نشئا من جهة الاختلاف (فى كون القبح العقلى مطلقا) كذبا كان او غيره (او فى خصوص الكذب) الّذى هو محل البحث الآن (لاجل الذات) حتى اذا قدمناه لمعارضته بقبيح اهم يبقى على قبحه كما يقول الاول- (او بالوجوه و الاعتبارات)- كما يقول الثانى- (و لا اشكال فى ذلك كله).

و (انما الاشكال و الخلاف فى انه هل يجب حينئذ) اى حين اضطر الانسان إلى ان يقول (التورية) و هى ما ظاهره الكذب (لمن يقدر عليها) كما اذا سأله الظالم هل عندك مال؟ فيقول: ليس فى يدى مال، و يريد يده حقيقة لا اليد الّذى يفهم الناس منه الملك (أم لا) يجب التورية حتى للقادر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۱۰

ظاهر المشهور هو الاول كما يظهر من المقنعة و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و القواعد و اللمعة و شرحها و التحرير و جامع المقاصد و الرياض، و محكى مجمع البرهان فى مسئلة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة.

قال فى المقنعة: من كانت عنده امانة، فطالبه ظالم بتسليمها إليه و خيانة صاحبها فيها فليجحدها، ليحفظها على المؤتمن له عليها، و ان استحلفه على ذلك فليحلف له و يورى فى نفسه يخرج به عن الكذب فليجحد و ان استحلفه ظالم على ذلك فليحلف و يورى فى نفسه بما يخرجه عن الكذب الى ان قال- فان لم يحسن

(ظاهر المشهور هو الاول) اى وجوب التورية (كما يظهر من المقنعة) للمفيد (و المبسوط) للشيخ (و الغنية) لابن زهرة (و السرائر) للحلى (و الشرائع) للمحقق (و القواعد) للعلامة أيضا (و اللمعة و شرحها) للشهيدين (و التحرير) للعلامة (و جامع المقاصد) للمحقق الثانى (و الرياض، و محكى مجمع البرهان فى مسئلة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة) اذا توقف حفظ الوديعة على اليمين الكاذبة.

(قال فى المقنعة: من كانت عنده امانة، فطالبه ظالم بتسليمها إليه و خيانة صاحبها فيها فليجحدها، ليحفظها على المؤتمن له عليها، و ان استحلفه، على ذلك) الجحود (فليحلف له و يورى فى نفسه يخرج به عن الكذب فليجحد، و ان استحلفه ظالم على ذلك فليحلف و يورى فى نفسه بما يخرجه عن الكذب- الى ان قال- فان لم يحسن) الودعى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۱۱

التورية، و كان نيّته حفظ الامانة أجزأته النية و كان مأجورا انتهى.

و قال فى السرائر فى هذه المسألة اعنى مطالبة الظالم الوديعة فان قنع الظالم منه بيمينه، فله ان يحلف و يورى فى ذلك انتهى.

و فى الغنية- فى هذه المسألة- و يجوز له ان يحلف انه ليس عنده وديعة و يورى فى يمينه بما يسلم به من الكذب بدليل اجماع الشيعة

انتهی.

و فی النافع حلف موریا، و فی القواعد: و یجب التوریة علی العارف بها، انتهی.

(التوریـة، و کان نیته) فی الیمین الکاذبـة (حفظ الامانة أجزأته النیة) فی الخروج عن اثم الیمین الکاذبة (و کان مأجورا) عند الله تعالی بحفظ مال اخیه (انتهی).

(و قال فی السـرائر فی هـذه المسألـة) ای مسئلة جواز الحلف لـدفع الظالم (اعنی) فی صورة (مطالبـة الظالم الودیعة فان قنع الظالم منه بیمینه، فله ان یحلف و یوری فی ذلـک) بمـا یخرجه من الکـذب واقعا (انتهی) (و فی الغنیـة- فی هـذه المسألـة-) قال: (و یجوز له ان یحلف انه لیس عنده ودیعة و یوری فی یمینه بما یسلم به من الکذب بدلیل اجماع الشیعة) علی جواز ذلک (انتهی) کلامه.

(و فی النافع حلف موریا، و فی القواعد: و یجب التوریة علی العارف بها، انتهی) کلام القواعد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۲

و فی التحریر فی باب الحیل

(و فی التحریر فی باب الحیل) ای الصور الشرعیة للامور التی یقصد بها الانسان الخروج عن الحرام إلی الحلال.

و لاـ یخفی ان الحیلـة بمعنی العلاج، کما فی دعاء الامام زین العابـدین علیه السـلام «و لا تمکر بی فی حیلتک» و قـد عقـد جملـة من الفقهاء بابا فی الحیل الشرعیة قصدوا بها علاج الامر بصورة شرعیة حتی لا یقع الانسان فی الحرام.

مثلا من اراد رهن الدار و السکنی فیها عالج ذلک ببیع الشرط.

و من المعلوم ان آثار البیع غیر آثار الرهن، فلا یستشکل بانه کیف یمکن ان نقول بتغیر الحکم بمجرد لفظی الرهن و البیع.

بـل ربمـا یکون الفـارق مجرد اللفظ أیضا، و مع ذلک یکون فی احـد اللفظین اثر فی اللفظ الآخر مثلا: لا یصـح لفظ حللت فرجها فی المتعة و یصح لفظ متعتک فیها.

و السر أن الشارع اراد تحدید الاسباب و المسببات.

اما لعلاقة خاصة بین السبب و المسبب- و لو اعتبارا-.

و اما لضـرب القاعـدة و تقییـد المسـببات باسـباب مجعولـة، لئلا یقع الهرج و الفوضـی، فانه لو اباح کل لفظ مثلا فی المتعـة لزم عـدم الفصل بین الزنا و النکاح، و هکذا.

و الکلاـم فی ذلـک طویـل بیّنـاه فی بعض الکتب نکتفی منه بهـذا القـدر و لعله یأتی لـذلک زیادة توضـیح فی کتاب البیع ان شاء الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۳

من کتاب الطلاق لو انکر الاسـتدانة خوفا من الاقرار بالابراء او القضاء جاز الحلف مع صـدقه بشـرط التوریـة بما یخرجه عن الکـذب، انتهی.

و فی اللمعة یحلف علیه فیوری و قریب منه فی شرحها.

و فی جامع المقاصد فی باب المکاسب یجب التوریة بما یخرجه من الکذب.

و انمـا اردنـا هنـا الالماع إلی انه لیس المراد بالحیلـة ما یفهم بعض المبتـدءین، فیسـتخف فی نفسه بالفقه و من ثم بالـدین و الله العالم العاصم.

ففی بـاب الحیـل (من کتاب الطلاق) قال: (لو انکر الاسـتدانهٔ خوفا من الاقرار بالابراء او القضاء) فان زیـدا لو اعترف بان محمـدا ادانه عشـرهٔ دنانیر، کان اقرارا فی حق نفسه فاذا قال زید لکن محمدا برئنی، او قال لکننی قضیت ما علی و اعطیته ایاه لم یقبل منه لانه ادعاء یحتاج إلی الشهود

و لـذا لو اراد التخلص من هـذه المشـکلهٔ کان له ان ینکر اصل دین محمـد منه (جاز الحلف مع صدقه) بان یحلف ان محمدا لا یطلبه (بشـرط التوریـهٔ بما یخرجه عن الکذب، انتهی) کان یقول: و الله ما طلبنی محمد شـیئا فی یوم من الایام- و ینوی فی نفسه فی یوم من ایام هذا العام مثلا فیما اذا کان الطلب سقط فی العام السابق-.

(و فی اللمعهٔ یحلف علیه فیوری و قریب منه فی شرحها) ای شرح اللمعهٔ.

(و فی جامع المقاصد فی باب المکاسب یجب التوریهٔ بما یخرجه من الکذب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۴

انتهی.

و وجه ما ذکروه ان الکـذب حرام، و لم یحصل الاضـطرار إلیه مع القـدرهٔ علی التوریـهٔ فیـدخل تحت العمومات، مع ان قبـح الکـذب عقلی، فلا یسوغ الا مع تحقق عنوان حسن فی ضمنه یغلب حسنه علی قبحه.

و یتوقف تحققه علی تحققه و لا یکون التوقف الا مع العجز عن التوریهٔ.

و هذا الحکم جید الا ان مقتضی اطلاقات ادلهٔ الترخیص فی الحلف

انتهی) کلام المحقق الکرکی فی جامع المقاصد.

(و وجه ما ذکروه) من لزوم التوریـهٔ (ان الکـذب حرام، و لم یحصل الاضـطرار إلیه مع القـدرهٔ علی التوریـهٔ) فلا یجوز (فیـدخل) هـذا الکـذب (تحت العمومات) الدالـهٔ علی حرمهٔ کل کذب (مع ان قبح الکذب عقلی، فلا یسوغ الا مع تحقق عنوان حسن فی ضـمنه) ای ضمن الکذب، بحیث (یغلب حسنه) ای حسن ذلک العنوان (علی قبحه) ای قبح الکذب او یتساویان فیکون الاصل الجواز.

(و یتوقف تحققه) ای تحقق ذلک العنوان الحسن (علی تحققه) ای تحقق الکـذب اذ لو لم یتوقف العنوان الحسن علی عنوان الکـذب لم یحسن الکذب فلا یجوز (و لا یکون التوقف الا مع العجز عن التوریهٔ) کما لا یخفی.

(و هذا الحکم) بان جواز الکذب متوقف علی عدم القدرهٔ علی التوریهٔ (جید) لما عرفت من انه مقتضـی اطلاق النص و حکم العقل و صریح الفتاوی (الا ان مقتضی اطلاقات ادلهٔ الترخیص فی الحلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۵

کاذبا بالدفع الضرر البدنی او المالی عن نفسه او اخیه عدم اعتبار ذلک

ففی روایـهٔ السـکونی عن جعفر، عن ابیه، عن آبـائه، عن علی علیه السـلام قال: قال رسول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم: احلف بالله کاذبا، و نج اخاک من القتل.

و صـحیحهٔ اسـماعیل بن سـعد الاشـعری، عن ابی الحسن الرضـا علیه السـلام سألته عن رجل یخاف علی ماله من السـلطان، فیحلف له لینجو به منه قال: لا بأس و سألته هل یحلف الرجل علی مال اخیه کما یحلف علی مال نفسه؟ قال: نعم.

کاذبا بالدفع الضرر البدنی او المالی عن نفسه او اخیه عدم اعتبار ذلک) و ألیک جملهٔ من النصوص.

(ففی روایـهٔ السـکونی عن جعفر، عن ابیه، عن آبائه، عن علی علیه السـلام قال: قال رسول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم: احلف بالله کاذبا، و نج اخاک من القتل) فان اطلاقه شامل لصورتی التمکن من التوریهٔ و عدمه.

(و صحیحة اسماعیل بن سعد الاشعری، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام سألته عن رجل یخاف علی ماله من السلطان، فیحلف له لینجو به) ای بسبب الحلف (منه) ای من السلطان (قال) علیه السلام (لا بأس و سألته هل یحلف الرجل علی مال اخیه کما یحلف علی مال نفسه؟ قال) علیه السلام (نعم) فیجوز الحلف کاذبا لمال نفسه و لمال غیره، و ان لم یکن واجبا علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۶

و عن الفقیه: قال: قال الصادق علیه السلام: الیمین علی وجهین الی ان قال- فاما الیمین التی یوجر علیها الرجل اذا حلف کاذبا و لم تلزمه الکفارة، فهو ان یحلف الرجل فی خلاص امرئ مسلم او خلاص ماله من متعد یتعدی علیه، من لص او غیره.

و فی موثقة زرارة- بابن بکیر- انا نمر علی هؤلاء القوم، فیستحلفونا علی اموالنا و قد أدینا زکاتها، فقال: یا زرارة اذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا.

(و عن الفقیه: قال: قال الصادق علیه السلام: الیمین علی وجهین الی ان قال- فاما الیمین التی یوجر علیها الرجل) بحیث (اذا حلف کاذبا و لم تلزمه الکفارة، فهو ان یحلف الرجل فی خلاص امر، مسلم او خلاص ماله من متعد یعتدی علیه، من لص او غیره).

و الظاهر ان المراد بالکفارة الاعم من الکفارة الخارجیة- اصطلاحا- فیما لو حلف علی شیء مستقبل، فلم یف به، و الکفارة بمعنی الاستغفار من الذنب- لغة- فیما لو حلف علی شیء ماض او حاضر.

(و فی موثقة زرارة- بابن بکیر-) ای کونه موثقة، لوجود ابن بکیر فی طریقه (انا نمر علی هؤلاء القوم، فیستحلفونا علی اموالنا و قد أدینا زکاتها) و کان المراد بهؤلاء: عمال العشور الذین یأخذون الزکوات (فقال) علیه السلام (یا زرارة اذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا) من الکیفیة التی یریدونها لیطمئنوا بانها لیست فیها الزکاة.

و انما یستفاد من هذا الحدیث جواز الحلف کاذبا باعتبار قوله «بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۷

و روایة سماعة عن ابی عبد الله علیه السلام: اذا حلف الرجل تقیة، لم یضره اذا هو اکره او اضطر إلیه.

و قال: لیس شیء مما حرم الله الا و قد احله لمن اضطر إلیه.

الی غیر ذلک من الاخبار الواردة فی هذا الباب و فیما یأتی من جواز الکذب فی الاصلاح التی یصعب علی الفقیه التزام تقییدها بصورة عدم القدرة علی التوریة.

شاءوا» و الا فالحلف بانه ادی زکاة المال حلف صادق.

و یمکن توجیهها بوجه آخر أیضا اخفی من الوجه الّذی ذکرناه.

(و روایة سماعة عن ابی عبد الله علیه السلام: اذا حلف الرجل تقیة لم یضره اذا هو اکره) علی الحلف الکاذب (او اضطر إلیه).

و کان الفرق ان الاکراه ان یقول له الظالم: احلف، و الاضطرار ان یحلف هو بنفسه فرارا عن المحظور.

(و قال) علیه السلام (لیس شیء مما حرم الله الا و قد احله لمن اضطر إلیه).

و المراد بالاضطرار هنا اعم من الاکراه، فان الاضطرار و الاکراه کالظرف و الجار و المجرور، اذا اجتمعا افترقا و اذا افترقا اجتمعا- کما لا یخفی-.

(الی غیر ذلک من الاخبار الواردة فی هذا الباب) ای باب الحلف کاذبا (و فیما یأتی من جواز الکذب فی الاصلاح التی یصعب علی الفقیه التزام تقییدها بصورة عدم القدرة علی التوریة) بان یقول بان هذه الاخبار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۱۸

و اما حكم العقل بقبح الكذب فى غير مقام توقف تحقق المصلحة الراجحة عليه فهو و ان كان مسلما الا انه يمكن القول بالعفو عنه شرعا للاخبار المذكورة كما عفى عن الكذب فى الاصلاح، و عن السب و التبرى مع الاكراه مع انه قبيح عقلا أيضا، مع ان ايجاب التورية على القادر لا يخلو

انما تجوز الكذب فى صورة عدم القدرة على التورية.

اما صورة القدرة فلا يجوز الكذب، كيف و جملة من رواتها من الافاضل الذين يتمكنون على التورية، و مع ذلك لم ينبههم الامام عليه السلام.

و الانصاف ان مثل هذا التقييد يوجب تفويت كثير من المصالح التى اجيز لاجلها الكذب، اذ غالب الناس- حتى الافاضل- لا يقدرون على التورية فى حين الاضطرار، حتى انهم لو ارادوا التورية ظهرت ملامح الكذب و الارتباك على وجوههم و اقوالهم كما لا يخفى.

(و اما حكم العقل بقبح الكذب فى غير مقام توقف تحقق المصلحة الراجحة عليه فهو و ان كان مسلما) و لازمه حكمه بقبح الكذب اذا تمكن الشخص من التورية (الا انه يمكن القول بالعفو عنه) اى عن الكذب (شرعا للاخبار المذكورة).

و لا اشكال فى كون شيء قبيحا عقلا، و لكنه جائز شرعا، لما رأى الشارع فيه من الصلاح المقابل لذلك الفساد الّذى اوجب حكم العقل بقبحه (كما عفى) الشارع (عن الكذب فى الاصلاح، و) عفى (عن السب و التبرى) عن انسان طيب خير (مع الاكراه مع انه قبيح عقلا أيضا) كقبح الكذب فى صورة امكان التورية (مع ان ايجاب التورية على القادر لا يخلو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۱۹

عن الالتزام بالعسر، كما لا يخفى فلو قيل بتوسعة الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب فيما نحن فيه و ان قدر على التورية، كان حسنا، الا ان الاحتياط فى خلافه، بل هو المطابق للقواعد لو لا استبعاد التقييد فى هذه المطلقات، لان النسبة بين هذه المطلقات و بين ما دل كالرواية الاخيرة و غيرها- على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار المستلزم

عن الالتزام بالعسر، كما لا يخفى).

و قد تقدم سببه فى كلامنا، و لعل هذا كاف فى القول بانه ليس بقبيح اصلا، كما ان مصلحة الاصلاح و السب و التبرى اوجبت ذهاب قبح الكذب و السب.

فالقول بانها ليست قبيحة اصلا- لا شرعا و لا عقلا- اقرب.

و كيف كان (فلو قيل بتوسعة الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب فيما نحن فيه) مما اضطر الانسان إليه (و ان قدر على التورية كان حسنا، الا ان الاحتياط فى خلافه) اى فى خلاف هذا القول، و انه ان قدر على التورية لم يكن مجال لعدم ترتيب آثار الكذب (بل هو المطابق للقواعد) الدالة على انه لو دار الامر بين جائز و حرام، لم يكن اضطرار إلى الحرام (لو لا استبعاد التقييد فى هذه المطلقات) الدالة على جواز الكذب فى صورة الاضطرار مطلقا، و ان قدر على التورية (لان النسبة بين هذه المطلقات) المجوزة للكذب (و بين ما دل- كالرواية الاخيرة و غيرها- على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار المستلزم) فاعله «ما دل»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۰

للمنع، مع عدمه مطلقا عموم من وجه فيرجع إلى عمومات حرمة الكذب فتامل هذا مع امكان منع الاستبعاد المذكور لان مورد الاخبار عدم الالتفات إلى التورية فى مقام الضرورة إلى الكذب.

(للمنع) عن الكذب (مع عدمه) اى عدم الاضطرار (مطلقا) اى سواء لم يكن اضطرار، او كان اضطرار و امكن رفعه بالتورية (عموم من

وجه).

فان الروايات المجوزة تقول: يجوز الكذب ان تمكن عن التورية أم لم يتمكن.

و الرواية الاخيرة- اى موثقة زرارة- تقول: يجوز الكذب اذا اضطر فاذا لم يضطر لم يجز سواء لم يضطر اصلا، او اضطر و امكن رفعه بالتورية ففى صورة عدم التمكن من التورية لا تعارض الرواية الموثقة.

و فى صورة عدم الاضطرار اصلا لا تعارض الرواية المجوزة.

و يقع التعارض بينهما فى صورة الاضطرار مع التمكن من التورية فتجيزها الرواية المجوزة و تمنعها الرواية الاخيرة (فيرجع إلى عمومات حرمة الكذب فتأمل).

اذ ان الروايات المجوزة حاكمة على الموثقة لانها تبين موضوع الاضطرار الّذى تعرضت له الموثقة، و لا يخفى قوة هذا القول (هذا مع امكان منع الاستبعاد المذكور) بان نقول: لا بعد فى تقييد المطلقات بصورة عدم امكان التورية (لان مورد الاخبار) المجوزة (عدم الالتفات إلى التورية فى مقام الضرورة إلى الكذب).

فالاخبار المجوزة لا تشمل صورة الالتفات إلى التورية، حتى يكون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۲۱

اذ مع الالتفات فالغالب اختيارها، اذ لا داعى إلى العدول عنها الى الكذب.

ثم ان اكثر الاصحاب مع تقييد هم جواز الكذب بعدم القدرة على التورية، اطلقوا القول بلغوية ما اكره عليه من العقود و الايقاعات.

و الاقوال المحرمة، كالسب و التبرى من دون تقييد بصورة عدم التمكن من

حكمها بالجواز شاملا لصورة امكان التورية أيضا.

(اذ مع الالتفات) ممن يضطر إلى التورية (فالغالب اختيارها اذ لا داعى إلى العدول عنها إلى الكذب).

لكن لا يخفى ما فيه، لانه لو كانت التورية رافعة للاضطرار، لعلّمها الامام لافاضل الاصحاب.

الا- ترى انه لو جاءك انسان و قال: انى مضطر إلى اكل الميتة لانى لا اعلم كيفية الذبح، تقول له: انك لست مضطرا لامكانك ان تعطى الحيوان لقصاب يذبحه فيما اذا كان القصاب ميسورا له بكل سهولة.

(ثم ان اكثر الاصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم القدرة على التورية) فى مسئلتنا هذه خالفوا ذلك فى مسئلة اخرى.

فانهم (اطلقوا القول بلغوية ما اكره عليه من العقود) كالبيع (و الايقاعات) كالطلاق.

(و الاقوال المحرمة، كالسب و التبرى) فلا ينعقد عقدا، و لا يصح ايقاعا و لا يكون حراما (من دون تقييد) منهم اللغوية (بصورة عدم التمكن من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۲۲

التورية بل صرح بعض هؤلاء- كالشهيد فى الروضة و المسالك فى باب الطلاق- بعدم اعتبار العجز عنها بل فى كلام بعض ما يشعر بالاتفاق عليه، مع انه يمكن ان يقال: ان المكره على البيع انما اكره على التلفظ بالصيغة.

و اما إرادة المعنى

التورية) مع انه لو كانت التورية رافعة للاضطرار لزم القول فى مسئلتنا: اى الكذب، و فى تلك المسألة اى العقد و الايقاع و السب المكره عليها بان اللازم عدم التمكن من التورية.

فتقييدهم فى مسئلتنا و عدم تقييدهم فى تلك المسألة تهافت، فان الاضطرار ان كان- مع امكان التورية- فليكن حتى فى الكذب و ان

لم یکن- مع امکان التوریـة- فلا- یکون حتی فی مسئلة العقود فما هو الفارق بین المسألتین (بل صرح بعض هؤلاء- کالشهید فی الروضة و المسالک فی باب الطلاق- بعدم اعتبار العجز عنها) ای عن التوریة فی وقوع الاکراه فانه لو اکره علی الطلاق فطلق و لم یورّ بطل الطلاق و ان کان متمکنا من التوریـة (بل فی کلام بعض ما یشعر بالاتفاق علیه) ای علی بطلان الطلاق و ان تمکن من التوریة و کـذا سـائر العقود و الایقاعـات (مع انه یمکن ان یقال) فی الایراد علی الشـهید الثانی، و من قال بمقاله (ان المکره علی البیع انما اکره علی التلفظ بالصیغة) و اجراء لفظ «بعت» مع ترتیب الاثر الخارجی علیه بتسلیمه المال إلی المشتری- مثلا-.

(و اما إرادة المعنی) من المکره- بالفتح- بل ینوی البیع عند

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۳

فمما لا تقبل الاکراه، فاذا اراده مع القدرة علی عدم ارادته، فقد اختاره

فالاکراه علی البیع الواقعی یختص بغیر القادر علی التوریة، لعدم المعرفة بها، او عدم الالتفات إلیها.

کما ان الاضطرار إلی الکذب یختص بغیر القادر علیها.

و یمکن ان یفرق بین المقامین بان الاکراه انما یتعلق بالبیع الحقیقی او الطلاق الحقیقی.

جریـان اللفظ (فمما لا تقبل الاکراه، فاذا اراده) ای اراد المکره- بالفتـح- المعنی (مع القـدرة علی عـدم ارادته، فقـد اختاره) بنفسه من دون اکراه علیه، و ذلک یقتضی صحة البیع.

(فالاکراه علی البیع الواقعی یختص بغیر القادر علی التوریة لعدم المعرفة بها، او عدم الالتفات إلیها) حین البیع و ان کان عارفا بها.

(کما ان الاضطرار إلی الکذب) فی مسئلتنا (یختص بغیر القادر علیها) ای علی التوریة.

(و یمکن ان یفرق بین المقامین) مقام الکذب و مقام العقود، حیث لا یجوز الکذب مع تمکن التوریة و لا یصح العقد و ان تمکن من التوریة (ب) ما حاصله ان دلیل الاکراه مطلق فی باب العقود، فیتحقق الاکراه و لو مع القدرة علی التوریة، و دلیل الاکراه غیر مطلق فی الکذب بل خاص بصورة الاضطرار، لا یتحقق مع امکان التوریة.

ف (ان الاـکراه انمـا یتعلق بـالبیع الحقیقی، او الطلاـق الحقیقی) اذ الجـائر یریـد ان یبیع ماله او یطلق زوجته، لا انه یریـد صورة البیع و الطلاق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۴

غایـة الامر قـدرة المکره علی التفصی عنه بایقـاع الصورة من دون إرادة المعنی، لکنه غیر المکره علیه و حیث ان الاخبـار خالیـة عن اعتبار العجز عن التفصی بهذا الوجه لم یعتبر ذلک فی حکم الاکراه.

و هذا بخلاف الکذب، فانه لم یسوغ الا عند الاضطرار إلیه و لا اضطرار مع القدرة.

نعم لو کان الاکراه من افراد الاضطرار.

(غایـة الامر قـدرة المکره)- بالفتـح- (علی التفصـی) و التخلص (عنه) ای عن الاـکراه (بایقاع الصورة) ای مجرد لفظ «بعت و طلقت» (من دون إرادة المعنی، لکنه) ای اللفظ، فقط (غیر المکره علیه و حیث ان الاخبار خالیة عن اعتبار العجز عن التفصی بهذا الوجه).

فـان الاخبـار الدالـة علی بطلاـن عقـد و ایقـاع المکره لم تـذکران البطلان خاص بصورة عجز المکره- بالفتـح- عن التوریـة (لم یعتبر ذلک) ای عدم امکان التفصی (فی حکم الاکراه) فالاکراه موجود و ان امکن التفصی باجراء اللفظ فقط دون المعنی.

(و هذا بخلاف الکذب) الجائز للضـرورة (فانه لم یسوغ) الکذب- فی الاخبار- (الا عند الاضـطرار إلیه، و لا اضـطرار مع القدرة) علی التفصّی بالتوریة.

(نعم) یرد اشکال مـا هو الفرق بین مقـام الکـذب، و مقـام العقود (لو کان الاکراه من افراد الاضـطرار) فالروایـة التی تقول ببطلان بیع المکره یراد به المضطر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۵

بان کان المعتبر فی تحقق موضوعه عرفا او لغة، العجز عن التفصّی کما ادعاه بعض، او قلنا: باختصاص رفع حکمه بصورة الاضـطرار، او بان کان عـدم ترتب الاثر علی المکره علیه من حیث انه مضـطر إلیه لدفع الضـرر المتوعد علیه به عن النفس و المال کان ینبغی فیه اعتبار العجز من التوریة لعدم الاضطرار مع القدرة علیها.

و حیث لا اضطرار مع التوریة یکون قول الفقهاء بعدم الاحتیاج إلی التوریة- فی العقود- و الاحتیاج إلیها فی الکذب- تهافتا.

و توضیحه انه لو قلنا: بان الاکراه من افراد الاضطرار (بان کان المعتبر فی تحقق موضوعه) ای الاکراه (عرفا او لغة، العجز عن التفصی) بالتوریة (کما ادعاه بعض) ای ادعی ان الاکراه یعتبر فیه العجز- لانه من افراد الاضـطرار- (او قلنا) بان الاکراه لیس من افراد الاضطرار موضوعا- بل (باختصاص رفع حکمه) ای حکم المکره علیه (بصورة الاضـطرار او بان کان عدم ترتب الاثر علی المکره علیه) انما هو (من حیث انه مضـطر إلیه) اضـطرارا (لدفع الضـرر المتوعد علیه به) «به» متعلق به «دفع» و معنی «به» ای بما یأتی من العقد- مثلا- (عن النفس و المال) متعلق ب «ضرر» (کان) هذا خبر قوله «نعم لو کان».

و الحاصـل انه لو قلنـا بـان الاضـطرار محقق لموضوع الاـکراه، او لحکم الاکراه، کان (ینبغی فیه) ای فی الاکراه الرافع لحکـم العقـد و الایقاع (اعتبار العجز من التوریة).

و انما یعتبر العجز (لعدم الاضطرار مع القدرة علیها) ای علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۶

و الحاصل ان المکره اذا قصد المعنی مع التمکن من التوریة، صدق علی ما اوقع انه مکره علیه، فیدخل فی عموم رفع ما اکرهوا علیه.

و اما المضـطر فاذا کـذب مع القـدرة علی التوریـة، لم یصـدق انه مضـطر إلیه، فلا یدخل فی عموم: رفع ما اضـطروا إلیه هذا کله علی مذاق المشهور

التوریة، و اذا لم یکن اضطرار لم یکن اکراه حکما او موضوعا، فلا بطلان للعقد او الایقاع.

(و الحاصل) فی الفرق بین المقامین، ای مقام الکـذب الّـذی شـرطوا فیه عـدم تمکنه من التوریـة، و مقام العقود الّـذی لم یشترطوا فیه عدم تمکنه من التوریة (ان المکره) بالفتح (اذا قصد المعنی) للعقد او الایقاع (مع التمکن من التوریة، صدق علی ما اوقع) ای العقد او الایقاع الّذی اوقعه (انه مکره علیه، فیدخل) ما اوقعه من عقد او ایقاع (فی عموم رفع ما اکرهوا علیه) و یکون باطلا غیر نافذ.

(و اما المضـطر) الّـذی یحلف کـذبا (فاذا کذب مع القدرة علی التوریة لم یصدق انه مضـطر إلیه، فلا یدخل) کذبه (فی عموم: رفع ما اضطروا إلیه) و لکن لا یخفی: ما فی هذا الفرق.

و الانصاف ان اللازم ان نقول: باشتراط عدم التمکن من التوریة فی المقامین، او بعدم الاشتراط فی المقامین.

و کیف کان، ف (هذا کله) الّذی اتعبنا انفسنا لا بداء الفرق بین المقامین (علی مذاق المشهور) حیث یشترطون عدم امکان التوریة فی الکذب، دون العقود و الایقاعات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۲۷

من انحصار جواز الکذب بصورة الاضطرار إلیه- حتی من جهة العجز عن التوریة-.

و اما علی ما استظهرناه من الاخبار- کما اعترف به جماعة- من جوازه مع الاضطرار إلیه من غیر جهة العجز عن التوریة، فلا فرق بینه و

بين الاكراه.

كما ان الظاهر ان ادلة نفى الاكراه راجعة إلى الاضطرار لكن من غير جهة التورية، فالشارع رخص فى ترك التورية فى كل كلام مضطر إليه للاكراه عليه او دفع الضرر به، هذا.

(من انحصار جواز الكذب بصورة الاضطرار إليه- حتى من جهة العجز عن التورية-) فاذا لم يعجز، فلا اضطرار، فلا يجوز الكذب.

(و اما على ما استظهرناه من الاخبار- كما اعترف به جماعة-) بانه ظاهر الاخبار (من جوازه) اى الكذب (مع الاضطرار إليه من غير جهة العجز عن التورية) فهو جائز و ان كان قادرا على التورية (فلا فرق بينه و بين الاكراه) فى ان العجز عن التورية لم يؤخذ فى موضوعها و لا حكمها.

(كما ان الظاهر ان ادلة نفى الاكراه راجعة إلى الاضطرار).

فالاكراه من مصاديق الاضطرار (لكن من غير جهة التورية) فلا يعتبر عدم امكان التورية فى صدق الادلة للاضطرار.

و على هذا (فالشارع رخص فى ترك التورية فى كل كلام مضطر إليه) سواء كان (للاكراه عليه) اى على ذلك الكلام (او) ل (دفع الضرر به) الضرر المتوجه من غير اكراه مكره (هذا) تمام الكلام فى اشتراط عدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۸

و لكن الاحوط التورية فى البابين.

ثم ان الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات.

نعم يستحب تحمل الضرر المالى الّذى لا يجحف.

و عليه: يحمل قول امير المؤمنين عليه السلام فى نهج البلاغة: علامة الايمان ان تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك.

ثم ان الاقوال الصادرة عن ائمتنا فى مقام التقية فى بيان الاحكام

امكان التورية فى الكذب الاضطرارى.

(و لكن الاحوط التورية فى البابين) باب الكذب، و باب العقود و الايقاعات.

(ثم ان الضرر المسوغ) و المجوز (للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات)

(نعم يستحب تحمل الضرر المالى) بل و البدنى (الّذى لا يجحف) بالانسان اى لا يكون ضررا كثيرا.

(و عليه) اى على الاستحباب فى غير المجحف (يحمل قول امير المؤمنين عليه السلام فى نهج البلاغة: علامة الايمان ان تؤثر الصدق) اى تقدمه (حيث يضرك) الصدق (على الكذب حيث ينفعك).

فان المراد المرتبة الراقية من الايمان و المراد بالضرر غير المجحف.

(ثم ان الاقوال الصادرة عن ائمتنا) الطاهرين عليهم السلام (فى مقام التقية فى بيان الاحكام) مقابل التقية التى هى تكليف للسائل.

فاذا كان حكم السائل التقية يكون بيان الامام عليه السلام بيانا للحكم الواقعى فلا شائبة فى كونه خلافا للواقع حتى يحتاج إلى هذا التوجيه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۳، ص: ۲۲۹

مثل قولهم: لا بأس بالصلاة فى ثوب اصابه خمر، و نحو ذلك.

و ان امكن حمله على الكذب لمصلحة بناء على ما استظهرنا جوازه من الاخبار، الا ان الاليق بشأنهم عليهم السلام هو الحمل على إرادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينة بان يريد من جواز الصلاة فى الثوب المذكور جوازها عند تعذر الغسل و الاضطرار إلى

اللبس.

و قد صرحوا بإرادة المحامل البعيدة فى بعض الموارد، مثل انه ذكر عليه السلام: ان النافلة فريضة، ففزع المخاطب، ثم قال: انما اردت صلاة

(مثل قولهم:) عليهم السلام (لا بأس بالصلاة فى ثوب اصابه خمر، و نحو ذلك) مما هو مخالف للواقع.

(و ان امكن حمله على الكذب لمصلحة) فان ذلك جائز (بناء على ما استظهرنا جوازه من الاخبار) خلافا لمن خصص الجواز بصورة عدم امكان التورية (الا ان الاليق بشأنهم عليهم السلام) كما يدل كونه أليق تفسيرهم عليهم السلام للآيات التى يمكن ان يتوهم منها خلاف الواقع فى قول الأنبياء كقول ابراهيم: انى سقيم، و ما اشبه (هو الحمل على إرادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينة) مثلا (بان يريد من جواز الصلاة فى الثوب المذكور، جوازها عند تعذر الغسل و الاضطرار إلى اللبس) او يريد جوازها للمضطر تقية، او ما اشبه ذلك.

(و قد صرحوا) الائمة عليهم السلام (بإرادة المحامل البعيدة فى بعض الموارد، مثل انه ذكر عليه السلام ان النافلة فريضة، ففزع المخاطب، ثم قال) عليه السلام (انما اردت صلاة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۰

الوتر على النبى صلى الله عليه و آله.

و من هنا يعلم انه اذا دار الامر فى بعض المواضع بين الحمل على التقية و الحمل على الاستحباب كما فى الامر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا تعين الثانى لان التقية تتأدى بإرادة المجاز و اخفاء القرينة.

الوتر على النبى صلى الله عليه و آله).

و لا يخفى ما فى هذه الإرادة من البعد عن مساق الظاهر.

(و من هنا) الّذى ذكرنا انه أليق بشأنهم عليهم السلام (يعلم انه اذا دار الامر فى بعض المواضع بين الحمل على التقية و الحمل على الاستحباب كما) فى تخليل اصابع الرجل بعد المسح، و (فى الامر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا تعين الثانى) اى الحمل على الاستحباب (لان التقية تتأدى بإرادة المجاز، و اخفاء القرينة) بان يريد الامام من الامر، الاستحباب و يخفى قرينة المجاز، اى كونه اريد بالامر الاستحباب.

و الحاصل انه اذا دار الامر بين ان يكون قول الامام خلافا للواقع تقية- او موافقا للواقع- مجازا- كان الثانى اولى، فاذا قال الامام عليه السلام: توضأ عقيب المذى، و دار امر توضأ بين الاستحباب حتى يكون صورة الامر بلا قرينة تقية، و بين كونه تقية حتى يكون اصل توضأ خلافا للواقع، كان الاليق بمقام الامام عليه السلام الاستحباب.

لكن ربما يقال: ان هذا خلاف ادلة التعادل و الترجيح و لا ظهور

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۱

الثانى: من مسوغات الكذب إرادة الاصلاح

و قد استفاضت الاخبار بجواز الكذب عند إرادة الاصلاح.

ففى صحيحة معاوية بن عمار: المصلح ليس بكذاب، و نحوها رواية معاوية بن حكم، عن ابيه عن جده، عن ابى عبد الله عليه السلام.

و فى رواية عيسى بن حنان عن الصادق عليه السلام: كل كذب مسئول عنه صاحبه يوما الا كذبا فى ثلاثة: رجل كائد فى حربه، فهو

موضوع عنه.

و رجل اصلح بین اثنین یلقی هذا بغیر ما یلقی هذا یرید بذلک الاصلاح.

للتقیة مجازا حتی یقدم علی التقیة حقیقة.

(الثانی: من مسوغات الکذب) و مجوزاته (إرادة الاصلاح و قد استفاضت الاخبار بجواز الکذب عند إرادة الاصلاح) لذات البین، زوجین کانا او غیرهما.

(ففی صحیحة معاویة بن عمار: المصلح لیس بکذاب) نفی الموضوع و إرادة نفی الحکم (و نحوها روایة معاویة بن حکم، عن ابیه عن جده، عن ابی عبد الله علیه السلام).

(و فی روایة عیسی بن حنان عن الصادق علیه السلام: کل کذب مسئول عنه صاحبه) ای صاحب الکذب (یوما) ای فی الدنیا او القبر او القیامة (الا کذبا فی ثلاثة: رجل کائد فی حربه، فهو موضوع عنه) فان الحرب مکیدة، کما لو کذب للتغلب علی عدوه.

(و رجل اصلح بین اثنین یلقی هذا بغیر ما یلقی هذا) الآخر، فیقول لزید: مدحک عمرو، بینما ذمه عمرو (یرید بذلک) الکذب (الاصلاح).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۲

و رجل وعد اهله و هو لا یرید ان یتم لهم.

و بمضمون هذه الروایة فی استثناء هذه الثلاثة روایات.

و فی مرسلة الواسطی، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: الکلام ثلاثة، صدق، و کذب، و اصلاح بین الناس قیل له جعلت فداک، و ما الاصلاح بین الناس؟ قال: تسمع من الرجل کلاما یبلغه فتخبث نفسه فتقول سمعت فلانا قال فیک من الخیر کذا و کذا، خلاف ما سمعته.

(و رجل وعد اهله و هو لا یرید ان یتم لهم) ای یفی بوعده.

و لا یخفی ان هذا أیضا شعبة من الاصلاح، اذ کثیرا ما یکون موقف الرجل یوجب الکذب، و الا افسد علیه اهله امره.

(و بمضمون هذه الروایة فی استثناء هذه الثلاثة) من الکذب المحرم (روایات) اخری.

(و فی مرسلة الواسطی، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: الکلام ثلاثة، صدق، و کذب، و اصلاح بین الناس) و المراد انه صورة کذب و لیس محکوما بحکم الکذب واقعا (قیل له جعلت فداک، و ما الإصلاح بین الناس قال: تسمع عن الرجل کلاما یبلغه) کان تسمع من زید کلاما سیئا فی عمرو و یبلغ ذلک الکلام عمروا (فتخبث نفسه) ای تفسد نفس الرجل المقول فیه الکلام، کعمرو بالنسبة إلی زید قائل الکلام (فتقول) لعمرو (سمعت فلانا) کزید، مثلا (قال فیک من الخیر کذا و کذا، خلاف ما سمعته) حتی تطیب نفس عمرو علی زید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۳

و عن الصدوق فی کتاب الاخوان بسنده عن ابی الحسن الرضا «ع» قال: ان الرجل لیصدق علی اخیه، فیصیبه عنت من صدقه فیکون کذابا عند الله و ان الرجل لیکذب علی اخیه یرید به نفعه، فیکون عند الله صادقا.

ثم ان ظاهر الاخبار المذکورة عدم وجوب التوریة و لم ار من اعتبر العجز عنها فی جواز الکذب فی هذا المقام.

و تقیید الاخبار المذکورة بصورة العجز عنها فی غایة البعد، و ان کان مراعاته مقتضی الاحتیاط.

(و عن الصدوق فی کتاب الاخوان بسنده عن ابی الحسن الرضا «ع» قال: ان الرجل لیصدق علی اخیه، فیصیبه عنت) و صعوبة (من صدقه فیکون کذابا عند الله) ای علیه وزر الکذب، لانه القی اخاه فی الحرج و الضرر، بسبب صدقه، و قد کان هذا الصدق منهیا عنه (و ان الرجل لیکذب علی اخیه یرید به نفعه، فیکون عند الله صادقا) ای له ثواب الصادقین.

(ثم ان ظاهر الاخبار المذکورة عدم وجوب التوریة) فی الکذب الاصلاحی (و لم أر من اعتبر العجز عنها) ای عن التوریة (فی جواز الکذب فی هذا المقام) ای مقام الاصلاح.

(و تقیید الاخبار المذکورة) فی الکذب الاصلاحی (بصورة العجز عنها) ای عن التوریة (فی غایة البعد، و ان کان مراعاته) ای العجز عن التوریة (مقتضی الاحتیاط).

لکن الظاهر من لفظ «یکذب» فی الاخبار و نحوه انه لا مجال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۴

ثم انه قد ورد فی اخبار کثیرة جواز الوعد الکاذب مع الزوجة، بل مطلق الاهل، و الله العالم.

للاحتیاط حتی الاستحبابی منه.

(ثم انه قد ورد فی اخبار کثیرة جواز الوعد الکاذب مع الزوجة، بل مطلق الاهل).

و قد تقدم ان الوعد لیس من الکذب، کما ورد فی الاخبار جواز الکذب فی الحرب، و جواز الکذب بالنسبة إلی اهل البدعة (و الله العالم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۵

التاسعة عشرة الکهانة حرام،

و هی من کهن یکهن ککتب یکتب کتابة کما فی الصحاح اذا تکهن.

قال: و یقال: کهن بالضم- کهانة- بالفتح- اذا صار کاهنا.

و عن القاموس- أیضا- الکهانة بالکسر لکن عن المصباح کهن یکهن کقتل، کهانة بالفتح.

و کیف کان فعن النهایة: ان الکاهن من یتعاطی الخبر عن الکائنات فی مستقبل الزمان و قد کان فی العرب کهنة.

المسألة (التاسعة عشرة) مما یحرم الاکتساب به لحرمته فی نفسه (الکهانة حرام، و هی من کهن یکهن ککتب یکتب کتابة کما فی الصحاح- اذا تکهن) و اخبر عن الغیب بصورة خاصة.

(قال) الصحاح (و یقال: کهن- بالضم- کهانة- بالفتح- اذا صار کاهنا) ای صارت ملکته الکهانة، کالخیاط لمن صارت ملکته الخیاطة.

(و عن القاموس- أیضا- الکهانة بالکسر) للکاف، کما قاله الصحاح (لکن عن المصباح کهن یکهن کقتل، کهانة بالفتح) لا بالکسر.

(و کیف کان) سواء کان بالفتح او الکسر (فعن النهایة: ان الکاهن من یتعاطی) ای الاخذ و العطاء (الخبر عن الکائنات) ای الاشیاء

التی تکون (فی مستقبل الزمان، و قد کان فی العرب کهنة) جمع کاهن کفسقة جامع فاسق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۶

فمنهم من کان یزعم ان له تابعا من الجن یلقی إلیه الاخبار.

و منهم من کان یزعم انه یعرف الامور بمقدمات و اسباب یستدل بها علی مواقعها من کلام من سأله او فعله او حاله.

و هذا یخصونه باسم العرّاف.

(فمنهم من کان یزعم ان له تابعا) یتبع الکاهن (من الجن یلقی إلیه الاخبار) عن البلاد البعیدة، و الامور الغائبة عن الحواس، و الامور المستقبلة.

(و منهم من کان یزعم انه یعرف الامور بمقدمات و اسباب یستدل بها) ای تلک الاسباب (علی مواقعها).

مثلا: یسأل الکاهن من جاءه یستفسره عن سرقة حدثت عنده، فی ای وقت سرق، و هل تظن باحد، و کم کانت السرقة و فی ای مکان کان، و هکذا فیستدل الکاهن بهذه الامور علی موقع السرقة، و این هی الآن، و من سرقها و هکذا فی سائر الامور (من کلام من سأله او فعله او حاله)- و هذا قسم آخر- فاذا جاءه رجل یسأله عن حظه فی الزواج یزعم الکاهن ان اوّل کلمة قالها السائل تدل علی حظه.

او مثلا: ان کان عمل السائل الحیاکة او ان کان فعله کذا، ینوی الکاهن: انه لما جاءه للسؤال جلس مستقبل الجدی.

او مثلا: ان کان حال السائل حالة حسنة او حالة سیئة دل علی کذا فیجمع الکاهن هذه الامور فی ذهنه، و یجیب علی نحو ما یستنبط منها.

(و هذا) القسم، و هو من یعرف الامور بمقدمات (یخصونه باسم العراف)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۷

و المحکی عن الاکثر فی تعریف الکاهن- ما فی القواعد- من انه من کان له رای من الجن یأتیه الاخبار.

و عن التنقیح انه المشهور، و نسبه فی السرائر إلی القیل و رایّ: علی فعیل، من: رای یقال: فلان رئیّ القوم، ای صاحب رأیهم قیل: و قد یکسر راؤه اتباعا.

مبالغة عارف.

فالکاهن و العارف و القائف کل یخبر عن المستقبل، و عن الامور الغامضة

لکن الاول: من یزعم انه بإلقاء الجن یعرف الامور.

و الثانی: من یزعم انه بالعلائم و الآثار و التفاؤل و التطیر یعرف الامور

و الثالث: من یزعم انه یعرف بالشبه و نحو الشبه، و غالبا ما کان اذکیاء القوم یتصفون بهذه الصفات و قد یطلق هذه الاسامی بعضها علی بعض باعتبارات-.

(و المحکی عن الاکثر فی تعریف الکاهن- ما فی القواعد- من انه من کان له رئیّ) وزان غنیّ (من الجن) ای جن صاحب رأی (یأتیه الاخبار) الغامضة و المستقبلة.

(و عن التنقیح انه) ای تعریف العلامة للکاهن هو (المشهور و نسبه فی السرائر إلی القیل، و رئیّ: علی) وزن (فعیل، من: رای یقال: فلان رئیّ القوم، ای صاحب رایهم) الّذی یعطیهم الرأی فی الامور (قیل: و قد یکسر راؤه اتباعا) ای متابعة لعین الکلمة- و هی الهمزة-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۳۸

و عن القاموس رئىّ كغنى، جنى يرى فيخبر.

و عن النهاية يقال: للتابع من الجن رئىّ بوزن كمىّ.

اقول: روى الطبرسى فى الاحتجاج فى جملة الاسئلة التى سئل الزنديق عنها أبا عبد الله عليه السلام، قال الزنديق: فمن اين اصل الكهانة؟ و من اين يخبر الناس بما يحدث؟ قال عليه السلام: ان الكهانة كانت فى الجاهلية، فى كل حين فترة من الرسل، كان الكاهن بمنزلة الحاكم، يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الامور بينهم، فيخبرهم باشياء تحدث، و ذلك فى وجوه شتى، فراسة العين.

(و عن القاموس راى كغنى، جنّى يرى فيخبر).

(و عن النهاية يقال: للتابع) للانسان (من الجن رئىّ بوزن كمى) وزان غنى.

(اقول: روى الطبرسى فى الاحتجاج فى جملة الاسئلة التى سئل الزنديق عنها أبا عبد الله عليه السلام، قال الزنديق: فمن اين اصل الكهانة؟ و من اين يخبر) الكاهن (الناس بما يحدث) فى المستقبل (قال عليه السلام: ان الكهانة كانت فى الجاهلية، فى كل حين فترة من الرسل، كان الكاهن بمنزلة الحاكم، يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الامور بينهم، فيخبرهم) الكاهن (باشياء تحدث، و ذلك) التمكن من الاخبار بالمستقبل (فى وجوه شتى) اى مصدر علم الكاهن امور متعددة (فراسة العين) فان بعض الناس يتفرسون عن الظواهر البواطن بواسطة نظرهم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۳۹

و ذكاء القلب، و وسوسة النفس، و فطنة الروح، مع قذف

مثلا- اذا نظر إلى جماعة عرف المجرم منهم لانه منخطف اللون كثير الالتفات عديم الاستقرار (و ذكاء القلب) فان الاذكياء يعرفون من المقدمات النتائج، فاذا قيل له زيد و عمرو تشاركا، قال الذكى انه لا تدوم الشركة بينهما لانه يعرف اختلاف زيد و عمرو فى المذاق فيستنبط ان هذا الاختلاف الطبعى سيؤدى إلى فسخ الشركة (و وسوسة النفس) فان بعض النفوس سريعة الاطمينان، و بعض النفوس فيها حالة تردّد و وسوسة فاذا سئلت هذا الوسواس هل يأتى زيد أم لا لا يطمئن بالمقدمات الدالة على مجيئه، و لذا يجيب بالجواب المردد.

مثلا: يقول المقدمات تدل على مجيئه، لكن هناك احتمال عدم المجيء لبعض الموانع (و فطنة الروح) فالروح هى التى تتلقى الاخبار عن الخارج بواسطة الحواس الظاهرة، فالروح الفطنة اذا شمت شيئا او ذاقت او لمست او سمعت انتقل إلى ما وراء ذلك، بخلاف الارواح البليدة.

و قد نقل ان المعرى اخذت جارية بيده لقضاء الحاجة، فلما رجع و اخذت الجارية يده صاح قائلا ذهبت بكارة الفتاة، و كان الامر كما قال.

و عند ما سئل من اين علم ذلك و هو لا يبصر قال من ارتعاش يدها ارتعاشا خاصا.

و على هذا فالفرق بين ذكاء القلب، و فطنة الروح ان الاول الوصول من المقدمات إلى النتائج و لو لم تكن المقدمات محسوسة.

و الثانى: الوصول إلى نتائج مخفية من مقدمات حسية (مع قذف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۴۰

فى قلبه لان ما يحدث فى الارض من الحوادث الظاهرة، فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن، و يخبره بما يحدث فى المنازل و الاطراف

و اما اخبار السماء فان الشيطان كانت تقعد مقاعد استراق السمع اذ ذاك و هى لا تحجب و لا ترجم بالنجوم

فی قلبه) بدون مقدمات.

و هذا هو الّذی یعبر عنه بالفارسیة- در دلم تاثیر کرد-.

و قد عبر عنه فی بعض الاخبار ب «مناجات الارواح» و قد ثبتت هذه الاقسام کلها فی العلم الحدیث فراجع کتب التحضیر، و کتب ما وراء الطبیعة و کتب علم النفس (لان ما یحدث فی الارض من الحوادث الظاهرة، فذلک یعلم) به (الشیطان و یؤدیه إلی الکاهن، و یخبره بما یحدث فی المنازل و الاطراف) ای اطراف المدینة.

(و اما اخبار السماء) فانها لا تعرفها الشیاطین کاملة (فان الشیاطین کانت تقعد مقاعد استراق السمع) ای المقاعد التی یتمکن بها من استراق السمع (اذ ذاک) ای حین فترة من الرسل (و هی لا ـ تحجب) ای لا ـ تمنع (و لا ـ ترجم بالنجوم) ای لا ـ تطرد بسبب النجوم و الشهب.

و هذا اشارة إلی قوله تعالی- فی سورة الجن- «وَ أَنّا کُنّا نَقْعُدُ مِنْها مَقاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَنْ یَسْتَمِعِ الْآنَ یَجِدْ لَهُ شِهاباً رَصَداً» و قوله و «رُجُوماً لِلشَّیاطِینِ».

و المراد ان النجوم مراکز لرجم الشیاطین بالشهب و نحوها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۱

و انما منعت من استراق السمع، لئلا یقع فی الارض سبب یشاکل الوحی من خبر السماء

و لا یخفی انه لا منافات بین العلل الطبیعیة، و العلل الواقعیة، فالشهاب یحدث بسبب امور طبیعیة، لکنها انما تحدث رجما للشیاطین فی الواقع، کما ان الکسوف و الخسوف یحدثان بسبب العلل الطبیعیة و لکنهما انما یکونان لدی کثرة الذنوب، کما ان الجنین یتکون بالاسباب الطبیعیة لکن العلة الحقیقیة إرادة الله تعالی.

و منه یعلم انه لا منافات بین بعد النجوم ألوف الامیال و قرب الشهب من الارض.

فلا یقال: کیف یرمی الشهاب من ذلک المحل البعید، اذ النظام الکونی الخاص المربوط بالنجوم هو الّذی یسبب حدوث النیازک و الکلام فی المقام طویل نکتفی منه بهذا القدر.

(و انما منعت) الشیاطین (من استراق السمع، لئلا یقع فی الارض سبب) و امر (یشاکل) و یشابه (الوحی من خبر السماء) فانه و ان کان هناک فرق بین الوحی و الکهانة و ما اشبهها بان الرسول یتمکن من کل شیء، و الکاهن و شبهه لا یتمکن الا من بعض الاخبار لکن لما کان بعض العوام یشتبه علیهم الامر- جهلا- اقتضت مشیئته سبحانه ان یمنع حتی مثل هذا الاشتباه.

و المراد بما یشابه الوحی الاحکام المتینة القویة التی لیست من امور الارض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۲

فیلبس علی اهل الارض ما جاءهم عن الله تعالی لاثبات الحجة، و نفی الشبهة، و کان الشیطان یسترق الکلمة الواحدة من خبر السماء بما یحدث الله فی خلقه فیختطفها، ثم یهبط بها إلی الارض فیقذفها إلی الکاهن، فاذا قد زاد کلمات من عنده، فیخلط الحق بالباطل.

فما اصاب الکاهن من خبر مما کان یخبر به هو ما اداه إلیه شیطانه مما سمعه.

مثلاـ اذا تمکن الشیطان من استراق السمع جاء بالسورة التی سمعها فی الملاء الاعلی- قبل ان ینطق بها الرسول- الی کاهنه، فیرون الناس ان الرسول و الکاهن کلیهما یلفظان بشیء واحد مثلا فمنعهم الله سبحانه لئلا یشتبه (فیلبس علی اهل الارض ما جاءهم عن الله تعالی)

و ذلـک (لاثبـات الحجـة) فی قول الأنبیاء (و نفی الشـبهة) التی کانت حول کلامهم لو تکلموا الکهنـة بمثل کلامهم (و کان الشـیطان یسترق الکلمة الواحدة من خبر السـماء بما یحدث الله فی خلقه) من الحیاة و الموت، و ما اشبه (فیختطفها) ای یأخذ الکلمة بسرعة (ثم یهبط بها إلی الارض فیقـذفها) ای یلقیها (الی الکاهن، فاذا قد زاد) ای الشـیطان او الکاهن (کلمات من عنده، فیخلط الحق بالباطل) و الصدق بالکذب و هذا هو سر صحة بعض کلمات الکاهن و بطلان بعضها الآخر.

(فما اصاب الکاهن من خبر مما کان یخبر به هو ما اداه) و اعطاه (إلیه شیطانه مما سمعه) الشیطان من السماء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۳

و مـا اخطـاء فیه، فهو من باطـل مـا زاد فیه فمنـذ منعت الشـیاطین عن استراق السـمع انقطعت الکهانـة و الیوم انما تؤدی الشـیاطین إلی کهانها اخبارا للناس مما یتحدثون به و ما یحدثونه.

و الشیاطین تؤدی إلی الشیاطین ما یحدث فی البعد من الحوادث من سارق سرق، و من قاتل قتل و من غائب غاب.

و هم أیضا بمنزلة الناس صدوق و کذوب، الخبر.

و قوله علیه السلام: مع قذف فی قلبه، یمکن ان یکون قید اللاخیر،

(و ما اخطاء فیه، فهو من باطل ما زاد فیه) الشـیطان او الکاهن (فمنذ منعت الشـیاطین عن استراق السـمع انقطعت الکهانة) ای التی بهذا المعنی (و الیوم) و بعـد انقطاع اخبار السـماء (انما تؤدی الشـیاطین إلی کهانها اخبارا للناس) المربوطـة بالارض (مما یتحـدثون به و ما یحدثونه).

مثلا: یقولون ان ملک الصین تکلم بکذا، و ان ملک الهند بنی کذا و هکذا من الاقوال و الاعمال.

(و الشیاطین تؤدی إلی الشیاطین ما یحدث فی البعد).

مثلا شـیطان الصین یحدث شیطان الشرق بما حدث هناک فی الصین و شیطان الشرق یأخذ الکلام لیلقیه إلی کاهنه (من الحوادث من سارق سـرق، و من قاتل قتل و من غائب غاب) و هکـذا من هذا القبیل من الاخبار (و هم) ای الشـیاطین (أیضا بمنزلة الناس صدوق و کذوب) فی اخبارهم عن الامور البعیدة، الی آخر (الخبر) نقلناه لما فیه الفائدة.

(و قوله علیه السلام: مع قذف فی قلبه، یمکن ان یکون قید اللاخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۴

و هو: فطنة الروح، فتکون الکهانة بغیر قذف الشیاطین کما هو ظاهر ما تقدم عن النهایة.

و یحتمل ان یکون قیـدا لجمیع الوجوه المـذکورة فیکون المراد ترکب اخبار الکاهن مما یقذفه الشـیطان، و ما یحدث فی نفسه لتلک الوجوه و غیرها کما یدل علیه قوله علیه السلام بعد ذلک: زاد کلمات من عنده فیخلط الحق بالباطل.

و هو: فطنـة الروح، فتکون الکهانـة بغیر قـذف الشـیاطین) ای الاقسام الثلاثة الاول و هی الفراسة و الذکاء و الوسوسة، کانت من نفس الکاهن بـدون القـذف فالکهانـة قسـمان قـذف و غیر قـذف (کما هو ظاهر ما تقـدم عن النهایة) حیث قال: فمنهم من کان یزعم ان له تابعا، و منهم من کان یزعم انه یعرف.

(و یحتمل ان یکون) قوله: مع قـذف، (قیـدا لجمیع الوجوه المـذکورة) ای الفراسـة و الـذکاء و الوسوسة و الفطنة، یعنی ان هذه الامور بضـمیمة القـذف هی الکهانة (فیکون المراد ترکب اخبار الکاهن مما یقذفه الشیطان و ما یحدث فی نفسه لتلک الوجوه) ای الفراسـة الخ (و غیرها) ای غیر تلک الوجوه.

(کما یـدل علیه) ای علی کون «مع قـذف» قیـدا للجمیع (قوله علیه السـلام بعـد ذلک: زاد کلمات من عنده، فیخلط الحق بالباطل) مما

یدل علی ان الکهانة مرکبة من القذف و الزیادة لانها قسمان- کما کان مقتضی المعنی الاول-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۵

و کیف کان، ففی قوله: انقطعت الکهانـة، دلالـة علی ما عن المغرب من ان الکهانـة فی العرب کانت قبل البعث قبل منع الشـیطان عن استراق السمع.

لکن قوله علیه السـلام: انما یؤدی الشـیاطین إلی کهانها اخبارا للناس، و قوله علیه السـلام: قبل ذلک مع قـذف فی قلبه الـخ دلالة علی صدق الکاهن علی من لا یخبر إلا باخبار الارض.

فیکون المراد من الکهانـة المنقطعـة: الکهانـة الکاملـة التی یکون الکـاهن بها حاکما فی جمیع ما یتحاکمون إلیه من المشـتبهات، کما ذکر فی اوّل الروایة.

(و کیف کان، ففی قوله: انقطعت الکهانـة، دلالـة علی ما عن المغرب من ان الکهانة فی العرب کانت قبل البعث) ای بعثة النبی صـلی الله علیه و آله و سلم (قبل منع الشیطان عن استراق السمع) فی السماء.

(لکن قوله علیه السـلام: انما یؤدی الشـیاطین إلی کهانها اخبارا للناس، و قوله علیه السـلام: قبل ذلک مع قـذف فی قلبه الخ دلالة علی صدق الکاهن) ای صدق هذا الاسم (علی من لا یخبر الا باخبار الارض) فلا یتوقف صدق اسم الکاهن علی من یخبر باخبار السماء.

(فیکون المراد) للامام علیه السـلام (من الکهانة المنقطعة) حیث قال علیه السـلام: انقطعت الکهانة (الکهانة الکاملة التی یکون الکاهن بهـا حاکمـا فی جمیع مـا یتحاکمون إلیه من المشـتبهات، کما ذکر فی اوّل الروایـة) الّذی کان المراد به الاحکام فی احکام الارض و احکام السماء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۶

و کیف کان فلا خلاف فی حرمة الکهانة.

و فی المروی عن الخصال: من تکهن او تکهن له، فقد برئ من دین محمد صلی الله علیه و آله و سلم.

و قد تقدم روایة ان الکاهن کالساحر و ان تعلم النجوم یدعو إلی الکهانة.

و روی فی مستطرفات السرائر عن کتاب المشیخة للحسن بن محبوب عن الهیثم، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: ان عندنا بالجزیرة رجلا

(و کیف کان فلا خلاف) عند الفقهاء (فی حرمة الکهانة) لاستفاضة الروایات بذلک.

(و فی المروی عن الخصال: من تکهن او تکهن له، فقد برئ من دین محمد صلی الله علیه و آله و سلم).

و المراد الدین الکامل، لا اصل الدین، کما لا یخفی.

(و قد تقدم روایة ان الکاهن کالساحر).

فان الاول یخبر عن غیر المجاری الطبیعیة.

و الثانی یفعل افعالا من غیر المجاری الطبیعیة (و ان تعلم النجوم یدعو إلی الکهانة) حیث ان المنجم یرید التعرف إلی ما وراء الحسّ- بطبیعة عمله- فیذهب لتعلم قواعد الکهانة.

(و روی فی مسـتطرفات السـرائر عـن کتـاب المشـیخة للحسن بن محبـوب عن الهیثم، قـال: قلت لابی عبـد الله علیه السـلام: ان عنـدنا بالجزیرة رجلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۴۷

ربما اخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق او شبه ذلك فنسأله فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من مشى إلى ساحر او كاهن او كذاب يصدقه فيما يقول، فقد كفر بما انزل الله من كتاب، الخبر.

و ظاهر هذه الصحيحة: ان الاخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا، سواء كان بالكهانة او بغيرها، لانه عليه السلام جعل المخبر بالشيء الغائب بين الساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكل

ربما اخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق او شبه ذلك فنسأله) كمن يسأله عن غائبه اين هو؟ و عن مريضه متى يطيب؟ و ما اشبه (فقال) عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من مشى إلى ساحرا و كاهن او كذاب) الظاهر ان المراد به صاحب البدعة (يصدقه فيما يقول، فقد كفر بما انزل الله من كتاب، الخبر).

و الظاهر: ان المراد تصديقا ينافي تصديق النبي او المراد الكفر العملي.

فقد مر ان الكفر عقيدى و هو من ينكر اصلا من اصول الدين، و عملي و هو الاتيان بالمحرم كقوله صلى الله عليه و آله كفر بالله النمام و شبهه مما تقدم نقلا باللفظ-.

(و ظاهر هذه الصحيحة: ان الاخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا، سواء كان) الاخبار (ب) سبب (الكهانة او بغيرها، لانه عليه السلام جعل المخبر بالشيء الغائب بين الساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۴۸

حراما.

و يؤيده النهي في النبوي المروي في الفقيه في حديث المناهي:

انه نهى عن اتيان العراف، و قال: من اتاه و صدقه فقد برء مما انزل الله على محمد (ص).

و قد عرفت من النهاية ان المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن و يخص باسم العرّاف.

حراما).

اقول و لكن لا يبعد ان المخبر عن المستقبل حسب الموازين الطبيعية لا يكون داخلا في ذلك، بل الظاهر من الحديث ان الاخبار عن مجاري غير طبيعية.

فالاخبار عن الغيم و الصحو و الفيضان و حرارة الهواء و برودتها و ما اشبه مما يدل عليها العلم الطبيعي، و قد كثر اعتياده في هذا الزمان ليس داخلا في الصحيحة.

(و يؤيده النهي في النبوي المروي في الفقيه في حديث المناهي:

انه) صلى الله عليه و آله و سلم (نهى عن اتيان العراف، و قال: من اتاه و صدقه فقد برء مما انزل الله على محمد «ص»).

و المراد به البراءة العملية، لا البراءة الاعتقادية، الا اذا كان تصديقه ملازما لتكذيب الرسول صلى الله عليه و آله و سلم.

(و قد عرفت من النهاية ان المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن و يخص باسم العراف).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۴۹

و يؤيد ذلك ما تقدم في رواية الاحتجاج من قوله عليه السلام: لئلا يقع في الارض سبب يشاكل الوحي الخ، فان ظاهره كون ذلك مبغوضا للشارع من اى سبب كان.

فتبين من ذلك ان الاخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها- من غير نظر في بعض ما صح اعتباره كبعض الحفر و الرمل- محرم.

هذا وجه تأیید الروایة لقول المصنف ان کل مخبر عن الغائب جزما حرام.

لکن لا یخفی ان بین الغائب و المستقبل عموما من وجه.

(و یؤید ذلک) الّذی ذکرنا من حرمة الاخبار عن الغائب مطلقا- علی طریق الجزم- (ما تقدم فی روایة الاحتجاج من قوله علیه السلام: لئلا یقع فی الارض سبب یشاکل الوحی الخ، فان ظاهره کون ذلک) المشاکل للوحی فی کونه اخبارا عن الغائب (مبغوضا للشارع من ای سبب کان).

لکن لا یخفی ان اخبار السماء کانت مبغوضة للشارع، لذا منع الشیاطین منها.

اما اخبار الارض فلم تکن مبغوضة، و لذا لم یمنع الله سبحانه الشیاطین منها.

(فتبین من ذلک) الّذی ذکرناه (ان الاخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها- من غیر نظر فی بعض ما صح اعتباره کبعض الحفر و الرمل- محرم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۰

و لعله لذا عد صاحب المفاتیح من المحرمات المنصوصة الاخبار عن الغائبات علی سبیل الجزم لغیر نبی او وصی نبی، سواء کان بالتنجیم او الکهانة او القیافة او غیر ذلک.

قوله «بمجرد» یراد به ما یقابل الاخبار بالنظر فی العلوم الصحیحة کالجفر و الرمل او ما اشبه.

و انما قید بهذا القید، لان الاخبار عن التعلم و النظر لا یشابه الوحی، حتی یشمله ما دل علی حرمة ما یشابه الوحی.

(و لعله لذا) الّذی ذکرناه من تبین حرمة الاخبار عن الروایات (عد صاحب المفاتیح من المحرمات المنصوصة الاخبار عن الغائبات علی سبیل الجزم) مقابل ان یقول «یحتمل ان یکون کذبا» (لغیر نبی او وصی نبی سواء کان بالتنجیم او الکهانة او القیافة او غیر ذلک) و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۱

العشرون اللهو حرام

علی ما یظهر من المبسوط و السرائر و المعتبر و القواعد و الذکری و الجعفریة، و غیرها، حیث عللوا لزوم الاتمام فی سفر الصید بکونه محرما من حیث اللهو قال فی المبسوط السفر علی أربعة اقسام، و ذکر الواجب و الندب و المباح ثم قال: الرابع سفر المعصیة، و عدّ من امثلتها من طلب الصید للهو و البطر، و نحوه بعینه عبارة السرائر.

و قال فی المعتبر، قال علمائنا: اللاهی بسفره کالمتنزه بصیده بطرا، لا

المسألة (العشرون) مما یحرم الاکتساب به لحرمته فی ذاته (اللهو حرام علی ما یظهر من المبسوط و السرائر و المعتبر و القواعد و الذکری، و) ارشاد (الجعفریة، و غیرها) من کتب جماعة من الفقهاء (حیث عللوا لزوم الاتمام) للصلاة (فی سفر الصید) الّذی لیس للقوت (بکونه محرما من حیث اللهو) خلافا لآخرین حیث لم یقولوا بحرمة هذا السفر، و انما قالوا بانه یتم الصلاة فیه للدلیل، کإتمام الصلاة لمن شغله السفر، و من اشبه (قال) الشیخ (فی المبسوط السفر علی أربعة اقسام، و ذکر الواجب و الندب و المباح) کالحج و زیارة الامام و التنزه (ثم قال: الرابع سفر المعصیة و عد من امثلتها من طلب الصید للهو و البطر) و هو شدة النشاط و الفرح الّذی یسبب عدم المبالات بالامور (و نحوه بعینه عبارة السرائر) لابن ادریس

(و قال) المحقق (فی المعتبر، قال علمائنا: اللاهی بسفره کالمتنزه بصیده) ای الّذی یسافر للتنزه و الابتعاد عن البلد، و هومه (بطرا، لا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۵۲

يترخص.

لنا ان اللهو حرام، فالسفر له معصية، انتهى.

و قال فى القواعد الخامس من شروط القصر إباحة السفر فلا يرخص العاصى بسفره، كتابع الجائر و المتصيد لهوا، انتهى.

و قال فى المختلف فى كتاب المتاجر حرم الحلبى الرمى من قوس الجلاهق قال: و هذا الاطلاق ليس بجيد، بل ينبغى تقييده باللهو و البطر.

و قد صرح الحلّى فى مسئلة اللعب بالحمام بغير رهان بحرمته، و

يترخص) ان يصلى قصرا.

(لنا) اى دليلنا على ذلك (ان اللهو حرام، فالسفر له معصية انتهى).

و من المعلوم ان سفر المعصية لا يوجب القصر.

(و قال فى القواعد الخامس من شروط القصر) فى الصلاة للمسافر (إباحة السفر فلا يرخص العاصى بسفره، كتابع الجائر و المتصيد لهوا، انتهى) كلام العلامة.

(و قال فى المختلف) أيضا (فى كتاب المتاجر حرم الحلبى الرمى من قوس الجلاهق).

ثم (قال) العلامة (و هذا الاطلاق) من الحلبى (ليس بجيد، بل ينبغى تقييده) اى كون الرمى حراما (باللهو و البطر) فهذا الكلام يدل على ان اللهو حرام.

(و قد صرح الحلّى فى مسئلة اللعب بالحمام بغير رهان بحرمته و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۵۳

قال: ان اللعب بجميع الاشياء قبيح، و رده بعض بمنع حرمة مطلق اللعب.

و انتصر فى الرياض للحلّى، بان ما دل على قبح اللعب و ورد بذمه من الآيات و الروايات اظهر من ان يخفى فاذا ثبت القبح و الذم ثبت النهى.

ثم قال: و لو لا شذوذه بحيث كاد ان يكون مخالفا للاجماع، لكان المصير إلى قوله: ليس بذلك

قال: ان اللعب بجميع الاشياء قبيح، و رده بعض بمنع حرمة مطلق اللعب)

اذ لا دليل على ذلك بالإضافة إلى انه يلزم منه حرمة اللعب بالسبحة و اللحية و التراب و العشب و الطفل و ما اشبه، و هذا خلاف الضرورة.

(و انتصر فى الرياض للحلّى، بان ما دل على قبح اللعب و ورد بذمه من الآيات و الروايات اظهر من ان يخفى).

كقوله تعالى- فى سورة التوبة-: وَ لَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمٰا كُنّٰا نَخُوضُ وَ نَلْعَبُ، و قوله- فى سورة الزخرف-: فَذَرْهُمْ يَخُوضُوا وَ يَلْعَبُوا حَتّٰى يُلٰاقُوا يَوْمَهُمُ الَّذِي يُوعَدُونَ*، و نحوه فى- سورة المعارج- الى غيرها.

لكن فى سورة يوسف: أَرْسِلْهُ مَعَنٰا غَداً يَرْتَعْ وَ يَلْعَبْ.

و كيف كان (فاذا ثبت القبح و الذم ثبت النهى) لان القبح فى سلسلة العلل، و ما حكم به العقل حكم به الشرع.

(ثم قال: و لو لا شذوذه) اى شذوذ القول بحرمة اللعب بالحمام (بحيث كاد ان يكون مخالفا للاجماع، لكان المصير إلى قوله: ليس بذلك

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۴

البعید، انتهی و لا یبعد ان یکون القول بجواز خصوص هذا اللعب و شذوذ القول بحرمته، مع دعوی کثرة الروایات بل الآیات علی حرمة مطلق اللهو لاجل النص علی الجواز فیه، فی قوله علیه السلام: لا بأس بشهادة من یلعب بالحمام.

و استدل فی الریاض أیضا- تبعا للمهذب- علی حرمة المسابقة بغیر المنصوص علی جوازه بغیر عوض بما دل علی تحریم اللهو و اللعب.

البعید، انتهی).

و هذا أیضا یدل علی تصدیقه لحرمة مطلق اللعب و انما خرج عن ذلک اللعب بالحمام لانه مخالف للاجماع.

قال المصنف ره (و لا یبعد ان یکون القول بجواز خصوص هذا اللعب) ای بالحمام (و شذوذ القول بحرمته، مع دعوی کثرة الروایات بل الآیات علی حرمة مطلق اللهو لاجل النص علی الجواز فیه) ای فی اللعب بالحمام (فی قوله علیه السلام: لا بأس بشهادة من یلعب بالحمام) فانه لو کان حراما کان اللازم عدم قبول شهادته.

لا یقال: ورد فی الروایات قبول شهادة بعض العصاة.

لانه یقال: اللازم تأویل تلک الروایات، لان اشتراط العدالة فی الشاهد مسلم.

(و استدل فی الریاض أیضا- تبعا للمهذب- علی حرمة المسابقة بغیر المنصوص علی جوازه بغیر عوض) «بغیر» متعلق ب «المسابقة» و «علی» متعلق ب «المنصوص» (بما دل علی تحریم اللهو و اللعب) «بما»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۵

قال: لکونها منه بلا تأمل، انتهی.

و الاخبار الظاهرة فی حرمة اللهو کثیرة جدا.

منها: ما تقدم من قوله فی روایة تحف العقول: و ما یکون منه و فیه الفساد محضا و لا یکون منه و لا فیه شیء من وجوه الصلاح فحرام تعلیمه و تعلّمه و العمل به و اخذ الاجرة علیه.

و منها: ما تقدم من روایة الاعمش حیث عدّ فی الکبائر الاشتغال بالملاهی التی تصدّ عن ذکر الله کالغناء و ضرب الاوتار فان الملاهی جمع الملهی مصدرا، او الملهّی وصفا، لا الملهاة آلة.

(قال) الریاض (لکونها) ای المسابقة (منه) ای من اللهو (بلا تأمل، انتهی).

(و) کیف کان، ف (الاخبار الظاهرة فی حرمة اللهو کثیرة جدا).

(منها: ما تقدم من قوله) علیه السلام (فی روایة تحف العقول: و ما یکون منه و فیه الفساد محضا و لا یکون منه و لا فیه شیء من وجوه الصلاح فحرام تعلیمه و تعلّمه و العمل به و اخذ الاجرة علیه) فان اللهو کذلک.

(و منها: ما تقدم من روایة الاعمش حیث عدّ فی الکبائر الاشتغال بالملاهی التی تصدّ عن ذکر الله کالغناء و ضرب الاوتار).

و وجه الاستدلال بهذه الروایة ما ذکره بقوله: (فان الملاهی جمع الملهی) بفتح المیم (مصدرا، او الملهی وصفا) ای اسم مفعول (لا الملهاة آلة) فان هذه الصیغة تأتی للمصدر، و اسم الزمان و المکان و المفعول و الآلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۶

لانه لا یناسب التمثیل بالغناء.

و نحوها فی عدّ الاشتغال بالملاهی من الکبائر روایة العیون الواردة فی الکبائر، و هی حسنة، کالصحیحة، بل صحیحة.

و منها: ما تقدم فی روایات القمار من قوله علیه السلام: کلما إلهی عن ذکر الله فهو المیسر.

و منها: قوله علیه السلام فی جواب من خرج فی السفر یطلب الصید بالبزاة، و الصقور انما خرج فی لهو لا یقصّر.

و حیث ان کونه اسم زمان او مکان لا- معنی له هنا، و الآلة أیضا باطلة (لانه لا یناسب التمثیل بالغناء) اذ الغناء لیس آلة، و انما آلة الغناء- کالمزمار- آلة، فلم یبق الّا المصدر بمعنی اللهو، او الوصف ای ما یوصف بکونه لهوا ملهوّا به ای الکلام و ما اشبه.

(و نحوها فی عدّ الاشتغال بالملاهی من الکبائر روایة العیون الواردة فی الکبائر، و هی حسنة، کالصحیحة، بل صحیحة) و الحسنة حجة فکیف بالصحیحة.

(و منها: ما تقدم فی روایات القمار من قوله علیه السلام: کلما إلهی عن ذکر الله فهو المیسر).

(و منها: قوله علیه السلام فی جواب من خرج فی السفر یطلب الصید بالبزاة) جمع بازی، و هو قسم من الصقر (و الصقور) جمع صقر و هم قسم آخر (انما خرج فی لهو لا یقصّر) مما یدل علی ان مطلق اللهو فیه اشکال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۷

و منها: ما تقدم فی روایة الغناء فی حدیث الرضا علیه السلام فی جواب من سأله عن السماع، فقال: ان لاهل الحجاز فیه رأیا، قال: و هو فی حیّز اللهو.

و قوله علیه السلام فی ردّ من زعم ان النبی صلی الله علیه و آله و سلم رخص فی ان یقال: جئناکم جئناکم، الخ کذبوا ان الله یقول: لَوْ أَرَدْنا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لَاتَّخَذْناهُ مِنْ لَدُنّا- الی آخر الآیتین-.

و منها: ما دل علی ان اللهو من الباطل بضمیمة ما یظهر منه حرمة الباطل کما تقدم فی روایات الغناء

(و منها: ما تقدم فی روایة الغناء فی حدیث الرضا علیه السلام فی جواب من سأله عن السماع) ای الغناء (فقال) علیه السلام (ان لاهل الحجاز فیه رأیا) ثم (قال) علیه السلام (و هو فی حیّز اللهو) لبیان انه لا یجوز، فیدل علی ان کل لهو لیس بجائز.

(و قوله علیه السلام فی ردّ من زعم ان النبی صلی الله علیه و آله و سلم رخص فی ان یقال: جئناکم جئناکم، الخ کذبوا ان الله یقول: لَوْ أَرَدْنا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لَاتَّخَذْناهُ مِنْ لَدُنّا- الی آخر الآیتین-) مما یدل علی التنفر من اللهو، و انه کیف یأذن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم باللهو.

(و منها: ما دل علی ان اللهو من الباطل بضمیمة ما یظهر منه حرمة الباطل) لا ان المراد بالباطل مقابل الحق حتی یراد به کل فان زائل، کما قال الشاعر: الا کل شیء ما خلا الله باطل (کما تقدم فی روایات الغناء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۸

ففی بعض الروایات کل لهو المؤمن من الباطل، ما خلا ثلاثة السابقة و ملاعبة الرجل اهله الخ.

و فی روایة علی بن جعفر علیه السلام عن اخیه، قال: سألته عن اللعب بالاربعة عشر و شبهها، قال: لا نستحب شیئا من اللعب غیر الرهان، و الرمی، الی غیر ذلک، مما یقف علیه المتتبع.

و یؤیده ان حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر انه من حیث اللهو لا- من حیث خصوص الآلة، ففی روایة سماعة قال ابو عبد الله علیه السلام:

لما مات آدم شمت به ابلیس، و قابیل فاجتمعا

(ففی بعض الروایات کل لهو المؤمن من الباطل، ما خلا) ای باستثناء (ثلاثة) اشیاء (المسابقة، و ملاعبة الرجل اهله الخ).

(و فی روایة علی بن جعفر علیه السلام عن اخیه، قال: سألته عن اللعب بالاربعة عشر و شبهها، قال) علیه السلام (لا نستحب شیئا من اللعب غیر الرهان) ای علی الخیل و البغال و الحمیر (و الرمی) فی المسابقة (الی غیر ذلک، مما یقف علیه المتتبع) و انه کل لهو حرام.

(و یؤیده) ای کون مطلق اللهو حراما (ان حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر) من الادلة (انه) حرام (من حیث اللهو لا من حیث خصوص الآلة ففی روایة سماعة قال ابو عبد الله علیه السلام: لما مات آدم شمت به ابلیس) ای فرح لموته، و یقول کلمات تدل علی فرحه بالاستخلاص من آدم الّذی صار سببا لعصیانه و طرده من الجنة (و قابیل) حیث کانا ضد آدم هذا لطرده من الجنة و ذاک لان آدم کان یحب اخاه هابیل (فاجتمعا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۵۹

فی الارض، فجعل ابلیس و قابیل المعازف، و الملاهی، شماتة بآدم علی نبینا و آله و علیه السلام، فکلما کان فی الارض من هذا الضرب الّذی یتلذذ به الناس فانما هو من ذلک.

فان فیه اشارة إلی ان المناط هو مطلق التلهی و التلذذ.

و یؤیده ما تقدم من ان المشهور حرمة المسابقة علی ما عدا المنصوص بغیر عوض، فان الظاهر انه لا وجه له عدا کونه لهوا، و ان لم یصرّحوا بذلک عدا القلیل منهم- کما تقدم-.

فی الارض، فجعل) ای صنع (ابلیس و قابیل المعازف) ای آلات العزف و الغناء (و الملاهی) ای آلات اللهو، او المراد نفس اللهو ای الغناء (شماتة) و فرحا (ب) موت (آدم علی نبینا و آله و علیه السلام، فکلما کان فی الارض من هذا الضرب الّذی یتلذذ به الناس فانما هو من ذلک) ای من العزف و الرقص، و اللعب فانه وضع هذه الاشیاء للفرح بموت آدم علیه السلام.

(فان فیه اشارة إلی ان المناط) فی تحریم هذه الاشیاء (هو مطلق التلهی و التلذذ).

(و یؤیده ما تقدم من ان المشهور حرمة المسابقة علی ما عدا المنصوص) ای الخف و النصل و الحافر (بغیر عوض) کما تحرم المسابقة بعوض (فان الظاهر) من کلمات الفقهاء (انه) ای التحریم (لا وجه له عدا کونه لهوا) و لعبا (و ان لم یصرحوا بذلک) و ان وجه التحریم کونه لهوا (عدا القلیل منهم- کما تقدم-).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۰

نعم صرح العلامة فی التذکرة بحرمة المسابقة علی جمیع الملاعب- کما تقدم نقل کلامه فی مسئلة القمار- هذا.

و لکن الاشکال فی معنی اللهو فانه ان ارید به مطلق اللعب- کما یظهر من الصحاح و القاموس- فالظاهر ان القول بحرمته شاذ مخالف للمشهور و السیرة.

فان اللعب، هی الحرکة لا لغرض عقلائی، و لا خلاف ظاهرا فی عدم حرمته، علی الاطلاق.

(نعم صرح العلامة فی التذکرة بحرمة المسابقة علی جمیع الملاعب- کما تقدم نقل کلامه فی مسئلة القمار-) فکلامه دال علی ان کل لهو و لعب حرام (هذا) تمام الکلام فی الکبری- ای کون اللهو حرام-.

(و لکن الاشکال) فی الصغری ای (فی معنی اللهو) و ان ای شیء یسمی لهوا (فانه ان ارید به مطلق اللعب- کما یظهر من الصحاح و القاموس- فالظاهر ان القول بحرمته شاذ مخالف للمشهور و السیرة) فقد تقدم ان اللعب بالسبحة او اللحیة او ما اشبه، مما لا یقول احد بحرمته بل جرت السیرة علیه.

(فان اللعب، هی الحرکة لا لغرض عقلائی، و لا خلاف ظاهرا فی عدم حرمته، علی الاطلاق) ای لیس بحرام بقول مطلق و بجمیع اقسامه.

فان حرکهٔ الید و الرجل و المشی و ما اشبه مما لا یتعلق به غرض عقلائی- لا یقول احد بحرمتها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۱

نعم لو خص اللهو بما یکون من بطر، و فسّر بشدهٔ الفرح کان الاقوی تحریمه.

و یدخل فی ذلک الرقص و التصفیق و الضرب بالطشت بدل الدف و کلما یفید فائدهٔ آلات اللهو.

(نعم لو خص اللهو بما یکون من بطر، و فسّر) البطر (بشدهٔ الفرح) بلا باعث عقلائی (کان الاقوی تحریمه).

و انما قیدناه بقولنا: بلا باعث عقلائی، لبداهۀ انه لو استولی علیه فرح شدید بمناسبۀ زفاف ولده او زفافه بنفسه و اخذ یقفز فی الهواء فرحا لا یقول احد بحرمۀ ذلک.

(و یدخل فی ذلک الرقص و التصفیق و الضرب بالطشت بدل الدف و کلما یفید فائدهٔ آلات اللهو).

اقول: ورد بعض الاخبار فی النهی عن الرقص و عن التصفیق مذکورهٔ فی الوسائل و المستدرک کما ذکر مجمع البحرین خبرا فی النهی عن التصفیق، لکن المشهور عند المعاصرین عدم حرمۀ التصفیق، کما ورد بسند غیر صحیح ان فاطمۀ صلوات الله علیها کانت ترقص بعض ابنائها و هو صغیر

و لو لم یصح سند الاخبار الناهیۀ کان اللازم الحمل علی الکراهۀ.

و اما الضرب بالطشت فاذا کان فی الاعراس و قیل بجواز الدف فیه کان الضرب بالطشت اولی، و قد روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم الضرب بالغربال و فی غیر الاعراس اذا لم یصدق علیه اللهو و ما اشبه فالظاهر عدم الاشکال فیه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۲

و لو جعل مطلق الحرکات التی لا یتعلق بها غرض عقلائی مع انبعاثها عن القوی الشهویۀ، ففی حرمته تردد.

و اعلم ان هنا عنوانین آخرین اللعب و اللهو.

اما اللعب فقد عرفت ان ظاهر بعض تراد فهما.

و لکن مقتضی تعاطفهما فی غیر موضع من الکتاب العزیز تغایرهما.

و لعلهما من قبیل الفقیر و المسکین اذا اجتمعا افترقا، و اذا افترقا اجتمعا.

و اما مع الصدق فالحرمۀ تتوقف علی اطلاق حرمۀ اللهو و ما اشبه.

(و لو جعل مطلق الحرکات التی لا یتعلق بها غرض عقلائی مع انبعاثها عن القوی الشهویۀ، ففی حرمته تردد) من قول القاموس و الصحاح- المقتضی للتحریم- و من اصالۀ عدم التحریم و عدم الحجیۀ فی قولهما فیما علمنا عدم صحۀ هذا الاطلاق فی کلامهما.

(و اعلم ان هنا عنوانین آخرین).

الاول: (اللعب).

(و) الثانی: (اللهو).

(اما اللعب فقد عرفت ان ظاهر بعض ترادفهما) اذ عرفوا اللهو باللعب

(و لکن مقتضی تعاطفهما فی غیر موضع من الکتاب العزیز) کقوله سبحانه: إِنَّمَا الْحَیاةُ الدُّنْیا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ* (تغایرهما) و ان احدهما غیر الآخر.

(و لعلهما من قبیل الفقیر و المسکین اذا اجتمعا افترقا و اذا افترقا اجتمعا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۳

و لعل اللعب يشمل مثل حركات الاطفال غير المنبعثة عن القوى الشهوية

و اللهو ما تلتذ به النفس، و ينبعث عن القوى الشهوية.

و قد ذكر غير واحد ان قوله تعالى: أَنَّمَا الْحَيٰاةُ الدُّنْيٰا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ، الآية، بيان ملاذ الدنيا على ترتيب تدرجه فى العمر، و قد جعلوا لكل واحد منها ثمان سنين.

فاذا اطلق احدهما اريد به كلاهما، و اذا قورنا اريد بكل واحد منهما معنى مقابل للآخر.

(و لعل) الفرق بينهما، ان (اللعب يشمل مثل حركات الاطفال غير المنبعثة عن القوى الشهوية).

(و) اما (اللهو ما تلتذ به النفس، و ينبعث عن القوى الشهوية).

و ربما يقال: ان بينهما عموما مطلقا، لان اللعب يمكن ان ينبعث عن القوى الشهوية كلعب الرجل مع زوجته، و يمكن ان لا ينبعث كلعب الطفل الصغير، و قيل غير ذلك.

(و قد ذكر غير واحد) من المفسرين (ان قوله تعالى: أَنَّمَا الْحَيٰاةُ الدُّنْيٰا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ، الآية) و باقى الآية «وَ تَفٰاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَ تَكٰاثُرٌ فِي الْأَمْوٰالِ وَ الْأَوْلٰادِ، كَمَثَلِ غَيْثٍ أَعْجَبَ الْكُفّٰارَ نَبٰاتُهُ، ثُمَّ يَهِيجُ فَتَرٰاهُ مُصْفَرًّا، ثُمَّ يَكُونُ حُطٰاماً وَ فِي الْآخِرَةِ عَذٰابٌ شَدِيدٌ» (بيان ملاذ الدنيا على ترتيب تدرجه) اى الانسان (فى العمر، و قد جعلوا لكل واحد منها) اى من هذه الملاذ (ثمان سنين).

فاللعب إلى الثمان، و اللهو إلى السادسة عشرة، و الزنية إلى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۴

و كيف كان فلم اجد من افتى بحرمة اللعب عدا الحلى على ما عرفت من كلامه، و لعله يريد اللهو، و الا فالاقوى الكراهة.

و اما اللغو فان جعل مرادف اللهو- كما يظهر من بعض الاخبار- كان فى حكمه.

الرابعة و العشرين، و التفاخر إلى الثانية و الثلاثين، و التكاثر إلى الاربعين.

و بعد ذلك تضعف القوى و تنكس النفس فى الانحطاط إلى ان يموت الانسان، و يكون حطاما.

و الشاهد اختلاف اللعب و اللهو فى المعنى.

و لا يخفى ان المراد غلبة هذه الحالات فى هذه الاعمار، لا اختصاص كل حالة بسن خاص.

(و كيف كان) سواء كان اللعب عين اللهو، أم بينهما اختلاف (فلم اجد من افتى بحرمة اللعب) مطلقا (عدا الحلى على ما عرفت من كلامه و لعله يريد اللهو) من اللعب (و الا فالاقوى الكراهة) اذ لا دليل على حرمة اللعب.

فاللازم حمل الآيات و بعض الروايات على الكراهة بقرينة السيرة القطعية

و قوله سبحانه حكاية عن اخوة يوسف: و نلعب، و تقرير يعقوب لهم و اختلاف الشريعة غير ضار فيما لم يعلم بنسخه، بل لا يبعد القول بعدم كراهة كل لعب، كركوب الارجوحة او التخطيط فى الارض لغوا او ما اشبه.

(و اما اللغو فان جعل مرادف اللهو- كما يظهر من بعض الاخبار- كان فى حكمه) الّذى قد عرفت انه حرام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۵

ففى رواية محمد بن ابى عباد المتقدمة عن ابى الحسن الرضا عليه السلام: ان السماع فى حيّز اللهو و الباطل، أ ما سمعت قول الله تعالى:

وَ إِذٰا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرٰاماً.

و نحوها رواية ابى أيوب حيث اراد باللغو: الغناء، مستشهدا بالآية

و ان ارید به مطلق الحركات اللاغیة فالاقوی فیها الكراهة.

و فی روایة ابی خالد الكابلی عن سید الساجدین تفسیر الذنب التی تهتك

(ففی روایة محمد بن ابی عباد المتقدمة عن ابی الحسن الرضا علیه السلام: ان السماع فی حیّز اللهو و الباطل، أ ما سمعت قول الله تعالی:

وَ إِذا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِراماً) بمعنی مرور الكریم بفعل ما یقتضی ذلك من نهی او ارشاد او سكوت او ما اشبه.

فانه علیه السلام جعل اللهو من اقسام اللغو، او مراد فاله.

(و نحوها روایة ابی أیوب حیث اراد باللغو: الغناء مستشهدا بالآیة) المتقدمة.

و یدل علیه أیضا مدح المؤمنین فی قوله سبحانه: وَ الَّذِینَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ، فان ظاهره التحریم للغو.

(و ان ارید به) ای باللغو (مطلق الحركات اللاغیة) ای التی لا ثمر لها، و لیست مقصودة للعقلاء (فالاقوی فیها الكراهة) اذ لا دلیل علی التحریم بل السیرة القطعیة علی جوازها.

(و فی روایة ابی خالد الكابلی عن سید الساجدین تفسیر الذنوب التی تهتك

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۶

العصم بشرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطی ما یضحك الناس من اللغو و المزاح، و ذكر عیوب الناس.

و فی وصیة النبی صلی الله علیه و آله و سلم لابی ذر ره ان الرجل لیتكلم بالكلمة فیضحك الناس فیهوی ما بین السماء و الارض.

العصم) ای عصمة الانسان و حفظه عن الشیطان حتی ان الانسان اذا عصی كان عمیلا للشیطان و منقادا له لا عصمة له من الشیطان و لا حفظ له.

و الحاصل: ان الملكة الایمانیة العاصمة له عن الدنایا و الذنوب تهتك و تزول (بشرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطی ما یضحك الناس من اللغو و المزاح، و ذكر عیوب الناس).

فالظاهر ان المصنف ذكر هذه الروایة و الروایة الآتیة لبیان تحریم اللغو، لكن هذا ینافی قوله السابق بالكراهة.

و وجه استفادة التحریم ذكر اللغو فی عداد المحرمات أولا و كونه مما یهتك العصمة ثانیا.

لكن ربما یقال: ان الشیخ انما ذكرهما لما تقدم منه من الكراهة و ذلك لبداهة كون المزاح- و لو كان مضحكا- لیس بمحرم، بل قد ورد مزاح النبی صلی الله علیه و آله و سلم و الوصی علیه السلام.

و الانصاف انه لیس للحدیث اطلاق بل اهمال، فلا دلالة فیه حتی علی كراهة اللغو مطلقا.

(و فی وصیة النبی صلی الله علیه و آله و سلم لابی ذر ره ان الرجل لیتكلم بالكلمة فیضحك الناس فیهوی ما بین السماء و الارض) ان كان المراد

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۲۶۷

....

الهوی فی النار فذلك حرام، لانه لا عقاب الاعلی الحرام علی المشهور فاللّازم ان یكون المراد بالكلمة مثل الغیبة و الاستهزاء بالمؤمن و ما اشبه.

و ان كان المراد الهویّ إلی درجات سفلی من الجنة فذلك مكروه و علی ای حال لا دلالة فی الحدیث علی حرمة اللغو و الله اعلم

بالاحکام.

الکتب العلمیة لآیة الله المجاهد السید محمد الشیرازی خیر قرین للطالب المجدّ.

لانها تغنیه عن الاتعاب الدراسیة الناشر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۸

الحادیة و العشرون مدح من لا یستحق المدح، او یستحق الذم

ذکره العلامة فی المکاسب المحرمة.

و الوجه فیه واضح من جهة قبحه عقلا.

و یدل علیه من الشرع قوله تعالی: وَ لٰا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّکُمُ النّٰارُ.

و عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم فیما رواه الصدوق من عظّم صاحب الدنیا و احبه طمعا فی دنیاه سخط الله علیه، و کان فی درجته مع

المسألة (الحادیة و العشرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه حراما فی نفسه (مدح من لا یستحق المدح) ای یحرم مدحه (او یستحق الذم) و هو حرام (ذکره العلامة فی المکاسب المحرمة).

(و الوجه فیه) ای فی کونه حراما (واضح، من جهة قبحه عقلا) و کلما حکم به العقل حکم به الشرع اذا کان فی سلسلة العلل.

(و یدل علیه من الشرع قوله تعالی: وَ لٰا تَرْکَنُوا) ای لا تعمدوا (إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا) ای الظالمین (فَتَمَسَّکُمُ النّٰارُ) فان التهدید بالنار یدل علی الحرمة و من المعلوم ان المدح قسم من الرکون.

(و عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم فیما رواه الصدوق من عظّم صاحب الدنیا و احبه طمعا فی دنیاه سخط الله علیه، و کان) المعظّم (فی درجته) ای درجة صاحب الدنیا (مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۶۹

قارون فی التابوت الاسفل من النار.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۳، ص: ۲۶۹

و فی النبوی الآخر الوارد فی حدیث المناهی: من مدح سلطانا جائرا او تخفف او تضعضع له، طمعا فیه کان قرینه فی النار.

و مقتضی هذه الادلة حرمة المدح طمعا فی الممدوح.

و اما لدفع شره فهو واجب، و قد ورد فی عدة اخبار: ان شرار الناس

قارون فی التابوت الاسفل من النار).

و من المعلوم ان من اقسام التعظیم مدحه، کما ان المراد بصاحب الدنیا مصداق من مصادیق من لا یستحق المدح.

و المراد بکونه فی درجة قارون، ان هذا العمل مقتضی لذلک لا انه لا بد و ان یکون- و ذلک لمناسبة قارون لمعظم صاحب الدنیا- و علی تقدیر کونه معه فی النار فی درجته فلا اشکال فی اختلاف عقابهما شدة و ضعفا، اذ فی الآخرة- جزاء وفاقا- و من الممکن ان

یکون کلاهما فی درجة واحدة، واحدهما اشد تألما بالعذاب، او اکثر عذابا من الآخر.

(و فی النبوی الآخر الوارد فی حدیث المناهی: من مدح سلطانا جائرا او تخفف) ای صار خفیفا لاجله بالقیام و الاحترام و ما اشبه (او تضعضع له) ای تحرک جسدا او قلبا حرکة إلیه (طمعا فیه) ای فی دنیاه (کان قرینه) و رفیقه (فی النار).

(و) لا یخفی ان (مقتضی هذه الادلة حرمة المدح طمعا فی الممدوح)

(و اما لدفع شره) عن نفسه او عن مؤمن، او جلبه لاقامة حق او ازالة باطل (فهو واجب، و قد ورد فی عدة اخبار: ان شرار الناس) هم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۰

الذین یکرمون اتقاء شرهم.

(الذین یکرمون)- بصیغة المجهول- (اتقاء شرهم) مما یدل علی جواز الاکرام اتقاء للشر بالإضافة إلی دلیل: لا ضرر، و لا حرج و ما ورد من مدح الائمة علیهم السلام للظالمین اتقاء، الی غیر ذلک من الادلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۱

الثانیة و العشرون معونة الظالمین فی ظلمهم حرام،

بالأدلّة الاربعة و هو من الکبائر فعن کتاب الشیخ ورام ابن ابی فراس.

قال: قال علیه السلام من مشی إلی ظالم لیعینه، و هو یعلم انه ظالم فقد

المسألة (الثانیة و العشرون) مما یحرم الاکتساب به لحرمته فی ذاته (معونة الظالمین) ای اعانتهم (فی ظلمهم) فهو (حرام بالأدلّة الاربعة)

اما الاجماع و العقل فواضح.

و اما الکتاب فقوله سبحانه «وَ لٰا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا» و قوله «وَ لٰا تَعٰاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوٰانِ».

و اما السنة فما یأتی من الروایات (و هو من الکبائر، فعن کتاب الشیخ ورام ابن ابی فراس) المعروف ب «مجموعة ورام» و هو من خیار علماء الشیعة، و کان جدا للسید ابن طاوس لامه، و نقله فی الکتاب المذکور عن الحسن البصری و من اشبه انما هو بمصداق «الحکمة ضالة المؤمن یأخذها این وجدها».

و الّذی ینبغی لاهل العلم مداومة مطالعة هذا الکتاب و کتاب مواعظ البحار، و عین الحیاة للمجلسی و جامع السعادات، و منیة المرید لا نماء ملکة الفضیلة و التقوی فی نفوسهم.

(قال: قال علیه السلام من مشی إلی ظالم لیعینه، و هو یعلم انه ظالم فقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۲

خرج عن الاسلام.

قال: و قال علیه السلام: اذا کان یوم القیامة ینادی مناد این الظلمة؟ این اعوان الظلمة؟ این اشباه الظلمة؟ حتی من بری لهم قلما او لاق لهم دواة، فیجتمعون فی تابوت من حدید، ثم یرمی بهم فی جهنم.

و فی النبوی (ص): من علق سوطا بین یدی سلطان جائر، جعلها الله حیة طولها سبعون الف ذراع، فیسلطها الله علیه فی نار جهنم خالدا فیها مخلدا.

خرج عن الاسلام) المراد به الاسلام الکامل او مبالغة من قبیل یا اشباه الرجال و لا رجال.

(قال: و قال علیه السلام: اذا کان یوم القیامة ینادی مناد این الظلمة؟ این اعوان الظلمة این اشباه الظلمة) و هم من فی زیهم، او یسکن فی مثل مساکنهم او من اشبه (حتی من بری‌ء لهم قلما) بری‌ء القلم تصلیح رأسه لیصلح للکتابة (أو لاق لهم دواة) ای جعل اللیقة فیه (فیجتمعون فی تابوت من حدید) و الظاهر ان المراد کل فئة منهم (ثم یرمی بهم فی جهنم) و هذا دلیل التحریم للتلازم بین العقاب و الحرمة- کما تقدم-.

(و فی النبوی (ص): من علق سوطا بین یدی سلطان جائر، جعلها الله حیة طولها سبعون الف ذراع، فیسلطها الله علیه فی نار جهنم) فی حالکونه (خالدا فیها مخلدا) اللفظة الثانیة للمبالغة من قبیل «لیل اللیل» و الظاهر ان المراد اقتضاء ذلک لمثل هذا العذاب- کما تقدم غیر مرة-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۳

و اما معونتهم فی غیر المحرمات فظاهر کثیر من الاخبار حرمتها أیضا کبعض ما تقدم.

و قول الصادق علیه السلام فی روایة یونس بن یعقوب: لا تعنهم علی بناء مسجد.

و قوله علیه السلام: ما احب انی عقدت لهم عقدة او وکیت لهم وکاء و ان لی ما بین لابتیها لا و لا مدة بقلم ان اعوان الظلمة- یوم القیمة- فی سرادق من نار حتی یفرغ الله من الحساب.

(و اما معونتهم فی غیر المحرمات) کان یبنی لهم دارا او ما اشبه (فظاهر کثیر من الاخبار حرمتها أیضا، کبعض ما تقدم) من المطلقات.

(و قول الصادق علیه السلام فی روایة یونس بن یعقوب: لا- تعنهم علی بناء مسجد) فان لم یجز اعانتهم فی بناء المساجد التی هی مراکز للعبادة و محبوبة ذاتا عند الله تعالی، لم یجز اعانتهم فی بناء الدار و ما اشبه بطریق اولی.

(و قوله علیه السلام: ما احب انی عقدت لهم عقدة) ای فی الخیط (او وکیت لهم وکاء) ای شد رأس القربة (و ان لی ما بین لابتیها) ای لا افعل مثل هذه الافعال الصغیرة للظلمة، و ان کان ثمن ذلک کل الارض او کل مدینة الرسول، لان اللابة الارض ذات الحجارة، فان المدینة محاطة بارضین ذات حجارة (لا و لا مدة بقلم) ای امدهم بقلم للکتابة (ان اعوان الظلمة- یوم القیمة- فی سرادق من نار) ای محلات القی علیها الستر و هو معرب «سراپرده» (حتی یفرغ الله من الحساب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۴

لکن المشهور عدم الحرمة حیث قیدوا المعونة المحرمة بکونها فی الظلم.

و الاقوی: التحریم، مع عد الشخص من الاعوان فان مجرد اعانتهم علی بناء المسجد لیست محرمة الا انه اذا عدّ الشخص معمارا للظالم او بناء له، و لو فی خصوص المساجد بحیث صار هذا العمل منصبا له فی باب السلطان کان محرما.

و یدل علی ذلک جمیع ما ورد فی ذم اعوان الظلمة، و قول

و هذا أیضا یدل علی تحریم اعانة الظلمة مطلقا، بقرینة التعلیل الصارف لقوله علیه السلام «ما احب» عن ظاهره- الّذی هو الکراهة-.

(لکن المشهور عدم الحرمة) لمطلق اعانة الظالم (حیث قیّدوا المعونة المحرمة بکونها فی الظلم) للاصل، و عدم کونه اعانة علی الاثم.

و ما دل علی التحریم مطلقا بین ضعیف السند، و ضعیف الدلالة.

(و الاقوی: التحریم، مع عدّ الشخص من الاعوان فان مجرد اعانتهم علی بناء المسجد لیست محرمة) لعدم الدلیل (الا انه اذا عدّ الشخص معمارا للظالم، او بناء له، و لو فی خصوص المساجد بحیث صار هذا العمل منصبا له فی باب السلطان کان محرما).

و الحاصل: ان العمل المسبب لصدق عنوان المعاون محرم و ان کان العمل فی نفسه محللا- بل مستحبا، بل او واجبا اذا لم یکن

الواجب اهم او مساو للمحرم.

(و یدل علی ذلک) التحریم (جمیع ما ورد فی ذم اعوان الظلمهٔ و قول

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۵

ابی عبد الله علیه السلام فی روایهٔ الکاهلی من سود اسمه فی دیوان ولد سابع مقلوب عباس حشره الله یوم القیمهٔ خنزیرا، و قوله علیه السلام: ما اقترب عبد من سلطان جائر الا تباعد من الله، و عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: ایاکم و ابواب السلطان، و حواشیها فان اقربکم من ابواب السلطان و حواشیها ابعدکم عن الله تعالی.

ابی عبد الله علیه السلام فی روایهٔ الکاهلی من سود اسمه فی دیوان ولد سابع مقلوب عباس) ای أمراء بنی العباس (حشره الله یوم القیمهٔ خنزیرا و قوله علیه السلام: ما اقترب عبد من سلطان جائر الا تباعد من الله و عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: ایاکم) ای احذروا (و ابواب السلطان و حواشیها) ای حواشی الابواب، کمن یلازم باب الوالی و الوزیر و من اشبه (فان اقربکم من ابواب السلطان و حواشیها ابعدکم عن الله تعالی).

و لا شبهة فی صدق هذه العناوین علی المعاون لهم حتی فی بناء المساجد.

نعم اذا دار الامر بین الاهم و المهم، جاز الدخول فی سلک الاعوان بقصد الاهم.

لکن ذلک نادر فی هذا الزمان و الغالب من الاعوان یخدعون انفسهم بانهم کابن یقطین، و انما هم من اشراک الشیاطین، یریدون بهذا الکلام تغریر السذج من المتدینین حتی یحظو بالزلفهٔ لدی اهل الدین و ینالوا من مال السلاطین و دنیا الجبارین.

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۶

و اما العمل له فی المباحات لاجرهٔ، او تبرعا من غیر ان یعد معینا له فی ذلک، فضلا من ان یعد من اعوانه.

فالاولی عدم الحرمهٔ للاصل، و عدم الدلیل، عدا ظاهر بعض الاخبار مثل روایهٔ ابن ابی یعفور قال: کنت عند ابی عبد الله علیه السلام اذ دخل علیه رجل، من اصحابنا فقال له جعلت فداک، ربما اصاب الرجل منا الضیق و الشدهٔ فیدعی إلی البناء یبنیه، او النهر یکریه، او المسناهٔ یصلحها، فما تقول فی ذلک؟ فقال ابو عبد الله علیه السلام: ما احب انی عقدت لهم عقدهٔ، او وکیت لهم وکاء و ان لی ما بین لابتیها إلی آخر ما تقدم.

(و اما العمل له فی المباحات) للسلطان و حواشیه (لاجرهٔ) او صلح او ما اشبه (او تبرعا من غیر ان یعد معینا له فی ذلک) العمل (فضلا من ان یعد من اعوانه) فان صدق الاعوان اکثر مئونهٔ من صدق «المعین».

(فالاولی عدم الحرمهٔ للاصل، و عدم الدلیل، عدا ظاهر بعض الاخبار مثل روایهٔ ابن ابی یعفور قال: کنت عند ابی عبد الله علیه السلام اذ دخل علیه رجل، من اصحابنا فقال له جعلت فداک، اصاب الرجل منا الضیق و الشدهٔ فیدعی) من قبل السلطان (الی البناء یبنیه، او النهر یکریه) و ینظفه من الاوحال المتجمعهٔ فی قعره، و حافته (او المسناهٔ) حافهٔ النهر (یصلحها، فما تقول فی ذلک؟ فقال ابو عبد الله علیه السلام:

ما احب انی عقدت لهم عقدهٔ، او وکیت لهم وکاء و ان لی ما بین لابتیها الی آخر ما تقدم) من الروایهٔ السابقهٔ فراجع.

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۷

و روایهٔ محمد بن عذافر عن ابیه، قال: قال لی ابو عبد الله علیه السلام: یا عذافر بلغنی انک تعامل أبا أیوب، و أبا الربیع، فما حالک اذا نودی بک فی اعوان الظلمهٔ؟ قال: فوجم ابی فقال له ابو عبد الله علیه السلام- لما رای ما اصابه- ای عذافر انما خوّفتک بما خوّفنی الله عز و جل به قال محمد، فقدم ابی فما زال مغموما مکروبا، حتی مات.

و روایة صفوان بن مهران الجمال، قال: دخلت علی ابی الحسن الاول

(و روایـة محمـد بن عـذافر عن ابیه، قال: قال لی ابو عبد الله علیه السـلام: یا عذافر بلغنی انک تعامل أبا أیوب، و أبا الربیع، فما حالک اذا نودی بک) فی یوم القیامة (فی اعوان الظلمة؟ قال) محمد (فوجم ابی) عذافر (فقال له ابو عبد الله علیه السلام- لما رای ما اصابه- من الفزع و الهول (ای عذافر انما خوّفتک بما خوّفنی الله عز و جل به).

و لعله اشارة إلی قوله سبحانه «احْشُرُوا الَّذِینَ ظَلَمُوا وَ أَزْوٰاجَهُمْ» ای امثالهم.

و لعـل المراد بالمثـل: الاعوان، و الا لو کان المراد امثال الظالمین من سائر الظالمین، کانوا داخلین فی نفس ظلموا بلا حاجـة إلی قوله «و ازواجهم».

(قال محمد، فقدم) و رجع (ابی) عذافر من عند الامام (فما زال مغموما مکروبا، حتی مات) الکرب اشد من الغم.

(و روایة صفوان بن مهران الجمال، قال: دخلت علی ابی الحسن الاول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۸

علیه السـلام، فقال لی یا صـفوان: کل شـیء منک حسن جمیل ما خلا شـیئا واحـدا، فقلت جعلت فـداک ای شـیء؟ قال علیه السـلام اکرائک جمالک من هذا الرجل- یعنی هارون الرشـید- قلت: و الله ما اکریته اشـرا، و لا بطرا و لا لصـید و لا للهو، و لکن اکریته لهذا الطریق- یعنی طریق مکـة- و لاـ اتولاـه بنفسـی و لکن ابعث معه غلمـانی، فقـال لی یـا صـفوان أ یقع کراؤک علیهم قلت: نعم جعلت فداک، قال: أ تحب بقائهم حتی یخرج کراؤک قلت: نعم، قال: من احب بقائهم فهو منهم، و من کان منهم کان و روده الی النار

علیه السـلام، فقال لی یا صـفوان: کل شـیء منک حسن جمیل ما خلا شیئا واحدا، فقلت جعلت فداک ای شیء) هو (قال علیه السلام اکرائـک جمالک من هـذا الرجل- یعنی هارون الرشـید- قلت: و الله ما اکریته) جمالی (اشـرا) ای لاجل عمل فیه کفران النعمـة (و لا بطرا) ای لاجل عمل فیه طغیان و تعدی (و لا لصید و لا للهو، و لکن اکریته لهذا الطریق- یعنی طریق مکة- و لا اتولاه بنفسی) فانی لا اذهب مع القافلـة لحفـظ الجمـال- کمـا هو عـادة الجمـالین- (و لکن ابعث معه غلمانی) و اجرائی (فقال لی یا صـفوان أ یقع کراؤک علیهم) ای انت الّذی تکریهم (قلت: نعم جعلت فـداک قـال: أ تحب بقـائهم حـتی یخرج کراؤک، قلت: نعم) فـان من الطبیعی انه اذا انقرض حکمهم قبل اعطاء کراء الجمال ذهب الکراء ادراج الریاح (قال) علیه السلام (من احب بقائهم فهو منهم، و من کان منهم کان و روده الی النار) فان من احب بقاء احد، کان محبّا له، و فی الجملة و لو احب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۷۹

قال صـفوان فـذهبت فبعت جمالی عن آخرها فبلغ ذلک إلی هارون فـدعانی فقال لی یا صـفوان بلغنی انک بعت جمالک قلت: نعم، قال و لم؟ قلت:

انا شـیخ کبیر، و ان الغلمان لا یقومون بالاعمال، فقال: هیهات هیهات انی لا علم من اشار علیک بهذا انما اشار علیک بهذا موسـی بن جعفر علیه السلام، قلت ما لی و لموسی بن جعفر علیهما السلام قال: دع هذا عنک و الله لو لا حسن صحبتک لقتلتک.

و ما ورد فی تفسیر الرکون إلی الظالم

انسـان حجرا لحشـره الله معه- کمـا فی الاحـادیث- (قال صـفوان فـذهبت فبعت جمالی عن آخرها) «من» بمعنی «الی» ای إلی آخرها بحیث لم ادع واحـدا منها (فبلغ ذلک) البیع لجمالی (الی هارون، فـدعانی، فقال لی یا صـفوان بلغنی انک بعت جمالک) هل صـحیح ذلک؟ (قلت: نعم، قال و لم؟ قلت: انا شـیخ کبیر، و ان الغلمان لا یقومون بالاعمال، فقال) هارون (هیهات هیهات) ای بعیـد ما تذکره

عن الواقع، و التکرار للتأکید (انی لا ـ علم من اشار علیک بهذا، انما اشار علیک بهذا موسی بن جعفر علیه السلام، قلت: ما لی و لموسی بن جعفر علیهما السلام) و ایّ علاقة بینی و بینه، حتی یقول لی شیئا و امتثل کلامه (قال) هارون (دع هذا) الانکار (عنک) ای لا تنکر ما هو واقع– و انا عالم به– (و الله لو لا حسن صحبتک) معنا حیث لم تسئ إلینا (لقتلتک).

اقول: لعل هارون علم ذلک بشیطنته او ببعض الجواسیس.

(و ما ورد فی تفسیر الرکون إلی الظالم) فی قوله تعالی: وَ لا تَرْکَنُوا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۰

من ان الرجل یأتی السلطان فیحب بقائه إلی ان یدخل یده فی کیسه فیعطیه و غیر ذلک مما ظاهره وجوب التجنب عنهم.

و من هنا لما قیل لبعض انی رجل اخیط للسلطان ثیابه، فهل ترانی بذلک داخلا فی اعوان الظلمة قال له: المعین من یبیعک الابر و الخیوط و اما انت فمن الظلمة انفسهم.

و فی روایة سلیمان الجعفری المرویة عن تفسیر العیاشی ان الدخول فی اعمالهم و العون لهم و السعی فی حوائجهم عدیل الکفر و النظر إلیهم علی العمد

إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا (من ان الرجل یأتی السلطان فیحب بقائه إلی ان یدخل یده فی کیسه، فیعطیه) ای بهذا المقدار من الزمان فاذا کان هذا رکونا، کان العمل له رکونا بالطریق الاولی (و غیر ذلک) من الروایات (مما ظاهره وجوب التجنب عنهم).

(و من هنا) الّذی یفهم منه الاجتناب عنهم مطلقا (لما قیل لبعض) من الاکابر (انی رجل اخیط للسلطان ثیابه، فهل ترانی بذلک داخلا فی اعوان الظلمة قال له: المعین من یبیعک الابر و الخیوط، و اما انت فمن الظلمة انفسهم) مما دل علی صدق اعوان الظلمة– عرفا– علی مثل بائع الابر و الخیوط فیشمله دلیل: عون الظلمة.

(و فی روایة سلیمان الجعفری المرویة عن تفسیر العیاشی) قال علیه السلام (ان الدخول فی اعمالهم و العون لهم و السعی فی حوائجهم عدیل الکفر)– مبالغة فی شدة الحرمة– (و النظر إلیهم علی العمد) اما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۱

من الکبائر التی تستحق بها النار.

المراد: النظر إلیهم بالبصر، او المراد: رجائهم و نظر اللطف و العظمة إلیهم (من الکبائر التی تستحق بها النار).

و قد ذکروا فی احوال المقدس الکاظمی صاحب الوسائل فی الفقه انه کان صدیقا للمیرزا القمی صاحب القوانین فی العراق، فرجع المیرزا إلی ایران، ثم زار العتبات المقدسة، و زار الکاظمی فی داره، فسمع صوت طفل یبکی من خارج الغرفة، و لما استفسر المیرزا من الکاظمی، قال لیس لی إلا غرفة واحدة و لما جئت انت خرجت زوجتی و طفلی و هما الآن فی الشمس الهاجرة و حرارة الشمس هی التی سببت بکاء الطفل، فرقّ المیرزا لوضع الکاظمی کثیرا بعد ما رأی فی غرفته أیضا اثر الزهد و العدم، و لما رجع إلی ایران نقل القصة للملک فتحعلی شاه، حین زاره الملک فی داره ثم قال المیرزا انه اعظم هدیة جاء بها من العراق یرید وجود مثل هذا العالم الزاهد، فامر الملک بحمل سبع خرج من النقود إلی الکاظمی و لما جاء ممثل الملک إلی الکاظمیة زاره الاعیان و الاشراف و جماعة من العلماء باستثناء المقدس.

و لما رأی الممثل عدم زیارة الکاظمی اضطر هو ان یزوره و عند ما جاء الی باب داره فتح الکاظمی الباب و استمع إلی کلام الممثل، قال الکاظمی انه لا حاجة لی فی المال، فلیرجعه إلی الملک، ثم اخذ المقدس بالبکاء، و لما سئل عن السبب قال: انی لا اعلم بای ذنب منی صدر إلی الله سبحانه استحققت ان یذکر اسمی عند الظالمین– یرید الملک–.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۲

لكن الانصاف ان شيئا مما ذكر، لا ينهض دليلا لتحريم العمل لهم على غير جهة المعونة.

اما الرواية الاولى فلان التعبير فيها فى الجواب بقوله: عليه السلام ما احب، ظاهر فى الكراهة.

و اما قوله عليه السلام: ان اعوان الظلمة الخ، فهو من باب التنبيه على ان القرب إلى الظلمة، و المخالطة معهم مرجوح، و الا فليس من يعمل لهم الاعمال المذكورة فى السؤال

اقول مع العلم ان فتحعلى شاه كان ملكا ملتزما بظاهر احكام الاسلام حتى ان الشيخ الاكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء ره صدّر له اجازة للحكم فى ايران، و صورة الاجازة موجودة فى كتاب «كشف الغطاء» كما اجاز الكركى ره الملك الصفوى و:

هيهات ان يأت الزمان بمثلهم ان الزمان بمثلهم لبخيل

(لكن الانصاف ان شيئا مما ذكر، لا ينهض دليلا لتحريم العمل لهم على غير جهة المعونة) خصوصا بعد ظاهر رواية تحف العقول المتقدمة فى اوّل الكتاب حيث قال: على جهة الولاية لهم.

(اما الرواية الاولى) لابن ابى يعفور (فلان التعبير فيها فى الجواب بقوله) عليه السلام (ما احب ظاهر فى الكراهة) لا التحريم.

(و اما قوله عليه السلام: ان اعوان الظلمة الخ) فى اخير الرواية (فهو من باب التنبيه على ان القرب إلى الظلمة، و المخالطة معهم مرجوح، و الا فليس من يعمل لهم الاعمال المذكورة فى السؤال) اى البناء، و الكرى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۳

خصوصا مرة او مرتين خصوصا مع الاضطرار معدودا من اعوانهم.

و كذلك يقال فى رواية عذافر مع احتمال ان يكون معاملة عذافر مع ابى أيوب، و ابى الربيع على وجه يكون معدودا من اعوانهم و عمالهم.

و اما رواية صفوان، فالظاهر منها ان نفس المعاملة معهم ليست محرمة بل من حيث محبة بقائهم، و ان لم تكن معهم معاملة.

و لا يخفى على الفطن العارف باساليب الكلام، ان قوله عليه السلام و من احب بقائهم كان منهم، لا يراد به: من احبّهم مثل محبّة صفوان

و الاصلاح للمسناة (خصوصا مرة او مرتين) كما هو ظاهر قول السائل «ربما» (خصوصا مع الاضطرار) كما هو ظاهر قول السائل «اصاب الرجل منا الضيق» (معدودا من اعوانهم) حتى يصدق عليه قول الامام عليه السلام «ان اعوان الظلمة».

(و كذلك يقال فى رواية عذافر) فان ظاهرها التعامل مع الظالم، لا كونه عونا له (مع احتمال ان يكون معاملة عذافر مع ابى أيوب، و ابى الربيع على وجه يكون معدودا من اعوانهم و عمالهم) فلا تدل الرواية على حرمة ما نحن فيه من العمل على غير جهة المعونة.

(و اما رواية صفوان، فالظاهر منها ان نفس المعاملة معهم ليست محرمة، بل من حيث محبة بقائهم، و ان لم تكن) له (معهم معاملة).

(و لا يخفى على الفطن العارف باساليب الكلام، ان قوله عليه السلام)- فى رواية صفوان- (و من احب بقائهم كان منهم، لا يراد به: من احبهم مثل محبة صفوان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۲۸۴

بقائهم حتى يخرج كرائه، بل هذا من باب المبالغة فى الاجتناب عن مخالطتهم حتى لا يفضى ذلك إلى صيرورته من اعوانهم، و ان يشرب القلب حبهم، لان القلوب مجبولة على حب من احسن إليها.

و قد تبين مما ذكرنا ان المحرم من العمل للظلمة قسمان.

احدهما: الاعانۀ لهم علی الظلم.

و الثانی: ما یعد معهم من اعوانهم، و المنسوبین إلیهم، بان یقال هذا خیاط السلطان، و هذا معماره.

و اما ما عدا ذلک، فلا دلیل معتبر علی تحریمه.

بقائهم حتی یخرج کرائه، بل هـذا من باب المبالغـۀ فی الاجتناب عن مخالطتهم) من قبیل «لا تقربوا الزنا» و «لا تقربوا مال الیتیم» (حتی لا یفضـی ذلک) التخالط و التعاشـر (الی صـیرورته من اعوانهم، و ان یشرب القلب حبهم، لان القلوب مجبولۀ) مخلوقۀ (علی حب من احسن إلیها).

قال الامام امیر المؤمنین علیه السلام: احسن إلی من شئت تکن امیره و قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: تهادوا تحابوا.

(و قد تبین مما ذکرنا ان المحرم من العمل للظلمۀ قسمان).

(احدهما: الاعانۀ لهم علی الظلم) و الباطل- اللهم الا ان نقول:

ان کل باطل ظلم-.

(و الثانی: ما یعد معهم من اعوانهم، و المنسوبین إلیهم، بان یقال) مثلا- (هذا خیاط السلطان، و هذا معماره).

(و اما ما عدا ذلک) القسمین (فلا دلیل معتبر علی تحریمه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۵

....

لکن لا یخفی ان المصنف و القدماء انما کانوا ینظرون إلی حکوماتهم التی کانت تحکم فی الظاهر بحکم الاسلام.

اما فی هذا القرن الّذی بدّل فیه احکام الاسلام باحکام الکفر فی جمیع مرافق الحکومات، فالامر اشکل.

فان الانخراط فی سـلکهم اعانـۀ لهـدم الاسـلام و تسـلیط الکفار علی بلاد الاسـلام، بل محو کلمۀ لا إله الا الله، کما هو المشاهد لدی الجمیع فلیتـذکر من یریـد الـدخول معهم قوله سبحانه «وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِکَ هُمُ الْکَافِرُونَ» و لیخش عاقبـۀ امره و الله العاصم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۶

الثالثۀ و العشرون النجش

- بالنون المفتوحـۀ و الجیم الساکنـۀ او المفتوحـۀ- حرام، لما فی النبوی المنجبر بالاجماع المنقول عن جامع المقاصـد، و المنتهی: من لعن الناجش و المنجوش له.

و قوله علیه السـلام: و لا تناجشوا، و یـدل علی قبحه العقل لانه غش و تلبیس و اضـرار، و هو کما عن جماعـۀ ان یزید الرجل فی ثمن السلعۀ و هو لا یرید شرائها، لیسمعه غیره، فیزید لزیادته بشرط المواطات مع البائع أولا بشرطها، کما حکی

المسألۀ (الثانیۀ و العشـرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (النجش- بالنون المفتوحۀ و الجیم الساکنۀ او المفتوحۀ-) و الشین المثلثۀ و هو: (حرام، لما فی النبوی المنجبر بالاجماع المنقول عن جامع المقاصـد، و المنتهی: من لعن الناجش و المنجوش له) ای صاحب المال.

(و قوله علیه السلام: و لا تناجشوا، و یدل علی قبحه العقل) أیضا (لانه غش و تلبیس و اضرار).

و کلما حکم به العقل حکم به الشرع اذا کان فی سلسلهٔ العلل- کما ذکروا- فالدلیل علی الحرمهٔ السنهٔ، و الاجماع، و العقل، و دلیل لا ضرر، و شبهه من الادلهٔ العامهٔ (و هو) ای النجش (کما عن جماعهٔ ان یزید الرجل فی ثمن السلعهٔ و هو لا یرید شرائها، لیسمعه غیره) فمن یرید الشراء (فیزید) الغیر فی الثمن (لزیادته) ای زیادهٔ الناجش (بشرط المواطات) و المؤامرهٔ (مع البائع او لا بشرطها) بل اعتباطا (کما حکی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۷

عن بعض، و حکی تفسیره أیضا بان یمدح السلعهٔ فی البیع لینفقها و یروجها لمواطات بینه و بین البائع، أو لا معها.

و حرمته بالتفسیر الثانی- خصوصا لا مع المواطات- یحتاج إلی دلیل، و حکی الکراههٔ عن بعض.

هذا التفسیر (عن بعض، و حکی تفسیره أیضا بان یمدح السلعهٔ فی البیع لینفقها) ای یجعل لها نفقا ای رواجا (و یروجها لمواطات) و تبانی (بینه) ای الناجش (و بین البائع، أو لا معها) بل اعتباطا من الناجش.

(و حرمته بالتفسیر الثانی) ای المدح (- خصوصا لا مع المواطات- یحتاج إلی دلیل، و حکی الکراههٔ عن بعض).

لکن لا یبعد ان یقال: انه فیما اذا کانت الزیادهٔ مجحفهٔ و الا فلو کانت الزیادهٔ لاجل الایصال إلی الثمن العادل خصوصا اذا کان الطرف صاحب المال ضعیفا مما یوجب صدق «عون الضعیف صدقهٔ» لم یکن من مصادیق النجش عرفا.

و کذا فی صورهٔ مدح السلعهٔ و کون المنجوش له ملعونا انما هو مع المواطات او شبه المواطات، و الا فلا تزر وزارهٔ وزر اخری.

و هل یتعدی الحکم إلی سائر انواع المعاملهٔ، بل إلی مثل النکاح فیما اذا لا یرید خطبهٔ البنت حقیقهٔ، و انما یقدم- ابتداءً- لخطبهٔ بنت لیوجد الراغب فیها، بل مثل ابتداء التقسیم بان یبتدأ هذا الّذی لا یرید الشراء، بجعل قیمهٔ للسلعهٔ- مما لا تصدق علیه الزیادهٔ- احتمالان.

ثم هل یفهم المناط من الزیادهٔ حتی یتعدی إلی صورهٔ النقیصهٔ،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۸

....

کما یعتاده فی المناقصات- فی الحال الحاضر- فاذا اراد شخص بناء دار عرضه علی البنائین، فهذا یقول بالف، و ذاک بتسعمائهٔ و الثالث بثمانمائهٔ، و هکذا حتی یحرم التنقیص لمن لا یرید العمل، و انما یرید ترغیب غیره فی اخذ العمل بالانقص احتمالان، و فی المقام فروع اخر لا تلائم الشرح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۸۹

الرابعهٔ و العشرون النمیمهٔ

محرمهٔ بالأدلّهٔ الاربعهٔ و هی نقل قول الغیر الی المقول فیه، کان یقول: تکلم فلان فیک بکذا و کذا.

قیل: هی من نمّ الحدیث، من باب قتل و ضرب ای سعی به لایقاع فتنهٔ او وحشهٔ و هی من الکبائر، قال الله تعالی: وَ یَقْطَعُونَ مٰا أَمَرَ اللّٰهُ بِهِ أَنْ یُوصَلَ، وَ یُفْسِدُونَ فِی الْأَرْضِ أُولٰئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَهُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدّٰارِ.

و النمام قاطع لما امر الله بصلته و مفسد.

المسألهٔ (الرابعهٔ و العشرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (النمیمهٔ) و هی (محرمهٔ بالأدلّهٔ الاربعهٔ) کما سیأتی (و هی

نقل قول الغیر إلی المقول فیه، کان یقول) زید لبکر (تکلم فلان) ای خالد- مثلا- (فیک بکذا و کذا) مما یکرهه المقول فیه.

(قیل: هی) ای النمیمة مشتقة (من نمّ الحدیث، من باب قتل) مضموم عین المضارع (و ضرب) مکسور عین المضارع (ای سعی به لإیقاع فتنة او وحشة) ای تنافر بین الطرفین (و هی من الکبائر، قال الله تعالی: وَ یَقْطَعُونَ مٰا أَمَرَ اللّٰهُ بِهِ أَنْ یُوصَلَ، وَ یُفْسِدُونَ فِی الْأَرْضِ أُولٰئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدّٰارِ) و من المعلوم ان ما توعد به فی القرآن الحکیم من الکبائر، کما قرر فی محله.

(و النمام قاطع لما امر الله بصلته) فان الله امر بصلة المؤمنین بعضهم مع بعض (و مفسد) لان من جملة اقسام الافساد قطع روابط الناس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۰

قیل، و هی المراد بقوله تعالی: وَ الْفِتْنَةُ أَکْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ.

و قد تقدم فی باب السحر قوله: فیما رواه فی الاحتجاج فی وجوه السحر و ان من اکبر السحر النمیمة یفرق بها بین المتحابین.

و عن عقاب الاعمال عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم: من مشی فی نمیمة بین الاثنین، سلط الله علیه فی قبره نارا تحرقه، و اذا خرج من قبره سلط الله علیه تنّینا اسود ینهش لحمه،

(قیل و هی) ای النمیمة (المراد بقوله تعالی: وَ الْفِتْنَةُ أَکْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ) ای ان النمیمة احدی مصادیق الفتنة و الا فشأن نزول الآیة المبارکة افتتان المسلمین عن دینهم اکبر من القتل الّذی قتله بعض المسلمین لبعض الکفار- اشتباها-.

(و قد تقدم فی باب السحر قوله) علیه السلام (فیما رواه فی الاحتجاج فی وجوه السحر و ان من اکبر السحر النمیمة یفرق بها بین المتحابین).

فکما ان السحر یفرق به بین المرء و زوجه کذلک النمیمة.

و لعل وجه الاکبریة ان السحر بسبب خارجی اذا جیء بمبطله رجع الامر إلی نصابه، بخلاف النمیمة، فانها توجب سوء ظن کل طرف بالآخر قلما یصطلحان بعد ذلک.

(و عن عقاب الاعمال عن النبی صلی الله علیه و آله: من مشی فی نمیمة بین الاثنین، سلط الله علیه فی قبره نارا تحرقه، و اذا خرج من قبره سلط اللّه علیه تنّینا) ای ثعبانا (اسود) لعله لکثرة هول الاسود، فان هذا اللون مما یوجب قبض النفس (ینهش لحمه) و یقطعه بفمه و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۱

حتی یدخل النار.

و قد استفاضت الاخبار بعدم دخول النمام الجنة.

و یدل علی حرمتها مع کراهة المقول عنه، لاظهار القول عند المقول فیه، جمیع ما دل علی حرمة الغیبة.

و یتفاوت عقوبته، بتفاوت ما یترتب علیها من المفاسد.

و قیل ان حد النمیمة بالمعنی- الاعم-

انیابه (حتی یدخل النار).

(و قد استفاضت الاخبار بعدم دخول النمام الجنة).

(و) کل ذلک یدل علی التحریم، بالإضافة إلی انه (یدل علی حرمتها مع کراهة المقول عنه، لاظهار القول عند المقول فیه، جمیع ما دل علی حرمة الغیبة) کقوله صلی الله علیه و آله: ذکرک اخاک ما یکره فان الاخ کما یکره الغیبة یکره النمیمة.

(و) ان قلت: فبای العقابین یعاقب النمام الّذی یصدق علیها الغیبة أیضا.

قلت: (یتفاوت عقوبته) ای عقوبة النمام (بتفاوت ما یترتب علیها من المفاسد) فان ترتب علیها مفاسد الغیبة و النمیمة کان العقاب اشد، و لا مانع من تداخل العقوبات.

(و) یؤید ما ذکرناه من صدق ادلة الغیبة علی النمیمة، ما (قیل) و القائل الشهید فی کشف الریبة (ان حد النمیمة) و تعریفها (بالمعنی الاعم-) فی مقابل النمیمة بالمعنی الاخص التی هی فی مقابل الغیبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۲

کشف ما یکره کشفه.

سواء کرهه المنقول عنه، أم کرهه، ثالث.

و سواء کان الکشف بالقول، أم بغیره من الکتابة و الرمز و الایماء.

و سواء کان المنقول من الاعمال، أم من الاقوال.

و سواء کان ذلک عیبا و نقصانا علی المنقول عنه، أم لا.

بل حقیقة النمیمة افشاء السر و هتک الستر، عما یکره کشفه، انتهی موضع الحاجة.

و ما اشبه (کشف ما یکره) بصیغة المجهول (کشفه).

(سواء کرهه المنقول عنه) کزید الّذی نم عمرو عنه (أم المنقول إلیه) کخالد المخاطب لعمرو (أم کرهه ثالث) کوالد زید.

(و سواء کان الکشف بالقول، أم بغیره من الکتابة، و الرمز) کتابة او غیرها (و الایماء) بالید و العین و ما اشبه.

(و سواء کان) الکلام (المنقول من الاعمال) کان یقول النمام زنی زید (أم من الاقوال) کان یقول: قال زید کلاما سیئا.

(و سواء کان ذلک) الکلام المنقول (عیبا و نقصانا علی المنقول عنه) کالزنا (أم لا) کان یقول کل لیلة یباشر حلیلته.

(بل حقیقة النمیمة افشاء السر و هتک الستر، عما یکره کشفه).

لکن الظاهر عدم صدق النمیمة علی بعض الاقسام المذکورة و ان امکن کونه حراما من جهة اخری ککونه إیذاء للمؤمن و ما اشبه

(انتهی موضع الحاجة) من کلام الشهید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۳

ثم انه قد یباح ذلک لبعض المصالح التی هی آکد من مفسدة افشاء السر- کما تقدم فی الغیبة-.

بل قیل: انها قد تجب، لإیقاع الفتنة بین المشرکین.

لکن الکلام فی النمیمة علی المؤمنین.

(ثم انه قد یباح ذلک) ای النمیمة (لبعض المصالح التی هی آکد من مفسدة افشاء السر- کما تقدم فی الغیبة-) کنصح المستشیر و تجنیب الناس عن صاحب البدعة، و ما اشبه ذلک.

(بل قیل: انها قد تجب، لایقاع الفتنة بین المشرکین) کما ورد عن النبی صلی الله علیه و آله انه ندب بعض الاصحاب إلی ذلک فی بعض الغزوات.

(لکن الکلام فی النمیمة علی المؤمنین) فالفتنة بین المشرکین خارجة عن موضوع الکلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۴

الخامسة و العشرون النوح بالباطل،

ذکره فی المکاسب المحرمة الشـیخان و سلار و الحلی و المحقق، و من تأخر عنه، و الظاهر حرمته من حیث الباطل- یعنی الکذب- و الا فهو فی نفسه لیس بمحرم.

المسألة (الخامسة و العشـرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (النوح بالباطل، ذکره فی المکاسب المحرمة الشـیخان، و سلار و الحلی، و المحقق، و من تأخر عنه، و الظاهر حرمته من حیث الباطل یعنی الکذب- و الا فهو فی نفسه لیس بمحرم).

فالقول بالتحریم للنوح مطلقا، تمشیا مع ظاهر بعض الاخبار لا وجه له، لما ورد من امر النبی صلی الله علیه و آله بالنیاحة علی حمزة، و کذلک النیاحة علی سید الشهداء علیه السلام، و ما دل علی امر الامام الباقر علیه السلام بالنیاحة له عشر سنین فی منی.

اما کون صوت المرأة عورة، فالظاهر انه اذ لم یکن داخلا فی الخضوع بالقول، لم یکن وجه للتحریم.

و لـذا نهی القرآن الحکیم الخضوع بـالقول، لاـ مطلق القول و قـد کـانت النسـاء تکلمن النبی و الأئمـة بمحضـر الناس، و لم یردع عن ذلک، بل ظاهر لفظ النوادب، فی روایة الامام الباقر علیه السلام: النساء النادبات

و من المعلوم: ان «منی» مجمع الناس، و یسـمع صوتهن الرجال، و کـذلک ندبة زینب علیها السـلام و سائر المخدرات و ندبة أم البنین بمحضر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۵

و علی هذا التفصیل دل غیر واحد من الاخبار.

و ظاهر المبسوط، و ابن حمزة التحریم مطلقا، کبعض الاخبار و کلاهما محمولان علی المقید جمعا.

مروان، بـل و خطب الصدیقـة الطاهرة فی المسـجد، و للرجال فی المنزل، و زینب و أمّ کلثوم فی الکوفـة و الشام و غیرها من الادلـة و المؤیدات الکثیرة.

(و علی هـذا التفصـیل) بیـن النـوح بالباطـل فیحرم، و بین النـوح بغیر الباطـل، فلاـ یحرم (دل غیر واحـد من الاخبـار) و فی الوسائـل و المستدرک عقد لذلک بابا طویلا فراجع.

(و ظـاهر المبسوط، و ابن حمزة التحریم مطلقـا، کبعض الاخبـار) الدالـة علی التحریم مطلقـا (و کلاهمـا) ای کلاـم الفقیهین و الاخبار (محمولان علی المقیـد) ای النوح بالباطل (جمعا) بین الاخبار المطلقـة، و الاخبار المقیـدة، کقوله علیه السـلام فی مرسل الصـدوق: لا بأس بکسب النائحة اذا قالت صدقا، بالإضافة إلی دلیل التأسی کما تقدم، فلا ینبغی الاشکال فی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۶

السادسة و العشرون الولایة من قبل الجائر-

اشارة

و هی صیرورته والیا علی قوم منصوبا من قبله- محرمة لان الوالی من اعظم الاعوان.

و لما تقـدم فی روایة تحف العقول من قوله: و اما وجه الحرام من الولایة فولایة الوالی الجائر، و ولایة ولاته فالعمل لهم و الکسب لهم بجهة الولایة

المسألة (السادسة و العشرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (الولایة من قبل الجائر-) الظالم (و هی صیرورته) ای الشخص (والیا علی قوم منصوبا من قبله-).

و لا یبعد کون الولایة اعم من کونه عاملا علی قوم، او علی شیء کالسفیر فی البلاد التی لا قوم من طرف الحکومة ذات السفیر فیها و انما هو لمجرد الشخصیة او المصالح الاقتصادیة او ما اشبه.

و قوله (محرمة) خبر الولایة (لان الوالی من اعظم الاعوان) للظلمة.

و قد تقدم ما ورد فی اعوان الظلمة.

(و لما تقدم فی روایة تحف العقول من قوله) علیه السلام (و اما وجه الحرام من الولایة، فولایة الوالی الجائر، و ولایة ولاته).

و المراد ب: ولایة الوالی الجائر ولایة نفس الوالی، ای الرئیس الاول.

و اما المراد الولایة من قبل الوالی الجائر ای الذین نصبهم الرئیس الاول، و باختلاف المعنی یختلف المراد من: ولایة ولاته (فالعمل لهم) بدون الولایة (و الکسب لهم بجهة الولایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۷

معهم حرام محرم معذب فاعل ذلک علی قلیل من فعله، او کثیر، لان کل شیء من جهة المعونة له معصیة کبیرة من الکبائر.

و ذلک ان فی ولایة الوالی الجائر دروس الحق کله و احیاء الباطل کله و اظهار الظلم و الجور و الفساد و ابطال الکتب و قتل الأنبیاء و هدم المساجد، و تبدیل سنة الله، و شرائعه.

فلذلک حرم العمل معهم و معونتهم و الکسب معهم إلا بجهة الضرورة

معهم) فی مقابل الکسب لهم لا بجهة الولایة (حرام محرم) تأکید لقوله:

حرام من قبیل: لیل اللیل (معذب فاعل ذلک) العمل مع الجائرین (علی قلیل من فعله، او کثیر، لان کل شیء من جهة المعونة) و الاعانة (له) ای للجائر (معصیة کبیرة من الکبائر).

(و ذلک) ای و وجه ذلک (ان فی ولایة الوالی الجائر دروس الحق کله) ای اضمحلال الحق، اذ الجائر لا یبالی بالحق، و عدم المبالات سبب الدروس و الضیاع (و احیاء الباطل کله، و اظهار الظلم و الجور و الفساد) ای ظهور هذه الامور فی الخارج (و ابطال الکتب) السماویة (و قتل الأنبیاء، و هدم المساجد و تبدیل سنة الله و شرائعه) فان الظلم یفعل کل ذلک، و ان کان کل قسم من اقسام الظلم لا یفعل کل ذلک.

و الحاصل: ان الظلم مقتضی لهذه الامور.

(فلذلک) الّذی ذکرنا من مفاسد ولایة الجائر (حرم العمل معهم و معونتهم) ای اعانتهم (و الکسب معهم إلا بجهة الضرورة) من تقیة او ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۲۹۸

نظیر الضرورة إلی الدم و المیتة، الخبر.

و فی روایة زیاد بن ابی سلمة: اهون ما یصنع الله عز و جل بمن تولا لهم عملا ان یضرب علیه سرادقا من نار إلی ان یفرغ الله عز و جل من حساب الخلائق.

ثم ان ظاهر الروایات کون الولایة محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصیة علیه، من ظلم الغیر مع ان الولایة عن الجائر لا تنفک عن المعصیة.

اشبه (نظير الضرورة إلى الدم و الميتة) فانه ما من شيء حرمه الله إلا و قد احله لمن اضطر إليه إلى آخر (الخبر) المتقدم فى اوّل الكتاب.

(و فى رواية زياد بن ابى سلمة: اهون) و اخف عقاب (ما يصنع الله عز و جل بمن تولا لهم عملا ان يضرب) الله (عليه سرادقا من نار) اى سترا فان سرادق معرب سراپرده و المراد به المحل المحفوف بالنار (الى ان يفرغ الله عز و جل من حساب الخلائق) فى يوم القيامة و المراد خمسين الف سنة التى هى مدة محاسبة الخلائق فى القيامة.

(ثم ان ظاهر الروايات كون الولاية محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليه، من ظلم الغير) او ما اشبه من سائر المحرمات كتغيير شرائع الله، و هدم المساجد، و احياء الباطل (مع ان الولاية عن الجائر لا تنفك) خارجا (عن المعصية).

فحرمتها لا لعدم انفكاكها عن العصيان، بل هى حرام فى نفسها- و لو فرضنا انه لم يترتب عليها عصيان اصلا-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج٣، ص: ٢٩٩

و ربما كان فى بعض الاخبار اشارة إلى كونه من جهة الحرام الخارجى

ففى صحيحة داود بن زربى، قال: اخبرنى مولى لعلى بن الحسين عليه السلام، قال: كنت بالكوفة، فقدم ابو عبد الله عليه السلام الحيرة، فاتيته فقلت له جعلت فداك: لو كلمت داود بن على، او بعض هؤلاء، فادخل فى بعض هذه الولايات، فقال ما كنت لا فعل، فانصرفت إلى منزلى، فتفكرت ما احسبه انه منعنى، الا مخافة ان اظلم او اجور و الله لآتينّه

(و) لكن (ربما كان فى بعض الاخبار اشارة إلى كونه) اى كون التحريم للولاية، انما هو (من جهة الحرام الخارجى) المترتب على الولاية.

(ففى صحيحة داود بن زربى) و كان من الشيعة للامام موسى بن جعفر عليه السلام، و حفظه الامام من كيد هارون، بمثل ما حفظ على بن يقطين فى قصة الوضوء المشهورة (قال: اخبرنى مولى لعلى بن الحسين عليه السلام، قال: كنت بالكوفة، فقدم ابو عبد الله) الصادق (عليه السلام الحيرة، فاتيته فقلت له جعلت فداك، لو كلمت داود بن على) و كان واليا من قبل العباسيين (او بعض هؤلاء فادخل) بصيغة المجهول اى ادخلونى (فى بعض هذه الولايات، فقال) الصادق عليه السلام (ما كنت لا فعل، فانصرفت إلى منزلى، فتفكرت ما احسبه انه) عليه السلام (منعنى) بان لم يتوسط لدى الامير فى ادخالى فى بعض الولايات (الا مخافة ان اظلم او اجور).

لعل المراد بالجور الاعم من الظلم، فانه يشمل ظلم الانسان نفسه و ظلمه لغيره من الناس- احيانا- او العكس (و الله لآتينه) اى اذهب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج٣، ص: ٣٠٠

و اعطينه الطلاق و العتاق، و الايمان المغلظة ان لا اجورن على احد و لا اظلمن و لأعدلن قال: فاتيته، فقلت جعلت فداك: انى فكرت فى إبائك على و ظننت انك انما منعتنى مخافة ان اظلم او اجور، و ان كل امرأة لى طالق و كل مملوك لى حر و على ان ظلمت احدا او جرت على احد، بل ان لم اعدل، قال فكيف قلت؟ فاعدت عليه الايمان فنظر إلى السماء و قال تنال هذه السماء ايسر عليك من ذلك

الى الامام عليه السلام (و اعطينه الطلاق و العتاق) اى احلف له بطلاق زوجتى و عتق مماليكى (و الايمان المغلظة) فى اللفظ، نحو: و الله المهلك المدرك، او المعنى نحو: و الله لا حرم الدهر، مثلا (ان لا اجورن على احد) ان وليت عملا (و لا اظلمن و لا عدلن) بين الناس (قال: فاتيته، فقلت جعلت فداك: انى فكرت فى) سبب (إبائك) و امتناعك (على) بان لم تقبل ان تتوسط فى امرى (و ظننت انك انما منعتنى مخافة ان اظلم او اجور، و ان كل امرأة لى طالق، و كل مملوك لى حر، و على ان ظلمت احدا او جرت على احد، بل ان لم اعدل) قد يكون الانسان لا يظلم و لكنه لا يعدل أيضا بان ينتحى من قضايا الناس فى ناحية، و قد يكون يعدل بان يدخل فى

قضایاهم و یجعل الحق فی نصابه (قال) الامام علیه السلام (فکیف قلت؟) ای اعد علی کلامک (فاعدت علیه الایمان).
و لا یخفی ان الحلف بالطلاق و العتاق باطل- عندنا- (فنظر) الامام علیه السلام (الی السماء و قال: تنال) و تصل إلی (هذه السماء) التی لا یمکن الوصول إلیها لمثل المخاطب (ایسر علیک من ذلک) بان

بناء اعلی ان المشار إلیه هو العدل و ترک الظلم.
و یحتمل ان یکون هو الترخص فی الدخول.

ثم انه یسوغ الولایة المذکورة امران.

احدهما: القیام، بمصالح العباد

بلا خلاف، علی الظاهر المصرح به فی المحکی عن بعض، حیث قال: ان تقلد الامر من قبل الجائر جائز اذا تمکن معه

تحکم و لا تجور إلی آخر الخبر.
و دلالة هذه الروایة (بناء اعلی ان المشار إلیه) فی قوله من ذلک (هو العدل و ترک الظلم) فانه یدل حینئذ علی ما ذکرناه سابقا من مؤیدات حرمة الولایة، بقولنا: مع ان الولایة عن الجائر لا تنفک عن المعصیة.
(و یحتمل ان یکون) المشار إلیه (هو الترخص فی الدخول) ای انی لا آذن لک فی الدخول، او لا اکون واسطة لک.
و الانصاف ان امثال هذه الروایات، و خصوصا اذا لوحظ الحال الحاضر مما الحکم فیه ضدّ الاسلام بتمام معنی الکلمة مما تقصم الظهر لمن یرید الدخول فی الوظائف و الله المستعان.
(ثم انه یسوغ) و یجوز (الولایة المذکورة) ای من قبل الجائر (امران)
(احدهما: القیام بمصالح العباد) و البلاد (بلا خلاف، علی الظاهر المصرح به فی المحکی عن بعض) و هو الراوندی فی فقه القرآن کما قیل (حیث قال: ان تقلد الامر من قبل الجائر جائز، اذا تمکن معه)

من ایصال الحق لمستحقه، بالاجماع و السنة الصحیحة.
و قوله تعالی: اجْعَلْنِی عَلیٰ خَزائِنِ الْأَرْضِ.
و یدل علیه قبل الاجماع ان الولایة ان کانت محرمة لذاتها، کان ارتکابها لاجل المصالح، و دفع المفاسد التی هی اهم من مفسدة انسلاک الشخص فی اعوان الظلمة- بحسب الظاهر- و ان کانت لاستلزامها الظلم علی الغیر، المفروض عدم تحققه هنا.

ای بسبب تقلده الامر (من إیصال الحق لمستحقه، بالاجماع و السنة الصحیحة) کما یأتی بعض الاخبار منها.
(و قوله تعالی) حکایة عن یوسف علیه السلام (اجْعَلْنِی عَلیٰ خَزائِنِ الْأَرْضِ) ای المال و الرزق.
(و یدل علیه قبل الاجماع ان الولایة ان کانت محرمة لذاتها، کان ارتکابها لاجل المصالح، و دفع المفاسد التی هی) ای تلک المصالح (اهم من مفسدة انسلاک الشخص) و دخوله- کما تدخل الخرز فی السلک- (فی اعوان الظلمة- بحسب الظاهر-) اما بحسب الواقع انه من اعوان الحق کانت جائزة للزوم تقدیم الاهم علی المهم.
و المراد بالجواز فی مقابل الحرمة، فیشمل الوجوب أیضا (و ان کانت) الولایة محرمة- لا لذاتها- بل (لاستلزامها الظلم علی الغیر،

فالمفروض عدم تحققه) ای الظلم (هنا) فی المقام، لان المفروض ان قبول الولایة انما هو للقیام، بمصالح العباد و اصلاح البلاد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰۳

و یدل علیه النبوی الّذی رواه الصدوق فی حدیث المناهی قال: من تولی عرافة قوم اتی به یوم القیامة، و یداه مغلولتان إلی عنقه، فان قام فیهم بامر الله تعالی اطلقه الله و ان کان ظالما یهوی به فی نار جهنم و بئس المصیر.

و عن عقاب الاعمال: و من تولی عرافة قوم و لم یحسن فیهم، حبس علی شفیر جهنم بکل یوم الف سنة، و حشر

(و یدل علیه النبوی الّذی رواه الصدوق فی حدیث المناهی قال) صلی الله علیه و آله (من تولی عرافة قوم) ای یکون عریفا لهم، و هو القائم بالامور السیاسیة لدی السلطة، فیعرفهم لها.

و لعل المراد به هنا، ما یسمی فی الاصطلاح الحاضر «المختار» او من هو اعلی منه رتبة (اتی به یوم القیامة، و یداه مغلولتان إلی عنقه، فان قام فیهم بامر الله تعالی اطلقه الله) عن الغل (و ان کان ظالما یهوی به) ای بالشخص، او بالغل الّذی معه (فی نار جهنم) ای یلقی به (و بئس المصیر).

و الظاهر: ان الغل لاجل صیرورته عریفا فی دولة باطل لا یقصد من ورائه الحق، و لذا استحق العقاب، و الا فلو کان عریفا فی حکومة شرعیة او دخل فی العرافة لامر الله، و قام بالعدل، لم یکن لغل یدیه وجه کما لا یخفی-.

(و عن عقاب الاعمال: و من تولی عرافة قوم و لم یحسن فیهم حبس علی شفیر جهنم بکل یوم) تولی العرافة فیه (الف سنة، و حشر) الحشر المجیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰۴

و یداه مغلولتان إلی عنقه، فان قام فیهم بامر الله اطلقه الله، و ان کان ظالما هوی به فی نار جهنم سبعین خریفا.

و لا یخفی: ان العریف- سیما فی ذلک الزمان- لا یکون الا من قبل الجائر.

و صحیحة زید الشحام المحکیة عن الامالی، عن ابی عبد الله علیه السلام: من تولی امرا من امور الناس فعدل فیهم و فتح بابه، و رفع ستره و نظر فی امور الناس کان حقا علی الله ان یؤمن روعته یوم القیامة

بالشخص فی یوم المحشر، و الحشر- لغة- بمعنی الجمع (و یداه مغلولتان إلی عنقه، فان قام فیهم بامر الله اطلقه الله، و ان کان ظالما هوی به فی نار جهنم سبعین خریفا) و الخریف: کما فی بعض الروایات الف عام کل عام یعادل الف سنة من سنی الدنیا.

(و لا یخفی: ان العریف- سیما فی ذلک الزمان- لا یکون الا من قبل الجائر).

و انما قال: سیما، لان العریف، فی غالب الازمنة کذلک، و فی ذلک الزمان کان من قبل الجائر الغاصب للخلافة.

(و صحیحة زید الشحام المحکیة عن الامالی، عن ابی عبد الله علیه السلام: من تولی امرا من امور الناس، فعدل فیهم و فتح بابه) بان لم یغلقه دونهم (و رفع ستره) بان لم یجعل حجابا و حجابا- و هذا هو المعبر عنه بالسکرتیر، فی هذا الزمان- (و نظر فی امور الناس کان حقا علی الله ان یؤمن روعته) ای خوفه (یوم القیامة) فان للقیامة مخاوف و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰۵

و یدخله الجنة.

و روایة زیاد بن ابی سلمة عن موسی بن جعفر علیه السلام: یا زیاد لان اسقط من شاهق، فاتقطع قطعة قطعة احب إلی من ان اتولی لهم عملا، او اطأ بساط رجل منهم الا لما ذا؟ قلت: لا ادری جعلت فداک قال:

الا لتفریج کربة مؤمن أو فک اسره او قضاء دینه.

و روایة علی بن یقطین: ان للّه تعالی مع السلطان اولیاء من یدفع بهم عن اولیائه.

اهوالا (و یدخله الجنة) لعدله و ما عمل بالناس.

(و روایة زیاد بن ابی سلمة عن موسی بن جعفر علیه السلام: یا زیاد لان اسقط من شاهق) ای مکان مرتفع (فاتقطع قطعة قطعة احب إلی من ان اتولی لهم عملا، او اطأ بساط رجل منهم) ای ادخل علیهم (الا لما ذا؟

قلت: لا ادری جعلت فداک، قال: الا لتفریج کربة مؤمن) بان تکون له مشکلة عندهم، او عند غیرهم فادخل علیهم لحل تلک المشکلة (او فک اسره) بان یکون اسیرا عندهم فادخل علیهم لاطلاقه (او قضاء دینه).

و لا یخفی ان هذه الامور الثلاثة من باب المثال، او تکون سائر المشاکل داخلة فی تفریج الکربة.

(و روایة علی بن یقطین: ان للّه) تبارک و (تعالی مع السلطان) ای فی امور السلطان و ولایاته (اولیاء) و احباء للّه تعالی (من یدفع بهم عن اولیائه) فاذا حدثت مشکلة لاولیاء اللّه تعالی، کان الاولیاء الذین فی امور السلطان یحلون تلک المشکلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰۶

قال الصدوق- و فی خبر آخر- أولئک عتقاء اللّه من النار.

قال: و قال الصادق علیه السلام: کفارة عمل السلطان، قضاء حوائج الاخوان.

و عن المقنع سئل ابو عبد اللّه علیه السلام عن رجل یحب آل محمد و هو فی دیوان هؤلاء یقتل تحت رایتهم قال: یحشره اللّه علی نیته إلی غیر ذلک.

(قال الصدوق- و فی خبر آخر- أولئک عتقاء اللّه من النار) فکونهم فی ابواب السلطان موجب اجرهم، لان بیدهم تحل مشکلة الاولیاء.

(قال: و قال الصادق علیه السلام: کفارة عمل السلطان) ای العمل له (قضاء حوائج الاخوان) فانها تکافئ التحریم الناشئ من العمل لهم.

و من الممکن ان یکون هناک عمل محرم یکافئه قضاء الحاجة- کما فی هذا الحدیث- و عمل غیر محرم یوجب الاجر کون الشخص مع السلطان کما فی حدیث: أولئک عتقاء اللّه، فلا تنافی بین الحدیثین.

(و عن المقنع) للمفید رحمه اللّه (سئل ابو عبد اللّه علیه السلام عن رجل یحب آل محمد) صلی اللّه علیه و آله (و هو فی دیوان هؤلاء) السلاطین الجائرین (یقتل تحت رایتهم) فما حاله اذا استشهد فی حرب بینهم و بین اعدائهم؟- الکفار- (قال) علیه السلام (یحشره اللّه علی نیته) فان کانت نیته الحرب لرفعة لواء الاسلام کان حاله حسنا، و ان کانت نیته رفعة لواء هؤلاء کان حاله سیئا (الی غیر ذلک) من الاخبار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۰۷

و ظاهرها إباحة الولایة من حیث هی مع المواسات و الاحسان بالاخوان فیکون نظیر الکذب فی الاصلاح.

و ربما یظهر من بعضها الاستحباب.

و ربما یظهر من بعضها: ان الدخول أولا غیر جائز، الا ان الاحسان الی الاخوان کفارة له.

کمرسلة الصدوق المتقدمة، و فی ذیل روایة زیاد بن ابی سلمة المتقدمة، و ان ولیت شیئا من اعمالهم، فاحسن إلی اخوانک یکون واحدة بواحدة

و الاولی ان یقال: ان الولایة غیر المحرمة

(و ظاهرها إباحة الولاية) من قبل الجائر (من حيث هي) ولاية لا ـ من جهة اتيان الوالى بسائر المحرمات (مع المواساات و الاحسان بالاخوان، فيكون نظير الكذب فى الاصلاح) الّذى هو بنفسه محرم ذاتيا، لكن عنوان الاصلاح حسنه و اجازه.

(و ربما يظهر من بعضها الاستحباب) كرواية: عتقاء الله.

(و ربما يظهر من بعضها: ان الدخول أولا غير جائز، الا ان الاحسان الى الاخوان كفارة له) كرواية كفارة عمل السلطان.

و (كمرسلة الصدوق المتقدمة، و فى ذيل رواية زياد بن ابى سلمة المتقدمة، و ان وليت شيئا من اعمالهم، فاحسن إلى اخوانك يكون واحدة بواحدة) اى طاعة فى مقابل معصية.

(و الاولى) فى الجمع بين الاخبار (ان يقال: ان الولاية غير المحرمة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج٣، ص: ٣٠٨

منها ما يكون مرجوحة، و هى ولاية من تولى لهم لنظام معاشه، قاصدا الاحسان فى خلال ذلك إلى المؤمنين، و دفع الضر عنهم.

ففى رواية ابى بصير ما من جبّار الا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين و هو اقلهم حظا فى الآخرة لصحبة الجبار.

و منها: ما يكون مستحبة، و هى ولاية من لم يقصد بدخوله الا الاحسان الى المؤمنين.

فعن رجال الكشى فى ترجمة محمد بن اسماعيل بن بزيع عن ابى الحسن

لا يخفى ان دخول «ال» على «غير» فى مثل هذه الموارد، خطا كما يظهر لمن راجع كتاب المغنى لابن هشام، و غيره.

ف (منها: ما يكون مرجوحة و هى ولاية من تولى لهم) و اخذ الولاية منهم (لنظام معاشه، قاصدا الاحسان فى خلال ذلك) العمل لهم (الى المؤمنين، و دفع الضر عنهم) اما اصل عمله لهم، فانما كان للمعاش.

(ففى رواية ابى بصير ما من جبار) اى ظالم، و يسمى جبارا، لانه يجبر الناس و يكرههم (الا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين، و هو اقلهم حظا فى الآخرة) و انما يكون هذا المؤمن اقلّ من سائر المؤمنين حظّا فى الآخرة (لصحبة الجبار) و تلوثه بالمعاصى و لو من جهة زيادة سواد كبكبته.

(و منها: ما يكون مستحبة و هى ولاية من لم يقصد بدخوله الا الاحسان الى المؤمنين).

(فعن رجال الكشى فى ترجمة محمد بن اسماعيل ابن بزيع، عن ابى الحسن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج٣، ص: ٣٠٩

الرضا عليه السلام، قال: ان لله فى ابواب الظلمة من نوّر الله به البرهان و مكن له فى البلاد ليدفع بهم عن اوليائه، و يصلح الله بهم امور المسلمين إليهم يلجأ المؤمنين من الضرر و إليهم مرجع ذوى الحاجة من شيعتنا بهم يؤمن الله روعة المؤمنين فى دار الظلمة أولئك المؤمنون حقا، أولئك أمناء الله فى ارضه أولئك نور الله فى رعيته يوم القيمة و يزهر نورهم لاهل السماوات، كما يزهر نور الكواكب الدرية لاهل الارض، أولئك نورهم- يوم القيامة- تضيء منه القيامة خلقوا- و الله- للجنة، و خلقت الجنة لهم فهنيئا لهم ما على احدكم ان لو شاء

الرضا عليه السلام، قال) عليه السلام (ان لله فى ابواب الظلمة من نور الله به البرهان) اى بسببه يعرف الناس الحق من الباطل (و مكن له فى البلاد) بان كان مسلطا على البلاد و العباد (ليدفع) الله (بهم عن اوليائه) المكروهات (و يصلح الله بهم امور المسلمين، إليهم يلجأ المؤمنين من الضرر) المتوجه إليهم (و إليهم مرجع ذوى الحاجة من شيعتنا بهم يؤمن الله روعة المؤمنين) و خوفهم (فى دار الظلمة) و يسمى دار الظلمة لان المسيطرين على الحكم ظالمون (أولئك المؤمنون حقا، أولئك أمناء الله فى ارضه، أولئك نور الله فى رعيته

يوم القيامة) اى رعية الله (و يزهر) اى يظهر، و يبيض، و يجلو (نورهم لاهل السماوات، كما يزهر نور الكواكب الدرية لاهل الارض، أولئك نورهم- يوم القيامة- تضيء منه القيامة) لان القيامة بنفسها مظلمة- كما ورد فى الاحاديث (خلقوا- و الله- للجنة، و خلقت الجنة لهم فهنيئا لهم ما على احدكم ان لو شاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۰

لنال هذا كله قلت: بما ذا؟ جعلت فداك: قال يكون معهم فيسرنا بادخال السرور على المؤمنين من شيعتنا، فكن منهم يا محمد.

و منها: ما يكون واجبة، و هى ما توقف الامر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبان عليه فان ما لا يتم الواجب الا به، واجب مع القدرة.

و ربما يظهر من كلمات جماعة عدم الوجوب فى هذه الصورة- أيضا-

لنال هذا) الفضل (كله) اى ما يضر احدكم ان ينال هذا الفضل (قلت: بما ذا؟) و باى عمل ينال هذا الفضل؟ (جعلت فداك: قال) عليه السلام (يكون) هذا المريد بنيل الفضل (معهم) اى مع الجبارين (فيسرنا بادخال السرور على المؤمنين من شيعتنا، فكن منهم يا محمد).

و الجمع الّذى ذكره المصنف بين هاتين الطائفتين، و ان كان اشبه بالتبرع، الا ان القرائن الداخلة و الخارجية مما توجب المصير إليه.

(و منها: ما يكون واجبة، و هى ما توقف الامر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبان عليه).

و كذلك ارشاد الجاهل، و نشر الاسلام، و انقاذ المسلمين من براثن الكفار، و ما اشبه (فان ما لا يتم الواجب الا به، واجب مع القدرة) فيما اذا لم تكن الولاية محرمة بذاتها، و الا لزم كون الواجب ارجح- كما لا يخفى-.

(و ربما يظهر من كلمات جماعة عدم الوجوب فى هذه الصورة) اى صورة توقف الواجب على الولاية (- أيضا-) كالصورتين السابقتين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۱

قال فى النهاية: تولى الامر من قبل السلطان العادل جائز مرغب فيه، و ربما بلغ حد الوجوب، لما فى ذلك من التمكن بالامر بالمعروف و النهى عن المنكر، و وضع الاشياء مواقعها.

و اما سلطان الجور، فمتى علم الانسان او غلب على ظنه انه متى تولى الامر من قبله امكن التوصل إلى اقامة الحدود، و الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و قسمة الاخماس و الصدقات فى اربابها، و صلة الاخوان و لا يكون مع ذلك مخلا بواجب، و لا فاعلا لقبيح، فانه ليستحب له ان يتعرض لتولى الامر من قبله، انتهى.

و قال فى السرائر: و اما السلطان الجائر فلا يجوز

(قال فى النهاية: تولى الامر من قبل السلطان العادل جائز مرغب فيه) اى مستحب (و ربما بلغ حد الوجوب، لما فى ذلك من التمكن بالامر بالمعروف و النهى عن المنكر، و وضع الاشياء مواقعها) اى اجراء الاحكام كما امر الله تعالى.

(و اما سلطان الجور، فمتى علم الانسان او غلب على ظنه) غلبة يدخله فى ضمن الاطمينان الّذى هو حجة شرعا (انه متى تولى الامر من قبله امكن) بواسطته (التوصل إلى اقامة الحدود، و الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و قسمة الاخماس و الصدقات) اى الزكوات (فى اربابها و) امكن (صلة الاخوان، و لا يكون مع ذلك مخلا بواجب، و لا فاعلا لقبيح بانه ليستحب له ان يتعرض لتولى الامر من قبله، انتهى) كلام النهاية.

(و قال) ابن ادريس (فى السرائر: و اما السلطان الجائر فلا يجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۲

لاحد ان يتولى شيئا من الامور مختارا من قبله، الا ان يعلم او يغلب على ظنه- الى آخر عبارة النهاية بعينها-.

و فى الشرائع: و لو أمن من ذلك اى اعتماد ما يحرم و قدر على الامر بالمعروف، و النهى عن المنكر استحبت.

قال فى المسالك- بعد ان اعترف ان مقتضى ذلك وجوبها- و لعل وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب عن الظالم، و عموم النهى عن الدخول معهم و تسويد الاسم فى ديوانهم، فاذا لم يبلغ حدّ المنع

لاحد ان يتولى شيئا من الامور) فى حالكونه (مختارا من قبله، الا ان يعلم او يغلب على ظنه- الى آخر عبارة النهاية بعينها-) التى تقدمت.

(و فى الشرائع: و لو أمن من ذلك) اى أمن من يريد الولاية من قبل الجائر، و فسر قوله «ذلك» بقوله (اى اعتماد ما يحرم) بان علم بانه لا يفعل الحرام فى ولايته (و قدر على الامر بالمعروف، و النهى عن المنكر استحبت) له الدخول معهم.

(قال فى المسالك) فى شرح عبارة الشرائع (- بعد ان اعترف ان مقتضى ذلك) الّذى ذكره الشرائع من توقف الامر بالمعروف على الولاية (وجوبها-) اى وجوب الولاية، لانها مما يتوقف الواجب عليه (و لعل وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب عن الظالم) و العون له، و قد ورد النهى عن ذلك (و عموم النهى عن الدخول معهم و تسويد الاسم فى ديوانهم، فاذا لم يبلغ) الدخول معهم (حد المنع) من جهة تعارضه بكونه مقدمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۳

فلا اقل من عدم الوجوب.

و لا يخفى ما فى ظاهره من الضعف، كما اعترف به غير واحد لان الامر بالمعروف واجب، فاذا لم يبلغ ما ذكره من كونه بصورة النائب- الى آخر ما ذكره- حد المنع فلا مانع من الوجوب المقدمى للواجب.

و يمكن توجيهه: بان نفس الولاية قبيح محرم، لانها توجب اعلاء كلمة الباطل، و تقوية شوكته فاذا عارضها قبح آخر، و هو ترك الامر بالمعروف و النهى عن المنكر، و ليس احدهما اقل قبحا من الآخر فللمكلف

الواجب (فلا اقل من عدم الوجوب) لانه مقتضى تعارض الحرام و الواجب فيما اذا لم يكن احدهما ارجح من الآخر.

قال المصنف فى الرد على المسالك:

(و لا يخفى ما فى ظاهره) اى ظاهر كلام الشهيد (من الضعف، كما اعترف به) اى بضعف كلامه (غير واحد) من الفقهاء (لان الامر بالمعروف واجب فاذا لم يبلغ ما ذكره) المسالك (من كونه بصورة النائب- الى آخر ما ذكره- حد المنع، فلا مانع من الوجوب المقدمى للواجب) «من» بيان «ما» و «حد المنع» مفعول «لم يبلغ».

(و يمكن توجيهه: بان نفس الولاية قبيح محرم، لانها توجب اعلاء كلمة الباطل و تقوية شوكته) لان الالتفات حول شيء يوجب قوة ذلك الشيء، و ارتفاعه فى الانظار (فاذا عارضها قبيح آخر، و هو ترك الامر بالمعروف و النهى عن المنكر، و) الحال انه (ليس احدهما اقل قبحا من الآخر فللمكلف) التخيير بين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۴

فعلها تحصيلا لمصلحة الامر بالمعروف، و تركها، دفعا لمفسدة تسويد الاسم فى ديوانهم الموجب لاعلاء كلمتهم و قوة شوكتهم.

نعم يمكن الحكم باستحباب اختيار احدهما لمصلحة لم يبلغ حد الالزام حتى يجعل احدهما اقل قبحا ليصير واجبا.

و الحاصل: ان جواز الفعل و الترك هنا ليس من باب عدم جريان دليل قبح الولاية، و تخصيص دليله

(فعلها تحصیلا لمصلحة الامر بالمعروف، و) بین (ترکها، دفعا لمفسدة تسوید الاسم فی دیوانهم الموجب) ذلک التسوید (لاعلاء کلمتهم و قوة شوکتهم) و لذا جاز کلا الامرین و لم یجب احدهما.

و الحاصل: حصول التزاحم بین الملاکین و حیث لا یکون احدهما اهم: جاز للمکلف اختیار احدهما علی الآخر.

(نعم یمکن الحکم باستحباب اختیار احدهما لمصلحة لم یبلغ حد الالزام حتی یجعل احدهما اقل قبحا لیصیر واجبا) فاذا فی عالم الثبوت یمکن وجود احد الاحکام الثلاثة بالنسبة إلی کل واحد منهما الوجوب و الاستحباب و الجواز.

فاذا فهمنا الاهمیة قدم الاهم وجوبا، او استحبابا- حسب فهمنا بانه بمقدار اللزوم او بمقدار الاستحباب- و اذا لم نفهم الاهمیة جاز الاتیان بکل واحد منهما فی عالم الاثبات.

(و الحاصل: ان جواز الفعل و الترک هنا) للولایة من قبل الجائر (لیس من باب عدم جریان دلیل قبح الولایة، و تخصیص دلیله) ای دلیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۱۵

بغیر هذه الصورة الخ، بل من باب مزاحمة قبحها بقبح ترک الامر بالمعروف

فللمکلف ملاحظة کل منهما و العمل بمقتضاه، نظیر تزاحم الحقین فی غیر هذا المقام.

هذا ما اشار إلیه الشهید بقوله: لعموم النهی الخ.

و فی الکفایة ان الوجوب فیما نحن فیه حسن، لو ثبت کون وجوب الامر بالمعروف مطلقا غیر مشروط بالقدرة، فیجب علیه تحصیلها من باب المقدمة

قبح الولایة (بغیر هذه الصورة الخ) ای صورة جواز الفعل و الترک حتی یقال: لم لا یشمل هذه الصورة دلیل القبح؟ (بل من باب مزاحمة قبحها) ای الولایة (بقبح ترک الامر بالمعروف).

(فللمکلف ملاحظة کل منهما) ای من دلیلی الولایة و الامر بالمعروف (و العمل بمقتضاه) فاذا کان احدهما لازما، قدمه، و الا جاز الاتیان بایّ منهما (نظیر تزاحم الحقین فی غیر هذا المقام).

و (هذا) الّذی ذکرناه من شمول النهی و لکن یعارض بدلیل النهی عن المنکر (ما اشار إلیه الشهید بقوله: لعموم النهی الخ) هذا غایة توجیه کلام الشهید.

(و فی الکفایة) للسبزواری (ان الوجوب) لقبول الولایة (فیما نحن فیه حسن، لو ثبت کون وجوب الامر بالمعروف مطلقا غیر مشروط بالقدرة فیجب علیه) ای علی المکلف (تحصیلها) ای القدرة علی الامر بالمعروف (من باب المقدمة).

و الحاصل ان الشارع قد یقول: اذا قدرت علی الامر کان واجبا علیک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۱۶

و لیس بثابت و هو ضعیف.

لان عدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقدرة الحالیة العرفیة کاف مع اطلاق ادلة الامر بالمعروف السالم عن التقیید، بما عدا القدرة العقلیة المفروضة فی المقام.

و قد یقول: الامر بالمعروف واجب علیک.

فالاول: من قبیل الحج الّذی لا یجب تحصیل شرطه.

و الثانی: من قبیل الصلاة الواجب تحصیل شرطها.

فاذا كان الامر بالمعروف من قبیل الاول لا یجب قبول الولایة لتحصیل القدرة.

و اذا كان من قبیل الثانی یجب قبول الولایة مقدمة للواجب.

(و) لكن كون الامر بالمعروف من قبیل الواجب المطلق، فیجب تحصیل مقدمته التی هی الولایة (لیس بثابت) انتهی كلام الكفایة (و هو ضعیف) ای اشكال الكفایة علی اطلاق وجوب الامر بالمعروف بقوله: لیس بثابت، ضعیف.

(لان عدم ثبوت اشتراط الوجوب) للامر بالمعروف (بالقدرة الحالیة) ای فی الحال (العرفیة) صفة «القدرة» (كاف) فی ان نقول بالوجوب المطلق للامر بالمعروف (مع اطلاق ادلة الامر بالمعروف السالم عن التقیید، بما عدا القدرة العقلیة المفروضة) وجود تلك القدرة العقلیة (فی المقام) لانه یتمكن من الامر بالمعروف بواسطة التمكن علی مقدمته التی هی قبول الولایة.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۷

نعم ربما یتوهم انصراف الاطلاقات الواردة إلی القدرة العرفیة غیر المحققة فی المقام.

لكنه تشكیك ابتدائی لا یضر بالإطلاقات.

و اضعف منه ما ذكره بعض، بعد الاعتراض علی ما فی المسالك بقوله:

و لا یخفی ما فیه.

قال: و یمكن توجیه عدم الوجوب بتعارض ما دل علی وجوب الامر بالمعروف و ما دل علی حرمة الولایة عن الجائر- بناء

(نعم ربما یتوهم انصراف الاطلاقات الواردة) فی باب الامر بالمعروف (الی القدرة العرفیة غیر المحققة فی المقام) بمعنی القدرة حالا لا القدرة المستقبلة التی یمكن تحصیلها.

(لكنه) ای الانصراف المذكور (تشكیك ابتدائی) یتبادر إلی الذهن فی بادئ النظر (لا یضر بالإطلاقات) فان الانصراف البدوی لا یوجب صرف وجهة اللفظ- كما لا یخفی-.

(و اضعف منه) ای من كلام الكفایة (ما ذكره بعض) و هو صاحب الجواهر، اراد به بیان عدم وجوب الولایة و ان كانت مقدمة للامر بالمعروف (بعد الاعتراض علی ما فی المسالك، بقوله: و لا یخفی ما فیه).

(قال) ای صاحب الجواهر (و یمكن توجیه عدم الوجوب) للامر بالمعروف فیما اذا توقف علی ولایة الجائر (بتعارض ما دل علی وجوب الامر بالمعروف) مطلقا الشامل لما كان مقدمته قبول الولایة (و ما دل علی حرمة الولایة عن الجائر) الشامل لما كان مقدمة للامر بالمعروف (- بناء

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۳۱۸

علی حرمتها فی ذاتها- و النسبة عموم وجه.

فیجمع ما بینهما بالتخییر المقتضی للجواز دفعا لقید المنع من الترك من ادلة الوجوب.

و قید المنع من الفعل، من ادلة الحرمة

علی حرمتها) ای الولایة (فی ذاتها-) اما بناء علی عدم الحرمة الذاتیة و انما كانت الحرمة لانها توصل الوالی إلی المحرمات- لم یكن تعارض بین الدلیلین، كما لا یخفی (و النسبة) بین الدلیلین (عموم وجه).

اذ دلیل الولایة شامل لما كان بدون الامر بالمعروف.

و دلیل الامر بالمعروف شامل لما كان بالولایة.

و مورد التعارض الامر بالمعروف مع الولایة، فانه مجمع ما بین الدلیلین.

(فیجمع ما بینهما بالتخییر) فی قبول الولایة و الامر بالمعروف او ترک الامر بالمعروف بترک الولایة (المقتضی للجواز) بالنسبة إلی کل منهما (دفعا لقید المنع من الترک من ادلة الوجوب) للامر بالمعروف ای لا نقید وجوب الامر بالمعروف بما کان فیه ترک للولایة.

و الحاصل انه نمنع ان یکون ترک الولایة قیدا للامر بالمعروف.

(و) دفعا ل (قید المنع من الفعل، من ادلة الحرمة) للولایة ای لا نقید حرمة الولایة بما لا یکون مقدمة للامر بالمعروف.

و الحاصل: انا نمنع ان یکون فعل الامر بالمعروف قید الحرمة الولایة فلا تحرم الولایة اذا کانت مقدمة للامر بالمعروف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۱۹

و اما الاستحباب فیستفاد حینئذ من ظهور الترغیب فیه فی خبر محمد بن اسماعیل و غیره الّذی هو أیضا شاهد للجمع خصوصا بعد الاعتضاد بفتوی المشهور

و بذلک یرتفع اشکال عدم معقولیة الجواز بالمعنی الاخص فی مقدمة الواجب

و حاصل مراد الجواهر: انه لو لم نقل- فی مورد اجتماع الولایة و الامر بالمعروف- بالتخییر، لزم اما تقیید دلیل الامر بالمعروف، بادلة الولایة، او تقیید ادلة الولایة بدلیل الامر بالمعروف.

و لا وجه لتقیید احد الدلیلین بالآخر فاللازم ان نقول: بالتزاحم، و التخییر.

ثم قال الجواهر (و اما الاستحباب) الّذی نقول فیه فی مورد التعارض مع انه مقتضی ما ذکرناه من العموم من وجه التخییر (فیستفاد حینئذ من ظهور الترغیب فیه فی خبر محمد بن اسماعیل و غیره الّذی هو أیضا شاهد للجمع) الّذی ذکرناه- بالتخییر-.

اذ لو قدم دلیل الامر کان واجبا.

و لو قدم دلیل الولایة، کان حراما.

فالاستحباب شاهد للتخییر، فلا تحرم الولایة و لا تجب (خصوصا بعد الاعتضاد بفتوی المشهور) الذین قالوا باستحباب الولایة.

(و بذلک) الّذی ذکرنا من ان القول بالجواز مقتضی الجمع بین دلیلی الولایة و الامر بالمعروف (یرتفع اشکال عدم معقولیة الجواز بالمعنی الاخص فی مقدمة الواجب) لان مقدمة الواجب واجبة فکیف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۰

ضرورة ارتفاع الوجوب للمعارضة.

اذ عدم المعقولیة مسلم فیما لم یعارض فیه مقتضی الوجوب، انتهی.

و فیه ان الحکم فی التعارض بالعموم من وجه، هو التوقف و الرجوع الی الاصول، لا التخییر- کما قرر فی محله-.

و مقتضاها إباحة الولایة للاصل، و وجوب الامر بالمعروف

تقولون ان الولایة التی هی مقدمة الامر بالمعروف لیست بواجبة؟ (ضرورة ارتفاع الوجوب) هنا عن الولایة (للمعارضة) بالحرمة الذاتیة الموجودة فی الولایة.

(اذ عدم المعقولیة) لجواز مقدمة الواجب (مسلم فیما لم یعارض فیه مقتضی الوجوب) مع مقتضی الحرمة.

اما مع التعارض فالجواز معقول- کما عرفت- (انتهی) کلام الجواهر.

(و فیه ان الحکم فی التعارض بالعموم من وجه، هو التوقف و الرجوع الی الاصول) العملیة (لا التخییر- کما قرر فی محله-) من

الاصول.

فاذا قال المولی اکرم العلماء و لا تکرم الفساق، فالعالم الفاسق و هو مورد التعارض یتوقف فیه، و اذا لم نظفر بمرجح، یجب الرجوع إلی الاصول العملیة من الاستصحاب ان کان، و الا فالبراءة، مثلا.

(و مقتضاها) ای مقتضی قاعدة الرجوع إلی الاصول فی مورد التعارض فی باب العموم من وجه- (إباحة الولایة، للاصل) لان دلیل التحریم لا یشمل مورد التعارض فاذا شک فی حکم الولایة کان الاصل الاباحة (و وجوب الامر بالمعروف) لان الدلیل الشرعی للامر بالمعروف اذا سقط بالمعارضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۱

لاستقلال العقل به کما ثبت فی بابه.

ثم علی تقدیر الحکم بالتخییر فالتخییر الّذی یصار إلیه عند تعارض الوجوب و التحریم هو التخییر الظاهری و هو الاخذ باحدهما بالتزام الفعل او الترک، لا التخییر الواقعی

فی مورد الاجتماع جاء دور الدلیل العقلی و هو یحکم بالوجوب (لاستقلال العقل به کما ثبت فی بابه) فان العقل یری لزوم تنزیه المجتمع عن القبیح و ذلک بالامر بالمعروف و النهی عن المنکر، و ارشاد الجاهل، و تنبیه الغافل.

(ثم علی تقدیر) تسلیم ما ذکره الجواهر من (الحکم بالتخییر) فی مورد التعارض (فالتخییر الّذی یصار إلیه عند تعارض الوجوب و التحریم) کما نحن فیه (هو التخییر الظاهری) لا- الواقعی (و هو الاخذ باحدهما بالتزام الفعل او الترک) کالذی حلف ان یصوم یوم الجمعة، او ان یترک الصیام، ثم شک فی ان متعلق حلفه کان الفعل او الترک، فانه یأتی باحدهما من باب التخییر العقلی الظاهری (لا التخییر الواقعی).

اذ التخییر الواقعی لا یکون الا فیما کان هناک امر متعلق بکلی له افراد او امر متعلق بشیئین، کخصال الکفارة، و لیس ما نحن فیه اعنی مورد العموم من وجه من هذا القبیل اذ الحکم واقعا اما وجوب الدخول فی الولایة ان کان ملاک الامر بالمعروف اقوی، او حرمة الدخول فی فی الولایة ان کان ملاک الولایة اقوی.

و علی هذا فما یظهر من الجواهر من انه قبیل التخییر الواقعی یخفی ما فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۲

ثم المتعارضان بالعموم من وجه، لا- یمکن الغاء ظاهر کل منهما مطلقا بل بالنسبة إلی مادة الاجتماع، لوجوب ابقائهما علی ظاهرهما فی مادتی الافتراق فیلزمک استعمال کل من الامر و النهی فی ادلة الامر بالمعروف و النهی عن الولایة فی الالزام و الاباحة.

ثم

(ثم) ان ما ذکره صاحب الجواهر من الغاء ظاهر کل من الامر بالمعروف و النهی عن الولایة بالنسبة إلی مورد الاجتماع، یستشکل علیه بان لازمه استعمال اللفظ فی اکثر من معنی، و ذلک غیر جائز.

و بیان ذلک هو (المتعارضان بالعموم من وجه، لا- یمکن الغاء ظاهر کل منهما مطلقا) سواء فی مادة الاجتماع او مادة الافتراق (بل بالنسبة إلی مادة الاجتماع) فقط فاذا قال: اکرم العلماء و لا- تکرم الفساق الغینا الوجوب و التحریم بالنسبة إلی العالم الفاسق فقط (لوجوب ابقائهما) ای العامین من وجه (علی ظاهرهما فی مادتی الافتراق).

اذ لا تعارض فی مادتی الافتراق کالعالم العادل و الفاسق الجاهل فی المثال-

و حیث انک اسقطت بالمعارضة دلالة العامین فی مادة الافتراق (فیلزمک استعمال کل من الامر و النهی فی ادلة الامر بالمعروف و

النهی عن الولایة فی الالزام) بالنسبة إلی مادة الافتراق (و الإباحة) بالنسبة إلی مادة الاجتماع.

(ثم) هناک اشکال آخر علی صاحب الجواهر، حیث ان خبر محمد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۳

دلیل الاستحباب اخص لا محالة من ادلة التحریم فیخصص به فلا ینظر بعد ذلک فی ادلة التحریم، بل لا بد بعد ذلک من ملاحظة النسبة بینه و بین ادلة وجوب الامر بالمعروف.

و من المعلوم المقرر فی غیر مقام

ابن اسماعیل شاهد للجمع، اذ الخبر الدال علی الاستحباب اخص من دلیل التحریم، فیخصص دلیل التحریم بما دل علی الاستحباب.

و خبر الاستحباب لا یعارض دلیل المقدمة للواجب، اذ الاستحباب طبعی، و المقدمة واجبة بالعرض، فلا تنافی بینهما.

بل اللازم ان نقول: الولایة واجبة لکونها مقدمة، و ان کانت فی نفسها مستحبة، اذ الوجوب المقدمی حاکم علی الاستحباب و الکراهة و الاباحة الذاتیات.

فان (دلیل الاستحباب) و هو خبر محمد (اخص، لا محالة من ادلة التحریم) للولایة.

فان دلیل التحریم یقول: الولایة من قبل الجائر محرمة مطلقا، و دلیل الاستحباب یقول: قسم من الولایة عن الجائر مستحب (فیخصص دلیل التحریم (به) ای بدلیل الاستحباب (فلا- ینظر بعد ذلک) التخصیص (فی ادلة التحریم، بل لا بد بعد ذلک) التخصیص (من ملاحظة النسبة بینه) ای بین دلیل الاستحباب (و بین ادلة وجوب الامر بالمعروف).

(و) دلیل الوجوب مقدم.

اذ (من المعلوم المقرر فی غیر مقام) ای مقامات متعددة من الاصول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۴

ان دلیل استحباب الشیء الّذی قد یکون مقدمة لواجب لا تعارض ادلة وجوب ذلک الواجب فلا وجه لجعله شاهدا علی الخروج عن مقتضاها لان دلیل الاستحباب مسوق لبیان حکم الشیء فی نفسه، مع قطع النظر عن الملزمات العرضیة، کصیرورته مقدمة لواجب، او مأمورا به لمن تجب اطاعته، او منذورا، و شبهه.

و الفقه (ان دلیل استحباب الشیء الّذی قد یکون) ذلک الشیء (مقدمة لواجب، لا تعارض) دلیل الاستحباب (ادلة وجوب ذلک الواجب).

فدلیل استحباب الولایة لا یعارض وجوب الامر بالمعروف (فلا وجه ل) کلام صاحب الجواهر من (جعله) ای دلیل الاستحباب للولایة (شاهدا علی الخروج عن مقتضاها) ای مقتضی ادلة وجوب الامر بالمعروف.

فان الجواهر اسقط وجوب الامر بالمعروف بحرمة الولایة، و جعل دلیل استحباب الولایة شاهدا للخروج عن مقتضی وجوب الامر و حرمة الولایة.

و انما قلنا «لا- یعارض» (لان دلیل الاستحباب مسوق لبیان حکم الشیء فی نفسه، مع قطع النظر عن الملزمات العرضیة) ایجابا (کصیرورته مقدمة لواجب، او مأمورا به لمن تجب اطاعته) کالسید و الوالد- مثلا- (او منذورا، و شبهه) ککونه متعلق عهد او یمین او شرط، او تحریما ککونه مقدمة حرام، او منهیا عنه، ممن تجب اطاعته، او متعلقا لحلف بترکه.

و کیف کان فعلی ما ذکرنا من وجوب الولایة مقدمة للواجب- بعد ما عرفت من الاشکال فی کلام صاحب الجواهر الّذی قال بجواز الولایة-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۲۵

فالاـحسن فى توجيه كلاـم من عبر بـالجواز مع التمكن من الاـمر بالمعروف إرادة الجواز بالمعنى الاعم و من عبر بالاسـتحباب فظاهره إرادة الاسـتحباب العينى الّذى لاـ ينـافى الوجوب الكفـائى نظير قولهم: يسـتحب تولى القضاء لمن يثق من نفسه، مع انه واجب كفائى لاجل الامر بالمعروف الواجب كفاية.

او يقال: ان مورد كلامهم: ما اذا لم يكن هناك معروف

(فالاـحسن فى توجيه كلاـم من عبر بـالجواز) للولايـة (مع التمكن) بسـبب الولايـة (من الاـمر بـالمعروف، إرادة الجواز بالمعنى الاعم) الشامل للوجوب، لا الجواز الّذى هو فى مقابل الوجوب.

(و) اما (من عبر بالاستحباب) للولاية لمن يقدر من الامر بالمعروف (فظاهره إرادة الاستحباب العينى الّذى لا ينافى الوجوب الكفائى).

فهو (نظير قولهم: يستحب تولي القضاء لمن يثق من نفسه، مع انه واجب كفائى) بل قد يكون عينيا اذا انحصر فيه، فانه اراد الاستحباب العينى الّذى لا ينافى الوجوب الكفائى (لاجل الامر بالمعروف الواجب كفاية).

و قـد تقرر فى الاـصول انه اذا اجتمع الوجوب و الاسـتحباب، كـان الطلب آكـد، فلاـ يلزم اجتمـاع الحكمين، حتى يقـال كيف يمكن اجتماع الضدين؟.

مثل ذلك قولهم صلاة الجماعة مستحبة، و ما اشبه ذلك.

(او يقـال) فى توجيه قولهم: يستحب التولي مع انه واجب اذا كـان مقدمـة للاـمر بـالمعروف (ان مورد كلاـمهم: ما اذا لم يكن هناك معروف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۲۶

متروك يجب فعلاـ الاـمر به، او منكر مفعول يجب النهى عنه كـذلك بـل يعلم- بحسب العـادة- تحقق مورد الامر بالمعروف و النهى عن المنكر بعد ذلك.

و من المعلوم انه لا يجب تحصيل مقدمتهما قبل تحقق موردهما، خصوصا مع عدم العلم بزمان تحققه.

و كيف كان فلا اشكال فى

متروك يجب فعلا الامر به، او منكر مفعول) اى يؤتى به (يجب النهى عنه) اى عن ذلك المنكر (كذلك) اى فعلا (بل يعلم) من يريد الولاية (- بحسب العادة-) اى حسب ما يعرف الانسان من عادة الناس الذين لا يبقون منزهين إلى الاخير (تحقق مورد الامر بالمعروف و النهى عن المنكر بعد ذلك) الحال الحاضر، فان مثل هذه الولاية مستحبة.

(و) ذلك لان (من المعلوم انه لا يجب تحصيل مقدمتهما قبل تحقق موردهما، خصوصا مع عدم العلم بزمان تحققه).

وجه الخصوصـية: انه ان كان تحقق المنكر و ترك المعروف معلوم الزمان فى قرب لا يبعد ان يجب تحصيل مقدمة الامر و النهى، من باب المقدمة التهيئية كما قالوا بالنسبة إلى الطهارة قبل الوقت.

اما لو علم بتأخر زمانهما كبعـد خمسـين سنة، او لـم يعلم هل الزمان قريب او بعيـد؟ لم يجب تحصـيل مقـدمتهما، لعدم رؤيـة العرف الترشح من الواجب الّذى هو هكذا إلى مقدماته.

(و كيف كان) الكلام مع صاحب الجواهر او مع من قبله (فلا اشكال فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۲۷

وجوب تحصيل الولاية اذا كان هناك معروف متروك او منكر مركوب يجب فعلا الامر بالاول، و النهى عن الثانى.

الثانی مما یسوغ الولایة الاکراه علیه بالتوعید علی ترکها

من الجائر بما یوجب ضررا بدنیا، او مالیا، علیه او علی من یتعلق به بحیث یعد الاضرار به اضرارا به و یکون تحمل الضرر علیه شاقا علی النفس، کالاب و الولد و من جری مجریهما.

وجوب تحصیل الولایة اذا کان هناک معروف متروک او منکر مرکوب یجب فعلا الامر بالاول و النهی عن الثانی) و کان ذلک مما یتوقف علی الولایة و لم تکن الولایة مستلزمة لمحرمات اخر- غیر حرمة ذات الولایة- و إلا لزم اعمال قواعد باب التزاحم.

فقد تجب الولایة و ان استلزم المنکر کما لو توقف علیها حفظ البلاد و العباد.

و قد تحرم اذا کانت المحرمات المترتبة علی الولایة اعظم من المنکر المرکوب او المعروف المتروک.

(الثانی) من المستثنیات (مما یسوغ الولایة) من قبل الجائر (الاکراه علیه بالتوعید علی ترکها من الجائر، بما یوجب ضررا بدنیا، او) ضررا (مالیا، علیه او علی من یتعلق به) من الاولاد و الاهل و الاقارب و الاصدقاء (بحیث یعد الاضرار به) ای بذلک المتعلق (اضرارا به) ای بالمکره علیه (و یکون تحمل الضرر علیه شاقا علی النفس، کالاب و الولد و من جری مجریهما) من سائر الاقرباء و الاصدقاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۸

و هذا مما لا اشکال فی تسویغه ارتکاب الولایة المحرمة فی نفسها لعموم قوله تعالی: إِلّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً فی الاستثناء عن عموم: لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْکافِرِینَ أَوْلِیاءَ.

و النبوی (ص): رفع عن امتی ما اکرهوا علیه.

و قولهم علیهم السلام: التقیة فی کل ضرورة، و ما من شیء الا و قد احله الله لمن اضطر إلیه، الی غیر ذلک مما لا یحصی کثرة من العمومات و ما یختص بالمقام.

(و هذا مما لا اشکال فی تسویغه) ای تجویزه (ارتکاب الولایة المحرمة فی نفسها) «ارتکاب» مفعول «تسویغ» (لعموم قوله تعالی: إِلّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً) ای تقیة (فی الاستثناء عن عموم: لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْکافِرِینَ أَوْلِیاءَ) مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِینَ، وَ مَنْ یَفْعَلْ ذٰلِکَ فَلَیْسَ مِنَ اللّهِ فِی شَیْءٍ.

و الآیة و ان کانت فی تولی المؤمن للکافر، الا ان المفهوم منها و لو بالمناط جواز ارتکاب سائر المحرمات خوفا و تقیة.

(و النبوی (ص): رفع عن امتی ما اکرهوا علیه) فانه یشمل المعاملة المکره علیها، و المحرم المکره علیه، فانه لا أثر للاولی، و لا حرمة للثانی.

(و قولهم علیهم السلام: التقیة فی کل ضرورة، و ما من شیء إلا و قد احله الله لمن اضطر إلیه، الی غیر ذلک) من الروایات (مما لا یحصی کثرة من العمومات) الشاملة للمقام بعمومها (و ما یختص بالمقام) من الخصوصیات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۲۹

و ینبغی التنبیه علی امور:

الأول: انه کما یباح بالاکراه نفس الولایة المحرمة، کذلک یباح به ما یلزمها المحرمات الاخر،

و ما یتفق فی خلالها مما یصدر الامر به من السلطان الجائر ما عدا اراقة الدم اذا لم یمکن التفصی عنه و لا اشکال فی ذلک، انما

الاشکال فی ان ما یرجع إلی الاضرار بالغیر من: نهب الاموال، و هتک الاعراض و غیر ذلک من العظائم، هل تباح کل ذلک بالاکراه؟ و لو کان الضرر المتوعد به علی ترک

(و ینبغی التنبیه علی امور) (الاول: انه کما یباح ب) سبب (الاکراه نفس الولایة المحرمة) لکونها من قبل الجائر (کذلک یباح به) ای بالاکراه (ما یلزمها من المحرمات الاخر و ما یتفق فی خلالها) ای خلال الولایة، و اثنائها (مما یصدر الامر به من السلطان الجائر) «و ما یتفق» بیان «ما یلزمها» (ما عدا اراقة الدم) المحرم، فانه لا یجوز بالولایة و ان کان الشخص مضطرا علیه مکرها إلیه

و انما یجوز سائر المحرمات (اذا لم یمکن التفصی عنه) اذ لا یصدق الاکراه مع امکان التفصی، و عدم جواز اراقة الدم، لما ورد من قوله علیه السلام: لا تقیة فی الدماء (و لا اشکال فی ذلک) الّذی ذکرناه من جواز العمل بالمحرم عند الاکراه، فی الجملة.

و (انما الاشکال فی ان ما یرجع إلی الاضرار بالغیر من: نهب الاموال، و هتک الاعراض، و غیر ذلک من العظائم) ای المحرمات العظیمة (هل تباح کل ذلک بالاکراه؟ و لو کان الضرر المتوعد به علی ترک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۰

المکره علیه اقل بمراتب من الضرر المکره علیه کما اذا خاف علی عرضه من کلمة خشنة لا تلیق به فهل یباح ذلک اعراض الناس و اموالهم و لو بلغت ما بلغت کثرة و عظمة، أم لا بد من ملاحظة الضررین، و الترجیح بینهما وجهان.

من: اطلاق ادلة الاکراه، و ان الضرورات تبیح المحظورات.

و من ان المستفاد من ادلة الاکراه تشریعه

المکره علیه اقل بمراتب من الضرر المکره علیه).

و ذلک (کما اذا خاف علی عرضه من کلمة خشنة لا تلیق) تلک الکلمة (به فهل یباح بذلک) ای بإرادة التجنب عن تلک الکلمة (اعراض الناس و اموالهم و لو بلغت ما بلغت کثرة و عظمة، أم) لا؟ تباح بمثل الکلمة کل ذلک، بل (لا بدّ من ملاحظة الضررین) ضرره و ضرر الناس (و الترجیح بینهما).

فان کان ضرره اعظم قدم ضرر الغیر.

و ان کان ضرر الغیر اعظم قدم ضرر نفسه.

مثلا لو دار الامر بین ان یقتله الجائر او ینهب مال زید، قدم نهب مال زید و لو دار الامر بین ان ینهب الجائر ماله و یبیح عرض المرأة المسلمة قدم نهب مال نفسه (وجهان) ای احتمالان ابتداء.

(من: اطلاق ادلة الاکراه و ان الضرورات تبیح المحظورات) هذا وجه الجواز مطلقا.

(و من ان المستفاد من ادلة الاکراه تشریعه) ای تشریع رفع الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۱

لدفع الضرر.

فلا یجوز دفع الضرر بالاضرار بالغیر و لو کان ضرر الغیر ادون فضلا علی ان یکون اعظم.

و ان شئت قلت: ان حدیث رفع الاکراه و دفع الاضطرار مسوق للامتنان علی جنس الامة و لا حسن فی الامتنان علی بعضهم بترخیصه فی الاضرار بالبعض الآخر.

فاذا توقف دفع الضرر عن نفسه علی الاضرار بالغیر لم یجز

بالاكراه (لدفع الضرر) بقول مطلق.

(فلا یجوز دفع الضرر بالاضرار بالغیر) اطلاقا (و لو كان ضرر الغیر ادون) و اقل كما لو دار بین ان یأخذ من ماله عشرة دنانیر او من مال الغیر دینارا واحدا (فضلا علی ان یكون) ضرر الغیر (اعظم) من ضرر نفسه.

(و ان شئت قلت: ان حدیث رفع الاكراه و دفع الاضطرار مسوق للامتنان علی جنس الامة) لا علی كل فرد فرد، فیشمل الدلیل المكره و سائر الناس- علی حد سواء- (و لا حسن) و لا امتنان- علی جنس الامة- (فی الامتنان علی بعضهم) كالمكره- بالفتح- (بترخیصه) ای المكره بالفتح- (فی الاضرار بالبعض الآخر).

إذ أی امتنان علی جنس الامة بان یرخص زیدا ان یضر عمروا، فانه امتنان علی زید لا علی جنس الامة- كما لا یخفی-.

(فاذا توقف دفع الضرر عن نفسه علی الاضرار بالغیر لم یجز) هذا

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۳۳۲

و وجب تحمل الضرر هذا.

و لكن الاقوی هو الاول، لعموم دلیل نفی الاكراه لجمیع المحرمات حتی الاضرار بالغیر ما لم یبلغ الدم، و عموم نفی الحرج.

فان الزام الغیر تحمل الضرر، و ترك ما اكره علیه حرج.

و قوله صلی الله علیه و آله: انما جعلت التقیة لتحقن بها الدماء فاذا بلغ الدم فلا تقیة حیث انه دل علی ان حد التقیة بلوغ الدم فتشرع لما عداه

القسم من الاضرار (و وجب تحمل الضرر) و ان كان ضرر نفسه اكثر من الضرر بالغیر.

و (هذا) وجه الاحتمال الثانی- حیث قلنا: وجهان-.

(و لكن الاقوی) لدی المصنف رحمه الله (هو الاول) بجواز الاضرار بالغیر، و ان كان الضرر المتوجه إلی نفس المكره- بالفتح- اقل (لعموم دلیل نفی الاكراه لجمیع المحرمات حتی الاضرار بالغیر ما لم یبلغ الدم) ای القتل، لا الجرح و ما اشبه (و عموم) دلیل (نفی الحرج) فی قوله سبحانه «مٰا جَعَلَ عَلَیْكُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ».

(فان الزام الغیر) كالوالی من قبل الجائر (تحمل الضرر) بنفسه (و ترك ما اكره علیه) من الاضرار بالغیر (حرج) فهو مرفوع فی الشریعة.

(و قوله صلی الله علیه و آله: انما جعلت التقیة لتحقن بها الدماء فاذا بلغ الدم فلا تقیة) انما یدل هذا الحدیث علی جواز الاضرار بالغیر اتقاء (حیث انه دل علی ان حدّ التقیة بلوغ الدم، فتشرع) التقیة (لما عداه).

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۳، ص: ۳۳۳

و اما ما ذكر من استفادة كون نفی الاكراه لدفع الضرر فهو

فیجوز للانسان ان یتقی من الظالم بظلم الغیر، بان یظلم الغیر حتی ینجو من ان یظلمه الظالم.

لكن لا یخفی الجواب عن ذلك كله، فان ادلة الاكراه و الضرر و الحرج و التقیة حیث شرعت للامة، لم تشمل بعض الامة دون البعض.

فكلها مرفوعة اذا لم یكن ضرر، او حرج او ما اشبه علی الغیر.

و الا فلا وجه لرفع الحكم بالنسبة إلی شخص دون آخر، بل لا دلیل علی جواز ایقاع الضرر بالغیر، و ان كان ذلك اخف من الضرر المتوجه الی النفس، الا اذا علمنا من الشارع اهمیة فی ذلك.

كما لو قال الجائر: اضرب زیدا صفعا، و الا زنیت بمحارمك.

اما لو قال: اضربه صفعا و إلا ضربتک عشرا لم یکن دلیل علی جواز صفع الغیر، بل اطلاقات و عمومات التحریم شاملة للمقام.

و حیث ان مهمة البحث خارجة عن وضع الشرح، فکل الکلام یرجع الی المفصلات.

(و اما ما ذکر) فی وجه عدم جواز الاضرار بالغیر لدفع الضرر عن النفس، الا اذا کان الضرر المتوجه إلی النفس فی نظر الشارع بحیث یلزم دفعه، و لو بالاضرار بالغیر، کما تقدم فی مسألة دوران الامر بین صفع الغیر و الزنا بالمحارم (من استفادة کون نفی الاکراه لدفع الضرر).

فاذا کان هناک ضرر علی کل تقدیر، اما ضرر الشخص او ضرر الآخر لا یشمله دلیل نفی الاکراه، بل یلزم تحمل المکره- بالفتح- الضرر (فهو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۴

مسلم بمعنی دفع توجه الضرر و حدوث مقتضیه لا بمعنی دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضیه.

بیان ذلک انه اذا توجه الضرر إلی شخص بمعنی حصول مقتضیه، فدفعه عنه بالاضرار بغیره غیر لازم، بل غیر جائز فی

مسلم بمعنی دفع توجه الضرر و حدوث مقتضیه).

فلا یجوز ان یعمل الشخص عملا یسبب توجه الضرر إلی الغیر (لا بمعنی دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضیه).

فاذا توجه الضرر إلی الغیر، لا یجب علی الشخص ان یعمل عملا یسبب صرف الضرر عنه.

فکما انه لا- یجب ان یقطع الانسان طریق الاسد الضاری اذا توجه إلی زید کذلک لا یجب ان یجلب الانسان اذی الجائر إلی نفسه، حیث امره بالاضرار بالغیر.

اذ: اضرار الشخص بالغیر، من قبیل توجه الاسد.

منتهی الامر، ان الشخص طریق نفوذ الضرر من الجائر إلی زید، کما ان الاسد طریق الضرر إلی زید.

(بیان ذلک) الفرق بین دفع الضرر المتوجه إلی الغیر الّذی لا یجب و بین دفع توجیه الضرر إلی الغیر الّذی لا یجب، فلا یجب دفع الاسد، و لکن یجب عدم توجیه الاسد (انه اذا توجه الضرر إلی شخص بمعنی حصول مقتضیه) کما اذا توجه الاسد إلی زید لیفترسه (فدفعه عنه بالاضرار بغیره) کان یوجه خالد الاسد إلی بکر، لینجو زید (غیر لازم، بل غیر جائز فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۵

الجملة فاذا توجه ضرر علی المکلف باجباره علی مال و فرض ان نهب مال الغیر دافع له، فلا- یجوز للمجبور نهب مال غیره لدفع الضرر عن نفسه.

و کذلک اذا اکره علی نهب مال غیره، فلا یجب تحمل الضرر بترک النهب، لدفع الضرر المتوجه إلی الغیر.

و توهم انه کما یسوغ النهب فی الثانی لکونه مکرها علیه، فیرتفع حرمته کذلک یسوغ

الجملة).

نعم ربما یجوز فیما اذ علمنا من الشارع اهمیة احد الضررین کما اذا توجه الزانی إلی امرأة شریفة بالزنا، و انا اتمکن من صرفه عنها إلی شخص یصفعه فقط، فانه یجوز الصرف بل یجب.

و علی هذا (فاذا توجه ضرر علی المکلف باجباره علی مال) بان قال الجائر لمحمد: ادفع إلی الف دینار (و فرض ان نهب مال الغیر) و اعطائه للجائر- مثلا- (دافع له) لان الجائر یرید المال، سواء من المجبور او من المنهوب منه (فلا یجوز للمجبور نهب مال غیره لدفع الضرر عن نفسه) اذ لا یجوز اضرار الغیر.

(و كذلك اذا اكره على نهب مال غيره، فلا يجب) على المجبور (تحمل الضـرر) بنفسه (بترك النهب، لدفع الضرر المتوجه إلى الغير) بان يدفع الى الجائر من مال نفسه ليسلم مال غيره.

(و توهم انه كمـا يسوغ النهب فى الثانى) فيما اذا اكره على نهب مال غيره (لكونه مكرها عليه فيرتفع حرمته) بـدليل الاكراه (كـذلك) النهب (يسوغ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۳۶

فى الاول لكونه مضـطرا إليه، الا ترى انه لو توقف دفع الضـرر على محرم آخر غير الاضرار بالغير- كالافطار فى شهر رمضان، او ترك الصلاة، او غيرهما ساغ له ذلك المحرم.

و بعبـارة اخرى: الاضـرار بـالغير من المحرمـات، فكما يرتفع حرمته بالاكراه، كـذلك يرتفع بالاضـطرار لان نسبة الرفع إلى ما اكرهوا عليه، و ما

فى الاول) فيما اذا اراد الجائر ان يأخذ ماله، فنهب مال غيره.

و انما يجوز (لكونه مضـطرا إليه، الا ترى انه لو توقف دفع الضـرر على محرم آخر- غير الاضـرار بالغير- كالافطار فى شهر رمضان، او ترك الصلاة، او غيرهما ساغ له ذلك المحرم).

توضيحه: ان الاضرار بالغير حرام، و افطار شهر رمضان حرام.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۳، ص: ۳۳۶

فكما اذا توقف بقاء مال الشخص على افطار شهر رمضان- كما اذا غرق اثاثه و توقف انقاذه على ان يشرب الماء للتقوى على الانقاذ- جاز الافطار، لدليل الاضطرار، كذلك اذا توقف بقاء مال الشخص على الاضرار بالغير بنهب ماله، فاذا اجبره الجائر على ان يدفع بنفسه الف دينار، صح له ان ينهب الألف من مال غيره و يعطيه للجائر ليسلم مال نفسه.

(و بعبـارة اخرى: الاضـرار بـالغير من المحرمات، فكما يرتفع حرمته بالاكراه، كـذلك يرتفع) حرمته (بالاضـطرار) من غير فرق بين ان يكون الاضطرار لتخليص نفسه او لتخليص ماله، او ما اشبه (لان نسبة الرفع) فى حديث «رفع عن امتى تسع» (الى ما اكرهوا عليه، و ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۳۷

اضـطروا إليه على حد سواء مدفوع بالفرق بين المثالين فى الصغرى بعد اشتراكهما فى الكبرى المتقدمة- و هى ان الضرر المتوجه إلى شخص لا يجب دفعه بالاضرار بغيره- بان الضرر فى الاول متوجه إلى نفس الشخص.

فدفعه عن نفسه بالاضرار بالغير

اضطروا إليه على حد سواء).

لكن هذا التوهم (مدفوع بالفرق بين المثالين).

الاول ما اذا اجبره الجائر بان يدفع مال نفسه إلى الجائر.

و الثانى: ما اذا اجبره بان يدفع مال غيره إلى الجائر، حيث قلنا:

نحن انه يجوز فى الثانى ان ينهب مال غيره، و لا يجوز نهب مال غيره فى الاول، ليسـلم به مال نفسه (فى الصـغرى) اى فى كون الاول

لیس من موضوع الاضطرار إلی نهب مال الغیر، بخلاف الثانی فانه من موضوع الاکراه فی نهب مال غیره (بعد اشتراکهما) ای المثالین (فی الکبری المتقدمهٔ- و هی ان الضرر المتوجه إلی شخص لا یجب دفعه بالاضرار بغیره-).

یعنی هذه الکبری مسلمهٔ فی المثالین، و انما الاختلاف فی الصغری.

و الفرق بین المثالین انما هو (بان الضرر فی الاول) و هو ما اکره الجائر بان یدفع مال نفسه إلی الجائر (متوجه إلی نفس الشخص) المکره بالفتح-.

(فدفعه عن نفسه بالاضرار بالغیر) بان ینهب مال غیره لیعطیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۸

غیر جائز.

و عموم: رفع ما اضطروا إلیه، لا یشمل الاضرار بالغیر المضطر إلیه لانه مسوق للامتنان علی الامهٔ.

فترخیص بعضهم فی الاضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه، و صرف الضرر عن نفسه إلی غیره مناف للامتنان بل یشبه الترجیح بلا مرجح.

فعموم: ما اضطروا إلیه- فی حدیث الرفع- مختص بغیر الاضرار بالغیر

مکان مال نفسه (غیر جائز).

(و عموم: رفع ما اضطروا إلیه، لا یشمل الاضرار بالغیر المضطر إلیه) ای دلیل رفع الاضطرار لا یقول: ضر بالغیر دفعا للضرر المتوجه إلی نفسک (لانه مسوق للامتنان علی الامهٔ) جمعاء.

(فترخیص) الشارع (بعضهم فی الاضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه، و) بعبارهٔ اخری (صرف الضرر عن نفسه إلی غیره مناف للامتنان).

فان الشارع اراد عدم ضرر الامهٔ، لا انه اراد عدم ضرر فرد و لو بضرر فرد آخر.

فاذا اجاز ان یضر زید عمروا دفعا للضرر المتوجه إلی زید کان خلاف الامتنان بالنسبهٔ إلی عمرو (بل یشبه الترجیح بلا مرجح).

فأی مرجح لضرر عمرو، علی ضرر زید.

و من هنا یعلم الفرق بین دفع الضرر بالافطار و بین دفع الضرر بالاضرار بالغیر (فعموم: ما اضطروا إلیه- فی حدیث الرفع- مختص بغیر الاضرار بالغیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۳۹

من المحرمات.

و اما الثانی فالضرر فیه أولا و بالذات متوجه إلی الغیر بحسب الزام المکره- بالکسر- و ارادته الحتمیهٔ، و المکره- بالفتح- و ان کان مباشرا، الا انه ضعیف، لا ینسب إلیه توجیه الضرر إلی الغیر، حتی یقال انه اضر بالغیر، لئلا یتضرر نفسه.

نعم لو تحمل الضرر و لم یضر بالغیر فقد صرف الضرر عن الغیر إلی نفسه عرفا

من) سائر (المحرمات).

و الحاصل کل محرم یجوز ارتکابه للاضطرار، الا المحرم الّذی هو الاضرار بالغیر.

(و اما الثانی) و هو ما اذا اجبر الجائر شخصا، بان ینهب مال غیره- فانه جائز- لما ذکره رحمه الله بقوله: (فالضرر فیه أولا و بالذات متوجه إلی الغیر بحسب الزام المکره- بالکسر- و ارادته الحتمیهٔ) لانه یقول لزید: انهب مال عمرو (و المکره- بالفتح- و ان کان

مباشرا) للنهب، لكنه ليس بفاعل للحرام، و لا ضامن (الا انه ضعيف، لا ينسب إليه توجيه الضرر إلى الغير، حتى يقال: انه اضر بالغير، لئلا يتضرر نفسه).

و قد قرروا فى مسألة القتل و ما اشبه: ان المباشر اذا كان ضعيفا كالطفل و المجنون و ما اشبه، كان القاتل هو السبب، لا المباشر.

(نعم لو تحمل) المكره- بالفتح- (الضرر) بنفسه بان لم يطع المكره بالكسر- حتى سبب مخالفته ان يورد عليه الضرر (و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير إلى نفسه عرفا) اى ان الصرف عرفى، و الا ففى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۴۰

لكن الشارع لم يوجب هذا.

و الامتنان بهذا على بعض الامة لا قبح فيه.

كما انه لو اراد ثالث الاضرار بالغير لم يجب على الغير تحمل الضرر و صرفه عنه إلى نفسه.

الحقيقة تحمل الضرر بنفسه.

(لكن الشارع لم يوجب هذا) الصرف، بل اجاز ايراد الضرر بالغير فيما اذا تضرر هو بنفسه لو لم يطع الجائر.

(و الامتنان بهذا) النحو- بان لا يلزم ان يصرف الضرر إلى النفس- (على بعض الامة) دون بعض، كالامتنان على المكره- بالفتح- دون مورد الضرر (لا قبح فيه) حتى يقال: كيف يمن الشارع على بعض الامة دون بعض.

(كما انه لو أراد) شخص (ثالث الاضرار بالغير) كما لو اراد خالد الاضرار بزيد (لم يجب على الغير) كعمرو (تحمل الضرر و صرفه عنه)- كزيد فى المثال- (الى نفسه).

لكن لا يخفى الفرق بين المقامين، ففى ما لو توجه الضرر إلى الغير ليس هذا الشخص هو الضّار، و انما على الضار اثمه، اما فيما لو اضر هذا الشخص الغير باكراه الجائر كان هو المباشر للضرر.

و لا وجه لان يرجح ضرر غيره على ضرر نفسه، خصوصا على الكيفية التى ذكرها المصنف من قوله: بالغا ما بلغ، فلعل عدم جواز هذا القسم من البديهيات.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۴۱

هذا كله مع ان ادلة نفى الحرج كافية فى الفرق بين المقامين فانه لا حرج فى ان لا يرخص الشارع فى دفع الضرر عن احد بالاضرار بغيره، بخلاف ما لو الزم الشارع الاضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه إلى الغير، فانه حرج قطعا.

الثانى: ان الاكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكره عليه

ضررا

(هذا كله مع ان ادلة نفى الحرج) كقوله سبحانه: مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (كافية فى الفرق بين المقامين).

مقام ما لو توجه الضرر إلى زيد فدفعه بالاضرار بعمرو.

و مقام ما لو توجه الضرر إلى عمرو ابتداءً- مثلا- حيث ذكرنا ان الاول لا يجوز، و الثانى يجوز (فانه لا حرج فى ان لا يرخص الشارع فى دفع الضرر عن احد)- كزيد فى المثال- (بالاضرار بغيره)- كعمرو فى المثال-.

كان يقول الشارع يا زيد المتوجه أليك الضرر، اذا اراد الجائر منك الف دينار، لا يجوز لك ان تنهب مال عمرو لدفع الضرر عن نفسك (بخلاف ما لو الزم الشارع الاضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه إلى الغير) كان يقول يا زيد اذا اجبرك الجائر ان تنهب مال

عمرو، فاللازم علیک ان تخالفه، و ان سببت المخالفة ان یضر الجائر بک (فانه حرج قطعا).

هذا تمام الکلام فی التنبیه الاول.

التنبیه (الثانی: ان الاکراه یتحقق بالتوعد بالضرر علی ترک المکره علیه).

کان یقول ان لم تفعل کذا لضربتک، سواء کان (ضررا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۲

متعلقا بنفسه او ماله او عرضه او باهله ممن یکون ضرره راجعا إلی تضرره و تألمه

و اما اذا لم یترتب علی ترک المکره علیه الا الضرر علی بعض المؤمنین ممن یعد اجنبیا من المکره- بالفتح-.

فالظاهر: انه لا یعد ذلک اکراها عرفا.

اذ لا خوف له یحمله علی فعل ما امر به.

و بما ذکرنا من اختصاص الاکراه بصورة خوف لحوق الضرر بالمکره نفسه او بمن یجری مجراه کالاب و الولد صرح فی الشرائع و التحریر و الروضة و غیرها

متعلقا بنفسه) کالضرب (او ماله) کالنهب (او عرضه) کالسب (او باهله) کایذاء احدهم او هتکهم (ممن یکون ضرره راجعا إلی تضرره) «ممن» بیان «اهل» (و تألمه) الضمیر راجع إلی المکره- بالفتح-.

(و اما اذا لم یترتب علی ترک المکره علیه الا الضرر علی بعض المؤمنین ممن یعد اجنبیا من المکره- بالفتح-) کما اذا قال الجائر ان لم تفعل کذا لضربت انسانا مسلما، لا علاقة بینه و بین ذلک المسلم.

(فالظاهر: انه لا یعد ذلک اکراها عرفا).

(اذ لا خوف له) ای المخاطب الجائر (یحمله علی فعل ما امر به) الجائر (و بما ذکرنا من اختصاص الاکراه بصورة خوف لحوق الضرر بالمکره) بالفتح- (نفسه، او بمن یجری مجراه) ای مجری المکره- بالفتح- (کالاب و الولد) بل و الصدیق و من اشبه ممن له علاقة بالمکره- بالفتح- (صرح فی الشرائع، و التحریر، و الروضة، و غیرها) هذا کله من جهة صدق الاکراه، و عدم صدقه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۳

نعم لو خاف علی بعض المؤمنین، جاز له قبول الولایة المحرمة، بل غیرها من المحرمات الالهیة التی اعظمها التبری من ائمة الدین لقیام الدلیل علی وجوب مراعات المؤمنین، و عدم تعریضهم للضرر.

مثل: ما فی الاحتجاج عن امیر المؤمنین علیه السلام قال و لئن تبرأ منا ساعة بلسانک و انت موال لنا بجنانک لتقی علی نفسک روحها الّذی هو قوامها

(نعم لو خاف علی بعض المؤمنین، جاز له قبول الولایة المحرمة، بل) و (غیرها من المحرمات الالهیة التی اعظمها التبری من ائمة الدین)

لکن لا یخفی لزوم المقایسة بین الضررین، لان ترجیح فعل الحرام علی ما یریده الجائر، یلزم ان یکون ما یریده الجائر اهم.

مثلا: لو قال الجائر: اشرب الخمر و الا صفعت زیدا صفعة واحدة لم یجز شرب الخمر.

و کذلک بالنسبة إلی ادلة الاکراه، کما لو قال: اشرب و إلا ضربت ابنک صفعة واحدة، کما تقدمت الاشارة إلی ذلک.

و انما نقول بقبول الولایة، بل الاتیان بسائر المحرمات لدفع الضرر عن المؤمنین (لقیام الدلیل علی وجوب مراعات المؤمنین، و عدم تعریضهم للضرر) الشامل لمثل هذا التعریض.

(مثل: ما فی الاحتجاج عن امیر المؤمنین علیه السلام قال) علیه السلام (لئن تبرأ منا ساعة بلسانک) لاکراه الجائر ایاک (و انت موال لنا بجنانک لتقی) ای تحفظ (علی نفسک روحها) لئلا تقتل (الّذی هو قوامها) ای قوام النفس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۴

و مالها الّذی به نظامها.

و جاهها الّذی به تمسکها.

و تصون من عرف بذلک من اولیائنا و اخوانک فان ذلک افضل من ان تتعرض للهلاک، و تنقطع به عن عملک فی الدین.

و صلاح اخوانک المؤمنین.

و ایاک ثم ایاک ان تترک التقیة التی امرتک بها فانک شائط بدمک و دماء

(و) لتقی علی نفسک (مالها الّذی به) ای بذلک المال (نظامها) ای نظم امور معاش النفس.

(و) لتقی علی نفسک (جاهها) و مکانتها الاجتماعیة (الّذی به تمسکها) فان امساک النفس فی الاجتماع فی مکانة تسبب استقامة امور الانسان من لوازم الانسان.

(و تصون) ای تحفظ- و هذا هو محل الشاهد فی الحدیث- (من عرف بذلک) التولی لنا (من اولیائنا و اخوانک) فی الولایة (فان ذلک افضل من ان تتعرض للهلاک، و تنقطع به) ای بالهلاک الّذی یحل علیک من الجائر اذا لم تطعه فی السبب و البراءة (عن عملک فی الدین) فان الانسان اذا قتل، لم یتمکن من اقامة الامور الدینیة.

(و صلاح اخوانک المؤمنین) فان المصلح اذا قتل لا یتمکن بعد ذلک من الاصلاح.

(و ایاک ثم ایاک) تاکید للتحذیر (ان تترک التقیة التی امرتک بها، فانک) ان ترکت التقیة (شائط) و مبطل (بدمک و دماء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۵

اخوانک معرض بنعمتک و نعمتهم للزوال مذل لهم فی ایدی اعداء دین الله، و قد امرک باعزازهم، فانک ان خالفت وصیتی کان ضررک علی اخوانک و نفسک اشد من ضرر الناصب لنا الکافر بنا الحدیث.

لکن لا یخفی انه لا یباح بهذا النحو من التقیة الاضرار بالغیر لعدم شمول ادلة الاکراه لهذا.

لما عرفت من عدم تحققه مع عدم لحوق ضرر بالمکره و لا بمن یتعلق به

اخوانک) فانه اذا لم یتق الانسان کثیرا ما یعرض اخوانه للهلاک.

و (معرض بنعمتک) من الصحة و المال و الحریة و ما اشبه (و نعمتهم للزوال مذل لهم) و لنفسک- احیانا- (فی ایدی اعداء دین الله، و) الحال انه (قد امرک) الله (باعزازهم، فانک ان خالفت وصیتی) فی ترک التقیة (کان ضررک علی اخوانک و نفسک اشد من ضرر الناصب لنا) عداوته (الکافر بنا، الحدیث).

و وجه الاشدیة ان اضرار المحب اشد من اضرار العد و ایلاما للنفس (لکن لا یخفی انه لا یباح بهذا النحو من التقیة الاضرار بالغیر) الا اذا کان اهم کما انه لو لم ینهب مال زید جاء الجائر و نهب اموال الشیعة کلهم.

و انما قلنا: بانه لا یباح (لعدم شمول ادلة الاکراه لهذا) النحو من العمل الموجب لنجاة الآخر.

(لما عرفت من عدم تحققه) ای الاکراه (مع عدم لحوق ضرر بالمکره) بالفتح (و لا بمن یتعلق به) من اهل و اقرباء و اصدقاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۶

و عدم جریان ادلة نفی الحرج، اذ لا حرج علی المأمور لان المفروض تساوی من امر بالاضرار به، و من یتضرر بترک هذا الامر من

حيث النسبة إلى المأمور.

مثلا: لو امر الشخص بنهب مال مؤمن، و لا يترتب على مخالفة المأمور به إلا نهب مال مؤمن آخر، فلا حرج حينئذ فى تحريم نهب مال الاول بل تسويغه لدفع النهب عن الثانى قبيح بملاحظة ما علم من الرواية المتقدمة

(و عدم جريان ادلة نفى) العسر، و (الحرج) فى المقام (اذ لا حرج على المأمور).

و ذلك (لان المفروض تساوى من امر) الجائر (بالاضرار به، و من يتضرر بترك هذا الامر من حيث النسبة إلى المأمور) بل ان المأمور حيث لا حرج عليه فى ترك امر الجائر، لا يجوز له اطاعة الامر فان الحرج رافع للتكليف، لا اذا لم يكن حرج- كما هو المفروض-.

فالمراد بالتساوى، من حيث الواقع، لا ان التساوى موجب لجواز ارتكاب المأمور المحرم- كما لا يخفى-.

(مثلا: لو امر) الجائر (الشخص بنهب مال مؤمن، و لا يترتب على مخالفة المأمور به) بان لا ينهب ماله (الا نهب) الجائر (مال مؤمن آخر، فلا حرج حينئذ) على المأمور (فى تحريم) الشارع عليه (نهب مال) المؤمن (الاول، بل تسويغه) اى الشارع، المأمور لنهب المؤمن الاول (ل) اجل (دفع النهب عن) المؤمن (الثانى قبيح).

و انما يقبح (بملاحظة ما علم من الرواية المتقدمة) للاحتجاج

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۴۷

من الغرض فى التقية.

خصوصا مع كون المال المنهوب للاول اعظم بمراتب فانه يشبه بمن فرّ من المطر إلى الميزاب بل اللازم فى هذا المقام عدم جواز الاضرار بمؤمن و لو لدفع الضرر الاعظم من غيره.

(من الغرض فى التقية).

فان الغرض سلامة الانسان و اخوانه، فاذا لم يسلم الاخ- لغرض انه ينهب ماله- فلا مورد للتقية.

(خصوصا مع كون المال المنهوب للاول) الّذى امر الجائر بنهبه (اعظم) من مال الثانى (بمراتب).

كما لو قال الجائر لزيد: انهب مال عمرو، و كان الف دينار، فاذا لم ينهبه نهب الجائر بنفسه مال خالد الّذى هو مائة دينار (فانه يشبه بمن فر من المطر إلى الميزاب) او كما يقول الشاعر:

المستجير بعمرو عند كربته كالمستجير من الرمضاء بالنار

(بل اللازم فى هذا المقام) مقام انه لو لم يضر المأمور بالمؤمن لا ضر الجائر بمؤمن آخر (عدم جواز الاضرار بمؤمن و لو لدفع الضرر الاعظم من غيره).

كما لو قال الجائر: انهب مال زيد و هو مائة و الا لنهبت انا مال خالد و هو الف.

و وجه عدم الجواز: ان ارتكاب الغير للحرام الاعظم لا يوجب ارتكاب الانسان المختار لحرام اصغر فيما اذا دار الامر بين الحرامين.

مثلا: لو علم الانسان انه اذا عاشر الفاحشة دون الزنا، فى ليلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۴۸

نعم الا لدفع ضرر النفس فى وجه مع ضمان ذلك الضرر.

صرفها عن الزنا الّذى ترتكبه اذا اطلقها، فانه لا يجوز له ارتكاب المعاشرة المحرمة، لاجل تخليص الغير من الزنا الّذى هو اكبر جرما و حرمة.

(نعم) هـذه القاعدة- ای عدم جواز ارتکاب الانسان للمحرم الاصـغر تخلیصا لغیره من المحرم الاکبر- کلیة (الا لدفع ضـرر النفس فی وجه) قریب

کما لو قال الجائر: انهب مال زید و إلا قتلته (مع ضمان ذلک الضرر) من الناهب.

اما جواز الارتکاب فلما علم من الشارع لم یرد وقوع القتل فی الخارج لعظم القتل عنده.

و اما وجه الضـمان، فللاصل، و خصوص ما دل علی ان الحرام المالی اذا ابیح لاجل امر، لا ینتفی الضـمان، کأکل مال الناس فی وقت المخمصة و خطاء الحکام، و قتل المسلم المتترس به الکافر، و ما اشبه ذلک.

و السـر: ان الدلیل انما دل علی حلیة المحرم و الضـمان حکم وضعی لا علاقة له بالاحکام التکلیفیة، بل لا یبعد تعدی الحکم إلی کل محرم علم من الشارع عدم ارادته فی الخارج.

مثلاـ لو اراد جـائر الزنـا بامرأة عفیفـة، و کان بامکان شـخص ان یأخـذ دینارا بالجبر من شـخص، و اعطائه للجائر لترکه الزنا، و هتک الستر کان اللازم ذلک.

و کذلک اذا اراد الجائر قتل زید، جاز التوسط لدیه حتی یضر به عشرة سیاط، و یعفو عن قتله، و ان لم یرض زید بذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۴۹

و بما ذکرنا ظهر ان اطلاق جماعـة لتسویغ ما عـدا الدم من المحرمات، بترتب ضـرر مخالفة المکره علیه علی نفس المکره و علی اهله او علی الاجـانب من المؤمنین لا یخلو من بحث الا ان یریـد و الخوف علی خصوص نفس بعض المؤمنین، فلا اشکال فی تسویغه لما عدا الدم من المحرمات.

و هکذا سائر الامثلة التی هی من هذا القبیل فان الضرورات تبیح المحظورات.

و یؤیده ما تقدم من الموارد، بل و بعض الموارد الاخر، بل لعل قصة موسـی و الخضر علیهما السلام فی خرق السفنة من الشواهد علی ذلک و تفصیل الکلام خارج عن نطاق الشرح.

(و بما ذکرنا ظهر ان اطلاق جماعـة) من الفقهاء (لتسویغ ما عـدا الـدم من المحرمات، ب) سـبب (ترتب ضـرر مخالفـة المکره علیه)- کنهب المال- (علی نفس المکره)- بالفتـح- (و علی اهله، او علی الاجانب من المؤمنین) فیجوز للمکره ان یفعل المحرم لدفع الضـرر عن الاجـانب من المؤمنین (لا یخلو من بحث).

اذ لاـ یجوز ارتکـاب حرام، لعـدم ایقـاع الجـائر ضـررا علی المؤمن الّـذی لاـ یرتبط بفاعل الحرام (الا ان یریـدوا) هؤلاء الـذین اطلقوا (الخـوف علی خصـوص نفس بعض المـؤمنین، فلاـ اشـکال فی تسـویغه) ای الخـوف علی نفـوس بعض المؤمنین (لمـا عـدا الـدم من المحرمات) فیجوز للانسان ارتکاب المحرم، لاجل انقاذ نفس مؤمن من القتل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۰

اذ لا تعادل نفس المؤمن شیء، فتأمل.

قـال فی القواعـد: و تحرم الولایـة من الجـائر، الا مع عـدم التمکن من الامر بالمعروف و النهی عن المنکر، او مع الاکراه بالخوف علی النفس او المال، او الاهل، او علی بعض المؤمنین، فیجوز ائتمار ما یأمره الا القتل، انتهی.

و لو اراد بالخوف علی بعض المؤمنین الخوف علی انفسهم دون اموالهم و اعراضهم،

(اذ لا تعادل نفس المؤمن شیء) کما یستفاد من بعض الآیات و الاخبار (فتامل).

حیث ان بعض الشواهـد دلت علی جواز ارتکاب المحرم، لاجل عدم وقوع المؤمن فی محذور اکبر، کما تقدم مثال نهب دینار، لاجل

التحفظ علی عرض مسلمة و هکذا.

(قال فی القواعد: و تحرم الولایة من) قبل (الجائر، إلا مع عدم التمکن من الامر بالمعروف و النهی عن المنکر، او مع الاکراه بالخوف) فی ترک الولایة (علی النفس، او المال، او الاهل، او علی بعض المؤمنین، فیجوز) للوالی من الجائر حین جواز الولایة (ائتمار ما یأمره) ای قبول الامر الّذی یأمره الجائر من ارتکاب المحرمات (الا القتل) فاذا امره بالقتل لم یجز اطاعته (انتهی) کلام العلامة.

(و لو اراد بالخوف علی بعض المؤمنین الخوف علی انفسهم) بانه اذا لم یقبل الولایة ازهق الجائر نفوس بعض المؤمنین (دون اموالهم و اعراضهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۱

لم یخالف ما ذکرنا.

و قد شرح العبارة بذلک بعض الاساطین فقال: الا مع الاکراه بالخوف علی النفس من تلف او ضرر فی البدن او المال المضر بالحال من تلف او حجب، او العرض من جهة النفس او الاهل، او الخوف- فی ما عدا الوسط- علی المؤمنین.

فیجوز حینئذ ایتمار ما

لم یخالف) صاحب القواعد (ما ذکرنا).

لکن ان اراد الخوف علی الاموال و الاعراض أیضا- خالف ما اخترناه-

(و قد شرح العبارة بذلک) التعمیم للخوف إلی النفس و العرض- خلاف ما اخترناه- (بعض الاساطین) ای الشیخ کاشف الغطاء (فقال:

إلا مع الاکراه) الحاصل ذلک الاکراه (بالخوف علی النفس من تلف او ضرر فی البدن) کفقس العین، او صلم الاذن، او الجراحات، او ما اشبه (او المال المضر بالحال من تلف) بان یتلف ماله (او حجب) بان یحول الجائر بینه و بین ماله (او العرض من جهة النفس) کالسب، و اللواط به، و الزنا بها، و ما اشبه (او الاهل) بان یهتک الجائر عرض زوجته، او اولاده، او ما اشبه (او الخوف- فی ما عدا الوسط-) الوسط هو المال، و المراد الخوف علی النفس او العرض (علی بعض المؤمنین) کان یقتل مؤمنا او یزنی بمؤمنة، ممن لیس له علاقة بالمکره- بالفتح-.

(فیجوز حینئذ) ای حین الخوف علی النفس و المال و العرض لنفس المکره- بالفتح- او الخوف علی النفس او العرض لبعض المؤمنین (ایتمار ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۲

یأمره، انتهی.

و مراده بما عدا الوسط، الخوف علی نفس بعض المؤمنین و اهله.

و کیف کان فهنا عنوانان الاکراه.

و دفع الضرر المخوف عن نفسه، و عن غیره من المؤمنین، من دون اکراه.

و الاول یباح به کل محرم و الثانی ان کان متعلقا بالنفس جاز له کل محرم حتی الاضرار المالی بالغیر.

لکن الاقوی استقرار الضمان علیه اذا تحقق سببه لعدم الاکراه المانع عن

یأمره) الجائر ای اطاعته فیما یأمره من المحرمات (انتهی) کلام شارح القواعد (و مراده بما عدا الوسط، الخوف علی نفس بعض المؤمنین و اهله) و قد تقدم ان المراد بالوسط المال.

(و کیف کان فهنا) فی مسألة جواز قبول الولایة من قبل الجائر (عنوانان) الاول: (الاکراه) من الجائر.

(و) الثانی (دفع الضرر المخوف عن نفسه، و عن غیره من المؤمنین، من دون اکراه) من الجائر، و انما یرید بقبول الولایة دفع الضرر.

(و الاول) الّذی هو الاکراه (یباح به کل محرم، و الثانی) و هو دفع الضرر (ان کان متعلقا بالنفس) له او لسائر المؤمنین (جاز له کل محرم) أیضا (حتی الاضرار المالی بالغیر) لانقاذ نفسه او نفس غیره من المؤمنین.

(لکن الاقوی استقرار الضمان علیه اذا تحقق سببه) ای سبب الضمان (لعدم الاکراه المانع عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۳

الضمان او استقراره.

و اما الاضرار بالعرض بالزنا و نحوه، ففیه تامل.

و لا یبعد ترجیح النفس علیه

الضمان).

کما لو بلغ الاکراه حد اسلب معه اختیار المتلف، کما لو اخذ الجائر القوی الجسم ید المکره و ضرب بها زجاج الغیر، فکسره، فهنا لا یضمن صاحب الید، لان المباشر اضعف من السبب، کما ذکروا فی باب الضمانات و الدیات (او) المانع عن (استقراره) ای الضمان، علی المکره- بالفتح- فانه اذا اخذه شخص آخر- بامر الجائر- و اعطاه للمکره- بالفتح- فاتلفه، کان استقرار الضمان علی التالف، و ان ضمن کل من الجائر و الآخذ و التالف.

و الحاصل الضمان هنا موجود، اذ لا وجه لعدم الضمان، و لا وجه لعدم استقرار الضمان.

(و اما الاضرار بالعرض بالزنا و نحوه) کما لو اراد دفع الجائر عن نفسه بهتک عرض المسلم (ففیه تامل).

ای هل یجوز قبول الولایة المستلزمة للزنا تخلیصا لنفسه عن الهلاک، أم لا یجوز؟

(و لا یبعد ترجیح النفس علیه) بانه اذا دار الامر بین الزنا و بین اراقة دمه، کان الزنا ارجح من قتل النفس.

لکن یظهر من روایة عن الامام الرضا علیه السلام، ترجیح الزنا علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۴

و ان کان متعلقا بالمال فلا یسوغ معه الاضرار بالغیر اصلا حتی فی الیسیر من المال.

بمعنی ترک الزنا، و ان استلزم القتل.

هذا و یحتمل فی عبارة المصنف رحمه الله، ترجیح قتل النفس علی الزنا- کما صرح بذلک الروایة عن الامام علیه السلام-.

و لا یخفی ان اقسام الاضرار بالغیر لدفع الضرر عن النفس تسعة.

لانه اما دفع الضرر عن النفس او دفع الضرر عن المال او دفع الضرر عن العرض.

و کل قسم من هذه الاقسام اما مستلزم لقتل النفس، او لهتک عرض الناس، او لنهب مالهم.

ذکر المصنف سابقا عدم جواز ثلاثة اقسام منها، و هی دفع الضرر عن النفس او العرض او المال المستلزم لاراقة الدم لقوله علیه السلام لا تقیة فی الدماء.

فبقیت ستة اقسام، تعرض المصنف لقسمین منها فی قوله «ان کان متعلقا بالنفس، الی قوله ترجیح النفس علیه».

و اشار إلی القسم الثالث و الرابع بقوله: (و ان کان) الضرر الّذی یرید دفعه (متعلقا بالمال) بان اراد الجائر نهب ماله (فلا یسوغ) لهذا الشخص الّذی طمع فی ماله الجائر (معه) ای مع تعلق الاضرار بماله (الاضرار بالغیر اصلا، حتی فی الیسیر من المال) فکیف بالعرض.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۵۵

فاذا توقف دفع السبع عن فرسه بتعريض حمار غيره للافتراس، لم يجز و ان كان متعلقا بالعرض.

ففى جواز الاضرار بالمال مع الضمان، او العرض الاخف من العرض المدفوع عنه، تامل.

(فاذا توقف دفع السبع عن فرسه) الّذى يسوى مائة مثلا (بتعريض حمار غيره) الّذى يسوى دينارا- مثلا- (للافتراس، لم يجز).

فكيف اذا توقف كف الظالم عن ماله بتقديم زوجة الغير ليزنى بها مثلا- و اشار إلى القسم الخامس و السادس بقوله: (و ان كان) الضرر الّذى يريد دفعه (متعلقا بالعرض) بان اراد الجائر هتك عرضه، فقدم مال غيره للجائر، ليكف عن عرضه، او اقتنع الجائر بقبلة عرض الغير، ليكف عن الزنا بعرض هذا المجبور.

(ففى جواز الاضرار بالمال) للغير لكف الجائر عن عرضه (مع الضمان) لما تقدم من ان الجواز تكليفى، فلا الضمان وضعا- كما هو مقتضى الاصل- (او) الاضرار ب (العرض الاخف من العرض المدفوع عنه) كما عرفت فى مثال القبلة و الزنا (تامل).

من اهمية العرض و خصوصا اذا كان فى مقابله مال يسير، او عرض يسير جدا، فاللازم ان نقول بالجواز.

و من انه لا يجوز للانسان ان يرتكب محرما للدفاع عن محرم يريد غيره ارتكابه، و ان كان محرم غيره عظيما جدا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۵۶

و اما الاضرار بالنفس او العرض الاعظم فلا يجوز بلا اشكال هذا.

و قد وقع فى كلام بعض، تفسير: الاكراه بما يعم لحوق الضرر.

قال فى المسالك: ضابط الاكراه المسوغ للولاية: الخوف على النفس، او المال، او العرض عليه، او على بعض المؤمنين، انتهى.

(و اما) الدفاع عن العرض ب (الاضرار بالنفس) كان يقتل المجبور انسانا بريئا بسبب عدم هتك عرض نفسه، كما لو اراد الجائر الزنا بزوجته، فاذا قتل الزوج الولد البرىء للجائر اشتغل بامر ولده، فينصرف عن الزنا بزوجته (او العرض الاعظم) كما اذا اراد الجائر قبلة زوجة الرجل، فاذا زنى الرجل بزوجة الجائر البريئة- مثلا- خلص زوجة نفسه عن قبلة الجائر- مثلا- (فلا يجوز بلا اشكال).

لانه لا يجوز الدفاع بارتكاب الاثم الاعظم، عن اثم الغير الاخف.

و لكن لا يخفى وجود الاشكال فى بعض الامثلة و (هذا) الّذى ذكرناه من كون الاكراه عبارة عن لحوق الضرر بالانسان نفسا او مالا او عرضا هو المعنى المستفاد من اللغة و العرف.

(و) لكن (قد وقع فى كلام بعض، تفسير: الاكراه بما يعم لحوق الضرر) بالمكره- بالفتح-.

(قال فى المسالك: ضابط الاكراه المسوغ للولاية: الخوف على النفس، او المال، او العرض عليه) اى على المكره- بالفتح- (او على بعض المؤمنين، انتهى) فانه يفهم من قوله: او على بعض المؤمنين انه لا يلزم فى صدق الاكراه لحوق الضرر بالمكره- بالفتح-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۳، ص: ۳۵۷

و يمكن ان يريد بالاكراه: مطلق المسوغ للولاية.

لكن صار هذا التعبير منه رحمه الله منشئا لتخيل غير واحد ان الاكراه المجوز لجميع المحرمات هو بهذا المعنى.

(و يمكن ان يريد) الشهيد (بالاكراه: مطلق المسوغ للولاية) سواء سمى اكراها- لغة- أم لا.

(لكن صار هذا التعبير منه رحمه الله منشأ التخيل غير واحد) من الفقهاء (ان الاكراه المجوز لجميع المحرمات هو بهذا المعنى) الشامل لتضرر الغير، و الحال انك قد عرفت ان هذا لا يسمى اكراها لغة و لا يجوز المحرمات، الا فى صورة ان علمنا من الشارع عدم ارادته

ذلک الضرر.

کما لو کانت الولایة بحیث توجب نهب مال زید، و لکن کانت تکف الولایة عن انتهاک عرض الف مسلمة- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۸

قریبا جدا بعونه تعالی سیصدر الجزء الرابع من الکتاب (ایصال الطالب إلی المکاسب) عن قریب إن شاء الله تعالی.

و یبحث فی التنبیه الثالث من تنبیهات الولایة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۵۹

محتویات الکتاب

الموضوع/ الصفحة مقدمة الکتاب ۳

فی حرمة الغیبة و نقل الاخبار الواردة فیها ۴

فی کفارة الغیبة ۶۲

فی ما استثنی من الغیبة ۷۴

فی حرمة استماع الغیبة ۱۱۴

خاتمة فی بعض ما ورد من حقوق المسلم علی اخیه ۱۲۹

فی حرمة القمار ۱۴۲

فی حرمة القیادة ۱۷۲

فی حرمة القیافة فی الجملة ۱۷۴

فی حرمة الکذب ۱۸۰

فی حکم التوریة ۱۹۷

فی مسوغات الکذب ۲۰۶

فی حرمة الکهانة ۲۳۵

فی حرمة اللهو ۲۵۱

فی حرمة مدح من لا یستحق المدح ۲۶۸

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۳، ص: ۳۶۰

الموضوع/ الصفحة فی حرمة اعانة الظالم ۲۷۱

فی حرمة النجش ۲۸۶

فی حرمة النمیمة ۲۸۹

فی حرمة النوح بالباطل ۲۹۴

فی حرمة الولایة من قبل الجائر ۲۹۶

فی مسوغات الولایة ۳۰۱

فی تنبیهات الولایة ۳۲۹

محتویات الکتاب ۳۵۹

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الرابع

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الرابع، من المکاسب المحرمة و الجزء الرابع من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة الله الانصاری قدس سره.

و یشرع فی التنبیه الثالث من تنبیهات الولایة.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الّا من اتی الله بقلب سلیم.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۵

[تتمة المکاسب المحرمة]

[تتمة النوع الرابع ما یحرم الاکتساب به لکونه عملا محرما فی نفسه]

[تتمة السادسة و العشرون الولایة من قبل الجائر]

[تتمة و ینبغی التنبیه علی أمور]

[الثالث: انه قد ذکر بعض مشایخنا المعاصرین انه یظهر من الاصحاب أن فی اعتبار عدم القدرة علی التفصی من المکره علیه و عدمه اقوالا]

الثالث: انه قد ذکر بعض مشایخنا المعاصرین انه یظهر من الاصحاب ان فی اعتبار عدم القدرة علی التفصی من المکره علیه وعدمه اقوالا ثالثها: التفصیل بین الاکراه علی نفس الولایة المحرمة، فلا یعتبر و بین غیرها من المحرمات فیعتبر فیه المعجز عن التفصی و الّذی یظهر من ملاحظة کلماتهم فی باب الاکراه: عدم الخلاف فی اعتبار العجز عن التفصی اذا لم یکن حرجا، و لم یتوقف علی ضرر کما اذا اکره علی اخذ المال من مؤمن فیظهر انه اخذ المال و جعله

التنبیه (الثالث) من تنبیهات الولایة (انه قد ذکر بعض مشایخنا المعاصرین انه یظهر من الاصحاب ان فی اعتبار عدم القدرة علی التفصی) و التخلص (من المکره علیه) مطلقا (و عدمه) مطلقا (اقوالا ثالثها: التفصیل بین الاکراه علی نفس الولایة المحرمة فلا یعتبر) عدم القدرة علی التفصی، فاذا قال الوالی: لزید اقبل الولایة، و الا ضربت ولدک، و کان بامکان زید انجاء ولده من الضرب بکل سهولة، جاز قبول الولایة المحرمة، لانه مکره علیها، و ان امکنه التفصی و التخلص من المحذور (و بین غیرها) ای غیر الولایة (من المحرمات فیعتبر فیه العجز عن التفصی) لتحقق الاکراه.

فلو قال: اشرب الخمر و الا ضربت ولدک و امکنه انجاء الولد لم یجز شرب الخمر (و) لکن (الّذی یظهر من ملاحظة کلماتهم فی باب

الاکراه: عدم الخلاف فی اعتبار العجز عن التفصی) فی صدق الاکراه المجوز للحرام مطلقا- (اذا لم یکن) التفصی (حرجا، و لم یتوقف) التفصی (علی ضرر)

کما اذا کان فی انجاء ابنه- فی المثال المتقدم- حرج، لانه یوجب سهر اللیالی و قطع الفیافی، او ضرر بصرف مال عظیم یضر بحاله.

و مثال ما اذا لم یکن حرج و لا ضرر (کما اذا اکره) زید- مثلا- من قبل الوالی (علی اخذ المال من مؤمن فیظهر انه اخذ المال و جعله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶

فی بیت المال، مع عدم اخذه واقعا، او اخذه جهرا ثم رده إلیه سرا، کما کان یفعله ابن یقطین و کما اذا امره بحبس مؤمن فیدخله فی دار واسعة من دون قید، و یحسن ضیافته، و یظهر انه حبسه و شدد علیه.

و کذا لا خلاف فی انه لا یعتبر العجز عن التفصی، اذا کان فیه ضرر کثیر.

و کان منشأ زعم الخلاف ما ذکره فی المسالک فی شرح عبارة الشرائع مستظهرا منه

فی بیت المال، مع عدم اخذه) للمال (واقعا، او اخذه) ای المال من المؤمن (جهرا ثم رده إلیه سرا) حتی لا یکون تصرفه فی المال حراما و ان کان اخذه أیضا اذا لم یکن برضاه حرام- کما لا یخفی- (کما کان یفعله ابن یقطین) وزیر هارون الطاغی (و کما اذا امره) الجائر (بحبس مؤمن فیدخله فی دار واسعة من دون قید، و یحسن ضیافته، و یظهر) للجائر (انه حبسه و شدّد علیه) کما یروی ان السجان لیوسف علیه السلام کان یضرب الحائط بالعصی و یظهر یوسف التأوه و الصراخ، لیعلم الملک الجائر انه یضرب یوسف علیه السلام اطاعة له، حیث امر السجان بذلک

(و کذا لا خلاف فی انه لا یعتبر) فی صدق الاکراه (العجز عن التفصی اذا کان فیه) ای فی التفصی (ضرر کثیر) کما لو توقف التفصی عن امر الجائر بان یصرف الف دینار- مثلا-.

(و کان منشأ زعم الخلاف) فی المسألة- کما ظهر من شیخنا المعاصر- (ما ذکره فی المسالک فی شرح عبارة الشرائع مستظهرا منه) ای فی حال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷

خلاف ما اعتمد علیه.

قال فی الشرائع- بعد الحکم بجواز الدخول فی الولایة دفعا للضرر الیسیر، مع الکراهة و الکثیر بدونها- اذا اکرهه الجائر علی الولایة، جاز له الدخول و العمل بما یأمره، مع عدم القدرة علی التفصی منه الا فی الدماء المحترمة، فانه لا تقیة فیها، انتهی.

قال فی المسالک- ما ملخصه-: ان المصنف ذکر فی هذه المسألة شرطین.

کون المسالک استظهر (خلاف ما) ای الفتوی التی (اعتمد علیه) صاحب الشرائع، فان صاحب الشرائع افتی باشتراط العجز عن التفصی، فقال المسالک: و اشتراط العجز عن التفصی غیر واضح.

فتوهم شیخنا المعاصر من هذا الکلام ان فی مسألة التفصی خلافا بین الفقهاء، و الحال انه لیس کذلک- کما سیأتی توضیحه-.

(قال فی الشرائع- بعد الحکم بجواز الدخول فی الولایة دفعا للضرر الیسیر، مع الکراهة) للدخول ان کان الضرر یسیرا (و) مع الضرر (الکثیر بدونها-) ای بدون الکراهة، ما هذا لفظه: (اذا اکرهه الجائر علی الولایة، جاز له الدخول) فی الولایة (و العمل بما یأمره، مع عدم القدرة علی التفصی منه الا فی الدماء المحترمة فانه لا تقیة فیها انتهی) کلام الشرائع.

(قال فی المسالک- ما ملخصه-: ان المصنف ذکر فی هذه المسألة) ای مسألة قبول الولایة من الجائر (شرطین).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸

الاکراه.

و العجز عن التفصی، و هما متغایران، و الثانی اخص.

و الظاهر: ان مشروطهما مختلف.

فالاول شرط لاصل قبول الولایة.

و الثانی: شرط للعمل بما یأمره.

ثم فرع علیه ان الولایة ان اخذت مجردة عن الامر بالمحرم فلا یشترط

الاول (الاکراه) من الجائر.

(و) الثانی (العجز عن التفصی، و هما) ای الشرطان (متغایران و) الشرط (الثانی اخص) فیمکن تحقق الاکراه مع امکان التفصی، و یمکن تحقق الاکراه بدون امکان التفصی.

(و الظاهر: ان مشروطهما) ای المشروط بهذین الشرطین (مختلف) (فالاول) ای الاکراه (شرط لاصل قبول الولایة) فاذا لم یکن اکراه لم یجز قبول الولایة.

(و الثانی) ای العجز عن التفصی (شرط للعمل بما یأمره) من المحرمات.

فاذا قال الوالی: انهب مال زید، جاز اذا لم یتمکن المکره- بالفتح- من التفصی عن النهب.

(ثم فرع) المسالک (علیه) ای علی ما ذکره من الفرق بین الاکراه و التفصی بالعموم المطلق (ان الولایة ان اخذت) و فرضت (مجردة عن الامر بالمحرم فلا یشترط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹

فی جوازه الاکراه.

و اما العمل بما یأمره من المحرمات فمشروط بالاکراه خاصة و لا یشترط فیه الالجاء إلیه بحیث لا یقدر علی خلافه و قد صرح به الاصحاب فی کتبهم، فاشتراط العجز عن التفصی غیر واضح، الا ان یرید به اصل الاکراه الی ان قال- ان الاکراه مسوغ لامتثال ما یؤمر به و ان قدر علی المخالفة مع خوف الضرر.

فی جوازه الاکراه).

(و اما العمل بما یأمره) الجائر (من المحرمات فمشروط بالاکراه خاصة) بمعنی عدم امکان التفصی (و لا یشترط فیه) ای فی جواز العمل بالمحرم (الالجاء) و الاضطرار (إلیه بحیث لا یقدر علی خلافه) بل یجوز و ان قدر علی خلافه، و لکن بالعسر و الحرج و الضرر.

ثم قال المسالک (و قد صرح به) ای بما ذکرناه (الاصحاب فی کتبهم فاشتراط العجز عن التفصی) کما فی کلام الشرائع، فی تحقق صدق الاکراه (غیر واضح، الا ان یرید) الشرائع (به) ای باشتراط العجز (اصل الاکراه)

بان یرید ان العجز عن التفصی دخیل فی مفهوم الاکراه لغة، لا انه یرید بذلک ان العجز شرط فی قبول الولایة.

اذ قد عرفت ان الاکراه علی الولایة لا یشترط فیه عدم امکان التفصی (- الی ان قال-) المسالک (ان الاکراه مسوغ لامتثال) الشخص المجبور (ما یؤمر به) من قبل الجائر (و ان قدر علی المخالفة، مع خوف الضرر).

فان القدرة علی المخالفة التی تحصل بخوف الضرر، لا توجب دفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰

انتهی موضع الحاجة من کلامه.

اقول: لا يخفى على المتأمل ان المحقق ره لم يعتبر شرطا زائدا على الاكراه الا ان الجائر اذا امر الوالى باعمال محرمة فى ولايته كما هو الغالب و امكن فى بعضها المخالفة واقعا.

و دعوى الامتثال ظاهرا- كما مثلنا لك

الاكراه (انتهى موضع الحاجة من كلامه) الّذى فهم منه شيخنا المعاصر ما تقدم من الخلاف الّذى نقله.

(اقول: لا يخفى على المتأمل ان المحقق ره لم يعتبر شرطا زائدا على الاكراه) فى جواز قبول الولاية، و انما نظر المحقق ان الولاية المتعارفة هى التى تستلزم العمل بالمحرمات، فليس الامر كما فهمه المسالك من عبارة الشرائع، من انه اشترط امرين: الاكراه، و العجز. و انما اراد المحقق ان يقول ان قبول الولاية مشروط بالاكراه و تنفيذ امر الوالى الجائر، اذا كان ذلك الامر محرما يحتاج الى عدم امكان التفصى، فلا يفهم من كلام المحقق وجود الخلاف فى عدم جواز قبول الولاية- فى صورة عدم الاكراه- كما فهم صاحب الجواهر.

و ما ذكرناه هو توضيح ما ذكره المصنف رحمة الله عليه بقوله (الا ان الجائر اذا امر الوالى باعمال محرمة) كنهب مال الناس- مثلا- (فى ولايته) اى فى حالكونه واليا (كما هو الغالب) من امر الجائر و لا تهم بامور محرمة (و امكن فى بعضها المخالفة واقعا).

(و دعوى) الوالى (الامتثال) لامر الجائر (ظاهرا- كما مثلنا لك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۱

سابقا- قيد امتثال ما يؤمر به بصورة العجز عن التفصى.

و كيف كان فعبارة الشرائع واقعة على طبق المتعارف من تولية الولاة و امرهم فى ولايتهم بأوامر كثيرة يمكنهم التفصى عن بعضها.

و ليس المراد بالتفصى المخالفة مع تحمل الضرر كما لا يخفى.

و مما ذكرنا يظهر فساد ما ذكره من نسب عدم الخلاف المتقدم الى الاصحاب من انه على القول باعتبار العجز عن التفصى، لو توقف المخالفة

سابقا-) كان يقول: نهبت مال زيد و او دعته الخزينة، و الحال انه لم يأخذ مال زيد، واقعا (قيد) بصيغة المجهول، من باب التفعيل جواز (امتثال ما يؤمر به بصورة العجز عن التفصى) لانه محرم جديد لا يجوز ارتكابه إلا مع الاكراه و الاضطرار.

(و كيف كان) الامر سواء كان كلام المسالك صحيحا او منظورا فيه (فعبارة الشرائع واقعة على طبق المتعارف من تولية الولاة) من قبل الجائرين (و امرهم) الجائرون (فى ولايتهم) اى ابان توليهم للامر (بأوامر كثيرة يمكنهم التفصى عن بعضها) مما كان الامر محرما.

(و ليس المراد بالتفصى المخالفة) من الوالى للجائر (مع تحمل الضرر كما لا يخفى) بادنى تامل.

(و مما ذكرنا) من عدم الاشكال فى عدم جواز قبول الولاية مع امكان التفصى (يظهر فساد ما ذكره) شيخنا المعاصر (من نسب عدم الخلاف المتقدم) فى قوله: اقوالا (الى الاصحاب) اعتمادا على كلام الشرائع و المسالك (من انه على القول باعتبار العجز عن التفصى، لو توقف المخالفة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۲

على بذل مال كثير، لزم على هذا القول.

ثم قال و هو احوط بل و اقرب.

[الرابع: ان قبول الولاية مع الضرر المالى الّذى لا يضر بالحال رخصة لا عزيمة]

الرابع: ان قبول الولایة مع الضرر المالی الّذی لا یضر بالحال رخصة لا عزیمة فیجوز تحمل الضرر المذکور لان الناس مسلطون علی اموالهم.

للوالی الجائر (علی بذل مال کثیر، لزم) البذل (علی هذا القول)، ای القول بلزوم التفصی.

(ثم قال) شیخنا المعاصر (و هو) ای لو توقف المخالفة علی بذل مال کثیر لزم (احوط بل و اقرب).

و قد عرفت عدم الخلاف أولا، و عدم لزوم بذل المال الکثیر ثانیا فلا وجه للاحتیاط.

قال الشارح: الانصاف ان اشکال الشیخ علی صاحب الجواهر فی محله فی الجملة، فراجع الجواهر و المسالک ثم انظر الی کلام الشیخ لتجد صدق ما ذکرناه و الله العالم.

التنبیه (الرابع: ان قبول الولایة مع الضرر المالی الّذی لا یضر بالحال رخصة لا عزیمة).

بمعنی انه اذا توقف عدم قبول الولایة من الجائر علی بذل المال، جاز القبول الولایة بعدم اعطاء المال، و جاز اعطاء المال للفرار عن الولایة (فیجوز تحمل الضرر المذکور) فرارا عن التلوث بالولایة (لان الناس مسلطون علی اموالهم) و لیس بذل المال فی مثل هذا المورد حراما حتی یجب حفظ المال و قبول الولایة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳

بل ربما یستحب تحمل ذلک الضرر للفرار عن تقویة شوکتهم.

[الخامس: لا یباح بالاکراه قتل المؤمن و لو توعد علی ترکه بالقتل اجماعا]

الخامس: لا یباح بالاکراه قتل المؤمن و لو توعد علی ترکه بالقتل اجماعا، علی الظاهر المصرح به فی بعض الکتب و ان کان مقتضی عموم نفی الاکراه و الحرج الجواز الا انه قد صح من الصادقین صلوات الله علیهما

(بل ربما یستحب تحمل ذلک الضرر) المالی (للفرار عن تقویة شوکتهم) بالدخول فی مناصبهم، اما الضرر المالی الّذی اشار إلیه بقوله: الّذی لا یضر بالحال.

فان کان ضررا بالغا لم یجز تحمله لما دل علی حرمة تحمل الاضرار الکثیرة.

و ان لم یکن ضررا بالغا جاز تحمله فرارا عن الولایة و جاز قبول الولایة کما ذکر ذلک الفقهاء فی باب الصیام الّذی یضر بالانسان لوجود مرض او الخوف من حدوثه، فراجع.

التنبیه (الخامس: لا یباح بالاکراه قتل) المکره- بالفتح- (المؤمن) فیما اذا امره الجائر بذلک (و لو توعد) الجائر (علی ترکه) للقتل (بالقتل) بان یقتل الجائر زیدا اذا لم یقتل عمروا- مثلا- (اجماعا علی الظاهر المصرح به فی بعض الکتب) «علی الظاهر» استظهار من الشیخ للاجماع، و «المصرح به» بیان لتصریح بعض الکتب للاجماع فی المسألة (و ان کان مقتضی عموم نفی الاکراه و الحرج: الجواز) لان عمومهما شامل حتی لما کان فی ترک القتل حرج، و کان القتل مکرها علیه (الا انه قد صح من الصادقین) الامام الباقر و الامام الصادق (صلوات الله علیهما:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴

انه انما شرعت التقیة لیحقن بها الدم فاذا بلغت الدم فلا تقیّة.

و مقتضی العموم انه لا فرق بین افراد المؤمنین من حیث الصغر و الکبر، و الذکورة و الانوثة و العلم و الجهل، و الحر و العبد، و غیر ذلک.

و لو كان المؤمن مستحقا للقتل، لحد، ففى العموم وجهان، من اطلاق قولهم عليهم السلام: لا تقية فى الدماء.

و من ان المستفاد من قوله ليحقن بها الدم فاذا بلغ الدم، فلا تقية ان

انه انما شرعت التقية ليحقن بها الدم فاذا بلغت) التقية (الدم) بان كان فى التقية اراقة الدم المحرم (فلا تقية) بل لا يريق الانسان الدم، و ان كان عدم الاراقة مستلزما لخوف التقية، مما يوجب ذهاب نفس غير المتقى.

(و مقتضى العموم) فى هذا الحديث (انه لا فرق بين افراد المؤمنين) الذين لا يجوز قتلهم- تقية- (من حيث الصغر و الكبر و الذكورة و الانوثة و العلم و الجهل، و الحر و العبد، و غير ذلك) ككونه من السادة أم لا، فلا يجوز اراقة دم احدهم تقية و اكراها، و لو كان المؤمن فاسقا، كل ذلك للاطلاق فى دليل المنع.

(و لو كان المؤمن مستحقا للقتل، لحد) فى رقبته كما لو كان زانيا زنا محصنا، او لائطا، او مرتدا فطريا، او ما اشبه ذلك (ففى العموم) و انه أيضا لا يجوز قتله- تقية- (وجهان).

وجه عدم الجواز (من اطلاق قولهم عليهم السلام: لا تقية فى الدماء) (و) وجه الجواز (من ان المستفاد من قوله) عليه السلام (ليحقن بها الدم فاذا بلغ الدم، فلا تقية) فى الرواية السابقة (ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۵

المراد الدم المحقون دون المأمور باهراقه.

و ظاهر المشهور الاول.

و اما المستحق للقتل قصاصا فهو محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم.

و مما ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء اهل الخلاف، لان التقية انما شرعت لحقن دماء الشيعة، فحدها بلوغ دمهم، لا دم غيرهم.

المراد) عدم جواز اراقة (الدم المحقون) اى المحكوم شرعا بحفظه (دون المأمور باهراقه) فاذا لم يشمل مثل هذا الدم «لا تقية فى الدماء» يبقى عموم «الاكراه، و لا حرج» بالنسبة الى مثل هذا الدم على حاله، فيجوز اراقة هذا الدم.

(و ظاهر المشهور الاول) اى عدم الجواز.

(و اما المستحق للقتل قصاصا فهو محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم) فلا تجوز اراقة دمه بامر الجائر.

(و مما ذكرنا) من ان المراد من «عدم التقية فى الدماء» الدم المحقون، لا مطلق الدم (يظهر سكوت الروايتين) اى «انما شرعت التقية ليحقن بها الدم» و «لا تقية فى الدماء» (عن حكم دماء اهل الخلاف) غير النواصب، و من اشبه ممن حكم بإباحة دمائهم.

وجه الظهور: (لان التقية انما شرعت لحقن دماء الشيعة، فحدها) اى حد التقية- الّذى لا تقية بعد ذلك الحد- (بلوغ دمهم لا دم غيرهم) فيجوز اهراق دم غيرهم تقية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۶

و بعبارة اخرى محصل الرواية لزوم نقض الغرض من تشريع التقية فى اهراق الدماء لانها شرعت لحقنها، فلا يشرع لاجلها اهراقها.

و من المعلوم: انه اذا اكره المؤمن على قتل مخالف، فلا يلزم من شرعية التقية فى قتله اهراق ما شرع التقية لحقنه.

هذا كله فى غير الناصب.

(و بعبارة اخرى) فى وجه جواز اراقة دم غير الشيعة تقية ان (محصل الرواية) التى تقول: لا تقية فى الدماء (لزوم نقض الغرض من

تشریع التقیة فی اهراق الدماء).

فان التقیة انما شرعت لحفظ الدم.

فاذا قال الشارع للمکره- بالفتح-: اهرق الدم تقیة، کانت التقیة سببا لاهراق الدم، و هذا مناقض لتشریع التقیة لاجل حفظ الدم (لانها) ای التقیة (شرعت لحقنها) ای حفظ الدماء (فلا یشرع لاجلها) ای لاجل التقیة (اهراقها) بان اراد المکره- بالفتح- حفظ دمه، فیهریق دم غیره.

(و من المعلوم) ان نقض الغرض لیس فی اهراق دم المخالف، ل (انه اذا اکره المؤمن علی قتل مخالف، فلا یلزم من شرعیة التقیة فی قتله اهراق ما شرع التقیة لحقنه).

فان التقیة شرعت لحقن دم المؤمن لا لحقن دم المخالف، لوضوح ان احترام الشارع للمخالف صوری لا حقیقی.

(هذا) الاشکال فی دم المخالف (کله فی غیر الناصب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷

و اما الناصب فلیس محقون الدم و انما منع منه حدوث الفتنة، فلا اشکال فی مشروعیة قتله للتقیة.

و مما ذکرنا یعلم حکم دم الذمی و شرعیة التقیة فی اهراقه.

و بالجملة فکل دم غیر محترم بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروایتین.

(و اما الناصب فلیس محقون الدم و انما منع منه) ای من دمه (حدوث الفتنة) فی اراقته (فلا اشکال فی مشروعیة قتله للتقیة).

لان المانع عن اراقة دمه یزال بامر الجائر.

و لکن لا یخفی ان ذلک الّذی ذکر فی المخالف و الناصب، انما هو بالنسبة الی من تمت الحجة بالنسبة إلیه.

اما الجاهل القاصر فلا یبعد حقن دمه قطعا، بل کل من لا یعرف الحق اذا کان عن جهل قصوری، فهو محقون الدم و المال و الاهل، الا اذا صدق علیه عنوان المحارب، او ما اشبه، لاصالة حفظ الدم و المال و العرض بالنسبة الی کل احد، عدا من خرج بالدلیل.

(و مما ذکرنا یعلم حکم دم الذمی و شرعیة التقیة فی اهراقه).

لکن لا یخفی ان التقیة یجب ان تکون بحیث تجوز اراقة الدم حتی مثل دم الجاهل القاصر و الذمی، و ذلک محتاج الی التأمل.

(و بالجملة فکل دم غیر محترم بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروایتین) لانصرافهما الی الدم المحرم بالذات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸

فحکم اهراقه حکم سائر المحرمات التی شرعت التقیة فیها.

بقی الکلام فی ان الدم یشمل الجرح و قطع الاعضاء، او یختص بالقتل وجهان، من اطلاق الدم و هو المحکی عن الشیخ.

و من عمومات التقیة، و نفی الحرج، و الاکراه، و ظهور الدم المتصف بالحقن فی الدم المبقی للروح و هو المحکی عن الروضة و المصابیح و الریاض، و لا یخلو عن قوة.

(فحکم اهراقه حکم سائر المحرمات التی شرعت التقیة فیها).

لکن ربما یقال: بالإطلاق، لقوله سبحانه: مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَیْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسادٍ فِی الْأَرْضِ فَکَأَنَّما قَتَلَ النّاسَ جَمِیعاً، فالدم لوحظ فی الشرع، و له اهمیة بالغة، فلیس من قبیل سائر المحرمات، و لتفصیل الکلام محل آخر.

(بقی الکلام فی ان الدم) الوارد فی الروایتین «لا تقیة فی الدماء» (یشمل الجرح و قطع الاعضاء) حتی یکون لا تقیة فیها (او یختص بالقتل)

فاذا امر الجائر زیدا بجرح عمرو جاز تقیة، أم لا (وجهان من اطلاق الدم) علی الجرح و القطع، فلا یجوز، و لا تکون تقیة فیها (و هو المحکی عن الشیخ).

(و من عمومات التقیة؛ و) عمومات (نفی الحرج، و) رفع (الاکراه، و ظهور الدم المتصف بالحقن) فی الروایة (فی الدم المبقی للروح لا مطلق الدم (و) هذا القول (هو المحکی عن الروضة و المصابیح و الریاض و لا یخلو عن قوة) خصوصا اذا کان فی مقابله الدم.

کما اذا امر الجائر بجرح زید جرحا طفیفا و إلا قتل المأمور، بل لا یبعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹

[خاتمة فیما ینبغی للوالی العمل به فی نفسه و فی رعیته.]

خاتمة فیما ینبغی للوالی العمل به فی نفسه و فی رعیته.

روی شیخنا الشهید الثانی رحمه الله فی رسالته المسماة بکشف الریبة عن احکام الغیبة باسناده عن شیخ الطائفة، عن المفید، عن جعفر بن محمد ابن قولویه، عن ابیه، عن سعد بن عبد الله، عن احمد بن محمد بن عیسی عن ابیه محمد بن عیسی الاشعری، عن عبد الله بن سلیمان النوفلی قال: کنت عند ابی عبد الله علیه السلام، فاذا بمولی لعبد الله النجاشی قد ورد علیه فسلم و اوصل إلیه کتابا ففضه، و قرأه.

جریان ذلک فی ما اذا قابل تهتک العرض، و لتفصیل الکلام المفصلات و الله العالم بحقائق الاحکام.

(خاتمة) ذات علاقة بالولایة من قبل الجائر (فیما ینبغی للوالی العمل به فی نفسه و فی رعیته).

و الظاهر ان المراد بالوالی- و لو بالمناط- کل انسان بیده منصب من مناصب الدولة، سواء کان کبیرا، او صغیرا، و سواء کان والیا فی حکومة کفر، او حکومة اسلام، حکومة الاسلام المعتدلة، او المنحرفة- کما لا یخفی-

(روی شیخنا الشهید الثانی رحمه الله فی رسالته المسماة بکشف الریبة عن احکام الغیبة باسناده عن شیخ الطائفة، عن المفید عن جعفر بن محمد ابن قولویه، عن ابیه، عن سعد بن عبد الله، عن احمد بن محمد بن عیسی عن ابیه محمد بن عیسی الاشعری، عن عبد الله بن سلیمان النوفلی، قال: کنت عند ابی عبد الله علیه السلام، فاذا بمولی لعبد الله النجاشی، قد ورد علیه فسلم و اوصل إلیه کتابا ففضه) ای فتحه (و قرأه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰

فاذا اوّل سطر فیه بسم الله الرحمن الرحیم اطال الله بقاء سیّدی و جعلنی من کل سوء فداه و لا ارانی فیه مکروها فانه ولی ذلک و القادر علیه، اعلم سیّدی و مولای انی بلیت بولایة الاهواز، فان رأی سیّدی و مولای ان یحدّ لی حدّا، و یمثل لی مثالا لاستدل به علی ما یقر بنی الی الله عز و جل، و الی رسوله و یلخص لی فی کتابه ما یری لی العمل به، و فیما ابذله و این اضع زکاتی، و فیمن اصرفها، و بمن آنس، و الی من استریح و

فاذا اوّل سطر فیه بسم اللّه الرحمن الرحیم اطال اللّه بقاء سیّدی و جعلنی من کل سوء فداه) بمعنی ان یصرف اللّه سبحانه السوء من الامام الی صاحب الکتاب، و المراد بالسوء المرض و الفقر و ما اشبه (و لا ارانی فیه مکروها) بمعنی لا یصیبه مکروه حتی اراه (فانه) تعالی (ولی ذلک) ای صاحب القدرة علی ما طلبت منه و دعوته (و القادر علیه، اعلم سیدی و مولای انی بلیت) ای ابتلیت و امتحنت (بولایة الاهواز، فان رأی سیدی و مولای ان یحدّ لی حدّا، و یمثل لی مثالا لاستدل به) ای اجعله دلیلی (علی ما یقر بنی الی اللّه عز و

جل، و الی رسوله و) ان رای سیدی ان (یلخص لی فی کتابه ما یری) و یحبّذ (لی العمل به، و فیما ابذله) ای فی ای وجه ابذل مالی و جاهی و قدرتی (و این اضع زکاتی، و فیمن صرفها).

لعل المراد ب «این اضع» الاعم من الجهات کالقناطر و المساجد، و ب «فیمن» الافراد الذین تصرف الزکاة فیهم (و بمن آنس) من الناس (و الی من استریح) ای اجعله موضع سری و شکوای، و ما اشبه مما یوجب راحة النفس (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱

بمن اثق و آمن و الجاء إلیه فی سری، فعسی ان یخلصنی اللّه تعالی بهدایتک و ولایتک، فانک حجة اللّه علی خلقه و امینه فی بلاده، لا زالت نعمته علیک.

قال عبد الله بن سلیمان فأجابه ابو عبد الله علیه السلام بسم اللّه الرحمن الرحیم حاطک اللّه بصنعه، و لطف بک بمنّه و کلأک برعایته فانه ولی

بمن اثق و آمن و الجاء إلیه فی سری) لا یخفی ان جملة من مصادیق هذه الجمل متداخلة (فعسی ان یخلصنی اللّه تعالی بهدایتک و ولایتک) من المشاکل و المآزق (فانک حجة الله علی خلقه و امینه فی بلاده، لا زالت نعمته علیک) و من یکون هکذا لحقیق ان یکون هادیا مرشدا.

(قال عبد الله بن سلیمان) الّذی کان حاضرا فی مجلس الصادق علیه السلام حیث جاء رسول النجاشی بهذا الکتاب الی الامام علیه السلام (فأجابه ابو عبد الله علیه السلام) و الظاهر ان الجواب کتابة، لا لفظا- کما لا یخفی- (بسم الله الرحمن الرحیم حاطک الله بصنعه) دعاء بان یحیط لطف اللّه به.

و معنی الاحاطة عدم بقاء جانب من جوانب حیاته خالیا عن اللطف و الاحسان (و لطف بک) ای احسن ألیک (بمنّه) فی مقابل الاستحقاق، فان المنّ الاحسان بدون استحقاق الطرف المقابل (و کلأک) الکلاءة الحفظ و النظر (برعایته) ای بان یرعاک و لا یسلمک الی الآفات و البلایا (فانه ولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲

ذلک.

اما بعد فقد جاءنی رسولک بکتابک فقرأته و فهمت جمیع ما ذکرته، و سألت عنه، و ذکرت انک بلیت بولایة الاهواز، و سرّنی ذلک و ساءنی، و ساخبرک بما ساءنی من ذلک و ما سرنی ان شاء اللّه تعالی.

و اما سروری بولایتک، فقلت: عسی ان یغیث اللّه بک ملهوفا خائفا من اولیاء آل محمد صلی اللّه علیه و آله: و یعزّ بک ذلیلهم، و یکسو بک عاریهم و یقوی بک ضعیفهم، و یطفی بک نار المخالفین عنهم.

و اما الّذی ساءنی من ذلک فان ادنی ما اخاف علیک ان تعثر بولی

ذلک) ای القادر علیه الّذی بیده قدرته و امکانه.

(اما بعد فقد جاءنی رسولک بکتابک فقرأته و فهمت جمیع ما ذکرته و سألت عنه، و) هو ما (ذکرت انک بلیت بولایة الاهواز، و سرّنی ذلک) التولی الأهواز (و ساءنی، و سأخبرک بما ساءنی من ذلک) التولی (و ما سرّنی ان شاء الله تعالی).

(و اما) سبب (سروری بولایتک، فقلت) ای سنح بخاطری (عسی) و لعل (ان یغیث اللّه بک ملهوفا خائفا من اولیاء آل محمد صلی اللّه علیه و آله: و یعزّ بک ذلیلهم، و یکسو بک عاریهم، و یقوی بک ضعیفهم، و یطفی بک نار المخالفین) ای اشتغال نفوسهم، تشبیها للمعقول بالمحسوس (عنهم).

(و اما الّذی ساءنی من ذلک) التولی للاهواز (فان ادنی ما اخاف علیک ان تعثر) العثرة زلّة الرجل، ثم استعملت لکل زلّة و خطأ (بولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳

لنا، فلا تشم رائحة خطیرة القدس.

فانی ملخص لک جمیع ما سألت عنه، فان انت عملت به و لم تجاوزه رجوت ان تسلم ان شاء الله تعالی.

اخبرنی- یا عبد الله- ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام، عن رسول الله صلی الله علیه و آله، انّه قال: من استشاره اخوه المؤمن المسلم فلم یمحضه النصیحة، سلب الله لبّه عنه.

و اعلم انی سأشیر علیک برأیی، ان انت عملت به تخلصت مما انت تخافه

لنا) فتؤذیه (فلا تشم رائحة حظیرة القدس) ای الجنة.

و اذا عرفت هذا.

(فانی ملخص لک جمیع ما سألت عنه، فان انت عملت به و لم تجاوزه رجوت ان تسلم ان شاء الله تعالی) ای ان تسلم من العذاب، و لفظ «الرجاء» لانه لیس حتم علی الله تعالی ان یغفر الزلات الصغار التی لا یسلم منها الا المعصوم.

(اخبرنی- یا عبد الله- ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام، عن رسول الله صلی الله علیه و آله، انّه قال: من استشاره اخوه المؤمن المسلم فلم یمحضه النصیحة، سلب اللّه لبّه) ای عقله (عنه).

فکان نعمة العقل لمساعدة الناس فی الفکر، فاذا لم یؤد هذه النعمة فی موضعها کانت معرضة للزوال «لَئِنْ شَکَرْتُمْ لَأَزِیدَنَّکُمْ وَ لَئِنْ کَفَرْتُمْ إِنَّ عَذابِی لَشَدِیدٌ».

(و اعلم انی سأشیر علیک برأیی ان انت عملت به تخلصت مما انت تخافه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴

و اعلم ان خلاصک و نجاتک فی حقن الدماء، و کفّ الاذی عن اولیاء الله و الرفق بالرعیة و التأنّی، و حسن المعاشرة مع لین فی غیر ضعف و شدّة فی غیر عنف و مداراة صاحبک، و من یرد علیک من رسله و ارفق برعیتک بان توقفهم علی ما وافق الحق و العدل ان شاء الله تعالی.

من عذاب الآخرة.

(و اعلم ان خلاصک) من العذاب (و نجاتک) من العقاب (فی حقن الدماء) و عدم اراقتها (و کفّ الاذی عن اولیاء الله) فلا تؤذهم (و الرفق بالرعیة) ای عدم اخذهم بالعنف (و التأنّی) و التصبر بعدم الاستعجال فی الانتقام منهم، او المراد التأنّی فی جمیع الامور (و حسن المعاشرة) مع الناس (مع لین) فی اخلاقک (فی غیر ضعف) ای یکون سبب اللین التفکر و العقل و حسن الخلق، لا ضعف فی الرأی و العزم و النفوذ (و شدّة) فی الانتقام ممن یستحق (فی غیر عنف).

فان الشدة فی اقامة الحدود، قد تکون قرینة للعنف کان یعنف فی الکلام لمن یرید اجراء الحدّ علیه، و هذا مما لا داعی له، بالإضافة الی انه کثیرا ما یوجب افساد القلوب و نفرة النفوس عن اطراف الوالی (و مداراة صاحبک) ای الخلیفة (و من یرد علیک من رسله) لان الرسل اذا لم تدارهم یفسدون علیک امرک عند الخلیفة (و ارفق برعیتک) تأکید لامر الرفق، لان الولاة و اصحاب السلطة کثیرا ما یغلب علیهم الخرق و الشدة (بان توقفهم علی ما وافق الحق و العدل) فلا یجاوزونهما (ان شاء الله تعالی) کلمة تبرک، و ان کانت فی الاصل للشرط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵

و ایاک و السعاة، و اهل النمائم، فلا یلزقن بک منهم احد، و لا یراک الله یوما و لیلة و انت تقبل منهم صرفا و لا عدلا، فیسخط اللّه علیک، و یهتک سترک، و احذر مکر خوزی الاهواز، فان ابی اخبرنی عن آبائه عن امیر المؤمنین علیه السلام، قال: ان الایمان لا یثبت فی قلب یهودی،

(و ایاک) ای ابتعد (و السعاة) جمع ساعی، و هو الّذی یسعی بالناس و یذکر عنهم السوء الی الوالی لیوقعهم فی عقوبة الوالی (و اهل النمائم) الذین ینمّون علی الناس.

و هذا اما عطف بیان، و المراد بالساعی من یکون خارجا عن حاشیة الوالی، و اهل النمیمة من کان داخلا فی الحاشیة (فلا یلزقن) ای لا یلصقن کنایة عن کونه حاشیة و مقربا- (بک منهم احد، و لا یراک الله یوما و لیلة) ای و لو فی یوم واحد، او لیلة واحدة (و) الحال (انت تقبل منهم) ای من السعاة (صرفا و لا عدلا) ای توبة توجب صرف الانسان عن جریمة و فدیة توجب اخذها عدم انزال العقوبة المستحقة.

و الحاصل: اجر الاحکام بدون ان تقبل شفاعة، واش، و لا تأخذ ما لا فی مقابل العفو، فان الوشاة صنعهم هذا، دائما، (فیسخط الله علیک، و یهتک سترک) فان من کشف ستر الناس کشف ستره (و احذر مکر خوزی الاهواز) و هم قبیلة کانوا یسکنون خوزستان یعرفون بالمکر و الخدیعة (فان ابی اخبرنی عن آبائه) علیهم السلام (عن امیر المؤمنین علیه السلام قال: ان الایمان لا یثبت فی قلب یهودی) المراد انه اقرب الی عدم ثبوت الایمان لما ارتکز علیه من المبادی المعادیة للاسلام، لا انه لیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶

و لا خوزی ابدا.

و اما من تأنس به و تستریح إلیه، و تلجئ امورک إلیه فذلک الرجل الممتحن المستبصر الامین الموافق لک علی دینک، و میّز اعوانک و جرّب الفریقین فان رایت هنالک رشدا فشأنک و ایاه.

و ایاک ان تعطی درهما، او تخلع ثوبا، او تحمل علی دابة- فی

الیهودی قابلا للاسلام- کما لا یخفی- (و لا خوزی ابدا) فان النفوس الشریرة ذات المبادئ البعیدة عن الحق و العدل اصعب قبولهم للایمان من النفوس الطیبة، و النفوس المعتدلة.

(و اما من تأنس به و تستریح إلیه، و تلجئ امورک إلیه) ای تلجئ فی امورک بجعله محل الاستشارة و الاعتماد (فذلک الرجل الممتحن) ممن قد سبق امتحانک له (المستبصر) بالامور، فان بعض الناس لا یعرفون الناس و الاجتماع، و بعضهم یعرفونهما (الامین) فی قوله و فعله (الموافق لک علی دینک).

فان المخالف انما ینظر الی الامور من منظار دینه، لا دینک، و لذا لا یصلح الاستشارة منه و الاعتماد علیه (و میّز اعوانک) ایّهم عون خیر، و ایّهم عون سوء (و جرّب الفریقین) من یصلح منهم، ممن لا یصلح (فان رایت هنالک) فی بعض اعوانک (رشدا) فی الفکر و العقل (فشأنک و ایاه) ای الزمه و صادقه مصادقة تامة.

(و ایاک ان تعطی درهما، او تخلع) ای تعطی خلعة (ثوبا، او تحمل علی دابة) بان تهب دابة (- فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷

غیر ذات الله- لشاعر او مضحک او ممزح الا اعطیت مثله فی ذات الله.

و لیکن جوائزک و عطایاک و خلعک للقواد و الرسل و الاحفاد و اصحاب الرسائل

غیر ذات الله-) و ما لیس فیه صلاح آخرتک او دنیاک مما امرک الله به (لشاعر او مضحک او ممزح) فان اعطاء المال لهؤلاء مما یوجب حسابا عسیرا یوم القیامة، لانه بذل المال فی غیر الوجه الّذی امر الله به.

بالإضافة الی انه لا فائدة فی هؤلاء فی الدنیا لانهم لا یجلبون خیرا و لا یدفعون شرا، فلیس صرف المال فیهم الا لاجل اللهو و الانس، و هو سرف و تبذیر.

نعم قد یکون صرف المال لاجل الله سبحانه، من جهة کونهم علی الباطل، کما کان النبی صلی اللّه علیه و آله یعطی الشاعر لرد اشعار اعداء الاسلام، او لاجل سدّ افواههم و حفظ العرض، فانهم ان لم یعطوا أساءوا، و ان اعطوا حفظ الانسان عرضه من شر ألسنتهم.

و لذا قال علیه السلام «فی غیر ذات الله» فلا تعط لاحد منهم شیئا لاجل غیر الله (الا اعطیت مثله فی ذات الله) لیکون ما اعطیته لله کفارة لاعطائک ایاهم، فان الحسنات یذهبن السیئات.

(و لیکن جوائزک و عطایاک و خلعک للقواد) جمع القائد، و هو المسیر للجیش المشرف علیه (و الرسل) الذین تبعثهم لحلّ القضایا، و المفاوضات، و ما اشبه (و الاحفاد) جمع حفید، و هو الّذی تتقوی به الحکومة (و اصحاب الرسائل) ای الکتاب الذین بیدهم کتابة الجیش و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸

و اصحاب الشرط، و الاخماس، و ما اردت ان تصرف فی وجوه البر و النجاح و الصدقة، و الفطرة و الحج، و الشرب، و الکسوة التی تصلی فیها، و تصل بها و الهدیة التی تهدیها الی الله و رسوله من اطیب کسبک.

و انظر یا عبد الله ان لا تکنز ذهبا و لا فضة فتکون من اهل هذه الآیة: الَّذِینَ یَکْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لٰا یُنْفِقُونَهٰا فِی سَبِیلِ اللّٰهِ، و لا

الرزق و القضاء و ما اشبه (و اصحاب الشرط) الذین یوکل إلیهم داخل المدینة لحفظها او المقدم من الجیش (و الاخماس) جمع خمیس، و هو الجیش، و یسمی خمیسا لانه مرکب من المقدم و المؤخر و الجناحین و القلب (و) ل (ما اردت ان تصرف فی وجوه البر) کالطعام الجائع و اکساء العاری و بناء المسجد (و النجاح) ای ما یسبب الظفر بالاعداء (و الصدقة و الفطرة و الحج، و الشرب) ای ما تبذله فی سبیل ارسال الناس الی الحج، لاجل الماء سواء فی البلد او فی خارج البلد (او الکسوة التی تصلی فیها) لعل المراد: صلاة العیدین و الجمعة مما یلزم ان یکون ثوبا فاخرا (و تصل بها) ای تعطی الصلة، فانهم کانوا یصلون- من اراد واصلته- بالکسوة (و الهدیة التی تهدیها الی اللّه و رسوله، من اطیب کسبک) ای فی حال کون جمیع ذلک المذکور بعد قوله «و لیکن» من اطیب الکسب لا من الضرائب و المظالم.

(و انظر یا عبد الله ان لا تکنز) و لا تجمع (ذهبا و لا فضة فتکون من اهل هذه الآیة: الَّذِینَ یَکْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لٰا یُنْفِقُونَهٰا فِی سَبِیلِ اللّٰهِ) فَبَشِّرْهُمْ بِعَذٰابٍ أَلِیمٍ (و لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹

تستصغرن من حلو، او فضل طعام تصرفه فی بطون خالیة، تسکن بها غضب اللّه رب العالمین.

و اعلم: انی سمعت ابی یحدث عن آبائه، عن امیر المؤمنین (ع):

ان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله قال یوما لاصحابه: ما آمن باللّه و الیوم الآخر من بات شبعانا و جاره جائع، فقلنا: هلکنا یا رسول الله (ص) فقال من فضل طعامکم، و من فضل تمرکم، و رزقکم، و خلقکم و خرقکم.

تستصغرن) ای لا تعدّن صغیرا (من حلو) شیء ذی حلاء، کالسکر و التمر والد بس و ما اشبه (او فضل طعام تصرفه فی بطون خالیة،

تسكن بها غضب اللّه رب العالمين) فان الغالب ان الاغنياء لا يعرفون مقدار جوع الفقراء و تأذيهم و ان الزائد من موائدهم مما ينفع الفقير، و لذا يسرفون فى القاء الزائد فى النفايات، فيكون عوض ان يأتى بالاجر، فيما انفق على الفقير، يأتى بالوزر لانه اسراف حرام، و غضب اللّه سبحانه الحاصل من المعاصى يطفئ و يسكن بمثل هذه الامور، و ان كانت ظاهرها صغيرة و فى الحديث: صدقة السرّ تطفئ غضب الرب.

(و اعلم: انى سمعت ابى يحدث عن آبائه، عن امير المؤمنين (ع):

ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله قال يوما لاصحابه: ما آمن باللّه و اليوم الاخر من بات شبعانا و جاره جائع، فقلنا: هلكنا يا رسول الله (ص) لانه كثيرا ما يبيت الانسان كذلك (فقال) صلى اللّه عليه و آله ليس المراد ان يبذل الجار طعامه كله لجاره الجائع، بل (من فضل طعامكم و من فضل تمركم، و رزقكم، و خلقكم) اى الثياب الخلقة القديمة (و خرقكم) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۰

تطفئون بها غضب الرب تعالى.

و سأنبئك بهوان الدنيا، و هوان شرفها على من مضى من السلف و التابعين.

فقد حدثنى ابى محمد بن على بن الحسين قال: لما تجهز الحسين عليه السلام الى الكوفة اتاه ابن عباس فناشده اللّه و الرحم ان يكون هو المقتول بالطف.

الممزقة من الثياب (تطفئون بها غضب الرب تعالى) تشبيه للغضب الموجب لزوال النعمة من المغضوب عليه بالنار المشتعلة التى توجب فناء ما تلتهمه

و لا يخفى ان المراد بالغضب نتيجة الغضب، كما قالوا، فى صفات اللّه سبحانه: خذ الغايات و اترك المبادى، اذ ليس الله سبحانه محلّا للحوادث، كما برهن فى علم الكلام.

(و سأنبئك) و اخبرك (بهوان الدنيا) و عدم قيمتها (و هو ان شرفها) فان ما يعده الناس شرفا، الّذى يحصل بالمال و المنصب و ما اشبه، ليس بامر مهمّ، و انما هو هين زائل لا فائدة فيه (على من مضى من السلف و التابعين) لهم باحسان.

(فقد حدثنى ابى محمد بن على بن الحسين) عليه السلام (قال:

لما تجهز الحسين عليه السلام) و استعدّ للسفر (الى الكوفة اتاه ابن عباس فنا شده الله) اى احلفه بالله (و الرحم) اى احلفه بحق الرحم (ان) لا يسافر هذا السفر الّذى (يكون) بسببه (هو المقتول بالطف) كربلاء، لما علم ابن عباس من شهادة احد اهل البيت فى كربلاء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱

فقال: انا اعرف بمصرعى منك، و ما وكدى من الدنيا إلا فراقها الا اخبرك يا ابن عباس بحديث امير المؤمنين (ع) و الدنيا، فقال له بلى لعمرى انى احب ان تحدثنى بامرها فقال ابى قال على بن الحسين عليه السلام سمعت أبا عبد الله الحسين عليه السلام يقول: حدثنى امير المؤمنين عليه السلام؛ قال: انى بفدك فى بعض حيطانها و قد صارت لفاطمة عليها السلام، فاذا انا بامرأة قد قحمت علىّ و فى يدى مسحاة و انا

(فقال) الحسين عليه السلام (انا اعرف بمصرعى منك) يعنى انك تظن او تحتمل انى اقتل، لكنى انا اعلم بانى اقتل (و ما وكدى) بالضم اى جهدى، او بالفتح اى همى (من الدنيا إلا فراقها) اى ان كل همّى ان افارق الحياة لالتحق بالرفيق الاعلى، فلست اخاف من القتل.

ثم قال الحسين عليه السلام (الا اخبرك يا ابن عباس بحديث امير المؤمنين «ع» و الدنيا) و ان الدنيا كيف كانت فى نظر الامام امير

المؤمنین علیه السلام (فقال) ابن عباس (له) ای للحسین علیه السلام (بلی) حدثنی (لعمری انی احب ان تحدثنی بامرها) ای شأن الدنیا (فقال ابی قال علی بن الحسین علیه السلام سمعت أبا عبد الله الحسین علیه السلام یقول: حدثنی امیر المؤمنین علیه السلام، قال: انی) کنت (بفدک فی بعض حیطانها) ای بساتینها و البستان یسمی حائطا بعلاقة المجاورة، حیث ان الحائط یجاور البستان (و قد صارت) فدک (لفاطمة علیها السلام) بعد اخذها من الیهود (فاذا انا بامرأة قد قحمت) ای دخلت (علیّ و فی یدی مسحاة و انا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲

اعمل بها، فلما نظرت إلیها طار قلبی مما تداخلنی من جمالها فشبهتها ببثینة بنت عامر الجحمی و کانت من اجمل نساء قریش.

فقالت یا بن ابی طالب (ع) هل لک ان تتزوج بی؟ فاغنیک عن هذه المسحاة و ادلک علی خزائن الارض فیکون لک ما بقیت و لعقبک من بعدک

اعمل بها) فی اصلاح البستان (فلما نظرت إلیها طار قلبی) ای تعلق بها کالطیر الّذی یطیر من مکانه الی وکره لیأوی إلیه.

و الظاهر ان الامام کان یعلم انها الدنیا و لذا نظر إلیها (مما تداخلنی من جمالها) فان القوّة الجسدیة تحب الحسن، و ان کانت النفس الطاهرة تأبی الاقتراف اذا کان فی الحسن المحظور الشرعی او العقلی.

کما ان الانسان الجائع یحب الطعام الشهیّ و ان اجتنبه لشبهة او نحوها (فشبهتها ببثینة بنت عامر الجحمی، و) قد (کانت) بثینة (من اجمل نساء قریش) و فیها یقول الشاعر:

بثینة شأنها سلبت فؤادی بلا جرم اتیت به، سلاما

ای «سلا» ایها الشخصان «ما» جرمی إلیها، حتی فعلت بی ذلک.

(فقالت یا بن ابی طالب (ع) هل لک ان تتزوج بی؟ فاغنیک عن هذه المسحاة) کنایة عن اعطائها له علیه السلام الرزق الوافر، بدون الاحتیاج الی العمل (و ادلک علی خزائن الارض فیکون) المال الّذی اجلبه لک (لک ما بقیت، و لعقبک من بعدک) من الاولاد و الاحفاد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳

فقال لها من انت حتی اخطبک من اهلک.

قال: فقالت: انا الدنیا، قال لها فارجعی، و اطلبی زوجا غیری فلست من شأنی فاقبلت علی مسحاتی و انشأت اقول

لقد خاب من غرته دنیا دنیّة و ما هی ان غرت قرونا بنائل اتتنا علی زیّ العزیز بثینة و زینتها فی مثل تلک الشمائل

(فقال) الامام علیه السلام (لها من انت حتی اخطبک من اهلک) و هذا استفسار العارف، و الا کانت النساء للامام محرمة ما دامت عنده فاطمة علیها السلام، و فدک اتت الی الامام فی زمن فاطمة علیها السلام و خرجت من یده فی زمنها کما لا یخفی.

(قال: فقالت: انا الدنیا، قال) الامام علیه السلام (لها فارجعی، و اطلبی زوجا غیری فلست من شأنی).

قال الامام علیه السلام (فاقبلت علی مسحاتی و انشأت اقول) هذه الابیات (لقد خاب من غرته دنیا دنیّة) خاب ای خسر (و ما هی ان غرت قرونا بنائل) قرون جمع قرن.

و لعل المراد به مقدار عمر جیل من الانسان.

و الظاهر: ان نائل صفة قرون باعتبار کل قرن قرن ای لم یفز کل قرن بما اراد من الدنیا، لان الدنیا خدعتهم ثم انصرفت عنهم.

و قد قال الامام علیه السلام فی کلمة له «الدنیا تغر و تضر و تمر» (اتتنا) ای الدنیا (علی زی العزیز بثینة) و الزیّ بمعنی الشمائل و الالبسة و ما اشبه (و زینتها فی مثل تلک الشمائل) ای شمائل بثینة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۴

فقلت لها غرّى سواى فاننى عزوف عن الـدنيا و لست بجاهل و ما انا و الدنيا فان محمدا احل صـريعا بين تلك الجنادل و هيهات امنى بالكنوز و ودّها و اموال قارون و ملك القبائل أ ليس جميعا للفناء مصيرنا و يطلب من خزانها بالطوائل

(فقلت لها غرى سواى) و اخدعى غيرى من ابناء الدنيا (فاننى عزوف) اى زاهد و منصـرف (عن الدنيا و لست بجاهل) حتى اقبل عليها (و ما انا و الـدنيا) اى ما اصـنع بـدنيا زائلـة ارتنى مصارع الكرام من اهل بيتى (فان محمدا احل صـريعا بين تلك الجنادل) جمع جندل بمعنى الحجارة الخشنة.

و هذا كناية عن موت النبى صـلى اللّه عليه و آله و يتبين من هذا البيت ان القصة حدثت لعلى بعد موت النبى صلى اللّه عليه و آله قبل اغتصاب الجماعـة لفـدک (و هيهات امنى) اى اخـدع، من الامنية (بالكنوز و ودّها) اى حبّها (و اموال قارون) اى اموال كاموال قارون فى الكثرة (و ملک القبائل) اى هيهات ان اخـدع بسـلطة القبائل بان الطلب الدنيا للسـلطة على الناس (أ ليس جميعا للفناء مصـيرنا) فان مصـير البشر جميعا الى الفناء (و يطلب من خزانها) الذين خزنوا و جمعوا الاموال (بالطوائل) جمع طائلة، اى بالتفصيل و الدقة، و الصفة لمحذوف اى المحاسبات الطويلة، فان يوم القيامة «مقداره خمسين الف سنة»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۵

فغرّى سواى اننى غير راغب بما فيک من عز و ملک و نائل فقد قنعت نفسى بما قد رزقته فشأنک يا دنيا و اهل الغوائل فانى اخاف الله يوم لقائه و اخشى عذابا دائما غير زائل

فخرج من الدنيا و ليس فى عنقه تبعة لاحد حتى لقى الله تعالى محمودا غير ملوم و لا مذموم.

ثم اقتدت به الأئمة من بعده بما قد بلغكم.

(فغرّى) ايتهـا الـدنيا (سواى) و غيرى (اننى غير راغب) أليـک (بمـا فيـک) ايتها الـدنيا (من عز و ملک و نائل) اى عطايا ينالها الانسان (فقد قنعت نفسـى بما قد رزقته) اى بما قدر الله لى من رزق (فشأنک يا دنيا) اى انت تعرفين (و اهل الغوائل) جمع غائلة و هى الصـفة الفاسـدة اى اعملى عملک مع اهل الصـفات الفاسـدة اما بالنسـبة إلىّ فانى لا اغرّ بک (فانى اخاف اللّه يوم لقائه) اى يوم القيامـة، فان الانسان يلاقى ذلک حسابه و جزائه (و اخشى عذابا دائما غير زائل) و لذا اترک زخارف الدنيا لئلا ابتلى بتوابعها

قال الامام الصادق عليه السـلام (فخرج) الامام امير المؤمنين عليه السلام (من الدنيا و ليس فى عنقه تبعة لاحد) من ظلم او ايذاء او قهر او سلب او ما اشبه مما هى عادة اهل الدنيا يفعلون كل ذلک للملک و السيطرة و المال (حتى لقى الله تعالى محمودا غير ملوم) لا يلام بشىء مما عمله فى الدنيا (و لا مذموم) لا يذمه احد على افعاله و اعماله.

(ثم اقتدت به) اى بالامام المرتضى صلوات الله عليه (الائمة من بعده بما قد بلغكم) اى بالحديث الّذى بلغكم عنهم، و انهم لم يتلوثوا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶

لم يتلطخوا بشىء من بوائقها.

و قد وجهت أليک بمكارم الدنيا و الآخرة.

و عن الصادق المصدق رسول الله فان انت عملت بما نصحت لک فى كتابى هذا ثم كانت عليک من الذنوب و الخطايا، كمثل اوزان الجبال و امواج البحار، رجوت الله ان يتجافى عنک جلّ و عزّ بقدرته.

يا عبد الله اياک ان تخيف مؤمنا فان ابى حدثنى عن ابيه عن جده على بن

بالدنیا و زخارفها (لم یتلطخوا) التلطخ التلوث بالنجاسة و شبهها (بشیء من بوائقها) جمع بائقة، و هی المعصیة و الشر.

(و قد وجهت ألیک) و ارسلت ألیک ایها النجاشی (بمکارم الدنیا و الآخرة) ای بما هی مکرمة عند اهل الدنیا و عند اهل الآخرة و المراد بالمکارم النصائح التی ساقها علیه السلام إلیه.

(و عن الصادق المصدق رسول الله) صلی الله علیه و آله (فان انت عملت بما نصحت لک فی کتابی هذا ثم کانت علیک من الذنوب و الخطایا، کمثل اوزان الجبال و امواج البحار، رجوت الله) تعالی (ان یتجافی) و یتجاوز (عنک جلّ و عزّ بقدرته) ای بسبب قدرته علی التجاوز، فان من الذنوب ما هی ابعد عن التجاوز و اشد صعوبة، و منها ما لیس کذلک.

و الامور المذکورة فی هذه الروایة، من المحرمات من الذنوب الاشد، فاذا لم یعمل بها کان ما عداها محلا للرجاء.

(یا عبد الله ایاک ان تخیف مؤمنا، فان ابی حدثنی عن ابیه عن جده، علی بن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۷

ابی طالب علیه السلام انه کان یقول: من نظر الی مؤمن نظرة لیخیفه بها اخافه اللّه یوم لا ظل الا ظلّه و حشره فی صورة الذرّ لحمه و جسده و جمیع اعضائه حتی یورده مورده.

و حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام، عن النبی صلی اللّه علیه و آله: قال: من اغاث لهفانا من المؤمنین اغاثه اللّه یوم لا ظل الا ظله و امنه من الفزع الاکبر و آمنه من سوء المنقلب.

و من قضی لاخیه المؤمن حاجة قضی اللّه له حوائج کثیرة، إحداها الجنة

ابی طالب علیه السلام انه کان یقول: من نظر الی مؤمن نظرة لیخیفه بها اخافه الله یوم لا ظل الا ظلّه) ای یوم القیامة حیث لا شیء یقی من الشمس الحارة، إلا ظل العرش- و الاضافة للتشریف- (و حشره فی صورة الذرّ) ای النمل (لحمه و جسده و جمیع اعضائه) فی تلک الصورة (حتی یورده مورده) ای یدخله النار، اقتباسا من الآیة الکریمة فاوردهم النار.

(و حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام، عن النبی صلی الله علیه و آله) انه (قال: من اغاث) ای ادرک للانجاء (لهفانا من المؤمنین) ای مظلوما قد وصلت روحه الی تراقیه- شدة و کربا- (اغاثه الله یوم لا ظل إلا ظله و آمنه من الفزع الاکبر) ای خوف یوم القیامة الّذی هو اکبر من کل خوف (و آمنه من سوء المنقلب) ای سوء المرجع، و المعنی انه لا یدخل النار.

(و من قضی لاخیه المؤمن حاجة قضی اللّه له حوائج کثیرة إحداها الجنة) فان الاهوال من الموت الی الجنة کثیرة جدّا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۸

و من کسی اخاه المؤمن جبة عن عری، کساه اللّه من سندس الجنة و استبرقها و حریرها، و لم یزل یخوض فی رضوان اللّه ما دام علی المکسوّ منها سلک.

و من اطعم اخاه من جوع اطعمه الله من طیبات الجنة و من سقاه من ظماء سقاه اللّه من الرحیق المختوم.

و من اخدم اخاه اخدمه اللّه من الولدان المخلدین

(و من کسی اخاه المؤمن جبة عن عری، کساه الله من سندس الجنة و استبرقها) السندس رقیق الدیباج، و الاستبرق غلیظها، و فی الاول نعومة للجسم، و فی الثانی جمال، فان للثیاب الخشنة مظهرا جمیلا- کما لا یخفی- (و حریرها، و لم یزل یخوض) بان یغمره، کالخائض فی الماء (فی رضوان الله) ای رضاه (ما دام علی المکسوّ منها سلک) ای خیط.

و هذا مبالغة فی انه و ان تمزق و لم یبق علی بدنه الا سلک منها.

و لا یخفی ان علم الانسان بان المولی راض عنه، من اکبر النعم الروحیة، بالإضافة الی ان الرضوان یستلزم الاسعاف بالحوائج و زیادة

النعمة و الرحمة.

(و من اطعم اخاه من جوع اطعمه الله من طیبات الجنة و من سقاه من ظماء) ای من العطش (سقاه الله من الرحیق المختوم) الرحیق: الخالص من الشراب، و المختوم: هو الّذی ضرب علی غطاء إنائه الختم دلیلا علی طهارته، و انه لم یمس من قبل.

(و من اخدم اخاه اخدمه اللّه من الولدان المخلدین) فان فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۹

و اسکنه مع اولیائه الطاهرین.

و من حمل اخاه المؤمن علی راحلة حمله الله علی ناقة من نوق الجنة و باهی به الملائکة المقرّبین یوم القیامة.

و من زوج اخاه امرأة یأنس بها و یشدّ عضده و یستریح إلیها زوّجه الله من الحور العین، و آنسه بمن احبه من الصدیقین، من اهل بیت نبیه صلی الله علیه و آله و اخوانه و انسهم به.

الجنة حور للخدمة و الزواج، و ولدان یبقون ابدا اولادا، و هم فی جمال فائق، و هؤلاء للخدمة (و اسکنه مع اولیائه الطاهرین).

(و من حمل اخاه المؤمن علی راحلة).

و المراد مطلق الرکوب فیشمل مثل السیارة و الطائرة فی زماننا هذا (حمله الله علی ناقة من نوق الجنة) نوق جمع ناقة (و باهی به الملائکة المقرّبین) ای قال للملائکة انظروا الی عبدی المطیع، تدلیلا علی عظمة خالقه (یوم القیامة).

(و من زوج اخاه امرأة یأنس بها و تشدّ عضده) فان صاحب الزوجة کالذی له عضد فی القوة النفسیة، من باب تشبیه المعقول بالمحسوس (و یستریح إلیها) فان السکون القلبی سبب الاستراحة (زوّجه الله من الحور العین، و آنسه بمن احبه) الفاعل فی «احبه» اللّه او المزوّج (من الصدیقین، من اهل بیت نبیه صلی اللّه علیه و آله و اخوانه و انسهم به) ای کان کل واحد یأنس بالآخر، و هذا اعظم انسا، ممن یأنس بشخص، و لا یأنس ذلک الشخص به.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۰

و من اعان اخاه المؤمن علی سلطان جائرانه الله علی اجازة الصراط عند زلّة الاقدام.

و من زار اخاه المؤمن فی منزله لا لحاجة منه إلیه کتب من زوّار اللّه و کان حقیقا علی اللّه ان یکرم زائره یا عبد الله حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام انه سمع رسول الله صلی الله علیه و آله یقول لاصحابه یوما: معاشر الناس انه لیس بمؤمن من آمن بلسانه و لم یؤمن بقلبه فلا تتبعوا عثرات المؤمنین، فانه من تتبع

(و من اعان اخاه المؤمن علی سلطان جائر) یرید ایذائه، او یخلصه من الاذی الواقع به (اعانه الله علی اجازة الصراط) ای المرور علیه (عند زلّة الاقدام) من الصراط الموجبة لدخول النار.

(و من زار اخاه المؤمن فی منزله لا لحاجة منه) ای من الزائر (إلیه) ای الی المزور، و انما لصرف الزیارة (کتب) ذلک الزائر (من زوّار الله) ای الذین یزورون الله کثیرا (و کان حقیقا) حریا (علی الله ان یکرم زائره).

ثم قال الامام علیه السلام (یا عبد الله حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام انه سمع رسول الله علیه و آله، یقول لاصحابه یوما: معاشر الناس انه لیس بمؤمن من آمن بلسانه و لم یؤمن بقلبه) بان لم یقبل اتباع احکام الاسلام، و ان اظهر الایمان بلسانه.

و قد قال صلی الله علیه و آله هذا الکلام مقدمة لقوله: (فلا تتبعوا عثرات المؤمنین) ای زلاتهم بان تفحصوا و تجسسوا للاطلاع علی تلک العثرات فان من یفعل ذلک کان ممن آمن بلسانه لا بقلبه (فان من تتبع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۱

عثرة مؤمن يتبع الله عثرته يوم القيامة و فضحه فى جوف بيته.

و حدثنى ابى عن آبائه، عن على عليه السلام قال: اخذ الله ميثاق المؤمن على ان لا يصدق فى مقالته، و لا ينتصف من عدوه و على ان لا يشفى غيظه الا بفضيحة نفسه

عثرة مؤمن يتبع الله عثرته يوم القيامة) و لا ـ يصفح عنه (و فضحه) فى الدنيا (فى جوف بيته) و هو فى جوف البيت لا ـ يطلع عليه احد حسب الموازين العادية، لكن الله يظهر عثراته للناس ليخزى بها.

(و حدثنى ابى عن آبائه، عن على عليه السلام قال: اخذ الله ميثاق المؤمن) اى العهد الشديد منه، و لعله فى عالم الذر.

او المراد: اخذ الميثاق بجعله شرط الايمان، على لسان الأنبياء (على ان لا يصدق فى مقالته) اى لا يصدق الناس كلام المؤمن (و لا ينتصف من عدوه) اى لا ينصفه الناس، بل يجعلون الحق مع عدوه.

و المراد: انه يلزم ان يثبت على ايمانه و ان وصلت حالته هذا الحدّ بحيث لا يصدق و لا ينتصف، لا ان المراد: انه دائما كذلك.

و لعل اتيان الامام عليه السلام بهذه الجملة لتنبيه عبد الله على ان التزامه بهذه الاحكام يجب ان يكون مقارنا لعلمه بهذه الحالة، حتى اذا تغير عليه الخليفة، و لم يصدقه فى كلام او لم ينتصفه من واش و حاسد يكون مسبوقا بان حالة المؤمن هكذا، فلا يقول- كما يقوله بعض الجهال كيف زالت نعمتى و حلّ بى الشقاء و انا اطعت اللّه و عملت بأوامر الرسول و الأئمة عليهم السلام (و على ان لا يشفى غيظه الا بفضيحة نفسه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۴۲

لان المؤمن ملجم.

و ذلك لغاية قصيرة، و راحة طويلة اخذ الله ميثاق المؤمن على اشياء ايسرها مؤمن مثله، يقول بمقالة يبغيه و يحسده و شيطان يغويه و يمقته و سلطان يقفو اثره و يتبع عثراته و كافر بالذى هو مؤمن به يرى سفكك دمه دينا

فان شفاء الغيظ يلازم الانتقام، و الانتقام فضيحة للمؤمن، لان الناس يتوقعون منه الهدوء و السكينة، و العفو و الاغماض.

و هذا من الامام عليه السلام تنبيه لعبد الله لان يأخذ جانب العفو و الاحسان (لان المؤمن ملجم) كالحيوان الّذى الجم فمه، فلا يقدر على الصهيل، و ما اشبه.

(و ذلک) الالتزام بهذه الصفات الصعبة (لغاية) اى مدة (قصيرة) فى الدنيا (و راحة طويلة) فى الآخرة (اخذ الله ميثاق المؤمن) و عهده الاكيد (على اشياء) بان يصبر عليها و يصفح عنها (ايسرها) عليه (مؤمن مثله، يقول بمقالته) فى الايمان (يبغيه) اى يظلمه (و يحسده) اذا رآه فى علوّ و رفعة (و شيطان يغويه) اى يريد ان يضلّه عن الطريق (و يمقته) اى يبغضه و مقت الشيطان يسبب اهتمامه فى ايذائه و اضلاله (و سلطان) الجائر (يقفو) و يتبع (اثره) كيف عمل، و كيف تكلم، و ما ذا صنع، اى يراقبه ليؤذيه و يسلب راحته و حريته (و يتبع عثراته) و زلّاته ليحاسبه عليها (و) الحال ان السلطان (كافر بالذى هو مؤمن به) اما كفر فى العقيدة او كفر فى العمل (يرى) ذلك السلطان (سفكک دمه) اى اراقته (دينا) اى انه من الدين، كما كان يرى ملوک بنى امية و بنى العباس هذا المعنى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۴۳

و إباحة حريمه غنما، فما بقاء المؤمن بعد هذا.

يا عبد الله و حدثنى ابى، عن آبائه عن على عليهم السلام، عن النبى صلى الله عليه و آله، قال نزل جبرئيل عليه السلام، فقال يا محمد ان الله يقرئک السلام، و يقول: اشتققت للمؤمن اسما من اسمائى سميته مؤمنا، فالمؤمن منّى و انا منه،

بالنسبة الی الأئمة الطاهرین و الشیعة (و إباحة حریمه) ای سبیهم و اباحتهم (غنما) غنیمة، کما یغنم المسلم من الکافر حریمه (فما بقاء المؤمن) فی الدنیا (بعد هذا) النوع من الصعوبات.

(یا عبد الله) و کان هذه الجملة للتنبیه علی لزوم الانصراف عن الدنیا، و الزهد فی البقاء بها (و حدثنی ابی، عن آبائه عن علی علیهم السلام، عن النبی صلی الله علیه و آله، قال نزل جبرئیل علیه السلام، فقال یا محمد) صلی الله علیه و آله (ان الله یقرئک السلام، و یقول: اشتققت للمؤمن اسما من اسمائی) فالله «مؤمن» کما فی الآیة الکریمة «هُوَ اللّهُ الَّذِی لا إِلَهَ إِلّا هُوَ الْمَلِکُ الْقُدُّوسُ السَّلامُ الْمُؤْمِنُ الْمُهَیْمِنُ»

و المراد: ان الله یؤمن روعة الناس، کما ان المؤمن معناه من آمن و اعتصم و تمسک بما جاء به الأنبیاء.

و المراد بالاشتقاق معناه اللغوی و هو امتداد الاصل فی الفرع و هنا الامتداد مادة و صورة، لان لفظ الاصل «المؤمن» و لفظ الفرع «المؤمن» أیضا (سمیته مؤمنا، فالمؤمن منّی و انا منه).

و المراد الارتباط من الرب و المؤمن ارتباط الرحمة و الفضل من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۴

من استهان بمؤمن فقد استقبلنی بالمحاربة.

یا عبد الله و حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله، انه قال یوما: یا علی لا تناظر رجلا حتی تنظر فی سریرته.

فان کانت سریرته حسنة فان الله عز و جل لم یکن لیخذل ولیه.

جانبه، و الاطاعة و الخضوع من جانب المؤمن (من استهان بمؤمن فقد استقبلنی بالمحاربة).

و لعل الاتیان بلفظ «استقبلنی» لاجل بیان کثرة الوقاحة، فان من یستقبل الشخص بالمکروه اکثر وقاحة ممن یأتیه من الخلف او الجانب.

(یا عبد الله و حدثنی ابی عن آبائه، عن علی علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله انه قال یوما: یا علی لا تناظر رجلا) ای لا تجادله و لا تباحثه فی الامور (حتی تنظر فی سریرته) ای تتعرف علی باطنه، و التعرف علی الباطن انما هو بمعرفة احوال الرجل من الخارج هل انه انسان خبیث او طیب السریرة.

(فان کانت سریرته حسنة) فناظره، لان حقک یقع منه مورد القبول لطیب باطنه (فان الله عز و جل لم یکن لیخذل ولیه) ای انت.

و الحاصل: ان المحل اذا کان قابلا- و عون الله موجود، کان لک الغلب فی احقاق الحق، فلا یقال: ان الله لا یخذل ولیه، سواء کان باطن الطرف حسنا او سیئا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۵

و ان کانت سریرته ردیة فقد یکفیه مساویه.

فلو جهدت ان تعمل به اکثر ما عمل به من معاصی اللّه عز و جل ما قدرت علیه.

یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله، انه قال: ادنی الکفران یسمع الرجل من اخیه

(و ان کانت سریرته ردیة) ممن لا یقبل الحق و ان رآه و علم به (ف) لا تناظره، بل اترک المباحثة معه.

اذ (قد یکفیه مساویه) فی الیأس منه، فان عدم قابلیة المحل یوجب عدم اتعاب الانسان نفسه، الا لتوهم اتمام الحجة- الّذی ان تمت علیه سبب عصیانا آخر له- لکن هذه أیضا لیست فائدة.

(فلو جهدت ان تعمل به اکثر ما عمل به من معاصی الله عز و جل ما قدرت علیه) فان الانسان الخبیث السریرة لا یألوا ان یرتکب المعاصی، و فی الغالب یعلم هؤلاء الحق، فیجحدونه، فالبحث معه لا یفید لا هدایة لانه معاند، و لا زیادة معصیة له، لانه تم علیه الحجة من ذی قبل.

هذا معنی هذه الجملة من قوله: یا عبد الله، حسب ما فهمت.

و الظاهر ان الامام یرید ارشاد النجاشی الی فائدة هی ان لا یجادل احدا الا اذا عرف انه ممن اذا رأی الحق قبله.

(یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام عن النبی صلی الله علیه و آله، انه قال: ادنی الکفر) و المراد به الکفر العملی لا الکفر العقیدی کما مر تفصیله مکررا (ان یسمع الرجل من اخیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۶

الکلمة فیحفظها علیه، یرید ان یفضحه بها، اولئک لا خلاق لهم.

یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام انه قال:

من قال فی مؤمن ما رأت عیناه و سمعت اذناه ما یشینه و یهدم مروته فهو من الذین قال الله عز و جل: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ.

یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام انه قال:

الکلمة فیحفظها علیه، یرید ان یفضحه بها، اولئک لا خلاق لهم) ای لا نصیب لهم فی الآخرة، او لا نصیب لهم من الایمان.

و هذا أیضا ارشاد آخر فی نبذ الاحقاد و الضغائن و ما اشبه ذلک.

(یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام انه قال:

من قال فی مؤمن) ذما من (ما رأت عیناه و سمعت اذناه) کان رآه یشرب الخمر، او سمعه یغنی، ثم قال ذلک للناس، لا فی مثل مقام الشهادة و النهی عن المنکر و ما اشبه ب (ما یشینه) ای یدخل الشین، ضد الزین علیه (و یهدم مروته) و ماء وجهه، حتی یری الناس انه لا رجولة و شهامة له (فهو) ای القائل (من الذین قال الله عز و جل: إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ) ای المعصیة المتعدیة عن الحدود، و غالبا تطلق علی عظائم المعاصی (فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ).

و الظاهر: ان المراد دخوله فی الآیة بالمناط، و ان کان ربما لا یدخل فیها بالشمول اللفظی.

(یا عبد الله و حدثنی ابی، عن آبائه، عن علی علیه السلام انه قال:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۴۷

من روی عن اخیه المؤمن روایة یرید بها هدم مروته و شینه، او ثقه الله بخطیئته یوم القیامة حتی یأتی بالمخرج مما قاله و لن یأتی بالمخرج منه ابدا.

و من ادخل علی اخیه المؤمن سرورا، فقد ادخل علی اهل بیت نبیه (ص) سرورا، و من ادخل علی اهل بیت نبیه (ص) سرورا، فقد ادخل علی رسول الله (ص) سرورا، و من ادخل علی رسول الله (ص) سرورا، فقد سر الله و من سر الله، فحقیق علی الله ان یدخله جنته.

من روی عن اخیه المؤمن روایة) ای نقل عنه نقلا یشینه، و هذا ادنی من الجملة السابقة «ما راته عیناه» فان الانسان قد یقول: فلان یشرب الخمر، و قد یقول: یقولون فلان یشرب الخمر (یرید بها هدم مروته و شینه، او ثقه الله بخطیئته یوم القیامة) ای الزمه بها، و طلب منه المبرر لما قاله: و المجوز لهذه النسبة الی ذلک الرجل (حتی یأتی بالمخرج مما قاله) ای بالمجوز الشرعی الّذی یخرجه عن الخطیئة (و لن یأتی بالمخرج منه ابدا) اذا لمفروض انه عصی فی نقل هذه الروایة، فکیف له ان یأتی بالمجوز؟

(و من ادخل على اخيه المؤمن سرورا، فقد ادخل على اهل بيت نبيه (ص) سرورا، و من ادخل على اهل بيت نبيه (ص) سرورا، فقد ادخل على رسول الله (ص) سرورا، و من ادخل على رسول الله (ص) سرورا، فقد سر الله، و من سرّ الله، فحقيق) اى حرى جدير (على الله ان يدخله جنته).

و من المعلوم: ليس المراد سرور الله حالة طارئة، فانه سبحانه منزه عن الجسم و الجسمانيات.

و انما المراد النتائج، كما قالوا: خذ الغايات و اترك المبادى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۴۸

ثم انى اوصيك بتقوى الله و ايثار طاعته، و الاعتصام بحبله.

فانه من اعتصم بحبل الله فقد هدى الى صراط مستقيم، فاتق الله و لا تؤثر احدا على رضاه و هواه.

فانه وصية الله عز و جل الى خلقه.

و من الواضح ان ليس المراد هنا النتيجة بمعنى ادخال الجنة لتفرع دخول الجنة على السرور، بل المراد ما هو مقدمة لدخول الجنة، كالكتابة فى السعداء، و ما اشبه، كقوله تعالى «كنت كنزا مخفيّا فاحببت ان اعرف فخلقت الخلق لكى اعرف» و كقوله سبحانه فى القرآن الحكيم «فَلَمّا آسَفُونا انْتَقَمْنا مِنْهُمْ» الى غيرهما.

(ثم) يا عبد الله (انى اوصيك بتقوى الله و ايثار طاعته) اى تقديم طاعته على عصيانه اذا دار الامر بينهما (و الاعتصام) و التمسك (بحبله).

اما المراد بذلك القرآن، او مطلق او امره سبحانه، فكانه حبله من تمسك به جر الى فوق، تشبيها بمن فى منخفظ فيأخذ الحبل المتدلى له من فوقه فيجر الى العلو و المرتفع.

(فانه من اعتصم بحبل الله فقد هدى الى صراط مستقيم، فاتق الله) اى خف منه فى اعمالك و افعالك (و لا تؤثر) اى لا تقدم (احد اعلى رضاه) سبحانه (و هواه) اى امره.

و اطلاق الهوى عليه سبحانه من باب المقابلة، من قبيل «تعلم ما فى نفسى، و لا اعلم ما فى نفسك».

(فانه) اى ايثار الطاعة على سواها (وصية الله عز و جل الى خلقه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۴۹

لا يقبل منهم غيرها و لا يعظم سواها.

و اعلم ان الخلق لم يوكلوا بشىء اعظم من تقوى الله فانها وصيتنا اهل البيت فان استطعت ان تنال من الدنيا شيئا يسأل الله عنه غدا فافعل.

قال عبد الله بن سليمان، فلما وصل كتاب الصادق عليه السلام الى النجاشى، نظر فيه، فقال صدق و الله الّذى لا آله الا هو، مولاى، فما عمل احد بما فى هذا الكتاب الّا نجى، قال: فلم يزل عبد الله يعمل به ايام حياته.

فانه سبحانه اوصى الخلق بذلك بحيث (لا يقبل منهم غيرها) اى غير الطاعة (و لا يعظم سواها) و انما تعظم الطاعة و العمل بتلك الوصية.

(و اعلم ان الخلق لم يوكلوا بشىء اعظم من تقوى الله) اى ان اعظم ما القى فى عاتق الانسان هو التقوى، لانها اشكل الاشياء و اصعبها (فانها) اى التقوى (وصيتنا اهل البيت) نوصى بها الناس (فان استطعت ان تنال من الدنيا شيئا) محرما (يسأل الله عنه غدا فافعل) اى اترك جميع المعاصى ما استطعت، كما قال سبحانه «فَاتَّقُوا اللّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ».

(قال عبد الله بن سلیمان، فلما وصل کتاب الصادق علیه السلام الی النجاشی، نظر فیه، فقال صدق و الله الّذی لا آله الا هو، مولای، فما عمل احد بما فی هذا الکتاب الا نجی، قال: فلم یزل عبد الله یعمل به ایام حیاته).

و الظاهر ان المصنف ره نقل هـذا الخبر- بطوله- تنبیها للحکام و الولاهٔ، فینبغی ان یعمم اهل العلم هذا الکتاب الکریم الی الموظفین، و من إلیهم حتی یجعله المتدین منهم دستور حیاته، و بذلک یرتاح کثیر من الناس موظفا و مراجعا و من إلیهما و الله المستعان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۵۰

[السابعهٔ و العشرون هجاء المؤمن حرام]

السابعهٔ و العشرون هجاء المؤمن حرام بالأدلّهٔ الاربعهٔ، لانه همز و لمز، و اکل اللحم، و تعییر و اذاعهٔ سرّ.

و کل ذلک کبیرهٔ موبقهٔ.

و یدل علیه فحوی جمیع ما تقدم فی الغیبهٔ، بل البهتان أیضا بناء اعلی تفسیر الهجاء بخلاف المدح- کما عن الصحاح- فیعم ما فیه من المعایب و ما لیس فیه- کما عن القاموس و النهایهٔ و المصباح- لکن مع تخصیصه فیها بالشعر.

المسألهٔ (السابعهٔ و العشـرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (هجاء المؤمن حرام بالأدلّهٔ الاربعهٔ، لانه همز و لمز، و اکل اللحم).

فیشمله قوله سبحانه: وَیْلٌ لِکُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ.

و قوله سبحانه: أَ یُحِبُّ أَحَدُکُمْ أَنْ یَأْکُلَ لَحْمَ أَخِیهِ (و تعییر و اذاعهٔ سرّ).

فیشمله الادلهٔ الدالهٔ علی تحریم هذه الامور- مما تقدم-.

اما الاجماع و تقبیح العقل لذلک، فاوضح من ان یخفی.

(و کل ذلک کبیرهٔ موبقهٔ) ای مهلکهٔ.

(و یدل علیه فحوی) و مناط (جمیع ما تقدم فی الغیبهٔ، بل) ما تقدم فی (البهتان أیضا بناء اعلی تفسیر الهجاء بخلاف المدح- کما عن الصحاح- فیعم) الهجاء (ما فیه) ای المهجو (من المعایب و ما لیس فیه، کما عن القاموس و النهایهٔ و المصباح لکن مع تخصیصه) ای الهجاء (فیها) ای فی النهایهٔ و القاموس و الصحاح (بالشعر) فالنثر لا یسمی هجاء- عندهم-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۵۱

و اما تخصیصه بذکر ما فیه بالشعر کما هو ظاهر جامع المقاصد، فلا یخلو عن تأمّل.

و لا فرق فی المؤمن بین الفاسق و غیره.

و اما الخبر: محصوا ذنوبکم بذکر الفاسقین فالمراد به الخارجون عن الایمان او المتجاهرون بالفسق.

و احترز بالمؤمن عن المخالف فانه یجوز هجوه

(و اما تخصیصه) ای الهجاء (بذکر ما فیه) فقط، دون ما لیس فیه (بالشعر) فقط (کما هو ظاهر جامع المقاصد، فلا یخلو عن تأمّل) لانه خلاف اللغهٔ و العرف العام، و موارد الاستعمال، کما لا یخفی.

(و لا فرق فی المؤمن بین الفاسق و غیره) فی حرمهٔ هجائه، لاطلاق الادلهٔ.

(و اما الخبر) الّذی یمکن ان یوهم جواز هجاء الفاسقین من قوله علیه السلام: (محصوا ذنوبکم) ای امحوها (بذکر الفاسقین) الظاهر منه ذمهم و هجائهم (فالمراد به الخارجون عن الایمان او المتجاهرون بالفسق).

لوضوح ان الفاسق محترم أيضا، حتى بالنسبة الى الاحترامات الاولية، فلا يجوز غيبته و اهانته و النميمة عليه، خصوصا و الظاهر من الفاسق المنصرف عنه ليس الفاسق مقابل العادل بل احد المعنيين بل يقرب ان يكون المعنى الاول.

(و احترز بالمؤمن) فى عنوان المبحث (عن المخالف فانه يجوز هجوه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۵۲

لعدم احترامه.

و كذا يجوز هجاء الفاسق المبدع لئلا يؤخذ ببدعه، لكن بشرط الاقتصار على المعايب الموجودة فيه، فلا يجوز بهته بما ليس فيه، لعموم حرمة الكذب.

و ما تقدم من الخبر فى الغيبة من قوله عليه السلام فى حق المبتدعة باهتوهم لكى لا يطمعوا فى اضلالكم محمول على اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به بان يقال: لعله زان او سارق.

و كذا اذا زاده ذكر ما ليس فيه من باب

لعدم احترامه) و قد تقدم فى مبحث الغيبة ما ينفع المقام.

(و كذا يجوز هجاء الفاسق المبدع) كما تقدم فى مبحث الغيبة.

و ذلك (لئلا يؤخذ ببدعه، لكن بشرط الاقتصار على المعايب الموجودة فيه، فلا يجوز بهته) اى اتهامه (بما ليس فيه، لعموم حرمة الكذب) و البهت قسم من الكذب.

(و) ان قلت: مقتضى القاعدة جواز البهت ل (ما تقدم من الخبر فى) باب (الغيبة من قوله عليه السلام فى حق المبتدعة) اى الطوائف المبدعة (باهتوهم لكى لا يطمعوا فى اضلالكم).

قلت: كلا، لان الخبر (محمول على اتهامهم، و) الاتهام بمعنى (سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به).

و ذلك (بان يقال: لعله زان او سارق) او ما اشبه ذلك.

(و كذا اذا زاده) اى زاد ما ساءه الظن، ب (ذكر ما ليس فيه من باب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۵۳

المبالغة.

و يحتمل ابقائه على ظاهره بتجويز الكذب عليهم لاجل المصلحة، فان مصلحة تنفير الخلق عنهم اقوى من مفسدة الكذب.

و فى رواية ابى حمزة عن ابى جعفر عليه السلام، قال: قلت له: ان بعض اصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم فقال: الكف عنهم اجمل، ثم قال لى- و الله يا أبا حمزة ان الناس كلهم اولاد بغايا ما خلا شيعتنا ثم قال

المبالغة) كان يقول: يحتمل انه يزنى كل يوم.

فاصل الزنا من باب سوء الظن، و كل يوم من باب المبالغة هذا بناء على ان البهت- فى الحديث- شامل لسوء الظن.

(و يحتمل ابقائه على ظاهره) من جواز الاتهام، بما نعلم انه ليس فيه (بتجويز الكذب عليهم، لاجل المصلحة، فان مصلحة تنفير الخلق عنهم اقوى من مفسدة الكذب).

و لعل سبب جواز الكذب ان العامة غالبا لا يعرفون مواضع البدع، فاذا قيل لهم بان فلانا ابدع بكذا، لم يروه مانعا عن كونه انسانا متدينا

اما البهت بما يعرفه العامة فهو موجب لتنفر العامة، فلا تنفذ بدعهم فيهم.

(و فی روایة ابی حمزة عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قلت له:

ان بعض اصحابنا یفترون و یقذفون) القذف السباب و الرمی بالزنا، و ما اشبه (من خالفهم فقال: الکف) و الامساک (عنهم اجمل، ثم قال لی- و الله یا أبا حمزة- ان الناس کلهم اولاد بغایا ما خلا شیعتنا ثم قال)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۵۴

نحن اصحاب الخمس، و قد حرمناه علی جمیع الناس ما خلا شیعتنا.

و فی صدرها دلالة علی جواز الافتراء- و هو القذف- علی کراهة.

ثم اشار علیه السلام الی اولویة قصد الصدق بإرادة الزنا، من حیث استحلال حقوق الائمة.

علیه السلام: (نحن اصحاب الخمس، و قد حرمناه علی جمیع الناس ما خلا شیعتنا).

و الظاهر: ان المراد من «البغاء» فی مقابل طیب الولادة الّذی لا یتحقق واقعا الا بالطهارة الکاملة، لوضوح ان القاصر و هم اکثر الناس غیر مکلفین.

(و فی صدرها دلالة علی جواز الافتراء- و هو القذف- علی کراهة) لانه علیه السلام قال: الکف عنهم اجمل، فیفهم منه جواز عدم الکف کما لا یخفی-.

(ثم اشار علیه السلام الی اولویة قصد الصدق بإرادة الزنا) المعنوی کشرک الشیطان، و ما اشبه (من حیث استحلال حقوق الائمة).

و یؤید ما فسرنا الحدیث عنه، ما ورد من قوله علیه السلام: لکل قوم نکاح و ما اشبه، مما دلّ علی ان مقاربتهم لیست سفاحا.

ثم لا یبعد اختلاف مراتب الهجاء و المهجو فی العقاب.

فالهجو الخفیف و هجو الانسان العادی لیس کالهجو المر، و هجو العالم، و من اشبه.

کما ان الظاهر لزوم محو الهجو، اذا هجاه فی شعر، او کتاب، و شریط التسجیل مما یبقی و یکون هجوا مستمرا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۵۵

[الثامنة و العشرون الهجر:]

الثامنة و العشرون الهجر: بالضم و هو الفحش من القول، و ما استقبح التصریح به منه ففی صحیحة ابی عبیدة: البذاء من الجفاء، و الجفاء فی النار.

و فی النبوی (ص): ان الله حرم الجنة علی کل فحاش بذیّ، قلیل الحیاء، لا یبالی بما قال، و لا ما قیل فیه.

و فی روایة سماعة: ایاک ان تکون فحاشا.

و فی النبوی صلی الله علیه و آله: ان من شرّ عباد الله من یکره مجالسته

المسألة (الثامنة و العشرون) مما یحرم الاکتساب به لکونه محرما فی نفسه (الهجر: بالضم) ای بضم الهاء و سکون الجیم (و هو الفحش من القول، و ما استقبح التصریح به منه) ای من القول.

(ففی صحیحة ابی عبیدة: البذاء) ای الکلام السیّئ (من الجفاء، و الجفاء فی النار) و من المعلوم حرمة ما یوجب النار.

(و فی النبوی (ص): ان الله حرم الجنة علی کل فحاش بذیّ، قلیل الحیاء، لا یبالی بما قال، و لا ما قیل فیه) و تحریم الجنة، و ان لم یکن صریحا فی الحرمة الا انه دالّ علیه بالفهم العرفی.

(و فی روایة سماعة: ایاک ان تکون فحاشا) و ظاهره النهی، کما ان الظاهر عرفا: المنع عن هذا الجنس، لا عن خصوص کثرة الفحش.

(و فی النبوی صلی الله علیه و آله: ان من شرّ عباد الله من یكره مجالسته

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۵۶

لفحشه.

و فی روایهٔ من علامات شرك الشیطان الّذی لا شك فیه: ان یكون فحاشا، لا یبالی بما قال، و لا ما قیل فیه، الی غیر ذلك من الاخبار.

هذا آخر ما تیسر تحریره من المكاسب المحرمهٔ.

لفحشه) و الظاهر من كونه «من الشر» ان عمله حرام.

(و فی روایهٔ) ان (من علامات شرك الشیطان) ای اشتراكه فی نطفهٔ ابیه (الّذی لا شك فیه: ان یكون) الشخص (فحاشا، لا یبالی بما قال، و لا ما قیل فیه) و هذه الروایهٔ تصلح مؤیدهٔ للمطلوب- كما لا یخفی- (الی غیر ذلك من الاخبار) الواردهٔ فی هذا الباب مما یجده الراجع فی الوسائل و المستدرك و البحار و جامع السعادات.

(هذا آخر ما تیسر تحریره من المكاسب المحرمهٔ) و هناك امور اخر لم یذكرها المصنف رحمه الله یجدها المرید فی باب الاخلاق، من الكتب السابقهٔ و غیرها، و الله المستعان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۵۷

[النوع الخامس مما یحرم التكسب به: ما یجب علی الانسان فعله عینا او كفایهٔ تعبّد او توصّلا]

[حرمهٔ التكسب بالواجبات]

اشارهٔ

الخامس مما یحرم التكسب به: ما یجب علی الانسان فعله عینا او كفایهٔ تعبّد او توصّلا، علی المشهور بل عن مجمع البرهان كأنّ دلیله الاجماع

و الظاهر ان نسبته الی الشهرهٔ فی المسالك فی مقابل قول السید المخالف فی وجوب تجهیز المیت علی غیر الولی، لا فی حرمهٔ اخذ الاجرهٔ علی تقدیر الوجوب علیه.

(الخامس مما یحرم التكسب به: ما یجب علی الانسان فعله) سواء كان واجبا (عینا) كقضاء صلاهٔ الأب علی الولد الاكبر (او كفایهٔ) كغسل المیت (تعبّدا) بان اعتبر فیه قصد القربهٔ (او توصّلا) بان لم یعتبر فیه قصد القربهٔ (علی المشهور) فی حرمهٔ الاكتساب بالواجب، و حرمهٔ اخذ الاجرهٔ علیه (كما فی المسالك) فانه نسب الحكم الی المشهور (بل عن مجمع البرهان كان دلیله الاجماع).

(و) علی هذا ف (الظاهر ان نسبته الی الشهرهٔ فی المسالك فی مقابل قول السید المخالف فی وجوب تجهیز المیت علی غیر الولی).

فالسیّد المرتضی یقول: ان تجهیز المیّت لا یجب علی غیر الولی فاذا لم یجب جاز اخذ الأجرهٔ علیه.

و صاحب المسالك یرید ان یقول ان كلام السید مخالف للمشهور (لا فی حرمهٔ اخذ الاجرهٔ) علی تجهیز المیت (علی تقدیر الوجوب علیه) ای علی غیر الولی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۵۸

و فی جامع المقاصد: الاجماع علی عدم جواز اخذ الاجرة علی تعلیم صیغة النکاح، او القائها علی المتعاقدین، انتهی.

و کان لمثل هذا و نحوه ذکر فی الریاض: ان علی هذا الحکم الاجماع فی کلام جماعة، و هو الحجة، انتهی.

فالنزاع بین السید و بین غیره صغروی، لا کبروی،.

و صاحب المسالک یدعی الشهرة علی خلاف السید، و منه یعلم ان المسألة کبری- ای حرمة اخذ الاجرة علی الواجبات- محلّ اجماع لا خلاف فیه.

(و فی جامع المقاصد: الاجماع علی عدم جواز اخذ الاجرة علی تعلیم صیغة النکاح، او القائها) ای الصیغة (علی المتعاقدین) فی حال اجراء العقد (انتهی) کلام جامع المقاصد

و هذا غیر التعلیم اذ کثیرا ما لا یتعلم الانسان بمثل هذا النحو من الالقاء.

(و کان لمثل هذا) الاجماع، و ان کان فی مسألة خاصة (و نحوه) مما تقدم من کلام مجمع البرهان و غیره (ذکر فی الریاض: ان علی هذا الحکم) ای حرمة اخذ الاجرة فی الواجبات (الاجماع فی کلام جماعة).

ثم قال الریاض: (و هو الحجة، انتهی) کلامه.

اقول: و لکنک خبیر باختلاف الاقوال فی المسألة حتی انهاها بعضهم الی تسعة.

فکیف یمکن دعوی الاجماع مضافا الی سکوت جماعة عن اصل المسألة

و اعلم ان موضوع هذه المسألة ما اذا کان الواجب علی العامل منفعة تعود الی من یبذل بإزائه المال، کما لو کان کفائیا، و اراد سقوطه منه، فاستأجر غیره او کان عینیا علی العامل و رجع نفعه منه الی باذل المال، کالقضاء للمدعی، اذا

بعدم تعرضهم لها.

هذا علی انه غیر خفی عدم حجیة الاجماع المحتمل الاستناد.

و هذا من اظهر مصادیق ذلک، حیث استدل کل قائل بالدلیل.

و الحاصل: ان الاجماع محل مناقشة صغری و کبری.

(و اعلم ان موضوع هذه المسألة) فیما کان واجب یعود نفعه الی المستأجر کالقضاء.

اما اذا لم یعد نفعه الی المستأجر کاعطاء الاجرة لزید، فی مقابل ان یصلی الظهر، فلا اشکال فی عدم الجواز، لانه لا منفعة تعود الی صاحب المال، فهو اکل للمال بالباطل.

فالمسألة انما هی فی (ما اذا کان الواجب علی العامل منفعة تعود الی من یبذل بإزائه) ای بإزاء ذلک الواجب (المال، کما لو کان) الواجب (کفائیا، و اراد) باذل المال (سقوطه منه، فاستأجر غیره).

کما لو دخل زید المسجد، فرآه نجسا، فاعطی لعمرو دینارا لیطهّره حیث ان زیدا انتفع بهذا الایجار، بسقوط التطهیر عنه، لقیام غیره بالتطهیر (او کان) الواجب (عینیا علی العامل، و رجع نفعه منه) ای من العامل (الی باذل المال کالقضاء) الّذی یجب علی الفقیه (للمدعی اذا

وجب عینا.

و بعبارة اخری مورد الکلام ما لو فرض مستحبا، لجاز الاستیجار علیه لان الکلام فی کون مجرد الوجوب علی الشخص مانعا عن اخذ

الاجرة علیه.

وجب عینا) بان انحصر القاضی فی شخص واحد، فان وجوب القضاء علی الفقیه- وجوبا عینیا- لا ینافی اخذ الاجرة، حیث ان نفعه یعود الی المدعی.

(و بعبارة اخری) فی تنقیح موضوع المسألة (مورد الکلام) هو (ما) ای الواجب الّذی (لو فرض مستحبا، لجاز الاستیجار علیه) بان کان للعمل منفعة تعود الی الباذل.

و انما منع عن اخذ الاجرة الوجوب (لان الکلام فی کون مجرد الوجوب علی الشخص مانعا عن اخذ الاجرة علیه).

فمورد البحث جهة الوجوب، لا جهة العبادیة، و لا جهة عدم المنفعة فانه قد نتکلم فی انه هل یصح اخذ الاجرة علی الواجب و ان لم یکن عبادة.

و قد نتکلم فی انه هل یصح اخذ الاجرة علی العبادة و ان لم تکن واجبة.

و قد نتکلم فی انه هل یصح اخذ الاجرة علی ما لا منفعة فیه للباذل، و مورد الکلام هو الاول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۱

فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه، لا یجوز اخذ الاجرة علیه، لا لوجوبها، بل لعدم وصول عوض المال الی باذله.

فان النافلة أیضا کذلک.

و من هنا یعلم فساد الاستدلال علی هذا المطلب بمنافات ذلک للاخلاص فی العمل

(فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه، لا یجوز اخذ الاجرة علیه) لیس محل الکلام.

اذ عدم جواز اخذ الاجرة (لا) یکون (لوجوبها).

فوجوب صلاة الظهر لم یمنع من اخذ الاجرة حتی یکون من مصادیق مسئلتنا (بل) عدم الجواز (لعدم وصول عوض المال الی باذله).

فان صلاة عمرو لا تنفع زیدا الباذل له المال، لاجل ان یصلی.

(ف) الدلیل علی ان المانع عن اخذ الاجرة لصلاة الظهر هو عدم النفع، لا الوجوب، ل (ان النافلة أیضا کذلک) فلا یصح اعطاء زید اجرة لعمرو، لاجل صلاة نافلة الظهر مثلا.

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان الکلام فی منافات الاجرة للوجوب، و ان مورد البحث اخذ الاجرة علی الواجب، بما هو واجب (یعلم فساد الاستدلال علی هذا المطلب) ای مطلب عدم جواز اخذ الاجرة علی الواجبات (بمنافات ذلک) الاخذ للاجرة (للاخلاص فی العمل).

وجه الاستدلال: ان معنی الاخلاص کون العمل خالصا لله.

و معنی اخذ الاجرة کون الاتیان بالعمل لاجل الاجرة و هما متنافیان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۲

لانتقاضه طردا و عکسا بالمندوب و الواجب التوصلی.

و قد یردّ ذلک بان تضاعف الوجوب بسبب الاجارة، یؤکد الاخلاص

و وجه فساد هذا الاستدلال (لانتقاضه) ای هذا الاستدلال (طردا) ای لیس مانعا للاغیار، لان هذا الاستدلال یقتضی عدم جواز اخذ الاجرة علی المستحب أیضا (و عکسا) ای لیس جامعا للافراد، لان هذا الاستدلال یقتضی جواز اخذ الاجرة علی الواجب التوصلی- اذ لا یشترط فیه الاخلاص- لانتقاضه (بالمندوب) للطرد (و الواجب التوصلی) للعکس.

و انما سمی المانع، طردا، و الجامع عکسا، لان هناک قضیتین:

الاولی: «کلما صدق الحدّ صدق المحدود»- فاذا صدق الحدّ علی غیر المحدود، کان الطرد أی المنع عن الاغیار، فاسدا.

الثانیة: عکس القضیة الاولی و هو «کلما لم یصدق الحدّ لم یصدق المحدود» فاذا لم یصدق الحد، و صدق المحدود، کان العکس- ای القضیة الثانیة التی هی عکس الاولی- و هو الجمع للافراد، فاسدا.

(و قد یردّ ذلک) الدلیل الّذی ذکر، لاجل عدم جواز اخذ الاجرة علی الواجب من منافات ذلک للاخلاص و الراد هو صاحب الجواهر (بان تضاعف الوجوب) وجوب العمل شرعا، و وجوب العمل لانه متعلق الاجارة الّذی یلزم الوفاء به، فانه زاد وجوبا (بسبب الاجارة، یؤکد الاخلاص).

لان الشارع کما اوجب العمل، کذلک اوجب الوفاء بالاجارة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۳

و فیه- مضافا الی اقتضاء ذلک الفرق بین الاجارة و الجعالة حیث ان الجعالة لا توجب العمل علی العامل- انه ان اریدان تضاعف الوجوب یؤکد اشتراط الاخلاص.

فلا ریب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلی.

فالآتی به یعلم ان الله سبحانه یرید هذا العمل إرادة مؤکّدة.

و هذا مما یقوّی الاخلاص لا مما یضعفه و ینافیه.

(و فیه- مضافا الی اقتضاء ذلک) الرد- بان الاجارة توجب اقوائیة الاخلاص- (الفرق) مفعول «اقتضاء» (بین الاجارة و الجعالة، حیث ان الجعالة لا توجب العمل علی العامل-) فاللازم ان یجوّز هذا المراد اخذ الاجرة علی الواجب، لان الاجرة تؤکد الاخلاص، و لا تجوّز اخذ الجعل علی الواجب لان الجعل لا یؤکد الاخلاص.

و من المعلوم: ان احدا لا یفرق بین الاجارة و الجعالة من هذه الجهة (انه) ما ذا یرید الجواهر بقوله: تضاعف الوجوب یؤکد الاخلاص.

او یرید ان الوجوب المؤکد یزید فی تحقق الاخلاص خارجا.

و علی کل تقدیر، یرد علی الجواهر اشکالان لانه (ان ارید) المعنی الاول بتقریب (ان تضاعف الوجوب یؤکد اشتراط الاخلاص) لان الوجوب یتکرر- باصل الشرع و بالاجارة- و کل واحد منهما انما یتأتی اذا کان العمل مقترنا بالاخلاص.

(ف) فیه أولا: انه (لا ریب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلی) لا تعبدی حتی یحتاج الی الاخلاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۴

لا یشترط فی حصول ما وجب به قصد القربة.

مع ان غرض المستدل منافات قصد اخذ المال لتحقق الاخلاص فی العمل، لا لاعتباره فی وجوبه.

و ان ارید انه یؤکد تحقق الاخلاص من العامل.

فهو مخالف للواقع قطعا لان ما لا یترتب علیه اجر دنیوی اخلص مما یترتب

ف (لا یشترط فی حصول ما وجب به) ای بالوجوب الاجاری (قصد القربة).

فکما انه اذا آجره لبناء داره لا یشترط فی حصول متعلق الاجارة قصد البناء القربة، کذلک اذا آجره الأب لاتیان صلاته بعد موته لا یشترط فی حصول متعلق الاجارة- بما هو متعلق الاجارة- قصد القربة.

(مع) انه یرد علی المعنی الاول ثانیا (ان غرض المستدل) بقوله:

بمنافات اخذ الاجرهٔ للاخلاص (منافات قصد اخذ المال لتحقق الاخلاص فی العمل) خارجا، فاذا اتی بالصلاهٔ کان قصده حصول المال، کقصد البناء و النجار، لا قصده حصول القرب من الله تعالی (لا لاعتباره) ای الاخلاص (فی وجوبه) ای وجوب الواجب، حتی یقول الجواهر ان الوجوب یؤکد الاخلاص، و لا ینافیه.

(و ان ارید) المعنی الثانی، بتقریب (انه) ای الایجار (یؤکد تحقق الاخلاص من العامل) خارجا.

(ف) أولا (هو مخالف للواقع قطعا، لان ما لا یترتب علیه اجر دنیوی اخلص مما یترتب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۵

علیه ذلک بحکم الوجدان.

هذا مع ان الوجوب الناشئ من الاجارهٔ انما یتعلق بالوفاء بعقد الاجارهٔ.

و مقتضی الاخلاص المعتبر فی ترتب الثواب علی موافقهٔ هذا الامر و لو لم یعتبر فی سقوطه- هو اتیان الفعل من حیث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله.

فهذا المعنی

علیه ذلک بحکم الوجدان).

فان العمل اذا کان للّه وحده لم یکن فیه شائبهٔ.

و اما اذا کان للّه و لغیر اللّه کانت فیه شائبهٔ- کما لا یخفی-.

(هذا مع) انه یرد علی المعنی الثانی ثانیا (ان الوجوب الناشئ من الاجارهٔ انما یتعلق بالوفاء بعقد الاجارهٔ).

فمتعلقه غیر متعلق الوجوب المنصبّ علی الصلاهٔ، فلیس مصبّ احدهما هو مصبّ الآخر، حتی تؤکد الاجارهٔ الاخلاص.

(و) ذلک، لان (مقتضی الاخلاص المعتبر فی ترتب الثواب علی موافقهٔ هذا الامر) الصلاتی الّذی سببته الاجارهٔ (- و لو لم یعتبر الاخلاص (فی سقوطه-) ای سقوط الامر (هو اتیان الفعل من حیث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله) لان الله سبحانه یثیب الانسان اذا و فی بالعقد قاصدا للقربهٔ.

(فهذا المعنی) ای اتیان الفعل من حیث استحقاق المستأجر له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۶۶

ینافی وجوب اتیان العبادهٔ لاجل استحقاقه تعالی ایاه.

و لذا لو لم یکن هذا العقد واجب الوفاء- کما فی الجعالهٔ- لم یمکن قصد الاخلاص مع قصد استحقاق العوض.

فلا اخلاص هناک حتی یؤکده وجوب الوفاء، بعد الایجاب بالاجارهٔ

(ینافی وجوب اتیان العبادهٔ) کالصلاهٔ (لاجل استحقاقه تعالی ایاه) ای لتلک الصلاهٔ.

(و لذا) التنافی بین الامرین (لو لم یکن هذا العقد واجب الوفاء- کما فی الجعالهٔ-) بان قال الأب لولده الاکبر: اجعل لک الف دینارا ان قضیت صلاتی بعد وفاتی (لم یمکن قصد الاخلاص) فی اتیانه بالصلاهٔ (مع قصد استحقاق العوض).

فانه یأتی بالصلاهٔ لالف دینار، لا لان الله سبحانه یریدها.

و قوله «و لذا» توضیح لان الوجوب الاجاری لا یوجب تأکید الاخلاص

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۴، ص: ۶۶

وجه التوضيح: انه من المسلم ان الجعالة و الاخلاص متنافيان، فاذا تحقق تنافيهما، تبين ان الاجارة التى لا تزيد على الجعالة الا بالوجوب أيضا تنافى الاخلاص.

اذ الوجوب فى الاجارة امر خارجى لا علاقة له بالاخلاص، حتى يقال: ان الوجوب يأتى بالاخلاص.

(فلا اخلاص هنا) فى باب الجعالة (حتى يؤكده) اى يؤكد ذلك الاخلاص (وجوب الوفاء، بعد الايجاب بالاجارة).

و اذا لم يكن اخلاص، لا سابقا على الاجارة، و لا بواسطة الوجوب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۶۷

فالمانع حقيقة هو عدم القدرة على ايجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض، سواء كانت المعاوضة لازمة، أم جائزة

الاجارى، فمن اين يؤكد اخلاص الصلاة باخلاص الاجارة؟

(فالمانع حقيقة) عن جواز الاجارة للعبادات الواجبة (هو عدم القدرة) من الآتى بالعبادة (على ايجاد الفعل الصحيح) كالصلاة (بإزاء العوض) الّذى يأخذ المؤجر (سواء كانت المعاوضة لازمة) كالاجارة (أم جائزة) كالجعالة.

و وجه عدم القدرة واضح، لان الاجارة- مثلا- انما تتعلق بالصلاة الصحيحة، و الصلاة الصحيحة هى المأتى بها بداعى القربة، و الاتيان بداعى القربة تنافى الاتيان بداعى الوفاء بالاجارة.

و حيث تنافيا، لا يتمكن الانسان من الوفاء بالاجارة.

و الحاصل: ان عقد الاجارة، يوجب انقلاب الداعى من الاخلاص، الى قصد الوفاء للاجرة التى اخذها، فلا قدرة لمن آجر نفسه للعبادة، ان يأتى بالعبادة الصحيحة.

و لكن لا يخفى عدم استقامة هذا الاشكال، لامكان ان يأتى العامل بالعبادة قربة الى الله تعالى، و يعلم انه يستحق بذلك الاجرة، فاستحقاق الاجرة مقارن و ليس بداعى.

الا ترى انه لو نسى ايجار نفسه للاتيان بصلاة ظهره، و اتى بها للقربة استحق الاجرة، لان استحقاق الاجرة لا يتوقف على قصد كون العمل مربوطا بالمستأجر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۶۸

[القربة فى العبادات المستأجرة]

و اما تأتّى القربة فى العبادات المستأجرة، فلان الاجارة انما يقع على الفعل المأتى به تقربا الى الله تعالى، نيابة عن فلان.

توضيحه: ان الشخص يجعل نفسه نائبا عن فلان فى العمل متقربا الى الله فالمنوب عنه يتقرب إليه تعالى بعمل نائبه، و تقربه.

و هذا الجعل فى نفسه مستحب.

فلو خاط الخياط ثوب زيد الّذى استأجره عليها- بظن انه ثوب نفسه- استحق الاجرة، و لتفصيل الكلام محل آخر.

ثم ان المصنف لما ذكر تنافى الاجارة لقصد القربة فى العبادات الواجبة اشكل عليه بانه كيف يجوز الاجارة للقضاء عن الميت و ما

اشبه.

فاجاب عن هـذا الاشـكال بقوله: (و اما تأتّى القربـة فى العبادات المسـتأجرة) عن الميّت، او عن الحىّ فى مثل الحجّ (فلان الاجارة انما يقع على الفعل المأتى به تقربا الى الله تعالى، نيابة عن فلان) الميت فالصلاة المتقرب بها متعلق الاجارة.

(توضيحه: ان الشـخص) القاضـى عن الميت صـلاته (يجعـل نفسه نائبـا عن فلاـن) الميت (فى العمـل) الصـلاتى، فى حال كون اتيانه بالعمل (متقربا الى الله) تعالى (فالمنوب عنه) الميت (يتقرب إليه تعالى بعمل نائبه، و تقربه) اى تقرب نائبه.

(و هذا الجعل) بان يجعل الحىّ نفسه نائبا عن الميّت فى اتيان الصلاة عنه (فى نفسه مستحب).

لما ورد من الاخبار من استحباب الصلاة و الصيام و الحج و الصدقة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۶۹

لانه احسان الى المنوب عنه و ايصال نفع إليه و قد يستأجر الشخص عليه، فيصير واجبا بالاجارة وجوبا توصليا لا يعتبر فيه التقرب.

فالاجير انما يجعل نفسه- لاجل استحقاق الاجرة- نائبا عن الغير فى اتيان العمل الفلانى تقربا الى الله.

فالاجرة فى مقابل النيابة فى العمل المتقرب به الى الله التى مرجع نفعها الى المنوب عنه.

عن الـموات (لانه احسان الى المنوب عنه) الميت (و ايصال نفع إليه، و قـد يسـتأجر الشـخص عليه) اى على هـذا العمل الّذى هو فى نفسه مستحب (فيصير) هـذا العمل (واجبا) على النائب (ب) سـبب (الاجارة وجوبا توصـليا لا يعتبر فيه) اى فى هذا الوجوب الاجارى (التقرب).

اذ لا يلزم اتيان متعلق الاجارة متقربا.

(فالاجير انما يجعل نفسه- لاجل استحقاق الاجرة- نائبا عن الغير).

فالنيابة لاجل الاجرة و الصلاة لاجل الله تعالى.

و النيابة انما هى (فى اتيان العمل الفلانى) كالصلاة و الصيام و الحج (تقربا الى الله) تعالى.

(فالاجرة) التى يأخـذها ليست لاجل الصـلاة و نحوها، حتى يتنافى قصـد الاجرة و قصد القربة، بل انما هى (فى مقابل النيابة فى العمل المتقرب به الى الله التى مرجع نفعها الى المنوب عنه).

فهناك امران: عمل تقربى، و نيابة فى هذا العمل فالاجرة فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۷۰

و هـذا بخلاـف مـا نحن فيه، لاـن الاـجرة هنـا فى مقابـل العمـل تقربـا الى الله لاـن العمل بهـذا الوجه لا يرجع نفعه، الا الى العامل لان المفروض انه يمتثل مـا وجب على نفسه بـل فى مقابـل نفس العمـل، فهو يسـتحق نفس العمـل و المفروض ان الاخلاص اتيان العمل لخصوص امر الله تعالى و التقرب يقع للعامل دون الباذل.

و وقوعه للعامل يتوقف على ان لا يقصد بالعبادة سوى امتثال امر الله تعالى

مقابل النيابة.

(و هـذا) اى الاسـتنابة عن الميت، او الحى فى الاتيـان بعمـل المنوب عنه (بخلاـف مـا نحن فيه) من اخـذ الاجرة على عمل نفسه (لان الاجرة هنا فى مقابل العمل تقربا الى الله).

و لاـ يمكن ان يكون العمـل للاجرة و للقربـة- لانهما متنافيان- (لان العمل بهـذا الوجه لا يرجع نفعه، الا الى العامل لان المفروض انه يمتثل ما وجب على نفسه بل فى مقابل نفس العمل، فهو يسـتحق نفس العمل و المفروض ان الاخلاص اتيان العمل لخصوص امر الله

تعالی و التقرب) هنا (یقع للعامل) بهذه العبادة (دون الباذل) اذ العامل یأتی بصلاة نفسه لا صلاة الباذل، بخلاف مسألة الاستیجار. فالتقرب یقع للباذل، لان العامل یأتی بصلاة الباذل لا صلاة نفسه (و وقوعه) ای التقرب (للعامل) فی مسألة اعطاء الاجرة لاتیانه صلاة نفسه (یتوقف علی ان لا یقصد بالعبادة سوی امتثال امر الله تعالی) لانه لو قصد الاجرة لم یکن لعمله قرب الی الله تعالی، اذ لم یأت به لله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۱

فان قلت: یمکن للاجیر ان یأتی بالفعل مخلصا لله تعالی بحیث لا یکون للاجارة دخل فی اتیانه فیستحق الاجرة فالاجارة غیر مانعة من قصد الاخلاص.

قلت: الکلام فی ان مورد الاجارة لا بدّ ان یکون عملا قابلا لان یوفی به بعقد الاجارة، و یؤتی به لاجل استحقاق المستأجر ایاه، و من باب تسلیم مال الغیر إلیه و ما کان من قبیل العبادة غیر قابل لذلک.

و انما اتی به للاجرة.

(فان قلت) لا تنافی بین اخذ الاجرة، و بین قصد القربة، اذ (یمکن للاجیر ان یأتی بالفعل) العبادی (مخلصا لله تعالی بحیث لا یکون للاجارة دخل فی اتیانه) و اذا اتی بالعمل هکذا (فیستحق الاجرة) تلقائیا، اذ: الاجرة علی العمل، و قد عمله (فالاجارة غیر مانعة من قصد الاخلاص) فکیف ذکرتم ان الاجرة و القربة متنافیتان؟

(قلت: الکلام فی ان مورد الاجارة لا بد ان یکون عملا قابلا لان یوفی به) ای بذلک العمل (بعقد الاجارة، و یؤتی به لاجل استحقاق المستأجر ایاه و) یؤتی به (من باب تسلیم مال الغیر إلیه).

و انما نقول بلزوم کون مورد الاجارة کذلک، اذ الاجارة عبارة عن مبادلة بین العمل و المال- و ما اشبه-.

فکلما امکن مبادلة العمل و المال صحت الاجارة، و کلما لم یمکن لم تصح الاجارة (و ما کان من قبیل العبادة غیر قابل لذلک).

اذ لو قصد العامل الاجرة و المبادلة لم تتأت منه القربة، فلیس العمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۲

فان قلت: یمکن ان یکون غایة الفعل التقرب و المقصود من اتیان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الاجرة کما یؤتی بالفعل تقربا الی الله و یقصد منه حصول المطالب الدنیویة، کاداء الدین، وسعة الرزق، و غیرهما من الحاجات الدنیویة.

قلت: فرق بین الغرض الدنیوی المطلوب من الخالق الّذی یتقرب إلیه بالعمل، و بین الغرض الحاصل من غیره، و هو استحقاق الاجرة، فان طلب الحاجة من

مما یقابل بالمال و یمکن ان یؤتی به لاجل الوفاء.

(فان قلت) ما یضر ان یکون المقام من قبیل الاجارة لعبادة المیت اذ (یمکن ان یکون غایة الفعل) العبادی (التقرب) الی الله تعالی (و المقصود من اتیان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الاجرة) فالاجرة انما هی فی مقابل العمل العبادی (کما یؤتی بالفعل) العبادی (تقربا الی الله، و یقصد منه) ای من هذا الفعل المتقرب به (حصول المطالب الدنیویة کاداء الدین، وسعة الرزق، و غیرهما من الحاجات الدنیویة) کشفاء المریض و رجوع المسافر، و التسهیل فی امر الزواج، و اقبال الجاه، و ما اشبه.

(قلت: فرق بین الغرض الدنیوی المطلوب) ذلک الغرض الدنیوی (من الخالق الّذی یتقرب إلیه) سبحانه (بالعمل) العبادی، کالامثلة التی ذکرتم (و بین الغرض الحاصل من غیره) تعالی (و هو استحقاق الاجرة).

و الفرق: ان احدهما من الله، و الآخر من غیر الله (فان طلب الحاجة من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۷۳

الله تعالى سبحانه، و لو كانت دنيوية محبوب عند الله، فلا يقدح فى العبادة، بل ربما تؤكدها.

و كيف كان فذلك الاستدلال حسن فى بعض موارد المسألة و هو الواجب التعبدى فى الجملة الا ان مقتضاه جواز اخذ الاجرة فى التوصليات.

و عدم جوازه فى المندوبات التعبدية فليس مطرد او لا منعكسا.

الله تعالى سبحانه، و لو كانت دنيوية محبوب عند الله، فلا يقدح فى العبادة، بل ربما تؤكدها) بخلاف ما كانت الأجرة من زيد هى المحفزة له على العبادة.

(و كيف كان) سواء كان اشكال صاحب الجواهر على صاحب الرياض واردا، أم لا (فذلك الاستدلال) لصاحب الرياض حيث قال: بمنافات الاجرة للاخلاص، تدليلا على عدم جواز استيجار الشخص للاتيان بالعمل الواجب على نفسه فذلك (حسن فى بعض موارد المسألة) اى مسألة عدم جواز اخذ الأجرة على الواجبات (و هو الواجب التعبدى فى الجملة) كالواجب التعينى.

اما التخييرى فسيأتى الكلام فيه (الا ان مقتضاه) اى مقتضى هذا الدليل (جواز اخذ الاجرة فى) الواجبات (التوصليات) التى لا تحتاج الى قصد القربة، كتكفين الميت و دفنه و ما اشبه.

(و) كذلك مقتضى هذا الاستدلال (عدم جوازه) اى اخذ الاجرة (فى المندوبات التعبدية) كالنوافل، لانها تشترط بقصد القربة، و يتنافى قصد القربة و الاجرة (فليس) دليل الرياض (مطردا) و مانعا للاغيار، اذ يشمل المندوبات التعبدية (و لا منعكسا) و جامعا للافراد، اذ يخرج منه الواجبات التوصلية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۷۴

نعم قد استدل على المطلب بعض الاساطين فى شرحه على القواعد بوجوه، اقواها: ان التنافى بين صفة الوجوب و التملك ذاتى لان المملوك و المستحق لا يملك، و لا يستحق ثانيا.

توضيحه: ان الّذى يقابل المال لا بد ان يكون كنفس المال مما يملكه الموجر حتى يملكه المستأجر فى مقابل تمليكه المال اياه.

فاذا فرض العمل واجبا لله، ليس للمكلف تركه، فيصير

(نعم) الدليل المطرد و المنعكس- فى الجملة- ما (قد استدل على المطلب) به (بعض الاساطين) و هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء (فى شرحه على القواعد بوجوه، اقواها: ان التنافى بين صفة الوجوب و التملك) اى تملك الغير له، بالاجارة (ذاتى).

لان معنى الوجوب كونه ملكا لله سبحانه.

و معنى صحة الاجارة كونه مملوكا لغير الله.

و لا يمكن ان يكون شيء واحد ملكا لله و ملكا لغير الله فى آن واحد (لان المملوك و المستحق) لله تعالى، بسبب الوجوب (لا يملك، و لا يستحق ثانيا) بالاجارة.

(توضيحه: ان الّذى يقابل المال) كالصلاة فى المثال، حيث يعطى زيد الاجرة للمصلى لان يأتى بصلاته (لا بد ان يكون كنفس المال مما يملكه الموجر) نفسه كعمرو- مثلا- (حتى يملكه) لزيد فى مقابل مال زيد (المستاجر) يملكه (فى مقابل تمليكه المال اياه) اى تمليك زيد المال لعمرو.

(فاذا فرض العمل واجبا لله، ليس للمكلف تركه، فيصير) هذا الواجب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۷۵

نظیر العمل المملوک للغیر.

الا تری انه اذا آجر نفسه لدفن المیت لشخص، لم یجز ان یؤجر نفسه ثانیا من شخص آخر، لذلک العمل.

و لیس الا لان الفعل صار مستحقا للاول، و مملوکا له فلا معنی لتملیکه ثانیا للآخر، مع فرض بقائه علی ملک الاول.

و هذا المعنی موجود فیما اوجبه الله تعالی خصوصا فیما یرجع الی حقوق الغیر

(نظیر العمل المملوک للغیر) فی ان له مالکا، و انه لیس ملکا للعامل، حتی یعطیه للمستأجر فی مقابل ما یبذله المستأجر من المال.

(الا تری انه اذا آجر نفسه لدفن المیت لشخص، لم یجز ان یؤجر نفسه ثانیا من شخص آخر، لذلک العمل) بعینه.

اذ دفن المیت صار للاول، فکیف یأخذ المال له ثانیا.

(و لیس) عدم جواز اخذ الاجرة ثانیا لدفن ذلک المیت بعینه (الا لان الفعل صار مستحقا للاول، و مملوکا له فلا معنی لتملیکه ثانیا للآخر، مع فرض بقائه علی ملک الاول) لعدم فسخ للاجارة الاولی.

اذ کیف یمکن ان یکون للملک مالکان فی وقت واحد.

(و هذا المعنی) ای عدم امکان کون ملک شخص قابلا لان یکون ملک الغیر (موجود فیما اوجبه الله تعالی) فاذا اوجب الله شیئا کان ملکا له تعالی فکیف یمکن للشخص ان یوجر نفسه لاتیان هذا العمل، فان معنی ذلک تملیک مال الغیر.

و ذلک غیر معقول (خصوصا فیما یرجع الی حقوق الغیر) من الواجبات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۶

حیث ان حاصل الایجاب هنا جعل الغیر مستحقا لذلک العمل من هذا العامل، کاحکام تجهیز المیت التی جعل الشارع المیت مستحقا لها علی الحی، فلا یستحقها غیره ثانیا هذا.

و لکن الانصاف: ان هذا الوجه أیضا لا- یخلو عن الخدشة، لامکان منع المنافات بین الوجوب الّذی هو طلب الشارع الفعل، و بین استحقاق المستأجر له.

و لیس استحقاق الشارع للفعل و تملکه المنتزع من طلبه من قبیل استحقاق الآدمی و تملکه

(حیث ان حاصل) معنی (الایجاب) من الله (هنا) فیما یرجع الی حقوق الغیر (جعل) الله ذلک (الغیر مستحقا لذلک العمل من هذا العامل، کاحکام تجهیز المیت التی جعل الشارع المیت مستحقا لها) ای لتلک الاحکام (علی الحی، فلا یستحقها غیره ثانیا) بان یوجر العامل بنفسه للاتیان بتجهیز المیت (هذا) منتهی تقریب کلام کاشف الغطاء.

(و لکن الانصاف: ان هذا الوجه أیضا لا یخلو عن الخدشة، لإمکان منع المنافات بین الوجوب) لتجهیز المیت- مثلا- (الّذی هو طلب الشارع الفعل، و بین استحقاق المستأجر له) ای للفعل، فلیس المقام من قبیل توارد الملکین المستقلین علی مملوک واحد.

(و) وجه عدم المنافات انه (لیس استحقاق الشارع للفعل و تملکه المنتزع) ذلک التملک (من طلبه) سبحانه، للفعل (من قبیل استحقاق الآدمی و تملکه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۷

الّذی ینافی تملک الغیر، و استحقاقه.

ثم ان هذا الدلیل باعتراف المستدل یختص بالواجب العینی.

و اما الکفائی فاستدل علی عدم جواز اخذ الاجرة علیه بان الفعل متعین له فلا یدخل فی ملک آخر.

و بعدم نفع المستأجر فیما یملکه او یستحقه

اذ ملکیهٔ الله سبحانه طولی لا عرضی.

الا ـ تری ان الاشیاء کلها ملک الله تعالی، و مع ذلک هی ملک للآدمی المالک لها، فمجرد ملک الله لشیء لا یمنع التصرف الملکی فیه، و انما المانع لو علمنا من الدلیل ان الله لم یأذن التصرف فیه.

و (الّذی ینافی) التملک ثانیا، هو (تملک الغیر، و استحقاقه) فلا یجتمع ملکان فی مکان واحد- لانهما عرضیان- لا ان احدهما فی طول الآخر.

(ثم ان هذا الدلیل باعتراف المستدل) و هو کاشف الغطاء (یختص بالواجب العینی) لانه ملک لله علی زید، مثلا، اما الکفائی فلیس ملکا له علی زید فیما اذا قام الغیر به.

(و اما الکفائی فاستدل) المستدل (علی عدم جواز اخذ الاجرهٔ علیه).

أولا ـ (بان الفعل متعین له) ای لنفس الموجر، بمعنی ان عوضه عائد الی نفس الموجر (فلا یدخل فی ملک آخر) فانه و ان لم یکن واجبا علی زید عینا، لکنه اذا اتی به کان آتیا بما لنفسه، و ما لنفسه لا یمکن ان یعطیه زید لشخص فی مقابل اخذ الاجرهٔ منه.

(و) ثانیا (بعدم نفع المستأجر) الّذی یعطی المال (فیما یملکه او یستحقه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۸

غیره، لانه بمنزلهٔ قولک استأجرتک لتملک منفعتک المملوکهٔ لک او لغیرک.

و فیه منع وقوع الفعل له بعد اجارهٔ نفسه للعمل للغیر، فان آثار الفعل حینئذ ترجع الی الغیر، فاذا وجب انقاذ غریق کفایهٔ، او ازالهٔ النجاسهٔ عن المسجد فاستأجر واحد غیره فثواب الانقاذ و الازالهٔ یقع للمستأجر دون الاجیر المباشر لهما.

نعم یسقط الفعل عنه لقیام المستأجر به و لو بالاستنابهٔ.

غیره) اما عدم نفعه فان الملک عائد الی الغیر، و اما عدم صحهٔ الاجارهٔ کذلک، فلان مقوم الاجارهٔ خروج المال من کیس من یدخل فی ملکه العوض (لانه بمنزلهٔ قولک) لعمرو (استأجرتک لتملک منفعتک) ای لا تملک منفعتک (المملوکهٔ لک او لغیرک).

فکما لا یصح هذا، کذلک لا یصح استأجرتک لتصلی صلاهٔ الظهر، او تکفن المیت.

(و فیه منع وقوع الفعل له) ای لنفس الموجر (بعد اجارهٔ نفسه للعمل للغیر) بل یقع الفعل- کالتکفین- حینئذ للغیر (فان آثار الفعل حینئذ) ای حین الاجارهٔ (ترجع الی الغیر) المستأجر (فاذا وجب انقاذ غریق کفایهٔ او ازالهٔ النجاسهٔ عن المسجد) کفایهٔ (فاستأجر واحد غیره) للقیام بالانقاذ و التطهیر (فثواب الانقاذ و الازالهٔ یقع للمستأجر دون الاجیر المباشر لهما) ای للانقاذ و الإزالهٔ، بل و کذلک عند العقلاء فانهم یرون ان المعطی للمال هو الّذی یستحق المدح و الاجلال لا المباشر، و هذا أیضا نوع من الفائدهٔ.

(نعم) للعامل حینئذ فائدهٔ واحدهٔ، و هی انه (یسقط الفعل عنه) ای عن الاجیر (لقیام المستأجر به) ای بالفعل (و لو بالاستنابهٔ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۷۹

و من هذا القبیل الاستیجار للجهاد، مع وجوبه کفایهٔ علی الاجیر و المستأجر.

و بالجملهٔ فلم اجد دلیلا علی هذا المطلب وافیا بجمیع افراده، عدا الاجماع الّذی لم یصرح به الا المحقق الثانی، لکنه موهون بوجود القول بخلافه من اعیان الاصحاب من القدماء و المتأخرین علی ما یشهد به الحکایهٔ و الوجدان.

و هذه الفائدهٔ عامهٔ لکل مکلف لان قیام انسان واحد بالواجب الکفائی مسقط له عن الآخرین.

(و من هذا القبیل) فی سقوط التکلیف عن الاجیر، و حصول الفائدهٔ للمستأجر (الاستیجار للجهاد، مع وجوبه کفایهٔ علی الاجیر و

المستأجر).

فان اعطاء زید المال لعمرو لان یجاهد عوضه، مسقط عن عمرو هذا الواجب الکفائی، و فائدة الجهاد دنیا و آخرة تعود الی زید.

(و بالجملة فلم اجد دلیلا- علی هذا المطلب) ای عدم جواز اخذ الاجرة علی الواجب (وافیا بجمیع افراده) من العینی و الکفائی و التعبدی و التوصلی (عدا الاجماع الّذی لم یصرح به الا المحقق الثانی، لکنه موهون) صغری و کبری- کما تقدم- (ب) سبب (وجود القول بخلافه) و جواز اخذ الاجرة (من اعیان الاصحاب من القدماء و المتأخرین علی ما یشهد به الحکایة) عنهم (و الوجدان) ای وجداننا الخلاف فی المسألة، علاوة علی الحکایة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۰

اما الحکایة فقد نقل المحقق و العلامة ره و غیرهما: القول بجواز اخذ الاجرة علی القضاء عن بعض.

فقد قال فی الشرائع اما لو اخذ الجعل من المتحاکمین، ففیه خلاف.

و کذلک العلامة رحمه الله فی المختلف، و قد حکی العلامة الطباطبائی فی مصابیحه عن فخر الدین و جماعة: التفصیل بین العبادات و غیرها.

و یکفی فی ذلک ملاحظة الاقوال التی ذکرها فی المسالک فی باب المتاجر.

(اما الحکایة فقد نقل المحقق و العلامة ره و غیرهما: القول بجواز اخذ الاجرة علی القضاء عن بعض) العلماء.

(فقد قال فی الشرائع اما لو اخذ الجعل من المتحاکمین، ففیه خلاف) ای اجازه بعض و منعه آخر، و من المعلوم ان القضاء اما واجب عینی او واجب کفائی.

(و کذلک العلامة رحمه الله فی المختلف، و قد حکی العلامة الطباطبائی فی مصابیحه عن فخر الدین) ولد المحقق (و جماعة: التفصیل بین العبادات و غیرها) فلا یجوز اخذ الاجرة فی الاول، و یجوز فی الثانی

(و یکفی فی ذلک) ای حکایة الخلاف (ملاحظة الاقوال التی ذکرها فی المسالک فی باب المتاجر).

فمع هذا الخلاف کیف یمکن الاعتماد علی الاجماع الّذی حکاه جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۱

و اما ما وجدناه فهو ان ظاهر المقنعة بل النهایة و محکی المرتضی جواز الاجر علی القضاء مطلقا و ان اوّل بعض کلامهم بإرادة الارتزاق.

و قد اختار جماعة جواز اخذ الاجرة علیه اذا لم یکن متعینا، او تعین و کان القاضی محتاجا.

و قد صرح فخر الدین فی الایضاح بالتفصیل بین الکفائیة التوصلیة و غیرها فجوّز اخذ الاجرة فی الاول.

(و اما ما وجدناه) من الخلاف فی مسألة جواز اخذ الاجرة علی الواجبات (فهو ان ظاهر المقنعة بل النهایة و محکی المرتضی جواز الاجر علی القضاء مطلقا) سواء کان القضاء متعینا علیه، أم لا، و سواء کان محتاجا، أم لا (و ان اوّل بعض کلامهم) ای کلام المجوزین (بإرادة الارتزاق)

و فرق بین اعطاء المال للقاضی بعنوان انه اجرة علی قضائه، و بین اعطائه بعنوان انه یحتاج الی الرزق، فمثلا الضیافة ارتزاق و لیس باجر لحضور الانسان فی دار المضیف.

(و قد اختار جماعة جواز اخذ الاجرة علیه) ای علی القضاء (اذا لم یکن) القضاء (متعینا) علیه (او تعین) القضاء علیه لانحصار القاضی به (و) لکن (کان القاضی محتاجا).

(و) کذلک (قد صرح فخر الدین فی الایضاح بالتفصیل بین الکفائیة التوصلیة) کالکفن للمیت (و غیرها) من العینیة توصلا او تعبدا، و الکفائیة تعبدا، کالتطهیر عن الخبث مقدمة للصلاة، و الصلاة الیومیة و الصلاة علی المیت (فجوز اخذ الاجرة فی الاول) الکفائیة التوصلیة، دون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۲

قال- فی شرح عبارة والده فی القواعد فی الاستیجار علی تعلیم الفقه ما لفظه-: الحق عندی ان کل واجب علی شخص معین لا یجوز للمکلف اخذ الاجرة علیه، و الّذی وجب کفایة فان کان مما لو اوقعه بغیر نیة لم یصح، و لم یزل الوجوب، فلا یجوز اخذ الاجرة علیه لانه عبادة محضة، و قال الله تعالی: وَ مٰا أُمِرُوا إِلّٰا لِیَعْبُدُوا اللّٰهَ مُخْلِصِینَ لَهُ الدِّینَ، حصر غرض الامر فی انحصار غایة الفعل فی الاخلاص و ما یفعل بالعوض لا یکون کذلک.

الاقسام الثلاثة الاخر.

(قال- فی شرح عبارة والده فی القواعد فی الاستیجار علی تعلیم الفقه، ما لفظه-: الحق عندی ان کل واجب علی شخص معین لا یجوز للمکلف اخذ الاجرة علیه، و) اما (الّذی وجب کفایة فان کان مما لو اوقعه بغیر نیة لم یصح، و لم یزل الوجوب) لانه مشروط بقصد القربة.

و منه یعلم ان قوله: بغیر نیة، یراد به التعبدی، لا کل ما یحتاج الی النیة، کالنکاح و الطلاق و العقود و ما اشبه (فلا یجوز اخذ الاجرة علیه، لانه عبادة محضة، و قال الله تعالی: وَ مٰا أُمِرُوا إِلّا لِیَعْبُدُوا اللّٰهَ مُخْلِصِینَ لَهُ الدِّینَ) فاخذ الاجرة ینافی الاخلاص، فانه سبحانه (حصر غرض الامر فی انحصار غایة الفعل فی الاخلاص) فالغرض من الامر الغایة المنحصرة من الفعل- و هی العبادة باخلاص- (و ما یفعل بالعوض لا یکون کذلک) فانه لا اخلاص فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۳

و غیر ذلک یجوز اخذ الاجرة علیه الا ما نصّ الشارع علی تحریمه، کالدفن، انتهی.

نعم ردّه فی محکی جامع المقاصد: بمخالفة هذا التفصیل لنصّ الاصحاب.

اقول: لا یحفی ان الفخر اعرف بنصّ الاصحاب من المحقق الثانی فهذا والده قد صرح فی المختلف بجواز اخذ الاجرة علی القضاء اذا لم یتعین، و قبله المحقق فی الشرائع غیر انه قیّد صورة عدم التعیین بالحاجة.

(و غیر ذلک) القسم الّذی یشترط بالنسبة (یجوز اخذ الاجرة علیه الا ما نصّ الشارع علی تحریمه، کالدفن) مثال للذی یجوز اخذ الاجرة علیه، لانه لیس بعبادی، و لا مما نص الشارع علی تحریم اخذ الاجرة علیه (انتهی) کلام فخر المحققین.

(نعم رده فی محکی جامع المقاصد: بمخالفة هذا التفصیل لنصّ الاصحاب) فکانه مخالف الاجماع.

(اقول: لا یخفی ان الفخر اعرف بنصّ الاصحاب من المحقق الثانی فهذا والده) العلامة رحمه الله (قد صرح فی المختلف بجواز اخذ الاجرة علی القضاء) و هو امر کفائی لا یحتاج الی قصد القربة (اذا لم یتعین) بعدم وجود قاض آخر (و قبله المحقق فی الشرائع غیر انه) ای المحقق (قیّد صورة عدم التعیین بالحاجة) اذا احتاج القاضی الی المال لفقره مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۴

و لاجل ذلک اختار العلامة الطباطبائی فی مصابیحه ما اختاره فخر الدین من التفصیل، و مع هذا فمن این الوثوق علی اجماع لم یصرح به الا المحقق الثانی.

مع ما طعن به الشهید الثانی علی اجماعاته بالخصوص فی رسالته فی صلاة الجمعة.

فالذی ینساق إلیه النظر ان مقتضی القاعدة فی کل عمل له منفعة محللة مقصودة جواز اخذ الاجرة، و الجعل علیه، و ان کان داخلا فی العنوان الّذی اوجبه الله علی المکلف.

(و لاجل ذلک) الّذی ذکرنا انه لیس مخالفا لنصّ الاصحاب- کما قال المحقق الثانی- (اختار العلامة الطباطبائی فی مصابیحه ما اختاره فخر الدین من التفصیل، و مع هذا) الّذی ذکرنا من ذهاب هؤلاء الاعلام الی التفصیل (فمن این) یأتی (الوثوق علی اجماع) بعدم الجواز مطلقا (لم یصرح به الا المحقق الثانی) هذا أولا.

(مع ما طعن به الشهید الثانی علی اجماعاته) ای اجماعات المحقق الثانی (بالخصوص فی رسالته فی صلاة الجمعة).

و کیف کان (فالذی ینساق إلیه النظر) و یسیر إلیه طبیعیا (ان مقتضی القاعدة فی کل عمل له منفعة محللة مقصودة جواز اخذ الاجرة، و) جواز اخذ (الجعل علیه، و ان کان داخلا فی العنوان الّذی اوجبه الله علی المکلف) وجوبا تعبدیا او توصلیا، عینیا او کفائیا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۵

ثم ان صلح ذلک الفعل المقابل بالاجرة لامتثال الایجاب المذکور او اسقاطه به، او عنده،

(ثم ان صلح ذلک الفعل) الّذی یأتی به الاجیر (المقابل بالاجرة) الواجب علی الاجیر- بنفسه- (لامتثال الایجاب المذکور).

کما اذا آجر زید عمروا علی دفن المیت، فقصد عمرو دفنه عن نفسه لا- عن الاجیر، فانه امتثال للامر الکفائی المتوجّه الی عمرو (او اسقاطه) الایجاب (به) ای بذلک الفعل الّذی اتاه الاجیر- بدون ان یکون امتثالا من الاجیر-.

کما لو قصد من دفن المیت اخفاء رائحته الکریهة، فانه لیس امتثالا- للامر، لانه لم یقصده، و انما یسقط الایجاب لحصول غرض الایجاب، و انتفاء الموضوع (او) اسقاط الایجاب (عنده) ای عند ذلک الفعل الّذی اتاه الاجیر.

کما لو قصد الاجیر عند الدفن کون عمله نیابة عن زید المستأجر، فانه لیس امتثالا للامر الواجب کفایة، لانه لم یقصد الامتثال، و لا اسقاطا للایجاب بالفعل الّذی فعله، لانه لیس فعله- اعتبارا- و انما فعل المستأجر.

نعم یسقط الوجوب المتوجه الی الاجیر عند هذا الفعل لانتفاء موضوعه.

و انما قلنا: انه لیس فعل الاجیر اعتبارا، لشهادة العرف بذلک.

فانک اذا اتیت بصلاة القضاء عن المیت لم تکن تلک صلاتک، و لذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۶

سقط الوجوب، مع استحقاق الاجرة و ان لم یصلح استحق الاجرة، و بقی الواجب فی ذمته، لو بقی وقته، و الا عوقب علی ترکه.

و اما مانعیة مجرد الوجوب من صحة المعاوضة علی الفعل، فلم یثبت علی الاطلاق بل اللازم التفصیل فان کان العمل واجبا عینیا تعیینیا لم یجز اخذ الاجرة، لان اخذ الاجرة علیه مع کونه واجبا مقهورا من قبل الشارع علی فعله

لا تسقط الصلاة عنک (سقط الوجوب) المتوجه الی الاجیر (مع استحقاق الاجرة) من المستأجر، لان هذا الفعل اتی بالفائدتین (و ان لم یصلح) ذلک الفعل الّذی اتی به الاجیر للامتثال و الاسقاط به، و عنده کما لو استأجره لیصلی صلاة المغرب لیتعلم منه الکیفیة- و هذا انما یکون فی التعبدیات المحتاجة الی قصد القربة- (استحق الاجرة) لانه اتی بمقصود المستأجر (و بقی الواجب فی ذمته) لانتفاء القربة المقومة للعبادة لانه قصد الاجرة، و قد تقدم المنافات بین قصد الاجرة و قصد القربة (لو بقی وقته) کما اذا لم یتجاوز نصف اللیل (و الا) یبقی وقته (عوقب علی ترکه) لانه اتی بمتعلق الاجارة، و لم یأت بالواجب علیه.

(و اما مانعیة مجرد الوجوب من صحة المعاوضة علی الفعل، فلم یثبت) ثبوتا (علی الاطلاق) فی التعبدی و التوصلی، و التعیینی و

الکفائی (بل اللازم التفصیل، فان کان العمل واجبا) لا مستحبا (عینیا) لا کفائیا (تعیینا) لا تخییرا، مثل صلاة الظهر (لم یجز اخذ الاجرة، لان اخذ الاجرة علیه مع کونه واجبا مقهورا من قبل الشارع علی فعله) لان الشارع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۷

اکل للمال بالباطل، لان عمله هـذا لا یکون محترما، لان استیفائه منه لا یتوقف علی طیب نفسه، لانه یقهر علیه مع عدم طیب النفس، و الامتناع

و مما یشـهد بما ذکرناه انه لو فرض ان المولی امر بعض عبیـده بفعل لغرض، و کان ممّا یرجع نفعه او بعض نفعه الی غیره فاخذ العبد العوض من ذلک الغیر علی ذلک العمل عدّ اکلا للمال مجانا بلا عوض.

قهر الانسـان، و جبره بـأن یـأتی به (اکـل للمال بالباطل، لان عمله هـذا لا یکون محترما) حتی یقابل بالمال (لان استیفائه منه لا یتوقف علی طیب نفسه) فانه یلزم استیفائه، سواء طابت نفسه، أم لا (لانه یقهر علیه مع عدم طیب النفس، و) مع (الامتناع) فیشـمله قوله سبحانه «لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ»*.

و ان شئت رکّبت القیاس هکذا، هذا مما یقهر المکلف علیه، و کلما یقهر الانسان علیه لا یجوز اخذ المال بإزائه.

اما الصغری: فلفرض انه واجب عینی تعیینی.

و اما الکبری: فلانه اکل للمال بالباطل.

(و مما یشـهد بما ذکرناه) من ان ما یقهر علیه لا یجوز اخـذ المال بإزائه (انه لو فرض ان المولی امر بعض عبیـده بفعل لغرض) کما لو امره بـان یبنی دار زیـد (و کـان) ذلک الفعل (ممّا یرجع نفعه او بعض نفعه الی غیره) ای غیر المولی- کزیـد فی المثال- (فاخـذ العبد العوض من ذلک الغیر علی ذلک العمل عـدّ) عنـد العقلاء (اکلا للمال مجانا بلا عوض) و مثله اکل للمال بالباطل اذا جبر العبـد زیـدا باعطائه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۸

ثم انه لا ینافی ما ذکرنا حکم الشارع بجواز اخذ الاجرة علی العمل بعد ایقاعه، کما اجاز للوصی اخذ اجرة المثل، او مقدار الکفایة.

لان هذا حکم شرعی، لا من باب المعاوضة.

ثم لا فرق فیما ذکرناه بین التعبدی من الواجب و التوصلی.

مضافا فی التعبدی الی ما تقدم من منافات اخذ الاجرة علی العمل للاخلاص کما نبّهنا علیه سابقا

(ثم انه لا- ینافی ما ذکرنا) من کون اخـذ المال بإزاء الواجب العینی التعیینی اکل للمال بالباطل (حکم الشارع بجواز اخـذ الاجرة علی العمل بعد ایقاعه، کما اجاز للوصی) الّذی یجب علیه العمل بالوصایة (اخذ اجرة المثل، او مقدار الکفایة) علی العمل بالوصایة.

(لان هذا حکم شرعی) جعله الشارع للوصی فی مقابل ایجاب الشارع علیه العمل بالوصایة (لا من باب المعاوضة) بخلاف اخذ الاجرة علی مثل صلاة الظهر.

و من المعلوم الفرق بین ان یقول المولی: ابن دار زید و خذ منه کذا او یقول: ابن دار زید ثم اخذ منه العبد مالا فی مقابل عمله.

(ثم لا- فرق فیمـا ذکرنـاه) من ان اکـل المـال بـإزاء العینی التعیینی اکـل للمـال بالباطـل (بین التعبـدی من الـواجب) کصـلاة الظهر (و التوصلی) کالدفن فیما اذا انحصر فی شخص واحد.

(مضافا فی التعبـدی الی ما تقـدم من منافات اخـذ الاجرة علی العمل للاخلاص) فان العمل للقربـة ینافی العمل للاجرة (کما نبّهنا علیه سابقا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۸۹

و تقدم عن الفخر ره، و قرره علیه بعض من تأخر عنه.

و منه یظهر عدم جواز اخذ الاجرة علی المندوب، اذا کان عبادة یعتبر فیها التقرب.

و اما الواجب التخییری فان کان توصلیا، فلا اجد مانعا عن جواز اخذ الاجرة علی احد فردیه بالخصوص بعد فرض کونه مشتملا علی نفع محلل للمستأجر، و المفروض انه محترم، لا یقهر المکلف علیه فجاز اخذ الاجرة بإزائه.

و تقدم عن الفخر ره، و قرره علیه بعض من تأخر عنه) من الفقهاء- کما عرفت-.

(و منه) ای من منافات القربة للاجرة (یظهر عدم جواز اخذ الاجرة علی المندوب، اذا کان عبادة یعتبر فیها التقرب) کالنوافل الیومیة، لکنک قد عرفت سابقا الاشکال فی ذلک، فراجع.

(و اما الواجب التخییری) کخصال الکفارة (فان کان توصلیا) لا یشترط فیها قصد القربة (فلا اجد مانعا عن جواز اخذ الاجرة علی احد فردیه بالخصوص بعد فرض کونه) ای احد الفردین بالخصوص (مشتملا علی نفع محلل للمستأجر) الدافع للاجرة (و المفروض انه) عمل (محترم، لا یقهر المکلف علیه).

لان المکلف یقهر علی الجامع لا علی احد الفردین بالخصوص (فجاز اخذ الاجرة بإزائه) فلیست الاجرة للاصل و انما للخصوصیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۰

فاذا تعین دفن المیت علی شخص و تردد الامر بین حفر احد موضعین فاختار الولی احدهما بالخصوص، لصلابته، او لغرض آخر، فاستأجر ذلک لحفر ذلک الموضع بالخصوص، لم یمنع من ذلک کون مطلق الحفر واجبا علیه مقدمة للدفن.

و ان کان تعبدیا، فان قلنا: بکفایة الاخلاص بالقدر المشترک و ان کان ایجاد خصوص بعض الافراد لداع غیر الاخلاص،

(فاذا تعین دفن المیت علی شخص و تردد الامر بین حفر احد موضعین فاختار الولی) للمیت (احدهما بالخصوص، لصلابته، او لغرض آخر) لقربه الی البلد (فاستأجر ذلک) الانسان الواجب علیه الدفن (لحفر ذلک الموضع بالخصوص) حتی تکون الاجرة للخصوصیة (لم یمنع من ذلک) الاستیجار (کون مطلق الحفر واجبا علیه مقدمة للدفن).

و السر: ان العمل مرکب من شیئین، احدهما: واجب، و الآخر لیس بواجب، و اخذ الاجرة فی قبال غیر الواجب و لذا لم یعده العقلاء اکلا للمال بلا عوض.

و انما شرطنا کون العمل المستأجر، لانه اذا لم یکن له، کان خروج الاجرة عن کیسه بغیر مقابل اذ لم یدخل فی کیسه شیء فی قبال خروج الاجرة عنه.

(و ان کان) الواجب التخییری (تعبدیا) کخصال الکفار (فان قلنا:

بکفایة الاخلاص بالقدر المشترک و ان کان ایجاد خصوص بعض الافراد لداع غیر الاخلاص).

کما لو صلی الظهر الواجبة علیه فی مکان بارد بان اتی الاصل للاخلاص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۱

فهو کالتوصلی.

و ان قلنا: بان اتحاد وجود القدر المشترک مع الخصوصیة مانع عن التفکیک بینهما فی القصد، کان حکمه کالتعیینی.

و اما الکفائی فان کان توصلیا، امکن اخذ الاجرة علی اتیانه، لاجل باذل الاجرة فهو العامل فی الحقیقة.

و خصوصیة المکان لداعی البرودة.

او کفّر لداعی الاخلاص و خصوص العبد لان یکون له ید علیه، فینتفع به فی المستقبل (فهو کالتوصلی) فی جواز اخذ الاجرة للخصوصیة.

(و ان قلنا: بان اتحاد وجود القدر المشترک مع الخصوصیة) فان الصلاة المأتی بها فی المکان البارد شیء واحد بالقدر المشترک و الخصوصیة متحدان وجودا.

و ذلک الاتحاد (مانع عن التفکیک بینهما فی القصد) بان یقصد المشترک لله، و الخصوصیة لداع آخر (کان حکمه کالتعیینی) فی عدم جواز اخذ الاجرة علیه.

(و اما) الواجب (الکفائی) کدفن المیت (فان کان توصلیا، امکن اخذ الاجرة علی اتیانه، لاجل باذل الاجرة) فیعمل زید نیابة عن عمرو فالاجرة للنیابة، لا للاتیان بالعمل (فهو) ای الباذل (العامل فی الحقیقة) و له ثواب العمل و حسن ذکره.

الا تری انه یقال: فلان المثری جهز المیت الفلانی، مع العلم انه انما بذل المال، و المجهز الغسال و الکفان و غیرهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۲

و ان کان تعبدیا لم یجز الامتثال به، و اخذ الاجرة علیه.

نعم یجوز النیابة ان کان مما یقبل النیابة، لکنه یخرج عن محل الکلام لان محل الکلام اخذ الاجرة علی ما هو واجب علی الاجیر، لا علی النیابة فیما هو واجب علی المستأجر، فافهم.

ثم انه قد یفهم من ادلة وجوب الشیء کفایة، کونه حقا لمخلوق یستحقه علی المکلفین، فکل من اقدم علیه فقد ادی حق ذلک المخلوق فلا یجوز له اخذ الاجرة منه، و لا من غیره ممن وجب علیه أیضا کفایة.

(و ان کان) الواجب الکفائی (تعبدیا) کصلاة المیت (لم یجز الامتثال به، و اخذ الاجرة علیه) للتنافی بین القربة و الاجرة.

(نعم یجوز النیابة ان کان مما یقبل النیابة، لکنه یخرج عن محل الکلام لان محل الکلام اخذ الاجرة علی ما هو واجب علی الاجیر، لا) اخذ الاجرة (علی النیابة فیما هو واجب علی المستأجر، فافهم) لانه ان لم یکن واجبا علی الاجیر، لم یکن من الواجب الکفائی، و ان کان واجبا علی الاجیر لم یجز اخذ الاجرة بعنوان النیابة.

(ثم) حیث تقدم جواز النیابة فی الواجب الکفائی، اراد المصنف رحمه الله استثناء بعض صور الواجب الکفائی، ف (انه قد یفهم من ادلة وجوب الشیء کفایة، کونه حقا لمخلوق) کالمیت (یستحقه علی المکلفین، فکل من اقدم علیه فقد ادی حق ذلک المخلوق) کالمیت (فلا یجوز له اخذ الاجرة منه) کاخذ الاجرة من ترکة المیت، او من الغریق مثلا (و لا من غیره ممن وجب علیه أیضا کفایة) و لو کان العامل جعل نفسه وکیلا عن ذلک الغیر و قائما مقامه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۳

و لعل من هذا القبیل تجهیز المیت و انقاذ الغریق، بل و معالجة الطبیب لدفع الهلاک.

[الإشکال علی أخذ الأجرة علی الصناعات التی یتوقف علیها النظام]

اشارة

ثم ان هنا اشکالا مشهورا و هو: ان الصناعات التی تتوقف النظام علیها، یجب کفایة، لوجوب اقامة النظام بل قد یتعین بعضها علی بعض المکلفین عند انحصار

(و لعل من هـذا القبيـل) الّذى هو حق لمخلوق (تجهيز الميت و انقاذ الغريق، بل و معالجـة الطبيب لـدفع الهلاك) لا مثل المعالجات التى تدفع الأمراض القليلة، لعدم الدليل فى كونها واجبة.

(ثم ان هنا) فى مسألة عدم جواز اخذ الاجرة على الواجبات (اشـكالا مشهورا و هو: ان الصناعات التى تتوقف النظام عليها يجب كفاية لوجوب اقامة النظام).

و يدل على وجوب اقامة النظام ادلة اوليه، و ادلة ثانويه، كقوله سبحانه: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِى جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً، و قوله: وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ، فان عدم القيام بالصناعات المتوقف عليها النظام، سبب تغلب الكفار على المسلمين.

و لذا الاقرب عندى لزوم تعلم الصـناعات الحديثة و العلوم المولدة حتى لا ترجح كفة الكفار على كفة المسلمين، و قوله تعالى: لِيَقُومَ النّاسُ بِالْقِسْطِ، فان قيام الناس بالقسط لا يكون الا بالنظام، و قول الامام امير المؤمنين عليه السـلام: الله الله فى نظم امركم، و لانه لو لا اقامـة النظام لزم الهرج و المرج، و ذلک غير جائز نصا و اجماعا، الى غيرها من الادلـة المـذكورة فى مظانها (بل قد يتعين بعضـها على بعض المكلفين عند انحصار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۹۴

المكلف القادر فيه، مع ان جواز اخذ الاجرة عليها مما لا كلام لهم فيه.

و كذا يلزم ان يحرم على الطبيب اخذ الاجرة على الطبابة لوجوبها عليه كفاية او عينا كالفقاهة.

[و قد تفصى بوجوه.]

اشارة

و قد تفصى بوجوه.

[أحدها: الالتزام بخروج ذلک بالاجماع و السيرة القطعيين.]

احدها: الالتزام بخروج ذلک بالاجماع و السيرة القطعيين.

المكلف القادر فيه) كما هو شأن كل واجب كفائى، فانه يصير عينيا اذا انحصـر فى بعض (مع ان جواز اخـذ الاجرة عليها مما لا كلام لهم فيه).

فهذا يناقض الكلية المتقدمة التى ذكروها بان كل واجب يحرم اخذ الاجرة عليه.

(و كذا يلزم ان يحرم على الطبيب اخذ الاجرة على الطبابة لوجوبها عليه كفاية) اذا كان المرض مما يجب علاجه، و كان هناک طبيب آخر (او عينا كالفقاهة) اذا لم يكن هناک طبيب آخر.

(و قد تفصى) و تخلص عن هذا الاشكال (بوجوه).

(احدها: الالتزام بخروج ذلک) اى جواز اخذ الاجرة على الواجبات النظامية (بالاجماع و السيرة القطعيين).

لاـن الكسبة بالصـناعات و الاطبـاء كانوا فى زمن الرسول صـلى الله عليه و آله و الائمـة عليهم السـلام، بل هم كانوا يراجعونهم بـدون استنكار على اخذهم للاجرة.

بل داود عليه السلام كان يصنع الدرع و يبيعها، الى غيرها من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۹۵

[الثانی: الالتزام بجواز اخذ الاجرة علی الواجبات]

الثـانی: الالتزام بجواز اخـذ الاجرة علی الواجبات، اذا لم تکن تعبدیـة، و قـد حکاه فی المصابیـح عن جماعـة و هو ظاهر کل من جوز اخذ الاجرة علی القضاء بقول مطلق یشمل صورة تعینه علیه کما تقدم حکایته فی الشرائع و المختلف عن بعض.

و فیه- ما تقدم سابقا- من ان الاقوی عدم جواز اخذ الاجرة علیه.

[الثالث: ما عن المحقق الثانی من اختصاص جواز الاخذ بصورة قیام من به الکفایة]

الثالث: ما عن المحقق الثانی من اختصاص جواز الاخذ بصورة قیام من به الکفایة، فلا یکون حینئذ واجبا.

الادلة التی هی من هذا القبیل.

(الثـانی) من الوجوه (الالـتزام بجواز اخـذ الاـجرة علی الواجبـات، اذا لم تکن تعبدیـة، و قـد حکاه) ای هـذا القول (فی المصابیـح عن جماعـة و هو ظاهر کل من جوز اخـذ الاجرة علی القضاء بقول مطلق یشـمل صورة تعینه علیه) «یشـمل» صـفة «قول مطلق» (کما تقدم حکایته فی الشرائع و المختلف عن بعض) مع ان القضاء واجب عینا اذا لم یکن هناک قاض آخر.

(و فیه- مـا تقـدم سابقا- من ان الاقوی عـدم جواز اخـذ الاجرة علیه) ای علی القضاء، و لا یخفی ان اشـکال الشـیخ علی الممثل به، لا علی اصل القول.

(الثالث) من الوجوه (ما عن المحقق الثانی من اختصاص جواز الاخـذ بصورة قیام من به الکفایـة، فلا یکون حینئـذ) ای حین قیام الغیر (واجبا).

مثلا: اذ اقام زید بالصناعة، لم تجب علی عمرو، فاذا لم تجب علیه لا بأس باخذه للاجرة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۶

و فیه ان ظاهر العمل و الفتوی جواز الاخذ، و لو مع بقاء الوجوب الکفائی، بل مع وجوبه عینا، للانحصار.

[الرابع ما فی مفتاح الکرامة من ان المنع مختص بالواجبات الکفائیة المقصودة لذاتها کاحکام الموتی و تعلیم الفقه]

الرابع ما فی مفتاح الکرامة من ان المنع مختص بالواجبات الکفائیة المقصودة لذاتها کاحکام الموتی و تعلیم الفقه، دون ما یجب لغیره کالصنائع.

و فیه ان هذا التخصیص ان کان لاختصاص معاقد اجماعاتهم، او عنوانات کلامهم، فهو خلاف الموجود منها و ان کان الدلیل یقتضی الفرق فلا بد من بیانه.

(و فیه ان ظـاهر العمـل) للمتشـرعین (و الفتوی) للفقهـاء (جواز الاخـذ) للاـجرة (و لو مع بقـاء الوجوب الکفـائی، بـل مع وجوبه عینـا، للانحصار) فیه.

(الرابع) من الوجوه (مـا فی مفتاح الکرامـة من ان المنع) عن اخـذ الاجرة (مختص بالواجبات الکفائیـة المقصودة لـذاتها) بان لا تکون مقدمة لشیء آخر (کاحکام الموتی و تعلیم الفقه، دون ما یجب لغیره) بان کان مقدمة (کالصنائع) فانها واجبة مقدمة لاقامة النظام.

(و فیه ان هـذا التخصـیص) للحرمة بالواجبات الذاتیة (ان کان لاختصاص معاقد اجماعاتهم، او عنوانات کلامهم) بذلک القسم الذاتی فقط (فهو خلاف الموجود منها).

فانا اذا ارجعنا عنواناتهم رأیناها شاملة لجمیع اقسام الواجب مقدمة او ذاتا (و ان کان الدلیل) الدال علی حرمة اخذ الاجرة علی الواجب (یقتضی الفرق) بین الذاتی و المقدمی (فلا بد من بیانه) ای بیان ذلک الدلیل الفارق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۷

[الخامس: أن المنع عن أخذ الأجرة علی الصناعات الواجبة لإقامة النظام یوجب اختلال النظام]

الخامس: ان المنع عن اخذ الاجرة علی الصناعات الواجبة لاقامة النظام یوجب اختلال النظام لوقوع اکثر الناس فی المعصیة بترکها، او ترک الشاق منها، و الالتزام بالاسهل فانهم لا یرغبون فی الصناعات الشاقة او الدقیقة الا طمعا فی الاجرة، و زیادتها علی ما یبذل لغیرها من الصناعات فتسویغ اخذ الاجرة علیها لطف فی التکلیف باقامة النظام.

و فیه ان المشاهد بالوجدان ان اختیار الناس للصنائع الشاقة و تحملها، ناش عن الدّواعی الاخر غیر زیادة الاجرة، مثل عدم قابلیته

(الخامس) من الوجوه (ان المنع عن اخذ الاجرة علی الصناعات الواجبة، لاقامة النظام) «لاقامة» متعلق ب «الواجبة» (یوجب) خبر «المنع» (اختلال النظام لوقوع اکثر الناس) حین کانت الصنعة بدون الاجرة (فی المعصیة بترکها) ای بترک تلک الصناعات حیث یرون ان لا منفعة فیها (او ترک الشاق منها، و الالتزام بالاسهل).

و من المعلوم ان ترک الصنعة مطلقا او ترک الصنعة الشاقة یوجب اختلال النظام (فانهم) ای الناس (لا یرغبون فی الصناعات الشاقة او الدقیقة الا طمعا فی الاجرة، و زیادتها علی ما یبذل لغیرها) السهلة (من الصناعات فتسویغ) الشارع (اخذ الاجرة علیها لطف فی التکلیف باقامة النظام) و هذا البرهان العقلی مخصص لادلة حرمة اخذ الاجرة علی الواجبات.

(و فیه ان المشاهد بالوجدان ان اختیار الناس للصنائع الشاقة و تحملها، ناش) غالبا (عن الدواعی الاخر غیر زیادة الاجرة، مثل عدم قابلیته)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۸

لغیر ما یختار، او عدم میله إلیه، او عدم کونه شاقا علیه لکونه ممن نشأ فی تحمل المشقة.

الا تری ان اغلب الصنائع الشاقة- من الکفائیات- کالفلاحة و الحرث و الحصاد، و شبه ذلک لا تزید اجرتها علی الاعمال السهلة.

[السادس: أن الوجوب فی هذه الأمور مشروط بالعوض.]

السادس: ان الوجوب فی هذه الامور مشروط بالعوض.

قال بعض الاساطین بعد ذکر ما یدل علی المنع عن اخذ الاجرة علی الواجب اما ما کان واجبا مشروطا، فلیس بواجب قبل حصول الشرط،

فعلا- (لغیر ما یختار) من الصنعة (او عدم میله إلیه، او عدم کونه شاقا علیه) و ان کان شاقا علی غیره (لکونه ممن نشأ) و تربی (فی تحمل المشقة) فلا یحس بالمشقة.

(الا تری ان اغلب الصنائع الشاقة- من الکفائیات- کالفلاحة و الحرث و الحصاد، و شبه ذلک) کالخبازة امام التنور و الحدادة امام النار و الحدید، و ما اشبه (لا تزید اجرتها علی الاعمال السهلة) کالعطارة و البزازة و ما اشبه.

(السادس) من الوجوه (ان الوجوب فی هذه الامور) ای الصناعات المقومة للنظام (مشروط بالعوض).

بمعنی انه لو بذل العوض للحداد- مثلا- وجب علیه عمل الحدادة و الا لم یجب علیه، و علیه فلا مانع من اخذ الاجرة، لانه قبل اخذ

الاجرة لم یجب.

(قال بعض الاساطین بعد ذکر ما یدل علی المنع عن اخذ الاجرة علی الواجب) ما لفظه: (اما ما کان واجبا مشروطا، فلیس بواجب قبل حصول الشرط)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۹۹

فتعلق الاجارة به قبله، لا مانع منه و لو کانت هی الشرط فی وجوبه.

فکل ما وجب کفایة من حرف و صناعات، لم تجب الا بشرط العوض باجارة او جعالة او نحوهما فلا فرق بین وجوبها العینی للانحصار، و وجوبها الکفائی لتأخر الوجوب عنها، و عدمه قبلها، کما ان بذل الطعام و الشراب للمضطر ان بقی علی الکفایة او تعین یستحق فیه اخذ العوض علی الاصح، لان وجوبه مشروط،

حتی یحرم اخذ الاجرة علیه (فتعلق الاجارة به قبله، لا مانع منه و لو کانت هی) ای الاجرة (الشرط فی وجوبه) «لو» وصلیة.

(فکل ما وجب کفایة من حرف) جمع حرفة- و هی ما لیست بصناعة- کالعطارة و نحوها (و صناعات، لم تجب الا بشرط العوض) سواء کان الشرط (باجارة او جعالة او نحوهما) کالهبة المشروطة.

و علی هذا (فلا فرق بین وجوبها العینی للانحصار، و وجوبها الکفائی).

و انما قلنا: لا فرق (لتأخر الوجوب عنها) ای عن الاجرة، فانها لیست بواجبة- عینا و لا کفایة- قبل الاجرة، و لذا جاز اخذ الاجرة، و اذا اخذ الاجرة وجب- عینا، احیانا، و کفایة احیانا- (و عدمه) ای عدم الوجوب (قبلها) ای قبل الاجرة.

و لا منافات بین وجوب الفعل، و جواز اخذ الاجرة (کما ان بذل الطعام و الشراب للمضطر ان بقی علی الکفایة) بان کان هناک باذلون متعدد دون (او تعین) بان انحصر الباذل فی شخص واحد (یستحق فیه اخذ العوض علی الاصح، لان وجوبه) ای وجوب البذل (مشروط) باخذ العوض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۰

بخلاف ما وجب مطلقا بالاصالة کالنفقات او بالعارض، کالمنذور، و نحوه، انتهی کلامه رحمه الله.

و فیه ان وجوب الصناعات لیس مشروطا ببذل العوض لانه لاقامة النظام التی هی من الواجبات المطلقة.

فان الطبابة و القصد و الحجامة و غیرها مما یتوقف علیه بقاء الحیاة- فی بعض الاوقات- واجبة، بذل له العوض أم لم یبذل.

بمعنی ان الشارع لم یکلف صاحب الطعام بان یبذله للمضطر مجانا، فالجمع بین دلیلی وجوب البذل و احترام مال المسلم: ان البذل واجب و اخذ العوض جائز.

و هذا (بخلاف ما وجب مطلقا) بدون شرط و عوض، وجوبا (بالاصالة کالنفقات) للزوجة و من إلیها (او) وجوبا (بالعارض، کالمنذور، و نحوه) بعهد او شرط او یمین (انتهی کلامه رحمه الله).

(و فیه ان وجوب الصناعات لیس مشروطا ببذل العوض لانه) ای الوجوب (لاقامة النظام التی هی من الواجبات المطلقة).

(ف) مثلا (ان الطبابة و الفصد و الحجامة و غیرها مما یتوقف علیه بقاء الحیاة- فی بعض الاوقات- واجبة، بذل له العوض أم لم یبذل).

و الّذی اظن ان مراد بعض الاساطین: ان الشارع لم یوجب الصناعات بلا عوض، و انما اوجبها و لو مع العوض- و ان کانت عبارته لا تفی بهذا المعنی- الا ان بقاء العبارة علی ظاهرها مما لا یحتمل ان یقول به احد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۰۱

[السابع: أن وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها]

السابع: ان وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها و انما ثبت من حيث الأمر باقامة النظام، و اقامة النظام غير متوقفة على العمل تبرعا، بل يحصل به و بالعمل بالاجرة.

فالذى يجب على الطبيب لاجل احياء النفس و اقامة النظام هو بذل نفسه للعمل لا بشرط التبرع به، بل له ان يتبرع به، و له ان يطلب الاجرة.

و حينئذ فان بذل المريض الاجرة وجب عليه العلاج، و ان لم يبذل الاجرة- و المفروض اداء ترك العلاج الى الهلاك- اجبره الحاكم حسبة

(السابع) من الوجوه (ان وجوب الصناعات المذكورة) التى يتوقف عليها النظام (لم يثبت من حيث ذاتها) كوجوب الصلاة و الصيام (و انما ثبت) الوجوب (من حيث الامر باقامة النظام، و اقامة النظام غير متوقفة على العمل تبرعا، بل يحصل به) اى بالتبرع (و بالعمل بالاجرة).

و حاصل هذا الوجه: ان الواجب بما هو واجب لا ينافى اخذ الاجرة، و انما ينافى الاخذ فيما اذا كانت الغاية تتوقف على التبرع.

(فالذى يجب على الطبيب لاجل احياء النفس و اقامة النظام) لصحة الناس جسد يا حتى يتمكنوا من القيام بمهمات الحيات (هو بذل نفسه للعمل) و الطبابة و (لا) يكون ذلك (بشرط التبرع به، بل له) اى للطبيب (ان يتبرع به، و له ان يطلب الاجرة).

(و حينئذ) اى حين طلبه الاجرة (فان بذل المريض الاجرة وجب عليه العلاج، و ان لم يبذل الاجرة- و المفروض اداء ترك العلاج الى الهلاك- اجبره) اى المريض (الحاكم- حسبة-) اى قربة الى الله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۲

على بذل الاجرة للطبيب.

و ان كان المريض مغمى عليه دفع عنه وليه، و إلا جاز للطبيب العمل بقصد الاجرة، فيستحق الاجرة فى ماله.

و ان لم يكن له مال ففى ذمته فيؤدى فى حياته، او بعد مماته من الزكاة او غيرها.

و بالجملة فما كان من الواجبات الكفائية ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان فلا يجوز اخذ الاجرة عليه

تعالى، و احتسابا.

فان الامور التى يأتى بها الحاكم الشرعى لاجل مصالح الناس، و ما الى ذلك تسمى «حسبة» من الاحتساب على الله تعالى (على بذل الاجرة للطبيب).

(و ان كان المريض مغمى عليه) او مجنونا او سكرانا- ممن لا يشعر- (دفع) الى الطبيب الاجرة (عنه وليه) حاكما كان الولى او غيره (و الا) يكن ولى، و المريض لا يشعر بالدفع (جاز للطبيب العمل بقصد الاجرة، فيستحق الاجرة فى ماله) و يجوز له ان يأخذه تقاضا.

(و ان لم يكن له مال ففى ذمته) يستحقه الطبيب (فيؤدى فى حياته) من ماله ان صار له مال (او بعد مماته من الزكاة او غيرها) كالخمس، و نحوه.

(و بالجملة فما كان من الواجبات الكفائية ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان) اى العنوان الخاص، كعنوان دفن الميت الّذى هو متعلق الوجوب مقابل ما لم يثبت بعنوانه، بل بكلى منطبق عليه، كالطبابة، مثلا (فلا يجوز اخذ الاجرة عليه) لان الشارع اوجبه، فيكون اخذ الاجرة منافيا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۳

بناء على المشهور.

و اما ما امر به من باب اقامة النظام فإقامة النظام يحصل ببذل النفس للعمل به فى الجملة، و اما العمل تبرعا فلا.

و حينئذ فيجوز طلب الاجرة من المعمول له اذا كان اهلا للطلب منه، و قصدها اذا لم يكن ممن يطلب منه، كالغائب الّذى يعمل فى ماله، عمل لدفع الهلاك عنه، و كالمريض المغمى عليه. و فيه

للوجوب (بناء على المشهور) لما تقدم من الادلة.

(و اما ما امر به) الشارع (من باب اقامة النظام) كالصناعات، فالشارع اوجب اقامة النظام، و هى تحصل بالصناعات و نحوها (فإقامة النظام يحصل ببذل النفس للعمل به) اى بذلك الواجب (فى الجملة) بالمال او تبرعا (و اما العمل تبرعا فلا) دليل على وجوبه.

(و حينئذ) اى حين كان الواجب العمل، لا التبرع بالعمل (فيجوز طلب الاجرة من المعمول له اذا كان) المعمول له (اهلا للطلب منه) كالبالغ العاقل الملتفت (و قصدها) اى و يجوز قصد الاجرة- بان لا يقصد التبرع- (اذا لم يكن) المعمول له (ممن يطلب منه) اى لم يكن قابلا للطلب (كالغائب الّذى يعمل) بصيغة المجهول (فى ماله، عمل لدفع الهلاك عنه).

كما لو اراد الظالم اهلاك الغائب بمجرد وصوله الى وطنه، فيدفع زيد من مال الغائب مقدارا ليعفو عنه (و كالمريض المغمى عليه) يعمل له الدواء من ماله، و يعطى للطبيب الاجر، و كالطفل الصغير، و هكذا.

(و فيه) ان تفصيلكم بين ما امر به بعنوانه، و بين ما امر به لاجل اقامة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۴

انه اذا فرض وجوب احياء النفس، و وجب العلاج كونه مقدمة له فاخذ الاجرة عليه غير جائز.

فالتحقيق على ما ذكرنا سابقا ان الواجب اذا كان عينيا تعينيا لم يجز اخذ الاجرة عليه- و لو كان من الصناعات- فلا يجوز للطبيب اخذ الاجرة على بيان الدواء، او تشخيص الداء.

و اما اخذ الوصى الاجرة على تولى اموال الطفل الموصى عليه الشامل بإطلاقه

النظام بعد جواز اخذ الاجرة فى الاول، و جواز اخذ الاجرة فى الثانى، يحتاج الى الدليل.

ف (انه اذا فرض وجوب احياء النفس، و وجب العلاج لكونه مقدمة له) اى للاحياء، و المراد الا بقاء حيا (فاخذ الاجرة عليه غير جائز) لاطلاق الادلة الدالة على حرمة اخذ الاجرة على الواجبات.

(فالتحقيق على ما ذكرنا سابقا) من حرمة بعض اقسام الاجرة، دون بعض الاقسام الاخر (ان الواجب اذا كان عينيا تعينيا) لا كفائيا و لا تخييرا (لم يجز اخذ الاجرة عليه- و لو كان من الصناعات-).

بان كان الامر لا بعنوانه، بل بعنوان اقامة النظام (فلا يجوز للطبيب اخذ الاجرة على بيان الدواء، او تشخيص الداء).

(و) ان قلت: فكيف يجوز للوصى اخذ الاجرة- و ان كان العمل بالوصاية واجبا عينيا تعيينيا عليه-.

قلت: (اما اخذ الوصى الاجرة على تولى اموال الطفل الموصى عليه الشامل) جواز الاخذ- فى كلامهم- (بإطلاقه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۵

لصورة تعين العمل عليه، فهو من جهة الاجماع و النصوص المستفيضة على ان له ان يأخذ شيئا.

و انما وقع الخلاف فى تعيينه.

فذهب جماعة الى ان له اجرة المثل حملا للاخبار على ذلك.

و لانه اذا فرض احترام عمله بالنص و الاجماع، فلا بد من كون العوض اجرة المثل.

و بالجملة فملاحظة النصوص و الفتاوى فى تلك المسألة، يرشد الى

لصورة تعين العمل عليه) اى الوجوب العينى التعيينى (فهو من جهة الاجماع و النصوص المستفيضة على ان له) اى للوصى (ان يأخذ شيئا).

و هذه العبارة لا تدل على كون ما يأخذه عوضا، بل لعله من باب ارتزاق القاضى.

(و) ان قلت: فلما ذا يجوز الفقهاء اخذه لاجرة المثل.

قلت: (انما وقع الخلاف فى تعيينه) اى فى جواز اخذه مقدارا معينا كالاجرة، أم لا- بل لا بدّ من اخذ مقدار قليل، ليس له صورة الاجرة.

(فذهب جماعة الى ان له اجرة المثل حملا للاخبار) الدالة على ان له شيئا (على ذلك) اى اجرة المثل انصرافا.

(و لانه اذا فرض احترام عمله) اى عمل الوصى (بالنص و الاجماع، فلا بد من كون العوض اجرة المثل) اذا لفهم العرفى يساعد على ذلك.

(و بالجملة فملاحظة النصوص و الفتاوى فى تلك المسألة) اى مسألة استحقاق الوصى لشىء من المال (يرشد الى

خروجها عما نحن فيه.

[و أما باذل المال للمضطر]

و اما باذل المال للمضطر، فهو انما يرجع بعوض المبذول، لا باجرة البذل، فلا يرد نقضا فى المسألة.

[و أما رجوع الام المرضعة بعوض ارضاع اللبأ مع وجوبه عليها]

و اما رجوع الام المرضعة بعوض ارضاع اللبأ مع وجوبه عليها بناء على توقف حياة الولد عليه، فهو اما من قبيل بذل المال للمضطر و امّا من قبيل رجوع الوصى باجرة المثل من جهة عموم آية: فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فافهم.

خروجها) اى خروج المسألة (عما نحن فيه) من مسألة اخذ الاجرة على الواجبات.

(و اما باذل المال للمضطر، فهو انما يرجع) الى المضطر بماله (بعوض المبذول، لا باجرة البذل، فلا يرد نقضا فى المسألة).

فلا- يقال: انه كما يجب البذل و يجوز اخذ الاجرة كذلك تجب الصناعة و يجوز اخذ الاجرة، لان العمل فى الاول لا عوض له، بخلاف العمل فى الثانى.

(و اما رجوع الام المرضعة) الى الرضيع او الزوج (بعوض ارضاع اللبأ) و هو اللبن فى اوّل الولادة الّذى به قوام الطفل- كما يقال- (مع وجوبه) اى ارضاع اللبأ (عليها بناء على توقف حياة الولد عليه، فهو اما من قبيل بذل المال للمضطر) فالعوض للبن، لا للارضاع (و اما من قبيل رجوع الوصى باجرة المثل) من باب الارتزاق، لا من باب الاجرة على العمل الواجب (من جهة عموم آية: فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ).

فان الآیة شاملة حتی لارضاع اللبأ الواجب علی الام (فافهم).

اذ لو قلنا: بشمول الآیة لارضاع اللبأ، کانت الآیة ظاهرة فی جواز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۴، ص: ۱۰۷

و ان کان کفائیا جاز الاستیجار علیه، فیسقط الواجب بفعل المستأجر علیه عنه، و عن غیره، و ان لم یحصل الامتثال.

[و من هذا الباب أخذ الطبیب الأجرة علی حضوره عند المریض إذا تعین علیه علاجه]

و من هـذا الباب اخذ الطبیب الاجرة علی حضوره عند المریض اذا تعین علیه علاجه فان العلاج و ان کان معینا علیه، الا ان الجمع بینه و بین المریض- مقدمة للعلاج- واجب کفائی بینه و بین اولیاء المریض.

اخذ الاجرة علی الواجب، و تأویل الآیة بکون الاجر ارتزاقا خلاف الظاهر.

(و ان کان) الواجب (کفائیا) عطف علی قوله «اذا کان عینیا» (جاز الاستیجار علیه، فیسقط الواجب) الکفائی (بفعل المستأجر علیه عنه) ای عن الاجیر (و عن غیره) لان الواجب الکفائی حینما یؤتی به یسـقط (و ان لم یحصل الامتثال) عن غیر باذل المال، لما تقـدم من ان العمل حینئذ عمل المستأجر، لا الاجیر، فان الثواب آجلا، و آثار الفعل عاجلا یترتبان علی المستأجر و ان کانت مباشرة الفعل للاجیر.

(و من هذا الباب اخذ الطبیب الاجرة) فان الاجرة انما هی لاجل الواجب الکفائی.

اذ هی (علی حضوره عند المریض اذا تعین علیه علاجه) بان انحصر المعالج فی هذا الطبیب، و کان المریض مهلکا او شبهه مما یجب شرعـا علاـجه (فان العلاج و ان کان معینا علیه) لانحصار الطبیب فیه (الا ان الجمع بینه و بین المریض- مقدمـة للعلاج- واجب کفائی بینه) ای بین الطبیب (و بین اولیاء المریض) او المریض بنفسه اذا قدر علی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۴، ص: ۱۰۸

فحضوره اداء للواجب الکفائی، کاحضار الاولیاء، الا انه لا بأس باخذ الاجرة علیه.

[عدم جواز الأخذ فی الکفائی لو علم کونه حقا للغیر]

نعم یستثنی من الواجب الکفائی ما علم من دلیله صیرورة ذلک العمل حقا للغیر یستحقه من المکلف.

کما قد یدعی ان الظاهر من ادلة وجوب تجهیز المیت ان للمیت حقا علی الاحیاء فی التجهیز.

فکل من فعل شیئا منه فی الخارج فقد ادی حق المیت، فلا یجوز اخذ الاجرة علیه.

(فحضوره) عنـد المریض (اداء للواجب الکفـائی، کاحضار الاولیاء) المریض لـدیه (الا انه لا بأس باخـذ الاجرة علیه) ای علی حضوره عند المریض لانه لا دلیل علی حرمة اخذ الاجرة علی هذا القبیل من الواجب الکفائی.

(نعم یسـتثنی من) جواز اخذ الاجرة علی (الواجب الکفائی ما علم من دلیله صـیرورة ذلک العمل) الواجب کفایة (حقا للغیر یسـتحقه) الغیر (من المکلف) فلا معنی حینئذ لاخذ الاجرة.

(کما قـد یـدعی ان الظاهر من ادلـة وجوب تجهیز المیت ان للمیت حقا علی الاحیاء فی التجهیز) فیما اذا لم یکن واجبا عینیا لانحصار القادر فی واحد، و الا کان من مسألة الواجب العینی.

(فكل من فعل شيئا منه) اى من التجهيز (فى الخارج فقد ادى حق الميت، فلا يجوز اخذ الاجرة عليه).

نعم صحّحه بعض بقصد كون الاجرة للاعمال التوصلية غير الواجبة،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۰۹

و كذا تعليم الجاهل احكام عباداته الواجبة عليه، و ما يحتاج إليه كصيغة النكاح و نحوها لكن تعيين هذا يحتاج الى لطف قريحة.

هذا تمام الكلام فى اخذ الاجرة على الواجب.

و اما الحرام فقد عرفت عدم جواز اخذ الاجرة عليه.

كزيادة قطع الكفن او تنظيف الميت قبلا او ما اشبه، لكنه خارج عن محل الكلام.

(و كذا تعليم الجاهل احكام عباداته الواجبة عليه، و ما يحتاج إليه) فى معاده او معاشه (كصيغة النكاح و نحوها) مما يتوقف عليه دينه او دنياه (لكن تعيين هذا) الواجب على المكلفين بان يقال كما يجب على الجاهل التعلم، كذلك يجب على العالم التعليم (يحتاج الى لطف قريحة) تدرك هذا الوجوب.

اذ لا دليل على وجوب تعليم الجاهل كلما يحتاج إليه، و ان لم يكن واجبا عليه، فاخذ الاجرة من العالم على التعليم لا بأس به.

(هذا تمام الكلام فى اخذ الاجرة على الواجب).

(و اما الحرام فقد عرفت عدم جواز اخذ الاجرة عليه) فى النوع الاول، فى باب الاعيان النجسة و غيرها فى مسألة ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه و هذا انما هو فى اخذ الاجرة على الحرام.

و اما اخذ الاجرة على ترك الحرام كان يعطيه الاجرة على أن يترك الخمر و نحوه، فالظاهر انه داخل فى مسألة اخذ الاجرة على الواجب، فان ترك الحرام واجب و ترك الواجب حرام، فتأمل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۰

[و اما المكروه و المباح]

و اما المكروه و المباح فلا اشكال فى جواز اخذ الاجرة عليهما.

[و أما المستحب:]

و اما المستحب: و المراد منه ما كان له نفع قابل لان يرجع الى المستأجر، ليصح الاجارة من هذه الجهة، فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز اخذ الاجرة عليه لان الموجود من هذا الفعل فى الخارج لا يتصف بالاستحباب، الا مع الاخلاص الّذى ينافيه اتيان الفعل ل

(و اما المكروه و المباح فلا اشكال فى جواز اخذ الاجرة عليهما) فعلا او تركا.

كان يعطيه الاجرة على ان ينام بين الطلوعين او ينام بالليل، او لان لا ينام، و ذلك لاطلاق ادلة الاجارة و لا مخرج لما نحن فيه عنها.

(و اما المستحب، و المراد منه ما كان له نفع قابل لان يرجع الى المستأجر، ليصح الاجارة من هذه الجهة).

اذ لو لم يكن له نفع كذلك، كانت الاجارة باطلة، اذ لم يدخل فى كيس المستأجر ما يقابل الاجرة الخارجة من كيسه.

و قد عرفت سابقا: ان مفهوم الاجارة متقوم بالمبادلة، كمفهوم البيع.

اللهم الا ان یقال: لا یلزم ذلک، کما قال بعض فی باب البیع- و سیأتی تفصیل الکلام فیه ان شاء الله تعالی- (فهو بوصف کونه مستحبا علی المکلف لا یجوز اخذ الاجرة علیه).

فان الاجرة و القربة متنافیتان، فلا یصح اخذ الاجرة لاعادة صلاته التی صلاها فرادی، جماعة لیصلی المستأجر اقتداء به (لان الموجود من هذا الفعل) المستحب (فی الخارج لا یتصف بالاستحباب، الا مع الاخلاص الّذی ینافیه) ای ینافی الاخلاص (اتیان الفعل) المستحب (ل) اجل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۱

استحقاق المستأجر ایاه- کما تقدم فی الواجب-.

و حینئذ فان کان حصول النفع المذکور منه متوقفا علی نیة القربة لم یجز اخذ الاجرة علیه.

کما اذا استأجر من یعید صلاته ندبا لیقتدی به، لان المفروض بعد الاجارة عدم تحقق الاخلاص، و المفروض مع عدم تحقق الاخلاص عدم حصول نفع منه عائد الی المستأجر.

و ما یخرج بالاجارة عن قابلیة انتفاع المستأجر به، لم یجز الاستیجار علیه.

(استحقاق المستأجر ایاه- کما تقدم فی الواجب) العبادی-: التنافی بین الاخلاص و الاجرة.

(و حینئذ) ای حین کانت الاجرة و القربة متنافیتان (فان کان حصول النفع المذکور منه) ای من هذا العمل المستحب (متوقفا علی نیة القربة) کما تقدم فی الصلاة المعادة (لم یجز اخذ الاجرة علیه).

(کما اذا استأجر من یعید صلاته ندبا لیقتدی) الباذل (به، لان المفروض بعد الاجارة عدم تحقق الاخلاص) فانه یعید الصلاة للاجرة لا للقربة (و المفروض مع عدم تحقق الاخلاص عدم حصول نفع منه) ای من العمل (عائد الی المستأجر) لان الصلاة حینئذ باطلة، فلا یتمکن الباذل من الاقتداء حتی یعود إلیه نفع درک الجماعة.

(و ما یخرج بالاجارة عن قابلیة انتفاع المستأجر به) ای بذلک الشیء (لم یجز) ای لم یصح (الاستیجار علیه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۲

و من هذا القبیل الاستیجار علی العبادة لله اصالة لا نیابة و اهداء ثوابها الی المستأجر، فان ثبوت الثواب للعامل موقوف علی قصد الاخلاص المنفی مع الاجارة.

و ان کان حصول النفع غیر متوقف علی الاخلاص جاز الاستیجار علیه کبناء المساجد، و اعانة المحاویج.

فان من بنی لغیره مسجد اعاد الی الغیر نفع بناء المسجد، و هو ثوابه، و ان لم یقصد البناء من عمله الا اخذ الاجرة.

اذ الاستیجار للنفع، فما لا نفع فیه- سواء کان عدم النفع بالاصل، او بسبب الاجارة- لا یصح الاستیجار بالنسبة إلیه.

(و من هذا القبیل) الّذی یوجب الاستیجار عدم نفع فیه (الاستیجار علی العبادة لله اصالة) لاخذ المال (لا نیابة) عن المیت و ما اشبه (و اهداء ثوابها الی المستأجر) کان یستأجره لیصلی رکعتین و یهدی ثوابهما الی الباذل (فان ثبوت الثواب للعامل موقوف علی قصد الاخلاص) فی عبادته (المنفی) ذلک القصد (مع الاجارة).

(و ان کان حصول النفع غیر متوقف علی الاخلاص جاز الاستیجار علیه) لانطباق قواعد الاجارة علیه (کبناء المساجد، و اعانة المحاویج) فانهما و ان صحا عبادة، کذلک یقعان من غیر قصد الاخلاص.

(فان من بنی لغیره مسجد اعاد الی الغیر) الباذل للمال (نفع بناء المسجد، و هو ثوابه، و ان لم یقصد البناء من عمله الا اخذ الاجرة) فان قصد السبب کاف فی الثواب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۳

و كذا من استأجر غيره لاعانة المحاويج و المشى فى حوائجهم، فان الماشى لا يقصد الا الاجرة، الا ان نفع المشى عائد الى المستأجر. و من هذا القبيل استيجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات التى تقبل النيابة كالحج و الزيارة و نحوهما فان نيابة الشخص عن غيره فيما ذكر و ان كان مستحبا، الا ان ترتب الثواب للمنوب عنه و حصول هذا النفع له لا يتوقف على قصد النائب الاخلاص

(و كذا من استأجر غيره لاعانة المحاويج) كاسعاف المرضى، و قضاء الحوائج، و ما اشبه (و المشى فى حوائجهم، فان الماشى لا يقصد الا الاجرة الا ان نفع المشى عائد الى المستأجر) فان قصده شرعا معتبر فى الثواب عليه لصحة اسناد الفعل إليه، و ان صح اسناد الفعل الى المباشر باعتبار المباشرة أيضا.

(و من هذا القبيل) الّذى تصح فيه الاجارة و ان لم يقصد الاجير الاخلاص (استيجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات التى تقبل النيابة كالحج و الزيارة و نحوهما) ميتا كان المنوب عنه أم حيا، فان هناك امرين.

الاول: تنزيل النائب نفسه منزلة المنوب عنه، و هذا ان قصد به القربة دون الاجرة اثيب عليه، و ان قصد الاجرة لم يثب عليه.

الثانى: الاتيان بعمل المنوب عنه قربة الى الله تعالى (فان نيابة الشخص عن غيره فيما ذكر) من الحج و الزيارة (و ان كان مستحبا) لما ورد من الادلة على ذلك (الا ان ترتب الثواب للمنوب عنه، و حصول هذا النفع) اى الثواب (له) اى للمنوب عنه (لا يتوقف على قصد النائب الاخلاص

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۴

فى نيابته، بل متى جعل نفسه بمنزلة الغير، و عمل العمل بقصد التقرب الّذى هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابة انتفع المنوب عنه، سواء فعل النائب هذه النيابة بقصد الاخلاص فى امتثال او امر النيابة عن المؤمن أم لم يلتفت إليها اصلا، و لم يعلم بوجودها فضلا عن ان يقصد امتثالها.

الا ترى: ان اكثر العوام الذين يعملون الخيرات لامواتهم، لا يعلمون ثبوت الثواب لانفسهم فى هذه النيابة، بل يتخيل النيابة مجرد احسان الى الميت لا يعود نفع منه الى نفسه.

و التقرب الّذى يقصده النائب بعد جعل نفسه نائبا، هو تقرب المنوب

فى نيابته) و فى تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه (بل متى جعل نفسه بمنزلة الغير، و عمل العمل بقصد التقرب الّذى هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابة انتفع المنوب عنه، سواء فعل النائب هذه النيابة) اى نزل نفسه منزلة المنوب (بقصد الاخلاص فى امتثال او امر النيابة عن المؤمن، أم لم يلتفت إليها) اى الى تلك الاوامر (اصلا، و لم يعلم بوجودها) اى بوجود أوامر استحبابية للنيابة عن المؤمن (فضلا عن ان يقصد امتثالها) اذا لقصد فرع العلم.

(الا ترى: ان اكثر العوام الذين يعملون الخيرات لامواتهم، لا يعلمون ثبوت الثواب لانفسهم فى هذه النيابة، بل يتخيل) ذلك العامى ان (النيابة مجرد احسان الى الميت لا يعود نفع منه الى نفسه).

(و) ان قلت: فكيف يقصد القربة.

قلت: (التقرب الّذى يقصده النائب بعد جعل نفسه نائبا، هو تقرب المنوب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۱۵

عنه لا تقرب النائب، فيجوز ان ينوب لاجل مجرد استحقاق الاجرة عن فلان بان ينزل نفسه منزلته فى اتيان الفعل قربة الى الله.

ثم اذا عرض هذه النيابة الوجوب بسبب الاجارة، فالاجير غير متقرب فى نيابته، لان الفرض عدم علمه- احيانا- بكون النيابة راجحة

شرعا یحصل بها التقرب، لکنه متقرب بعد جعل نفسه نائبا عن غیره، فهو متقرب بوصف کونه بدلا و نائبا عن الغیر، فالتقرب یحصل للغیر.

عنه لا_ تقرب النائب) فکانه قال: انوب عن زید لاجل الاجرة حتی آتی بالحج قربة الی الله تعالی (فیجوز ان ینوب لاجل مجرد استحقاق الاجرة عن فلان، بان ینزل نفسه منزلته فی اتیان الفعل) اتیانا (قربة الی الله) تعالی.

(ثم اذا عرض) علی (هذه النیابة الوجوب بسبب الاجارة، فالاجیر غیر متقرب فی نیابته) فانه اتاها بقصد الاجرة (لان الفرض عدم علمه ای الاجیر (– احیانا– بکون النیابة راجحة شرعا یحصل بها التقرب).

و قد تقدم ان من لا یعلم شیئا کیف یمکنه القصد؟ (لکنه متقرب) بنفس العمل (بعد جعل نفسه نائبا عن غیره، فهو) لیس بمتقرب فی النیابة، و التنزیل، و انما (متقرب بوصف کونه بدلا و نائبا عن الغیر، فالتقرب یحصل للغیر).

و حصول التقرب للغیر– اذا کان هو السبب– واضح، لاستناد الفعل إلیه.

فلو اعطی زید عمروا دینارا لیزور عنه، کان زید– بسبب کونه باعثا لزیارة عمرو– متقربا.

و اما اذا لم یکن سببا، کما اذا ناب زید عن عمرو المیت فی الزیارة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۶

فان قلت الموجود فی الخارج من الاجیر لیس الا الصلاة عن المیت مثلا، و هذا متعلق الاجارة و النیابة فان لم یمکن الاخلاص فی متعلق الاجارة لم یترتب علی تلک الصلاة نفع للمیت، و ان امکن الاخلاص لم یناف لاخذ الاجرة– کما ادعیت–.

و

فحصول التقرب لعمرو تفضل منه سبحانه، دل علیه الدلیل.

فلا یقال: کیف یحصل القرب بما لیس الانسان سببه.

الم یقل سبحانه: کُلُّ امْرِئٍ بِمٰا کَسَبَ رَهِینٌ، و لم یقل: فَمَنْ یَعْمَلْ مِثْقٰالَ ذَرَّةٍ خَیْراً یَرَهُ.

لانه یقال الآیات لم تدل علی ترک التفضل، و انما دلت علی ان ثواب العمل صالحه و طالحه یصل الی الانسان، و اثبات الشیء لا ینفی ما عداه.

نعم فی جانب العقاب لا یمکن، لانه خلاف العدل، فلو سبب زید عصیان عمرو صح عقاب زید، اما لو عصی عمرو بنیة زید بدون تسبیب زید، لم یصح عقاب زید لانه: لٰا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ*.

(فان قلت الموجود فی الخارج من الاجیر) کما هو المشاهد (لیس الا الصلاة عن المیت مثلا، و هذا) العمل ای الصلاة– فی المثال– (متعلق الاجارة و النیابة) لان المستأجر آجره لیصلی (فان لم یمکن الاخلاص فی متعلق الاجارة لم یترتب علی تلک الصلاة نفع للمیت، و ان امکن الاخلاص) فی متعلق الاجارة (لم یناف) الاخلاص (لاخذ الاجرة– کما ادعیت–).

(و) ان قلت: ان النیابة و الصلاة شیئان، فالاول لا قربة فیه، و الثانی فیه القربة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۷

لیست النیابة عن المیت فی الصلاة المتقرب بها الی الله تعالی شیئا، و نفس الصلاة شیئا آخر، حتی یکون الاول متعلق للاجارة و الثانی موردا للاخلاص.

قلت: القربة المانع اعتبارها من تعلق الاجارة، هی المعتبرة فی نفس متعلق الاجارة، و ان اتحد خارجا، مع ما لا یعتبر فیه القربة مما لا یکون متعلقا للاجارة.

قلت: (لیست النیابة عن المیت فی الصلاة المتقرب بها الی الله تعالی شیئا، و نفس الصلاة شیئا آخر، حتی یکون الاول متعلقا للاجارة) بدون ضرر عدم قصد القربة فیه (و الثانی موردا للإخلاص) بدون دخل الاجارة فیه.

(قلت) بل هما شیئان حقیقة و شرعا و لذا یتصف کل منهما بوصف مخالف للآخر.

مثلا لو تبرع زید بالنیابة عن صلاة المیت الواجبة، کانت النیابة مستحبة و الصلاة واجبة، و لو آجر زید نفسه للنیابة عن زید فی زیارة الحسین علیه السلام، کانت النیابة واجبة لکونها متعلقة الاجارة، و کانت الصلاة مستحبة و ذلک یتضح ببیان مقدمة.

و هی ان (القربة المانع اعتبارها) شرعا (من تعلق الاجارة، هی المعتبرة فی نفس متعلق الاجارة) کالصلاة فی المثال (و ان اتحد) متعلق الاجارة (خارجا) و فی مقام الاداء (مع ما لا یعتبر فیه القربة مما لا یکون متعلقا للاجارة) فالقربة المانعة عن صحة الاجارة اعم من ان یکون معتبرا فی نفس مورد الاجارة، کان یستأجر للصلاة لنفسه- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۸

فالصلاة الموجودة فی الخارج علی جهة النیابة فعل للنائب من حیث انها نیابة عن الغیر، و بهذا الاعتبار ینقسم فی حقه الی المباح و الراجح و المرجوح.

و فعل للمنوب عنه- بعد نیابة النائب- یعنی تنزیل نفسه منزلة المنوب عنه فی هذه الافعال.

او یکون معتبرا فیما یتحد مع متعلق الاجارة، کان استأجره لتعلیم الفاتحة، فعلمه ایاها بقراءة الفاتحة فی ضمن الصلاة الواجبة، فان مورد الاجارة لیس نفس الصلاة بل هو التعلیم، و لکن جعله فی الخارج متحدا مع الصلاة التی یعتبر فیها القربة فلا یتحقق مورد الاجارة بهذا الفرد بل ان تمکن بعد ذلک من التعلیم بفرد آخر وجب، و الا امتنع العمل بمقتضی الاجارة، و لم یستحق بذلک الاجرة- هذا ما افاده المجاهد الشیرازی، فی شرح العبادة-.

(فالصلاة الموجودة فی الخارج علی جهة النیابة) أولا (فعل للنائب من حیث انها نیابة عن الغیر، و بهذا الاعتبار) ای باعتبار کونه فعلا للنائب (ینقسم فی حقه) ای فی حق النائب (الی المباح).

کما اذا لم یقصد امرا راجحا، ککونه محبوبا لله تعالی، و لا مرجوحا، ککونه قاصدا للریاء فی النیابة، فان هذا الریا، مرجوح و لیس بحرام (و الراجح و المرجوح).

(و) ثانیا (فعل للمنوب عنه- بعد نیابة النائب- یعنی تنزیل نفسه منزلة المنوب عنه فی هذه الافعال).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۱۹

و بهذا الاعتبار یترتب علیه الآثار الدنیویة و الاخرویة لفعل المنوب عنه الّذی لم یشترط فیه المباشرة.

و الاجارة یتعلق به بالاعتبار الاول.

و التقرب بالاعتبار الثانی.

فالموجود فی ضمن الصلاة الخارجیة فعلان

منتهی الامر کونه فعل المنوب عنه، بالتسبیب لا بالمباشرة.

و لذا یصح الاستناد الی المنوب عنه فیقال: ان فلانا- الباذل- بنی المسجد، و فلانا- الآمر- قتل زیدا، فی حین انه لم یکن منه الا البذل او الامر.

(و بهذا الاعتبار) ای باعتبار کونه فعلا للمنوب عنه (یترتب علیه الآثار الدنیویة و الاخرویة) من الثواب و اسقاط التکلیف فی مثل النیابة

فی الحج، اذا لم یتمکن المنوب عنه من المباشرة (لفعل المنوب عنه الّذی لم یشترط فیه المباشرة).

اذ لو شرط فیه المباشرة لم یصح من غیره، کالحج للمتمکن بدنا، و الصلاة و الصیام و ما اشبه.

(و الاجارة یتعلق به) ای بالفعل الخارجی (بالاعتبار الاول) ای باعتبار انه فعل للنائب.

(و التقرب) مشروط فی الفعل الخارجی (بالاعتبار الثانی) ای باعتبار انه فعل المنوب عنه.

(فالموجود فی ضمن الصلاة الخارجیة فعلان) ای اعتباران، و الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۰

نیابة صادرة عن الاجیر النائب فیقال: ناب عن فلان.

و فعل کانه صادر عن المنوب عنه، فیمکن ان یقال:- علی سبیل المجاز- صلی فلان و لا یمکن ان یقال ناب فلان.

فکما جاز اختلاف هذین الفعلین فی الآثار.

فلا ینافی اعتبار القربة فی الثانی جواز الاستیجار علی الاول الّذی لا یعتبر فیه القربة.

فالوجود الواحد لیس مصداقا لامرین، کما حقق فی محله.

الاول: (نیابة صادرة عن الاجیر النائب فیقال: ناب) زید (عن فلان).

(و) الثانی: (فعل کانه صادر عن المنوب عنه، فیمکن ان یقال:- علی سبیل المجاز- صلی فلان) کما یقال: بنی زید المسجد، و یقال بنی البناء المسجد (و لا یمکن ان یقال ناب فلان) ای المنوب عنه.

(فکما جاز اختلاف هذین الفعلین فی الآثار) بان یقال: ناب، بالنسبة الی النائب و لا یقال ناب، بالنسبة الی المنوب عنه.

و یصح ان یقال: بنی المسجد حقیقة بالنسبة الی البناء، و بنی المسجد مجازا، بالنسبة الی الباذل.

(فلا ینافی اعتبار القربة فی الثانی) ای باعتبار کونه فعل المنوب عنه (جواز الاستیجار) المنافی للقربة (علی الاول) ای باعتبار کونه فعل النائب (الّذی لا یعتبر فیه) قصد (القربة) اذ تنزیل الانسان نفسه منزلة انسان آخر لا یحتاج الی قصد القربة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۱

و قد ظهر مما قررناه وجه ما اشتهر بین المتأخرین فتوی و عملا، من:

جواز الاستیجار علی العبادات للمیت.

و ان الاستشکال فی ذلک بمنافات ذلک لاعتبار التقرب فیها ممکن الدفع خصوصا بملاحظة ما ورد من الاستیجار للحج.

و دعوی خروجه بالنص فاسدة، لان مرجعها الی عدم اعتبار القربة فی الحج.

(و قد ظهر مما قررناه) من عدم التنافی بین الاستیجار، و بین قصد القربة (وجه ما اشتهر بین المتأخرین فتوی و عملا، من: جواز الاستیجار علی العبادات للمیت) و ان الاجیر یأخذ الاجرة لتنزیل نفسه منزلة المیت و اذا اتی بالصلاة قصد القربة، فالقربة فی فعل المنوب عنه، و الاجرة فی فعل نفسه بتنزیل النفس منزلة المیت.

(و) ظهر (ان الاستشکال فی ذلک) الاستیجار عن المیت فی العبادة (بمنافات ذلک) الاستیجار (لاعتبار التقرب فیها) ای فی العبادة (ممکن الدفع) بما تقدم من انه فعلان (خصوصا بملاحظة ما ورد من الاستیجار للحج).

فقد استأجر الامام الصادق علیه السلام رجلا لان یحج عن ولده اسماعیل، الی غیر ذلک من الروایات الکثیرة الدالة علی ذلک.

(و دعوی خروجه) ای خروج الاستیجار للحج (بالنص) و الا فالاصل البطلان (فاسدة لان مرجعها) ای مرجع هذه الدعوی (الی عدم اعتبار القربة فی الحج) لانه اذا نافی الاستیجار للقربة و قد ورد الاستیجار،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۲

و اضعف منها دعوی ان الاستیجار علی المقدمات کما لا یخفی.

مع ان ظاهر ما ورد فی استیجار مولانا الصادق علیه السلام للحج عن ولده اسماعیل، کون الاجارة علی نفس الافعال.

[عدم جواز إتیان ما وجب بالإجارة عن نفسه]

ثم اعلم انه کما لا یستحق الغیر بالاجارة ما وجب علی المکلف علی وجه العبادة.

فاللازم ان نقول: بانه لا یشترط القربة، فانه اذا ثبت احد المتنافیین انتفی الآخر.

(و اضعف منها) ای من الدعوی المتقدمة (دعوی ان الاستیجار) للحج الّذی ورد به النص، انما کان (علی المقدمات) کالسیر الی المیقات و شراء ثوب الاحرام، و ما اشبه (کما لا یخفی).

اذ الصریح من تلک النصوص: کون الاستیجار علی نفس الحج.

هذا بالنسبة الی الروایات الدالة علی جواز الاستیجار.

(مع ان ظاهر ما ورد فی استیجار مولانا الصادق علیه السلام للحج عن ولده اسماعیل، کون الاجارة علی نفس الافعال) دون المقدمات، بل قد اثبت الامام علیه السلام ثوابا کبیرا للنائب حیث قال علیه السلام له ان لک تسع حجج و لولدی اسماعیل حجة واحدة.

(ثم اعلم انه کما لا- یستحق الغیر بالاجارة ما وجب علی المکلف علی وجه العبادة) فلا- یمکن ان یأتی عمرو عمل زید العبادی، کصلاة الظهر لان الصلاة خاصة بزید، و واجبة علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۳

کذلک لا یؤتی علی وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغیر منه بالاجارة

فلو استؤجر لاطافة صبیّ او مغمی علیه، فلا یجوز الاحتساب فی طواف نفسه کما صرح به فی المختلف، بل کذلک لو استوجر لحمل غیره فی الطواف کما صرح به جماعة تبعا للاسکافی لان المستأجر یستحق الحرکة المخصوصة علیه.

لکن ظاهر جماعة: جواز الاحتساب فی هذه الصورة، لان استحقاق

(کذلک لا یؤتی علی وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغیر منه بالاجارة).

ففی الاول عمرو لا یأتی بعمل غیره.

و فی الثانی عمرو لا یأتی بعمل نفسه.

(فلو استؤجر) بصیغة المجهول، بان استأجر زید عمروا (لإطافة صبیّ او مغمی علیه، فلا یجوز الاحتساب فی طواف نفسه) بان یحمل عمرو الصبی و یطوف و ینوی انه وفاء للاجارة، و طواف عن نفسه أیضا، (کما صرح به فی المختلف، بل کذلک) لا یصح ان یقصد طواف نفسه (لو استوجر لحمل غیره فی الطواف) بان کان الطواف عمل المحمول لا عمل الحامل- کما فی مثال الصبیّ- (کما صرح به جماعة تبعا للاسکافی).

و انما لا یصح ان یطوف الحامل لنفسه (لان المستأجر) الّذی بذل المال (یستحق الحرکة المخصوصة علیه) ای علی الاجیر.

(لکن ظاهر جماعة: جواز الاحتساب) ای احتساب الاجیر طواف نفسه (فی هذه الصورة) ای صورة حمل غیره فی الطواف (لان استحقاق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۴

الحمل غير استحقاق الاطافة به، كما لو استوجر لحمل متاع.

و فى المسألة اقوال، قال فى الشرائع، و لو حمله حامل فى الطواف امكن ان يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه، انتهى.

و قال فى المسالك: هذا اذا كان الحامل متبرعا، او حاملا بجعالة او كان مستأجرا للحمل فى طوافه.

اما لو استوجر للحمل مطلقا لم يحتسب للحامل، لان الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره، فلا يجوز صرفها الى نفسه، و فى المسألة

الحمل) اى حمل الاجير للمستأجر (غير استحقاق الاطافة به).

و المنافى لطواف نفسه استحقاق الاطافة، لا استحقاق الحمل (كما لو استوجر لحمل متاع) فكما انه لا ينافى حمل المتاع طواف نفس الاجير كذلك الاجارة لحمل انسان، لا ينافى طواف نفس الاجير.

(و فى المسألة اقوال، قال فى الشرائع: و لو حمله حامل فى الطواف امكن ان يحتسب كل منهما) الحامل و المحمول (طوافه عن نفسه، انتهى)

(و قال فى المسالك: هذا اذا كان الحامل متبرعا) لحمله (او حاملا بجعالة) مما ليس الحمل واجبا عليه (او كان مستأجرا) بصيغة المفعول اى كان الحامل مستأجرا (للحمل) فقط (فى طوافه) اى فى طواف نفسه.

(اما لو استوجر للحمل مطلقا) بدون ان يقيد الاجارة بانه يحمله فى طواف نفسه (لم يحتسب) طوافا (للحامل، لان الحركة المخصوصة) حول الكعبة (قد صارت مستحقة عليه) اى على الاجير (لغيره) الّذى هو المحمول (فلا يجوز) اى لا يصح (صرفها) اى الحركة (الى نفسه، و فى المسألة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۵

اقوال، هذا اجودها، انتهى.

و اشار بالاقوال الى القول بجواز الاحتساب مطلقا كما هو ظاهر الشرائع و ظاهر القواعد على اشكال.

و القول الآخر ما فى الدروس، من انه يحتسب لكل من الحامل و المحمول ما لم يستأجره للحمل لا فى طوافه، انتهى.

و الثالث: ما ذكره فى المسالك من التفصيل.

و الرابع: ما ذكره بعض محشى الشرائع، من استثناء صورة الاستيجار على

اقوال، هذا اجودها، انتهى) كلام المسالك.

(و اشار بالاقوال الى القول بجواز الاحتساب مطلقا كما هو ظاهر الشرائع و ظاهر القواعد على اشكال) فى اختيار القواعد له.

(و القول الآخر ما فى الدروس، من انه يحتسب لكل من الحامل و المحمول ما لم يستأجر للحمل لا فى طوافه، انتهى) فانه لا يصح من الحامل حينئذ.

و فى بعض النسخ «للحمل لا فى طوافه» اى اذا استأجره لان يحمله فقط بدون ان يطوف بنفسه فى حال حمله فانه لم يصح طواف الحامل حينئذ لانه خلاف مقتضى الاجارة هذا و لم يحضرنى كتاب «الدروس» الّذى نقل منه الماتن حتى ارى ان الصحيح «للحمل فى طوافه» اوانه «للحمل لا فى طوافه» (و الثالث: ما ذكره فى المسالك من التفصيل) المتقدم.

(و الرابع: ما ذكره بعض محشى الشرائع، من استثناء صورة الاستيجار على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۲۶

الحمل.

و الخامس: الفرق بین الاستیجار للطواف به، و بین الاستیجار لحمله فی الطواف، و هو ما اختاره فی المختلف.

و بنی فخر الدین فی الایضاح جواز الاحتساب فی صورة الاستیجار للحمل- التی استشکل والده ره فیها- علی ان ضم نیة التبرد الی الوضوء قادح، أم لا.

الحمل) من قول الشرائع: بانه یحتسب لهما مطلقا، سواء کان استیجارا او حملا تبرعیا.

(و الخامس: الفرق بین الاستیجار للطواف به، و بین الاستیجار لحمله فی الطواف).

ففی الاول لا یصح طوافه لنفسه.

و فی الثانی یصح طوافه لنفسه (و) هذا القول (هو ما اختاره فی المختلف) کما تقدم.

(و بنی فخر الدین فی الایضاح جواز الاحتساب) ای احتساب الحامل لنفسه (فی صورة الاستیجار للحمل- التی استشکل والده ره فیها علی ان ضم نیة التبرد الی الوضوء قادح، أم لا).

فان قلنا: بقدح نیة المباح فی العبادة لزم القدح هنا، لان الحمل ضمیمة مباحة- ذاتا- فیقدح فی نیة الحامل الطواف لنفسه.

و ان قلنا بعدم قدحه، کان اللازم عدم القدح هنا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۷

و المسألة مورد نظر، و ان کان ما تقدم من المسالک لا یخلو عن وجه.

[أخذ الأجرة علی الأذان]

ثم انه قد ظهر مما ذکرناه من عدم جواز الاستیجار علی المستحب، اذا کان من العبادات انه لا یجوز اخذ الاجرة علی اذان المکلف لصلاة نفسه- اذا کان مما یرجع نفع منه الی الغیر یصح لاجله الاستیجار- کالاعلام بدخول الوقت، او الاجتزاء به فی الصلاة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۴، ص: ۱۲۷

و کذا اذان المکلف للاعلام عند الاکثر کما عن الذکری، و علی الاشبه کما فی الروضة

(و المسألة مورد نظر، و ان کان ما تقدم من المسالک لا یخلو عن وجه).

اقول: فی بعض الروایات الدلالة علی ان الحمل فی الطواف کاف لهما، و اطلاقه شامل للاجارة و تفصیل الکلام فی محله فی کتاب الحج.

(ثم انه قد ظهر مما ذکرناه من عدم جواز الاستیجار علی المستحب، اذا کان من العبادات) تنافی الاجرة و القربة (انه لا یجوز اخذ الاجرة علی اذان المکلف لصلاة نفسه- اذا کان مما یرجع نفع منه الی الغیر یصح لاجله الاستیجار-).

و هذا الشرط لاجل انه لو لم یکن له نفع یعود الی المستأجر لم تصح الاجارة لما تقدم.

و مثال ما له نفع عائد الی المستأجر (کالاعلام بدخول الوقت) مما یستفید منه المستأجر (او الاجتزاء به فی الصلاة) فانه یصح الاجتزاء باذان الغیر

(و کـذا اذان المکلف للاعلام عنـد الاکثر) فانهم اجازوا اخـذ الاجرة له (کما عن الـذکری) نسـبته الی الاکثر (و علی الاشـبه کما فی الروضة) فی الروضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۸

و هو المشهور کما فی المختلف، و مذهب الاصحاب الا من شذّ، کما عنه و عن جامع المقاصد، و بالاجماع کما عن محکی الخلاف بناء علی انها عبادة یعتبر فیها وقوعها لله تعالی، فلا یجوز ان یستحقها الغیر.

و فی روایة زید بن علی، عن آبائه، عن علی علیه السـلام، انه اتاه رجل، فقال له: و الله انی احبک لله فقال له لکنی ابغضک لله، قال: و لم؟

قال: لانک تبغی فی الاذان اجرا، و تأخذ علی تعلیم القرآن اجرا.

و فی روایة حمران الواردة فی فساد الدنیا و اضمحلال الدین- و فیها

«علی الاشهر» (و هو المشهور کما فی المختلف، و مذهب الاصحاب الا من شذ، کما عنه) ای عن المختلف.

و کان الشیخ رأی العبارة الاولی فی المختلف، و لم یر العبارة الثانیة، و لذا قال فی الاول «فی» و فی الثانی «عنه» (و عن جامع المقاصد و بالاجماع کما عن محکی الخلاف) لشیخ الطائفة (بناء علی انها عبادة یعتبر فیها وقوعها لله تعالی).

و قد تقدم ان الاجرة و القربة متنافیتان (فلا یجوز ان یستحقها الغیر) بالاجارة و نحوها.

(و فی روایة زید بن علی، عن آبائه عن علی علیه السـلام، انه اتاه رجل فقال له: و الله انی احبک لله، فقال له) علی علیه السـلام (لکنی ابغضـک لله، قـال: و لم؟ قال: لانک تبغی فی الاذان اجرا، و تأخـذ علی تعلیم القرآن اجرا) فتبین منه حرمـة اخـذ الاجرة، لان الامام لا یبغض مؤمنا لعمل مکروه.

(و فی روایة حمران الواردة فی فساد الدنیا و اضمحلال الدین- و فیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۲۹

قوله علیه السلام-: و رأیت الاذان بالاجرة و الصلاة بالاجر.

و یمکن ان یقال: ان مقتضـی کونها عبادة، عدم حصول الثواب اذا لم یتقرب بها، لا فساد الاجارة، مع فرض کون العمل مما ینتفع به و ان لم یتقرب به.

نعم لو قلنا: بان الاعلام بدخول الوقت المستحب کفایة لا یتأتی بالاذان الّذی لا یتقرب به، صح ما ذکر، لکن لیس کذلک.

و اما الروایة فضعیفة.

قوله علیه السلام-: و رأیت الاذان بالاجرة و الصلاة بالاجر).

لعله اشارة الی بعض شباب المسلمین الذین یأخذون الاجرة من آبائهم للقیام بصلاتهم الواجبة.

(و یمکن ان یقال: ان مقتضـی کونها عبادة، عـدم حصول الثواب اذا لم یتقرب بها، لافساد الاجارة، مع فرض کون العمل مما ینتفع به) المستأجر (و ان لم یتقرب به) کما لو اراد الاعلام لیأذن له سیده فی الانصراف مثلا-.

(نعم لو قلنا: بان الاعلام بـدخول الوقت المسـتحب کفایـة) ذلک الاعلام (لا یتأتی بالاذان الّذی لا یتقرب به، صـح ما ذکر) من فساد الاجارة لان قصد المستأجر هو الاعلام، و لم یحصل (لکن لیس کذلک) اذا الاعلام لا علاقة له بالتقرب.

(و اما الروایة فضـعیفة) سـند او دلالة، لان المبغوضیة یمکن ان تکون لاجل ترک الوظیفة الدینیة و لا دلیل علی ان کل ما کان یبغضه الامام کان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۱۳۰

و من هنا استوجه الحكم بالكراهة فى الذكرى، و المدارك، و مجمع البرهان، و البحار، بعد ان حكى عن علم الهدى ره.

و لو اتضحت دلالة الروايات امكن جبر سند الاولى بالشهرة، مع ان رواية حمران حسنة على الظاهر بابن هاشم.

[أخذ الأجرة على الإمامة]

و من هنا يظهر وجه ما ذكروه فى هذا المقام من حرمة اخذ الاجرة على الامامة

حراما.

و قد تقدم معنى انه عليه السلام ما كان يكره الحلال فراجع.

(و من هنا) الضعف سندا و دلالة (استوجه الحكم بالكراهة) لاخذ الاجرة على الاذان (فى الذكرى، و المدارك، و مجمع البحرين، و البحار بعد ان حكى عن علم الهدى) السيد المرتضى (ره) القول بالكراهة.

(و لو اتضحت دلالة الروايات) بان كانت دالة على الحرمة عرفا (امكن جبر سند الاولى بالشهرة، مع ان رواية حمران حسنة على الظاهر بابن هاشم) بل قد حقق جملة من المحققين وثاقة ابن هاشم.

و يدل عليه أيضا فى الجملة خبر السكونى قال النبى صلى الله عليه و آله لعلى عليه السلام: و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على اذانه اجرا.

(و من هنا) حيث ظهر وثاقة رواية حمران (يظهر وجه ما ذكروه فى هذا المقام من حرمة اخذ الاجرة على الامامة).

لان رواية حمران مشتملة عليه، مضافا الى ما تقدم من المنافات بين القربة و الاجرة.

اللهم الا ان يقال: انه لا علاقة للخبر بالامامة، بل الخبر فيمن يأخذ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۴، ص: ۱۳۱

مضافا الى موافقتها للقاعدة المتقدمة، من ان ما كان انتفاع الغير به موقوفا على تحققه على وجه الاخلاص، فلا يجوز الاستيجار عليه.

لان شرط العمل المستأجر عليه قابلية ايقاعه لاجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاء بالعقد و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك.

[ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة]

ثم ان من الواجبات التى يحرم اخذ الاجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة- بناء على

على اصل الصلاة الاجر.

و يدل على الحكم أيضا صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام:

لا تصل خلف من يبغى على الاذان و الصلاة بالناس اجرا، و لا تقبل شهادته خصوصا بملاحظة عدم قبول شهادته.

(مضافا الى موافقتها للقاعدة المتقدمة، من ان ما كان انتفاع الغير به موقوفا على تحققه على وجه الاخلاص، فلا يجوز الاستيجار عليه) لمنافاة الاجرة و القربة.

(لان شرط العمل المستأجر عليه قابلية ايقاعه لاجل استحقاق المستأجر له) اى لذلك العمل (حتى يكون) الاتيان به (وفاء بالعقد) الايجارى (و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك) اى لاتيانه لاجل استحقاق المستأجر، اذ بمجرد قصد الاجرة لا تكون عبادة.

(ثم ان من الواجبات التی یحرم اخذ الاجرة علیها عند المشهور تحمل الشهادة) فی الامور المحتاجة الی الشهادة (- بناء علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۲

وجوبه- کما هو احد الاقوال فی المسألة لقوله تعالی: وَ لا یَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا، المفسر فی الصحیح بالدعاء للتحمل.

و کذلک اداء الشهادة لوجوبه عینا، او کفایة.

و هو مع الوجوب العینی واضح.

و اما مع الوجوب الکفائی، فلان المستفاد من ادلة الشهادة کون

وجوبه-) ای وجوب التحمل (کما هو احد الاقوال فی المسألة).

و انما قالوا بالوجوب (لقوله تعالی: وَ لا یَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا) و هذه الآیة محتملة لکل من التحمل و الاداء، و للاعم منهما، بل لا یبعد ظهورها فی الاداء، لان التسمیة بالشهداء قبل التحمل مجاز بالمشارفة.

و لذا قال المصنف: (المفسر فی الصحیح بالدعاء للتحمل) فاذا کان عدم الحضور حراما، کان الحضور واجبا، فیحرم اخذ الاجرة، لمنافات الاجرة لکونه مجعولا علی الشاهد قهرا و جبرا علیه.

(و کذلک) یحرم اخذ الاجرة فی (اداء الشهادة لوجوبه عینا) اذا کان الشاهد منحصرا فی العدد المعتبر (او کفایة) اذا کانت الشهود اکثر من القدر اللازم.

(و هو) ای تحریم اخذ الاجرة (مع الوجوب العینی، واضح) لانه اذا کان واجبا لزم ان یأتی الشاهد بها، فکیف یمکن ان یأخذ الاجرة علی ما یلزم ان یأتی به.

(و اما مع الوجوب الکفائی، فلان المستفاد من ادلة الشهادة کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۳

التحمل و الاداء حقا للمشهود له علی الشاهد، فالموجود فی الخارج، من الشاهد حق للمشهود له لا یقابل بعوض للزوم مقابلة حق الشخص بشیء من ماله، فیرجع الی اکل المال للباطل.

و منه یظهر انه کما لا یجوز اخذ الاجرة من المشهود له، کذلک لا یجوز من بعض من وجبت علیه کفایة، اذا استأجره لفائدة اسقاطها عن نفسه

التحمل) للشهادة (و الاداء حقا للمشهود له علی الشاهد) سواء کان الشاهد منحصرا، او غیر منحصر (فالموجود) ای الّذی یوجد (فی الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا یقابل بعوض).

لانه لو اعطی صاحب الحق المال، کان إعطاء للمال فی مقابل حق نفسه، من قبیل ان یعطی زید درهما فی مقابل ملکیته لدار نفسه.

و إلیه اشار بقوله: (للزوم مقابلة حق الشخص بشیء من ماله فیرجع) اخذ الشاهد للمال (الی اکل المال للباطل) لانه لم یدفع شیئا لنفسه، فکیف یأخذ مالا.

(و منه) ای من هذا الدلیل الّذی ذکرنا انه لا یجوز اخذ شیء فی مقابل اداء الشهادة (یظهر انه کما لا یجوز اخذ الاجرة من المشهود له کذلک لا یجوز) اخذ الاجرة (من بعض من وجبت علیه کفایة اذا استأجره لفائدة اسقاطها) ای الشهادة (عن نفسه).

مثلا: سمع زید و عمرو بالعقد، فلما اراد صاحب العقد ان یحضر زیدا للشهادة، اعطی زید لعمرو دینارا لیشهد، حتی تسقط الشهادة عن زید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۴

ثم انه لا فرق فی حرمهٔ الاجرهٔ بین توقف التحمل او الاداء علی قطع مسافهٔ طویلهٔ، و عدمه.

نعم لو احتاج الی بذل مال، فالظاهر عدم وجوبه.

و لو امکن احضار الواقعهٔ عند من یراد تحمله للشهادهٔ، فله ان یمتنع من الحضور و یطلب الاحضار.

(ثم انه لا فرق فی حرمهٔ الاجرهٔ بین توقف التحمل او الاداء علی قطع مسافهٔ طویلهٔ، و عدمه) لان المسافهٔ اذا کانت مقدمهٔ للواجب، وجبت الا اذا کان هناک ضرر علی الشاهد فی قطع المسافهٔ او کان للشهادهٔ واجب مزاحم، فانه لا یلزم حینئذ.

(نعم لو احتاج) قطع المسافهٔ (الی بذل مال، فالظاهر عدم وجوبه) لادلهٔ لا ضرر.

و احتمال وجوب البذل من جههٔ انه مقدمهٔ للواجب لیس فی محله لان الظاهر من الادلهٔ وجوب الفعل لا وجوب غیره، کادلهٔ تجهیز المیت و لذا قالوا بعدم وجوب التبرع بالکفن.

(و لو امکن احضار الواقعهٔ عند من یراد تحمله للشهادهٔ، فله ان یمتنع من الحضور) بالذهاب الی محل الواقعهٔ، و یقول لهم احضروا الواقعهٔ عندی حتی اشهد (و یطلب الاحضار) و له حینئذ ان یأخذ الاجرهٔ لاجل الحضور کما تقدم فی مسألهٔ الدفن ان اراد الولی حفر القبر فی مکان خاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۵

[حکم الارتزاق من بیت المال]

بقی الکلام فی شیء، و هو: ان کثیرا من الاصحاب صرحوا فی کثیر من الواجبات و المستحبات التی یحرم اخذ الاجرهٔ علیها بجواز ارتزاق مؤدیها من بیت المال المعد لمصالح المسلمین و لیس المراد اخذ الاجرهٔ او الجعل من بیت المال لان ما دل علی تحریم العوض لا فرق فیه بین کونه من بیت المال او من غیره بل حیث استفدنا من دلیل الوجوب کونه حقا للغیر یجب ادائه إلیه عینا او کفایهٔ فیکون اکل المال بإزائه اکلا له بالباطل، کان اعطائه العوض من بیت

(بقی الکلام فی شیء، و هو: ان کثیرا من الاصحاب صرحوا فی کثیر من الواجبات و المستحبات التی یحرم اخذ الاجرهٔ علیها) کالقضاء و الاذان و ما اشبه (بجواز ارتزاق مؤدیها) ای الّذی یؤدی تلک التکالیف (من بیت المال المعد لمصالح المسلمین).

(و لیس المراد) من الارتزاق (اخذ الاجرهٔ او الجعل من بیت المال، لان ما دل علی تحریم العوض، لا فرق فیه بین کونه من بیت المال او من غیره).

للمنافات بین الاجرهٔ و بین القربهٔ، او بین کون الشیء حقا لاحد، و بین القربهٔ فکیف یؤخذ فی مقابله الاجرهٔ.

فانه لا فرق فی هذه الادلهٔ بین کون الاجرهٔ من بیت المال او من غیره.

(بل حیث استفدنا من دلیل الوجوب کونه حقا للغیر) بحیث (یجب ادائه إلیه عینا او کفایهٔ) ان کان غیره فکفایهٔ، و إلا فعینا (فیکون اکل المال بإزائه اکلا له بالباطل، کان اعطائه العوض من بیت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۶

المال اولی بالحرمهٔ، لانه تضییع له و اعطاء مال المسلمین بإزاء ما یستحقه المسلمون، علی العامل.

بل المراد انه اذا قام المکلف بما یجب علیه- کفایهٔ او عینا- مما یرجع الی مصالح المسلمین و حقوقهم کالقضاء و الافتاء و الاذان و الاقامهٔ و نحوها، و رأی ولی المسلمین المصلحهٔ فی تعیین شیء من بیت المال له فی الیوم و الشهر او السنهٔ، من جههٔ قیامه بذلک الامر لکونه فقیرا یمنعه القیام بالواجب المذکور عن تحصیل ضروریاته، فیعین له ما یرفع حاجته و ان کان ازید

المال اولى بالحرمة لانه) اى الاعطاء (تضييع له) اى لمال المسلمين (و اعطاء مال المسلمين بإزاء ما يستحقه المسلمون، على العامل) فان المسلمين يستحقون القضاء مثلا مجانا، فكيف يعطى القاضى، العوض من بيت مالهم المعد لمصالحهم.

و قوله: اعطاء عطف على «تضييع».

(بل المراد) من الارتزاق (انه اذ اقام المكلف بما يجب عليه- كفاية او عينا- مما يرجع الى مصالح المسلمين و حقوقهم) «مما» بيان «ما يجب» (كالقضاء و الافتاء و الاذان و الاقامة و نحوها، و رأى ولى المسلمين) الّذى بيده بيت المال (المصلحة فى تعيين شيء من بيت المال له فى اليوم او الشهر او السنة، من جهة قيامه بذلك الامر) «من جهة» علة «رأى المصلحة» (لكونه فقيرا يمنعه القيام بالواجب المذكور) او المستحب المذكور (عن تحصيل ضرورياته، فيعين) الحاكم الشرعى (له ما يرفع حاجته و ان كان ازيد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۷

من اجرة المثل، او اقل منها.

و لا فرق بين ان يكون تعيين الرزق له بعد القيام، او قبله حتى انه لو قيل له: اقض فى البلد و انا اكفيك مئونتك من بيت المال جاز، و لم يكن جعالة.

و كيف كان فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق الا مع الحاجة على وجه يمنعه القيام بتلك المصلحة عن اكتساب المئونة.

فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنعه القيام بتلك المصلحة غير جائز.

من اجرة المثل، او اقل منها) لان المناط المصلحة، لا الاجرة.

(و لا فرق بين ان يكون تعيين الرزق له بعد القيام) بتلك الواجبات و المستحبات (او قبله حتى انه) بهذه الصورة (لو قيل له: اقض فى البلد و انا اكفيك مئونتك من بيت المال) مما صورته كالاجارة او الجعالة (جاز، و لم يكن جعالة) هذا خبر قوله «انه اذا قام» و قوله «حتى انه» وصلية.

و الحاصل: ان عنوان الارتزاق غير عنوان الاجارة، و الجعالة، و ان افاد فائدتهما، كما لا يخفى.

(و كيف كان فمقتضى القاعدة) لدى الشيخ المصنف رحمه الله (عدم جواز الارتزاق الا مع الحاجة على وجه يمنعه القيام بتلك المصلحة) الواجبة او المستحبة (عن اكتساب المئونة).

(فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنعه القيام بتلك المصلحة غير جائز) اذ الامر واجب، و بيت المال للمصالح، و لا مصلحة فى الدفع منه الى الاغنياء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۳۸

و يظهر من اطلاق جماعة فى باب القضاء خلاف ذلك.

بل صرح غير واحد بالجواز، مع وجدان الكفاية.

[خاتمة تشتمل على مسائل]

اشارة

خاتمة تشتمل على مسائل:

[المسألة الأولى: فى حرمة بيع المصحف]

اشارة

الاولی: صرح جماعة- کما عن النهایة و السرائر و التذکرة و الدروس و جامع المقاصد- بحرمة بیع المصحف و المراد به- کما صرح به فی الدروس- خطه.

و ظاهر المحکی عن نهایة الاحکام: اشتهارها بین الصحابة، حیث

(و یظهر من اطلاق جماعة) جواز ارتزاق القاضی (فی باب القضاء خلاف ذلک) و انه یجوز ارتزاق القاضی حتی مع غناه.

(بل صرح غیر واحد بالجواز، مع وجدان الکفایة) ای الکفایة المالیة للقاضی، و هذا هو الاظهر، لان بیت المال لا یخص الفقراء، بل لمصالح المسلمین، فاذا رأی الامام الصلاح فی اعطائه جاز، بدون اشتراط ان یکون فقیرا، بل یدل علی ذلک اطلاق الروایات، خصوصا عهد الامام الی مالک الاشتر رحمه الله.

(خاتمة تشتمل علی مسائل).

(الاولی: صرح جماعة- کما عن النهایة و السرائر و التذکرة و الدروس و جامع المقاصد- بحرمة بیع المصحف) بتثلیث المیم: القرآن الحکیم (و المراد به-) ای بالمصحف المحرم بیعه (کما صرح به فی الدروس-: خطه) فی مقابل الجلد و ما اشبه.

(و ظاهر المحکی عن نهایة الاحکام: اشتهارها بین الصحابة، حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۳۹

تمسک علی الحرمة بمنع الصحابة.

و علیه تدل ظواهر الاخبار المستفیضة.

ففی موثق سماعة: لا تبیعوا المصاحف، فان بیعها حرام، قلت: فما تقول فی شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتین و الحدید و الغلاف، و ایاک ان تشتری منه الورق، و فیه القرآن مکتوب، فیکون علیک حراما، و علی من باعه حراما.

و مضمرة عثمان بن عیسی، عن سماعة، قال سألته عن بیع المصاحف و شرائها، قال: لا تشتر کلام الله، و لکن اشتر الجلد و الحدید و الدفة، و

تمسک) النهایة، دلیلا (علی الحرمة بمنع الصحابة).

(و علیه) ای علی اشتهار الحرمة او علی التحریم (تدل ظواهر الاخبار المستفیضة).

(ففی موثق سماعة: لا تبیعوا المصاحف، فان بیعها حرام، قلت: فما تقول فی شرائها) کأنّ الراوی احتمل عدم التلازم بین حرمة البیع و حرمة الشراء (قال: اشتر منه) ای من المصحف او من البائع (الدفتین) الجلدین (و الحدید) الّذی کان یوضع فیه القرآن، کالقالب (و الغلاف) الّذی کان یغلف به الجلد، قبل الحدید (و ایاک ان تشتری منه الورق، و فیه القرآن مکتوب، فیکون علیک حراما، و علی من باعه حراما) خبر «فیکون» الاشتراء، المقدر.

(و مضمرة عثمان بن عیسی، عن سماعة، قال سألته عن بیع المصاحف و شرائها، قال: لا تشتر کلام الله، و لکن اشتر الجلد و الحدید و الدفة) کالمقوی الّذی یحیط به الجلد، او المراد بالجلد القالب الّذی یوضع فیه القرآن (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۰

قل: اشتری منک هذا بکذا و کذا.

و رواه فی الکافی، عن عثمان بن عیسی، عن سماعة، عن ابی عبد الله علیه السلام.

و روایة جراح المدائنیّ فی بیع المصاحف، قال: لا تبع الکتاب و لا تشتره، و بع الورق و الادیم و الحدید.

و روایة عبد الله بن سیابة، قال سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:

ان المصاحف لن تشتری، فاذا اشتریت، فقل: انما اشتری منک الورق و ما فیه من الادیم و حلیته، و ما فیه من عمل یدک بکذا و کذا.

و ظاهر قوله "ع: "ان المصاحف لن تشتری، انها لا یدخل فی ملک احد

قل: اشتری منک هذا بکذا و کذا) مبلغا من المال.

(و رواه فی الکافی، عن عثمان بن عیسی، عن سماعة، عن ابی عبد الله علیه السلام).

(و روایة جراح المدائنیّ فی بیع المصاحف، قال: لا تبع الکتاب و لا تشتره، و بع الورق و الادیم) ای الجلد (و الحدید).

(و روایة عبد الله بن سیابة، قال سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:

ان المصاحف لن تشتری، فاذا اشتریت) ای اردت الاشتراء، فان الفعل قد یستعمل بمعنی الإرادة، کقوله سبحانه: إِذا قُمْتُمْ إِلَی الصَّلٰاةِ، ای اردتم القیام الی الصلاة (فقل: انما اشتری منک الورق و ما فیه من الادیم و حلیته) ای الزینة (و ما فیه من عمل یدک بکذا و کذا) من المال.

(و ظاهر قوله "ع: "ان المصاحف لن تشتری، انها لا یدخل فی ملک احد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۱

علی وجه العوضیة عما بذله من الثمن، و انها اجل من ذلک.

و یشیر إلیه تعبیر الامام فی بعض الاخبار بکتاب الله و کلام الله الدال علی التعظیم.

و کیف کان، فالحکم فی المسألة واضح بعد الاخبار و عمل من عرفت حتی مثل الحلی الّذی لا یعمل باخبار الآحاد.

و ربما یتوهم هنا ما یصرف هذه الاخبار عن ظواهرها مثل روایة ابی بصیر، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام: عن بیع المصاحف و شرائها

اذ ظاهر الاوامر و النواهی المتعلقة بالمعاملات الوضع، فالمصاحف لا تدخل فی الملک (علی وجه العوضیة عما بذله من الثمن، و انها اجل من ذلک) ای من الاشتراء.

(و یشیر إلیه) ای کون المصاحف اجل من الاشتراء (تعبیر الامام فی بعض الاخبار بکتاب الله، و کلام الله الدال) من جهة الاضافة التشریفیة (علی التعظیم) و من المرتکز فی الاذهان ان الشیء العظیم الشریف لیس سلعة یباع و یشتری.

(و کیف کان، فالحکم فی المسألة واضح) بحرمة بیع المصحف (بعد الاخبار و عمل من عرفت) من الفقهاء (حتی مثل الحلی الّذی لا یعمل باخبار الآحاد) مما یدل علی ان الاخبار لدیه من المتواتر.

(و ربما یتوهم هنا ما یصرف هذه الاخبار عن ظواهرها مثل روایة ابی بصیر، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام: عن بیع المصاحف و شرائها،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۲

قال علیه السلام: انما کان یوضع الورق عند القامة و المنبر، قال: و کان بین الحائط و المنبر قدر ممر شاة او رجل و هو منحرف، فکان الرجل یأتی فیکتب السورة، و یجیء آخر، فیکتب السورة، کذلک کانوا، ثم انهم اشتروا بعد ذلک.

قلت: فما تری فی ذلک، قال اشتریه احب إلیّ من ان ابیعه.

و مثله روایة روح بن عبد الرحیم، و زاد فیه قلت: فما تری ان اعطی علی کتابته اجرا قال: لا بأس، و لکن هکذا کانوا یصنعون.

قال علیه السلام: انما کان یوضع الورق عند القامة) ای حائط مسجد رسول الله صلی الله علیه و آله، لانه کان قامة (و المنبر) للرسول صلی الله علیه و آله (قال: و کان بین الحائط و المنبر قدر ممر شاة او رجل و هو منحرف) بان یمر الرجل عرضا، لا کمرور الانسان، اذ المکان مکان ضیق (فکان الرجل یأتی فیکتب السورة، و یجیء آخر، فیکتب السورة) من القرآن الّذی کان موضوعا هناک للاستنساخ (کذلک کانوا) فی نقلهم القرآن (ثم انهم اشتروا بعد ذلک).

(قلت: فما تری فی ذلک) الاشتراء (قال اشتریه احب إلیّ من ان ابیعه) فانه یدل علی جواز کل من البیع و الشراء، الا ان فی البیع نوعا من الکراهیة.

(و مثله روایة روح بن عبد الرحیم، و زاد فیه قلت: فما تری ان اعطی علی کتابته اجرا قال: لا بأس، و لکن هکذا) استنساخا عن المصحف قرب الحائط و المنبر (کانوا یصنعون) انتهی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۳

فانها تدل علی جواز الشراء من جهة حکایته عن المسلمین بقوله: ثم انهم اشتروا بعد ذلک.

و قوله اشتریه احب الی من ان ابیعه.

و نفی البأس عن الاستیجار لکتابته- کما فی اخبار اخر غیرها- فیجوز تملک الکتابة بالاجرة، فیجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بیع المجموع المرکب منها، و من القرطاس، و غیرهما.

لکن الانصاف: ان لا دلالة فیها علی جواز اشتراء خط المصحف و انما تدل علی ان تحصیل المصحف فی

(فانها) ای الروایة (تدل علی جواز الشراء من) جهات من (جهة حکایته عن المسلمین بقوله) علیه السلام (ثم انهم اشتروا بعد ذلک) فان فعل المسلمین و لو لم یکن حجة فی نفسه، الا ان ذکر الامام له فی مقام الاستفتاء بدون الردع یدل علی ذلک.

(و) من جهة (قوله اشتریه احب الی من ان ابیعه).

(و) من جهة (نفی البأس عن الاستیجار لکتابته- کما فی اخبار اخر غیرها-) بل و الخبر السابق أیضا (فیجوز تملک الکتابة بالاجرة) اذ: اعطاء الاجرة، مثل اعطاء الثمن- عرفا- (فیجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها) ای بإزاء الخطوط التی هی القرآن (عند بیع المجموع المرکب منها، و من القرطاس، و غیرهما) کالحدید و الجلد.

(لکن الانصاف: ان لا دلالة فیها) ای فی هذه الاخبار (علی جواز اشتراء خط المصحف، و انما تدل علی ان تحصیل المصحف فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۴

الصدر الاول کان بمباشرة کتابته ثم قصرت الهمم فلم یباشروها بانفسهم، و حصّلوا المصاحف باموالهم شراء و استیجارا.

و لا دلالة فیه علی کیفیة الشراء، و ان الشراء و المعاوضة لا بد ان لا یقع الا علی ما عدا الخط، من القرطاس، و غیره.

و فی بعض الروایات دلالة علی ان الاولی- مع عدم مباشرة الکتابة بنفسه- ان یستکتب بلا شرط، ثم یعطیه ما یرضیه مثل روایة عبد الرحمن بن ابی عبد الله عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: ان أمّ عبد الله بنت

الصدر الاول کان بمباشرة) الناس بانفسهم (کتابته ثم قصرت الهمم فلم یباشروها) ای الکتابة (بانفسهم، و حصلوا المصاحف باموالهم شراء) للمصحف (و استیجارا) لکتابته.

(و لا دلالة فیه علی کیفیة الشراء، و ان الشراء و المعاوضة لا بد ان لا یقع الا علی ما عدا الخط، من القرطاس، و غیره).

ای لیست الروایة فی بیان هذه الجهة، حتی تبین ان الشراء و المعاوضة الخ.

لکن لا یخفی ان قوله علیه السلام: اشتریه احب الی، فیه دلالة علی جواز البیع و الشراء.

(و فی بعض الروایات دلالة علی ان الاولی- مع عدم مباشرة الکتابة بنفسه- ان یستکتب) ای یطلب من الکاتب الکتابة (بلا شرط) لمقدار الثمن (ثم یعطیه ما یرضیه مثل روایة عبد الرحمن بن ابی عبد الله عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: ان أمّ عبد الله بنت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۵

الحسن ارادت ان تکتب مصحفا، فاشترت ورقا من عندها و دعت رجلا فکتب لها علی غیر شرط، فاعطته- حین فرغ- خمسین دینارا و انه لم یبع المصاحف إلا حدیثا.

و مما یدل علی الجواز روایة عنبسة الوراق، قال: قلت: لابی عبد الله علیه السلام: انی رجل ابیع المصاحف، فان نهیتنی لم ابعها، قال الست تشتری ورقا و تکتب فیه؟ قلت: نعم، و اعالجها، قال: لا بأس بها و هی و ان کانت ظاهرة فی الجواز، الا ان ظهورها من حیث السکوت عن کیفیة البیع فی مقام الحاجة الی البیان.

فلا تعارض ما تقدم من الاخبار المتضمنة للبیان.

الحسن ارادت ان تکتب مصحفا، فاشترت ورقا من عندها و دعت رجلا فکتب لها علی غیر شرط، فاعطته- حین فرغ-) الرجل من الکتابة (خمسین دینارا).

ثم قال الصادق علیه السلام: (و انه لم یبع المصاحف الا حدیثا).

(و مما یدل علی الجواز) أیضا (روایة عنبسة الوراق، قال: قلت:

لابی عبد الله علیه السلام: انی رجل ابیع المصاحف، فان نهیتنی لم ابعها، قال) علیه السلام (الست تشتری ورقا و تکتب فیه؟ قلت: نعم، و اعالجها، قال: لا بأس بها) ای بالمبایعة (و هی و ان کانت ظاهرة فی الجواز، الا ان ظهورها من حیث السکوت عن کیفیة البیع فی مقام الحاجة الی البیان) لمصلحة اقتضت ذلک.

(فلا تعارض ما تقدم من الاخبار المتضمنة للبیان) و ان المبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۴۶

و کیف کان: فالاظهر فی الاخبار ما تقدم من الاساطین المتقدم إلیهم الاشارة.

[بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع و الشراء]

بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع و الشراء بعد فرض ان الکاتب للمصحف فی الاوراق المملوکة مالک للاوراق، و ما فیها من النقوش فان النقوش ان لم تعدّ من الاعیان المملوکة عرفا بل من صفات المنقوش الّذی یتفاوت قیمته بوجودها و عدمها

الجلد و ما اشبه.

لکن الانصاف: ان الجمع العرفی بین الطائفتین یقتضی کراهة البیع، لان البائع کان یبیع القرآن، و کذا سائر الاخبار الدالة علی الجواز.

(و کیف کان: فالاظهر فی الاخبار ما تقدم من الاساطین المتقدم إلیهم الاشارة) من الحرمة تکلیفا و وضعا.

(بقی الکلام فی المراد من حرمة البیع و الشراء بعد فرض ان الکاتب للمصحف فی الاوراق المملوکة مالک للاوراق، و) ل (ما فیها من النقوش) بناء علی ان النقش یدخل تحت الملک.

فلا يقال: ان كلام المصنف هنا، و كلامه «ان لم تعدّ» متهافت، للزوم وجود المقسم فى كل الاقسام، او المراد بقوله «مالك» الاعم من الملك و الاختصاص (فان النقوش ان لم تعدّ من الاعيان المملوكة عرفا بل من صفات المنقوش) الصفات (الّذى يتفاوت قيمته) اى قيمة النقش (بوجودها و عدمها) فان الخطّ شيء، و النقش شيء آخر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۷

فلا حاجة الى النهى عن بيع الخطّ فانه لا يقع بإزائه جزء من الثمن، حتى يقع فى حيّز البيع.

و ان عدّت من الاعيان المملوكة عرفا، فان فرض بقائها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد فيلزم شركته مع المشترى و هو خلاف الاتفاق و ان انتقلت الى المشترى

و لذا يمكن وجود الخط بدون وجود هذا النقش الخاص (فلا حاجة الى النهى عن بيع الخطّ فانه لا يقع بإزائه جزء من الثمن، حتى يقع) ذلك الجزء (فى حيّز البيع).

و الحاصل: ان النقش ان لم يكن ملكا، كان النهى عن بيعه لغوا اذ يكون حينئذ من قبيل: النهى عن بيع الهواء مما ليس بملك.

و على هذا جاز بيع المصحف- مطلقا- اى بدون ان يقيد كون المبيع الاوراق و ما اشبه.

(و ان عدّت) النقوش (من الاعيان المملوكة عرفا، فان فرض بقائها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد) لان المفروض ان القرآن الّذى هو النقوش لا يصح بيعها (فيلزم شركته مع المشترى) اذ القرآن حينئذ جلد و ورق و نقوش.

و قد انتقل الاول و لم تنتقل النقوش فيشترك البائع مع المشترى فى الامرين، الاول للمشترى و النقوش للبائع (و هو خلاف الاتفاق) بين العلماء، بل خلاف الضرورة.

(و ان) عدت النقوش من الاعيان المملوكة و (انتقلت الى المشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۸

فان كان بجزء من العوض.

فهو البيع المنهى عنه، لان بيع المصحف المركب من الخط و غيره ليس الا جعل جزء من الثمن بإزاء الخطّ.

و ان انتقلت إليه قهرا، تبعا لغيره لا لجزء من العوض نظير بعض ما يدخل فى المبيع فهو خلاف مقصود المتبايعين،

فان كان) الانتقال (بجزء من العوض) فالدينار مثلا وقع نصفه فى مقابل النقش، و نصفه فى مقابل الجلد و الورق.

(ف) هذا خلاف النصوص، لانه (هو البيع المنهى عنه، لان بيع المصحف المركب من الخط و غيره ليس الا جعل جزء من الثمن بإزاء الخط) فان مقابلة جزء الثمن للخط ليس فى المقام الا على وجه البيع.

(و ان انتقلت إليه) اى انتقلت النقوش المملوكة الى المشترى بدون كونها مقابلة لجزء الثمن، بل (قهرا، تبعا لغيره) من الجلد و الورق (لا) ان الانتقال كان (ل) مقابل (جزء من العوض) انتقالا (نظير بعض ما يدخل فى المبيع) كانتقال مفتاح الدار الى المشترى. مع انه ليس جزءا من الدار، و انتقال الاعواد التى يلقى عليها العنب الى المشترى و الحال انها ليست من اجزاء البستان، و هكذا (فهو خلاف مقصود المتبايعين).

لان المتبايعين يقصد ان أولا و بالذات النقوش، و ثانيا و بالعرض الجلد و الورق، و ليس كذلك مفتاح الدار فان المقصود أولا و بالذات الدار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۴۹

مع ان هذا كالتزام كون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه لا الورق و النقوش فان النقوش غير مملوكة بحكم الشارع

مجرد تکلیف صوری اذ لا اظن ان یعطل احکام الملک فلا تجری علی الخطّ المذکور

ثم اشکل المصنف اشکالا آخر بقوله: (مع ان هذا) ای انتقال النقوش الی المشتری قهرا (کالتزام) ای مثل التزام- الی قوله «مجرد تکلیف صوری»- ای کل واحد من انتقال النقوش، و من التزام کون المبیع الاوراق المقیدة بالنقوش، تکلیف صوری .. ف «مجرد تکلیف صوری» خبر «ان» و «کالتزام» عطف علی «هذا».

فان التزام انتقال النقوش، مثل التزام (کون المبیع هو الورق المقید بوجود هذه النقوش فیه) ای فی الورق (لا) کون المبیع (الورق و النقوش ف) التزام (ان النقوش غیر مملوکة بحکم الشارع) و «ان» عطف علی «کون» (مجرد تکلیف صوری) ای یلزم من هذین الاحتمالین ان الشرع انما حرم البیع صورة، لان نتیجة البیع «بالانتقال القهری» و «بانتقال الورق المقید بوجود هذه النقوش» حاصلة فی الاحتمالین.

نعم لا یسمی هذا بیعا صوریا.

و من المعلوم ان الشارع لا یحرم الاشیاء صورة، و انما یحرمها حقیقة.

و انما قلنا: ان التکلیف بالنهی عن البیع صوری (اذ لا اظن ان یعطل احکام الملک) بالنسبة الی النقوش (فلا تجری) احکام الملک (علی الخطّ المذکور).

مثلا: إذا محاه انسان لم یکن ضامنا، او اذا کان الخطّ معیبا لم یکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۰

اذا بنینا علی انه ملک عرفا قد نهی عن المعاوضة علیه، بل الظاهر: انه اذا لم یقصد بالشراء الا الجلد و الورق، کان الخطّ باقیا علی ملک البائع فیکون شریکا بالنسبة فالظاهر: انه لا مناص عن التزام التکلیف الصوری.

او یقال ان الخط لا یدخل فی الملک شرعا، و ان دخل فیه عرفا

للمشتری خیار الفسخ، و هکذا.

و الحاصل: ان احکام الملک تجری علی الخطّ (اذا بنینا علی انه ملک عرفا قد نهی عن المعاوضة علیه) اذ النهی لا یخرج الملک عن کونه ملکا (بل الظاهر: انه اذا لم یقصد) المشتری (بالشراء الا الجلد و الورق، کان الخط باقیا علی ملک البائع، فیکون) البائع (شریکا) مع المشتری (بالنسبة).

مثلا: اذا کان مجموع القرآن یسوی عرفا دینارا، و کان ثمن الخطّ الربع، کان للبائع ربع القرآن و هکذا.

و حیث انه لا یمکن الالتزام بالشرکة (فالظاهر: انه لا مناص عن التزام التکلیف الصوری) فالشارع حرم البیع صورة.

(او یقال ان الخطّ لا یدخل فی الملک شرعا، و ان دخل فیه عرفا).

فتحصل من جمیع ما ذکره المصنف ان فی حرمة بیع المصحف اشکالا یلزم الجواب عنه.

و الاشکال هو ان النقوش اما مملوکة أو لا، و علی فرض کونها مملوکة.

فاما ان تنتقل النقوش الی المشتری أو لا و علی فرض الانتقال.

فاما ان تنتقل إلیه فی مقابل جزء من الثمن، او تبعا لغیرها- و فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۱

فتأمل.

و لاجل ما ذکرنا التجاء بعض الی الحکم بالکراهة و اولویة الاقتصار فی

جمیع هذه الصور اشکال-.

(۱) اذ لو لم تکن النقوش مملوکهٔ لا معنی للنهی عن بیعها، اذ لا یقع بإزائها جزء من الثمن.

(۲) و اذا کانت مملوکهٔ، و لا تنتقل الی المشتری، لزم الاشتراک بین البائع و المشتری، و هو خلاف الضرورهٔ و الاجماع.

(۳) و ان انتقلت إلیه فی مقابل جزء من الثمن، فهو البیع المنهی عنه.

(۴) و ان انتقلت إلیه تبعا لغیرها، فهو خلاف قصد المتبایعین، لفرض انهما قصد ابیع الورق و الجلد فقط.

و قد اجاب المصنف عن هذا الاشکال بانه لا بدّ من الالتزام باحد الشقین من الشقوق الاربعهٔ، فنلتزم اما بصوریهٔ التکلیف، ای الانتقال القهری التبعی، و هو رابع الشقوق.

و اما بان الخط لا یدخل فی الملک شرعا و ان دخل فیه عرفا، فالخط قید للمبیع لا جزء له (فتأمل) فان کلا من هذین الاحتمالین أیضا محل اشکال- کما عرفت-

(و لاجل ما ذکرنا) من دوران الامر فی النهی عن البیع مدار الاحتمالات الاربعهٔ، و الاشکال فی جمیع الاحتمالات المذکورهٔ (التجاء بعض) للفرار من الاشکالات الواردهٔ علی حرمهٔ البیع (الی الحکم بالکراههٔ) و ان بیع المصحف مکروه، و لیس بحرام (و) ذلک بمعنی (اولویهٔ الاقتصار فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۲

المعاملهٔ علی ذکر الجلد و الورق بترک ادخال الخطّ فیه احتراما، و قد تعارف الی الآن تسمیهٔ ثمن القرآن هدیهٔ.

[بیع المصحف من الکافر و تملک الکفار للمصاحف]

ثم ان المشهور بین العلامهٔ ره و من تأخر عنه: عدم جواز بیع المصحف من الکافر علی الوجه الّذی یجوز بیعه من المسلم.

و لعلّه لفحوی ما دل علی عدم تملک الکافر للمسلم.

و ان الاسلام یعلو و لا یعلی علیه، فان الشیخ ره قد استدل به علی

المعاملهٔ علی ذکر الجلد و الورق بترک ادخال الخطّ فیه) ای فی التعامل (احتراما) للقرآن الکریم (و قد تعارف) لاجل ذلک الاحترام (الی الآن تسمیهٔ ثمن القرآن هدیهٔ) لئلا یکون له صورهٔ البیع.

(ثم ان المشهور بین العلامهٔ ره و من تأخر عنه: عدم جواز بیع المصحف من الکافر علی الوجه الّذی یجوز بیعه من المسلم).

و انما قال «علی الوجه» لئلا یقال: ان المصحف قد تقرر انه لا یجوز بیعه مطلقا حتی للمسلم، فما معنی اختصاص حرمهٔ البیع بالکافر.

و توضیحه ان نقله الی الکافر حرام (و لعله) ای التحریم (لفحوی ما دل علی عدم تملک الکافر للمسلم) فان المسلم اذا لم یدخل فی ملک الکافر لشرفه، کان القرآن اکثر شرافهٔ و لذا کان اللازم عدم دخوله فی ملک الکافر.

(و) لفحوی (ان الاسلام یعلو و لا یعلی علیه) او لان کون القرآن للکافر معناه ان الاسلام قد علی علیه (فان الشیخ ره قد استدل به) ای بقاعدهٔ: ان الاسلام لا یعلی علیه (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۳

عدم تملک الکافر للمسلم.

و من المعلوم: ان ملک الکافر للمسلم ان کان علوا علی الاسلام فملکه للمصحف اشد علوا علیه.

و لذا لم یوجد هنا قول بتملکه، و اجباره علی البیع، کما قیل به فی العبد المسلم.

عدم تملک الکافر للمسلم).

(و من المعلوم: ان ملک الکافر للمسلم ان کان علوا علی الاسلام فملکه) ای الکافر (للمصحف اشد علوا علیه).

(و لذا) الّذی ذکرنا من الاشدیة (لم یوجد هنا) فی المصحف (قول بتملکه) ای الکافر للمصحف (و اجباره علی البیع، کما قیل به) ای بالتملک و الاجبار علی البیع (فی العبد المسلم).

و قد یستدل لعدم الجواز، بانه هتک للمصحف، و الکافر ینجسه.

و بما رواه فی البحار عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: انه نهی ان یسافر بالقرآن الی ارض العدوّ مخافة ان یناله العدوّ، فان العلة عامة.

و قد اورد علی الکل بما هو مذکور فی المفصلات.

بل ربما یستدل علی الجواز بعد معلومیة التساوی بین کل القرآن و بعضه بان النبی صلّی اللّه علیه و آله: کان یکتب بآیات القرآن الی الکفار، کبسم اللّه الرحمن الرحیم، و قل یا اهل الکتاب و ما اشبه.

بالإضافة الی ان نقود بلاد الاسلام کان مکتوبا بأعلاها سورة من القرآن کما فی التواریخ، و لم ینقل انکار الائمة علیهم السلام للتعامل بها مع الکفار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۴

و حینئذ فلو کفر المسلم انتقل مصحفه الی وارثه، و لو کان الوارث هو الامام، هذا.

و لکن ذکر فی المبسوط فی باب الغنائم ان ما یوجد فی دار الحرب من المصاحف و الکتب التی لیست بکتب الزندقة و الکفر، داخل فی الغنیمة و یجوز بیعها.

و ظاهر ذلک تملک الکفار للمصاحف، و الا لم یکن وجه لدخولها فی الغنیمة، بل کانت من مجهول المالک المسلم و إرادة غیر القرآن من المصاحف بعیدة.

کما ان عدم انکار تعامل من بحکم الکفار، کالنواصب و من اشبه دلیل علی عدم الاشکال، فتأمل.

(و حینئذ) ای حین قلنا بالتحریم (فلو کفر المسلم انتقل مصحفه الی وارثه، و لو کان الوارث هو الامام) بان لم یکن له وارث، او کان الوارث ممنوعا من الارث مطلقا، او من إرث القرآن (هذا).

(و لکن ذکر فی المبسوط فی باب الغنائم ان ما یوجد فی دار الحرب من المصاحف و الکتب التی لیست بکتب الزندقة و الکفر، داخل فی الغنیمة و یجوز بیعها) و انما استثنی کتب الزندقة و الکفر، لانها لا تملک، فحالها حال الخمر و الخنزیر.

(و ظاهر ذلک تملک الکفار للمصاحف، و الا لم یکن وجه لدخولها فی الغنیمة، بل کانت) المصاحف (من مجهول المالک المسلم) المسلم صفة المالک (و إرادة غیر القرآن من المصاحف بعیدة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۵

[و الظاهر: أن أبعاض المصحف فی حکم الکل، إذا کانت مستقلة.]

و الظاهر: ان ابعاض المصحف فی حکم الکل، اذا کانت مستقلة.

و اما المتفرقة فی تضاعیف غیر التفاسیر من الکتب للاستشهاد بلفظه او معناه فلا یبعد عدم اللحوق لعدم تحقق الاهانة.

[فی إلحاق الأدعیة المشتملة علی أسماء الله تعالی]

و فی الحاق الادعیهٔ المشتملهٔ علی اسماء الله تعالی کالجوشن الکبیر

اللهم الا ان یقال: ان المراد الجلد و الورق بقرینهٔ قوله: و یجوز بیعها، و الکافر و ان لم یملک القرآن بمعنی النقوش، الا ان ملکه للورق و الجلد و ما اشبه لا ینبغی الاشکال فیه.

(و الظاهر: ان ابعاض المصحف) کسورهٔ، او کجزء، منه (فی حکم الکل) فی عدم جواز البیع، و عدم تملک الکافر له (اذا کانت مستقلهٔ) بعنوان انه مصحف.

و وجه کونه فی حکم الکل المناط الموجود فی الکل، اذ لا خصوصیهٔ للمجموع من حیث المجموع.

(و اما) الاجزاء (المتفرقهٔ فی تضاعیف) و ثنایا (غیر التفاسیر من الکتب للاستشهاد بلفظه او معناه) کالمتفرق فی کتاب «المغنی» و غیره، من کتب الادب و الفقه و القصص و ما اشبه (فلا یبعد عدم اللحوق) بالکل (لعدم تحقق الاهانهٔ) للقرآن اذا بیع للکافر.

و عدم تحقق العلو من الکافر، له عرفا.

اما المتفرق فی ضمن التفسیر فلا اشکال فی صدق القرآن علیه و ان کان جزءا من التفسیر.

(و فی الحاق الادعیهٔ المشتملهٔ علی اسماء الله تعالی کالجوشن الکبیر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۵۶

مطلقا او مع کون الکافر ملحدا بها دون المقرّ بالله المحترم لا سمائه لعدم الاهانهٔ و العلوّ وجوه.

[و فی إلحاق الأحادیث النبویة بالقرآن وجهان]

و فی الحاق الاحادیث النبویهٔ بالقرآن وجهان، حکی الجزم به عن الکرکی، و فخر الدین قدس سرهما، و التردد بینهما عن التذکرهٔ و علی اللحوق فیلحق اسم النبی (ص) بطریق اولی، لانه اعظم من کلامه.

بالقرآن الکریم فی عدم جواز بیعه للکافر (مطلقا) للمناط، او عدم الالحاق مطلقا، لعدم الدلیل الا الاجماع و بعض الوجوه المتقدمهٔ فی القرآن مما لا یأتی فی الادعیهٔ (او) الالحاق (مع کون الکافر ملحدا بها دون المقرّ بالله المحترم) بصیغهٔ الفاعل (لاسمائه لعدم الاهانهٔ و العلوّ) حینئذ.

اما عدم الاهانهٔ فواضح.

و اما عدم العلو، فلان مثل هذا الکافر یجعل الدعاء اعلی منه، لا انه یجعل نفسه اعلی من الدعاء (وجوه) و احتمالات.

(و فی الحاق الاحادیث النبویهٔ) و المرویهٔ عن الأئمهٔ الطاهرین، و مثلهما الاحادیث القدسیهٔ (بالقرآن وجهان، حکی الجزم به) ای بالالحاق (عن الکرکی، و فخر الدین قدس سرهما) للمناط و قاعدهٔ:

الاسلام یعلو (و التردد بینهما) ای بین اللحوق و عدم اللحوق (عن التذکرهٔ و) بناء (علی اللحوق) للاحادیث بالقرآن الحکیم (فیلحق أیضا (اسم النبی صلی الله علیه و آله بطریق اولی، لانه اعظم من کلامه) و فیه نظر واضح، اذ الاسم لیس اعظم من الکلام عرفا و لذا لم یقل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۷

و حينئذ فيشكل ان يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبة فى زماننا المكتوب عليها اسم النبى صلى الله عليه و آله، الا ان يقال: ان المكتوب فيها غير مملوك عرفا، و لا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث انه اسمه صلى الله عليه و آله جزء من الثمن، فهو كاسمه المبارك المكتوب على سيف، او على باب دار، او جدار.

احد بكراهة ذكر الحائض و الجنب اسم اللّه، مع انه لا خلاف فى كراهة قراءتهما القرآن.

(و حينئذ) اى حين قلنا: بإلحاق الاسم بالأحاديث (فيشكل ان يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبة فى زماننا) اى زمان المصنف. اما زمننا فقد انتقل الذهب و الفضة الى حوزة الكافرين و بدلوهما بالورق (المكتوب عليها اسم النبى صلى الله عليه و آله، الا ان يقال: ان المكتوب فيها غير مملوك عرفا، و لا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك) للنبى صلى الله عليه و آله (من حيث انه اسمه صلى الله عليه و آله جزء من الثمن).

نعم فيه تسليط للكافر على اسمه.

فلو قلنا بانه من مصاديق علو الكافر كان حراما من هذه الجهة (فهو) اى اسمه الشريف على النقد (كاسمه المبارك المكتوب على سيف، او على باب دار، او جدار) مما ليس بإزائه ثمن عرفا، فلا بأس ببيع الدار و السيف للكافر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۸

الا ان يقال: ان مناط الحرمة التسليط لا المعاوضة، بل و لا التمليك و يشكل أيضا من جهة مناولتها الكافر مع العلم العادى بمسّه اياه خصوصا مع الرطوبة.

[المسألة الثانية فى جوائز السلطان]

اشارة

الثانية جوائز السلطان و عماله بل مطلق المال الماخوذ منهم مجانا او عوضا

(الا ان يقال) ان عدم كونه فى مقابل جزء من الثمن لا يصحح جواز تسليط الكافر عليه.

اذ: (ان مناط الحرمة التسليط) للكافر، لقاعدة: الاسلام يعلو و لا يعلى عليه (لا المعاوضة، بل و لا التمليك) حتى يقال: لا معاوضة و لا تمليك فى البين.

(و يشكل) نقل النقد الى الكافر (أيضا من جهة مناولتها الكافر) و ان لم يكن بيعا و لا تمليكا (مع العلم العادى بمسّه اياه) و هو حرام اذ:

لا يمسه الا المطهرون (خصوصا مع الرطوبة) فيشمله دليل عدم جواز التنجيس و المسألة تحتاج الى تفصيل، ذكروا بعضه فى مسألة مس الجنب و الحائض للقرآن، حيث ورد بعض الروايات الدالة على الجواز، فراجع كتاب الطهارة، و الله العالم.

(الثانية) من مسائل الخاتمة (جوائز السلطان و عماله) جمع جائزة و هى المال الّذى يعطيه السلطان للناس (بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا او عوضا) ببيع او وقف او ايجار او ما اشبه.

و انما عممنا الجوائز مع ان المنصرف منها المال المعطى مجانا،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۵۹

لا يخلو عن احوال لانه اما ان لا يعلم فى جملة اموال هذا الظالم مال محرم يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال، و اما ان يعلم- و على الثانى-.

فاما ان لا يعلم ان ذلك المحرم او شيئا منه هو داخل فى المأخوذ و اما ان يعلم ذلك و على الثانى.

فاما ان يعلم تفصيلا.

لاتحاد الملاك، و خصصنا الامر بالسلطان، اتباعا للروايات الواردة فى المقام، و الا فالمال المأخوذ من السارق و الغاصب له الاقسام الاربعة الآتية- كما لا يخفى-.

فالجوائز المأخوذة منهم (لا تخلو عن احوال) أربعة (لانه) اى الآخذ (۱) (اما ان لا يعلم فى جملة اموال هذا الظالم مال محرم يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال) اما لو علم بان له مالا محرما فى مكان بعيد- مثلا- لا يصلح كون المأخوذ منه، فهو أيضا داخل فى هذا القسم لان المناط ابتلاء المكلف احتمالا او علما، فاذا علم بانه لم يبتل كان من هذا القسم (و اما ان يعلم- و على الثانى-) اى فيما علم.

(۲) (فاما ان لا يعلم ان ذلك) المال (المحرم او شيئا منه هو داخل فى المأخوذ، و اما ان يعلم ذلك) بان بعض المال المحرم داخل فى المأخوذ (و على الثانى) بان علم الآخذ وجود الحرام فيما اخذه ۳ (فاما ان يعلم تفصيلا) كما لو علم ان هذا المال بذاته حرام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۰

و اما ان يعلم اجمالا

[فالصور أربع.]

اشارة

فالصور اربع.

[أما الصورة الأولى، أن لا يعلم بأن للجائر مال حرام يحتمل كون الجائزة منها]

اما الاولى: فلا اشكال فيها فى جواز الاخذ، و حلية التصرف للاصل و الاجماع و الاخبار الآتية.

لكن ربما يوهم بعض الاخبار انه يشترط فى حل مال الجائر ثبوت مال حلال له، مثل

---

۴ (و اما ان يعلم اجمالا) بان علم ان فيه حراما، لكنه لا يعرف مقداره- مثلا- (فالصور) للجائزة (اربع).

(اما) الصورة (الاولى) و هى ما لم يعلم ان فى اموال الجائر محرما (فلا اشكال فيها) اى فى هذه الصورة (فى جواز الاخذ، و حلية التصرف للاصل).

فكل شىء لك حلال، و يد المسلم حجة و لو كان ظالما بل مطلق اليد و لو من الكافر حجة، و لذا نعامل مع ما فى ايديهم معاملة الملك اذا لم يكونوا محاربين بل حتى المحارب، فانه لا يعتنى باحتمال كون ما فى يده من مال المسلم المحترم.

ان قلت: فما فائدة سوق المسلم؟

قلت: فائدته حلية اللحوم و الشحوم و الجلود (و الاجماع و الاخبار الآتية) بل ربما يستدل بالقرآن الحكيم كقوله: احلّ لكم ما فى

الارض جمیعا و قوله: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ، و ما اشبه.

(لکن ربما یوهم بعض الاخبار انه یشترط فی حل مال الجائر ثبوت مال حلال له) فلا یکفی عدم العلم- کما هو موضوع الصورة الاولی- (مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۱

ما عن الاحتجاج عن الحمیری: انه کتب الی صاحب الزمان عجل الله فرجه یسأله عن الرجل یکون من وکلاء الوقف مستحلا لما فی یده و لا یتورع عن اخذ ماله، ربما نزلت فی قریة و هو فیها، او ادخل منزله و قد حضر طعامه، فیدعونی إلیه، فان لم آکل من طعامه عادانی علیه، فهل یجوز لی ان آکل من طعامه و اتصدق بصدقة، و کم مقدار الصدقة.

و ان اهدی هذا الوکیل هدیة الی رجل آخر فیدعونی الی ان انال منها و انا اعلم ان الوکیل لا یتورع عن اخذ ما فی یده، فهل علی فیه شیء

ما عن الاحتجاج عن الحمیری: انه کتب الی صاحب الزمان عجل الله) تعالی (فرجه یسأله عن الرجل یکون من وکلاء الوقف مستحلا لما فی یده) بمعنی انه لا یصرفه فی المصرف المقرر (و لا یتورع عن اخذ ماله) ای لا یتجنب عن اخذ مال الوقف و صرفه فی غیر المصرف (ربما نزلت فی قریة و هو فیها او ادخل منزله و قد حضر طعامه، فیدعونی إلیه) ای الی الطعام (فان لم آکل من طعامه عادانی) و آذانی (علیه، فهل یجوز لی ان آکل من طعامه و اتصدق بصدقة) لدفع الحرام عنی (و کم مقدار الصدقة) فی صورة لزوم الصدقة.

(و ان اهدی هذا الوکیل) للوقف (هدیة الی رجل آخر فیدعونی) ذلک الرجل المهدی إلیه (الی ان انال منها) ای اتصرف فی الهدیة (و انا اعلم ان الوکیل) للوقف (لا یتورع عن اخذ ما فی یده، فهل علی فیه) ای فی النیل من الوقف (شیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۲

ان أنا نلت فیه الجواب ان کان لهذا الرجل مال او معاش غیر ما فی یده فاقبل بره، و الا فلا، بناء علی ان الشرط فی الحلیة هو وجود مال آخر، فاذا لم یعلم به لم یثبت الحل.

لکن هذه الصورة قلیل التحقیق.

[و أما الصورة الثانیة، أن یعلم بوجود مال محرم للجائر لکن لا یعلم بکون الجائزة منها]

[الحالة الأولی أن تکون الشبهة غیر محصورة]

و اما الثانیة.

ان أنا نلت فیه) أم لا.

فکتب الامام علیه السلام (الجواب) بما لفظه: (ان کان لهذا الرجل مال او معاش غیر ما فی یده) من الوقف (ف) کل منه و (اقبل بره و الا فلا) تأکل و لا تقبل بره و هدیته (بناء علی ان الشرط فی الحلیة هو وجود مال آخر، فاذا لم یعلم به) الّذی یرید التناول و الأخذ (لم یثبت الحل).

(لکن) الانصاف: ان الظاهر من هذا الحدیث دوران الحکم مدار الواقع، و انه ان کان للظالم مال آخر- واقعا- کان جائزا ان یتصرف الشخص فی مال ذلک الظالم، حملا لفعل المسلم علی الصحیح، و ان لم یکن له مال آخر کان العلم العادی حاصلا بان ما فی یده حرام، فلا یجوز التصرف، و العلم طریقی لا موضوعیة له.

و کیف کـان ف (هـذه الصورة) ای صورة عـدم علم الآخـذ بوجود مال آخر للظالم (قلیل التحقیق) بل الغالب علم الانسان بان للظلمة اموالا محللة و اموالا محرمة.

(و اما) الصورة (الثانیة) و هی ان یعلم الآخذ أن فی مال الظالم حراما و حلالا، لکنه لا یعلم بان فی هذا المأخوذ الحرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۳

فان کانت الشبهة فیها غیر محصورة، فحکمها کالصورة الاولی.

و کـذا اذا کانت محصورة بین ما لا یبتلی المکلف به، و بین ما من شأنه الابتلاء به، کما اذا علم ان الواحـد المردد بین هـذه الجائزة، و بین أم ولده المعدودة من خواص نسائه مغصوب.

و ذلـک لمـا تقرر فی الشبـهة المحصورة، من اشتراط تنجز تعلق التکلیف فیها بالحرام الواقعی، بکون کل من المشـتبهین بحیث یکون التکلیف بالاجتناب عنه منجزا،

(فان کانت الشبهة فیها) ای فی هذه الصورة (غیر محصورة) کما لو علم بان فی مال من امواله العشرة آلاف دینار دینارا محرما- مثلا- (فحکمها کالصورة الاولی) من حلیة التصرف، لما تقرر فی محله من ان الشبهة غیر المحصورة لا تنجز الواقع المشتبه.

(و کـذا اذا کانت) الشـبهة (محصورة بین ما لا یبتلی المکلف به و بین ما من شأنه الابتلاء به) و لو لم یکن محل الابتلاء فعلا (کما اذا علم ان الواحد المردد بین هذه الجائزة، و بین أم ولده المعدودة من خواص نسائه مغصوب).

و انما قیـد «أمّ الولـد» عدها من خواص النساء، لاخراج أمّ الولد المتروکة التی هی فی معرض ان تکون محلا للابتلاء بالنسـبة الی اخذ الجائزة.

(و) انما اشترطنا (ذلک) الابتلاء لجمیع الاطراف (لما تقرر فی الشـبهة المحصورة، من اشتراط تنجیز تعلق التکلیف فیها) ای فی الشبهة (بـالحرام الواقعی، بکون کـل من المشـتبهین بحیث یکون التکلیف) الشـرعی (بالاجتنـاب عنه منجزا) «بـالحرام» متعلق ب «التکلیف» و «بکون»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۴

لو فرض کونه هو المحرم الواقعی، لاـ مشـروطا بوقت الابتلاـء المفروض انتفـائه فی احـدهما فی المثال فان التکلیف غیر منجز بالحرام الواقعی علی ای تقدیر لاحتمال کون المحرم فی المثال هی أمّ الولد، و توضیح المطلب فی محله.

ثم انه صرح جماعة بکراهة الأخذ.

متعلق ب «اشتراط» ای ان التکلیف بالحرام مشـروط بکون کذا (لو فرض کونه هو المحرم الواقعی) «لو» وصـلیة، مربوطة بقوله «منجزا» (لا مشروطا بوقت الابتلاء المفروض انتفائه) ای انتفاء الابتلاء (فی احدهما) و هو: أمّ الولد الخاصة بالظالم، (فی المثال).

و انما نشترط الابتلاء الفعلی (فان التکلیف غیر منجز بالحرام الواقعی) الموجود بین الجائزة و أمّ الولـد (علی ای تقدیر) ای لیس حراما علی کلا التقـدیرین، بل علی تقدیر واحد، و هو کون المغصوب الجائزة (لاحتمال کون المحرم فی المثال هی أمّ الولد) فانه اذا شـک فی التکلیف کان مجری للبراءة.

فاذا علم الانسان بان احد إناءیه تنجس، فقد علم بتوجه التکلیف إلیه فاللازم علیه الاحتیاط.

امـا اذا علم بـان إنـاءه او انـاء الملـک- الّـذی لاـ یتمکن ان یصل إلیه- تنجس، فانه لا یعلم بتوجیه تکلیف «اجتنب» إلیه، و اذا لم یعلم بالتکلیف کان الاصل البراءة (و توضیح المطلب فی محله) فی باب البراءة من الاصول.

(ثم انه صرح جماعة بکراهة الأخذ) للجائزة فی الصورة التی نقول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۵

و عن المنتهى الاستدلال له باحتمال الحرمة، و لمثل قوله عليه السلام: دع ما يريبك، و قولهم من ترك الشبهات نجى من المحرمات الى آخر.

و ربما يزاد على ذلك بان اخذ المال منهم يوجب محبتهم، فان القلوب مجبولة على حب من احسن إليها، و يترتب عليه من المفاسد، ما لا يخفى.

و فى الصحيح: ان احدكم لا يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله، و ما عن الامام الكاظم من قوله عليه السلام: لو لا انى ارى من

بعدم حرمتها.

(و عن المنتهى الاستدلال له) اى للحكم بالكراهة (باحتمال الحرمة و لمثل قوله عليه السلام: دع ما يريبك، و قولهم) عليهم السلام (من ترك الشبهات نجى من المحرمات) من الادلة على حسن الاحتياط (الى آخر) تلك الادلة المذكورة فى الاصول.

(و ربما يزاد على ذلك) المذكور من الادلة (بان اخذ المال منهم) اى من الظلمة (يوجب محبتهم، فان القلوب مجبولة) اى مفطورة مخلوقة (على حب من احسن إليها، و يترتب عليه) اى على حب الظالم (من المفاسد، ما لا يخفى).

فان الانسان اذا احبهم سكت عن منكراتهم و خدمهم، فقد قال الامام امير المؤمنين عليه السلام: احسن الى من شئت تكن اميره.

(و فى الصحيح: ان احدكم لا يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله، و ما عن الامام الكاظم من قوله عليه السلام: لو لا انى ارى من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۶

ازوجه بها من عزّاب آل ابى طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلتها ابدا.

ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بامور.

منها: اخبار المجيز بحليته بان يقول: هذه الجائزة من تجارتى، او زراعتى، او نحو ذلك مما يحل للآخذ التصرف فيه.

و ظاهر المحكى عن الرياض تبعا لظاهر الحدائق: انه مما لا خلاف فيه.

و اعترف ولده فى المناهل بانه لم نجد له مستندا مع انه لم يحك التصريح به الا عن

ازوجه من عزّاب آل ابى طالب لئلا ينقطع نسله) اى نسل ابى طالب عليه السلام (ما قبلتها ابدا) و ذلك حين اجاز الامام هارون بغالية و عشرين الف درهم.

(ثم انهم) اى الفقهاء (ذكروا ارتفاع الكراهة بامور).

(منها: اخبار المجيز بحليته بان يقول) مثلا (هذه الجائزة من تجارتى، او زراعتى، او نحو ذلك) من الموارد المحللة (مما يحل للآخذ التصرف فيه).

(و ظاهر المحكى عن الرياض تبعا لظاهر الحدائق: انه مما لا خلاف فيه) بين الاصحاب.

(و اعترف ولده فى المناهل بانه لم نجد له مستندا) هذا بالنسبة الى الدليل.

و اما بالنسبة الى اقوال الفقهاء (مع انه لم يحك التصريح به الا عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۶۷

الاردبيلى، ثم عن العلامة الطباطبائى.

و یمکن ان یکون المستند ما دل علی قبول قول ذی الید، فیعمل بقوله کما لو قامت البینة علی تملکه، و شبهة الحرمة و ان لم ترتفع بذلک الا ان الموجب للکراهة لیس مجرد الاحتمال، و الا لعمّت الکراهة اخذ المال من کل احد، بل الموجب له کون الظالم مظنة الظلم و الغصب و غیر متورع عن المحارم.

نظیر کراهة سؤر من لا یتوقی النجاسة.

الاردبیلی، ثم عن العلامة الطباطبائی).

(و) لکن (یمکن ان یکون المستند ما دل علی قبول قول ذی الید، فیعمل بقوله) الّذی یقول: ان الجائزة من تجارتی مثلا.

ف (کما لو قامت البینة علی تملکه) ترتفع الکراهة، کذلک قوله: لانهما علی حد سواء (و شبهة الحرمة) الواقعیة (و ان لم ترتفع بذلک) ای بمجرد قوله (الا ان الموجب للکراهة لیس مجرد الاحتمال) فی کون مال الظالم حراما (و الا) فلو کان مستند الکراهة مجرد الاحتمال (لعمّت الکراهة اخذ المال من کل احد) لا نعلم علما قطعیا بانه حلال.

لکن لا کراهة فی مال کل احد، فاللازم ان یکون مستند الکراهة فی مال الظالم شیئا آخر (بل الموجب له) ای للحکم بالکراهة (کون الظالم مظنة الظلم و الغصب و) انه (غیر متورع عن المحارم).

(نظیر کراهة سؤر من لا یتوقی النجاسة) کالحائض المتهمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۸

و هذا المعنی یرتفع باخباره، الا اذا کان خبره کیده مظنة للکذب، لکونه ظالما غاصبا فیکون خبره حینئذ کیده، و تصرفه غیر مفید الا للاباحة الظاهریة غیر المنافیة للکراهة، فیختص الحکم برفع الکراهة بما اذا کان مأمونا فی خبره.

و قد صرح الاردبیلی رحمه الله بهذا القید فی اخبار وکیله.

و بذلک یندفع ما یقال: من انه لا فرق بین ید الظالم و تصرفه، و بین خبره فی

(و هذا المعنی یرتفع باخباره) بان جائزته لیست من الحرام (الا اذا کان خبره کیده مظنة للکذب) أیضا (لکونه ظالما غاصبا) و مثله لا یتورع عن الکذب، کما لم یتورع عن الظلم (فیکون خبره حینئذ) ای حین احتمال کذبه (کیده، و) ک (تصرفه غیر مفید الا للاباحة الظاهریة غیر المنافیة للکراهة) فلا یفید خبره شیئا ازید مما افادت یده.

و علی هذا (فیختص الحکم برفع الکراهة) حین اخباره (بما اذا کان مأمونا) عن الکذب (فی خبره).

(و قد صرح الاردبیلی رحمه الله بهذا القید) ای قید المأمونیة فی رفع الکراهة (فی اخبار وکیله) ای وکیل الظالم.

(و بذلک) الّذی ذکرنا من کون الاخبار مع المأمونیة موجب لرفع الکراهة- لانه مع الا من یورث الاطمینان بان المال لیس بغصب- (یندفع ما یقال: من انه لا- فرق بین ید الظالم و تصرفه، و بین خبره فی) کون کلیهما موجبا لرفع الکراهة، او کلیهما لا یوجبان رفع الکراهة، ل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۶۹

کون کل منهما مفیدا للملکیة الظاهریة غیر مناف للحرمة الواقعیة المقتضیة للاحتیاط فلا وجه لوجود الکراهة- الناشئة عن حسن الاحتیاط- مع الید و ارتفاعها مع الاخبار، فتأمل.

و منها اخراج الخمس منه، حکی عن المنتهی و المحقق الاردبیلی و ظاهر الریاض هنا أیضا عدم الخلاف، و لعله لما ذکر فی المنتهی فی وجه استحباب

(کون کل منهما مفیدا للملکیة الظاهریة غیر مناف للحرمة الواقعیة المقتضیة) تلک الحرمة الواقعیة- ای احتمالها- (للاحتیاط).

و حیث ان کلا من القول و الید، فی عرض الآخر (فلا وجه لوجود الکراهة- الناشئة عن حسن الاحتیاط- مع الید، و ارتفاعها) ای الکراهة (مع الاخبار) من الظالم بانه لیس بحرام (فتأمل).

اذ: الفرق لیس بفارق، فانه لو اورث القول الاطمینان، کان ارتفاع الکراهة لمکان العلم لا للاخبار.

و ان لم یورث العلم لم یکن وجه لارتفاع الکراهة، فانه لو لم یوجب الاخبار العلم کانت اخبار الاحتیاط- المقتضیة لکراهة التصرف- محکمة و ان کان الاحتیاط لا مع الاخبار آکد، فتکون الکراهة فی صورة الاخبار اخف.

(و منها) ای من الامور الموجبة لرفع الکراهة فی جائزة الظالم (اخراج) الآخذ (الخمس منه، حکی عن المنتهی و المحقق الاردبیلی و ظاهر الریاض هنا أیضا عدم الخلاف و لعله لما ذکر فی المنتهی فی وجه استحباب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۰

اخراج الخمس من هذا المال من ان الخمس مطهر للمال المختلط یقینا بالحرام، فمحتمل الحرمة اولی بالتطهریة.

فان مقتضی الطهارة بالخمس صیرورة المال حلالا واقعیا.

فلا یبقی حکم الشبهة، کما لا یبقی فی المال المختلط- یقینا- بعد اخراج الخمس.

نعم یمکن الخدشة فی اصل الاستدلال بان الخمس انما یطهر المختلط بالحرام، حیث ان

اخراج الخمس من هذا المال) مما یدل علی کراهة المال دون اخراج الخمس- فی الجملة- و ان کان لیس هناک تلازم بین استحباب شیء و کراهة خلافه- کما حقق فی الاصول فی جواب شبهة الکعبی- (من ان الخمس مطهر للمال المختلط) اختلاطا (یقینا بالحرام، ف) المال ال (محتمل الحرمة) کجائزة الظالم (اولی بالتطهریة) بسبب الخمس.

(فان مقتضی الطهارة) للمال (بالخمس) فیما اذا کان مختلطا بالحرام- یقینا- (صیرورة المال حلالا واقعیا).

(ف) فی المال المحتمل الاختلاط، کالجائزة (لا یبقی حکم الشبهة کما لا یبقی) حکم الشبهة (فی المال المختلط- یقینا- بعد اخراج الخمس).

فاذا اجرینا هذا الاستدلال فی ارتفاع الکراهة لدی التخمیس کان مستندا للمسألة.

(نعم یمکن الخدشة فی اصل الاستدلال) لاستحباب الخمس من المال المشتبه (بان الخمس انما یطهر المختلط بالحرام، حیث ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۱

بعضه حرام و بعضه حلال، فکان الشارع جعل الخمس بدل ما فیه من الحرام.

فمعنی تطهیره تخلیصه باخراج الخمس مما فیه من الحرام.

فکان المقدار الحلال طاهرا فی نفسه، الا انه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام بحکم الحرام، و هو وجوب الاجتناب، فاخراج الخمس مطهر له عن هذه القذارة العرضیة.

و اما المال المحتمل لکونه بنفسه حراما،

بعضه حرام و بعضه حلال، فکان الشارع جعل الخمس بدل ما فیه من الحرام) اذا کان الحرام مجهول المقدار و المالک، کما وردت الادلة علی ذلک- مما ذکروه فی کتاب الخمس مفصلا-.

(فمعنی تطهیره) ای تطهیر الخمس للمال المختلط (تخلیصه باخراج الخمس مما فیه من الحرام).

(ف) علی هذا (کان المقدار الحلال) فی المال المختلط (طاهرا فی نفسه، الا انه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام) ای تلوث من

جهة الاختلاط (بحکم الحرام) فحکم الحرام هو الملوث للمال (و هو وجوب الاجتناب، فاخراج الخمس مطهر له عن هذه القذارة العرضیة) لفرض طهارة اصل المال، و انما تقذر بالاختلاط، کالثوب المتقذر بالنجاسة، فان اصل الثوب و ذاته طاهر نظیف، الا انه توسخ بالقذارة العرضیة.

(و اما المال المحتمل لکونه بنفسه حراما) فحاله حال احتمال کون شیء بنفسه عذرة و قذارة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۲

و قذرا ذاتیا، فلا معنی لتطهیره باخراج خمسه، بل المناسب لحکم الاصل حیث جعل الاختلاط قذارة عرضیة کون الحرام قذر العین.

و لازمه ان المال المحتمل الحرمة غیر قابل للتطهیر فلا بد من الاجتناب عنه.

نعم یمکن ان یستأنس، او یستدل علی استحباب الخمس بعد فتوی النهایة التی هی کالروایة ففیها کفایة فی الحکم بالاستحباب.

فکما لا یمکن ان یستدل لتطهیر الثوب بالمال، لاجل تطهیر العذرة بالمال، کذلک لا یصح الاستدلال بتطهیر المال المختلط بالخمس، لاجل تطهیر المال المحتمل کون کله حراما باخبار الخمس.

و ان شئت قلت: ان التطهیر فی ما علم بالحلیة فی الجملة، و فی جائزة الظالم لا یعلم بالحلیة فی الجملة، لاحتمال کون کل المال حراما (و قذرا ذاتیا فلا معنی لتطهیره باخراج خمسه، بل المناسب لحکم الاصل حیث جعل الاختلاط قذارة عرضیة کون الحرام قذر العین).

(و لازمه ان المال المحتمل الحرمة) بذاته- کالجائزة- (غیر قابل للتطهیر) بالخمس (فلا بد من الاجتناب عنه) کراهة، لادلة الاحتیاط و لا حکومة لادلة تخمیس المختلط علی دلیل الاحتیاط.

(نعم یمکن ان یستأنس، او یستدل علی استحباب الخمس) الملازم عرفا- لارتفاع الکراهة بعد التخمیس (بعد فتوی النهایة التی هی کالروایة) لالتزام صاحبها بالاتیان بمضمون الروایات بصورة الفتوی (ففیها کفایة فی الحکم بالاستحباب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۳

و کذلک فتوی السرائر مع عدم العمل فیها الا بالقطعیات بالموثقة المسئول فیها عن عمل السلطان یخرج فیه الرجل، قال علیه السلام: لا، الا ان لا یقدر علی شیء یأکل و یشرب، و لا یقدر علی حیلة، فان فعل فصار فی یده شیء فلیبعث بخمسه الی اهل البیت.

فان موردها و ان کان ما یقع فی یده بإزاء العمل، الا ان الظاهر عدم الفرق بینه، و بین ما یقع فی الید علی وجه الجائزة.

و یمکن ان یستدل له أیضا بما دل علی وجوب الخمس فی الجائزة مطلقا، و

(و کذلک فتوی السرائر مع عدم العمل فیها الا بالقطعیات) بضمیمة التسامح فی ادلة السنن (بالموثقة) متعلق ب «یستأنس» (المسئول فیها عن عمل السلطان یخرج فیه الرجل) و یکون عاملا له (قال علیه السلام: لا الا ان لا یقدر علی شیء یأکل و یشرب، و لا یقدر علی حیلة) و طریقة فی امرار معاشه (فان فعل) العمل للسلطان (فصار فی یده شیء) من المال (فلیبعث بخمسه الی اهل البیت) علیهم السلام.

بناء علی ان المراد: خمس المال، لا خمس الزائد عن مئونة السنة.

(فان موردها و ان کان ما یقع فی یده بإزاء العمل، الا ان الظاهر عدم الفرق بینه) ای بین ما یقع بإزاء العمل (و بین ما یقع فی الید علی وجه الجائزة) لوحدة المناط فیهما، بل یمکن ان یقال: بإطلاق الخبر، فانه یشمل کلا القسمین.

(و یمکن ان یستدل له أیضا بما دل علی وجوب الخمس فی الجائزة مطلقا، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۴

هی عدة اخبار مذکورة فی محلها.

و حيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس فى الجائزة حملوا تلك الاخبار على الاستحباب.

ثم ان المستفاد مما تقدم- من اعتذار الكاظم عليه السلام من قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين، لئلا ينقطع نسلهم، و من غيره- ان الكراهة ترتفع بكل مصلحة هى اهم فى نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة.

هى عدة اخبار مذكورة فى محلها) من كتاب الخمس.

(و حيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس فى الجائزة حملوا تلك الاخبار على الاستحباب).

لان الأمر إذا اصرف من ظاهره الالزامى، كان لا بدّ من حمله على الاستحباب، و حيث ان ظاهر هذه الاخبار، الحلية المطلقة بعد الخمس، قال المشهور: بان اعطاء الخمس يوجب رفع الكراهة، و لذا جعلوه من مستثنيات الكراهة.

(ثم ان المستفاد مما تقدم- من اعتذار الكاظم عليه السلام من قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين، لئلا ينقطع نسلهم، و من غيره-) من سائر الاخبار الدالة على قبول الائمة عليهم السلام جائزة الولاة او امرهم بأخذ الجائزة، كقوله عليه السلام: ان لك فى بيت المال نصيبا، او وساطتهم لاخذها، كتوسط الامام عليه السلام للشقرانى.

و قوله عليه السلام ان الحسن من كل احد حسن و منك احسن، و ان السيئة من كل احد سيئ و منك أسوأ لمكانك منا (ان الكراهة ترتفع بكل مصلحة هى اهم فى نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة) هذا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۵

و يمكن ان يكون اعتذاره (ع) اشارة الى انه لو لا صرفها فيما يصرف فيه المظالم المردودة لما قبلها فيجب او ينبغى ان يأخذها، ثم يصرفها فى مصارفها.

و هذه الفروع كلها بعد الفراغ عن إباحة اخذ الجائزة و المتفق عليه من صورها، صورة عدم العلم بالحرام فى ماله اصلا، او العلم بوجود الحرام مع كون الشبهة غير محصورة، او محصورة ملحقة بغير المحصورة على ما عرفت.

(و يمكن) ان يكون وجه آخر فى اخذ الكاظم عليه السلام للجائزة ب (ان يكون اعتذاره (ع) اشارة الى انه لو لا صرفها) اى الجائزة (فيما يصرف فيه المظالم لما قبلها) فان رد المظالم يصرف فى امور الفقراء التى من جملتها تزويج العزاب، و لا دليل على لزوم ان لا يكون المصرف عاميا كما حقق فى محله (فيجب او ينبغى ان يأخذها، ثم يصرفها فى مصارفها) لانه ايصال للمال الى المورد الّذى قرره الله سبحانه.

(و هذه الفروع كلها) من الكراهة و ارتفاع الكراهة باخبار المجيز، و التخميس، و الصرف فى مورد المظالم (بعد الفراغ عن إباحة اخذ الجائزة) اذ لو لا الاباحة لم يكن اصل، فكيف بالفرع (و المتفق عليه من صورها) اى صور الاباحة (صورة عدم العلم بالحرام فى ماله) اى مال الظالم (اصلا، او العلم بوجود الحرام) فى ماله (مع كون الشبهة غير محصورة) بان دار امر الحرام فى عدد كثير يوجب سقوط التكليف (او محصورة) و لكنها (ملحقة بغير المحصورة) لخروج بعض الاطراف عن الابتلاء (على ما عرفت) تفصيلا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۷۶

[الحالة الثانية و إن كانت الشبهة محصورة]

و ان كانت الشبهة محصورة بحيث تقتضى قاعدة الاحتياط لزوم الاجتناب عن الجميع، لقابلية تنجز التكليف بالحرام المعلوم اجمالا.

فظاهر جماعة المصرح به فى المسالك و غيره: الحل، و عدم لحوق حكم الشبهة المحصورة هنا.

قال فى الشرائع جوائز السلطان الجائر، ان علمت حراما بعينها، فهى حرام و نحوه عن نهاية الاحكام و الدروس و غيرهما.

(و ان کانت الشبهة محصورة) و محل الابتلاء (بحیث تقتضی قاعدة الاحتیاط لزوم الاجتناب عن الجمیع، لقابلیة تنجز التکلیف بالحرام المعلوم اجمالا) «لقابلیة» علة ل «تقتضی».

فان قاعدة الاحتیاط قد لا ـ تقتضی الاجتناب، لعدم تنجیز التکلیف بالعلم الاجمالی، کما فی صورة غیر المحصورة، و صورة عدم الابتلاء و صورة الاضطرار، و ما اشبه.

(فظاهر جماعة المصرح به فی المسالک و غیره: الحل) لاخذ الجائزة (و عدم لحوق حکم الشبهة المحصورة هنا) و کان للجائزة استثناء خاص من العلم الاجمالی.

(قال فی الشرائع جوائز السلطان الجائر ان علمت حراما بعینها، فهی حرام).

فان هذه العبارة تدل علی انه ان علم حراما اجمالا فلیس بحرام (و نحوه عن نهایة الاحکام و الدروس و غیرهما).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۷

قال فی المسالک: التقیید بالعین اشارة الی جواز اخذها، و ان علم ان فی ماله مظالم- کما هو مقتضی حال الظالم-.

و لا یکون حکمه حکم المال المختلط بالحرام فی وجوب اجتناب الجمیع للنص علی ذلک، انتهی.

اقول لیس فی اخبار الباب ما یکون حاکما علی قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة بل هی مطلقة اقصاها کونها من قبیل قولهم علیهم السلام

(قال فی المسالک) فی ذیل عبارة الشرائع المتقدمة (التقیید بالعین اشارة الی جواز اخذها، و ان علم ان فی ماله مظالم- کما هو مقتضی حال الظالم-) فان الانسان یعلم غالبا ان فی ماله مظالم.

(و لا یکون حکمه) ای حکم المأخوذ من الظالم (حکم المال المختلط بالحرام فی وجوب اجتناب الجمیع للنص علی ذلک، انتهی).

فان ظاهر عبارة المسالک: ان القاعدة هی الاجتناب، و انما المخرج لها عن القاعدة: النص.

و حیث ان من المعلوم- خارجا- عدم کون القاعدة الا ـ فی مورد المحصور محل الابتلاء، کان معنی عبارة المسالک: انه لا یجب الاجتناب و ان علم الاخذ ان فی نفس هذا المال الّذی اخذه حراما.

(اقول لیس فی اخبار الباب) ای باب اخذ الجائزة (ما یکون حاکما علی قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة، بل هی) ای اخبار الباب (مطلقة) فی جواز اخذ الجائزة (اقصاها) ای منتهی الامر (کونها) ای اخبار الباب (من قبیل قولهم علیهم السلام:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۸

کل شیء لک حلال او کل شیء فیه حلال و حرام، فهو لک حلال.

و قد تقرر حکومة قاعدة الاحتیاط علی ذلک.

فلا بد حینئذ من حمل الاخبار علی مورد لا تقتضی القاعدة لزوم الاجتناب عنه کالشبهة غیر المحصورة، او المحصورة التی لم یکن کل من محتملاتها موردا لابتلاء المکلف.

کل شیء لک حلال او کل شیء فیه حلال و حرام، فهو لک حلال)

(و قد تقرر) فی الاصول (حکومة قاعدة الاحتیاط علی ذلک) لانها مذیلة بقوله «حتی تعلم انه حرام».

و العلم اعم من العلم التفصیلی و الاجمالی المنجز.

و کذلک اخبار الباب اطلاقها لا تمنع خروج مورد العلم تفصیلا او اجمالا عنها، بل هی کاخبار الغنیمة التی ذکروا انه لو کان فیها مال

لمسلم او معاهد دفع الی صاحبه، مع ان اخبار الغنیمة مطلقة.

(فلا- بد حینئذ) ای حین کون القاعدة محکمة علی الاخبار (من حمل الاخبار) المجوزة للجائزة (علی مورد لا تقتضی القاعدة) ای قاعدة الاحتیاط (لزوم الاجتناب عنه).

و ذلک المورد (کالشبهة غیر المحصورة، او المحصورة التی لم یکن کل من محتملاتها موردا لابتلاء المکلف) مطلقا لا فعلا و لا مستقبلا، او لیس بمحل الابتلاء فعلا، و ان صار فی المستقبل محل الابتلاء بناء علی عدم تنجیز العلم الاجمالی التدریجی.

کما لو علم بانه یبتلی ببیع ربوی فی هذه السنة، فانه لا یلزم الاجتناب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۷۹

او علی ان ما یتصرف فیه الجائر بالاعطاء، یجوز اخذه، حملا لتصرفه علی الصحیح.

او لان تردد الحرام بین ما ملکه الجائر و بین غیره من قبیل التردد بین ما ابتلی به المکلف، و ما لم یبتل به و هو ما لم یعرضه الجائر لتملیکه

عن کل بیع بیع- کما قرر فی الاصول-.

(او علی ان ما یتصرف فیه الجائر بالاعطاء، یجوز اخذه، حملا لتصرفه علی الصحیح) اذ لا یختص الحمل بالصحة علی صورة کون المتصرف عادلا.

(او لان تردد الحرام بین ما ملکه الجائر و بین غیره) الّذی بقی عند الجائر، فلم یملکه لهذا الشخص (من قبیل التردد بین ما ابتلی به المکلف و ما لم یبتل به و هو ما لم یعرضه الجائر لتملیکه).

الفرق بین هذا و بین قوله «او علی ان ما یتصرف».

ان الاول فیما اذا لم نعلم ان الجائر هل یتصرف فی الحرام الّذی عنده باعطائه لانسان آخر أم لا، فانا نحمل فعله علی الصحیح بانه لم یعط الحرام، لا لی، و لا لغیری.

و الثانی: فیما اذ علمنا ان الجائر تصرف فی الحرام، بان اعطاه، إما لی او لغیری، فلا یمکن حمل فعل الجائر علی الصحیح، الا ان المکلف یتمکن ان یتصرف فی المال، لانه لا یعلم بان ما اخذه حراما و الحرام المردد بین ما اخذه و ما اخذه غیره لیس محلا لابتلائه.

فان من شرط تنجیز العلم الاجمالی کون جمیع الاطراف محلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۰

فلا- یحرم قبول ما ملکه لدوران الحرام بینه و بین ما لم یعرضه لتملیکه فالتکلیف بالاجتناب عن الحرام الواقعی غیر منجز علیه، کما اشرنا إلیه سابقا.

فلو فرضنا موردا خارجا عن هذه الوجوه المذکورة کما اذا اراد اخذ شیء من ماله مقاصة.

للابتلاء.

و الفرق بین هذا و بین قوله «او المحصورة التی».

ان الاول: فیما اذا کان الحرام مرددا بین ما اخذه و ما عند الجائر.

و الثانی: فیما اذا کان الحرام مرددا بین ما اخذه زید و ما اخذته انا- مثلا- فتأمل.

(فلا- یحرم قبول ما ملکه) الجائر ایّاه (لدوران الحرام بینه و بین ما لم یعرضه) الجائر (لتملیکه) و بین ما عرضه لتملیکه فیکون من قبیل الخارج عن محل الابتلاء.

(فالتکلیف بالاجتناب عن الحرام الواقعی غیر منجز علیه) ای علی اخذ الجائزة (کما اشرنا إلیه سابقا).

(فلو فرضنا موردا خارجا عن هذه الوجوه المذکورة) الاربعة (کما اذا اراد) زید- مثلا- (اخذ شیء من ماله) ای الجائر (مقاصة) بان کان لزید طلب علی الجائر، و لا یرید اعطائه، فانه حینئذ یجوز له اخذه من مال الجائر مقاصة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۱

او اذن له الجائر فی اخذ شیء من امواله علی سبیل التخییر.

او علم ان المجیز قد اجازه من المال المختلط فی اعتقاده بالحرام.

بناء علی ان الید لا تؤثر فی حل ما کلف ظاهرا بالاجتناب عنه، کما لو علمنا ان الشخص اعارنا احد الثوبین المشتبهین فی نظره، فانه لا یحکم بطهارته

(او اذن له الجائر فی اخذ شیء من امواله علی سبیل التخییر).

حیث ان جمیع اموال الجائر الحرام و الحلال حینئذ محل ابتلاء المکلف، فیکون حاله حال من یعلم ان احد المالین حرام، و لکنه لا یرید الا التصرف فی مال واحد منهما.

(او علم ان) الظالم (المجیز قد اجازه من المال المختلط فی اعتقاده) ای اعتقاد نفی المجیز (بالحرام) متعلق ب «المختلط».

(بناء علی ان الید لا تؤثر فی حل ما کلف ظاهرا بالاجتناب عنه).

حیث ان الجائر مکلف باجتناب المختلط، فاذا تصرف فی احد اطرافه بالاعطاء لم تکن یده حجة، فلا اصالة للید هنا.

فانه یکون حینئذ (کما لو علمنا ان الشخص اعارنا احد الثوبین المشتبهین فی نظره، فانه لا یحکم بطهارته) لنا، حتی یجوز ان نستعمله استعمال الطاهر.

ثم لا یخفی انه لا تعارض بین ما ذکره المصنف هنا و بین قوله «او لان تردد الحرام» الخ، لان ما ذکره هنا بناء علی قوله «بناء علی ان الید» و قوله السابق بناء علی قوله «کما اشرنا إلیه سابقا» فتأمل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۲

فالحکم فی هذه الصور بجواز اخذ بعض ذلک مع العلم بالحرام فیه، و طرح قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة، فی غایة الاشکال، بل الضعف فلنذکر النصوص الواردة فی هذا المقام و نتکلم فی مقدار شمول کل واحد منها بعد ذکره حتی یعلم عدم نهوضها للحکومة علی القاعدة.

فمن الاخبار التی استدل بها فی هذا المقام قوله علیه السلام: کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه و قوله علیه السلام کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه

و کیف کان (فالحکم فی هذه الصور بجواز اخذ بعض ذلک مع العلم بالحرام فیه، و طرح قاعدة الاحتیاط) المقتضیة للاجتناب عن کل الاطراف (فی الشبهة المحصورة، فی غایة الاشکال، بل الضعف).

لکن الانصاف: ان فی جملة من الاخبار دلالة، فراجع حاشیة السید الطباطبائی و غیرها، بل عن الجواهر و غیره دعوی الاجماع علی ذلک (فلنذکر النصوص الواردة فی هذا المقام و نتکلم فی مقدار شمول کل واحد منها بعد ذکره) ای نذکره أولا، ثم نذکر معناه (حتی یعلم عدم نهوضها للحکومة علی القاعدة) ای قاعدة الاحتیاط.

(فمن الاخبار التی استدل بها) للجواز (فی هذا المقام) و ان کانت قاعدة الاحتیاط تقتضی العدم (قوله علیه السلام: کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه).

(و قوله علیه السلام کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه) فان آخذ الجائزة لا یعرف ان ما اخذه حرام بعینه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۳

و لا یخفی ان المستند فی المسألة لو کان مثل هذا، لکان الواجب اما التزام ان القاعدة فی الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتیاط مطلقا کما علیه شرذمة من متأخری المتأخرین، او ان مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب.

و علی ای تقدیر فهو علی طرف النقیض مما تقدم عن المسالک

(و لا- یخفی ان المستند فی المسألة لو کان مثل هذا) الخبر الدال علی الحلیة فیما لم یعلم الحرام بعینه (لکان الواجب اما التزام انّ القاعدة فی الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتیاط مطلقا) اذ کل شبهة محصورة لا یعلم الشخص بحرمة کل طرف منها علما بعینه لاحتمال کل طرف ان یکون حلالا (کما علیه شرذمة من متأخری المتأخرین) حیث افتوا بعدم وجوب الاجتناب عن الشبهة المحصورة اما مطلقا او فی بعض اطرافها (او ان مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب) الّذی عنون بانه یجوز جوائز الظلمة.

و الحاصل: انه اما ان نعمل بهذه الروایة، او بالقاعدة، فان عملنا بالقاعدة، لزم ان نقول بخروج الشبهة المحصورة عن عنوان الاصحاب و ان عملنا بالروایة لزم ان نقول بعدم وجوب الاحتیاط فی الشبهة المحصورة.

(و علی ای تقدیر) من عدم وجوب الاحتیاط مطلقا، او عدم اطلاق عنوان الاصحاب بحل الجوائز حتی فی الشبهة المحصورة (فهو) ای قولهم علیهم السلام: کل شیء لک حلال (علی طرف النقیض مما تقدم عن المسالک) بمعنی انه مناقض لقول المسالک.

اذ المسالک جمع بین صحة قاعدة الاجتناب عن اطراف الشبهة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۴

و منها: صحیحة ابی ولاد، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام:

ما تری فی رجل یلی اعمال السلطان لیس له مکسب الا من اعمالهم؟ و انا أمر به و انزل علیه فیضیفنی و یحسن إلیّ، و ربما امر لی بالدراهم و الکسوة، و قد ضاق صدری من ذلک، فقال لی: کل، و خذ منها فلک المهنّأ و علیه الوزر.

و الاستدلال به علی المدّعی

المحصورة، و بین ان اطراف الشبهة یجوز اخذها فی باب الجوائز و انه داخل فی عنوان الاصحاب.

و حیث قد عرفت ان الروایة مستلزمة لاحد امرین مما ذکرناه بقولنا «اما ... او» فصاحب المسالک الّذی لا یلتزم لا بهذا و لا بذاک فی طرف النقیض من الروایة- و الکلام فی المقام یحتاج الی تفصیل لیس الشرح محله-.

(و منها: صحیحة ابی ولاد، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام:

ما تری فی رجل یلی اعمال السلطان لیس له مکسب الا من اعمالهم؟ و انا أمر به و انزل علیه فیضیفنی و یحسن إلیّ، و ربما امر لی ب) ان یعطونی (الدراهم و الکسوة، و قد ضاق صدری من ذلک) حیث ان مال العامل حرام (فقال لی: کل، و خذ منها فلک المهنّأ) ای ان المال لک حلال هنیئ (و علیه الوزر) و الأثم.

(و) وجه (الاستدلال به علی المدّعی) الّذی هو حلّ مال السلطان المشتبه الّذی یقتضی القاعدة الاولیة حرمته- لانه من الشبهة المحصورة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۵

لا- یخلو عن نظر، لان الاستشهاد ان کان من حیث حکمه علیه السلام بحلّ مال العامل المجیز للسائل فلا یخفی ان الظاهر من هذه

الروایة و من غیرها من الروایات حرمة ما یأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له، و ان العمل للسلطان من المکاسب المحرمة.

فالحکم بالحل لیس الا من حیث احتمال کون ما یعطی من غیر اعیان ما یأخذه من السلطان، بل مما اقترضه او اشتراه فی الذمة.

التی اطرافها محل الابتلاء- ان اطلاق هذه الروایة تقتضی حلیة مال السلطان حتی فی الصورة المذکورة- ای فیما کان من اطراف الشبهة المحصورة-.

و لکن لا یخفی ان هذا الاستدلال (لا یخلو عن نظر، لان الاستشهاد) بهذه الروایة (ان کان من حیث حکمه علیه السلام بحلّ مال العامل المجیز للسائل) فان العامل اجاز للسائل- ای اعطاه جائزة- (فلا یخفی) ما فیه من الاشکال، ل (ان الظاهر من هذه الروایة، و من غیرها من الروایات حرمة ما یأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له، و ان العمل للسلطان من المکاسب المحرمة).

لان الظاهر من السؤال و من قوله علیه السلام: علیه الوزر، الحرمة عملا و مالا.

(فالحکم بالحل لیس الا من حیث احتمال کون ما یعطی من غیر اعیان ما یأخذه من السلطان، بل مما اقترضه) العامل (او اشتراه فی الذمة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۶

و اما من حیث ان ما یقع من العامل بید السائل- لکونه من مال السلطان- حلال لمن وجده، فیتم الاستشهاد.

لکن فیه مع ان الاحتمال الاول مسقط للاستدلال علی حل المشتبه المحصور- الّذی تقضی القاعدة لزوم الاحتیاط فیه- لان الاعتماد حینئذ

و انما نخصص الروایة بهذه الصورة، لان اطلاقها و ان کان شاملا لعلم الضیف بحرمة نفس هذا المال، الا ان المنصرف- بقرینة الغلبة- عدم حرمة شخص هذا المال الّذی یعطیه الجائر کسوة، او نقدا، او ما اشبه.

(و اما من حیث ان ما یقع من العامل بید السائل- لکونه من مال السلطان- حلال لمن وجده، فیتم الاستشهاد) لان الحلیة مطلقا- التی من صورها کون مال السلطان حراما قطعا- توجب حلیة صورة العلم بالحرمة من باب الشبهة المحصورة.

(لکن فیه مع ان الاحتمال الاول) ای قوله: ان کان من حیث (مسقط للاستدلال) بالروایة (علی حل المشتبه المحصور- الّذی تقتضی القاعدة) فی باب العلم الاجمالی (لزوم الاحتیاط فیه-).

و انما یسقط الاحتمال الاول الاستدلال بالروایة علی المعنی الثانی لانه اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، فانه مع وجود احتمالین فی الروایة، مما لیست الروایة ظاهرة فی احدهما لا یمکن الاستدلال بها علی احد الاحتمالین بالذات و انما ینافی الاحتمال الاول حل المشتبه المحصور (لان الاعتماد) فی الحلیة للضعیف (حینئذ) ای حین وجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۷

علی الید، کما لو فرض مثله فی غیر الظلمة- ان الحکم بالحل علی هذا الاحتمال غیر وجیه الا علی تقدیر کون المال المذکور من الخراج و المقاسمة المباحین للشیعة.

الاحتمال الاول (علی الید) للعامل (کما لو فرض مثله) ای مثل هذه الید (فی غیر الظلمة) من الذین لا یبالون بالحرام، فان عدم مبالاتهم لا یسقط یدهم عن الحجیة- کما قرر فی محله-.

و الحاصل: ان الاحتمال الاول مسقط للاحتمال الثانی و الاحتمال الاول لا ینفع فی استدلال المستدل بحلیة اطراف الشبهة المحصورة- خلافا للقاعدة- (ان الحکم) متعلق ب «فیه» (بالحل علی هذا الاحتمال) الثانی (غیر وجیه).

لان الروایة علی هذا الاحتمال اعم من کون المال من صلب مال السلطان- المحرم- او من الخراج- المحلل-.

فاللازم تقیید اطلاقها بالصورة الثانیة، او بالمحتمل لاحد المالین لما دلّ علی ان مال الغصب لا یصیر حلالا بضم السلطان له الی اموال نفسه، فیما اذا کان غصبا، و لما دل علی ان ثمن العمل الحرام حرام، فیما اذا کان للسلطان و اعطاه للعامل اجرة له علی عمله (الا علی تقدیر کون المال المذکور) للسلطان الّذی اعطاه العامل للضیف (من الخراج و المقاسمة المباحین للشیعة) باجازة الامام علیه السلام لاخذهما من السلطان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۸

اذ لو کان من صلب مال السلطان، او غیره لم یتجه حلّه لغیر المالک بغیر رضاه، لان المفروض حرمته علی العامل لعدم احترام عمله.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۴، ص: ۱۸۸

و کیف کان، فالروایة اما من ادلة حلّ مال السلطان، المحمول- بحکم الغلبة- الی الخراج و المقاسمة.

و اما من ادلة حلّ المال المأخوذ من المسلم، لاحتمال کون المعطی مالکا له و لا اختصاص له

(اذ لو کان من صلب مال السلطان، او غیره) ای غیر السلطان، الّذی اخذه من الناس غصبا و جبرا (لم یتجه حلّه لغیر المالک بغیر رضاه، لان المفروض حرمته علی العامل لعدم احترام عمله).

قوله «لان المفروض» تعلیل لعدم حلیة المال للعامل- فکیف یحل للضیف- لان ما اعطاه السلطان للعامل، ان کان من مال السلطان نفسه، کان حراما للعامل، لانه اخذه فی مقابل العمل الّذی هو حرام- فان الله اذا حرّم شیئا حرّم ثمنه- و ان کان غصبا فهو اظهر اذ الغصب لا یصیر حلالا باخذ السلطان له و اعطائه لعامله.

(و کیف کان، فالروایة) ای صحیحة ابی ولاد (اما من ادلة حلّ مال السلطان المحمول- بحکم الغلبة- الی الخراج و المقاسمة) و الجزیة و الزکاة، فانها کانت هی الغالبة فی اموال الخلفاء.

(و اما من ادلة حلّ المال المأخوذ من المسلم لاحتمال کون المعطی مالکا له) لان الید حجة مطلقا الا فیما اذا علمنا بان هذا المال بالذات محرم (و لا اختصاص له) ای لکون المال المأخوذ من ید المسلم حلالا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۸۹

بالسلطان او عماله او مطلق الظالم او غیره.

و این هذا من المطلب الّذی هو حلّ ما فی ید الجائر مع العلم اجمالا بحرمة بعضه المقتضی- مع حصر الشبهة- للاجتناب عن جمیعه.

و مما ذکرنا یظهر الکلام فی مصححة ابی المعزی امرّ بالعامل فیخبرنی بالدراهم، آخذها؟ قال: نعم، و قلت: و احج بها؟ قال و حج بها.

و روایة محمد بن هشام امرّ بالعامل فیصلنی بالصلة، اقبلها؟ قال:

(بالسلطان او عماله او مطلق الظالم) کالسارق (او غیره) بل الید حجة مطلقا.

(و این هذا) المعنی الّذی ذکرناه لصحیحة ابی ولاد (من المطلب الّذی هو حلّ ما فی ید الجائر مع العلم اجمالا بحرمة بعضه) ای بعض ما فی ید الجائر (المقتضی) ذلک العلم الاجمالی (- مع حصر الشبهة- للاجتناب عن جمیعه) کما قرر مفصلا فی الاصول.

(و مما ذكرنا) من عدم دلالة صحيحة ابى ولاد على جواز ارتكاب اطراف الشبهة فى اموال السلطان (يظهر الكلام فى مصححة ابى المعزى) حيث سئل الامام عليه السلام قائلا (امرّ بالعامل فيخبرنى بالدراهم، آخذها؟ قال) عليه السلام (نعم، و قلت: و احج بها؟ قال) عليه السلام (و حج بها) فانه يدل على حجية يد المسلم و ان كان ظالما، و لا علاقة له بالحلية فى اطراف الشبهة المحصورة.

(و رواية محمد بن هشام) حيث سئل الامام عليه السلام قال (امرّ بالعامل فيصلنى بالصلة، اقبلها؟ قال) عليه السلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۰

نعم، قلت: و احج بها؟ قال نعم و حج بها.

و رواية محمد بن مسلم و زرارة عن ابى جعفر عليه السلام: جوائز السلطان ليس بها بأس، الى غير ذلك من الاطلاقات التى لا تشمل من صورة العلم الاجمالى بوجود الحرام الا الشبهة الغير المحصورة.

و على تقدير شمولها لصورة العلم الاجمالى مع انحصار الشبهة فلا يجدى، لان الحل فيها مستند الى تصرف الجائر بالإباحة و التمليك و هو محمول على الصحيح.

(نعم، قلت: و احج بها؟ قال) عليه السلام (نعم و حج بها).

(و رواية محمد بن مسلم و زرارة عن ابى جعفر عليه السلام: جوائز السلطان ليس بها بأس، الى غير ذلك من الاطلاقات التى) ربما يتوهم شمولها لما علم انه حرام، او كان طرفا للعلم الاجمالى المنجز، لكنها لدى التحقيق (لا تشمل من صورة العلم الاجمالى بوجود الحرام الا ـ الشبهة الغير المحصورة) لانها كاطلاقات: كل شيء لك حلال، و ما اشبه مما تقدم انها لا تشمل صورة العلم الاجمالى المنجز.

(و على تقدير شمولها لصورة العلم الاجمالى مع انحصار الشبهة) فى المحصورة (فلا ـ يجدى) فى افادة الجواز مطلقا (لان الحل) لتصرف الاخذ (فيها) اى فى الشبهة المحصورة (مستند الى تصرف الجائر) و يده (بالإباحة و التمليك) للاخذ (و هو) التصرف (محمول على الصحيح) لما تقدم من ان يد الجائر كيد العادل تحمل على الصحة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۱

مع انه لو اغمض النظر عن هذا او ردّ بشمول الاخبار لما اذا اجاز الجائر من المشتبهات فى نظره بالشبهة المحصورة.

و لا يجرى هنا اصالة الصحة فى تصرفه يمكن استناد الحل فيها الى ما ذكرنا سابقا من: ان تردد الحرام بين ما اباحه الجائر او ملكه، و بين ما بقى تحت يده من الاموال التى لا دخل فيها للشخص المجاز، تردد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين و بين ما لم يبتل به و لا يجب الاجتناب حينئذ

(مع انه لو اغمض النظر عن هذا) اى عن الحمل على الصحة (او ردّ ب) انه لا مقام للحمل على الصحة ل (شمول الاخبار) المتقدمة (لما اذا اجاز الجائر من المشتبهات فى نظره) اى نظر الجائر (بالشبهة المحصورة).

(و) قد تقدم انه (لا يجرى هنا اصالة الصحة فى تصرفه).

كما لو ان زيدا اعطانى احد الماءين المشتبهين فى نظره فانه لا يجوز لى استعماله فى الطهارة، للعلم بان اليد غير صحيحة و العلم الاجمالى بعدم صحة اليد كالعلم التفصيلى رافع لحجية اليد (يمكن استناد الحل فيها) اى فى الاخبار المجوزة للجائزة حتى فى هذه الصورة (الى ما ذكرنا سابقا من: ان تردد الحرام بين ما اباحه الجائر او ملكه، و بين ما بقى تحت يده) اى يد الجائر (من الاموال التى لا دخل فيها للشخص المجاز تردد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين) «من» بيان «ما» (و بين ما لم يبتل به) مما بقى تحت يد الجائر، فيكون كما لو وقعت قطرة دم فى احد من إناءين، إنائى، أو إناء زيد الّذى ليس بمحلّ ابتلاء لى (و لا يجب الاجتناب حينئذ) اى حين

کان بعض الاطراف خارجا عن محل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۲

عن شیء منهما من غیر فرق بین هذه المسألة و غیرها من موارد الاشتباه، مع کون احد المشتبهین مختصا بابتلاء المکلف به.

ثم لو فرض نص مطلق فی حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بکلا المشتبهین، لم ینهض للحکومة علی قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة.

کما لا ینهض ما تقدم من قولهم علیهم السلام: کل شیء حلال، الخ.

الابتلاء (عن شیء منهما) لا الّذی تحت ید الجائر، لانه لیس محل الابتلاء و لا الّذی تحت ید الآخذ، لان التکلیف غیر منجز فی حقه، لا تفصیلا و لا اجمالا (من غیر فرق) فی عدم الاجتناب اذا کان بعض الاطراف خارجا عن الابتلاء (بین هذه المسألة) ای مسألة جوائز السلطان (و غیرها من موارد الاشتباه، مع کون احد المشتبهین مختصا بابتلاء المکلف به) ای بذلک الاحد.

(ثم لو فرض نص مطلق فی حل هذه الشبهة) المحصورة فی باب الجائزة (مع قطع النظر عن التصرف) بان لم یقید النص بصورة کون الجائر ذا ید علیه، و الید حجة (و عدم الابتلاء) بان لم یقید النص بصورة عدم ابتلاء الآخذ بسائر الاطراف للشبهة (بکلا المشتبهین، لم ینهض) ذلک النص المطلق (للحکومة علی قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة) التی اطرافها محل الابتلاء.

(کما لا ینهض) للحکومة علی القاعدة المذکورة (ما تقدم من قولهم علیهم السلام: کل شیء حلال، الخ) الحدیث.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۳

و مما ذکرنا یظهر ان اطلاق الجماعة لحل ما یعطیه الجائر مع عدم العلم بحرمته عینا ان کان شاملا لصورة العلم الاجمالی بوجود حرام فی الجائزة مردد بین هذا، و بین غیره، مع انحصار الشبهة، فهو مستند الی حمل

نعم هناک جملة من الروایات فی باب الربا تدل علی الحلیة بحیث تکون حاکمة علی القاعدة.

کصحیحة الحلبی: لو ان رجلا ورث من ابیه مالا و قد عرف ان فی ذلک المال ربا، و لکن اختلط فی التجارة بغیره حلالا، کان حلالا طیبا فلیأکله، و ان عرف منه شیئا معزولا انه ربوا، فلیأخذ رأس ماله و لیرد الربا.

و صحیحة الاخری: انی ورثت مالا و قد علمت ان صاحبه الّذی ورثت منه قد کان یربی، و قد اعرف ان فیه ربا و استیقن ذلک و لیس یطیب لی حلاله لحال علمی فیه، الی ان قال: فقال ابو جعفر علیه السلام: ان کنت تعلم بان فیه ربا و تعرف اهله فخذ رأس مالک، ورد ما سوی ذلک، و ان کان مختلطا فکله هنیئا، فان المال مالک.

و نحوها روایة ابی الربیع الشامی.

(و) کیف کان ف (مما ذکرنا یظهر ان اطلاق الجماعة لحل ما یعطیه الجائر مع عدم العلم بحرمته عینا) اذ مع العلم بالحرمة عینا حرام قطعا بلا اشکال- (ان کان) کلامهم (شاملا لصورة العلم الاجمالی بوجود حرام فی الجائزة مردد بین هذا) المأخوذ (و بین غیره، مع انحصار الشبهة) فی المحصورة (فهو مستند الی حمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۴

تصرفه علی الصحة.

او الی عدم الاعتناء بالعلم الاجمالی، لعدم ابتلاء المکلف بالجمیع لا لکون هذه المسألة خارجة بالنص من حکم الشبهة المحصورة.

نعم: قد یخدش فی حمل تصرف الظالم علی الصحیح من حیث انه مقدم علی التصرف فیما فی یده من المال المشتمل علی الحرام علی وجه عدم المبالات بالتصرف فی الحرام فهو کمن اقدم علی ما فی یده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام.

تصرفه على الصحة) و انه انما اعطى من الحلال.

(او الى عدم الاعتناء بالعلم الاجمالى، لعدم ابتلاء المكلف بالجميع لا) ان حكمهم بالحلية (لكون هذه المسألة خارجة بالنص من حكم الشبهة المحصورة) و انها على خلاف القاعدة الاولية.

(نعم: قد يخدش فى حمل تصرف الظالم على الصحيح من حيث انه مقدم على التصرف فيما فى يده من المال المشتمل على الحرام على وجه عدم المبالات بالتصرف فى الحرام).

فالدليل الدال على الحمل على الصحة منصرف عنه، كانصراف دليل النسيان عمن لا يبالى، سواء كان ذاكرا أم ناسيا (فهو كمن اقدم على ما فى يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام).

فانه اذا كان فى يد زيد مالين احدهما حرام و اقدم على التصرف فى احدهما لا يشمله دليل حمل فعل المسلم على الصحيح، لانا نعلم بعدم الصحة فى تصرفه، هذا، اذ قد تنجز فى حقه التكليف، و مع تنجز التكليف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۵

و لم يقل احد بحمل تصرفه حينئذ على الصحيح.

لكن الظاهر ان هذه الخدشة غير مسموعة عند الاصحاب، فانهم لا يعتبرون فى الحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف الحرام، لكونه حراما بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع اخر.

لا يحمل الفعل على الصحيح.

فكما يسقط الحمل على الصحة هنا، يسقط فيما اذا عرفنا منه عدم المبالات، و انه لا فرق عنده بين الحرام و الحلال فى تصرفه و عدم مبالاته

(و لم يقل احد بحمل تصرفه حينئذ) اى حين كان المال مختلطا عنده و تصرف فى بعض الاطراف (على الصحيح).

(لكن الظاهر) من مساق كلام الفقهاء (ان هذه الخدشة) فى الحمل على الصحة، اى الخدشة فى تصرف من لا يبالى- و عدم الحمل على الصحة- (غير مسموعة عند الاصحاب، فانهم لا يعتبرون فى الحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف الحرام) تورعا (لكونه) اى التصرف (حراما).

فقوله «لكون» علة «للتورع».

و الحاصل: ان احتمال التورع عن الحرام كاف فى حمل فعله على الصحة (بل يكتفون) فى الحمل على الصحة (باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع اخر).

مثلا: اذا احتملنا ان زيدا الّذى لا يفرق عنده الحرام و الحلال،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۱۹۶

و اما عدم الحمل فيما اذا اقدم المتصرف على الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده، فلفساد تصرفه فى ظاهر الشرع، فلا يحمل على الصحيح الواقعى

اعطانى دينارا حلالا، و كان سبب اعطائه الحلال لا الحرام، ان الحلال كان اقرب تناولا بالنسبة إليه، لان الحرام كان فى صندوق مقفول، فكسل عن فتح الصندوق، لا انه تورع عن الحرام لكونه حراما، كان هذا الاحتمال كافيا فى حمل فعله على الصحيح.

و السبب فى اطلاق حملهم على الصحة- مع الاحتمال- اطلاق الادلة.

کقوله علیه السلام: ضع امر اخیک علی احسنه.

و قوله علیه السلام: الاشیاء کلها علی ذلک الا ان تستبین او تقوم به البینة.

و قوله علیه السلام: و انی و الله اعلم ان اکثر هؤلاء لا یسمون، و للسیرة القطعیة بطهارة العامة مع انهم لا یتورعون عن بعض النجاسات و بعض المحرمات عندنا الی غیرها من الادلة المذکورة فی مسألة حمل الفعل علی الصحیح.

(و) ان قلت: فما هو الفارق بین هذه المسألة التی تحملون عمل الظالم فیها علی الصحیح، و بین مسألة ما لو علمنا انه اقدم علی التصرف فی احد المشتبهین المنجز علیه، حیث لا تحملون الفعل علی الصحیح.

قلت: (اما عدم الحمل) لفعله علی الصحیح (فیما اذا اقدم المتصرف علی الشبهة المحصورة الواقعة تحت یده، فلفساد تصرفه فی ظاهر الشرع) لان الشارع نهاه عن التصرف فی کل واحد من المشتبهین و هو یتصرف فیهما (فلا یحمل علی الصحیح الواقعی) و ان کان محتملا للصحة واقعا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۷

فتأمل، فان المقام لا یخلو عن اشکال.

و علی ای تقدیر فلم یثبت من النص، و لا الفتوی- مع اجتماع شرائط اعمال قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة- عدم وجوب الاجتناب فی المقام، و الغاء تلک القاعدة.

و اوضح ما فی هذا الباب من عبارات الاصحاب ما فی السرائر، حیث قال: اذا کان یعلم ان فیه شیئا مغصوبا، الا انه غیر

بان یکون هذا التصرف فی احدهما تصرفا فی الحلال الواقعی (فتأمل، فان المقام لا یخلو عن اشکال).

فان من علمنا انه لا یتورع عن الحرام، لا تکون یده أمارة علی ما یظهر من حال الید من انها أمارة فکیف نحکم بصحة تصرفاته.

اقول لکن قد عرفت اطلاق ادلة الحمل علی الصحة، فلا اشکال فیه.

(و علی ای تقدیر) سواء قلنا بصحة قاعدة الحمل علی الصحة فی ید الجائر، أم لا (فلم یثبت من النص، و لا الفتوی- مع اجتماع شرائط اعمال قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة-) بان کانت الاطراف محصورة، و کان کلها محل الابتلاء (عدم وجوب الاجتناب فی المقام) ای فی جوائز الجائر، و «عدم» فاعل «لم یثبت» (و الغاء تلک القاعدة) هذه جملة مستأنفة، ای ان النص و الفتوی تقتضی ابقاء قاعدة الاحتیاط فی اطراف الشبهة المحصورة، و الجملة عطف علی قوله «فلم یثبت».

(و اوضح ما فی هذا الباب من عبارات الاصحاب ما فی السرائر، حیث قال: اذا کان یعلم) الآخذ (ان فیه) ای فی مال الجائر (شیئا مغصوبا، الا انه غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۸

متمیز العین، بل هو مخلوط فی غیره من امواله او غلاته التی یأخذها علی جهة الخراج، فلا بأس بشرائه منه، و قبول صلته لانها صارت بمنزلة المستهلک، لانه غیر قادر علی ردها بعینها، انتهی.

و قریب منها ظاهر عبارة النهایة، بدون ذکر التعلیل.

و لا ریب ان الحلی لم یستند فی تجویز اخذ المال المردد الی النص، بل الی ما زعمه من القاعدة.

و لا یخفی عدم تمامیتها الا ان

متمیز العین) لدی الآخذ (بل هو) ای المغصوب (مخلوط فی غیره من امواله) ای اموال الغاصب (او) فی (غلاته التی یأخذها علی جهة الخراج) بان کانت بعض الغلات له، و بعضها مغصوبة (فلا بأس بشرائه منه، و قبول صلته) و التصرف فی بعض امواله تصرفا باجازته

(لانها) ای الغلة او الاموال المغصوبة (صارت بمنزلة المستهلک، لانه) ای الجائر (غیر قادر علی ردها بعینها، انتهی) عبارة السرائر.

(و قریب منها ظاهر عبارة النهایة، بدون ذکر التعلیل) کما علل الحلی بانه صار بمنزلة المستهلک.

(و لا ـ ریب ان الحلی لم یستند فی تجویز اخذ المال المردد) بین الحرام و الحلال (الی النص) کما یقول القائلون بحلیة التصرف فی الجائزة مطلقا، خلافا لقاعدة وجوب الاجتناب فی اطراف الشبهة المحصورة (بل الی ما زعمه من القاعدة) بانه صار مستهلکا، فلا یقدر علی رده.

(و لا یخفی عدم تمامیتها) ای قاعدة الاستهلاک التی ذکرها (الا ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۱۹۹

یرید به الشبهة غیر المحصورة بقرینة الاستهلاک، فتأمل.

[و أما الصورة الثالثة فهو أن یعلم تفصیلا حرمة ما یأخذه]

«و اما الصورة الثالثة» فهو ان یعلم تفصیلا حرمة ما یأخذه فلا اشکال فی حرمته حینئذ علی الآخذ، الا ان الکلام فی حکمه اذا وقع فی یده.

فنقول: علمه بحرمته اما ان یکون قبل وقوعه فی یده، و اما ان یکون بعده.

فان کان قبله لم یجز له ان یأخذه بغیر نیة الرد الی صاحبه- سواء اخذه اختیار او تقیة- لان اخذه بغیر هذه النیة تصرف لم یعلم

یرید به الشبهة غیر المحصورة بقرینة الاستهلاک) اذ فی المحصورة لا یتحقق الاستهلاک (فتأمل).

حیث ان فی غیر المحصورة أیضا یتمکن الغاصب من الرد، اذ لا یلزم رد العین بذاتها، بل اللازم رد العین او البدل عند تعذر العین.

«و اما الصورة الثالثة» من الصور الاربع لاخذ الجائزة من الجائر (فهو ان یعلم تفصیلا حرمة ما یأخذه) بان یعلم ان عین هذا المال حرام مغصوب (فلا اشکال فی حرمته حینئذ علی الآخذ) فاللازم ان لا یأخذه الا ان تکون هناک ضرورة او نحوها (الا ان الکلام فی حکمه) ای المال المحرم (اذا وقع فی یده) اختیارا عصیانا، او اضطرارا، او کان لا یعلم بانه حرام ثم علم بذلک.

(فنقول: علمه بحرمته اما ان یکون قبل وقوعه فی یده، و اما ان یکون بعده).

(فان کان) العلم (قبله لم یجز له ان یأخذه بغیر نیة الرد الی صاحبه- سواء اخذه اختیار او تقیة-).

و انما تجب هذه النیة (لان اخذه بغیر هذه النیة تصرف) فی مال الغیر بغیر اذن صاحبه، و (لم یعلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۰

رضا صاحبه به.

و التقیة تتأدّی بقصد الردّ، فان اخذه بغیر هذه النیة، کان غاصبا ترتب علیه احکامه، و ان اخذه بنیة الردّ کان محسنا، و کان فی یده امانة شرعیة، و ان کان العلم به بعد وقوعه فی یده کان کذلک أیضا.

رضا صاحبه به) ای بهذا التصرف.

(و) ان قلت: هذا انما یتم فی صورة الاختیار اما صورة التقیة فهو مضطر.

قلت: (التقیة تتأدّی بقصد الردّ) و الضرورات تقدر بقدرها (فان اخذه بغیر هذه النیة، کان غاصبا ترتب علیه) ای علی الاخذ (احکامه) فان للغصب احکاما خاصة، کما ان للامانة الشرعیة احکاما خاصة (و ان اخذه بنیة الرد کان محسنا) و مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ (و کان فی یده امانة شرعیة) یجب ردها الی اصحابها او تسلیمها الی الحاکم الشرعی.

و الظاهر انه یجوز الاخذ اختیارا بهذه النیة و ان احتمل ان صاحبه لا یرضی بوضع الید علیه لاصالة جواز اعانة المؤمن، الا ما علم بخروجه، فان عون الضعیف صدقة- كما فی الحدیث-.

و لقوله سبحانه «مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» بل و لحسن الانقاذ، و كلما حكم به العقل حكم به الشرع اذا كان فی سلسلة العلل (و ان كان العلم به بعد وقوعه فی یده كذلك أیضا) فاذا قصد الرد كانت امانة شرعیة، و ان لم یقصد الرد كان محكوما بحكم الغصب، لانه فی صورة قصد الرد، قبل ان یعلم بانه مال الناس جاز اخذه بحكم الشارع، فلم یمكن محكوما بانه غاصب، و بعد ان علم قصد الرد فصارت امانة شرعیة.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۱

و یحتمل قویا الضمان هنا لانه اخذه بنیة التملك لا بنیة الحفظ و الرد و مقتضی عموم: علی الید، الضمان.

و ظاهر المسالك عدم الضمان رأسا مع القبض جاهلا، قال: لانه ید امانة فیستصحب.

و حكی موافقته عن العلامة الطباطبائی ره فی مصابیحه لكن المعروف من المسالك، و غیره فی مسألة ترتب الا یدی علی مال الغیر ضمان كل منهم و لو مع الجهل.

(و یحتمل قویا الضمان هنا) فی صورة ان علم بعد الاخذ بمعنی عدم كونه محكوما بحكم الامانة الشرعیة، و ان قصد الردّ حین ان علم (لانه اخذه بنیة التملك) لنفسه (لا بنیة الحفظ و الرد) الی مالكه.

(و مقتضی عموم: علی الید) ما اخذت حتی تؤدی (الضمان).

(و) لكن (ظاهر المسالك عدم الضمان رأسا) ای اطلاقا (مع القبض جاهلا) بانه مال الناس (قال: لانه ید امانة) شرعیة، لان الشارع اجاز له اخذ الجائزة فاخذه باذن الشارع، فی حال الجهل فهو امانة شرعیة (فیستصحب) كونه امانة بعد العلم.

(و حكی موافقته) ای موافقة المسالك (عن العلامة الطباطبائی ره فی مصابیحه) هذا.

و (لكن المعروف من المسالك، و غیره فی مسألة ترتب الا یدی علی مال الغیر) كان وضع زید یده علی مال عمرو، ثم اعطاه لخالد، و خالد اعطاه لبكر، و هكذا (ضمان كل منهم) للمال (و لو مع الجهل) بانه مال

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۲

غایة الامر رجوع الجاهل علی العالم اذا لم یقدم علی اخذه مضمونا

و لا اشكال عندهم ظاهرا فی انه لو استمرّ جهل القابض المتهب الی ان تلف فی یده كان للمالك الرجوع علیه، و لا رافع یقینیا لهذا المعنی مع حصول العلم بكونه مال الغیر، فیستصحب الضمان، لا عدمه.

و ذكر فی المسالك فیمن استودعه الغاصب مالا مغصوبا انه لا یرده

الغیر.

(غایة الامر رجوع الجاهل علی العالم) بالغرامة (اذا لم یقدم) الجاهل (علی اخذه مضمونا).

كما لو اباح زید الغاصب المال لعمرو فاتلفه عمرو- ظانا انه مال زید- فان صاحب المال اذا رجع الی عمرو الّذی علیه قرار الضمان لإتلافه و اخذ المال منه، كان لعمرو الحق فی الرجوع الی زید الغارّ له، لان المغرور یرجع الی من غرّه.

(و لا اشكال عندهم ظاهرا فی انه لو استمر جهل القابض المتهب) ای الآخذ للمال هبة (الی ان تلف) المال (فی یده كان للمالك الرجوع علیه) فانه لو كان امانة شرعیة- كما ذكر المسالك فی مسألة الجائزة- لم یكن وجه لضمان المتهب (و لا رافع یقینیا لهذا المعنی) ای الضمان، لانه وضع الید علی مال الغیر (مع حصول العلم) للآخذ (بكونه مال الغیر) حینما اخذ الجائزة من الجائر (ف) اذا

علم بعد ذلک (یستصحب الضمان لا عدمه) کما قال المسالک.

(و ذکر فی المسالک فیمن استودعه الغاصب مالا مغصوبا انه لا یرده

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۳

إلیه مع الامکان، و لو اخذه منه قهرا، ففی الضمان نظر، و الّذی یقتضیه قواعد الغصب ان للمالک الرجوع علی ایّهما شاء و ان کان قرار الضمان علی الغاصب، انتهی.

و الظاهر ان مورد کلامه ما اذا اخذ الودعی المال من الغاصب جهلا بغصبه، ثم تبین له.

و هو الّذی حکم فیه هنا بعدم الضمان لو استرده الظالم المجیز او تلف بغیر تفریط.

إلیه مع الامکان) ای امکان عدم الرد (و لو اخذه) الغاصب (منه قهرا ففی الضمان نظر، و الّذی یقتضیه قواعد الغصب ان للمالک الرجوع علی ایّهما شاء) الغاصب او المستودع عنده (و ان کان قرار الضمان علی الغاصب) لانه المتلف له (انتهی) کلام المسالک (و الظاهر) من سوق العبارة (ان مورد کلامه) ای کلام المسالک (ما اذا اخذ الودعی المال من الغاصب جهلا بغصبه، ثم تبین له) انه غصب.

(و) کلامه هذا ینافی کلامه فی باب الجائزة- کما تقدم- اذ: مورد الغصب (هو الّذی حکم فیه هنا) فی باب الجائزة (بعدم الضمان لو استرده الظالم المجیز، او تلف بغیر تفریط).

و یمکن ان یقال فی وجه الفرق ان الشارع اجاز الاخذ من الجائر مع الجهل، فاذا اخذ کانت امانة شرعیة، بخلاف ما اذا اخذه من الغاصب، فان الشارع لم یجز الاخذ، و انما تخیل الآخذ ان الشارع اجازه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۴

و علی ایّ حال فیجب علی المجاز ردّ الجائزة بعد العلم بغصبیتها الی مالکها او ولیه.

و الظاهر انه لا خلاف فی کونه فوریا.

نعم یسقط باعلام صاحبه به.

و ظاهر ادلة وجوب اداء الامانة وجوب الاقباض و عدم کفایة التخلیة الا ان یدعی انها فی مقام حرمة الحبس، و وجوب التمکین، لا تکلیف

و فیه ان الشارع اجاز فی باب الغاصب أیضا حیث قال: احمل امر اخیک علی الصحة و قال: لما قام للمسلمین سوق، و ما اشبه ذلک، فتأمّل.

(و علی ای حال فیجب علی المجاز ردّ الجائزة) او المأخوذ من السلطان بیعا، او ما اشبه (بعد العلم بغصبیتها الی مالکها او ولیه) من الوارث، او الحاکم الشرعی، او من اشبه.

(و الظاهر انه لا خلاف فی کونه) ای وجوب الردّ (فوریا) حیث علم.

(نعم یسقط) لزوم الردّ فورا (باعلام صاحبه به) بان قال له: ما لک عندی خذه متی شئت، او آتیک به غدا، فیما اذا رضی المالک بالتأخیر.

(و) هل اللازم ان یتحمل الآخذ تجشم الردّ؟ او یکفی ان یخلی بین المال و بین مالکه (ظاهر ادلة وجوب اداء الامانة) کقوله سبحانه: إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِها (وجوب الاقباض و عدم کفایة التخلیة) لان التخلیة لیست اداء (الا ان یدعی انها) ای التأدیة لیس معناها الاعطاء، بل (فی مقام حرمة الحبس) و الحیلولة بین المالک و بین ماله (و وجوب التمکین) عطف علی «حرمة» (لا

تکلیف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۵

الامین بالاقباض.

و من هنا ذکر غیر واحد- کما عن التذکرة، و المسالک، و جامع المقاصد- ان المراد بردّ الامانة رفع یده عنها و التخلیة بینه و بینها.

و علی هذا فیشکل حملها إلیه لانه تصرف لم یؤذن فیه الا اذا کان الحمل مساویا لمکانه الموجود فیه، او احفظ.

فان الظاهر جواز نقل الامانة الشرعیة من مکان الی ما لا یکون ادون من الاول فی الحفظ.

الامین بالاقباض) و تجشّم صعوبة ذلک.

(و من هنا ذکر غیر واحد) من الفقهاء (- کما عن التذکرة، و المسالک و جامع المقاصد- ان المراد بردّ الامانة رفع یده عنها و التخلیة بینه) ای بین المالک (و بینها) ای الامانة.

(و علی هذا) الّذی ذکروا من لزوم التخلیة فقط (فیشکل حملها) ای الامانة (إلیه) ای الی المالک (لانه تصرف لم یؤذن فیه الا اذا کان الحمل مساویا لمکانه الموجود فیه) من جهة الحفظ (او احفظ) و لم نعلم بان صاحبها غیر راض حتی بهذا المقدار من التصرف، لوضوح ان کون المال فی الصندوق لیس تصرفا جدید امثل حمله فی جیبه، و لو بقصد الایصال الی صاحبه، لانه تصرف جدید.

(فان الظاهر جواز نقل الامانة الشرعیة من مکان الی ما لا یکون ادون من الاول فی الحفظ) بل الی الادون أیضا اذا کان حرزا عرفا.

کما لو کان فی صندوقین من حدید فنقله الی صندوق حدیدی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۶

و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الامکان، لتوقف الاداء الواجب بمعنی التمکین و عدم الحبس علی الفحص.

مضافا الی الامر به فی الدین المجهول المالک

و انما نقول: ان الظاهر جواز النقل، اذ الدلیل انما دلّ علی وجوب الحفظ و لم یدل علی وجوب الحفظ فی المکان الاول.

نعم لو علمنا من المالک عدم رضاه بذلک لم یجز، لانه تصرف فی مال الغیر بدون اذنه، و لو کان المکان الثانی احفظ.

(و لو) علم الاخذ للجائزة ان هذه الجائزة مغصوبة و (جهل صاحبه وجب الفحص مع الامکان) للفحص اما مع عدم الامکان کما لو علم انه لشخص فی الهند سقط الفحص، لانه من المال المتعذر الایصال عرفا

و انما یجب الفحص (لتوقف الاداء الواجب بمعنی التمکین) للمالک من قبض ماله (و عدم الحبس) للامانة (علی الفحص) و ما یتوقف علیه الواجب واجب شرعا او عقلا.

(مضافا الی الامر به) ای بالفحص (فی الدین المجهول المالک).

و من المعلوم انه لا فرق بین الدین و العین.

و الروایة هی صحیحة معاویة المرویة فی الفقیه عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل کان له علی رجل حق، ففقده، و لا یدری این یطلب، و لا یدری أ حیّ هو أم میت، و لا یعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال علیه السلام: اطلب، قال: قد طال فاتصدق به؟ قال علیه السلام:

اطلب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۰۷

ثم لو ادعاه مدع، ففی سماع قول من یدعیه لانه لا معارض له.

او مع الوصف تنزيلا له منزلة اللقطة.

او يعتبر الثبوت شرعا للاصل، وجوه.

و يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص لاطلاق غير واحد من الاخبار.

(ثم لو ادعاه) اى المال الّذى اخذه بالجائزة و علم انه مال مغصوب اذ مع عدم العلم جرت اصالة الصحة- كما تقدم- (مدع، ففى سماع قول من يدعيه مطلقا) سواء وصف المال، أم لا، او جاء بالدليل الشرعى لكونه ما له، أم لا (لانه لا معارض له) و الدعوى بدون المعارضة حجة.

(او) سماع قول من يدعيه (مع الوصف تنزيلا له منزلة اللقطة) التى ذكروا فيها كون السماع متوقفا على الوصف من المدعى.

(او يعتبر الثبوت شرعا) باقامة البينة و نحوها من المثبتات الشرعية (للاصل) فان الاصل عدم ثبوت كون الحق للمدعى، الا اذا جاء بالدليل الشرعى (وجوه) و احتمالات، و ان كان الثالث غير بعيد اذ قد اشتغلت ذمة الآخذ بهذا المال، فاللازم افراغ ذمته بالرد الى مالكه او التصدق به فالدفع بدون الامرين غير مبرأ للذمة، فتأمّل.

(و يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص) عن المالك، و ان علم انه مغصوب (لاطلاق غير واحد من الاخبار) من قولهم عليهم السلام: فمن عرفت منهم رددت عليه، و من لم تعرف تصدقت عنه، فان عدم امره عليه السلام بالفحص بالنسبة الى من لم يعرف دليل عدم وجوب الفحص.

اللهم الا ان يقال: ان الخبر ليس مسوقا من هذه الجهة، فلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۸

ثم ان المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص نظير ما ذكروه فى تعريف اللقطة.

و لو احتاج الفحص الى بذل مال، كاجرة دلال صائح عليه فالظاهر عدم وجوبه على الآخذ بل يتولاه الحاكم ولاية عن صاحبه و يخرج عن العين اجرة الدلال، ثم يتصدق بالباقى ان لم يجد صاحبه.

و يحتمل وجوبه عليه

اطلاق فيه.

(ثم ان المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص) بناء على وجوب الفحص (نظير ما ذكروه فى تعريف اللقطة) فلا حدّ خاص للفحص، و ينتهى وجوب الفحص باليأس عرفا، حتى لا يصدق انه لم يرد الامانة.

(و لو احتاج الفحص الى بذل مال، كاجرة دلال صائح عليه) او اجرة طبع فى الجريدة مثلا (فالظاهر عدم وجوبه على الآخذ) لادلة: لا ضرر (بل يتولاه) اى اعطاء المال (الحاكم ولاية عن صاحبه و يخرج عن العين اجرة الدلال، ثم يتصدق بالباقى ان لم يجد صاحبه) و ان وجده اعطاه الباقى.

و انما يجوز للحاكم ان يفعل ذلك لانه ولى الغائب، و من اشبه، و اللازم عليه القيام بمصالحهم.

و يحتمل ان يكون ثمن الفحص على بيت المال، لانه المعد لمصالح المسلمين.

(و يحتمل وجوبه) اى بذل اجرة الدلال (عليه) اى على الواجد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۰۹

لتوقف الواجب عليه.

و ذكر جماعة- فى اللقطة- ان اجرة التعريف على الواجد، لكن حكى عن التذكرة: انه ان قصد الحفظ دائما يرجع امره الى الحاكم،

لیبذل اجرته من بیت المال، او یستقرض علی المالک او یبیع بعضها ان رآه اصلح.

و استوجه ذلک جامع المقاصد.

ثم ان الفحص لا یتقید بالسنة- علی ما ذکره الاکثر هنا- بل حدّه:

الیأس، و هو مقتضی الاصل،

(لتوقف) الاداء (الواجب علیه) و ما لا یتم الواجب الا به واجب.

(و) یؤیده انه (ذکر جماعة- فی اللقطة- ان اجرة التعریف علی الواجد، لکن حکی عن التذکرة: انه) ای الواجد (ان قصد الحفظ) لما وجده (دائما) حتی یظفر بصاحبه، لانه مخیر بین الحفظ و التعریف، و التصرف مع الضمان (یرجع امره الی الحاکم، لیبذل اجرته من بیت المال او یستقرض) الحاکم الاجرة (علی المالک، او یبیع بعضها) ای بعض اللقطة (ان رآه) ای البیع (اصلح) من الاستقراض.

(و استوجه ذلک) ای البیع (جامع المقاصد) او المراد ان جامع المقاصد استوجه قول العلامة رحمه الله.

(ثم ان الفحص لا یتقید بالسنة- علی ما ذکره الاکثر هنا-) ای فی باب الجائزة، و ان قیدوه بالسنة فی باب اللقطة (بل حدّه) ای الفحص (الیأس، و هو مقتضی الاصل) الدال علی عدم وجوب الفحص اکثر من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۰

الا ان المشهور کما فی جامع المقاصد علی انه اذا اودع الغاصب مال الغصب لم یجز الرد إلیه، بل یجب رده الی مالکه، فان جهل عرف سنة ثم یتصدق به عنه مع الضمان.

و به روایة جعفر بن غیاث، لکن موردها فیمن اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، فهل یرد علیه؟ قال: لا یرده، فان امکنه ان یرده علی صاحبه فعل، و الا کان فی یده بمنزله اللقطة، یصیبها فیعرفها حولا، فان اصاب صاحبها، و الا تصدق بها فان جاء صاحبها

ذلک (الا ان المشهور کما فی جامع المقاصد علی انه اذا اودع الغاصب مال الغصب) عند احد (لم یجز الرد إلیه) ای الرد الی الغاصب، لانه تکون امانة شرعیة بید الآخذ (بل یجب) علیه (رده الی مالکه، فان جهل) الآخذ المالک (عرف سنة، ثم یتصدق به عنه مع الضمان).

و مقتضی هذا ان یکون اللازم فی المقام أیضا التعریف سنة.

قال جامع المقاصد.

(و به) ای بلزوم التعریف سنة (روایة جعفر بن غیاث) و لو ثبتت دلالة الروایة، کانت مقدمة علی الاصل (لکن موردها فیمن اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، فهل یرد) الآخذ الدراهم (علیه؟

قال) علیه السلام (لا یرده، فان امکنه ان یرده علی صاحبه فعل و الا کان فی یده بمنزلة اللقطة، یصیبها) الانسان ای یجدها (فیعرفها حولا، فان اصاب صاحبها) فهو (و الا تصدق بها) مع الضمان (فان جاء صاحبها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۱

بعد ذلک خیّر بین الغرم، و الاجر.

فان اختار الاجر فالاجر له، و ان اختار الغرم، غرم له، و کان الاجر له.

و قد تقدم تعدی الاصحاب من اللص الی مطلق الغاصب بل الظالم و لم یتعدّوا من الودیعة المجهول مالکها الی مطلق ما یعطیه الغاصب و لو بعنوان غیر الودیعة کما فی ما نحن فیه.

نعم ذکر فی السرائر فیما نحن فیه انه روی انه بمنزلة اللقطة، ففهم

بعد ذلک خیّر) بصیغة المجهول (بین الغرم) ای یغرم الواجد بدلها للمالک، و الاجر للواجد (و الاجر) للمالک، لان ماله تصدق به.

(فان اختار الاجر) و ثواب الصدقة (فالاجر له) و لا غرامة علی الواجد (و ان اختار الغرم، غرم) الواجد (له) ای للمالک (و کان الاجر له) ای للواجد، الی آخر الخبر.

(و قد تقدم تعدی الاصحاب من اللص) المذکور فی الروایة (الی مطلق الغاصب بل الظالم) فی وجوب التعریف سنة، ثم التصدق (و لم یتعدّوا من الودیعة المجهول مالکها) کما هو مورد الروایة (الی مطلق ما یعطیه الغاصب، و لو بعنوان غیر الودیعة) کالجائزة (کما فی ما نحن فیه) او المعاملة، سواء عامل و هو عالم بان البائع غاصب- تساهلا- او لم یعلم ثم عرف بعد ذلک.

(نعم ذکر فی السرائر فیما نحن فیه) من الجائزة (انه روی انه بمنزلة اللقطة، ففهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۲

التعدی من الروایة.

و ذکر فی التحریر: ان اجراء حکم اللقطة فیما نحن فیه لیس ببعید کما انه عکس فی النهایة و التحریر، فالحقا الودیعة بمطلق مجهول المالک.

و الانصاف ان الروایة یعمل بها فی الودیعة، او مطلق ما اخذ من الغاصب بعنوان الحسبة للمالک، لا مطلق ما اخذ منه حتی لمصلحة الآخذ، فان الاقوی فیه تحدید التعریف فیه بالیأس، للاصل

التعدی من الروایة) ان کان مراده من الروایة هذه الروایة التی ذکرناها

و یحتمل انه ظفر بروایة اخری فی مدینة العلم المفقود، او غیره لم نظفر بها.

(و ذکر فی التحریر: ان اجراء حکم اللقطة فیما نحن فیه لیس ببعید) للمناط المستفاد من الروایة السابقة (کما انه عکس فی النهایة و التحریر، فالحقا الودیعة بمطلق مجهول المالک) کالغصب و اللقطة و السرقة، و نحوها، و انما الحاقاها بذلک للمناط.

(و الانصاف ان الروایة) المتقدمة عن حفص (یعمل بها فی الودیعة) کما هی موردها (او مطلق ما اخذ من الغاصب بعنوان الحسبة) ای قربة الی الله تعالی، بان اخذه لیحفظه (للمالک، لا) ان الروایة شاملة ل (مطلق ما اخذ منه) ای من الغاصب (حتی لمصلحة الآخذ) کالجائزة (فان الاقوی فیه تحدید التعریف فیه بالیأس) عن صاحبه (للاصل) بعدم وجوب الزیادة علی الیأس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۳

بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فیه.

مضافا الی ما ورد من الامر بالتصدق بمجهول المالک مع عدم معرفة المالک، کما فی الروایة الواردة فی بعض عمّال بنی امیة لعنهم الله من الامر بالصدقة بما لا یعرف صاحبه مما وقع فی یده من اموال الناس بغیر حق.

ثم الحکم بالصدقة هو المشهور فیما نحن فیه اعنی جوائز الظالم.

و حیث ان الیأس غالبا یحصل قبل الحول، کان الاصل عدم وجوب التعریف اکثر من ذلک، اما اذا لم یحصل الیأس الی الحول، فلا یشترط الزیادة قولا و احدا (بعد اختصاص المخرج عنه) ای عن الاصل (بما عدا ما نحن فیه).

فان المخرج و هو روایة حفص خاصة بغیر صورة الاخذ لمصلحة الآخذ

(مضافا) علی الاصل (الی ما ورد من الامر بالتصدق بمجهول المالک مع عدم معرفة المالک) من غیر تقیید بالتعریف سنة (کما فی

الروایة الواردة فی بعض عمّال بنی امیة لعنهم الله من الامر بالصدقة بما لا یعرف صاحبه مما وقع فی یده من اموال الناس بغیر حق).

(ثم) ان المصنف اشار الی جهة اخری من البحث، و هی ان الحکم بعد الیأس عن صاحب الجائزة التصدق او غیره، و (الحکم بالصدقة هو المشهور فیما نحن فیه اعفی جوائز الظالم) حین علم الآخذ بالغصبیة، و لم یجد صاحبها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۴

و نسبه فی السرائر الی روایة اصحابنا، فهی مرسلة مجبورة بالشهرة المحققة مؤیدة بان التصدق اقرب طرق الایصال.

و ما ذکره الحلّی من ابقائها امانة فی یده و الوصیة به معرض للمال للتلف مع انه لا یبعد شهادة حال المالک للقطع برضاه بانتفاعه بماله فی الآخرة علی تقدیر عدم انتفاعه به فی الدنیا

(و نسبه فی السرائر الی روایة اصحابنا، فهی) ای روایة السرائر (مرسلة مجبورة بالشهرة المحققة مؤیدة)- بصیغة المفعول- (بان التصدق اقرب طرق الایصال) لانه اذا لم یجد صاحبه فلیوصل ثواب المال الی صاحبه.

لکن لا یخفی ان مطلق الثواب کالوقف، و بناء المسجد، و ما اشبه أیضا طریق، و لا دلیل علی ان الصدقة اقرب منها.

اللهم الا ان یراد بالصدقة الاعم من ذلک.

(و ما ذکره الحلی من ابقائها امانة فی یده) بعد الیأس عن صاحبها (و الوصیة به) حین الموت لیوصلوها الی صاحبها ان ظفروا به (معرض للمال للتلف) و ذلک خلاف حفظ الامانة (مع انه لا- یبعد شهادة حال المالک) الظاهر من الملاک لدی تجرّدهم عن عواطف حب عین المال بسبب یأسهم عن وصولهم الی مالهم (للقطع برضاه بانتفاعه بماله فی الآخرة) الحاصل بالتصدق.

و قوله «للقطع» متعلق ب «شهادة» ای یشهد حال المالک بالقطع برضاه الخ (علی تقدیر عدم انتفاعه به) ای بماله (فی الدنیا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۵

هذا.

و العمدة ما ارسله فی السرائر مؤیدا باخبار اللقطة و ما فی منزلتها

و ببعض الاخبار الواردة فی حکم ما فی ید بعض عمال بنی امیة الشامل بإطلاقها لما نحن فیه من جوائز بنی امیة حیث قال له علیه السلام اخرج من جمیع ما اکتسبت فی دیوانهم، فمن عرفت منهم رددت علیه ماله و من لم تعرف تصدقت.

و یؤیده أیضا الامر بالتصدق بما یجتمع

و (هذا) وجه اعتباری.

(و) لکن (العمدة ما ارسله فی السرائر) کما تقدم (مؤیدا باخبار اللقطة و ما فی منزلتها) ای حکم اللقطة الدال علی التصدق، بعد وحدة المناط فی الجمیع، بل بما دل علی انه یجعله ما لا لنفسه، فاذا جاز ذلک فالتصدق اولی، کما فی اخبار الدین.

(و) مؤیدا (ببعض الاخبار الواردة فی حکم ما فی ید بعض عمال بنی امیة الشامل بإطلاقها لما نحن فیه من جوائز بنی امیة) اذ ما فی ید العامل جائزة و غیر جائزة.

و من المعلوم ان جوائز بنی امیة لا خصوصیة لها، بل هی کسائر جوائز الظلمة، کروایة علی بن حمزة (حیث قال له علیه السلام: اخرج من جمیع ما اکتسبت فی دیوانهم، فمن عرفت منهم رددت علیه ماله، و من لم تعرف تصدقت) ای بماله عن قبله.

(و یؤیده) ای یؤید وجوب التصدق (أیضا الامر بالتصدق بما یجتمع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۶

عند الصیاغین، من اجزاء النقدین،

و ما ورد من الامر بالتصدق بغلة الوقف المجهول اربابه.

و ما ورد من الامر بالتصدق بما یبقی فی ذمة الشخص لاجیر استأجره

و مثله مصححة یونس فقلت: جعلت فداک کنّا مرافقین لقوم بمکة فارتحلنا عنهم، و حملنا بعض متاعهم

عند الصیاغین، من اجزاء النقدین) کروایة میمون الصائغ، حیث سئل الامام علیه السلام فیما یکنس من التراب فابیعه، فما اصنع به؟ قال علیه السلام تصدق به.

(و ما ورد من الامر بالتصدق بغلة الوقف المجهول اربابه)

فقد سئل الامام علیه السلام: علی بن راشد عن ضیعة اشتراها، ثم علم بانها وقف فقال علیه السلام: لا یجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلة فی ملکک ادفعها الی من اوقفت علیه، قلت: لا أعرف لهاربا، فقال:

تصدق بغلتها، بناء علی أنّ المراد ابقاء العین امانة عنده و التصدق بالغلة کل سنة، اذ التصدق بعین الوقف موجب لذهاب اثره، لأن الآخذ یتملکه فیسقط عن الوقفیة.

(و ما ورد من الامر بالتصدق بما یبقی فی ذمة الشخص لاجیر استأجره) کروایة الصدوق فی الفقیه، فانه ذکر بعد صحیح معاویة ما لفظه: و روی فی هذا خبر آخر، ان لم تجد وارثا، و علم اللّه منک الجهد فتصدق به فتأمل.

(و مثله) فی الدلالة علی التصدق (مصححة یونس) قال: (فقلت:

جعلت فداک کنّا مرافقین لقوم بمکة فارتحلنا عنهم، و حملنا بعض متاعهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۷

بغیر علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم، و لا نعرف اوطانهم، و قد بقی المتاع عندنا فما نصنع به، قال: تحملونه حتی تلحقوهم بالکوفة، قال یونس: قلت له لست اعرفهم، و لا ندری کیف نسأل عنهم قال: فقال (ع) بعه و اعط ثمنه اصحابک، قال فقلت: جعلت فداک اهل الولایة قال فقال نعم.

نعم یظهر من بعض الروایات ان مجهول المالک مال الامام علیه السلام کروایة داود بن ابی یزید عن ابی عبد الله قال: قال له رجل انی قد اصبت مالا و انی

بغیر علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم، و لا نعرف اوطانهم، و قد بقی المتاع عندنا فما نصنع به، قال) علیه السلام (تحملونه حتی تلحقوهم بالکوفة، قال یونس: قلت له) علیه السلام (لست اعرفهم و لا ندری کیف نسأل عنهم) لانا لا نعرف اسمائهم، و لا بعض الخصوصیات المشخصة التی ان سئلناها دلونا علیهم (قال: فقال "ع "بعه و اعط ثمنه اصحابک، قال فقلت: جعلت فداک اهل الولایة) ای الشیعة (قال فقال) علیه السلام (نعم) بل لعل من هذا القبیل ما ورد فی ما وجد فی بعض بیوت مکة و هو خبر اسحاق بن عمار، قال سألت أبا ابراهیم علیه السلام، عن رجل نزل فی بیوت مکة، فوجد فیه نحوا من سبعین درهما مدفونة، فلم نزل معه، و لم یذکرها حتی قدم الکوفة، کیف یصنع؟ قال یسأل عنها اهل المنزل لعلهم یعرفونها، قلت: فان لم یعرفوها قال: یتصدق بها.

(نعم یظهر من بعض الروایات ان مجهول المالک مال الامام علیه السلام، کروایة داود بن ابی یزید عن ابی عبد الله قال: قال له رجل انی قد اصبت مالا، و انی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۸

قد خفت منه علی نفسی، فلو اصبت صاحبه دفعته إلیه، و تخلصت عنه، قال: فقال له ابو عبد الله علیه السلام: لو اصبته کنت تدفعه إلیه، فقال: ای و الله، فقال علیه السلام: و الله ما له صاحب غیری، قال: فاستحلفه ان یدفعه الی من یأمره، قال: فحلف، قال: فاذهب، و قسّمه

بین اخوانک، و لک الأمن مما خفته، قال: فقسمه بین اخوانه.

قـد خفت منه علی نفسـی) ای خوفا علی دینی (فلو اصبت صاحبه دفعته إلیه، و تخلصت عنه، قال: فقال له ابو عبد الله علیه السـلام: لو اصبته کنت تـدفعه إلیه، فقـال: ای و الله، فقـال علیه السـلام: و الله مـا له صاحب غیری، قال) الراوی (فاستحلفه) ای طلب الامام حلف السائل (ان یـدفعه) ای المال (الی من یأمره) الامام علیه السـلام بالدفع إلیه (قال: فحلف) السائل ان یفعل کما یأمره الامام علیه السـلام (قـال) الامـام (فـاذهب، و قسّـمه بین اخوانـک، و لک الأمن مما خفته) من ان یکون لک العقاب بوضع یـدک علی هـذا المال (قال) الراوی فسمع الواجـد کلامـ الامـام علیه السـلام (فقسـمه بین اخوانه) فـان قوله علیه السـلام: مـا له صـاحب غیری ظاهر فی ان مجهول المالک للامام.

و احتمال کون هـذا الشیء الّذی وجده السائل کان قد ضاع من الامام علیه السـلام کاحتمال ان المراد بکون الامام صاحبه کونه علیه السلام مالکا من باب: ملکهم لکل شیء بتملیک الله لهم خلاف الظاهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۱۹

هذا و اما ما ذکرناه فی وجه التصدق من انه احسان، و انه اقرب طرق الایصال، و ان الاذن فیه حاصل بشـهادة الحال، فلا یصـلح شـیء منها للتأیید، فضلا عن الاستدلال.

لمنع جواز کل احسان فی مال الغائب.

و منع کونه اقرب طرق الایصال، بل الاقرب دفعه الی الحاکم الّذی هو ولی الغائب.

و اما شهادة الحال فغیر مطردة، ان

(هـذا و اما ما ذکرناه فی وجه التصـدق) من المؤیـدات (من انه احسان) و مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ (و انه اقرب طرق الایصال) الی المالک (و ان الاذن فیه) ای فی التصـدق (حاصل) من المالک (بشـهادة الحال) و ان الانسان راض بان یدفع ماله صدقة اذا لم یتمکن من الایصال إلیه (فلا یصلح شیء منها) ای من الوجوه الثلاثة (للتأیید، فضلا عن الاستدلال) بها علی جواز التصدق، و کفایته فی فراغ الذمة.

(لمنع جواز کل احسان فی مال الغائب).

فان الدلیل انما دل علی انه ما علی المحسن سبیل و لکنه لا دلیل علی ان التصدق احسان.

(و منع کونه اقرب طرق الایصـال، بـل الاـقرب دفعه الی الحـاکم الّذی هو ولی الغـائب) و لا تکلیف بعـد علی الواجـد ان یتصـدق به الحاکم، او یفعل به شیئا آخر.

(و اما شهادة الحال) برضی المالک بالتصدق (فغیر مطردة، ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۰

بعض النـاس لاـ یرضـی بالتصـدق، لعـدم یـأسه عن وصوله إلیه، خصوصـا اذا کـان المالک مخالفا او ذمیا یرضـی بالتلف و لا یرضـی بالتصدق علی الشیعة.

فمقتضـی القاعـدة- لو لاـ مـا تقـدم من النص- هو لزوم الـدفع الی الحـاکم، ثم الحاکم یتبع شـهادة حال المالک، فان شـهدت برضاه بالصدقة، او بالامساک عمل علیهما، و الا یخیّر بینهما لان کلا منهما تصـرف لم یؤذن فیه من المالک، و لا بدّ من احدهما و لا ضمان فیهما.

بعض الناس لا یرضی بالتصدق، لعدم یأسه عن وصوله إلیه، خصوصا اذا کان المالک مخالفا او ذمیا) بحیث (یرضی بالتلف) لماله (و لا یرضی بالتصدق علی الشیعة) و بالاخص اذا کان ناصبیا، او ما اشبه.

(فمقتضی القاعدة) فی احترام مال الناس، و عدم جواز التصرف فیه الا برضاهم (- لو لا ما تقدم من النص-) الدال علی جواز التصدق، بل وجوبه لانه طریق التخلص (هو لزوم الدفع الی الحاکم) لانه ولی الغائب و من اشبهه (ثم الحاکم یتبع شهادة حال المالک) مما یطمئن بها فیکون التصرف من باب الاطمینان بالرضا عن المالک فی هذا القسم من التصرف الخاص (فان شهدت الحال (برضاه) ای المالک (بالصدقة، او بالامساک) و الحفظ (عمل علیهما) ای علی ما شهدت الحال (و الا یخیّر) الحاکم (بینهما).

و انما نقول بالتخییر (لان کلا منهما) ای من التصدق و الامساک (تصرف لم یؤذن فیه من المالک، و لا بدّ من احدهما و لا ضمان فیهما).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۱

و یحتمل قویا تعیّن الامساک لان الشک فی جواز التصدق یوجب بطلانه، لاصالة الفساد.

و اما بملاحظة ورود النص بالتصدق، فالظاهر عدم جواز الامساک امانة، لانه تصرف لم یؤذن فیه من المالک، و لا الشارع.

و یبقی الدفع الی الحاکم و التصدق.

اذ لا دلیل علی الضمان الا علی الید، و هو لیس آت هنا بعد انجبار احد التصرفین.

(و یحتمل قویا تعیّن الامساک لان الشک فی جواز التصدق یوجب بطلانه) ای بطلان التصدق (لاصالة الفساد) فی کل معاملة لم نعلم شمول الادلة الشرعیة له.

و لا یعارض هذا بالشک فی جواز الامساک لان الامساک لیس معاملة بالإضافة الی ان التصدق افناء، بخلاف الامساک، هذا کله بملاحظة القاعدة الاولیة.

(و اما بملاحظة ورود النص بالتصدق، فالظاهر عدم جواز الامساک امانة، لانه) ای الامساک (تصرف) فی مال الغیر (لم یؤذن فیه من المالک و لا) من (الشارع).

اذ الشارع یأمر بالتصدق، و المالک لا نعلم اجازته و رضاه بالتصدق

(و) علی هذا ف (یبقی) التخییر بین (الدفع الی الحاکم و التصدق) فهل یلزم التصدق لامر النص بذلک؟ او یخیر بین التصدق، و الدفع الی الحاکم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۲

و قد یقال: ان مقتضی الجمع بینه، و بین دلیل ولایة الحاکم، هو التخییر بین الصدقة و الدفع الی الحاکم، فلکل منهما الولایة.

و یشکل بظهور النص فی تعیین التصدق.

نعم یجوز الدفع إلیه من حیث ولایته علی مستحقی الصدقة و کونه اعرف بمواقعها.

و یمکن ان یقال: ان اخبار التصدق واردة فی مقام اذن

(و قد یقال: ان مقتضی الجمع بینه) ای بین النص الآمر بالتصدق (و بین دلیل ولایة الحاکم) کقوله علیه السلام: فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا، و غیره من ادلة الرجوع الی الحاکم (هو التخییر بین الصدقة و الدفع الی الحاکم، فلکل منهما) ای من الآخذ و الحاکم (الولایة) فی الصرف لهذا المال.

(و یشکل) التخییر (بظهور النص) فی المقام (فی تعیین التصدق) و هذا النص اخص مطلقا عن ولایة الحاکم، فلا محل للجمع بینهما

بالتخيير.

(نعم يجوز الدفع إليه) اى الى الحاكم (من حيث ولايته على مستحقى الصدقة) لان الحاكم هو المكلف بشئون الفقراء فالدفع إليه كانه دفع إليهم (و كونه) اى الحاكم (اعرف بمواقعها) اى مواقع الصدقة، فالدفع إليه استنابة له فى ايصال المال الى صاحبه الى الفقير.

(و يمكن ان يقال) فى توجيه الجمع بين اخبار الصدقة، و بين ما دل على انه للامام عليه السلام ب (ان اخبار التصدق واردة فى مقام اذن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۳

الامام بالصدقة، او محمولة على بيان المصرف، فانك اذا تأملت كثيرا من التصرفات الموقوفة على اذن الحاكم وجدتها واردة فى النصوص على طريق الحكم العام كاقامة البينة و الاحلاف و المقاصة.

الامام بالصدقة) فليس واجبا ابتدائيا.

و انما اذن الامام بالصدقة لانه مال الامام (او محمولة على بيان المصرف) لهذا المال من دون ان يكون ذلك منافيا لكونه مال الامام عليه السلام (فانك اذا تأملت كثيرا من التصرفات الموقوفة على اذن الحاكم وجدتها واردة فى النصوص على طريق الحكم العام) و انها واردة لبيان ان الحكم كذا، لا انها واردة فى مقابل اذن الحاكم (كاقامة البينة و الاحلاف و المقاصّة).

فان الرواية الواردة فى ان البينة على المدعى، لا يراد بها ان المدعى و المنكر يتمكنان من اقامة البينة و الحلف بانفسهما، او امام انسان جاهل- مثلا- بل انما اريد بها ان الحكم العام لهذا الموضوع هو البينة اما عند من تقام البينة، فالدليل ساكت عنه، و لذا لا يزاحم دليل البينة دليل لزوم كون الاقامة عند الحاكم.

و المقاصّة عبارة عن اخذ الشخص شيئا من مال غيره فى مقابل استيلاء الغير على مال الشخص بدون ان يستعد للدفع الى الشخص.

هذا ما فهمناه فى تفسير العبارة، و فى بعض الحواشى تفسير آخر لكن الاظهر عندى ما ذكرته، و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۴

و كيف كان فالاحوط- خصوصا بملاحظة ما دل على ان مجهول المالك مال الامام عليه السلام- مراجعة الحاكم بالدفع إليه او استيذانه.

و يتأكد ذلك فى الدين المجهول المالك اذ الكلى لا يتشخص للغريم الا بقبض الحاكم الّذى هو وليه و ان كان ظاهر الاخبار الواردة فيه ثبوت الولاية للمديون.

(و كيف كان) الجمع بين الاخبار (فالاحوط- خصوصا بملاحظة ما دل على ان مجهول المالك مال الامام عليه السلام- مراجعة الحاكم بالدفع إليه او استيذانه) اذا اراد الواجد التصدق بنفسه.

لانه ان كان التكليف التصدق فقد استناب الحاكم فى ذلك.

و ان كان التكليف الدفع الى الحاكم فقد عمل بالتكليف.

(و يتأكد ذلك) الاحتياط بمراجعة الحاكم (فى الدين المجهول المالك).

و انما يتأكد (إذ الكلى) فى الذمة (لا يتشخص للغريم) الّذى هو مالك الدين (الا بقبض الحاكم الّذى هو وليه) و هذا بخلاف العين الشخصية للمالك المجهول، فانه متشخص، لفرض ان العين له (و ان كان ظاهر الاخبار الواردة فيه) اى فى مجهول المالك (ثبوت الولاية للمديون) فى تشخيص الدين فى جزئى خارجى و اعطائه للفقير، و لو فرض ان ظاهر بعض الاخبار كونه للامام فقد اذن الامام اذنا عاما بان يدفعه المديون فلا حاجة الى مراجعة الحاكم، و لو شك فى الاحتياج الى اذن الحاكم، فالاصل عدمه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۵

ثم ان حكم تعذر الايصال الى المالك المعلوم تفصيلا، حكم جهالة المالك و تردده بين غير محصورين فى التصدق استقلالا، او باذن الحاكم كما صرح به جماعة منهم المحقق فى الشرائع و غيره.

ثم ان مستحق هذه الصدقة هو الفقير، لانه المتبادر من اطلاق الامر بالتصدق.

و فى جواز اعطائها للهاشمى قولان من انها صدقة مندوبة على المالك

(ثم ان حكم تعذر الايصال الى المالك المعلوم تفصيلا، حكم جهالة المالك).

مثلا: لو كان له مالك معلوم لكنا فقدناه، فلم ندر اين ذهب؟ او كان موجودا لكنه مسجون فى سجن مؤيد، لا يمكن الوصول إليه، او ما اشبه ذلك (و) حكم (تردده بين غير محصورين فى) وجوب (التصدق استقلالا) من الّذى عنده المال (او باذن الحاكم) الشرعى (كما صرح به جماعة منهم المحقق فى الشرائع و غيره).

و ذلك للمناط المستفاد من الاخبار الكثيرة الواردة فى الابواب المتفرقة، كما تقدم جملة منها.

(ثم ان مستحق هذه الصدقة هو الفقير، لانه) اى وجوب الاعطاء الى الفقير هو (المتبادر من اطلاق الامر بالتصدق).

(و فى جواز اعطائها للهاشمى قولان).

الجواز (من) جهة (انها صدقة مندوبة على المالك) و الصدقة المندوبة يجوز اعطائها للهاشمى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۶

و ان وجب على من هى بيده، الا انه نائب كالوكيل و الوصى.

و من انها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بامر المالك حتى يكون مندوبة مع ان كونها من المالك غير معلوم، فلعلها ممن تجب عليه.

ثم ان فى الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق و عدمه مطلقا، او

(و ان وجب) الاعطاء (على من هى بيده، الا انه نائب) عن المالك (كالوكيل و الوصى) فاذا اعطى زيد عمروا دينارا ليعطيه للفقير، كان عمرو نائبا عن زيد، فكما يجوز ان يعطيه بنفسه للسيد، كذلك يجوز ان يعطيه بواسطة وكيله.

(و) المنع (من) جهة (انها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بامر المالك حتى يكون مندوبة) بل هى صدقة واجبة (مع ان كونها من المالك) كما قال المجوّز (غير معلوم، فلعلها ممن تجب عليه) اى من نفس المعطى.

لكن لا يخفى ان الجواز اقرب أولا: من جهة انه كالنائب كما هو الظاهر من الفتاوى المستفادة من الادلة.

و ثانيا: لانه لا دليل على حرمة مطلق الصدقة الواجبة على الهاشمى لحصر بعض الاخبار ذلك فى الزكاة.

و ثالثا: على فرض التسليم، فاللازم تقييد ذلك بصورة كون احد الاثنين صاحب المال، و الّذى بيده غير هاشمى، و الا فلو كانا هاشميين فلا اشكال فى جواز اعطائه للهاشمى.

(ثم ان فى الضمان) للمالك بوجوب ردّ المتصدق مثله او قيمته (لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق) مطلقا (و عدمه مطلقا، او) التفصيل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۲۷

بشرط عدم ترتب يد الضمان- كما اذا اخذه من الغاصب حسبة- لا بقصد التملك وجوها من اصالة براءة ذمة المتصدق، و اصالة لزوم الصدقة بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الّذى وقعت عليه.

و من عموم ضمان من اتلف.

و لا ینافیه اذن الشارع، لاحتمال انه اذن فی التصدق علی هذا الوجه

بعدم الضمان (بشرط عدم ترتب ید الضمان- کما اذا اخذه من الغاصب حسبة-) ای قربة الی الله تعالی (لا) ما اذا اخذه (بقصد التملک) فانه یضمن لو ظهر صاحبه (وجوها).

وجه عدم الضمان مطلقا (من) جهة (اصالة براءة ذمة المتصدق) عن المثل او القیمة (و اصالة لزوم الصدقة بمعنی عدم انقلابها عن الوجه الّذی وقعت علیه) فانها وقعت صدقة عن المالک، فاذا قلنا بالضمان و اعطاء البدل انقلبت الصدقة عن کونها عن المالک الی کونها عن المتصدق

(و) وجه الضمان مطلقا (من) جهة (عموم ضمان من اتلف) مال الغیر فهو له ضامن.

(و لا ینافیه) ای العموم (اذن الشارع).

وجه المنافات ان الشارع اذا اذن فقد اعطاه المکلف بامره، و مع امره لا یکون ضمان.

و وجه عدم المنافات (لاحتمال انه اذن فی التصدق علی هذا الوجه) ای وجه الضمان، فکانه قال: تصدق بشرط انه اذا جاء صاحبه تعطیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۸

کاذنه فی التصدق باللقطة المضمونة بلا خلاف، و بما استودع من الغاصب.

و لیس هنا امر مطلق بالتصدق ساکت عن ذکر الضمان حتی یستظهر منه عدم الضمان مع السکوت عنه.

بدله (کاذنه فی التصدق باللقطة المضمونة بلا خلاف) هناک فی الضمان.

و الحاصل: ان الامر بالصدقة لا ینافی الضمان، فالجمع بین دلیلی الصدقة و الضمان یقتضی وجوب الضمان، و ان تصدق به (و) کاذنه (بما استودع من الغاصب) ای بالتصدق بما اودع الغاصب لدی الانسان فانه لا یرده الی الغاصب، بل یجب الفحص عن صاحبه فان لم یجده تصدق به، ثم اذا جاء صاحبه اعطاه بدله.

و هذا مثال آخر علاوة علی اللقطة، لبیان عدم المنافات بین امر الشارع بالصدقة و بین الضمان.

(و) ان قلت: نسلم عدم التنافی بین الصدقة و الضمان عقلا، و لکنا نقول ظاهر الامر بالتصدق عدم الضمان.

قلت: (لیس هنا) فیما نحن فیه (امر مطلق بالتصدق ساکت عن ذکر الضمان، حتی یستظهر منه عدم الضمان مع السکوت عنه).

فلیس الامر بالتصدق فی مقام البیان، بل فی مقام مصرف المال فی الجملة.

فاذا شک فی جهة من الجهات کان اللازم التمسک بالإطلاقات و الادلة العامة لا بدلیل التصدق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۲۹

و لکن یضعف هذا الوجه ان ظاهر دلیل الاتلاف: کونها علة تامة للضمان و لیس کذلک ما نحن فیه، و ایجابه للضمان مراعی بعدم اجازة المالک یحتاج الی دلیل آخر.

الا ان یقال: انه ضامن بمجرد التصدق، و یرتفع باجازته، فتأمل.

هذا مع ان

(و لکن یضعف هذا الوجه) ای الضمان ب (ان ظاهر دلیل الاتلاف:

کونها علة تامة للضمان) بحیث ان من اتلف ضمن- مطلقا- (و لیس کذلک ما نحن فیه) اذ الضمان خاص بصورة عدم رضایة المالک بالتصدق، و علیه فلا یشمله دلیل: من اتلف (و ایجابه للضمان مراعی بعدم اجازة المالک یحتاج الی دلیل آخر) و الفرض انه لا دلیل آخر فی المقام، فاصالة البراءة عن الضمان محکمة.

(الا ان یقال) ان نفس دلیل: من اتلف، یشمل المقام بتقریب (انه ضامن بمجرد التصدق، و یرتفع) الضمان (باجازته) فهو تخصیص فی دلیل:

من اتلف.

کما ان کل متلف لمال الغیر اذا أبرأه المالک یرتفع ضمانه، و لیس هذا خروجا عن دلیل: من اتلف (فتأمل).

فان الظاهر: من ادلة المقام انه لیس ضمان مطلقا الا ما خرج، بل الامر بالضمان معلق علی عدم رضایة المالک فدلیل المقام غیر دلیل:

من اتلف.

(هذا مع ان) ادلة: من اتلف، لا تشمل المقام لوجه آخر، و هو ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۰

الظاهر من دلیل الاتلاف اختصاصه بالاتلاف علی المالک لا الاتلاف له و الاحسان إلیه، و المفروض ان الصدقة انما قلنا بها لکونها احسانا و اقرب طرق الایصال بعد الیأس من وصوله إلیه.

و اما احتمال کون التصدق مراعی کالفضولی.

فمفروض الانتفاء، اذ لم یقل احد برجوع المالک علی الفقیر مع بقاء العین.

(الظاهر من دلیل الاتلاف اختصاصه بالاتلاف علی المالک) سواء اتلافا عمدا او خطأ (لا الاتلاف له و الاحسان إلیه) کما فیما نحن فیه حیث یراد بالتصدق وصول الثواب إلیه (و المفروض ان الصدقة انما قلنا بها لکونها احسانا) الی المالک (و اقرب طرق الایصال) للمال الی مالکه (بعد الیأس من وصوله إلیه) ای وصول المال بنفسه الی المالک.

(و) ربما یقال: لبیان عدم الضمان انه حیث لا رضی من المالک لا یکون صدقة- اذ لا صدقة الا فی ملک- و حیث لا صدقة فلا اتلاف، و حیث لا اتلاف، لا یکون ضمان.

و الجواب انه لو کان کذلک لزم ان المالک له حق الرجوع الی الفقیر لان ماله عنده، و لا یقول احد بذلک.

و الی هذا الوجه اشار بقوله (و اما احتمال کون التصدق مراعی کالفضولی) المتوقف علی اجازة المالک.

(ف) الجواب عنه ان المراعی (مفروض الانتفاء، اذ لم یقل احد برجوع المالک علی الفقیر مع بقاء العین).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۱

و انتقال الثواب من شخص الی غیره حکم شرعی.

و کیف کان، فلا مقتضی للضمان، و ان کان مجرد الاذن فی الصدقة غیر مقتض لعدمه، فلا بد من الرجوع الی الاصل.

لکن الرجوع الی اصالة البراءة انما یصح فیما لم یسبق ید الضمان، و هو ما اذا اخذ المال من الغاصب حسبة.

و انما قید ببقاء العین لانه مع تلف العین تقتضی القاعدة عدم الرجوع إلیه، اذ السبب اقوی من المباشر، اللهم الا اذا کان الفقیر یعلم انه مراعی.

(و) ان قلت: یدل علی کونه مراعی انه ان جاء المالک و رضی کان الثواب له، و ان لم یرض کان الثواب للمتصدق.

قلت: (انتقال الثواب من شخص الی غیره حکم شرعی) و لیس بسبب کون التصدق مراعی.

(و کیف کان، فلا مقتضی للضمان) فیما اذا وجد المالک (و ان کان مجرد الاذن فی الصدقة) من الشارع (غیر مقتض لعدمه) ای لعدم الضمان.

لما عرفت من انه ربما یوجد الاذن و مع ذلک فالمتصدق ضامن (فلا بد من الرجوع الی الاصل) العملی لنری هل یقتضی الضمان، أم لا.

(لکن الرجوع الی اصالة البراءة انما یصح فیما لم یسبق ید الضمان) لانه لو سبق ید الضمان کان الاستصحاب محکما (و هو) ای عدم سبق ید الضمان فی (ما اذا اخذ المال من الغاصب حسبة) ای قربة الی الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۲

و اما اذا تملکه منه، ثم علم بکونه مغصوبا، فالاجود استصحاب الضمان فی هذه الصورة، لان المتیقن هو ارتفاع الضمان بالتصرف الّذی یرضی به المالک بعد الاطلاع لا مطلقا.

فتبین ان التفصیل بین ید الضمان، و غیرها اوفق بالقاعدة.

لکن الاوجه: الضمان مطلقا، اما تحکیما للاستصحاب حیث یعارض البراءة، و لو بضمیمة عدم القول بالفصل.

(و اما اذا تملکه منه، ثم علم بکونه مغصوبا، فالاجود) فی نظر المصنف (استصحاب الضمان فی هذه الصورة، لان المتیقن) مما دل علی عدم الضمان (هو ارتفاع الضمان بالتصرف الّذی یرضی به المالک بعد الاطلاع) ای بعد اطلاع المالک، فان التملک موجب للضمان، لقاعدة علی الید (لا مطلقا) ای لا تیقن فی ارتفاع الضمان مطلقا، سواء رضی المالک أم لا.

(فتبین ان التفصیل بین ید الضمان) فیما اذا قصد التملک (و غیرها) فیما اذا اخذه حسبة (اوفق بالقاعدة) الاولیة بعد عدم اطلاق للنص یقتضی عدم الضمان مطلقا.

(لکن الاوجه: الضمان مطلقا) سواء کانت الید تملکیة او حسبیّة (اما تحکیما للاستصحاب) للضمان (حیث یعارض البراءة) فی الید التملکیة (و لو بضمیمة عدم القول بالفصل) بالنسبة الی الید الحسبیّة، فانه لا مفصل فی المسألة، بل الکل اما قائلون بالضمان مطلقا، او عدم الضمان مطلقا.

و حیث نری ان مقتضی القاعدة فی بعض الصور الضمان، کان اللازم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۳

و اما للمرسلة المتقدمة عن السرائر.

و اما لاستفادة ذلک من خبر الودیعة ان لم نتعدّ عن مورده الی ما نحن فیه من جعله بحکم اللقطة.

لکن یستفاد منه ان الصدقة بهذا الوجه حکم الیأس عن المالک.

ثم الضمان هل یثبت بمجرد التصدق و اجازته رافعة؟ او یثبت بالرد من حینه، او من حین التصدق،

ان نقول بالضمان فی بعض الصور الاخری.

(و اما للمرسلة المتقدمة عن السرائر) حیث قال: روی اصحابنا انه یتصدق به، و المرسلة مجبورة بعمل الاصحاب.

(و اما لاستفادة ذلک) الضمان مطلقا (من خبر الودیعة) بتنقیح المناط، و عدم الفرق بین ودیعة اللص و غیرها (ان لم نتعدّ عن مورده) ای مورد خبر الودیعة (الی ما نحن فیه) بان نقول ان الروایة بنفسها شاملة للمقام- لا بتنقیح المناط- و انما نتعدی لاجل عدم خصوصیة للودیعة عرفا.

فقوله (من جعله بحکم اللقطة) وجه للتعدی.

(لکن یستفاد منه) ای من خبر الودیعة (ان الصدقة بهذا الوجه حکم الیأس عن المالک) لا مطلقا، کما هو مقتضی مرسلة السرائر و غیرها.

(ثم الضمان هل یثبت بمجرد التصدق) من الآخذ (و اجازته) ای المالک (رافعة) للضمان؟ (او یثبت) الضمان (بالرد) من المالک للتصدق (من حینه) ای حین الرد- مثل النقل- (او من حین التصدق) مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۴

وجوه من دلیل الاتلاف، و الاستصحاب.

و من اصالة عدم الضمان قبل الرد.

و من ظاهر الروایة المتقدمة فی انه بمنزلة اللقطة.

و لو مات المالک ففی قیام وارثه مقامه فی اجازة التصدق و رده، وجه قوی، لان ذلک من قبیل الحقوق المتعلقة بالاموال

الکشف.

فلو اعطاه یوم الجمعة صدقة، فهل الضمان فی یوم الجمعة او فی یوم السبت حین رد المالک؟ او ان رده یوم السبت کاشف عن الضمان یوم الجمعة؟ (وجوه) و احتمالات.

وجه الضمان من حین التصدق (من دلیل الاتلاف) فان الصدقة اتلاف فتوجب الضمان (و الاستصحاب) للضمان فیما اذا کانت الید ضمانیة.

(و) وجه الضمان من حین الردّ (من اصالة عدم الضمان قبل الرد) لان القدر المتیقن الضمان بالردّ.

(و) وجه کشف الردّ عن الضمان من حین التصدق (من ظاهر الروایة المتقدمة فی انه بمنزلة اللقطة) و هو روایة حفص، حیث قال علیه السلام و ان اختار الغرم غرم له، فان ظاهرها: ان الاختیار موجب للغرم علی نحو الکشف، فتأمّل.

(و لو مات المالک) قبل الاجازة و الردّ (ففی قیام وارثه مقامه فی اجازة التصدق و رده، وجه قوی، لان ذلک) ای حق الاجازة و الردّ (من قبیل الحقوق المتعلقة بالاموال) کحق الرهن، و حق التحجیر، و حق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۵

فیورث کغیره من الحقوق.

و یحتمل العدم لفرض لزوم التصدق بالنسبة الی العین، فلا حق لاحد فیه.

و المتیقن من الرجوع الی القیمة هو المالک.

و لو مات المتصدق، فردّ المالک فالظاهر خروج الغرامة من ترکته، لانه من الحقوق المالیة اللازمة علیه بسبب فعله.

الجنایة، و ما اشبه (فیورث کغیره من الحقوق) لعموم ما ترکه المیت فلوارثه.

(و یحتمل العدم) لتوریث هذا الحق، فینفذ تصدق المتصدق بلا امکان للرد (لفرض لزوم التصدق بالنسبة الی العین، فلا حق لاحد فیه) ای فی العین اذ الشارع امر بالتصدق بها- و الضمیر المذکر راجع الی الشیء-.

(و المتیقن من الرجوع الی القیمة) ای قیمة الشیء المتصدق به بان یرجع المالک الی المتصدق (هو المالک) و قد فرض انه قد مات فرجوع الورثة لا دلیل له.

(و لو مات المتصدق) قبل ردّ المالک (فردّ المالک) الصدقة بعد موته (فالظاهر خروج الغرامة) ای القیمة (من ترکته، لانه) ای بدل العین- التی هی الغرامة- (من الحقوق المالیة اللازمة علیه) ای علی المتصدق (بسبب فعله) الّذی هو التصدق، فلا فرق فی ثبوت هذا

الحق علیه بین کونه حیا او میتا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۶

هذا کله علی تقدیر مباشرة المتصدق له.

و لو دفعه الی الحاکم، فتصدق به بعد الیأس فالظاهر عدم الضمان لبراءة ذمة الشخص بالدفع الی ولی الغائب.

و تصرف الولی کتصرف المولی علیه.

و یحتمل الضمان لان الغرامة هنا لیس لاجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق، حتی یفرق بین تصرف الولی و غیره

(هذا) الّذی ذکرناه (کله) من صورة موت المتصدق قبل ردّ المالک او بعده (علی تقدیر مباشرة المتصدق له) ای للتصدق.

(و لو دفعه) الواجد (الی الحاکم، فتصدق به بعد الیأس) عن الظفر بصاحبه (فالظاهر عدم الضمان) علی الواجد (لبراءة ذمة الشخص بالدفع الی ولی الغائب) الّذی هو الحاکم.

(و) من المعلوم: ان (تصرف الولی کتصرف المولی علیه) الّذی هو المالک، فکما انه اذا دفعه الواجد الی المالک لم یکن علیه ضمان، کذلک اذا دفعه الی الحاکم الّذی هو ولیه.

(و یحتمل الضمان) أیضا فی صورة الدفع الی الحاکم (لان الغرامة هنا) حکم شرعی و لا ترتبط بتصرف الواجد بنفسه، ف (لیس) البدل (لاجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق، حتی یفرق بین تصرف الولی) الحاکم- بعدم الضمان- (و غیره) ای و تصرف غیره- الّذی هو الواجد- بالضمان.

و انما قلنا: بعدم الفرق بین تصرف الحاکم و تصرف الواجد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۷

لثبوت الولایة للمتصدق فی هذا التصرف لان المفروض ثبوت الولایة له کالحاکم.

و لذا لا یسترد العین من الفقیر اذا رد المالک.

فالتصرف لازم، و الغرامة حکم شرعی تعلق بالمتصدق کائنا من کان.

فاذا کان المکلف بالتصدق هو من وقع فی یده لکونه هو المأیوس و الحاکم وکیلا، کان الغرم علی الموکل.

(لثبوت الولایة للمتصدق فی هذا التصرف لان المفروض ثبوت الولایة له) ای للواجد (کالحاکم) فکلاهما ولیان فی هذا التصرف.

فان کان تصرف الولی موجبا لسقوط حق المالک لزم ان یسقط حقه فیما اذا باشر الواجد الصدقة أیضا.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان الغرامة لیست لاجل ضمان المال، و انما هی حکم شرعی (لا یسترد العین من الفقیر اذا ردّ المالک) مع وجود العین.

فان عدم الاسترداد دلیل علی انه لیست الغرامة لاجل الضمان فانها لو کانت لاجل الضمان کان اللازم استرداد العین.

(فالتصرف) بالتصدق (لازم) لا ینقض اذا ظهر المالک (و الغرامة حکم شرعی تعلق بالمتصدق کائنا من کان) واجدا او حاکما.

(فاذا کان المکلف بالتصدق هو من وقع فی یده) ای الواجد (لکونه هو المأیوس و الحاکم وکیلا) عنه فی مباشرة التصدق (کان الغرم علی) (الموکل) الواجد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۳۸

و ان کان المکلف هو الحاکم- لوقوع المال فی یده قبل الیأس عن مالکه فهو المکلف بالفحص ثم التصدق- کان الضمان علیه.

[و أما الصورة الرابعة و هو ما علم إجمالا لاشتمال الجائزة على الحرام]

و اما الصورة الرابعة و هو ما علم اجمالا لاشتمال الجائزة على الحرام فاما ان يكون الاشتباه موجبا لحصول الاشاعة.

و اما ان لا يكون.

و على الاول فالقدر و المالك اما معلومان، او مجهولان

(و ان كان المكلف) بالتصدق (هو الحاكم- لوقوع المال فى يده قبل اليأس عن مالكه فهو المكلف بالفحص) عن المالك (ثم التصدق- كان الضمان عليه).

و لا يبعد ان يكون الضمان حين قلنا بكونه على الحاكم فى بيت المال.

ثم انه ربما يحتمل استرداد العين مع وجودها لانصراف الادلة من صورة وجود العين، نعم مع التلف و لو بالتبديل لا وجه للرجوع الى الفقير.

(و اما الصورة الرابعة) من صور جائزة الظالم (و هو ما علم اجمالا لاشتمال الجائزة على الحرام، ف) اقسامه أربعة.

لانه (اما ان يكون الاشتباه موجبا لحصول الاشاعة) و الاشتراك كما لو علم ان بعض السمن الّذى اعطاه السلطان حرام، و بعضه الآخر حلال

(و اما ان لا يكون) كما لو علم ان احد الفرسين اللذين اعطاهما السلطان له هو لزيد، و الفرس الآخر للسلطان نفسه.

(و على الاول) اى المشاع (فالقدر) للحرام (و المالك اما معلومان) كما لو علم ان ربع السمن لزيد (او مجهولان) كما لو لم يعلم ان الحرام ربع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۳۹

او مختلفان.

و على الاول فلا اشكال.

و على الثانى فالمعروف اخراج الخمس على تفصيل مذكور فى باب الخمس.

و لو علم القدر فقد تقدم فى القسم الثالث و لو علم المالك وجب التخلص معه بالمصالحة.

او ثلث، او ازيد، او اقل، و لم يعلم بالمالك هل هو زيد، او غيره سواء كان غير محصور او محصور (او مختلفان) بان علم المالك و لم يعلم القدر او علم القدر و لم يعلم المالك.

(و على الاول) و هو ما اذا كان القدر و المالك معلومين (فلا اشكال) فى وجوب ردّ المال الى مالكه.

(و على الثانى) و هو ما اذا كان القدر و المالك مجهولين (فالمعروف) بين الفقهاء (اخراج الخمس) للروايات الواردة فى الحلال المختلط بالحرام (على تفصيل مذكور فى باب الخمس).

و هنا فرق بين الشبهة المحصورة و غير المحصورة، كما قرر فى كتاب الخمس، و قد ذكرنا تفصيله فى شرح العروة فراجع.

(و) على الثالث اى المختلفين (لو علم القدر) دون المالك (فقد تقدم فى القسم الثالث) حكمه- اى الصورة الثالثة- و حكمه التصدق به لانه مجهول المالك (و لو علم المالك) دون القدر (وجب التخلص معه بالمصالحة) و نحوها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۰

و على الثانى فيتعين القرعة، او البيع و الاشتراك فى الثمن و تفصيل ذلك كله فى كتاب الخمس.

و اعلم ان اخذ ما فی ید الظالم ینقسم باعتبار نفس الاخذ الی الاحکام الخمسة.

و باعتبار نفس المال الی المحرم و المکروه و الواجب.

(و علی الثانی) و هو ما لو لم یکن مشترکا مشاعا کالفرسین (فیتعین القرعة) لتمییز احد الحقین، لانها لکل امر مشکل (او البیع) للمجموع (و الاشتراک فی الثمن) او التصالح، او ما اشبه ذلک (و تفصیل ذلک کله فی کتاب الخمس) هذا تمام الکلام فی صور الجائزة.

(و اعلم ان اخذ ما فی ید الظالم ینقسم باعتبار نفس الاخذ) لا باعتبار المأخوذ- الّذی هو اما حلال او حرام او مختلط- (الی الاحکام الخمسة) التکلیفیة.

(و باعتبار نفس المال الی المحرم و المکروه و الواجب).

اما انقسام الاخذ الی الاحکام الخمسة فلانه قد یجب اذا کان الاخذ لنفقة نفسه، و نفقة عیاله الواجبی النفقة، و لم یکن له شیء آخر.

و قد یستحب اذا کان الاخذ لزیارة الحسین علیه السلام مثلا.

و قد یکره اذا کان المال مشتبها لقاعدة الاحتیاط الاستحبابی.

و قد یحرم اذا کان المال حراما و لم یأخذه لاجراء تکلیفه علی المال.

و قد یباح اذا اخذه للامور المباحة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۱

فالمحرم ما علم کونه مال الغیر مع عدم رضاه بالاخذ.

و المکروه المال المشتبه.

و الواجب ما یجب استنقاذه من یده من حقوق الناس حتی انه یجب علی الحاکم الشرعی استنقاذ ما فی ذمته من حقوق السادة، و الفقراء، و لو بعنوان المقاصّة

و اما انقسام المال الی الاقسام الثلاثة.

(فالمحرم ما علم کونه مال الغیر مع عدم رضاه بالاخذ) و کون المال حراما حکم وضعی و کون الاخذ حراما حکم تکلیفی فلا یقال: لا معنی لوجود حرمتین

(و المکروه المال المشتبه) بالحرام، مما لا یکون مخلوطا قطعا بالحرام، فان المال المشتبه مکروه کما لا یخفی.

(و الواجب ما یجب استنقاذه من یده من حقوق الناس) الواجبة الاستنقاذ.

و انما قیدناه بهذا القید، لانه لا یجب علی کل احد استنقاذ اموال المظلومین من ایدی الظالمین (حتی انه یجب علی الحاکم الشرعی استنقاذ ما فی ذمته) ای ذمة من تعلق بذمته الحقوق (من حقوق السادة) و الامام (و الفقراء) من الخمس و الزکاة (و لو بعنوان المقاصّة) بان کان الاخذ من غیر المال الّذی تعلق به الحق.

و انما یجب ذلک لان الحاکم ولی الفقراء و المکلف بمصالح المسلمین و لا یمکن ادارة امورهم الا بالمال الّذی قرره الله تعالی لهم.

فاللازم علی الولی القیام بمصالحهم، و العمل بالغبطة بالنسبة إلیهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۲

بل یجوز ذلک لآحاد الناس خصوصا نفس المستحقین مع تعذر استیذان الحاکم.

و کیف کان فالظاهر: انه لا اشکال فی کون ما فی ذمته من قیم المتلفات غصبا

و الحاصل: ان ذلک لازم الولایة عرفا فیدل علیه ما دلّ علی الولایة بالملازمة العرفیة.
الا تری ان الوالی اذا لم یقم بمثل ذلک- فی الحکومات الحاضرة- عدّ غیر مؤدّ لتکلیفه لدی السلطان (بل یجوز ذلک) الاستنقاذ و المقاصة (لآحاد الناس) من باب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر.
فانه کما یجب الامر بالمعروف یجب ایجاد المعروف، و کما یجب النهی عن المنکر یجب دفع المنکر، و هذا من باب ولایة عدول المؤمنین مع عدم الحاکم الشرعی (خصوصا نفس المستحقین) لانهم باعتبار کونهم اصحاب الحق اولی (مع تعذر استیذان الحاکم) و الا فمع امکان استیذانه فهو عمل الحاکم، و یدل علی جواز التقاص لآحاد الناس دلیل جواز ذلک للحاکم اما بدون استیذان الحاکم مع وجوده فهو مشکل لعدم الولایة حینئذ و مع نهیه اولی بالاشکال.
(و کیف کان) الامر بالنسبة الی انقسام المال الی الاقسام الثلاثة و الاخذ الی الاحکام الخمسة (فالظاهر: انه لا اشکال) بالنسبة الی الجائر نفسه- بعد تمام الکلام بالنسبة الی اخذ المال من الجائر- (فی کون ما فی ذمته من قیم المتلفات غصبا) ای ما اتلفه بعنوان الغصب من الناس
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۳
من جملة دیونه نظیر ما استقر فی ذمته بقرض، او ثمن مبیع، او صداق، او غیرها.
و مقتضی القاعدة کونها کذلک بعد موته، فیقدم جمیع ذلک علی الارث و الوصیة الا انه ذکر بعض الاساطین ان ما فی یده من المظالم تالفا لا یلحقه حکم الدیون فی التقدیم علی الوصایا و المواریث لعدم انصراف الدین إلیه و ان کان منه.

(من جملة دیونه).
فهی (نظیر ما استقر فی ذمته بقرض، او ثمن مبیع، او صداق، او غیرها) کالکفارة، و الارش، و الدیة.
و انما تکون قیم المتلفات من جملة دیونه، لشمول ادلة: من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، لها.
(و مقتضی القاعدة کونها) ای قیم المتلفات (کذلک) من جملة الدیون (بعد موته، فیقدم جمیع ذلک علی الارث و الوصیة) لان الترتیب هو أو لا:
الدین، ثم الوصیة، ثم الارث (الا انه) خلافا للقاعدة (ذکر بعض الاساطین ان ما فی یده من المظالم تالفا) ای ما تلف فی یده (لا یلحقه حکم الدیون فی التقدیم علی الوصایا و المواریث).
و ذلک (لعدم انصراف الدین) فی قوله سبحانه: مِنْ بَعْدِ وَصِیَّةٍ یُوصِی بِها أَوْ دَیْنٍ* (إلیه) ای الی هذا النحو من الدین (و ان کان) قیم المتلفات (منه) ای من الدین حقیقة.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۴
و بقاء عموم الوصیة و المیراث علی حاله.
و للسیرة المأخوذة ید ابید، من مبدأ الاسلام الی یومنا هذا.
فعلی هذا لو اوصی بها بعد التلف اخرجت من الثلث.
و فیه: منع الانصراف، فانا لا نجد- بعد مراجعة العرف- فرقا بین ما اتلفه هذا الظالم عدوانا، و بین ما اتلفه نسیانا و لا بین ما اتلفه هذا الظالم

(و) علیه فاللازم ان نقول: ب (بقاء عموم الوصیة و المیراث علی حاله) فی عدم تأخرهما عن هذا الدین.

(و للسيرة المأخوذة يد ابيد، من مبدأ الاسلام الى يومنا هذا).

فانه اذا مات الظالم يقسمون امواله بين ورثته بعد وصاياه من دون ان يلاحظوا مظالمه و يخرجونها ثم ينفذون الوصية، و الميراث فيما بقى.

(فعلى هذا) الّذى ذكرناه من عدم كون قيم المتلفات من الدين (لو اوصى بها بعد التلف) مقابل ما لو اوصى بها و هى اعيان موجودة (اخرجت من الثلث) اذ ليست من الاصل، لانها ليست بدين يقدم على الوصية و الارث انتهى كلام بعض الاساطين.

(و فيه: منع الانصراف، فانا لا نجد- بعد مراجعة العرف- فرقا بين ما اتلفه هذا الظالم عدوانا، و بين ما اتلفه) هو (نسيانا).

فهل يمكن لاحد ان يقول: ما اتلفه نسيانا يخرج من الاصل و ما اتلفه عدوانا يخرج من الثلث؟.

(و لا) نجد فرقا، عند العرف- أيضا- (بين ما اتلفه هذا الظالم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۵

عدوانا و بين ما اتلفه شخص آخر من غير الظلمة.

مع انه لا اشكال فى جريان احكام الدين عليه فى حال حياته من جواز المقاصة من ماله كما هو المنصوص و لعدم تعلق الخمس و الاستطاعة و غير ذلك.

فلو تم الانصراف لزم اهمال الاحكام المنوطة بالدين وجود او عدما

عدوانا و بين ما اتلفه شخص آخر من غير الظلمة) فلم الفرق اذا بين الدين و بين ما اتلفه الظالم.

(مع) ان هناك وجها آخر لتزييف الانصراف، و هو (انه لا اشكال فى جريان احكام الدين عليه) اى على ما اتلفه الظالم (فى حال حياته من جواز المقاصة) لصاحب المال (من ماله) اى مال الجائر (كما هو المنصوص) كخبر داود بن رزين قال: قلت لابى الحسن عليه السلام: انى اخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها، و الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال، فلى ان آخذه، قال عليه السلام:

خذ مثل ذلك و لا تزد عليه (و لعدم تعلق الخمس و الاستطاعة) فانه لا يتعلق به الخمس اذا كان دينه مساويا او ازيد من ارباحه.

و كذلك لا يستطيع للحج اذا لم يكن له مال ازيد من دينه (و غير ذلك) كالفطرة و نحوها.

(فلو تم الانصراف) المذكور (لزم اهمال الاحكام المنوطة بالدين) بفتح الدال (وجودا و عدما) فوجوده ليس كوجود الدين، و عدمه ليس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۴۶

من غير فرق بين حياته و موته.

و ما ادعاه من السيرة فهو ناش من قلة مبالات الناس، كما هو ديدنهم فى اكثر السير التى استمروا عليها.

و لذا لا يفرقون فى ذلك بين الظلمة، و غيرهم، ممن علموا باشتغال ذمته بحقوق الناس من جهة حق السادة و الفقراء، او من جهة العلم بفساد اكثر معاملاته

كعدم الدين (من غير فرق بين حياته و موته).

اذ لا وجه لان نقول: انه ما دام حيا يكون عليه دين ما اتلفه فاذا مات لم يعامل مع ما اتلفه معاملة الدين.

(و) اما (ما ادعاه من السيرة) على فرض وجودها (فهو ناش من قلة مبالات الناس، كما هو) اى عدم الاكتراث و قلة المبالات (ديدنهم فى اكثر السير التى استمروا عليها) فهذه السيرة لم تكن سيرة المتدينين التى علم اتصالها بزمان المعصوم.

(و لـذا) الّـذی ذکرناه من ان سـیرتهم مع الظلمـة ناش من قلـة المبالات (لا یفرقون فی ذلک) ای فی عدم ملاحظة الدیون للمیت، فلا یقـدمونها علی الارث (بین الظلمـة، و غیرهم، ممن علموا باشـتغال ذمته بحقوق النـاس من جهـة حق السـادة و الفقراء) بـل یتصـرفون تصـرف الارث فی کل اموال المیت، و ان علموا بانه مشغول الذمة بالخمس و الزکاة (او من جهة العلم بفساد اکثر معاملاته) مما سبّب اشتغال ذمته باطراف معاملاته، فانهم لا یرضونهم و لا یصالحونهم، بل یتصرفون فی ما ترکه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۷

و لا فی انفاذ وصایا الظلمة، و توریث ورثتهم بین اشـتغال ذممهم بعوض المتلفات و ارش الجنایات، و بین اشـتغالها بدیونهم المستقرة علیهم من معاملاتهم و صدقاتهم الواجبة علیهم، و لا بین ما علم المظلوم فیه تفصیلا، و بین ما لم یعلم.

فانـک اذا تتبعت احوال الظلمـة وجـدت مـا اسـتقر فی ذممهم من جهـة المعاوضـات و المـداینات مطلقا، او من جهـة وجود اشـخاص معلومین تفصیلا او مشتبهین فی محصور کافیة فی استغراق ترکتهم المانع من التصرف فیها بالوصیة او الارث.

بلاـ مبالاـت (و) کـذلک (لا) یبالون (فی انفاذ وصایا الظلمـة، و توریث ورثتهم) من دون فرق (بین اشـتغال ذممهم بعوض المتلفات و ارش الجنایات، و بین اشتغالها) ای ذممهم (بدیونهم المستقرة علیهم من معاملاتهم و صدقاتهم الواجبة علیهم، و لا بین ما علم المظلوم فیه تفصـیلا، و بین مـا لم یعلم) ممـا یـدل علی مبالاـتهم اطلاقـا، حتی فیمـا لا یقول بعض الاساطین بعـدم اشـتغال ذممهم فیه کـدیون المعاملات، و الصدقات، و ما اشبه.

(فانک اذا تتبعت احوال الظلمـة وجـدت) ان (ما اسـتقر فی ذممهم من جهة المعاوضات و المداینات مطلقا، او) خصوص ما اسـتقر فی ذممهم (من جهـة وجود اشـخاص معلومین تفصـیلا، او مشـتبهین فی محصور) مما یلزم التخلص من حقوقهم قطعا (کافیة فی اسـتغراق ترکتهم المانع) ذلک الاستغراق (من التصرف فیها) ای فی الترکة (بالوصیة او الارث).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۸

و بالجملة فالتمسک بالسیرة المذکورة اوهن من دعوی الانصراف السابقة.

فالخروج بها عن القواعد المنصوصة المجمع علیها غیر متوجه.

[المسألة الثالثة ما یأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة]

اشارة

الثالثة ما یأخذه السلطان المستحل لاخذ الخراج و المقاسمة

و مع ذلک تری اوصـیائهم و ورثتهم لا یبالون بذلک، فکما ان سیرتهم لیست حجة- لاعتراف بعض الاساطین بذلک- کذلک لیست سیرتهم حجة بالنسبة الی قیم المتلفات.

(و بالجملة فالتمسک بالسیرة المذکورة اوهن من دعوی الانصراف السابقة) ای انصراف ادلة الدین من قیم متلفات الغاصب.

(فالخروج بها) ای بدعوی السیرة (عن القواعد المنصوصة المجمع علیها) من ضمان التالف حیا کان أو میتا، غاصبا او غیر غاصب (غیر متوجه) قطعا.

(الثالثة) من مسائل الخاتمة (ما یأخذه السـلطان المسـتحل لاخذ الخراج و المقاسمة) لانه یری نفسه ولی الامر و ان کان فی قرارة نفسه

یعرف نفسه کاذبا، لا دعائه المقام الّذی لیس له.

و المراد بالخراج ما یعینه السلطان بمقدار معین علی کل مقدار من الارض الزارعیة المفتوحة عنوة مثلا علی کل جریب من الارض عشرة دنانیر.

و المقاسمة ما یأخذه السلطان بالکسر المشاع مثلا یقول: لی فی ارض الزراعة الربع من الحاصل.

و سبب ذلک ان الاراضی المفتوحة عنوة ملک للمسلمین فاللازم ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۴۹

من الاراضی باسمهما.

و من الانعام باسم الزکاة یجوز ان یقبض منه مجانا او بالمعاوضة و ان کان مقتضی القاعدة حرمته، لانه غیر مستحق لاخذه.

فتراضیه مع من علیه الحقوق المذکورة فی تعیین شیء من ماله لاجلها فاسد

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۴، ص: ۲۴۹

یصرف واردها فی مصالحهم بعد ان یکون للعامل فیها حصة أیضا لقاء عمله (من الاراضی باسمهما) ای باسم الخراج و المقاسمة.

(و) ما یأخذه (من الانعام) الثلاث: الابل، و البقر، و الغنم (باسم الزکاة یجوز ان یقبض) الانسان (منه) ای من السلطان (مجانا) بعنوان الجائزة، و نحوها (او بالمعاوضة) بان یبیعه شیئا فی مقابل ثمن من الخراج.

و اعلم ان الخراج و المقاسمة: یطلق احدهما علی الآخر، فاذا اختلفا اجتمعا، و اذا اجتمعا اختلفا، کالظرف و الجار و المجرور، و المسکین و الفقیر- (و ان کان مقتضی القاعدة) الاولیة (حرمته) ای حرمة الاخذ من الجائر (لانه) ای السلطان الجائر (غیر مستحق لاخذه) ای اخذ الخراج، لان اخذ الخراج من وظائف الامام العادل.

(فتراضیه) ای الجائر (مع من علیه الحقوق المذکورة) الخراج و المقاسمة و الزکاة (فی تعیین شیء من ماله) ای مال من علیه الحقوق المذکورة (لاجلها) ای لاجل تلک الحقوق، کما لو تراضی السلطان مع زید الزارع علی ان یعطی له من زرعه الربع (فاسد) لانه تراض من غیر اهله، فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۰

کما اذا تراضی الظالم مع مستأجر دار الغیر فی دفع شیء إلیه عوض الاجرة.

هذا مع التراضی.

و اما اذا قهره علی اخذ شیء بهذه العنوانات ففساده اوضح.

و کیف کان فما یأخذه الجائر باق علی ملک المأخوذ منه و مع ذلک یجوز قبضه عن الجائر بلا خلاف یعتد به بین الاصحاب، و عن بعض حکایة الاجماع علیه.

اهله الامام العادل.

فیکون تراضیه (کما اذا تراضی الظالم مع مستأجر دار الغیر) مع زید المستأجر لدار عمرو (فی دفع شیء) کمأة دینار (إلیه) ای الی الظالم اجارة للدار (عوض الاجرة) التی یجب ان تدفع الی صاحب الدار، فکما ان هذا التراضی فاسد، کذلک التراضی فی ارض

الخراج.

(هذا) وجه فساد المال- على القاعدة- (مع التراضى) بين الزارع و السلطان.

(و اما اذا قهره) بدون رضاه (على اخذ شىء بهذه العنوانات) الخراج و المقاسمة، و الزكاة (ففساده اوضح) من ان يخفى، لوجود وجهين للفساد ان الاخذ ليس من اهله، و انه مأخوذ بالقهر.

(و كيف كان فما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه) على القاعدة الاولية (و مع ذلك يجوز قبضه عن الجائر بلا خلاف يعتد به بين الاصحاب) و المخالف فى المسألة خلاف المشهور (و عن بعض حكاية الاجماع عليه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۱

قال فى محكى التنقيح لان الدليل على جواز شراء الثلاثة من الجائر- و ان لم يكن مستحقا له- النص الوارد عنهم عليهم السلام، و الاجماع و ان لم يعلم مستنده.

و يمكن ان يكون مستنده ان ذلك حق للأئمة و قد اذنوا لشيعتهم فى شراء ذلك، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى اذا انضم إليه اذن المالك، انتهى.

اقول: و الاولى ان يقال: اذا انضم إليه اذن متولى الملك.

(قال فى محكى التنقيح) فى وجه جواز ذلك (لان الدليل على جواز شراء الثلاثة) الخراج و المقاسمة و الزكاة (من الجائر- و ان لم يكن) الجائر (مستحقا له- النص الوارد عنهم عليهم السلام، و الاجماع و ان لم يعلم مستنده) اى مستند النص او الاجماع، من القواعد، اى لم يعلم كيف ينطبق النص على القواعد الاوّلية، و انه هل هو استثناء عن القواعد او منطبق على بعض القواعد؟.

(و يمكن ان يكون مستنده) اى مستند الجواز، من القواعد (ان ذلك) الاخذ و التصرف (حق للأئمة) عليهم السلام (و قد اذنوا لشيعتهم فى شراء ذلك، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى) الّذى لا يصح ابتداءً حيث يصح (اذا انضم إليه اذن المالك، انتهى) كلام التنقيح.

(اقول: و الاولى ان يقال) بدل «اذا انضم إليه اذن المالك» (اذا انضم إليه اذن متولى الملك) لان الأئمة عليهم السلام هم اولياء الخراج، و المقاسمة، و الزكاة و هم ملكوها لعامة المسلمين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۲

كما لا يخفى.

و فى جامع المقاصد: ان عليه اجماع فقهاء الامامية، و الاخبار المتواترة عن الأئمة الهداة.

و فى المسالك: اطبق عليه علمائنا، و لا نعلم فيه مخالفا.

و عن المفاتيح: انه لا خلاف فيه.

و فى الرياض: انه استفاض نقل الاجماع عليه و قد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهرة المحققة بين الشيخ، و من تأخر عنه.

اقول: كما ان الاولى ان يقول «كتصرف الغاصب اذا اذن المتولى لشخص» اذ فرق بين الفضولى و بين الجائر، فان تصرف الفضولى يصح باذن المالك، و تصرف الجائر لا يصح باذن الامام للشيعة، و انما الجائر معاقب على تصرفه، و يصح للشيعة فقط لاذنهم عليهم السلام لهم (كما لا يخفى).

(و) كيف كان، ف (فى جامع المقاصد: ان عليه) اى على جواز الاخذ من الجائر و المعاوضة عليه (اجماع فقهاء الامامية، و الاخبار المتواترة عن الأئمة الهداة).

(و) قال (فی المسالک: اطبق علیه علمائنا، و لا نعلم فیه مخالفا).

(و) المحکی (عن المفاتیح: انه لا خلاف فیه).

(و) قال (فی الریاض: انه استفاض نقل الاجماع علیه).

اقول (و قد تأیدت دعوی هؤلاء) الاجماع، و عدم الخلاف (بالشهرة المحققة بین الشیخ، و من تأخر عنه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۳

و یدل علیه قبل الاجماع مضافا «۱» الی لزوم الحرج العظیم فی الاجتناب عن هذه الاموال، بل اختلال النظام.

و «۲» الی الروایات المتقدمة لاخذ الجوائز من السلطان خصوصا الجوائز العظام التی لا یحتمل عادة ان یکون من غیر الخراج و کان الامام علیه السلام یأبی عن اخذها احیانا، معللا بان فیها حقوق الامة روایات.

منها صحیحة الحذاء عن ابی جعفر علیه السلام، قال: سألته عن

(و یدل علیه قبل الاجماع مضافا «۱» الی لزوم الحرج العظیم فی الاجتناب عن هذه الاموال، بل اختلال النظام) لابتلاء غالب الناس بها حتی اذا ارید الاجتناب عنها وقع الغالب او الجمیع فی العسر و الحرج مما لا یستبعد ان یکون من العسر الرافع للتکلیف مطلقا لا من قبیل العسر الرافع للتکلیف الشخصی، فهو مثل مشقة السواک، لا مثل مشقة الوضوء.

(و «۲» الی الروایات المتقدمة لاخذ الجوائز من السلطان خصوصا الجوائز العظام التی لا یحتمل عادة ان یکون من غیر الخراج) فان الجائزة و المعاوضة من واد واحد، فاذا جاز اخذ الجائزة جازت المعاوضة (و کان الامام علیه السلام یأبی عن اخذها احیانا، معللا بان فیها حقوق الامة) کما مرّ فی الصورة الثانیة من الجوائز.

و اباء الامام لم یکن إلا تنزها، لا لان ذلک حرام، و الا لم یأخذوا علیهم السلام هم بانفسهم، و لم یأذنوا لشیعتهم بالاخذ (روایات) فاعل «یدل».

(منها صحیحة الحذاء عن ابی جعفر علیه السلام، قال: سألته عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۴

الرجل منّا یشتری من عمال السلطان من ابل الصدقة و غنمها، و هو یعلم انهم یأخذون منهم اکثر من الحق الّذی یجب علیهم، فقال ما الابل و الغنم الا مثل الحنطة و الشعیر؟ و غیر ذلک لا بأس به حتی یعرف الحرام بعینه، فیجتنب.

قلت: فما تری من مصدق یجیئنا، فیأخذ منّا صدقات اغنامنا، فنقول بعناها فیبیعنا ایاها، فما تری فی شرائها منه، فقال: ان کان قد اخذها و عزلها فلا بأس.

الرجل منّا یشتر یمن عمال السلطان من ابل الصدقة و غنمها و هو یعلم انهم) ای السلطان و اعوانه (یأخذون منهم اکثر من الحق الّذی یجب علیهم، قال: فقال) علیه السلام (ما الابل و الغنم الا مثل الحنطة و الشعیر؟) اللتین یأخذونهما زکاة و خراجا من الناس (و غیر ذلک لا بأس به) بان تشتری من السلطان (حتی یعرف الحرام بعینه، فیجتنب).

و هذا أیضا دلیل آخر علی عدم حلیة الجائزة المعلومة حرمتها- کما تقدم فی مبحث الجوائز-.

(قلت: فما تری فی مصدق) ای العامل لاخذ الصدقات (یجیئنا، فیأخذ منّا صدقات اغنامنا، فنقول بعناها) ای بعها لنا (فیبیعنا ایاها، فما تری فی شرائها) ای الاغنام (منه، فقال) علیه السلام (ان کان قد اخذها و عزلها فلا بأس) لانه قبل الاخذ و العزل کلّی، و هو مجهول، فیکون من بیع الغرر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۵

قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم، فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه، فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: ان كان قد قبضه بكيل و انتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كيل دلت هذه الرواية على ان شراء الصدقات من الانعام و الغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل.

و انما سئل أولا عن الجواز مع العلم الاجمالى بحصول الحرام فى ايدى العمال.

(قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم) للقسمة بيننا و بين السلطان لأخذ حصة المقاسمة (فيقسم لنا حظنا، و يأخذ حظه، فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه؟) بعد التعيين و العزل (فقال) عليه السلام (ان كان قد قبضه بكيل و انتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كيل).

و انما قيد بانتم حضور، لئلا يكون كيله باطلا، فيكون الشراء منه باطلا اذ ما يكال يلزم اشترائه بالكيل.

فقد (دلت هذه الرواية على ان شراء الصدقات من الانعام و الغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل) لانه لم يسأل عنه بل اجرى اسئلته ارسالا للحكم بعد مسلّميّة الجواز، و الامام لم يردع ما فى ذهنه بل قرره.

(و انما سئل أولا عن الجواز مع العلم الاجمالى بحصول الحرام فى ايدى العمال) حيث قال «يأخذون منهم اكثر من الحق»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۶

و ثانيا من جهة توهم الحرمة او الكراهة فى شراء ما يخرج فى الصدقة كما ذكر فى باب الزكاة.

و ثالثا من جهة كفاية الكيل الاول.

و بالجملة ففى هذه الرواية- سؤالا و جوابا- اشعار بان الجواز كان من الواضحات غير المحتاجة الى السؤال، و الا لكان اصل الجواز اولى بالسؤال، حيث ان ما يأخذونه باسم الزكاة معلوم الحرمة تفصيلا.

(و ثانيا من جهة توهم الحرمة او الكراهة فى شراء ما يخرج فى الصدقة كما ذكر فى باب الزكاة) حيث قال «فما ترى فى شراء ذلك منه».

فقد ذكروا فى باب الزكاة روايات تدل على النهى عن شراء ما اخرجه صدقة.

و حملت على الكراهة جمعا بين الاخبار، احتياطا على الفقير، او تنزها عما وصف بكونه من اوساخ الناس ثم لا يخفى انه وسخ بالنسبة الى المالك لا بالنسبة الى الفقير فهو كما يقال: «ان مال الناس للغاصب نار» فان المراد انه نار للغاصب و ان كان ما لا طيبا بالنسبة الى المالك

(و ثالثا من جهة كفاية الكيل الاول) حيث قال «فيعزله بكيل» و قال الامام «ان كان قد قبضه بكيل و انتم حضور».

(و بالجملة ففى هذه الرواية- سؤالا و جوابا- اشعار بان الجواز) للاشتراء من السلطان الجائر (كان من الواضحات غير المحتاجة الى السؤال، و الا) فلو كان الجواز محل الاشكال (لكان اصل الجواز اولى بالسؤال، حيث ان ما يأخذونه باسم الزكاة معلوم الحرمة تفصيلا) لانهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۵۷

فلا فرق بين اخذ الحق الّذى يجب عليهم و اخذ اكثر منه.

و يكفى قوله عليه السلام: حتى يعرف الحرام منه فى الدلالة على مفروغية حل ما يأخذونه من الحق و ان الحرام هو الزائد.

و المراد بالحلال، هو الحلال بالنسبة الى ما ينتقل إليه و ان كان حراما بالنسبة الى الجائر الآخذ له بمعنى معاقبته على اخذه، و ضمانه و حرمة التصرف فى ثمنه.

لیسوا اهلا للأخذ.

(فلا_ فرق بین اخذ) مقدار (الحق الّذی یجب علیهم) ای علی المأخوذ منهم (و اخذ اکثر منه) فلما ذا خصص السائل سؤاله بقوله «یأخذون منهم اکثر من الحق الّذی یجب علیهم».

هذا کله وجه دلالة السؤال علی مفروغیة الحلّ عند السائل.

(و) اما وجه دلالة جواب الامام علیه السلام، ف (یکفی قوله علیه السلام: حتی یعرف الحرام منه فی الدلالة علی مفروغیة حل ما یأخذونه من الحق و) مفروغیة (ان الحرام هو الزائد) فقط.

(و) لا_ یخفی ان (المراد بالحلال، هو الحلال بالنسبة الی ما ینتقل إلیه) کالمشتری و آخذ الجائزة (و ان کان حراما بالنسبة الی الجائر الآخذ له بمعنی معاقبته) فی الآخرة (علی اخذه، و ضمانه) فی الدنیا وضعا (و حرمة التصرف فی ثمنه) تکلیفا.

لما قد عرفت انه غاصب لا یحق له، و ان الجواز للاخذ من قبیل تجویز الولی لاخذ المال من الغاصب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۸

و فی وصفه علیه السلام للمأخوذ بالحلیة دلالة علی عدم اختصاص الرخصة بالشراء، بل یعم جمیع انواع الانتقال الی الشخص.

فاندفع ما قیل من ان الروایة مختصة بالشراء، فلیقتصر فی مخالفة القواعد علیه.

ثم الظاهر من الفقرة الثالثة السؤال و الجواب عن حکم المقاسمة، فاعتراض الفاضل القطیفی الّذی صنف فی الردّ علی رسالة المحقق الکرکی المسمی بقاطعة اللجاج فی حل الخراج، رسالة زیف فیها جمیع ما فی الرسالة من ادلة الجواز بعدم دلالة الفقرة الثالثة علی حکم المقاسمة.

(و) لا یخفی: ان (فی وصفه علیه السلام للمأخوذ بالحلیة) فی قوله «لا بأس بذلک» (دلالة علی عدم اختصاص الرخصة بالشراء، بل یعم جمیع انواع الانتقال الی الشخص) بیعا او صلحا او هبة او جائزة او ثمن اجارة او ما اشبه.

(فاندفع ما قیل من ان الروایة مختصة بالشراء، فیقتصر فی مخالفة القواعد علیه) و لا یتعدی الی سائر انحاء الانتقال.

(ثم الظاهر من الفقرة الثالثة) و هو قوله «قیل له» (السؤال و الجواب عن حکم المقاسمة، فاعتراض الفاضل القطیفی الّذی صنف فی الردّ علی رسالة المحقق الکرکی المسمی بقاطعة اللجاج فی حل الخراج، رسالة زیف) و ابطل (فیها جمیع ما فی الرسالة) للکرکی (من ادلة الجواز) التی جاء بها الکرکی (بعدم دلالة الفقرة الثالثة علی حکم المقاسمة) «بعدم» متعلق ب «اعتراض».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۵۹

و احتمال کون القاسم هو مزارع الارض او وکیله، ضعیف جدا.

و تبعه علی هذا الاعتراض المحقق الاردبیلی، و زاد علیه ما سکت هو عنه: من عدم دلالة الفقرة الاولی علی حل شراء الزکاة، بدعوی ان قوله علیه السلام: لا بأس حتی تعرف الحرام منه، لا تدل الاعلی جواز شراء ما کان حلالا، بل مشتبها، و عدم جواز شراء ما کان معروفا انه حرام بعینه

(و احتمال کون القاسم هو مزارع الارض او وکیله) فلا علاقة بالسلطان الجائر.

و انما سؤاله عن صاحب الارض الّذی یقاسم مع الزارع فی ان یکون لکل منهما حصّة من الحاصل (ضعیف جدا).

اذ «القاسم» اصطلاح فی عامل السلطان و الا لا یسمی المزارع لغة و لا عرفا بالقاسم.

و کلامه هذا مثل ان یقول «المصدق» معناه آخذ الصدقة، ای الفقیر لا عامل السلطان.

(و تبعه علی هـذا الاـعتراض) علی الکرکی (المحقق الاردبیلی، و زاد علیه) ای علی هـذا الاعتراض (ما سـکت هو) القطیفی (عنه: من عدم دلالة الفقرة الاولی علی حل شـراء الزکاة، بدعوی ان قوله علیه السـلام) فی جواب اخذ العامل اکثر من حقه (لا بأس حتی تعرف الحرام منه، لا تـدل الا علی جواز شـراء ما کان حلالا، بل) جواز شـراء ما کان (مشـتبها) من غیر وجود العلم الاجمالی الجامع لشـرائط التنجیز (و عدم جواز شراء ما کان معروفا انه حرام بعینه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۰

و لا تدل علی جواز شراء الزکاة بعینها صریحا.

نعم ظاهرها ذلک، لکن لا ینبغی الحمل علیه لمنافاته العقل و النقل و یمکن ان یکون سبب الاجمال فیه التقیة.

و یؤید عدم الحمل علی الظاهر انه غیر مراد بالاتفاق، اذ لیس بحلال ما اخذه الجائر فتأمل

فالروایـة لاعطاء حکم کلی و لا علاقـة لها بمسألـة ما یأخـذه الجائر من الخراج و المقاسـمة و الزکاة (و لا تدل علی جواز شـراء الزکاة بعینها صریحا) حتی تدل علی خلاف قاعدة عدم صحة ما یأخذه الجائر.

(نعم ظاهرها ذلک) الشراء للزکاة (لکن لا ینبغی الحمل علیه) ای علی هذا الظاهر (لمنافاته العقل و النقل).

اما النقل فلعمومات الادلة الدالة علی عدم جواز تصرف غیر الامام و نائبه، امثال هذه التصرفات.

و اما العقل فلقبح تصرف غیر ذی الحق.

(و یمکن ان یکون سـبب الاجمال فیه) ای فی هـذا الحدیث بان لم یردّ الامام السائل فلم یقل له: ان الشـراء حرام صـراحة (التقیة) لان الامام علیه السلام لا یتمکن ان یقول ان عمل الخلفاء الجائرین حرام.

(و یؤیـد عـدم الحمل علی الظاهر) ای عـدم حمل الروایـة علی ظاهرها الّذی یـدل علی الجواز (انه) ای ظاهرها (غیر مراد بالاتفاق، اذ لیس بحلال مـا اخـذه الجـائر) فـاذا لم یکن حلالاـ للجـائر، لم یکن حلالا للآخـذ (فتأمل) لعله اشار الاردبیلی الی انه یمکن ان یکون حلالا للآخذ، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۱

انتهی.

و انت خبیر بانه لیس فی العقل ما یقتضی قبح الحکم المذکور.

و ای فارق بین هـذا، و بین ما احلوه لشـیعتهم، مما فیه حقوقهم و لا فی النقل، الا عمومات قابلة للتخصـیص بمثل هذا الصـحیح و غیره المشهور بین الاصحاب روایة و عملا، مع نقل الاتفاق عن جماعة.

و اما الحمل علی التقیة فلا یجوز بمجرد معارضة العمومات کما لا یخفی

ان کان حراما للجائر (انتهی) کلام الاردبیلی قدس سره.

(و انت خبیر) بعـدم ورود اشـکاله (بانه لیس فی العقل ما یقتضـی قبـح الحکم المذکور) بان یحکم الامام علیه السـلام توسـعة للشـیعة بصحّة اعمالهم و تصرفاتهم، و ان کان عمل السلطان حراما و باطلا.

(و ای فارق بین هـذا) الحکم و هو حلیـة اخـذ الآخـذ ببدل او غیر بدل الزکاة و الخراج و المقاسـمة (و بین ما احلوه لشـیعتهم، مما فیه حقوقهم) کالانفـال و المسـاکن و المتـاجر و المناکـح، مما فصّل فی باب الخمس، مع ان الاستیلاء من شأن الامام فلا یحق للمسـلمین محاربة الکفار بدون اذنه علیه السـلام (و لا فی النقل، الا عمومات قابلة للتخصـیص بمثل هذا الصـحیح و غیره المشهور بین الاصحاب روایة و عملا، مع نقل الاتفاق) علی ذلک (عن جماعة) تقدمت اسمائهم، بل و غیرهم أیضا.

(و اما الحمل على التقيـة) بعـد الظهور- كما سلّمه الاردبيلى رحمه الله- (فلا يجوز بمجرد معارضة العمومات، كما لا يخفى) لانه انما يحمل الخبر على التقية، اذ لم يمكن الجمع الدلالى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۲

و منهـا روايـة اسـحاق بن عمار، قال سألته عليه السـلام عن الرجل يشترى من العامل و هو يظلم، قال: يشترى منه ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا.

وجه الدلالة: ان الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه، و هو الّذى يأخذه من الحقوق من قبل السلطان.

نعم لو بنى على المناقشة احتمل ان يريد السائل شراء املاك العامل منه مع علمه بكونه ظالما غاصبا، فيكون سؤالا عن معاملة الظلمة.

و من المعلوم ان بين العام و الخاص جمعا دلاليا عرفيا، فلا مجال للتقية اصلا.

(و منها رواية اسحاق بن عمار، قال سألته عليه السلام عن الرجل يشترى من العامل) للسلطان (و هو يظلم، قال) عليه السلام (يشترى منه ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا) «فيه» اى فى هذا الشيء الّذى يشتريه منه بالذات.

(وجه الدلالة: ان الظاهر من الشـراء من العامل شراء ما هو عامل فيه، و هو الّذى يأخذه من الحقوق من قبل السلطان) زكاة او خراجا او مقاسمة او ما اشبه.

(نعم لو) رفع اليد عن الظهور العرفى، و (بنى على المناقشة احتمل ان يريد السائل) بالشـراء (شـراء املاك العامل منه مع علمه) اى علم المشترى (بكونه) اى العامل (ظالما غاصبا، فيكون سؤالا عن معاملة الظلمة) و لا علاقة له بما نحن فيه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۳

لكنه خلاف الانصاف و ان ارتكبه صاحب الرسالة.

و منهـا روايـة ابى بكر الحضـرمى، قال دخلت على ابى عبـد الله عليه السـلام، و عنـده ابنه اسـماعيل، فقال: ما يمنع ابن ابى سـماك ان يخرج شـباب الشيـعة، فيكفونه مـا يكفى النـاس، و يعطيهم مـا يعطى النـاس، قال ثم قال: لى لم تركـت عطائك قال: قلت: مخافـة على دينى، قـال: مـا منع ابن ابى سـماك ان يبعث أليـك بعطائك، أ ما علم ان لك فى بيت المال نصـيبا، فان ظاهره حل ما يعطى من بيت المال عطاء او اجرة للعمل فيما

(لكنه خلاف الانصاف و ان ارتكبه صاحب الرسالة) الفاضل القطيفى

(و منها رواية ابى بكر الحضـرمى، قال دخلت على ابى عبد الله عليه السـلام، و عنده ابنه اسماعيل، فقال) عليه السلام: (ما يمنع ابن ابى سماك ان يخرج شـباب الشـيعة) اى شبانهم و هو جمع شاب (فيكفونه ما يكفى الناس) اى يعملون له كما يعمل الناس له (و يعطيهم) العطاء و الاجر (ما يعطى الناس، قال: ثم قال) ابو عبـد الله عليه السـلام (لى، لم تركـت عطائك) من بيت المال و لم تأخـذه (قال: قلت: مخافة على دينى) لان العطاء خليط من الحرام و الحلال فهو مشتبه (قال) عليه السلام (ما منع ابن ابى سماك ان يبعث أليك بعطائك، أ ما علم ان لك فى بيت المال نصـيبا، فان ظاهره) حيث قال عليه السلام: و يعطيهم و قال لم تركـت عطائك، و قال عليه السلام: يبعث أليك بعطائك (حل ما يعطى من بيت المال عطاء) مجانا (او اجرة للعمل) فى مقابل التعب (فيما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۶۴

يتعلق به.

بل قال المحقق الكركى ان هذا الخبر نص فى الباب، لانه عليه السلام بيّن ان لا خوف على السائل فى دينه، لانه لم يأخذ إلا نصيبه من بيت المال.

و قد ثبت فی الاصول تعدی الحکم بتعدی العلة المنصوصة انتهی.

یتعلق به) ای بیت المال.

و من المعلوم: ان بیت المال هو الخراج و الزکاة و المقاسمة و الجزیة و نحوها، مما لا یجوز للظلمة جبایتها.

و قوله فیما یتعلق به مقابل المال الّذی یأخذونه من الناس مصادرة و ظلما محضا.

(بل قال المحقق الکرکی ان هذا الخبر نص فی الباب) الّذی هو حلیة ما یؤخذ من السلطان الجائر، خلافا لما قلناه من ان هذا الخبر ظاهر فی الباب (لانه علیه السلام بیّن ان لا خوف علی السائل فی دینه لانه لم یأخذ إلا نصیبه من بیت المال) فی جواب السائل الّذی قال ترکت نصیبی خوفا علی دینی.

(و قد ثبت فی الاصول تعدی الحکم بتعدی العلة المنصوصة).

فانه و ان کان فی مقام العطاء، الا انه عام شامل للعطاء و غیره، اذ عدم الخوف علی الدین من جهة هذا المال یشمل غیر العطاء أیضا (انتهی) کلام الکرکی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۵

و ان تعجب منه الاردبیلی و قال: انا ما فهمت منه دلالة ما و ذلک لان غایتها ما ذکر ذلک.

و قد یکون من بیت مال، یجوز اخذه و اعطائه للمستحقین، بان یکون منذورا او وصیة لهم بان یعطیهم ابن ابی سماک، و غیر ذلک، انتهی.

و قد تبع فی ذلک صاحب الرسالة حیث قال: ان الدلیل لا اشعار فیه

(و ان تعجب منه الاردبیلی و قال: انا ما فهمت منه دلالة ما) علی الحلیة، فکیف یدعی الکرکی النصوصیة (و ذلک لان غایتها) ای غایة الروایة و منتهی ما یستفاد منها (ما ذکر) ه الکرکی (ذلک) من ان العطاء من بیت المال، و بیت المال من الخراج و الزکاة.

(و) لکن کون بیت المال الّذی کان بید ابن ابی سماک کان من الخراج و نحوه اوّل الکلام.

اذ (قد یکون من بیت مال) لیس من الخراج بل (یجوز اخذه و اعطائه للمستحقین، بان یکون منذورا) لهم (او وصیة لهم بان یعطیهم ابن ابی سماک، و غیر ذلک) کالوقف لهم.

و الحاصل: ان اخذ الجائر للخراج حرام، و اعطائه حرام.

و الروایة انما تدل علی ان للراوی عطاء فی بیت المال و ذلک لا یدل علی ان بیت مال ابن ابی سماک کان من الخراج و نحوه (انتهی) کلام الاردبیلی رحمه الله.

(و قد تبع فی ذلک) الاشکال علی الکرکی (صاحب الرسالة) و هو الفاضل القطیفی (حیث قال: ان الدلیل لا اشعار فیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۶

بالخراج.

اقول: الانصاف ان الروایة ظاهرة فی حل ما فی بیت المال مما یأخذه الجائر.

و منها: الاخبار الواردة فی احکام تقبل الخراج من السلطان علی وجه یستفاد من بعضها: کون اصل التقبل مسلّم الجواز عندهم.

بالخراج) فضلا عن کونه نصا.

(اقول: الانصاف ان الروایة ظاهرة فی حل ما فی بیت المال مما یأخذه الجائر).

و حیث علمنا من الخارج ان غالب ما فی بیت المال هو الخراج و المقاسمة و الزکاة و الجزیة کانت الروایة دالة علی حل ذلک للآخذ و ان کان تصرف الجائر اخذا و عطاء حراما، لانه تصرف من غیر اهله الذین هم الأئمة علیهم السلام و نوابهم.

(و منها: الاخبار الواردة فی احکام تقبل الخراج من السلطان) بان یأخذ الخراج زید- مثلا- فی مقابل شیء یعطیه للسلطان، کان یعطیه الف دینار کل سنة و یأخذ هو خراج الاهواز مثلا (علی وجه یستفاد من بعضها: کون اصل التقبل مسلم الجواز عندهم).

و وجه الدلالة انه لو لم یجز اخذ الخراج من السلطان، لم یکن وجه لجواز تقبله بالمال.

و ألیک جملة من هذه الاخبار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۷

فمنها: صحیحة الحلبی عن ابی عبد الله علیه السلام فی جملة حدیث، قال: لا بأس بان یتقبل الرجل الارض و اهلها من السلطان و عن مزارعة اهل الخراج بالنصف و الثلث و الربع قال: نعم، لا بأس به، و قد قبل رسول الله صلی الله علیه و آله خیبرا اعطاها الیهود، حیث فتحت علیه بالخبر، و الخبر هو النصف.

(فمنها: صحیحة الحلبی عن ابی عبد الله علیه السلام فی جملة حدیث، قال: لا- بأس بان یتقبل الرجل الارض و اهلها) تقبل الاهل باعتبار الجزیة، و نحوها (من السلطان، و) سأله علیه السلام (عن مزارعة اهل الخراج بالنصف و الثلث و الربع) بان یصالح المزارعون فی الارض المفتوحة عنوة مع السلطان بان یزرعوا ثم یکون لهم النصف و للسلطان النصف، او لاحدهما الثلث او الربع، او ما اشبه (قال) علیه السلام (نعم لا- بأس به، و قد قبل رسول الله صلی الله علیه و آله خیبرا اعطاها الیهود حیث فتحت علیه بالخبر، و الخبر هو النصف) فان الرسول صلی الله علیه و آله لما فتح خیبرا طلب الیهود المزارعین و قرر معهم ان یزارعوا اراضیهم بان یکون لهم النصف و للرسول صلی الله علیه و آله النصف.

اقول: قال فی کتاب «محمد صلی الله علیه و آله پیغمبری که از نو باید شناخت» ان هذه الطریقة التی استعملها الرسول صلی الله علیه و آله هو احسن الطرق، و قد اتبعها الاتحاد السوفیتی بعد الف و بضع من السنین.

و کیف کان فدلالة هذا الخبر علی المطلوب انه لو لم یکن تصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۸

و منها: الصحیح عن اسماعیل بن الفضل عن ابی عبد الله علیه السلام، قال سألته عن الرجل یتقبل بخراج الرجال و جزیة رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصاید و السمک و الطیر، و هو لا یدری لعل هذا لا یکون ابدا، أ یشتریه؟ و فی ای زمان یشتریه؟ و یتقبل، قال اذا

السلطان بالنسبة الی متقبل الخراج نافذا کان اللازم بطلان تقبل الارض منه، اذ ما یأخذه الجائر من الارض ظلم، فیکون صاحب الارض مدیونا بکل الخراج.

و یکون حاله حینئذ حال من یأخذ دار زید و یعطی لعمرو الغاصب اجارة الدار، فان ذمة آخذ الدار لا تبرأ من الایجار لصاحب الملک، و «الخبر» فی الحدیث من «المخابرة» بمعنی المزارعة علی النصیب المعین من نصف او ثلث او نحوهما، و الخاء فیه مکسورة.

(و منها: الصحیح عن اسماعیل بن الفضل عن ابی عبد الله علیه السلام، قال سألته عن الرجل یتقبل بخراج الرجال و جزیة رءوسهم) بالنسبة الی اهل الذمة و قوله «بجزیة رءوسهم» عطف بیان (و خراج النخل و الشجر و الآجام) جمع اجمة محل القصب (و المصاید) ای المحلات التی یمکن الصید فیها (و السمک و الطیر، و هو لا یدری، لعل هذا) الشیء الّذی تقبله (لا یکون ابدا) فلا یحصل علی طیر، او سمک، او نحوهما (أ یشتریه؟) أم لا- (و فی ای زمان یشتریه؟) هل بعد وقت السمک و مجیء الطیر او یجوز الاشتراء قبل

ذلک؟ (و یتقبل) ای یتقبله من السلطان، عطف علی «یشتریه» (قال) علیه السلام (اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۶۹

علمت من ذلک شیئا واحدا قد ادرک، فاشتره، و تقبل به.

و نحوها الموثق المروی فی الکافی و التهذیب عن اسماعیل بن الفضیل الهاشمی بادنی تفاوت.

و روایۀ الفیض بن المختار، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام:

جعلت فداک، ما تقول فی الارض، اتقبلها من السلطان ثم او اجراها من اکرتی؟ علی ان ما اخرج الله تعالی من شیء لی من ذلک النصف، او الثلث بعد حق السلطان، قال: لا بأس، کذلک اعامل اکرتی، الی غیر ذلک من الاخبار الواردۀ فی باب قبالۀ الارض و استیجار ارض الخراج

علمت من ذلک شیئا واحدا قد ادرک، فاشتره، و تقبل به) فان الامام علیه السلام اجاز التقبل، کما بین وقت التقبل بادراک شیء واحد مما ذکره.

(و نحوها الموثق المروی فی الکافی و التهذیب عن اسماعیل بن الفضیل الهاشمی بادنی تفاوت) فی الالفاظ مع الروایۀ السابقۀ.

(و روایۀ الفیض بن المختار، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام:

جعلت فداک، ما تقول فی الارض، اتقبلها من السلطان ثم او اجراها من اکرتی؟) اکرۀ علی وزن بررۀ- بفتح الهمزۀ- جمع «اکار» بالفتح أیضا المزارعون (علی ان ما اخرج الله تعالی من شیء لی من ذلک) المخرج (النصف، او الثلث بعد حق السلطان) بان یخرج أولا حق السلطان من خراج و نحوه، فما یبقی یقسم نصفین، او ما اشبه (قال) علیه السلام (لا بأس کذلک اعامل اکرتی) فان الظاهر منها جواز التقبل من السلطان (الی غیر ذلک من الاخبار الواردۀ فی باب قبالۀ الارض و استیجار ارض الخراج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۰

من السلطان، ثم اجارتها للزارع بازید من ذلک.

و قد یستدل بروایات اخر لا تخلو عن قصور فی الدلالۀ.

منها: الصحیح عن جمیل بن صالح، قال ارادوا بیع تمر عین ابی زیاد، و اردت ان اشتریه، فقلت: لا حتی استأمر

من السلطان، ثم اجارتها للزارع بازید من ذلک) المقدار الّذی آجرها.

کصحیحۀ الهاشمی عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: سألته عن الرجل استأجر من السلطان من ارض الخراج بدراهم مسمّاۀ، او بطعام مسمّی ثم آجرها و شرط لمن یزرعها ان یقاسمه النصف، او اقل من ذلک او اکثر، و له فی الارض بعد ذلک فضل، أ یصلح له ذلک، قال علیه السلام: نعم، اذا حفر لهم نهرا، او عمل لهم شیئا، یعینهم بذلک فله ذلک.

قال: و سألته عن الرجل استأجر ارضا من ارض الخراج بدراهم مسمّاۀ او بطعام معلوم، فیؤاجرها قطعۀ قطعۀ، او جریبا جریبا بشیء معلوم فیکون له فضل فیما استأجر من السلطان و لا ینفق شیئا، او یؤاجر تلک الارض قطعا علی ان یعطیهم البذر و النفقۀ، فیکون له فی ذلک فضل علی اجارته، و له تربۀ الارض او لیست له؟ فقال علیه السلام: اذا استأجرت ارضا فانفقت فیها شیئا او رمّمت فیها، فلا بأس بما ذکرت.

(و قد یستدل بروایات اخر لا تخلو عن قصور فی الدلالۀ).

(منها: الصحیح عن جمیل بن صالح، قال ارادوا بیع تمر عین ابی زیاد، واردت ان اشتریه، فقلت) فی نفسی (لا) اشتریه (حتی استأمر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۱

أبا عبد الله علیه السلام، فسألت معاذا ان یستأمره، فقال: قل له:

یشتره، فانه ان لم یشتره اشتراه غیره.

و دلالته مبنیة علی کون عین زیاد من الاملاک الخراجیة، و لعله من الاملاک المغصوبة من الامام او غیره الموقوف اشتراء حاصلها علی اذن الامام (ع).

و یظهر من بعض الاخبار: ان عین زیاد کان ملکا لابی عبد الله علیه السلام.

أبا عبد الله علیه السلام) ای اطلب امره و اذنه (فسألت معاذا ان یستأمره فقال) ابو عبد الله علیه السلام (قل له: یشتره، فانه ان لم یشتره اشتراه غیره).

(و) وجه قصور الدلالة فی هذا الخبر: ان (دلالته مبنیة علی کون عین زیاد من الاملاک الخراجیة و) لیس علی ذلک دلیل.

اذ (لعله من الاملاک المغصوبة من الامام او غیره الموقوف اشتراء حاصلها علی اذن الامام "ع)."

(و) یؤید ذلک ما (یظهر من بعض الاخبار: ان عین زیاد کان ملکا لابی عبد الله علیه السلام).

الظاهر ان مراده من بعض الاخبار: ما رواه فی الوسائل فی باب استحباب ثلم حائط البستان عن یونس عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: بلغنی انک تفعل فی غلة عین زیاد شیئا، و انا احب ان اسمعه منک، قال: فقال لی: نعم، کنت، الی آخر الخبر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۲

و منها صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: قال لی ابو الحسن علیه السلام: ما لک لا تدخل مع علیّ فی شراء الطعام؟ انی اظنک ضیقا، قلت: نعم، و ان شئت وسعت علی قال: اشتره.

و بالجملة ففی الاخبار المتقدمة غنی عن ذلک.

[ینبغی التنبیه علی أمور.]

اشارة

ینبغی التنبیه علی امور.

[الأول: أن ظاهر عبارات الأكثر بل الكل أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان]

الاول: ان ظاهر عبارات الاکثر بل الکل ان الحکم مختص بما یأخذه السلطان فقبل اخذه للخراج لا یجوز المعاملة علیه بشراء ما فی ذمة مستعمل

و لا- یخفی ان المصادرة لاموال الناس کانت کثیرة فی زمان الخلفاء کما یظهر ذلک لمن راجع کتاب «التمدن الاسلامی» و غیره من التواریخ.

(و منها صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: قال لی ابو الحسن علیه السلام: ما لک لا تدخل مع علیّ فی شراء الطعام؟ انی اظنک ضیقا) ای عندک ضیق الصدر من ذلک، لاجل الاشکال فی الطعام (قلت: نعم و ان شئت وسعت علی) بان تجیزنی علی ذلک (قال: اشتره) لکن لا دلالة فیه أیضا، کما لا یخفی.

(و بالجملة) سواء دلت هذه الاخبار، أم لا (ففی الاخبار المتقدمة غنی عن ذلک) الاستدلال بهذه الاخبار.

(ينبغى التنبيه على امور) مربوطة بهذه المسألة.

(الاول: ان ظاهر عبارات الاكثر بل الكل ان الحكم) بالجواز لاخذ الشىء من السلطان المستحل للخراج (مختص بما يأخذه السلطان فقبل اخذه للخراج لا يجوز) للشخص (المعاملة عليه بشراء ما فى ذمة مستعمل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۳

الارض، او الحوالة عليه و نحو ذلك.

و به صرح السيد العميد فيما حكى عن شرحه على النافع، حيث قال:

انما يحل ذلك بعد قبض السلطان او نائبه و لذا قال المصنف يأخذه، انتهى.

لكن صريح جماعة عدم الفرق، بل صرح المحقق الثانى بالاجماع على عدم الفرق بين القبض، و عدمه.

و فى الرياض صرح بعدم الخلاف، و هذا هو الظاهر

الارض) بان يقول للمزارع: انا ادفع الخراج عنك و آخذ الخراج منك، فيأخذه قبل ان يقبضه السلطان (او الحوالة عليه) بان يحول هذا الانسان الّذى تقبله من السلطان على المزارع بان يدفع الخراج الى زيد مثلا، قبل ان يقبضه السلطان او نائبه و عامله (و نحو ذلك) كجعل الخراج ثمن الايجار، و بدل الجعالة، و هكذا.

(و به) اى بعدم الجواز (صرح السيد العميد فيما حكى عن شرحه على النافع، حيث قال: انما يحل ذلك) الخراج (بعد قبض السلطان او نائبه و لذا قال المصنف) و هو العلامة رحمه الله (يأخذه، انتهى) كلام العميد.

(لكن صريح جماعة عدم الفرق، بل صرح المحقق الثانى بالاجماع على عدم الفرق بين القبض) اى قبض السلطان (و عدمه) فى حلية القبالة و اخذ الانسان له.

(و فى الرياض صرح بعدم الخلاف، و هذا) اى عدم الفرق (هو الظاهر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۴

من الاخبار المتقدمة الواردة فى قبالة الارض، و جزية الرءوس، حيث دلت على انه يحل ما فى ذمة مستعمل الارض من الخراج لمن تقبل الارض من السلطان.

و الظاهر من الاصحاب فى باب المساقات- حيث يذكرون ان خراج السلطان على مالك الاشجار الا ان يشترط خلافه- اجراء ما يأخذه الجائر منزلة ما يأخذه العادل فى براءة ذمة مستعمل الارض الّذى استقر عليه اجرتها باداء غيره.

من الاخبار المتقدمة الواردة فى قبالة الارض، و جزية الرءوس، حيث دلت) هذه الاخبار (على انه يحل ما فى ذمة مستعمل الارض من الخراج لمن تقبل الارض من السلطان).

و من المعلوم انه لم يقبضه السلطان، مضافا الى ان الأئمة عليهم السلام حلّلوا ذلك، و هذا لا يناط بقبض السلطان الجائر.

(و الظاهر من الاصحاب فى باب المساقات- حيث يذكرون ان خراج السلطان على مالك الاشجار) لا الساقى (الا ان يشترط خلافه-) بان يكون كلا او بعضا على الساقى (اجراء ما يأخذه الجائر منزلة ما يأخذه العادل فى براءة ذمة مستعمل الارض) الخراجية و «اجراء» خبر «الظاهر» (الّذى استقر عليه) اى على مستعمل الارض (اجرتها باداء غيره) «باداء» متعلق ب «براءة» فان الاجرة على المستعمل و تبرأ ذمة المستعمل باداء الساقى

و الحاصل: انه لو لا الحلية دون القبض، كان اللازم ان نقول بعدم حلية الخراج لمستعمل الارض، و الحال انه لم يعطه للجائر ثم يقبضه منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۵

بل ذکروا فی المزارعهٔ أیضا: ان خراج الارض- کما فی کلام الاکثر- او الارض الخراجیهٔ- کما فی الغنیهٔ و السرائر- علی مالکها و ان کان یشکل توجیهه من جههٔ عدم المالک للاراضی الخراجیهٔ.

و کیف کان.

فالاقوی: ان المعاملهٔ علی الخراج جائزهٔ و لو قبل

(بل ذکروا فی المزارعهٔ أیضا: ان خراج الارض- کما فی کلام الاکثر- او) خراج (الارض الخراجیهٔ- کما فی الغنیهٔ و السرائر- علی مالکها) ای مالک الزراعهٔ.

و یستفاد من هذا انهم اجروا الجائر- الّذی یأخذ الخراج- منزلهٔ العادل، فی ان ذمهٔ المالک مشغولهٔ به، فاذا کانت ذمته مشغولهٔ به صح التعامل بالخراج قبل قبض المالک له الی السلطان (و ان کان یشکل توجیهه) ای توجیه قولهم «علی مالکها» (من جههٔ) ان ظاهر هذه العبارهٔ کون الشخص یملک ارض الخراج مع وضوح (عدم المالک للاراضی الخراجیهٔ).

و الاوجه: ما ذکرناه من ارجاع الضمیر فی «مالکها» الی مالک الزارعهٔ

و لو صرح بعضهم ب «مالک الارض» اراد به من له حق التصرف بقرینهٔ المقام، فلا اشکال.

(و کیف کان) سواء کانت ظواهر عبائرهم اشتراط القبض فی صحهٔ التعامل، أم لا.

(فالاقوی: ان المعاملهٔ علی الخراج جائزهٔ) لکل انسان (و لو قبل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۶

قبضها.

و اما تعبیر الاکثر بما یأخذه، فالمراد به اما الاعم مما یبنی علی اخذه و لو لم یأخذه فعلا و اما المأخوذ فعلا.

لکن الوجه فی تخصیص العلماء العنوان به جعله کالمستثنی من جوائز السلطان التی حکموا بوجوب ردها علی مالکها اذا علمت حراما بعینها

قبضها) ای قبض الخراج و المقاسمهٔ للسلطان الجائر.

(و اما تعبیر الاکثر بما یأخذه) الجائر، الظاهر منه لزوم القبض فی حلیهٔ المعاملهٔ (فالمراد به) ای بما یأخذه، لیس خصوص المأخوذ، بل (اما الاعم مما یبنی) الجائر (علی اخذه، و لو لم یأخذه فعلا) و علیه فلا یشترط القبض فی صحهٔ التعامل (و اما) المراد (المأخوذ فعلا).

(لکن الوجه فی تخصیص العلماء العنوان) ای عنوان حل الخراج (به) ای بالمأخوذ، مع انهم لا یقصدون المأخوذ فقط، بل الاعم من المأخوذ و المبنی علی اخذه (جعله کالمستثنی من جوائز السلطان التی حکموا بوجوب ردها علی مالکها اذا علمت حراما بعینها).

فانهم فی مقام ان ما یأخذه الجائر اذا علم کونه حراما وجب رده، الا اذا کان خراجا، فانه و ان کان حراما- لعدم حق للجائر فی اخذه- الا انه حلال للآخذ سواء اخذه بعنوان الجائزهٔ، أم بعنوان التعامل.

و حیث ان المستثنی منه «المأخوذ» کان المستثنی أیضا «المأخوذ» لا انهم یریدون خصوصیهٔ للمأخوذ، و ان غیر المأخوذ لیس بحکم المأخوذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۷۷

فافهم.

و یؤید الثانی سیاق کلام بعضهم حیث یذکرون هذه المسألهٔ عقیب مسألهٔ الجواز خصوصا عبارهٔ القواعد، حیث صرح بتعمیم الحکم

بقوله: و ان عرفت اربابه.

و يؤيد الاول ان المحكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد: انه علق على قول العلامة ان الّذى يأخذه الجائر- الى آخر قوله- و ان لم يقبضها الجائر، انتهى.

فى صحة التعامل (فافهم) فانهم لو ارادوا الاعم لم تصرح الجماعة المتقدمة باشتراط الاخذ فى صحة التعامل.

(و يؤيد) الاحتمال (الثانى) الّذى بينه بقوله: «و اما المأخوذ فعلا» (سياق كلام بعضهم حيث يذكرون هذه المسألة) اى مسألة حلية اخذ الخراج من الجائر (عقيب مسألة الجوائز).

و من المعلوم: ان الجوائز عبارة عما يعطيه السلطان بعد اخذه من الناس، فليكن المراد بالخراج أيضا ما يأخذه خراجا، ثم يعطيه (خصوصا عبارة القواعد، حيث صرح بتعميم الحكم) بالجواز (بقوله: و ان عرفت اربابه) فانه حلال، فان العبارة كالنص فى ان «المستثنى منه» المأخوذ

(و يؤيد الاول) الّذى ذكره بقوله «اما الاعم» (ان المحكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد: انه علق على قول العلامة ان الّذى يأخذه الجائر- الى آخر قوله- و ان لم يقبضها الجائر انتهى) حيث صرح بعدم قبض الجائر، حتى كان مراد العلامة: الاعم من المقبوض، و مما يبنى على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۸

[الثانى هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما، بمن ينتقل إليه]

الثانى هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما، بمن ينتقل إليه، فلا استحقاق للجائر فى اخذه اصلا فلم يمض الشارع من هذا المعاملة إلا حل ذلك للمنتقل إليه، او يكون الشارع قد امضى سلطنة الجائر عليه فيكون منعه عنه، او عن بدله المعوض عنه فى العقد معه حراما

قبضه و ان لم يأخذه فعلا.

(الثانى) من الامور التى ينبغى التنبيه عليها (هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج) اى خروجه (عن قاعدة كونه مالا- مغصوبا محرما بمن ينتقل إليه) «بمن» يتعلق ب «يختص» اى يختص حلية الخراج بالآخذ من السلطان (فلا استحقاق للجائر فى اخذه اصلا).

و انما تجرى القاعدة الاولية من حيث الحرمة بالنسبة الى الجائر (فلم يمض الشارع من هذه المعاملة) التى هى بين السلطان و بين الناس (الا- حلّ ذلك) الخراج (للمنتقل إليه) فقط (او يكون الشارع قد امضى سلطنة الجائر عليه) اى على الخراج (فيكون منعه عنه) بان لا يعطى زارع الارض- مثلا- الخراج للجائر (او عن بدله المعوض عنه) اى عن ذلك الخراج (فى العقد معه) اى مع الجائر.

كما لو عقد الزارع مع السلطان ان يعطيه عوض الخراج الف دينار مثلا- ثم يمنع الجائر عن اعطائه الألف (حراما).

و لا يخفى انه لا يراد بالاحتمال الثانى ان للجائر الحق فى هذه التصرفات، و انما يراد ان الشارع لمصلحة المسلمين جعل الجائر بمنزلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۷۹

صريح الشهيدين، و المحكى عن جماعة، ذلك.

قال المحقق الكركى فى رسالته ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم- لا سيّما شيخنا الاعظم الشيخ على بن هلال ره-: انه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته و لا جحوده، و لا منعه و لا شيء منه لان ذلك حق واجب عليه انتهى.

و فى المسالك فى باب الارضين و ذكر الاصحاب: انه لا يجوز لاحد جحدها

العادل فی امر الخراج و المقاسمة و الزکاة و الجزیة، و ان کان الجائر و اعوانه معاقبین حتی علی اخذهم الجزیة و الزکاة و الخراج.

ف (صریح الشهیدین، و المحکی عن جماعة) هو (ذلک) الاحتمال الثانی بامضاء الشارع سلطة الجائر علی الخراج، فلا یجوز منعه منه.

(قال المحقق الکرکی فی رسالته ما زلنا نسمع من کثیر ممن عاصرناهم لا سیّما شیخنا الاعظم الشیخ علی بن هلال ره-: انه لا یجوز لمن علیه الخراج سرقته و لاـ جحوده) و انکاره و انه لیس علیه الخراج (و لا منعه) بالقوة مع الاعتراف بانه عنده (و لا) منع (شیء) و جزء (منه) کان یدعی ان علیه الف دینار، و الحال ان علیه الفا و خمسمائة- مثلا- (لان ذلک) الخراج (حق واجب علیه) ای علی من علیه الخراج، فکیف یجحده او یمنعه (انتهی) کلام الکرکی.

(و فی المسالک فی باب الارضین) جمع الارض، قال (و ذکر الاصحاب:

انه لا یجوز لاحد جحدها) ای المقاسمة او کل ما یجب دفعه الی السلطان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۰

و لا منعها، و لا التصرف فیها بغیر اذنه بل ادعی بعضهم الاتفاق علیه، انتهی.

و فی آخر کلامه أیضا ان ظاهر الاصحاب ان الخراج و المقاسمة لازم للجائر حیث یطلبه، او یتوقف علی اذنه، انتهی.

و علی هذا عوّل بعض الاساطین فی شرحه علی القواعد حیث قال: و یقوی حرمة سرقة الحصة و خیانتها و الامتناع عن تسلیمها و عن تسلیم ثمنها بعد شرائها الی الجائر و ان حرمت علیه و دخل تسلیمها فی الاعانة

(و لا منعها، و لا التصرف فیها بغیر اذنه) ای اذن السلطان (بل ادعی بعضهم الاتفاق علیه، انتهی).

(و فی آخر کلامه أیضا) قال (ان ظاهر الاصحاب ان الخراج و المقاسمة لازم للجائر حیث یطلبه) ای یلزم ان یعطی له اذا طلبه (او یتوقف علی اذنه) اذا اراد المالک ان یتصرف فیه.

و الحاصل: ان الجائر کالعادل فی وجوب الدفع إلیه او استیذانه (انتهی) کلام المسالک.

(و علی هذا) و هو عدم جواز منع الجائر عن الخراج (عوّل بعض الاساطین فی شرحه علی القواعد حیث قال: و یقوی حرمة سرقة الحصة) التی للسلطان من الزراعة (و خیانتها و الامتناع عن تسلیمها و عن تسلیم ثمنها بعد شرائها) من السلطان (الی الجائر) متعلق ب: تسلیم (و ان حرمت) الحصة من الخراج (علیه) ای علی الجائر، و «ان» وصلیة (و دخل تسلیمها) الی الجائر (فی) عنوان (الاعانة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۱

علی الاثم بالبدایة، او الغایة لنص الاصحاب علی ذلک، و دعوی الاجماع علیه، انتهی.

اقول ان ارید منع الحصة مطلقا، فیتصرف فی الارض من دون اجرة، فله وجه لانها ملک المسلمین، فلا بد لها من اجرة تصرف فی مصالحهم.

و ان ارید منعها من خصوص الجائر، فلا

علی الاثم) لانه تقویة للسلطان الجائر (بالبدایة) اذا قلنا بان مجرد قبض الجائر حرام، فان اعطائه للحصة اعانة علی الاثم (او الغایة) لو قلنا: بان اخذه لیس بحرام، لانه تسلیط للجائر من المالک، و انما یحرم تصرف الجائر الّذی هو غایة تسلّمه للحصة، و علی ای حال یکون الاعطاء له اعانة علی الاثم.

و انما قلنا بحرمة سرقة الحصة- مع ان القاعدة الاولیة تقتضی حرمة الاعطاء للجائر- (لنص الاصحاب علی ذلک) و انه یجب اعطاء

الجائر الخراج و المقاسمة (و دعوى الاجماع عليه) فبالاجماع نخرج عن مقتضى القاعدة الاولية (انتهى) كلام بعض الاساطين.

(اقول ان اريد) من حرمة سرقة الحصة (منع الحصة مطلقا) بان لا يعطيها لا للجائر، و لا للعادل (فيتصرف) المزارع (فى الارض) المفتوحة عنوة (من دون اجرة، فله وجه) وجيه (لانها) اى الارض (ملك المسلمين فلا بد لها من اجرة تصرف فى مصالحهم) فيكون منع الحصة خيانة بالنسبة الى المسلمين اصحاب الارض.

(و ان اريد) بالتحريم (منعها) اى الحصة (من خصوص الجائر، فلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۲

دليل على حرمته لان اشتغال ذمة مستعمل الارض بالاجرة لا يوجب دفعها الى الجائر، بل يمكن القول بانه لا يجوز مع التمكن، لانه غير مستحق، فيسلم الى العادل، او نائبه الخاص، او العام.

و مع التعذر يتولى صرفه فى المصالح حسبة مع ان فى بعض الاخبار ظهورا فى جواز الامتناع.

مثل صحيحة زرارة، اشترى ضريس بن عبد الملك و اخوه ارزا

دليل على حرمته).

و الاجماع الّذى ادعاه منظور فيه صغرى و كبرى (لان اشتغال ذمة مستعمل الارض بالاجرة) لكونها للمسلمين (لا يوجب دفعها) اى الاجرة (الى الجائر، بل يمكن القول بانه) اى الدفع الى الجائر (لا يجوز) اطلاقا (مع التمكن) من الامتناع عن الجائر (لانه) اى الجائر (غير مستحق) للاجرة، بل لعلّه حرام من جهتين، جهة انه غير مستحق، وجهة انه موجب لتقوية سلطان الباطل (فيسلم) الاجرة (الى) السلطان (العادل او نائبه الخاص، او العام) و هو المجتهد الجامع للشرائط.

(و مع التعذر) عن وصوله الى العادل و النائب (يتولى) نفس المستأجر (صرفه فى المصالح) للمسلمين (حسبة) اى احتسابا و قربة الى الله تعالى.

هذا كله مقتضى القاعدة الاولية (مع ان فى بعض الاخبار ظهورا فى جواز الامتناع) عن اعطاء الحصة للجائر.

(مثل صحيحة زرارة) قال: (اشترى ضريس بن عبد الملك و اخوه ارزا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۳

من هبيرة بثلاثمائة الف درهم قال: فقلت له: و يلك او ويحك انظر الى خمس هذا المال، فابعث به إليه و احتبس الباقى، فابى علىّ وادى المال و قدم هؤلاء، فذهب امر بنى امية، قال: فقلت ذلك لابى، عبد الله عليه السلام: فقال: مبادرا للجواب هو له، فقلت له: انه قد ادّاها فعضّ على اصبعه.

فان اوضح محامل هذا الخبر ان يكون الارز من المقاسمة.

من هبيرة) و كان من عمال بنى امية (بثلاثمائة الف درهم) او دينار (قال:

فقلت له: و يلك او ويحك انظر الى خمس هذا المال، فابعث به إليه) اى الى الامام «ع» بان تعطيه ستين الف فقط (و احتبس الباقى) من الثمن، و قد كان قادرا على ذلك لاضطراب حسابات الولاة فى ذلك الوقت لاشتغالهم بالملاهى و الترف (فابى علىّ) مقالتى (وادى المال) الى هبيرة كاملا (و قدم هؤلاء) اى بنو العباس الى الحكم (فذهب امر بنى امية، قال: فقلت ذلك لابى عبد الله عليه السلام: فقال) الصادق عليه السلام قبل ان ابين له ان «ضريس» ادّى المال الى هبيرة (مبادرا للجواب) اى اسرع فى الجواب، قبل انتهاء كلامى (هو) اى المال (له) اى لضريس، فلا يعطيه لهبيرة (فقلت له: انه قد ادّاها) و اعطاها (فعضّ) الصادق عليه السلام (على اصبعه) تحسّر الذهاب المال من كف ضريس.

(فان اوضح محامل هذا الخبر ان يكون الارز من المقاسمة) فيدل الخبر على جواز منع الجائر عن المال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۴

و اما حمله على كونه مال الناصب، اعنى هبيرة او بعض بنى امية فيكون دليلا على حلّ مال الناصب بعد اخراج خمسه، كما استظهره فى الحدائق.

فقد ضعف فى محله بمنع هذا الحكم، و مخالفته لاتفاق اصحابنا- كما تحقق فى باب الخمس- و ان ورد به غير واحد من الاخبار.

(و اما حمله على كونه مال الناصب، اعنى هبيرة او بعض بنى امية) الذين كانوا نواصب (فيكون) الخبر (دليلا على حلّ مال الناصب بعد اخراج خمسه، كما استظهره فى الحدائق).

و تؤيده الاخبار الواردة بحلية مال الناصب بعد اخراج الخمس و انه لا خمس فى مال المقاسمة، كما تؤيده القرينة الحالية، و هى ان بنى امية و عمالهم كانوا من اظهر مصاديق النواصب الا من شذ منهم.

(فقد ضعف فى محله) جواب «اما» (بمنع هذا الحكم) اى وجوب تخميس مال الناصب لمن وجده، و باقيه حلال له (و مخالفته لاتفاق اصحابنا- كما تحقق فى باب الخمس-) فانهم لا يقولون بالخمس الا فى اشياء معيّنة معلومة (و ان ورد به) اى باعطاء الخمس من مال الناصب (غير واحد من الاخبار).

كقول الصادق عليه السلام فى خبر ابن البخترى-: خذ مال الناصب حيث وجدته و ادفع إلينا الخمس.

و قد حملوا هذه الاخبار على محامل، من جملتها ان مال الناصب حلال لمن اخذ، و ليس عليه شىء الا الخمس الثابت على زيادة الفوائد- و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۵

و اما الامر باخراج الخمس فى هذه الرواية فلعلّه من جهة اختلاط مال المقاسمة لغيره من وجوه الحرام، فيجب تخميسه، او من جهة احتمال اختلاطه بالحرام فيستحب تخميسه، كما تقدم فى جوائز الظلمة.

و ما روى من ان على بن يقطين قال له الامام عليه السلام: ان كنت و لا بدّ فاعلا

تفصيل الكلام فى باب الخمس-.

(و اما الامر باخراج الخمس فى هذه الرواية) مع ان المقاسمة لا خمس فيها (فلعله من جهة اختلاط مال المقاسمة لغيره من وجوه الحرام، فيجب تخميسه) من باب تخميس الحلال المختلط بالحرام (او من جهة احتمال اختلاطه بالحرام فيستحب تخميسه، كما تقدم فى جوائز الظلمة).

او المراد خمس الفائدة، اما من جهة بيان انه لا شىء عليه الا الخمس فى وقته، او من جهة ان الخمس- ابتداءً- على كل فائدة، و يجوز تأخيره الى السنة.

ثم ان الخمس هو كلام زرارة و لا يجب ان يعمل به لانه ليس نقلا عن المعصوم، و انما نحترمه حيث نظن ظنا قويا بان زرارة لا يقول الا ما سمعه من المعصوم.

و كيف كان فالخبر دليل على جواز الامتناع عن تسليم المقاسمة للظالم.

(و) مثله (ما روى من ان على بن يقطين قال له الامام عليه السلام ان كنت و لا بدّ فاعلا) للولاية من قبل العباسيين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۸۶

فاتق اموال الشيعة و انه كان يجبيها من الشيعة علانية، و يردّ عليهم سرا

قال المحقق الکرکی- فی قاطعهٔ اللجاج-: انه یمکن ان یکون المراد به ما یجعل علیهم من وجوه الظلم المحرمهٔ.
و یمکن ان یراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزکوات، لانها و ان کانت حقا علیهم لکنها لیست حقا للجائر، فلا یجوز جمعها لاجله الا عند الضرورهٔ و ما زلنا نسمع من کثیر ممن عاصرناهم لا سیما شیخنا الاعظم، الی آخر ما تقدم نقله عن مشایخه.

(فاتق اموال الشیعهٔ) فلا تأخذها (و انه کان یجبیها من الشیعهٔ علانیهٔ و یردّ علیهم سرا) فانه یدل علی جواز الامتناع عن اعطاء المقاسمهٔ للظالم اذ لو لا الجواز لم یجز ارجاعه إلیهم بدون اجازهٔ الجائر.
(قال المحقق الکرکی- فی قاطعهٔ اللجاج-: انه یمکن ان یکون المراد به) ای بالمال الّذی کان یجبیه علی بن یقطین، ثم یرده (ما یجعل علیهم من وجوه الظلم المحرمهٔ) کالضرائب الباطلهٔ.
(و یمکن ان یراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزکوات، لانها و ان کانت حقا علیهم) شرعا لانها ملک عامهٔ المسلمین (لکنها لیست حقا للجائر فلا یجوز) لابن یقطین (جمعها لاجله) ای لاجل الجائر (الا عند الضرورهٔ) و لا ضرورهٔ مع امکان ردّ ابن یقطین لهم سرا- کما کان یفعل- (و ما زلنا نسمع من کثیر ممن عاصرناهم لا سیما شیخنا الاعظم، الی آخر ما تقدم نقله عن مشایخه) انتهی کلام الکرکی.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۷
اقول: ما ذکره من الحمل علی وجوه الظلم المحرمهٔ مخالف لظاهر العام، فی قول الامام علیه السلام: فاتق اموال الشیعهٔ.
فالاحتمال الثانی اولی، لکن بالنسبهٔ الی ما عدا الزکوات لانها کسائر وجوه الظلم المحرمهٔ خصوصا بناء علی عدم الاجتزاء بها عن الزکاهٔ الواجبهٔ، لقوله علیه السلام: انما هؤلاء قوم غصبوکم اموالکم، و انما الزکاهٔ لاهلها.
و قوله علیه السلام: لا تعطوهم

(اقول: ما ذکره) أولا- (من الحمل علی وجوه الظلم المحرمهٔ مخالف لظاهر العام، فی قول الامام علیه السلام: فاتق اموال الشیعهٔ) اذ الاموال عام شامل للخراج، و المظالم، و غیرهما.
(فالاحتمال الثانی) و هو الخراج، و المقاسمهٔ، و غیرهما (اولی لکن بالنسبهٔ الی ما عدا الزکوات، لانها کسائر وجوه الظلم المحرمهٔ) صفهٔ للوجوه (خصوصا بناء علی عدم الاجتزاء بها عن الزکاهٔ الواجبهٔ) اذا دفعها للجائر (لقوله علیه السلام: انما هؤلاء) الخلفاء (قوم غصبوکم اموالکم، و انما الزکاهٔ لاهلها).
فان الخراج و المقاسمهٔ لمطلق مصالح المسلمین، فاخذ الجائر لها لا یکون غصبا لمال الفقراء من الشیعهٔ، بخلاف الزکاهٔ فانها خاصهٔ لفقراء الشیعهٔ فیکون اخذ الوالی لها، غصبا لها، فتکون الزکاهٔ من قبیل سائر وجوه الظلم، لا من قبیل الخراج و المقاسمهٔ.
(و قوله علیه السلام: لا تعطوهم) من الزکاهٔ- اذا طلبها العمال-
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۸
شیئا ما استطعتم، فان المال لا ینبغی ان یزکی مرّتین.
و فیما ذکر المحقق من الوجه الثانی دلالهٔ علی ان مذهبه لیس وجوب دفع الخراج و المقاسمهٔ الی خصوص الجائر، و جواز منعه عنه و ان نقل بعد

(شیئا ما استطعتم، فان المال لا ینبغی ان یزکی مرّتین).
اذ الاعطاء للعمال لا یکفی، فاللازم ان یزکی مرهٔ ثانیهٔ.

و لذا ورد فی الاحادیث ان المخالف اذا استبصر یعید الزکاة، لانه وضعها فی غیر موضعها.

و الحاصل: ان المحقق الثانی کان اللازم ان یدخل الزکاة فی الاحتمال الاول، ای ما یجعل علیهم من وجوه الظلم، لا فی الاحتمال الثانی، لان اخذ الزکاة ظلم، کما ان اخذ ضریبة اضافیة ظلم، فادخاله الزکاة فی الاحتمال الثانی منظور فیه.

(و فیما ذکر المحقق) الثانی (من الوجه الثانی) بقوله «و یمکن ان یراد به» (دلالة علی ان مذهبه لیس وجوب دفع الخراج و المقاسمة الی خصوص الجائر، و جواز منعه عنه) و «جواز» عطف علی «لیس».

و انما دلّ کلام المحقق الثانی علی ذلک، لانه لو کان مذهبه وجوب الدفع الی الجائر، لم یکن یحتمل انطباق «اتق اموال الشیعة» علی الخراج، فان معنی الاتقاء ان لا یأخذ، و معنی وجوب الدفع الی الجائر ان یأخذ.

فاحتمال شمول الاتقاء للخراج ینافی وجوب الدفع الی الجائر (و ان نقل بعد) ای بعد الاحتمال الثانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۸۹

عن مشایخه فی کلامه المتقدم ما یظهر منه خلاف ذلک.

لکن یمکن، بل لا یبعد ان یکون مراد مشایخه: المنع عن سرقة الخراج او جحوده رأسا، حتی عن نائب العادل، لا منعه عن خصوص الجائر، مع دفعه الی نائب العادل، او صرفه حسبة فی وجوه بیت المال.

کما یشهد لذلک تعلیل المنع بکونه حقا واجبا علیه فان وجوبه علیه انما یقتضی حرمة منعه رأسا، لا عن خصوص الجائر، لانه لیس حقا واجبا له.

(عن مشایخه فی کلامه المتقدم ما یظهر منه خلاف ذلک) و انه یجب علی الانسان دفع خراجه الی الجائر، فانه ینافی احتمال منع الجائر- المستفاد من اتق اموال الشیعة-.

(لکن یمکن، بل لا یبعد ان یکون مراد مشایخه: المنع عن سرقة الخراج او جحوده رأسا) بان لا یدفعه اطلاقا (حتی عن نائب العادل، لا) ان مرادهم حرمة (منعه عن خصوص الجائر، مع دفعه الی نائب العادل، او صرفه حسبة) و قربة الی الله- فیما اذا لم یکن نائب العادل- (فی وجوه بیت المال) التی هی عبارة عن مصالح المسلمین.

(کما یشهد لذلک) ای لان مراد مشایخه حرمة منعه رأسا، لا ان مرادهم حرمة منعه عن الجائر و ان دفعه الی العادل (تعلیل المنع) ای تعلیل حرمة الجحود و السرقة (بکونه حقا واجبا علیه) ای علی من بذمته الخراج.

وجه الشهادة هو ما ذکره بقوله: (فان وجوبه) ای الخراج (علیه) ای علی من بذمته (انما یقتضی حرمة منعه رأسا، لا) حرمة منعه (عن خصوص الجائر، لانه لیس حقا واجبا له) ای لخصوص الجائر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۰

و لعل ما ذکرنا هو مراد المحقق حیث نقل هذا المذهب عن مشایخه ره، بعد ما ذکره من التوجیه المتقدم بلا فصل من دون اشعار بمخالفته لذلک الوجه.

و مما یؤید ذلک ان المحقق المذکور بعد ما ذکران هذا، یعنی حلّ ما یأخذه الجائر من الخراج و المقاسمة مما وردت به النصوص و اجمع علیه الاصحاب بل المسلمون قاطبة، قال: فان قلت:

(و لعل ما ذکرنا) من ان المراد منعه رأسا، لا عن خصوص الجائر (هو مراد المحقق) الثانی (حیث نقل هذا المذهب) ای مذهب حرمة جحود الخراج (عن مشایخه ره، بعد ما ذکره من التوجیه المتقدم) ای توجیه قوله علیه السلام «اتق اموال الشیعة» بانّها «و ان کانت حقا علیهم الخ» (بلا فصل) بین التوجیه و بین کلام المشایخ (من دون اشعار) فی کلام المحقق (بمخالفته) ای مخالفة نقله عن المشایخ

(لـذلک الوجه) الّذی ذکره بقوله «و ان کانت حقا علیهم» فانه لو قلنا ان مراد المشایخ المنع رأسا کان التوافق بین التوجیه و بین کلام المشایخ، و الا کان التنافی

و حیث لم یشعر المحقق الثانی بالتنافی، کان اللازم ان نقول بالتوافق، و ان مراد المشایخ أیضا المنع مطلقا لا خصوص المنع عن الجائر (و مما یؤید ذلک) و ان مراد المحقق الثانی حرمة المنع رأسا المنع عن خصوص الجائر مع اعطائه للعادل (ان المحقق المذکور بعد ما ذکر ان هذا- یعنی حلّ ما یأخذه الجائر من الخراج و المقاسمة- مما وردت به النصوص، و اجمع علیه الاصحاب بل المسلمون قاطبة، قال: فان قلت:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۱

فهل یجوز ان یتولی من له النیابة حال الغیبة ذلک اعنی الفقیه الجامع للشرائط؟ قلنا: لا نعرف للاصحاب فی ذلک تصریحا.

لکن من جوّز للفقهاء حال الغیبة تولی استیفاء الحدود، و غیر ذلک من توابع منصب الامامة ینبغی له تجویز ذلک بطریق اولی، لا سیّما و المستحقون لذلک موجودون فی کل عصر، و من تأمل فی احوال کبراء علمائنا الماضین مثل علم الهدی، و علم المحققین نصیر الملة و الدین، و بحر العلوم جمال الملة و الدین العلامة رحمه الله و غیرهم نظر متأمل منصف لم یشک فی انهم کانوا یسلکون هذا المسلک

فهل یجوز ان یتولی من له النیابة حال الغیبة) للامام علیه السلام (ذلک) الاخذ للخراج (اعنی) بمن له النیابة (الفقیه الجامع للشرائط؟ قلنا: لا نعرف للاصحاب فی ذلک تصریحا) و انه یجوز، او لا یجوز.

(لکن من جوّز للفقهاء حال الغیبة تولی استیفاء الحدود، و غیر ذلک من توابع منصب الامامة) کالجهاد، و نحوه (ینبغی له تجویز ذلک) التولی لجمع الخراج، و نحوه (بطریق اولی) لان الدماء اصعب من الاموال (لا سیّما و المستحقون لذلک) الخراج، و نحوه (موجودون فی کل عصر، و من تأمل فی احوال کبراء علمائنا الماضین مثل علم الهدی) السید المرتضی (و علم المحققین نصیر الملة و الدین) الطوسی (و بحر العلوم جمال الملة و الدین العلامة) الحلی (رحمه الله و غیرهم نظر متأمل منصف لم یشک فی انهم کانوا یسلکون هذا المسلک) من تجویز تولی الفقیه لجمع الخراج و المقاسمة و غیرهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۲

و ما کانوا یودعون فی کتبهم الا ما یعتقدون صحته، انتهی.

و حمل ما ذکره من تولی الفقیه علی صورة عدم تسلط الجائر خلاف الظاهر.

و اما قوله: و من تأمل الخ، فهو استشهاد علی اصل المطلب و هو حل ما یؤخذ من السلطان من الخراج علی وجه الاتهاب، و من الاراضی علی وجه الانقطاع و لا دخل له بقوله: فان قلت، و قلته اصلا.

فان علمائنا المذکورین و غیرهم لم یعرف منهم الاستقلال علی

او المراد بهذا المسلک ما سیأتی من المصنف رحمه الله (و) لم یشک فی انهم (ما کانوا یودعون فی کتبهم الا ما یعتقدون صحته انتهی).

(و) هذا الکلام دال علی احتماله، بل ترجیحه اعطاء العادل و المنع عن الجائر، و (حمل ما ذکره) المحقق (من تولی الفقیه علی صورة عدم تسلط الجائر خلاف الظاهر) بل الظاهر منه، اما الاطلاق و اما خصوص صورة تسلط الجائر، کما لا یخفی.

(و اما قوله: و من تأمل الخ، فهو استشهاد علی اصل المطلب و هو حلّ ما یؤخذ من السلطان من الخراج علی وجه الاتهاب) ای هبة سلطان الجور للانسان (و من الاراضی علی وجه الانقطاع) بان یقطع الجائر قطعة من الارض لاحد الاشخاص، فلا یأخذ منه الخراج-

مثلا- (و لا دخل له بقوله: فان قلت، و قلته اصلا) و انما نقول انه مربوط باصل المطلب

(فان علمائنا المذکورین و غیرهم لم یعرف منهم الاستقلال علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۳

اراضی الخراج بغیر اذن السلطان.

و ممن یتراءی منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر شیخنا الشهید رحمه الله فی الدروس، حیث قال رحمه الله: یجوز شراء ما یأخذه الجائر باسم الخراج و الزکاة و المقاسمة، و ان لم یکن مستحقا له

ثم قال: و لا یجب رد المقاسمة و شبهها علی

اراضی الخراج بغیر اذن السلطان).

اقول: لا یبعد ان یکون کلام المحقق مربوطا بقول السلطان العادل و لذا مثل بهؤلاء الثلاثة من العلماء دون غیرهم، و الا فالمشهور بین الفقهاء: الحل، و لا وجه لتخصیص الحل بهؤلاء الثلاثة.

و مما یؤید ذلک ان السید المرتضی کان یتولی نقابة الطالبین، و نصیر الدین کان یتولی الوزارة فی عهد هلاکو، و العلامة الحلّی و بعض الفقهاء الآخرین تصالحوا مع المغولیین فی ان لا یمسّوا الحلة بسوء فی قضایا مفصلة مذکورة فی الکتب، فکان تصرفاتهم تصرفا من نائب الامام لا من عامل السلطان، کما لا یخفی.

(و ممن یتراءی منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر) و ان بذله المانع الی العادل (شیخنا الشهید رحمه الله) الاول (فی الدروس، حیث قال رحمه الله: یجوز شراء ما یأخذه الجائر باسم الخراج و الزکاة و المقاسمة، و ان لم یکن) الجائر (مستحقا له) لان هذه الاشیاء للمسلمین و المتولی علیها الامام او نائبه الخاص او العام.

(ثم قال: و لا یجب رد المقاسمة و شبهها) کالزکاة و الخراج (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۴

المالک و لا یعتبر رضاه، و لا یمنع تظلمه من الشراء.

و کذا لو علم ان العامل یظلم الا ان یعلم الظلم بعینه.

نعم یکره معاملة الظلمة، و لا یحرم لقول الصادق علیه السلام: کل شیء فیه حلال و حرام، فهو حلال حتی تعرف الحرام بعینه.

و لا فرق بین قبض الجائر ایاها

المالک) فیما اذا اخذ الجائر من زید مثلا: الزکاة، فاشتریت تلک الزکاة من الجائر، لا یجب علیّ ردّها علی زید (و لا یعتبر رضاه) ای رضا زید- کما فی المثال- فی اخذ الجائر منه، فانه سواء رضی، أم لا، صح اشترائی من الجائر (و لا یمنع تظلمه) ای تظلم زید- فی المثال- عن زید الجائر (من الشراء) بل یجوز لی الشراء، و ان تظلم و تشکی زید عن الجائر.

فقوله «من» متعلق ب «یمنع».

(و کذا لو علم) المشتری من الظالم (ان العامل یظلم) فیأخذ الفا مکان خمسمائة مثلا (الا ان یعلم) المشتری (الظلم بعینه).

کما لو علم ان هذه الشاة بعینها مغصوبة، فانه لا یجوز للانسان شرائها، و اذا اشتراها وجب ردها الی مالکها.

(نعم یکره معاملة الظلمة، و لا یحرم).

و انما قلنا: بعدم الحرمة (لقول الصادق علیه السلام: کل شیء فیه حلال و حرام، فهو حلال حتی تعرف الحرام بعینه).

و المفروض ان المشتری من الجائر لا یعرف ان ما اشتراه حرام بعینه (و لا فرق) فی جواز الشراء فی الجائر (بین قبض الجائر ایاها) ای

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۹۵

او وكيله، و بين عدم القبض.

فلو احاله لها و قبل الثلاثة او وكله فى قبضها، او باعها و هى فى يد البائع، او فى ذمته جاز التناول و يحرم على المالك المنع.

و كما يجوز الشراء يجوز سائر المعاوضات و الوقف و الهبة و الصدقة و لا يحل تناولها بغير ذلك، انتهى.

لكن الظاهر من قوله: و يحرم على المالك المنع، انه عطف على قوله: جاز

للمقاسمة، و نحوها (او وكيله، و بين عدم القبض).

(فلو احاله) اى احال الجائر- مثلا: زيدا على عمرو (بها) اى بالمقاسمة (و قبل الثلاثة) المحيل و المحال، و المحال عليه.

او المراد الزكاة و الخراج و المقاسمة- فتأمل- (او وكله فى قبضها) كان و كل الجائر زيدا فى قبض المقاسمة (او باعها و هى فى يد البائع) بان باع المقاسمة من المزارع نفسه (او فى ذمته) لا فى يده (جاز التناول) لذلك الشيء الّذى تصرف فيه الجائر (و يحرم على المالك المنع) و عدم الجرى على مقتضى تصرف الجائر.

(و كما يجوز الشراء) من الجائر (يجوز سائر المعاوضات) كالاجارة و الصلح و الرهن (و الوقف و الهبة و الصدقة) من الجائر (و لا يحل تناولها) اى المقاسمة، و نحوها (بغير ذلك) النحو من التصرف الّذى تصرف فيها الجائر (انتهى) كلام الشهيد.

(لكن الظاهر من قوله: و يحرم على المالك المنع انه عطف على قوله: جاز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۹۶

التناول فيكون من احكام الاحالة بها و التوكيل و البيع، فالمراد منع المالك المحال و المشترى عنهما.

و هذا لا اشكال فيه، لان اللازم من فرض صحة الاحالة و الشراء تملك المحال و المشترى.

فلا يجوز منعهما عن ملكهما.

و اما قوله ره: و لا يحل تناولها بغير ذلك، فلعل المراد به ما تقدم فى

التناول) لا انه جملة مستأنفة لاصل حكم الخراج و المقاسمة و الزكاة (فيكون من احكام الاحالة بها) اى بالثلاثة (و التوكيل و البيع، فالمراد) بجملة «يحرم» (منع المالك، المحال و المشترى عنهما) اى عما احيل عليه، و اشترى من الجائر.

(و هذا لا اشكال فيه) و انه يحرم المنع (لان اللازم من فرض صحة الاحالة و الشراء تملك المحال و المشترى) لمال المقاسمة الّذى بيد الزارع- مثلا-.

(فلا يجوز) للزارع (منعهما عن ملكهما) الّذى انتقل إليهما بسبب بيع السلطان و حوالته.

و هذا بخلاف ما لو جعلنا الجملة مستأنفة، لان معناها حينئذ تحريم منع المالك الخراج و المقاسمة و الزكاة عن السلطان الجائر مطلقا و ان اداها الى العادل.

(و اما قوله ره: و لا يحل تناولها بغير ذلك) الاذن من السلطان الجائر (فلعل المراد به ما تقدم فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۲۹۷

كلام مشايخ المحقق الكركى من إرادة تناولها بغير اذن احد، حتى الفقيه النائب عن السلطان العارف.

و قد عرفت ان هذا مسلم، فتوى، و نصا، و ان الخراج لا يسقط من مستعملى اراضى المسلمين.

ثم ان ما ذكره من جواز الوقف، لا يناسب ذكره فى جملة التصرفات فيما يأخذه الجائر.

و ان اراد وقف الارض المأخوذة منه اذا نقلها السلطان إليه لبعض مصالح المسلمين فلا يخلو عن اشكال

کلام مشایخ المحقق الکرکی من إرادهٔ) حرمهٔ (تناولها بغیر اذن احد حتی الفقیه النائب عن السلطان العارف).

(و قد عرفت ان هذا) بان یمنع المالک الخراج عن کل احد حتی الفقیه (مسلم، فتوی، و نصا، و) عرفت (ان الخراج لا یسقط من مستعملی اراضی المسلمین).

(ثم ان ما ذکره) الشهید رحمه الله (من جواز الوقف، لا یناسب ذکره فی جملهٔ التصرفات فیما یأخذه الجائر) و الظاهر انه لا بأس به لجواز وقف الشاهٔ المأخوذهٔ زکاهٔ و هکذا.

(و ان اراد وقف الارض المأخوذهٔ منه) ای من الجائر (اذا نقلها السلطان إلیه لبعض مصالح المسلمین) بان رأی السلطان مصلحهٔ فی ان یعطی الارض لبعض الناس، لان فی هذا الاعطاء صلاح حال المسلمین (فلا یخلو عن اشکال) و انه هل یحق للسلطان مثل هذا التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۸

و اما ما تقدم من المسالک من نقل الاتفاق علی عدم جواز المنع و الجحود.

فالظاهر منه أیضا ما ذکرنا من جحود الخراج، و منعه رأسا، لا عن خصوص الجائر، مع تسلیمه الی الفقیه النائب عن العادل، فانه ره بعد ما نقلنا عنه من حکایهٔ الاتفاق، قال بلا فصل: و هل یتوقف التصرف فی هذا القسم منها علی اذن الحاکم الشرعی اذا کان متمکنا فی صرفها فی وجهها بناء علی کونه نائبا عن المستحق، و مفوضا إلیه ما هو اعظم من ذلک، الظاهر ذلک.

أم لا؟

(و اما ما تقدم من المسالک من نقل الاتفاق علی عدم جواز المنع) عن الجائر (و الجحود) و الانکار للخراج مما ظاهره عدم الجواز مطلقا و ان کان یؤدیها الی الفقیه.

(فالظاهر منه أیضا) کالظاهر من الشهید الاول (ما ذکرنا من جحود الخراج، و منعه رأسا) بان لا یدفعه اصلا لا الی الجائر، و لا الی العادل (لا) ان المراد منعه (عن خصوص الجائر، مع تسلیمه الی الفقیه النائب عن) السلطان (العادل، فانه) ای الشهید الثانی (ره بعد ما نقلنا عنه من حکایهٔ الاتفاق، قال بلا فصل) ما لفظه: (و هل یتوقف التصرف فی هذا القسم منها علی اذن الحاکم الشرعی اذا کان متمکنا فی صرفها فی وجهها) بان لم یخف الجائر (بناء علی کونه) ای الحاکم الشرعی (نائبا عن المستحق و مفوضا إلیه ما هو اعظم من ذلک) ای من امر الخراج، کامور الدفاع و الحدود بل و الجهاد ابتداءً- علی قول- (الظاهر ذلک) ای توقف التصرف علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۲۹۹

و حینئذ فیجب علیه صرف حاصلها فی مصالح المسلمین.

و مع عدم التمکن امرها الی الجائر.

و اما جواز التصرف فیها کیف اتفق لکل واحد من المسلمین، فبعید جدا، بل لم اقف علی قائل به لان المسلمین بین قائل بأولویهٔ الجائر، و توقف التصرف علی اذنه، و بین مفوض الامر الی الامام (ع) فمع غیبته یرجع الامر الی نائبه فالتصرف بدونهما لا دلیل علیه انتهی.

اذن الحاکم.

(و حینئذ فیجب علیه صرف حاصلها) ای حاصل الارض من خراج و مقاسمهٔ (فی مصالح المسلمین) من اعطاء الفقراء، و ابناء السبیل و تعمیر القناطر و تجهیز الجیش، و ما اشبه.

(و مع عدم التمکن) من صرفها علی وجهها (امرها) راجع (الی الجائر).

(و اما جواز التصرف فیها کیف اتفق لکل واحد من المسلمین، فبعید جدا، بل لم اقف علی قائل به) لعدم مساعدة الدلیل علی ذلک. فان الدلیل الاولی دال علی انه یعطی للامام.

و الدلیل الثانوی علی انه یعطی للجائر (لان المسلمین بین قائل بأولویة الجائر، و توقف التصرف علی اذنه) و هم العامة الذین یرون الجائرین خلفاء و ولاة الامر (و بین مفوض الامر الی الامام (ع) فمع غیبته یرجع الامر الی نائبه) و هم الشیعة (فالتصرف بدونهما لا دلیل علیه انتهی).

و لا یجوز لکل احد ان یقوم بالتصرف استقلالا.

و الظاهر: ان مراده لیس عدم جواز تصرف عدول المؤمنین فی صورة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۰

و لیس مراده رحمه الله من التوقف: التوقف علی اذن الحاکم بعد الاخذ من الجائر، و لا- خصوص صورة عدم استیلاء الجائر علی الارض، کما لا یخفی.

و کیف کان فقد تحقق مما ذکرناه ان غایة ما دلت علیه النصوص و الفتاوی کفایة اذن الجائر فی حلّ الخراج.

و کون تصرفه بالاعطاء، و المعاوضة، و الاسقاط، و غیر ذلک نافذا.

عدم وجود النائب، لان ذلک من توابع القول باحقیة الامام، بالإضافة الی ان الاعطاء للجائر اضطراری، فاذا امکن المنع عنه وجب لعدم حقه أولا، و لانه تقویة للظالمین ثانیا.

(و لیس مراده رحمه الله من التوقف) علی اذن الحاکم الشرعی (التوقف علی اذن الحاکم بعد الاخذ من الجائر، و لا خصوص صورة عدم استیلاء الجائر علی الارض، کما لا یخفی) حتی یدل علی الاحتیاج الی اذن الجائر مطلقا، بل مراده التوقف عند من یری احقیة الامام و هم الشیعة.

(و کیف کان) و سواء دلت عبارة الشهید علی المراد أو لا (فقد تحقق مما ذکرناه ان غایة ما دلت علیه النصوص و الفتاوی: کفایة اذن الجائر فی حل الخراج) لمن اذن له الجائر، سواء کان بالاعطاء، او المعاملة، او ما اشبه.

(و کون تصرفه) ای الجائر (بالاعطاء، و المعاوضة، و الاسقاط، و غیر ذلک) کالارث (نافذا) و لا یعارض ذلک بمقالة الامام امیر المؤمنین علیه السلام فی قطائع عثمان: و الله لو رایته قد تزوج به الاماء، الی آخره، لانه لا اشکال فی ولایة الامام فی الابقاء، و الانتزاع کولایته فی الاجازة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۱

اما انحصاره بذلک فلم یدل علیه دلیل، و لا أمارة، بل لو نوقش فی کفایة تصرفه فی الحلیة و عدم توقفها علی اذن الحاکم الشرعی مع التمکن، بناء علی ان الاخبار الظاهرة فی الکفایة منصرفة الی الغالب من عدم تیسر استیذان الامام علیه السلام، او نائبه امکن ذلک، الا ان المناقشة فی غیر محلها، لان المستفاد من الاخبار الاذن العام من الائمة بحیث لا یحتاج بعد ذلک الی اذن خاص- فی الموارد الخاصة- منهم علیهم السلام، و لا من نوابهم.

و المنع، أو لا (اما انحصاره) ای انحصار الحلّ (بذلک) الاذن من الجائر (فلم یدل علیه دلیل، و لا أمارة) ای قرینة تساعد علی ذلک (بل لو نوقش فی کفایة تصرفه) ای الجائر (فی الحلیة) للخراج (و عدم توقفها) ای الحلیة (علی اذن الحاکم الشرعی مع التمکن) من استیذان الحاکم (بناء علی ان الاخبار الظاهرة فی الکفایة) لاذن الجائر (منصرفة الی الغالب من عدم تیسر استیذان الامام علیه السلام،

او نائبه) الخاص، او العام.

اما مع تیسر ذلک لا یحلّ التصرف بدون استیذان الحاکم الشرعی (امکن ذلک) النقاش (الا ان المناقشة فی غیر محلّها، لان المستفاد من الاخبار الاذن العام من الائمة) فی جواز التصرف فی ما یعطیه الجائر خراجا کان او غیره- الا اذا کان مالا معلوم المالک، علی التفصیل المتقدم- (بحیث لا یحتاج بعد ذلک) الاذن العام (الی اذن خاص- فی الموارد الخاصة- منهم علیهم السلام، و لا من نوابهم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۲

هذا کله مع استیلاء الجائر علی تلک الارض، و التمکن من استیذانه.

و اما مع عدم استیلائه علی ارض خراجیة لقصور یده عنها لعدم انقیاد اهلها له ابتداءً، او طغیانهم علیه بعد السلطنة علیهم.

فالاقوی- خصوصا مع عدم الاستیلاء ابتداءً- عدم جواز استیذانه، و عدم مضی اذنه فیها، کما صرح به بعض الاساطین حیث قال- بعد بیان ان الحکم مع حضور الامام- مراجعته و مراجعة الجائر مع التمکن:

(هذا کله) الّذی ذکرنا من کفایة تصرف الجائر و استیذانه فی الحلیة (مع استیلاء الجائر علی تلک الارض) الخراجیة (و التمکن من استیذانه).

الظاهر: ان المراد التمکن الفعلی بمعنی ان الاستیلاء یحقق موضوع الاستیذان، اذ بدون التمکن لا یقول احد بصحة التصرفات کما عرفت.

(و اما مع عدم استیلائه علی ارض خراجیة لقصور یده عنها) کالامویین الذین کانوا فی الاندلس بالنسبة الی اراضی العراق (لعدم انقیاد اهلها له ابتداءً، او طغیانهم علیه بعد السلطنة) للجائر (علیهم) کالعراق بعد خلعها للامویین.

(فالاقوی- خصوصا مع عدم الاستیلاء ابتداءً- عدم جواز) ای عدم نفوذ (استیذانه، و عدم مضی اذنه فیها) ای فی ارض الخراج (کما صرح به بعض الاساطین) کما ان الظاهر عدم نفوذ اذن جائر فی غیر القطر بالنسبة الی القطر الآخر، کعدم نفوذ اذن بنی العباس فی مصر الفاطمیة مثلا- (حیث قال- بعد بیان ان الحکم مع حضور الامام- مراجعته و مراجعة الجائر) أیضا (مع التمکن) جمعا بین الدلیلین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۳

و اما مع فقد سلطان الجور او ضعفه عن التسلط، او عدم التمکن من مراجعته، فالواجب الرجوع الی الحاکم الشرعی، اذ ولایة الجائر انما ثبت علی من دخل فی قسم رعیته، حتی یکون فی سلطانه، و یکون مشمولا لحفظه من الاعداء و حمایته، فمن بعد عن سلطانهم، او کان علی الحد فیما بینهم او قوی علیهم فخرج عن مأموریتهم فلا یجری علیه حکمهم اقتصارا علی المقطوع به من الاخبار، و کلام الاصحاب فی قطع الحکم بالاصول و القواعد.

(و اما مع فقد سلطان الجور او ضعفه عن التسلط، او عدم التمکن من مراجعته) بالنسبة الی ما فی ید الانسان من الخراج و شبهه (فالواجب الرجوع الی الحاکم الشرعی) فقط (اذ ولایة الجائر انما ثبت علی من دخل فی قسم رعیته، حتی یکون فی سلطانه، و یکون) الانسان الداخل فی سلطة الجائر (مشمولا لحفظه) ای حفظ الجائر له (من الاعداء و حمایته، فمن بعد عن سلطانهم) لکونه فی قطر آخر (او کان علی الحد فیما بینهم) بحیث لا یشمله سلطان هذا و لا ذاک (او قوی علیهم فخرج عن مأموریتهم) ای کونه مأمورا تحت ایدیهم (فلا یجری علیه) الضمیر عائد الی «من» فانه یجوز فی ضمیر: من، و ما، مراعات اللفظ و المعنی (حکمهم) ای حکم الجائرین فی لزوم مراجعتهم فی امر الخراج (اقتصارا علی المقطوع به من الاخبار، و کلام الاصحاب فی قطع الحکم بالاصول و القواعد) ای ان المقطوع به من مخالفة الاصول و القواعد- التی تقتضی عدم سلطة الجائر- هو صورة کون الانسان تحت سلطة الجائر.

اما صورة عدم سلطة الجائر فباقية على الاصل، من عدم استيذان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۴

و تخصيص ما دل على المنع عن الركون إليهم و الانقياد لهم.

[الثالث: أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب: حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الأراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجية]

«الثالث:» ان ظاهر الاخبار و اطلاق الاصحاب: حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الاراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجية و ان كانت عندنا من الانفال و هو الّذى يقتضيه نفى الحرج.

الجائر فى امر الخراج.

(و تخصيص ما دل على المنع عن الركون إليهم) بقوله سبحانه «وَ لا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» (و الانقياد لهم) قوله «و تخصيص» عطف على «الاخبار».

فان القدر المتيقن من التخصيص صورة سلطتهم، اما غير صورة سلطتهم، فالمرجع عموم: لا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا.

«الثالث» من التنبيهات (ان ظاهر الاخبار) المطلقة للجواز (و اطلاق الاصحاب: حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الاراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجية) اى يعامل معها معاملة اراضى الخراج.

اما الاعتقاد بذلك، فغير لازم، لوضوح ان كثيرا من الجائرين يعتقدون العقائد الصحيحة، و لكن جحدوا بها بعد ما استيقنتها انفسهم (و ان كانت عندنا من الانفال) التى هى راجعة للامام، لا للمسلمين (و) الاطلاق فى الحلية (هو الّذى يقتضيه نفى الحرج) اذ الانفال أيضا مما كانت تحت يد الخلفاء و كان الناس مبتلين بها، فاذا اراد و الاجتناب وقعوا فى حرج شديد.

اللهم الا ان يقال: ان الحرج شخصى، و ليس بنوعى بحيث ترفعه الشريعة، فاللازم ملاحظته بالنسبة الى كل انسان انسان، بالإضافة الى ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۰۵

نعم مقتضى بعض ادلتهم، و بعض كلماتهم، هو الاختصاص.

فان العلامة قد استدل فى كتبه على حل الخراج و المقاسمة، بان هذا ما لم يملكه الزارع، و لا صاحب الارض، بل هو حق الله اخذه غير مستحقه فبرئت ذمته، و جاز شرائه.

و هذا الدليل و ان كان فيه ما لا يخفى من الخلل الا انه كاشف عن اختصاص محل الكلام بما كان من الاراضى التى لها حق على الزارع

الحرج انما يرفع الحكم التكليفى لا الوضعى.

(نعم مقتضى بعض ادلتهم، و بعض كلماتهم، هو الاختصاص) بما ليست من الانفال.

(فان العلامة قد استدل فى كتبه على حل الخراج و المقاسمة، بان هذا) المال الّذى يعطيه الجائر بما جمعه من الخراج (ما لم يملكه الزارع و لا صاحب الارض) و هو الّذى تقبل الخراج من السلطان، و اخذ الارض ليزرعها، و الزارع مباشر للزراعة (بل هو حق الله اخذه غير مستحقه) الّذى هو الجائر (فبرئت ذمته) اى ذمة المعطى، لانه اعطاه حسب ما امره الشرع فان الشارع امره باعطائه الجائر (و جاز شرائه) من الجائر الّذى هو غير مستحق، لكنه اجاز الشارع اعطائه اياه.

(و هذا الدليل و ان كان فيه ما لا يخفى من الخلل) اذ اخذ غير المستحق لا يكفى فى صحة الشراء، بل يحتاج الى مقدمة اخرى، و هى

ما ذکرناها بقولنا «لانه اعطاه حسب ما امره الشارع» (الا انه کاشف عن اختصاص محل الکلام بما کان من الاراضی التی لها حق علی الزارع) بان تکون من المفتوحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۶

و لیس الانفال کذلک لکونها مباحة للشیعة.

نعم: لو قلنا بان غیرهم یجب علیه اجرة الارض، کما لا یبعد، امکن تحلیل ما یأخذه الجائر منهم بالدلیل المذکور لو تم.

و مما یظهر منه الاختصاص ما تقدم من الشهید، و مشایخ المحقق الثانی من حرمة جحود الخراج و المقاسمة، معللین ذلک بان ذلک حق علیه فان الانفال لا حق و لا اجرة فی التصرف فیها.

عنوة (و لیس الانفال کذلک) فانها لیست فیها حق علی الزارع (لکونها مباحة للشیعة) لما ورد من الادلة انها للامام، و قد اباحها علیه السلام للشیعة.

(نعم: لو قلنا بان غیرهم) ای غیر الشیعة من الذین یتصرفون فی الانفال (یجب علیه اجرة الارض، کما لا یبعد) هذا القول (امکن تحلیل ما یأخذه الجائر منهم) ای من غیر الشیعة (بالدلیل المذکور) فی کلام العلامة (لو تم) الدلیل، و لم یرد علیه ما اشرنا إلیه بقولنا «فیه ما لا یخفی من الخلل».

(و مما یظهر منه الاختصاص) للحلیة بما لیست بانفال (ما تقدم من الشهید، و مشایخ المحقق الثانی من حرمة جحود الخراج و المقاسمة، معللین ذلک) ای تحریم الجحود و الانکار (بان ذلک) المال الّذی یدفعه الی السلطان (حق علیه).

و انما یظهر من هذا الکلام الاختصاص (فان الانفال لا حق) فیها علی المتصرف (و لا اجرة فی التصرف فیها) لإباحة الائمة علیهم السلام للشیعة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۷

و کذا ما تقدم من التنقیح حیث ذکر بعد دعوی الاجماع علی الحکم ان تصرف الجائر فی الخراج و المقاسمة من قبیل تصرف الفضولی اذا اجاز المالک.

و الانصاف: ان کلمات الاصحاب بعد التأمل فی اطرافها ظاهرة فی الاختصاص باراضی المسلمین، خلافا لما استظهره المحقق الکرکی قدس سره، من کلمات الاصحاب و اطلاق الاخبار مع ان الاخبار اکثرها لا عموم فیها و لا اطلاق.

نعم: بعض الاخبار الواردة فی المعاملة علی الاراضی الخراجیة-

(و کذا ما تقدم من التنقیح) فانه یستفاد منه الاختصاص (حیث ذکر بعد دعوی الاجماع علی الحکم) ای إباحة التقبل من الجائر عطیة او شراء او ما اشبه (ان تصرف الجائر فی الخراج و المقاسمة من قبیل تصرف الفضولی اذا اجاز المالک) فان ذکره للخراج و المقاسمة فقط دلیل علی عدم ارادته الانفال.

(و الانصاف: ان کلمات الاصحاب بعد التأمل فی اطرافها) دلیلا و مدلولا، و نقضا وردا (ظاهرة فی الاختصاص) لحکم الحلیة (باراضی المسلمین) المفتوحة عنوة (خلافا لما استظهره المحقق الکرکی قدس سره، من کلمات الاصحاب و اطلاق الاخبار) حیث عمم الحکم للانفال (مع ان الاخبار اکثرها لا عموم فیها و لا اطلاق) بحیث یشمل الانفال أیضا.

(نعم: بعض الاخبار الواردة فی المعاملة علی الاراضی الخراجیة-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۸

التی جمعها صاحب الکفایة- شاملة لمطلق الارض المضروب علیها الخراج من السلطان.

نعم لو فرض انه ضرب الخراج علی ملک غیر الامام، او علی ملک الامام لا بالامامهٔ، او علی الاراضی التی اسلم اهلها علیها طوعا لم یدخل فی منصرف الاخبار قطعا.

التی جمعها صاحب الکفایهٔ-) السبزواری قدس سره (شاملهٔ لمطلق الارض المضروب علیها الخراج من السلطان).

و من المعلوم ان الجائر یضرب الخراج علی الانفال کضربه علی المفتوحهٔ عنوهٔ.

کصحیحهٔ محمد بن مسلم، و ابی بصیر، عن ابی جعفر علیه السلام، انهما قالا له هذه الارض التی یزرع اهلها ما تری فیها؟ فقال علیه السلام:

کل ارض دفعها الیک السلطان فما حرثته فیها فعلیک مما اخرج الله منها الّذی قاطعک علیه، و لیس علی جمیع ما اخرج الله منها العشر، انما علیک العشر فیما یحصل فی یدک بعد مقاسمته لک، و مثل هذه الروایهٔ غیرها.

(نعم لو فرض انه ضرب الخراج علی ملک غیر الامام) کالاملاک التی غصبها من اصحابها الشرعیین (او علی ملک الامام لا بالامامهٔ) کالارض التی اشتراها الامام او ورثها من مورثه (او علی الاراضی التی اسلم اهلها علیها طوعا) کما کانت عادهٔ بنی امیهٔ حتی زمن عمر بن عبد العزیز فابطله، و لما مات رجع الامر الی ما کان (لم یدخل فی منصرف الاخبار قطعا) فلا یحل الا برضی اصحابها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۰۹

و لو اخذ الخراج من الارض المجهولهٔ المالک معتقدا لاستحقاقه ایاها، ففیه وجهان.

[الرابع ظاهر الاخبار و منصرف کلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعی للرئاسهٔ العامهٔ و عماله]

«الرابع» ظاهر الاخبار.

و منصرف کلمات الاصحاب الاختصاص بالسلطان المدعی للرئاسهٔ العامهٔ و عماله، فلا یشمل: من تسلط علی قریهٔ او بلدهٔ خروجا علی سلطان الوقت فیأخذ منهم حقوق المسلمین.

نعم ظاهر الدلیل المتقدم من العلامهٔ شموله له.

(و لو اخذ) الجائر (الخراج من الارض المجهولهٔ المالک معتقدا لاستحقاقه ایاها) ای اعتقد الجائر استحقاقه لتلک الارض و خراجها (ففیه وجهان).

من اطلاق بعض الاخبار، فیحل کسائر اقسام الخراج.

و من انصراف الاخبار و کلمات الفقهاء الی اراضی الخراج، لا مطلقا.

«الرابع»: من التنبیهات (ظاهر الاخبار) انصرافا الی سلاطین الجور المعاصرین للأئمهٔ الطاهرین علیهم السلام.

(و منصرف کلمات الاصحاب الاختصاص) للحکم بحلیهٔ ما یعطون و یعاملون علی الخراج و المقاسمهٔ (بالسلطان المدعی للرئاسهٔ العامهٔ و عماله، فلا یشمل) الحکم المذکور (من تسلط علی قریهٔ او بلدهٔ خروجا علی سلطان الوقت فیأخذ منهم حقوق المسلمین) فالحکم بالنسبهٔ إلیه تابع للقواعد الاولیهٔ المقتضیهٔ لبطلان تصرفاته.

(نعم ظاهر الدلیل المتقدم من العلامهٔ) فی التنبیه الثالث (شموله) ای الحکم (له) ای للمتسلط علی قریهٔ او بلدهٔ و هو قوله «بان هذا مال لا یملکه الزارع».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۰

لکنک عرفت انه قاصر عن افادهٔ المدعی.

كما ان ظاهره عدم الفرق بين السلطان المخالف، المعتقد لاستحقاق اخذ الخراج، و المؤمن، و الكافر، و ان اعترفا بعدم الاستحقاق الا ان ظاهر الاخبار الاختصاص بالمخالف.

و المسألة مشكلة من اختصاص موارد

(لكنك عرفت انه قاصر عن افادة المدعى) فلا يمكن التمسك به للمقام بطريق اولى اقول: و لكن لا يخفى ان مقتضى الاطلاقات العموم، و لا انصراف، اذ تصرف الخلفاء المعاصرين للأئمة عليهم السلام فى الامور لا يوجب الا الانصراف البدوى، كيف و كثير من الاصحاب كانوا معاصرين لملوك الطوائف الّذى لا يزيد ملك احدهم من أمارة صغيرة.

نعم لا اعتبار بثائر افسد فى قطعة من الارض و لم يستقر فيها للانصراف القطعى عن مثله.

(كما ان ظاهره) اى ظاهر الدليل المتقدم عن العلامة (عدم الفرق بين السلطان المخالف) اى العامى (المعتقد لاستحقاق اخذ الخراج، و المؤمن) الشيعى (و الكافر) المتسلط على بلاد المسلمين (و ان اعترفا) اى المؤمن و الكافر (بعدم الاستحقاق) للخراج، لان المؤمن لا يرى نفسه ولى الامر، و الكافر لا يعتقد بالخراج و المقاسمة (الا ان ظاهر الاخبار الاختصاص بالمخالف) من جهة الانصراف الى سلاطين الجور الذين كانوا معاصرين للأئمة الطاهرين عليهم السلام.

(و المسألة مشكلة) فوجه التخصيص بالمخالف (من) جهة (اختصاص موارد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۱

الاخبار المعتقد لاستحقاق اخذه و لا عموم فيها لغير المورد، فيقتصر فى مخالفة القاعدة عليه.

و من لزوم الحرج.

و دعوى الاطلاق فى بعض الاخبار المتقدمة مثل قوله عليه السلام فى صحيحة الحلبى: لا بأس بان يتقبل الرجل الارض و اهلها من السلطان.

و قوله عليه السلام فى صحيحة محمد بن مسلم: كل ارض دفعها أليك سلطان، فعليك فيما اخرج الله منها الّذى قاطعك عليه، و غير ذلك.

الاخبار بالمخالف المعتقد) اعتقادا صوريا (لاستحقاق اخذه) للخراج، فان خلفاء الجور كانوا يظهرون انهم يعتقدون كونهم مستحقين لاخذ الخراج (و لا عموم فيها) اى فى تلك الاخبار (لغير المورد) لها، فلا تشمل المؤمن و الكافر (فيقتصر فى مخالفة القاعدة) الاولية التى تقتضى حرمة تصرف غير الامام و نائبه (عليه) اى على المخالف.

(و) وجه التعميم بالنسبة الى كل سلطان (من) جهة (لزوم الحرج) فى الاختصاص بالمخالف.

(و) جهة (دعوى الاطلاق) الشامل للكافر و المؤمن أيضا (فى بعض الاخبار المتقدمة مثل قوله عليه السلام فى صحيحة الحلبى: لا بأس بان يتقبل الرجل الارض و اهلها من السلطان) فانه لا وجه لاختصاص السلطان بالمخالف.

(و قوله عليه السلام فى صحيحة محمد بن مسلم: كل ارض دفعها أليك سلطان، فعليك فيما اخرج الله منها) اى فعليك فى حاصلها (الّذى قاطعك عليه) اى المقدار الّذى صار من المقرر ان تعطيه له (و غير ذلك)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۲

و يمكن ان يرد لزوم الحرج بلزومه على كل تقدير، لان المفروض ان السلطان المؤمن- خصوصا فى هذه الازمنة- يأخذ الخراج عن كل ارض و لو لم تكن خراجية و انهم يأخذون كثيرا من وجوه الظلم المحرمة منضما الى الخراج، و ليس الخراج عندهم ممتازا عن سائر ما يأخذونه ظلما من العشور و سائر ما يظلمون به الناس كما لا يخفى على من لاحظ سيرة عمالهم، فلا بد اما من الحكم كله

لدفع الحرج.

من الاخبار المطلقة.

(و یمکن ان یرد) دلیل الجواز بالنسبة الی المؤمن و الکافر، و هو (لزوم الحرج بلزومه علی کل تقدیر) و لو عممنا الجواز بالنسبة الی غیر المخالف (لان المفروض ان السلطان المؤمن) ای الاثنی عشری (- خصوصا فی هذه الازمنة-) التی ضعف فیها حکم الاسلام عند السلاطین و الحکام (یأخذ الخراج عن کل ارض و لو لم تکن خراجیة) بان کانت انفالا، و لم تکن مفتوحة عنوة (و انهم یأخذون کثیرا من وجوه الظلم المحرمة منضما الی الخراج) کالضرائب التی ما انزل الله بها من سلطان (و لیس الخراج عندهم ممتازا عن سائر ما یأخذونه ظلما من العشور) «من» بیان «ما» (و سائر ما یظلمون به الناس) عطف علی «سائر» (کما لا یخفی) هذا الظلم و الاختلاط بین الخراج و غیره (علی من لاحظ سیرة عمالهم) و اعمالهم.

و حینئذ (فلا بد اما من الحکم) بحل ذلک (کله لدفع الحرج) الّذی یلزم من الحکم بالحرمة، لابتلاء الناس باموال السلاطین و احتیاجهم الی معاملتهم فی الخراج و فی غیر الخراج.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۳

و اما من الحکم بکون ما فی ید السلطان و عماله من الاموال المجهولة المالک.

و اما الاطلاقات فهی مضافا الی امکان دعوی انصرافها الی الغالب کما فی المسالک مسوقة لبیان حکم آخر کجواز ادخال اهل الارض الخراجیة فی تقبل الارض فی صحیحة الحلبی لدفع توهم حرمة ذلک

(و اما من الحکم بکون ما فی ید السلطان و عماله من الاموال المجهولة المالک) الّذی یجب ان یعامل معها معاملة سائر المجهول مالکه.

لکن الحکم بالحلیة المطلقة لا وجه له.

و الحکم بانها مجهولة المالک موجب للحرج أیضا.

فقوله رحمه الله: الحرج لازم علی کل تقدیر، معناه انه سواء قلنا بحلیة الخراج، أم لا، یلزم الحرج.

اما ان قلنا بحلیة الخراج فیلزم الحرج من سائر اموال السلاطین.

و اما ان قلنا بعدم حلیة الخراج یلزم الحرج من الخراج و غیره من اموال السلاطین.

(و اما الاطلاقات) التی استدل بها لعموم الحکم للمؤمن و الکافر- أیضا- (فهی مضافا الی امکان دعوی انصرافها الی الغالب) فی زمن ورود الروایات، و هم السلاطین المخالفون (کما فی المسالک) لیس لها اطلاق اصلا، لانها (مسوقة لبیان حکم آخر کجواز ادخال اهل الارض الخراجیة فی تقبل الارض فی صحیحة الحلبی) بان یقبل متقبّل الارض و اهلها بان یعطی شیئا للسلطان فی قبال اخذه خراج الارض، و جزیة الرءوس الکافرة الموجودة فیها (لدفع توهم حرمة ذلک) ای ادخال اهل الارض فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۴

کما یظهر من اخبار اخر، و کجواز اخذ اکثر ما تقبل به الارض من السلطان فی روایة الفیض بن المختار، و کغیر ذلک من احکام قبالة الارض و استیجارها فیما عداها من الروایات.

و الحاصل: ان الاستدلال بهذه الاخبار علی عدم البأس باخذ اموالهم، مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشکل.

خراج الارض (کما یظهر من اخبار اخر) جواز ذلک، کصحیح اسماعیل المتقدم (و کجواز اخذ اکثر ما تقبل به الارض من السلطان)

کان یأخذ الارض من السلطان بالف و یعطیها لغیره بالف و خمسمائة- و هذا عطف علی قوله «کجواز ادخال».

کما (فی روایة الفیض بن المختار) المتقدمة (و کغیر ذلک من احکام قبالة الارض و استیجارها فیما عداها من الروایات).

و من المعلوم ان الروایة لو کانت فی بیان جهة خاصة لا اطلاق لها کما قالوا فی قوله تعالی «فَکُلُوا مِمّا أَمْسَکْنَ عَلَیْکُمْ» انه لا اطلاق لها من حیث حلیة محرمات الذبیحة.

حیث انها لیست فی مقام الاطلاق من جهة ذلک، بل انما هی مسوقة لبیان اصل حلیة الصید.

(و الحاصل: ان الاستدلال بهذه الاخبار علی عدم البأس باخذ اموالهم) ای اموال السلاطین المؤمن و الکافر (مع اعترافهم) من نفس السلاطین (بعدم الاستحقاق) لتلک الاموال فی مقابل السلطان المخالف الّذی یدعی استحقاقه (مشکل).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۵

و مما یدل علی عدم شمول کلمات الاصحاب ان عنوان المسألة فی کلامهم ما یأخذه الجائر لشبهة المقاسمة او الزکاة- کما فی المنتهی- او باسم الخراج او المقاسمة- کما فی غیره-.

و ما یأخذه الجائر المؤمن، لیس لشبهة الخراج و المقاسمة، لان المراد بشبهتهما شبهة استحقاقهما الحاصلة فی مذهب العامة.

نظیر شبهة تملک سائر ما یأخذون مما لا یستحقون، لان مذهب الشیعة ان

لکن الانصاف انه لا اشکال فی ذلک، للاطلاق و الاعتقاد لفظا فی الجمیع.

فان کل جائر یأخذ المال، یقول بانی استحق الاخذ، و عدم الاعتقاد واقعا فی الجمیع أیضا، حتی ان خلفاء بنی امیة، و بنی العباس کانوا یعرفون انهم لیسوا علی حق، و لکنهم حلیت الدنیا فی اعینهم، و راقهم زبرجها- کما قال الامام المرتضی علیه الصلاة و السلام-.

(و مما یدل علی عدم شمول کلمات الاصحاب ان عنوان المسألة فی کلامهم) ب (ما یأخذه الجائر لشبهة المقاسمة او الزکاة- کما فی المنتهی- او باسم الخراج او المقاسمة- کما فی غیره-) قوله «ان عنوان» مبتدأ متأخر لقوله «مما یدل».

(و) من المعلوم: ان (ما یأخذه الجائر المؤمن، لیس لشبهة الخراج و المقاسمة، لان المراد بشبهتهما شبهة استحقاقهما الحاصلة) تلک الشبهة (فی مذهب العامة) حیث یرون انفسهم اولیاء الامور.

(نظیر شبهة تملک سائر ما یأخذون) من اموال الناس (مما لا یستحقون).

و انما قلنا: باختصاص الشبهة بالمخالف (لان مذهب الشیعة ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۱۶

الولایة فی الاراضی الخراجیة انما هی للامام او نائبه الخاص او العام، فما یأخذه الجائر و المعتقد لذلک انما هو شیء یظلم به فی اعتقاده، معترفا بعدم براءة ذمة زارع الارض من اجرتها شرعا.

نظیر ما یأخذه من الاملاک الخاصة التی لا خراج علیها اصلا و لو فرض حصول شبهة الاستحقاق لبعض سلاطین الشیعة من بعض الوجوه لم یدخل بذلک فی عناوین الاصحاب قطعا، لان مرادهم من الشبهة الشبهة

الولایة فی الاراضی الخراجیة انما هی للامام او نائبه الخاص او العام) کالفقیه الجامع للشرائط (فما یأخذه الجائر و المعتقد لذلک) ای کون الولایة للامام او نائبه (انما هو شیء یظلم به فی اعتقاده) فی حالکون السلطان الشیعی (معترفا بعدم براءة ذمة زارع الارض من اجرتها شرعا) للزوم دفع الاجرة- باسم الخراج او المقاسمة- الی الامام او نائبه.

(نظیر) اعتقاده فی (ما یأخذه) الشیعی (من الاملاک الخاصة التی لا خراج علیها اصلا) مما یعلم انه لا یستحقه (و لو فرض حصول شبهة الاستحقاق) لما یأخذه من الخراج و المقاسمة (لبعض سلاطین الشیعة) بان حصلت الشبهة (من بعض الوجوه).

مثل كون ولاية الامام خاصة بزمان حضوره، اما زمان الغيبة فالولاية للمتسلط، لانه ينظم امور الناس مما لا يقدر الفقيه على تنظيمها، او ما اشبه كما هو الشائع فى زماننا هذا- (لم يدخل) السلطان الشيعى (بذلك) اى بحصول تلك الشبهة له (فى عناوين الاصحاب) كعنوان المنتهى المتقدم (قطعا، لان مرادهم من الشبهة) الحاصلة للسلطان (الشبهة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۷

من حيث المذهب التى امضاها الشارع للشيعة، لا الشبهة فى نظر شخص خاص، لان الشبهة الخاصة ان كانت عن سبب صحيح، كاجتهاد او تقليد فلا اشكال فى حليته له و استحقاقه للاخذ، بالنسبة إليه، و الا كانت باطلة غير نافذة فى حق احد.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۴، ص: ۳۱۷

و الحاصل ان آخذ الخراج و المقاسمة لشبهة الاستحقاق- فى كلام الاصحاب- ليس الا الجائر المخالف.

و مما يؤيّده أيضا عطف الزكاة عليها مع ان الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولاية

من حيث المذهب التى امضاها الشارع للشيعة) بان اباح لهم التصرف فى المال الّذى وصل إليهم بواسطة سلطان له شبهة الاستحقاق (لا الشبهة فى نظر شخص خاص) كالشيعى الّذى حصلت له شبهة فردية (لان الشبهة الخاصة ان كانت عن سبب صحيح، كاجتهاد او تقليد) صارا سببا لشبهة الشيعى فى استحقاقه (فلا اشكال فى حليته له) اى لصاحب الشبهة (و استحقاقه للاخذ، بالنسبة إليه) الجار متعلق ب «لا اشكال» (و الا) تكن الشبهة عن سبب صحيح (كانت باطلة غير نافذة فى حق احد) لا السلطان، و لا المتقبل.

(و الحاصل ان آخذ الخراج و المقاسمة لشبهة الاستحقاق- فى كلام الاصحاب-) الذين عنونوا المسألة هكذا (ليس الا الجائر المخالف) فلا يشمل كلامهم المؤمن.

(و مما يؤيده أيضا عطف الزكاة عليها مع) وضوح (ان الجائر الموافق) الشيعى (لا يرى لنفسه ولاية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۸

جباية الصدقات.

و كيف كان فالذى اتخيل كلما ازداد المنصف التأمل فى كلماتهم، يزداد له هذا المعنى وضوحا، فما اطنب به بعض فى دعوى عموم النص و كلمات الاصحاب مما لا ينبغى ان يغتربه.

و لاجل ما ذكرنا و غيره

جباية) و جمع (الصدقات) اى الزكاة، و قوله «مع» ليس الا بقية المؤيد، لا انه مؤيد جديد كما لا يخفى.

(و كيف كان فالذى اتخيل) انه (كلما ازداد المنصف التأمل فى كلماتهم يزداد له هذا المعنى) و هو اختصاص الحلية بالمخالف، لا الموافق (وضوحا، فما اطنب به بعض فى دعوى عموم النص و كلمات الاصحاب مما لا ينبغى ان يغتربه).

لكن الظاهر صحة ما ذكره البعض.

اما النص فقد عرفت عموم جملة منها.

و اما كلمات الاصحاب فقد رأيت ان الشيخ انما اتى بكلام العلامة، و بعض آخر فقط.

و استدل بكلامهما لما فهمه استدلالا، لا ان كلامهما كان صريحا فى المطلب، خصوصا و ان كثيرا من الاصحاب كانوا معاصرين

لسلاطين الشيعة كآل بويه، و خدا بنده، و الحمد انيين، و الصفويين، و غيرهم، و قد اطلقوا.

(و لا جل ما ذكرنا) من اختصاص الحكم بالمخالف (و غيره) اى غير ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۱۹

فسر صاحب إيضاح النافع فى ظاهر كلامه المحكى: الجائر فى عبارة النافع: بمن تقدم على امير المؤمنين عليه السلام و اقتفى اثر الثلاثة.

فالقول بالاختصاص كما استظهر فى المسالك، و جزم به فى إيضاح النافع، و جعله الاصح فى الرياض، لا يخلو عن قوة.

ذكرنا من سائر الشواهد (فسر صاحب إيضاح النافع فى ظاهر كلامه المحكى: الجائر فى عبارة النافع: بمن تقدم على امير المؤمنين عليه السلام و اقتفى اثر الثلاثة) الذين تقدموا على الامام.

لكن لا يخفى عدم دلالة هذا الكلام أيضا، اذ خلفاء بنى العباس المتأخرون منهم بعد سنة المائتين و خمسة و خمسين لم يزحزحوا إماما، و انما كانوا كامراء الشيعة فى انهم لم يتركوا المقام لنائب الامام.

فان قال الشيخ بشمول كلام الايضاح لأولئك الخلفاء لزم منه شمول كلامه للامراء أيضا.

و ان قال: بالاختصاص بالذين زحزحوا الائمة عليهم السلام، لزم ان يكون الحكم بالحلية خاصا بالخلفاء المعاصرين للأئمة عليهم السلام و هذا مما لا يقول به.

(فالقول بالاختصاص) لحكم الحلية بالجائر المخالف (كما استظهره فى المسالك، و جزم به فى إيضاح النافع، و جعله الاصح فى الرياض، لا يخلو عن قوة) عند المصنف، و ان كان الا قوى عندنا تبعا لاطلاق الاخبار و الاصحاب و بعض المؤيدات الاخر عدم الاختصاص.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۰

فينبغى فى الاراضى التى بيد الجائر الموافق، فى المعاملة على عينها، او على ما يؤخذ عليها، مراجعة الحاكم الشرعى و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقا لجباية تلك الوجوه، و انما اخذ ما يأخذ، نظير ما يأخذ على غير الاراضى الخراجية من الاملاك الخاصة فهو أيضا غير داخل فى منصرف الاخبار، و لا فى كلمات الاصحاب، فحكمه حكم السلطان الموافق

(فينبغى فى الاراضى التى بيد الجائر الموافق، فى المعاملة على عينها) اى مقدار الخراج، و ما اشبه (او) المعاملة (على ما يؤخذ عليها) بان اراد تبديل الخراج، و ما اشبه (مراجعة الحاكم الشرعى) لانه النائب عن الامام عليه السلام، و قد كان الوالد رحمه الله يرى مساهلة الحاكم الشرعى مع المستأجر، و نحوه، من جهة ان الارض التى استولى عليها الجائر لا تسوى بالمقدار الّذى تسوى سائر الاراضى، فاذا كان خراجها الواقعى الفا آجرها الحاكم بخمسين مثلا، لان الخمسين هى القيمة العرفية لارض استولى عليها جائر يأخذ منها الألف، فتأمل (و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقا لجباية تلك الوجوه، و انما اخذ ما يأخذ) من الضرائب، ضريبة اجبارية (نظير ما يأخذ على غير الا راضى الخراجية من الاملاك الخاصة) بالناس، لا العامة لكل المسلمين (فهو أيضا غير داخل فى منصرف الاخبار، و لا فى كلمات الاصحاب) لما عرفت من لزوم كون الاخذ لشبهة- كما فى كلام العلامة- (فحكمه) اى هذا السلطان المخالف (حكم السلطان الموافق) الشيعى، هذا كله فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۲۱

و اما السلطان الكافر فلم اجد فيه نصا.

و ينبغى لمن تمسك بإطلاق النص و الفتوى التزام دخوله فيهما.

لکن الانصاف انصرافهما الی غیره، مضافا الی ما تقدم فی السلطان الموافق، من: اعتبار کون الاخذ بشبهة الاستحقاق.

و قد تمسک فی ذلک بعض بنفی السبیل للکافر علی المؤمن، فتأمل.

الموافق.

(و اما السلطان الکافر فلم اجد فیه نصا) من الاصحاب.

(و ینبغی لمن تمسک بإطلاق النص و الفتوی) فی الموافق (التزام دخوله) ای الکافر (فیهما) ای فی اطلاق النص و الفتوی.

(لکن الانصاف انصرافهما الی غیره) ای غیر الکافر (مضافا الی ما تقدم فی السلطان الموافق، من: اعتبار کون الاخذ بشبهة الاستحقاق) و لا شبهة عند الکافر.

(و قد تمسک فی ذلک) ای فی خروج الکافر عن الحکم بالحلیة (بعض بنفی السبیل للکافر علی المؤمن).

فانه لو قلنا بحلیة الخراج الّذی یأخذه الکافر یلزم منه ان یکون للکافر سبیل علی المؤمن بتقدیر الخراج، و تقبل الارض و ما اشبه ذلک (فتأمل).

اذ: القول بعدم الحلیة اقرب الی کونه سبیلا، مضافا الی ان الحلیة، لمنفعة المسلم، لا انها امضاء لسیطرة الکافر- کما لا یخفی-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۲

[الخامس الظاهر أنه لا یعتبر فی حل الخراج المأخوذ، أن یکون المأخوذ منه ممن یعتقد استحقاق الآخذ للأخذ.]

الخامس الظاهر انه لا یعتبر فی حل الخراج المأخوذ، ان یکون المأخوذ منه ممن یعتقد استحقاق الآخذ للاخذ.

فلا فرق حینئذ بین المؤمن، و المخالف، و الکافر، لاطلاق بعض الاخبار المتقدمة، و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن، کما فی روایتی الحذاء، و اسحاق بن عمار، و بعض روایات قبالة الا راضی الخراجیة.

(الخامس) من التنبیهات (الظاهر) من اطلاق النص و الفتوی (انه لا یعتبر فی حل الخراج المأخوذ، ان یکون المأخوذ منه ممن یعتقد استحقاق الآخذ للاخذ).

فلو اخذ المؤمن شیئا من الخراج من کافر اخذه هو من السلطان المخالف، کان حلالا للمؤمن، و ان کان الکافر الآخذ لا یعتقد استحقاق المخالف للخراج.

(فلا فرق حینئذ) ای حین کان الآخذ مؤمنا (بین) کون الّذی اخذه من السلطان المخالف (المؤمن، و المخالف، و الکافر، لاطلاق بعض الاخبار المتقدمة) الشامل لکل آخذ (و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن، کما فی روایتی الحذاء، و اسحاق بن عمار، و بعض روایات قبالة الا راضی الخراجیة) و «اختصاص» عطف علی «لاطلاق» و هو علة لقوله «لا یعتبر» و هذا علة ثانیة.

لان المؤمن لا یری استحقاق الجائر، فتحلیل الامام علیه السلام للخراج الّذی یأخذه المؤمن من المخالف، دلیل علی انه لا یعتبر ان یکون الآخذ یری السلطان مستحقا للاخذ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۳

و لم یستبعد بعض اختصاص الحکم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الاخذ مع اعترافه بان ظاهر الاصحاب التعمیم.

و کانه ادخل هذه المسألة- یعنی مسألة حل الخراج و المقاسمة فی القاعدة المعروفة من الزام الناس بما الزموا به انفسهم، و وجوب المضی معهم فی احکامهم علی ما

(و لم یستبعد بعض) و هو الفاضل القطیفی (اختصاص الحکم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الاخذ).

فاذا اخذ الخراج من السلطان مخالف یری استحقاق السلطان کان حلالا لنا ان نأخذه منه، لان المخالف یری استحقاق السلطان.

اما اذا اخذه من السلطان شیعی لا- یری استحقاق السلطان لا یحل لنا ان نأخذه من ذلک الشیعی (مع اعترافه بان ظاهر الاصحاب التعمیم) لمن یری استحقاق السلطان، و لمن لا یری استحقاقه.

(و کانه) رحمه الله (ادخل هذه المسألة- یعنی مسألة حل الخراج و المقاسمة- فی القاعدة المعروفة من الزام الناس) بما التزموا به، او (بما الزموا به انفسهم) کما ورد بذلک النص و الفتوی و یذکرونه فی کتاب النکاح و الطلاق (و وجوب المضی معهم) ای مع الناس (فی احکامهم) بترتیب آثار الصحة علی الصحیح عندهم، سواء کان صحیحا لدینا، أم باطلا، فاذا طلق زوجته طلاقا باطلا عندنا جاز لنا تزوجها، و اذ اورث من قریب له إرثا لا یصح عندنا، صح لنا ان نعامل مع ذلک المال معاملة ماله، و اذا باع خراجا جاز لنا ان نأخذ الثمن منه باعتبار کونه ماله، و هکذا (علی ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۴

یشهد به تشبیه بعضهم ما نحن فیه باستیفاء الدین من الذمی من ثمن ما باعه من الخمر و الخنزیر.

و الاقوی: ان المسألة اعم من ذلک و انما الممضی فیما نحن فیه تصرف الجائر فی تلک الاراضی مطلقا.

[السادس لیس للخراج قدر معین]

السادس لیس للخراج قدر معین، بل المناط فیه ما تراضی فیه السلطان و مستعمل الارض

یشهد به) ای بکون اختصاص الحلیة من باب ادخال المسألة فی مسألة «ما التزموا به» (تشبیه بعضهم ما نحن فیه ب) باب (استیفاء الدین من الذمّی) او سائر الکفار غیر المحاربین (من ثمن) عین (ما باعه من الخمر و الخنزیر).

فان ثمن الخمر غیر صحیح عندنا، لان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه.

لکن حیث انه یصح عند الذمی جاز لنا ان نتعامل مع الثمن معاملة الصحیح.

(و) لکن (الاقوی: ان المسألة اعم من ذلک) و لا اختصاص للحلیة بصورة کون الآخذ یری السلطان مستحقا للاخذ (و انما الممضی) من قبل الائمة الطاهرین علیهم السلام (فیما نحن فیه) بالنسبة الی الآخذین (تصرف الجائر فی تلک الاراضی) الخراجیة (مطلقا) سواء کان طرف الجائر من یعتقد استحقاقه، أم لا.

(السادس) من التنبیهات (لیس للخراج قدر معین، بل المناط فیه ما تراضی فیه السلطان و مستعمل الارض) نصفا او ثلثا او ربعا او اقل او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۵

لان الخراج هی اجرة الارض فینوط برضی المؤجر و المستأجر.

نعم لو استعمل احد الارض قبل تعیین الاجرة، تعین علیه اجرة المثل، و هی مضبوطة عند اهل الخبرة.

و اما قبل العمل فهو تابع لما یقع التراضی علیه.

و نسب ما ذکرناه الی ظاهر الاصحاب، و یدل علیه قول ابی الحسن علیه السلام- فی مرسلة حماد بن عیسی-: و الارض التی اخذت عنوة بخیل و رکاب فهی موقوفة متروکة فی ید من یعمرها و یحییها علی صلح ما یصالحهم الوالی علی قدر طاقتهم من

اکثر (لان الخراج هی اجرة الارض فینوط برضی المؤجر و المستأجر) قلّت الاجرة او کثرت.

(نعم لو استعمل احد الارض قبل تعیین الاجرة، تعین علیه اجرة المثل) من حیث المؤجر و المستأجر، و الارض و الزمان و المکان، و سائر المقدمات للاجرة بنظر العرف (و هی مضبوطة عند اهل الخبرة).

(و اما قبل العمل فهو تابع لما یقع التراضی علیه) زاد عن اجرة المثل او نقص.

(و نسب ما ذکرناه) من عدم قدر خاص للأجرة (الی ظاهر الاصحاب و یدل علیه قول ابی الحسن علیه السلام- فی مرسلة حماد بن عیسی-:

و الارض التی اخذت عنوة) و قهرا (بخیل) الفرس (و رکاب) الابل (فهی موقوفة) ای لاتباع (متروکة) لشأنها لا تنتقل (فی ید من یعمرها، و یحییها علی صلح) و مقدار مال (ما یصالحهم) علیه (الوالی علی قدر طاقتهم من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۶

الخراج النصف او الثلث او الثلثان، و علی قدر ما یکون لهم صالحا، و لا یضرّ بهم، الحدیث.

و یستفاد منه انه اذا جعل علیهم من الخراج او المقاسمة ما یضرّ بهم، لم یجز ذلک کالذی یؤخذ من بعض مزارعی بعض بلادنا، بحیث لا یختار الزارع الزراعة من کثرة الخراج، فیجبرونه علی الزراعة.

و حینئذ ففی حرمة کلما یؤخذ او المقدار الزائد علی ما یضرّ الزیادة علیه، وجهان

الخراج) بیان «ما» (النصف او الثلث او الثلثان، و علی قدر ما یکون لهم صالحا، و لا یضرّ بهم) مما یتبین منه بالإضافة الی اشتراط المقدار المصالح علیه لزوم ان لا یکون الخراج مما یضربهم (الحدیث).

(و یستفاد منه انه اذا جعل علیهم من الخراج او المقاسمة ما یضرّ بهم لم یجز ذلک).

و ذلک (کالذی یؤخذ من بعض مزارعی بعض بلادنا، بحیث لا یختار الزارع الزراعة من کثرة الخراج، فیجبرونه علی الزراعة).

و لیت الشیخ رحمه الله کان یری هذا الزمان الّذی یأخذون فیه الضرائب التصاعدیة و احیانا تصل الی التسعین فی المائة بالإضافة الی سائر القیود و الشروط التی ما انزل الله بها من سلطان.

(و حینئذ) ای حین جعلوا علیهم ما یضرّ بحالهم (ففی حرمة کلما یؤخذ) لان المجموع اجرة، و الحال ان الشارع لم یأذن لمثل هذه الاجر (او المقدار الزائد علی ما یضرّ الزیادة علیه وجهان) فما تضرّ الزیادة علیه الف- مثلا- و المقدار الزائد خمسمائة، فیما اذا اباعه بالف و خمسمائة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۷

و حکی عن بعض انه یشترط ان لا یزید علی ما کان یأخذه المتولی له الامام العادل الا برضاه.

و التحقیق ان مستعمل الارض بالزرع و الغرس ان کان مختارا فی استعمالها فمقاطعة الخراج و المقاسمة، باختیاره و اختیار الجائر.

فاذا تراضیا علی شیء فهو الحق قلیلا کان او کثیرا، و ان کان لا بدّ له من استعمال الارض، لانها کانت مزرعة له مدة سنین، و یتضرر بالارتحال عن تلک القریة الی غیرها

(و حکی عن بعض انه یشترط ان لا یزید علی ما کان یأخذه المتولی له الامام العادل الا برضاه) ای یرضی المستعمل للارض.

(و التحقیق ان مستعمل الارض بالزرع و الغرس ان کان مختارا فی استعمالها) کما لو اراد ان یتقبل هذه الارض فعلا بدون استعمال سابق لها (فمقاطعة الخراج و المقاسمة، باختیاره و اختیار الجائر) لانهما طرفا العقد.

(فاذا تراضیا علی شیء فهو الحق) الّذی یجب ان یعطیه المستعمل و للجائر ان یأخذه (قلیلا- کان او کثیرا، و ان کان لا بد له من استعمال الارض، لانها مزرعة له مدة سنین، و یتضرر بالارتحال عن تلک القریة الی غیرها) و ان لم یکن جبر فی البین- بمعناه

الشرعی- بل الانجبار کان بمعناه العرفی.

فان الزارع- خصوصا اذا کان أبا عن جدّ- مجبور مضطر للبقاء فی نفس الارض التی اعتاد زراعتها، لانه لا یتمکن تمکنا عرفیا ان ینتقل الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۸

فالمناط ما ذکر فی المرسلة من عدم کون المضروب علیهم مضرا بان لا یبقی لهم بعد اداء الخراج ما یکون بإزاء ما انفقوا علی الزرع من المال و بذلوا له من ابدانهم الاعمال.

[السابع ظاهر إطلاق الأصحاب: أنه لا یشترط- فیمن یصل إلیه الخراج أو الزکاة من السلطان علی وجه الهدیة أو یقطعه الأرض الخراجیة إقطاعا- أن یکون مستحقا له.]

السابع ظاهر اطلاق الاصحاب: انه لا یشترط- فیمن یصل إلیه الخراج او الزکاة من السلطان علی وجه الهدیة او یقطعه الارض الخراجیة اقطاعا- ان یکون مستحقا له.

و نسبه الکرکی ره فی رسالته الی اطلاق الاخبار و الاصحاب، و لعله اراد اطلاق ما دل

ارض اخری، او عمل آخر (فالمناط ما ذکر فی المرسلة من عدم کون المضروب علیهم مضرا) و المضر عبارة (بان لا یبقی لهم بعد اداء الخراج ما یکون بإزاء ما انفقوا علی الزارع من المال، و بذلوا له من ابدانهم الاعمال) او کان الباقی لهم شیئا یسیرا لا یعد فی مقابل تعبهم و عملهم کما لو کان مقتضی القاعدة ان یبقی لهم الف فبقی لهم خمسون مثلا.

(السابع) من التنبیهات (ظاهر اطلاق الاصحاب: انه لا یشترط فیمن یصل إلیه الخراج او الزکاة من السلطان) وصولا (علی وجه الهدیة او یقطعه الارض الخراجیة اقطاعا-) بان یعطیها ایاه بدون اخذ ثمن و اجرة (ان یکون مستحقا له) فلا یشترط ان یکون فقیرا فی باب الزکاة، مثلا.

(و نسبه الکرکی ره فی رسالته) قاطعة اللجاج (الی اطلاق الاخبار و الاصحاب، و لعله اراد اطلاق ما دل) من الاخبار و کلمات الاصحاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۲۹

علی حل جوائز السلطان و عماله، مع کونها غالبا من بیت المال.

و الا فما استدلوا به لاصل المسألة انما هی الاخبار الواردة فی جواز ابتیاع الخراج و المقاسمة و الزکاة، و الواردة فی حل تقبیل الارض الخراجیة من السلطان.

و لا ریب فی عدم اشتراط کون المشتری و المتقبل مستحقا لشیء من بیت المال.

و لم یرد خبر فی حل ما یهبه السلطان من الخراج حتی یتمسک

(علی حل جوائز السلطان و عماله، مع کونها غالبا من بیت المال) الّذی فیه الخراج و الجزیة و الزکاة.

(و الا) یکن مراده اخبار الجوائز (ف) لا اخبار اخر فی البین لها اطلاق یمکن التمسک بها لهذه المسألة.

اذ (ما استدلوا به لاصل المسألة) ای مسألة حلیة الخراج (انما هی الاخبار الواردة فی جواز ابتیاع الخراج و المقاسمة و الزکاة، و) الاخبار (الواردة فی حلّ تقبیل الارض الخراجیة من السلطان).

(و) هاتان الطائفتان لا دلالة فیهما علی مسألتنا.

اذ (لا ریب فی عدم اشتراط کون المشتری و المتقبل مستحقا لشیء من بیت المال).

لانهما انما یتعاملان معاملة، و لا یأخذان عطیة او هدیة.

(و لم یرد خبر فی حل ما یهبه السلطان من الخراج) مطلقا (حتی یتمسک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۰

بإطلاقه، عدا اخبار جوائز السلطان مع ان تلک الاخبار واردة أیضا فی اشخاص خاصة، فیحتمل کونهم ذوی حصص من بیت المال.

فالحکم بنفوذ تصرف الجائر علی الاطلاق فی الخراج من حیث البذل و التفریق کنفوذ تصرفه علی الاطلاق فیه بالقبض و الاخذ و المعاملة علیه مشکل.

و اما قوله علیه السلام- فی روایة الحضرمی السابقة-: ما یمنع ابن ابی سماک ان یبعث ألیک بعطائک، أ ما علم ان لک نصیبا من بیت المال،

بإطلاقه) لکون الآخذ مستحقا للاخذ، او غیر مستحق له (عدا اخبار جوائز السلطان مع ان تلک الاخبار) لا دلالة لها أیضا لمسألتنا.

فانها (واردة أیضا فی اشخاص خاصة، فیحتمل کونهم ذوی حصص من بیت المال).

فهی کما لو ورد: ان الامام اعطی زیدا دینارا من الزکاة، فانه لا دلالة فی ذلک علی جواز اعطاء کل احد، و لو کان غنیا.

(فالحکم بنفوذ تصرف الجائر علی الاطلاق) بالنسبة الی الآخذ سواء کان مستحقا، أم لا (فی الخراج من حیث البذل) و الاعطاء (و التفریق) لمال بیت المال بین الناس (کنفوذ تصرفه علی الاطلاق فیه بالقبض و الاخذ) للخراج و الزکاة (و المعاملة علیه) بتقبیل الارض الخراجیة (مشکل) اذ لا اطلاق، و مقتضی القاعدة عدم جواز الاخذ الا لمستحقه.

(و اما قوله علیه السلام- فی روایة الحضرمی السابقة-: ما یمنع ابن ابی سماک ان یبعث ألیک بعطائک، أ ما علم ان لک نصیبا من بیت المال)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۱

فانما یدل علی ان کل من له نصیب فی بیت المال، یجوز له الاخذ لا ان کل من لا نصیب له لا یجوز اخذه.

و کذا تعلیل العلامة رحمه الله- فیما تقدم من دلیله- بان الخراج حق للّه اخذه غیر مستحقه.

فان هذا لا ینافی امضاء الشارع لبذل الجائر اياه کیف شاء.

فلا یدل علی ان لکل احد نصیبا من بیت المال (فانما یدل علی ان کل من له نصیب فی بیت المال، یجوز له الاخذ) و (لا) یدل علی (ان کل من لا نصیب له لا یجوز اخذه) حتی یستدل به علی عدم جواز اخذ کل احد الا الّذی له نصیب.

(و کذا تعلیل العلامة رحمه الله- فیما تقدم من دلیله- بان الخراج حق لله اخذه غیر مستحقه) لا یدل علی اشتراط استحقاق الاخذ- فانه ربما یستدل بتعلیل الروایة و تعلیل العلامة علی اشتراط کون الآخذ مستحقا-.

(فان هذا) التعلیل من العلامة (لا ینافی امضاء الشارع لبذل الجائر اياه کیف شاء) سواء کان الآخذ مستحقا، أم لا.

و الحاصل: انا استدللنا علی عدم جواز اخذ غیر المستحق، بمقتضی القاعدة الاولیة.

و بعض اضاف علی استدلالنا، الاستدلال بالروایة و کلام العلامة لکن لا دلالة فیهما، فمن المحتمل ان ینفذ تصرف الجائر مطلقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۲

کما ان للامام (ع) ان یتصرف فی بیت المال کیف شاء، فالاستشهاد بالتعلیل المذکور فی الروایة المذکورة و المذکور فی کلام العلامة ره علی اعتبار استحقاق الاخذ بشیء من بیت المال کما فی الرسالة الخراجیة، محل نظر.

ثم اشكل من ذلك تحليل الزكاة المأخوذة منه لكل احد كما هو ظاهر اطلاقهم القول بحل اتهاب ما يؤخذ باسم الزكاة.

و فى المسالك: انه يشترط ان يكون صرفه لها على وجهها المعتبر عندهم بحيث لا يعدّ عندهم عاصيا، اذ يمتنع الاخذ منه عندهم أيضا.

(كما ان للامام (ع) ان يتصرف فى بيت المال كيف شاء فالاستشهاد بالتعليل المذكور فى الرواية المذكورة) للحضرمى (و المذكور فى كلام العلامة ره على اعتبار استحقاق الاخذ بشىء من بيت المال كما) استدل بهذين الدليلين (فى الرسالة الخراجية، محل نظر).

لما عرفت من عدم منافاتهما لجواز اخذ غير المستحق.

(ثم اشكل من ذلك) التقييد باستحقاق الاخذ (تحليل الزكاة المأخوذة منه) اى من بيت المال (لكل احد) و لو كان غنيا (كما هو ظاهر اطلاقهم القول بحل اتهاب ما يؤخذ باسم الزكاة).

اذ كيف يمكن الخروج عن مقتضى القاعدة بما لم يعلم اطلاقه.

(و فى المسالك: انه يشترط ان يكون صرفه لها) اى للزكاة (على وجهها المعتبر عندهم) اى عند العامة (بحيث لا يعدّ عندهم عاصيا، اذ يمتنع) حينئذ (الاخذ منه عندهم أيضا) و الادلة انما دلت على نفوذ ما يصح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۳

ثم قال و يحتمل الجواز مطلقا، نظرا الى اطلاق النص و الفتوى.

قال و يجىء مثله فى المقاسمة و الخراج فان مصرفها بيت المال و له ارباب مخصوصون عندهم أيضا، انتهى.

[الثامن أن كون الأرض الخراجية بحيث يتعلق بما يؤخذ منها ما تقدم من أحكام الخراج و المقاسمة، يتوقف على أمور ثلاثة.]

اشارة

الثامن ان كون الارض الخراجية بحيث يتعلق بما يؤخذ منها ما تقدم من احكام الخراج و المقاسمة، يتوقف على امور ثلاثة.

عندهم، لا مطلقا.

(ثم قال) المسالك (و يحتمل الجواز) للآخذ (مطلقا) سواء جاز عند الاخذ، أم لا، و سواء جاز عندهم، أم لا (نظرا الى اطلاق النص) فى الجائزة (و الفتوى).

فاذا اعطى الجائر الزكاة للغنى، و كان بحيث لا يجوز عند الجائر أيضا، جاز الاخذ منه.

(قال) المسالك (و يجىء مثله) اى على الاطلاق (فى المقاسمة و الخراج، فان مصرفها بيت المال و له ارباب مخصوصون عندهم أيضا، انتهى).

فاذا خالف الجائر و اعطى منه لغير المستحق بنظره جاز الاخذ منه لاطلاق النص و الفتوى.

و يحتمل عدم الجواز تمشيا مع مقتضى القاعدة الاولية.

(الثامن) من التنبيهات (ان كون الارض الخراجية بحيث يتعلق بما يؤخذ منها ما تقدم من احكام الخراج و المقاسمة، يتوقف على امور ثلاثة) و الا لم يكن المأخوذ منه خراجا، و لم يجر على المأخوذ احكام الخراج، مما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۳۴

[الأول: كونها مفتوحة عنوة أو صلحا]

الاول: کونها مفتوحهٔ عنوهٔ او صلحا علی ان یکون الارض للمسلمین اذ: ما عداهما من الارضین لا خراج علیها.

نعم لو قلنا بان حکم ما یأخذه الجائر من الانفال حکم ما یأخذه من ارض الخراج دخل ما یثبت کونه من الانفال فی حکمها، فنقول: یثبت الفتح عنوهٔ بالشیاع الموجب للعلم

تقدم، و غیره مما ذکروه فی کتب الفقه المفصلهٔ.

(الاول: کونها مفتوحهٔ عنوهٔ او صلحا) بان یقهر المسلمون الکافرین علی فتحها، و الصلح بان یصالحوا معهم باعطائهم الجزیهٔ، او عدم التعرض لهم اذا سلموهم الارض، او ما اشبه ذلک (علی ان یکون الارض للمسلمین).

و انما نشترط هذا الشرط (اذ: ما عداهما من الارضین لا خراج علیها) و انما هی لاهلها، او للامام، او لمن احیاها.

(نعم لو قلنا بان حکم ما یأخذه الجائر من الانفال) التی هی للامام کبطون الاودیهٔ، و الآجام، و شطوط الانهار، و ما اشبه (حکم ما یأخذه من ارض الخراج) کما تقدم تفصیل الکلام حول ذلک (دخل ما یثبت کونه من الانفال فی حکمها) ای حکم اراضی الخراج فی کون خراج الانفال أیضا کخراج المفتوحهٔ عنوهٔ.

و کیف کان (فنقول: یثبت الفتح عنوهٔ بالشیاع الموجب للعلم) لحجیهٔ العلم، کما ذکروا فی مبحث القطع من الاصول.

و انما یذکرون الشیاع مع انه لا خصوصیهٔ له، لانه من الطرق العادیهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۵

و بشهادهٔ العدلین، و بالشیاع المفید للظن المتاخم للعلم، بناء علی کفایته فی کل ما یعسر اقامهٔ البینهٔ علیه کالنسب و الوقف و الملک المطلق.

و اما ثبوتها بغیر ذلک من الامارات الظنیهٔ، حتی قول من یوثق به من المؤرخین، فمحل اشکال،

للعلم (و بشهادهٔ العدلین) لانه ثبت شرعا حجیتهما مطلقا، الا ما خرج بالدلیل مما یحتاج الی ازید من عدلین کما فصل فی کتاب القضاء و الشهادات (و بالشیاع المفید للظن المتاخم) ای المتقارب (للعلم، بناء علی) القول ب (کفایته فی کل ما یعسر اقامهٔ البینهٔ علیه).

لانه من الاستبانهٔ المنصوصهٔ فی قوله علیه السلام: الا ان تستبین، او تقوم به البینهٔ.

و کبعض العلل المنصوصهٔ، او المستنبطهٔ الواردهٔ فی روایات مذکورهٔ فی باب ما یثبت بالشیاع (کالنسب و الوقف و الملک المطلق) و ما اشبه، و لانه طریق عقلائی لم یردع الشارع عنه فیکون حجهٔ، و قد فصلنا الکلام فی مسألهٔ حجیهٔ الشیاع فی کتاب التقلید من شرح العروهٔ (و اما ثبوتها) ای کون الارض مفتوحهٔ عنوهٔ (بغیر ذلک من الامارات الظنیهٔ، حتی قول من یوثق به من المؤرخین، فمحل اشکال) هذا بناء علی ما اختاره الشیخ فی الاصول من احتیاج الثبوت فی کل شیء الی العدد، و العدالهٔ حتی فی اهل الخبرهٔ.

اما علی قول المشهور من حجیهٔ قول اهل الخبرهٔ مطلقا الا ما خرج- کالبینهٔ- و لذا یعمل بقولهم فی الروایات و سائر الامور.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۶

لان الاصل عدم الفتح عنوهٔ، و عدم تملک المسلمین.

نعم الاصل عدم تملک غیرهم أیضا.

فان فرض دخولها بذلک فی الانفال و الحقناها بارض الخراج فی الحکم فهو.

و الا فمقتضی القاعدهٔ حرمهٔ تناول ما یؤخذ قهرا من زراعها.

فمقتضی القاعدة ثبوت الفتح عنوة بقولهم: (لان الاصل عدم الفتح عنوة) فانه حادث فاذا شک فیه کان الاصل عدمه (و) الاصل أیضا (عدم تملک المسلمین) لانه مسبوق بالعدم فاذا شک فیه کان الاصل عدمه.

(نعم الاصل عدم تملک غیرهم أیضا) لانه أیضا حادث.

(فان فرض دخولها) ای هذه الارض المشکوکة (بذلک) الاصل فی عدم تملک المسلمین، و عدم تملک غیرهم (فی الانفال) لان کل ارض لا مالک لها فهی من الانفال، سواء علمنا بعدم مالک لها، او کان مقتضی الاصل ذلک (و الحقناها) ای الانفال (بارض الخراج فی الحکم) کما تقدم احتمال ذلک (فهو) بان کان اللازم ان یعامل مع هذه الارض معاملة اراضی الخراج.

(و الا فمقتضی القاعدة) الاولیة (حرمة تناول ما یؤخذ قهرا من زراعها) لاصالة بقاء النتاج فی ملک الزارع.

اللهم الا اذا کان الزارع مخالفا معتقد الصحة ما یفعله السلطان المخالف و ذلک لقاعدة: الزموهم، بل اطلاقات ادلة الخراج مع العلم ان المستفتین للأئمة علیهم السلام، لم یکونوا یعلمون باحوال الاراضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۷

و اما الزراع، فیجب علیهم مراجعة حاکم الشرع، فیعمل فیها معهم علی طبق ما یقتضیه القواعد عنده، من کونه مال الامام (ع) او مجهول المالک، او غیر ذلک.

و المعروف بین الامامیة بلا خلاف ظاهر: ان ارض العراق فتحت عنوة و حکی ذلک عن التواریخ المعتبرة.

و حکی عن بعض العامة انها فتحت صلحا.

الخراجیة، و ان أیة ارض للخراج، و أیة ارض لا خراج علیها، و انما یأخذون منهم جبرا، او تسالما.

(و اما الزراع فیجب علیهم مراجعة حاکم الشرع، فیعمل فیها) ای فی تلک الاراضی التی بیدهم (معهم علی طبق ما یقتضیه القواعد عنده، من کونه مال الامام «ع») لانه رای ان مقتضی الاصل: انها لیست لاحد فهی من الانفال (او مجهول المالک، او غیر ذلک) مما ثبت لدیه ان الارض من ذلک القسم، اذ الارضون علی اقسام، کما ثبت فی کتاب الجهاد.

(و المعروف بین الامامیة بلا خلاف ظاهر: ان ارض العراق فتحت عنوة و حکی ذلک) الفتح عنوة (عن التواریخ المعتبرة) کالطبری، و ابن اثیر و ابن الجوزی، و الیعقوبی، و جرجی زیدان، و المسعودی، و غیرهم.

(و حکی عن بعض العامة انها فتحت صلحا).

و لا یبعد عدم المنافات بینهما لفتح بعضها عنوة، و فتح بعضها صلحا

کما ان مکة کذلک حیث فتح جانب منها عنوة و جانب منها صلحا- کما یدل علی ذلک مقاومة خالد بن الولید و اصحابه للمسلمین فی احدی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۸

و ما دل علی کونها ملکا للمسلمین، یحتمل الامرین.

ففی صحیحة الحلبی انه سئل ابو عبد الله علیه السلام عن ارض السواد ما منزلته؟ فقال هو لجمیع المسلمین لمن هو الیوم مسلم، و لمن یدخل فی الاسلام بعد الیوم و لمن یخلق بعد.

و روایة ابی الربیع الشامی: لا تشتر من ارض السواد شیئا الا من کانت له ذمة، فانما هی فیء للمسلمین.

جوانب مکة-.

(و ما دل) من الاخبار (علی کونها ملکا للمسلمین، یحتمل الامرین) الصلح و القهر.

(ففی صحیحة الحلبی انه سئل ابو عبد الله علیه السلام عن ارض السواد) ای العراق، و کانت تسمی سواد الکثرة زرعها، لان الزرع الاخضر یمیل الی السواد فی نظر الناظر (ما منزلته؟) ای ما حکمه (فقال هو لجمیع المسلمین لمن هو الیوم مسلم، و لمن یدخل فی الاسلام بعد الیوم) من الکفار (و لمن یخلق بعد) من المسلمین.

(و روایة ابی الربیع الشامی: لا ـ تشتر من ارض السواد شیئا الا ـ من کانت له ذمة) فان الذمی لا مانع لدیه من الاشتراء، لانه لا یدین بالاسلام، و حکام الجور ما کان لهم مانع عن البیع، لانهم کانوا یریدون المال (فانما هی فیء للمسلمین) من: فاء، اذا رجع، فان الارض للّه و الکفار یتصرفون فیها باطلا فاذا صارت بید المسلمین کانت راجعة الی اربابها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۳۹

و قریب منها صحیحة ابن الحجاج.

و اما غیر هذه الارض مما ذکر، و اشتهر فتحها عنوة فان اخبر به عدلان یحتمل حصول العلم لهما من السماع و الظن المتاخم من الشیاع، اخذ به علی تامل فی الاخیر.

کما فی العدل الواحد، و الا فقد عرفت الاشکال فی الاعتماد علی مطلق الظن.

(و قریب منها صحیحة ابن الحجاج) و غیرها، فانها تدل علی کون العراق مفتوحة عنوة.

(و اما غیر هذه الارض مما ذکر، و اشتهر) بین المؤرخین (فتحها عنوة فان اخبر به عدلان یحتمل) السامع (حصول العلم لهما من السماع او الظن المتاخم) ای القریب الی العلم (من الشیاع، اخذ به).

لان قول العدلین المستند الی الحسّ حجة، و کذا الشیاع الظنی المتاخم للعلم (علی تامل فی الاخیر) ای الشیاع، لما تقدم من الاشکال فیه.

(کما) یکون التأمل (فی العدل الواحد).

من ان الشارع انما جعل الحجة قول عدلین.

و من ان قول اهل الخبرة حجة و ان کان واحدا لانه من الاستنابة المذکورة فی الروایة المتقدمة (و الا فقد عرفت الاشکال فی الاعتماد علی مطلق الظن) فی مثل هذه الابواب بل قوله تعالی: إِنَّ الظَّنَّ لا یُغْنِی مِنَ الْحَقِّ شَیْئاً،* محکما الا ان یثبت المخرج عنه، و لیس بثابت فی المقام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۰

و اما العمل بقول المؤرخین بناء علی ان قولهم فی المقام نظیر قول اللغوی فی اللغة، و قول الطبیب و شبههما فدون اثباته خرط القتاد.

و اشکل منه اثبات ذلک باستمرار السیرة علی اخذ الخراج من ارض لان ذلک اما من جهة ما قیل من کشف السیرة عن ثبوت ذلک من الصدر الاول من غیر نکیر.

(و اما العمل بقول المؤرخین بناء علی ان قولهم فی المقام نظیر قول اللغوی فی اللغة، و قول الطبیب و شبههما) کالمهندس (فدون اثباته خرط القتاد).

القتاد شوک مؤلم، و خرطه القبض من اعلاه، و امرار الید الی اسفله لازالة الاشواک.

و من المعلوم صعوبة مثل هذا العمل.

و وجه عدم اثبات ذلک بقول المؤرخ انه لا یفید الا الظن، و الظن لیس بحجة

اللهم الا ان یقال بالحجیة من باب بناء العقلاء و عدم ردع الشارع

(و اشکل منه اثبات ذلک) ای کون الارض مفتوحة عنوة (باستمرار السیرة علی اخذ الخراج من ارض).

وجه الا شکلیة (لان ذلک) الاثبات بالسیرة (اما من جهة ما قیل من کشف السیرة عن ثبوت ذلک) ای کون الارض مفتوحة عنوة (من الصدر الاول من غیر نکیر).

فاذا ثبت الفتح عنوة ترتب علیه احکامه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۱

اذ لو کان شیئا حادثا لنقل فی کتب التواریخ لاعتناء اربابها بالمبتدعات و الحوادث.

و اما من جهة وجوب حمل تصرف المسلمین و هو اخذهم الخراج علی الصحیح.

و یرد علی الاول مع ان عدم التعرض یحتمل کونه لاجل عدم اطلاعهم الّذی لا یدل علی العدم ان هذه الامارات لیس باولی من تنصیص اهل التواریخ الّذی عرفت حاله.

و علی الثانی انه ان ارید بفعل المسلم: تصرف السلطان باخذ الخراج فلا

(اذ لو کان) ضرب الخراج علی هذه الارض (شیئا حادثا لنقل) کونه حادثا (فی کتب التواریخ لاعتناء اربابها بالمبتدعات و الحوادث) فاذ لم ینقلوا انه حادث مبتدع، دل ذلک علی کونها مفتوحة عنوة حقیقة.

(و اما من جهة وجوب حمل تصرف المسلمین و هو اخذهم الخراج علی الصحیح) لقوله علیه السلام: ضع امر اخیک علی احسنه.

(و یرد علی الاول) ای کشف السیرة (مع ان عدم التعرض) بکون الخراج بدعة، من ارباب التواریخ (یحتمل کونه لاجل عدم اطلاعهم الّذی لا یدل علی العدم) ای عدم الابتداع فی وضع الخراج (ان هذه الامارات لیس باولی من تنصیص اهل التواریخ الّذی عرفت حاله) و انه لیس بحجة، لما عرفت من اعتبار العدد و العدالة فی التاریخ.

(و) یرد (علی الثانی) ای حمل فعل المسلم علی الصحیح (انه ان ارید بفعل المسلم: تصرف السلطان باخذ الخراج، فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۲

ریب ان اخذه حرام، و ان علم کون الارض خراجیة فکونها کذلک لا یصحح فعله.

و دعوی ان اخذه الخراج من ارض الخراج اقل فسادا من اخذه من غیرها، توهم.

لان مناط الحرمة فی المقامین واحد، و هو اخذ مال الغیر من غیر استحقاق.

ریب ان اخذه حرام) و مع العلم بالحرمة، لا مجال لاجراء اصالة الصحة (و ان علم کون الارض خراجیة) «ان» وصلیة (فکونها کذلک) خراجیة (لا یصحح فعله) فلا مجال للتمسک باصل الصحة.

(و دعوی) انه من الممکن التفکیک بین کون السلطان مرتکبا الحرامین لان الارض لیست خراجیة فالمال و الاخذ حرامان، و بین کونه مرتکبا حراما واحدا، و هو کون الارض خراجیة مما یستلزم کون الاخذ حراما، لا کون المال حراما.

و من المعلوم ان ارتکاب شخص لمحرم واحد، لا یوجب حمل سائر افعاله علی غیر الصحیح.

ف (ان اخذه الخراج من ارض الخراج اقل فسادا من اخذه) الخراج (من غیرها) ای غیر الارض الخراجیة (توهم) خبر «دعوی».

(لان مناط الحرمة فی المقامین) اخذ الخراج من ارض الخراج، و اخذه من غیر ارض الخراج (واحد، و هو اخذ مال الغیر من غیر استحقاق) سواء کان الاخذ و المال حراما، أم مجرد الاخذ حراما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۳

و اشتغال ذمة المأخوذ منه باجرة الارض الخراجیة و عدمه فی غیرها لا یهوّن الفساد.

نعم بینهما فرق من حیث الحکم المتعلق بفعل غیر السلطان، و هو من یقع فی یده شیء من الخراج بمعاوضة، او تبرع، فیحل فی الارض الخراجیة دون غیرها

(و) من المعلوم: ان (اشتغال ذمة المأخوذ منه باجرة الارض الخراجیة) فان الزارع مشغول الذمة بالاجرة، فیما اذا کانت الارض خراجیة (و عدمه) ای عدم اشتغال ذمته (فی غیرها) ای غیر الارض الخراجیة (لا یهون الفساد).

لان اخذ السلطان الفاسد اخذه لا یصحح باشتغال ذمة الزارع، او عدم اشتغال ذمته.

فهما من قبیل اللص الّذی یأخذ المال من الانسان الّذی لا یخمس و الانسان الّذی یخمس، فکما ان الخمس غیر مربوط باللص و اخذه حرام علی کل تقدیر- و ان قصد ان ما یأخذه خمس- کذلک الخراج غیر مربوط بالجائر، ففعله حرام، سواء کانت ذمة الزارع مشغولة بالخراج، أم لا.

(نعم بینهما) ای کون الارض خراجیة، أم لا (فرق من حیث الحکم المتعلق بفعل غیر السلطان، و هو من یقع فی یده شیء من الخراج بمعاوضة) کما لو اشتری زید الخراج من السلطان (او تبرع) کما لو اعطاه السلطان الخراج بعنوان الجائزة (فیحل) المال (فی الارض الخراجیة) لانه حق للمسلمین، و قد اباحه الأئمة علیهم السلام (دون غیرها) لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۴

مع انه لا دلیل علی وجوب حمل الفاسد علی اقل فسادا اذا لم یتعدد عنوان الفساد کما لو دار الامر بین الزنا مکرها للمرأة، و بین الزنا برضائها حیث ان الظلم محرم آخر غیر الزنا بخلاف ما نحن فیه.

مال أخذ من صاحبه قهرا، و لا دلیل علی الحلیة.

هذا (مع انه) بعد تمامیة ان اخذ الخراج من الارض الخراجیة، اقل فسادا من اخذ الخراج من الارض غیر الخراجیة (لا دلیل علی وجوب حمل الفاسد علی اقل فسادا).

فان الدلیل انما دل علی وجوب الحمل علی الصحة، فیما شک فی انه صحیح، أم لا، و لم یدل علی وجوب الحمل علی اقل فسادا فیما علم انه فاسد (اذا لم یتعدد عنوان الفساد) بان دار الامر بین عنوانین و عنوان واحد، فان فی هذا المقام یمکن القول بان العنوان المشکوک الاصل عدمه (کما لو دار الامر) فی من نعلم بانه زنی بامرأة (بین الزنا مکرها للمرأة، و بین الزنا برضائها) فان عنوان الفساد متعدد هنا (حیث ان) الاکراه ظلم، و (الظلم محرم آخر غیر الزنا).

فاذا شک فی انه زنا و ظلم، او زنا فقط، کان اللازم ان ننفی الظلم و لا نرتب علیه الاحکام المربوطة بالظلم، الا اذا ثبت ذلک بدلیل خارجی (بخلاف ما نحن فیه) فان الاخذ حرام، و لیس عنوانین فیما اذا کانت الارض غیر خراجیة- کما لا یخفی- بل العنوان واحد، و هو تناول مال الغیر بدون الاستحقاق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۵

مع ان اصالة الصحة لا یثبت الموضوع، و هو کون الارض خراجیة.

الا ان یقال: ان المقصود ترتب آثار الاخذ الّذی هو اقلّ فساد او هو حل تناوله من الاخذ، و ان لم یثبت کون الارض خراجیة بحیث یترتب علیه الآثار الاخر مثل وجوب دفع اجرة الارض الی حاکم الشرع لیصرفه فی المصالح

(مع ان اصالة الصحة لا یثبت الموضوع، و هو کون الارض خراجیة) لان الاصول لا تثبت لوازمها.

فهو کما لو شک فی ان زیدا سلّم او شتم، فان حمل فعل المسلم علی الصحیح، یقتضی ان یقال: انه لم یشتم، اما انه سلّم فیجب جوابه

فلا کما حقق فی محلّه.

(الا ان یقال: ان المقصود) من اجراء اصل الصحة (ترتب آثار الاخذ) ای اخذ الجائر للخراج (الّذی هو اقلّ فسادا).

یعنی انا و ان علمنا ان اخذ الجائر للمال فاسد، الا ان اخذه قد یکون اقل فسادا- فیما اذا کانت الارض خراجیة- و قد یکون اخذه اکثر فسادا- فیما اذا کانت الارض غیر خراجیة-.

فمقصودنا من اصل الصحة ترتیب اثر الاقل فسادا (و هو حل تناوله) ای ما اعطاه الجائر (من الاخذ) فان الارض اذا کانت خراجیة جاز تناول الاخذ من السلطان للمال (و ان لم یثبت کون الارض خراجیة) بسبب اجراء اصالة الصحة (بحیث یترتب علیه الآثار الاخر) لارض الخراج (مثل وجوب دفع اجرة الارض الی حاکم الشرع لیصرفه فی المصالح) للمسلمین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۶

اذا فرض عدم السلطان الجائر، و مثل حرمة التصرف فیه من دون دفع اجرة اصلا، لا الی الجائر، و لا الی حاکم الشرع.

و ان ارید بفعل المسلم تصرفا لمسلمین فیها یتناولونه من الجائر من خراج هذه الارض.

ففیه انه لا عبرة بفعلهم، اذا علمنا بانهم لا یعلمون حال هذه

(اذا فرض عدم السلطان الجائر، و مثل حرمة التصرف فیه) ای فی هذا الموضوع- ای الارض- (من دون دفع اجرة اصلا، لا الی الجائر، و لا الی حاکم الشرع).

و ذلک لما تحقق فی محله من ان الاصل انما یثبت مجراه دون لوازمه الاخر.

فاصالة الصحة فی عمل السلطان المسلم الجائر تصحح حلیة التصرف فی المال، لا ان الارض خراجیة حتی تثبت سائر آثار الارض الخراجیة هذا کله ان ارید بصحة فعل المسلم تصرف السلطان.

(و ان ارید بفعل المسلم) الموجب لحمله علی الصحة (تصرف المسلمین فیما یتناولونه من الجائر من خراج هذه الارض) لانه اذا لم تکن الارض خراجیة، لم یجز تصرفهم فی ما یعطیه السلطان لهم مما اخذه من تلک الارض.

فاذا رأیناهم تصرفوا فی عطاء السلطان، دلّ ذلک علی کون الارض للخراج حملا لفعلهم علی الصحیح.

(ففیه انه لا عبرة بفعلهم، اذا علمنا بانهم لا یعلمون حال هذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۷

الاراضی، کما هو الغالب فی محل الکلام.

اذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم احراز الموضوع.

و لو احتمل تقلیدهم لمن یری تملک الارض الخراجیة لم ینفع.

و لو فرض احتمال علمهم بکونها خراجیة، کان اللازم من ذلک جواز

الاراضی، کما هو الغالب فی محل الکلام).

فانک اذا سألت من المسلمین الآخذین للمال من السلطان، هل تعلمون ان ارض البحرین- مثلا- التی اعطی السلطان لکم من خراجها، مفتوحة عنوة، أم لا؟ تریهم یجیبون بالنفی و انهم لا یعلمون ذلک.

(اذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم احراز الموضوع).

فانا نریهم یتصرفون فی هذه الاراضی تصرف الملاک، مع انهم لم یحرزوا انها لیست مفتوحة عنوة.

فحمل فعلهم علی الصحة، لا مجال له بعد ان علمنا فساد تصرفاتهم فتأمل-.

(و لو احتمل تقلیدهم لمن یری تملک الارض الخراجیة لم ینفع) لان ما یحتاج الی المخرج لا ینفع فیه احتمال المخرج.

فمن رایناه یبیع الوقف لا یصح ان نشتری منه الا اذا علمنا انه یبیعه علی وجه صحیح.

(و لو فرض احتمال علمهم بکونها خراجیة، کان اللازم من ذلک جواز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۸

التناول من ایدیهم، لا من ید السلطان کما لا یخفی.

[الثانی أن یکون الفتح بإذن الإمام علیه السلام]

الثانی ان یکون الفتح باذن الامام علیه السلام، و الا کان المفتوح مال الامام (ع) بناء علی المشهور.

بل عن المجمع، انه کاد یکون اجماعا، و نسبه فی المبسوط الی روایة اصحابنا، و هی مرسلة العباس الوراق، و فیها انه اذا غزا قوم بغیر اذن الامام (ع) فغنموا، کانت الغنیمة کلها للامام.

قال فی المبسوط و علی هذه الروایة یکون جمیع ما فتحت بعد النبی «ص»-

---

التناول من ایدیهم) لان احتمال الصحة کاف فی حمل فعل المسلم علی الصحیح (لا من ید السلطان) لانا نعلم ان ید السلطان باطلة (کما لا یخفی) لمن تدبّر.

(الثانی) من الامور الثلاثة التی توجب کون الارض خراجیة (ان یکون الفتح باذن الامام علیه السلام) او نائبه الخاص او العام و فی المجتهد خلاف (و الا کان) المحلّ (المفتوح) من الاراضی (مال الامام «ع» بناء علی المشهور) بالنسبة الی هذا الشرط.

(بل عن المجمع، انه کاد یکون اجماعا، و نسبه) ای نسب هذا الشرط (فی المبسوط الی روایة اصحابنا، و هی مرسلة العباس الوراق و فیها انه اذا غزا قوم بغیر اذن الامام «ع» فغنموا، کانت الغنیمة کلها للامام) و الغنیمة شاملة للمنقول و للارض- کما لا یخفی-.

(قال فی المبسوط و علی هذه الروایة یکون جمیع ما فتحت بعد النبی «ص»-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۴۹

الا ما فتحت فی زمان الوصی- من مال الامام «ع» انتهی.

اقول: فیبتنی حل المأخوذ منها خراجا علی ما تقدم من حل الخراج المأخوذ من الانفال.

و الظاهر: ان ارض العراق، مفتوحة بالاذن، کما یکشف عن ذلک ما دل علی انها للمسلمین.

و اما غیرها مما فتحت فی زمان خلافة الثانی- و هی اغلب ما فتحت- فظاهر

الا ما فتحت فی زمان الوصی- من مال الامام «ع» انتهی).

اقول: لم تذکر التواریخ انه فتحت فی زمان الوصی شیء من البلاد.

اذ المراد بزمان الوصی ان کان فی زمن الثلاثة، فالامام لم یباشر حربا، و لم یجهز جیشا، و ان کان بعد الثلاثة فالجمل و الصفین و نهروان اشغلت الامام عن الفتوح، بل لعل الامام علیه السلام کان من نظره الدعوة الی الاسلام، ثم الحرب، و لذا ترک الحرب الابتدائیة.

(اقول: فیبتنی حل المأخوذ منها خراجا علی ما تقدم من حل الخراج المأخوذ من الانفال).

اذ لو لا ذلک، فالاراضی للامام، و قد اباحوها لشیعتهم.

(و الظاهر: ان ارض العراق، مفتوحة بالاذن) من الامام امیر المؤمنین (ع) فتکون من المفتوحة عنوة (کما یکشف عن ذلک ما دل علی

انها للمسلمین) من الروایات التی تقدم بعضها.

(و اما غیرها) ای غیر العراق (مما فتحت فی زمان خلافهٔ الثانی- و هی اغلب ما فتحت-) فی زمن الخلفاء الثلاثهٔ (فظاهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۰

بعض الاخبار کون ذلک أیضا باذن مولانا امیر المؤمنین علیه السلام و امره

ففی الخصال فی ابواب السبعهٔ- فی باب ان الله تعالی- یمتحن اوصیاء الأنبیاء فی حیاهٔ الأنبیاء فی سبعهٔ مواطن و بعد وفاتهم فی سبعهٔ مواطن- عن ابیه و شیخه، عن سعد بن عبد الله عن احمد بن الحسین ابن سعید، عن جعفر بن محمد النوفلی، عن یعقوب الرائد عن ابی عبد الله جعفر بن احمد بن محمد بن عیسی بن محمد بن علی بن عبد الله بن جعفر ابن ابی طالب، عن یعقوب بن عبد الله الکوفی، عن موسی بن عبید، عن عمرو بن ابی المقدام، عن جابر الجعفی، عن ابی جعفر علیه

بعض الاخبار کون ذلک) الفتح (أیضا باذن مولانا امیر المؤمنین علیه السلام و امره).

(ففی الخصال فی ابواب السبعهٔ- فی باب ان الله تعالی یمتحن اوصیاء الأنبیاء فی حیاهٔ الأنبیاء فی سبعهٔ مواطن، و بعد وفاتهم فی سبعهٔ مواطن- عن ابیه) ای والد الصدوق، و هو علی بن بابویه (و شیخه عن سعد بن عبد الله عن احمد بن الحسین بن سعید، عن جعفر بن محمد النوفلی، عن یعقوب الرائد).

و لا یخفی ان ذکر السند فی کتب الاستدلال للتذکر لاهل العلم بالاسانید، و الا فمحل ذکر الاسناد کتب الاخبار (عن ابی عبد الله جعفر ابن احمد بن محمد بن عیسی بن محمد بن علی بن عبد الله بن جعفر بن ابی طالب، عن یعقوب بن عبد الله الکوفی، عن موسی بن عبید، عن عمرو ابن ابی المقدام، عن جابر الجعفی، عن ابی جعفر) الامام الباقر (علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۱

السلام: انه اتی یهودی امیر المؤمنین علیه السلام فی منصرفه عن وقعهٔ نهروان، فسأله عن تلک المواطن و فیه قوله علیه السلام و اما الرابعهٔ- یعنی من المواطن الممتحن بها بعد النبی صلی الله علیه و آله،- فان القائم بعد صاحبه- یعنی عمر بعد ابی بکر- کان یشاورنی فی موارد الامور و مصادرها فیصدرها عن امری، و یناظرنی فی غوامضها، فیمضیها عن رأیی لا یعلمه احد، و لا یعلمه اصحابی و لا یناظرنی غیره الخبر.

و الظاهر ان عموم الامور اضافی بالنسبهٔ الی ما لا یقدح فی رئاسته مما یتعلق بالسیاسهٔ.

السلام: انه اتی یهودی امیر المؤمنین علیه السلام فی منصرفه عن وقعهٔ نهروان، فسأله عن تلک المواطن) السبعهٔ، و السبعهٔ التی اختبر الله سبحانه الامام فیها (و فیه قوله علیه السلام و اما الرابعهٔ- یعنی من المواطن الممتحن بها بعد النبی صلی الله علیه و آله،- فان القائم بعد صاحبه- یعنی عمر بعد ابی بکر- کان یشاورنی فی موارد الامور) جمع مورد (و مصادرها فیصدرها عن امری) و یعملها حسب اشارتی (و یناظرنی فی غوامضها، فیمضیها عن رأیی لا یعلمه احد) ای لا یعلم بانه یشاورنی احد (و لا یعلمه اصحابی) لان الثانی کان یأنف من ذلک (و لا یناظرنی غیره) ای بمثل مناظرته و استفهامه الی آخر (الخبر).

(و الظاهر ان عموم الامور) فی کلام الامام علیه السلام (اضافی بالنسبهٔ الی ما لا یقدح فی رئاسته مما یتعلق بالسیاسهٔ) و الا فمن المعلوم انه کان یخالف الامام علیه السلام فی کثیر من الموارد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۲

و لا یخفی ان الخروج الی الکفار و دعائهم الی الاسلام من اعظم تلک الامور، بل لا اعظم منه.

و فی سند الروایهٔ جماعهٔ تخرجها عن حدّ الاعتبار الا ان اعتماد القمیین علیها و روایتهم لها مع ما عرف من حالهم لمن تتبعها من انهم

لا یثبتون فی کتبهم روایة فی راویها ضعف، الا بعد احتفافها بما یوجب الاعتماد علیها جابر لضعفها فی الجملة.

ثم ان وجه الابتلاء و الامتحان فی ذلک ان الامام علیه السلام کان مأمورا من قبل الله تعالی بتقدیم الاسلام و لو کان ذلک یحسب فی حساب غیر الامام ممن یناوئ الامام و یغصب مکانه، و هذا من اعظم الابتلاء ان یساعد الانسان عدوه بما ترجع بالنسبة، الحسنة إلیه، فیقول الناس فعل فلان کذا، بینما ان التخطیط و التفکیر من الامام علیه السلام بحیث لولاه لم یکن من الاسلام عین و لا اثر.

(و) هذه الروایة و ان لم تصرح باسم الحروب و الفتوح.

و لکن (لا یخفی ان الخروج الی الکفار و دعائهم الی الاسلام من اعظم تلک الامور، بل لا اعظم منه) هذا من جهة الدلالة.

(و فی سند الروایة جماعة تخرجها عن حدّ الاعتبار) لعدم وثاقتهم (الا ان اعتماد القمیین علیها و روایتهم لها مع ما عرف من حالهم) ای حال القمیین (لمن تتبعها من انهم لا- یثبتون فی کتبهم روایة فی راویها ضعف الا- بعد احتفافها بما یوجب الاعتماد علیها) من القرائن الحالیة او المقالیة (جابر لضعفها فی الجملة) و ان لم یوصلها الی حدّ الصحاح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۳

مضافا الی ما اشتهر من حضور ابی محمد الحسن علیه السلام، فی بعض الغزوات و دخول بعض خواص امیر المؤمنین علیه السلام من الصحابة، کعمار فی امرهم.

و فی صحیحة محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام، قال سألته عن سیرة الامام (ع) فی الارض التی فتحت بعد رسول الله صلی الله علیه و آله، فقال ان امیر المؤمنین علیه السلام قد سار فی اهل العراق بسیرة فهی امام لسائر الارضین الخبر.

(مضافا الی ما اشتهر من حضور ابی محمد الحسن علیه السلام، فی بعض الغزوات) بل فی الجواهر و غیره ان الامام الحسن علیه السلام کما ینقل- صلی فی مسجد اصفهان، و فی جملة من التواریخ ان الامامین الحسن و الحسین علیهما السلام حضرا غزوات افریقیا (و دخول بعض خواص امیر المؤمنین علیه السلام من الصحابة، کعمار فی امرهم) الّذی یظن منه انه کان باذن الامام علیه السلام، و الا لم یکن یشترک مثله فی هذه الغزوة.

(و فی صحیحة محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام، قال سألته عن سیرة الامام (ع)) ای ما هی طریقة تصرفه (فی الارض التی فتحت) عنوة (بعد رسول الله صلی الله علیه و آله، فقال) علیه السلام (ان امیر المؤمنین علیه السلام قد سار فی اهل العراق بسیرة فهی امام) و اسوة (لسائر الارضین) المفتوحة عنوة الی آخر (الخبر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۵۴

و ظاهرها ان سائر الارضین المفتوحة بعد النبی (ص) حکمها حکم ارض العراق.

مضافا الی انه یمکن الاکتفاء عن اذن الامام المنصوص فی مرسلة الوراق بالعلم بشاهد الحال برضا امیر المؤمنین و سائر الأئمة بالفتوحات الاسلامیة الموجبة لتأیّد هذا الدین، و قد ورد ان الله تعالی یؤید هذا الدین باقوام لا خلاق لهم منه بحمل الصادر من الغزات من فتح البلاد علی وجه صحیح، و هو کونه بامر الامام (ع).

(و ظاهرها) بالإضافة الی کون العراق مفتوحة عنوة (ان سائر الارضین المفتوحة بعد النبی «ص» حکمها حکم ارض العراق) مما یدل علی وجود اذن الامام فی الفتح حقیقة، او ان المأمور به العمل بموازین الفتح، و ان کانت للامام واقعا- لانه لم یؤذن فی فتحها-.

(مضافا الی انه یمکن الاکتفاء عن اذن الامام المنصوص فی مرسلة الوراق) اشتراطه فی اجراء احکام المفتوحة عنوة (بالعلم بشاهد الحال برضا امیر المؤمنین) علیه السلام (و سائر الأئمة) علیهم السلام (بالفتوحات الاسلامیة الموجبة) تلک الفتوحات (لتأیّد هذا الدین،

و قد ورد ان الله تعالى يؤيّد هذا الدين باقوام لاخلاق) اى لا نصيب (لهم منه) اى من الدين، كالامويين و من اشبههم.

و اذا علمنا بالرضا منهم عليهم السلام، و كان الرضا قائما مقام الاذن صح كونها مفتوحة عنوة (بحمل) الفعل (الصادر من الغزات من فتح البلاد على وجه صحيح، و هو كونه بامر الامام (ع)).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۵

مع انه يمكن ان يقال: ان عموم ما دل من الاخبار الكثيرة على تقيد الارض المعدودة من الانفال بكونها مما لا يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و على ان ما اخذت بالسيف من الارضين يصرف حاصلها فى مصالح المسلمين، معارض بالعموم من وجه لمرسلة الوراق فيرجع الى عموم قوله تعالى: وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِى الْقُرْبى الآية، فيكون

(مع انه يمكن ان يقال) و هذا وجه ثالث لاجراء حكم المفتوحة عنوة على هذه الارضين المفتوحة بعد النبى صلى الله عليه و آله (ان عموم ما دل من الاخبار الكثيرة على تقيد الارض المعدودة من الانفال بكونها مما لا يوجف) اى لم يسر- من الوجف و هو السير بسرعة- (عليه بخيل) اى الفرس (و لا ركاب) اى الابل (و) ما دل (على ان ما اخذت بالسيف من الارضين يصرف حاصلها فى مصالح المسلمين، معارض بالعموم من وجه لمرسلة الوراق).

لان المرسلة شاملة للاراضى الخراجية و غيرها، و اخبار الفتح خاصة بالاراضى الخراجية.

ثم ان اخبار الفتح اعم من اذن الامام و عدمه، و المرسلة خاصة باذن الامام، فبينهما عموم من وجه.

و مادة التعارض الاراضى التى غنمها المسلمون بدون اذن الامام (فيرجع) فى مادة التعارض التى تقتضى اخبار الفتح كونها للمسلمين و المرسلة كونها للامام (الى عموم قوله تعالى: وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِى الْقُرْبى، الآية، ف) الخمس لهم و (يكون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۶

الباقى للمسلمين، اذ ليس لمن قاتل شيء من الارضين نصا و اجماعا.

[الثالث أن يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) محياة حال الفتح]

الثالث ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة باذن الامام (ع) محياة حال الفتح ليدخل فى الغنائم و يخرج منها الخمس أولا، على المشهور و يبقى الباقى للمسلمين.

فان كانت حينئذ مواتا كانت للامام، كما هو المشهور بل المتفق عليه على

الباقى) اى الاربعة الاخماس الاخر (للمسلمين، اذ) امر الباقى دائر بين الامام و المسلمين و المقاتلين، لكن الامام له الخمس فقط بظاهر الآية.

و (ليس لمن قاتل شيء من الارضين نصا و اجماعا) و انما للمقاتلين المنقولات فلم يبق الا ان تكون الارضين لجميع المسلمين.

اقول لا يخفى ما فى هذا الوجه اذ مرسلة الوراق على فرض تماميتها حاكمة، و لا تلاحظ النسبة بين الحاكم و المحكوم، كما قرر فى الاصول.

من شروط كون الارض خراجية (ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة باذن الامام «ع» محياة حال الفتح ليدخل فى الغنائم و يخرج منها الخمس أولا، على المشهور) مقابل انه لا يخرج من الارض الخمس و قد فصلنا ذلك فى كتاب الخمس من شرح العروة، فراجع (و يبقى الباقى للمسلمين) و تكون من اراضى الخراج.

(فان كانت حینئذ) ای حین الفتح (مواتا كانت للامام كما هو المشهور) و تكون من الانفال، كما حقق فی كتاب الخمس (بل المتفق علیه علی

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۷

الظاهر المصرح به عن الكفایة، و محكی التذكرة، و یقتضیه اطلاق الاجماعات المحكیة علی ان الموات من الانفال، لاطلاق الاخبار الدالة علی ان الموات- بقول مطلق- له (ع).

و لا یعارضها اطلاق الاجماعات، و الاخبار الدالة علی ان المفتوحة عنوة للمسلمین، لان موارد الاجماعات هی الارض المغنومة عن الكفار، كسائر الغنائم التی یملكونها منهم، و یجب فیها الخمس، و لیس الموات من اموالهم، و انما هی مال الامام.

و لو فرض جریان ایدیهم علیه، كان بحكم المغصوب لا یعدّ فی الغنیمة

الظاهر المصرح به عن الكفایة، و محكی التذكرة، و یقتضیه اطلاق الاجماعات المحكیة علی ان الموات من الانفال) فهی للامام، لا للمسلمین (لاطلاق الاخبار الدالة علی ان الموات- بقول مطلق- له «ع») بدون تقیید بعدم كونها فی المفتوحة عنوة.

(و لا یعارضها اطلاق الاجماعات، و الاخبار الدالة علی ان المفتوحة عنوة للمسلمین) حتی یقال بوقوع التعارض حینئذ بین الطائفتین من الاخبار (لان موارد الاجماعات) الدالة علی ان المغنومة للمسلمین (هی الارض المغنومة عن الكفار، كسائر الغنائم التی یملكونها منهم، و یجب فیها الخمس، و) الحال انه (لیس الموات من اموالهم، و انما هی مال الامام) حتی قبل الفتح.

(و لو فرض جریان ایدیهم) ای الكفار (علیه، كان بحكم المغصوب) و (لا یعدّ فی الغنیمة) فلا یشمل الموات دلیل الغنائم أصلا حتی یقع

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۸

و ظاهر الاخبار خصوص المحیاة مع ان الظاهر عدم الخلاف.

نعم لو مات المحیاة حال الفتح، فالظاهر بقائها علی ملك المسلمین

بل عن ظاهر الریاض استفادة عدم الخلاف فی ذلك من السرائر لاختصاص ادلة الموات بما اذا لم یجر علیه ملك مسلم، دون ما عرف صاحبه.

ثم انه یثبت الحیاة حال الفتح بما كان یثبت به الفتح عنوة.

التعارض بینه و بین دلیل الانفال.

(و ظاهر الاخبار) ان للمسلمین (خصوص المحیاة) من الاراضی المغنومة (مع ان الظاهر عدم الخلاف) فی كون الموات للامام.

(نعم لو مات المحیاة حال الفتح، فالظاهر بقائها علی ملك المسلمین) استصحابا، و لا یدخل فی الانفال بسبب الموت.

(بل عن ظاهر الریاض استفادة عدم الخلاف فی ذلك من السرائر) لابن ادریس (لاختصاص ادلة الموات) الدالة علی كونها من الانفال (بما اذا لم یجر علیه ملك مسلم) و هو: اعم مما كان له صاحب خاص، أم لا (دون ما عرف صاحبه) ای لا تخصص ادلة الموات- التی هی للامام- بما عرف صاحبه، حتی یقال: ان المفتوحة عنوة حیث لم یكن لها صاحب خاص، فهی داخلة فی عموم الموات التی هی للامام.

(ثم انه یثبت الحیاة) للارض (حال الفتح بما كان یثبت به الفتح عنوة) من البینة العادلة- كما تقدم-.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۴، ص: ۳۵۹

و مع الشك فیها، فالاصل العدم و ان وجدناها الآن محیاة لاصالة عدمها حال الفتح.

فیشکل الامر فی کثیر من محیاة اراضی البلاد المفتوحة عنوة.

نعم ما وجد منها فی ید مدّع للملکیة حکم بها له.

اما اذا کانت بید السلطان، او من اخذها منه، فلا یحکم لاجلها بکونها خراجیة، لان ید السلطان عادیة علی الاراضی الخراجیة أیضا.

(و مع الشک فیها) ای فی الحیاة حال الفتح (فالاصل العدم) لان الحیاة حالة طارئة لا یعلم بها حال الفتح (و ان وجدناها الآن محیاة لاصالة عدمها حال الفتح) فان هذه الحیاة جدیدة بلا اشکال، و لیس المقام من مجهولی التاریخ، بل تاریخ الفتح معلوم و تاریخ الحیاة مجهولة.

(ف) حیث ان الاصل عدم الحیاة (یشکل الامر فی کثیر من محیاة اراضی البلاد المفتوحة عنوة) حیث لم یعلم حیاتها حال الفتح حتی یجری علیها احکام المفتوحة عنوة فی الخراج، و غیرها.

(نعم ما وجد منها) ای من تلک الاراضی (فی ید مدّع للملکیة حکم بها له) لاجراء اصالة الصحة.

(اما اذا کانت بید السلطان، او من اخذها منه، فلا یحکم لاجلها) ای لاجل ید السلطان (بکونها خراجیة، لان ید السلطان عادیة علی الاراضی الخراجیة أیضا) و الید العادیة لا تحمل علی الصحة، لان الحمل علی الصحة انما هو فی المشکوک، لا فی المتیقن فساده.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۰

و ما لا ید لمدعی الملکیة علیها، کان مردّدا بین المسلمین و مالک خاص مردد بین الامام، لکونها ترکة من لا وارث له، و بین غیره، فیجب مراجعة حاکم الشرع فی امرها و وظیفة الحاکم فی الاجرة المأخوذة منها اما القرعة، و اما صرفها فی مصرف مشترک بین الکل، کفقیر یستحق الانفاق من بیت المال لقیامه ببعض مصالح المسلمین.

ثم اعلم: ان ظاهر الاخبار تملک المسلمین لجمیع ارض العراق المسمی بارض السواد، من غیر تقیید بالعامر فینزل

(و ما لا ید لمدعی الملکیة علیها) لا من السلطان و لا من سائر الناس (کان مرددا بین المسلمین) لکونها مفتوحة عنوة (و) بین (مالک خاص) و هو (مردد) أیضا (بین الامام، لکونها ترکة من لا وارث له) فیصل الی الامام (و بین غیره، فیجب مراجعة حاکم الشرع فی امرها) لمن یرید التصرف فیها (و وظیفة الحاکم فی الاجرة المأخوذة منها اما القرعة) بین المسلمین و الامام و مجهول المالک، لانها لکل امر مشکل (و اما صرفها فی مصرف مشترک بین الکل، کفقیر یستحق الانفاق من بیت المال لقیامه ببعض مصالح المسلمین).

فاذا کان مجهول المالک، کان مصرفه الفقیر.

و اذا کان سهم الامام او من بیت المال کان مصرفه من یقوم ببعض مصالح المسلمین.

(ثم اعلم: ان ظاهر الاخبار تملک المسلمین لجمیع ارض العراق المسمّی بارض السواد، من غیر تقیید بالعامر) فقط (فینزل) تلک الاخبار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۱

علی ان کلها کانت عامرة حال الفتح.

و یؤیده انهم ضبطوا ارض الخراج- کما فی المنتهی و غیره- بعد المساحة، بستة او اثنین و ثلاثین الف الف جریب.

و حینئذ فالظاهر ان البلاد الاسلامیة المبنیة فی العراق هی و ما یتبعها من القری، من المحیاة حال الفتح التی تملکها المسلمون.

و ذکر العلامة ره فی کتبه تبعا لبعض ما عن المبسوط، و الخلاف: ان حدّ سواد العراق ما بین منقطع الجبال بحلوان الی طرف القادسیة

(علی ان کلها کانت عامرة حال الفتح) بعد ان عرفت انه لو کانت غیر عامرة تکون من الانفال و للامام علیه السلام.

(و يؤيده انهم ضبطوا ارض الخراج- كما فى المنتهى و غيره- بعد المساحة، بستة او اثنين و ثلاثين الف الف جريب) و الجريب ستون ذراعا فى ستين ذراعا، و المسّاح هو عثمان بن حنيف بامر الثانى.

(و حينئذ فالظاهر ان البلاد الاسلامية المبنية فى العراق هى و ما يتبعها من القرى، من المحياة حال الفتح التى تملكها المسلمون) «من المحياة» خبر «ان البلاد».

(و ذكر العلامة ره فى كتبه) كالمنتهى و التذكرة و التحرير و غيرها (تبعا لبعض ما عن المبسوط، و الخلاف: ان حدّ سواد العراق) المفتوحة عنوة (ما بين منقطع الجبال بحلوان) اى آخر الجبال.

و حلوان بلد بينه و بين بغداد خمس مراحل من طرف المشرق (الى طرف القادسية) و هى الطرف الغربى من العراق، و هى بلدة معروفة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۲

المتصل بعذيب من ارض العرب عرضا، و من تخوم الموصل الى ساحل البحر ببلاد عباد ان طولا.

و زاد العلامة ره قوله من شرقى دجلة، فاما الغربى الّذى يليه البصرة، فانما هو اسلامى مثل شطّ عثمان بن ابى العاص و ما والاها، كانت مماتا فاحياها عثمان.

و يظهر من هذا التقييد ان ما عدا ذلك كانت محياة.

كما يؤيده ما تقدم من تقدير الارض المذكورة بعد المساحة بما ذكر من الجريب.

الى الآن (المتصل بعذيب من ارض العرب عرضا، و من تخوم الموصل) اى حدودها، جمع تخم كفلس و فلوس (الى ساحل البحر ببلاد عباد ان طولا).

(و زاد العلامة ره) على التحديد المذكور (قوله من شرقى دجلة فاما الغربى الّذى يليه البصرة، فانما هو اسلامى) اى عمّر فى زمان الاسلام (مثل شطّ عثمان بن ابى العاص و ما والاها، كانت مماتا) حال الفتح (فاحياها عثمان).

و المراد بالاحياء اجراء النهر و الزرع و العمارة و ما اشبهها.

(و يظهر من هذا التقييد) فى كلام العلامة (ان ما عدا ذلك) الّذى استثناه من غربى دجلة (كانت محياة) حال الفتح.

(كما يؤيده ما تقدم من تقدير الارض المذكورة بعد المساحة بما ذكر من الجريب) المقدر بستة و ثلاثين مليون.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۳

فما قيل من ان البلاد المحدثة بالعراق مثل بغداد، و الكوفة و الحلة و المشاهد المشرفة اسلامية بناها المسلمون و لم تفتح عنوة، و لم يثبت ان ارضها يملكها المسلمون بالاستغنام.

و التى فتحت عنوة، و اخذت من الكفار قهرا، قد انهدمت، لا يخلو عن نظر، لان المفتوح عنوة لا يختص بالابنية، حتى يقال: انها انهدمت.

فاذا كانت البلاد المذكورة و ما يتعلق بها من قراها غير مفتوحة عنوة فاين ارض العراق المفتوحة عنوة المقدر بستة و ثلاثين الف الف جريب.

(فما قيل من ان البلاد المحدثة بالعراق مثل بغداد، و الكوفة و الحلة و المشاهد المشرفة اسلامية بناها المسلمون) بعد ان كانت مواتا حال الفتح (و لم تفتح عنوة) فى حال كونها محياة (و لم يثبت ان ارضها يملكها المسلمون بالاستغنام) اى لم يثبت انهم غنموها.

(و التى فتحت عنوة، و اخذت من الكفار قهرا، قد انهدمت) و محى اثرها، فلا يجرى عليه حكم المفتوح عنوة (لا يخلو عن نظر، لان

المفتوح عنوة) المحياة (لا يختص بالابنية، حتى يقال: انها انهدمت) اذ المحياة تكون بالماء و الزرع و ما اشبه، و ما ينهدم لا يخرج عن كونه للمسلمين، كما تقدم.

(فاذا كانت البلاد المذكورة) بغداد و الحلة و المشاهد (و ما يتعلق بها من قراها غير مفتوحة عنوة) كما ذكره هذا البعض (فاين ارض العراق المفتوحة عنوة المقدر بستة و ثلاثين الف الف جريب) خصوصا بعد التحديد المذكور عرضا و طولا- كما عرفت-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۴

و أيضا من البعيد عادة ان يكون بلد المدائن على طرف العراق، بحيث يكون الخارج منها مما يليه البلاد المذكورة مواتا، غير معمورة وقت الفتح و الله العالم و لله الحمد أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

(و أيضا من البعيد عادة) كلام العلامة (ان يكون بلد المدائن) فى بغداد عاصمة كسرى (على طرف العراق، بحيث يكون الخارج منها) فى الطرف الغربى (مما يليه البلاد المذكورة مواتا، غير معمورة وقت الفتح).

و يمكن ان يكون كلامه رحمه الله هذا اشكالا آخر على من يقول بخروج حلة و المشاهد و بغداد عن المفتوحة عنوة (و الله العالم و لله الحمد أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا).

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، و سلام على المرسلين و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين.

تم بيد شارحه: محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

فى مدينة كربلاء المقدسة ۲۵/ ج ۲

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۵

الى هنا تمت اجزاء المكاسب المحرمة الاربعة لكتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب).

و بعد ذلك يشرع فى البيع، و هو الجزء الخامس من الكتاب.

و اللّه ولى التوفيق.

الناشر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۴، ص: ۳۶۷

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة

مقدمة الشارح ۳

فى التنبيه الثالث من تنبيهات الولاية ۶

فى التنبيه الرابع من تنبيهات الولاية ۱۲

فى التنبيه الخامس من تنبيهات الولاية ۱۳

فيما ينبغى للوالى العمل به ۱۹

فى حرمة هجاء المؤمن ۵۰

فى ما يجب على الانسان فعله عينا او كفاية ۵۷

فى جواز اخذ الاجرة على الواجبات ۹۴

فى حرمة بيع المصحف ۱۳۸

فی جوائز السلطان ۱۵۸
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۴، ص: ۳۶۸
الموضوع الصفحة
فی تطهیر المال بالخمس ۱۶۹
فی ما لو علم تفصیلا حرمة ما یأخذه ۱۹۹
فی ما لو علم اجمالا اشتمال الجائزة علی الحرام ۲۳۸
فی الخراج و المقاسمة و الزکاة ۲۴۸
فی تنبیهات الخراج و المقاسمة ۲۷۲
محتویات الکتاب ۳۶۷

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الخامس

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمین و صلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و لعنة اللّه علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الاول من کتاب البیع و الجزء الخامس من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّه الانصاری قدس سره.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الّا من اتی اللّه بقلب سلیم.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمین، و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهرین، و لعنة الله علی اعدائهم الی یوم الدین،

کتاب البیع

[فی معنی البیع]

[البیع لغة]

و هو فی الاصل- کما عن المصباح-: مبادلة مال بمال و الظاهر اختصاص المعوض بالعین فلا یعم ابدال المنافع بغیرها. و علیه

(الحمد لله رب العالمین، و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهرین، و لعنة اللّه علی اعدائهم الی یوم الدین.) لعل التخصیص فی فاتحة الکتب للعنة الی یوم الدین ان اللعنة بمعنی الطرد عن الرحمة او العقاب ابدیة، اما من باب دخول الغایة فی المغیّا، و اما ان المراد

دوام اللعنة الی یوم الجزاء، اما یوم الجزاء فان کل انسان یجزی بما عمل فلا مورد للدعاء علیهم بعد ذلک، و اما هذا کنایة عن الدوام کقوله «خالدین فیها ما دامت السموات و الارض» فان ما دامت السماء کنایة عن الابدیة. کعدد سبعین الّذی هو کنایة عن الکثرة فی قوله سبحانه «ان تستغفر لهم سبعین مرة».

(کتاب البیع) یذکر فیه احکام البیع. فهو من اضافة العام الی الخاص فان لکل حکم من الاحکام کتابا (و هو فی الاصل) عند اهل العرف و اللغة (- کما عن المصباح-: مبادلة مال بمال) بأن یعطی احد الشخصین شیئا فی مقابل ان یأخذ من الشخص الاخر شیئا آخر، کأن یعطی الفرس بمقابل مائة دینار.

(و الظاهر) من العرف لدی اطلاقهم البیع- بضمیمة اصالة عدم النقل المفیدة لکونه کذلک لغة و فی لسان الشرع- (: اختصاص المعوض بالعین فلا یعم) البیع (ابدال المنافع بغیرها) کما لو بدل منفعة هذه الجاریة بدینار فانه لا یسمی بیعا (و علیه) ای علی کون البیع المبادلة لعین بشیء آخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴

استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع.

نعم ربما یستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل یظهر ذلک، من کثیر من الاخبار کالخبر الدال علی جواز بیع خدمة المدبر، و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها، و کاخبار بیع الارض الخراجیة و شرائها

(استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع).

(نعم ربما یستعمل) البیع (فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها) ای نقل غیر العین، کالشیخ فی المبسوط حیث استعمل لفظ البیع فی نقل خدمة العبد (بل یظهر ذلک) ای استعمال البیع فی نقل غیر العین (من کثیر من الاخبار کالخبر الدال علی جواز بیع خدمة المدبر) المدبر- بصیغة المفعول-: هو العبد الّذی یدبره مولاه، بان یقول له: انت حر دبر وفاتی. کخبر السکونی عن علی- علیه السلام- قال «باع رسول الله- صلی الله علیه و آله و سلم- خدمة المدبر و لم یبع رقبته» (و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها) کخبر إسحاق بن عمار عن العبد الصالح- علیه السلام- قال «سألته عن رجل فی یده دار لیست له، و لم تزل فی یده و ید آبائه من قبله، قد اعلمه من مضی من آبائه انها لیست لهم، و لا یدرون لمن هی؟ فیبیعها و یأخذ ثمنها؟ قال- ع-:

ما احب ان یبیع ما لیس له. قلت: فانه لیس یعرف صاحبها، و لا یدری لمن هی و لا اظن یجیء لهارب ابدا، قال- علیه السلام-: ما احب ان یبیع ما لیس له. قلت: فیبیع سکناها او مکانها فی یده؟ فیقول: ابیعک سکنای و تکون فی یدک کما هی فی یدی. قال علیه السلام: نعم یبیعها علی هذا» (و کاخبار بیع الارض الخراجیة و شرائها) مع انها لا تباع عینها لانها ملک لجمیع المسلمین.

و المراد بالارض الخراجیة: المفتوحة عنوة، کما تقدم الکلام فیه فی المکاسب المحرمة و قد تقدم بعض الاخبار الدالة علی ذلک فی المکاسب المحرمة، بل و هناک اخبار اخر دالة علی ذلک کخبر ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵

و الظاهر: انها مسامحة فی التعبیر، کما ان لفظ الاجارة، تستعمل عرفا، فی نقل بعض الاعیان کالثمرة علی الشجرة:

و اما المعوض فلا اشکال فی جواز کونها منفعة، کما فی غیر موضع من القواعد، و عن التذکرة و جامع المقاصد، و لا یبعد عدم الخلاف فیه، نعم نسب الی بعض الاعیان الخلاف فیه و لعله لما اشتهر فی کلامهم من ان البیع نقل الاعیان.

عن الرجل یرید ان یتزوج المرأة فینظر الی شعرها؟ فقال علیه السلام: «نعم انما یرید ان یشتریها باغلی الثمن»

(و الظاهر: انها مسامحة فی التعبیر) و مجاز و لیس بحقیقة. لما نری من تبادر غیر هذه المعانی من لفظ البیع، و التبادر آیة الحقیقة، کما

ان تبادر الغیر آیة المجاز. (کما ان لفظ الاجارة) الموضوعة لنقل المنفعة (تستعمل) احیانا (عرفا) مجازا (فی نقل بعض الاعیان کالثمرة علی الشجرة) فیما اذا آجر البستان او کما لو آجر الدار فان ماء بئرها أیضا ینقل بالاجارة. و هذا اما مجاز و اما ان العرف لا یعتبر ذلک الا ـ من قبیل المنافع، اذ عین البستان عبارة عن الارض و الشجر لا الفواکه و الحطب هذا تمام الکلام فی العوض و انه یلزم ان یکون عینا.

(و اما المعوض فلا اشکال فی جواز کونها منفعة) کما لو اشتری الدار بمقابل انتفاع البائع من دابته (کما فی غیر موضع من القواعد، و عن التذکرة و جامع المقاصد، و لا یبعد عدم الخلاف فیه.) لانهم بین ساکت و بین من صرح بالجواز (نعم نسب الی بعض الاعیان) کالوحید البهبهانی رحمه الله (الخلاف فیه) و انه لا یصح کون عوض البیع منفعة (و لعله) ای الاشکال (لما اشتهر فی کلامهم: من ان البیع نقل الاعیان) و من المعلوم ان المنفعة لیست عینا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶

و الظاهر ارادتهم المبیع، نظیر قولهم: ان الاجارة لنقل المنافع.

و اما عمل الحر، فان قلنا: انه، قبل المعاوضة علیه من الاموال فلا اشکال و الا ففیه اشکال، من حیث احتمال اعتبار کون العوضین- فی البیع- مالا قبل المعاوضة، کما یدل علیه ما تقدم عن المصباح.

و اما الحقوق

(و) لکن (الظاهر ارادتهم) بالاعیان (المبیع) ای المثمن، لا ـ الثمن (نظیر قولهم: ان الاجارة لنقل المنافع) و مرادهم العین الموجرة لا الاجرة.

(و اما عمل الحر) فهل یصح بیعه أم لا بأن یقول لانسان حر خیاط:

اشتریت عملک الخیاطی فی هذا الیوم بدینار- مثلا- (فان قلنا: انه) ای العمل (قبل المعاوضة علیه من الاموال) لاطلاق المال علی العمل التقدیری (فلا اشکال) فی صحة بیعه لانه مال، اما عمل العبد فالظاهر انه یصدق المال علیه و انه ملک للسید (و الا) یصدق علی عمل الحر المال (ففیه اشکال، من حیث احتمال اعتبار کون العوضین) المثمن و الثمن (- فی البیع- مالا قبل المعاوضة، کما یدل علیه ما تقدم عن المصباح.) حیث قال: مبادلة مال بمال.

ثم ان کونه مالا او لیس بمال انما ینفع فی جعله ثمنا، اما جعله مثمنا فقد عرفت انه متوقف علی صدق العین علیه.

ثم ان قول المصنف: «قبل المعاوضة» لاخراج بعد المعاوضة، لانه مال حینئذ قطعا، مثلا لو استاجر زید عمل عمرو فی هذا الیوم بدینار حتی صار عمل عمرو لزید، صح لزید ان یجعل هذا العمل الّذی له، عوضا فی المبیع، کان یشتری سلعة من خالد و یجعل الثمن عمل عمرو الّذی یستحقه علیه

(و اما الحقوق). الحق یطلق علی العین، و علی المال، و علی ما لیس بمال و لا عین، کحق الشفعة او حق المضاجعة- مثلا- و حیث تقدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷

فان لم تقبل المعاوضة بالمال کحق الحضانة و الولایة، فلا اشکال و کذا لو لم تقبل النقل کحق الشفعة و حق الخیار لان البیع تملیک الغیر و لا ینتقض ببیع الدین علی من هو علیه لانه لا مانع من کونه تملیکا.

الکلام فی العین و المال ننقل الکلام فی الحقوق الاخر فی انها هل تکون مثمنا او ثمنا أم لا کحق الشفعة و حق الخیار (فان لم تقبل المعاوضة بالمال کحق الحضانة و الولایة) و الحیازة فان لکل انسان ان یجوز من البحر مثلا ما یشاء و هذا الحق غیر قابل بان یعوض

بالمال کأن یأخذ زید دینارا فی مقابل ان یعطی هذا الحق لعمرو حتی لا یکون لزید حق الحیازة بعد ذلک (فلا اشکال) فی عدم صحة جعل مثل هذا الحق ثمنا و لا مثمنا لان مقوم البیع المقابلة بالمال (و کذا لو) قبل المعاوضة بالمال و لکنه (لم تقبل النقل کحق الشفعة و حق الخیار) کما لو صح اسقاطه فی مقابل المال و ذلک کحق الخیار، فانه غیر قابل لان ینقل الی غیر ذی الخیار بالمال، و لکنه قابل للاسقاط بإزاء مال یأخذه من الطرف الاخر او الشخص الثالث فیسقط خیاره، و انما نقول بوضوح عدم صحة جریان البیع علی هذا الحق (لان البیع تملیک العین) فاذا کان الحق غیر قابل للانتقال لم یکن معنی لتملیک الغیر (و لا ینتقض) ما ذکرناه من انه کلما لم یصح الانتقال لم یصح البیع (ببیع الدین علی من هو علیه) کما لو طلبت من زید دینارا فانه یصح ان ابیعه بزید المدین بقلم مثلا.

و وجه الانتقاض من انه کیف تقولون بصحة بیع الدین علی من هو علیه، مع انه لا یصح الانتقال، لان الدین علی زید فی ذمة زید فاذا بعناه له لم ینتقل شیء إلیه.

و وجه عدم الانتقاض (لانه لا مانع من کونه تملیکا) ای کون بیع الدین علی من هو علیه (تملیکا) ای انه نقل. لانی انقل دیناری الّذی لی بذمة زید الی زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸

فیسقط، و لذا جعل الشهید فی قواعده الابراء مرددا بین الاسقاط و التملیک

و الحاصل انه یعقل ان یکون الانسان مالکا لما فی ذمته فیؤثر تملیکه السقوط و لا یعقل ان یتسلط علی نفسه، و السر ان مثل هذا الحق سلطنة فعلیة لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد بخلاف الملک فانه نسبة بین المالک و المملوک و لا یحتاج الی من یملک علیه حتی یستحیل اتحاد المالک و المملوک علیه

(فیسقط) لانه لا معنی لان یملک زید فی ذمة نفسه (و لذا) الّذی ذکرنا من معقولیة تملیک المدیون الدین الّذی هو انتقال (جعل الشهید) الاول (فی قواعده الابراء) کما لو طلبت دینارا من زید فأبرأته (مرددا بین الاسقاط) لما فی ذمته (و التملیک) فان من کلام الشهید یعرف انه یعقل تملیک الدین للمدیون.

(و الحاصل) من جواب النقض (انه یعقل ان یکون) الانسان (مالکا لما فی ذمته فیؤثر تملیکه) ای تملیک الدائن دینه للمدیون (السقوط) فلا یکون فی ذمة المدیون شیء بعد ان ملکه الدائن

(و) ان قلت: اذا صححتم ان یملک الانسان لما فی ذمته، یلزمکم ان تصححوا سلطة الانسان علی نفسه، لکن الثانی بدیهی البطلان، فکذا الاول. قلت:

بینهما فرق لانه (لا یعقل ان یتسلط) الانسان (علی نفسه) و یعقل ان یملک الانسان ما فی ذمته (و السر) فی الفرق (ان مثل هذا الحق سلطنة فعلیة لا یعقل قیام طرفیها) المتسلط و المتسلط علیه (بشخص واحد) یکون هو المتسلط و هو المتسلط علیه (بخلاف الملک فانه نسبة بین المالک و المملوک) فهو نسبة بین صاحب الذمة و الدینار الّذی فی ذمته (و لا یحتاج الی من یملک علیه) حتی یکون زید المدیون مالکا و مملوکا علیه- مسلطا و مسلطا علی نفسه- (حتی یستحیل اتحاد المالک و المملوک علیه) فانه اذا احتاج الی مملوک علیه استحال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹

فافهم.

و اما الحقوق القابلة للانتقال کحق التحجیر و نحوه، فهی و ان قبلت النقل و قوبلت بالمال فی الصلح الا ان فی جواز وقوعها عوضا للبیع اشکالا من اخذ المال فی عوضی المبایعة لغة و عرفا، مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضین، و لما یصح ان

یکون اجرهٔ فی الاجارهٔ فی حصر الثمن فی المال

[تعاریف الفقهاء و المناقشهٔ فیها]

اشارهٔ

ثم الظاهر ان لفظ البیع لیس له حقیقهٔ شرعیهٔ و لا متشرعیهٔ

لانه کان کالمسلط و المسلط علیه (فافهم) لان نسبهٔ المالک الی الملک کنسبهٔ المسلط الی المسلط علیه، فاذا قلتم: انه لا یمکن ان یتسلط الانسان علی نفسه، لزم ان تقولوا بانه لا یمکن ان یملک الانسان لشیء فی ذمته فالتفکیک بینهما لا وجه له.

(و اما الحقوق القابلهٔ للانتقال کحق التحجیر و نحوه) کحق المضاجعهٔ بالنسبهٔ الی الضرهٔ (فهی و ان قبلت النقل و قوبلت بالمال فی الصلح) فلا اشکال فیه من هاتین الجهتین (الا ان فی جواز وقوعها) ای هذه الحقوق (عوضا للبیع اشکالا،) لان الثمن یجب ان یکون مالا و نشک فی صدق المال علی الحق و هذا مراده بقوله: (من اخذ المال فی عوضی المبایعهٔ) ای یجب ان یکون العوض و المعوض مالا (لغهٔ و عرفا،) لان البیع لغهٔ «مبادلهٔ مال بمال» و عرفا انه مقابلهٔ مال بمال (مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضین، و) عند التعرض (لما یصح ان یکون اجرهٔ فی الاجارهٔ فی حصر الثمن فی المال) فاخذهم المال فی التعریف و فی الشروط دلیل علی انه لا یمکن غیر المال و من المعلوم ان مثل حق التعجیر و ما اشبه لا یسمی مالا.

(ثم الظاهر) من مراجعهٔ اللغهٔ و الشرع حیث لا نجد ان الشارع غیر المفهوم اللغوی (ان لفظ البیع لیس له حقیقهٔ شرعیهٔ و لا متشرعیهٔ) بان یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰

بل هو باق علی معناه العرفی کما سنوضحه إن شاء الله تعالی. الا ان الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه:

ففی المبسوط و التذکرهٔ و غیرهما: انتقال عین من شخص الی غیره بعوض، مقدر، علی وجه التراضی.

و حیث ان فی هذا التعریف مسامحهٔ واضحهٔ عدل آخرون الی تعریفه بالایجاب و القبول الدالین علی الانتقال.

و حیث ان البیع من مقولهٔ المعنی دون اللفظ مجردا، او

المتشرعون احدثوا اصطلاحا جدیدا فی معنی البیع حتی اذا قالوا هذه اللفظهٔ فهم منها معنی جدید غیر المعنی اللغوی (بل هو باق علی معناه العرفی) اللغوی الّذی کان متداولا فی زمان الشارع و قبل زمان الشارع (کما سنوضحه إن شاء اللّه تعالی. الا ان الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه:) و من جراء هذا الاختلاف یکون بعض الافراد داخلا او خارجا مما یوجب اختلاف الحکم أیضا.

(ففی المبسوط و التذکرهٔ و غیرهما: انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدر،) ای لا یکون مجهولا (علی وجه التراضی.) اذ لو لا الرضا لم یکن نقل و انتقال.

(و حیث ان فی هذا التعریف مسامحهٔ واضحهٔ) فان البیع هو النقل و الانتقال لا الانتقال فقط (عدل آخرون الی تعریفه بالایجاب و القبول الدالین علی الانتقال) مقابل الایجاب و القبول فی النکاح و نحوه مما لیس فیه انتقال.

(و حیث ان البیع من مقولهٔ المعنی دون اللفظ مجردا) و قد کان هذا التعریف مفیدا لان البیع لفظ حیث عرف بانه ایجاب و قبول (او) اللفظ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱

بشرط قصد المعنی، و الا لم یعقل انشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد الی تعریفه بنقل العین بالصیغة المخصوصة.

و یرد علیه مع ان النقل لیس مرادفا للبیع و لذا صرح فی التذکرة بان ایجاب البیع لا یقع بلفظ نقلت و جعله من الکنایات و ان المعاطاة عنده بیع، مع خلوها عن الصیغة: ان النقل بالصیغة- أیضا- لا یعقل انشاؤه

(بشرط قصد المعنی) اذ لا- ربط للفظ فی البیع اصلا (و الا) فلو کان اللفظ دخل فی تعریف البیع (لم یعقل انشاؤه) ای البیع (باللفظ) فان اللفظ لا یعقل ان ینشأ باللفظ مع انا نری صحة قولهم «انشأ البیع بالایجاب و القبول» (عدل جامع المقاصد الی تعریفه ب) ان البیع هو (نقل العین بالصیغة المخصوصة) ای بعت و اشتریت.

(و یرد علیه- مع ان النقل لیس مرادفا للبیع) مع وضوح انه یشترط ترادف المعرّف و المعرّف، و الا- لم یعقل ان یکون احدهما مبینا للآخر، و اما النقل فلیس مرادفا للبیع لانه اعم من البیع فالصلح و الهبة و ما اشبه توجب النقل أیضا. و لیست بیعا، (و لذا) الّذی ذکرنا من ان النقل لیس مرادفا للبیع (صرح فی التذکرة بان ایجاب البیع لا یقع بلفظ نقلت) فلا یصح ان یقول «نقلت» و یرید البیع (و جعله من الکنایات) لانه من باب ذکر اللازم و إرادة الملزوم فان لازم البیع النقل کما ان لازم البخل ظرافة المطبخ (و) مع (ان المعاطاة عنده) ای عند جامع المقاصد (بیع مع خلوها عن الصیغة) فلیزم ان لا یکون تعریف البیع جامعا لان المعاطاة بیع و الحال انه لا یشملها التعریف الّذی ذکره بقوله «نقل العین بالصیغة المخصوصة» (-: ان النقل بالصیغة) هذا فاعل قوله «یرد» (أیضا) کتعریف البیع بانه الایجاب و القبول (لا یعقل انشاؤه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲

بالصیغة و لا یندفع هذا بان المراد:

ان البیع نفس النقل الّذی هو مدلول الصیغة، فجعله مدلول الصیغة اشارة الی تعیین ذلک الفرد من النقل لا انه مأخوذ فی مفهومه حتی یکون مدلول بعت: نقلت بالصیغة لانه ان ارید بالصیغة خصوص «بعت» لزم الدور

بالصیغة) فیرد علی تعریف جامع المقاصد ما ورد علی تعریف غیره الّذی عرّفه بانه الایجاب و القبول (و لا یندفع هذا) الاشکال (بان المراد ان البیع نفس النقل الّذی هو مدلول الصیغة) فلیس «بالصیغة» فی تعریف الکرکی جزء من تعریف البیع حتی تقولوا: ان الصیغة لا تنشأ بالصیغة بل معرف البیع فی کلامه انه «النقل» و انما هو قسم خاص من النقل و هو النقل بالصیغة و من المعلوم ان النقل یمکن انشاؤه بالصیغة (فجعله) ای البیع (مدلول الصیغة اشارة الی تعیین ذلک الفرد من النقل، لا انه) ای الصیغة (مأخوذ فی مفهومه) ای مفهوم البیع (حتی یکون مدلول بعت: نقلت بالصیغة) و یلزم منه المحذور المتقدم اعنی انه لا- یعقل انشاؤه بالصیغة، و انما قلنا «لا یندفع هذا» لانه یسلم ان قول الکرکی «بصیغة مخصوصة» یراد به المعرف «للنقل» لا انه جزء من «المعرّف» لکن فی ذلک أیضا اشکالا (لانه ان ارید بالصیغة) فی المعرف «للنقل» (خصوص «بعت» لزم الدور) فکانه قال «البیع» هو النقل بلفظ بعت و من المعلوم ان «مادة کلمة» اذا کانت فی المعرّف و المعرّف لزم الدور،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳

لان المقصود معرفة مادة «بعت». و ان ارید بها ما یشمل ملکت وجب الاقتصار علی مجرد التملیک و النقل.

فالأولی تعریفه بانه «إنشاء تملیک عین بمال».

اشارة

و لا یرد علیه شیء مما تقدم.

نعم یبقی علیه امور:

منها: انه موقوف علی جواز الایجاب بلفظ ملکت،

و الا لم یکن مرادفا له.
و یرده: انه الحق کما سیجیء.

فاذا قلت «الانسان حیوان انسانی» کان دورا لتوقف المعرّف علی المعرّف و المعرّف علی المعرّف (، لان المقصود معرفة مادة «بعت»). ای «البیع» فلا- یمکن ان تقع صیغة «بعت» معرفة لمادتها (و ان ارید بها) ای بالصیغة فی کلام الکرکی (ما یشمل ملکت) فکانه قال «البیع نقل العین ب «بعت او «ملکت» او «ما اشبه» (وجب الاقتصار) فی تعریف البیع (علی مجرد التملیک و النقل) بان یقول الکرکی «البیع هو النقل» و لا یزید علی التعریف بقوله «بصیغة مخصوصة» اذ علی هذا لا صیغة مخصوصة لجواز اجراء البیع بکل صیغة ک «نقلت» و «ملکت» و «بعت» و ما اشبه و حیث ان التعریفات المذکورة غیر تامة.
(فالاولی تعریفه بانه «إنشاء تملیک عین بمال». و لا یرد علیه شیء مما تقدم) من الاشکالات الواردة علی تلک التعریفات.
(نعم یبقی علیه امور:) من الاشکال.
(منها: انه) ای هذا التعریف (موقوف علی جواز الایجاب بلفظ ملکت، و الا لم یکن مرادفا له) ای للبیع- الّذی هو المعرف بالفتح-.
(و یرده: انه الحق) و انه یجوز الایجاب بلفظ ملکت (کما سیجیء) عن قریب.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴

و منها: انه لا یشمل بیع الدین علی من هو علیه

لان الانسان لا یملک مالا علی نفسه.
و فیه- مع ما عرفت، و ستعرف من تعقل تملک ما علی نفسه، و رجوعه الی سقوطه عنه، نظیر تملّک ما هو مسا و لما فی ذمته، و سقوطه بالتهاتر-: انه لو لم یعقل التملیک لم یعقل البیع اذ لیس للبیع لغة و عرفا معنی غیر المبادلة و النقل و التملیک و ما یساویها من الالفاظ، و لذا قال فخر الدین: معنی بعت- فی لغة العرب- ملکت غیری فاذا لم یعقل ملکیة ما فی ذمة نفسه لم یعقل شیء مما یساویها، فلا یعقل البیع

(و منها: انه لا یشمل بیع الدین من هو علیه کان الانسان لا یملک مالا علی نفسه) و لا علی ذمته شیئا فلیس بیع الدین علیه «تملیکا».
(و فیه- مع ما عرفت) من قولنا «لانه لا- مانع من کونه تملیکا» (و ستعرف من تعقل تملک) الانسان (ما علی نفسه، و رجوعه) ای ان مرجع التملیک (الی سقوطه) الی المملوک (عنه) ای عن المالک (، نظیر تملک ما هو مساو لما فی ذمته، و سقوطه بالتهاتر) کما اذا طلب زید من عمرو دینارا و طلب عمرو من زید دینارا أیضا فان زیدا مثلا- یملک دینار عمرو الّذی عنده و یسقط عن ذمة فلا یطلبه عمرو بعد ذلک، و هکذا بالنسبة الی عمرو (- انه) متعلق ب «فیه» (لو لم یعقل التملیک) للدین الّذی فی ذمته (لم یعقل البیع اذ لیس للبیع لغة و عرفا معنی غیر المبادلة و النقل و التملیک و ما یساویها من الالفاظ،) و الحاصل، التلازم بین الامرین فیصح التملیک- کما

بین فی الاشکال- فلا- وجه له (و لذا) الّذی ذکرنا من التلازم بین البیع و التملیک (قال فخر الدین: ان معنی بعت- فی لغهٔ العرب ملکت غیری، فاذا لم یعقل ملکیهٔ) الانسان ل (ما فی ذمهٔ نفسه) للدائن (لم یعقل شیء ما یساویها، فلا یعقل البیع) أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵

و منها: انه یشمل التملیک بالمعاطاهٔ

مع حکم المشهور بل دعوی الاجماع علی انها لیست بیعا.

و فیه: ما سیجیء من کون المعاطاهٔ بیعا، و ان مراد النافین نفی صحته.

و منها: صدقه علی الشراء،

فان المشتری بقبوله للبیع یملک ماله بعوض المبیع.

و فیه: ان التملیک فیه ضمنی و انما حقیقته التملک بعوض، و لذا لا یجوز الشراء بلفظ ملکت، تقدم علی الایجاب او تأخر، و به یظهر اندفاع الایراد بانتقاضه بمستأجر العین بعین

(و منها: انه) الی هذا التعریف (یشمل التملیک بالمعاطاهٔ) لانها إنشاء تملیک عین بمال (مع حکم المشهور بل دعوی الاجماع علی انها لیست بیعا) و انما تفید الملک المستقر الّذی هو نتیجهٔ البیع بالتصرف او التلف.

(و فیه: ما سیجیء من کون المعاطاهٔ بیعا، و ان مراد النافین) الذین ینفون کونها بیعا (نفی صحته) فهی بیع غیر صحیح لا انها لیست بیعا.

(و فیه ان التملیک فیه) ای فی الشراء (ضمنی و انما حقیقته) ای حقیقهٔ الشراء (التملک) و الظاهر من التعریف کون التملیک ابتدائیا لا ضمنیا فلا یشمل التعریف الشراء (و لذا) الّذی ذکرنا من ان الشراء تملک لا تملیک (لا یجوز الشراء بلفظ ملکت، تقدم علی الایجاب او تأخر،) و عدم جوازه لانه لیس مألوفا عند الناس فلم یمضه الشارع لان الشارع انما امضی المألوف من العقد لانصراف: أحل الله البیع، الی البیع المتعارف (و به) ای بالجواب عن هذا الاشکال (یظهر اندفاع الایراد) علی التعریف المذکور (بانتفاضه بمستأجر العین بعین) کما لو استجر الدار بمائهٔ دینار، فان المستاجر ینشئ تملیک عین المائهٔ بمال هی السکنی فی الدار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶

حیث ان الاستیجار یتضمن تملیک العین بمال اعنی المنفعهٔ.

و منها: انتقاض طرده بالصلح علی العین بمال، و بالهبهٔ المعوضهٔ.

و فیه: ان حقیقهٔ الصلح- و لو تعلق بالعین، لیس هو التملیک علی وجه المقابلهٔ و المعاوضهٔ، بل معناه الاصلی هو التسالم، و لذا لا یتعدی بنفسه الی المال.

نعم هو متضمن للتملیک اذا تعلق بعین، لا انه نفسه. و الّذی یدلک علی هذا، ان الصلح قد یتعلق بالمال عینا

و وجه الاشکال ما بینه بقوله: (حیث ان الاستیجار یتضمن تملیک العین) التی هی الاجرهٔ (بمال اعنی المنفعهٔ) ای منفعهٔ الدار و وجه الاندفاع ان التملیک ضمنی و انما مصب الاجارهٔ قبول منفعهٔ الدار- من طرف المستاجر-.

(و منها: انتقاض طرده) ای لیس التعریف مانعا للاغیار (بالصلح علی العین بمال) کما لو صالح زید عن داره بالف دینار (و بالهبهٔ

المعوضة) کما لو وهب زید داره بعوض الف دینار فانها إنشاء تملیک عین بمال مع انهما لیسا بیعا.

(و فیه: ان حقیقة الصلح- و لو تعلق بالعین) فی مقابل ما لو تعلق باسقاط حق او غیره (لیس هو التملیک علی وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الاصلی هو التسالم) و انما یفید احیانا فائدة البیع کما یفید سائر الفوائد فی سائر الموارد (و لذا) الّذی ذکرنا من انه لیس هو التملیک (لا یتعدی بنفسه الی المال) فلا یقال صالحتک المال، و التملیک یتعدی بنفسه الی المال، فیقال ملکتک المال، و لو کان الصلح بمعنی التملیک لکان اللازم ان یتعدی بنفسه.

(نعم هو) ای الصلح (متضمن للتملیک اذا تعلق بعین، لا انه نفسه) ای نفس التملیک (و الّذی یدلک علی هذا) الّذی ذکرناه من انه لیس تملیکا ابتداء- (ان الصلح قد یتعلق بالمال عینا) کصالحتک عن هذه المائة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷

او منفعة فیفید التملیک، و قد یتعلق بالانتفاع فیفید فائدة العاریة، و هو مجرد التسلیط، و قد یتعلق بالحقوق فیفید فائدة الاسقاط او الانتقال، و قد یتعلق بتقریر امر بین المتصالحین کما فی قول احد المشرکین لصاحبه: صالحتک علی ان یکون الربح لک و الخسران علیک. فیفید مجرد التقریر، فلو کان حقیقة الصلح هی عین کل من هذه المفادات الخمسة لزم کونه مشترکا لفظیا، و هو واضح البطلان فلم یبق الا ان یکون مفهومه معنی آخر، و هو التسالم، فیفید فی کل موضع فائدة من الفوائد المذکورة بحسب ما یقتضیه متعلقه، فالصلح علی العین بعوض تسالم علیه، و هو

(او منفعة) کصالحتک علی سکنی هذه الدار (فیفید التملیک) للعین او المنفعة (و قد یتعلق بالانتفاع) کصالحتک لانتفاعک بهذه الدار (فیفید فائدة العاریة، و هو مجرد التسلیط) بدون ان تکون فائدة الدار ملکا له (و قد یتعلق بالحقوق) کما لو قال صالحتک عن حقی فی المضاجعة (فیفید فائدة الاسقاط) لحقها (أو الانتقال) الی الضرة مثلا (و قد یتعلق بتقریر امر بین المتصالحین کما فی قول احد المشرکین لصاحبه صالحتک علی ان یکون الربح لک و الخسران علیک) و هذا خلاف مقتضی الشرکة المطلقة التی تقتضی التشارک فی الربح و الخسارة (فیفید مجرد التقریر) لما بنیا علیه (فلو کان حقیقة الصلح هی عین کل من هذه المفادات الخمسة لزم کونه مشترکا لفظیا) بین هذه الامور (و هو واضح البطلان) لانا لا نجد فی الجمیع الا معنی واحدا هو التسالم لکن متعلق التسالم قد یکون هذا و قد یکون ذاک من الامور الخمسة المذکورة (فلم یبق) بعد ان لم یکن مشترکا لفظیا (الا ان یکون مفهومه معنی آخر و هو التسالم فیفید فی کل موضع فائدة من الفوائد المذکورة) ای الفوائد الخمسة (بحسب ما یقتضیه متعلقه،) ای الشیء الّذی انصب الصلح علیه (فالصلح علی العین بعوض تسالم علیه، و هو) ای هذا التسالم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۸

یتضمن التملیک، لا ان مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقته هو إنشاء التملیک، و من هنا لم یکن طلبه من الخصم اقرارا، بخلاف طلب التملیک.

و اما الهبة المعوضة، و المراد بها هنا: ما اشترط فیها العوض فلیست إنشاء تملیک بعوض علی جهة المقابلة بین المالین و الا لم یعقل تملک احدهما لاحد العوضین من دون تملک الاخر للآخر مع ان ظاهرهم: عدم تملک العوض بمجرد تملک الموهوب له الهبة

(یتضمن التملیک، لا ان مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقته) عند تعلقه بذلک (هو إنشاء التملیک، و من هنا) الّذی هو تسالم (لم یکن طلبه من الخصم اقرارا، بخلاف طلب التملیک) فانه لو اختصم زید و عمرو فی مال فقال زید هیا بنا نصالح لم یکن ذلک اقرارا منه بان المال لعمر و بخلاف ما لو قال له ملکنی فانه اقرار بان المال لعمرو و الا لم یکن معنی لطلب تملیکه.

(و اما الهبة المعوضة، و المراد بها هنا: ما اشترط فیها العوض) کأن یقول: اهبک هذا الشیء فی مقابل الشیء الفلانی الّذی لک. و هذا

يقال الهبـة المعوضـة بمعنى ان يهب له ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب- فانه يطلق عليه أيضا الهبـة المعوضة (فليست إنشاء تمليك بعوض على جهـة المقابلـة بين المالين) بان يخرج احـد المالين الى ملك الاخر وقت خروج مال الاخر الى ملك الاول (و الا لم يعقل تملك احـدهما لاحـد العوضـين من دون تملك الاخر ل) العوض (الاخر) بان يملك زيد دون ان يملك عمرو، و انما نقول لم يعقل لانه اذا كـان الامر مقابلـة بين المالين كيف يمكن ان يصير احـدهما دون الاخر (مع ان ظاهرهم: عـدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة) فانك اذا وهبت دينارا لزيد فى مقابل قلمه لم تملك قلمه بمجرد هبتك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۹

بل غاية الامر ان المتهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته.

فالظاهر ان التعويض المشترط فى الهبـة كـالتعويض غير المشترط فيهـا فى كونه تمليكـا مسـتقلا يقصـد به وقوعه عوضـا، لا ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض غير المشترط فى ضمن الهبة الاولى.

فقد تحقق مما ذكرنا: ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع.

فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعا و لا يصح صلحا، و لا هبة معوضة، و ان قصدهما. اذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية

بـل يحتاج تملكك للقلم الى ان يهبك هو القلم (بل غايـة الامر ان المتهب) كزيـد فى المثال (لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته.) بخيار تخلف الشـرط- مثلا- (فالظاهر ان التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض غير المشترط فيها) كما لو اعطاه زيد دينارا هبـة، فاعطى لزيد قلما مثلا (فى كونه) اى العوض (تمليكا مسـتقلا يقصد به و وقوعه عوضا، لا ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كـل من العوضـين) حتى يكون كـالبيع من مقابلـة مـال بمال (كما يتضـح ذلك، بملاحظـة التعويض غير المشترط فى ضـمن الهبة الاولى) فكما ان المال لا يقابل بالمال فى غير المشترط كذلك لا يقابل المال بالمال فى المشترط.

(فقد تحقق مما ذكرنا: ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع) و المراد بما ذكرنا، دفع الاشكالات المتقدمة (فلو قال: ملكتك كـذا بكـذا كـان بيعـا) و ان لم يـأت بلفـظ البيع لما تقـدم من التساوى بين البيع و التمليك (و لا يصـح صـلحا، و لا هبـة معوضـة و ان قصدهما) اذ القصد بدون اللفظ لا ينفع فى تحقق العقد (اذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية) بين المالين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۰

ليس صلحا و لا هبة، فلا يقعان به نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصريحة، توجه تحققهما مع قصدهما

فما قيل- من ان البيع هو الاصل فى تمليك الاعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة- محل تأمل، بل منع لما عرفت من ان تمليـك الاعيـان بـالعوض هو البيع لا غير نعم لو أتى بلفـظ التمليك بالعوض و احتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضـى الاصل اللفظى حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع لكن الظاهر ان الاصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم

(ليس صـلحا و لا هبـة، فلا يقعان به) اى بلفظ التمليك (نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصـريحة: توجه تحققهما مع قصـدهما) من لفظ التمليك.

(فمـا قيـل) فى وجه عـدم تحقق الصـلح و الهبـة بلفـظ التمليـك (من ان البيع هو الاصل فى تمليك الاعيان بالعوض) و ان كان يصـح الصـلح و الهبة أيضا (فيقدم) الاصل (على الصلح و الهبة المعوضة) لدى اطلاق لفظ التمليك (- محل تأمل، بل منع. لما عرفت من ان تمليك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير) لا انه مقـدم على غيره (نعم لو أتى بلفظ التمليك بالعوض) كما لو قال: ملكتك القلم بعوض درهم (و احتمل إرادة غير حقيقته) اين غير حقيقة التمليك (كان مقتضـى الاصل اللفظى) اى أصالة الحقيقة فى اللفظ المستعمل الّذى لم يـدر هـل انه اريـد به الحقيقـة او المجـاز (حمله على المعنى الحقيقى) الّذى هو البيع (فيحكم بالبيع) و يرتب اثر البيع على المعاملة

المذکورة لا الصلح و الهبة (لکن الظاهر: ان الاصل بهذا المعنی) ای، اصالة الحقیقة (لیس مراد القائل المتقدم) لانه یری التملیک حقیقة فی البیع و الصلح و الهبة، و انما یقدم البیع للانصراف، فمراده من الاصل: الانصراف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱

و سیجیء توضیحه فی مسألة المعاطاة فی غیر البیع إن شاء الله تعالی

بقی القرض داخلا فی ظاهر الحد

و یمکن اخراجه بان مفهومه لیس نفس المعاوضة بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل او القیمة لا معاوضة للعین بهما و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفی فیها و لا ذکر العوض و لا العلم به

بخلاف ما ذکرناه من ان التملیک حقیقیة فی البیع فقط مجاز فیما عداه، فمرادنا بالاصل اصالة الحقیقة (و سیجیء توضیحه فی مسألة المعاطاة فی غیر البیع إن شاء الله تعالی) کما لو صالح صلحا معاطاتیا- مثلا-

(بقی القرض داخلا- فی ظاهر الحد) ای تعریفنا للبیع بأنه إنشاء تملیک عین بمال لان المقرض ینشئ تملیک عینه بمقابل المثل او القیمة الّذی یسترده من المقترض (و یمکن اخراجه) من الحد (بان مفهومه) ای مفهوم القرض (لیس نفس المعاوضة بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل او القیمة) لا تملیکا مجانیا، (لا معاوضة للعیب بهما) این بالمثل و القیمة (و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضة) و انما یجری فیه ربا القرض و بینهما فرق کما حقق فی باب الربا (و لا الغرر المنفی فیها) ای فی المعاوضة الّذی اشار إلیه النبی صلی الله علیه و آله و سلم بقول الامام علیه السلام «نهی النبی عن بیع الغرر» و ان جری فیه مطلق الغرر فی الجملة لما ورد من انه «نهی النبی (ص) عن الغرر»- کما فی مستدرک الوسائل و کتب الفتوی- (و لا ذکر العوض، و لا العلم به) بخلاف المعاملة فانه یشترط فیها ذکر العوض، و العلم به (فتأمل) لعله اشارة الی ان القرض لیس معاوضة اصلا و انما رد لفرد توسعی من الشیء فی طول رد العین و لذا یقول المقترض: رددت ماله. فلا حاجة لاخراج القرض من التعریف المذکور بهذا التکلف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲

ثم ان ما ذکرنا تعریف للبیع المأخوذ فی صیغة «بعت» و غیره من المشتقات.

و یظهر من بعض من قارب عصرنا: استعماله فی معانی أخر غیر ما ذکر

احدها: التملیک المذکور، لکن بشرط تعقبه بتملک المشتری.

و إلیه نظر بعض مشایخنا، حیث أخذ قید «التعقب بالقبول» فی تعریف البیع المصطلح. و لعله لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحته السلب عن المجرد و لهذا لا یقال: باع فلان ماله الا بعد ان یکون قد اشتراه غیره

(ثم ان ما ذکرنا) من الحد للبیع (تعریف للبیع المأخوذ فی صیغة «بعت» و غیره من المشتقات.) کباع و یبیع و بع و ما اشبه.

(و یظهر من بعض من قارب عصرنا) و هو صاحب المقابیس (: استعماله فی معانی أخر) «۱»

(احدها: التملیک المذکور) ای التملیک بعوض (لکن بشرط تعقبه بتملک المشتری) فالبیع إنشاء تملیک عین بمال متعقبا بتملک المشتری (و إلیه نظر بعض مشایخنا، حیث أخذ قید «التعقیب بالقبول») مأخوذا (فی تعریف البیع المصطلح) لدی المتشرعة (و لعله) ای

هـذا الاـشتراط (لتبـادر التملیـک المقرون بـالقبول من اللفـظ) ای لفظ البیع فاذا قال القائل: بعت کتابی، کان المتبادر منه انه باعه و ان المشتری قبل ذلک (بل و صحته السلب عن المجرد) عن القبول فاذا انشأ زید البیع و لم یقبل خالد، صح ان یقال انه لیس ببیع (و لهذا لا یقال: باع فلان ماله الا بعد ان یکون قد اشتراه غیره) فان هذا یدل

---

(۱) و فی نسخهٔ: استعماله فی معانی أخر غیر ما ذکر ..

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳

و یستفاد من قول القائل: بعت مالی: انه اشتراه غیره، لا انه اوجب البیع فقط.

الثانی: الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول، و هو الانتقال،

کما یظهر من المبسوط، و غیره.

الثالث: نفس العقد المرکب من الایجاب و القبول.

و إلیه ینظر من عرف البیع بالعقد قال: بل الظاهر اتفاقهم علی إرادهٔ هذا المعنی فی عناوین ابواب- المعاملات حتی الاجارهٔ و شبهها

علی اشتراط القبول فی صدق البیع (و) کذلک (یستفاد من قول القائل: بعت مالی: انه اشتراه غیره، لا انه اوجب البیع فقط) و لا یخفی ان مقصود الشیخ رحمه الله من نقـل کلاـم من قـارب عصـره، بیـان انه لا ینحصـر تعریف البیع الّـذی ذکره رحمه الله- بما ذکره هـذا المقـارب للعصـر من معـانی اخر للبیع، اذ بنـاء علی مـا ذکره هـذا المقارب للعصـر یکون البیع مشترکا بین ما ذکره الشـیخ و بین هـذه المعانی فلا یکون تعریف الشیخ بانه إنشاء تملیک عین بمال المعنی الوحید للبیع کما لا یخفی-

(الثـانی) من معـانی الـبیع (الاـثر الحاصـل من الایجـاب و القبـول، و هو الانتقـال کمـا یظهر من المبسوط، و غیره) و الظـاهر ان المراد بالانتقال المعنی القائم بالطرفین نقلا و انتقالا لا الانتقال فقط لان الاثر هو الفعل و الانفعال لا الانفعال وحده.

(الثـالث: نفس العقـد المرکب من الایجـاب و القبول. و إلیه ینظر من عرف البیع بالعقـد) لاـن العقـد عبـارهٔ عن الایجاب و القبول (بل الظاهر) «۱» من کلماتهم فی تعریف البیع (اتفاقهم علی إرادهٔ هذا المعنی) الثالث (فی عناوین ابواب المعاملات حتی الاجارهٔ و شبهها) کالرهن و المزارعهٔ فان

---

(۱) و فی نسخهٔ: قال: بل الظاهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴

التی لیست هی فی الاصل اسما لاحد طرفی العقد

[المناقشهٔ فی هذه الاستعمالات]

اقول: امـا البیع بمعنی الایجـاب المتعقب للقبول، فالظـاهر انه لیس مقابلاـ للاـول و انما هو فرد انصـرف إلیه اللفظ فی مقام قیام القرینهٔ علی إرادهٔ الایجاب المثمر، اذ لا ثمرهٔ فی الایجاب المجرد فقول المخبر: بعت

مرادهم العقد ای الایجاب و القبول (التی لیست هی فی الاصل اسما لاحد طرفی العقد) لان بعض عناوین المعاملات اسم لاحد طرفی العقد، کالبیع و الضمان و الخلع، فانها اسامی للایجاب فقط، و بعضها اسم لطرفی العقد کالشرکة و المزارعة و المساقاة و بعضها اسم عین لا یرتبط بالایجاب و لا مجموع العقد، کالودیعة و العاریة و الصدقة.

و لا یخفی ان الاجارة من قبیل الثالث- علی ما قالوا- فانها فی اللغة نفس الاجرة فاذا صح استعمال اسم العین- کالاجارة- فی العقد کان استعمال ما هو موضوع لاحد طرفی العقد فی مجموع العقد- کالبیع- اولی لوجود علاقة الکل و الجزء فی مثل البیع دون مثل الاجارة فاستعمال الاجارة فی العقد ابعد من مثل استعمال البیع فی العقد.

(اقول) یرد علی المعانی الثلاثة التی ذکرها المقابیس ما لا یخفی (اما البیع بمعنی الایجاب المتعقب للقبول، فالظاهر انه لیس مقابلا للاول) ای المعنی الّذی ذکرناه من انه إنشاء تملیک عین بمال (و انما هو) ای الایجاب المتعقب (فرد) من افراد البیع (انصرف إلیه اللفظ) ای لفظ البیع (فی مقام قیام القرینة علی إرادة الایجاب المثمر) و انما انصرف لفظ البیع إلیه (اذ لا ثمرة فی الایجاب المجرد) و هذا کانصراف الانسان الی العاقل لعدم الفائدة فی الانسان المجنون لا ان الانسان موضوع للعاقل فقط (فقول المخبر: بعت،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵

انما اراد الایجاب المفید، فالقید مستفاد من الخارج، لا ان البیع مستعمل فی الایجاب المتعقب للقبول، و کذلک لفظ النقل و الابدال و التملیک و شبهها مع انه لم یقل احد بان تعقیب القبول له دخل فی معناها، نعم تحقق القبول شرط للانتقال فی الخارج لا فی نظر الناقل اذ التأثیر لا ینفک عن الاثر فالبیع و ما یساویه معنی من قبیل الایجاب و الوجوب لا الکسر و الانکسار

انما اراد الایجاب المفید) بتعقیب القبول (فالقید مستفاد من الخارج) الّذی هو قرینة ان المتکلم اراد المثمر (لا ان البیع مستعمل فی الایجاب المتعقب للقبول) کما قال صاحب المقابیس (و کذلک لفظ النقل و الابدال و التملیک و شبهها) کالتبدیل (مع انه لم یقل احد بان تعقب القبول له دخل فی معناها) و ای فرق بین هذه الالفاظ و بین البیع (نعم تحقق القبول شرط للانتقال فی الخارج) اذ لو لا القبول لا یکون انتقال خارجی (لا فی نظر الناقل) «۱»، فان الناقل یری انه حیث اوجد المؤثر وجد الاثر سواء اعتبر العقلاء وجوده أیضا بمعنی التأثیر فی الخارج- أو لا- اذ لا- تلازم بین نظر الناقل و بین الخارج و حیث کان هنا محل ان یقال کیف یمکن ان یحصل الاثر فی نظر الناقل دون الخارج اجاب بقوله: (فالبیع و ما یساویه معنی) من النقل و ما اشبه، و قوله: «معنی» ای ما هو بمعنی البیع (من قبیل الایجاب و الوجوب) من الامور الاعتباریة التی یمکن اختلاف الانظار فیها فزید اذا أمر عمرا کان معتبرا للوجوب، و ان لم یعتبر العقلاء کونه واجبا لعدم حق لزید فی الایجاب (لا الکسر و الانکسار) من الامور الخارجیة التی لا یمکن اختلاف الانظار فیها، بل اما ان یحصل الانکسار بنظر الکل او لا- یحصل بنظر الکل و منه یظهر انه من الممکن تحقق الانتقال بنظر البائع الناقل لانه اوجد المؤثر الاعتباری فلا بد ان یوجد

(۱) و فی نسخة اخری: اذ التأثیر لا ینفک عن الاثر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶

کما تخیله بعض فتامل.

و منه یظهر ضعف اخذ القید المذکور فی معنی البیع المصطلح، فضلا عن ان یجعل احد معانیه.

و اما البیع- بمعنی الاثر و هو الانتقال- فلم یوجد فی اللغة و لا فی العرف، و انما وقع فی تعریف جماعة تبعا للمبسوط. و قد یوجه بان المراد بالبیع المحدود المصدر من المبنی للمفعول اعنی المبیعیة و هو تکلف حسن

الاثر الاعتباری بنظره مع عدم تحقق الانتقال بنظر العقلاء- ای فی الخارج- (کما تخیله بعض) من ان البیع کالکسر و الانکسار (فتأمل) اذ حتی بنظر الناقل لم یحصل النقل، اذ الناقل لا یری النقل ما لم یلحق القبول بما اوجبه من الایجاب.

(و منه) ای مما ذکرناه من ان القبول لیس له مدخلیة فی معنی البیع (یظهر ضعف أخذ القید المذکور) ای قید التعقب بالقبول (فی معنی البیع المصطلح) الّذی هو إنشاء تملیک عین بمال (فضلا عن ان یجعل احد معانیه) ای معانی البیع کما صنعه من قارب عصرنا. و الحاصل انه لیس قیدا، فکیف بکونه معنی مستقلا.

(و اما البیع- بمعنی الاثر) الّذی جعله هذا المقارب للعصر معنی ثانیا للبیع (و هو الانتقال- فلم یوجد فی اللغة و لا فی العرف) بان یطلق لفظ البیع و یراد به الانتقال (و انما وقع فی تعریف جماعة) للبیع (تبعا للمبسوط و قد یوجه) هذا المعنی (بان المراد بالبیع المحدود) الّذی عرف بانه الانتقال (المصدر من المبنی للمفعول) ای المجهول (اعن المبیعیة) فی مقابل المصدر المبنی للفاعل ای البائعیة (و هو تکلف) اذ لیس البیع بهذا المعنی عند الاطلاق. و لکنه (حسن) اذ هو الوجه الوحید لتصحیح هذا التعریف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷

و اما البیع بمعنی العقد فقد صرح الشهد الثانی- رحمه الله- بان طلاقه علیه مجاز لعلاقة السببیة. و الظاهر ان السبب هو الاثر الحاصل فی نظر الشارع لانه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت من انه حاصل بنفس إنشاء الموجب، من دون توقف علی شیء، کحصول وجوب الضرب فی نظر الآمر بمجرد الامر، و ان لم یصر واجبا فی الخارج فی نظر غیره. و الی هذا نظر جمیع ما ورد فی النصوص و الفتاوی من قولهم: لزم البیع، او وجب، أو لا بیع بینها، او اقاله فی البیع

(و اما البیع بمعنی العقد) و هو ثالث المعانی التی ذکرها المقارب للعصر (فقد صرح الشهید الثانی- رحمه الله- بان اطلاقه علیه مجاز لعلاقة السببیة) فالبیع اسم للمسبب وضع علی السبب (و الظاهر ان السبب هو الاثر الحاصل فی نظر الشارع لانه المسبب عن العقد) فالبیع- هو المؤثر ذلک المؤثر- وضع للذی یسبب ذلک الاثر و هو السبب ای العقد (لا) ان المسبب (النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت) فی قولنا قبل اسطر: «لا فی نظر الناقل» (من انه حاصل بنفس إنشاء الموجب، من دون توقف علی شیء،) آخر- اعنی اعتبار العقلاء- اذ المنشئ یری حصول الأثر عند انشائه سواء اعتبره الشرع و العقلاء أم لا (کحصول وجوب الضرب فی نظر الآمر) الّذی یقول «اضرب» (بمجرد الامر، و ان لم یصر واجبا فی الخارج فی نظر غیره.)

فان الوجوب امر اعتباری یمکن ان یکون بنظر و لا یکون بنظر کسائر الامور الاعتباریة (و الی هذا) ای معنی الاثر فی نظر الشارع (نظر جمیع ما ورد فی النصوص و الفتاوی من قولهم: لزم البیع، او وجب، أو لا- بیع بینها، او اقاله فی البیع) فانه لیس المراد العقد، و الا حصل العقد بینهما، بل المراد الاثر فی نظر الشارع ای تم الاثر فی نظره، او لا اثر، او اقاله فی الاثر ...

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸

و نحو ذلک. و الحاصل: ان البیع الّذی یجعلونه من العقود یراد به النقل بمعنی اسم المصدر مع اعتبار تحققه فی نظر الشارع المتوقف علی تحقق الایجاب و القبول فإضافة العقد الی البیع بهذا المعنی لیست بیانیة و لذا یقال:

انعقد البیع، و لا ینعقد البیع.

[البیع و نحوه اسم للصحیح أو للأعم]

اشارة

ثم ان الشهید الثانی نص فی کتاب الیمین من المسالک: علی ان عقد البیع و غیره من العقود، حقیقة فی الصحیح مجاز فی الفاسد

(و نحو ذلک) من سائر امثال هـذه الجمل (و الحاصل) ای حاصل کلام الشـهید بملاحظـة التوجیه الّذی ذکرناه من انه من باب علاقة السـببیة (ان البیع الّذی یجعلونه من العقود یراد به النقل) فقولهم: البیع عقد مرکب من ایجاب و قبول، یراد بالبیع النقل فی نظر الشارع المسبب عن العقد و یطلق البیع علی العقد بعلاقة السـببیة و لا یراد بذلک النقل فی نظر الموجب. فالبیع (بمعنی) النقل الّذی هو (اسـم المصـدر) الحاصـل من المصـدر کالغسـل الّذی هو حاصل من الاغتسال (مع اعتبار تحققه) ای النقل (فی نظر الشارع، المتوقف) هـذا النقل (علی تحقق الایجاب و القبول) فی الخارج (فإضافة العقد الی البیع) فی قوله: «عقد البیع» (بهذا المعنی) الّذی ذکرناه و هو النقل (لیست بیانیـة) بـل من قبیل: «عقـد النقل» فی قبال: «عقـد تملک المنفعـة» بمعنی الاجارة-، «و عقـد تملک المنتقل إلیه مجانا»- بمعنی الهبـة- و هکـذا .. (و لذا یقال) ای لذا الّذی ذکرناه من ان الاضافة لیست بیانیة (انعقد البیع) حیث یؤتی بالفعل الدال علی الزمان (و لا ینعقد البیع) و لو کان العقد نفس البیع کان من قبیل: «باع البیع» مما کان المضاف إلیه تأکیدا لا انه مفید لمعنی جدید.

(ثم ان الشـهید الثانی نص فی کتاب الیمین من المسالک: علی ان عقد البیع و غیره من العقود، حقیقة فی الصحیح مجاز فی الفاسد) و المراد ب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹

لوجود خواص الحقیقة و المجاز، کالتبادر و صحة السلب. قال: و من ثم حمل الا قرار به علیه

و لو ادعی «۱» إرادة الفاسد لم یسمع اجماعا.

و لو کان مشترکا بین الصحیح و الفاسد، لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الالفاظ المشترکة

«عقـد البیع» مدلول المرکب الاضافی- ای اضافة العقد الی البیع-، و الظاهر: ان مراده «العقد» ای المضاف- اذ لیس للاضافة صـحیح و فاسـد- او «البیع» ای المضاف إلیه، و انما نقول بانه حقیقة فی الصـحیح و مجاز فی الفاسد (لوجود خواص الحقیقة و المجاز کالتبادر) الی الصـحیح (و صـحة السلب) عن الفاسد فیهما، و من المعلوم ان التبادر علامة الحقیقة و صحة السلب علامة المجاز (قال) الشهید (و من ثم) و انه حقیقة فی الصـحیح (حمل الاقرار به) ای بالبیع (علیه) ای علی الصحیح فان قال: بعت الکتاب لزید ثم ادعی ان البیع کان فاسدا لم یسمع منه لان الاقرار انما یؤخذ بظاهره و لو لم یکن الظاهر من البیع الصحیح لم یحمل اقراره علی البیع الصحیح.

(و لو «۱» ادعی إرادة الفاسد لم یسمع اجماعا) فانه من قبیل ان یقول:

لزید عندی اسد ثم یدعی: ان مراده کان رجلا شجاعا مربوطا بزید، حیث لا یسمع هذا التفسیر منه.

(و لو کـان) البیع (مشترکا بین الصـحیح و الفاسـد، لقبل تفسـیره بأحـدهما) کأن یفسر بالفاسـد المقتضـی لعـدم امکان مطالبته بشـیء (کغیره من الالفـاظ المشترکـة) حیث انه اذا اقر باللفـظ المشترک قبـل تفسیره باحـد معانیه، سواء أ کانت تلک المعانی من قبیل افراد الکلی، کما لو اعترفت بان لزید علیه سیفا ثم فسره بالهندی، او من قبیل المشترک اللفظی، کما لو اعترف بان لزید علیه عینا ثم فسرها بالذهب- مثلا-

---

(۱) و فی نسخة: حتی لو ادعی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰

و انقسامه الی الصحیح و الفاسد اعم من الحقیقة انتهی

و قال الشـهید الاول فی قواعده: الماهیات الجعلیة کالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق علی الفاسد الا الحج لوجوب المضی فیه. و

ظاهره

(و) ان قلت: ان العقد ینقسم الی الصحیح و الفاسد، فیقال:

العقد اما صحیح او فاسد، و من المعلوم ان الانقسام علامة کون المقسم حقیقة فی کل الاقسام، اذ لا یصح تقسیم الشیء الی نفسه و الی غیره. فلا یقال:

الانسان اما انسان و اما بقر نعم یقال: الانسان اما افریقی او آسوی. و الحاصل ان البیع ینقسم الی الصحیح و الفاسد و التقسیم علامة الحقیقة.

قلت: (انقسامه الی الصحیح و الفاسد اعم من الحقیقة) اذ اللفظ یقسم الی المعنی الحقیقی و المجازی، فیقال: الاسد اما مفترس او رجل شجاع، نعم هذا یحتاج الی القرینة لکنها موجودة فی المقام لما نشاهده من صحة السلب من الفاسد (انتهی) کلام المسالک.

(و قال الشهید الاول فی قواعده) فی بیان کون العقود مجازا فی الفاسد- کما ذکره المسالک بالنسبة الی البیع- (الماهیات الجعلیة) ای التی جعلها الشارع فی مقابل الماهیات العرفیة التی امضاها الشارع کالمعاملات (کالصلاة و الصوم و سائر العقود) «و سائر» عطف علی «الماهیات» لا- علی «الصلاة» اذ العقود لیست من المهیات الجعلیة کما لا یخفی (لا تطلق علی الفاسد) فالصلاة الفاسدة لا تتسمی صلاة- الا مجازا- و کذلک الرهن الفاسد لا یسمی رهنا- الا مجازا- (الا الحج) فان فاسده أیضا یسمی حجا (لوجوب المضی فیه) اذ لو لم یکن الفاسد حجا لم یجب المضی فیه و اتمامه، فان الانسان لیس بمکلف باتیان غیر الحج. فوجوب المضی علامة انه حج و إن کان فاسدا (و ظاهره)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱

إرادة الاطلاق الحقیقی

و یشکل ما ذکراه بان وضعها للصحیح یوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو «احل الله البیع» و اطلاقات ادلة سائر العقود فی مقام الشک فی اعتبار شیء فیها مع ان سیرة علماء الاسلام التمسک بها فی هذه المقامات.

نعم یمکن ان یقال: ان البیع و شبهه فی العرف اذا استعمل فی الحاصل من لمصدر الّذی یراد

ای ظاهر القواعد من قوله: «لا- تطلق» (إرادة الاطلاق الحقیقی) یعنی ان العبادة و المعاملة لا تطلق- اطلاقا علی سبیل الحقیقة- علی الفاسد، لا انه یرید عدم الاطلاق حتی اطلاقا مجازیا لوضوح ان هذه الالفاظ تطلق علی الفاسد اطلاقا من باب المشابهة فی الهیکل الصحیح.

(و یشکل ما ذکراه)- الشهید الاول و الثانی- (بان وضعها) ای وضع الفاظ العبادات و المعاملات (للصحیح) فقط (یوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» و اطلاقات ادلة سائر العقود) کدلیل «الرهن» و «الاجارة» و غیرهما (فی مقام الشک فی اعتبار شیء فیها) ای فی صحة تلک العقود، مثلا لو شککنا فی انه هل تعتبر العربیة فی صیغة البیع کان اللازم ان لا نتمسک ب «احل الله البیع» فی عدم اعتبارها، اذ معنی البیع علی قول الشهید «البیع الصحیح» و المفروض انا نشک فی ان صیغة البیع الفارسیة صحیحة أم لا؟ (مع ان سیرة علماء الاسلام التمسک بها) ای بادلة العقود (فی هذه المقامات) ای مقامات الشک فی ان الشیء الفلانی هل یعتبر فی العقد أم لا؟

(نعم یمکن ان یقال) فی وجه تصحیح کلام الشهیدین (ان البیع و شبهه فی العرف اذا استعمل فی الحاصل من المصدر الّذی یراد) ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۲

من قول القائل: «بعت» عنـد إنشاء لا یستعمل حقیقـة الا فیما کان صـحیحا مؤثرا و لو فی نظرهم ثم اذا کان مؤثرا فی نظر الشارع کان بیعا عنـده و الا کان صورة بیع نظیر بیع الهازل عند العرف فالبیع الّذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل «بعت» عند العرف و الشرع حقیقة فی الصحیح المفید للاثر و مجاز فی غیره الا ان الافادة و ثبوت الفائدة مختلف فی نظر العرف و الشرع. و

الحاصل (من قول القائل «۱»: بعت عنـد الانشاء) فان الانسان اذا قال: «بعت الکتاب بـدرهم» کان الحاصل من کلامه اثرا هو عبارة عن النقل (لا یستعمل حقیقة) ای استعمالا حقیقیا (الا فیما کان صـحیحا و مؤثرا) للنقل و الانتقال (و لو فی نظرهم) ای نظر العرف- سواء وافقه نظر الشـرع أم لا- (ثم اذا کان مؤثرا فی نظر الشـرع) أیضا (کان بیعا عنده) ای عند الشـرع (و الا کان صورة بیع) لا تفید النقل و الانتقـال (نظیر بیع الهازل عنـد العرف) الّـذی لا یفیـد اثر النقل و الانتقال (فالبیع الّـذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل «بعت» عند العرف و الشـرع حقیقـة فی الصـحیح المفیـد للاثر و مجاز فی غیره) ای الّذی لا یفید الاثر- کما ذکره الشـهیدان- (الا ان، الافادة) ای افادة البیع للاثر (و ثبوت الفائـدة) ای ترتب النقل و الانتقال (مختلف فی نظر العرف و الشـرع) فالعرف یری الصـحة احیانا فیما لا یراه الشرع کالبیع الربوی الّذی یراه العرف العادی- مقابل العرف المتشرعی- صحیحا و لا یراه الشرع صحیحا.

(و) ان قلت: یبقی فی المقام انه کیف یتمسک العلماء بإطلاق ادلة البیع

---

(۱) نسخة بدل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳

امـا وجه تمسـک العلماء بإطلاق ادلـة البیع و نحوه، فلأن الخطابات لما وردت علی طبق العرف حمل لفظ البیع و شـبهه فی الخطابات الشـرعیة علی ما هو الصـحیح المؤثر عنـد العرف، او علی المصـدر الّـذی یراد من لفظ بعت، فیسـتدل بإطلاق الحکم بحله أو بوجوب الوفاء علی کونه مؤثرا فی نظر الشارع أیضا فتامل

فیما شک فی شـرط او جزء، مع ان مقتضـی وضـعه للصـحیح عدم امکان التمسک، قلت: (اما وجه تمسک العلماء بإطلاق ادلة البیع و نحوه) کـالرهن و الاجـارة و سـائر ادلـة العقود (فلاـن الخطابـات لما وردت علی طبق العرف) لان المخاطب هو العرف فمثل «احل الله البیع» یراد به البیع الّـذی یفهم العرف- مثلا- (حمل لفظ البیع و شـبهه فی الخطابات الشـرعیة علی ما هو الصـحیح المؤثر عند العرف) فمعنی الآیـة: احل الله البیع المؤثر عنـد العرف (او علی المصدر الّذی یراد من لفظ بعت) و الفرق بین هذا و سابقه ان المراد ب «ما هو الصـحیح المؤثر» اسم المصـدر و ب «علی المصـدر» المصـدر، و المراد ان «الـبیع» فی الآیـة امـا «کالغسـل» أو «کالاغتسـال» (فیسـتدل بإطلاق الحکم بحله) ای اطلاق الحلیة فی الآیة، ای حل هذا البیع المؤثر عند العرف المشـکوک فی صـحته شرعا- للشک فی جزء او شرط- (أو بوجوب الوفـاء) فی قوله سـبحانه: «أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ» (علی کونه مؤثرا فی نظر الشـارع أیضـا) کمـا هو مؤثر فی نظر العرف. و الحاصل عـدم المنافاة بین «کون البیع موضوعا للصـحیح» و بین «التمسک بالإطلاق» بتقریب ان البیع موضوع للصـحیح عرفا، فاذا کان هناک بیع صحیح عرفا فشک فی صحته شرعا تمسک بالإطلاق فیحکم بصحته شرعا أیضا (فتامل) فان العرف مرجع فی المفاهیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۴

فان للکلام محلا آخر.

الکلام فی المعاطاة

[الکلام فی حقیقة المعاطاة و صورها]

اعلم ان المعاطاة علی ما فسره جماعة ان یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الاخر و هو یتصور علی وجهین.

احدهما: ان یبیح کل منهما للآخر التصرف فیما یعطیه من دون نظر الی تملیکه.

الثانی: ان یتعاطیا علی وجه التملیک.

و ربما یذکر وجهان آخران.

احدهما: ان یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریح بالإباحة المزبورة بل یعطی شیئا لیتناول شیئا یدفعه الاخر إلیه

الکلیة لا فی المصادیق الجزئیة (فان للکلام محلا آخر) و هو باب الصحیح و الاعم من الاصول.

(الکلام فی المعاطاة) مصدر باب المفاعلة من عاطی یعاطی. (اعلم ان المعاطاة علی ما فسره جماعة ان یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الآخر) کأن یعطی زید دینارا لعمرو فی مقابل ما یأخذه من عمرو من الکتاب (و هو یتصور علی وجهین)

(احدهما: ان یبیح کل منهما للآخر التصرف فیما یعطیه من دون نظر الی تملیکه) بان لا یقصد التملیک بل مع الغض عن التملیک.

(الثانی ان یتعاطیا) ای یعطی کل منهما للآخر (علی وجه التملیک) بان یملک هذا ذاک، و ذاک هذا.

(و ربما یذکر وجهان آخران) فی المعاطاة.

(احدهما: ان یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریح بالإباحة المزبورة) التی هی الوجه الاول (بل یعطی شیئا لیتناول) و یأخذ (شیئا یدفعه الاخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۵

و الثانی: ان یقصد الملک المطلق دون خصوص البیع.

و یرد الاول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع أو الاباحه، أو العاریة أو الودیعة أو القرض أو غیر ذلک من العنوانات الخاصة.

و الثانی: بما تقدم فی تعریف البیع من ان التملیک بالعوض علی وجه المبادلة هو مفهوم البیع لا غیر نعم یظهر من غیر واحد منهم فی بعض العقود کبیع لبن الشاة مدة و غیر ذلک، کون التملیک المطلق اعم من البیع

إلیه) و النقل اعم من الملک.

(و الثانی: ان یقصد الملک المطلق دون خصوص البیع) فهنا أربعة اوجه «الاباحة»، «البیع»، «النقل المطلق»، «الملک المطلق»، و حیث ان کاشف الغطاء- رحمه الله- جعل المعاطاة معاملة مستقلة لا ترتبط بالإباحة و لا البیع اخترع هذین الوجهین.

(و یرد الاول) و هو النقل المطلق (بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع أو الاباحة أو العاریة أو الودیعة أو القرض أو غیر ذلک من العنوانات الخاصة) اذ لا بد للجنس من التلون بفصل اذا ارید وجوده خارجا و ربما لا یتلفظ الدافع بشیء من هذه الامور، لکنه یقصده قلبا لا محالة، و علیه فلا یمکن تحقق النقل المطلق.

(و) یرد (الثانی: بما تقدم فی تعریف البیع من ان التملیک بالعوض علی وجه المبادلة) بین العوض و المعوض (هو مفهوم البیع لا غیر) فالتملیک المطلق هو البیع لا انه وجه جدید (نعم یظهر من غیر واحد منهم فی بعض العقود- کبیع لبن الشاة مدة و غیر ذلک ..- کون التملیک المطلق اعم من البیع) و انه نافذ بدلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .. و: تجارة عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۶

[حکم المعاطاة و أقوال العلماء فی ذلک]

ثم ان المعروف بین علمائنا فی حکمها: انها مفیدة لاباحة التصرف و یحصل الملک بتلف احدی العینین.

و عن المفید و بعض العامة: القول بکونها لازمة کالبیع.

و عن العلامة- رحمه الله- فی النهایة: احتمال کونها بیعا فاسدا، فی عدم افادتها لاباحة التصرف.

و لا بد أولا من ملاحظة ان النزاع فی المعاطاة المقصود بها الاباحة او فی المقصود بها التملیک؟ الظاهر من الخاصة و العامة هو: المعنی الثانی و حیث ان الحکم بالإباحة بدون الملک قبل التلف

تراض، لکنک عرفت الاشکال فیه و انه لا بد ان ینوی الدافع احد العنوانات الخاصة فهذا کله تمام الکلام فی موضوع المعاطاة

(ثم ان المعروف بین علمائنا فی حکمها انها مفیدة لاباحة التصرف) من الجانبین (و یحصل الملک) للجانبین (بتلف احدی العینین) فبمجرد ان تلف الثمن- مثلا- انتقل الثمن الی البائع و المثمن الی المشتری.

(و عن المفید و بعض العامة: القول بکونها) ای المعاطاة (لازمة کالبیع) بالصیغة

(و عن العلامة- رحمه الله- فی النهایة: احتمال کونها بیعا فاسدا فی عدم افادتها لاباحة التصرف) فالاقوال ثلاثة: «الاباحة» و «البیع» و «لا شیء».

(و لا بد أولا من ملاحظة ان النزاع فی المعاطاة المقصود بها الاباحة) ای ما قصد الدافع الاباحة (او فی المقصود بها التملیک؟. الظاهر من الخاصة و العامة هو: المعنی الثانی) ای المقصود بها التملیک، فاذا قصد المتعاطیان التملیک بعض یقول: بافادتها الملک، و بعض بافادتها الاباحة، و بعض بعدم افادتها لشیء اصلا (و حیث ان الحکم بالإباحة بدون الملک قبل التلف)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۷

و حصوله بعده لا یجامع ظاهرا قصد التملیک من المتعاطین

نزل المحقق الکرکی الاباحة فی کلامهم علی الملک الجائز المتزلزل، و انه یلزم بذهاب احدی العینین. و حقق ذلک فی شرحه علی القواعد و تعلیقه علی الارشاد بما لا مزید علیه، لکن بعض المعاصرین لما استبعد هذا الوجه التجأ الی جعل محل النزاع هی المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة، و رجح بقاء الاباحة فی کلامهم علی ظاهرها المقابل للملک، و نزل

لاحد العوضین (و حصوله) ای الملک (بعده) ای بعد التلف (لا یجامع ظاهرا قصد التملیک من المتعاطین) اذ لو نفذ قصد الملک لزم ان ینفذ من الاول و لو لم ینفذ قصد الملک لم یوجب التلف الملک اذ لا دلیل علی ان التلف من المملکات.

(نزل المحقق الکرکی الاباحة فی کلامهم) حیث قالوا: المعاطاة تفید الاباحة (علی الملک الجائز المتزلزل، و انه) ای الملک (یلزم بذهاب احدی العینین) ای یکون الملک لازما اذا تلف احد العوضین (و حقق) الکرکی (ذلک) القول بان مرادهم الملک المتزلزل (فی شرحه علی القواعد و تعلیقه علی الارشاد بما لا مزید علیه، لکن بعض المعاصرین) و هو صاحب الجواهر (لما استبعد هذا الوجه) بان یرید الفقهاء بالإباحة الملک المتزلزل، لان الاباحة فی مقابل الملک فکیف یمکن اطلاق احدهما علی الاخر بدون القرینة (التجأ الی جعل محل النزاع) فی المعاطاة (هی المعاطاة المقصود بها الاباحة) خلافا لما تقدم من الّذی قلنا: بان مقصودهم ما ارید به الملک (و رجح بقاء الاباحة فی کلامهم) ای قولهم: ان المعاطاة تفید الاباحة (علی ظاهرها المقابل للملک) لا کما صنع المحقق الکرکی (و نزل) هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۸

حکم قدماء الاصحاب بالإباحة علی هذا الوجه، و طعن علی من جعل محل النزاع فی المعاطاة بقصد التملیک، قائلا: ان القول بالإباحة الخالیة عن الملک مع قصد الملک مما لا ینسب الی اصاغر الطلبة فضلا عن اعاظم الاصحاب و کبرائهم.

و الانصاف ان ما ارتکبه المحقق الثانی فی توجیه الاباحة بالملک المتزلزل بعید فی الغایة عن مساق کلمات الاصحاب مثل: الشیخ فی المبسوط و الخلاف و الحلی فی السرائر، و ابن زهرة فی الغنیة، و الحلبی فی الکافی، و العلامة فی التذکرة و غیرها، بل کلمات بعضهم صریحة فی عدم

المعاصر (حکم قدماء الاصحاب بالإباحة) ای افادة المعاطاة الاباحة (علی هذا الوجه) ای فیما اذا اراد المتعاملان الاباحة لا ما اذا اراد الملک (و طعن علی من جعل محل النزاع) فی ان المعاطاة تفید الاباحة أو الملک (فی المعاطاة بقصد التملیک قائلا: ان القول بالإباحة الخالیة عن الملک مع قصد) المتعاطیین (الملک مما لا ینسب الی اصاغر الطلبة فضلا عن اعاظم الاصحاب و کبرائهم) اذ کیف یمکن ان یقع ما لا یقصده المتعاملان؟

و الحاصل ان الاصحاب قالوا: «المعاطاة تفید الاباحة» فالکرکی قال:

مرادهم «المعاطاة المقصود بها الملک تفید الملک المتزلزل»، و صاحب الجواهر قال: مرادهم «المعاطاة المراد بها الاباحة تفید الاباحة».

(و الانصاف ان ما ارتکبه المحقق الثانی فی توجیه الاباحة بالملک المتزلزل بعید فی الغایة عن مساق کلمات الاصحاب) ای کیفیتهم لسوق الکلام و القرائن المحفوفة (مثل: الشیخ فی المبسوط و الخلاف، و الحلی فی السرائر و ابن زهرة فی الغنیة، و الحلبی فی الکافی، و العلامة فی التذکرة و غیرها) من سائر کتبه (بل کلمات بعضهم صریحة فی عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۹

الملک کما ستعرف، الا ان جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التملیک، ابعد منه، بل لا یکاد یوجد فی کلام احد منهم ما یقبل الحمل علی هذا المعنی

و لننقل أولا کلمات جماعة من ظفرنا علی کلماتهم لیظهر منه بعد تنزیل الاباحة علی الملک المتزلزل، کما صنعه المحقق الکرکی و أبعدیة جعل محل الکلام فی کلمات قدمائنا الاعلام، ما لو قصد المتعاطیان مجرد إباحة التصرفات دون التملیک.

فنقول- و بالله التوفیق-: قال فی الخلاف: «اذا دفع قطعة الی البقلی او الشارب

الملک) بل الاباحة (کما ستعرف، الا ان جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التملیک) کما صنعه الجواهر (ابعد منه) ای من کلام الکرکی (بل لا یکاد یوجد فی کلام احد منهم ما یقبل الحمل علی هذا المعنی) ای ما اذا قصد المتعاملان الاباحة.

(و لننقل أولا کلمات جماعة) من الفقهاء (ممن ظفرنا علی کلماتهم لیظهر منه) ای من هذا النقل (بعد) بضم الباء مقابل قرب (تنزیل الاباحة علی الملک المتزلزل، کما صنعه المحقق الکرکی و أبعدیة جعل محل الکلام فی کلمات قدمائنا الاعلام، ما لو قصد المتعاطیان مجرد إباحة التصرفات دون) ان یقصدا (التملیک) کما ذکره الجواهر.

(فنقول- و بالله التوفیق-: قال فی الخلاف: اذا دفع) المشتری (قطعة) من النقود (الی البقلی) بائع البقل (او الشارب) بائع الماء، قال ابن مالک:

«و مع فاعل و فعال فعل فی نسب اغنی عن الیا فقبل»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۰

فقال: اعطنی بها بقلا أو ماء، فاعطاه فانه لا یکون بیعا، و کذلک سائر المحقرات و انما یکون إباحة له فیتصرف کل منهما فی ما أخذه تصرفا مباحا من دون ان یکون ملکه

و فائدة ذلک ان البقلی اذا اراد ان یسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان یسترجع قطعته کان لهما ذلک، لان الملک لم یحصل لهما

و به قال الشافعی و قال ابو حنیفة: یکون بیعا صحیحا و ان لم یحصل الایجاب و القبول و قال ذلک فی المحقرات دون غیرها. دلیلنا: ان العقد حکم شرعی

فالمراد: المنسوب الی الشرب. (فقال: اعطنی بها بقلا أو ماء، فاعطاه، فانه لا یکون بیعا و کذلک سائر المحقرات) مما لیست بأمور کبیرة کالدار و البستان و ما اشبه ...

(و انما یکون إباحة له) ای للآخذ (فیتصرف کل منهما فی ما أخذه تصرفا مباحا من دون ان یکون ملکه) ای من دون ان یکون ما اخذه ملکا له.

(و فائدة ذلک) الّذی ذکرنا من الاباحة دون الملک (ان البقلی اذا اراد ان یسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان یسترجع قطعته، کان لهما ذلک) الاسترجاع (لان الملک لم یحصل لهما) حتی یلتزم کل منهما بما التزم به من النقل و الانتقال (و به) ای بعدم الملک بل الاباحة (قال الشافعی و قال ابو حنیفة: یکون بیعا صحیحا و ان لم یحصل الایجاب و القبول) اللفظیین، (و قال ذلک) ای کونه بیعا صحیحا (فی المحقرات) کالماء و البقل (دون غیرها) کالدار و البستان.

(دلیلنا) علی ان التعاطی یفید الاباحة لا الملک (ان العقد حکم شرعی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۱

و لا دلالة فی الشرع علی وجوده هنا فیجب ان لا یثبت.

و اما الاباحة بذلک فهو مجمع علیه لا یختلف العلماء فیها انتهی.

و لا یخفی صراحة هذا الکلام فی عدم حصول الملک و فی ان محل الخلاف بینه و بین ابی حنیفة ما لو قصد البیع لا الاباحة المجردة کما یظهر أیضا من بعض کتب الحنفیة حیث انه بعد تفسیر البیع بمبادلة مال بمال قال: و ینعقد بالایجاب و القبول و بالتعاطی. و أیضا فتمسکه بان العقد حکم شرعی یدل علی عدم انتفاء قصد البیعیة

فان الشارع یلزم ان یبین ما ذا یفید اللزوم، و ما هو موضوع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (و لا دلالة فی الشرع علی وجوده) ای الموضوع للحکم الشرعی (هنا) فی المعاطاة (فیجب ان لا یثبت) اذ عدم الدلیل دلیل العدم فی امثال هذه المقامات.

(و اما الاباحة بذلک) ای حصول الاباحة للتصرف بسبب المعاطاة (فهو مجمع علیه لا یختلف العلماء فیها) ای فی الاباحة و الاجماع حجة (انتهی) کلام الشیخ.

(و لا یخفی صراحة هذا الکلام فی عدم حصول الملک) بالمعاطاة (و فی ان محل الخلاف بینه و بین ابی حنیفة ما لو قصد) المتعاملان (البیع لا الاباحة المجردة) فالذی یقول بان کلام الاصحاب «حصول الملک المتزلزل» و الّذی یقول ان کلامهم فیما «لو قصد الاباحة» خلاف هذا الکلام من الشیخ (کما یظهر أیضا) کون محل الکلام ما لو قصدا الملک- لا الاباحة- (من بعض کتب الحنفیة حیث انه بعد تفسیر البیع بمبادلة مال بمال قال: و ینعقد بالایجاب و القبول و بالتعاطی) و معلوم ان المراد بالتعاطی هو المراد بالایجاب و القبول لا الإباحة- (و أیضا فتمسکه) ای الشیخ (بان العقد حکم شرعی یدل) هذا الکلام (علی عدم انتفاء قصد البیعیة) ای التملیک- لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۲

و الا لکان الاولی بل المتعین التعلیل به اذ مع انتفاع حقیقة البیع لغة و عرفا لا معنی للتمسک بتوقیفیة الاسباب الشرعیة کما لا یخفی.

و قال فی السرائر- بعد ذکر اعتبار الایجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول علی الثانی- ما لفظه: فاذا دفع قطعة الی البقلی او الشارب فقال: اعطنی فانه لا یکون بیعا و لا عقدا، لان الایجاب و القبول ما حصلا، و کذلک سائر المحقرات

الاباحة- فيما اذا كان تعاط (و الا) بان كان قصد التمليك مفقودا فى المعاطاة (لكان الاولى بل المتعين التعليل به) اى بعدم قصد التمليك.

الا ترى انك اذا وضعت يدك على متاع لزيد لا بقصد انه يكون ملكا لك يقولون:

ان وضع يدك لا يسبب الملك لانه لم تقصد لا لانه لم يقره الشارع، اذ الكلام فى اقرار الشارع و اقراره يأتى بعد وجود اصل القصد (اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك) على انتفائه (بتوقيفية الاسباب الشرعية) و انه لا سبب شرعى فى المقام (كما لا يخفى) فان الانتفاء ينسب الى السابق من العلتين فعدم القصد سبب اوّل و عدم امضاء الشارع سبب ثان فاذا لم يكن السبب الاول لم يكن معنى للتعليل بالسبب الثانى.

(و قال الحلى (فى السرائر- بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول على الثانى-) اى يجب ان يكون الايجاب قبل القبول فلا- يصح ان يقول المشترى «قبلت» ثم يقول البائع «بعت» (ما لفظه: فاذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال اعطنى فانه لا يكون بيعا) حتى يشمله:

«احل الله البيع» (و لا عقدا) حتى يشمله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (لان الايجاب و القبول ما حصلا، و كذلك) الحال فى (سائر المحقرات) بل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۴۳

و سائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان او غير ذلك. و انما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه او دخل فى ملكه و لكل منهما ان يرجع فيما بذله، لان الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة، لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما، صار الى كل واحد منهما و انما ذلك على جهة الاباحة، انتهى.

فان تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على انه ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك. مع ان ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا. و لا ينافى ذلك

(و سائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان او غير ذلك. و انما يكون) هذا التعاطى (إباحة له) اى لكل واحد من الثمن و المثمن للطرف المقابل (فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه) بسبب التعاطى (او دخل فى ملكه) بعد التعاطى (و لكل منهما ان يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما) حتى يكون كل منهما ملتزما بما فعله من الاخذ و الاعطاء (و ليس ذلك) التعاطى (من العقود الفاسدة، لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما) فليس التعاطى عقدا مطلقا- لا صحيحا و لا فاسدا (و انما ذلك) التصرف (على جهة الاباحة انتهى) كلام السرائر.

(فان تعليله) اى السرائر (عدم الملك) لهما (بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على انه ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك) كما قاله صاحب الجواهر- بان كلامهم فيما لو لم يقصد التمليك- (مع ان ذكره) اى هذا الكلام- و هو الايجاب و القبول- (فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا) من انه فيما اذا قصدا الملك (و لا ينافى ذلك) اى كون كلامه فى صورة قصدهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۴۴

قوله: و ليس هذا من العقود الفاسدة ... الخ كما لا يخفى.

و قال فى الغنية- بعد ذكر الايجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة لها- ما هذا لفظه: و اعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى و الايجاب من البائع، بان يقول:

بعنيه بالف، فيقول: بعتك بالف. فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشترى بعد ذلك اشتريت او قبلت حتى ينعقد و احترازا أيضا

الملک (قوله: و لیس هـذا من العقود الفاسدة ... الخ) وجه توهم المنافاة. انه لو قصدا الملک فاللازم ان یکون عقدا فاسدا اذا لم یکن عقدا صحیحا (کما لا یخفی) اذ الامر دائر بین عقد صحیح او عقد فاسد أو الاباحة و السرائر انما نفی ذلک لیثبت الاباحة.

(و قال فی الغنیـة- بعد ذکر الایجاب و القبول فی عداد شـروط صـحة انعقاد البیع کالتراضـی و معلومیة العوضـین، و بعد بیان الاحتراز لکل من الشـروط عن المعاملـة الفاقـدة لها-) کالاحتراز عن المعاملة التی لا تراضـی فیها، او کان احد المعوضـین فیها مجهولا (ما هذا لفظه: و اعتبرنـا حصول الایجـاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاسـتدعاء من المشتری و الایجاب من البائع بان یقول) المشتری (بعینه بالف. فیقول) البائع (بعتک بالف. فانه لا ینعقـد بـذلک) البیع (بل لا بـد ان یقول المشتری بعد ذلک) القول من البائع (اشتریت أو قبلت، حتی ینعقد) البیع (و احترازا أیضا) عطف علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۵

عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو: ان یـدفع الی البقلی قطعة و یقول: اعطنی بقلا فیعطیه، فان ذلک لیس ببیع و انما هو إباحة للتصـرف. یـدل علی مـا قلنـاه الاجمـاع المشار إلیه. و أیضا فما اعتبرناه مجمع علی صـحة العقـد به و لیس علی صـحة ما عـداه دلیل. و لما ذکرنا نهی- صلی الله علیه و آله و سلم- عن بیع المنابذة و الملاسة و عن بیع الحصاة، علی التأویل الاخر

«تحرزا» (عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو: ان یـدفع الی البقلی قطعة و یقول: اعطنی بقلا، فیعطیه، فان ذلک) التعاطی (لیس ببیع و انما هو إباحـة للتصـرف) و (یـدل علی مـا قلنـاه الاجماع المشار إلیه) فی اوّل کلامنا (و أیضا فما اعتبرناه) من الشـرائط (مجمع علی صـحة العقـد به و لیس علی صـحة ما عـداه دلیل) فالاصل العـدم (و لما ذکرنا) من لزوم الایجاب و القبول فی البیع (نهی) النبی (- صـلی الله علیه و آله و سلم- عن بیع المنابذة و الملامسة و عن بیع الحصاة).

المنابذة: هی ان ینبذ کل من البائع و المشتری الجنس الی الاخر بدون اختیار الاخر له و معرفة حسـنه و عدم حسـنه، کأن ینبذ هذا ثوبا الی ذاک و ینبذ ذاک ثوبا آخر الی هذا، و یکون هذا النبذ: ایجاب البیع و قبوله.

و الملامسة: هی ان یکون اللمس ایجابا للبیع کان یلمس زید ثوب عمر و فیکون ذلک اللمس ایجابا، و بالعکس.

و بیع الحصاة: ان یکون رمی الحصاة الی و المبیع ایجابا.

و فی هذه الثلاثة اقوال أخر اظهرها ما ذکرناه.

(علی التأویل الاخر) مقابل التأویل الاول: و هو ان یجری اللفظ و یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۶

و معنی ذلـک ان یجعـل اللمس بشـیء و النبـذ له و القـاء الحصـاة بیعـا موجبـا انتهی فـان دلالـة هـذا الکلاـم علی ان المفروض قصـد المتعاطیین التملیک من وجوه متعددة، منها: ظهور ادلته الثلاثة فی ذلک

اللمس و النبـذ و القـاء الحصاة موجبا للتعین، کأن یقول: بعتک ثوبا بـدینار، ثم یرمی إلیه الحصاة لیعین الکلی فی الثوب الّذی اصابته الحصاة.

و انما قال علی التأویل الاخر، اذ فی التأویل الاول یکون لفظ الایجاب و القبول فی البین بخلاف التأویل الاخر الّذی لا لفظ فیه.

و التأویل الاول و إن کان باطلا أیضا لدی «الغنیة» الا ان کلامه الآن فی العقد الخالی عن اللفظ، و لذا خصص الباطل بالتأویل الآخر.

ثم انه انما سـمی تأویلا لان إرادة المتبایعین للعقـد و النقل و الانتقال تؤل و تنتهی الی الایجاب و القبول الصـحیح او البیع بالمنابـذة و الملامسة و الحصاة، و لا یراد بالتأویل معناه المعروف.

(و) کیف کـان ف (معنی ذلـک) الّـذی ذکرنـاه من اقسـام البیع الثلاثـة علی التأویـل الاخر (ان یجعل اللمس بشـیء و النبـذ له و القاء الحصاة بیعا موجبا.

انتهی) کلام «الغنیة».

(فان دلالـة هـذا الکلام علی ان المفروض) فی کلام «الغنیـة» (قصـد المتعاطیین التملیک) لا الاباحـة- کما قاله صاحب الجواهر- (من وجوه متعـددة منهـا: ظهور ادلته الثلاثـة) ای قوله «فـان ذلـک لیس ببیع» و قوله «و أیضـا فمـا اعتبرنـاه مجمع» و قوله «لمـا ذکرنـا» فانها صریحـة فی ان قصـد المتعاطیین التملیک لکن لا یقع التملیک للمحاذیر الثلاثة، لا ان المتعاطیین لم یقصدا التملیک (فی ذلک) الّذی ذکرناه من ان یرید من اذا قصد المتعاطیان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۷

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.

و قال فی الکافی- بعد ذکر انه یشترط فی صحة البیع امور ثمانیة- ما لفظه: و اشترط الایجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حکم البیع- الی ان قال:- فان اختل شرط من هذه لم ینعقد البیع و لم یستحق التسلیم و ان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضی، دون عقد البیع، و یصح معه الرجوع و هو فی الظهور قریب من عبارة «الغنیة».

و قال المحقق- رحمه الله- فی الشرائع: و لا یکفی

التملیـک. (و منهـا: احـترازه) بقیـد الایجـاب و القبـول (عن المعاطـاة و المعاملـة بالاسـتدعاء) احـترازا (بنحـو واحـد) و من المعلوم ان الاستدعاء انما هو بالنسبة الی التملیک، فالمعاطاة أیضا کذلک.

(و قـال فی الکافی- بعـد ذکرانه یشترط فی صـحة البیع امور ثمانیـة- ما لفظه: و اشترط الایجاب و القبول لخروجه) ای خروج التعامل (من دونهما) ای دون الایجاب و القبول (عن حکم البیع- الی ان قال:- فان اختل شـرط من هذه) الشروط الثمانیة (لم ینعقد البیع و لم یستحق) کل من المشتری و البائع (التسـلیم) للثمن او المثمن (و ان جاز التصرف) فی کل منهما (مع اخلال بعضها) ای بعض الشرائط الثمانیة (ل) وجود (التراضـی دون) ان یکون هناک (عقد البیع) موجودا (و یصح معه) ای مع التراضی فقط بدون العقد (الرجوع) من، البائع الی سلعته و من المشتری الی ثمنه، لان التراضی لیس عقدا لازم الوفاء به. (و هو فی الظهور) لقصد الکافی ما اذا قصد المتبایعان التملیک- (قریب من عبارة «الغنیة»).

(و قال المحقق- رحمه الله- فی الشرائع: و لا یکفی) فی انعقاد المعاملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۴۸

التقابض من غیر لفظ و ان حصل من الامارات ما دل علی إرادة البیع انتهی.

و ذکر کلمة الوصل لیس لتعمیم المعاملات لما لم یقصد به البیع بل للتنبیه علی انه لا عبرة بقصد البیع من الفعل.

و قال فی التذکرة- فی حکم الصـیغة-: الاشهر عندنا انه لا بد منها فلا یکفی التعاطی فی الجلیل و الحقیر مثل اعطنی بهذا الدینار ثوبا، فیعطیه ما یرضیه فیقول له: خذ هذا الثوب بدینار فیأخذه، و به قال الشافعی لاصالة بقاء الملک

(التقـابض) ای القبض و الاقبـاض (من غیر لفـظ و ان حصـل من الامارات) و القرائن اللفظیـة و الحالیـة (ما دل علی إرادة البیع. انتهی) کلام «الشرائع».

(و ذکر کلمـة الوصـل) ای قوله «و ان حصل» (لیس لتعمیم المعاملات لما لم یقصـد به البیع) حتی یقال: «فقسم من المعاطاة لا یقصـد فیها البیع» (بل للتنبیه علی انه لا عبرة بقصد البیع من الفعل) و التعاطی المجرد عن اللفظ فانه من المعلوم ان «کلمة الوصل» قد تستعمل

للتعميم كما لو قال: «اكرم زيدا و ان اهانك» اى سواء اهانك أم لا، و قد تستعمل للتنبيه المجرد.

(و قال فى التذكرة- فى حكم الصيغة-: الاشهر عندنا انه لا بد) فى العقد (منها) اى من صيغة الايجاب و القبول (فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقير مثل) ان يقول المشترى: (اعطنى بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه) من الثياب (فيقول له) البائع: (خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه) المشترى بالدينار (و به قال الشافعى).

و انما نقول بعدم كفاية الفعل (لاصالة بقاء الملك) فانا نشك فى انه خرج الثمن و المثمن عن ملك مالكهما بمجرد التعاطى و التراضى أم لا؟ فالاصل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۴۹

و قصور الافعال عن الدلالة على المقاصد.

و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل.

و قال احمد ينعقد مطلقا. و نحوه قال مالك، فانه قال: ينعقد بما يقصده الناس بيعا. انتهى

و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالك موافقا لاحمد فى الانعقاد، من جهة انه قال: ينعقد بما يقصده الناس بيعا.

و قال الشهيد فى قواعده- بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلى مقام

بقاء كل ملك على ملك مالكه الاول (و) ل (قصور الافعال عن الدلالة على، المقاصد) لان الفعل ذو وجوه: التمليك و الاباحة و الاعارة و الوديعة و القرض و غيرها- كما لا يخفى-.

(و عن بعض الحنيفة و ابن شريح فى الجليل) اى انه لا ينعقد البيع فى الامور العظيمة بمجرد التعاطى، اما الامور الحقيرة فينعقد البيع فيها بالتعاطى

(و قال احمد) ابن حنبل (ينعقد) بالتعاطى (مطلقا) فى الجليل و الحقير (و نحوه قال مالك، فانه قال: ينعقد) البيع (بما يقصده الناس بيعا انتهى) كلام العلامة.

(و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه) متعددة (ادونها:

جعل مالك موافقا لاحمد فى الانعقاد، من جهة انه) اى مالك (قال ينعقد بما يقصده الناس بيعا) و من المعلوم ان قصد الناس الملك لا الاباحة- كما قال فى الجواهر-.

(و قال الشهيد فى قواعده- بعد قوله، قد يقوم السبب الفعلى مقام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۵۰

السبب القولى، و ذكر امثلة لذلك ما لفظه-: و اما المعاطاة فى المبايعات، فهى تفيد الاباحة لا الملك و ان كان فى الحقير- عندنا-

و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى هذا كله مع ان الواقع فى ايدى الناس هى المعاطاة بقصد التمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس، مع انهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد

السبب القولى، و ذكر امثلة لذلك) كالهبة بالاعطاء القائمة مقام الهبة باللفظ.

و ما اشبه (ما لفظه-: و اما المعاطاة فى المبايعات فهى تفيد الاباحة لا الملك و ان كان فى الحقير- عندنا-) انتهى كلام القواعد.

(و دلالتها) اى هذه العبارة (على قصد المتعاطيين للملك) لا الاباحة (مما لا يخفى) فلا وجه لكلام صاحب الجواهر من ان كلام

الفقهاء فی المعاطاة المراد بها الاباحة. (هذا کله مع ان الواقع فی ایدی الناس) فی المعاطاة التی یوقعونها (هی المعاطاة بقصد التملیک) کما لا یخفی لمن راجع المتعارف (و یبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الکلام فی غیر ما هو الشائع بین الناس) بان یأتوا بهذا الکلام الطویل حول المعاطاة التی یراد بها الاباحة مما لا خارج لها اطلاقا الا فی بعض الاحیان النادرة (مع انهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بین الناس) لقرینة امثلتهم و غیرها (ثم انک قد عرفت ظهور اکثر العبارات المتقدمة فی عدم حصول الملک) من المعاطاة (بل صراحة بعضها کالخلاف و السرائر و التذکرة و القواعد) لانهم صرحوا بافادة المعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵۱

و مع ذلک کله، فقد قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد: انهم أرادوا بالإباحة الملک المتزلزل. فقال: المعروف بین الاصحاب ان المعاطاة بیع و ان لم یکن کالعقد فی اللزوم، خلافا لظاهر عبارة المفید. و لا یقول احد بانها بیع فاسد سوی المصنف فی النهایة، و قد رجع عنه فی کتبه المتأخرة. و قوله تعالی: الا ان تکون تجارة عن تراض، عام الا ما أخرجه الدلیل. و ما یوجد فی عبارة جمع من متأخری الاصحاب من انها تفید الاباحة و تلزم بذهاب احدی العینین یریدون به عدم اللزوم فی اوّل الامر

الاباحة. (و مع ذلک کله، فقد قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد: انهم أرادوا بالإباحة الملک المتزلزل) و ان المعاطاة تفید ذلک (فقال: المعروف بین الاصحاب ان المعاطاة بیع و ان لم یکن کالعقد فی اللزوم، خلافا لظاهر عبارة المفید) الّذی یقول بانها بیع لازم (و لا یقول أحد بأنها بیع فاسد) حتی لا یترتب علیها حتی الاباحة (سوی المصنف) ای العلامة (فی النهایة، و قد رجع عنه) ای عن کونه بیعا فاسدا (فی کتبه المتأخرة) عن النهایة (و قوله تعالی: الا ان تکون تجارة عن تراض، عام) شامل للمعاطاة و غیرها (الا ما أخرجه الدلیل) کبیع الکالی بالکالی و ما اشبه، مما هو تجارة عن تراض و مع ذلک باطل لوجود دلیل خاص علی بطلانه، و لیس مما اخرجه الدلیل المعاطاة فهی باقیة تحت عموم «تجارة عن تراض» (و ما یوجد فی عبارة جمع من متأخری الاصحاب من انها تفید الاباحة و تلزم بذهاب احدی العینین) ای تلف الثمن او المثمن (یریدون به) ای بالإباحة بتأویلها ب «الکلام» (عدم اللزوم فی اوّل الامر) حین المعاطاة، لا انهم یریدون الاباحة حقیقة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵۲

و بالذهاب یتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الاباحة المجردة من اصل الملک اذ المقصود للمتعاطیین انما هو الملک، فاذا لم یحصل کان بیعا فاسدا و لم یجز التصرف و کافة الاصحاب علی خلافه. و أیضا فان الاباحة المحضة لا تقتضی الملک اصلا و راسا فکیف یتحقق ملک شخص بذهاب مال آخر فی یده. و انما الافعال،

(و بالذهاب) ای فقد احدی العینین (یتحقق اللزوم)

و انما اوّلنا کلامهم «الاباحة» الی «الملک المتزلزل» (لامتناع إرادة) الاصحاب من لفظ «الاباحة» الموجودة فی کلامهم (الاباحة المجردة من اصل الملک) ای إباحة بلا ملک، بل مرادهم إباحة التصرفات مع انه ملک متزلزل (اذ المقصود للمتعاطیین الملک، فاذا لم یحصل) الملک اطلاقا- لا ملکا لازما و لا ملکا متزلزلا- (کان بیعا فاسدا و لم یجز التصرف) اصلا، لا انه یجوز التصرف لانه مباح (و کافة الاصحاب علی خلافه) ای خلاف البیع الفاسد، فان احدا منهم لا یقول بالمعاملة الفاسدة (و أیضا) یدل علی ان مرادهم بالإباحة الملک المتزلزل (فان الاباحة المحضة لا تقتضی الملک اصلا) و لو بعد فقد احدی العینین (و راسا) ای اطلاقا (فکیف) یقولون بانه (یتحقق ملک شخص) کالبائع مثلا للثمن (بذهاب مال آخر فی یده)، کذهاب الثمن فی ید البائع، ای لا وجه لان نقول: ان البائع یملک الثمن بذهاب هذا الثمن- الّذی هو مال للمشتری فی ید البائع، و یصح ان یقال، فی مقام الاستعباد: انه کیف یملک المشتری المثمن بذهاب ثمنه فی ید البائع (و) ان قلت: مقتضی ما ذکرتم ان یکون، البیع لازما، فلما ذا تقولون انه ملک متزلزل، قلت:

(انما الافعال) کالمعاطاة

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۵، ص: ۵۳

لما لم تکن دلالتها علی المراد فی الصراحة کالاقوال لانها تدل بالقرائن، منعوا لزوم العقد بها، فیجوز التراد ما دام ممکنا و مع تلف احدی العینین یمتنع التراد فیتحقق اللزوم و یکفی تلف بعض احدی العینین لامتناع التراد فی الباقی اذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر انتهی.

و نحوه المحکی منه فی تعلیقه علی الارشاد و زاد فیه: ان مقصود المتعاطیین إباحة مترتبة علی ملک الرقبة کسائر البیوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه

- فی المقام- (لما لم تکن دلالتها علی المراد بالصراحة کالقول) الّذی دلالته بالصراحة (لانها) ای الافعال (تدل بالقرائن) مثل الاعطاء یدل بالقرینة علی انه بیع، و الا فالاعطاء یمکن ان یکون هبة و غیرها (منعوا من لزوم العقد بها) ای بالافعال (فیجوز) لکل من البائع و المشتری (التراد) فیرد کل جنس صاحبه لیأخذ جنسه (ما دام) التراد (ممکنا و مع تلف احدی العینین یمتنع التراد فیتحقق اللزوم) و یکون الملک المتزلزل ملکا لازما (و یکفی) فی افادة اللزوم (تلف بعض احدی العینین لامتناع التراد فی الباقی) کأن یتلف دینار من الثمن الّذی هو مائة دینار- مثلا-، و معنی امتناع التراد انه لا یتمکن البائع- فی المثال- ان یرد عین مائة دینار التی اخذها من المشتری (اذ هو) ای تراد البعض (موجب لتبعض الصفقة و الضرر) یعنی فی بعض الموارد، و الا فلیس جمیع الموارد کذلک کما لا یخفی (انتهی) کلام الکرکی فی جامع المقاصد.

(و نحوه المحکی منه فی تعلیقه علی الارشاد و زاد فیه: ان مقصود المتعاطیین) من التعامل (إباحة مترتبة علی ملک الرقبة کسائر البیوع) فان المتبایعین یریدان ان یباح لکل منهما التصرف إباحة مترتبة علی الملک لا إباحة مترتبة علی الهبة أو ما اشبه (فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه) من ترتب

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۵، ص: ۵۴

و الا لوجب ان لا تحصل إباحة بالکلیة بل یتعین الحکم بالفساد اذ المقصود غیر واقع فلو وقع غیره لوقع بغیر قصد و هو باطل. و علیه یتفرع النماء و جواز و طی الجاریة و من منع فقد اغرب انتهی.

و الّذی یقوی فی النفس ابقاء ظواهر کلماتهم علی حالها و انهم یحکمون بالإباحة المجردة عن الملک فی المعاطاة علی فرض قصد المتعاطیین التملیک و ان الاباحة لم یحصل بانشائها

الملک المتزلزل علی المعاطاة (و الا) یحصل مقصودهما (لوجب ان لا تحصل إباحة بالکلیة) ای اطلاقا- خلافا لما نسب الی المشهور من انهم یقولون بالإباحة المطلقة- (بل یتعین الحکم بالفساد) للمعاملة و انه لا یترتب علیه إباحة و لا ملک (اذ المقصود) للمتعاطیین (غیر واقع فلو وقع غیره) ای الاباحة المطلقة- لا المترتبة علی الملک- (لوقع بغیر قصد) منهما، لانهما لم یقصداه (و هو باطل) اذ الامور المتوقفة علی القصد لا تکون الا بالقصد، و ان شئت قلت: «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» (و علیه) ای علی الملک (یتفرع النماء و جواز و طی الجاریة) فان قلنا بالملک کان النماء للمشتری و جاز له الوطی، و ان لم نقل بالملک فلا ملک و لا إباحة، فلیس له نماء و لا یجوز له وطی الجاریة (و من منع) مما ذکرناه، بل قال بعدم الملک (فقد أغرب) ای اتی بشیء غریب (انتهی) کلام الکرکی رحمه الله.

(و الّذی یقوی فی النفس ابقاء ظواهر کلماتهم علی حالها) فمرادهم المعاطاة المراد بها الملک- لا الاباحة- کما قال الجواهر (و انهم یحکمون بالإباحة المجردة عن الملک فی المعاطاة) ای ان المعاطاة تفید الاباحة (علی فرض قصد المتعاطیین التملیک) لا ان المعاطاة

تفید الملک المتزلزل- کما قال الکرکی- (و ان الاباحة لم تحصل بانشائها) ای إنشاء الاباحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵۵

ابتداء بل انما حصلت- کما اعترف به فی المسالک- من استلزام اعطاء کل منهما سلعته مسلطا علیها، الاذن فی التصرف فیه بوجوه التصرفات فلا یرد علیهم عدا ما ذکره المحقق المتقدم فی عبارته المتقدمة.

و حاصله ان المقصود هو الملک، فاذا لم یحصل فلا منشأ لاباحة التصرف اذ الاباحة إن کانت من المالک فالمفروض انه لم یصدر منه الا التملیک و إن کانت من الشارع فلیس علیها دلیل و لم یشعر کلامهم بالاستناد الی نص فی ذلک مع ان الغاء الشارع للاثر المقصود

(ابتداء) لانهما لم ینشئا الا الملک (بل انما حصلت) الاباحة (- کما اعترفت به فی المسالک- من استلزام اعطاء کل منهما سلعته) فی حالکون المعطی (مسلطا) الطرف الاخر (علیها، الاذن فی التصرف فیه) «الاذن» مفعول «استلزم» (بوجوه التصرفات) حتی المتلفة منها (فلا یرد علیهم) ای علی المشهور القائلین بهذا القول (عدا ما ذکره المحقق المتقدم فی عبارته المتقدمة).

(و حاصله) ای حاصل الایراد (ان المقصود) للمتعاطیین (هو الملک، فاذا لم یحصل) لعدم وجود الایجاب و القبول (فلا منشأ لاباحة التصرف) و انما لا- یکون منشأ للاباحة (اذ الاباحة إن کانت من المالک) و ان المالک اباح (فالمفروض انه لم یصدر منه) ای من المالک (الا- التملیک) لانه قصد الملک (و إن کانت) الاباحة (من الشارع فلیس علیها) ای علی الاباحة الشرعیة (دلیل و لم یشعر کلامهم بالاستناد الی نص فی ذلک) بان یدل نص علی انه متی ما تعاطیا افاد التعاطی الاباحة الشرعیة (مع) ان الاباحة الشرعیة یرد علیه (ان الغاء الشارع للاثر المقصود)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵۶

و ترتیب غیره بعید جدا، مع ان التأمل فی کلامهم یعطی إرادة الاباحة المالکیة لا الشرعیة.

و یؤید إرادة الملک ان ظاهر اطلاقهم إباحة التصرف، شمولها للتصرفات التی لا تصح الا من المالک کالوطی و العتق و البیع لنفسه و التزامهم حصول الملک مقارنا لهذه التصرفات- کما اذا وقعت هذه التصرفات من ذی الخیار او من الواهب الّذی یجوز له الرجوع- بعید.

الّذی هو الملک (و ترتیب غیره) الّذی هو الاباحة (بعید جدا) فان المعروف من سیرة الشارع انه او کل الامور القصدیة- من هذا القبیل- الی اصحاب القصد، لا- انه تصرف فیها علی خلاف رغبة اصحابه (مع ان التأمل فی کلامهم یعطی) و یفید (إرادة الاباحة المالکیة لا) الاباحة (الشرعیة) فالقول بالإباحة الشرعیة خلاف ظاهر کلماتهم.

(و یؤید إرادة) المشهور (الملک) المتزلزل من الاباحة، لا الاباحة الاصطلاحیة- و هذا الکلام من تتمة الاشکال من قبل الکرکی علی من یقول بإرادة الفقهاء الاباحة المصطلحة- (ان ظاهر اطلاقهم) ب (إباحة التصرف، شمولها) ای الاباحة (للتصرفات التی لا تصح الا من المالک کالوطی و العتق و البیع لنفسه) لا عن المالک، فانه ورد: لا وطی الا فی ملک، و لا عتق الا فی ملک، و لا بیع الا فی ملک (و التزامهم حصول الملک مقارنا لهذه التصرفات- کما اذا وقعت هذه التصرفات من ذی الخیار او من الواهب الّذی یجوز له الرجوع-) فان الهبة الی ذی الرحم، و الی الزوجة، و مع الشرط، و ما اشبه لا یصح فیها الرجوع (بعید) خبر قولهم: التزامهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۵۷

و سیجیء ما ذکره بعض الاساطین من ان هذا القول مستلزم لتاسیس قواعد جدیدة لکن الانصاف ان القول بالتزامهم لهذه الامور اهون من توجیه کلماتهم فان هذه الامور لا استبعاد فی التزامها اذا اقتضی الاصل عدم الملکیة و لم یساعد علیها

و الحاصل من هذا الاشكال: انكم اما تقولون بانه لا يجوز ان يتصرف المتعاطيان مثل هذه التصرفات فى السلعة، او تقولون بصحة هذه التصرفات. و الاول خلاف اطلاق الفقهاء انه يجوز كل تصرف فى السلعة، و الثانى لا يخلو: اما ان تقولون بسبق الملك عليها- و هذا هو المطلوب- و اما ان تقولون بتقارنها مع الملك- كتصرف ذى الخيار- حيث ان البائع للامة بخيار له اذ وطأها كان الوطى تصرفا و اخذا بالخيار حيث انها بمجرد الوطى تكون ملكا له، اى ترجع الى ملكه، و هذا بعيد جدا، يحتاج الى دليل قوى و حيث وجد الدليل فى باب الهبة و الخيار نقول بذلك و لكن لا دليل هنا على ان التصرف مملك و لذا لا نقول به (و سيجىء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول) اى الاباحة المجردة عن الملك (مستلزم لتاسيس قواعد جديدة) فى الفقه. و الحاصل ان اللازم ان نقول بافادة المعاطاة الملك لا الاباحة، هذا حاصل الاشكال الّذى يوجه الى كلام الشيخ الّذى يقول بان مراد الفقهاء الاباحة، لا الملك المتزلزل (لكن الانصاف ان القول بالتزامهم) اى الفقهاء (لهذه الامور) و الاشكالات التى ترد على القول بالإباحة (اهون من توجيه كلماتهم) بصرفها عن ظاهرها الى الملك المتزلزل (فان هذه الامور) و الاشكالات، الواردة على القول بالإباحة (لا استبعاد فى التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية) فى المعاطاة (و لم يساعد عليها) اى على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۵۸

دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد، المنع عما يتوقف على الملك كاخراجه فى خمس او زكاة، و كوطى الجارية و صرح الشيخ فى المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الايجاب و القبول، و لا يحل وطيها.

و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك انه قد صرح الشيخ فى المبسوط، و الحلى فى السرائر، كظاهر العلامة فى

الملكية (دليل معتبر) من ناحية (و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة) اى المالكية من ناحية اخرى- هذا أولا- (مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد، المنع عما) اى عن التصرف الّذى (يتوقف على الملك كاخراجه) اى اخراج ما اخذه بالمعاطاة (فى خمس او زكاة، و كوطى الجارية) ثانيا. و الحاصل انا نقول بالإباحة، و نرد اشكال: انه كيف يمكن التصرف المالكى فى السلعة؟ بانه لا مانع منه اذ دل الدليل، أولا، و بانه لا نسلم بجواز مثل هذا التصرف، كما قاله الشهيد، ثانيا.

(و) يؤيد عدم جواز التصرف المالكى فى السلعة التى اخذت بالمعاطاة انه (صرح الشيخ فى المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية) اى الفاقدة (عن الايجاب و القبول، و لا يحل وطيها) لانها لم تدخل فى ملك الموهوب له.

(و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك) فى المعاملة المعاطاتية (انه قد صرح الشيخ فى المبسوط، و الحلى فى السرائر، كظاهر العلامة فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۵۹

القواعد: بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطى الجارية.

ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال بانها ليست بيعا حقيقية كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد اجماع الغنية

القواعد: بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول) الواسطة فى ايصال الهدية، و انما يكون هذا

الکلام منهم مؤیـدا، لا دلیلا، لان کلامهم فی الهدایـة، لا فی البیع، نعم هو مؤیـد لان البابین من واد واحـد، من هـذا الحیث (نعم یفید ذلک) الاهـداء الخالی عن الایجاب و القبول (إباحة التصرف) من الموهوب له فی الموهوب (لکن الشـیخ اسـتثنی وطی الجاریة) فلا یجوز هذا التصرف

(ثم ان المعروف بین المتـاخرین ان من قـال بالإباحـة المجردة فی المعاطـاة قـال بانهـا لیست بیعـا حقیقـة کمـا هو ظـاهر بعض العبـائر المتقدمـة) کعبارة التذکرة و غیرها (و معقد اجماع الغنیة) ای اللفظ الّذی ادعی علیه الاجماع، فان الاجماع قد یکون منصبا علی جملة خاصـة فتسـمی تلک الجملـة معقـدا، و قد یکون الاجماع فی قول آخر فلا یکون له معقد، مثلا قد یقول الفقیه: «تلزم الصـیغة فی البیع اجماعا» فان «لزوم الصـیغة» معقـد الاجماع، و قـد یقول: «لم یشترط فلان الصـیغة فی البیع، و الّذی یظهر لی اشتراطها دلیلنا علی ذلک الاجماع» فان الاجماع فی المثال لا معقد له، ای لیس هناک لفظ خاص حتی یرجع فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۰

و ما ابعد ما بینه و بین توجیه المحقق الثانی من إرادة نفی اللزوم، و کلاهما خلاف الظاهر.

و یدفع الثانی تصریح بعضـهم بان شـرط لزوم البیع منحصـر فی مسقطات الخیار، فکل بیع عنده لازم من غیر جهة الخیارات و تصریح غیر واحد بان الایجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البیع بالصیغة.

مورد الشک إلیه (و ما ابعد ما بینه) ای بین کون المعاطاة لیست مفیدة للملک و انها لیست بیعا حقیقة (و بین توجیه المحقق الثانی من إرادة) الاصحاب (نفی اللزوم) و انها بیع حقیقة و تفید الملک المتزلزل (و کلاهما خلاف الظاهر) من الاصحاب.

(و یدفع الثانی) ای کلام المحقق (تصریح بعضهم بانه شرط لزوم البیع منحصر فی مسقطات الخیار، فکل بیع عنده) ای عند هذا القائل (لازم من غیر جهـة الخیـارات) فکیف یقول المحقق: ان المعاطاة بیع غیر لازم و یلزم من غیر جهـة مسـقطات الخیار، اذ لزوم المعاطاة عنده بالتصـرف المتلف فی احد العوضـین (و تصریح غیر واحد بان الایجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البیع بالصیغة) فلا ینعقد البیع بدون الایجاب و القبول، فکیف ینسب المحقق إلیهم انهم یقولون بانعقاد البیع و لکنه متزلزل؟

و الظـاهر ان قوله «بالصـیغة» متعلق بقوله «الایجـاب و القبول» و الا لم یکن هـذا الکلام ردا علی من یقول بالانعقاد بالمعاطاة، اذ لو قلنا «ان الانعقاد بالصیغة مشروط بالایجاب و القبول» کان لازمه ان الانعقاد یمکن بغیر الایجاب و القبول، فتامل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۱

و اما الاول فان قلنا بان البیع عنـد المتشـرعة حقیقـة فی الصـحیح و لو بناء علی ما قـدمناه فی آخر تعریف البیع من ان البیع فی العرف: اسم للمؤثر منه فی النقـل، فإن کان فی نظر الشارع او المتشرعة من حیث انهم متشـرعة و متـدینون بالشـرع صـحیحا مؤثرا فی الانتقال کان بیعا حقیقیا، و الا کان بیعا صوریا نظیر بیع الهازل فی نظر العرف فیصح علی ذلک نفی البیعیة علی وجه الحقیقة فی کلام کل من اعتبر فی صحته الصیغة او فسره بالعقد، لانهم فی

(و اما الاول) ای انها لیست بیعا و لا مفیدة للملک (فان قلنا بان البیع عند المتشـرعة حقیقة فی الصـحیح) المفید للاثر (و لو بناء علی ما قـدمناه فی آخر تعریف البیع) قبل بحث المعاطاة فی بیان کلام الشـهید (من ان البیع فی العرف: اسم للمؤثر منه فی النقل، فإن کان فی نظر الشارع او المتشرعة من حیث انهم متشرعة و متدینون بالشرع) حیث یصح الانتساب الی الشرع (صحیحا مؤثرا فی الانتقال کان بیعا حقیقیـا، و الا) یکن مؤثرا (کـان بیعـا صوریـا نظیر بیع الهازل فی نظر العرف) و انه بیع صوری و لیس بیعا حقیقیا (فیصـح علی ذلک) التقـدیر، و هـذا جواب الشـرط الّـذی هو قوله «فان قلنا» (نفی البیعیة علی وجه الحقیقة) ای المعاطات لیست بیعا حقیقیا (فی کلام کل من اعتبر فی صحته) ای صحة البیع (الصیغة) اذ لا صیغة فی المعاطاة فلا بیع حقیقة (او فسره بالعقد) ای فسر البیع بالعقد، اذ لا عقد فی

المعاطات، فلا بیع حقیقة، و «او» عطف علی «من اعتبر». و انما قلنا انه بناء علی کون البیع حقیقة فی الصحیح یصح نفی البیعیة عن المعاطاة (لانهم فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۲

مقام تعریف البیع بصدد بیان ما هو المؤثر فی النقل فی نظر الشارع.

اذا عرفت ما ذکرنا

فالأقوال فی المعاطاة- علی ما یساعد، ظواهر کلماتهم- ستة:

اللزوم مطلقا

کما هو ظاهر المفید و یکفی فی وجود القائل به قول العلامة رحمه الله- فی التذکرة: الاشهر عندنا انه لا بدّ من الصیغة

مقام تعریف البیع بصدد بیان ما هو المؤثر فی النقل فی نظر الشارع) و من المعلوم ان المؤثر فی النقل لیس الا بیعا صحیحا. ثم ان قوله:

«فان قلنا بان البیع» له عدل مطوی فی الکلام لم یذکره لوضوحه، و هو هکذا: و ان قلنا بان البیع حقیقة فی الاعم فلا یصح نفی البیعیة.

و الحاصل من قوله: «ثم ان المعروف» .. الی هنا، ان فی المعاطاة قولین: افراطی و تفریطی، الاول: انها لیست بیعا، و الثانی انها بیع یفید الملک المتزلزل، و کلاهما غیر تام، اما الثانی: فلان المشهور یقولون بان المعاطاة تفید الاباحة لا الملک، و اما الاول فان قلنا بان البیع حقیقة فی الصحیح، و قلنا: بان البیع یحتاج الی الصیغة یصح قوله بانها لیست بیعا و ان قلنا بان البیع حقیقة فی الاعم، لا یصح قوله

(اذا عرفت ما ذکرنا) من توجیه کل من المحقق و الجواهر لکلام المشهور، و مما ذکرناه فی بیان کلام المشهور (ف) اعلم ان (الاقوال فی المعاطاة- علی ما یساعده ظواهر کلماتهم- ستة):

الاول (اللزوم مطلقا) کسائر انواع البیع (کما هو ظاهر المفید، و یکفی فی وجود القائل به قول العلامة- رحمه الله- فی التذکرة: الاشهر عندنا انه لا بد من الصیغة) مما یدل علی ان غیر الاشهر عدم الاحتیاج الی الصیغة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۳

و اللزوم بشرط کون الدال علی التراضی او المعاملة لفظا

حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی بعض متأخری المحدثین لکن فی عدّ هذا من الاقوال فی المعاطاة تاملا.

و الملک غیر اللازم،

ذهب إلیه المحقق الثانی و نسبه الی کل من قال بالإباحة و فی النسبة ما عرفت.

و عدم الملک مع إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک،

کما هو ظاهر عبائر کثیر بل

(و) الثانی (اللزوم بشرط کون الدال علی التراضی او المعاملة لفظا) کما یقول: نرضی بهذا التبادل، او نعامل هذه المعاملة- بدون الایجاب و القبول- فی قبال ان لا- یقولا- لفظا اصلا کما لو وضع النقد و اخذ الجنس فی حضور صاحب الجنس (حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی بعض متأخری المحدثین لکن) لا یخفی ان (فی عدّ هذا من الاقوال فی المعاطاة تاملا) اذ جماعة اعتبروا فی المعاطاة خلوها من اللفظ اطلاقا، و علیه فلیس هذا من الاقوال فی المعاطاة لخروجه موضوعا عنها.

(و) الثالث (الملک غیر اللازم، ذهب إلیه المحقق الثانی و نسبه الی کل من قال بالإباحة) الذین هم المشهور، مدعیا ان مرادهم بالإباحة الملک المتزلزل (و فی النسبة ما عرفت) من انها خلاف ظواهر کلماتهم بل صریح بعضهم ینفیها.

(و) الرابع (عدم الملک مع إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک) کالوطی و العتق و البیع و ما اشبه (کما هو ظاهر عبائر کثیر بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۴

ذکر فی المسالک ان کل من قال بالإباحة یسوّغ جمیع التصرفات.

و إباحة ما لا یتوقف علی الملک

و هو الظاهر من الکلام المتقدم عن حواشی الشهید علی القواعد و هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی اهداء الجاریة من دون ایجاب و قبول

و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا

نسب الی ظاهر النهایة، لکن ثبت رجوعه عنه فی غیرها.

و المشهور بین علمائنا عدم ثبوت الملک بالمعاطاة

و ان قصد

ذکر فی المسالک ان کل من قال بالإباحة یسوّغ) و یجوّز (جمیع التصرفات) حتی المتوقفة علی الملک.

(و) الخامس (إباحة ما لا یتوقف علی الملک) من التصرفات کالاستعمال و نحوه .. لا الوطی و العتق و نحوهما .. (و هو الظاهر من الکلام المتقدم عن حواشی الشهید) الاول (علی القواعد و) هذا القول (هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی اهداء الجاریة من دون ایجاب و قبول) حیث اباح کل تصرف باستثناء وطی الجاریة، اذ لو جاز کل تصرف کالقول الرابع- لجاز وطیها أیضا.

(و) السادس (القول بعدم إباحة التصرف مطلقا) حتی غیر التصرفات المستلزمة للملک فلا یجوز استخدام الجاریة- مثلا- فضلا عن وطیها (نسب) هذا القول (الی ظاهر النهایة، لکن ثبت رجوعه عنه فی غیرها) ای غیر النهایة من سائر کتبه.

(و المشهور بین علمائنا عدم ثبوت الملک بالمعاطاة و ان قصد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۶۵

المتعاطيان بها التمليک، بل لم نجد قائلا به الى زمان المحقق الثانى الّذى قال به و لم يقتصر على ذلک حتى نسبه الى الاصحاب.

نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه: الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت انتهى و لذا نسب ذلک إليه فى المسالک لكن قوله بعد ذلک و لا يحرم على كل منهما الانتقاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى ان مراده مجرد الانتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملک.

[الأقوى حصول الملک]

اشارة

و اما قوله و الاقوى ... الخ، فهو اشارة الى خلاف

المتعاطيان بها) اى بالمعاطاة (التمليک، بل لم نجد قائلا به) اى بالملک (الى زمان المحقق الثانى) الكركى (الّذى قال به و لم يقتصر على ذلک) القول لنفسه (حتى نسبه الى الاصحاب.)

(نعم ربما يوهمه) اى الملک (ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه:

الا قوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما) البائع و المشترى (فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت) و ظاهر قوله «غير لازمة» الملک غير اللازم، لا الاباحة (و لذا نسب ذلک) القول بالملک (إليه) اى الى السرائر (فى المسالک، لكن قوله) اى السرائر (بعد ذلک) الكلام المتقدم (و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد) الّذى لا يجوز لكل منهما التصرف فيما قبضه (ظاهر فى ان مراده) اى السرائر- من كلامه المتقدم- (مجرد الانتفاع) لا الملک (اذ لا معنى لهذه العبارة): و لا يحرم .. الخ (بعد الحكم بالملک) الظاهر من عبارته السابقة.

(و اما قوله) اى السرائر (و الاقوى ... الخ، فهو اشارة الى خلاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۶۶

المفيد و العامة القائلين باللزوم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا، و كذا اللزوم و يؤيد ما ذكرنا، بل يدل عليه: ان الظاهر من عبارة السرائر فى الهبة توقفها على الايجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الايجاب و القبول فى هدية الاطعمة؟ الاقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى.

المفيد و العامة القائلين باللزوم) فى المعاطاة، فكلامه ردّ لمن قال باللزوم، و لمن قال بالمعاوضة الفاسدة، و الوسط بينهما الاباحة فقط

(و) اما ما نجده فى عبارة السرائر من (اطلاق المعاوضة عليها) اى على المعاطاة، الظاهر فى الملک، اذ لا معاوضة فى الاباحة، فانما هو (باعتبار ما قصده المتعاطيان) من المعاوضة (و اطلاق الفسخ على الردّ) فى كلام السرائر- مع ان ظاهر الفسخ الملک- (بهذا الاعتبار) اى باعتبار ما قصده المتعاطيان (أيضا و كذا اللزوم) فى قوله «لزمت» الظاهر فى انها معاوضة فان لفظ اللزوم باعتبار قصد المتعاطيين.

(و يؤيد ما ذكرنا) من ان السرائر لا يقول بالملک فى المعاطاة (بل يدل عليه: ان الظاهر من عبارة السرائر فى الهبة توقفها على الايجاب و القبول) و من المعلوم ان الهبة لو كانت متوقفة عليهما كان توقف البيع بطريق اولى- و لذا اضرب المصنف بقوله: بل يدل عليه- (ثم قال) السرائر فى الهبة: (و هل يستغنى عن الايجاب و القبول فى هدية الاطعمة؟) كاناء حلواء و ما اشبه من المحقرات، المتعارف

اهداؤها بدون ایجاب و قبول (الاقرب عدمه، نعم یباح التصرف) فیها (بشاهد الحال) فان حال الاهداء شاهد بان المالک اباح التصرف (انتهی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۷

و صرح بذلک أیضا فی الهدیة فاذا لم یقل فی الهبة بصحة المعاطاة فکیف یقول بها فی البیع.

[الاستدلال بالسیرة]

و ذهب جماعة تبعا للمحق الثانی الی حصول الملک و لا یخلو من قوة للسیرة المستمرة علی معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملک فی التصرف فیه بالعتق و البیع و الوطی و الایصاء و توریثه و غیر ذلک من آثار الملک

[الاستدلال بآیة أحل الله البیع]

و یدل علیه عموم قوله تعالی: أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ.

کلام السرائر. (و صرح بذلک) التوقف علی الایجاب و القبول (أیضا فی الهدیة) و الهبة اعم من الهدیة، و لذا یقال: وهبت حقک، و لا یقال:

اهدیت حقک (فاذا لم یقل فی الهبة بصحة المعاطاة) التی هی ادون من البیع (فکیف یقول بها) ای بصحة المعاطات (فی البیع) الّذی مبناه علی الدقة شرعا و عرفا.

(و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثانی الی حصول الملک) بالمعاطاة (و لا یخلو) هذا القول (من قوة للسیرة المستمرة) من المتشرعة علی المعاطاة و ترتیب اثر الملک علیها، فان بناء المتشرعة (علی معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملک فی التصرف فیه بالعتق و البیع و الوطی و الایصاء و توریثه و غیر ذلک من آثار الملک) کالهبة و الهدیة و التخمیس و التزکیة و الحج الحاصل بالاستطاعة به و التمهیر، و من المعلوم ان هذه السیرة متصلة بزمان المعصوم و لم یرد ردع عنه علیه السلام، فهی حجة.

(و یدل علیه) ای علی الملک أیضا (عموم قوله تعالی: احل الله البیع) و المراد بالعموم الاطلاق- فان احدهما یطلق علی الاخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۸

حیث انه یدل علی حلیة جمیع التصرفات المترتبة علی البیع بل قد یقال بان الآیة دالة عرفا بالمطابقة علی صحة البیع لا مجرد الحکم التکلیفی لکنه، محل تامل.

و اما منع صدق البیع علیه فمکابرة

بمعناهما اللغوی- (حیث انه یدل علی حلیة جمیع التصرفات المترتبة علی البیع) فیما یسمی فی العرف بیعا، و من المعلوم ان حلیة جمیع التصرفات حتی التی تتوقف علی الملک تلازم الملک، و ان شئت قلت: ان المعاطاة بیع عرفا فیشملها قوله تعالی: احل الله البیع، و انما قال المصنف «حیث انه .. الخ» لبیان ان الآیة انما تدل علی الملک علی الحکم التکلیفی المستلزم للحکم الوضعی ای الملک، فدلالة الآیة علی الملک بالالتزام (بل قد یقال بان الآیة دالة عرفا بالمطابقة) فالدلالة المطابقیة- عرفا- لا لغة، اذ الدلالة المطابقیة اللغویة ان یقال:

«البیع یوجب الملک» (علی صحة البیع) فان معنی «الحلیة» عرفا «الصحة» (لا مجرد الحکم التکلیفی) ای الحلیة المستلزمة للصحة حتی تکون الدلالة التزامیة (لکنه محل تامل) بسبب قوله سبحانه «و حرم الربا» فالحرمة فی الربا تکلیفیة و الحلیة فی البیع أیضا تکلیفیة لکن قد یقال: ان الحرمة فی الربا أیضا وضعیة لان المعاملة الربویة فاسدة، و فیه ان الظاهر من الحرمة و الحلیة التکلیف لا الوضع، و فی الربا أیضا نقول بالفساد لدلیل خارج.

(و اما منع صدق البیع علیه) ای علی التعاطی بدون الصیغة (فمکابرة) و تشکیل القیاس هکذا: «المعاطاة بیع، و کل بیع حلال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۶۹

و اما دعوی الاجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاة بیعا، کابن زهرة فی الغنیة فمرادهم بالبیع المعاملة اللازمة التی هی احدی العقود و لذا صرح فی الغنیة بکون الایجاب و القبول من شرائط صحة البیع.

و دعوی- ان البیع الفاسد عندهم لیس بیعا-

ثم: الحلیة مستلزمة للملک، فکلما یستلزم الحلیة یستلزم الملک»، فقول المصنف أو لا «حیث انه ..» بیان للقیاس الثانی و «قوله: و اما منع» بیان للقیاس الاول.

(و اما دعوی الاجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاة بیعا، کابن زهرة فی الغنیة ف) لیس منافیا لما ذکرناه اذ (مرادهم بالبیع) المنفی عن المعاطاة (المعاملة اللازمة التی هی احدی العقود) لا انها لیست بیعا اطلاقا (و لذا صرح فی الغنیة بکون الایجاب و القبول من شرائط صحة البیع) فیدل هذا الکلام ان البیع عبارة عن المعاملة اللازمة حتی جعل الایجاب و القبول شرطا له، و الا فلو کانت المعاملة التی فیها الایجاب و القبول بیعا، لم یعقل ان یکون الایجاب و القبول شرطا، فان الشیء لا یکون شرطا لنفسه و الحاصل ان جعل اللفظ من شرائط صحة البیع لا من مقومات حقیقته- فی کلام السید- یشهد علی ان مراده بالبیع المعاملة لا مطلق البیع، فلا یکون کلامه دالا علی عدم صدق البیع علی المعاطاة فالمراد بالبیع المنفی لا حقیقة البیع الصحیح لا حقیقة البیع.

(و) ان قلت: علی هذا یلزم ان یکون البیع الفاسد بیعا، مع انه لیس ببیع- عندهم- قلت: (دعوی- ان البیع الفاسد عندهم لیس بیعا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۰

قد عرفت الحال فیها.

[الاستدلال بآیة التجارة]

و مما ذکر یظهر وجه التمسک بقوله تعالی: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ.

[الاستدلال بحدیث السلطنة و المناقشة فیه]

و اما قوله علیه السلام: الناس مسلطون علی اموالهم

قد عرفت الحال فیها) قبیل الکلام فی المعاطاة، فی شرح کلام الشهید رحمه الله، و قوله «عندهم» متعلق ب «لیس بیعا».

(و مما ذکر) فی وجه التمسک لصحة المعاطاة و ایجابها الملک، بآیة: احلّ الله البیع (یظهر وجه التمسک بقوله تعالی: الّا ان تکون تجارة عن تراض) فان المعاطاة تجارة عرفا، و التجارة حیث استثنت عن «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ» جائزة الاکل، و الاکل عبارة

عن كل تصرف يسمى فى العرف اكلا، كعتق العبد و وطى الجارية و الهدية و الهبة، فمعنى الآية: لا تتصرفوا التصرفات المالكية فى الاموال الا- اذا انتقلت إليكم تلك الاموال بالتجارة فيجوز تلك التصرفات. و هذا الجواز يلازم الملك فاذا ضممنا ذلك الى ما هو معلوم لدى العرف من ان «المعاطاة تجارة» ثبت المطلوب.

(و اما قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم) لا يخفى ان المشهور على الالسنة «الناس مسلطون على انفسهم و اموالهم» و هذا ليس بحديث و انما استفيد تسلط الناس على انفسهم من قوله تعالى:

«النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم» و من قوله صلى الله عليه و آله:

«الست اولى بكم من انفسكم» مما يدل على انه للانسان ولاية على نفسه لكن النبى اولى، فاذا تعارض امر النبى و إرادة الشخص قدم امر النبى لكونه اولى،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۷۱

فلا دلالة فيه على المدعى

و هذا يدل على ان للانسان الاختيار التام و الحرية الكاملة فى التصرفات فى نفسه الا اذا كان ذلك التصرف محرما شرعا، بدليل، كأن يقتل الانسان نفسه او يقطع عضوا من اعضائه او يذهب قوة من قواه كأن يعمى نفسه او يعمل عملا موجبا للذلة، و يدل على الاول قوله تعالى: و لا تقتلوا انفسكم. و على الثانى انه مثلة و يشملها قوله صلى الله عليه و آله: اياكم و المثلة. و على الثالث قوله صلى الله عليه و آله: لا ضرر و لا ضرار، اما الاضرار القليل كالفصد و الحجامة و اللطم و التطبير و ما اشبه فهى جائزة اما نصا و اما لانه لا دليل على كلية حرمة الاضرار بالنفس بدليل تعبّد النبى و الائمة الطاهرين- صلوات الله عليهم- حتى كانت تتورم أقدامهم، و حتى كان الامام كالشّن البالى، و حتى ابيض عين يعقوب من الحزن، و من المعلوم ان مثل هذه الاضرار لو كانت محرمة لم تسقط الحرمة بالتعارض مع الاستحباب، بل بدون الاستحباب كقصة يعقوب و يوسف- عليهما السلام- و من المعلوم ان النبى لا يتغلب عاطفته لفراق ولده حتى يأتى بالمعصية! و كون البكاء كان غير مقدور له يبطله عتاب الله اياه- كما ورد فى الاحاديث و الكلام طويل ليس هنا محله. و على الرابع قوله صلى الله عليه و آله: ليس للمؤمن ان يذل نفسه (فلا- دلالة فيه على المدعى) اى كون المعاطاة، موجبة للملك، وجه توهم الدلالة: ان الانسان اذا كان مسلطا على ماله، جاز له ان يعطيه معاطاة فى قبال ثمن يأخذه معاطاة، و انما قلنا لا يدل: لانه دال على ان الانسان مسلط على ماله لا انه مسلط على حكمه فليس للانسان ان يشرّع تشريعا جديدا فى ماله، مثلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۷۲

لان عمومه باعتبار انواع السلطنة فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا؟ اما اذا قطعنا بان سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا، لكن شك فى ان هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة فى الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على اموالهم.

ليس له ان يقول: كلما عطست صار مالى وقفا، او كلما حركت يدى صار مالى منذورا للامام، فكذلك ليس له ان يقول: كلما اعطيت مالى مقابل شىء آخذه كان مالى لمن اخذه معاطاة (لان عمومه) اى عموم الناس مسلطون (باعتبار انواع السلطنة) كسلطنة الانسان على اعطاء ماله تمليكا و عارية و اجارة و رهنا و هبة ... و ما اشبه (فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا؟) و الحاصل انه عام بالنسبة الى كل نوع نوع كما لو فرضنا الشك فى انه هل له ان يعطى ماله فى مقابل تامين حياته- كما هو المعتاد الآن- أم لا؟ (اما اذا، قطعنا بان سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا،

لکن شک فی ان هذا التملیک الخاص هل یحصل بمجرد التعاطی مع القصد أم لا بد من القول الدال علیه؟) بان الشک فی سببیة السبب لا فی اصل المسبب (فلا یجوز) ای لا یصح (الاستدلال علی سببیة المعاطاة فی الشریعة للتملیک) متعلق ب «سببیة» (بعموم تسلط الناس علی اموالهم) اذ لیس فی «الناس» عمومان بل عموم واحد، و لا یخفی ان هذا الکلام لو ارجع الی ما تقدم من «ان الناس مسلطون علی اموالهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۳

و منه یظهر أیضا عدم جواز التمسک به لما سیجیء من شروط الصیغة

[المناقشة فی دلالة الآیتین]

و کیف کان ففی الآیتین مع السیرة کفایة

اللّهم الا ان یقال: انهما لا تدلان علی الملک و انما تدلان علی إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک کالبیع و الوطی و العتق و الایصاء

لا علی احکامهم» کان له وجه، و الا فلا وجه لان نقول بان له عموما، من جهة لا من جهة اخری.

(و منه) ای من عدم صحة التمسک لکون المعاطاة موجبة للملک، بالناس مسلطون (یظهر أیضا عدم جواز التمسک به) ای بالناس مسلطون (لما سیجیء من شروط الصیغة) فلو شک فی انه هل تشترط العربیة فی الصیغة أم لا- مثلا-؟ لا یصح التمسک بالناس مسلطون، لعدم الاشتراط، لما عرفت من ان هذه القاعدة انما تفید العموم بالنسبة الی انواع السلطة لا بالنسبة الی سببیة بعض الاسباب المشکوک فیها (و کیف کان) سواء صحت هذه القاعدة دلیلا علی التملیک أم لا (ففی الآیتین مع السیرة کفایة) بل کل واحد من الآیتین، بل حتی السیرة وحدها، کاف فی الافادة.

(اللهم الا ان یقال: انهما لا تدلان علی الملک و انما تدلان حتی إباحة جمیع التصرفات حتی) التصرفات (المتوقفة علی الملک کالبیع و الوطی و العتق و الایصاء) لان آیة «احل الله البیع» دلت علی الحلیة، لا الملک، و آیة «الا ان تکون تجارة» دلت علی جواز الاکل، و جواز الاکل غیر الملک (و) ان قلت: حلیة هذه التصرفات المستفادة من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۴

و إباحة هذه التصرفات انما تستلزم الملک بالملازمة الشرعیة الحاصلة فی سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفکاک دون المقام الّذی لا یعلم ذلک منهم حیث قد اطلق القائلون بعدم الملک إباحة التصرفات و صرح فی المسالک بان من اجاز المعاطاة سوّغ جمیع التصرفات غایة الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقف علی الملک یکشف عن سبق الملک علیه آنا ما فان الجمع بین إباحة هذه التصرفات و بین توقفها علی الملک یحصل بالتزام هذا المقدار

الآیتین تلازم الملک کما سبق تقریره، قلت: (إباحة هذه التصرفات انما یستلزم الملک بالملازمة الشرعیة الحاصلة) تلک الملازمة (فی سائر المقامات) التی دل الدلیل فیها علی صحة هذه التصرفات (من الاجماع) بیان «الحاصلة» (و عدم القول بالانفکاک) بین الملک و بین جواز هذه التصرفات (دون المقام) ای المعاطاة (الّذی لا یعلم ذلک) التلازم بین جواز التصرفات و بین الملک (منهم حیث) نراهم (قد اطلق القائلون بعدم الملک إباحة التصرفات) «إباحة» مفعول «اطلق» (و صرح فی المسالک بان من اجاز المعاطاة سوّغ) و جوّز (جمیع التصرفات) حتی المتوقفة علی الملک، ان قلت: فکیف یمکن ان یقال بان التصرف متوقف علی الملک، و یقال بان هذه

التصرفات جائزة، فيما ليس بملك قلت: (غاية الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقف على الملك) كالوطى و العتق (يكشف عن سبق الملك عليه) اى على ذلك، التصرف (آنا مّا) جمعا بين الدليلين: دليل انه ليس بملك و دليل لا وطى الا فى ملك- مثلا- (فان الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار) الآنامائى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۷۵

من الملك و لا يتوقف على الالتزام بالملك من اوّل الامر فيقال ان مرجع هذه الاباحة أيضا الى التمليك.

[المناقشة فى دلالة السيرة]

اما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

(من الملك و لا يتوقف) الجمع (على الالتزام بالملك من اوّل الامر) حين المعاطاة (فيقال) نتيجة لهذا الجمع (ان مرجع هذه الاباحة) المعاطاتية (أيضا الى التمليك) لان الاباحة منتهية الى الملك السابق على الوطى مثلا.

(و) ان قلت: فما ذا تقولون فى الارث، و هل تلتزمون بان ملك المبيح يدخل بموت المباح له فى ملك وراثه، او تقولون انه قبل موت المباح له آنا مّا يدخل المال فى ملك المباح له ثم ينتقل منه الى وراثه و من المعلوم ان كليهما خلاف القواعد و لا دليل عليه،.

قلت: (اما ثبوت السيرة و استمرارها) قديما و حديثا (على التوريث فهى كسائر سيراتهم) اى بعض المتشرعة (الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم) كعدم اعتنائهم بمسائل الصلاة خصوصا الشك و السهو، و عدم تفقههم فى مسائل المعاملة و دخولهم فى وظائف الظلمة بلا ضرورة و لا اجبار (كما لا يخفى) و عليه فمقتضى القاعدة- عند من لا يرى المعاطاة مملكا ان يقول بان المال يرجع الى المالك و الثمن الى المشترى فيما اذا مات المشترى قبل التصرف، ثم انك قد عرفت انا جمعنا بين عدم كون المعاطاة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۷۶

و دعوى: انه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها و قد صرح الشيخ- رحمه الله- بالاخير فى معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك

مملكة و بين جواز هذه التصرفات كالوطى بالملك آنا مّا، و هناك احتمال انه ليس يجوز التصرفات المالكية اصلا.

(و) لكن هذا الاحتمال ليس فى محله اذ (دعوى: انه لم يعلم من القائل بالإباحة) فى المعاطاة (جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر) عدم الجواز (من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخميس و الزكاة و ثمن الهدى) لان هذه الامور يجب ان تكون من مال الانسان، و الحال ان المأخوذ بالمعاطاة ليس مالا للآخذ (و عدم جواز وطى الجارية الماخوذة بها) اى المعاطاة لانه لا وطى الا فى ملك (و قد صرح الشيخ- رحمه الله- بالاخير) اى بعدم جواز و طى الجارية الماخوذة بالمعاطاة (فى معاطاة الهدايا) و حيث لا يجوز هذه الامور (فيتوجه التمسك حينئذ) اى حين لم يجز هذه الامور- بمقتضى القاعدة الاولية- (بعموم الآية) اى آية: احل الله البيع (على جوازها) اى جواز هذه الامور (فيثبت الملك) للتلازم بين جواز هذه الامور و بين الملك.

و الحاصل انه تلازم بین الجواز و الملک و بین عدم الملک و عدم الجواز و لذا لما لم یقل الشیخ و الشهید بالملک لم یقولا بالجواز، و علیه فمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۷

- مدفوعة بانه و ان لم یثبت ذلک الا انه لم یثبت ان کل من قال بإباحة جمیع هذه التصرفات قال بالملک من اوّل الامر فیجوز للفقیه حینئذ التزام إباحة جمیع التصرفات مع التزام حصول الملک عند التصرف المتوقف علی الملک لا من اوّل الامر.

[الأولی فی الاستدلال علی المختار]

اشارة

فالاولی حینئذ التمسک فی المطلب.

اجاز هذه الامور قال بالملک (- مدفوعة بانه و ان لم یثبت ذلک) ای لم یثبت ان من یقول بالإباحة یقول بجواز هذه التصرفات (الا انه لم یثبت ان کل من قال بإباحة جمیع هذه التصرفات قال بالملک من اوّل الامر)، عند المعاطاة، مقابل الملک آنا مّا قبل التصرفات المالکیة کالعتق- مثلا- (فیجوز للفقیه حینئذ) ای حین لم یکن تلازم بین الملک من الاول و بین، إباحة جمیع التصرفات (التزام إباحة جمیع التصرفات مع التزام حصول الملک عند التصرف المتوقف علی الملک لا من اوّل الامر) و هو الملک آنا مّا.

و حیث تقدم أولا ان الآیة لا تدل علی الملک بالمطابقة، لان حل التصرف لیس عبارة عن الملک، و لا تدل علی الملک بالالتزام لان حل التصرف لیس یلازم الملک من اوّل الامر لامکان القول بالملک آنا مّا، فلا دلالة فی الآیة علی الملک، و کذلک لا حجیة للسیرة، کما عرفت من عدم معلومیة کونها سیرة صحیحة فیبقی کلام المصنف القائل بان المعاطاة تفید الملک- تبعا للمحقق الثانی- خالیا عن الدلیل، و لذا رجع عن کلامه الاول و قال بدلالة الآیة علی الملک بالمطابقة بقوله:

(فالاولی حینئذ التمسک فی المطلب) ای اثبات افادة المعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۸

بان المتبادر عرفا من حل البیع صحته شرعا هذا مع امکان اثبات صحة المعاطاة فی الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها و تتمیمه فی البیع بالاجماع المرکب.

هذا مع ان ما ذکر من ان للفقیه التزام حدوث الملک عند التصرف المتوقف علیه لا یلیق بالمتفقه فضلا عن الفقیه

[دعوی کاشف الغطاء أن القول بالإباحة یستلزم تأسیس قواعد جدیدة]

اشارة

و لذا

الملک (بان المتبادر عرفا من حل البیع صحته شرعا) و انه یوجب الملک، (و هذا) وجه لاثبات افادة المعاطاة الملک، و هناک وجه آخر اشار إلیه بقوله: (مع امکان اثبات صحة المعاطاة فی الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها) الشاملة لما اذا کانت هناک صیغة أم لم تکن صیغة (و تتمیمه) ای کون المعاطاة مفیدا للملک (فی البیع بالاجماع المرکب) فان کل من قال بافادة المعاطاة لما یفیده اللفظ

قال بذلک فی الهبة و البیع و من لم یقل به لم یقل به فی الهبة و البیع، لکن ثبت فی الهبة بالدلیل فیثبت فی الجمیع أیضا.

(هـذا مع) ان القول بعـدم افادة المعاطاة الملک و الالتجاء الی الملک آنا مّا غیر تام ف (ان ما ذکر من ان للفقیه التزام حدوث الملک عند التصـرف المتوقف علیه) کالعتق و الوطی و ما اشـبه (لا یلیق بالمتفقه فضـلا عن الفقیه) اذ یکون الملک حینئذ بلا سبب و لا دلیل اما عـدم الدلیل فواضح و اما عدم السـبب فإن کان السـبب التعاطی فاللازم ان یکون الملک حال التعاطی و إن کان السـبب التصـرف فالمفروض ان الملک قبل التصرف و المتاخر لا یؤثر فی المتقدم (و لذا) الّذی ذکرناه من ان المعاطاة تفید الملک لا الاباحة و انها ان افادت الاباحة لزم من ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۷۹

ذکر بعض الاساطین فی شـرحه علی القواعـد فی مقام الاسـتبعاد ان القول بالإباحـة المجردة مع فرض قصد المتعاطیین التملیک و البیع مستلزم لتأسیس قواعد جدیدة، منها ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.

و منها: ان یکون إرادة التصـرف من المملکات فیملک العین او المنفعـة بإرادة التصـرف بهما او معه دفعـة و ان لم یخطر ببال المالک الاول الاذن فی شیء من هذه التصرفات لانه قاصد للنقل من حین الدفع و انه لا سلطان له بعد ذلک

محـاذیر (ذکر بعض الاسـاطین) هو الشـیخ جعفر صـاحب کشف الغطـاء (فی شـرحه علی القواعـد فی مقام الاسـتبعاد) لافادة المعاطاة الاباحة (ان القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطیین التملیک و البیع مسـتلزم لتاسیس قواعد جدیدة)- و من المستبعد جدا ان تکون القواعد السابقة التی بنا علیها الفقهاء منذ قرون کلها تکون باطلة و خلاف الظواهر و الادلة

(منها: ان العقود و ما قام مقامها) کالایقاعات (لا تتبع القصود) اذ قصد المتعاطیین الملک، فحصـلت الاباحة، و من المشهور عندهم ان العقود تتبع القصود، لانها امور بید العاقد، و لیست من الامور التکوینیة التی لا مدخلیة لقصد الانسان فیها.

(و منهـا: ان یکون إرادة التصـرف من المملکـات) بناء علی الملک آنا مّا (فیملک العین او المنفعـة بإرادة التصـرف بهما) ای بالعین و المنفعـة (او معه) ای مع التصـرف (دفعـة) و فورا (و ان لم یخطر ببـال المالـک الاول) المنتقـل عنه المـال (الاذن فی شـیء من هـذه التصـرفات) ای کالوطی و العتق و الهبة و ما اشـبه (لانه قاصد للنقل من حین الدفع) لا من حین التصرف (و انه لا سلطان له بعد ذلک) فان البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۰

بخلاف من قال اعتق عبدک عنی و تصدق بمالی عنک.

و منها: ان الاخماس و الزکوات و الاسـتطاعة و الدیون و النفقات و حق المقاسـمة و الشفعة و المواریث و الربا و الوصایا تتعلق بما فی الید.

یقصد انه بالبیع ینتقل المال الی المشتری و انه لا سلطة له علی السلعة بعد ان باعها، ان قلت: فلیکن هذا من قبیل من قال: «اعتق عبدک عنی» فانه حین العتق یملّک القائل العبـد آنا ما ثم یعتقه عنه، و فی ما نحن فیه اذا اعطاه العبـد معاطاة و اراد المشتری عتق العبد یملک العبـد لنفسه آنـا مّیا ثم یعتقه، قلت: المعاطـاة (بخلاف من قال: اعتق عبـدک عنی و تصـدق بمالی عنک) فان القائل یوکل الفاعل فی تملیکه العبـد و المال عند إرادة العتق و الصدقة، و لیس المعاطاة کذلک، اذ بمجرد المعاطاة یقطع کل واحد منهما صـلته عن الثمن و المثمن.

(و منها: ان الاخماس و الزکوات و الاسـتطاعة) للحج (و الدیون) للناس (و النفقات) للزوجة و الاقربین (و حق المقاسـمة) للسـلطان فی الاراضـی المفتوحـة عنوة (و الشـفعة) فی الدار المشترکة التی باعها احد الشـریکین لاجنبی مما لشـریکه الحق فی اخذها بنفس القیمة

التی باعها بها (و المواریث) فیما اذا مات ورثة الوارث (و الربا) الّذی یعطی اکثر مما یأخذ قرضا (و الوصایا) کما لو اوصی بان یعطی لزید الف دینار و (تتعلق بما فی الید) ای ما هو ملک للانسان، فلو قلنا: بان المعاطاة لا تفید الملک بل الاباحة، لزم احد امرین: اما ان نقول بعدم جریان هذه الامور فی الماخوذ بالمعاطاة، و هو خلاف المقطوع، و اما ان نقول بجریانها فیلزم اجراء ما هو حکم الملک فیما لیس بملک ...

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۱

....

فکیف یتعلق الخمس و الزکاة بما لیس بماله مما اخذه معاطاة؟

و کیف یجب علیه الحج بسبب الاستطاعة الحاصلة بمال المعاطاة؟

و کیف یجب علیه وفاء دینه عن مال الناس الّذی اخذه معاطاة، و الحال انه مباح له التصرف فیه لا انه ماله و ملکه؟

و کیف یتعلق علیه اعطاء نفقة زوجته و والده من الماخوذ بالمعاطاة الّذی لیس بملک له؟

و کیف یعطی حق السلطان من مال انتقل إلیه بالمعاطاة، و الحال انه لیس بمال المنتقل إلیه؟

و کیف یتعلق حق الشفعة للشریک بدار لم تنتقل الی المشتری بالمعاطاة؟ لان المعاطاة اباحت تصرف الاجنبی فی الدار، و لم تملکه ایاها، فاذا صح للشریک ان یأخذ بالشفعة لزم وقوع الشفعة علی المال الّذی لم ینتقل عن المالک، لان الدار بعد ملک للبائع المعاطاتی.

و کیف یرث الولد من والده المال الّذی انتقل إلیه بالمعاطاة، و الحال ان المال لم یصر ملکا للاب بل هو باق فی ملک البائع؟

و کیف انه یحرم ان یعطی الانسان المال الّذی انتقل إلیه بالمعاطاة فی مقابل الزیادة، و الحال ان الربا فی الملک، و هذا المال لیس بملک له؟، مثلا اخذ زید وزنة من الشعیر معاطاة ثم باعها بوزنة و نصف فانه یلزم عدم حرمة ذلک، اذ لیست الوزنة ملکا له، و الربا انما یأتی فی الملک.

و کیف یتمکن ان یوصی الانسان بمال لیس له مما اخذه بالمعاطاة؟

ثم لا یخفی ان فی بعض العبارات السابقة- کالمقاسمة و الربا و ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۲

مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فیه او عدم العلم به فینفی بالاصل فتکون متعلقة بغیر الاملاک.

و ان صفة الغنی و الفقر تترتب علیه کذلک.

اشبه ..- احتمالا آخر فی تفسیر مراد کاشف الغطاء.

و کیف کان، فهذا المال المنتقل إلیه معاطاة لا یجری علیه الاحکام المذکورة (مع العلم) من المنتقل إلیه (ببقاء مقابله) خلافا لصورة علمه بذهاب المقابل، حیث عرفت ان تلف احد المالین یوجب ملکیة الطرف الاخر للمال (و عدم التصرف) من المنتقل إلیه (فیه) ای فی المال، فان التصرف من احد الجانبین یوجب الملک- کما تقدم- عند القائلین بالإباحة (او عدم العلم) من المنتقل إلیه (به) ای بتصرف الطرف فی ماله (فینفی) التصرف (بالاصل) لاصالة عدم التصرف، و اصالة عدم الانتقال (فتکون) هذه الامور التی ذکرناها (متعلقة بغیر الاملاک) و قد عرفت ان هذه الامور کالارث و الوصایا و سائر ما ذکر انما تتعلق بالاملاک، لا باموال الناس المباحة لهذا الشخص الّذی یرید التصرف.

(و) أیضا لازم القول بالإباحة (ان صفة الغنی و الفقر تترتب علیه) ای علی ما لیس بملک (کذلک) ای فی صورة العلم بعدم تلف

المال المقابل، او عدم العلم بالتلف، فانک اذا اشتریت قالب ثلج بدینار و سقط الثلج عن المالیة یلزم ان تکون فقیرا حینئذ- اذا لم یکن لک مال آخر- و الحال ان الدینار بعد لک، و انت لا تکون فقیرا اذا کان لک دینار، و بالعکس یلزم ان یکون البائع للثلج غنیا، و الحال ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۳

فیصیر ما لیس من الاملاک بحکم الاملاک.

و منها: کون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر مضافا الی غرابة استناد الملک الی التصرف.

و منها: جعل التلف السماوی من جانب مملکا للجانب الاخر و التلف من الجانبین معینا للمسمی من الطرفین و لا رجوع الی قیمة المثل حتی یکون له الرجوع بالتفاوت.

الدینار لیس له، لانه بعد باق علی ملک مالکه (فیصیر ما لیس من الاملاک بحکم الاملاک) بالنسبة الی بائع الثلج، کما یصیر ما من الاملاک لیس بحکم الاملاک بالنسبة ألیک.

(و منها: کون التصرف من جانب مملکا من جانب آخر) فیکون تصرف زید فی الثمن مملکا لعمرو المثمن (مضافا الی غرابة استناد الملک الی التصرف) فانه لم یرد فی الشریعة دلیل علی ان التصرف یوجب الملک فکیف بتصرف انسان لملک انسان آخر.

(و منها: جعل التلف السماوی من جانب) کما لو تلف المثمن بصاعقة مثلا (مملکا للجانب الاخر) لان القائلین بالإباحة یقولون: بان تلف احد الشیئین سواء کان التلف سماویا او اختیاریا مملک للجانبین (و)، جعل (التلف من الجانبین معینا للمسمی من الطرفین) فلو اعطی دارا بالف لزم ان تکون الدار فی قبال الألف و الألف فی قبال الدار، مع ان مقتضی القاعدة ان یکون تلف المال مقابلا لضمان المثل فیما یکون مثلیا و ضمان القیمة فیما یکون قیما، و المسمی لا شان له بعد عدم انعقاد البیع (و) علی هذا ف (لا رجوع) لمن تلف داره- مثلا- و هو المنتقل عنه (الی قیمة المثل) کالفین مثلا (حتی یکون له الرجوع بالتفاوت) بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۴

و مع حصوله فی ید الغاصب او تلفه فیها فالقول بانه المطالب لانه تملک بالغصب او التلف فی ید الغاصب غریب و القول بعدم الملک بعید جدا مع ان فی التلف القهری ان ملک التالف قبل التلف فعجیب و معه

المسمی و بین المثل- کألف فی المثال-.

ثم انه لو غصب الماخوذ بالمعاطاة غاصب و اتلفه یأتی الکلام فی انه هل صار ملکا للآخذ حتی یکون هو المطالب او انه لم یملک لانه لم یتلفه بل باق علی ملک المنتقل عنه حتی یکون هو المطالب- و کلاهما خلاف القواعد-، و الی هذا اشار بقوله: (و مع حصوله) ای الماخوذ بالمعاطاة (فی) ید الغاصب (او تلفه) ای الماخوذ بالمعاطاة (فیها) ای فی ید الغاصب (فالقول بانه) ای الاخذ بالمعاطاة (المطالب)- بصیغة اسم الفاعل- للمال عن الغاصب (لانه) ای الاخذ بالمعاطاة (تملک) المال (ب) سبب (الغصب) لانه من انحاء التصرف، و قد سبق ان التصرف موجب للملک (او) لانه تملک بسبب (التلف فی ید الغاصب) و التلف تصرف (غریب) خبر «فالقول» و وجه الغرابة ان غصب الغاصب او اتلافه یکون مملکا للمال، و مثل هذا غیر مألوف من الشریعة (و القول بعدم الملک) بان بقی المال علی ملک المنتقل عنه حتی یکون هو المطالب عن الغاصب (بعید جدا) اذ ای ربط للمال بالمنتقل عنه بعد ان اعطاه و اخذ ثمنه، حتی یقال له: خذ مالک او بدله من الغاصب (مع ان فی التلف القهری) للمال فی ید المنتقل إلیه الاخذ بالمعاطاة (ان ملک التالف قبل التلف) آنا ما (فعجیب) اذ لا سبب للملک (و معه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۵

بعید لعدم قابلیته و بعده ملک معدوم و مع عدم الدخل فی الملک یکون ملک الاخر بغیر عوض، و نفی الملک مخالف للسیرة و بناء المتعاطیین.

و منها: ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهریة، فلا یتوقف علی النیة فهو بعید.

ای مع التلف بان یقال: انه یملک حین التلف (بعید) وجه البعد (لعدم قابلیته) ای قابلیة المال حال التلف للملکیة، لان الملکیة علاقة بین الوجودین لا ـ بین موجود و شیء متوسط بین العدم و الوجود (و بعده) ای ان قلنا: ان الآخذ ملک المال المعاطاتی بعد التلف (ملک معدوم) و المعدوم لا یملک- کما هو واضح- (و) ان قلت: انه لا یملک الآخذ المال المعدوم لا قبل الانعدام و لا مع الانعدام و لا ـ بعد الانعدام، و انما تلف هذا المال بسبب دخول مقابله فی ملک الطرف الاخر، قلت: (مع عدم الدخول) لهذا التالف (فی الملک) للمنتقل إلیه (یکون ملک الاخر بغیر عوض) و کیف یمکن ان یقال ان الملک المعاطاتی بغیر عوض؟

(و) ان قلت: نقول بانه لم یملک المنتقل عنه المال الّذی تلف، و لا یملک الطرف الاخر المال الّذی هو عوض، قلت: (ففی الملک) لا ـ لهذا و لا ـ ذاک (مخالف للسیرة) اذ سیرة المتشرعة: المعاملة مع المالین المبدلین بالمعاطاة معاملة الملک (و) مخالف ل (بناء المتعاطیین) و قد سبق: ان العقود تتبع القصود.

(و منها: ان التصرف) لاحد الطرفین فی المال المنتقل إلیه (ان جعلناه من النواقل القهریة، فلا یتوقف علی النیة) ای نیة التملک (فهو بعید) اذ کیف یمکن ان ینتقل مال زید الی خالد بدون نیة احدهما للملکیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۶

و ان اوقفناه علیها کان الواطئ للجاریة من غیرها واطیا بالشبهة و الجانی علیه و المتلف له جانیا علی مال الغیر و متلفا له.

و منها: ان النماء الحاصل قبل التصرف ان جعلنا حدوثه مملکا له، دون العین فبعید او معها فکذلک و کلاهما مناف لظاهر الاکثر و

- حال التصرف- (و ان اوقفناه) ای النقل (علیها) ای علی النیة (کان) اللازم ان یکون (الواطئ للجاریة من غیرها) ای بدون نیة التملک (واطیا بالشبهة) و لا یقول بذلک احد، (و الجانی علیه) ای علی الماخوذ بالمعاطاة (و المتلف له جانیا علی مال الغیر و متلفا له) لا جانیا علی مال نفسه، فاللازم ان یعطی الدیة للجنایة او التلف للمنتقل عنه، و هذا ما لا یقول به احد.

(و منها: ان النماء الحاصل قبل التصرف) من المنتقل إلیه، کما لو اشتری البستان بالمعاطاة، و قبل ان یتصرف فیه اعطی الثمر (ان جعلنا حدوثه) ای النماء (مملکا له) ای للنماء (دون العین) اما العین فلانه لم یتصرف فیها، و اما النماء فلانه حدث فی ملکه (فبعید) لان العین اذا لم تصر ملکا للمشتری فالنماء تابع للعین (او معها) ای مع العین (فکذلک) بعید، اذا لم یتصرف فی العین حتی تکون ملکا له و قد سبق ان القائلین بالإباحة یقولون بان التصرف مملک دون غیره (و کلاهما مناف لظاهر الاکثر) فان کون حدوث النماء ملکا للنماء وحده، او مملکا للنماء و للعین، خلاف ظاهر اکثر الفقهاء، لان الظاهر منهم حصر الملک فی التصرف (و) ان قلت: نقول بانه لم یملک النماء و لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۷

شمول الاذن له خفی.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

و منها: قصر التملیک علی التصرف مع الاستناد فیه الی: ان اذن المالک فیه اذن فی التملیک فیرجع الی کون المتصرف فی تملیک نفسه موجبا قابلا و ذلک جار فی القبض بل هو اولی منه لاقترانه بقصد التملیک دونه انتهی.

[المناقشة فی ما ادعاه کاشف الغطاء]

و المقصود من ذلک کله استعباد هذا

العین- قبل التصرف- و انما یجوز له التصرف فی العین و النماء إباحة من المالک و قبل التصرف کلاهما باق علی ملک المالک الاول، قلت: (شمول الاذن له) ای للنماء (خفی) اذ الاذن انما کان بالنسبة الی العین دون النماء، فکیف یجوز ان یتصرف المنتقل إلیه فی النماء؟

(و منها: قصر التملیک) ای حصر المشهور تملیک المأخوذ بالمعاطاة (علی التصرف) فیه (مع الاستناد) ای استنادهم (فیه) ای فی کون التصرف مملکا (الی: ان اذن المالک فیه) ای فی التصرف (اذن فی التملیک) لنفسه (فیرجع الی کون المتصرف فی تملیک نفسه موجبا قابلا) موجبا من طرف المالک قابلا من طرف نفسه (و ذلک) المناط فی حصول الملک بالتصرف (جار فی القبض) ای قبض المال من المالک، فاذا قلتم بان التصرف مملک لأذن المالک فی التملیک، لم لا- تقولون بان القبض مملک لأذن المالک فی التملیک؟ (بل هو اولی منه) ای یکون القبض مملکا اولی من کون التصرف مملکا (لاقترانه) ای القبض (بقصد) المالک (التملیک) لان المالک یعطی بقصد التملیک (دونه) ای دون التصرف، فانه لیس مقترنا بقصد المالک التملیک (انتهی) کلام شارح القواعد.

(و المقصود من ذلک کله) مما ذکره بعض الاساطین (استعباد هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۸

القول لا ان الوجوه المذکورة تنهض فی مقابل الاصول و العمومات اذ لیس فیها تأسیس قواعد جدیدة لتخالف القواعد المتداولة بین الفقهاء.

اما حکایة تبعیة العقود و ما قام مقامها للقصود، ففیها:

أولا: ان المعاطاة لیست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فان تبعیة العقد للقصد و عدم انفکاکه عنه انما هو لأجل دلیل صحة ذلک العقد بمعنی ترتب الأثر المقصود علیه فلا یعقل حینئذ الحکم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود علیه.

القول) ای افادة المعاطاة الاباحة دون الملک، لا أنها أدلة لامتناع القول المذکور (لا ان الوجوه المذکورة تنهض فی مقابل الاصول و العمومات) الدالة علی عدم افادة المعاطاة الملک (اذ لیس فیها) ای فی الوجوه المذکورة (تأسیس قواعد جدیدة لتخالف القواعد المتداولة بین الفقهاء) کما ذکره کاشف الغطاء- رحمة اللّه علیه- و ذلک لوجود الاشکال فی الوجوه التی ذکرها:

(اما حکایة تبعیة العقود و ما قام مقامها) من الایقاعات (للمقصود، ففیها:)

(أولا: ان المعاطاة لیست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها) ای مقام العقود (شرعا).

ثم بین المصنف- رحمه الله- الوجه فی تبعیة العقد للقصد بقوله: (فان تبعیة العقد للقصد و عدم انفکاکه) ای العقد (عنه) ای عن القصد (انما هو لاجل دلیل صحة ذلک العقد بمعنی ترتب الأثر المقصود علیه) فإن معنی: أن العقد الفلانی صحیح، أنه یترتب علیه الأثر المقصود (فلا یعقل حینئذ) ای حین کانت الصحة بمعنی ترتب الاثر (مع عدم ترتب الاثر المقصود علیه) الی علی العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۸۹

اما المعاملات الفعلیة التی لم یدل علی صحتها دلیل فلا یحكم بترتب الاثر المقصود علیها كما نبه علیه الشهید فی كلامه المتقدم، من ان السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبایعات.

نعم اذا دل الدلیل علی ترتب اثر علیه حكم به و ان لم یكن مقصودا.

و ثانیا

و كیف كان فالمعاطاة- علی هذا القول- خارجة موضوعا عن قولهم «العقود تتبع القصود» لأنها لیست بعقد اصلا.

ان قلت: لما ذا لا تجرون قاعدة «العقود تتبع القصود» فی المعاطاة، أ لیست هی معاملة فعلیة فتشملها «القاعدة» قلت: (اما المعاملات، الفعلیة) ای التی تكون بالتعاطی (التی لم یدل علی صحتها دلیل) خاص (فلا یحكم بترتب الاثر المقصود) كالملك فی بیع المعاطاة (علیها، كما نبه علیه الشهید فی كلامه المتقدم، من ان السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی) المعاملات و (المبایعات) حیث قال: و اما المعاطاة فی المبایعات فهی لا تفید الا الاباحة لا الملك- فان ذكره لهذه الجملة بعد قوله «قد یقوم السبب الفعلی مقام السبب القولی» استثناء منه- فكأنه قال: السبب الفعلی یقوم مقام السبب القولی الا فی المعاملات و المبایعات.

(نعم اذا دل الدلیل علی ترتب اثر علیه) ای علی المبایعات الفعلیة بتأویل «ما ذكرناه» لیستقیم ارجاع ضمیر المذكور إلیه- (حكم به) ای، بترتب ذلك الاثر (و ان لم یكن مقصودا) للمتعاملین.

(و ثانیا) یرد علی قوله: كیف یتخلف العقد عن مقصود المتعاقدین

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج‌۵، ص: ۹۰

ان تخلف العقد عن مقصود المتبایعین كثیر فانهم اطبقوا علی ان عقد المعاوضة اذا كان فاسدا یؤثر فی ضمان كل من العوضین القیمة لإفادة العقد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه مع أنهما لم یقصدا الاضمان كل منهما بالآخر.

و توهم ان دلیلهم علی ذلك قاعدة الید مدفوع بانه لم یذكر هذا الوجه الا بعضهم معطوفا علی الوجه الاول و هو اقدامهما علی الضمان فلاحظ المسالك

(ان تخلف العقد عن مقصود المتبایعین كثیر ف) من ذلك (انهم اطبقوا علی ان عقد المعاوضة اذا كان فاسدا یؤثر ضمان كل من العوضین القیمة) لا المثل، فاذا اشتری شاة بدینار ثم ظهر فساد العقد فانه یضمن الشاة بقیمتها الواقعیة سواء كان دینارا او اقل او اكثر، لا القیمة المسماة (لإفادة العقد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه) للقاعدة المشهورة: ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (مع انهما) ای المتبایعان (لم یقصدا الا ضمان كل منهما) ای من العوضین (بالآخر) فارادا تبدیل الدینار بشاة- فی المثال-.

(و توهم ان) ذلك الضمان لیس مقتضی العقد، فلا یقاس بما نحن فیه حیث ان الاباحة مقتضی المعاطاة- و الحال انهما لم یریدا الاباحة التی هی مقتضی المعاطاة- بل (دلیلهم علی ذلك) الضمان (قاعدة الید) لأن: علی الید ما أخذت، تقتضی ان یضمن الانسان ما أخذه بدون عقد صحیح (مدفوع بانه لم یذكر هذا الوجه) ای اقتضاء قاعدة: علی الید الضمان (الا بعضهم معطوفا علی الوجه الاول) ای اقتضاء العقد الفاسد ذلك الضمان (و هو اقدامهما علی الضمان فلاحظ المسالك) و الحاصل ان تخلف العقد عن القصد شیء ممكن فلتكن المعاطاة

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج‌۵، ص: ۹۱

و كذا الشرط الفاسد لم یقصد المعاملة الا مقرونة به غیر مفسد عند اكثر القدماء

و بیع ما یملك و ما لا یملك صحیح عند الكل و بیع الغاصب لنفسه یقع للمالك مع اجازته علی قول كثیر.

و ترك ذكر الاجل فی العقد المقصود به الانقطاع یجعله دائما علی قول نسبه فی المسالك و كشف اللثام الی المشهور.

نعم الفرق بین العقود و ما نحن فیه ان التخلف عن القصود یحتاج الدلیل المخرج عن ادلة صحة العقود

کذلک فانهما و ان قصدا التملیک لکن یمکن ان تفید الاباحة (و کذا الشرط الفاسد لم یقصد المعاملة الا مقرونة به غیر مفسد عند اکثر الدماء)، فلو عقد بشرط کذا کان القصد المعاملة المقرونة به فاذا فسد الشرط تخلف العقد عن القصد.

(و بیع ما یملک و ما لا یملک) کبیع الشاة و الخنزیر، فانه یفسد بالنسبة الی الخنزیر دون الشاة مع ان القصد کان بیع الاثنین لا الواحد

(و بیع الغاصب لنفسه) کما لو غصب من زید داره و باعها لنفسه (یقع للمالک)، الّذی هو زید مثلا (مع اجازته) معاملة الغاصب (علی قول کثیر) فالعقد لم یتبع قصد العاقد.

(و ترک ذکر الاجل) و المدة (فی العقد المقصود به الانقطاع) فی باب النکاح (یجعله دائما) مع ان مقصودهما الانقطاع (علی قول نسبه فی المسالک و کشف اللثام الی المشهور) فالعقد لم یتبع القصد.

(نعم الفرق بین العقود و ما نحن فیه) من المعاطاة المفیدة للاباحة (ان التخلف عن المقصود یحتاج الی الدلیل المخرج عن ادلة صحة العقود) لان معنی صحة العقد- کما تقدم- تأثیره الاثر المقصود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۲

و فیما نحن فیه عدم الترتب مطابق للاصل.

و اما ما ذکره من لزوم کون إرادة التصرف مملکا فلا بأس بالتزامه اذا کان مقتضی الجمع بین الاصل و دلیل جواز التصرف المطلق و ادلة توقف بعض التصرفات علی الملک فیکون کتصرف ذی الخیار و الواهب فیما انتقل عنهما بالوطی و البیع و العتق و شبهها

للعاقد (و فیما نحن فیه) من قولنا: المعاطاة لا تؤثر الملک- الّذی هو مقصود للمتعاطیین- (عدم الترتب مطابق للاصل) اذ الاصل عدم الملک.

(و اما ما ذکره) کاشف الغطاء (من لزوم کون إرادة التصرف مملکا) بناء علی قول المشهور القائلین بالإباحة، فاذا اراد ان یتصرف بمثل الوطی و العتق تکون الإرادة مملکة، حتی لا یلزم الوطی فی غیر الملک، بعد ما ورد انه: لا وطی الا فی الملک (ف) لا یرد علی هذا ما أورده کاشف الغطاء من انه: کیف یمکن ان تکون الإرادة مملکة (لا بأس بالتزامه اذا کان) هذا القول (مقتضی الجمع بین الاصل) الدال علی انه لا تؤثر المعاطاة الملک (و دلیل جواز التصرف المطلق) الشامل لمثل الوطی و العتق- کاطلاقات ادلة حل البیع و التجارة عن تراض- (و) بین (ادلة توقف بعض التصرفات علی الملک) کقوله- صلی الله علیه و آله و سلم-: لا تبع ما لیس عندک، و: لا عتق الا فی ملک، و: لا وطی الا فی ملک، و ما اشبه ذلک (فیکون) تصرف القابض بالمعاطاة فی السلعة (کتصرف ذی الخیار و الواهب فیما انتقل عنهما) بان باع بیعا خیاریا، أو وهب هبة له الخیار فی ارجاع المال الی نفسه، ثم تصرف فی المال (بالوطی و البیع و العتق و شبهها) من التصرفات المتوقفة علی الملک، فان المشهور التزموا علی انه یملک الشیء آنا مّا ثم یکون تصرفه بهذه التصرفات واقعا فی ملکه جمعا بین دلیل: لا عتق الا فی ملک، و بین دلیل: جواز هذا التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۳

و اما ما ذکره من تعلق الاخماس و الزکوات .. الی آخر ما ذکره، فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسیرة رجوع إلیها مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنی المانع عن استحقاق الزکاة لا یتوقفان علی الملک.

و اما کون التصرف مملکا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه.

(و أما ما ذکره) کاشف الغطاء- من الاشکال علی القول بالإباحة- (من تعلق الاخماس و الزکوات .. الی آخر ما ذکره، فهو استبعاد

محض) و الاستبعاد لا یصادم الدلیل، و ای مانع من تعلق هذه الامور بالشیء الّذی یجوز ان یتصرف الانسان فیه کل تصرف و ان لم یکن ملکا؟

(و دفعها) ای هذه الامور (بمخالفتها للسیرة) بان یقال: ان القول بالإباحة المستلزمة لهذه المحاذیر مخالف للسیرة، فالسیرة تمنع هذا، القول (رجوع إلیها) ای الی السیرة، و قد عرفت ان امثال هذه السیرات الناشئة من قلة المبالاة بالدین لا حجیة فیها (مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنی المانع عن استحقاق الزکاة) حیث قال کاشف الغطاء: کیف یمکن تعلق الاستطاعة و تحقق الغنی بالمال المنتقل بالمعاطاة– علی القول بأنها لا تفید الملک– (لا یتوقفان علی الملک) لامکان ان یستطیع الانسان بمال غیره کما فی صورة البذل، و امکان ان لیستغنی الانسان بما لیس ملکه کما لو کان فی یده وقف یکفیه.

(و اما کون التصرف) من جانب (مملکا للجانب الآخر) مما استبعده کاشف الغطاء (فقد ظهر جوابه) حیث انه مقتضی الجمع بین اصالة عدم الملک– قبل التصرف– و بین دلیل جواز تصرف مالکی کالوطی، فانه یقتضی القول بکون التصرف مملکا او انه یملک قبله آنا مّا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۴

و اما کون التلف مملکا للجانبین فان ثبت باجماع او سیرة– کما هو الظاهر– کان کل من المالین مضمونا بعوضه فیکون تلفه فی ید کل منهما من ماله، مضمونا بعوضه نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع لان هذا هو مقتضی الجمع بین هذا الاجماع و بین عموم: علی الید ما اخذت، و بین اصالة عدم الملک الا فی الزمان المتیقن بوقوعه فیه.

توضیحه ان الاجماع لما دل علی عدم ضمانه بمثله او قیمته حکم بکون التلف من مال ذی الید

(و اما کون التلف مملکا للجانبین) من تلف عنده المال و الطرف الاخر فان ثبت باجماع او سیرة– کما هو الظاهر– کان وجهه کون (کل من المالین مضمونا بعوضه) المسمی (فیکون تلفه) ای تلف کل من المالین (فی ید کل منهما، من ماله، مضمونا بعوضه) الجعلی، لا المثل او القیمة، و قوله «من ماله» متعلق ب «یکون» ای یکون التلف من مال من تلف الجنس فی یده، لا من مال المنتقل عنه (نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع) حیث یکون التلف من مال البائع، و لا یضمن للمشتری بالمثل او القیمة (لأن هذا) الّذی ذکرناه من کون المال مضمونا بعوضه المسمی (هو مقتضی الجمع بین هذا الاجماع) الدال علی کون التلف مملکا من الجانبین (و بین عموم: علی الید ما اخذت) الّذی یدل علی ان کل منهما ضامن لما اخذه (و بین اصالة عدم الملک الا فی الزمان المتیقن بوقوعه) ای الملک (فیه) ای فی ذلک الزمان، و هو آنا مّا قبل التلف.

(توضیحه) ای توضیح هذا الجمع (ان الاجماع لما دل علی عدم ضمانه) ای ضمان التالف فی ید کل من المتعاطیین (بمثله) فی المثلی (او قیمته) فی القیمی (حکم بکون التلف من مال ذی الید) و ان ضرره علیه، لا ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۵

رعایة لعموم: علی الید ما اخذت فذلک الاجماع مع العموم المذکور بمنزلة الروایة الواردة فی ان تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه فاذا قدر التلف من مال ذی الید فلا بد من ان یقدر فی آخر ازمنة امکان تقدیره رعایة لاصالة عدم حدوث الملکیة قبله کما یقدر ملکیة المبیع للبائع و فسخ البیع من حین التلف استصحابا لأثر العقد.

التلف من مال المالک الاول (رعایة لعموم: علی الید ما اخذت) اذ لو قلنا ببقاء کل من المالین فی ملک مالکه الاصلی– حین التلف– لزم اما الحکم بضمان المثل او القیمة– و هو خلاف الاجماع، او ضمان المسمی و یلزم منه تخصیص قاعدة ضمان الشیء بمثله فاللازم– حفظا لعموم علی الید– ان نقول بان المال لذی الید حتی یکون التلف منه (فذلک الاجماع مع العموم المذکور) لقاعدة الید

(بمنزلـة الرواية الواردة فى ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه) فكما ان كونه من مال البائع يقتضـى رجوع المال إليه آنا مّا ثم تلفه من مالكه كـذلك ما نحن فيه «من الاجماع و ابقاء عموم على اليـد المقتضـى لضـمان المثل او القيمة- و تحفظا على عمومه» يقتضـى دخول المال فى ملك القابض آنا مّا ثم تلفه عليه ليكون ضمانه بالمسمى لا بالمثل (فاذا قدر التلف) فى قاعدة: التلف قبل القبض (من مال ذى اليـد فلا بـد من ان يقدر فى آخر ازمنة امكان تقديره) و هو آن قبل التلف، و انما نقدر ملكية ذى اليد للسـلعة التالفة فى آخر ازمنة امكان تقديره (رعاية لا صـلاة عدم حدوث الملكية قبل) اى قبل الآن الاخير (كما يقدر ملكية المبيع للبائع) فيما اذا تلف القبض (و) يقدر (فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد) الّذى كان يقتضى ملكية كل من الطرفين للمال إليه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۹۶

و امـا مـا ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر- على القول بالإباحـة- ان لكل منهما المطالبـة ما دام باقيا، فاذا تلف فظاهر اطلاقهم التمليك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و امـا مـا ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالإباحـة لا يقول بانتقال النماء الى الآخـذ بل حكمه حكم اصلـه و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة

(و امـا مـا ذكره) كـاشف الغطـاء (من صورة غصب المـأخوذ بالمعاطاة) و ان ايهما المطالب، المالك الاول او المنتقل إليه المال- الى آخر ما تقدم- (فالظاهر- على القول بالإباحة- ان لكل منهما) اى من المتعاطين (المطالبة) للمال من الغاصب (ما دام) المال (باقيا، فاذا تلف) المال فى يـد الغاصب (فظاهر اطلاقهم التمليك بالتلف) «التمليك» مفعول «اطلاقهم» فانهم قالوا: «التلف موجب للملك» و هـذا الكلام لما اذا تلف فى يد المنتقل إليه بسـببه او بسـبب الغاصب او بتلف سماوى (تلفه من مال المغصوب منه) المنتقل إليه (نعم لو قام اجماع) على ان التلف من مال المنتقل عنه (كان تلفه من مال المالك) الاول (لو لم يتلف عوضه قبله) و الا فلو تلف عوضه قبله، انتقل الى ملك المنتقل إليه، لما تقدم من ان تلف احد الشيئين يوجب الملك لكل منهما.

(و اما ما ذكره) كاشف الغطاء (من حكم النماء) و انه لمن؟ ..

(فظـاهر المحكى عن بعض ان القائـل بالإباحـة لا يقول بانتقال النماء الى الآخـذ بل حكمه) اى حكم النماء (حكم اصـله) فى انه مباح للمنتقل إليه الا اذا تلف او تصرف فيه (و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۹۷

ثم انک بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه رحمه الله- لم يذكرها للاعتماد.

و الانصاف انها استبعادات فى محلها.

و بالجملة، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشـهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى و بالاتفاق المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول مشكل.

و رفع اليد عن عموم ادلة البيع و الهبة و نحوهما المعتضدة

لان معنى الاباحة تمليك النماء- بالدلالة العرفية-.

(ثم انک بملاحظـة ما ذكرنا) من اجوبة ايرادات كاشف الغطاء- رحمة الله عليه- (تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه- رحمه الله- لم يذكرها للاعتماد) و الاستدلال.

(و الانصاف انها استبعادات فى محلها) فالقول بالملك المتزلزل كما ذكره المحقق الثانى هو الاقوى.

(و بالجملة، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد) هذا الاصل (بالشـهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى) الّذى خرج عن الشهرة

و قال بالملک المتزلزل (و بالاتفاق المدعی فی الغنیة و القواعد هنا) فی باب المعاطاة (و فی المسالک فی مسألة توقف الهبة علی الایجاب و القبول) کما تقدم نقل کلامه (مشکل) خبر «فالخروج».

(و رفع الید عن عموم ادلة البیع) کأحل الله البیع، و تجارة عن تراض، الشامل هذا العموم للمعاطاة (و الهبة و نحوهما) کالاجارة و الرهن، فی الاجارة و الرهن بالمعاطاة (المعتضدة) تلک الادلة العامة الشاملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۸

بالسیرة القطعیة المستمرة و بدعوی الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانی بناء علی تأویله لکلمات القائلین بالإباحة اشکل.

فالقول الثانی لا یخلو عن قوة.

[هل المعاطاة لازمة أم جائزة]

و علیه فهل هی لازمة ابتداءً مطلقا- کما حکی عن ظاهر المفید، رحمه الله او بشرط کون الدال علی التراضی لفظا- کما حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی، و قواه جماعة من متأخری المحدثین- او هی غیر لازمة مطلقا فیجوز لکل منهما الرجوع فی ماله- کما علیه اکثر القائلین بالملک، بل کلهم عدا من عرفت- وجوه.

للمعاطاة (بالسیرة القطعیة) فانهم یعاملون، بالسلع المعاطاتیة معاملة السلعة التی انتقلت إلیهم بالعقد (المستمرة) من الازمنة القدیمة (و بدعوی الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانی) و انما ادعی الاتفاق مع ان ظاهر کلمات المشهور الاباحة (بناء علی تأویله لکلمات القائلین بالإباحة) بان مرادهم الملک المتزلزل (اشکل).

و مع ذلک (فالقول الثانی) ای الملک المتزلزل (لا یخلو عن قوة).

(و علیه) ای علی القول بالملک (فهل هی) ای المعاطاة (لازمة ابتداءً مطلقا- کما حکی عن ظاهر المفید، رحمه الله) حتی تکون کالبیع بالعقد (او بشرط کون الدال علی التراضی لفظا) غیر عقد، کما لو قال «اعط الکتاب و خذ دینارا» مثلا (- کما حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی، و قواه جماعة من متأخری المحدثین- او هی غیر لازمة مطلقا) سواء کان الدال علیها لفظ أو لا (فیجوز لکل منهما الرجوع فی ماله- کما علیه اکثر القائلین بالملک، بل کلهم عدا من عرفت-) من المفید و بعض معاصری الشهید و اتباعه (وجوه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۹۹

اوفقها بالقواعد هو الاول بناء علی اصالة اللزوم فی الملک للشک فی زواله بمجرد رجوع مالکه الاصلی.

و دعوی ان الثابت هو الملک المشترک بین المتزلزل و المستقر، و المفروض انتفاء الفرد الاول بعد الرجوع و الفرد الثانی کان مشکوک الحدوث من اوّل الامر فلا ینفع الاستصحاب بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقة المالک الاول مدفوعة مضافا الی امکان دعوی کفایة تحقق القدر المشترک فی الاستصحاب فتأمل.

(او فقها بالقواعد هو الاول) ای اللزوم مطلقا (بناء علی اصالة اللزوم فی الملک) ای ان کل ملک لازم الا اذا دل الدلیل علی جواز ابطاله کما کان هناک خیار او نحوه، و ذلک الاصل انما نشأ بما ذکره المصنف رحمه الله- بقوله: (للشک فی زواله) ای الملک (بمجرد رجوع مالکه الاصلی) فالاصل بقاؤه، و علیه فکلما علمنا بتزلزل الملک خرجنا عن الاصل المذکور و کلما لم نعلم اجرینا الملک حتی یعرف المخرج.

(و دعوی) انه لا- صحة لأصالة اللزوم فی الملک ل (ان الثابت هو الملک) فی الجملة ای (المشترک بین المتزلزل و المستقر، و

المفروض انتفاء الفرد الاول) ای المتزلزل (بعد الرجوع) من المالک الاصلی (و الفرد الثانی)، ای المستقر (کان مشکوک الحدوث من اوّل الامر) و من المعلوم ان شرط الاستصحاب الیقین السابق (فلا ینفع الاستصحاب) فی بقاء الملک بعد الشک فی زواله (بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقة المالک الاول) لانا نشک فی زوال علقته فالاصل بقاؤها (مدفوعة) خبر الدعوی (مضافا الی امکان دعوی کفایة تحقق القدر المشترک فی الاستصحاب) لأنه علم اجمالا حصول العلقة و لم یعلم زوالها (فتأمل) لانه من قبیل القسم الثانی من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۰

بأن انقسام الملک الی المتزلزل و المستقر لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته و انما هو باعتبار حکم الشاعر علیه فی بعض المقامات بالزوال برجوع المالک الاصلی.

و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقة السبب المملک لا اختلاف حقیقة الملک فجواز الرجوع و عدمه من الاحکام الشرعیة للسبب لا من الخصوصیات المأخوذة فی المسبب

استصحاب الکلی الّذی اشکل جماعة فیه لأن المحقق بقاؤه غیر معلوم الحدوث و المعلوم حدوثه لا یعلم صلوحه للبقاء کما ذکروا ذلک مفصلا فی الاصول، لکن لا یخفی انه من النوع الثانی من القسم الثانی، و قد ذکروا جریان الاستصحاب فیه و تفصیل الکلام فی محله (بأن انقسام الملک الی المتزلزل و المستقر لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته) کاختلاف الانسان و الفرس حیث یقسم الحیوان إلیهما (و انما هو باعتبار حکم الشارع علیه فی بعض المقامات) کما لو کان هناک خیار (بالزوال برجوع المالک الاصلی) فهو کالنکاح الّذی یطرأ علیه الطلاق او الفسخ و الّذی لا یطرأ علیه فانه لیس لاختلاف فی حقیقة النکاح الّذی طرأ علیه و الّذی لم یطرأ علیه، بل لحکم الشارع بان الطلاق لو طرأ زال النکاح.

(و منشأ هذا الاختلاف) فی باب الملک (اختلاف حقیقة السبب المملک) فبعض اقسام السبب المملک شدید التأثیر بحیث لا یزول کالعقد المطلق، و بعض اقسامه ضعیف التأثیر کالبیع الخیاری (لا اختلاف حقیقة الملک) ای العلقة و الأثر المترتب علی السبب حتی لا یصح الاستصحاب (فجواز الرجوع و عدمه من الاحکام الشرعیة للسبب لا من الخصوصیات المأخوذة فی المسبب) ای العلقة و الأثر، و حیث علمنا وجود المسبب و شککنا فی زواله نستصحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۱

و یدل علیه- مع انه یکفی فی الاستصحاب الشک فی ان اللزوم من خصوصیات الملک او من لوازم السبب المملک و مع ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملک فی الهبة اللازمة و غیرها علی نهج واحد- ان اللزوم و الجواز لو کانا من خصوصیات الملک فاما ان یکون تخصیص القدر المشترک باحدی الخصوصیتین بجعل المالک او بحکم الشارع فإن کان الاول کان اللازم التفصیل بین اقسام التملیک المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه او عدم قصده و هو

بقائه (و یدل علیه) ای علی ان اللزوم و الجواز من الاحکام الشرعیة المربوطة بالسبب لا المسبب (- مع انه یکفی فی الاستصحاب الشک فی ان اللزوم من خصوصیات الملک او من لوازم السبب المملک) لأن هذا الشک لا یزیدنا شیئا، لبقاء الشک فی ان الملک زال أم لا (و مع ان المحسوس بالوجدان إن إنشاء الملک فی الهبة اللازمة) کالهبة المعوضة (و غیرها-) مما لیس فیها احد اسباب اللزوم- کالعوض او کونها لذی رحم و ما اشبه- (ان اللزوم) فاعل «یدل علیه» (و الجواز لو کانا من خصوصیات الملک) الداخلین فی حقیقته کالناطقیة و الناهقیة الداخلتین فی حقیقة الانسان و الحمار (فاما ان یکون تخصیص القدر المشترک) ای اصل «الملک» الموجود فی اللازم و الجائز (باحدی الخصوصیتین بجعل المالک) بان ینشأ المالک الملک تارة هکذا .. و تارة هکذا .. (او بحکم الشارع) بدون ربط بالمالک (فإن کان الاول) ای بجعل المالک (کان اللازم التفصیل بین اقسام التملیک المختلفة بحسب قصد)

المملّک (الرجوع و قصد عدمه) ای عدم الرجوع (او عدم قصده) من باب الماهیة لا بشرط (و هو) ای التفصیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۲

بدیهی البطلان، اذ لا تأثیر لقصد المالک فی الرجوع و عدمه و إن کان الثانی لزم امضاء الشارع العقد علی غیر ما قصده المنشی و هو باطل فی العقود لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود و ان امکن القول بالتخلف هنا فی مسألة المعاطاة بناء علی ما ذکرنا سابقا- انتصارا للقائل بعدم الملک- من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلیة علی طبق قصود المتعاطین لکن الکلام فی قاعدة اللزوم فی الملک

(بدیهی البطلان، اذ لا تأثیر لقصد المالک فی الرجوع و عدمه) فاذا باع المالک شیئا بالعقد و قصد الرجوع لم یؤثر قصده فی جواز الرجوع و لو باع بیعا خیاریا و قصد عدم الرجوع لم یسقط قصده جواز رجوعه (و إن کان الثانی) ای بجعل الشارع (لزم امضاء الشارع العقد علی غیر ما قصده المنشی) فیکون المالک قصد الرجوع و ابطله الشارع، او قصد عدم الرجوع و قال الشارع لا رجوع لک (و هو) ای امضاء الشارع علی غیر قصد العاقد (باطل فی العقود لما تقدم) من (ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود) فلا دلیل علی ان العقد لا یتبع القصد بامضاء الشارع علی خلاف قصد العاقد (و ان امکن القول بالتخلف هنا) بین العقد و القصد (فی مسألة المعاطاة بناء علی ما ذکرنا سابقا- انتصارا للقائل بعدم) افادة المعاطاة (الملک من منع وجوب امضاء) الشارع (المعاملات الفعلیة) بالتعاطی مقابل المعاملات اللفظیة بالعقد (علی طبق قصود المتعاطین، لکن الکلام) الآن لیس فی ان المعاطاة تفید الملک من جهة قاعدة العقود تتبع القصود بل (فی قاعدة اللزوم فی الملک) و انه هل ان الملک الاصل فیه اللزوم او الجواز، و قد عرفت ان مقتضی الاستصحاب اللزوم فی باب العقود اللفظیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۳

تشمل العقود أیضا.

و بالجملة فلا اشکال فی اصالة اللزوم فی کل عقد شک فی لزومه شرعا و کذا لو شک فی ان الواقع فی الخارج هو العقد اللازم او الجائز کالصلح من دون عوض و الهبة نعم لو تداعیا

و نجری الاستصحاب أیضا فی باب العقود الفعلیة، لعدم الفصل بین الامرین.

و الحاصل انا قد نتمسک لاثبات اللزوم فی المعاطاة ب «قاعدة العقود تتبع القصود» لکن هذا غیر تام لما عرفت من انها لیست جاریة فی المعاملات الفعلیة، و قد نتمسک بقاعدة «استصحاب الملک» الثابتة فی المعاملات اللفظیة بناء علی عدم الفرق بین المعاملات اللفظیة و الفعلیة من جهة جریان استصحاب اللزوم، و کیف کان فالقاعدة المذکورة (تشمل العقود أیضا) کما تشمل سائر اقسام الملک التی لم تحصل بالعقد کما لو حصلت بالارث و ما اشبه.

(و بالجملة فلا اشکال فی اصالة اللزوم فی کل عقد شک فی لزومه شرعا) سواء کان عقدا لفظیا او فعلیا، بان کان الشک فی الشبهة المفهومیة، بان قرر الشارع هذا العقد لازما أم لا؟ فان استصحاب الملک یکفی فی القول بلزومه (و کذا لو شک فی ان) العقد (الواقع فی الخارج هو العقد اللازم او الجائز) بسبب الشبهة المصداقیة بعد ان علمنا ان العقد الفلانی لازم و العقد الفلانی جائز، لکن شککنا ان ما اوقعناه هل کان من قسم اللازم او من قسم الجائز (کالصلح من دون عوض و الهبة) فالصلح لازم و الهبة جائزة (نعم) لا تجری اصالة اللزوم فی الشبهة المصداقیة (لو تداعیا) بان قال احدهما: صالحته فهو لازم، و قال الاخر: بل هبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۴

احتمل التحالف فی الجملة.

و یدل علی اللزوم مضافا الی ما ذکر عموم قوله علیه السلام: الناس مسلطون علی اموالهم، فان مقتضی السلطنة ان لا یخرج عن ملکه بغیر اختیاره فجواز تملکه عنه بالرجوع فیه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة

فاندفع ما ربما

فلا یحکم الحاکم بالصلح اتباعا لقاعدة اصالة اللزوم، بل (احتمل التحالف) بان یحلف کل واحد علی طبق ما ادعاه (فی الجملة) فیما اذا حرّرا الدعوی فی الخصوصیة ای قال احدهما: صلح، و قال الاخر: هبة، اما لو حررا الدعوی بحیث صار احدهما مدعیا و الاخر مدعی علیه. بان قال احدهما: الملک باق بعد الفسخ، و قال الاخر: لا بقاء للملک بعد الفسخ، فان المسألة حینئذ مسئلة المدعی و المنکر فیلزم علی المدعی الاثبات بالبینة و علی المنکر الحلف- اذا لم تکن له بینة-.

(و یدل علی اللزوم) فی المعاطاة (مضافا الی ما ذکر) من اصالة اللزوم- التی قدمنا تقریرها- (عموم قوله علیه السلام: الناس مسلطون علی اموالهم، فان) المال انتقل بالمعاطاة و صار ملکا لکل واحد منهما و (مقتضی السلطنة ان لا یخرج عن ملکه بغیر اختیاره، فجواز تملکه عنه) بالفسخ (بالرجوع) من المالک الاول (فیه) ای فی المال (من دون رضاه) اذ مع الرضا یبطل الملک حتی فی العقود اللازمة قطعا- لأنه من التقایل (مناف للسلطنة المطلقة) المقتضیة لبقاء الملک حتی بعد رجوع الطرف.

و الحاصل، اخراج البائع لملک المشتری- مثلا- خلاف سلطنة المشتری فمنعه «الناس مسلطون» الشامل للمشتری (فاندفع ما ربما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۵

یتوهم من ان غایة مدلول الروایة سلطنة الشخص علی ملکه و لا نسلم ملکیته له بعد رجوع المالک الاصلی.

و لما ذکرنا تمسک المحقق فی الشرائع علی لزوم القرض بعد القبض بان فائدة الملک السلطنة. و نحوه العلامة فی موضع آخر. و منه یظهر جواز التمسک بقوله علیه السلام: لا یحل مال امرئ الا عن طیب نفسه. حیث دل

یتوهم من ان غایة مدلول الروایة سلطنة الشخص علی ملکه) کسلطنة المشتری- فی المثال- (و لا نسلم ملکیته له) ای السلعة للمشتری- مثلا- (بعد رجوع المالک الاصلی) کالبائع- مثلا-.

وجه الاندفاع، انا لا نتکلم فی ان المشتری مسلط بعد الرجوع أم لا، بل کلامنا فی انه هل البائع مسلط علی ملک المشتری حتی یتمکن من اخراجه عن ملکه أم لا؟ و من المعلوم ان قاعدة سلطنة المشتری تمنع تسلط البائع و علیه فلا یتمکن البائع من اخراج ملک المشتری، فلیس الملک- بعد رجوع، البائع- خارجا عن ملک المشتری.

(و لما ذکرنا) من قاعدة «الناس مسلطون» (تمسک المحقق فی الشرائع علی لزوم القرض بعد القبض) و انه لا یحق للمقرض ان یسترد ما اقرضه (بان فائدة الملک السلطنة) فالمال بعد القرض ملک للمقترض فله سلطان علیه، فلا سلطان للمقرض علی الاسترجاع (و نحوه العلامة فی موضع آخر) غیر باب القرض (و منه) ای من صحة التمسک بقاعدة «الناس مسلطون» للزوم المعاطاة بعد فسخ احد الطرفین (یظهر جواز التمسک) للزوم (بقوله علیه السلام: لا یحل مال امرئ إلا عن طیب نفسه) فان السلعة صارت مالا للمشتری فلا تحل للبائع إلا عن طیب نفس المشتری (حیث دل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۶

علی انحصار سبب حلّ مال الغیر او جزء سببه فی رضا المالک فلا یحل بغیر رضاه و توهم تعلق الحلّ بمال الغیر و کونه مال الغیر بعد الرجوع اوّل الکلام مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال یفید العموم حیث یشمل التملک أیضا فلا یحل التصرف فیه و لا تملکه الا بطیب نفس المالک.

و یمکن الاستدلال أیضا بقوله تعالی: و لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و لا ریب

علی انحصار سبب حلّ مال الغیر او جزء سببه فی رضا المالک) السببیة الکاملة فی الاباحة، و جزء السبب فی التملیک فان جزءا من السبب الرضا و الجزء الآخر العقد قولا او فعلا (فلا یحل) المال الّذی انتقل الی شخص بالمعاطاة (بغیر رضاه و توهم تعلق الحلّ) المنفی، فی قوله «لا یحل» (بمال الغیر) لانه علیه السلام قال: «لا یحل مال امرئ» (و کونه) ای هذا الشیء بعد الفسخ (مال الغیر بعد الرجوع اوّل الکلام) مثلا البائع اذا استردّ السلعة فکونها مال المشتری بعد رجوع البائع اوّل الکلام لان القائل بالإباحة یقول بانها لیست ماله، بعد ان رجع البائع الی السلعة (مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال) فی قوله «لا یحل» (یفید العموم) لجمیع التصرفات (حیث یشمل) العموم (التملیک أیضا) فالسلعة کانت ملکا للمشتری فلا یحل التصرف فیها و لو بالتملیک من البائع الا برضا المشتری (فلا یحل التصرف فیه) تصرفا غیر مملک (و لا تملکه الا بطیب نفس المالک) الّذی هو المشتری. (و یمکن الاستدلال) للزوم المعاطاة (أیضا بقوله تعالی: و لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) فالمال اذا کان للمشتری، لا یجوز اکله للبائع الا بتجارة عن تراض و صرف الرجوع لیس تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (و) ذلک لانه (لا ریب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۷

ان الرجوع لیست تجارة و لا عن تراض فلا یجوز اکل المال و التوهم المتقدم فی السابق جار هنا لأن حصر مجوّز اکل المال فی التجارة انما یراد به اکله علی ان یکون ملکا للآکل لا لغیره.

و یمکن التمسک أیضا بالجملة المستثنی منها حیث ان اکل المال و نقله عن مالکه بغیر رضی المالک اکل و تصرف بالباطل عرفا.

نعم بعد اذن المالک الحقیقی- و هو الشارع- و حکمه بالتسلط علی فسخ المعاملة من دون رضی المالک

ان الرجوع لیست تجارة و لا عن تراض فلا یجوز) للبائع- مثلا- (اکل المال) الّذی هو للمشتری الآن (و التوهم المتقدم فی السابق) ببیان انه بعد الرجوع لیس المال للمشتری- مثلا- (جار هنا) فی هذه الآیة، و جوابه واضح مما تقدم (لأن حصر مجوز اکل المال فی التجارة انما یراد به) ای بالحصر، المنع عن (اکله علی ان یکون ملکا للآکل)- بصیغة اسم الفاعل- (لا لغیره) ای لغیر الآکل، فاذا لم یعلم البائع انه صار ملکا له بالرجوع لم یجز له اکله اذ لا تجارة عن تراض، هذا فیما اذا استدل للمطلب بالمستثنی ای قوله سبحانه «الا ان تکون تجارة عن تراض».

(و یمکن التمسک) للزوم المعاطاة (أیضا بالجملة المستثنی منها) ای قوله سبحانه «لا تأکلوا اموالکم» (حیث ان اکل المال و نقله عن مالکه) الّذی هو المشتری- مثلا- فیما اذا اراد البائع معاطاة الرجوع (بغیر رضی المالک اکل و تصرف بالباطل عرفا) فیقال: انه تصرف فی اموال الناس.

(نعم) قد یجوز التصرف بدون اذن المالک فیما اذا اذن الشارع فانه (بعد اذن المالک الحقیقی- و هو الشارع- و حکمه بالتسلط علی فسخ المعاملة من دون رضی المالک) کما فی الخیارات التی جعلها الشارع،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۰۸

یخرج عن البطلان و لذا کان اکل المارة من الثمرة الممرور بها اکلا بالباطل لو لا اذن المالک الحقیقی و کذا الاخذ بالشفعة و الفسخ بالخیار و غیر ذلک من النواقل القهریة هذا کله مضافا الی ما دل علی لزوم خصوص البیع مثل قوله علیه السلام: البیعان بالخیار ما لم یفترقا.

و قد یستدل أیضا بعموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بناء علی ان العقد هو مطلق العهد کما فی صحیحة عبد الله بن سنان او العهد المشدّد کما عن بعض اهل اللغة.

كخيار الحيوان و المجلس- مثلا- (يخرج) الاكل (عن البطلان) فلا يقال ان الفاسخ اكل مال غيره بالبطلان، بل ليس هذا من اكل مال الناس اصلا (و لذا) الّذى ذكرناه من انه مع اجازة الشارع ليس اكلا بالباطل (كان اكل المارة) اى الجماعة التى تمر، او النفس المارة (من الثمرة الممرور بها) مع وجود الشرائط- المذكورة فى كتب الفقه- (اكلا بالباطل لو لا اذن المالك الحقيقى) الّذى هو الله سبحانه (و كذا الاخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النواقل القهرية) بدون رضى المالك (هذا كله) يدل على لزوم المعاطاة (مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع) الشامل للمعاطاة عرفا (مثل قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فاذا افترقا وجب البيع.

(و قد يستدل أيضا) للزوم المعاطاة (بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بناء على ان العقد) ليس خاصا باللفظ فقط، بل (هو مطلق العهد) و من المعلوم ان فى المعاطاة عهدا من الطرفين بالتبادل (كما فى صحيحة عبد الله بن سنان) حيث فسر العقد بالعهد (او العهد المشدد كما عن بعض اهل للغة) و المعاطاة أيضا عهد مشدّد لان الشدّة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۰۹

و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة و كذلك قوله عليه السلام:

المؤمنون عند شروطهم، فان الشرط فى اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ

و الحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحا بعض الاساطين فى شرح القواعد، و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به

فى مقابل العهد الجائز كما فى الهبة و ما اشبه، لا فى مقابل العهد الّذى ليس فيه لفظ (و كيف كان) معنى العقد «العهد» مطلقا، او «العهد المشدد» (فلا يختص) العقد (باللفظ فيشمل المعاطاة) أيضا (و كذلك) يشمل المعاطاة (قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، فان الشرط فى اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ) نعم لو قيل: ان الظاهر من الشرط الالتزام فى ضمن التزام لم يشمل العقد حتى باللفظ، الا اذا كان التزاما فى ضمن التزام آخر اللّهم الا ان يقال انه يفهم لزوم العقد من هذا الحديث بطريق اولى، اذ لو كان الالتزام فى ضمن الالتزام لازم الوفاء كان اصل الالتزام لازم الوفاء بطريق اولى.

(و الحاصل، ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر) فاذا ضممنا ذلك الى ان المعاطاة تفيد الملك و انها بيع تم المطلوب و هو افادة المعاطاة اللزوم (الا ان الظاهر فيما نحن فيه) من المعاطاة (قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه) اى، الاجماع (صريحا بعض الاساطين) الشيخ جعفر كاشف الغطاء- رحمه اللّه- (فى شرح القواعد، و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۱۰

قائل الى زمان بعض متأخرى المتاخرين.

فان العبارة المحكية عن المفيد فى المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فان المحكى عنه انه قال: ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا بالابدان، انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم و كانه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد

باللزوم (قائل الى زمان بعض متأخرى المتأخرين) هو المحقق الكركى.

(ف) ان قلت: كيف و قد نسب اللزوم الى المفيد؟ قلت: (ان العبارة، المحكية عن المفيد فى المقنعة لا تدل على هذا القول) اى افادة المعاطاة اللزوم (كما عن المختلف الاعتراف به) اى بان كلام المفيد لا يدل على اللزوم (فان المحكى عنه) اى عن المفيد (انه قال:

ينعقـد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له) اى المعاملة عليه (اذا عرفاه) اى الجنس- احترازا عن الجنس المجهول حيث لاـ يجوز بيعه- (جميعـا) البـائع و المشترى (و تراضـيا بـالبيع و تقابضـا و افترقـا بالابـدان) اشـارة الى وجود الخيـار ما داما فى المجلس (انتهى) و وجه الاستدلال بهذا الكلام انه لم يذكر اجراء العقد.

(و يقوى إرادة) المفيـد (بيان شـروط صـحة العقـد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم) لا انه يريـد ان كل ما يلزم فى البيع هو ما ذكره، حتى يدل على عدم اشتراط اللفظ (و كانه لذلك) الّذى ذكرنا من إرادة المفيد شرط العقد (حكى كاشف الرموز عن المفيد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۱۱

و الشيخ انه لا بـد فى البيع عنـدهما من لفظ مخصوص و قـد تقـدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا، و هو نص فى عدم اللزوم و لا يقدح كونه ظاهرا فى عدم الملكية الّذى لا نقول به.

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالاجماع

نعم قول العلامـة فى التـذكرة ان الاشـهر عنـدنا انه لا بد من الصـيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة و لو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور و كذلك نسبته فى المختلف الى الاكثر و فى التحرير: ان الاقوى ان،

و الشيخ انه لا بد فى البيع عندهما من لفظ مخصوص) هذا (و قد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها) اى المعاطاة (بيعا، و هو) اى الكلام (نص فى عـدم اللزوم) لانه اما ان يريـد انه ليس ببيع حقيقـة او يريـد انه ليس يفيـد الملك، و على كلا التقديرين يدل على انه ليس بلازم (و لا يقـدح كونه) اى الكلام الغنيـة (ظاهرا فى عـدم الملكية الّذى لا نقول به) اذ المقصود بيان عدم قول احد من العلماء باللزوم.

(و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالاجماع) فالمعاطاة التى ليس لها لفظ لا لزوم لها.

(نعم قول العلامة فى التذكرة «ان الاشـهر عندنا انه لا بد من الصـيغة» يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة) لان «الاشـهر» فى مقابـل «غير الاشـهر» (و لو كـان المخالف شاذا لعبر بالمشـهور) اذ «الاشـهر» تفضـيل فيـدل على ان للطرف الآخر أيضا شـهرة، بخلاف «المشـهور» فان فى مقابله الشاذ، و لذا كثيرا ما يعبر الفقهاء بقولهم «الاشهر بل المشهور» (و كذلك نسبته فى المختلف الى الاكثر) فان ظاهره ان القائل باللزوم أيضا كثير (و فى التحرير: ان الاقوى ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۱۲

المعاطاة غير لازمة.

ثم لو فرضـنا الاتفاق من العلماء على عـدم لزومها مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكـة، و انما تفيد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا اذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها الا بعض من تأخر عن المحقق الثانى، و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لان قول الاكثر بعدم الملك سالبة بانتفاء الموضوع

المعاطاة غير لازمة) مما يدل على «ان اللزوم» أيضا له قوة.

(ثم لو فرضـنا الاتفاق من العلماء على عـدم لزومها) اى لزوم المعاطاة (مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكـة، و انما تفيد الاباحـة) فقـط (لم يكن هـذا الاتفـاق كاشـفا) عن وجود الاجمـاع على عـدم اللزوم على تقـدير القول بالملـك (اذ القول بـاللزوم فرع الملكيـة) اى بافادة المعاطاة الملك (و لم يقل بها) اى بالملكية (الا بعض من تأخر عن المحقق الثانى، و هذا) اى، عدم القول بالملكية الاـ عن نـادر (ممـا يوهن حصول القطع بـل) حصول (الظن من الاتفاق المـذكور) فلا يحصل لنا قطع بوجود الاجماع (لأن قول الاكثر بعـدم اللزوم سالبـة بانتفـاء الموضوع) فـانهم لا يقولون باللزوم، من باب عـدم قولهم بالملـك- اصـلا- فاذا دل الـدليل على الملك، لم

یکن دلیل علی انهم لا- یقولون باللزوم علی فرض الملک مثلا- اذا قام الاتفاق علی انه: لیس عالم موجودا فی الدار، لکن کان هذا الاتفاق من باب اتفاقهم علی عدم وجود انسان فی الدار- اطلاقا- فاذا وجدنا نحن انسانا فی الدار، لا نتمکن ان ننسب الاجماع علی عدم وجود العالم، لانهم انما کانوا یقولون بعدم وجود العالم، لظنهم عدم وجود انسان، اما اذا علموا بوجود الانسان، لا دلیل علی انهم باقون علی رأیهم بعدم وجود العالم .. و الحاصل، ان الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۳

نعم یمکن ان یقال- بعد ثبوت الاتفاق المذکور- أن اصحابنا بین قائل بالملک الجائز و بین قائل بعدم الملک رأسا فالقول بالملک اللازم قول ثالث فتأمل.

و کیف کان، فتحصیل الاجماع علی وجه استکشاف قول الامام من قول غیره من العلماء کما هو طریق المتأخرین مشکل لما ذکرنا و إن کان هذا لا یقدح فی الاجماع علی طریق القدماء کما بین فی الاصول.

و بالجملة، فما ذکره فی المسالک من قوله- بعد ذکر قول من اعتبر مطلق اللفظ فی اللزوم- «ما حسنه و ما امتن دلیله ان لم یکن اجماع علی

التقییدی لیس بحجة اذا قام الدلیل علی وجود الموضوع.

(نعم یمکن ان یقال- بعد ثبوت الاتفاق المذکور-) ای الاتفاق علی عدم لزوم المعاطاة (ان اصحابنا بین قائل بالملک الجائز) کالمحقق الثانی و من تبعه (و بین قائل بعدم الملک راسا) کالمشهور (فالقول بالملک اللازم قول ثالث) و هو خلاف الاجماع المرکب (فتامل) حیث ان هناک قولا بالملک اللازم أیضا کما حکی عن المفید و غیره.

(و کیف کان، فتحصیل الاجماع علی وجه استکشاف قول الامام من قول غیره من العلماء) بسبب الحدس (کما هو طریق المتأخرین) فی حجیة الاجماع فی مقابل حجیة الاجماع لطفا او دخولا او ما اشبه (مشکل لما ذکرنا) من عدم الاستکشاف (و إن کان هذا) الاشکال (لا یقدح فی الاجماع علی طریق القدماء کما بین فی الاصول) لانهم اذا اتفقوا علی انه لا یوجب الملک اللازم فالامام فیهم- دخولا- او لو کان هذا مخالفا للواقع لاظهر الواقع- لطفا.

(و بالجملة، فما ذکره فی المسالک من قوله- بعد ذکر قول من اعتبر مطلق اللفظ فی اللزوم-: ما احسنه و ما امتن دلیله ان لم یکن اجماع علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۴

خلافه» فی غایة الحسن و المتانة و الاجماع و ان لم یکن محققا علی وجه یوجب القطع الا ان المظنون قویا تحققه علی عدم اللزوم مع عدم لفظ دال علی إنشاء التملیک سواء لم یوجد لفظ اصلا او وجد و لکن لم ینشأ التملیک به بل کان من جملة القرائن علی قصد التملیک بالتقابض.

و قد یظهر ذلک من غیر واحد من الاخبار بل یظهر منها ان ایجاب البیع باللفظ دون مجرد التعاطی کان متعارفا بین اهل السوق و التجار بل یمکن دعوی السیرة علی عدم الاکتفاء فی البیوع الخطیرة التی یراد بها عدم الرجوع، بمجرد

خلافه) انتهی کلام المسالک (فی غایة الحسن و المتانة و الاجماع) الّذی اشار إلیه المسالک (و ان لم یکن محققا علی وجه یوجب القطع) بوجوده (الا ان المظنون قویا تحققه علی عدم اللزوم مع عدم) وجود (لفظ دال علی إنشاء التملیک سواء لم یوجد لفظ اصلا) کما لو وضع درهما بإزاء الخباز و أخذ خمسة اقراص (او وجد) اللفظ (و لکن لم ینشأ التملیک به بل کان) اللفظ (من جملة القرائن علی قصد التملیک بالتقابض) کما لو قال: بکم تبیع الخبز فقال: کل خبز بعشرة، فاعطی عشرة و اخذ خبزا.

(و قد یظهر ذلک) الّذی ذکرنا من عدم افادة المعاطاة اللزوم، بل اللفظ هو الموجب للزوم البیع (من غیر واحد من الاخبار) الآتیة بعضها (بل یظهر منها) ای من الاخبار (ان ایجاب البیع باللفظ دون مجرد، التعاطی کان متعارفا بین اهل السوق و التجار) لکن لا یخفی عدم دلالة مثل هذه الاخبار، اذ التعارف لهذا القسم لا ینافی التعارف للتعاطی أیضا کما نشاهد القسمین فی الاسواق فی الحال الحاضر (بل یمکن دعوی السیرة علی عدم الاکتفاء فی البیوع الخطیرة التی یراد بها عدم الرجوع بمجرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۵

التراضی نعم ربما یکتفون بالمصافقة فیقول البائع: بارک الله لک، او ما ادی هذا المعنی بالفارسیة. نعم یکتفون بالتعاطی فی المحقرات و لا یلتزمون بعدم جواز الرجوع فیها بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع مع بقاء العین.

نعم، الاکتفاء فی اللزوم بمطلق الانشاء القولی غیر بعید للسیرة و لغیر واحد من الاخبار- کما سیجیء إن شاء الله تعالی فی شروط الصیغة-.

بقی الکلام فی الخبر الّذی تمسک به فی باب المعاطاة تارة علی عدم افادة المعاطاة إباحة التصرف و اخری علی عدم افادتها.

التراضی) «بمجرد» متعلق بقوله «عدم الاکتفاء».

(نعم، ربما یکتفون) فی الامور الخطیرة (بالمصافقة) ای صفق البائع یده علی ید المشتری (فیقول البائع: بارک الله لک، او ما ادی هذا المعنی بالفارسیة) نحو «خدا مبارک نماید» .. و ما اشبه.

(نعم، یکتفون بالتعاطی فی المحقرات و لا- یلتزمون بعدم جواز الرجوع فیها) بل نظرهم الی جواز الرجوع مهما لم یریدوا المتاع (بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع مع بقاء العین) فیقال للممتنع: لما ذا لا تقبل و الجنس بعد موجود؟، لکن لا یخفی ان مثل ذلک جار أیضا حتی فی صورة اجراء العقد و ابرام الامر.

(نعم، الاکتفاء فی اللزوم) فی التعاطی (بمطلق الانشاء القولی غیر بعید للسیرة) المستمرة بین المسلمین (و لغیر واحد من الاخبار- کما سیجیء إن شاء الله تعالی فی شروط الصیغة-) لکن لا یخفی وجود السیرة فی مطلق المعاطاة و لو بدون لفظ- کما تقدم- فتخصیصها بما اذا کان هناک لفظ محل نظر.

(بقی الکلام فی الخبر الّذی تمسک به فی باب المعاطاة تارة علی عدم افادة المعاطاة إباحة التصرف) اصلا (و) تارة (اخری علی عدم افادتها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۶

اللزوم جمعا بینه و بین ما دل علی صحة مطلق البیع کما صنعه فی الریاض، و هو قوله علیه السلام: انما یحلل الکلام و یحرم الکلام ..، و توضیح المراد منه یتوقف علی بیان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الاسلام فی باب بیع ما لیس عنده و الشیخ فی باب النقد و النسیة عن ابن ابی عمیر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن نجیح قال: قلت لابی عبد الله- علیه السلام الرجل یجیئنی و یقول: اشتر لی هذا الثوب و اربحک کذا و کذا فقال- علیه السلام-: أ لیس ان شاء اخذ و ان شاء ترک قلت: بلی، قال علیه السلام: لا بأس، انما یحلل الکلام و

ای المعاطاة (اللزوم) و ان افادت الاباحة، بل الملک (جمعا بینه) ای بین هذا الخبر (و بین ما دل علی صحة مطلق البیع) فالمعاطاة لانها بیع، تکون صحیحة مفیدة للملک، و لأنها لا کلام فیها و لا لفظ، فلا تفید اللزوم، للخبر الآتی الّذی یدیر اللزوم مدار الکلام (کما صنعه) ای هذا الجمع (فی الریاض، و) الخبر (هو قوله علیه السلام: انما یحلل الکلام و یحرم الکلام ..،

و توضیح المراد منه یتوقف علی بیان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الاسلام)، الکلینی (فی باب بیع ما لیس عنده) بأن یبیع الانسان ما

لیس له (و الشیخ فی باب النقد و النسیئة عن ابن ابی عمیر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن نجیح قال: قلت لابی عبد الله- علیه السلام- الرجل یجیئنی و یقول: اشتر لی هذا الثوب و اربحک کذا و کذا) بمعنی ان یشتری الواسطة الثوب من السوق ثم یعطیه للآمر فیعطیه الآمر زیادة علی مقدار الّذی اشتری (فقال- علیه السلام-: أ لیس) الآمر (ان شاء اخذ) الثوب من المأمور بعد ما اشتراه من السوق (و ان شاء ترک) و لم یشتره حتی یبقی الثوب للآمر؟ (قلت: بلی، قال علیه السلام: لا بأس، انما یحلل الکلام و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۷

یحرم الکلام .. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روایات اخر- مجردة عن قوله علیه السلام: انما یحلل .. الخ- کلها تدل علی انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاولة ما لم یوجب بیع المتاع قبل ان یشتریه من صاحبه.

و نقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الروایة تحتمل وجوها.

الاول ان یراد من الکلام فی المقامین اللفظ الدال علی التحریم و التحلیل بمعنی ان تحریم شیء و تحلیله لا یکون الا بالنطق به فلا یتحقق بالقصد المجرد عن الکلام و لا بالقصد المدلول علیه بالافعال دون الاقوال.

یحرم الکلام ..) الی آخر الخبر (و قد ورد بمضمون هذا الخبر روایات، اخر- مجردة عن قوله علیه السلام: انما یحلل .. الخ- کلها تدل علی انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاولة) مشتقة من القول، لانه مجرد قول و لیس بیعا و عقدا (ما لم یوجب بیع المتاع قبل ان یشتریه من صاحبه) اما اذا اوجب فلیس فی الایجاب فائدة بل البیع باطل کما ذکروا ذلک فی الفضولی اما الحرمة التکلیفیة فلا، اذ الاوامر و النواهی المتعلقة بالمعاملات ظاهرة فی الوضع کما حقق فی محله.

(و نقول ان هذه الفقرة): انما یحلل .. الخ (مع قطع النظر عن صدر الروایة تحتمل وجوها):

(الاول: ان یراد من الکلام فی المقامین) یحلل الکلام و یحرم الکلام، (اللفظ الدال علی التحریم و التحلیل بمعنی ان تحریم شیء و تحلیله لا یکون الا بالنطق به) ای باللفظ (فلا یتحقق بالقصد المجرد عن الکلام و لا بالقصد المدلول علیه بالافعال دون) المدلول علیه (بالاقوال) مثلا النکاح المحلل، و الطلاق المحرم، انما یتأتیان باللفظ، لا بان یقصدا الزوجیة او یقصدا فسخ الزوجیة، و لا بان یقصدا الزوجیة و یفعلا ما یدل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۸

الثانی: ان یراد بالکلام اللفظ مع مضمونه- کما فی قولک: هذا الکلام صحیح او فاسد- لا مجرد اللفظ اعنی الصوت و یکون المراد ان المطلب الواحد یختلف حکمه الشرعی حلا و حرمة باختلاف المضامین المؤداة بالکلام، فالمقصود الواحد و هو التسلیط علی البضع مدة معینة یتأتی بقولها: ملکتک بضعی، او سلطتک علیه او آجرتک نفسی، او احللتها لک و بقولها: متعت نفسی بکذا فما عدا الاخیر موجب لتحریمه و الاخیر محلل، و علی هذا المعنی.

قصدهما، فالمراد: اللفظ مؤثر دون القصد و الفعل.

(الثانی: ان یراد بالکلام) فی الفقرتین (اللفظ مع مضمونه- کما فی قولک: هذا الکلام صحیح او فاسد-) ترید اللفظ مع المضمون، اذ الصحة و الفساد من صفات المعنی، اما اذا کان نفس اللفظ ذا خلل، فیقال «اللفظ غلط» مثلا (لا) ان یراد بالکلام، فی الفقرتین (مجرد اللفظ اعنی الصوت) و الفرق بین هذا المعنی و بین المعنی الاول، ان «الاول» یقول:

«المعاملة تحتاج الی اللفظ، و لا یکتفی فیها بالقصد» و هذا یقول:

«اللفظ یختلف تحلیلا و تحریما باعتبار اختلاف المضمون» (و یکون المراد) من یحلل الکلام و یحرم الکلام (ان المطلب الواحد یختلف حکمه الشرعی حلا و حرمة باختلاف المضامین المؤداة) تلک المضامین (بالکلام، فالمقصود الواحد و هو التسلیط علی

البضع مدة معینة) مثلا (یتأتی بقولها: ملکتک بضعی، او سلطتک علیه، او آجرتک نفسی، او احللتها لک) فان معنی الجمیع التسلیط (و) یتأتی أیضا (بقولها: متعت نفسی بکذا) الی الاجل المعلوم (فما عدا) اللفظ (الاخیر موجب لتحریمه) ای عدم افادته التحلیل (و الاخیر محلل، و علی هذا المعنی) ای کون کلام محللا و کلام آخر غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۱۹

ورد قوله علیه السلام: انما یحرم الکلام، فی عدة من روایات المزارعة، منها ما فی التهذیب عن ابن محبوب عن ابی الربیع الشامی عن ابی عبد الله علیه السلام، عن الرجل یزرع ارضا فیشترط علیه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال، علیه السلام: لا ینبغی له ان یسمی بذرا و لا بقرا فانما یحرم الکلام و لکن یقول لصاحب الارض: ازرع ارضک و لک منها کذا و کذا نصف او ثلث او ما کان من شرط و لا یسمی بذرا و لا بقرا الخبر.

الثالث: ان یراد بالکلام فی الفقرتین الکلام الواحد و یکون تحریمه و تحلیله باعتبار و جوده و عدمه فیکون وجوده محللا و عدمه محرما او بالعکس

مفید للتحلیل- مع وحدة المضمون فیهما- (ورد قوله علیه السلام: انما یحرم الکلام، فی عدة من روایات المزارعة، منها ما فی التهذیب عن ابن محبوب عن ابی الربیع الشامی عن ابی عبد الله علیه السلام، عن الرجل یزرع ارضا فیشترط علیه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟) یعنی و الثلث الآخر من الحاصل لهما الزارع و مالک الارض (قال علیه السلام: لا ینبغی له) ای للزارع (ان یسمی بذرا و لا بقرا فانما یحرم الکلام و لکن یقول لصاحب الارض: ازرع ارضک و لک منها کذا و کذا) کنصف الثلث (نصف او ثلث او ما کان من شرط) ای المقدار الّذی یتبانیان علیه (و لا- یسمی بذرا و لا- بقرا الخبر) فقول الزارع: «ثلثان لی فی مقابل البذر و البقر و ثلث بیننا» محرم، و قوله: «ثلثان و نصف ثلث لی و نصف ثلث لک» محلل، مع ان المضمون فی کلیهما واحد.

(الثالث: ان یراد بالکلام فی الفقرتین) یحلل الکلام و یحرم الکلام (الکلام الواحد) بخلاف «الکلام» علی المعنی الثانی فانه یراد بالکلام فی کل فقرة کلا- ما غیر الکلام فی الفقرة الاخری- کما عرفت- (و یکون تحریمه و تحلیله باعتبار وجوده و عدمه فیکون وجوده) ای وجود هذا الکلام الواحد (محللا و عدمه محرما او بالعکس) ای وجوده محرما و عدمه محللا کالظهار فان وجوده محرم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۰

او باعتبار محله و غیر محله فیحلل فی محله و یحرم فی غیر محله و یحتمل هذا الوجه الروایات الواردة فی المزارعة.

الرابع: ان یراد من الکلام المحلل خصوص المقاولة و المواعدة و من الکلام المحرم ایجاب البیع و ایقاعه.

ثم ان الظاهر عدم إرادة المعنی الاول- لانه مع لزوم تخصیص الاکثر حیث ان ظاهره حصر اسباب التحلیل و

و عدمه محلل (او باعتبار محله و غیر محله فیحلل فی محله و یحرم فی غیر محله) ککون الایجاب قبل القبول فانه محلل و کونه بعد القبول فانه محرم (و یحتمل هذا الوجه) الثالث (الروایات الواردة فی المزارعة) بان یراد «الکلام الواحد» لا- «الکلامان»- کما فی المعنی الثانی- و علیه فاذا قال المزارع «الثلثان و النصف لی» محلل فی مکان لم یذکر البذر و البقر، و و محرم فی مکان ذکرهما.

(الرابع: ان یراد من الکلام المحلل خصوص المقاولة و المواعدة) فی نفس محل السؤال (و من الکلام المحرم ایجاب البیع و ایقاعه) فلا یکون الحدیث عاما و انما یکون خاصا بمورد السؤال.

(ثم ان الظاهر عدم إرادة المعنی الاول) و هو کون اللفظ فقط محرما و محللا (- لانه مع لزوم تخصیص الاکثر) کالهدایا و الضیافات، و الامور الاخر التی توجب تحلیل الحرام و تحریم الحلال کالارث، و الوطی بالنسبة الی بنت الزوجة، و انقلاب الخمر خلا، و غلیان العصیر و ذهاب ثلثیه، و الجلل و وطی حیوان مأکول اللحم، و استبراء المرأة الحامل، و ایقاب الغلام بالنسبة الی اخته و بنته و أمه، الی

غيرها من الاسباب المحرمة و المحللة التى لا تعد .. (حيث ان ظاهره) اى ظاهر الحديث (حصر اسباب التحليل و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۲۱

التحريم فى الشريعة فى اللفظ- يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لان ظاهر الحكم- كما يستفاد من عدة روايات أخر- تخصيص الجواز بما اذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكه و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم اصلا فكيف يعلل به.

و كذا، المعنى الثانى اذ ليس هنا

التحريم فى الشريعة فى اللفظ-) و قوله «لانه» علة لقوله «الظاهر» و قوله «حيث» علة لقوله «لزوم» (يوجب عدم ارتباطه) اى ارتباط قوله «انما يحلل .. الخ» (بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال) الّذى سأله السائل بانه يشترى المتاع لغيره (مع كون) اى «انما يحلل» (كالتعليل له) اى للحكم.

و قد بين المصنف- رحمه الله- وجه عدم الارتباط بين هذه العلة و بين الحكم- بناء على المعنى الاول- بقوله: (لأن ظاهر الحكم) فى مورد هذا السؤال (كما يستفاد من عدة روايات أخر- تخصيص الجواز) باشتراء الوسيط للآمر (بما اذا لم يوجب) الوسيط (البيع على الرجل) الآمر (قبل شراء المتاع من مالكه) فالمحلل و المحرم: بيع الوسيط قبل اشترائه و عدم بيعه، فان باع قبل الاشتراء كان حراما و الا كان حلالا (و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم) اى الحكم بالحرمة قبل الاشتراء من مالكه و الحلية بعد الاشتراء (اصلا فكيف يعلل) هذا الحكم (به) اى بقوله «انما يحلل».

(و كذا، المعنى الثانى) لا يرتبط بالسئوال اصلا (اذ ليس هنا) فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۲۲

مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما.

فتعين المعنى الثالث و هو: ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التى يريدها الرجل لانه بيع ما ليس عنده.

و لا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعة و هو غير مؤثر.

فحاصل الرواية ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدما و وجودا.

او المعنى الرابع و هو ان المقاولة و المراضاة مع المشترى الثانى قبل اشتراء

مقام السؤال (مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما) فان المقاولة- المحللة- و البيع- المحرم- امران، لا انهما امر واحد.

(فتعين المعنى الثالث و هو: ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التى يريدها الرجل) الآمر، من الشخص الوسيط (لانه بيع ما ليس عنده) و قد ورد فى الحديث: «لا تبع ما ليس عندك» فيما اذا كان شخصيا، لا ما اذا كليا

(و لا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعة و هو غير مؤثر) فى الاثر المقصود فلا يكون حراما، فانه لم يبع ما ليس عنده حتى يحرم.

(فحاصل الرواية) على هذا المعنى الثانى (ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة) التى يريد الآمر عقدها مع الوسيط (منحصر فى الكلام عدما) للتحليل (و وجودا) للتحريم.

(او المعنى الرابع) عطف على قوله «فتعين المعنى الثالث» (و هو: ان المقاولة و المراضاة مع المشترى الثانى) و هو الآمر للوسيط (قبل

اشتراء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۳

العین محلل للمعاملة و ایجاب البیع معه محرم لها.

و علی کلا المعنیین یسقط الخبر عن الدلالة علی اعتبار الکلام فی التحلیل کما هو المقصود فی مسألة المعاطاة.

نعم یمکن استظهار اعتبار الکلام فی ایجاب البیع بوجه آخر بعد ما عرفت، بان المراد بالکلام هو ایجاب البیع بان یقال: ان حصر المحلل و المحرم فی الکلام لا یتأتی الا مع انحصار ایجاب البیع فی الکلام اذ لو وقع بغیر الکلام لم ینحصر المحلل و المحرم فی الکلام

الوسیط (العین محلل للمعاملة) بمعنی انه لم یحدث شیء منهی عنه- و هو بیع ما لیس عنده- (و ایجاب) الوسیط (البیع معه) ای مع المشتری الثانی (محرم لها)

(و علی کلا المعنیین) الثالث و الرابع (یسقط الخبر عن الدلالة علی اعتبار الکلام فی التحلیل) فی المعاطاة حتی انه یدل علی انه لو یکن کلام لم یجز التصرف فی ما اخذ بالمعاطاة (کما هو المقصود فی مسألة المعاطاة) هذا کله فیما اذا ارید الاستدلال بجملة «انما یحلل الکلام» وحدها.

(نعم) یمکن الاستدلال بجملة «انما یحلل» بضمیمة «السؤال و الجواب» فی کلام السائل و الامام بان یقال: (یمکن استظهار اعتبار الکلام فی ایجاب البیع بوجه آخر) و هذا الاستدلال انما هو (بعد ما عرفت بان المراد بالکلام هو ایجاب البیع) وجه الاستظهار (بان یقال: ان حصر المحلل و المحرم فی الکلام لا یتأتی) و لا یصح (الا مع انحصار ایجاب البیع فی الکلام) حتی ان غیر الکلام- کالمعاطاة- لا یفید التحلیل (اذ لو وقع) الحل (بغیر الکلام لم ینحصر المحلل و المحرم فی الکلام). فتحصل ان هذا الحدیث یمکن الاستدلال به علی «عدم افادة المعاطاة حلیة التصرف» من جهتین، الاولی: قوله:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۴

الا ان یقال: ان وجه انحصار ایجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایة هو عدم امکان المعاطاة فی خصوص المورد اذ المفروض ان المبیع عند مالکه الاول فتأمل.

و کیف کان فلا تخلو الروایة عن اشعار او ظهور

«انما یحلل الکلام» و فیه انه لیس المراد منه القاعدة عامة- کما تقدم-، الثانیة «ان ایجاب البیع منحصر فی الکلام» و هذا یستفاد من «انما یحلل- بضمیمة ما سبقه من السؤال و الجواب-» فیدل علی ان غیر الکلام لا یوجب البیع (الا ان یقال:) بان هذا الاستظهار أیضا غیر تام اذ السبب الناقل- فی مورد الروایة، معقولة، اذ لا سلعة بید «الوسیط» حتی یعطیها للآمر فیبقی السبب یجب ان یکون امرا معقولا، اما المعاطاة فغیر المحلل فی الکلام. فالروایة تدل علی صحة المعاطاة لکن فی هذا المورد الخاص، الّذی یکون عدم المعاطاة من باب السالبة بانتفاء الموضوع ف (ان وجه انحصار ایجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایة) الّذی هو بیع ما لیس عنده (هو عدم امکان المعاطاة فی خصوص المورد اذ المفروض) فی السؤال و الجواب (ان المبیع عند مالکه الاول) فلا یمکن التعاطی بین الوسیط و الآمر علی المبیع (فتأمل) فان کون الحصر اضافیا بالنسبة الی مورد السؤال خلاف الظاهر اذ ظاهر الحصر دائما- کونه حقیقیا الا ان تقدم قرینة علی الإضافیة- کما قرر فی موضعه-.

(و کیف کان فلا تحلو الروایة عن اشعار او ظهور) فی انحصار سبب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۵

کما یشعر به قوله- علیه السلام- فی روایة اخری واردة فی هذا الحکم أیضا و هی روایة یحیی بن الحجاج عن ابی عبد الله- علیه السلام-: عن رجل قال لی: اشتر لی هذا الثوب او هذه الدابة و بعنیها ابحک فیها کذا و کذا قال- علیه السلام-: لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع قبل ان تستوجبها او تشتریها. فان الظاهر ان المراد من مواجبة البیع لیس مجرد اعطاء العین للمشتری.

و یشعر به أیضا

الحلیة فی الکلام (کما یشعر به قوله- علیه السلام- فی روایة اخری واردة فی هذا الحکم) ای حکم من یرید اشتراء شیء لیبیعه لمن امره بذلک (أیضا) کالروایة المتقدمة (و هی روایة یحیی بن حجاج عن ابی عبد الله- علیه السلام-: عن رجل قال لی: اشتر لی هذا الثوب او هذه الدابة و بعنیها اربحک عنها کذا و کذا) مقدارا من المال (قال- علیه السلام-: لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع) ای من الآمر (قبل ان تستوجبها) من مالکها (او تشتریها) التردید اما من الراوی و اما من الامام علیه السلام، و لعل الفرق بناء علی کونه من الامام ان الاستیجاب اعم من الشراء، ای قبل ان تأخذ السلعة من صاحبها، او تشتری السلعة منه (فان الظاهر ان المراد من مواجبة البیع) فی قوله علیه السلام «لا- تواجبه» (لیس مجرد اعطاء العین للمشتری) ای المعاطاة، لانه غیر ممکن، فان الجنس بید مالکه فکیف یمکن ان یعطیه الوسیط للآمر، فلا- بد و ان یراد من قوله علیه السلام «لا تواجبه» لا تجری العقد، فیکون مفاد هذا الحدیث کمفاد الحدیث السابق القائل بانه یحلل الکلام و یحرم الکلام.

(و یشعر به أیضا) ای یکون ایجاب البیع باللفظ، و ان الکلام محلل و محرم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۶

روایة العلاء- الواردة فی نسبة الربح الی اصل المال- قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: الرجل یرید ان یبیع بیعا فیقول: ابیعک بده دوازده فقال علیه السلام: لا بأس انما هذه المراوضة فاذا جمع البیع جعله جملة واحدة.

فان ظاهره علی ما فهمه بعض الشراح انه لا یکره ذلک فی المقاولة التی قبل العقد، و انما یکره حین العقد.

(روایة العلاء- الواردة فی نسبة الربح الی اصل المال- قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام، الرجل یرید ان یبیع بیعا) بیعا مفعول مطلق تأکیدی نحو «مشی مشیا» و ما اشبه .. (فیقول: ابیعک بده دوازده) یعنی «بعشرة، اثنی عشر» و المراد اخذ ربح اثنین فوق کل عشرة فاذا کان شراؤه مائة باعه بمائة و عشرین (فقال علیه السلام: لا بأس انما هذه، المراوضة) یعنی التراضی و المقاولة، و مفهومه انه لیس ببیع، و لو کان بیعا لم یجز (فاذا جمع البیع) ای عزمه (جعله جملة واحدة) ای قال- مثلا-:

بعتک هذه السلعة بمائة و عشرین، ای فی قبال ان یقول: کل عشرة باثنی عشر (فان ظاهره علی ما فهمه بعض الشراح انه لا یکره ذلک) ای قول «ابیعک بده دوازده» (فی المقاولة التی قبل العقد، و انما یکره حین العقد) و کأن المصنف اراد استفادة اشعار الروایة بالاحتیاج الی اللفظ من هذه العبارة.

و وجه الاشعار ان قوله «جعله جملة واحدة» الاشکال فیما اذا لم یجعله جملة واحدة، مع ان القصد و التعاطی حاصلان، اذ لو کفی التعاطی لم یضر هذه العبارة «ای: ده دوازده» حتی حین العقد بعد حصول التعاطی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۷

و فی صحیحة ابن سنان: لا- بأس بان تبیع الرجل المتاع لیس عندک تساومه ثم تشتری له نحو الّذی طلب ثم توجبه علی نفسک ثم تبیعه منه بعد.

و ینبغی التنبیه علی امور:

الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم– على القول بافادتها الملک– بیع

بل الظاهر من کلام المحقق الثانی فی جامع المقاصد انه مما لا کلام فیه حتی عند

(و فی صحیحة ابن سنان: لا بأس بان تبیع الرجل المتاع) فی حالکونه (لیس عندک) بان (تساومه) ای تقاوله و تراوضه (ثم تشتری له نحو الّذی طلب) مما قاولت معه (ثم توجبه علی نفسک) ای تشتریه (ثم تبیعه منه بعد) ای بعد ان اشتریته لنفسک.

و وجه الاستظهار من هذه الروایة، باحتیاج العقد الی اللفظ، انه لو کان المراد المعاطاة، لم یکن وجه لقوله «ثم تبیعه» اذ التعاطی قبل الاشتراء غیر ممکن فان السلعة بید مالکها فالمراد ان اللفظ المحتاج إلیه فی العقد لا یصح ان یقع قبل اشتراء الوسیط، و انما تصح المقاولة، فاذا اشتری جاء باللفظ للعقد.

(و) اذ تم مبحث المعاطاة، و انما بقی انها هل تفید الملک اللازم، او الملک المتزلزل، او الاباحة المجردة، او لا تفید شیئا ف (ینبغی التنبیه علی امور) ملحقة بهذا المبحث:

(الاول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم) بتصرف احد الطرفین فیما انتقل إلیه (– علی القول بافادتها الملک–) فی مقابل القول بافادتها الاباحة (بیع) خبر «ان» (بل الظاهر من کلام المحقق الثانی فی جامع المقاصد انه) ای کونها قبل اللزوم بیعا (مما لا کلام فیه حتی عند

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۸

القائلین بکونها فاسدة کالعلامة فی النهایة.

و دل علی ذلک تمسکهم بقوله تعالی: احل الله البیع.

و اما علی القول بافادتها للاباحة فالظاهر انها بیع عرفی لم تؤثر شرعا الا الاباحة، فنفی البیع عنها فی کلامهم و معاقد اجماعهم هو البیع المفید شرعا للزوم زیادة علی الملک.

هذا علی ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطیین فی المعاطاة التملیک و البیع و اما علی ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل

القائلین بکونها) معاملة (فاسدة کالعلامة فی النهایة) و ستأتی فائدة کونها بیعا أو لا.

(و دل علی ذلک) ای کونها بیعا (تمسکهم) للمعاطاة (بقوله تعالی:

احل الله البیع) اذ لو لم تکن بیعا– عندهم– لم یکن للآیة ربط بها.

(و اما علی القول بافادتها للاباحة فالظاهر انها) ای المعاطاة (بیع عرفی) لا شرعی (لم تؤثر شرعا الا الاباحة، فنفی البیع عنها) بقولهم: انها لیست بیعا (فی کلامهم و معاقد اجماعهم هو البیع المفید شرعا للزوم زیادة علی الملک) یعنی مرادهم انها لیست بیعا مملکا مفیدا للزوم اما لانه بیع مملک متزلزل، و اما لانه بیع لم یفد الا الاباحة.

(هذا) ای کونه بیعا علی کل تقدیر سواء افاد الملک المستقر او المتزلزل او صرف الاباحة (علی ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطیین فی المعاطاة التملیک و البیع) کما هو الظاهر من کلمات الفقهاء، و علیه جرت السیرة فی قبال قول الجواهر الّذی نزل کلامهم علی صورة ما ارادا الاباحة.

(و اما علی ما احتمله بعضهم) کالجواهر (بل استظهره من ان محل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۲۹

الکلام هو ما اذا قصدا مجرد الاباحة فلا اشکال فی عدم کونها بیعا عرفا و لا شرعا.

و علی هذا فلا بد عند الشک فی اعتبار شرط فیها من الرجوع الی الادلة الدالة علی صحة هذه الاباحة العوضیة من خصوص او عموم.

و حیث ان المناسب لهذا القول التمسک فی مشروعیته

الکلام هو ما ذا قصدا) ای المتعاطیان (مجرد الاباحة فلا اشکال فی عدم کونها) ای المعاطاة (بیعا) لا (عرفا و لا شرعا) لأن المتعاطیین لم یقصدا البیع و لم یدل دلیل علی ان الشارع جعل هذا التعاطی بیعا علی خلاف رغبة المتعاطیین و قصدهم.

(و علی هـذا) الّذی ذکره من کون الکلام فیما اذا قصدا الاباحة- لا الملک- (فلا بد عند الشک فی اعتبار شـرط فیها) ای فی المعاطاة المقصود بها الاباحـة- کما اذا شـککنا فی ان المعاطاة المفیـدة للاباحة تشترط بتقدیم اعطاء المثمن علی اعطاء الثمن او تشترط بتعدد المعطی و القابل أم یکفی وکالـة شـخص عنها- مثلا- بمعنی انا شـککنا فی انه اذا فقدت المعاطاة هذا الشـرط هل تنفع فی الاباحة أم لا؟ (من الرجوع الی الادلـة الدالة علی صـحة هذه الاباحة العوضیة من خصوص او عموم) فاذا کان الدلیل عاما یشـمل ذات الشـرط- المشکوک فیه- و غیر ذات الشـرط، نقول بصـحة المعاطاة، العوضیة الفائدة لذلک الشرط، و اذا کان الدلیل خاصا لا یشمل الا ذات، الشرط، و لو من جهة اجمال فی الدلیل، نقول بعدم الاباحة اذا کانت المعاطاة بدون ذلک الشرط المشکوک فیه.

(و حیث ان المناسب لهـذا القول) الّـذی یقول بان کلام الفقهاء فی المعاطاة المراد بها الاباحة (التمسک فی مشـروعیته) ای مشـروعیة التعاطی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۰

بعموم «النـاس مسـلطون علی اموالهم» کـان مقتضـی القاعـدة هو نفی شـرطیة غیر ما ثبت شـرطیته کما انه لو تمسک لها بالسـیرة، کان مقتضی القاعدة العکس

و الحاصل ان المرجع علی هذا عند الشک فی شروطها هی ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت فی البیع أم لا.

و اما علی المختار من ان الکلام فیما قصد به البیع هل یشترط فیه شروط البیع مطلقا أم لا

العوضـی المفید للاباحة (بعموم «الناس مسـلطون علی اموالهم» کان مقتضـی القاعدة هو نفی شـرطیة غیر ما ثبت شـرطیته) فکل شـرط شـک فیه، کان الاصل عـدمه، لان «الناس مسـلطون» عام یشـمل الفاقـد للشـرط (کما انه لو تمسک لها) ای للمشـروعیة (بالسـیرة کان مقتضـی القاعـدة العکس) و انه یجب مراعـاة کـل شـرط شـک فی اعتباره، لانه لا عموم للسـیرة، فانه دلیل لبّی فاللازم الاخـذ بالقـدر المتیقن، و هو المعاطاة الواجدة لجمیع الشرائط المتیقنة و المشکوکة.

(و الحاصل ان المرجع علی هذا) الّذی ذکره الجواهر، من کون الکلام فی المعاطاة المقصود بها الاباحة (عند الشک فی شـروطها) ای شروط المعاطاة (هی ادلة هذه المعاطاة) الموجبة للاباحة، و المقصود بها الاباحة (سواء اعتبرت) تلک الشرائط المشکوکة (فی البیع أم لا) اذ لیست هذه المعاطاة- علی هذا القول- بیعا حتی یأتی فیها الشرائط المعتبرة فی البیع.

(و اما علی المختار) عنـدنا (من ان الکلام فیما قصـد به البیع) من جانب المتعاقدین ف (هل یشترط فیه شـروط البیع) باسـتثناء الصـیغة فقط (أم لا)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۱

کذلک أم یبتنی علی القول بافادتها للملک و القول بعدم افادتها الا الاباحة وجوه.

یشهد للاول کونها بیعا عرفا فیشترط فیها جمیع ما دل علی اشتراطه فی البیع.

و یؤیـده ان محـل النزاع بین العامـة و الخاصـة فی المعاطاة: هو ان الصـیغة معتبرة فی البیع کسائر الشـرائط أم لا کما یفصـح عنه عنوان المسألة فی کتب کثیر من العامة و الخاصة فما انتفی فیه غیر الصیغة من شروط البیع خارج عن هذا العنوان و ان فرض

یشترط فیه شروط البیع (کذلک) مطلقا (أم یبتنی علی القول بافادتها للملک) فیشترط فیه شروط البیع (و القول بعدم افادتها الّا الاباحة) فلا یشترط بشروط البیع (وجوه) و احتمالات.

(یشهد للاول) الّذی هو الاشتراط مطلقا (کونها بیعا عرفا فیشترط فیها جمیع ما دل علی اشتراطه فی البیع) ای یتأتی فیه کل ما دل- و انما فسرنا «یشترط» ب «یتأتی» لان «یشترط» انما یتعلق ب «الشرط» لا ب «ما دل» و لو قال: «فیشترط فیها جمیع ما اشترط فی البیع» کان اوجه.

(و یؤیده) ای الاشتراط (ان محل النزاع بین العامة و الخاصة فی المعاطاة: هو ان الصیغة معتبرة فی البیع کسائر الشرائط) المعتبرة فیه (أم لا) یعتبر الصیغة (کما یفصح عنه) ای یدل علی کون النزاع فی الجامع للشرائط- باستثناء الصیغة- (عنوان المسألة فی کتب کثیر من العامة و الخاصة) بهذا العنوان الّذی ذکرناه، و علی هذا (فما) ای فالبیع الّذی (انتفی فیه غیر الصیغة من شروط البیع خارج عن هذا العنوان و ان فرض،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۲

مشارکا له فی الحکم و لذا ادعی فی الحدائق ان المشهور بین القائلین بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذکورة اذا استکمل شروط البیع غیر الصیغة المخصوصة و انها تفید إباحة تصرف کل منهما فیما صار إلیه من العوض و مقابل المشهور فی کلامه قول العلامة رحمه الله فی النهایة بفساد المعاطاة کما صرح به بعد ذلک فلا یکون کلامه موهما لثبوت الخلاف فی اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البیع.

مشارکا له) ای لهذا العنوان- الّذی هو تجمع سائر الشرائط- باستثناء الصیغة- (فی الحکم) بان یقال: «ما انتفی فیه الشروط» و «ما کان واجد للشروط باستثناء الصیغة» کلاهما یفید الاباحة، او الملک المتزلزل (و لذا) الّذی ذکرناه من لزوم اشتمال المعاطاة علی جمیع الشروط باستثناء الصیغة (ادعی فی الحدائق ان المشهور بین القائلین بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذکورة) ای التی لا تفید اللزوم- فلیس معنی قولهم:

«بعدم اللزوم» عدم الصحة راسا (اذا استکمل شروط البیع غیر الصیغة المخصوصة و انها) ای المعاطاة (تفید) عند استکمال الشرائط (إباحة تصرف کل منهما فیما صار إلیه من العوض) فان عبارته نص فی ان کلامهم فی الجامع للشرائط.

(و مقابل المشهور فی کلامه) ای کلام الحدائق (قوله العلامة رحمه الله فی النهایة بفساد المعاطاة- کما صرح به) ای صرح الحدائق بان قول العلامة مقابل المشهور (بعد ذلک) الکلام المتقدم منه (فلا یکون کلامه موهما لثبوت الخلاف فی اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البیع)، یعنی ان قول الحدائق: «المشهور کذا» یرید به مقابل قول العلامة الّذی یقول بالفساد، حتی مع استجماع الشرائط، لا مقابل انه «فی اشتراط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۳

و یشهد للثانی ان البیع فی النص و الفتوی ظاهر فیما حکم فیه باللزوم و ثبت له الخیار فی قولهم البیعان بالخیار ما لم یفترقا و نحوه. اما علی القول بالإباحة فواضح، لان المعاطاة لیست علی هذا القول بیعا فی نظر الشارع و المتشرعة، اذ لا نقل فیها عند الشارع.

المعاطاة بالشروط خلاف» حتی یکون هناک من یقول بالصحة و لو بدون الشرائط.

(و یشهد للثانی) ای عدم اشتراط المعاطاة بشروط البیع (ان البیع فی النص و الفتوی ظاهر فیما حکم فیه باللزوم و ثبت له) ای لمباشر البیع (الخیار) ما دام فی المجلس (فی قولهم البیعان بالخیار ما لم یفترقا و نحوه) ای نحو هذا الحدیث مما دل علی الخیار للعیب و نحوه، و من المعلوم ان المعاطاة لیست کذلک لانها- اما غیر مفیدة للملک اصلا- علی قول من یقول بالإباحة- و اما غیر لازمة- علی

قول من یقول بالملک المتزلزل- و علیه فالشروط المذکورة للبیع لا ربط لها بالمعاطاة، لان المعاطاة لیست بیعا.

و ان شئت قلت: ان البیع ما فیه لزوم او خیار، و المعاطاة لیس فیه لزوم و لا خیار، لانها علی الاباحة لا ملک فکیف باللزوم و علی الملک فهو متزلزلة من اصلها لا ان الخیار اوجب تزلزلها.

(اما) کون المعاطاة لیست بیعا- حتی یأتی فیها شروط البیع- (علی القول بالإباحة فواضح، لان المعاطاة لیست علی هذا القول بیعا فی نظر الشارع و المتشرعة، اذ لا نقل فیها) ای فی المعاطاة، فانها علی الاباحة لا توجب نقل العین- و النقل من مقومات البیع- (عند الشارع و المتشرعة) تتبع للشارع و ان شئت قلت: البیع یوجب النقل و المعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۴

فاذا ثبت اطلاق الشارع علیه فنحمله علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف لاشتماله علی النقل فی نظرهم و قد تقدم سابقا فی تصحیح دعوی الاجماع علی عدم کون المعاطاة بیعا بیان ذلک.

و اما علی القول بالملک فلأنّ المطلق ینصرف الی الفرد المحکوم باللزوم فی قولهم البیعان بالخیار و قولهم: ان الاصل فی البیع اللزوم و الخیار انما ثبت لدلیل

و ان البیع بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم: البیع هو العقد الدال علی کذا و نحو کذلک.

لا توجب النقل» فالمعاطاة لیست ببیع (فاذا ثبت اطلاق الشارع) لفظ البیع (علیه) ای علی التعاطی (فنحمله علی الجری) ای جری الشارع فی کلامه (علی ما هو بیع باعتقاد العرف لاشتماله) ای التعاطی (علی النقل فی نظرهم) فالشارع اطلق لفظ البیع علیه جریا علی اصطلاح العرف لا انه بیع بنظره (و قد تقدم سابقا فی تصحیح دعوی الاجماع علی عدم کون المعاطاة بیعا بیان ذلک) ای بیان ان المراد من البیع فی کلام المشرعة حیث ینفون البیع عن المعاطاة هو البیع الصحیح المحکوم علیه باللزوم.

(و اما علی القول بالملک) ای بان المعاطاة تفید الملک (فلأنّ المطلق) ای اذا اطلق «البیع» (ینصرف الی الفرد المحکوم باللزوم فی قولهم البیعان بالخیار) «فی» متعلق ب «المطلق» (و قولهم: ان الاصل فی البیع اللزوم، و الخیار انما ثبت لدلیل) قوله: «و الخیار» مبتدأ خبره «انما ثبت» و هذا من تتمة «قولهم» فان المشهور یقولون: ان الاصل فی کل بیع ان یکون لازما فاذا قام الدلیل علی الخیار قلنا به و الا کان الاصل عدم الخیار.

(و) قولهم (ان البیع بقول مطلق من العقود اللازمة) «بقول مطلق» یراد به فی مقابل «البیع المقید» بخیار و نحوه (و قولهم: البیع هو العقد الدال علی کذا و نحو ذلک) من عبائرهم التی ذکروا فیها لفظ «البیع»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۵

و بالجملة فلا یبقی للمتأمل شک فی ان اطلاق البیع فی النص و الفتوی یراد به ما لا یجوز فسخه، الا بفسخ عقده بخیار أو بتقایل.

و وجه الثالث ما تقدم للثانی علی القول بالإباحة من سلب البیع عنه و للاول علی القول بالملک من صدق البیع علیه حینئذ و ان لم یکن لازما.

و یمکن الفرق بین الشرط الّذی ثبت اعتباره فی البیع من النص فیحمل

و الحاصل ان «المعاطاة لا تفید اللزوم» و «البیع لازم» فلا یشترط فی المعاطاة شروط البیع لانها غیره.

(و بالجملة فلا یبقی للمتأمل شک فی ان اطلاق) لفظ (البیع فی النص و الفتوی یراد به ما لا یجوز فسخه، الا بفسخ عقده بخیار او بتقایل) و المعاطاة لیست کذلک، اذ قد عرفت انها تفید الملک المتزلزل، فلیست المعاطاة بیعا حتی تکون مشروطة فیها بشروط البیع.

(و وجه الثالث) و هو التفصیل بین القول بافادة المعاطاة للملک فیشترط فیها شروط البیع و بین افادتها للاباحة فلا یشترط فیها شروط

البیع (ما تقدم للثانی) ای فی وجه القول الثانی (علی القول بالإباحة من سلب البیع عنه) ای عما افاد الاباحة، و اذ لم تکن المعاطاة المفیدة للاباحة بیعا لم تکن مشروطه بشروط البیع (و للاول) ای فی وجه القول الاول (علی القول بالملک من صدق البیع علیه حینئذ) ای حین کانت مفیدة للملک و اذا صدق البیع علی المعاطاة کانت مشروطة بشروط البیع (و ان لم یکن) هذا التعاطی المفید للملک (لازما) بل افاد ملکا متزلزلا.

(و یمکن الفرق بین الشرط الّذی ثبت اعتباره فی البیع من النص) متعلق ب «ثبت» ای کان الشارع اعتبره بالنص علیه (فیحمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۶

علی البیع العرفی و ان لم یفد عند الشارع الا الاباحة، و بین ما ثبت بالاجماع علی اعتباره فی البیع بناء علی انصراف البیع فی کلمات المجمعین الی العقد اللازم.

و الاحتمال الاول لا یخلو عن قوة، لکونها بیعا ظاهرا علی القول بالملک کما عرفت عن جامع المقاصد.

و اما علی القول بالإباحة فلانها لم یثبت الا فی المعاملة الفائدة للصیغة فقط فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أیضا.

ثم

علی البیع العرفی) فاذا حدث البیع العرفی، کان محلا لذلک الشرط فیعتبر مثل ذلک فی المعاطاة لصدق البیع العرفی علیها (و ان لم یفد) ذلک البیع العرفی (عند الشارع الا الاباحة، و بین ما ثبت بالاجماع علی اعتباره) بان دل الاجماع علی ذلک الشرط (فی البیع) فانه لا- یشترط فی المعاطاة- بناء علی القول بانها لا- تفید الملک اللازم- (بناء علی انصراف البیع فی کلمات المجمعین الی العقد اللازم) فاذا لم تکن المعاطاة توجب اللزوم لم یکن ذلک الشرط معتبرا فیها.

(و الاحتمال الاول) و هو انه یشترط فی المعاطاة جمیع شروط البیع (لا یخلو عن قوة، لکونها بیعا ظاهرا علی القول بالملک کما عرفت عن جامع المقاصد) حیث قال بافادة المعاطاة الملک المتزلزل.

(و اما علی القول بالإباحة فلانها) ای الاباحة (لم یثبت الا فی المعاملة الفاقدة للصیغة فقط) دون الفاقدة لسائر شرائط البیع (فلا تشمل الاباحة المعاطاة (الفاقدة للشرط الآخر) غیر الصیغة (أیضا) علاوة علی فقدها للصیغة.

(ثم) یظهر من بعض الفقهاء اعتبار وجود سائر الشرائط فی المعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۷

انه حکی عن الشهید ره فی حواشیه علی القواعد انه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی الا بعد تلف العین یعنی العین الاخری- ذکر انه یجوز ان یکون الثمن و المثمن فی المعاطاة مجهولین لانها لیست عقدا و کذا جهالة الاجل و انه لو اشتری امة بالمعاطاة لم یجز له نکاحها قبل تلف الثمن انتهی و حکی عنه فی باب الصرف أیضا انه لا یعتبر التقابض فی المجلس فی معاطاة النقدین.

اقول: حکمه- قدس سره- بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الصدقات الواجبة و عدم جواز نکاح المأخوذ بها صریح فی عدم افادتها للملک، الا ان حکمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذکورة للبیع و الصرف

ف (انه حکی عن الشهید ره فی حواشیه علی القواعد انه- بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی) لان هذه الامور لا تکون الا فی الملک (الا بعد تلف العین، یعنی العین الاخری) المقابلة لهذا الشیء الّذی یراد اعطائه خمسا او زکاة او هدیا (- ذکرانه یجوز ان یکون الثمن و المثمن فی المعاطاة مجهولین لانها) ای المعاطاة، (لیست عقدا) و الجهالة انما تضر العقد، دون غیر العقد (و کذا جهالة الاجل) و المدة فی النسیئة و السلف مثلا (، و انه لو اشتری امة بالمعاطاة لم یجز له نکاحها قبل

تلف الثمن) لانه لا وطی الا فی ملک (انتهی. و حکی عنه فی باب الصرف أیضا: انه لا یعتبر التقابض فی المجلس فی معاطاة النقدین) مع ان التقابض شرط فی النقدین اذا کان عقدا.

(اقول: حکمه- قدس سره- بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الصدقات الواجبة و عدم جواز نکاح) ای وطی (المأخوذ بها) ای بالمعاطاة (صریح فی) ان رأیه (عدم افادتها للملک، الا ان حکمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذکورة للبیع و الصرف) من المعلومیة و القبض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۸

معلّلا بان المعاطاة لیست عقدا یحتمل ان یکون باعتبار عدم الملک حیث ان المفید للملک منحصر فی العقد و ان یکون باعتبار عدم اللزوم حیث ان الشرائط المذکورة شرائط للبیع العقدی اللازم.

و الاقوی اعتبارها و ان قلنا بالإباحة لانها بیع عرفی و ان لم یفد شرعا الاباحة و مورد الادلة الدالة علی اعتبار تلک الشروط هو البیع العرفی لا خصوص العقدی بل تقییدها بالبیع العقدی تقیید بغیر الغالب و لما عرفت من ان الاصل فی المعاطاة بعد القول بعدم الملک الفساد و عدم تاثیرها شیئا

فی المجلس، (معلّلا بان المعاطاة لیست عقدا یحتمل ان یکون) هذا التعلیل (باعتبار عدم الملک) اصلا (حیث ان المفید للملک) فی نظره (منحصر فی العقد و ان یکون باعتبار عدم اللزوم) و ان افادت المعاطاة الملک (حیث ان الشرائط المذکورة) المعلومیة و القبض (شرائط للبیع العقدی اللازم) و حیث ان المعاطاة لا تفید اللزوم لا تشترط بهذه الشروط.

(و) لکن (الاقوی اعتبارها) ای الشروط المذکورة (و ان قلنا بالإباحة لانها بیع عرفی و ان لم یفد شرعا الا الاباحة و) ان قلت: اذا لم تکن بیعا عند الشارع فکیف تقولون باعتبار الشرائط فیها؟ قلت: (مورد الادلة الدالة علی اعتبار تلک الشروط هو البیع العرفی لا خصوص) البیع (العقدی) و ذلک لان موضوعات الاحکام منزلة منزلة العرفی، الا اذا دل الدلیل علی تصرف الشارع فی الموضوع زیادة او نقیصة (بل تقییدها) ای تقیید تلک الشروط (بالبیع العقدی تقیید بغیر الغالب،) و اللفظ انما یحمل علی الغالب (و لما عرفت) هذا عطف علی قوله «لانها بیع عرفی» و علة ثانیة لاحتیاج المعاطاة الی الشروط (من ان الاصل فی المعاطاة بعد القول بعدم الملک الفساد، و عدم تاثیره شیئا،) اصلا حتی الاباحة، لانهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۳۹

خرج ما هو محل الخلاف بین العلماء، من حیث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصیغة و بقی الباقی.

و بما ذکرنا یظهر وجه تحریم الربا فیها أیضا و ان خصصنا الحکم بالبیع بل الظاهر التحریم حتی عند من لا یراها مفیدة للملک لانها معاوضة عرفیة و ان لم یفد الملک بل معاوضة شرعیة کما اعترف بها الشهید رحمه الله فی موضع من الحواشی، حیث قال: ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهی.

نویا الملک، فاذا لم یقع ما قصدا، کیف یقع ما لم یقصدا (خرج) من اصل الفساد (ما هو محل الخلاف بین العلماء، من حیث اللزوم و العدم) ای، ان المعاطاة التی اختلفوا فیها فی انها تفید اللزوم أم لا خرجت عن اصل الفساد (و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصیغة) فان اصل الفساد لا یشمل هذه المعاطاة (و بقی الباقی) و هی المعاطاة الفاقدة للشروط فانها باقیة علی اصالة الفساد.

(و بما ذکرنا) من ان المعاطاة بیع عرفی (یظهر وجه تحریم الربا فیها أیضا و ان خصصنا الحکم) بالتحریم للربا (بالبیع) لما عرفت من ان المعاطاة بیع و قوله «و ان» وصلیة (بل الظاهر التحریم) للربا فی المعاطاة (حتی عند من لا یراها) ای المعاطاة (مفیدة للملک) و وجه التحریم حتی علی الاباحة (لانها معاوضة عرفیة و ان لم یفد الملک) فما دل علی حرمة الربا فی المعاوضة شامل لها (بل معاوضة

شرعیة کما اعترف بها) ای بکونها معاوضة شرعیة (الشهید رحمه الله فی موضع من الحواشی، حیث قال: ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهی.) فیشملها قوله سبحانه «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۰

و اما حکم جریان الخیار فیها قبل اللزوم فیمکن نفیه علی المشهور لانها جائزة عندهم فلا معنی للخیار و ان قلنا بافادة الملک فیمکن القول بثبوت الخیار فیه مطلقا بناء علی صیرورتها بیعا بعد اللزوم کما سیأتی، عند تعرض الملزمات فالخیار موجود من زمان المعاطاة الّا ان اثره یظهر بعد اللزوم

اللهم الا ان یقال: ان الظاهر من الآیة بقرینة المقابلة کون الربا المحرم فی المعاملة المعهودة.

(و اما حکم جریان الخیار فیها) ای فی المعاطاة بناء علی انها تفید الاباحة او الملک المتزلزل (قبل اللزوم) بتلف الطرف الاخر کما لو اعطی دینارا و اخذ سلعة، ثم اتلف ذلک الطرف الدینار، فانه یلزم التعاطی، و حینئذ لا بائس بالقول بجریان الخیار فی السلعة اذا ظهرت معیبة- مثلا-، لان المعاطاة بتلف الدینار صارت لازمة- و اما قبل تلف الدینار فلا معنی لجریان الخیار اذ التعاطی جائز (فیمکن نفیه) ای الخیار (علی المشهور) القائلین بافادة المعاطاة الإباحة (، لأنها جائزة عندهم فلا معنی للخیار و إن قلنا بإفادة) المعاطاة (الملک فیمکن القول بثبوت الخیار فیه مطلقا) سواء افادت الملک المستقر او المتزلزل اما الملک المستقر فواضح و اما المتزلزل (بناء علی صیرورتها) ای المعاطات (بیعا بعد اللزوم کما سیأتی، عند تعرض، الملزمات) للمعاطاة (ف) ان قلت: کیف و لا معنی للخیار و الملک متزلزل بنفسه؟ قلت: (الخیار موجود من زمان المعاطاة الّا ان اثره یظهر بعد اللزوم) فان من الممکن ان یکون موضع شیء مقدما علی اثره کما فی خیار الشرط الّذی یشترط اذا لم یعطه المال رأس السنة کان له الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۱

و علی هذا فیصح اسقاطه و المصالحة علیه قبل اللزوم، و یحتمل ان یفصل بین الخیارات المختصة بالبیع فلا تجری لاختصاص ادلتها بما وضع علی اللزوم من غیر جهة الخیار و بین غیرها کخیار الغبن و العیب بالنسبة الی الرد دون الارش فتجری لعموم ادلتها.

و اما حکم الخیار بعد اللزوم

(و علی هذا) ای وجود الخیار من اوّل وقت المعاطاة (فیصح اسقاطه و المصالحة علیه قبل اللزوم) لانه حق و الحق قابل للاسقاط کما هو قابل للمصالحة (و یحتمل ان یفصّل) فی مسئلة جریان الخیار فی المعاطاة، (بین الخیارات المختصة بالبیع) کخیار المجلس (فلا تجری لاختصاص ادلتها بما وضع علی اللزوم من غیر جهة الخیار) اذ المنصرف من دلیل الخیار انه انما جعل لاجل تمکن ذی الخیار من التخلص عن البیع اللازم، فاذا قلنا بان المعاطاة لیست لازمة فلا مساغ للخیار فیها (و بین غیرها) ای سائر الخیارات التی تجری فی البیع و غیر البیع (کخیار الغبن و العیب بالنسبة الی الرد دون الارش) اذ الارش خلاف الاصل فیقتصر فیه علی موضع الیقین و هو البیع.

و انما کان الارش خلاف الاصل لان المتعاملین انما اجریا البیع بان یکون المثمن الحاصل مقابل للثمن الخاص فاسترداد بعض الثمن مع بقاء المثمن من قبیل الجمع بین العوض و المعوّض لکن لا یخفی ما فی هذا الکلام فان عکسه و هو بقاء کل الثمن لدی البائع مع ان الجنس لا یسوی الا ببعضه کل للمال بالباطل و محل الکلام باب الخیارات (فتجری) هذه الخیارات التی لا تخص البیع (لعموم ادلتها) فتشمل المعاطاة أیضا.

(و اما حکم الخیار بعد اللزوم) للمعاطاة بتلف احد الطرفین- مثلا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۲

فسیأتی بعد ذکر الملزمات.

الأمر الثانی أن المتیقن من مورد المعاطاة و هو حصول التعاطی فعلا من الطرفین

فالملک او الاباحة فی کل منهما بالاعطاء فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم یحصل ما یوجب إباحة الآخر او ملکیته فلا یتحقق المعاوضة و لا الاباحة رأسا لان کلا منهما ملک او مباح فی مقابل ملکه الاخر او اباحته الا ان الظاهر من جماعة من متأخری المتأخرین- تبعا للشهید فی الدروس جعله من المعاطاة و لا ریب انه لا یصدق معنی المعاطاة لکن هذا لا یقدح

(فسیأتی بعد ذکر الملزمات) للمعاطاة.

(الثانی ان المتیقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطی فعلا من الطرفین) بان یعطی هذه السلعة و یعطی ذاک الثمن (فالملک او الاباحة) علی الاختلاف فیما توجبه المعاطاة (فی کل منهما) ای الطرفین (بالاعطاء) الفعلی (فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم یحصل ما یوجب إباحة الآخر او ملکیته) بان لم یعط الآخذ فی مقابل ما اخذه کما لو اخذ المشتری السلعة من الدکان و لم یعط الثمن- مثلا- و قوله «ملکیته» من المصدر المضاف الی المفعول ای «مملوکیته» (فلا یتحقق المعاوضة) المملکة بین الجانبین (و لا الاباحة رأسا) ای اصلا (لان کلا منهما) ای من العوض و المعوض (ملک او مباح فی مقابل ملکه الاخر او اباحته) فللبائع الثمن فی مقابل کون المشتری یملک او یباح له المثمن فاذا لم یحصل احد الطرفین لم یحصل الطرف الاخر، هذا هو مقتضی المعاطاة (الا ان الظاهر من جماعة من متأخری المتأخرین- تبعا للشهید) الاول (فی الدروس جعله من المعاطاة) ای جعل ما یکون الاعطاء من طرف جانب واحد فقط (و) اقول:

(لا ریب انه لا یصدق معنی المعاطاة) اذ المعاطاة مصدر باب المفاعلة و هذا الباب لا یصدق المعاطاة لغة علی اعطاء طرف واحد فقط (لا یقدح فی جریان حکمها) ای المعاطاة (علیه) ای علی اعطاء طرف واحد فقط،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۳

فی جریان حکمها علیه بناء علی عموم الحکم لکل بیع فعلی فیکون اقباض احد العوضین من مالکه تملیکا له بعوض او مبیحا له به و اخذ الاخر له تملکا بالعوض او إباحة له بإزائه فلو کان المعطی هو الثمن کان دفعه- علی القول بالملک و البیع اشتراء و اخذه بیعا للمثمن به فیحصل الایجاب و القبول الفعلیان بفعل واحد فی زمان واحد

(فی جریان حکمها) ای المعاطاة (علیه) ای علی اعطاء طرف واحد دون الطرف الاخر (بناء علی عموم الحکم) ای حکم المعاطاة- من ملک او إباحة (لکل بیع فعلی) فی مقابل البیع القولی (فیکون اقباض احد العوضین من مالکه) او وکیله- مثلا- (تملیکا له) ای لاحد العوضین (بعوض او مبیحا) ذلک المالک (له) ای لاحد العوضین (به) ای بالعوض الاخر (و اخذ الاخر له) کاعطاء البائع و اخذ المشتری (تملیکا له) ای لاحد العوضین (بالعوض) الاخر (او إباحة له) ای یأخذ بعنوان انه مباح له (بإزائه) ای بمقابل العوض.

ثم ان قوله «تملیکا» الخ خبر «فیکون» (و لیس حلالا)- کما لا یخفی (فلو کان المعطی) بصیغة المفعول (هو الثمن) کأن دفع المشتری الی البائع دینارا، و لم یأخذ السلعة (کان دفعه) من المشتری (- علی القول بالملک) ای بایجاب المعاطاة البیع (و البیع) ای علی القول بان المعاطاة بیع (اشتراء) خبر «کان» ای ان المشتری بهذا الدفع یکون شاریا للسلعة من البائع (و اخذه) ای اخذ البائع هذا للثمن (بیعا للمثمن به) ای بمقابل هذا الثمن (فیحصل الایجاب و القبول الفعلیان بفعل واحد) هو «الاخذ من البائع و الاعطاء من المشتری» (فی زمان واحد) فی مقابل ما اذا کان اعطاء للطرفین فانه یکون فی زمانین زمان الاخذ و زمان الاعطاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۴

ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة اذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين.

و اما على القول بالإباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها فى الاباحة.

اللهم الا ان يدعى السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقة

(ثم صحة هذا) النحو من المعاطاة ذات الطرف الواحد (على القول بكون المعاطاة بيعا مملّكا واضحة) كما تصح النسيئة و السلف مع ان الاعطاء يكون من جانب واحد- فيما اذا كان بالصيغة- كذلك تصحان فيما اذا كان الإعطاء من جانب واحد، بدون الصيغة (اذ يدل عليها) اى على المعاطاة- حينئذ- (ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين) مثل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ منتهى الامر ان احدهما مع اللفظ و الاخر بدون لفظ.

(و اما) الصحة (على القول بالإباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها) اى بالمعاطاة (لا دليل على تأثيرها فى الاباحة) فان دليل المعاطاة لا يشمل طرفا واحدا، و قد فرض عدم شمول ادلة الملك أيضا فلا دليل على صحة المعاطاة ذات الطرف الواحد.

(اللهم الا ان يدعى السيرة عليها) اى على المعاطاة ذات الطرف، الواحد (كقيامها) اى السيرة (على المعاطاة الحقيقية) فان المتعارف ان يذهب المشترى الى دكان الخباز ليأخذ خبزا بدون ان يعطيه الثمن او يعطى درهما ليرسل له الخبز مثلا و هكذا فى بعض الاجناس الاخر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۴۵

و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن و اخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضريات و نحوها.

و من هذا القبيل دخول الحمام و وضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته.

(و ربما يدعى انعقاد المعاطاة ب) بامر ليس فيه اخذ و اعطاء اصلا حتى من جانب واحد- كما لو كان (مجرد ايصال الثمن و اخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا) و لو من جانب واحد (فضلا عن) صدق (التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضريات و نحوها) فى مقابل بيع الدار و البستان و ما اشبه و كثير من المعاملات الغربية الآن تجرى على هذا النمط اذ يضع المال فى محل خاص فيخرج الحاجة التى يريدها، بل يصرف المحل المال و يرد البقية بسبب الكهرباء التلقائية المعبر عنها «بالاوتوماتيكية» بل من هذا القبيل اذا صار غير المحقرات أيضا كذلك كالدور التى تبنيها الشركات فاذا وضع الثمن فى مكان خاص خرج للطالب حجة الملك الى واضع المال- نعم لا سيرة عند المسلمين على ذلك-.

(و من هذا القبيل) و ان لم يكن من باب البيع (دخول الحمام و وضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته) او وضع المال فى محل معد للنداء التلفونى و ما اشبه ذلك مما هو الآن كثير جدا و يكون من قبيل الاجارة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۴۶

فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين او احدهما مع الرضا بالتصرف و يظهر ذلك من المحقق الاردبيلى أيضا فى مسألة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه إن شاء الله تعالى.

ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاة، امكن خلو المعاطاة من الاعطاء و الايصال رأسا فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال. و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك.

(فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين او احدهما) و الوصول لا يلزم ان يكون الى الطرف بل الى جهته كدكّانه و ما اشبه كما عرفت فى الامثلة المتقدمة.

(و يظهر ذلک) اى انه يکفى وصول احد الطرفين فى صدق المعاطاة، (من المحقق الاردبيلى أيضا فى مسئلة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلک فى مقامه إن شاء الله تعالى).

(ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر) شرعا كصورة تقديم القبول على الايجاب او اللفظ غير العربى- اذا شرطنا العربية- (فى العقد) اى فى عقد البيع (كالفعل) اى التعاطى (فى انعقاد المعاطاة امكن خلو المعاطاة من الاعطاء و الايصال راسا) بان يكون هناك لفظ مجرد بدون كونه جامعا لشرائط العقد، حتى يكون بيعا بالصيغة، و لا كونه اعطاء او ايصالا حتى يكون معاطاة فعلية، (ف) مثلا (يتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال) للمال (و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملک) اى افادة المعاطاة للملک و ليس هذا من بيع الكالى بالكالى الباطل اذ هو فيما اذا كان السلعة و المال نسيئة و هذا نقد منتهى الامر لم يسلم الطرفان فى المجلس.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۴۷

و اما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا آكد

الثالث: تميز البائع من المشترى فى المعاطاة الفعلية

مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة واضح فان صاحب الثمن هو المشترى ما لم يصرح بالخلاف.

و اما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن فى العوضية فاذا اعطى الحنطة فى مقابل اللحم قاصدا ان

(و اما على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة فالاشكال المتقدم) فى قولنا «ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا» الخ (هنا آكد) لان فى السابق كان ايصال للمال و هنا لا ايصال اصلا (الثالث تميز البائع من المشترى فى المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة واضح) بخلاف، المعاملات القولية فانها لا تحتاج الى التميز بذلک بل التميز يقع باللفظ، فان البائع هو الّذى يقول: بعت و المشترى هو الّذى يقول اشتريت، او قبلت

اللهم الا اذا قلنا فيما اذا لم يقصدا البائعية و المشتريئية و صح ان يقول كل منهما بعت اذ البيع لغة و الشراء بمعنى واحد ثم انه انما نحتاج الى تميز البائع من المشترى لاجل بعض الخيارات كخيار الحيوان على المشهور من عدم جريانه بالنسبة الى البائع. و كيف كان (فان صاحب الثمن هو المشترى ما لم يصرح بالخلاف) كان يقول: بعتک الدينار بهذه الشاة فيقول صاحبها قبلت.

(و اما مع كون العوضين من غيرها) او كانا النقدين (فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن فى العوضية فاذا اعطى الحنطة فى مقابل اللحم قاصدا ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۴۸

هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم، فيصدق عرفا انه اشترى اللحم بالحنطة و اذا انعكس انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدينار و الدرهم هو الثمن، و صاحبه هو المشترى و لو لم يلاحظ الا كون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن فى العوضية او لوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلک المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدل على كون احدهما بالخصوص

هـذا المقدار من الحنطة یسوّی درهما هو ثمن اللحم، فیصدق عرفا انه اشتری اللحم بالحنطة) فیکون اللحم مثمنا و الحنطة ثمنا (و اذا انعکس) بان قصد ان هذا المقدار من اللحم یسوی درهما (انعکس الصدق) فیکون اللحم ثمنا، و کذا فیما اذا اعطی عشرة دراهم فی مقابل دینار فان قصد کون الدینار کالخبز- الّذی یسوی بعشرة دراهم- کان الدینار مثمنا، و ان قصد کون الدینار کذلک کان الدینار ثمنا (فیکون المدفوع بنیة البدلیة عن الدینار و الدرهم هو الثمن، و صاحبه هو المشتری) هذا فیما اذا قصدا البدلیة و لو لاحظ احدهما دون الاخر ففی کونه کالاول الّذی ذکرناه او کالآتی ای الّذی لم یلاحظ احدهما او کونه بالنسبة الی الملاحظ بیعا و شراء و بالنسبة الی غیر الملاحظ معاملة مستقلة احتمالات (و لو لم یلاحظ)- بصیغة المجهول- فی المعاطاة (الا کون احدهما بدلا عن الاخر من دون نیة قیام احدهما مقام الثمن فی العوضیة) فکان کل واحد منهما مثمنا- لانه مقتضی کونهما سلعة- (او لوحظ القیمة فی کلیهما بان لوحظ کون المقدار من اللحم بدرهم و ذلک المقدار من الحنطة بدرهم) أیضا (فتعاطیا) بعنوان مقابلة درهم بدرهم (من غیر سبق مقاولة تدل علی کون احدهما بالخصوص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۴۹

بائعا ففی کونه بیعا و شراء بالنسبة الی کل منهما بناء علی ان البیع لغة- کما عرفت- مبادلة مال بمال و الاشتراء ترک شیء و الاخذ بغیره- کما عن بعض اهل اللغة- فیصدق علی صاحب اللحم انه باعه بحنطة و انا اشتری الحنطة فیحنث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطة

نعم لا یترتب علیهما احکام البائع و المشتری، لانصرافهما فی ادلة تلک الاحکام الی من اختص بصفة البیع و الشراء فلا یعم من کان فی معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارین او کونه بیعا.

بائعا) و الاخر مشتریا (ففی کونه بیعا و شراء بالنسبة الی کل منهما) فکل واحد بائع باعتبار و مشتر باعتبار آخر (بناء علی ان البیع لغة- کما عرفت-) فی اوّل مبحث البیع (مبادلة مال بمال و الاشتراء ترک شیء و الاخذ بغیره- کما عن بعض اهل اللغة-) فیصدق هذان التعریفان علی کل من صاحب اللحم و صاحب الحنطة (فیصدق علی صاحب اللحم ان باعه بحنطة و انه اشتری الحنطة) باللحم (فیحنث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطة) لانه بائع و مشتر فی حال واحد بل تکون علیه کفارتان لو حلف مرتین مرة علی عدم بیع اللحم و مرة علی عدم شراء الحنطة.

(نعم لا- یترتب علیهما) ای صاحبی اللحم و الحنطة (احکام البائع و لا المشتری، لانصرافهما فی ادلة تلک الاحکام الی من اختص بصفة البیع و الشراء) بان کان بایعا فقط او مشتریا فقط، اما الاحکام الشاملة لهما کقوله علیه السلام: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و ما اشبه فیعمهما (فلا یعم) الاحکام الخاصة باحدهما (من کان فی معاملة واحدة مصداقا لهما) ای للبائع و المشتری (باعتبارین) فباعتبار انه معطی للحم بایع و باعتبار انه اخذ للحنطة مشتر (او کونه) عطف علی قوله «ففی کونه بیعا و شراء» (بیعا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۰

بالنسبة الی من یعطی أولا لصدق الموجب علیه و شراء بالنسبة الی الآخذ لکونه قابلا عرفا او کونها معاطاة مصالحة لانها بمعنی التسالم علی شیء و لذا حملوا الروایة الواردة فی قول احد الشرکین لصاحبه: لک ما عندک و لی ما عندی، علی الصلح او کونها معاوضة مستقلة لا یدخل تحت العناوین المتعارفة وجوه لا یخلو ثانیها عن قوة، لصدق تعریف البائع لغة و عرفا علی الدافع أوّلا دون الاخر و صدق المشتری علی الاخذ أوّلا دون الاخر فتدبر.

بالنسبة الی من یعطی أولا لصدق الموجب علیه) عرفا (و شراء بالنسبة الی الاخذ) أو لا (لکونه قابلا عرفا) فیما اذا اعطی احدهما أولا-

لا اذا تحقق الاخـذ و الاعطاء فی آن واحد- (او کونها معاطاة مصالحة) لا معاطاة بیع (لانها بمعنی التسالم علی شـیء و لذا) الّذی کان التصالـح بمعنی التسالم (حملوا الروایـة الواردة فی قول احـد الشـریکین لصاحبه: لک ما عنـدک و لی ما عندی، علی الصـلح) لا علی البیع (او کونها معاوضة مستقلة) جدیدة لا بیعا و لا صلحا (لا یدخل تحت العناوین المتعارفة) فیشمله قوله تعالی:

«أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ» او «تجـارة عن تراض منکم» (وجوه) أربعـة (لاـ یخلو ثانیها) ای کونه بیعا الی من یعطی أولا (عن قوة، لصـدق تعریف البائع لغة و عرفا علی الدافع أولا دون الاخر) الدافع ثانیا (و صدق المشتری علی الاخذ أولا دون الاخر فتدبر) بانه:

أولا لا یتحقق فی صورة المعاطاة العرفیة بان اعطی کل منهما فی آن اخذه من الاخر.

و ثانیا الصدق العرفی محل اشـکال بعد ان لم یکن احدهما ثمنا و لا قصدا ذلک لان الثمن یعطی أولا و ثانیا أ رأیت ان مشتری الخبز قد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۱

الرابع: أن أصل المعاطاة و هی إعطاء کل منهما الآخر ماله یتصور بحسب قصد المتعاطین علی وجوه:

أحدها: أن یقصد کل منهما تملیک ماله بمال الآخر

فیکون الاـخر فی اخـذه قابلاـ و متملکـا بـإزاء ما یـدفعه، فلا یکون فی دفعه العوض إنشاء تملیک بل دفع لما التزمه علی نفسه بإزاء ما تملکه فیکون الایجاب و القبول بـدفع العین الاولی و قبضـها فـدفع العین الثانیة خارج عن حقیقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه

یعطی الثمن أوّلا ثم یأخذ الخبز فدعوی الصدق العرفی فضلا عن الشرعی محل اشکال.

(الرابع: ان اصل المعاطاة و هی اعطاء کل منهما الاخر ماله یتصور بحسب قصد المتعاطین علی وجوه) تسعة، حاصلة من ضرب ابدال کل من التملیک و الاباحة و نفس العین بالآخر، مثلا قد یکون ابدال تملیک بتملیک او تملیک باباحة، او تملیک بعین، و کذلک قل بالنسبة الی الاباحة و نفس العین.

(احـدها: ان یقصـد کل منهما تملیک ماله بمال الاخر فیکون الاخر فی اخذه قابلا و متملکا بإزاء ما یدفعه، فلا یکون فی دفعه العوض إنشاء تملیک) جدید- بخلاف صورة کون التملیک فی مقابل التملیک- (بل دفع لما التزمه علی نفسه بإزاء ما تملکه فیکون الایجاب و القبول بدفع العین الاولی و قبضها) و علیه (فدفع العین الثانیة) من الشخص الاخر (خارج عن حقیقة المعاطاة ف) النتیجة انه (لو مات الآخذ) کعمرو (قبل دفع ماله) الّذی هو الدینار (مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه) ای وجه حصول المعاطاة بطرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۲

صحّحنا سابقـا عـدم توقف المعاطـاة علی قبض کلا العوضـین فیکون اطلاق المعاطاة علیه من حیث حصول المعاملة فیه بالعطاء دون القول لا من حیث کونها متقوّمة بالعطاء من الطرفین.

و مثله فی هذا الاطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المؤاجرة و غیرها.

و بهذا الاطلاق یستعمل المعاطاة فی الرهن و القرض و الهبة و ربما یستعمل فی المعاملة الحاصلة

واحد (صـحّحنا سابقا) فی الامر الثانی (عدم توقف المعاطاة علی قبض کلا العوضین) بل یکفی قبض احدهما (فیکون اطلاق المعاطاة علیه) مع ان المعاطـاة مصـدر بـاب المفاعلـة الظـاهرة فی کونهـا بین اثنین- کمـا تقـدم- (من حیث حصول المعاملـة فیه بالعطـاء دون)

حصول المعاملة ب (القول) و اللفظ (لا من حیث کونها متقوّمة بالعطاء من الطرفین) لانه لا طرفین فیها.

(و مثله) ای لفظ المعاطاة فی المقام (فی هذا الاطلاق) علی ما کان له جانب واحد (لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المؤاجرة و غیرها) حیث ان الموجود لفظ «الصلح» و «السقی» و «الزراعة» و «الاجارة» لا ان الامر من الطرفین، اذ احدهما موجب و الاخر قابل لا ان کل واحد منهما یفعل عین ما یفعله الاخر- کما فی المضاربة- فانه یضرب کل واحد منهما الاخر.

(و بهذا الاطلاق) ای وجود المبدأ العطائی لا- کون الامر من الطرفین (یستعمل المعاطاة فی الرهن و القرض و الهبة) فیقال «الرهن المعاطاتی» مثلا- مع انه لا- یعطی کل واحد منهما جنسه رهنا، بل الراهن متقدم بالرهن و القبول (و ربما یستعمل) لفظ المعاطاة (فی المعاملة الحاصلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۳

بالفعل و لو لم یکن عطاء و فی صحته تامل.

ثانیها: أن یقصد کل منهما تملیک الآخر ماله بإزاء تملیک ماله ایاه

فالمقابلة بین التملیکین لا الملکین و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفین فلو مات الثانی قبل الدفع لم یتحقق المعاطاة و هذا بعید عن معنی البیع و قریب الی الهبة المعوضة، لکون کل من المالین خالیا عن العوض لکن اجراء حکم الهبة المعوضة علیه مشکل، اذ لو لم یملکه الثانی هنا

بالفعل) کأن اخذ زید مال عمرو، و اخذ عمرو مال زید (و لو لم یکن عطاء) من المالک و الحاصل ان «المعاطاة» قد یصدق بدون «التعاطی» و قد یصدق بدون «العطاء» اصلا (و فی صحته تأمل) لانه لا إنشاء تملیک قولا و لا فعلا، اما قولا فواضح، و اما فعلا فلان المالک لم یعط شیئا و انما اخذ الطرف ماله.

(ثانیها: ان یقصد کل منهما تملیک الاخر ماله بإزاء تملیک) الاخر (ماله ایاه) فیملک محمدا داره علیا فی مقابل تملیک علی الف دینار لمحمد (فالمقابلة بین التملیکین لا- الملکین) ای الفعل یقع فی مقابل الفعل لا ان العین تقع فی مقابل العین (و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفین فلو مات الثانی قبل الدفع) و التملیک (لم یتحقق المعاطاة)- بمعناها اللغوی- اذ العطاء و التملیک صار من جانب واحد (و هذا) القسم ای المقابلة بین التملیکین (بعید عن معنی البیع) اذ المقابلة فی البیع بین العوضین، لا الفعلین (و قریب الی الهبة المعوضة، لکون کل من المالین خالیا عن العوض) قوله «لکون» علة لقوله «بعید»، (لکن اجراء حکم الهبة المعوضة علیه) أیضا (مشکل، اذ لو لم یملکه الثانی هنا) فی باب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۴

لم یتحقق التملیک من الاول لانه انما ملکه بإزاء تملیکه فما لم یتحقق تملیک الثانی لم یتحقق تملکه الا ان یکون تملیک الاخر له ملحوظا عند تملیک الاول علی نحو الداعی لا العوض فلا یقدح تخلفه.

فالاولی ان یقال: انها مصالحة و تسالم علی امر معین او معاوضة مستقلة

ثالثها: ان یقصد الأول إباحة ماله بعوض

التملیک (لم یتحقق التملیک من الاول) و الهبة المعوضة لیست کذلک اذ تتحقق الهبة و ان لم یتحقق العوض (لانه انما ملکه بإزاء تملیکه) فمحمد انما ملک علیا بإزاء ملک علی ایاه (فما لم یتحقق تملیک الثانی لم یتحقق تملکه) ای تملک الثانی لان التملیک فی

مقابل التملیک (الا ان یکون تملیک الاخر) کعلی (له) للاول کمحمد- فی المثال- (ملحوظا عند تملیک الاول) کمحمد (علی نحو الداعی لا- العوض) کما لو کان داعی محمد فی تملیک علی ان یملکه علی الف دینار بان کان تملیک محمد له بلا مقابل و حینئذ یمکن ان یقال: انه من قبیل الهبة المعوضة (ف) حینئذ الّذی کان بنحو الداعی (لا یقدح تخلفه) فی تملیک علیّ للدار- مثلا- کما قرر فی سائر مباحث تخلف الداعی کما لو اشتری الخبز بداعی وجود الضیف ثم تبین ذهابهم او اشتری الدواء بداعی سقیه المریض ثم تبین شفائه قبل ذلک.

(فالاولی ان یقال: انها) ای التملیک فی مقابل التملیک (مصالحة و تسالم علی امر معین) و الصلح جائز بین المسلمین سواء افاد فائدة احدی المعاملات المعروفة أم لا- (او معاوضة مستقلة) و نقول بصحة مثل هذه المعاوضات لاطلاق ادلة تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و امثال ذلک.

(ثالثها: ان یقصد الاول) کمحمد (إباحة ماله) الدار (بعوض) هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۵

فیقبل الاخر باخذه ایاه فیکون الصادر من الاول الاباحة بالعوض و من الثانی بقبوله لها التملیک کما لو صرح ابحت لک کذا بدرهم

رابعها أن یقصد کل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخری

فیکون إباحة بإزاء إباحة او إباحة لداعی إباحة علی ما تقدم نظیره فی الوجه الثانی من امکان تصوّره علی نحو الدّاعی و علی نحو العوضیة.

و کیف کان فالاشکال فی حکم القسمین الاخیرین علی فرض قصد المتعاطین لهما.

الف دینار (فیقبل الاخر) کعلی (باخذه ایاه) المال (فیکون الصادر من الاول الاباحة بالعوض و) الصادر (من الثانی بقبوله لها التملیک) ای یصدر من الثانی تملیک الف دینار فی ضمن قبوله للاباحة، فمعنی قبول علی دار محمد تملیکه لالف دینار فقوله «التملیک» خبر «یکون» ای «یکون الصادر من الثانی التملیک بضمن قبوله للاباحة من الاول» (کما لو صرح) الاول بقوله (ابحت لک کذا بدرهم) فقال الثانی قبلت (رابعها ان یقصد کل منهما الاباحة بإزاء إباحة اخری فیکون إباحة بإزاء إباحة) کما لو قال ابحت داری فی قبال اباحتک دنانیرک (او إباحة لداعی إباحة) کما لو إباحة الدار و کان داعیه فی هذه الاباحة ان یبیح له دنانیره (علی ما تقدم نظیره) ای نظیر الاباحة فی قبال إباحة، او فی الداعی الاباحة (فی الوجه الثانی من امکان تصوره علی نحو الدّاعی و علی نحو العوضیة) اما سائر الوجوه التسعة فتعرف من هذه الوجوه فلا حاجة الی تفصیل الکلام حولها.

(و کیف کان فالاشکال فی حکم القسمین الاخیرین) الثالث و الرابع (علی فرض قصد المتعاطیین لهما) قوله «فالاشکال» مبتدأ حذف خبره‌ای «واقع»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۶

و منشأ الاشکال: أوّلا الاشکال فی صحة إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی ملکیة المتصرف بان یقول: ابحت لک کل تصرف من دون ان یملکه العین، و ثانیا الاشکال فی صحة الاباحة بالعوض الراجعة الی عقد مرکب من إباحة و تملیک.

فنقول: اما إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک فالظاهر انه لا- یجوز اذ التصرف الموقوف علی الملک لا یسوغ لغیر المالک بمجرد اذن المالک فان اذن المالک لیس مشرعا و انما یمضی فیما یجوز شرعا فاذا کان بیع الانسان مال غیره لنفسه بان یملک الثمن مع خروج المبیع عن ملک غیره غیر معقول، کما صرح به العلامة فی

(و منشأ الاشكال: أوّلا الاشكال فى صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية التصرف) كالوطى و الهبة و العتق و ما اشبه (بان يقول:

ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين) و قد تقدم هذا الاشكال فى اوّل المعاطاة.

(و ثانيا: الاشكال فى صحة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من إباحة و تمليك،) اذ يبيح الاول ماله بإزاء تمليك الثانى اياه (فنقول: اما) الاشكال الاول اى (إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انه لا يجوز اذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك) فانه لا حق للمالك الى هذا المقدار و انما حقه فى حدود الشرع، و المقدار الّذى اجازه لا ـ اكثر من ذلك (فان اذن المالك ليس مشرعا) بان يبيح ما لا يبيحه الشرع (و انما يمضى) اذن المالك (فيما يجوز شرعا) فيكون اذنه فى عتق عبده عن نفس المعتق كاذنه فى قطع يد عبده، فكما لا يجوز الثانى كذلك لا يجوز الاول فان الشارع لم يأذن فى ايهما (فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه) كان يبيع زيد مال عمرو لنفسه (بان يملك) البائع (الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول، كما صرح به العلامة فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۵۷

القواعد فكيف يجوز للمالك ان يأذن فيه.

نعم يصح ذلك باحد وجهين، كلاهما فى المقام مفقود.

احدهما ان يقصد المبيح بقوله: ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك إنشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة او فى نقله أولا الى نفسه ثم بيعه او تمليكا له بنفس هذه الاباحة فيكون إنشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح فى التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد: اعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتمليكه و اعتاق المولى عنه جواب لذلك

القواعد) لان مفهوم المبادلة: خروج البدل عن ملك من يدخل المبدل فى ملكه (فكيف يجوز للمالك) اى كيف يعقل للمالك (ان يأذن فيه) و هل هو الا اذن بالمستحيل، و كذلك بالنسبة الى غير الجائز شرعا و ان جاز عقلا.

(نعم يصح ذلك) البيع لمال المالك ليدخل الثمن فى كيس البائع (باحد وجهين، كلاهما فى المقام مفقود) اى مقام إباحة جميع التصرفات.

(احدهما ان يقصد المبيح بقوله: ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك إنشاء توكيل له) اى للطرف (فى بيع ماله) اى مال المبيح (له) اى للطرف، (ثم نقل الثمن) الّذى يكون للمبيح (الى نفسه بالهبة او) إنشاء توكيل للطرف (فى نقله) اى نقل مال المبيح (أولا الى نفسه) بالهبة (ثم بيعه) حتى يدخل الثمن فى ملك الطرف راسا (او) يقصد (تمليكا له) اى للطرف (بنفس هذه الاباحة فيكون) ما بصورة الاباحة (إنشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله،) اى قبول ذلك التمليك (كما صرح فى التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد: اعتق عبدك عنى بكذا) اى بمقابل ان اعطيك لا عوض عبدك (استدعاء) من الرجل القائل (لتمليكه) اى تمليك المالك العبد للرجل (و اعتاق المولى عنه) اى عن المستدعى (جواب لذلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۵۸

الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدّر وقوعه قبل العتق انا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع و لا شك ان المقصود فى ما نحن فيه ليس الاذن فى نقل المال الى نفسه أولا و لا فى نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التمليك بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التمليك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو اجمالا فى مسئلة اعتق عبدك عنى

الاستدعاء) فهو استیجاب و ایجاب (فیحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و) ب (الجواب) الی المعتق (و یقدر وقوعه) ای الملک للعبد (قبل العتق انا ما فیکون هذا) الاعطاء و عتق المخاطب (بیعا ضمنیا لا یحتاج الی الشروط المقررة لعقد البیع) و انما لا یحتاج لما نری من صحة ذلک شرعا هذا غایة تقریب الوجه الاول حیث قلنا «نعم یصح ذلک باحد وجهین» (و لا شک) فی عدم جریانه فی مقامنا الّذی هو إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک بالمعاطاة التی تفید الاباحة اذ (ان المقصود فی ما نحن فیه لیس الاذن فی نقل المال الی نفسه أولا) فان معنی ابحت لک، لیس «انک انقل المال الی نفسک» (و لا فی نقل الثمن إلیه) ای الی نفسه (ثانیا) بان یبیع السلعة للمالک ثم ینقل ثمنها الی نفسه (، و لا قصد التملیک بالإباحة المذکورة) فانه حین قال: «ابحت لک» لم یقصد «ملکتک ایاه» (و لا قصد المخاطب) الاخذ للمال (التملیک عند البیع) فیکون الاباحة نقلا، و بیع المخاطب تملکا- مثل اعتق العبد عنی- (حتی یتحقق تملیک ضمنی مقصود للمتکلم و المخاطب کما کان) التملیک الضمنی (مقصودا و لو اجمالا فی مسئلة اعتق عبدک عنی) کما تقدم وجه کونه تملیکا اجمالیا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۵۹

و لذا عدّ الخاصة و العامة من الاصولیین دلالة هذا الکلام علی التملیک من دلالة الاقتضاء التی عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتکلم یتوقف صحة الکلام عقلا او شرعا علیه فمثلوا للعقلی بقوله تعالی و اسألوا القریة و للشرعی بهذا المثال و من المعلوم- بحکم الفرض ان المقصود فیما نحن فیه لیس الا مجرد الاباحة.

الثانی- ان یدل دلیل شرعی علی حصول الملکیة للمباح له بمجرد الاباحة فیکون کاشفا عن ثبوت الملک له عند إرادة البیع

(و لذا) الّذی ذکرنا انه مقصود اجمالی فی «اعتق عبدک عنی» (عدّ الخاصة و العامة من الاصولیین دلالة هذا الکلام) ای اعتق عبدک عنی (علی التملیک من دلالة الاقتضاء التی عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتکلم یتوقف صحة الکلام عقلا او شرعا علیه) ای علی تلک الدلالة حتی انه لو لم تکن تلک الدلالة لزم بطلان الکلام عقلا، او فساده شرعا (فمثلوا للعقلی بقوله تعالی و اسألوا القریة) حیث ان القریة لیست اهلا للتوجیه الکلام فاللازم ان یراد «اسئل اهل القریة» (و للشرعی بهذا المثال) ای اعتق عبدک عنی» حیث انه لا یصح عتق الانسان الا- فی مال نفسه فمعنی «اعتق عبدک عنی» اعتقه بعد ان تجعله ملکا لی (و من المعلوم بحکم الفرض) ای ان الاباحة مفروض المسألة (ان المقصود فیما نحن فیه لیس الا- مجرد الاباحة) فمن این یکون «ابحت لک» مثل «اعتق عبدک عنی» حتی یفید تملیک المخاطب للمال لنفسه أولا، ثم بیعه، او بیعه أولا ثم تملیک الثمن لنفسه.

(الثانی- ان یدل دلیل شرعی علی حصول الملکیة للمباح له بمجرد الاباحة فیکون) ذلک الدلیل (کاشفا عن ثبوت الملک له عند إرادة البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۰

آنا ما فیقع البیع فی ملکه او یدل دلیل شرعی علی انتقال الثمن عن المبیح بلا فصل بعد البیع فیکون ذلک شبه دخول العمودین فی ملک الشخص انا ما لا یقبل غیر العتق فانه حینئذ یقال بالملک المقدر انا ما للجمع بین الادلة و هذا الوجه مفقود فیما نحن فیه اذ المفروض انه لم یدل دلیل بالخصوص علی صحة هذه الاباحة العامة

آنا ما فیقع البیع فی ملکه) قوله «بمجرد الاباحة» لا- یرید به وقت الاباحة حتی یناقض مع قوله «عند إرادة البیع» بل المراد «بصرف الاباحة» بدون قصد المعطی الملک، (او یدل دلیل شرعی علی انتقال الثمن عن المبیح بلا فصل بعد البیع) الی المباح له بان یقع البیع للمبیح و ینتقل الثمن إلیه ثم ینتقل الثمن الداخل فی ملک المبیح الی ملک المباح له (فیکون ذلک) الّذی ذکر من دخول «المثمن قبل البیع آنا ما فی ملک المباح له»، او دخول «الثمن» بعد البیع فی ملک المباح له، بعد کونه آنا ما دخل فی ملک المبیح (شبه دخول

العمودین فی ملک الشخص) الأب، و الابن (انا ما لا یقبل غیر العتق) و ذلک جمعا بین دلیل لا عتق الا فی ملک، و بین دلیل ان الانسان لا یملک العمودین- الاباء و الاولاد- (فانه حینئذ) حین ورد دلیل صحة ملک العمودین و عتقهما (یقال بالملک المقدر انا ما) و معنی «المقدر» انه لیس حقیقا حتی یثبت بالنسبة إلیه ما یثبت لسائر الاملاک (للجمع بین الادلة) کما عرفت (و هذا الوجه) ای الجمع بین الادلة المقضیة للملک انا ما (مفقود فیما نحن فیه) ای دخول المباح فی ملک المباح له انا ما قبل البیع او دخول ثمنه بعد البیع (اذ المفروض انه لم یدل دلیل بالخصوص علی صحة هذه الاباحة العامة) ای إباحة التصرف، بجمیع انواع التصرف حتی البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۱

و اثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» یتوقف علی عدم مخالفة مؤداها لقواعد اخر مثل توقف انتقال الثمن الی الشخص علی کون المثمن مالا له و توقف صحة العتق علی الملک و صحة الوطی علی التحلیل بصیغة خاصة لا بمجرد الاذن فی مطلق التصرف.

و لاجل ما ذکرنا صرح المشهور- بل قیل لم یوجد خلاف-:

فی انه لو دفع الی غیره مالا، و قال: اشتر به لنفسک طعاما، من غیر قصد الاذن فی اقتراض المال قبل الشراء

(و اثبات صحته) ای صحة عموم الاباحة (بعموم مثل «الناس مسلطون علی اموالهم») بان یقال المالک کان مسلطا علی ماله فاذا اباحه للطرف بقول مطلق- جاز للطرف ان یتصرف فیه بکل انواع التصرف حتی البیع و نحوه (یتوقف علی عدم مخالفة مؤداها) ای مؤدّی قاعدة الناس مسلطون (لقواعد اخر) مما هی مقدمة علی «الناس مسلطون» (مثل توقف انتقال الثمن الی الشخص علی کون المثمن مالا له) لما تقدم من انه لا یعقل ان یخرج المثمن من کیس شخص لیدخل ثمنه فی کیس شخص اخر (و توقف صحة العتق علی الملک و صحة الوطی علی التحلیل بصیغة خاصة) اذ لا عتق الا فی ملک و لا وطی الا بالملک او التحلیل او النکاح دواما و انقطاعا و لیس فی الاباحة احد المذکورات ف (لا) یصح الوطی (بمجرد الاذن فی مطلق التصرف) و من المعلوم ان هذه القواعد مقدمة علی «الناس مسلطون».

(و لاجل ما ذکرنا) من ان «الناس مسلطون» لا یفی باجازة التصرف المملک و ما اشبه (صرح المشهور- بل قیل لم یوجد خلاف-: فی انه لو دفع الی غیره مالا- و قال: اشتر به لنفسک طعاما، من غیر قصد الاذن) من المعطی (فی اقتراض المال قبل الشراء) حتی یکون المال للآخذ فیکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۲

او اقتراض الطعام او استیفاء الدین منه بعد الشراء لم یصح کما صرح به فی مواضع من القواعد و علّله فی بعضها بانه لا یعقل شراء شیء لنفسه بمال الغیر و هو کذلک فان مقتضی مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فی ملک من خرج المعوض عن ملکه و الا لم یکن عوضا و بدلا.

و لما ذکرنا حکم الشیخ و غیره بان الهبة الخالیة عن الصیغة تفید إباحة التصرف.

الطعام له (او اقتراض الطعام) بعد الشراء (او استیفاء الدین منه) ای دینه الّذی علیه من صاحب الطعام بان اشتری الطعام لنفسه، و جعل المال الّذی اقترضه من المالک، اداء لذلک الدین (بعد الشراء لم یصح) اشتراء الطعام لنفسه من مال المالک (کما صرح به) ای بعدم الصحة (فی مواضع من القواعد و علّله فی بعضها) ای بعض تلک المواضع (بانه لا یعقل شراء شیء لنفسه بمال الغیر) بان یخرج الثمن من کیس المعطی لیدخل الطعام فی کیس الآخذ (و هو کذلک) ای ما ذکره القواعد من التعلیل صحیح (فان مقتضی مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فی ملک من خرج المعوض عن ملکه و الا لم یکن عوضا و بدلا) و مثله ما لو کانت الاطراف،

أربعة، كما لو اعطى زيد لعمر دينارا فى مقابل ان يعطى خالد لبكر طعاما، و ربما قيل بالصحة فى الفرضين لان المقصود التبادل بين الشيئين و هو حاصل و ان لم يحصل التبادل بين محل المالين الذين هما كيس البائع و كيس المشترى- و قد تقدم الكلام حول هذا المبحث اجمالا-

(و لما ذكرنا) من ان الاباحة لا تفيد جميع التصرفات (حكم الشيخ و غيره بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف) اى تصرف الموهوب له

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۶۳

لكن لا يجوز و طى الجارية مع ان الاباحة المتحققة من الواهب تعم جميع التصرفات و عرفت أيضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا وطى الجارية مع ان مقصود المتعاطين الاباحة المطلقة.

و دعوى ان الملك التقديرى هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص بل يكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلطون على اموالهم» الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك

(لكن لا يجوز و طى الجارية) الموهوبة (مع ان الاباحة المتحققة من الواهب تعمّ جميع التصرفات) فلو كانت مؤثرة لجاز الوطى أيضا (و عرفت أيضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا وطى الجارية) لان هذه الامور تتوقف على الملك و لا ملك مع المعاطاة (مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة) الشاملة لهذه الامور فيدل كلام الشهيد انه لا اثر لمثل هذه الاباحة.

(و دعوى ان الملك التقديرى) اى تقديرنا للملك آنا ما، ليصح الامر المتوقف على الملك (هنا) فى باب المعاطاة (أيضا) كباب اعتق عبدك عنى و باب عتق العمودين (لا يتوقف على دلالة دليل خاص) يدل على الملك التقديرى (بل يكفى الدلالة) الاقتضائية (بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلطون على اموالهم» الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة) الشاملة للوطى و العتق و ما اشبه (و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك) فدليل السلطنة تقول ان المعطى له سلطة على مثل هذه الاباحة و دليل «لا عتق» يقول لا يصح ان يعتق الاخذ مال المعطى فالجمع بينهما بان نقول ان العبد يكون مال الآخذ- آنا ما- حين إرادة عتقه فيعتق من قبل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۶۴

نظير الجمع بين الادلة فى الملك التقديرى.

مدفوعة بان عموم «الناس مسلطون على اموالهم» انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه

الآخذ (نظير الجمع بين الادلة) دليل لا عتق الا فى ملك و دليل ان الانسان لا يملك العمودين و دليل انه يعتق العمودان بمجرد شرائهما مثلا-.

(مدفوعة) خبر «دعوى» (ب) الفرق بين الادلة الخاصة الموجودة فى مسألة عتق العمودين، و بين مسألة المعاطاة اذ لو نقل هناك بالملك التقديرى لزم اسقاط دليل عن الدلالة، بخلاف ما نحن فيه فانه اذا لم نقل بالملك التقديرى لا يلزم منه الا عدم الاخذ بعموم «الناس مسلطون»، و عدم الاخذ بهذا العموم لا محذور فيه لانه:

أولا- لا دلالة فيه اذ الظاهر منه ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم.

و ثانيا على تقدير الدلالة لزم تخصيصه ف (ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم) كما سبق مثلا الانسان مسلط ان يبيع داره، و ليس مسلطا ان يوقع صيغة البيع على نحو تقديم القبول على الايجاب- لو قلنا باشتراط تقديم الايجاب على القبول- و كذلك تسلط الناس على انفسهم المستفاد من قوله تعالى «النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم»

انما یکون تسلط فی نطاق الشرع فلا یحق للمرأة ان توهب نفسها لرجل- مثلا- لان الهبـة لم یجعلها الشارع مبیحا للبضع و هکذا. اذا (فمقتضاه) ای مقتضی تسلط الناس علی اموالهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۵

امضاء الشارع لاباحـة المالک کل تصـرف جائز شـرعا فالاباحـة و إن کانت مطلقـة الا انه لا یباح بتلک الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فی الشریعة.

و من المعلوم ان بیع الانسان مال غیره لنفسه غیر جائز بمقتضی العقل و النقل الدال علی لزوم دخول العوض فی ملک مالک المعوض فلا۔ یشـمله العموم فی «النـاس مسـلطون علی اموالهم» حتی یثبت التنـافی بینه و بین الادلـة الدالـة علی توقف البیع علی الملک فیجمع بینهما بالتزام الملک التقدیری انا ما.

و بالجملة دلیل عدم جواز بیع ملک الغیر او عتقه لنفسه

(امضاء الشارع لاباحـة المالک کل تصـرف جائز شـرعا) لا التصـرف الّـذی لیس بجائز شـرعا- کالوطی بـدون الملک او العتق بـدون الملک، او ما اشـبه- (فالاباحـة) من المالک (و إن کانت مطلقـة الا انه لا یباح بتلک الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فی الشـریعة) کالتصـرف و الاکل و الاهـداء و ما اشـبه بالنسـبة الی المال المباح له کان یأکل الطعام و یتصـرف اللباس باللبس و یوقد بالحطب و ما اشبه.

(و من المعلوم ان بیع الانسـان مـال غیره لنفسه غیر جـائز بمقتضـی العقـل) الّـذی یقول بـان البـدل یلزم ان یـدخل فی ملـک من خرج المبدل من ملکه (و النقل) الّذی یقول لا بیع الا فی ملک (الدال علی لزوم دخول العوض فی ملک مالک المعوض فلا یشـمله) ای لا یشـمل «بیع الانسان مال غیره لنفسه» (العموم فی «الناس مسلطون علی اموالهم» حتی یثبت التنافی بینه) ای بین العموم المذکور (و بین الادلة الدالة علی توقف البیع علی الملک) کقوله علیه السلام لا بیع الا فی ملک (فیجمع) ای حتی یجمع (بینهما) ای بین العموم و بین دلیل توقف البیع علی الملک (بالتزام الملک التقدیری انا ما).

(و بالجملة دلیل عدم جواز بیع ملک الغیر او عتقه لنفسه) مقابل عتقه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۶

حاکم علی عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» الـدال علی امضاء الاباحـة المطلقـة من المالک علی اطلاقها نظیر حکومـة دلیل عـدم جواز عتق مال الغیر علی عموم وجوب الوفاء بالنـذر و العهد اذا نذر عتق عبد غیره له او لنفسه فلا یتوهم الجمع بینهما بالملک القهری للنـاذر نعم لو کـان هنـاک تعـارض و تزاحم من الطرفین بحیث امکن تخصـیص کـل منهمـا لأجـل الآـخر، امکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملک القهری آنا مّا.

عن المالک (حاکم علی عموم «الناس مسلطون» علی اموالهم الدال علی امضاء) الشارع (الاباحة المطلقة من المالک- علی اطلاقها-) من «علی»، متعلق ب «امضـاء» و الحکومـة هنا (نظیر حکومـة دلیل عـدم جواز عتق مال الغیر علی عموم وجوب الوفاء بالنـذر و العهـد) فیما (اذا نـذر عتق عبـد غیره له) ای للغیر (او لنفسه) ای لنفس الناذر کان ینذر زید عتق عبد بکر لبکر او عن نفسه فان النذر باطل (فلا یتوهم الجمع بینهما) ای بین دلیل: «ف بنـذرک» و دلیل «لا نـذر الا فی ملک» (بالملک القهری للناذر) آنا مّا، بل دلیل «لا نـذر الا فی ملک» یدل علی تخصیص «یوفون بالنذر» بما اذا کان متعلق النذر مملوکا للناذر (نعم لو کان هناک تعارض و تزاحم من الطرفین) بأن لم یکن احـد الـدلیلین حاکمـا علی الـدلیل الآخر (بحیث امکن تخصـیص کل منهما لأجل الآخر، امکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملـک القهری آنا مّا) کما لو کان هناک دلیل خاص یـدل علی جواز الاباحـة المطلقـة حتی المتوقفـة علی الملک، فالجمع بین دلیل

یقول:

«لا-وطی الا-فی ملک» و بین دلیل یقول «یصح کل تصرف حتی الوطی» ان الأمة تکون آنا مّا للمباح له ثم یطأها، لکن لیس فی المقام دلیل یدل علی أنه یصح کل تصرف، و انما الدلیل هو: «الناس مسلطون علی اموالهم»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۷

فتأمل.

و اما حصول الملک فی الآن المتعقب بالبیع و العتق فیما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه، فلیس ملکا تقدیریا نظیر الملک التقدیری فی الدیة بالنسبة الی المیت

(فتأمل) فانه لو کان هناک أیضا دلیل خاص لا یمکن الجمع المذکور لأنه اذا کان هناک بینهما عموم من وجه فان کان لاحدهما ترجیح علی الاخر فی مورد الاجتماع- یلزم القول بتقدیم ذی المرجّح، و ان لم یکن لأحدهما ترجیح، یلزم القول بالتساقط فی صورة التعارض، و مرجّحات التزاحم فی صورة التزاحم، فلا مجال للقول بالملک آنا مّا.

(و) ان قلت: فکیف التزمتم بالملک التقدیری فیما اذا باع الواهب عبده الموهوب، او عتقه، حیث جمعتم بین «صحة الهبة» المقتضیة لکون العبد للموهوب له، و بین «لا بیع الّا فی ملک» المقتضی لعدم صحة بیع الواهب بیع عبد الموهوب له، و بین «ما دلّ علی صحة بیع الواهب» لما وهبه، قلت (اما حصول الملک فی الآن المتعقب بالبیع و العتق) ای الآن الّذی یعقبه البیع و العتق (فیما اذا باع الواهب عبده الموهوب) هبة جائزة (او اعتقه، فلیس ملکا تقدیریا) و هو ما یکون فی حکم الملک، و لیس بملک حقیقة، و معنی کونه فی حکم الملک، ترتب آثار الملک علیه اذ اقسام الملک ثلاثة:

الملک الحقیقی المطلق الّذی فیه مقتضی البقاء.

و الملک الحقیقی الآنی الّذی لا اقتضاء للبقاء فیه.

و الملک التقدیری و یسمی بالملک الحکمی و هو لیس بملک اصلا و انما فیه آثار الملک (نظیر الملک التقدیری فی الدیة بالنسبة الی المیت) حیث یقدر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۸

او شراء العبد المعتق علیه بل هو ملک حقیقی حاصل قبل البیع من جهة کشف البیع عن الرجوع قبله فی الآن المتصل بناء علی الاکتفاء بمثل هذا فی الرجوع و لیس کذلک فیما نحن فیه.

و بالجملة، فما نحن فیه لا-ینطبق علی التملیک الضمنی المذکور او لا-فی اعتق عبدک عنی لتوقفه علی القصد و لا علی الملک المذکور ثانیا فی شراء من ینعق علیه، لتوقفه علی التنافی بین دلیل التسلط و دلیل توقف العتق علی الملک و

ملک المیت للدیة- فیما اذا قتل- ثم ینتقل المال من المیت الی ورثته، فأن المیت لا یملک، لکنه یحکم علی الدیة بحکم مال المیت (او شراء العبد المعتق علیه) فی مسألة العمودین حیث ان الولد لا یملک الأب اصلا، و انما یقدر بانه صار ملکا له مقدمة لانعتاقه علیه (بل هو) ای ملک الواهب للموهب قبل ان یعتقه، آنا ما- (ملک حقیقی حاصل) للواهب (قبل البیع من جهة کشف البیع عن الرجوع قبله) ای قبل ان یبیعه الواهب (فی الآن المتصل) بالبیع او بالعتق (بناء علی الاکتفاء بمثل هذا) الملک الآنی (فی الرجوع) ای رجوع الواهب فیما وهبه (و لیس کذلک فیما نحن فیه) الّذی هو إباحة التصرفات فی المعاطاة.

(و بالجملة، فما نحن فیه لا ینطبق علی التملیک الضمنی المذکور أولا فی اعتق عبدک عنی) الّذی کان معناه: ملکنی عبدک ثم اعتقه (لتوقفه)، ای التملیک الضمنی (علی القصد) و لا یقصد مبیح التصرفات التملیک (و لا علی الملک) الآنی (المذکور ثانیا فی شراء من

ینعتق علیه، لتوقفه علی التنافی بین دلیل التسلط) ای: الناس مسلطون علی اموالهم.

(و دلیل توقف العتق علی الملک) ای لا عتق الا فی ملک (و) توقفه علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۶۹

عدم حکومة الثانی علی الاول و لا علی التملیک الضمنی المذکور ثالثا فی بیع الواهب و ذی الخیار لعدم تحقق سبب الملک هنا سابقا بحیث یکشف البیع عنه فلم یبق الا الحکم ببطلان الأذن فی بیع ماله لغیره سواء صرح بذلک کما لو قال: بع مالی لنفسک، او اشتر بمالی لنفسک، أم ادخله فی عموم قوله:

ابحت لک کل تصرف فاذا باع المباح له علی هذا الوجه وقع البیع للمالک اما لازما بناء علی ان قصد البائع

(عدم حکومة الثانی) لا عتق الّا فی ملک (علی الاول) الناس مسلطون. و قد عرفت حکومة لا عتق علی الناس مسلطون (و لا علی التملیک الضمنی المذکور ثالثا فی بیع الواهب و ذی الخیار) ما انتقل عنهما بالهبة و البیع الخیاری حیث ان البیع لا یکون الا بعد انتقال المال إلیهما (لعدم تحقق سبب الملک هنا) ای فی المعاطاة (سابقا) علی التصرف المالکی کالوطی و ما اشبه (بحیث یکشف البیع) ای بیع المباح له (عنه) ای عن ذلک السبب لما سبق من انه لا دلیل علی صحة مثل هذه الاباحة العامة حتی اذا تصرف المباح له تصرفا متوقفا علی الملک. نقول: بان دلیل الاباحة العامة یقتضی دخول المباح فی ملک المباح له آنا مّا ثم وطیه او عتقه او بیعه مثلا، فمراد المصنف رحمه الله من قوله «عدم تحقق سبب الملک» عدم تحقق ما یقتضی ملک المباح له- من دلیل عام علی الاباحة- (فلم یبق الّا الحکم ببطلان الاذن) من المالک (فی بیع ماله لغیره سواء صرح بذلک) ای: بالاذن (کما لو قال: بع مالی لنفسک، او اشتر بمالی لنفسک، أم ادخله) ای: ادخل الاذن (فی عموم قوله: ابحت لک کل تصرف) و کذا بالنسبة الی الوطی و العتق و سائر التصرفات المتوقفة علی الملک (فاذا باع المباح له علی هذا الوجه) الّذی ذکرنا من انه لا حق له (وقع البیع للمالک) لا لنفسه (اما) بیعا (لازما بناء علی ان قصد البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷۰

لنفسه غیر مؤثر او موقوفا علی الاجازة بناء علی ان المالک لم ینو تملک الثمن

هذا و لکن الّذی یظهر من جماعة منهم قطب الدین و الشهید رحمهما الله فی باب بیع الغاصب ان تسلیط المشتری للبائع الغاصب علی الثمن و الاذن فی اتلافه یوجب جواز شراء الغاصب به شیئا و انه یملک المثمن بدفعه إلیه فلیس للمالک اجازه هذا الشراء.

لنفسه غیر مؤثر) اذ المهم فی باب البیع العوضان لا الشخصان و لذا اذا باعه المتاع ثم تبین لدی البائع ان المشتری کان وکیلا لم یضر ذلک فقوله:

«بعتک الکتاب بدرهم» یراد بالخطاب ای «الکاف» کونه طرف البیع لا کونه من ینتقل المال إلیه (او) بیعا (موقوفا علی الاجازة بناء علی ان المالک لم ینو تملک الثمن) فکیف یدخل فی ملک الانسان ما لم ینوه- فی الأمور الاختیاریة- فهو من قبیل الفضولی، ان اجاز المالک صح و الا بطل

(هذا، و لکن الّذی یظهر من جماعة منهم قطب الدین و الشهید رحمه الله فی باب بیع الغاصب ان تسلیط المشتری للبائع الغاصب علی الثمن) فیما اذا علم المشتری ان البائع غاصب و مع ذلک اشتری منه و اعطاه الثمن (و الاذن) الضمنی (فی اتلافه) للثمن اذ المشتری باعطائه الثمن للبائع یکون آذنا فی اتلافه (یوجب جواز شراء الغاصب به) ای بالثمن (شیئا) لنفسه (و انه یملک) الغاصب (المثمن بدفعه إلیه فلیس للمالک اجازة هذا الشراء) لأن تسلیطه یتضمن اذنه فی کل ما یفعل.

و علی ما ذکره القطب و الشهید یقتضی ان یکون ما نحن فیه أیضا کذلک فاذا اباح المعاطاتی للطرف کل تصرف فی ما اعطاه کان

اللازم صحة تصرف الطرف فيه بالبيع و نحوه اذا اى فرق بين المشترى المبيح للغاصب ماله و بين المشترى المبيح لطرف المعاطاة ماله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۷۱

و يظهر أيضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة ان له وطى الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع و مقتضى ذلك ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله- و ان لم يكن على وجه الملكية- يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل و سيأتى توضيحه فى مسألة الفضولى إن شاء الله تعالى.

(و يظهر أيضا) صحة البيع لنفسه بمال الناس (من محكى المختلف حيث استظهر)- بصيغة المجهول (من كلامه) اى كلام المختلف (فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة ان له) اى للمشترى (وطى الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع) كلام العلامة فاذا كان التسليط من البائع لجاريته يقتضى جواز وطيها، كان التسليط من المبيح فى المعاطاة يجوز وطى المباح له للجارية (و مقتضى ذلك) الّذى ذكره القطب و الشهيد و العلامة (ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله- و ان لم يكن) التسليط (على وجه الملكية- يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك) من المسلّط كالوطى و البيع و ما أشبه (فتأمل) للفرق بيت ما نحن فيه من إباحة جميع التصرفات و بين الأمثلة المذكورة فان من يسلّط الغاصب على ماله يكون قد اعرض عن ماله فيصح ملكية الغاصب له. و اذا كان ملكا له جاز ان يتصرف فيه بانواع التصرفات من الوطى و البيع و غيرهما، و يكون حال المال حينئذ حال المال الّذى يعرض عنه المالك فيلقيه فى الشارع فانه يجوز لكل احد تملكه و التصرف فيه بالتصرفات المالكية، و هذا بخلاف ما نحن فيه فان المبيح لم يعرض عن ماله و انما اباح للطرف التصرف فى ماله و الاباحة لا تجوز التصرفات المالكية (و سيأتى توضيحه فى مسألة الفضولى إن شاء الله تعالى) و هل ان تسليط الغاصب يوجب جواز تصرف الغاصب أم لا؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۷۲

و أما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الاباحة بغيرها فمحصّله: ان هذا النحو من الاباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح الّا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فى صدق التجارة عليها فضلا عن البيع

(و أما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض) هذا عطف على ما تقدم- بعد ذكر الوجوه الاربعة- على قوله «اما إباحة جميع التصرفات» حيث ذكر هناك ان الاشكال يقع فى مقامين ... الخ (سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك) كالوطى و العتق و البيع (أم خصصنا الاباحة بغيرها) من سائر انواع التصرفات (فمحصّله: ان هذا النحو من الاباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح) اذ يبقى الثمن فى ملكية المشترى و المثمن فى ملكية البائع، فانهما لم يفعلا الّا الاباحة، و الاباحة لا تخرج من ملكية المبيح، فيما كان إباحة فى مقابل إباحة، و كذلك فيما اذا اباح فى مقابل الملك فكلاهما ملك للمبيح، اما ماله فواضح و اما مال الطرف فلانه ملكه اياه (الّا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه) اى فى هذا التصرف المستند الى الاباحة المعوضة (من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا) اذ لم نجد فى الشريعة معاوضة مركبة من اباحتين او إباحة و تمليك، و كذلك ليست فى المعاملات العرفية معاملة هكذا (مع التأمل فى صدق التجارة عليها) فلا يشمله: تجارة عن تراض، لأن التجارة ظاهرة فى التمليك لا الإباحة (فضلا عن) صدق (البيع) حتى يشمله «احل الله البيع» اذ ليس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۷۳

الا ان یکون نوعا من الصلح لمناسبته له لغة لأنه فی معنی التسالم علی أمر بناء علی انه لا یشترط فیه لفظ الصلح، کما یستفاد من بعض الاخبار الدالة علی صحته بقول المتصالحین: لک ما عندک ولی ما عندی، و نحوه ما ورد فی مصالحة الزوجین و لو کانت معاملة مستقلة کفی فیها عموم الناس مسلطون علی اموالهم و المؤمنون عند شروطهم و علی تقدیر الصحة ففی لزومها مطلقا لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، او من طرف المباح له

ببیع قطعا (الا ان یکون نوعا من الصلح لمناسبته له) ای للصلح (لغة، لأنه) ای الصلح (فی معنی التسالم علی أمر) و الاباحة فی مقابل الاباحة تسالم کما لا یخفی (بناء علی انه لا یشترط فیه) ای فی الصلح (لفظ الصلح، کما یستفاد) عدم الاشتراط (من بعض الاخبار الدالة علی صحته) ای الصلح (بقول المتصالحین: لک ما عندک ولی ما عندی، و نحوه ما ورد فی مصالحة الزوجین) ففی الصحیح عن الباقر و الصادق- علیهما السلام- انهما قالا- فی رجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه فقال کل واحد منهما لصاحبه لک ما عندک و لی ما عندی، فقال علیه السلام-: «لا بأس بذلک اذا تراضیا» (و لو کانت) الاباحة المعوضة- التی هی محل الکلام- (معاملة مستقلة) لا بیعا و لا صلحا و قلنا بأنه لا یشترط ان تکون المعاملة مألوفة فی زمان الشارع، بل کلما صح عند العرف یصح عند الشرع (کفی فیها) صحته (عموم: الناس مسلطون علی اموالهم، و المؤمنون عند شروطهم) اذ الشرط لا یجب ان یکون فی ضمن معاملة، علی ما سیأتی من بعض الاقوال (و علی تقدیر الصحة) لهذه الاباحة المعوضة (ففی لزومها مطلقا) فلا یصح لأحدهما رفع الید عن اباحته (لعموم:

«المؤمنون عند شروطهم»، او من طرف المباح له) فیما اذا اباح زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷۴

حیث انه یخرج ماله عن ملکه دون المبیح حیث ان ماله باق علی ملکه فهو مسلط علیه او جوازها مطلقا وجوه اقواها اولها ثم اوسطها.

و اما حکم الاباحة بالإباحة فالاشکال فیه أیضا یظهر مما ذکرنا فی سابقه

و الاقوی فیها أیضا الصحة و اللزوم للعموم او الجواز من الطرفین لأصالة التسلّط

لعمرو ماله بعوض اعطاء عمرو لزید دینارا- مثلا- فعمرو لا یتمکن من الرجوع فی دیناره، و انما یکون لازما من طرفه دون طرف المبیح (حیث انه) ای المباح له (یخرج ماله عن ملکه) فانه یعطیه لزید عوضا (دون المبیح حیث ان ماله باق علی ملکه) الفرض ان المبیح اباح فقط، و لم یملک (فهو) ای المبیح (مسلط علیه) لا یخرج عن تحت نفوذه (او جوازها مطلقا) من طرف المبیح و المباح له (وجوه اقواها اولها) ای اللزوم مطلقا، لانها معاملة مستقلة فیشملها عموم: الناس مسلطون .. (ثم اوسطها) هذا کله حکم الاباحة فی مقابل الملک

(و اما حکم الاباحة بالإباحة) بأن اباح احدهما للآخر فی مقابل ان اباح الآخر له (فالاشکال فیه أیضا یظهر مما ذکرنا فی سابقه) ای الاباحة فی مقابل الملک من انه لا معهودیة لمثل هذه المعاملة فی الشریعة فلا یشملها دلیل المعاوضات من: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و ما اشبه.

(و الاقوی فیها أیضا الصحة) لانها معاملة عرفیة فیشملها الدلیل المتقدم (و اللّزوم) و ذلک (للعموم) المتقدم نحو: «المؤمنون عند شروطهم» (او الجواز من الطرفین) لا من احدهما فقط- کما کان هذا الاحتمال فی السابق- (لاصالة التسلط) فان المبیح قبل الاباحة المعوضة بالإباحة کان مسلطا علی ماله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷۵

الخامس: فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه.

اعلم انه ذکر المحقق الثانی (ره) فی جامع المقاصد علی- ما حکی عنه- ان فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاة فی الاجارة و کذا فی الهبة و ذلک لأنه اذا امره بعمل علی عوض معین فعمله استحق الاجرة و لو کانت هذه اجارة فاسدة لم یجز له العمل و لم یستحق اجرة مع علمه بالفساد

فاذا شککنا فی انه هل سقط تسلطه أم لا، کان الاستصحاب مقتضیا لبقاء التسلط اللّهم الّا ان یقال انه لا مورد للاستصحاب بعد الشک فی بقاء الموضوع، بل یقال بأن: المؤمنون عند شروطهم، لا یدع مجالا للاستصحاب.

(الخامس: فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه) ای و عدم الجریان.

(اعلم انه ذکر المحقق الثانی «ره» فی جامع المقاصد- علی ما حکی عنه- ان فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاة فی الاجارة و کذا فی الهبة) کما لو اعطاه مالا بإزاء السکنی فی داره بدون ان یلفظا بشیء و کذلک فی المثال الآتی أو اعطاه شیئا و دلت القرائن علی ارادته الهبة له (و ذلک لأنه اذا امره بعمل علی عوض معین فعمله) بدون اجراء صیغة الاجارة (استحق) العامل (الأجرة و لو کانت هذه اجارة فاسدة) من جهة عدم اجراء صیغة الاجارة، و قلنا بعدم صحة المعاطاة فی الاجارة (لم یجز له العمل) فیما اذا کان تصرفا فی مال المستأجر کما لو اعطاه ثوبه لیخیطه فان تصرف الاجیر فی الثوب لا یجوز لأنه لیس تصرفا باجارة و لا اذن من غیر جهة الاجارة فلا یجوز التصرف (و لم یستحق اجرة مع علمه بالفساد) اذ الاجارة فاسدة فلا اجرة مسمی، و حیث انه علم بعدم الاجارة فلا اجرة مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷۶

و ظاهرهم الجواز بذلک و کذا لو وهب بغیر عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف و لو کانت هبة فاسدة لم یجز بل منع من مطلق التصرف و هو ملحظ وجیه انتهی.

و فیه: ان معنی جریان المعاطاة فی الاجارة- علی مذهب المحقق الثانی- الحکم بملک المأمور الأجر المعین علی الآمر و ملک الأمر العمل المعین علی المأمور و لم نجد من صرح به فی المعاطاة

له لأنه اقدم علی ضرر نفسه لعدم الأذن من مالک الثوب فی العمل حتی یستحق علیه اجرة المثل اما اذا لم یعلم الاجیر بالفساد استحق اجرة المثل لأن عمل المسلم محترم و لانه مغرور فیرجع الی من غرّه (و ظاهرهم الجواز بذلک) ای جواز عمل الاجیر بذلک الامر، فیدل علی انهم یقولون بالمعاطاة فی الاجارة (و کذا لو وهب بغیر عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف) من الموهوب له (و لو کانت هبة فاسدة لم یجز) لانه مال الغیر فیدل اجازتهم الاتلاف علی قولهم بجریان المعاطاة فی الهبة (بل) لو کانت فاسدة (منع) الآخذ (من مطلق التصرف) لأن التصرف فی مال الغیر لا یجوز ثم قال جامع المقاصد (و هو) ای کلام هذا البعض الّذی نسب الی ظاهر الفقهاء اجازتهم لجریان المعاطاة فی الاجازة و الهبة (ملحظ) ای ملاحظة (وجیه) و هذا منه موافقة علی جریان المعاطاة (انتهی) کلام المقاصد.

(و فیه: ان معنی جریان المعاطاة فی الاجارة- علی مذهب المحقق الثانی-) القائل بافادة المعاطاة الملک- کما تقدم فی مسألة المعاطاة فی البیع- (الحکم بملک المأمور) فی الاجارة المعاطاتیة (الاجر المعین علی الآمر) الّذی امره بخیاطة ثوبه- مثلا- (و ملک الأمر العمل المعین علی المأمور، و) هذا بالإضافة الی انه (لم نجد من صرح به فی المعاطاة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۷۷

و اما قوله: لو کانت اجارة فاسدة لم یجز له العمل فموضع نظر، لأنّ فساد المعاملة لا یوجب منعه عن العمل سیّما اذا لم یکن العمل

تصرفا فی عین من اموال المستأجر.

و قوله: لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع لان الظاهر ثبوت اجرة المثل لانه لم يقصد التبرع و انما قصد عوضا لم يسلم له.

فی الاجارة ينافی ظاهر قوله (و ظاهرهم الجواز بذلک) لأن معناه ان الامر مجوز للعمل لا أنه موجب له اللّهم الّا أن يقال ان المحقق يقول بالملک و ان الجواز يراد به مقابل الفساد الجواز مقابل اللزوم.

(و اما قوله: لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر، لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل) لوجود الاذن، و الامر على نحو تعدد المطلوب فانه يريد خياطة الثوب و يريد ان يكون ذلک بالاجارة، نعم فی صورة التقييد لا يجوز العمل لكن الغالب خلاف التقييد (سيّما اذا لم يكن العمل تصرفا فی عين عن اموال المستأجر) كما لو استأجره لحفر بئر فی الارض المباحة فانه و ان بطلت الإجارة و كانت على وجه التقييد جاز للأجير العمل.

(و قوله: لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع) بل يستحق الاجرة (لأن الظاهر ثبوت أجرة المثل لأنه) أمره بذلک و (لم يقصد التبرع و انما قصد عوضا) مسمى (لم يسلم له) و كلما انتفى المسمى جاء المثل، نعم فی صورة التقييد بأن قال: اريد ذلک بالاجارة دون سواها، لا حق للأجير فی أجرة المثل اذ مع علمه بالفساد لا يكون منبعثا عن أمر المستأجر حتى يكون على المستأجر اجرته.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۷۸

و اما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها الّا اذا قلنا فی المعاطات بالإباحة فان جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملک لكن المحقق الثانی ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للإباحة المجردة

(و أما مسألة الهبة) التی ذكر البعض ان اجازتهم للاتلاف دليل على قولهم بجريان المعاطاة فيها (فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها) اذ جواز الاتلاف اعم من الملک، فان كلا من الملک و الاباحة يقتضی جواز الاتلاف، فاستدلال من يقول بالملک- فی الهبة المعاطاتية- كالمحقق الثانی، بقولهم انه يجوز الاتلاف، استدلال بالأعم على الاخص، لأن الاتلاف اعم من الملک.

و الحاصل ان المحقق يقول بان الهبة المعاطاتية تفيد الملک، و يستدل لذلک بان الفقهاء قالوا بجواز اتلاف الموهوب بالهبة المعاطاتية، و من المعلوم ان هذا الاستدلال ليس بتام، لأن قولهم بجواز الاتلاف يمكن ان يكون مستندا لانهم يرون كون الهبة المعاطاتية تفيد الاباحة، (الّا اذا قلنا فی المعاطاة بالإباحة) فان قلنا ان المعاطاة تفيد الاباحة تمكنا ان نستدل لذلک بفتواهم انه يجوز اتلاف الموهوب بالمعاطاة (فان جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملک) فهم انما يقولون بجواز الاتلاف لانه إباحة، لا أنه ملک كما يريد المحقق الثانی- (لكن المحقق الثانی ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها) ای يجوز المعاطاة (مفيدا للإباحة المجردة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۷۹

و توقف الملک فی الهبة على الايجاب و القبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالک و مما ذكرنا يظهر المنع فی قوله: بل مطلق التصرف.

هذا و لكن الأظهر- بناء على جريان المعاطاة فی البيع- جريانها فی غيره من الاجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا للتمليک فيهما و ظاهر المحكی عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فی باب الرهن: ان الخلاف

عن الملک (و توقف الملک فی الهبة علی الایجاب و القبول کاد ان یکون متفقا علیه کما یظهر من المسالک) فکیف یمکن ان نقول بجریان المعاطاة فیها.

نعم نقول بأن المعاطاة تفید الاباحة- لا الهبة الشرعیة- و الاباحة لا یفتی بها جامع المقاصد بل یقول بالملک- کما عرفت-.

(و مما ذکرنا) من انه لو کانت هبة فاسدة لم یمنع الاتلاف بل یجوز الاتلاف لوجود الاباحة- و ان لم تکن هبة صحیحة- (یظهر المنع فی قوله:

بل مطلق التصرف) حیث قال: انه لو کانت هبة فاسدة یمنع مطلق التصرف فی الموهوب- و لو لم یکن تصرفا متلفا- وجه الظهور، انه علی تقدیر الاباحة لم یمنع مطلق التصرف کما لا یمنع الاتلاف الّذی هو اهم من التصرف غیر المتلف

(هذا) تمام الکلام حول ما ذکره جامع المقاصد (و لکن الأظهر- بناء علی جریان المعاطاة فی البیع- جریانها فی غیره) ای غیر البیع مطلقا (من الاجارة و الهبة) و غیرهما (لکون الفعل)- مقابل اللفظ- (مفید التملیک فیهما) ای فی الاجارة و الهبة (و ظاهر المحکی عن التذکرة عدم القول بالفصل بین البیع و غیره) فان قلنا بالمعاطاة فی البیع لزم ان نقول بالمعاطاة فی غیره (حیث قال فی باب الرهن الخلاف: ان الخلاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۸۰

بالاکتفاء فیه بالمعاطاة و الاستیجاب و الایجاب علیه المذکور فی البیع آت هنا انتهی.

لکن استشکله فی محکی جامع المقاصد بان البیع ثبت فیه حکم المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا.

و لعل وجه الاشکال عدم تأتی المعاطاة- بالاجماع- فی الرهن علی النحو الّذی اجروها فی البیع لانها هناک اما مفیدة للاباحة او الملکیة الجائزة علی الخلاف و الاول غیر مقصود هنا.

بالاکتفاء فیه) ای فی التعامل (بالمعاطاة و الاستیجاب و الایجاب) بان یقول المشتری بعنی، فیقول البائع: بعتک، (علیه) ای علی الاستیجاب بان یکون الایجاب مؤخرا و واقعا علی الاستیجاب (المذکور) ذلک الخلاف (فی البیع آت هنا) فی باب الرهن أیضا (انتهی).

(لکن استشکله فی محکی جامع المقاصد بان البیع ثبت فیه حکم المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا) فی باب الرهن فانه لا اجماع فیمکن الفرق بالقول بصحة المعاطاة فی باب البیع دون الرهن.

(و لعل وجه الاشکال) الّذی ذکره جامع المقاصد (عدم تأتی المعاطاة بالاجماع فی الرهن علی النحو الّذی اجروها) ای المعاطاة (فی البیع) قوله «بالاجماع» متعلق ب «عدم تأتی» (لانها هناک) ای المعاطات (مفیدة للاباحة او الملکیة الجائزة علی الخلاف) الّذی عرفته، اما القول بالملکیة اللازمة فقد تقدم انه غیر مشهور بینهم.

(و الاول) ای الاباحة (غیر مقصود هنا) فی باب الرهن اذ لا معنی للاباحة هنا لا من جانب المقترض بأن یکون المال الّذی اقترضه مباحا له، فان القرض یکون ملکا للمقترض، و لا من جانب المقرض الّذی یأخذ الوثیقة اذ لا معنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۸۱

و اما الجواز فکذلک لأنه ینافی الوثوق الّذی به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة انه لا یتصور هنا ما یوجب رجوعها الی اللزوم لیحصل به الوثیقة فی بعض الاحیان

و ان جعلناها مفیدة للزوم کان مخالفا لما اطبقوا علیه من توقف العقود اللازمة علی اللفظ و کان هذا.

لأن تکون الدار- مثلا- مباحة التصرف للمقرض اذ الراهن و المرتهن کلاهما ممنوعان عن التصرف.

(و اما الجواز) ای ان یحصل الرهن، لکن یکون رهنا جائزا- بحیث یتمکن صاحب المال من استرجاعه- کما فی المعاطاتی البیعی الّذی یحصل الملک لکنه ملک جائز (فکذلک) غیر مقصود هنا فی باب الرهن (لأنه) ای، الجواز (ینافی الوثوق الّذی به قوام مفهوم الرهن) اذ معنی الرهن: ان یکون وثیقة بید المقرض حتی اذا لم یتمکن من تحصیل ماله باع الوثیقة و استوفی دینه منها و اذا کان الرهن جائزا لم تکن وثیقة لأن صاحب الوثیقة یأخذها متی ما شاء (خصوصا بملاحظة انه لا یتصور هنا) فی باب الرهن (ما یوجب رجوعها الی اللزوم) کما کان کذلک فی البیع المعاطاتی حیث قلنا بان تصرّف احد الطرفین او تلف احد الشیئین یوجب لزوم المعاطاة اذ لا تلف و لا تصرف هنا بحیث یوجب اللزوم (لیحصل به الوثیقة فی بعض الاحیان) حتی یقال بتصور مفهوم الرهن فی الجملة.

(و ان جعلناها) ای المعاطاة فی باب الرهن (مفیدة للزوم) لیرتفع المحذور المتقدم (کان مخالفا لما اطبقوا علیه من توقف العقود اللازمة علی اللفظ) فالقول باللزوم باطل لأنه خلاف الاجماع (و کان هذا) الّذی ذکرناه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۵، ص: ۱۸۲

هو الّذی دعی المحقق الثانی الی الجزم بجریان المعاطاة فی مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشکال فی الرهن.

نعم من لا یبالی مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق علیه بینهم من توقف العقود اللازمة علی اللفظ او حمل تلک العقود علی اللازمة من الطرفین فلا یشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الایجاب بلفظ الامر کخذه، و الجملة الخبریة امکن ان یقول بافادة المعاطاة فی الرهن اللزوم لإطلاق بعض ادلة الرهن و لم یقم هنا اجماع علی عدم اللزوم کما قام فی المعاوضات.

من الاشکال فی جریان المعاطاة فی الرهن (هو الّذی دعی المحقق الثانی الی الجزم بجریان المعاطاة فی مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشکال فی الرهن) لأنه لا محذور فی الثلاثة مثل المحذور فی باب الرهن.

(نعم من لا- یبالی مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق علیه بینهم من توقف العقود اللازمة علی اللفظ) «من» بیان «ما» (او حمل تلک العقود)- فی کلامهم- التی قالوا انها تحتاج الی اللفظ (علی اللازمة من الطرفین) کالبیع و ما اشبه (فلا یشمل الرهن) الّذی هو جائز من طرف الآخذ للوثیقة (و لذا جوز بعضهم الایجاب بلفظ الامر) فی باب الرهن، و ان لم یجوز ذلک فی باب العقود اللازمة من الطرفین- کالبیع- (کخذه، و الجملة الخبریة) کأن یقول: «یأخذ داری صاحب المال». (امکن) خبر قوله: «نعم من لا یبالی» (ان یقول بإفادة المعاطاة فی) باب (الرهن اللزوم، لإطلاق بعض ادلة الرهن) الشاملة للرهن المعاطاتی کقوله سبحانه «فَرِهٰانٌ مَقْبُوضَةٌ» اذ الرهن المعاطاتی یسمی رهنا- عرفا- (و لم یقم هنا) فی باب الرهن (اجماع علی عدم اللزوم) فی ما اذا کان بالمعاطاة (کما قام) الاجماع علی عدم اللزوم (فی المعاوضات) و الحاصل ان المقتضی موجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۵، ص: ۱۸۳

و لاجل ما ذکرنا فی الرهن یمنع من جریان المعاطاة فی الوقف بأن یکتفی فیه بالاقباض لأن القول فیه باللزوم مناف لما اشتهر بینهم من توقف اللزوم علی اللفظ و الجواز غیر معروف فی الوقف من الشارع فتأمل.

نعم احتمل الاکتفاء بغیر اللفظ- فی باب وقف المساجد- من الذکری تبعا للشیخ

ثم ان الملزم للمعاطاة فیما تجری

و المانع مفقود فیلزم ان یحکم بصحة المعاطاة فی الرهن.

(و لاجل ما ذکرنا فی الرهن) من الاشکال الّذی حاصله ان «الاباحة» لا معنی لها، و «الجواز» ینافی کونه وقفا (یمنع من جریان المعاطاة فی الوقف بأن یکتفی فیه بالاقباض) مع وجود القرینة علی إرادة الوقف (لأن القول فیه باللزوم مناف لما اشتهر بینهم من توقف اللزوم علی اللفظ) بل قد تقدم دعوی الاجماع علی ذلک (و) ان قلت: اللزوم متوقف علی اللفظ فلیکن الوقف بلا لفظ جائزا قلت: (الجواز

غیر معروف فی الوقف من الشارع) اذ الوارد من الشرع کون الوقف مفیدا لبقاء العین، و تسبیل المنفعة اما ان یکون هناک وقف جائز فلیس بمعروف (فتأمل) لأن الوقف الجائز وارد فی الشریعة أیضا و هو ما اذا اشترط الرجوع کما هو مذکور فی کتاب الوقف

(نعم احتمل الاکتفاء بغیر اللفظ- فی باب وقف المساجد- من الذکری) للشهید (تبعا للشیخ) بأن یبنی مسجدا ثم یسلمه الی المصلین بدون ان یجری صیغة الوقف و ذلک لشمول قوله صلی الله علیه و آله و سلم «الوقوف و حسب ما وقفها اهلها» له.

(ثم ان الملزم للمعاطاة) ای ما یوجب لزومها (فیما تجری) للمعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۸۴

فیه من العقود الاخر هو الملزم فی باب البیع کما سنبینه بعد هذا الامر.

السادس: فی ملزمات المعاطاة علی کل من القول بالملک و القول بالإباحة.

اعلم: ان الاصل علی القول بالملک اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانیة المتقدمة

و اما علی القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس علی اموالهم و اصالة سلطنة المالک الثابتة قبل المعاطاة

(فیه من العقود الأخر) «من» بیان «ما» و ذلک مثل المزارعة و المساقاة و الرهن و الاجارة و غیرها- فیما اذا کانت لازمة بدون النظر الی انها اجریت بصورة المعاطاة- و قوله «الاخر» یراد بها ما یقابل البیع (هو الملزم فی باب البیع کما سنبیه) ای ما یلزم البیع (بعد هذا الامر) فی الأمر السادس.

(السادس: فی ملزمات المعاطاة علی کل من القول ب) افادة المعاطاة (الملک) المتزلزل (و القول بالإباحة) اما علی القول بافادتها الملک اللازم فلا کلام فیه.

(اعلم: ان الاصل علی القول بالملک اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانیة المتقدمة) و هی: الاصل و ان فائدة الملک السلطة، و الناس مسلطون، و تجارة عن تراض، و لا یحل مال امرئ، و لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ، و المؤمنون عند شروطهم، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۵، ص: ۱۸۴

(و اما علی القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس علی اموالهم) فالمبیح انما اعطی المال إباحة فهو مسلط علی ماله

(و اصالة سلطنة المالک الثابتة قبل المعاطاة) فانا اذا شککنا ان سلطنته قطعت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۸۵

و هی حاکمة علی اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالک لو سلم جریانها

اذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضین ملزم اجماعا علی الظاهر المصرح به فی بعض العبائر اما علی القول بالإباحة فواضح لأن تلفه من مال مالکه و لم یحصل ما یوجب ضمان کل منهما مال صاحبه

و توهم جریان قاعدة الضمان بالید هنا

بالإباحة أم بقیت کان مقتضی الاستصحاب البقاء، و لا یخفی ان الأصل الاول اجتهادی و هو: «الناس مسلطون علی اموالهم» و الاصل

الثانی عملی (و هی) ای استصحاب السلطنة (حاکمة علی اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالک لو سلم جریانها) بأن کانت الاباحة مطلقة ثم شک فی ارتفاعها اما اذا کانت الاباحة محدودة من اوّل الامر، فالشک فی بقائها من باب الشک فی المقتضی و لا یجری الاصل فیه، و اما وجه حکومة استصحاب السلطة علی استصحاب الاباحة فهو ان الشک فی الاباحة مسبب عن الشک فی بقاء السلطة فاذا استصحب السلطة کان محکما کما ان استصحاب الکریة محکمة بالنسبة الی استصحاب النجاسة فی الید التی غسلت فیه.

(اذا عرفت هذا) الّذی ذکرناه من مقتضی الأصل (فاعلم ان تلف العوضین ملزم) للمعاطاة (اجماعا علی الظاهر المصرح به فی بعض العبائر اما علی القول بالإباحة فواضح) وجه کون تلفهما ملزما (لأن تلفه من مال مالکه) المبیح (و لم یحصل ما یوجب ضمان کل منهما مال صاحبه) فاذا اعطی محمد علیا کتابا فی مقابل دینار. فتلفا، ذهب الدینار من علی و الکتاب من محمد، و لا وجه لضمان احدهما مال الآخر.

(و توهم جریان قاعدة الضمان بالید هنا) فان علی الید ما اخذت حتی

مندفع بما سیجیء.

و اما علی القول بالملک فلما عرفت من اصالة اللزوم و المتیقن من مخالفتها جواز تراد العینین و حیث ارتفع مورد التراد امتنع و لم یثبت قبل التلف جواز المعاملة علی نحو جواز البیع الخیاری حتی یستصحب بعد التلف لان ذلک الجواز من عوارض العقد لا العوضین فلا مانع من بقائه

تؤدی فالمشتری الآخذ للسلعة ضامن لها (مندفع بما سیجیء) من انه اذا کان الید بحق لا تجری هذه القاعدة فان الضمان اما شرعی کاللقطة أو مالکی و کلاهما مفقود فی المقام.

(و أما علی القول ب) افادة المعاطاة (الملک ف) واضح أیضا وجه کون تلفهما ملزما (لما عرفت من اصالة اللزوم) للمعاطاة- بالأدلّة الثمانیة المتقدمة- (و المتیقن من مخالفتها) ای مخالفة الاصل (جواز تراد العینین و حیث ارتفع مورد التراد) لأنه مع التلف لا یعقل التراد (امتنع) التراد و تبقی اصالة اللزوم سالمة (و) ان قلت فلیکن ما نحن فیه مثل باب الخیار فکما ان تلف العین لا یسقط خیار من له الخیار کذلک تلف العین فی باب المعاطاة لا یسقط جواز التراد منتهی الأمر حیث لا یمکن رد العین یرد بدلها، قلت (لم یثبت قبل التلف جواز المعاملة) المعاطاتیة (علی نحو جواز البیع الخیاری حتی یستصحب) هذا الجواز (بعد التلف) و ینتج الاستصحاب جواز تراد القیمة- مثلا- و انما نقول بالفرق بین الجواز هنا و الجواز فی باب الخیار (لان ذلک الجواز) فی باب الخیار (من عوارض العقد) و العقد باق بعد التلف أیضا فیمکن الأخذ بذلک الجواز و ابطال العقد (لا) عوارض (العوضین) کما فی باب المعاطاة فان محل الجواز العوضین فاذا تلفا ذهب محل الجواز (فلا مانع من بقائه) ای جواز الخیاری بعد التلف، اذ محل الجواز و هو العقد

بل لا دلیل علی ارتفاعه بعد تلفها بخلاف ما نحن فیه فان الجواز فیه هنا بمعنی جواز الرجوع فی العین نظیر جواز الرجوع فی العین الموهوبة فلا یبقی بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا یتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فی الهبة هذا مع ان الشک فی ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع فی العین او تراد العینین یمنع من استصحابه فان المتیقن تعلقه بالتراد، اذ لا دلیل فی مقابل اصالة اللزوم علی ثبوت ازید

باق (بل لا دلیل علی ارتفاعه) ای جواز (بعد تلفها) ای تلف العین (بخلاف ما نحن فیه) ای الجواز فی المعاطاة (فان الجواز فیه) ای فیما نحن فیه (هنا بمعنی جواز الرجوع فی العین نظیر جواز الرجوع فی العین الموهوبة فلا یبقی بعد التلف متعلق الجواز) کما فی باب

الهبـة لا ـ يبقى متعلق الجواز (بـل الجواز هنـا) اضـيق من الجواز فى الهبـة لأنـه (يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبـة) فالجواز فى الهبة يتقوم بشـىء واحد، و هنا يتقوم بشـيئين فاذا انتفى باحدهما بان تلف احد العوضين لم يمكن التراد (هذا) كله فيما اذا ثبت ان الجواز فى المقام متعلق- بالتراد- الّذى تعـذر بتلف احـدى العينين و اذا شك فى ذلك فالاصل أيضا عدم بقاء الجواز (مع ان الشـك فى ان متعلق الجواز) فى بـاب المعاطـاة (هـل هو اصـل المعاملـة) حتى يبقى الجواز بعـد تلف العينين- كـالجواز الخيارى- (او الرجـوع فى العين) حـتى يبقى الجواز بعـد تلفت احـدى العينين- كـالجواز فى الهبـة- (او تراد العينين) حـتى لا ـ يبقى الجواز اذا تلفت احدى العينين، فكيف بصورة تلفهما (يمنع من استصحابه) اى استصحاب الجواز (فان المتيقن تعلقه) اى الجواز (بالتراد، اذ لا دليل فى مقابلة اصالة اللزوم) للمعاطاة (على ثبوت ازيد

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۸۸

من جواز تراد العينين الّذى لا يتحقق الا مع بقائهما و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضـها على القول بالملك و اما على القول بالإباحـة فقـد اسـتوجه بعض مشايخنـا- وفاقـا لبعض معاصـريه تبعـا للمسالـك- اصالـة عـدم اللزوم لأصالـة سـلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها و فيه انها معارضـة بأصالـة براءة ذمته عن مثل التالف عنـده او قيمته و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله بعد القطع بأن هذه اليد

من جواز تراد العينين الّذى لا يتحقق) ذلك التراد (الا مع بقائهما) فان الاصل اللزوم- كما عرفت بالأدلّة الثمانيـة- و الخارج عن هذا الأصـل باجمـاع- صورة امكان تراد العينين فيبقى غير صورة تراد العينين داخلا فى اصالـة اللزوم (و منه) اى مما ذكرنا فى مسألـة تلف كلتـا العينين (يعلم حكم مـا لو تلف احـدى العينين او بعضـها) اى بعض احـدى العينين (على القول ب) افـادة المعاطـاة (الملك) و انه يحكم الاصل اللزوم (و اما على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحـة فقـد اسـتوجه بعض مشايخنا- وفاقا لبعض معاصـريه تبعا للمسالك- اصالـة عـدم اللزوم) فى صورة تلف احـد العينين او بعضـها (لأصالة سـلطنة مالك العين الموجودة و) بقاء (ملكه لها) فاذا اعطى محمد عليا كتابا بـدينار و تلف الـدينار كان لمحمـد استرداد كتابه الموجود، و عليه يكون ضامنا لدينار على حيث اتلفه بدون ان يعطى شـيئا لعلى فى مقابل ديناره (و فيه انها) اى اصالـة سـلطنة مالك العين الموجودة (معارضـة باصالـة براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته) لأن مقتضـى ذلك الأصل اشتغال الذمة و مقتضى هذا الاصل براءة الذمة فيتعارضان (و) ان قلت فليسقط الاصلان و يتمسك للاشتغال بالدليل الاجتهادى. قلت (التمسك بعموم على اليد هنا) لاشتغال الذمة (فى غير محله بعد القطع بأن هذه اليد

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۸۹

قبـل تلف العين لم تكن يـد ضـمان بـل و لا بعـده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع انما الكلام فى الضـمان اذا اراد الرجوع و ليس هـذا من مقتضـيات اليـد قطعا و لكن يمكن ان يقال: ان اصالـة بقاء السـلطنة حاكمـة على اصالـة عدم الضـمان بالمثل او القيمة مع ان ضمان التالف ببدله معلوم الا ان الكلام فى ان البدل هو البدل الحقيقى اعنى المثل او القيمة- او البدل الجعلى اعنى

قبل تلف العين لم تكن يد ضمان) و على اليد انما يأتى فى اليد الضمانية (بل و لا بعده) اى بعد التلف (اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع) كما لو تلف سـلعة زيـد فى يد عمرو فلم يرد عمرو الرجوع فى ديناره فانه لا شك فى ان عمرو لا يكون ضامنا للسـلعة لأن مقابلها فى يد عمرو فعلا- و هو الدينار- (انما الكلام فى الضـمان) اى ضمان ما تلف فى يده (اذا اراد) من تلف فى يـده (الرجوع) الى ماله (و ليس هـذا) الضـمان (من مقتضـيات اليـد قطعا) اذ لو كان من مقتضـيات اليد كان اللازم ان يكون موجودا سواء اراد الرجوع او لم يرد الرجوع.

(و لکن یمکن ان یقال) بحکومة اصل الضمان علی اصل البراءة و ینتج ذلک عدم لزوم المعاطاة حتی مع تلف احدی العینین ف (: ان اصالة بقاء السلطنة) لمن اتلف مال الغیر علی مال نفسه الموجود فی ید الغیر (حاکمة علی اصالة عدم الضمان) لأن الشک فی الضمان مسبب عن الشک فی السلطنة فاذا جرت اصالة السلطنة لم یکن مجال لأصل عدم الضمان (بالمثل) فی المثلی (او القیمة) فی القیمی (مع ان ضمان التالف ببدله معلوم) فلا یجری اصالة عدم الضمان (الا ان الکلام فی ان البدل هو البدل الحقیقی- اعنی المثل او القیمة- او البدل الجعلی) ای الّذی جعله المتعاطیان (اعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۹۰

العین الموجودة فلا اصل.

هذا مضافا الی ما قد یقال من ان عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» یدل علی السلطنة علی المال الموجود بأخذه و علی المال التالف بأخذ بدله الحقیقی و هو المثل او القیمة، فتدبر.

و لو کان احد العوضین دینا فی ذمة احد المتعاطیین

العین الموجودة) لدی طرف المعاطاة (فلا اصل) لعدم الضمان حتی یعارض اصالة الضمان و الحاصل ان اصالة عدم الضمان لا تجری لامرین:

الاول: لحکومة اصالة السلطنة علیها. الثانی: لأنها معارضة بالعلم الاجمالی بالضمان.

(هذا) لتقریب بقاء حق الفسخ فیما اذا کانت احدی العینین باقیة (مضافا الی ما قد یقال من ان عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» یدل علی السلطنة) لزید صاحب الکتاب- مثلا- (علی المال الموجود) و هو الکتاب- فیما اذا تلف دینار عمرو لدی زید و بقی کتاب زید لدی عمرو سالما (بأخذه) فلزید اخذ کتابه من عمرو (و) السلطنة لعمرو (علی المال التالف) کالدینار الّذی تلف عند زید (بأخذ بدله الحقیقی) مقابل البدل الجعلی الّذی هو الکتاب (و هو البدل او القیمة فتدبر) اذ «الناس مسلطون علی اموالهم» ظاهر فی کون المال موجودا، فاذا تلف الدینار لا یصدق علیه المال حتی یقال لشمول: «الناس مسلطون» للدینار التالف و لذا لم یعد الفقهاء الناس مسلطون من ادلة الضمان فی سائر الموارد، اللهم الا ان یقال: ان مقتضی الناس مسلطون تسلط صاحب الکتاب علی رد کتابه و مقتضی هذا التسلط تسلط صاحب الدینار علی رد مثل دیناره او قیمته.

(و لو کان احد العوضین دینا فی ذمة احد المتعاطیین) کما لو اعطی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۹۱

فعلی القول بالملک یملکه من فی ذمته فیسقط عنه و الظاهر انه فی حکم التلف، لأن الساقط لا یعود و یحتمل العود و هو ضعیف.

و الظاهر ان الحکم کذلک علی القول بالإباحة، فافهم

و لو نقل العینان او احداهما بعقد لازم فهو کالتلف

محمد کتابا لعلی فی مقابل الدینار الّذی یطلبه علی من محمد (فعلی القول ب) افادة المعاطاة (الملک یملکه) ای الدینار (من فی ذمته) کمحمد- فی المثال- (فیسقط عنه و الظاهر انه) ای السقوط لما فی الذمة (فی حکم التلف، لأن الساقط) عن الذمة (لا یعود) بحکم الاصل فانه اذا شک فی انه یعود الی ذمته ما سقط عنه کان اصل عدم العود محکما (و یحتمل العود) لأن الشک فی العود مسبب عن الشک فی حق محمد لاسترجاع کتابه، فاذا کان مقتضی أصالة السلطنة حق استرجاع محمد لکتابه کان محکما علی اصالة عدم العود فاذا ارجع محمد کتابه عاد الدینار الی ذمته فتشتغل به لعلی (و هو) ای احتمال العود (ضعیف) لأنه لا دلیل له من الشرع و لا شبه له.

(و الظاهر ان الحكم كذلك) اى كالملك فى انه لا يعود الدين فيما اذا كان احد العوضين دينا (على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة، فافهم) فانه فرق بين الاباحة و الملك اذ الناس مسلطون يجرى على تقدير الاباحة دون تقدير الملك فاللازم الفرق فى الدين بين القول بالملك و القول بالإباحة.

(و لو نقل) الطرفان (العينين او احداهما بعقد لازم) كأن باع على الكتاب، و اشترى محمد بالدينار سلعة (فهو) اى العقد اللازم (كالتلف)

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۵، ص: ۱۹۲

على القول بالملك لامتناع التراد. و كذا على القول بالإباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. و لو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان اجودهما ذلك اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك

للعين فى انه لا يمكن الرجوع فى المعاطاة- على التفصيل المتقدم- (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك لامتناع التراد) اذ العقد اللازم كالتلف موجب لعدم قدرة المالك الاول على استرداد الملك فان الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى (و كذا على القول بالإباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة) كما لو أخذ المشترى المال بالمعاطاة، و كان المال مباحا له، ثم باعه من شخص، اما لو قلنا بعدم إباحة التصرفات الناقلة فليس للمشترى المعاطاتى نقل العين فلا موضوع لهذه المسألة (و لو) نقل المعاطاتى العين بعقد لازم و بعد ذلك (عادت العين لفسخ) اقالة او عيبا او غير ذلك (ففى جواز التراد) بين المتعاطيين (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك لإمكانه) اى امكان التراد قبل نقله للعين فاذا شك فى انه بعد ان نقل العين و استرجعها هل يبقى حق التراد أم لا (فيستصحب) جواز التراد (و عدمه) اى عدم جواز التراد (لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه) فاذا خرج العين تبدل الموضوع فلا مجال للاستصحاب (وجهان) اى الجواز و عدمه (اجودهما ذلك) اى عدم جواز التراد (اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم) التابعة للملك- حيث قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك (جواز التراد بقول مطلق) سواء قبل خروج المال عن الملك المتعاطيين او بعد (بل المتيقن عنه) اى من الخروج عن اصل اللزوم (غير ذلك) المورد اى غير مورد خروج مال

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۵، ص: ۱۹۳

فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ الى ملك الثانى فلا دليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد فى السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها

عن ملكها (فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب) فلا يجرى استصحاب جواز التراد و انما يتمسك بعد الخروج عن ملكهما باصالة اللزوم (و كذا) اى الاجود عدم جواز التراد- بعد الخروج عن ملكهما- (على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة لان التصرف الناقل) عن المتعاطيين (يكشف عن سبق الملك) على النقل (للمتصرف) ملكا آنا مّا- كما سبق- (فيرجع) المال (بالفسخ الى ملك الثانى) اى الناقل، لا الى ملك الاول الّذى هو طرف الناقل- مثلا اعطى محمد عليا كتابا بالمعاطاة، و قلنا بافادة المعاطاة الاباحة، ثم نقل على الكتاب الى الحسن ثم فسخت المعاملة، فان الكتاب يرجع الى على لا الى محمد، اذ وقت بيع على الكتاب صار الكتاب ملكا له انا ما- فاذا فسخ البيع رجع الى ملكه الى ملك محمد، اذ لا دليل على رجوعه الى ملك الاول (فلا دليل على زواله) اى زوال ملك على للكتاب (بل الحكم) بعدم جواز الرجوع (هنا) على القول بالإباحة (اولى منه) اى من الحكم (على القول بالملك) اى بافادة المعاطاة الملك (لعدم تحقق جواز التراد) للمتعاطيين (فى السابق) على النقل (هنا) فى باب الاباحة (حتى يستصحب) هذا الحكم

بالتراد بعد النقل (بل المحقق) قبل النقل (اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع) ذلك الاصل (بانتفائها) اى انتفاء سلطنة المالك الاول بالنقل و الحاصل على الملك، كان الكتاب لعلى، و كان لمحمد الحق فى الاسترداد، فاذا نقله على ثم عاد الى ملكه استصحبنا بقاء حق محمد فى الاسترداد، اما على الاباحة كان الكتاب لمحمد- فى يد على- فاذا نقله على ثم رجع الكتاب إليه، لم يكن- سابقا حق استرداد حتى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۹۴

نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول و ان كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكه الاول او عائدا إليه بفسخ

يستحب- اذ فى السابق كان الكتاب لمحمد، لا ان محمدا كان يحق له الاسترداد.

(نعم) يمكن ان نقول بعود الملك الى المالك الاول- اى محمدا فى المثال- على القول بالإباحة، بتقريب ان الكتاب كان لمحمد- فى يد على- و صار ملكا لعلى من جهة انه نقله، فاذا فسخ النقل انفسخ ملكية على أيضا، فالكتاب عاد الى محمد فانه (لو قلنا بان الكاشف عن الملك) اى الّذى يكشف عن كون الكتاب صار ملكا لعلى- المباح له- (و هو العقد الناقل) الّذى اجراه على مع الحسن المشترى منه (فاذا فرضنا ارتفاعه) اى العقد (بالفسخ) الّذى جرى بين على و الحسن (عاد الملك الى المالك الاول) الّذى هو محمد (و ان كان) الملك (مباحا لغيره) الّذى هو على فكما كان قبل بيع على مباحا لعلى كذلك بعد ان فسخ البيع (ما لم يسترد) على المباح له- (عوضه) فما لم يأخذ على ديناره من محمد كان الكتاب مباحا له سواء قبل ان يبيعه من الحسن او بعد ان باعه و فسخ البيع (كان) جواب «لو» (مقتضى قاعدة السلطنة) لمحمد- فى المثال- (جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر) كالدينار فى المثال (باقيا على ملك مالكه الاول) الّذى هو على بأن لم يتصرف فيه محمد (او عائدا إليه) اى الى مالكه الاول، (بفسخ) بأن اشترى بالدينار محمد شيئا ثم فسخ بأن عاد الدينار الى محمد، و صار الى ملك على، اما اذا تلف الدينار، فتدخل المسألة فيما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۱۹۵

و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفى فيه إباحة التصرف و الاتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الامر الرابع

لكن الوجهين ضعيفان بل الاقوى رجوعه بالفسخ الى البائع.

تقدم من انه اذا تلف احد العوضين فهل هناك حق التراد أم لا.

(و كذا) عطف على قوله «نعم لو قلنا» (لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك) للمباح له بان قلنا: ان بيع على الكتاب لا يتوقف على سبق ملكه له- آنا مّا- (بل يكفى فيه) اى فى بيعه (إباحة التصرف و الاتلاف) لعلى و ان كان الملك لمحمد (و) قلنا بان عليا (يملك الثمن) للكتاب (بالبيع) بان يعطى على كتاب محمد و يأخذ ثمنه لنفسه (كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الامر الرابع) من انه يجوز خروج المال عن كيس شخص ليدخل الثمن فى كيس غيره، فانه على هذا الاحتمال- الّذى ذكرناه بقولنا: و كذا لو قلنا- أيضا يصح التراد اذا رجع المال الى المباح له بالفسخ لأنه لم يحدث ملك للمباح له اصلا حتى يمنع التراد.

(لكن الوجهين) اللذين ذكرناهما لصحة رجوع المال الى المالك الاول، كمحمد، بعد انفساخ بيع على من الحسن، و الوجهان هما ما ذكرناهما بقولنا: «نعم لو قلنا» و «و كذا لو قلنا» (ضعيفان) لما عرفت سابقا (بل الاقوى رجوعه) اى المال- كالكتاب- (بالفسخ الى البائع) المباح له- كعلى- الا الى طرف البائع الّذى كان الكتاب له أولا، كمحمد- فى المثال- هذا كله فيما اذا كان على نقل الكتاب بالعقد اللازم، كما لو باعه مثلا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۹۶

و لو كـان الناقـل عقـدا جـائزا لم يكن لمالـك العين الباقيـة الزام الناقـل بـالرجوع فيه و لا رجوعه بنفسه الى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب.

و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك

نعم لو كان غير معاوضة، كالهبة و قلنا بان التصرف فى مثله.

(و لو كان الناقل عقـدا جائزا) كما لو وهب على الكتاب هبـة جائزة (لم يكن لمالك العين الباقيـة) كمحمـد الّذى صار مالكا للـدينار (الزام الناقل) اى على (بالرجوع فيه) بان يقول له ارجع فى هبتك لانى اريـد ارجاع الكتاب و اعطائك الـدينار (و لا رجوعه بنفسه الى عينه) بان يرجع محمـد الى الكتاب الّذى عنـد الموهوب له (فالتراد غير متحقق) فانه و ان تمكن من ارجاع الـدينار لكنه لا يتمكن من استرجاع الكتاب (و تحصيله) اى تحصيل ما يحقق التراد (غير واجب) على على بأن يسترجع الكتاب من عند الموهوب له و ذلك لأنه لا دليل على وجوب ذلك على على كما لا دليل على جواز ذلك لمحمـد بان يسترجع الكتاب من الموهوب له بـدون استرجاع على اياه.

(و كـذا) التراد غير متحقق (على القول بالإباحـة) فيمـا اذا كـان نقـل العين نقلا جائزا (لكون المعاوضـة) الجائزة التى اجراها على على الكتاب (كاشـفة عن سبق الملك) فان الكتاب و ان كان مباحا لعلى لكن لما وهبه او اجرى عليه معاوضة جائزة صار الكتاب ملكا له- آنا مّا- كما تقدم، فالاباحة انتهت، و عليه ليس الكتاب بعد المعاوضة الجائزة ملكا لمحمد حتى يقال بانه يحق له الرجوع فيه.

(نعم لو كـان) النقل الجائز الّذى اجراه على على الكتاب (غير معاوضـة كالهبـة) فانها ليست معاوضـة و انما ايقاع (و قلنا بان التصـرف مثله)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۹۷

لا يكشف عن سبق الملك اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض ما لا لواحـد و انتقال المعوض الى الاخر بل الهبـة ناقلة للملك من ملك المالك الى المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز الـتراد مع بقـاء العين الاخرى او عودها الى مالكها بهذا النحو من العود

اى مثل ما ليس بمعاوضة و كان جائزا، لا مثل تحرير العبد الّذى هو لازم و ليس بجائز (لا يكشف عن سبق الملك) الآنى لعلى (اذ لا عوض فيه) اى فى النقل غير المعاوضـى (حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحـد) كعلى (و انتقال المعوض من الاخر) كانتقال الكتاب من محمـد- و الحاصـل ان الجهـة التى تسـبب عـدم المعقوليـة- و هى ان يـدخل العوض فى كيس من لا يخرج المعوض من كيسه- مفقودة فى المقـام، اذ الهبـة لا عوض لهـا حتى يقال كيف يـدخل العوض فى كيس على بينما يخرج المعوض من كيس محمـد (بل الهبـة ناقلـة للملك) اى الكتاب (من ملك المالك) الّذى هو محمد (الى المتهب) الّذى هو الحسن، و النقل انما اجراه على (فيتحقق) مربـوط ب «نعم» (حكم جواز للرجوع) الى الكتـاب (بالنسـبة الى المالـك) فللمالـك ان يرجع الى الكتـاب بـان يفسـخ الهبـة و يـأخذ الكتـاب من الحسن (لا الواهب) الّذى هو على اذ ليس المـال لعلى حتى يكون له الرجوع، لفرض ان الكتـاب كـان مباحـا لعلى لا انه ملك له (اتجه) جواب «نعم» (الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى) كالـدينار، بان يرد محمد الدينار لعلى و يأخذ الكتاب- الّذى هو بـدل الـدينار- من الحسن (او عودها) اى العين الاخرى (الى مالكها) الّذى هو «على» (بهذا النحو من العود) بان كان محمد أيضـا واهبا الدينار للحسين، فعلى يسترد الدينار من الحسين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۱۹۸

اذ لو عاد بوجه آخر کان حکمه حکم التلف.

و لو باع العین ثالث فضولا فاجاز المالک الاول علی القول بالملک لم یبعد کون اجازته رجوعا کبیعه و سائر تصرفاته الناقلة.

و لو اجاز المالک الثانی نفذ بغیر اشکال و ینعکس الحکم

و محمد یسترد الکتاب من الحسن (اذ لو عاد) ای العین الاخری- کالدینار- الی علی (بوجه آخر) بان اشتری علی الدینار من الحسین مثلا- (کان حکمه حکم التلف) فلا- یحق لمحمد ان یسترد الکتاب من الحسن، اذ لا یمکن لعلی ان یسترد دیناره من الحسین، فانه اشتراه منه قبل ذلک، و قد عرفت ان محمدا یحق له استرجاع الکتاب فیما اذا تمکن علی من استرجاع الدینار.

(و لو باع العین) المعاطاتیة (ثالث فضولا) کما لو باع الکتاب الّذی عند علی العباس فضولا- بدون اجازه علی- (فاجاز المالک الاول) الّذی هو محمد (علی القول بالملک) ای بافادة المعاطاة الملک- بأن افادت المعاطاة ملک علی للکتاب ملکا جائزا- (لم یبعد کون اجازته) ای اجازه محمد للبیع الفضولی (رجوعا) عن معاملته المعاطاتیة- السابقة- (کبیعه) ای بیع محمد الکتاب (و سائر تصرفاته الناقلة) کالهبة المعوّضة و ما اشبه، اذ المعاطاة ملک جائز، فاذا باع محمد او اجری علیه معاملة ناقلة او اجاز معا معاملة فضولیة وقعت علی الکتاب کان ذلک رجوعا منه الی الکتاب الّذی باعه من علی معاطاة.

(و لو) باع العباس کتاب علی فضولة ثم (اجاز المالک الثانی) الّذی هو علی (نفذ) الفضولی (بغیر اشکال) لأنه کان مالکا له فنفذ اجازته (و ینعکس الحکم) الّذی ذکرناه بقولنا فی المالک الاول: «لم یبعد» و فی المالک

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۱۹۹

اشکالا و وضوحا علی القول بالإباحة و لکل منهما رده قبل اجازة الآخر، و لو رجع الاول فأجاز الثانی فان جعلنا الاجازة کاشفة لغی الرجوع و یحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فینفذ و یلغو الاجازة و ان جعلناها ناقلة

الثانی: «نفذ بغیر اشکال» (اشکالا) بالنسبة الی «علی» (و وضوحا) بالنسبة الی «محمد» (علی القول بالإباحة) فلو باع الفضولی الکتاب الّذی ابیح لعلی- بالمعاطات- فاجاز محمد «نفذ بلا اشکال» و لو اجاز علی «لم یبعد نقوذ اجازته» (و لکل منهما) ای من محمد و علی فی مثال بیع العباس للکتاب فضولة (رده) ای رد المتعامل الفضولی (قبل اجازة الآخر) اما بعد الاجازة- علی تقدیر صحة الاجازة- فلا مورد للرد اذ نفذت الفضولیة بعد لحوق الاجازة بها (و لو رجع الاول) ای محمد فی الکتاب الّذی باعه عباس- من عند علی- فضولیة (فأجاز الثانی) ای علی للمعاملة الفضولیة (فان جعلنا الاجازة کاشفة) عن صحة البیع فی محله (لغی الرجوع) الّذی اجراه محمد، اذ الاجازة من علی- و لو کان متأخرا عن رد محمد، زمانا- لحقت المعاملة الفضولیة فی حین المعاملة فلا ینفع ردّ محمد و لو کان الرد سابقا علی الاجارة (و یحتمل عدمه) ای عدم لغویة رجوع محمد، و انما یلغوا اجازة علی (لأنه رجوع) من محمد (قبل تصرف الآخر) ای علی (فیفسد و یلغو الاجازة) من علی، بعد ان ردّها محمد، و قوله: «و یلغو» عطف بیان لیفسد، و فی بعض النسخ: «فینفذ الرجوع و یلغو الاجازة» (و ان جعلناها) ای الاجازة (ناقلة) من حین الاجازة- علی الاختلاف الآتی فی باب الفضولی من ان الاجازة کاشفة

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۰

لغت الاجازة قطعا.

و لو امتزجت العینان او احداهما سقط الرجوع علی القول بالملک، لامتناع التراد و یحتمل الشرکة و هو ضعیف اما علی القول بالإباحة، فالاصل بقاء التسلط علی ماله الممتزج بمال الغیر، فیصیر المالک شریکا مع مالک الممتزج به نعم لو کان المزج ملحقا له بالاتلاف جری علیه حکم التلف و لو تصرف فی العین

او ناقلـة- و قوله: «و ان جعلناها» عطف علی قوله: «فان جعلنا الاجازة» (لغت الاجازة) من علی (قطعا) لأن ردّ محمـد سابق و قـد بطلت الفضولیة بردّه فلا موقع لاجازة علی.

(و لو امتزجت العینان او احـداهما) کما لو باع الـدهن بالدبس معاطاة فامتزجا، او امتزج الدهن فقط- مثلا- (سـقط الرجوع علی القول به) افـادة المعاطـاة (الملـک، لامتنـاع التراد) لأن الممتزج غیر ممکن رده، (و یحتمل الشـرکة) بین صاحب الـدهن- مثلا- و الشـخص الّذی امتزج ماله بالـدهن، فیصـح التراد (و هو ضـعیف) لأن القـدر المتیقن من مورد الرجوع علی القول بالملک- بقاء کل من العینین سالما- کما تقـدم- (أما علی القول به) افادة المعاطاة (الاباحـة، فالاصل بقاء التسـلّط) لصاحب الـدهن الّذی اباحه للمشتری (علی ماله الممتزج بمال الغیر، فیصیر المالک) للدهن فی المثال (شریکا مع مالک الممتزج به) مثلا: امتزج بالدهن العسل فصاحب الدهن یکون شریکـا مع صـاحب العسـل (نعم لو کـان المزج) بحیث یکون (ملحقا له) ای للمال الممزوج (بالاتلاف) کما لو امتزج سـکره بماء کر بحیـث لم یظهر طعم الحلاـوة فی المـاء (جری علیه) ای علی المـال الممـتزج (حکم التلـف) فلاـ یصـح الرجـوع (و لـو تصـرف) احد المتعاطیین (فی العین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۱

تصـرفا مغیرا للصورة کطحن الحنطـة و فصـل الثوب فلا لزوم علی القول بالإباحـة و علی القول بالملک ففی اللزوم وجهان مبنیان علی جریان استصحاب جواز التراد.

و منشأ الاشکال ان الموضوع فی الاستصحاب عرفی او حقیقی.

ثم انـک قـد عرفت مما ذکرنا انه لیس جواز الرجوع فی مسألـة المعاطاة نظیر الفسـخ فی العقود اللازمـة حتی یورث بالموت و یسـقط بالاسقاط ابتداءً او فی ضمن المعاملة بل هو.

تصرفا مغیرا للصورة) العرفیة (کطحن الحنطة و فصل الثوب) اما التصرف المغیر للصورة النوعیة کحرق الخشب و ما اشبه، فهذا یعد فی العرف اتلافا (فلا لزوم علی القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة) لاستصحاب بقاء سلطته و حقه علی المال المتغیر (و علی القول بالملک ففی اللزوم) للمعاطاة بسبب تغییر الصورة (وجهان مبنیان علی جریان استصحاب التراد) فاذا قلنا بالاستصحاب لا نقول باللزوم. و ان لم نقل بالاستصحاب لزم القول باللزوم

(و منشأ الاشـکال) و الاحتمالین (ان الموضوع فی الاستصـحاب عرفی) و علیه فالحنطـة نفس الطحین عرفا فلا لزوم (او حقیقی) و علیه فالحنطة غیر الطحین فالمعاطاة لازمة.

(ثم انـک قـد عرفت ممـا ذکرنـا) من ان المعاطاة اما تفیـد الملک المتزلزل او الاباحـة (انه لیس جواز الرجوع فی مسألـة المعاطاة نظیر الفسـخ فی العقود اللازمـة) لأنها لیست کالعقود اللازمـة (حتی یورث بالموت) فاذا مات المعاطاتی ورثه وارثه فی فسـخ المعاطاة التی اجراها (و یسـقط بالاسـقاط ابتـداءً) کان یقول المتعاطی: اسـقطت حقی فی الرجوع (او فی ضـمن المعاملة) بان یعاملا معاملة اخری و یشترطا فی ضمن تلک المعاملة سقوط حقها فی الرجوع فی المعاطات (بل هو) ای الرجوع فی المعاطاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۲

علی القول بالملک نظیر الرجوع فی الهبـة و علی القول بالإباحـة نظیر الرجوع فی إباحة الطعام بحیث یناط الحکم فیه بالرضـی الباطنی بحیث لو علم کراهة المالک باطنا لم یجز له التصرف.

فلو مـات احـد المـالکین لم یجز لوارثه الرجوع علی القول به الملک للاصل لأن من له و إلیه الرجوع هو المالک الاصـلی و لا یجری الاستصحاب.

و لو جن احدهما فالظاهر قیام ولیه مقامه فی الرجوع علی القولین

(علی القول بالملک نظیر الرجوع فی الهبهٔ) الجائزهٔ الّذی هو استرجاع لملک الغیر (و علی القول بالإباحهٔ نظیر الرجوع فی إباحهٔ الطعام) کما اذا اباح زید لعمرو طعامه ثم قال: رجعت فیه، بل (بحیث یناط الحکم فیه) ای، فی کونه مباحا (بالرضی الباطنی بحیث لو علم کراههٔ الملک باطنا لم یجز له التصرف) فانه لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه و اذا کان المأخوذ حیاء کالمأخوذ غصبا.

(فلو مات احد المالکین لم یجز لوارثه الرجوع) فی ما اعطاه الطرف (علی القول به) افادهٔ المعاطاهٔ (الملک للاصل) فان حق الرجوع شیء لم یعلم ثبوته لوارثه (لأن من له و إلیه الرجوع) ای له ان یرجع فیما اعطاه له (هو المالک الاصل) و الوارث لیس بمالک اصلی (و لا یجری الاستصحاب) ای استصحاب بقاء الحق، لأن الوارث قبلا لم یکن له حق حتی یستصحب، و المالک الّذی کان له الحق لم یبق بل مات. اما علی القول بالإباحهٔ فالمال للمعطی، و کل ما کان للمعطی ینتقل الی وارثه و لا دلیل علی ان الموت یوجب نقل المال من المیت الی المعطی له.

(و لو جن احدهما فالظاهر قیام ولیه مقامه فی الرجوع علی القولین):

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۳

السابع: أن الشهید الثانی ذکر فی المسالک وجهین فی صیرورهٔ المعاطاهٔ بیعا بعد التلف او معاوضهٔ مستقلهٔ.

قال: یحتمل الاول لأن المعاوضات محصورهٔ و لیست احداها و کونها معاوضهٔ برأسها یحتاج الی دلیل و یحتمل الثانی لإطباقهم علی انها لیست بیعا حال وقوعها فکیف یصیر بیعا بعد التلف و تظهر الفائدهٔ

القول بالملک و القول بالإباحهٔ، اما علی الاباحهٔ فلأنه ملک للمجنون و لا دلیل علی ان الجنون ینقل الملکیهٔ الی المعطی له، و من المعلوم ان حق التصرف فی الملک للولی، و اما علی القول بالملک فلأن اسقاط الجنون لحق المجنون فی الارجاع خلاف الأصل فاذا ثبت الحق بالاستصحاب قام الولی مقامه فی هذا الحق (السابع: ان الشهید الثانی ذکر فی المسالک وجهین) و احتمالین (فی صیرورهٔ المعاطاهٔ بیعا بعد التلف) حتی یجری علیها احکام البیع (او معاوضهٔ مستقلهٔ) لیست بالمعاملات المتعارفهٔ، و القاعدهٔ فی مثل هذه المعاوضهٔ ان لا تجری علیها احکام المعاوضهٔ المتعارفهٔ، و انما تجری الاحکام الکلیهٔ نحو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و تِجارَهً عَنْ تَراضٍ، و المؤمنون عند شروطهم. و ما اشبه.

(قال) الشهید (: یحتمل الاول) و کونها بیعا (لأن المعاوضات محصورهٔ) فی الامور التی ذکرت فی الکتب الفقهیهٔ (و لیست) المعاطاهٔ (احداها) فلا بد و ان تکون بیعا (و کونها معاوضهٔ) مستقلهٔ (برأسها یحتاج الی دلیل) و لا دلیل علی ذلک. (و یحتمل الثانی) و انها معاوضهٔ مستقلهٔ (لإطباقهم) ای اتفاق الفقهاء (علی انها لیست بیعا حال وقوعها) ای حال التعاطی (فکیف یصیر بیعا بعد التلف) اذ لا دلیل علی ان التلف یصبغ المعاطاهٔ بصبغهٔ البیع (و تظهر الفائدهٔ) فی کونها بیعا

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۴

فی ترتب الاحکام المختصهٔ بالبیع علیها کخیار الحیوان لو کان التالف الثمن او بعضه و علی تقدیر ثبوته فهل الثلاثهٔ من حین المعاطاهٔ او من حین اللزوم کل محتمل.

و یشکل الاول بقولهم: انها لیست بیعا.

او معاملـهٔ مسـتقلهٔ (فی ترتب الاحکـام المختصـهٔ بالبیع علیها کخیار الحیوان لو کان التالف الثمن) فی ضـمن ثلاثـهٔ ایام (او بعضه) ای بعض الثمن، فـانه ان کـان بیعـا کـان للمشـتری الخیـار فی رد الحیوان و الرجوع الی الثمن مثلاـ او قیمته، و ان لم یکن بیعـا لم یکن له الخیار، اذ لا دلیل علی ان کل مبادلـهٔ طرفها الحیوان یجری فیها الخیار، و کذلک خیار المجلس فیما لو تلف فی المجلس. و هکذا (و علی تقـدیر ثبوته) ای ثبوت خیار الحیوان فی المعاطاهٔ لکونها بیعا (فهل الثلاثهٔ) الایام التی هی ایام الخیار (من حین المعاطاهٔ) حتی اذا کـان التلف فی الیوم الثانی لم یکن له الخیار الّا فی یوم و بعض یوم و لو کان التلف بعـد الثلاثـهٔ سـقط الخیار لانقضاء الثلاثـهٔ (او من حین اللزوم) المحقق بتلف الثمن او بعضه فی ای وقت حصـل التلـف (کـلّ) من کون الخیـار من حین التلف، او من وقت المعاطـات (محتمـل) امـا احتمال کونه من حین المعاطاهٔ، لأنه وقت الانتقال، و الخیار یثبت من وقت النقل و الانتقال. و اما احتمال کونه من حین اللزوم فلأن الخیار انما یرفع اللزوم و المعاطاهٔ قبلا لم تکن لازمـهٔ حتی تحتاج الی الخیار، بالإضافهٔ الی ان المعاطاهٔ قبل اللزوم لم تکن بیعا و خیار الحیوان انما هو فی البیع.

(و یشکل الاول) ای کونه من حین المعاطاهٔ (بقولهم: انها لیست بیعا) فکیف یثبت الخیار فیما لیس ببیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۵

و یشکل الثانی بأن التصرف لیس معاوضهٔ بنفسها.

اللهم الّا ان یجعل المعاطاهٔ جزء السـبب و التلف تمامه و الاقوی عـدم ثبوت خیار الحیوان هنا بناء علی انها لیست لازمهٔ و انما یتم علی قول المفید و من تبعه و اما خیار العیب و الغبن فیثبتان علی التقدیرین کما ان خیار المجلس منتف انتهی

و الظاهر ان هذا تفریع علی القول بالإباحهٔ فی المعاطاهٔ.

و اما علی القول بکونها مفیدهٔ للملک المتزلزل

(و) یشـکل (الثانی) ای کونه من حین اللزوم (بأن التصـرف لیس معاوضـهٔ بنفسـها) حتی یکون مبـدأ الخیار، و مبدأ الخیار انما هو من حین المعاوضهٔ.

(اللهم الّا ان یجعل المعاطاهٔ جزء السـبب و التلف تمامه) فیتحقق بالتلف السـبب فیکون ذلک وقت المعاوضـهٔ و مبدأ الخیار (و الاقوی عـدم ثبوت خیار الحیوان هنا) فی المعاطاهٔ اصـلا، (بناء علی انها لیست لازمهٔ) و ما لا لزوم له لا خیار فیه (و انما یتم) خیار الحیوان فی المعاطاهٔ (علی قول المفیـد و من تبعه) من ان المعاطاهٔ معاملـهٔ لازمـهٔ- کما تقدم- (و اما خیار العیب و الغبن) فی المعاطاهٔ (فیثبتان علی التقدیرین) ای تقدیر کون المعاطاهٔ بیعا او معاملهٔ مسـتقلهٔ لأنهما لیسا خاصین بالبیع (کما ان خیار المجلس منتف) لأن مجلس المعاطاهٔ لا لزوم له حتی یثبت الخیار و حال التلف لیس بمجلس المعاملهٔ حتی یثبت الخیار (انتهی) کلام الشهید.

(و الظاهر) من سیاق کلام الشهید (ان هذا) الکلام کله (تفریع علی القول بالإباحهٔ فی المعاطاهٔ).

(و اما علی القول بکونها مفیدهٔ للملک المتزلزل) کما قاله المحقق الثانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۶

فینبغی الکلاـم فی کونهـا معاوضـهٔ مسـتقلهٔ او بیعـا متزلزلا قبل اللزوم حتی یتبعه حکمها بعـد اللزوم اذ الظاهر انه عنـد القائلین بالملک المتزلزل بیع بلا اشـکال فی ذلک عندهم علی ما تقدم من المحقق الثانی فاذا لزم صار بیعا لازما فیلحقه احکام البیع عدا ما استفید من دلیله ثبوته للبیع العقدی الّذی مبناه علی اللزوم لو لا الخیار، و قد تقدم ان الجواز هنا لا یراد به ثبوت الخیار

(فینبغی الکلام فی کونها معاوضـهٔ مستقلهٔ او بیعا متزلزلا قبل اللزوم) الّذی یتحقق بالتلف (حتی یتبعه حکمها) ای حکم المعاطاهٔ (بعد اللزوم) و الحاصـل، انه لو قلنا بافادهٔ المعاطاهٔ الاباحـهٔ صـح ان یقال انها بعـد التلف بیع او معاوضـهٔ مسـتقلهٔ، و اما لو قلنا بافادهٔ المعاطاهٔ

الملك المتزلزل فلا مجال لأن يقال انها بعد اللزوم بيع او معاوضة مستقلة، اذ الملك المتزلزل المتحقق قبل التلف هو نفس البيع فلا معنى لاحتمال كونها بيعا بعد اللزوم، و قد ذكر سبب قوله «فيلغى» بقوله: (اذ الظاهر انه) التعامل المعاطاتى (عند القائلين بالملك المتزلزل بيع) فلا وجه لاحتمال كونها بيعا بعد اللزوم (بل لا اشكال فى ذلك) اى فى كونها بيعا- عند القائل بالملك المتزلزل- (عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى) و عليه (فاذا لزم) بتلف احد الطرفين (صار بيعا لازما) بعد ان كان بيعا جائزا (فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله) الضمير عائد الى «ما» و مصداق «ما» «الحكم» اى سوى الحكم الّذى استفيد من دليل ذلك الحكم (ثبوته للبيع العقدى الّذى مبناه) اى مبنى ذلك البيع (على اللزوم لو لا الخيار، و) ليس المعاطاة مما بنى على اللزوم لو لا الخيار لما (قد تقدم ان الجواز هنا) فى باب المعاطاة (لا يراد به ثبوت الخيار) بل الجواز ذاتى للمعاطاة كالجواز فى الهبة، ثم انه لا يخفى ان بعض المحشين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۰۷

و كيف كان فالاقوى انها- على القول بالإباحة-: بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف احدى العينين او ما فى حكمه و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اوّل الامر.

و المحكى عن حواشي الشهيد ره ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الاباحة

صححوا عبارة المتن بما هو خلاف الظاهر من غير حاجة إليه- فراجع حواشي الشهيد «ره» و غيره- كما ان استظهار المصنف ما ذكره محل مناقشه.

(و كيف كان فالاقوى انها) اى المعاطاة (- على القول بالإباحة بيع عرفى لم يصحه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف احدى العينين) اما انه بيع عرفى فلانا نرى العرف يحكمون عليها بأنها بيع و اما ان الشارع لم يمضه و ان الامضاء بعد التلف فلما تقدم من الدليل على ذلك (او ما فى حكمه) اى ما فى حكم التلف كالنقل اللازم و ما اشبه- مما قد سبق- (و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما) اى الحكم الّذى (اختص دليله) اى دليل ذلك الحكم (بالبيع الواقع صحيحا من اوّل الامر) كخيار المجلس و ما اشبه.

(و) الظاهر ان (المحكى عن حواشي الشهيد ره) من (ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة، و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الاباحة) يعنى ان المعاطاة بناء على القول بالإباحة معاوضة جائزة او لازمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۰۸

و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد ان يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن: لا اشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة- التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة- بما اذا تحقق إنشاء التمليك او الاباحة بالفعل و هو قبض العينين اما اذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللفظى كما قويناه

(و كونها معاوضة) اباحية (قبل اللزوم) الحاصل بالتلف (من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى) «من» متعلق ب «معاوضة» (لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك) لما عرفت سابقا من ان لزوم امر لا يلازم الملك بل المعاوضة لازمة من باب: المؤمنون عند شروطهم .. و ما اشبه (كما لا يخفى فلا بد ان يقول) الشهيد (بالإباحة اللازمة فافهم) فان القول بالإباحة اللازمة غير مألوف عندهم بل قد عرفت سابقا ان المعاطاة اما إباحة او ملك، و بعد التلف ملك.

(الثامن: لا اشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة- التى هى معركة الآراء) و مصب الافكار (بين الخاصة و العامة- بما اذا تحقق إنشاء

التملیک او الاباحة بالفعل) خارجا (و هو قبض العینین) سواء کان القابض اصیلا او وکیلا (اما اذا حصل) التعاطی (بالقول) فقط (غیر الجامع لشرائط اللزوم) کما اذا اجریا اللفظ غیر العربی، او قدم القبول علی الایجاب، او ما اشبه، مما قلنا باعتباره فی عقد البیع.

(فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم) فی البیع (بشیء زائد علی الانشاء اللفظی- کما قویناه سابقا) فالمعتبر فی العقد لفظ دال علی الانشاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۰۹

بناء علی التخلص بذلک عن اتفاقهم علی توقف العقود اللازمة علی اللفظ فلا اشکال فی صیرورة المعاملة بذلک عقدا لازما.

و ان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة علی اللفظ فهل یرجع ذلک الانشاء القولی الی حکم المعاطاة مطلقا او بشرط تحقق قبض العین معه أو لا یتحقق به مطلقا.

نعم اذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق

فقط (بناء علی التخلیص بذلک) ای بانشاء اللفظ (من اتفاقهم علی توقف العقود اللازمة علی اللفظ) حتی انه لو لم یکن الاتفاق المذکور لقلنا بعدم الاحتیاج الی اللفظ مطلقا، بل قد عرفت سابقا ان الترجیح مع هذا القول فان الاتفاق محصله غیر حاصل و منقوله غیر مقبول، فالاقوی ان المعاطاة الفعلیة کالبیع فی جمیع الامور (فلا اشکال فی صیرورة المعاملة بذلک) ای باللفظ غیر الواجد لجمیع الشرائط (عقدا لازما) لوجود الانشاء باللفظ فیه- و قد عرفت ان المعتبر هذا فقط-

(و ان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة علی اللفظ) فی انعقاد البیع کالعربیة و تقدیم الایجاب و الموالاة و ما اشبه (فهل یرجع ذلک الانشاء القولی) الّذی لم یقارنه التعاطی و لا شرائط العقد اللفظی (الی حکم المعاطاة مطلقا او بشرط تحقق قبض العین معه) فاذا کان لفظ و قبض کان فی حکم المعاطاة (او لا یتحقق به) ای بالانشاء (مطلقا) سواء قبض العین أم لا.

(نعم اذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده) ای بعد الانشاء اللفظی بان إنشاء أولا باللفظ، ثم لما اراد اعطاء العین لم یعطها اداء لما علیه و انما انشأ المعاطاة الفعلیة (تحقق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۰

المعاطاة فالانشاء القولی السابق کالعدم لا عبرة به و لا بوقوع القبض بعده خالیا عن قصد الانشاء بل بانیا علی کونه حقا لازما لکونه من آثار الانشاء القولی السابق نظیر القبض فی العقد الجامع للشرائط.

ظاهر کلام غیر واحد من مشایخنا المعاصرین الاول تبعا لما یستفاد من ظاهر کلام المحقق و الشهید الثانیین قال المحقق فی صیغ عقوده انه لو اوقع البیع بغیر ما قلناه و علم التراضی منهما کان معاطاة.

المعاطاة) بهذا الانشاء الفعلی المتأخر لا بالإنشاء اللفظی المتقدم (فالانشاء القولی السابق) علی الاعطاء (کالعدم) ای کعدم الانشاء (لا عبرة به) لانه لیس جامعا للشرائط حتی یکون عقدا و لا مقترنا بالتعاطی حتی یکون المعاطاة (و لا) عبرة (بوقوع القبض بعده) ای بعد ذلک الانشاء (عن مقصد الانشاء بل) کان القبض (بانیا علی کونه حقا لازما لکونه من آثار الانشاء القولی السابق) فهو وفاء لا إنشاء (نظیر القبض فی العقد الجامع للشرائط) حیث ان هذا القبض لیس إنشاء مستقلا بل من آثار الانشاء السابق.

(ظاهر کلام غیر واحد من مشایخنا المعاصرین الاول) ای رجوع ذلک الانشاء القولی الناقل للشرائط و للتعاطی الی حکم المعاطات (تبعا لما یستفاد من ظاهر کلام المحقق و الشهید الثانیین قال المحقق فی) کتاب (صیغ عقوده) علی ما حکی عنه- بعد ذکر الشروط المعتبرة فی الصیغة (انه لو اوقع البیع بغیر ما قلناه) من الشرائط المقررة فی البیع (و علم التراضی منهما) بالتبادل (کان معاطاة) و اطلاقه شامل لما اذا اقترن بالتعاطی أم لا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۱

و فی الروضهٔ فی مقام عدم کفایهٔ الاشارهٔ مع القدرهٔ علی النطق انها تفید المعاطاهٔ مع الافهام الصریح و ظاهر الکلامین صورهٔ وقوع الانشاء بعد القبض بل یکون القبض من آثاره.

و ظاهر کثیر کصریح جماعهٔ منهم المحقق و العلامهٔ بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملک و کان مضمونا علیه هو الوجه الاخیر لان مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما کان فساده من جهۀ مجرد اختلال شروط، الصیغهٔ کما ربما یشهد به ذکر هذا الکلام بعد شروط الصیغهٔ

(و فی الروضهٔ فی مقام عدم کفایهٔ الاشارهٔ مع القدرهٔ علی النطق) فی مسألهٔ اجراء الصیغهٔ، قال: (انها) ای الاشارهٔ (تفید المعاطاهٔ مع الافهام الصریح) فاذا کانت الاشارهٔ مفیدهٔ للمعاطاهٔ کانت الصیغهٔ غیر الجامعهٔ للشرائط مفیدهٔ للمعاطاهٔ بطریق اولی (و ظاهر الکلامین) من المحقق و و الشهید (صورهٔ وقوع الانشاء) باللفظ (بعد القبض بل یکون القبض من آثاره) ای آثار الانشاء اللفظی السابق، هذا.

(و) لکن (ظاهر کثیر) من الفقهاء (کصریح جماعهٔ منهم المحقق و العلامهٔ) حیث قالوا: (بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملک و کان) الشیء المقبوض (مضمونا علیه) ای علی القابض (هو الوجه الاخیر) و ان الانشاء القولی الفاقد للشرائط، غیر المقترن بالقبض لا یفید بیعا و لا معاطاهٔ (لان مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما کان فساده من جهۀ مجرد اختلال شروط الصیغهٔ) کالعربیهٔ، و تقدیم الایجاب علی القبول و غیرهما (کما ربما یشهد به) ای بکون مرادهم اختلال شروط الصیغهٔ (ذکر) المشهور (هذا الکلام) ای قولهم: «ما ابتاعه بالعقد الفاسد» (بعد شروط الصیغهٔ و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۲

و قبل شروط العوضین و المتعاقدین او ما یشمل هذا و غیره کما هو الظاهر.

و کیف کان فالصورهٔ الاولی داخلهٔ قطعا، و لا یخفی ان الحکم فیها بالضمان مناف لجریان حکم المعاطاهٔ و ربما یجمع بین هذا الکلام و ما تقدم من المحقق و الشهید الثانیین فیقال: ان موضوع المسألهٔ- فی عدم

و قبل شروط العوضین و) شروط (المتعاقدین) مثل شرط کون العوض مالا مملوکا، و کون العاقدین بالغین عاقلین- الی غیرها- (او) مرادهم بالعقد الفاسد (ما یشمل هذا) ای اختلال شروط الصیغهٔ (و غیره) ای ما کان مختلا للشروط من جهۀ المتعاقدین او العوضین (- کما هو الظاهر) ای کون مرادهم الاعم من اختلال شروط الصیغهٔ او العوضین و المتعاقدین

(و کیف کان) سواء کان مرادهم خصوص اختلال شروط الصیغهٔ، او الاعم منه و من اختلال شروط العوضین و المتعاقدین (فالصورهٔ الاولی) ای ما کان مختلا لشروط الصیغهٔ (داخلهٔ) فی قولهم: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد .. الخ» (قطعا، و لا یخفی ان الحکم فیها) ای فی الصورهٔ الاولی (بالضمان) لما قبضه (مناف لجریان حکم المعاطات) اذ لو کان محکوما بحکم المعاطاهٔ لم یکن ضمان (و) لکن (بما یجمع بین هذا الکلام) ای قولهم المقبوض بالعقد الفاسد یوجب الضمان (و) بین (ما تقدم من المحقق الشهید الثانیین) حیث قالوا ان المقبوض بالعقد الفاسد فی حکم المعاطاهٔ و الحاصل انه یجمع بین دعواه الاتفاق علی ان المقبوض بالعقد الفاسد یوجب الضمان، و بین فتوی المحقق و الشهید بأن المقبوض بالعقد الفاسد معاطاهٔ- مما معناه عدم الضمان- (فیقال: ان موضوع المسألهٔ فی عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۳

جواز التصرف بالعقد الفاسد- ما اذا علم عدم الرضا الا بزعم صحهٔ المعاملهٔ فاذا انتفت الصحهٔ انتفی الاذن لترتبه علی زعم الصحهٔ فکان التصرف تصرفا بغیر اذن و أکلا للمال بالباطل لانحصار وجه الحلّ فی کون المعاملهٔ بیعا او تجارهٔ عن تراض او هبهٔ او نحوها من وجوه الرضا بأکل المال من غیر عوض و الا و لان قد انتفیا بمقتضی الفرض و کذا البواقی للقطع- من جهۀ زعمهما صحهٔ المعاملهٔ-

بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شیء فی المقابل فالرضا المقدم کالعدم فان تراضیا بالعوضین بعد العلم بالفساد

جواز التصرف بالعقد الفاسد-) مما ادعی علیه الاتفاق (ما اذا علم عدم الرضا الا بزعم صحة المعاملة) بان کان الرضا علی نحو التقیید (فاذا انتفت الصحة انتفی الاذن) فی التصرف (لترتبه) ای الاذن (علی زعم الصحة فکان التصرف تصرفا بغیر اذن و اکلا للمال بالباطل) فان الاذن المعاملی قد انتفی و الاذن غیر المعاملی لیس بموجود (لانحصار وجه الحل فی کون المعاملة بیعا او تجارة عن تراض) غیر البیع کسائر انحاء التجارة (او هبة او نحوها من وجوه الرضا بأکل المال من غیر عوض) کالهدیة و الضیافة و ما اشبه (و الاولان) ای البیع و التجارة (قد انتفیا بمقتضی الفرض) لأن المفروض فساد المعاملة (و کذا البواقی) ای الهبة و نحوها (للقطع- من جهة زعمهما صحة المعاملة- بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شیء فی المقابل)، «بعدم» متعلق ب: القطع، یعنی انا نقطع انهما لا یرضیان بان یکون مالها بلا بدل، اذ انهما یزعمان ان المعاملة صحیحة و ان کل مال بإزائه بدل، (فالرضا المقدم) الّذی کان موجودا بالتعامل (کالعدم) اذ لم یتحقق بسبب بطلان المعاملة (فان تراضیا بالعوضین بعد العلم بالفساد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۴

و استمر رضاهما فلا کلام فی صحة المعاملة، و رجعت الی المعاطاة کما اذا علم الرضا من اوّل الامر باباحتهما التصرف بای وجه اتفق سواء صحت المعاملة او فسدت فان ذلک لیس من البیع الفاسد فی شیء.

اقول: المفروض ان الصیغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا إنشاء واحدا هو التملیک و من المعلوم ان هذا المقدار لا یوجب بقاء الاذن، الحاصل فی ضمن التملیک بعد فرض انتفاء التملیک.

للمعاملة (و استمر رضاهما) الی زمان القبض بان کان قبضا عن إنشاء رضی معاطاتی (فلا کلام فی صحة المعاملة، و رجعت الی المعاطاة) و ذلک مثل المعاطاة الابتدائیة (کما اذا علم الرضا من اوّل الامر باباحتهما التصرف بأی وجه اتفق سواء صحت المعاملة او فسدت) بان کان مقصودهما الوصول الی العوضین من کون مدخلیة المعاملة فی نظرهما الا طریقا الی التوصل المذکور (فان ذلک) الرضا (لیس من البیع الفاسد فی شیء) هذا غایة تقریب صحة التصرف بعد فساد المعاملة، و حیث ان هذا التقریب اشتمل علی صحة التصرف أولا: من جهة حصول المعاطاة بالتراضی الجدید حیث قال: «فان تراضیا» و ثانیا: من جهة حصول المعاطاة بالتراضی الضمنی حال العقد حیث قال «کما اذا علم الرضا» اجاب المصنف عن الامرین فاجاب عن الثانی بقوله: «المفروض» و اجاب عن الاول بقوله: «و منه یعلم»

(اقول: المفروض ان الصیغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا إنشاء واحدا هو التملیک) العقدی (و من المعلوم ان هذا المقدار) من التملیک (لا یوجب بقاء الاذن الحاصل فی ضمن التملیک بعد فرض انتفاء التملیک) اذ الاذن و الرضا کان مقیدا لا ان التملیک کان علی نحو التعدد فی المطلوب فان من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۵

و الموجود بعده ان کان إنشاء آخر فی ضمن التقابض خرج عن محل الکلام لأن المعاطاة حینئذ انما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع انک قد عرفت ان ظاهر کلام الشهید و المحقق الثانیین حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهمة بقصد البیع و بنفس الصیغة الخالیة و عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما و منه یعلم فساد ما ذکره من حصول المعاطاة

یعامل معاملة لا یرید شیئین، و لا ینشأ إنشاءین حتی اذا فقد الانشاء المقید بقی الانشاء المطلق (الموجود بعده) ای بعد التملیک (ان کان إنشاء آخر فی ضمن التقابض) بان تقولون: بان الانشاء المعاطاتی لم یحصل فی ضمن العقد الفاسد و انما حصل فی ضمن

التقـابض- فـأثر (خرج عن محـل الكلاـم) الّذی هو حصول الانشاء بالعقـد (لأن المعاطاة حینئـذ) ای حین كون انشائها بالتقابض (انما تحصل به) ای بالانشاء الجدیـد حال التقابض (لا بالعقـد الفاقد للشـرائط) و هذا خلاف كلام المصـحح للمعاطاة بالعقد الفاسد فكیف یمكن ان ینسب هـذا الكلام الی المصـحح (مع انك قـد عرفت ان ظاهر كلام الشـهید و المحقق الثانیین حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهمة بقصد البیع و بنفس الصـیغة الخالیة من الشـرائط) فكیف یجمع بین كلامهما بالصـحة و كلام المشهور بالفساد، بـان كلاـمهم فی مـا اذا لم یكن رضـی، و كلامهمـا فیمـا اذا حـدث الرضا بعـد ذلك، اذ كلامهما فیما اذا كان الرضا بنفس العقـد (لا بالتقـابض الحاصل بعـدهما) ای بعـد الاشارة و بعـد الصـیغة الفاقـدة للشـرائط (و منه) ای مما ذكرنا من ان كلامهما فی حصول الرضـا بنفس العقد- لا بأمر جدید- (یعلم فساد ما ذكره) الّذی اراد الجمع بین الكلام المشهور و بین كلامهما (من حصول المعاطاة

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۵، ص: ۲۱۶

بتراض جدید بعد العقد غیر مبنی علی صحة العقد.

ثم ان ما ذكره من التراضـی الجدیـد- بعـد العلم بالفساد- مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد دون غیره من الصور- مع ان كلام الجمیع مطلق- یرد علیه ان هـذا التراضـی إن كان تراضـیا آخر حادثا بعـد العقـد فان كان لا علی وجه المعاطاة بل كل منهما رضـی بتصـرف الآخر فی ماله من دون ملاحظـة رضـی صاحبه بتصرفه فی ماله فهـذا لیس من المعاطاة بل هی إباحـة مجانیـة من الطرفین تبقی ما دام العلم بالرضا و لا یكفی.

بتراض جدید بعد العقد) ای تراض (غیر مبنی علی صـحة العقد) و هذا جواب قوله: «فان تراضـیا»، و انما یعلم ذلك، لانك علمت ان كلامهما فی التراضی الحاصل بالاشارة حال العقد، لا انه تراض جدید.

(ثم ان ما ذكره) الجامع (من التراضـی الجدید- بعد العلم بالفساد) العقد (مع اختصاصه) ای هذا التراضـی المتوقف علی العلم بالفساد (بما اذا علما بالفساد دون غیره من الصور) بان قطعا بعدم الفساد، او شـكا فیه، او ظنا، او وهما له (- مع ان كلام الجمیع مطلق-) شامل لصورة العلم بالفساد و غیره (یرد علیه ان هذه التراضـی إن كان تراضیا آخر) غیر التراضی العقدی (حادثا بعد العقد فان كان) التراضی (لا علی وجه المعاطاة بل كل منهما رضـی بتصـرف الآخر فی ماله من دون ملاحظة رضـی صاحبه بتصرفه فی ماله) كان رضی محمد بتصـرف علی فی الكتاب من دون ملاحظة رضـی علی بتصـرف محمد فی الدینار- و كذا العكس- حتی یكون الرضا ابتدائیا، لا رضا معاوضـیا (فهـذا لیس من المعاطاة بل هی إباحـة مجانیـة من الطرفین) هـذا اباح لذاك ماله، و ذاك اباح لهذا ماله (تبقی) هذه الاباحة المجانیة (ما دام العلم بالرضا) فاذا انتفی العلم بالرضا انتفت (و لا یكفی

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۵، ص: ۲۱۷

فیه عـدم العلم بـالرجوع لأنـه كالإـذن الحاصـل من شاهـد الحـال و لا یترتب علیه اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احـدی العینین او جواز التصـرف الی حین العلم بالرجوع و إن كان علی وجه المعاطاة فهـذا لیس الا التراضـی السابق علی ملكیة كل منهما لمال الآخر و لیس ترضیا جدیدا بناء علی ان المقصود بالمعاطاة التملیك كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثانی

فیه) ای فی جواز التصـرف المسـتند الی هـذه الاباحـة المجانیـة (عـدم العلم بـالرجوع) فـاذا شك فی ان صاحبه رجع فی اذنه أم لا، لا یجوز له التصـرف بعـد ذلك، و انما لا یكفی عدم العلم بالرجوع (لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال) لا یحقّ للمأذون ان یتصـرف فی المال بعد الشك كما اذا كان صدیقا لزید و علم من شاهد الحال ان زیدا راض بان یتصـرف فی داره ثم حدثت بینهما عداوة فانه اذا شك فی بقاء الاذن و عدمه لا یجوز له ان یتصرف فانه لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه، و المفروض انه شك فی طیب نفس زید (و لا یترتب علیه) ای علی هذا النحو من الاباحة و الاذن (اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احدی العینین، او جواز التصـرف الی حین العلم

بالرجوع) فلا یمکن تصحیح قول المعاطاتی، بمثل هذا الاذن الاباحی (و إن کان علی وجه المعاطاة) هذا شق لقوله: «فإن کان لا علی وجه المعاطاة» (فهذا لیس الا التراضی السابق علی ملکیة کل منهما المال الآخر) «علی» متعلق ب «التراضی» (و لیس ترضیا جدیدا) اذ لا رضی جدید بالملک بعد العقد الفاسد (بناء علی ان المقصود بالمعاطاة التملیک کما عرفته من کلام المشهور) علی ما استظهرناه سابقا خلافا لمن نسب إلیهم من ان، مرادهم الاباحة (خصوصا المحقق الثانی) الّذی کان کلامه صریحا فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۸

فلا یجوز له ان یرید بقوله المتقدم- عن صیغ العقود- ان الصیغة الفاقدة للشرائط مع التراضی تدخل فی المعاطاة التراضی الجدید الحاصل بعد العقد لا علی الوجه المعاوضة.

و تفصیل الکلام ان المتعاملین بالعقد الفاقد بعض الشرائط اما ان یقع تقابضهما بغیر رضی من کل منها فی تصرف الاخر بل حصل قهرا علیهما أو علی احدهما

التملیک و الحاصل ان الرضا بالتصرف اللاحق لا یلائم الملک و انما یلائم الملک الرضی العقدی السابق و ذلک لان الرضا اللاحق لیس علی الوجه المعاوضة فالرضا المعاوضی المعاطاتی لیس بموجود الا حین العقد الفاسد (ف) ان المحقق الّذی یقول بالتملیک (لا یجوز له ان یرید بقوله المتقدم- عن صیغة العقود-) «عن» متعلق ب «المتقدم» (ان الصیغة الفاقدة للشرائط مع التراضی تدخل فی المعاطاة) هذا مفعول قوله: لقوله» (للتراضی الجدید الحاصل بعد العقد لا علی وجه المعاوضة) فتحصل ان الجامع قال بوجود الرضا- اللاحق علی العقد الفاسد- و الشیخ اشکل علیه بانه ان اراد الرضا لا علی وجه المعاطاة، فانه لا یترتب علیه اثر المعاطاة، و الحال ظاهر الشهید و المحقق ان الرضا یؤثر اثر المعاطاة و ان اراد الرضا علی وجه المعاطاة فانه لا رضی معاطاتی بعد العقد الفاسد و انما هو مقارن بالعقد فقط.

(و تفصیل الکلام ان المتعاملین بالعقد الفاقد) ذلک العقد (بعض الشرائط اما ان یقع تقابضهما) للمالین (بغیر رضی کل منهما فی تصرف الآخر بل حصل) التقابض (قهرا علیهما) کما لوند ندما بعد العقد و ودا لو لم یعقدا ذلک العقد (او) قهرا (علی احدهما) بان لم یرض احدهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۱۹

و اجبارا علی العمل بمقتضی العقد فلا اشکال فی حرمة التصرف فی المقبوض علی هذا الوجه و کذا اذا وقع علی وجه الرضا الناشئ عن بناء کل منهما علی ملکیة الآخر اعتقادا او تشریعا کما فی کل قبض وقع علی هذا الوجه لأن حیثیة کون القابض مالکا مستحقا لما یقبضه جهة تقییدیة مأخوذة فی الرضا ینتفی بانتفائها فی الواقع کما فی نظائره.

بالتقابض لانه ندم علی ما فعل (و اجبارا علی العمل بمقتضی العقد) حتی انه لو لم یکن عقد سابقا لم یعقد حالا (فلا اشکال) حینئذ سواء کان الکره من کلیهما او من احدهما (فی حرمة التصرف فی القبوض علی هذا الوجه) الکرهی اذ المفروض ان العقد فاسد و الرضا لیس بحاصل (و کذا اذا وقع) التقابض (علی وجه الرضا الناشئ عن بناء کل منهما علی ملکیة الآخر) بان کان الرضا مقیدا و الا لم یکن راضیا (اعتقادا) بان العقد صحیح (او تشریعا) کالغاصب الّذی یقبض ما اشتراه و یعطی ما باعه، فان قبضه و اقباضه انما یکون علی وجه الرضا الناشئ من بناءه ملکیة الطرف تشریعا- بحیث انه لو لا ذلک التشریع لم یکن راضیا فیما اذا ندم علی المعاملة- (کما فی کل قبض وقع علی هذا الوجه) ای وجه الرضا المقید (لأن حیثیة کون القابض مالکا مستحقا لما قبضه جهة تقییدیة مأخوذ فی الرضا) فالرضا مقید بکون المال مستحقا للغیر (ینتفی) الرضا (بانتفائها) ای بانتفاء هذه الجهة التقییدیة (فی الواقع) متعلق «بانتفائها» (کما فی نظائره) ای نظائر هذا المقام مما کان الرضا مقیدا بقید فرضی الشخص بناء علی ذلک القید فانه اذا لم یکن القید فی الواقع

انتفى الرضا أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۲۰

و هذان الوجهان مما لا اشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين كما انه لا اشكال فى الجواز اذا اعرضا عن اثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد و اما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لانشاء تمليك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها كان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك

(و هذان الوجهان) اى كون التقابض بغير الرضا و التقابض بالرضا المقيد بالجهة المذكورة (مما لا اشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين) فيما اذا تحقق احد الوجهين (كما انه لا اشكال فى الجواز) اى جواز التصرف فى العوضين (اذا اعرضا عن اثر العقد) بان لم يكن التقابض مستندا الى اثر العقد (و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون) التقابض الحالى (معاطاة صحيحة عقب عقد فاسد) فلا اثر للعقد الفاسد اصلا (و اما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه) اى ابتناء الرضا (على استحقاقه) اى التقابض (بالعقد السابق) كالقسم الاول (و لا قصد لانشاء تمليك) جديد كالقسم الثانى (بل وقع) التقابض (مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة) بسبب العقد (بحيث لولاها) اى الملكية (كان الرضا أيضا موجودا) لأن الطرفين احتاجا الى الملكين فرضيا رضا مطلقا سواء قارن الملك أم لا، فلم يكن الرضا على وجه التقييد (و كان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف) فى المالين (و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له) اى للتصرف (و يكشف عنه) اى عن ان مقصودهما التصرف (انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك) فيقال للبائع- مثلا-: هب ان الملك لم يحصل لك، فهل ترضى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۲۱

او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا. فادخال هذا فى المعاطاة يتوقف على امرين:

الاول كفاية هذا الرضا المركوز فى النفس بل الرضا الشأنى لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره.

و قد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره الى هذا و لعله لصدق طيب النفس على هذا الامر المركوز فى النفس.

انت بتصرف المشترى فى متاعك؟ (او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا) و اظهر الرضا بالتصرف (فادخال هذا) القسم و هو الرضا المطلق (فى المعاطاة يتوقف على امرين) قوله: «فادخال» جواب «و اما ان وقع»

(الاول كفاية هذا) القسم من (الرضا المركوز فى النفس بل الرضا الشأنى) الّذى ليس فعلا- مركوزا- و انما كان بحيث لو التفت رضى- و انما قلنا انه شأنى (لأن الموجود بالفعل) فى نفس المتعاطى (هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره) اى نظر نفسه فان البائع انما يرضى بتصرف المشترى من حيث كونه مالكا لا من حيث ان البائع هو المالك و انما رضى تصرف المشترى من باب الاباحة له.

(و قد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك) الرضا المركوز فى النفس (و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره) عن المحقق الثانى بقوله ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى تدخل فى المعاطاة (الى هذا) الّذى ذكرناه من الرضا الارتكازى، و لعل المراد من الكلام المتقدم، ما تقدم من الجامع من انه اذا علم من الرضا اوّل الامر باباحتهما التصرف باى وجه اتفق (لصدق طيب النفس على هذا الامر) اى الرضا (المركوز فى النفس) فيشمله المستثنى فى قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه، بل يشمله أيضا قوله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۲۲

الثانی: انه لا- یشترط فی المعاطاة إنشاء الاباحة او التملیک بالقبض، بل و لا بمطلق الفعل بل یکفی وصول کل من العوضین الی المالک الآخر و الرضا بالتصرف قبله او بعده علی الوجه المذکور.

و فیه اشکال من ان ظاهر محل النزاع بین العامة و الخاصة هو العقد الفعلی کما ینبئ عنه قول العلامة فی رد «کفایة المعاطاة فی البیع» ان الافعال قاصره عن افادة المقاصد و کذا استدلال المحقق الثانی علی عدم لزومها بان الافعال لیست کالاقوال فی صراحة الدلالة و کذا ما تقدم من الشهید رحمه الله فی

تعالی: تجارة عن تراض، اذا قلنا بصدق التجارة علی ذلک.

(الثانی: انه لا- یشترط فی المعاطاة إنشاء الاباحة او التملیک بالقبض، بل و لا) یشترط (بمطلق الفعل) الصادر من الطرفین (بل یکفی وصول کل من العوضین الی المالک الآخر و الرضا بالتصرف قبله) ای قبل وصول العوضین (او بعده علی الوجه المذکور) و قد حصل فیما نحن الوصول، و الرضا فهو داخل فی المعاطاة.

(و فیه) ای فی هذا الثانی (اشکال من) جهة (ان ظاهر محل النزاع بین العامة و الخاصة هو العقد الفعلی) فما لا فعل فیه لا یکون معاطاة (کما ینبئ عنه) ای عن اعتبار العقد الفعلی فی المعاطاة (قول العلامة فی رد «کفایة المعاطاة فی البیع» ان الافعال قاصرة عن افادة المقاصد) فالظاهر منه ان الکلام فیما اذا کان هناک فعل (و کذا استدلال المحقق الثانی علی عدم لزومها) ای لزوم المعاطاة (بان الافعال لیست کالاقوال، فی صراحة الدلالة) فان ظاهره ان یکون هناک فعل، فما لیس فیه فعل لیس محل کلامهم فی المعاطاة (و کذا ما تقدم من الشهید) الاول (رحمه الله فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۳

قواعده من ان الفعل فی المعاطاة، لا یقوم مقام القول و انما یفید الاباحة الی غیر ذلک من کلماتهم الظاهرة فی ان محل الکلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض و کذا کلمات العامة فقد ذکر بعضهم ان البیع بالایجاب و القبول و بالتعاطی.

و من ان الظاهر ان عنوان التعاطی فی کلامهم لمجرد الدلالة علی الرضا و ان عمدة الدلیل علی ذلک هی السیرة- و لذا تعدوا الی ما ذا لم یحصل الا قبض احد العوضین و السیرة موجودة فی المقام.

قواعده من ان الفعل فی المعاطاة، لا- یقوم مقام القول و انما یفید الاباحة) فانه انما یکون فی مقام کان فیه فعل (الی غیر ذلک من کلماتهم الظاهرة فی ان محل الکلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض) فالثانی الّذی هو کفایة الوصول و الرضا بدون الفعل غیر تام (و کذا کلمات العامة) ظاهرة فی اشتراط الفعل فی صدق المعاطاة (فقد ذکر بعضهم ان البیع ینعقد بالایجاب و القبول و بالتعاطی) و من المعلوم ان التعاطی فعل، هذا کله وجه الاشکال فی صدق المعاطاة بمجرد الوصول و الرضا (و من ان الظاهر) هذا وجه عدم الاشکال، و شق آخر لقوله: «من ان ظاهر محل النزاع» (ان عنوان التعاطی فی کلامهم) انما هو (لمجرد الدلالة علی الرضا) من التعاطی لا ان للتعاطی و التقابض موضوعیة، فاذا حصل الرضا بدون التعاطی کفی فی صدق المعاطاة (و ان عمدة الدلیل علی ذلک) التعاطی (هی السیرة- و لذا تعدوا) ای الفقهاء من صورة التعاطی من الجانبین (الی ما ذا لم یحصل الا قبض احد العوضین-) فانه لا تعاطی فیه، و انما تعدوا للملاک (و السیرة موجودة فی المقام) ای المقام الّذی فیه وصول و رضی، و ان لم یکن تعاط و قوله: «و السیرة» مربوط بقوله: «هی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۴

فان بناء الناس علی اخذ الماء و البقل و غیر ذلک من الجزئیات من دکاکین اربابها مع عدم حضورهم و یضعون الفلوس فی الموضع المعد له و علی دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فی کوز الحمامی فالمعیار فی المعاطاة وصول المالین او

احدهما مع التراضی بالتصرف و هذا لیس ببعید علی القول بالإباحة

السیرة» و قوله: «و لـذا .. الـخ» جملة معترضة (فان بناء الناس علی اخذ الماء و البقل و غیر ذلک من الجزئیات من دکاکین اربابها) ای ارباب هذه الجزئیات (مع عدم حضورهم) ای عدم حضور ارباب الدکاکین (و یضعون الفلوس فی الموضع المعد له) ای المعدّ للفلس (و) کـذا بنی النـاس (علی دخول الحمام مع عـدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فی کوز الحمامی) فان ذلک کله یکشف عن وجود السیرة بکفایـة الرضـا و اذا کفی الوصول بـدون الفعـل اذا اقترن الوصول بالرضـا (فالمعیـار فی المعاطاة وصول المالین او احـدهما مع التراضی) من الجانبین (بالتصرف) و بهذا یتم «الثانی» أیضا و (و هذا لیس ببعید علی القول بالإباحة) لانه یصدق طیب النفس الّذی هو معیار الحلیة اما الملکیة فمشکل لما عرفت سابقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۵

مقدمة فی خصوص الفاظ عقد البیع.

[اعتبار اللفظ فی العقود و کفایة الإشارة أو الکتابة مع العجز عن التلفظ]

قـد عرفت ان اعتبـار اللفظ فی البیع بل فی جمیع العقود مما نقل علیه الاجماع و تحققت فیه الشـهرة العظیمـة مع الاشارة إلیه فی بعض النصوص لکن هـذا یختص بصورة القـدرة اما مع العجز عنه کالاخرس فمع عـدم القـدرة علی التوکیل لا اشـکال و لا خلاف فی عدم اعتبار اللفظ و قیام الاشارة مقامه و کذا مع القدرة علی التوکیل لا لأصالة عدم وجوبه کما قیل لأن الوجوب بمعنی الاشتراط

(مقدمة) لمبحث شروط العوضین و البائعین و شروط العقد.

(فی خصوص الفاظ عقـد البیع) ای خصوصـیاتها من حیث الهیئـة و المادة (قد عرفت ان اعتبار اللفظ فی البیع بل فی جمیع العقود مما نقـل علیه الاجمـاع) و إن کان محل مناقشـة کبری و صـغری (و تحققت فیه الشـهرة العظیمـة مع الاشارة إلیه) ای الی اعتبار اللفظ (فی بعض النصوص) و هو قوله علیه السـلام یحلل الکلام و یحرم الکلام (لکن هـذا) الاعتبار للفظ (یختص بصورة القدرة) علی اللفظ (اما مع العجز عنه کالاخرس) و من لا یقـدر علی التکلم لآفـة عارضة (فمع عدم القدرة علی التوکیل لا اشـکال و لا خلاف فی عدم اعتبار اللفظ) حتی فی النکاح (و قیام الاشارة مقامه) ای مقام اللفظ (و کذا مع القدرة علی التوکیل) فانه تکفی اشارة الاخرس و ان قدر علی ان یوکـل غیره فی اجراء لفظ العقـد (لا لأصالـة عـدم وجوبه) ای التوکیل (کما قیل) ای اسـتدل لعـدم اشتراط اللفظ فی الاخرس علی التوکیـل، باصالـة عـدم وجوب اللفظ بالنسبـة إلیه لکن هـذا الاصل غیر تام (لأن الوجوب) للفظ (بمعنی الاشتراط) اذ معنی الوجوب و الحرمة فی الاجزاء و الشرائط فی باب المرکبات و العقود، هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۶

کمـا فی مـا نحن فیه هو الاصـل بـل لفحوی مـا ورد من عـدم اعتبار اللفظ فی طلاق الاخرس فان حمله علی صورة عجزه عن التوکیل حمل المطلق علی الفرد النادر مع ان الظاهر عدم الخلاف فی عدم الوجوب.

ثم لو قلنا بان الاصل فی المعاطاة اللزوم- بعد القول بإفادتها للملکیة فالقدر المخرج صورة قدرة المتابعین علی مباشرة اللفظ.

الاشتراط و الفساد بدون وجود الشرط و الجزء، فان الاوامر و النواهی فی المرکبات و فی العقود تفید الوضع، کما حقق فی محله (کما فی مـا نحن فیه) من العقـد للاـخرس (هو الاصـل) لاصالـة الفسـاد بـدون اللفـظ، اذ کلمـا شـک فی تحقق العقـد کـان الاصل عـدمه،

کالاخرس اذا و کل کان عقده صحیحا قطعا اما اذا اشار و شک فی ان اشارته تکفی أم لا، فالاصل عدم حصول النقل و الانتقال (بل) انما نقول بعدم اعتبار توکیل الاخرس مع القدرة علیه (لفحوی ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فی طلاق الاخرس) فاذا لم یعتبر اللفظ فی الطلاق الّذی هو من باب الفروج التی احرز من الشارع کمال الاهمیة لها فعدم الاعتبار فی البیع و نحوه بطریق اولی (ف) ان قلت: لعل عدم اعتبار اللفظ فی الطلاق انما هو فی صورة عدم قدرة الاخرس علی التوکیل، قلت:

(ان حمله) ای النص (علی صورة عجزه عن التوکیل حمل المطلق علی الفرد النادر) اذ الغالب تمکن الاخرس من التوکیل، فلا وجه لمثل هذا الحمل (مع ان الظاهر عدم الخلاف فی عدم الوجوب) ای عدم وجوب التوکیل حتی فی صورة تمکنه من التوکیل.

(ثم لو قلنا بان الاصل فی المعاطاة للزوم- بعد القول بإفادتها للملکیة-) بان لم نقل بانها تفید الاباحة، و لا الملک المتزلزل (فالقدر المخرج) من اللزوم (صورة قدرة المتابعین علی مباشرة اللفظ) ففی هذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۷

و الظاهر أیضا کفایة الکتابة مع العجز عن الاشارة لفحوی ما ورد من النص علی جوازها فی الطلاق مع ان الظاهر عدم الخلاف فیه و اما مع القدرة علی الاشارة فقد رجح بعض الاشارة و لعله لأنها اصرح فی الانشاء من الکتابة و فی بعض روایات الطلاق ما یدل علی العکس

الصورة لا لزوم، اما اذا لم یقدرا علی اللفظ فهو باق تحت اصل اللزوم، و ان کانا قدرا علی التوکیل.

و قوله: «ثم» .. الخ انما یرید بذلک تایید کون الاخرس یحتاج، الی التوکیل و ان قدر علیه فان الاجماع علی احتیاج العقود اللازمة الی اللفظ منتفی فی مثل الاخرس اذ المشهور ذکروا کفایة اشارته حتی مع القدرة علی التوکیل.

(و الظاهر أیضا) من اطلاق النص ای: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه الشامل لکل ما یصدق علیه انه عقد (کفایة الکتابة مع العجز عن الاشارة) کما لو کان هناک حائل یمنع عن مشاهدة الاشارة، او کانت الاشارة معرض خطر- مثلا- او ما اشبه ذلک، فانه یصدق علی الکتابة العقد عرفا بالإضافة الی ما ذکره رحمه الله- من قوله (لفحوی ما ورد من النص علی جوازها) ای الکتابة (فی) باب (الطلاق) فانه اذا جاز الطلاق بالکتابة مع اهمیة الطلاق فبالاولی جازت الکتابة فی مثل البیع الّذی هو اقل اهمیة من الطلاق (مع ان الظاهر عدم الخلاف فیه) و انه یتأتی بالکتابة فی صورة العجز عن الاشارة (و اما مع القدرة علی الاشارة) فهل تکفی الکتابة أم لا؟ (فقد رجح بعض الاشارة) علی الکتابة (و لعله لأنها) ای الاشارة (اصرح فی الانشاء من الکتابة، و فی بعض روایات الطلاق ما یدل علی العکس) بتقدیم الکتابة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۸

و إلیه ذهب الحلی هناک.

ثم الکلام فی الخصوصیات المعتبرة فی اللفظ

تارة یقع فی مواد الالفاظ من حیث افادة المعنی بالصراحة و الظهور و الحقیقة و المجاز و الکنایة

الاشارة (و إلیه) ای العکس (ذهب الحلی هناک) فی باب الطلاق و ما ورد من الکتابة فی باب الطلاق فکخبر یونس فی رجل اخرس کتب فی الارض بطلاق امرأته، قال علیه السلام: اذا فعل ذلک فی قبل الطهر بشهود و فهم عنه کما یفهم عن مثله و یرید الطلاق جاز طلاقه علی السنة» و کصحیح. ابی، بصیر، قال: سألت الرضا علیه السلام عن الرجل تکون عنده المرأة، فیصمت و لا یتکلم؟ قال علیه السلام اخرس؟ قلت: نعم قال: یعلم منه بغض لامرأته و کراهته لها؟ قلت: نعم، یجوز ان یطلق عنه ولیه؟ قال علیه السلام: لا، و لکن

یکتب و یشهد علی ذلک، قلت: اصلحک الله، لا یکتب و لا یسمع کیف یطلقها؟

قال: بالذی یعرف من فعله مثل ما ذکرت من کراهته لها او بغضه لها.

و لا یخفی ان الروایة الثانیة دلت علی تقدیم الکتابة علی الاشارة اللّهم الا ان یناقش بان الطلاق یحتاج الی الکتابة فلذا قدم علی الاشارة فلیس المناط معلوما حتی یتعدی منه الی البیع بان یقال ان الکتابة فی البیع أیضا مقدمة علی الاشارة.

(ثم الکلام فی الخصوصیات المعتبرة فی اللفظ تارة یقع فی مواد الفاظ) کمادة «ب ی ع» و «م ل ک» (من حیث افادة المعنی) البیعی (بالصراحة) مما لا یحتمل الخلاف (و الظهور) ما یحتمله (و الحقیقة و المجاز و الکنایة) و هی قسم من المجاز الّذی کانت علاقته التلازم بذکر اللازم و إرادة اللزوم مثل «کثیر الرماد» و «مهزول الفصیل» و «جبان الکلب» کنایة عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۲۹

و من حیث اللغة المستعملة فی معنی المعاملة.

و اخری فی هیئة کل من الایجاب و القبول من حیث اعتبار کونه بالجملة الفعلیة و کونه بالماضی.

و ثالثة فی هیئة ترکیب الایجاب و القبول من حیث الترتیب و الموالاة.

اما الکلام من حیث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالکنایات قال فی التذکرة: الرابع من شروط الصیغة التصریح فلا یقع بالکنایة مع النیة مثل قوله ادخلته فی ملکک، او جعلته لک، او خذه منی او سلطتک علیه بکذا عملا باصالة بقاء الملک

الکرم و هکذا (و من حیث اللغة المستعملة فی معنی المعاملة) و هل انه یشترط ان یکون بلغة العرب أم یکفی سائر اللغات

(و اخری فی هیئة کل من الایجاب و القبول من حیث اعتبار کونه بالجملة الفعلیة) لا بالجملة الاسمیّة نحو: «البیع صادر منی» (و کونه بالماضی) کبعت لا ابیع.

(و ثالثة فی هیئة ترکیب الایجاب و القبول من حیث الترتیب) بتقدیم الایجاب علی القبول (و الموالاة) بالتتابع بان لا یکون فصل معتد به بین الایجاب و القبول.

(اما الکلام من حیث المادة فالمشهور) بین الفقهاء (عدم وقوع العقد بالکنایات) سواء کانت کنایة قریبة أم بعیدة (قال فی التذکرة: «الرابع من شروط الصیغة التصریح) بالصیغة (فلا یقع) العقد (بالکنایة مع النیة) اما بدون النیة فلا اشکال فی عدم الوقوع (مثل قوله: ادخلته فی ملکک، او جعلته لک، او خذه منی او سلطتک علیه بکذا) من المال، و انما نقول بعدم وقوع العقد بالکنایة (عملا باصالة بقاء الملک) فی سلطة مالکه ما لم یخرجه بلفظ صریح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۰

و لأن المخاطب لا یدری بم خوطب.

و زاد فی غایة المراد علی الأمثلة مثل قوله: اعطیتکه بکذا او تسلط علیه بکذا و ربما یبدل هذا باشتراط الحقیقة فی الصیغة فلا ینعقد بالمجازات، حتی صرح بعضهم بعدم الفرق بین المجاز القریب و البعید.

و المراد بالتصریح کما یظهر من جماعة من الخاصة و العامة فی باب الطلاق و غیره ما کان موضوعا بعنوان ذلک العقد لغة او شرعا و من الکنایة ما افاد لازم ذلک العقد- بحسب الوضع- فیفید إرادة نفسه بالقرائن و هی.

(و لأن المخاطب لا یدری بم خوطب) فلا یقبل العقد، و اذا لم یکم قبول لم یکن بیع.

(و زاد) علی العلامة (فی غایة المراد علی الأمثلة) المذکورة (مثل قوله:

اعطیتکه بکذا او تسلط علیه بکذا) من الثمن (و ربما یبدل) هذا الشرط- ای عدم کونه کنایة- (باشتراط الحقیقة) فی قبال المجاز (فی

صیغة فلا ینعقد) البیع (بالمجازات، حتی صرح بعدم الفرق بین المجاز القریب و البعید) فی عدم الانعقاد، فالمجاز القریب مثل قوله: هذا لک، فان کونه له لازم ان یکون ادخله البائع فی ملکه، و المجاز البعید مثل قوله: لا یتصرف احد فی مالک، و یشیر الی السلعة. (و المراد بالتصریح کما ظهر من جماعة من الخاصة و العامة فی باب الطلاق و غیره- کان) من الالفاظ (موضوعا بعنوان ذلک العقد) الّذی، یریدون اجرائه: کعقد البیع و الرهن و الاجارة، و ما اشبه (لغة او شرعا و) المراد (من الکنایة ما افاد لازم ذلک العقد- بحسب الوضع-) ای ان اللفظ له لازم وضعی فی مقابل اللازم العقلی (فیفید) اللازم المأتی به (إرادة نفسه) ای نفس العقد، افادة (بالقرائن) الحالیة و المقالیة (و هی) ای القرائن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۱

علی قسمین عندهم جلیة و خفیة.

و الّذی یظهر من النصوص المتفرقة فی ابواب العقود اللازمة و الفتاوی المتعرضة لصیغها فی البیع بقول مطلق و فی بعض انواعه و فی غیر البیع من العقود اللازمة هو الاکتفاء بکل لفظ له ظهور عرفی معتد به فی المعنی المقصود فلا فرق بین قوله بعت و ملکت، و بین قوله: نقلت الی ملکک او جعلته ملکا لک بکذا او هذا هو الّذی قواه جماعة من متأخری المتأخرین.

(علی قسمین عندهم جلیة) بحیث اذا کانت ظهرت إرادة الملزوم ظهورا واضحا (و خفیة) لیست بتلک المنزلة الظاهرة.

(و الّذی یظهر من النصوص المتفرقة فی ابواب العقود اللازمة) مقابل العقود الجائزة التی یصح فسخها (و) یظهر من (الفتاوی المتعرضة لصیغها) ای صیغ العقود اللازمة (فی البیع بقول مطلق) ای مطلق اقسام البیع کالنقد و السلم و النسیئة (و فی بعض انواعه) کالسلم فقط. او المرابحة- مثلا- (و فی غیر البیع من العقود اللازمة) کالاجارة مثل (هو الاکتفاء بکل لفظ له ظهور عرفی معتد به) عتد العقلاء (فی المعنی المقصود) لدی العاقدین و «فی» متعلق ب «ظهور» (فلا فرق) فی صحة اجراء العقد (بین قوله: بعت و ملکت، و بین قوله: نقلت الی ملکک او جعلته ملکا لک بکذا) من الثمن و الا و لان حقیقة، و الآخر ان کنایة، لکن لما کان الظهور موجودا فیهما کفیا فی اجراء البیع بهما (و هذا) الّذی ذکرنا من کفایة الظهور و لو کان مجازا و کنایة (هو الّذی قواه جماعة من متأخری المتأخرین) و قد اراد المصنف من قوله:

«و الفتاوی» رد من نسب الی المشهور عدم تجویزهم بالکنایة کما ان المراد من النصوص ما ورد من النصوص بذکر الالفاظ للمعاملة فان بعض الالفاظ الواردة فیها حقیقة، و بعض الالفاظ مجاز کما لا یخفی لمن راجعها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۲

و حکی عن جماعة ممن تقدمهم کالمحقق. علی ما حکی عن تلمیذه کاشف الرموز انه حکی عن شیخه المحقق: ان عقد البیع لا یلزم فیه لفظ مخصوص و انه اختاره أیضا.

و حکی عن الشهید فی حواشیه: انه جوز البیع بکل لفظ دل علیه مثل:

اسلمت ألیک و عاوضتک و حکاه فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین، بل هو ظاهر العلامة فی التحریر حیث قال: ان الایجاب اللفظ الدال علی النقل مثل: بعتک او، ملکتک او ما یقوم مقامها و نحوه المحکی عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام فاذا کان الایجاب هو اللفظ الدال علی النقل فکیف لا ینعقد بمثل نقلته الی ملک او

(و حکی عن جماعة ممن تقدمهم) ای تقدم متأخری المتأخرین (کالمحقق علی ما حکی عن تلمیذه کاشف الرموز انه حکی عن شیخه المحقق: ان عقد البیع لا یلزم فیه لفظ مخصوص و انه) ای کاشف الرموز (اختاره) ای مقالة المحقق (أیضا).

(و حکی عن الشهید فی حواشیه: انه جوز البیع بکل لفظ دل علیه مثل اسلمت ألیک) المال بکذا من الثمن (و عاوضتک) و ما اشبه

(و حکاه فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین، بل هو) ای الاکتفاء بکل لفظ له ظهور و إن کان مجازا (ظاهر العلامة فی التحریر حیث قال: ان الایجاب) هو (اللفظ الدال علی النقل مثل: بعتک او ملکتک او ما یقوم مقامها) فان المجاز أیضا یدل علی النقل و یقوم مقام اللفظین (و نحوه المحکی عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام) ابن العلامة.

(فاذا کان الایجاب هو اللفظ الدال علی النقل) کما ذکره العلامة و غیره- فیما تقدم من عبائرهم- (فکیف لا ینعقد بمثل: نقلته الی ملکک، او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۳

جعلته ملکا لک بکذا بل قد یدعی انه ظاهر کل من اطلق اعتبار الایجاب و القبول فیه من دون ذکر لفظ خاص کالشیخ و اتباعه و قد حکی عن الاکثر تجویز البیع حالا بلفظ السلم و صرح جماعة أیضا فی بیع لتولیة بانعقاده، بقوله: ولیتک العقد، او ولیتک السلعة و التشریک فی المبیع بلفظ شرکتک و عن المسالک فی مسألة تقبیل احد الشریکین فی النخل حصة صاحبه بشیء معلوم من الثمرة

جعلته ملکا لک بکذا) من الثمن؟، أ لیس اللفظان دالین علی النقل (بل قد یدعی انه) ای ان اللفظ الدال علی النقل کاف فی الایجاب (ظاهر کل من اطلق اعتبار الایجاب و القبول فیه) ای فی العقد (من دون ذکر لفظ خاص) یعنی لم یذکر لفظا خاصا للایجاب، فان الاطلاق شامل لکل لفظ له ظهور فی النقل و إن کان مجازا (کالشیخ و اتباعه) الذین اطلقوا و لم یذکر لفظا خاصا (و قد حکی عن الاکثر تجویز البیع حالا) نقدا (بلفظ السلم) کأن یقول: اسملتک المال فی مقابل دینار، مع ان السلم انما هو فی مقابل النسیئة، بأن یعطی الثمن و یؤجل المثمن، فهو مجاز بالنسبة الی الحال (و صرح جماعة أیضا فی بیع التولیة) بان لم یأخذ البائع ربحا و لم یخسر خسارة، و انما اعطی السلعة بنفس الثمن الّذی اشتراها به کما لو اشتری المال بالف فاعطاه بالف أیضا (بانعقاده) ای بیع التولیة (بقوله: ولیتک العقد او ولیتک السلعة) مع ان ولیتک لیس لفظا حقیقة للبیع و انما له ظهور فیه- مجازا- (و التشریک فی المبیع) بان یبیعه بعض المال، لا کله (بلفظ: شرکتک) مع انه لیس حقیقة فی البیع، و انما هو مجاز ظاهر (و عن المسالک فی مسألة تقبیل احد الشریکین فی النخل حصة صاحبه بشیء معلوم من الثمرة) کما لو کان شریکان فی نخیل فقال احدهما لآخر آخذ منک الف رطل من التمر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۴

ان ظاهر الاصحاب جواز ذلک بلفظ التقبیل مع انه لا یخرج عن البیع او الصلح او معاملة ثالثة لازمة هذا ما حضرنی من کلماتهم فی البیع.

و اما فی غیره فظاهر جماعة فی القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله: تصرف فیه، او انتفع به و علیک رد عوضه او خذه بمثله و اسلفتک و غیر ذلک مما عدوا مثله فی البیع من الکنایات مع ان القرض من العقود اللازمة علی حسب لزوم البیع و الاجارة.

مقابل حصتی، سواء زادت عن الحصة او نقصت (ان ظاهر الاصحاب جواز ذلک) التعامل (بلفظ التقبیل مع انه) ای هذا القسم من التقبیل (لا یخرج عن البیع او الصلح او معاملة ثالثة لازمة) تلک المعاملة الثالثة عند جماعة و لفظه الصریح: بعت او صالحت، او ما اشبه، لا قبلت، فانه مجاز له ظهور فیظهر من الشهید عدم اعتبار کون اللفظ الصریح حقیقة فی الانعقاد (هذا ما حضرنی من کلماتهم فی) باب (البیع) و قد رأیتها دالة علی کفایة المجاز، و عدم اعتبار الحقیقة.

(و اما فی غیره) ای غیر البیع (فظاهر جماعة فی القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه) ای جوزوا وقوع القرض (بقوله: تصرف فیه، او انتفع به و علیک رد عوضه) بدون الاتیان بمادة «ق ر ض» (او خذه بمثله و اسلفتک) ای اعطیتک المال فی مقابل بدل تعطینی بعد ذلک (و غیر ذلک مما عدوا مثله) ای مثل ذلک اللفظ (فی) باب (البیع، من الکنایات) التی قال جماعة بعدم صحة وقوع البیع بها

(مع ان القرض من العقود اللازمـة علی حسب لزوم البیع و الاجـارة) ای بمثـل کون البیع لازما، و من ذلک یتبین ان العقود اللازمـة لا تتوقف علی الالفاظ الصریحة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۵

و حکی عن جماعـة فی الرهن ان ایجابه یؤدی بکل لفظ یـدل علیه مثل قوله: هذه وثیقة عندک و عن الدروس تجویزه بقوله: خذه او امسکه بمالک.

و حکی عن غیر واحد تجویز ایجاب الضمان- الّذی هو من العقود اللازمة- بلفظ تعهدت المال او تقلدته و شبه ذلک.

و قد ذکر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العاریة معللین بتحقق القصد

و تردد جماعة فی انعقاد الاجارة بلفظ بیع المنفعة.

(و حکی عن جماعـة فی الرهن ان ایجـابه یؤدی بکل لفظ یـدل علیه مثل قوله: هـذه وثیقـة عنـدک) مع العلم ان مثل هـذا اللفظ لیس صریحا فی الرهن (و عن الدروس تجویزه بقوله: خذه او امسکه بمالک) ای فی مقابل ان تعطی مالک.

(و حکی عن غیر واحـد تجویز ایجـاب الضـمان- الّذی هو من العقود اللازمـة-) کمـا ان الرهن أیضا کان من العقود اللازمـة (بلفظ: تعهدت المال و تقلدته) ای جعلته قلادة فی عنقی (و شبه ذلک) من الالفاظ التی لیست صریحة فی الضمان.

(و لقد ذکر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العاریة) کأن یقول اعرتک الدار سـنة بمبلغ مائة دینار (معللین) الجواز (بتحقق القصد) للاجارة، و العقود تتبع القصود.

(و تردد جماعـة فی انعقاد الاجارة بلفظ بیع المنفعـة) کان یقول: بعتک منفعـة هـذه الـدار سـنة بمائة دینار، و من المعلوم انه لو کانت العقود اللازمة لا بدلها من الفاظ خاصة لم یکن وجه للتردد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۳۶

و قـد ذکر جماعـة جواز المزارعـة بکـل لفـظ یـدل علی تسلیم الارض للمزارعـة، و عن مجمع البرهان کما فی غیره انه لا خلاف فی جوازها بکل لفظ یدل علی المطلوب مع کونه ماضیا.

و عن المشهور جوازها بلفظ ازرع و قد جوز جماعة الوقف بلفظ: حرمت او تصدقت مع القرینة الدالة علی إرادة الوقف مثل ان لا یباع و لا- یورث، مع عـدم الخلاـف- کمـا عن غیر واحـد- علی انهما من الکنایات، و جوز جماعـة وقوع النکاح الـدائم بلفظ التمتع مع انه لیس صریحا فیه.

و مع هذه الکلمات کیف یجوز ان یستند الی العلماء او اکثرهم وجوب ایقاع العقد باللفظ الموضوع.

(و قـد ذکر جماعـة جواز المزارعـة بکل لفظ یدل علی تسـلیم الارض) من المزارع (للمزارعة، و عن مجمع الرهان کما فی غیره انه لا خلاف فی جوازها) ای المزارعة (بکل لفظ یدل علی المطلوب مع کونه ماضیا) فلا یصح ان یقول:

ازارعک، بلفظ المضارع- مثلا-

(و عن المشـهور جوازها بلفظ ازرع) بان یقوله صاحب الارض للزارع (و قـد جوز جماعة بلفظ: حرمت) عینها (او تصدقت) مع القرینة (الدالـة علی إرادة الوقف مثل) ان یقول: بعقب «حرمت» و «تصـدقت» (ان لا یباع و لا یورث، مع عـدم الخلاف- کما غیر واحد-) ای دعوی عـدم الخلاـف (علی انهمـا) ای حرمت و تصـدقت (من الکنایـات، و جوز جماعـة وقوع النکاح الـدائم بلفظ التمتع) کان تقول الزوجة متعتک نفسی بمبلغ کذا (مع انه) ای لفظا لتمتع (لیس صریحا فیه) ای فی النکاح الدائم، بل هو کنایة عنه.

(و مع هـذه الکلمـات) التی نقلناهـا منهم فی مختلف ابواب العقود اللازمـة (کیف یجوز ان یسـتند الی العلماء او اکثرهم وجوب ایقاع

العقد باللفظ الموضوع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۳۷

له و انه لا يجوز بالالفاظ المجازية خصوصا مع تتميمها بالقرينة كما تقدم عن بعض المحققين.

و لعله لما عرفت- من تنافى ما اشتهر بينهم: من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى اكثرها بالالفاظ غير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانى- على ما حكى عنه- فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم، بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة

له) اى للعقد مثل: «ر ه ن» و «ن ك ح» و «زرع» و «ض م ن» مثلا- فى ابواب العقود اللازمة (و انه لا- يجوز) الإيقاع للعقد (بالالفاظ المجازية خصوصا مع تتميمها) اى تلك الالفاظ المجازية (بالقرينة) المعينة للقصد (كما تقدم) هذه النسبة الى العلماء (عن بعض المحققين)

هذا (و لعله لما عرفت- من تنافى ما اشتهر بينهم: من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة، مع) شق ثان ل: «ما اشتهر» اى التنافى بين ما اشتهر و بين (ما عرفت منهم) فى الكلمات التى نقلناها (من الاكتفاء فى اكثرها) اى اكثر العقود اللازمة (بالالفاظ غير الموضوعة لذلك العقد) كالنكاح بلفظ التمتع، و التمتع لم يوضع للنكاح الدائم، و هكذا (جمع المحقق الثانى- على ما حكى عنه- فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة) التى منعوها فى باب العقود اللازمة (على المجازات البعيدة) فما ذكروا من لزوم كون العقود اللازمة بالالفاظ المتعارفة يراد بذلك الاعم من الالفاظ الحقيقية، او المجازية القريبة مثلا «عقد النكاح» لفظ «نكح» حقيقة فيه، و لفظ «تمتع» مجاز قريب، و لفظ «انتفع بى»- فيما اذا قالته الزوجة- مجاز بعيد، فمنعهم عن الالفاظ غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۳۸

و هو جمع حسن و لعل الأولى ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه او مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الافادة بالاخرة الى الوضع اذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الّذى هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب

المتعارفة يراد به مثل «انتفع بى» لا مثل «تمتع» (و هو) اى جمع المحقق الثانى (جمع حسن) اذ لا محيص فى رفع المنافاة عن كلماتهم، الا- بهذا الجمع (و لعل الاولى) فى الجمع بين الكلامين (ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود) اى بقولهم يعتبر ان يكون اللفظ الّذى يؤتى به فى العقد حقيقة، لا مجازا (اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية) فى مقابل الدلالة العقلية كالدخان على النار و الطبيعية كالنبض على حالة البدن، و فى مقابل اللفظية غير الوضعية كدلالة «اح» على وجود لافظ (سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له) اى للعقد (بنفسه) نحو بعت فى الدلالة على البيع (او مستعملا فيه مجازا) نحو «هذا مالك» (بقرينة لفظ موضوع آخر) يدل ذلك اللفظ الثانى على إرادة البيع من اللفظ الاول (ليرجع الافادة بالاخرة) سواء باللفظ الاول الموضوع حقيقة، او اللفظ الثانى الّذى هو قرينة (الى الوضع) و انما قلنا ان هذا الجمع احسن من الجمع الّذى ذكره المحقق الثانى (اذ لا- يعقل الفرق) بين المجاز الجائز استعماله و بين الحقيقة (فى الوضوح الّذى هو مناط الصراحة) اى المناط فى العقد ان يكون اللفظ صريحا فى افادة العقد (بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع) بان يكون حقيقة (او افادته له) اى للمطلب (بضميمة لفظ آخر) و هو القرينة (يدل بالوضع على إرادة المطلب) العقدى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۳۹

من ذلك اللفظ و هذا بخلاف اللفظ الّذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال او سبق مقال خارج عن العقد فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال فى إنشاء المقاصد و لذا لم

يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على إرادة البيع جزما

(من ذلك اللفظ) الاول، مثلا كل واحد من «الرجل الشجاع» و «اسد يرمى» واضح فى إرادة الانسان الشجاع لكن الاول يفيد بحكم الوضع، و الثانى يفيد بضميمة لفظ آخر، و هو «يرمى» و يرمى يدل بالوضع أيضا، لا بالعقل او بالطبع (و هذا) المجاز الّذى يدل بضميمة لفظ موضوع آخر (بخلاف اللفظ الّذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال) كما لو كان السوق موضوعا للبيع فجاء المشترى و قال- مشيرا الى الثمن- هذا لك، فقال البائع- مشيرا الى المثمن- و هذا لك «مثلا» (او سبق مقال خارج عن العقد) كما لو تعاملا و تقاولا ثم قالا «هذا لك» (فان الاعتماد عليه) اى على اللفظ الدال بحال او مقال (فى متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا) لكنه لا يجوز لانه (رجوع عما بنى عليه) اى بنى الفقهاء عليه (من عدم العبرة بغير الاقوال فى إنشاء المقاصد) فانه اعتماد على حال او قرينة سابقة لا ربط لها بالعقد- و إن كانت تلك القرينة لفظا- و ما بنى عليه الفقهاء يدل بالإنّ على ان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه يراد بها العقود اللفظية (و لذا) الّذى ذكرنا من بنائهم على عدم العبرة بالاقوال (لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على إرادة) المتعاطين (البيع) دلالة (جزما) فانهم يقولون ان المعاطاة ليس بيعا كما سبق تفصيل الكلام فيه-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۴۰

و مما ذكرنا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة.

و كذا المشترك المعنوى و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قدس سره: لان المخاطب لا يدرى بم خوطب اذ ليس المراد ان المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ

(و مما ذكرنا) من عدم صحة الاعتماد على القرينة الحالية و المقالية- السابقة على العقد- (يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى) فى مقام العقد (اتكالا على القرينة المعينة) فى افادة العقد.

(و كذا) الاقتصار على (المشترك المعنوى) اعتمادا على القرينة الحالية و المشترك اللفظى هو الّذى وضع اللفظ- فيه- تارة لهذا المعنى و اخرى لمعنى آخر، و المعنوى هو الّذى وضع اللفظ فيه، لمعنى شامل لكلا المعنيين مثلا اذا قلنا ان «الامر» وضع تارة للوجوب، و تارة للاستحباب كان مشتركا لفظيا، و ان قلنا انه وضع للطرف الراجح- الشامل لهما- كان مشتركا معنويا (و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا) من عدم جواز الاعتماد على القرائن الحالية و المقالية، (الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة) على عدم صحة المجاز (بقوله قدس سره: لان المخاطب لا يدرى بم خوطب) و انما ينطبق كلامنا على كلام التذكرة (اذ ليس المراد) من «لا يدرى» (ان المخاطب لا يفهم منها) اى من الكناية المستعملة فى العقد «المطلب» و لو فهما (بالقرائن الخارجية) عن العقد مقالية او حالية- اذ من الواضح ان المخاطب يفهم المطلب بالكناية المحفوفة بالقرينة- (بل المراد) من «لا يدرى» فى كلام التذكرة (ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ) الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۴۱

ما لم يقصد الملزوم لان اللازم الاعم- كما هو الغالب بل المطرد فى الكنايات- لا تدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع من الملزوم الخاص فالخطاب فى نفسه محتمل لا يدرى المخاطب بم خوطب و انما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم و المفروض- على ما تقرر فى مسألة المعاطاة ان النية بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثر فى النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به

انشائه و قصده المکنّی (ما لم یقصد الملزوم) مثلا «هذا ملکک» لا یدل علی «العقد» ما لم یقصد المتکلم «التملیک» فعلا (لان اللازم الاعم) من الملزوم فان کون الشیء ملکا للطرف اعم من کونه تملیکا له فعلا او کونه ملکا له سابقا مثلا- (- کما هو الغالب بل المطرد فی الکنایات-) ای الغالب و المطرد کون الکنایة تتأتی باللازم الاعم (لا تدل علی الملزوم) بذاته، مثلا جبان الکلب لا یدل علی کثرة الضیف، لان جبن الکلب اعم (ما لم یقصد المتکلم خصوص الفرد المجامع من الملزوم الخاص) کخصوص جبن الکلب المجامع مع الضیافة- التی هی ملزوم خاص لجبن الکلب- (ف) مراد العلامة من قوله «ره» «لا یدری» کون (الخطاب فی نفسه) مع قطع النظر عن القرینة (محتمل لا یدری المخاطب بم خوطب) هل بالعقد او بغیره (و انما یفهم) المخاطب (المراد بالقرائن الخارجیة الکاشفة عن قصد المتکلم) سواء کانت تلک القرائن حالیة او مقالیة (و المفروض- علی ما تقرر فی مسألة المعاطاة- ان النیة) للبیع (بنفسها او مع انکشافها بغیر الاقوال) ای الحال او المقال السابق- عند المقاولة- (لا تؤثر فی النقل و الانتقال) لان العقد- حسب الفهم العرفی- ما کان باللفظ (فلم یحصل هنا) فیما اذا کانت القرینة حالیة او مقالیة- خارجة عن العقد- (عقد لفظی یقع التفاهم به) و انما صار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۲

لکن هذا الوجه لا یجری فی جمیع ما ذکروه من امثلة الکنایة ثم انه ربما یدعی ان العقود المؤثرة فی النقل و الانتقال اسباب شرعیة توقیفیّة- کما حکی عن الایضاح من ان کل عقد لازم وضع الشارع له صیغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار علی المتیقن و هو کلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوی العلماء فضلا عن الروایات المتکثرة الآتی بعضها.

و اما ما ذکره الفخر قدس سره فلعل المراد فیه من الخصوصیة المأخوذة فی الصیغة، شرعا

الاعتماد علی النیة (لکن هذا الوجه) الّذی ذکرناه من عدم صحة الاعتماد علی القرینة غیر اللفظیة- و لذا لا یصح المجاز فی العقد- (لا یجری فی جمیع ما ذکروه من امثلة الکنایة) اذ بعضها تعتمد علی القرینة اللفظیة، و مع ذلک قالوا بعدم صحة العقد بها (ثم انه ربما یدعی ان العقود المؤثرة فی النقل و الانتقال اسباب شرعیة) اخترعها الشارع او امضاها (توقیفیّة) متوقفة علی ان نعلم تقریر الشارع لها (- کما حکی عن الایضاح) حیث قال (من ان کل عقد لازم وضع الشارع له صیغة مخصوصة) و علم ذلک (بالاستقراء) و التتبع فی الروایات (فلا بد من الاقتصار علی المتیقن) فاذا شک فی انه هل یصح العقد بالعربیة أم لا- مثلا- لزم الاجراء بالعربیة اذ العقد العربی صحیح قطعا، و یشک فی ما عداه فالاصل عدم تصحیح الشارع له (و هو) ای «ما ربما یدعی» (کلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوی العلماء) الظاهرة فی ان صیغة العقود لیست توقیفیّة (فضلا عن الروایات المتکثرة الآتی بعضها) مما یدل علی انعقاد العقد بکل لفظ دال علی المقصود.

(و اما ما ذکره الفخر قدس سره) المؤیّد للادعاء المتقدم (فلعل المراد فیه) ای فی کلامه (من الخصوصیة المأخوذة فی الصیغة، شرعا) لیس خصوص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۳

هی اشتمالها علی العنوان المعبر عن تلک المعاملة به فی کلام الشارع فاذا کانت العلاقة الحادثة بین الرجل و المرأة، معبرا عنها فی کلام الشارع- بالنکاح او الزوجیة او المتعة فلا بد من اشتمال عقدها علی هذه العناوین فلا یجوز بلفظ الهبة او البیع او الاجارة او نحو ذلک

و هکذا الکلام فی العقود المنشأة للمقاصد الاخر کالبیع و الاجارة و نحوهما

صیغة خاصة نحو «بعت» مثلا مقابل «ابیعک» و الحاصل لیس المراد هیئة خاصة، بل المراد المادة فالخصوصیة (هی اشتمالها) ای صیغة العقـد، فلا بـد ان تشـتمل الصـیغة (علی العنوان المعبر عن تلک المعاملـة به) ای بـذلک العنوان (فی کلام الشارع) مثلا لفظ «النکاح» المعبر فی کلام الشارع فی باب الزواج، لا یصح التعـدی عنه الی «الاجارة» فلا یصـح ان یقال فی عقد النکاح «آجرتک» و انما اللازم الاتیـان بمـادة النکاح (فاذا کانت العلاقـة الحادثـة بین الرجل و المرأة، معبرا عنها) ای عن تلک العلاقـة (فی کلام الشارع- بالنکاح او الزوجیـة او المتعـة) فی قوله سبحانه: «فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» و قوله: «زَوَّجْناهُمْ بِحُورٍ عِینٍ» و قوله «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» مثلا (فلا بـد من اشـتمال عقـدها) ای العقـد الّـذی نریـد ان یؤثر العلاقـة المـذکورة (علی هـذه العناوین) الثلاثة (فلا یجوز) احداث العلاقة- ای لا یصح- (بلفظ الهبة او البیع او الاجارة او نحو ذلک) کالصلح و الرهن.

(و هکذا الکلام فی العقود المنشئة) بصیغة اسم الفاعل، او اسم المفعول (للمقاصد الاخر) غیر النکاح (کالبیع و الاجارة و نحوهما) فلا تصح الاجارة، بلفظ «هبة المنفعة» و لا یصح البیع بلفظ «الصلح» و هکذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۴

فخصوصـیة اللفظ من حیث اشـتمالها علی هـذه العنوانات الـدائرة فی لسان الشارع او ما یراد فها لغة او عرفا لانها بهذه العنوانات موارد للاحکام الشرعیة التی لا تحصی

و علی هـذا فالضابـط وجوب ایقـاع العقـد بانشاء العناوین الـدائرة فی لسان الشارع اذ لو وقع بانشاء غیرها فإن کانت لا مع قصـد تلک العناوین.

کما لو لم تقصد المرأة الاهبة نفسها او اجارة نفسها مدة الاستمتاع لم یترتب علیه الآثار المحمولة فی الشریعة علی الزوجیة الدائمة

(فخصوصـیة اللفظ) التی اعتبرها فخر المحققین، هی (من حیث اشـتمالها علی هـذه العنوانات الدائرة) و المذکورة (فی لسان الشارع او ما یراد فها لغة او عرفا) مثل «فروختن» فی الفارسـیة المرادفة للبیع، او مثل «الشـراء» المرادف للبیع شـرعا کما قال سـبحانه: «وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْرِی نَفْسَهُ ابْتِغاءَ مَرْضاتِ اللّهِ» (لانها بهذه العنوانات) المذکورة فی الشرع، او ما یرادفها (موارد للاحکام الشرعیة التی لا تحصی) فـالبیع- مثلاـ- بعنوان «ب ی ع» مورد «اللزوم» و «السـلم» و «النسیئة» و خیـار العیب و المجلس و الصـرف و الربـا الی غیرها من الامور المذکورة فی کتاب «البیع» و هکذا بالنسبة الی «النکاح» و احکامه و «الطلاق» و مسائله، الی غیر ذلک.

(و علی هذا فالضابط وجوب ایقاع العقد بانشاء العقد بانشاء العناوین الدائرة فی لسان الشارع) بان یکون العقد بتلک المادة (اذ لو وقع بانشاء غیرها) ای غیر تلک العناوین (فإن کانت) صـیغة العقد (لا مع قصد تلک العناوین) کما لو قالت المرأة «وهبت نفسی لک» و لم تقصد النکاح.

(کما لو لم تقصـد المرأة الاهبـة نفسـها) کهبـة الاموال (او اجارة نفسـها مدة الاسـتمتاع) فی العقد المنقطع (لم یترتب علیه) ای علی ما انشئه من المعنی (الآثار المحمولة فی الشریعة علی الزوجیة الدائمة) فی الهبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۵

او المنقطعـة و إن کانت بقصـد هـذه العناوین دخلت فی الکنایـة التی عرفت ان تجویزها رجوع الی عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال فما ذکره الفخر مؤید لما ذکرناه و استفدناه من کلام والده و إلیه یشیر أیضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقاة من الشارع فلا ینعقد عقد بلفظ آخر لیس من جنسه

(او المنقطعـة) فی الاجارة، من حلیـة البضع مطلقا و النفقـة و الارث فی الـدائم الی غیرها (و إن کانت بقصـد هـذه العناوین) بان قالت وهبت و قصـدت النکاح (دخلت فی الکنایـة) بذکر اللازم و إرادة الملزوم فان حلیة البضع من لوازمها کون المرأة تحت اختیار الزوج

مثل کون السلعة تحت اختیار الموهوب له (التی عرفت ان تجویزها رجوع الی عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال) فانک اذا قلت «فلان جبان الکلب» لم تفد «کونه کریما» بالقول و انما افادته بالانتقال العقلی الحادث بسبب القول فحال «جبان الکلب» حال العلم الّذی یوضع علی الفرسخ لافادة مقدار المسافة (فما ذکره الفخر) من ان کل عقد لازم وضع له الشارع صیغة مخصوصة (مؤید لما ذکرناه و استفدناه من کلام والده) العلامة «ره» من عدم صحة الکنایة فی العقود، و لیس کلام الفخر مؤیدا لما ادعاه المدعی من کون النقل و الانتقال اسباب شرعیة توقیفیة (و إلیه) ای ما استفدناه من کلام العلامة و فخر المحققین (یشیر أیضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقاة من الشارع فلا ینعقد عقد بلفظ آخر) غیر اللفظ الدائر فی لسان الشارع (لیس من جنسه) ای من جنس لفظ الشارع و الحاصل یعتبر وجود مادة «لفظ الشارع» فی العقد مثلا الشارع قال «زوجناکها» فاللازم وجود مادة «زوج» فی العقد، اما جنس آخر کمادة «و ه ب» فلا یصح به العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۶

و ما عن المسالک من انه یجب الاقتصار فی العقود اللازمة علی الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هی المأثورة فی کلام الشارع.

و عن کنز العرفان فی باب النکاح انه حکم شرعی حادث فلا بد له من دلیل یدل علی حصوله و هو العقد اللفظی المتلقی من النص ثم ذکر لایجاب النکاح الفاظا ثلاثة و عللها بورودها فی القرآن و لا یخفی ان تعلیله هذا کالصریح فیما ذکرناه من توقیفیة العقود و انها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار علی المتیقن و من هذا الضابط

(و) کذلک أیضا یشیر الی ما ذکرناه (ما عن المسالک من انه یجب الاقتصار فی العقود اللازمة علی الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة) کون تلک الألفاظ للعقود الفلانیة (و مراده بالمنقولة شرعا) لیس التوقیف الّذی ذکره المدعی بل (هی المأثورة فی کلام الشارع) کما عرفت.

(و عن کنز العرفان فی باب النکاح انه) ای النکاح (حکم شرعی حادث) بمعنی ان الشارع یحکم بحدوث علاقة بین الرجل و المرأة (فلا بد له من دلیل یدل علی حصوله) ای حصول هذا الحکم الحادث (و هو العقد اللفظی المتلقی من النص) ای لفظ «النکاح» و «الزواج» و «المتعة» مثلا (ثم ذکر لایجاب النکاح الفاظ ثلاثة و عللها) ای جواز هذه الالفاظ الثلاثة المتقدمة- (بورودها فی القرآن) قال تعالی «زوجناکها» و «انکحوا الایامی» و «فما استمتعتم» (و لا یخفی ان تعلیله هذا) ای قوله «بورودها فی القرآن» (کالصریح فیما ذکرناه من توقیفیة العقود) ای لزوم اتباع العناوین الموجودة فی الشرع (و انها) ای العناوین (متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار علی المتیقن) من الّذی ورد فی الشرع (و من هذا الضابط)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۷

تقدر علی تمییز الصریح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة فی باب العقود المذکورة من غیره.

و ان الاجارة بلفظ العاریة غیر جائزة و بلفظ بیع المنفعة او السکنی- مثلا- لا یبعد جوازه و هکذا.

اذا عرفت هذا فلنذکر الفاظ الایجاب و القبول

اشارة

منها لفظ «بعت» فی الایجاب و لا خلاف فیه فتوی و نصا و هو و إن کان من الاضداد بالنسبة الی البیع و الشراء لکن کثرة استعماله فی

و هو لزوم اتباع العناوین الشرعیة فی إنشاء العقود (تقدر علی تمیز الصریح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة فی باب العقود المذکورة) کلفظ «ن ک ح» و «ر ه ن» و «ب ی ع» فی النکاح و الرهن و الاجارة و هکذا (من غیره) متعلق ب «تمیز».

(و) بذلک تعرف (ان الاجارة بلفظ العاریة غیر جائزة) لعدم الورود شرعا و لا معهود لغة (و بلفظ بیع المنفعة او السکنی) کان یقول صاحب الدار للمستأجر بعتک منفعة هذه الدار سنة، بمائة دینار، او یقول بعتک سکنی هذه الدار الخ (- مثلا- لا یبعد جوازه) لوروده فی بعض الاخبار و العبارات (و هکذا) بالنسبة الی سائر اقسام العقود و الایقاعات (اذا عرفت هذا فلنذکر الفاظ الایجاب و القبول) فی باب البیع (منها لفظ «بعت» فی الایجاب).

اما استعماله فی القبول بمقتضی ان «البیع موضوع لکل من البیع و الشراء» فسیأتی الکلام فیه (و لا خلاف) فیه نصا و فتوی (و هو) ای لفظ «البیع» (و إن کان من الاضداد) ای یستعمل فی معنیین متقابلین ککثیر من الالفاظ الاخر، کالقرء و نحوه (بالنسبة الی البیع و الشراء) فان باع یستعمل فی البائع و فی المشتری علی حد سواء (لکن کثرة استعماله فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۸

وقوع البیع تعینه

و منها لفظ شریت فلا اشکال فی وقوع البیع به لوضعه له کما یظهر من المحکی عن بعض اهل اللغة بل قیل لم یستعمل فی القرآن الکریم الا فی البیع.

و عن القاموس شراه یشریه ملّکه بالبیع و باعه کاشتراه فهما ضد و عنه أیضا کل من ترک شیئا و یتمسک بغیره فقد اشتراه و ربما یستشکل فیه بقلة

وقوع البیع) مقابل الشراء وصلت الی حدّ (تعینه) و تغنیه عن القرینة المعیّنة فاذا قال صاحب السلعة بعت تبادر معنی «البیع» منه و ترتب علیه احکام البیع، لا احکام الشراء، و ان قلنا بجواز تقدیم القبول علی الایجاب فلا اشکال فی وقوع البیع به کما ربما توهم من ان لفظ «ب ی ع» مشترک، و لا یجوز استعمال المشترک فی العقود و الایقاعات.

(و منها لفظ شریت فلا اشکال فی وقوع البیع به) فیقول الموجب «شریتک الکتاب بدینار» فیقول القابل «قبلت» (لوضعه) ای شریت (له) ای للبیع (کما یظهر من المحکی عن بعض اهل اللغة) فهو حقیقة فی البیع (بل قیل لم یستعمل) الشراء (فی القرآن الکریم الا فی البیع) کقوله سبحانه: «وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْرِی نَفْسَهُ ابْتِغاءَ مَرْضاتِ اللّهِ».

(و عن القاموس شراه یشریه ملّکه بالبیع) ثم قال (و باعه کاشتراه) بمعنی واحد (فهما ضد) ای کل واحد منهما یدل علی معنیین متقابلین (و عنه) ای القاموس (أیضا کل من ترک شیئا) کالبائع الّذی یترک السلعة (و یتمسک بغیره) کالثمن (فقد اشتراه) و هذا التعریف صادق علی البائع و علی المشتری علی حداء سواء- (و ربما یستشکل فیه) ای فی جواز استعمال «الشراء» فی ایجاب البیع کان یقول البائع «شریت هذا الکتاب بدینار» (بقلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۴۹

استعماله عرفا فی البیع و کونه محتاجا الی القرینة المعینة و عدم نقل الایجاب به فی الاخبار و کلام القدماء و لا یخلو من وجه.

و منها لفظ ملکت بالتشدید و الاکثر علی وقوع البیع به بل ظاهر نکت الارشاد الاتفاق حیث قال انه لا یقع البیع بغیر اللفظ المتفق علیه کبعت و ملکت و یدل علیه ما سبق فی تعریف البیع من ان التملیک بالعوض- المنحل الی مبادلة العین بالمال- هو المرادف للبیع لغة و عرفا

استعماله عرفا فی البیع) فیحتاج الی القرینة و یکون من قبیل المجاز الممنوع استعماله فی العقود (و کونه محتاجا الی القرینة المعینة) کما هو الحال فی کل مشترک لفظی (و عدم نقل الایجاب به) ای بلفظ الشراء (فی الاخبار و کلام القدماء) و قد عرفت لزوم ان تکون المادة مستعملة فی الاخبار (و لا یخلو) هذا الاشکال (من وجه) و إن کان الاوجه خلافه اذ قلة الاستعمال لا تمنع عن صحة الاستعمال، و الاحتیاج الی القرینة لیس بمانع بعد کونه حقیقة کاحتیاج لفظ «البیع» أیضا الی القرینة، منتهی الامر ان القرینة فی البیع «الشهرة» و فی الشراء القرائن الحالیة او المقالیة، و الایجاب به فی الاخبار لا یحتاج إلیه بل یکفی وروده فی القرآن و اللغة و کلام غیر واحد من الفقهاء، فالاقوی الکفایة.

(و منها لفظ ملکت بالتشدید) اما التخفیف فهو بمعنی التملّک (و الاکثر علی وقوع البیع به) فیصح ان یجعل ایجابا للبیع (بل ظاهر نکت الارشاد الاتفاق) علی کونه ایجابا للبیع (حیث قال انه لا یقع البیع بغیر اللفظ المتفق علیه کبعت و ملکت) فانه یدل علی الاتفاق علی صحة لفظ «ملکت» فی ایجاب البیع (و یدل علیه) ای جواز «ملکت» فی الایجاب (ما سبق فی تعریف البیع من ان التملیک بالعوض- المنحل الی مبادلة العین بالمال- هو المرادف للبیع لغة و عرفا) حیث انه لیس هناک مورد یکون فیه «تملیک بعوض» الا و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۰

کما صرح به فخر الدین حیث قال: ان معنی «بعت» فی لغة العرب: ملکت غیری و ما قیل من ان التملیک یستعمل فی الهبة- بحیث لا یتبادر عند الاطلاق غیرها

فیه ان الهبة انما تفهم من تجرید اللفظ عن العوض لا من مادة التملیک فهی مشترکة بین ما یتضمن المقابلة و بین المجرد عنها فان اتصل بالکلام ذکر العوض افاد المجموع المرکب بمقتضی الوضع الترکیبی البیع و ان تجرد اقتضی تجریده الملکیة المجانیة

کما تقدم- من اعتبار الالفاظ الواردة فی الشرع و اللغة، و مراد فاتها (کما صرح به فخر الدین حیث قال: ان معنی «بعت» فی لغة العرب: ملکت غیری) فالبیع هو التملیک، و انما قید المصنف بقوله «المنحل» الخ، لوضوح ان «التملیک» اعم من البیع، اما «التملیک المنحل» ای الّذی ذکره فیه لفظ العوضین- کما لو قال ملکت الکتاب بدینار- فلیس هو الا البیع (و ما قیل من ان التملیک یستعمل فی الهبة- بحیث لا یتبادر عند الاطلاق) للفظ «التملیک» (غیرها) ای غیر الهبة، فاذا قیل ملک زید ماله لعمرو، کان الظاهر منه انه وهب ماله لعمرو (فیه ان الهبة انما تفهم) من «التملیک» (من تجرید اللفظ عن العوض) بان قال «ملک» دون ما لو قال «ملک بعوض» (لا) ان الهبة مستفادة (من مادة التملیک) ای «م ل ک» (فهی) ای مادة التملیک (مشترکة بین ما یتضمن المقابلة) نحو ملکتک الکتاب بدینار (و بین المجرد عنها) ای عن المقابلة، نحو ملکتک الکتاب (فان اتصل بالکلام ذکر العوض افاد المجموع المرکب) من التملیک و العوض (بمقتضی الوضع الترکیبی) لا بمقتضی ذی القرینة و القرینة- حتی یکون مجازا- (البیع و ان تجرد) الکلام عن ذکر العوض (اقتضی تجریده الملکیة المجانیة) ای الهبة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۱

و قد عرفت سابقا ان تعریف البیع بذلک تعریف بمفهومه الحقیقی فلو اراد منه الهبة المعوضة او قصد المصالحة بنی علی صحة العقد بلفظ غیره مع النیة و یشهد لما ذکرنا قول فخر الدین فی شرح الارشاد: ان معنی بعت فی لغة العرب ملکت غیری.

و اما الایجاب باشتریت ففی مفتاح الکرامة انه قد یقال بصحته- کما هو الموجود، فی بعض نسخ التذکرة و المنقول عنها فی نسختین من تعلیق الارشاد.

القول: و قد یستظهر ذلک من عبارة کل من عطف علی بعت و ملکت شبههما او ما یقوم مقامهما

(و قد عرفت سابقا) عند تعریفنا للبیع (ان تعریف البیع بذلک) ای بالتملیک بعوض (تعریف بمفهومه) ای بمفهوم التملیک (الحقیقی) لا ان التملیک لیس معنی للبیع الا مجازا (فلو اراد) المتکلّم (منه) ای من التملیک (الهبة المعوضة او قصد المصالحة) بان قال ملکتک الکتاب بدینار، و اراد «وهبتک او صالحتک» (بنی علی صحة العقد) ای عقد الهبة و المصالحة (بلفظ غیره مع النیة) لان «التملیک» لیس للهبة و لا للمصالحة (و یشهد لما ذکرنا) من ان التملیک حقیقة فی البیع (قول فخر الدین فی شرح الارشاد: ان معنی بعت فی لغة العرب ملکت غیری) فانه صریح فی کون التملیک معنی حقیقیا للبیع.

(و اما الایجاب باشتریت) بان یقول اشتریت الکتاب منک بدینار، فیقول صاحب الدینار قبلت (ففی مفتاح الکرامة انه قد یقال بصحته- کما هو الموجود فی بعض نسخ التذکرة و المنقول عنها) ای عن التذکرة (فی نسختین من تعلیق الارشاد) انتهی کلام مفتاح الکرامة.

(القول: و قد یستظهر ذلک) ای جواز الایجاب بلفظ اشتریت (من عبارة کل من عطف علی بعت و ملکت شبههما) بان قال ایجاب البیع ببعت و ملکت و شبههما (او) عطف قوله (و ما یقوم مقامها) و انما یشمل کلامهم لنحو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۲

اذ إرادة خصوص لفظ اشتریت من هذا بعید جدا و حمله علی إرادة ما یقوم مقامها فی اللغات الاخر للعاجز عن العربیة ابعد فتعین إرادة ما یراد فها لغة او عرفا فیشمل شریت و اشتریت لکن الاشکال المتقدم فی شریت اولی بالجریان هنا لان شریت استعمل فی القرآن الکریم فی البیع بل لم یستعمل فیه الا فیه بخلاف اشتریت و دفع الاشکال

«اشتریت» (اذ إرادة خصوص لفظ اشتریت من هذا) ای من «شبههما» و «ما یقوم مقامها» (بعید جدا) اذ لو کان لفظ واحد لجیء به، و لا داعی للاتیان بلفظ کلی لا مصداق له الا واحد، فان المتعارف ان یؤتی باللفظ الکلی فیما اذا کان هناک افراد متعددة (و حمله) ای حمل لفظ «شبههما» و «ما یقوم مقامهما» (علی إرادة ما یقوم مقامها فی اللغات الاخر) کالفارسیة و الهندیة و الترکیة (للعاجزین العربیة) او مطلقا (ابعد) اذ الظاهر کون الکلام فی لغة العرب (فتعین إرادة) العاطف «للشبه» و «ما یقوم» (ما یراد فها) ای یرادف بعت و ملکت (لغة او عرفا فیشمل شریت و اشتریت) هذا غایة ما یقال فی تصحیح البیع بلفظ الاشتراء (لکن الاشکال المتقدم فی شریت) من عدم تعارف جعله ایجابا للبیع (اولی بالجریان هنا) فی اشتریت (لان شریت استعمل فی القرآن الکریم فی البیع بل لم یستعمل) شریت (فیه) ای فی القرآن الحکیم (الا- فیه) ای فی البیع (بخلاف اشتریت) فانه لم یستعمل فی القرآن الکریم فی معنی البیع، و قد عرفت سابقا توقیفیة الصنع (و دفع الاشکال) ای الاعتماد، و هذا اشکال آخر علی الایجاب بلفظ «اشتریت» و حاصله انه غیر ظاهر فی کونه ایجابا.

و ان قلت: یظهر کونه للایجاب بقرینة تقدیمه، قلت: هذا لا یصح اذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۳

فی تعیین المراد منه بقرینة تقدیمه الدال علی کونه ایجابا اما بناء علی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول و اما لغلبة ذلک.

غیر صحیح لان الاعتماد علی القرینة غیر اللفظیة فی تعیین المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فیه الا ان یدعی ان ما ذکر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حیث دلالته علی خصوص العقد و تمیزه عما عداه من

الاعتماد حینئذ یکون علی قرینة غیر لفظیة و قد سبق منع الاعتماد علی القرائن غیر اللفظیة فقوله «و الاشکال» مبتدأ خبره «غیر صحیح» فان الاعتماد (فی تعیین المراد منه) ای من لفظ اشتریت (بقرینة) ای علی قرینة (تقدیمه) ای تقدیم لفظ اشتریت (الدال) ذلک التقدیم (علی کونه ایجابا) لا قبولا (اما بناء علی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول) فاذا تقدم «اشتریت» عرف انه ایجاب.

(و اما لغلبهٔ ذلک) التقدیم و ان صحّ التأخیر کما فی الاستیجاب و الایجاب بان یقول المشتری یعنی الکتاب بدینار فیقول البائع بعتک- و قوله «اما» بیان لوجه قرینیهٔ التقدیم لکونه ایجابا- (غیر صحیح) خبر قوله «و الاتکال» (لان الاعتماد علی القرینهٔ غیر اللفظیّهٔ فی تعیین المراد من الالفاظ العقود) «من» متعلق ب «المراد» (قد عرفت ما فیه) اذ قد سبق ان العقد بجمیع شئونه یلزم ان یکون لفظیا حتی یکون صریحا (الا ـ ان یدعی) ان الاعتماد علی التقدیم فی تعیین الایجاب لا ـ یضر بالصراحهٔ اذ (ان ما ذکر سابقا من اعتبار الصراحهٔ) فی العقد (مختص بصراحهٔ اللفظ من حیث دلالته علی خصوص العقد و تمیزه) ای العقد (عما عداه من) سائر العقود مثلا لا یأتی بلفظ «الصلح» و یرید «البیع» او بلفظ «الاجارهٔ» و یرید «المتعهٔ» و هکذا، و الحاصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۴

و اما تمییز ایجاب عقد معین عن قبوله الراجع الی تمیز البائع عن المشتری فلا یعتبر فیه الصراحهٔ بل یکفی استفادهٔ المراد و لو بقرینهٔ المقام او غلبته او نحوهما. و فیه اشکال.

و اما القبول فلا ینبغی الاشکال فی وقوعه بلفظ قبلت و رضیت و اشتریت و شریت و ابتعت و تملکت و ملکت مخففا و اما بعت فلم ینقل الا من الجامع مع ان المحکی عن جماعهٔ من اهل اللغهٔ اشتراکه بین البیع و الشراء

یلزم ان یکون العقد صریحا فی مفاده، (و اما تمیز ایجاب عقد معین عن قبوله) بان یعلم «اشتریت» المقدم «ایجاب» لا انه «قبول» (الراجع الی تمییز البائع عن المشتری) اذ المقدم هو البائع (فلا یعتبر فیه) ای فی التمییز (الصراحهٔ بل یکفی استفادهٔ المراد) و انه بائع او مشتر (و لو بقرینهٔ المقام) ای مقام التقدیم- اذا قلنا بجواز تقدیم الایجاب- (او غلبته) ای غلبهٔ المقام- اذا قلنا باغلبیهٔ تقدیم الایجاب- (او نحوهما) من سائر القرائن المقامیهٔ غیر المربوطهٔ باللفظ (و) لکن لا یخفی ما (فیه) ای فی «الا ان یدعی» من (اشکال) اذ الکلام السابق الّذی اشترط الصراحهٔ کان مفاده الصراحهٔ فی کل شیء مربوط بالعقد سواء من جههٔ مفاده او من جههٔ تمیز البائع عن المشتری او غیرهما.

(و اما القبول) للعقد (فلا ینبغی الاشکال فی وقوعه بلفظ قبلت و رضیت و اشتریت و شریت و ابتعت و تملکت و ملکت مخففا) ای لا من باب التفعیل و انما لا اشکال فی هذه الالفاظ لوضعها لغهٔ و استعمالها عرفا، و بعضها واردهٔ فی القرآن الحکیم، و السنهٔ المطهرهٔ (و اما بعت) بان یقول البائع «بعتک الکتاب بدینار» فیقول المشتری «بعت» لان البیع حقیقهٔ فی کل واحد من البیع و الشراء (فلم ینقل الا من الجامع مع) انه یؤیّده (ان المحکی عن جماعهٔ من اهل اللغهٔ اشتراکه بین البیع و الشراء) فیصح ان یقوله المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۵

و لعل الاشکال فیه کالاشکال اشتریت فی الایجاب.

و اعلم ان المحکی عن نهایهٔ الاحکام و المسالک ان الاصل فی القبول «قبلت» و غیره بدل لان القبول علی الحقیقهٔ ما لا یمکن به الابتداء و الابتداء بنحو اشتریت و ابتعت ممکن و سیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الایجاب.

ثم ان فی انعقاد القبول بلفظ الامضاء و الاجازهٔ و الانقاذ و شبهها وجهان

(و لعل الاشکال فیه کاشکال اشتریت فی الایجاب) بانه اعتماد علی القرینهٔ المقامیهٔ و هو لا یجوز فی العقود، لکن مقتضی القاعدهٔ الصحهٔ فیه کالصحهٔ فی الایجاب بلفظ «اشتریت».

(و اعلم ان المحکی عن نهایهٔ الاحکام و المسالک ان الاصل فی القبول «قبلت» و غیره) کرضیت و نحوه (بدل) عنه (لان القبول علی الحقیقهٔ) ای قبولا ـ حقیقیا (ما لا ـ یمکن به الابتداء) فانه مطاوعهٔ و المطاوعهٔ لا یعقل الابتداء بها (و الابتداء بنحو اشتریت و ابتعت ممکن) اذ یصح افادهٔ البدلیهٔ من جانب المشتری قبل ان یعقدها البائع، و من المعلوم ان ما لا یحتمل امرین ک «قبلت» اصل بالنسبهٔ

الی ما یحتمل امرین نحو «اشتریت» (و سیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الایجاب) علی القبول.

(ثم ان فی انعقاد القبول بلفظ الامضاء و الاجازهٔ و الانفاذ و شبهها) کأن یقول المشتری امضیت و اجزت و انفذت و اجریت (وجهان) من انها دالات علی القبول فتصح، و من انها لیست مما ورد فی الشریعهٔ و قد عرفت لزوم ورود الالفاظ فی الشریعهٔ، فلا تصح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۶

فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشترکهٔ بین الایجاب و القبول ثم اختلفا فی تعیین الموجب و القابل

اما بناء علی جواز تقدیم القبول و اما من جههٔ اختلافهما فی المتقدم فلا یبعد الحکم بالتحالف.

ثم عدم ترتب الآثار المختصهٔ بکل من البیع و الاشتراء علی واحد منهما

(فرع) علی الالفاظ المشترکهٔ (لو اوقعا العقد بالالفاظ المشترکهٔ بین الایجاب و القبول) کأن قالا: «بعت» (ثم اختلفا فی تعیین الموجب و القابل) مما کان له اثر شرعی کما لو باع الحیوان بالصوف فإن کان صاحب الحیوان بائعا کان للمشتری خیار الحیوان و الا کان البیع لازما- بناء علی المشهور من اختصاص خیار الحیوان بالمشتری (اما بناء علی جواز تقدیم القبول) و کان تقدم احدهما علی الاخر واضحا (و اما من جههٔ اختلافهما فی المتقدم) و قلنا بعدم جواز تقدیم القبول، اما لو کان المتقدم معلوما انه زید مثلا، و قلنا بعدم جواز تقدیم القبول فلا اشکال فی عدم صحهٔ الاختلاف، لان المتقدم ان نوی کونه بائعا فلا اشکال و ان نوی کونه مشتریا فالمعاملهٔ باطلهٔ، (فلا یبعد الحکم بالتحالف) اذ لیست المسألهٔ هنا من باب المدعی و المنکر، بل من باب الدعویین، و لا یقال «المدعی من اذا ترک ترک» و الاخذ للحیوان هو الّذی یکون کذلک، لانه الّذی یرید رد الحیوان فی ضمن الثلاثهٔ ایام، لانه یقال هذا المقیاس لیس کلیا کما حقق فی باب القضاء.

(ثم) اذا تحالفا یجب (عدم ترتب الآثار المختصهٔ بکل من البیع و الاشتراء علی واحد منهما) کما هو مقتضی التحالف فی موارد الدعویین، و لا یضر ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۵۷

مسألهٔ المحکی عن جماعهٔ منهم السید عمید الدین و الفاضل المقداد و المحقق و الشهید الثانیان اعتبار العربیهٔ فی العقد

للتأسی کما فی جامع المقاصد و لان عدم صحته بالعربی غیر الماضی یستلزم عدم صحته بغیر العربی بطریق اولی و فی الوجهین ما لا یخفی و اضعف منهما منع صدق العقد علی

بالعلم الاجمالی، لانه من قبیل درهمی الودعی.

نعم لو تبدل بالعلم التفصیلی لزم الاخذ به کما لو کان العوضان حیوانین و فسخا انفسخ العقد، لان ایهما کان هو المشتری یکون فسخه موجبا لابطال البیع، و المسألهٔ تحتاج الی تطویل خارج عن شأن الشرح و اللّه سبحانه العالم.

«مسألهٔ» فی اعتبار العربیهٔ فی العقد (المحکی عن جماعهٔ منهم السید عمید الدین و الفاضل المقداد و المحقق و الشهید الثانیان) صاحب جامع المقاصد و الروضهٔ، (اعتبار العربیهٔ فی العقد للتأسی) بالرسول صلی اللّه علیه و آله و سلم و الائمهٔ لقوله سبحانه «و لکم برسول اللّه اسوهٔ حسنهٔ» فاذا اجرینا العقد بالعربیهٔ کفی قطعا، بخلاف ما ذا اجریناه بغیر العربیهٔ فاذا شک فی الانعقاد کان الاصل عدمه (کما فی جامع المقاصد) فانه استدل للعربیهٔ بالتأسی (و لان عدم صحته بالعربی غیر الماضی) کما لو قال «ابیعک» (یستلزم عدم صحته

بغير العربى) كالفارسى (بطريق اولى) لان العربيه اهم من الماضويه (و فى الوجهين ما لا يخفى) اذ يرد على الوجه الاول ان الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و الائمة انما كان لسانهم العربى و لا اطلاق لادلة التأسى على وجوبه فى كل شىء، و على الوجه الثانى انه لا اولوية للعربية على الماضوية (و اضعف منهما منع صدق العقد على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۵۸

غير العربى مع التمكن من العربى فالاقوى صحته بغير العربى و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربى الاقوى ذلك بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل و كذا اللحن فى الاعراب و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك- بفتح الباء- و بين ما لو قال زوجتك بدل زوجتك فصحح الاول دون

غير العربى مع التمكن من العربى) لان المنع باطل قطعا فان العقد هو ابرام امر سواء كان بالعربى او بغيره (فالاقوى صحته بغير العربى) فى باب البيع و سائر العقود و الايقاعات.

نعم وقع الاشكال فى باب النكاح و الطلاق لمسألة الفروج كما فصل الكلام حوله فى كتابهما (و هل يعتبر عدم اللحن) اى ان لا يقرأ الصيغة غلطا (من حيث المادة) كان يقول «عبت» مكان «بعت» او يبدل «العين» «همزة» مثلا (و الهيئة) كان يفتح الباء من «بعت» (بناء على اشتراط العربى) اذ لو لم نقل باشتراط العربى لم يكن وجه للاشكال فى الملحون اذ الملحون الدال، حكمه حكم الفارسى فتأمل (الاقوى ذلك) الاعتبار لعدم اللحن (بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل) و هذا الدليل آت فى غير الملحون، فكما ان المتيقن العربى كذلك المتيقن غير الملحون (و كذا اللحن فى الاعراب) المتيقن انعقاد العقد بالصحيح فيلزم ان لا يكون ملحونا، كان يقول «بعتك الكتاب» برفع الكتاب او بفتح «التاء» مثلا (و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك- بفتح الباء-) الّذى هو لحن فى هيئة الكلمة (و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك) الّذى هو لحن فى مادة الكلمة (فصحح الاول) و انه يقع به العقد (دون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۵۹

الثانى الا مع العجز عن التعلم و التوكيل و لعله لعدم معنى صحيح فى الاول الا البيع بخلاف التجويز فانه له معنى آخر فاستعماله فى التزويج غير جائز و منه يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثمن أم تكفى عربية الصيغة الدالة على إنشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بين اين كتاب را بدل درهم كفى و الاقوى هو الاول لان غير العربى كالمعدوم فكانه لم يذكر فى الكلام

الثانى) فلا يقع به العقد (الا مع العجز عن التعلم و التوكيل) فانه يصح مع العجز (و لعله) اى لعل وجه الفرق (لعدم معنى صحيح فى الاول) بعتك بفتح الباء- (الا البيع) فيؤخذ به (بخلاف التجويز) فى «جوزتك» (فانه له معنى آخر) غير النكاح (فاستعماله فى التزويج غير جائز) لكن الظاهر ان الفخر يريد الفرق بين اللحن فى الهيئة و بين اللحن فى المادة، لا انه يريد خصوص «جوزت» حتى اذا قال العاقد «زوجت» يقول بالصحة، لانه لا معنى له الا «الزواج» (و منه) اى مما ذكرنا فى وجه كلام الفخر بقولنا «لعله» (يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى) بان لم يكن من قبيل «زوج» و «جوز» (ثم هل المعتبر) على القول باشتراط العربية (عربية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثمن) و سائر المتعلقات كزمان التسليم فى السلم و الشرط و غيرها (أم تكفى عربية الصيغة الدالة على إنشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بعتك اين كتاب را بده درهم كفى) احتمالان (و الاقوى هو الاول لان غير العربى) على هذا القول (كالمعدوم) فكانه ذكر البيع بدون المتعلق (فكانه لم يذكر فى الكلام) هذا بناء على لزوم ذكر المتعلقات حتى انه اذا قال البائع «بعتك» و قال المشترى «قبلت» لم يصح.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۶۰

نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا ـ يجب فى القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثانى لكن الشهيد «ره» فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب.

ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ بان يكون مفرقا بين معنى «بعت» و ابيع و انا بائع او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع الظاهر هو الاول لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفى الكلام بل بقصد المتكلم منه المعنى الّذى وضع له عند العرب

(نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب) ذكر المعلقات (فى القبول) بلا اشكال (و اكتفى بانفهامها) اى المتعلقات (و لو من غير اللفظ) كما لو اخذ السلعة بيده و اعطاها المشترى قائلا بعتك (صح الوجه الثانى) بان يأتى بالفارسية- مثلا- سائر المتعلقات لان كونها كالمعدوم حينئذ غير ضائر (لكن الشهيد «ره» فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول) على الايجاب (نص على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب) بمعنى لزوم ذكر المتعلقات.

(ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ) الّذى يتلفظ به فى العقد (بان يكون مفرقا بين معنى) «بعت» الماضى (و ابيع) المضارع (و انا بائع) اسم الفاعل (او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع) و ان لم يفرق بين الالفاظ الثلاثة (الظاهر هو الاول) و لزوم عرفانه (لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفى الكلام) فان قال انسان «بعت» و اراد «الامر بالخروج» مثلا، لم يكن تكلم بالعربية (بل بقصد المتكلم منه) اى من اللفظ العربى (المعنى الّذى وضع له عند العرب) فاذا لم يعرف معنى «بعت» لم يقصد المعنى تفصيلا فيكون حاله حال ما لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۶۱

فلا يقال انه تكلم و ادّى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا ميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع و غيرها بل على هذا لا تكفى معرفة ان بعت مرادف لقوله «فروختم» حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم فيميز بين بعتك و بعت بالضم و بعت بالفتح فلا ينبغى ترك الاحتياط و إن كان فى تعينه نظر

قال بعت مريدا الامر بالخروج- مثلا- (فلا يقال) عرفا (انه تكلم وادى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا اميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع) اى الماضى و المضارع و المصدر (و غيرها) من سائر المشتقات كهذا مبيع- فى اسم المفعول- و انا بائع فى اسم الفاعل، و هكذا (بل على هذا) الّذى ذكرنا من لزوم كونه مفرقا و عارفا باللغة تفصيلا (لا تكفى) فى اجراء العقد (معرفة ان بعت مرادف لقوله «فروختم») بدون معرفة التفاصيل بين اللفظين (حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم ف) اللازم ان (يميز بين بعتك) بكاف الخطاب بعد الفاعل (و بعت بالضم) بدون الخطاب (و بعت بالفتح) و انه خطاب لا ـ إنشاء (فلا ـ ينبغى ترك الاحتياط) فى معرفة تفاصيل الصيغة (و إن كان فى تعينه) اى لزوم هذه المعرفة (نظر) لانه فرق بين «عدم المعرفة اصلا» بان يستعمل «بعت» فى الامر بالخروج- مثلا- و بين المعرفة اجمالا، فان من كان قاصدا للمعنى و اجرى اللفظ يقال عرفا انه تكلم بالعربية الا ترى انه من يقرأ القرآن يقال انه يقرأ العربية و ان لم يكن عارفا لمعانيه فكيف بمعنى يعرف معانيه اجمالا كما لو علم اجمالا بان «سلام عليكم» تحية و لم يعلم تفاصيل المعنى، و قاله بقصد التحية يقال عرفا انه سلّم باللغة العربية.

و الحاصل انه لا دليل على اكثر من التلفظ بقصد المعنى اما كون ذلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۲۶۲

و لذا نص بعض على عدمه.

مسألة المشهور کما عن غیر واحد: اشتراط الماضویة

بل فی التذکرة الاجماع علی عدم وقوعه بلفظ ابیعک او اشتر منی و لعله لصراحته فی الانشاء اذ المستقبل اشبه بالوعد و الامر استدعاء لا ایجاب مع ان قصد الانشاء فی المستقبل خلاف المتعارف و عن القاضی فی الکامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لاطلاق البیع و التجارة و عموم العقود

المعنی مفهوما عنده من اللفظ تفصیلا او اجمالا فلا دلیل علی اعتبار المعرفة التفصیلیة (و لذا) الّذی ذکرناه من التطرف فی اشتراط المعرفة التفصیلیة (نص بعض علی عدمه) ای عدم لزوم المعرفة تفصیلا.

(مسألة) فی اعتبار ماضویة صیغة العقد (المشهور کما عن غیر واحد: اشتراط الماضویة) فی صیغة العقد بان یقول «بعت» فلا یصح ان یقول «ابیع» او «انا بائع» او ما اشبه (بل فی التذکرة الاجماع علی عدم وقوعه بلفظ ابیعک او اشتر منی) بلفظ الامر (و لعله) ای اشترط الماضویة (لصراحته) ای الماضی (فی الانشاء) و هو معتبر فی العقد (اذ المستقبل اشبه بالوعد) و إن کان یصح استعماله فی الانشاء، لکنه لیس بصریح، و قد عرفت سابقا لزوم الصراحة (و الامر) کاشتر منی (استدعاء) و طلب من المشتری ان یشتریه (لا ایجاب) فلا یصح به ان قصد الامر، و ان قصد الانشاء کان مجازا، و هو ممنوع فی العقد- کما سبق- (مع ان قصد الانشاء فی المستقبل خلاف المتعارف) فیکون غیر صریح و ان اتی بقرینة تدل علی المراد (و عن القاضی فی الکامل و المهذب عدم اعتبارها) ای الماضویة فی الصیغة (و لعله لاطلاق البیع) فی قوله سبحانه «احل اللّه البیع» فانه یقال انه باع ماله- و إن کان اتی بلفظ المضارع- (و التجارة) فی قوله: الا ان تکون تجارة عن تراض (و عموم العقود) فی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- فان کل ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶۳

و ما دل فی بیع الآبق و اللبن فی الضرع من الایجاب بلفظ المضارع و فحوی ما دل علیه فی النکاح و لا یخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فی الانشاء علی وجه لا یحتاج الی قرینة المقام فتأمل.

صادق فی ما اذا أتی بلفظ المضارع او ما اشبه- (و)- (ما دل فی بیع الآبق و اللبن فی الضرع من الایجاب بلفظ المضارع) کصحیحة رفاعة قال: سألت أبا الحسن موسی علیه السلام قلت له: أ یصلح لی ان اشتری من القوم الجاریة الآبقة و اعطیهم الثمن و اطلبها انا؟ قال علیه السلام: لا- یصلح شرائها الا- ان تشتری منهم معها ثوبا او متاعا فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانة بکذا و کذا درهما فان ذلک جائز و نحوها غیرها.

و کموثقة سماعة عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع؟ قال علیه السلام: لا الا ان یحلب فی سکرّجة فتقول اشتر منی هذا اللبن الّذی فی السکرجّة و ما فی ضروعها بثمن مسمی، الخبر فان الاول بلفظ «المضارع» و الثانی بلفظ «الامر»، و مراد المصنف من «لفظ المضارع» انما هو بالنسبة الی الاول (و فحوی ما دل علیه فی النکاح) فان جاز غیر الماضی فی النکاح الّذی هو اهم- لمکان الفرج- جاز فی البیع الّذی هو لیس بتلک الاهمیة، کخبر ابن ابی نصر، قال: «اتزوجک متعة علی کتاب الله و سنة نبیه، الحدیث و کذا ما ورد فی بیع ورق المصحف، قال علیه السلام: قل اشتری منک هذا بکذا و کذا، الی غیرهما من الروایات (و لا یخلو هذا) ای عدم اشتراط الماضویة (من قوة لو فرض صراحة المضارع) و غیره (فی الانشاء علی وجه لا یحتاج الی قرینة المقام) لیخرج من کونه لفظا، اذ قد عرفت الاشکال فی کون العقد و لو ببعض اجزائه غیر اللفظ (فتأمل) فانه کیف یمکن الفتوی بذلک مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶۴

مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول

و به صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة- كما عن الايضاح- و جامع المقاصد و لعله للاصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كاطلاق البيع و التجارة فى الكتاب و السنة و زاد بعضهم ان القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه و انه

دعوى العلامة الاجماع، لكن لا- يخفى ما فى الاجماع المدعى صغرى لمخالفة القاضى و غيره و كبرى لانه محتمل الاستناد الى الوجوه المذكورة، و الاجماع المحتمل الاستناد ليس بحجة.

(مسألة) فى تقديم الايجاب (الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول و به) اى باللزوم (صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة- كما عن الايضاح-) أيضا نقل قوله باللزوم (و) كذا عن (جامع المقاصد و لعله للاصل) اى ان المعتاد فى البيوع تقديم الايجاب (بعد حمل آية وجوب الوفاء) فى قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (على العقود المتعارفة) فلا يقال ان اطلاق الآية شامل لصورة تقديم القبول أيضا (كإطلاق) آية (البيع و التجارة) «احل اللّه البيع» و «تجارة عن تراض» فان الاطلاق فيهما محمول على المتعارف- و هو ما كان ايجابه مقدما على قبوله- (فى الكتاب و السنة) فانه ورد فى السنة روايات اطلق فيها حلية البيع و التجارة، و قوله «آية» المراد بها المثال، اى «آية و رواية» ليلائم قوله «و السنة» فهو من قبيل قول الشاعر: «علفتها تبنا و ماء باردا» اى سقيتها ماء (و زاد بعضهم) فى الاستدلال على لزوم تقديم الايجاب- زيادة على الاصل الّذى ذكرناه- (ان القبول فرع الايجاب) لانه قبول لامر، فاذا لم يكن امر سابق، لا معنى للقبول (فلا يتقدم عليه) اذ هو حينئذ فرع بدون اصل (و انه) اى القبول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۶۵

تابع له فلا- يصح تقدمه عليه و حكى فى غاية المراد عن الخلاف الاجماع عليه و ليس فى الخلاف فى هذه المسألة الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيوخذ به فراجع خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح و ان وافق الخلاف فى البيع الا انه عدل عنه فى باب النكاح بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحته بين الامامية حيث انه بعد ما ذكر ان تقديم القبول بلفظ الامر فى النكاح «بان يقول زوجنى فلانة» جائز بلا خلاف قال اما البيع فانه اذا قال

(تابع له) اى للايجاب (فلا- يصح تقدمه عليه) و إلا- لزم الخلف، اذ معنى التابع البعدية (و حكى عن غاية المراد) انه حكى (عن الخلاف الاجماع عليه) اى على لزوم تقديم الايجاب (و) الحال انه (ليس فى الخلاف فى هذه المسألة) اى مسألة تقديم الايجاب (الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه) و انه صحيح (فيوخذ به) و من المعلوم ان هذا ليس دعوى لاجماع تقديم الايجاب، بل دعوى للاجماع على ان ما قدم فيه الايجاب كان صحيحا- و لا يخفى الفرق بينهما- (فراجع) كتاب الخلاف ليظهر لك الحق (خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح) فانه اجاز تقديم القبول (و ان وافق) الشيخ فى المبسوط، كتاب (الخلاف) فى لزوم تقديم الايجاب (فى) كتاب (البيع) منه (الا- انه) اى الشيخ (عدل عنه) اى عما ذكره فى باب البيع من المبسوط- من لزوم تقديم الايجاب (فى باب النكاح) من المبسوط، و اجاز تقديم القبول (بل ظاهر كلامه) اى كلام الشيخ فى نكاح المبسوط (عدم الخلاف فى صحته) اى تقديم القبول (بين الامامية) و من المعلوم انه لو جاز تقديم القبول فى باب النكاح جاز فى البيع بطريق اولى (حيث انه بعد ما ذكر ان تقديم القبول بلفظ الامر فى النكاح «بان يقول زوجنى فلانه» جائز بلا خلاف، قال اما البيع فانه اذا قال) المشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۶۶

بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى.

و كيف كان فنسبة القول الاول الى المبسوط مستند الى كلامه فى باب البيع و اما فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم

کالمحقق فی الشرائع و العلامة فی التحریر و الشهیدین فی بعض کتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السلیمة عما یصلح لتخصیصها و فحوی جوازه فی النکاح الثابت بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد فی کیفیة الصیغة المشتمل علی صحة تقدیم

(بعنیها فقال) البائع (بعتکها، صح عندنا و عند قوم من المخالفین، و قال قوم منهم لا یصح حتی یسبق الایجاب، انتهی) فان ظاهر قوله «عندنا» و انه قابل ذلک باختلاف المخالفین فی الصحة و العدم ان المسألة غیر مختلف فیها عند الامامیة.

(و کیف کان فنسبة القول الاول) ای عدم جواز تقدیم القبول (الی المبسوط مستند الی کلامه فی باب البیع و اما فی باب النکاح فکلامه صریح فی جواز التقدیم) للقبول علی الایجاب (ک) صراحة کلام (المحقق فی الشرائع و العلامة فی التحریر و الشهیدین فی بعض کتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما) فانهم اجازوا تقدیم القبول (للعمومات السلمیة عما یصلح لتخصیصها) فان أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غیرها شاملة لما کان القبول مقدما، و لا مخصص لهذه العمومات یدل علی اشتراط تقدیم الایجاب (و) یدل علی جواز التقدیم فی باب البیع (فحوی جوازه) ای جواز التقدیم (فی النکاح الثابت) ذلک الجواز (بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد فی کیفیة الصیغة المشتمل علی صحة تقدیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶۷

القبول بقوله للمرأة اتزوجک متعة علی کتاب اللّه و سنة رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم الی ان قال- فاذا قالت نعم فهی امرأتک و انت اولی الناس بها.

و روایة سهل الساعدی المشهور فی کتب الفریقین- کما قیل- المشتملة علی تقدیم القبول من الزوج بلفظ زوجنیها و التحقیق ان القبول اما ان یکون بلفظ قبلت و رضیت و اما ان یکون بطریق الامر و الاستیجاب

القبول) علی الایجاب (بقوله للمرأة اتزوجک متعة علی کتاب اللّه و سنة رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم- الی ان قال- فاذا قالت نعم فهی امرأتک و انت اولی الناس بها) فاذا جاز تقدیم القبول علی الایجاب فی باب النکاح الّذی له اهمیة- لمکان البضع- کان جوازه فی باب البیع اولی.

(و روایة سهل الساعدی المشهور فی کتب الفریقین- کما قیل-) بانه مشهور فی کتبهم (المشتملة علی تقدیم القبول من الزوج بلفظ زوجنیها) و الروایة هی ان امرأة انت النبی صلی اللّه علیه و آله، و قالت یا رسول اللّه انی و هبت لک نفسی و قامت قیاما طویلا فقام رجل فقال: یا رسول اللّه زوجنیها ان لم یکن لک بها حاجة؟ فقال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: هل عندک من شیء تصدقها اياه؟ فقال: ما عندی الا ازاری هذا، فقال صلی اللّه علیه و آله ان اعطیتها ازارک حبست بلا ازار التمس و لو خاتما من حدید، فلم یجد شیئا فقال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: هل معک من القرآن شیء؟ قال:

نعم سورة کذا و سورة کذا سور سماها فقال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله زوجتک بما معک من القرآن، و نحوها الصحیح عن ابی جعفر علیه السلام (و التحقیق ان القبول اما ان یکون بلفظ قبلت و رضیت و اما ان یکون بطریق الامر و الاستیجاب) ای طلب الایجاب- و هو عطف بیان للامر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶۸

نحو بعنی، فیقول المخاطب بعتک و اما ان یکون بلفظ اشتریت و ملکت مخففا و ابتعت، فإن کان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقدیمه وفاقا لمن عرفت فی صدر المسألة بل المحکی عن المیسیّة و المسالک و مجمع الفائدة انه لا خلاف فی عدم جواز تقدیم لفظ «قبلت» و هو المحکی عن نهایة الاحکام و کشف اللثام فی باب النکاح و قد اعترف به غیر واحد من متأخری المتأخرین أیضا بل المحکی هناک عن ظاهر التذکرة الاجماع علیه و یدل علیه مضافا الی ما ذکر و الی کونه خلاف المتعارف من العقد ان القبول الّذی

هو احد رکنی عقد المعاوضهٔ فرع الایجاب فلا یعقل تقدمه علیه و لیس المراد من هذا

نعم قد یکون الاستیجاب بغیر الامر، فالامر (نحو بعنی، فیقول المخاطب بعتک) و غیر الامر نحو الاستفهام مثل هل تبیعنی فیقول بعتک (و اما ان یکون بلفظ اشتریت و ملکت مخففا و ابتعت، فإن کان) القبول (بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقدیمه) علی الایجاب (وفاقا لمن عرفت فی صدر المسألهٔ) کالخلاف و الوسیلهٔ و التحریر و غیرها (بل المحکی عن المیسیّهٔ و المسالک و مجمع الفائدهٔ انه لا خلاف فی عدم جواز تقدیم لفظ «قبلت» و هو المحکی عن نهایهٔ الاحکام و کشف اللثام فی باب النکاح) حیث ادعیا عدم الخلاف (و قد اعترف به) ای بعدم الخلاف (غیر واحد من متأخری المتأخرین أیضا بل المحکی هناک) فی باب النکاح (عن ظاهر التذکرهٔ الاجماع علیه و یدل علیه) ای علی عدم الجواز (مضافا الی ما ذکر) من الاجماع (و الی کونه خلاف المتعارف من العقد) فالادلهٔ لا تشمله لان الادلهٔ- ک أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- منصرفهٔ الی العقود المتعارفهٔ (ان القبول) فاعل «یدل» (الّذی هو احد رکنی عقد المعاوضهٔ فرع الایجاب) لان مطاوعهٔ، و المطاوعهٔ لا تکون الا بعد الفعل اذ لا یفعل الانفعال بدون الفعل (فلا یعقل تقدمه) ای الفرع (علیه) ای علی الاصل (و لیس المراد من هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۶۹

القبول الّذی هو رکن للعقد مجرد الرضا بالایجاب حتی یقال الرضا بشیء لا یستلزم تحققه فی الماضی فقد یرضی الانسان بالامر المستقبل بل المراد منه الرضا بالایجاب علی وجه یتضمن إنشاء نقل ماله- فی الحال- الی الموجب علی وجه العوضیهٔ لان المشتری ناقل کالبائع و هذا لا یتحقق الا مع تأخر الرضا عن الایجاب اذ مع تقدمه لا یتحقق النقل فی الحال فان من رضی بمعاوضهٔ ینشئها الموجب فی المستقبل لم ینقل ماله فی الحال الی الموجب بخلاف من رضی بالمعاوضهٔ التی انشأها الموجب سابقا فانه یرفع- بهذا الرضا یده من ماله و ینقله الی غیره علی وجه العوضیهٔ

القبول الّذی هو رکن للعقد مجرد الرضا بالایجاب حتی یقال) یصح تقدم (الرضا بشیء لا یستلزم تحققه) ای تحقق ذلک الشیء (فی الماضی) و انما لا یستلزم (فقد یرضی الانسان بالامر المستقبل) قوله «فقد» علهٔ لقوله «لا یستلزم» (بل المراد منه) ای من القبول- الّذی قلنا لا یمکن تقدمه علی الایجاب- (الرضا بالایجاب علی وجه یتضمن) هذا الرضا (إنشاء نقل ماله- فی الحال-) قبل الایجاب (الی الموجب علی وجه العوضیهٔ) و علّل کون المشتری ینقل ماله فی الحال بقوله (لان المشتری ناقل کالبائع) بالإضافهٔ الی انه قابل لمال البائع (و هذا) ای النقل فی الحال (لا یتحقق الا مع تاخر الرضا عن الایجاب اذ مع تقدمه) الی الرضا، علی الایجاب (لا یتحقق النقل فی الحال) و انما لا یتحقق النقل فی الحال (فان من رضی بمعاوضهٔ ینشئها الموجب فی المستقبل لم ینقل ماله فی الحال الی الموجب) بل رضی بنقل ماله الی الموجب بعد ایجابه- لا فی الحال- (بخلاف من رضی بالمعاوضهٔ التی انشأها الموجب سابقا) بان کان القبول بعد الایجاب (فانه یرفع- بهذا الرضا-) المتأخر (یده من ماله و ینقله الی غیره علی وجه العوضیهٔ) و الحاصل «القبول: رضی بانشاء النقل المتأخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۰

و من هنا یتضح فساد ما حکی عن بعض المحققین فی رد الدلیل المذکور و هو کون القبول فرع الایجاب و تابعا له و هو ان تبعیهٔ القبول للایجاب لیس تبعیهٔ اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتی یمتنع تقدیمه و انما هو انما علی سبیل الفرض و التنزیل بان یجعل القابل نفسه متناولا- لما یلقی إلیه من الموجب و الموجب مناولا- کما یقول السائل فی مقام الانشاء: انا راض بما تعطینی و قابل لما تمنحنی فهو متناول

عن الایجاب» «فلا یعقل تقدم القبول علی الایجاب» و الا لزم الخلف، و لا یخفی ما فی الادلة الثلاثة، اذ الاجماع غیر حجة لانه محتمل الاستناد علی تقدیر وجوده، و کونه خلاف المتعارف لیس بحیث یوجب انصراف الدلیل فأی فرق بین ان یقول «زوجنی» و بین ان یقول «انی اقبل زواجک»، و عدم المعقولیة غیر تام، اذ ای مانع من ان ینشئ المشتری نقل ماله فی الحال فی مقابل النقل الّذی یحدثه البائع بعد ذلک فقوله «القبول رضی الخ» غیر تام (و) کیف کان ف (من هنا) الّذی ذکرنا ان القبول یتضمن إنشاء النقل (یتضح فساد ما حکی عن بعض المحققین فی رد الدلیل المذکور) الّذی ذکرناه بقولنا «ان القبول الّذی هو احد رکن المعاوضة، الخ» (و) حاصله (هو کون القبول فرع الایجاب و تابعا له و) حاصل رد ذلک المحقق (هو ان تبعیة القبول للایجاب لیس تبعیة اللفظ للفظ) کالتابع فی اصطلاح النحاة فما یقصد منه تبعیة اللفظ للفظ (و لا القصد للقصد) کتبعیة قصد القربة لقصد الفعل القربی (حتی یمتنع تقدیمه) و الا لم یکن تابعا (و انما هو) ای کونه تبعا، فی باب قبول البیع و نحوه (انما هو علی سبیل الفرض و التنزیل) و معنی الفرض و التنزیل (بان یجعل القابل نفسه متناولا) و آخذا (لما یلقی إلیه من الموجب و) یجعل (الموجب مناولا) و معطیا (کما یقول السائل فی مقام الانشاء: انا راض بما تعطینی و قابل) ای اقبل (لما تمنحنی ف) علی کل حال (هو متناول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۱

قدم انشاءه اواخر فعلی هذا یصح تقدیم القبول و لو بلفظ قبلت و رضیت ان لم یقم اجماع علی خلافه انتهی، و وجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه لیس فیه إنشاء نقل من القابل فی الحال بل هو رضی منه بالانتقال فی الاستقبال و لیس المراد ان اصل الرضا بشیء تابع لتحققه فی الخارج أولا

قدم إنشاء) ای إنشاء التناول (اواخر) عن الایجاب (فعلی هذا) الّذی ذکرناه من انه علی سبیل الفرض و التنزیل (یصح تقدیم القبول و لو بلفظ قبلت و رضیت ان لم یقم اجماع علی خلافه انتهی).

و الحاصل: انه لو کان هناک محذور شرعی من تقدیم القبول لزم القول بعدم جوازه و الا فلا محذور عقلی فی ذلک (و وجه الفساد) لکلام هذا المحقق (ما عرفت سابقا من ان) القبول یتضمن امرین:

الاول: الرضا بما یفعله الموجب و هذا یمکن ان یقدم و یمکن ان یؤخر.

الثانی: نقل القابل مال نفسه الی الموجب نقلا هو کالانفعال لنقل الموجب، و من المعلوم ان النقل الانفعالی لا یعقل ان یقدم علی نقل الموجب الّذی هو فعل، و علیه ف (الرضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل) ای بعد القبول (من نقل ماله) ای مال الموجب (بإزاء مال صاحبه) ای المشتری (لیس فیه إنشاء نقل من القابل فی الحال بل هو) ای الرضا بما یصدر من الموجب (رضی منه) ای من القابل (بالانتقال فی الاستقبال) فلیس الکلام و وجه الاشکال فی تقدیم القبول من جهة «الرضا» حتی یقول ذلک المحقق انه یمکن ان یقدم علی الایجاب، کما یمکن ان یؤخر (و لیس المراد) من الاشکال (ان اصل الرضا بشیء تابع لتحققه) ای تحقق ذلک الشیء (فی الخارج أولا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۲

قبل الرضا به حتی یحتاج الی توضیحه بما ذکره من المثال بل المراد الرضا الّذی بعد قبولا و رکنا فی العقد.

و مما ذکرنا یظهر الوجه فی المنع عن تقدیم القبول بلفظ الامر کما لو قال بعنی هذا بدرهم فقال بعتک لان غایة الامر دلالة طلب المعاوضة علی الرضا بها لکن لم یتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل

قبل الرضا به) ای بذلک الشیء مثلا الرضا من المشتری بالبیع تابع لتحقق البیع من البائع و لا یستلزم ذلک ان یکون المرضی به متحققا فعلا قبل الرضا به (حتی یحتاج) اثبات ان الرضا لیس بتابع لتحقق الشیء- کالبیع- (الی توضیحه) ای توضیح عدم التابعیة

للتحقق (بما ذكره من المثال) بقوله كما يقول السائل فى مقام الانشاء، الـخ (بل المراد) اى مرادنا من الاشـكال فى عـدم صـحة تقديم القبول (الرضا الّذى يعد قبولا و ركنا فى العقد) المشـتمل ذلك الرضا على امرين: الرضا بفعل البائع، و إنشاء نقل المشترى ماله انفعالا لنقل البائع و قد عرفت ان الانفعال لا يعقل قبل الفعل.

(و مما ذكرنا) من ان الرضا لا يعقل تقـديمه لانه مشـتمل على الانفعال (يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الامر) كما يمتنع تقـديم القبول بلفظ «قبلت» (كما لو قال) المشترى (بعنى هـذا بدرهم فقال) البائع (بعتك) وجه المنع (لان غاية الامر) اى غاية المطلب (دلالـة طلب) المشترى (المعاوضـة) بقوله «بعنى» (على الرضا بها) اى بالمعاوضـة (لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المسـتقبلة) التى يجريها البائع (نقل) من المشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۷۳

فى الحال للدرهم الى البائع كما لا يخفى.

و امـا مـا يظهر من المبسوط من الاتفـاق هنـا على الصـحة به فموهون بما سـتعرف من مصـير الاكثر على خلافه و اما فحوى جوازه فى النكاح ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناء على منع دلالة رواية سـهل على كون لفظ الامر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم و يؤيده انه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول

(فى الحال) اى حال قوله «بعنى» (للدرهم) الثمن (الى البائع كما لا يخفى) فوجه المنع فى تقديم «قبلت» آت هنا فى تقديم «بعنى».

(و اما ما يظهر من المبسوط هنا) فى تقـديم القبول بلفظ الامر (على الصـحة) للعقـد (به) اى بالقبول المقـدم بلفظ «بعنى» (فموهون بما ستعرف من مصـير الاكثر على خلافه) و انهم لا يجوزون تقـديم القبول بلفظ «الامر» (و اما فحوى جوازه) اى تقـديم القبول بلفظ الامر (فى النكـاح) لانه اذا جاز فى النكاح جاز فى البيع بطريق اولى (ففيها) اى الفحوى (بعـد الاغماض عن حكم الاصل) الّـذى هو نكاح، بـان نقول انه لا يجوز فى النكاح أيضا (بناء على منع دلالـة روايـة سـهل) المتقدمـة (على كون لفظ الامر) المتقـدم على الايجاب (هو القبول) للنكاح (لاحتمال تحقق القبول) من الصـحابى (بعـد ايجاب النبى صـلى اللّه عليه و آله و سـلم) لنكاحها له (و يؤيده) اى كون القبول كـان بعـد الايجـاب من النبى صـلى اللّه عليه و آله و سـلم، (انه لو لا) وجود قبول متأخر- بان كان امر الصـحابى قبولا- (يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول) اذ صار بين قول الصحابى زوجنيها يا رسول اللّه و بين قول زوجتكها كلمات- كما لا يخفى- و حيث ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول ضار كان اللازم ان نقول، ان الصحابى اجرى لفظ القبول بعد ايجاب النبى صلى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۷۴

منع الفحوى و قصور دلالة رواية ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة «نعم» فى الايجاب.

ثم اعلم ان فى صـحة تقـديم القبول بلفظ الامر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصـحاب فقال فى المبسوط ان قال بعنيها بالف فقال بعتك صح و الاقوى عندى انه لا يصح حتى يقول

اللّه عليه و آله و سلم للنكاح (منع الفحوى) و الاولوية، و قوله «منع» مربوط بقوله «ففيها» اذ من الممكن ان يكون الشارع وسع فى باب النكاح بما لم يوسع مثله فى باب البيع فانه لو ضـيق فى باب النكاح لزم كثرة السفاح الّذى هو من اشد المحرمات، بخلاف التضييق فى باب البيع اذ لا يلزم منه الا الضمان الّذى امره سهل (و) اما رواية ابان الدالة على جواز تقديم القبول، ففيه انه لا يمكن الاعتماد عليها ل (قصور دلالة رواية ابان) على جواز تقديم القبول (من حيث اشـتمالها على كفاية قول المرأة «نعم» فى الايجاب) للنكاح، و من المعلوم ان «نعم» ليس ايجابا فاللازم ان نقول ان مراد الامام عليه السلام:

«ايجابها» ركن عن ايجابها ب «نعم» لا ان نعم ايجاب، و اذا كان قوله عليه السلام كناية كان اللازم ان نقول ان مراد الامام: «ان رضيت

و اجری النکاح الشرعی» هذا و لکن انت خبیر بعدم وجه لهذه المناقشات، اذ ای دلیل علی عدم جواز الفصل الطویل، و ای دلیل علی عدم کفایة «نعم» و ای وجه لإنکار الفحوی، و ای مانع من اشتمال القبول المتقدم علی الرضا و الانشاء لنقل الثمن فی مقابل نقل المثمن المستقبل، و اللّه الموفق.

(ثم اعلم ان فی صحة تقدیم القبول بلفظ الامر اختلافا کثیرا بین کلمات الاصحاب) فهل انه یعقد به البیع أم لا؟ (فقال فی المبسوط ان قال بعنیها بالف فقال) البائع (بعتک صح) عند قوم (و الاقوی عندی انه لا یصح حتی یقول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۵

المشتری بعد ذلک: اشتریت و اختار ذلک فی الخلاف و صرح به فی الغنیة فقال و اعتبرنا حصول الایجاب من البائع و القبول من المشتری حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری و هو ان یقول بعنیه بالف فیقول بعتک فانه لا ینعقد حتی یقول المشتری بعد ذلک اشتریت او قبلت و صرح به فی السرائر و الوسیلة و عن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحکم اتّفاقی و حکی الاجماع عن ظاهر الغنیة أیضا او صریحها و عن المسالک المشهور بل قیل ان هذا الحکم ظاهر کل من اشترط الایجاب و القبول و مع ذلک فقد صرح الشیخ فی المبسوط فی باب النکاح بجواز التقدیم بلفظ الامر فی البیع و نسبه إلینا

المشتری بعد ذلک: اشتریت) لیکون القبول متأخرا (و اختار ذلک) ای عدم الصحة (فی الخلاف و صرح به) السید ابن زهرة (فی الغنیة فقال و اعتبرنا حصول الایجاب من البائع و القبول من المشتری حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری و هو) مثل (ان یقول بعنیه بالف فیقول) البائع (بعتک فانه لا ینعقد حتی یقول المشتری بعد ذلک اشتریت او قبلت و صرح به) ای بعدم الانعقاد (فی السرائر و الوسیلة و عن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحکم) بعدم الانعقاد فی صورة الاستدعاء و الایجاب (اتّفاقی و حکی الاجماع عن ظاهر الغنیة أیضا او صریحها) الاجماع ظاهرا، کان یقول «عندنا» و صریحا کان یقول بالاجماع- مثلا- (و عن المسالک المشهور) ای عدم الانعقاد (بل قیل ان هذا الحکم ظاهر کل من اشترط الایجاب و القبول) اذ لا قبول فی صورة الاستدعاء و الایجاب (و مع ذلک) الّذی رأیته من الاقوال و دعاوی الشهرة و الاجماع علی عدم الانعقاد (فقد صرح الشیخ فی المبسوط فی باب النکاح بجواز التقدیم بلفظ الامر) ای تقدیم القبول (فی) باب (البیع و نسبه إلینا) بان قال «عندنا» الظاهر فی الاتفاق من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۶

مشعرا- بقرینة السیاق- الی عدم الخلاف فیه بیننا فقال اذا تعاقدا فان تقدم الایجاب علی القبول فقال زوجتک فقال قبلت التزویج صح و کذا اذا تقدم الایجاب علی القبول فی البیع صح بلا خلاف

و اما تأخر الایجاب و سبق القبول فإن کان فی النکاح فقال الزوج زوجنیها فقال زوجتکها صح و ان لم یعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدی قال زوجنیها یا رسول اللّه فقال زوجتکها بما معک من القرآن فقدم القبول و تأخر الایجاب و إن کان هذا فی البیع فقال بعنیها فقال بعتکها صح عندنا و عند قوم من المخالفین و قال قوم منهم

الخاصة (مشعرا- بقرینة السیاق- الی عدم الخلاف فیه بیننا) و قرینة السیاق عبارة، عبارة عن انه «ره» قال ذلک فی مقابل کلام العامة، فلیس المراد من «عندنا» فی کلامه، عنده فقط بل عند الامامیة (فقال اذا تعاقدا فان تقدم الایجاب علی القبول فقال) العاقد و هی المرأة (زوجتک فقال) الزوج (قبلت التزویج صح و کذا اذا تقدم الایجاب علی القبول فی البیع صح بلا خلاف) بان قال البائع: بعت، فقال المشتری: قبلت.

(و اما ان تأخر الایجاب و سبق القبول فإن کان فی النکاح فقال الزوج) لولی الزوجة (زوجنیها فقال) الولی (زوجتکها صح و ان لم یعد الزوج القبول) بان لم یقل بعد قول الولی «زوجتکها»، قبلت، و قوله «لم یعد» من اعاد یعید (بلا خلاف) فی الصحة (لخبر

الساعدی قال زوجنیها یا رسول اللّه فقال زوجتکها بما معک من القرآن) ای بان یکون تعلیمک لها ما تعرفه من القرآن مهرا لها (فقدم القبول و تأخر الایجاب و إن کان هذا) التقدیم للقبول علی الایجاب (فی البیع فقال) المشتری (بعنیها فقال) البائع (بعتکها) ای السلعة (صح عندنا و عند قوم من المخالفین و قال قوم منهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۷

لا یصح حتی یسبق الایجاب، انتهی و حکی جواز التقدیم بهذا اللفظ عن القاضی فی الکامل بل یمکن نسبة هذا الحکم الی کل من جوز تقدیم القبول علی الایجاب- بقول مطلق- و تمسک له فی النکاح بروایة سهل الساعدی المعبر فیها عن القبول بطلب التزویج الا ان المحقق مع تصریحه فی البیع بعدم کفایة الاستیجاب و الایجاب صرح بجواز تقدیم القبول علی الایجاب.

و ذکر العلامة (قدّس سرّه) الاستیجاب و الایجاب و جعله خارجا عن قید اعتبار الایجاب و القبول- کالمعاطاة-

---

لا- یصح حتی یسبق الایجاب، انتهی) کلام المبسوط (و حکی جواز التقدیم) للقبول فی باب البیع (بهذا اللفظ) ای بلفظ الامر (عن القاضی فی الکامل بل یمکن نسبة هذا الحکم) بجواز التقدیم بلفظ الامر (الی کل من جوز تقدیم القبول علی الایجاب- بقول مطلق-) فانه شامل لصورة کون القبول بلفظ الامر أیضا- (و تمسک له) ای لجواز التقدیم (فی النکاح بروایة سهل الساعدی المعبر فیها عن القبول) للتزویج (بطلب التزویج) فان الاستدلال بهذه الروایة لباب البیع یدل علی ان مثله فی باب البیع، بتقدیم القبول بلفظ الامر، کاف فی الانعقاد (الا ان المحقق مع تصریحه فی البیع بعدم کفایة الاستیجاب و الایجاب صرح بجواز تقدیم القبول علی الایجاب) فانه یدل علی عدم التلازم بین القول بجواز تقدیم القبول، و بین القول بصحة الاستیجاب و الایجاب، و قوله «الا» استثناء عن قوله «بل یمکن».

(و) کذلک العلامة فانه تردد فی اعتبار تقدیم القبول، مع انه جزم بعدم صحة الاستیجاب و الایجاب فانه (ذکر العلامة (قدّس سرّه) الاستیجاب و الایجاب و جعله خارجا عن قید اعتبار الایجاب و القبول- کالمعاطاة-) فکما ان المعاطات لا ایجاب و قبول فیها، قال الاستیجاب و الایجاب أیضا لا ایجاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۸

و جزم بعدم کفایته مع انه تردد فی اعتبار تقدیم القبول.

و کیف کان فقد عرفت ان الاقوی المنع فی البیع لما عرفت بل لو قلنا بکفایة التقدیم بلفظ قبلت یمکن المنع هنا بناء علی اعتبار الماضویة فیما دل علی القبول ثم ان هذا کله بناء علی المذهب المشهور بین الاصحاب من عدم کفایة مطلق اللفظ فی اللزوم و عدم القول بکفایة مطلق الصیغة فی الملک.

و اما علی ما قوّیناه سابقا- فی المعاطاة- من ان البیع العرفی موجب

و قبول فیه، فقولهم فی باب البیع «یعتبر فیه الایجاب و القبول» یخرج المعاطاة، و الاستیجاب و الایجاب (و جزم بعدم کفایته) ای الاستیجاب و الایجاب (مع انه تردد فی کفایة تقدیم القبول) علی الایجاب.

(و کیف کان) اقوال الفقهاء (فقد عرفت ان الاقوی المنع) عن القبول بلفظ الامر- المتقدم- (فی البیع لما عرفت) من ان القبول یتضمن رضی و إنشاء و الرضا و ان تحقق فی المتقدم لکن الانشاء لا یتحقق.

نعم یصح القول بذلک فی النکاح لمکان الروایات المتقدمة (بل لو قلنا بکفایة التقدیم) للقبول (بلفظ قبلت یمکن المنع هنا) فی لفظ الامر (بناء علی اعتبار الماضویة فیما دل علی القبول) اذ الامر فی قبال الماضی (ثم ان هذا کله) الّذی نذکره من عدم الانعقاد بتقدیم القبول سواء بلفظ قبلت او بلفظ الامر (بناء علی المذهب المشهور بین الاصحاب من عدم کفایة مطلق اللفظ فی اللزوم و عدم القول

بکفایـة مطلق الصـیغة فی الملـک) قوله «و عـدم کفایـة» اعم من قوله «و عـدم القول» لان الاول یعتبر مطلق اللفظ و لو لم یکن بصورة الصیغة، و الثانی یعتبر صورة الصیغة و ان لم تکن مشتملة علی شرائط العقد من الایجاب و القبول و العربیة و الماضویة و ما اشبه.

(و اما علی ما قوّیناه سابقا- فی المعاطاة- من ان البیع العرفی موجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۷۹

للملـک و ان الاصـل فی الملـک اللزوم فاللازم الحکم باللزوم فی کل مورد لم یقم اجماع علی عـدم اللزوم و هو ما اذا خلت المعاملة عن الانشـاء باللفظ رأسا او کان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الاجماع علی عـدم افادتها اللزوم و اما فی غیر ذلک فالاصل اللزوم و قد عرفت ان القبول علی وجه طلب البیع قد صرح فی المبسوط بصحته بل یظهر منه عدم الخلاف فیه بیننا و حکی عن الکامل أیضـا فتأمـل و إن کـان التقـدیم بلفظ اشتریت او ابتعت او تملکت او ملکت هـذا بکـذا فالاقوی جوازه لانه انشأ ملکیته بإزاء ماله عوضا ففی الحقیقة انشأ المعاوضة کالبائع الا ان البائع ینشئ ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشتری ینشئ ملکیة مال صاحبه لنفسه مال نفسه

للملک و ان الاصل فی الملک اللزوم) فالبیع العرفی ملک لازم (فاللازم الحکم باللزوم فی کل مورد لم یقم اجماع علی عدم اللزوم و هو) ای المورد الّذی قـام الاجمـاع علی عـدم اللزوم (مـا اذا خلت المعاملـة عن الانشاء باللفظ رأسا) کالمعاطاة العملیـة (او کان اللفظ المنشأ به المعاملـة ممـا قـام الاجمـاع علی عـدم افادتها اللزوم) کالکنایات مثلا (و اما فی غیر ذلک) الموردین بأن کان لفظ و لم یقم اجماع علی عـدم افادة ذلک اللفظ اللزوم (فالاصل اللزوم و) حیث (قد عرفت ان القبول علی وجه طلب البیع) بصـیغة الامر (قد صـرح فی المبسوط بصـحته، بل یظهر منه عدم الخلاف فیه بیننا و حکی عن الکامل) للقاضـی (أیضا) فاللازم ان نقول بکفایة ذلک فی افادة الملک اللازم (فتأمل) لان کلام المبسوط و الکامل لا یضر بالاجماع الّذی صرح به جماعة من عدم صحة الاستیجاب، و الایجاب فهو لفظ قـام الاجماع علی عـدم افادته اللزوم هـذا کله فیما اذا کان القبول المتقـدم بلفظ «قبلت» او بلفظ «بعنی» (و إن کان التقـدیم بلفظ اشتریت او ابتعت او تملکت او ملکت) بـالتخفیف (هـذا بکـذا) من الثمن (فالاـقوی جوازه لاـنه انشأ ملکیته) ای المشتری (للمبیع بإزاء ماله) الّذی هو الثمن (عوضا، ففی الحقیقة) هذا (إنشاء المعاوضة) ای المشتری (کالبائع الا ان البائع ینشئ ملکیة ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه) ای المشتری (و المشتری ینشئ ملکیة مال صاحبه) ای البائع (لنفسه) بإزاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸۰

ففی الحقیقـة کل منهما یخرج ماله الی صاحبه و یدخل مال صاحبه فی ملکه الا ان الادخال فی الایجاب مفهوم من ذکر العوض و فی القبول مفهوم من نفس الفعل و الاخراج بالعکس و حینئـذ فلیس فی حقیقة الاشتراء- من حیث هو- معنی القبول لکنه لما کان الغالب وقوعه عقیب الایجـاب و إنشـاء انتقال مال البائع الی نفسه اذا وقع عقیب نقله له إلیه یوجب تحقق المطاوعـة و مفهوم القبول اطلق علیه القبول و هذا المعنی مفقود فی الایجاب المتاخر لان المشتری انما ینقل ماله الی البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

و الفرق اعتبـاری (ففی الحقیقـة کـل منهمـا) البـائع و المشتری (یخرج ماله الی صاحبه و یـدخل مال صاحبه فی ملکه الا ان الادخال) لمـال المشتری (فی الایجاب مفهوم من ذکر العوض) لان قول البائع «بعتک الکتاب بـدینار یکون قوله «بـدینار» منهما بان البائع ادخل الـدینار فی ملـک نفسه (و فی القبـول مفهوم من نفس الفعـل) ای «قبلت» فـانه یفهم ادخـال الکتـاب فی ملـک المشـتری (و الاـخراج بـالعکس) ففی الایجاب مفهوم من «بعت» و فی القبول مفهوم من ذکر العوض ای قول المشتری «بـدینار» (و حینئـذ) الّـذی کل منهما یـدخل و یخرج (فلیس فی حقیقـة الاـشتراء- من حیث هو-) اشـتراء (معنی القبول لکنه لمـا کـان الغـالب وقوعه) ای الاـشتراء (عقیب الایجـاب و إنشـاء انتقـال مـال البائع الی نفسه) ای نفس المشتری و قوله «و إنشاء» مبتـدأ خبره «یوجب» و قوله «اطلق جواب» «لما» (اذا وقع عقیب نقله) ای البـائع (له) ای للمـال (إلیه) ای الی المشتری (یوجب تحقق المطاوعـة و مفهوم القبول) لاـن البائع نقل، و المشتری

قبل (اطلق علیه) ای علی الاشتراء (القبول و هذا المعنی) ای تحقق المطاوعة و مفهوم القبول (مفقود فی الایجاب المتأخر لان المشتری انما ینقل ماله الی البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۸۱

عوضا و البائع انما ینشئ انتقال الثمن إلیه کذلک لا بمدلول الصیغة و قد صرح فی النهایة و المسالک علی ما حکی بان اشتریت لیس قبولا حقیقة و انما هو بدل و ان الاصل فی القبول: قبلت لأن القبول- فی الحقیقة- ما لا یمکن الابتداء به و لفظ اشتریت یجوز الابتداء به و مرادهما: انه بنفسه لا یکون قبولا فلا ینافی ما ذکرنا من تحقق مفهوم القبول فیه اذا وقع عقیب تملیک البائع کما ان رضیت بالبیع لیس فیه إنشاء لنقل ماله- الی

عوضا) لان المشتری ینقل الثمن ابتداءً (و البائع انما ینشئ انتقال الثمن إلیه) ای الی نفسه (کذلک) التزاما (لا بعد لول الصیغة) للبیع اذ مدلولها نقل المثمن فلا مطاوعة فی طرف البائع، و لا نقل صریح فی طرف المشتری (و قد صرح فی النهایة و المسالک علی ما حکی) بما یدل علی ان «الاشتراء» لیس فی مفهومه القبول و هذا یؤید کلامنا المتقدم و هو قولنا «فلیس فی حقیقة الاشتراء من حیث هو معنی القبول» فانهما قالا (بان اشتریت لیس قبولا حقیقة و انما هو بدل) عن القبول (و ان الاصل فی القبول: قبلت) ثم استدلا علی کون اشتریت بدلا، و لیس قبولا، بقولهما: (لأن القبول- فی الحقیقة ما لا یمکن الابتداء به) اذ هو انفعال و مطاوعة، و من المعلوم ان الانفعال یقع بعد الفعل، و المطاوعة انما تکون بعد التأثیر (و لفظ اشتریت یجوز الابتداء به) اذ الاشتراء معناه المبادلة من جانب المشتری و ذلک قابل للابتداء به کما ان البیع مبادلة من جانب البائع فیجوز الابتداء به (و مرادهما) ای النهایة و المسالک (انه) ای اشتریت (بنفسه لا یکون قبولا) بدون قرینة (فلا ینافی ما ذکرنا من تحقق مفهوم القبول فیه اذا وقع عقیب تملیک البائع) و الحاصل ان «قبلت» نص فی القبول و «اشتریت» انما یکون للقبول اذا کانت هناک قرینة (کما ان رضیت بالبیع لیس فیه إنشاء لنقل ماله- الی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۸۲

البائع الا اذا وقع متأخرا و لذا منعنا من تقدیمه فکل من رضیت و اشتریت بالنسبة الی افادة نقل المال و مطاوعة البیع- عند التقدم و المتأخر متعاکسان

فان قلت: ان الاجماع علی اعتبار القبول فی العقد یوجب تأخیر قوله اشتریت حتی یقع قبولا لان إنشاء مالکیته لمال الغیر اذا وقع عقیب تملیک الغیر له یتحقق فیه معنی الانتقال و قبول الاثر، فیکون اشتریت متأخرا التزاما بالاثر.

البائع الا اذا وقع متأخرا) عن البیع، فاشتریت مثل رضیت، و لیس مثل قبلت (و لذا) الّذی ذکرنا من انه لیس نصا و انما یکون دالا بقرینة التأخیر (منعنا من تقدیمه) علی البیع (فکل من رضیت و اشتریت بالنسبة الی افادة نقل المال و مطاوعة البیع- عند التقدم و التأخر- متعاکسان) فاذا تقدم «اشتریت» کان نقلا لا مطاوعة و اذا تأخر کان مطاوعة للبیع الّذی تقدم علیه و اذا تقدم «رضیت» کان مطاوعة و رضی بما سیصدر من البائع، و لم یکن نقلا. و اذا تأخر کان نقلا فرضیت عکس اشتریت ففی الصورة التی احداهما للنقل یکون الآخر للمطاوعة. (فان قلت) کیف تقولون بجواز تقدم «اشتریت» و الحال انه اذ تقدم یکون «العقد» ایجابا بلا قبول. اذ «بعت» المتأخر لیس قبولا و «اشتریت» المتقدم لیس قبولا و من الواضح ان من ارکان العقد القبول اذ (ان الاجماع علی اعتبار القبول فی العقد یوجب تأخیر قوله اشتریت) عن «البیع» (حتی یقع) اشتریت (قبولا) و انما یکون «اشتریت» قبولا، اذا تأخر (لان إنشاء مالکیته لمال الغیر) ای مالکیة المشتری لمال البائع (اذا وقع عقیب تملیک الغیر له) بأن قال «اشتریت» عقیب قول البائع «بعت» (یتحقق فیه) ای فی اشتریت المتاخر (معنی الانتقال و) معنی (قبول الاثر، فیکون اشتریت) فی حال کونه (متأخرا) عن البیع (التزاما بالاثر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۸۳

عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فان مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه لا قبول فيه راسا.

قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

و اما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الاثر فلا فقد تبين من جميع ذلك ان إنشاء القبول لا بد ان يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم او تأخر و لا يعتبر

عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم) على «بعت» فلا يتحقق القبول- الّذى هو شرط فى العقد اجماعا- (فان مجرد إنشاء) المشترى (المالكية لمال) هو مال البائع (لا يوجب تحقق مفهوم القبول) فان التملّك لا يلازم القبول (كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه) تملّك (و لا قبول فيه رأسا) و على هذا- فاللازم رفع اليد اما عن اشتراط العقد بالقبول و اما عن جواز تقدم «اشتريت» (قلت) لا- نسلم اشتراط العقد بالقبول- بمعنى المطاوعة- و لا- اجماع على ذلك- فان (المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب) فاذا تحقق الرضا تحقق القبول- المجمع على اعتباره فى العقد-.

(و اما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و- قبول الاثر فلا) اجماع على ذلك و كيف كان (فقد تبين من جميع ذلك) الّذى ذكرنا من الادلة على اشتراط العقد- بالقبول (ان إنشاء القبول لا بدّ ان يكون جامعا) لامرين: (لتضمن إنشاء النقل) من المشترى للثمن الى البائع (و للرضا بانشاء البائع) سواء (تقدم) هذا النوع من القبول (او تأخر) عن البيع (و لا يعتبر)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۸۴

إنشاء انتقال نقل البائع فقد حصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر اطلاق الشيخ فى الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد- بالاستيجاب و الايجاب.

و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشتريت و كذا السيد فى الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب و كذا ظاهر اطلاق الحلبى فى الكافى حيث

فى القبول (إنشاء انتقال نقل البائع) حتى يقال بان الانتقال لا بدّ من تأخيره فلا يصح تقديم «اشتريت» على «بعت» (فقد تحصل مما ذكرناه) من الفرق بين «اشتريت» و «قبلت» (صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت) لا ما اذا كان بلفظ «قبلت» (وفاقا لمن عرفت) (بل هو) اى جواز تقديم القبول بلفظ اشتريت (ظاهر اطلاق الشيخ فى الخلاف) حيث قال:

«لان ما عداه- اى الاستيجاب و الايجاب- مجمع على صحته» فان لفظ «ما» الموصولة يشمل تقديم «اشتريت» أيضا (حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد- بالاستيجاب و الايجاب) الّذى ظاهره عدم المنع عن تقديم لفظ «اشتريت».

(و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه) اى الاستيجاب و الايجاب (و) بين (المنع عن تقديم مثل اشتريت) فلا يدل منع الشيخ «الاستيجاب» على منعه عن تقديم «اشتريت» (و كذا) مثل الشيخ (السيد فى الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك) الاعتبار (عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب) مما يدل على صحة تقديم «اشتريت» عنده و الا اخرجه أيضا (و كذا ظاهر اطلاق الحلبى- فى الكافى حيث) انه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۸۵

لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

و الحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبى و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب مع انه يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب بان ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و

لعمری ان مثل هذا مما یوهن الاعتماد علی الاجماع المنقول و قد نبهنا علی امثال ذلک فی مواردها.

ذکر شروط انعقاد العقد و (لم یذکر تقدیم الایجاب من شروط الانعقاد) و لو کان تقدیم الایجاب شرط عنده لذکره فی عداد الشروط.

(و الحاصل ان المصرح بذلک) ای بلزوم تقدیم الایجاب- مطلقا- (فیما وجدت من القدماء الحلبی و ابن حمزة) فقط (فمن التعجب بعد ذلک) الّذی رأیت من ان المصرح بذلک فقط نفران، و اطلاق غیرهما دال علی جواز التقدیم (حکایة الاجماع عن الخلاف علی) اشتراط (تقدیم الایجاب) فی الانعقاد (مع انه لم یزد علی الاستدلال) علی اشتراط تقدیم الایجاب (لعدم کفایة الاستیجاب و الایجاب) ای موضع استدلاله «عدم کفایة الاستیجاب» و دلیله هو (بان ما عداه) ای ما عدا الاستیجاب و الایجاب (مجمع علی صحته و علی صحته) ای الاستیجاب و الایجاب (دلیل) و من المعلوم ان هذا الدلیل لا یکفی للمنع عن تقدیم القبول اذا کان بلفظ «اشتریت» (و لعمری ان مثل هذا) الاجماع الّذی لا یوافقه الا نفران فقط (مما یوهن الاعتماد علی الاجماع المنقول و قد نبهنا علی امثال ذلک) الاجماع الّذی لیس بمشهور فکیف بمجمع علیه (فی مواردها) ای موارد الاجماعات، خصوصا فی کتاب الرسائل فی باب الاجماع فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸۶

نعم یشکل الامر بان المعهود المتعارف من الصیغة تقدیم الایجاب و لا فرق بین المتعارف هنا و بینه فی المسألة الآتیة و هو الوصل بین الایجاب و القبول فالحکم لا یخلو عن شوب الاشکال.

ثم ان ما ذکرنا جار فی کل قبول یؤدی بانشاء مستقل کالاجارة التی یؤدی قبولها بلفظ تملکت منک منفعة کذا او ملکت و النکاح الّذی یؤدی قبولها بلفظ نکحت و تزوجت.

(نعم یشکل الامر) بتقدیم القبول (بان المعهود المتعارف من الصیغة تقدیم الایجاب) فاللازم تنزیل طلقات حلیة البیع و تجارة عن تراض و الوفاء بالعقود علیه (و لا فرق بین المتعارف هنا) فی باب تقدیم الایجاب (و بینه) ای بین المتعارف (فی المسألة الآتیة و هو الوصل) ای الموالاة (بین الایجاب و القبول) فکما ان هناک نقول بالموالاة المتعارفة، کذلک یلزم ان نقول بتقدیم الایجاب هنا لکونه المتعارف أیضا (فالحکم) بصحة تقدیم القبول (لا یخلو عن شرب الاشکال) اللهم الا ان یفرق بین- المسألتین ببعض النصوص الواردة فی هذه المسألة الدالة علی تقدیم القبول، و هذا هو الاقرب.

(ثم ان ما ذکرنا) من الاشکال فی جواز تقدیم القبول (جاز فی کل قبول یؤدی بانشاء مستقل) بان کان القبول إنشاء لامر، لا مجرد قبول فعل الموجب- (کالاجارة التی یؤدّی قبولها بلفظ تملکت منک منفعة کذا) کالدار- مثلا- (او ملکت) بالتخفیف حیث ان المستأجر یأخذ شیئا و یعطی شیئا (و النکاح الّذی یؤدی قبولها) ای قبول صیغة النکاح (بلفظ نکحت و تزوجت) یقولهما الزوج بعد ایجاب الزوجة او قبل ایجابها، فان الزوج یعطی شیئا فی قبال اخذه لشیء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸۷

و اما ما لا إنشاء فی قبوله الا قبلت او ما یتضمنه کارتهنت فقد یقال بجواز تقدیم القبول فیه اذ لا التزام فی قبوله لشیء کما کان فی قبول البیع التزاما بنقل ماله الی البائع بل لا ینشئ به معنی غیر الرضا بفعل الموجب و قد تقدم ان الرضا یجوز تعلقه بامر مترقب کما یجوز تعلقه بامر محقق فیجوز ان یقول رضیت برهنک هذا عندی فیقول: رهنت و التحقیق عدم الجواز لان اعتبار القبول فیه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا یخفی انه لا یصدق الارتهان علی قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن

(و اما ما لا إنشاء فی قبوله الا قبلت او ما یتضمنه) ای یتضمن القبول (کارتهنت) یقوله من یأخذ الوثیقة (فقد یقال بجواز تقدیم القبول فیه) بدون ورود الاشکال الّذی کان یرد فی باب البیع و ما اشبه، (اذ لا التزام فی قبوله) ای قبول ما لا إنشاء فیه- (لشیء کما کان فی قبول البیع التزاما بنقل ماله الی البائع) فان المشتری- فی باب البیع- یفعل امرین: «القبول و الاعطاء» اما فی باب الرهن- مثلا- فلا یفعل اخذ الوثیقة الا القبول (بل لا ینشئ به) ای بالقبول فیما لا إنشاء فی قبوله الا قبلت (معنی غیر الرضا بفعل الموجب و قد تقدم ان الرضا یجوز تعلقه بامر مترقب) فی المستقبل (کما یجوز تعلقه بامر محقق) فی الماضی (فیجوز ان یقول) آخذ الرهن (رضیت برهنک هذا) الشیء- کالدار مثلا (عندی فیقول) معطی الرهن (رهنت) و کذا فی سائر الاشیاء المماثلة للرهن. مما لا یزید قبوله علی مجرد إنشاء القبول (و التحقیق عدم الجواز) هنا أیضا، فلا یصح تقدیم القبول (لان اعتبار القبول فیه) ای فی الرهن (من جهة تحقق عنوان المرتهن) فان الرهن قائم بالراهن و المرتهن فاذا لم یتحقق عنوان المرتهن لم یتحقق الرهن، و عنوان المرتهن انما ینطبق علی آخذ الوثیقة اذا قبل الرهن (و لا- یخفی انه لا یعد الارتهان) ای هذا العنوان- (علی قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن) و تحقق الرهن متوقف علی إنشاء الراهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸۸

لأن الایجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و کذا القول فی الهبة و القرض فانه لا یحصل من إنشاء القبول فیهما التزام بشیء و انما یحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوها قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملیک بغیر عوض.

و اما المصالحة المشتملة علی المعاوضة فلما کان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفین

فاللازم کون القبول بعد الایجاب- أیضا کباب البیع- و انما قلنا انه لا یصدق عنوان «الارتهان» الا بعد القبول الّذی هو بعد الایجاب (لأن الایجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال) فالانفعال یتوقف علی الفعل و علیهما یتوقف العنوان، و قوله «لان» علة لقوله «لا یصدق».

(و کذا) مثل الرهن (القول فی الهبة و القرض) فانهما لیسا کالبیع (فانه لا یحصل من إنشاء القبول فیهما التزام بشیء) زائدا علی مجرد الرضا (و انما یحصل به) ای بالقبول فیهما (الرضا بفعل الموجب) فیمکن القول بجواز تقدیم القبول فیهما و ان لم نقل بذلک فی باب البیع (و نحوها) ای الرهن و الهبة و القرض (قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملیک) نحو ان یقول الدائن للمدین صالحتک لما بذمتک، او ان یقول مالک العاریة للمستعیر صالحتک عما فی یدک، اذا کان اسقاطا و تملیکا (بغیر عوض) اذ الصلح کما قد عرفت فی بعض المباحث السابقة- تفید فائدة جمیع العقود.

(و اما المصالحة المشتملة علی المعاوضة) کصلح داره لزید فی مقابل مائة دینار (ف) لا تنطبق علیها القاعدة المتقدمة فی باب البیع من عدم جواز تقدیم القبول لانه (لما کان ابتداء الالتزام بها) ای بالمصالحة (جائزا من الطرفین)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۸۹

و کان نسبتها إلیهما علی وجه سواء و لیس الالتزام الحاصل من احدهما امرا مغایرا للالتزام الحاصل من الاخر کان البادی منهما موجبا لصدق الموجب علیه لغة و عرفا ثم لما انعقد الاجماع علی توقف العقد علی القبول لزم ان یکون الالتزام الحاصل من الاخر بلفظ القبول اذ لو قال أیضا صالحتک کان ایجابا آخر فیلزم ترکیب العقد من ایجابین و تحقق من جمیع ذلک

صاحب الدار و صاحب الدینار- فی المثال- (و کان نسبتها) ای المصالحة (إلیهما) ای الی الطرفین (علی وجه سواء و لیس الالتزام الحاصل من احدهما امر مغایرا للالتزام الحاصل من الاخر) فکل واحد منهما یلتزم باعطاء شیء و اخذ شیء (کان البادی) و الاول (منهما) بتلفظ لفظ الصلح (موجبا لصدق الموجب علیه) ای علی البادی (لغة و عرفا) فالصلح خارج عن موضوع الکلام اذ موضوع

البحث- فی انه هل يصح تقديم القبول أم لا- انما هو فيما اذا كان القبول مغاير للايجاب، و هنا يصلح ان يكون كل طرف موجبا كما يصلح ان يكون قابلا، فلا يتصور تقديم القبول، و لا يخفى ما فی هذا الكلام من الاشكال.

(ثم) ان قلت: فاذا كان كل طرف يصح ان يكون مصالحا فلم لا يصح ان يقول كل منهما: «صالحتک».

قلت: (لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام الحاصل من الآخر) ای الثانی منهما فی التلفظ (بلفظ القبول) فيقول زيد- مثلا- «صالحتک» و يقول خالد «قبلت» (اذ لو قال أيضا صالحتک كان ايجابا آخر) لا قبولا (فيلزم تركيب العقد من ايجابين و تحقق من جميع ذلک) الّذی ذكرنا من ان العقد يحتاج الی القبول، و لذا لا يصح تكرار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۹۰

ان تقديم القبول فی الصلح أيضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت.

و قد عرفت ان قبلت و رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض فی الحال فتلخص مما ذكرنا ان القبول فی العقود على اقسام، لانه اما ان يكون التزاما بشیء من القابل كنقل مال عنه او زوجية.

و اما ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب و الاول على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

صالحتک، فی باب الصلح (ان تقديم القبول فی الصلح أيضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت) و شبههما كامضيت و انفذت.

(و قد عرفت) سابقا (ان قبلت و رضيت مع التقديم) على الايجاب (لا يدل على إنشاء لنقل العوض فی الحال) و نقل العوض فی الحال هو المحقق للعقد، و الا كان اخبارا عن امر مستقبل، و الاخبار مقابل الانشاء، و بهذا كله تحقق ان «البيع» و «الرهن» و «الصلح» كلها من واد واحد من حيث عدم صحة تقديم القبول فيها على الايجاب، و الفروق المذكورة لا تصلح ان تكون فارقة من جهة جواز تقديم القبول (فتلخص مما ذكرنا ان القبول فی العقود على اقسام، لانه اما ان تكون التزاما بشیء من القابل) بالإضافة الی كونه قبولا و رضى بما اوجبه الموجب (كنقل مال عنه) ای عن القابل، فی باب المشتری (او زوجية) من القابل فان الزوج بالإضافة الی انه يقبل ايجاب الزوجة يجعل نفسه زوجا لها.

(و اما ان لا يكون فيه) ای فی القبول (سوى الرضا بالايجاب) كما عرفت من مثال الرهن و الهبة و القرض (و الاول) و هو ما كان قبولا و زيادة (على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۲۹۱

من الموجب كالمصالحة او متغايرا كالاشتراء و الثانی أيضا على قسمين لانه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض.

و اما ان لا يثبت فيه اعتبارا زيد من الرضا بالايجاب كالوكالة و العارية و شبههما و تقديم القبول على الايجاب لا يكون الا فی القسم الثانی من كل من القسمين ثم ان مغايرة الالتزام فی قبول البيع لالتزام ايجابه

من الموجب كالمصالحة) فان كل طرف يعطی شيئا فی مقابل شیء فكل منهما يصالح شيئا فی مقابل مصالحة طرفه شيئا (او متغايرا كالاشتراء) فان عمل المشتری ليس مثل عمل البائع (و الثانی) و هو ما لا يكون فيه الارضی بالايجاب (أيضا على قسمين لانه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة) و قبول الاثر من المؤثر و الانفعال عن الفعل (كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض) و قد سبق تفصيل ذلک.

(و اما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة و العارية و شبههما) و الفرق بين الارتهان و قبول الوكالة واضح فان الارتهان مطاوع للرهن، و لا يكون الا بعده كالانكسار الّذی لا يكون الا بعد الكسر.

اما قبول الوکالة فلیس الا رضی سواء کانت الوکالة قبلا او بعدا (و تقدیم القبول علی الایجاب لا یکون) جائزا و صحیحا (الا فی القسم الثانی من کل من القسمین) ای کالاشتراء و قبول الوکالة، و هذا مع الغض عن وجود الاجماع المدعی علی عدم جواز تقدیم القبول.

(ثم) حیث ذکرنا الفرق بین المصالحة و الاشتراء کان للقائل ان یقول بعدم الفرق بینهما، لان الاشتراء أیضا کالبیع فلا فرق بینه و بین المصالحة و لذا اجاب عنه بقوله: (ان مغایرة الالتزام فی قبول البیع لالتزام ایجابه) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۲

اعتبار عرفی فکل من التزم بنقل ماله علی وجه العوضیة لمال آخر یسمی مشتریا و کل من نقل ماله علی ان یکون عوضه مالا من آخر یسمی بایعا و بعبارة اخری کل من ملک ماله غیره بعوض فهو البائع و کل من ملک مال غیره بعوض ماله فهو المشتری و إلا فکل منهما- فی الحقیقة- یملک ماله غیره بإزاء مال غیره و یملک مال غیره بإزاء ماله

و من جملة شروط العقد الموالاة بین ایجابه و قبوله

ذکره الشیخ فی المبسوط فی باب الخلع ثم العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و الشیخ المقداد.

التزام المشتری لالتزام البائع (اعتبار عرفی) لا ان المغایرة حقیقة واقعیة (ف) العرف یری ان (کل من التزم بنقل ماله علی وجه العوضیة لمال آخر یسمی مشتریا) فان المشتری ینقل الثمن عوضا عن المثمن (و کل من نقل ماله علی ان یکون عوضه مالا من آخر یسمی بایعا) فان البائع ینقل المثمن علی ان یکون عوضه ثمنا من المشتری (و بعبارة اخری کل من ملک ماله) ل (غیره بعوض فهو البائع) بان ابتدأ فی املاک ماله (و کل من ملک مال غیره بعوض ماله فهو المشتری) بان ابتدأ فی تملک مال الغیر (و الا ف) لا فرق فی الحقیقة بین البائع و المشتری اذ (کل منهما- فی الحقیقة-) و الواقع (یملّک ماله غیره بإزاء مال غیره و یملک مال غیره بإزاء ماله) «یملک» الاول بالتشدید، و الثانی بالتخفیف هذا تمام الکلام فی اشتراط تقدیم الایجاب علی القبول (و من جملة شروط العقد الموالاة) ای التتابع من «والی» «یوالی» (بین ایجابه و قبوله) سواء کان القبول مقدما او مؤخرا (ذکره الشیخ فی المبسوط فی باب الخلع ثم العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و الشیخ المقداد) ثم سائر الفقهاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۳

قال الشهید فی القواعد: الموالاة معتبرة فی العقد و نحوه و هی مأخوذة من اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه فقال بعض العامة لا یضر قول الزوج- بعد الایجاب- الحمد لله و الصلاة علی رسول اللّه:

قبلت نکاحها و منه الفوریة فی استتابة المرتد فیعتبر فی الحال و قیل الی ثلاثة ایام و منه السکوت فی اثناء الاذان فان کان کثیرا ابطله و منه السکوت الطویل فی اثناء القراءة او قراءة غیرها خلالها

(قال الشهید فی القواعد: الموالاة معتبرة فی العقد و نحوه) ای نحو العقد کالصلاة و الاذان و غیرهما (و هی) ای الموالاة (مأخوذة) ای الاصل فی اعتبار هذا الشرط (من اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه) فی باب الاقرار قطعا فلو قال له علی الف ثم قال بعد ساعة الا عشرة، لم یقبل منه بخلاف ما لو اوصله، و فی سائر الابواب لغة، فانه یقبح بالخطیب ان یقول «ان الانسان لفی خسر» ثم یقول بعد ساعة «الا المؤمن» مثلا (فقال بعض العامة لا یضر قول الزوج- بعد الایجاب-) من الزوجة، بان قالت الزوجة: «زوجتک نفسی بمائة» فیقول الزوج (الحمد لله و الصلاة علی رسول اللّه: قبلت نکاحها) مثلا فقد فصل بین الایجاب و القبول بالتحمید و التصلیة (و منه) ای من نحو العقد المعتبر فیه الفوریة فالضمیر فی «منه» عائد الی قوله «و نحوه» (الفوریة فی استتابة المرتد) الملّی (فیعتبر) فی قبول

توبته ان یتوب (فی الحال و قیل الی ثلاثة ایام) فلا یضـر التأخیر الی هذا المقدار (و منه السـکوت فی اثناء الاذان فان کان کثیرا ابطله) کمـا لو قـال «اللّه اکبر» ثم بعـد ربع ساعـة قـال «اشـهد ان لا إله الا اللّه» (و منه السـکوت الطویل فی اثناء القراءة) فی الصـلاة (او قراءة غیرها) ای غیر القراءة کالتسبیحات الاربع و اذکار الرکوع و السجود و نحوهما (خلالها) ای خلال القراءة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۴

و کذا التشهد و منه تحریم المأمومین فی الجمعة قبل الرکوع فان تعمدوا اونسوا حتی رکع فلا جمعة و اعتبر بعض العامة تحریمهم معه قبل الفاتحة و منه الموالاة فی التعریف بحیث لا ینسـی انه تکرار و الموالاة فی سـنة التعریف، فلو رجع فی اثناء المدة استونفت لیتوالی انتهی.

اقول: حاصله ان الامر المتدرّج شیئا فشیئا اذا کان له صورة اتصالیة فی العرف

(و کذا) السـکوت الطویل فی اثناء (التشـهد) او السـلام (و منه تحریم المأمومین فی) صـلاة (الجمعة قبل الرکوع) للامام (فان تعمدوا) التـأخیر (اونسوا) التکبیر (حتی رکع) الامام (فلا جمعـة) لهم (و اعتبر بعض العامـة تحریمهم معه قبل الفاتحـة) فلا یجوز تأخیرهم حتی فی اثناء الفاتحـة (و منه الموالاة فی التعریف) للضالة سـنة (بحیث لا ینسـی انه تکرار) ای لا ینسـی السامعین انه تکرار للتعریف السابق فانه اذا عرف متاعا فی هـذا الیوم، ثم عرفه بعد شـهر لم یعرف الناس انه تکرار للتعریف السابق (و الموالاة فی سـنة التعریف، فلو رجع فی اثناء المدة) ای اثناء مدة السـنة (اسـتونفت) السـنة (لیتوالی) فهناک فی تعریف اللقطة نوعان من الموالاة الاول المولاة فی التعریف بحیث یکون التعریف الثـانی بعـد التعریف الاـول، و هکـذا الثانی الموالاة فی شـهور السـنة فلا یصـح التعریف فی کل سـنة شـهرا بان یعرف اثنتی عشـرة سـنة و لو متفرقة فی ضـمن سـنوات، بل اللازم ان تکون الاشهر فی سنة واحدة و الی النوع الاول اشار بقوله: و منه الموالاة و الی النوع الثانی اشار بقوله و الموالاة الخ (انتهی) کلام الشهید «ره».

(اقول: حاصـله ان الامر المتدرّج شیئا فشیئا اذا کان له صورة اتصالیة فی العرف) بان کان للمجموع وحدة عرفیة بحیث لا تتحقق تلک الوحدة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۵

فلاـ بـد فی ترتـب الحکـم المعلـق علیه فی الشـرع من اعتبـار صـورته الاتصالیـة فالعقـد المرکب من الایجـاب و القبـول القـائم بنفس المتعاقدین بمنزلة کلام واحد مرتبط بعضه ببعض فیقدح تخلل الفصل المخل بهیئة الاتصالیة و لذا الا یصدق المعاقدة اذا کان الفصـل مفرطا فی الطول کسـنة او ازید و انضـباط ذلک انما یکون بالعرف فهو فی کل امر بحسـبه فیجوز الفصل بین الایجاب و القبول بما لا یجوز بین کلمات کل واحد منهما و یجوز بین الکلمات بما لا یجوز بین الحروف

العرفیـة الاـ بالموالاـة (فلا بـد فی ترتب الحکم المعلق علیه فی الشـرع) ای الحکم المعلق ذلک الحکم علی ذلک الامر المتـدرج (من اعتبار صورته الاتصالیـة) بأن یسـمیه العرف بـذلک الامر، مثلا یسـمیه العرف «فاتحـة الکتاب» التی هی موضوع للوجوب و هکـذا فی سـائر الاـمور التی یعتبر فیها الموالات (فالعقـد المرکـب من الایجاب و القبول القائم) ذلک العقـد (بنفس المتعاقـدین) انما هو (بمنزلة کلام واحد مرتبط بعضه ببعض) و علیه (فیقدح تخلل الفصل المخل بهیئة الاتصالیة) فلا یکون عقدا (و لذا لا یصدق المعاقدة اذا کان الفصل) بین الایجاب و القبول (مفرطا فی الطول کسـنة او ازید) او اقل من ذلک کشهر و نحوه (و انضباط ذلک) الفصل الطویل (انما یکون بـالعرف) و حسب رؤیته انه هـل تحقق الفصـل الطویل أم لا (فهو) ای التوالی- و عـدم الفصل الطویل (فی کل امر بحسـبه) ای بحسب ذلـک الامر عنـد العرف (فیجوز الفصل بین الایجاب و القبول بما) ای بمقـدار (لا یجوز بین کلمات کل واحـد منهما و یجوز بین الکلمـات بما لا یجوز بین الحروف) فمثلا بین «بعتک الکتاب بـدرهم» و «قبلت ذلک» یجوز فصل عشـر دقائق، بینما لا یجوز بین

«بعتک» و «الکتاب» الافصل دقیقتین، ثم لا یجوز الفصل بین «ب» و «ع» من «بعتک» الا مقدار عشر ثانیة، و هکذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۶

کما فی الاذان و القراءة و ما ذکره حسن لو کان حکم الملک و اللزوم فی المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا کما هو مقتضی التمسک بآیة الوفاء بالعقود و بإطلاق کلمات الاصحاب فی اعتبار العقد فی اللزوم بل الملک.

اما لو کان منوطا بصدق البیع او التجارة عن تراض فلا یضره عدم صدق العقد و اما جعل المأخذ فی ذلک اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه

(کما فی الاذان و القراءة) أیضا کذلک، لا یجوز الفصل بین فصول الاذان و آیات الحمد باکثر من المتعارف (و ما ذکره) الشهید من اشتراط الموالاة فی العقد (حسن لو کان حکم الملک) ای الحکم بالملکیة التابعة للمعاملة (و اللزوم) للمعاملة (فی المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا) فانه- علی هذا- لو لا الموالاة لا یکون عقد، و لو لم یکن عقد، لم یتحقق الملکیة و اللزوم (کما هو) ای اناطة الملک و اللزوم بصدق العقد (مقتضی التمسک بایة الوفاء بالعقود و بإطلاق کلمات الاصحاب فی اعتبار العقد فی اللزوم) حتی انه لو لم یکن عقد لم یکن لزوم (بل) لم یکن (ملک) اصلا.

(اما لو کان) الملک و اللزوم (منوطا بصدق البیع او التجارة عن تراض) فی قوله سبحانه: احل اللّه البیع، و تجارة عن تراض منکم (فلا یضره صدق العقد) فلا یشترط بالتوالی، لان صدق العقد کان منوطا بالتوالی بین الایجاب و القبول، اما صدق التجارة فلا یناط بالموالاة فانه اذا قال البائع لزید بعتک الکتاب بدینار فقال زید- بعد سنة- قبلت، و اعطی البائع و اخذ المشتری، صدق انه تجارة عن تراض.

(و اما جعل) الشهید (المأخذ فی ذلک) الموالاة (اعتبار الاتصال بین الاستثناء) ای المستثنی (و المستثنی منه) حیث قال- فی کلامه المتقدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۷

فلأنه منشأ الانتقال الی هذه القاعدة فان اکثر الکلیات انما یلتفت إلیها من التأمل فی مورد خاص و قد صرح فی القواعد- مکررا- بکون الاصل فی هذه القاعدة کذا و یحتمل بعیدا ان یکون الوجه فیه ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنی منه من سائر اللواحق لخروج المستثنی منه معه عن حد الکذب الی الصدق فصدقه یتوقف علیه فلذا کان طول الفصل هناک اقبح

(و هی مأخوذة) الخ (فلأنه) ای باب الاستثناء (منشأ الانتقال الی هذه القاعدة) ای قاعدة الموالات (فان اکثر الکلیات) التی یعرفها الانسان (انما یلتفت إلیها من التأمل فی مورد خاص) مثلا الانتقال الی «رفع کل فاعل» و «کون الضرب کذا» و «قاعدة ارخمیدس فی الماء» و ما اشبه انما کان من بعض الجزئیات- کما لا یخفی- (و قد صرح) الشهید «ره» (فی القواعد مکررا- بکون الاصل فی هذه القاعدة کذا) و اراد بالاصل المنشأ فی الانتقال (و یتحمل بعیدا ان) لا (یکون) مراد الشهید من قوله «و هی مأخوذة» مجرد الاول فی الالتفات، بل المراد الموضع الّذی یکون الاتصال فیه اقوی ف (الوجه فیه) ای فی کون الاستثناء اصلا، فی باب الموالاة (ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنی منه من سائر اللواحق) کالوصف و الحال و التمیز و المفعول و ما اشبه (لخروج المستثنی منه معه) ای من وجود المستثنی- متصلا به- (عن حد الکذب الی الصدق) فانک اذا قلت «لم یأت احد» و سکت کنت کاذبا فلما الحقته ب «الازید» صار الکلام صدقا، و هذا بخلاف سائر اللواحق فانک اذا قلت «ضربت زیدا» و لم تأت ب «فی الدار» او «بالعصا» او ما اشبه لم تک کاذبا (فصدقه) ای المستثنی منه (یتوقف علیه) ای علی المستثنی (فلذا کان طول الفصل هناک) فی باب الاستثناء (اقبح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۸

فصار اصـلا فی اعتبار الموالاة بین اجزاء الکلام ثم تعـدی منه الی سائر الامور المرتبطة بالکلام لفظا او معنی او من حیث صدق عنوان خاص علیه لکونه عقدا او قراءة او اذانا و نحو ذلک.

ثم فی تطبیق بعضـها علی ما ذکره خفاء کمسألة توبة المرتد فان غایة ما یقال فی توجیهه ان المطلوب فی الاسلام الاستمرار فاذا انقطع فلا بد من اعادته فی اقرب الاوقات اما فی مسألة الجمعة

فصار) الاسـتثناء- من هـذه الجهـة- (اصـلا فی اعتبار الموالاة بین اجزاء الکلام ثم تعدی منه الی سائر الامور المرتبطة بالکلام) ارتباطا (لفظـا) کـالعطف- خصوصـا بـدل الغلـط مثلا- (او معنی) کالوصف (او من حیث صـدق عنوان خاص علیه) ای علی الارتباط (لکونه عقـدا) فانه لا ربط بین الایجاب و القبول لفظا و لا معنی، و انما صدق عنوان العقد متوقف علی الموالاة (او قراءة) کالحمد، فان آیاتها لاـ ترتبـط بعضـها ببعض لفظـا او معنی، و انمـا صـدق عنوان العقـد متوقف علی ذلـک (او اذانا و نحو ذلک) من سائر الامور المنوطة صدقها علی الاتصال.

(ثم) لا یخفی ان (فی تطبیق بعضـها علی ما ذکره) من الموالاة (خفاء کمسألة توبة المرتد) التی جعلها الشهید «ره» من امثلة الموالاة اذ لا معنی للموالاة هنا (فان غایة ما یقال فی توجیهه) ای توجیه کون توبة المرتد مثالا للموالاة (ان المطلوب فی الاسـلام الاسـتمرار فاذا انقطع) الاستمرار بسبب الارتداد (فلا بد من اعادته) ای الاسلام (فی اقرب الاوقات) و هو ان بعد الارتداد.

و (اما) الموالاة (فی المسألة) صلاة (الجمعة) التی ذکرها الشهید «ره»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۲۹۹

فلان هیئـة الاجتماع فی جمیع احوال الصـلاة من القیام و الرکوع و السـجود مطلوبـة فیقـدح الاخلال بها و للتأمل فی هذه الفروع و فی صحة تفریعها علی الاصل المذکور مجال.

ثم ان المعیار فی الموالاة موکول الی العرف کما فی الصـلاة و القراءة و الاذان و نحوها و یظهر من روایة سهل الساعدی المتقدمة فی مسألة تقدیم القبول جواز الفصل بین الایجاب و القبول بکلام اجنبی بناء علی ما فهمه الجماعة من ان القبول

(فلاـن هیئـة الاجتمـاع فی جمیع احوال الصـلاة من القیـام و الرکوع و السـجود) و سائر احوال الصـلاة (مطلوبـة) عنـد الشـرع (فیقـدح الاخلال بها) و لو بتأخیر النیـة، او یقال ان الموالاة بین تکبیرة الاحرام للمأموم و الامام مطلوبة لقوله علیه السـلام: انما جعل الامام إماما لیؤتم به. فالفصل الطویل ضار (و) لا یخفی ان (للتأمل فی هذه الفروع) و انها یشترط فیها الموالاة أم لا- حسب ما ذکره الشـهید «ره»- (و فی صـحة تفریعهـا علی الاصـل المـذکور) ای اعتبـار الاتصال بین المسـتثنی و المسـتثنی منه (مجال) واسع لعـدم ارتباط بین ذلک الاصل و هذه الفروع، ثم لا دلیل علی بعض هذه الفروع، و اللّه سبحانه العالم.

(ثم ان المعیار فی الموالاة موکول الی العرف کما فی الصـلاة) حیث یلزم التتابع فیها و الا انمحت صورة الصـلاة (و القراءة و الاذان و نحوها) کاعمال العمرة و غیرها (و یظهر من روایة سهل الساعدی المتقدمة) فی قصة النکاح (فی مسألة تقدیم القبول جواز الفصل بین الایجـاب و القبول بکلاـم اجنبی) عن النکـاح (بنـاء علی مـا فهمه الجماعـة) من الروایـة و ان القبول کـان مقـدما لاـن القبول کان بعد الایجاب- مباشرة- کما هو محتمل، فقالوا (ان القبول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۰

فیها قول ذلک الصحابی: زوجنیها و الایجاب قوله- ص- بعد فصل طویل:

زوجتکها بما معک من القرآن و لعل هذا موهن آخر للروایة فافهم.

و من جملة الشرائط التی ذکرها جماعة: التنجیز فی العقد

بـان لاـ یکون معلقا علی شـیء باداة الشـرط بان یقصـد المتعاقـد ان انعقاد المعاملـة فی صورة وجود ذلک الشـیء لا فی غیرها و ممن صرح بذلک الشیخ و الحلی و العلامة و جمیع من تأخر عنه کالشهیدین و المحقق الثانی و غیرهم قدس اللّه ارواحهم و عن فخر الدین فی شرح الارشاد فی باب الوکالة: ان تعلیق الوکالة علی الشرط لا یصح عند الامامیة، و کذا غیرها من العقود لازمة کانت او جائزة.

فیهـا قول ذلک الصـحابی: زوجنیها و الایجاب قوله) صـلی اللّه علیه و آله و سـلم (بعـد فصل طویل زوجتکها بما معک من القرآن و) لکن (لعل) الفصل الطویل (هـذا) الّذی ذکرناه (موهن آخر) غیر تقدیم القبول (للروایة) المذکورة (فافهم) فقد عرفت انه لا دلیل علی اشتراط تقدیم الایجاب، کما انه لا دلیل علی الموالاة الا العرف، و من المعلوم ان هذا المقدار من الفصل المذکور فی الروایة لا یضـر الموالاة (و من جملة الشرائط التی ذکرها جماعة) من العلماء (التنجیز فی العقد بان لا یکون) العقد (معلقا علی شیء باداة الشرط) کأن یقول البـائع «بعتـک ان جاء زیـد» (بان یقصـد المتعاقـد ان انعقاد المعاملـة فی صورة ذلک الشـیء) الّذی ذکر بصورة الشـرط (لا فی غیرهـا) ای غیر تلـک الصورة (و ممن صـرح بـذلک الشیـخ و الحلی و العلامـة و جمیع من تأخر عنه) ای عن العلامـة (کالشـهیدین و المحقق الثانی و غیرهم قـدس الله ارواحهم و عن فخر الـدین فی شـرح الارشاد فی باب الوکالة ان تعلیق الوکالة علی الشـرط لا یصـح عند الامامیة، و کذا غیرها من العقود لازمة کانت) کالبیع (او جائزة) کالهبة و قوله لا یصح ظاهرة عدم صـحة تلک المعاملة المعلقة لا عدم صحة الشرط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۱

و عن تمهیـد القواعـد دعوی الاجماع علیه، و ظاهر المسالک فی مسألـة اشتراط التنجیز فی الوقف الاتفاق علیه و الظاهر عدم الخلاف فیه کما اعترف به غیر واحـد و ان لم یتعرض الاکثر فی هـذا المقام و یـدل علیه فحوی فتاویهم و معاقد الاجماعات فی اشتراط التنجیز فی الوکالـة مع کونهـا من العقود الجـائزة التی یکفی فیهـا کلمـا دل علی الاذن حتی ان العلامـة ادعی الاجماع علی ما حکی عنه علی عـدم صـحة ان یقول الموکل انت وکیلی فی یوم الجمعـة فی ان تبیع عبـدی و علی صـحة قوله انت وکیلی و لا تبع عبـدی الا فی یوم الجمعة مع کون المقصود

المعاملة المعلقة لا عدم صحة الشرط.

(و عن تمهیـد القواعـد دعوی الاجماع علیه، و ظاهر المسالک فی مسألـة اشتراط التنجیز فی الوقف الاتفاق علیه) هذا (و الظاهر) لدی التتبع فی کلمات الفقهاء- (عـدم الخلاف فیه کما اعترف به غیر واحـد و ان لم یتعرض الاکثر) لهـذا الشـرط (فی هذا المقام) ای مقام البیع فان تعرضـهم له فی متفرقات الابواب دال علی ان رأیهم عـدم الانعقاد فی باب البیع (و یدل علیه) ای علی عدم الخلاف (فحوی) و اولویـة (فتاویهم و معاقد الاجماعات فی اشتراط التنجیز فی الوکالة مع کونها من العقود الجائزة التی یکفی فیها کلما دل علی الاذن) فاذا کان التنجیز شـرط فی العقـد الجائز کان شـرطا فی العقـد اللازم بطریق اولی اذ العقد الجائز اخف مئونة من العقد اللازم (حتی ان العلامـة ادعی الاجماع علی ما حکی عنه علی عـدم صـحة ان یقول الموکل) لمن یرید توکیله (انت وکیلی فی یوم الجمعة فی ان تبیع عبـدی) حیث علق الوکالة علی یوم الجمعة (و علی صـحة قوله انت وکیلی و لا تبع عبدی الا فی یوم الجمعة) اذ الوکالة مطلقة، و انما ظرف العمل یوم الجمعة (مع کون المقصود)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۲

واحـدا و فرق بینهما جماعـة- بعـد الاعتراف بان هـذا فی معنی التعلیق- بان العقود لما کانت متلقاة من الشارع انیطت بهذه الضوابط و

بطلت فیما خرج عنها و ان افادت فائدتها فاذا کان الامر کذلک عندهم فی الوکالة فکیف الحال فی البیع و بالجملة فلا شبهة فی اتفاقهم علی الحکم

و اما الکلام فی وجه الاشتراط فالذی صرح به العلامة فی التذکرة انه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع علیه عدم جواز التعلیق قال الخامس من الشروط الجزم فلو

من العبارتین (واحدا) هو البیع یوم الجمعة (و فرق بینهما جماعة- بعد الاعتراف بان هذا فی معنی التعلیق-) ای التسلیم ان العبارتین کلیهما تعلیق لکن احدهما تعلیق لفظی و الاخر تعلیق معنوی (بان العقود لما کانت متلقاة من الشارع انیطت بهذه الضوابط) التی من جملتها عدم التعلیق (و بطلت) العقود (فیما خرج عنها) ای عن تلک الضوابط فلا ینافی اتحاد المعنی فی العبارتین صحة احداهما دون صحة الاخری (و ان افادت فائدتها) ای و ان افادت «ما خرج» فائدة «ما اذا کانت مشمولة للضابطة» مثلا «استأجرتک» و «متعتک» یفیدان معنی واحد و مع ذلک جاز الثانی- فی باب المتعة- دون الاول (فاذا کان الامر کذلک) مشروطا بعدم التعلیق (عندهم فی الوکالة فکیف الحال فی البیع) الّذی هو اهم بالنظر الی کونه عقدا لازما (و بالجملة فلا شبهة فی اتفاقهم علی الحکم) الّذی هو اشتراط التنجیز.

(و اما الکلام فی وجه الاشتراط فالذی صرح به العلامة فی التذکرة انه مناف للجزم حال الانشاء) و ما لا جزم فیه لا عقد (بل جعل العلامة (الشرط هو الجزم ثم فرع علیه عدم جواز التعلیق، قال الخامس من الشروط الجزم فلو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۳

علق العقد علی شرط لم یصح و ان کان الشرط المشیة للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته و هو احد قولی الشافعی و اظهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة یقتضیها اطلاق العقد لانه لو لم یشأ لم یشتر انتهی.

و تبعه علی ذلک الشهید فی قواعده قال لأن الانتقال بحکم الرضا و لا رضا الا مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق، انتهی. و مقتضی ذلک ان المعتبر هو عدم التعلیق علی امر مجهول الحصول کما صرح به المحقق فی باب الطلاق و ذکر المحقق و الشهید الثانیان فی الجامع و المسالک فی مسألة-

---

علق العقد علی شرط لم یصح و ان شرط المشیة) ای مشیة المشتری کما لو قال بعتک ان شئت، فقال المشتری: قبلت، و انما لم یصح و لو کان التعلیق بالمشیة (للجهل بثبوتها) ای مشیة المشتری (حال العقد و) للجهل ب (بقائها) ای المشیة (مدته) ای مدة العقد لاحتمال انه شاء اوّل العقد و لم یشأ اخر العقد بان تبدل رأیه فی الوسط (و هو) ای البطلان و ان علق علی المشیة (احد قولی الشافعی و اظهرهما عندهم) ای العامة (الصحة لان هذه)- المشیة (صفة یقتضیها اطلاق العقد لانه لو لم یشاء) المشتری (لم یشتر) فالتعلیق علیه غیر ضار (انتهی) کلام العلامة.

(و تبعه علی ذلک الشهید فی قواعده قال لأن الانتقال) للعوضین انما هو (بحکم الرضا) ای ان الرضا یحکم، و یوجب الانتقال لقوله تعالی: «الا ان تکون تجارة عن تراض منکم» (و لا رضا الا مع الجزم) اذ لو لا الجزم یکون التردد المنافی للرضا (و الجزم ینافی التعلیق، انتهی. و مقتضی ذلک) الوجه و هو ان التعلیق ینافی الجزم- المعتبر فی البیع- (ان المعتبر هو عدم التعلیق علی امر مجهول الحصول) اذ التعلیق علی امر معلوم الحصول لا ینافی الجزم (کما صرح به) ای بکون التعلیق علی المجهول محظور (المحقق فی باب الطلاق و ذکر المحقق و الشهید الثانیان فی الجامع و المسالک فی مسألة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۴

ان کان لی فقد بعته ان التعلیق انما ینافی الانشاء فی العقود و الایقاعات حیث یکون المعلق علیه مجهول الحصول.

لکن الشهید فی قواعده ذکر فی الکلام المتقدم ان الجزم ینافی التعلیق لانه بعرضهٔ عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله کالتعلیق علی الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنی العام دون خصوصیات الافراد.

ثم قال فان قلت فعلی هذا یبطل قوله فی صورهٔ انکار التوکیل

ان کـان لی فقـد بعته) هـل یصـح مثـل هـذا البیع أم لاـ؟ (ان التعلیق انمـا ینافی الانشاء فی العقود و الایقاعات حیث یکون المعلق علیه مجهول الحصول) کقدوم زید لا مثل طلوع الشمس.

(لکن الشـهید فی قواعده ذکر فی الکلام المتقدم ان الجزم ینافی التعلیق) مطلقا و لو بامر معلوم الحصول (لانه) ای الشـرط (بعرضهٔ) و معرضـیهٔ (عـدم الحصول) اذ الشـرط فی نفسه له وجهـان (و لو قـدر) و فرض (العلم بحصوله کـالتعلیق علی الوصف) الّذی هو معلوم الحصول، و انما نقول بان فرض علمنا بحصول الشرط لا یکفی (لأن الاعتبار بجنس الشرط) و الشرط فی نفسه له وجهان- کما تقدم- (دون انـواعه) الـتی منهـا معلـوم الحصـول (فـاعتبر) الشـهید (المعنی العـام) فی الشـرط و هـو کونه ذا وجهین: الحصول و العـدم (دون خصوصیات الافراد) ای افراد الشرط کالفرد الّذی نعلم انه یحصل مثلا-.

(ثم قال) الشهید (فان قلت فعلی هذا) الّذی ذکرتم من ان التعلیق مبطل للعقد (یبطل قوله) ای العاقد (فی صورهٔ انکار التوکیل) کما لو قیل لزید المال مالک و انت وکلت خالدا فی بیعه، فینکر أن یکون المال ماله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۵

ان کان لی فقد بعته.

قلت هذا تعلیق علی واقع لا متوقع الحصول فهو علهٔ

و ینکر توکیله لخالـد فی بیع مـاله- و لاـ یخفی ان قوله: «فی صورهٔ انکار التوکیل» لا ربط له بالاشـکال و الجواب، و انما هو کالجملهٔ المعترضـهٔ (ان کان لی فقـد بعته) و حاصل الاشـکال انه لو کان الاعتبار بجنس الشـرط دون انواعه، لزم بطلان العقد بهذه الصورهٔ بان قال البائع: «إن کان لی فقـد بعته» فی حال کون المال له، مع بداهـهٔ صـحهٔ مثل هـذا البیع، و علیه فالضار انما هو بعض انواع التعلیق، لا کل تعلیق اذ التعلیق علی ثلاثهٔ اقسام:

الاول: التعلیق علی امر متوقع لا یعلم حصوله کقوله: «ان جاء زید فقد بعتک».

الثانی: التعلیق علی امر یحصل قطعا و هما یعلمان بذلک فیقول: «ان جاء زید بعتک هذا الشیء».

الثالث: ان یکون الشرط واقعا الآن نحو: «إن کان لی فقد بعتک»

و الشهید یقول: ببطلان القسم الثانی أیضا، کبطلان القسم الاول و المستشکل یقول: و علی هذا فاللازم بطلان القسم الثالث أیضا.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۵، ص: ۳۰۵

(قلت) لا تلازم بین بطلان القسم الثانی و بطلان القسم الثالث فان (هذا) القسم الثالث لیس تعلیقا فی الواقع بل هو صوری محض، لانه (تعلیق علی واقع) اذ الملک واقع و ثابت للعاقد- و کلاهما یعلمان بذلک- (لا) علی امر (متوقع الحصول) فی المستقبل بخلاف القسم الثـانی فـانه تعلیق علی امر مسـتقبل لکنهمـا یعلمان وقوعه، فحاله حال القسم الاول الّذی هو تعلیق علی امر مسـتقبل لا یعلمان حصوله (فهو) ای قول البائع: «ان کان لی» (علهٔ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۰۶

للوقوع او مصاحب له لا معلق عليه الوقوع.

و كـذا لو قال فى صورة انكار وكالة التزويج- حيث تدعيه المرأة- ان كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه و علل العلامة فى القواعد صحة «ان كان لى فقد بعته» بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا

للوقوع) اى وقع البيع فقوله: «إن كان لى فقـد بعته» بمنزله «لما كان لى فقد بعته» فالعلة فى البيع كونه للبائع (او مصاحب له) اى للوقوع فقوله «إن كان لى فقـد بعته» بمنزله «هو لى فبعته» حيث ان العلـة للبيع شـىء آخر، و على كلا التقـديرين (لا) يكون قوله «ان كان لى» (معلق عليه الوقوع) فالبيع لم يعلق على شـىء، اذ «الشـرط» اما علـة او مصاحب و ليس «شـرطا» واقعيا بل هو صورة الشـرط فقط و عليه ففرق بين القسم الثانى الّذى هو شرط واقعا و بين القسم الثالث الّذى هو شرط صورة فقط فلا يلزم من بطلان الثانى بطلان الثالث.

(و كـذا) لاـ تلازم بين بطلان التعليق و بطلان صورة التعليق فى مسـئلة الطلاق كما (لو قال) الرجل فى صورة ما اذا نسب إليه انه و كلّ خالدا فى تزويج هند- مثلا- فقال (فى صورة انكار وكالة التزويج) و انكار التزويج- (حيث تدعيه المرأة-) فيما اذا جاءت الى الحاكم و قالت: ان فلانا وكل فى زواجى لنفسه و قـد زوجت منه فقال الرجل (إن كانت زوجتى فهى طالق) فان الطلاق يقع لو كانت زوجته- واقعا- اذ ليست الزوجيـة امرا متوقعا فى المسـتقبل بل انما هو امر حاصل واقع (انتهى كلامه) اى كلام الشـهيد «ره» (و علّل العلامـة فى القواعد صـحة «إن كان لى فقد بعته») المعلق على شرط و قد كان مقتضى القاعدة بطلانه- لما عرفت من لزوم التنجيز فى العقد- (بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا) لانه شرط صورى- و ليس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۰۷

و كذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكا فى البيع و لا وقوفه انتهى.

و تفصيل الكلاـم ان المعلق عليه امـا ان يكـون معلـوم التحقـق، و امـا ان يكون محتمـل التحقق و على الوجهين فامـا ان يكون تحققه المعلوم او المحتمـل فى الحـال او المسـتقبل و على التقادير فاما ان يكون الشـرط مما يكون مصـححا للعقـد ككون الشـىء مما يصـح تملكه شرعا او مما يصح اخراجه عن الملك كغير أمّ الولد و غير الموقوف عليه و نحوه و

شرطا حقيقيا.

(و كذا كل شـرط علم وجوده فانه لا يوجب شكا فى البيع) و انه هل وقع أم لا؟ بخلاف الشرط الّذى لا يعلم هل يكون أم لا؟ كما لو قال بعتك ان جاء زيد (و لا) شـكا فى (وقوعه) اذ الشـرط المحقق لا يجعل العقد ذا احتمالين، احتمال الوقوع و احتمال العدم (انتهى) كلام العلامة.

(و تفصيل الكلاـم) فى باب الشـرط (ان المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق، و اما ان يكون محتمل التحقق و على الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او) تحققه (المحتمل فى الحال او المسـتقبل) فمعلوم التحقق فى الحال نحو «ان كان لى» و فى المستقبل نحو «ان طلعت الشـمس» و محتمل التحقق فى الحال نحو «ان كان زيـد جائيا» و فى المسـتقبل نحو «ان جاء زيد» (و على التقادير) الاربعة (فاما ان يكون الشـرط مصححا للعقد) بحيث لو لا هذا الشرط لم يصح العقد (ككون) الشرط كون (الشىء مما- يصح تملكه شرعا) كقوله «ان لم يكن خنزيرا فقـد بعته» (او مما يصـح اخراجه عن الملك) بان كان ملكا لكنه لا يصح اخراجه عن الملك (كغير أمّ الولد و غير الموقوف عليه و نحوه) كغير منـذور التصـدق بعينه كما لو قال «ان لم يكن وقفا فقد بعته» و الفرق ان «الخنزير» لا يصح ملكه و الوقف الخاص لا يصح اخراجه عن الملك مع انه بذاته ملك (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۰۸

کون المشتری ممن یصح تملکه شرعا کأن لا یکون عبدا او ممن یجوز العقد معه بان یکون بالغا. و اما ان لا یکون کذلک.

ثم التعلیق اما مصرح به، و اما لازم من الکلام کقوله ملکتک هذا بهذا یوم الجمعة و قوله فی القرض و الهبة خذ هذا بعوضه او خذه بلا عوض یوم الجمعة فان التملیک معلق علی تحقق الجمعة فی الحال او فی الاستقبال و لهذا احتمل العلامة فی النهایة و ولده فی الایضاح بطلان بیع الوارث

کون المشتری ممن یصح تملکه شرعا کأن لا یکون عبدا) علی القول بعدم ملک العبد، فیقول: «ان لم تکن عبدا فقد بعتک» فان القلم الّذی یرید بیعه مثلا- ملک و قابل للاخراج عن الملک لکن المشتری لیس قابلا للانتقال إلیه (او ممن یجوز العقد معه) بان یصح تملکه لکنه لا یجوز العقد معه (بان یکون بالغا) فان غیر البالغ لا یصح العقد معه و ان صح تملّکه، فانه لیس کالعبد.

(و اما ان لا یکون کذلک) ای لیس شرطا مصححا للعقد (ثم التعلیق اما مصرح به) بان صاغه فی صورة الشرط کما یقول «إن کان الیوم جمعة فقد بعتک».

(و اما لازم من الکلام کقوله ملکتک هذا بهذا یوم الجمعة) فان یوم الجمعة شرط فی هذه الصورة (و قوله فی) بابی (القرض و الهبة «خذ هذا بعوضه») یوم الجمعة (او خذه بلا عوض یوم الجمعة فان) یوم الجمعة شرط اذ (التملیک معلق علی تحقق الجمعة فی الحال او فی الاستقبال) فیما کانت صورته الشرطیة «إن کان هذا الیوم الجمعة» او «ان جاء یوم الجمعة» (و لهذا احتمل العلامة فی النهایة و ولده فی الایضاح بطلان بیع الوارث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۰۹

لمال موروثه بظن موته معللا- بان العقد و إن کان منجزا فی الصورة الا انه معلق و التقدیر ان مات مورثی فقد بعتک فما کان منها معلوم الحصول حین العقد فالظاهر انه غیر قادح، وفاقا لمن عرفت کلامه کالمحقق و العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی و الصیمری، و حکی أیضا عن المبسوط و الایضاح فی مسألة ما لو قال «ان کان لی فقد بعته» بل لم یوجد فی ذلک خلاف صریح و لذا ادعی فی الریاض فی باب الوقف عدم الخلاف فیه صریحا

و ما کان معلوم الحصول فی المستقبل و هو المعبّر عنه بالصفة فالظاهر انه داخل فی معقد اتفاقهم علی

لمال موروثه بظن موته معللا) البطلان (بان العقد و إن کان منجزا فی الصورة) لانه یقول «بعتک هذه الدار التی هی لابی» (الا انه معلق) فی التقدیر و الواقع، (و التقدیر ان مات مورثی فقد بعتک) فقول المصنف «و لذا» بیان ان الشرط قد یکون تقدیریا، و ان لم یکن صوریا، و ان حاله کحال الشرط الصوری (فما کان منها) ای من اقسام الشرط (معلوم الحصول حین العقد فالظاهر انه غیر قادح، وفاقا لمن عرفت کلامه) من الفقهاء (کالمحقق و العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی و الصیمری، و حکی أیضا عن المبسوط و الایضاح فی مسألة ما لو قال «ان کان لی فقد بعته») فی حال کون المال له واقعا (بل لم یوجد فی ذلک) ای صحة مثل هذا التعلیق (خلاف صریح و لذا ادعی فی الریاض فی باب الوقف عدم الخلاف فیه) ای فی التعلیق علی الشرط المعلوم حصوله (صریحا و ما کان معلوم الحصول فی المستقبل) مثل ان طلعت الشمس (و هو المعبّر عنه) فی کلام الفقهاء (بالصفة) لان اوّل هذا الشرط الی الوصف اذ معنی «ان طلعت الشمس فقد بعتک» «بعتک وقت طلوع الشمس» فوقت الطلوع صفة للبیع (فالظاهر انه داخل فی معقد اتفاقهم علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۰

عدم الجواز و إن کان تعلیلهم للمنع باشتراط الجزم لا یجری فیه کما اعترف به الشهید فیما تقدم عنه و نحو الشهید الثانی فیما حکی عنه بل یظهر من عبارة المبسوط فی باب الوقف کونه مما لا خلاف فیه بیننا بل بین العامة فانه قال اذا قال الواقف «اذا جاء رأس الشهر

فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف لانه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق أيضا انتهى فان ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختص بالامامية.

نعم مماثلته للعتق مختصة بهم و ما كان منها مشكوك الحصول و ليس صحة العقد معلقة فى الواقع عليه

عدم الجواز، و إن كان تعليلهم للمنع) و عدم الجواز (باشتراط الجزم لا يجرى فيه) اذ الشرط هنا مجزوم به فانهما يعلمان طلوع الشمس- مثلا- (كما اعترف به) اى بكون الوصف مجزوما به، و ليس كالشرط المجهول حصوله (الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه) اى عدم الجواز (مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة) أيضا (فانه قال اذا قال الواقف «اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف لانه مثل البيع و الهبة) فكما لا يصح الشرط فيهما كذلك لا يصح فى الوقف (و عندنا) معاشر الشيعة (مثل العتق أيضا) لا يصح ان يقول «اذا جاء رأس الشهر اعتقتك» بخلافه عندهم فان العامة يصححون العتق المشروط (انتهى) كلام المبسوط (فان ذيله) و هو قوله «و عندنا مثل العتق» (يدل على ان مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختص بالامامية) بل العامة أيضا قائلون ببطلان مثل هذا الشرط.

(نعم مماثلة) اى الوقف (للعتق مختص بهم) هذا تمام الكلام فى معلوم الحصول فى الحال، و فى المستقبل (و ما كان منها) اى من الشرائط (مشكوك الحصول و) الحال انه (ليس صحة العقد معلة عليه فى الواقع) اى ليس من قبيل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۱۱

كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم و ما كان صحة العقد معلقة عليه كالامثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشمله الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة «إن كان لى فقد بعته» قولا من بعض الناس بالصحة و ان الشرط لا يضره مستدلا بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له فى الشراء فاذا اقتضاه

قابلية المبيع للملك، او قابليته للاخراج عن الملك او ما اشبه مما تقدم (كقدوم الحاج) فان صحة العقد ليس معلقا على قدوم الحاج و انما هو شرط يشترط المتعاملان فيما لو قال بعتك اذا جاء الحاج (فهو المتيقن من معقد اتفاقهم) بالبطلان (و ما كان) من الشروط (صحة العقد معلقة عليه) فى الواقع (كالامثلة المتقدمة) من الملكية، و الاخراج عن الملك، و قابلية المشترى للملك و قابليته للعقد (فظاهر اطلاق كلامهم) بعدم صحة التعليق (يشمله) فاذا قال «إن كان هذا شاة لا خنزيرا» او «اذا كان طلقا لا وقفا» او «اذا كنت ايها المشترى حرا لا عبدا» او «اذ كنت ايها المشترى بالغا لا مراهقا»- مثلا- فقد بعتك، لم يصح البيع و ان كان الشرط شرطا فى الواقع (الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة «إن كان لى فقد بعته» قولا- من بعض الناس بالصحة) مع انه تعليق على شرط صحة العقد المتوقف عليه (و) قال (ان- الشرط لا يضره) اى لا يضرّ العقد (مستدلا بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد) فانه اذا اطلق العقد، و قال «بعتك» كان معناه «ان كان لى هذا المبيع» (لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل) اى يصح البيع للوكيل من قبل الموكل (اذا كان اذن) الموكل (له) اى للوكيل (فى الشراء) اى فى البيع (فاذا اقتضاه) اى هذا الشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۱۲

الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن او تسليم المثمن او ما اشبه ذلك انتهى و هذا الكلام و ان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضاؤه له و حاصله انه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه فى الواقع و تعليقه ببعض مقدماته كالالزام ببعض غاياته فكما لا يضر الزام بما يقتضى العقد التزامه كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه و مقيدا به و هذا الوجه و ان لم ينهض لدفع محذور التعليق فى إنشاء العقد

(الاطلاق) للعقـد (لم یضـر اظهاره) لفظا (و شـرطه) فی ضـمن العقد (کما لو شـرط فی البیع تسـلیم الثمن او تسـلیم المثمن او ما اشـبه ذلک) مما یقتضـیه الاطلاق (انتهی) کلام الشـیخ (و هذا الکلام و ان حکاه) الشـیخ (عن بعض الناس الا ان الظاهر) من سکوته علیه و عـدم مناقشـته له (ارتضاؤه له و حاصـله انه کما لا یضـر اشتراط بعض لوازم العقـد المترتبـة علیه) کالقبض او فعلیة التسـلیم او ما اشـبه (کـذلک لا یضـر تعلیق العقـد بما هو) ای العقـد (معلق علیه فی الواقع) نحو ان کان لی فقد بعته (و تعلیقه) ای العقد (ببعض مقدماته) ای مقـدمات العقـد ککون المـال للبـائع (کالالـزام ببعض غایاته) مثل الزام المشتری بان یـدفع الثمن حالا، قوله «و تعلیقه» مبتـدأ خبره «کالالـزام» (فکمـا لاـ یضـر الاـلزام) کإلزام البائع للمشتری تسـلیم الثمن حالا- مثلا- (بما یقتضـی) اطلاق (العقـد التزامه) اذ لو لا هـذا الشـرط فی اللفـظ، اقتضاه العقـد فی نفسه (کـذلک) لا یضـر (التعلیق بما کان الاطلاق) للعقـد (معلقا علیه) فی الواقع (و مقیـدا به) فی الحقیقـة (و هـذا الوجه) الّـذی ذکره الشـیخ لتصـحیح التعلیق (و ان لم ینهض لدفع محذور التعلیق فی إنشاء العقد) اذ ظاهر الشـرط انه شرط للانشاء و الحال انه شرط للأثر فکون المثمن مال البائع فی قوله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۳

لان المعلق علی ذلک الشرط- فی الواقع-: هو ترتب الاثر الشرعی علی ذلک العقد دون إنشاء مدلول الکلام الّذی هو وظیفة المتکلم فالمعلق فی کلام المتکلم غیر معلق فی الواقع علی شـیء و المعلق علی شیء لیس معلقا فی کلام المتکلم علی شیء بل و لا منجزا بل هو خارج عن مدلول الکلام الا ان ظهور ارتضاء الشیخ له کاف فی عدم الظن بتحقق الاجماع علیه مع ان ظاهر هذا التوجیه

«إن کان لی فقد بعتک» شـرط لترتب الاثر، انه شرط للانشاء، فان الاثر لا یحصل الا بکون المثمن مال البائع، اما الانشاء فهو یحصل و لو لم یکن المثمن مال البائع (لان المعلق علی ذلک الشرط) نحو «إن کان لی» (- فی الواقع-:

هو ترتب الاثر الشـرعی علی ذلک العقـد) فلولا الشـرط لم یحصل نقل و انتقال (دون إنشاء مـدلول الکلام) ای مدلول «بعت» (الّذی) ای الانشـاء الّـذی (هو وظیفـة المتکلم) و لیس من وظـائف الشارع، فالانشاء وظیفـة المتکلم و ترتیب الاثر وظیفـة الشارع (فالمعلق فی کلاـم المتکلم) الّـذی هو الانشـاء (غیر معلق فی الواقع) و الحقیقـة (علی شـیء) اذ الانشاء للبیع لیس معلقا علی کون المال للمتکلم (و المعلق علی شـیء) و هو الاثر شـرعی الترتب علی الانشاء (لیس معلقا فی کلام المتکلم علی شیء) لان البائع لم یعلق الاثر الشرعی، و انما علق انشائه (بل و لا منجزا) فی کلامه، فان الاثر الشـرعی وظیفة الشارع فلم یعلقه البائع و لم ینجّزه، اذ هو خارج عن عمله و وظیفة (بل هو) ای الاثر (خارج عن مدلول الکلام) لانه امر واقعی (الا ان ظهور ارتضاء الشـیخ له) ای لکلام هذا القائل بصحة الشرط (کاف فی عـدم الظن بتحقق الاجمـاع علیه) فلاـ اجمـاع علی بطلان التعلیق و کیف ینعقـد الاجماع مع مخالفـة مثل الشـیخ (مع ان ظاهر هـذا التوجیه) الّذی وجه الشیخ به کلام القائل بجواز التعلیق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۴

لعـدم قـدح التعلیق یـدل علی ان محـل الکلاـم فیمـا لم یعلم وجود المعلق علیه و عـدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم و یؤید ذلک ان الشـهید فی قواعده جعل الاصح صحة تعلیق البیع علی ما هو شرط فیه کقول البائع بعتک ان قبلت و یظهر منه ذلک أیضا فی اواخر القواعد.

ثم انک قد عرفت ان العمدة فی المسألة هو الاجماع و ربّما یتوهم ان الوجه فی اعتبار التنجیز هو عدم قابلیة الانشاء للتعلیق

(لعـدم قـدح التعلیق) بالمعاملـة (یدل علی ان محل الکلام) فی جواز التعلیق و عدمه، انما هو (فیما لم یعلم وجود المعلق علیه و عدمه) امـا اذا علم وجود المعلق علیه فلاـ بـأس بـالتعلیق (فلاـ وجه لتوهم اختصـاصه) ای اختصـاص محـلّ الکلام (بصورة العلم) بان یقال ان صورة الجهل بوجود الشـرط مفروغ عنها فی کونه موجبا للبطلان، و ان محل الخلاف صورة العلم بوجود الشـرط، و الحاصل ان محل

الکلام صورة الجهل، اما صورة العلم فلا کلام فی صحته (و یؤید ذلک) الّذی ذکرنا من عدم الاجماع فی التعلیق علی شرط معلوم الحصول (ان الشهید فی قواعده جعل الاصح صحة تعلیق البیع علی ما هو شرط فیه) واقعا (کقول البائع بعتک ان قبلت) فان القبول شرط فی انعقاد البیع، فاشتراط البائع له لا بأس به (و یظهر منه) ای من الشهید (ذلک) الجواز و الصحة (أیضا فی اواخر القواعد) فلا اجماع فی المسألة حتی یستند إلیه فی بطلان التعلیق فی صورة العلم.

(ثم انک قد عرفت ان العمدة فی المسألة) ای مسألة عدم صحة التعلیق (هو الاجماع) و اذا لم یکن اجماع فلا مستند لعدم الجواز (و ربّما یتوهم ان الوجه فی اعتبار التنجیز) فی العقد و بطلان التعلیق (هو عدم قابلیة الانشاء للتعلیق) لان الانشاء ایجاد و الایجاد بین وجود و عدم، اما ان یکون معلقا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۵

و بطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان کان هو مدلول الکلام فالتعلیق غیر متصور فیه الا ان الکلام لیس فیه و ان الکلام فی انه کما یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی کل تقدیر فهل یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی تقدیر دون آخر کقوله هذا لک ان جاء زید و خذ المال قرضا او قراضا اذا اخذته من فلان و نحو ذلک فلا ریب فی انه امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیرا فی الا و امر و المعاملات من العقود و الایقاعات و یتلو هذا الوجه فی الضعف ما قیل من ان ظاهر ما دل علی سببیة

فلا یعقل (و بطلانه) ای بطلان «ان الانشاء لیس قابلا للتعلیق» (واضح) لدی التأمّل (لان المراد بالانشاء) الّذی قلتم بانه لا یعقل فیه التعلیق (ان کان هو مدلول الکلام) و معناه (فالتعلیق غیر متصور فیه) ای المدلول یوجد بوجود الکلام فلیس له حاله معلقه (الا ان الکلام) ای کلامنا «فی صحة تعلیق الانشاء» (لیس فیه) ای لیس فی الانشاء الّذی بمعنی مدلول الکلام (و ان الکلام) فی عدم صحة تعلیق الانشاء- علی ما ذکره القائل بالبطلان- (فی انه کما یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی کل تقدیر) مثلا سواء جاء زید أم لا (فهل یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی تقدیر دون) تقدیر (آخر) أم لا یصح هذا النحو من التعلیق (کقوله هذا لک ان جاء زید و خذ المال قرضا) فی باب القرض (او قراضا) فی باب المضاربة (اذا اخذته من فلان و نحو ذلک) من الشرائط (فلا ریب فی انه) هذا النحو من التعلیق (امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیرا فی الاوامر) کان یقال اضف زیدا ان احترمک و کقوله سبحانه: «کاتبوهم ان علمتم فیهم خیرا» (و المعاملات من العقود و الایقاعات) کقولک بعتک ان جاء زید، و زوجته طالق ان فعل کذا، فتبین ان قول القائل «لا یعقل التعلیق فی الانشاء» لیس بتام «و یتلو هذا الوجه» ای عدم امکان التعلیق فی الانشاء (فی الضعف ما قیل من ان ظاهر ما دلّ علی سببیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۶

العقد ترتب مسببه علیه حال وقوعه فتعلیق اثره بشرط من المتعاقدین مخالف لذلک و فیه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة و اللزوم فی مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لان دلیل حلیة البیع و تسلط الناس علی اموالهم کاف فی اثبات ذلک ان العقد سبب لوقوع مدلوله فیجب الوفاء به علی طبق مدلوله فلیس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا مفاد اوفوا بالعهد فی ان العقد کالعهد اذا وقع علی وجه التعلیق فترتب تحقق المعلق

العقد) للاثر الخاص کسببیة عقد البیع الانتقال الملک و سببیة النکاح للزوجیة و کذلک فی الایقاعات کسببیة الطلاق للتفرقة بل و فی الاحکام کسببیة الزنا للجلد- مثلا- (ترتب مسببه علیه) فی (حال وقوعه) ای وقوع السبب (فتعلیق اثره) ای اثر العقد (بشرط من المتعاقدین) کتعلیق اثر البیع بشرط طلوع الشمس او قدوم زید (مخالف لذلک) الاقتضاء و التلازم بین السبب و المسبب (و فیه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة) للعقد (و) ادلة (اللزوم فی مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حتی یقال بان ظاهر اوفوا لزوم الوفاء بعد العقد

مباشرة، مما لازمه کون الاثر بعد العقد متصلا بالعقد (لان دلیل حلیة البیع) نحو احل اللّه البیع (و تسلط الناس علی اموالهم) فی الحدیث الوارد بان الناس مسلطون علی اموالهم (کاف فی اثبات ذلک) التعلیق، اذ حلیة البیع ظاهرها الحلیة کیف ما اوقعاه و سلطنة الناس تقتضی صحة ایقاع المعاملة و لو معلقة بالشرط لان الناس مسلطون علی مالهم یبیعونه بلا شرط او بشرط (ان العقد) کما فی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (سبب لوقوع مدلوله فیجب الوفاء به علی طبق مدلوله) ان مطلقا او معلقا فلا دلالة ل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ علی کون العقد سبب لوقوع الاثر بعده مباشرة (فلیس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا) مثل (مفاد اوفوا بالعهد فی ان العقد کالعهد اذا وقع علی وجه التعلیق فترتب تحقق المعلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۷

علیه فی تحقق المعلق لا یوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل انه ان ارید بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البدیهیات التی لا یعقل خلافها و ان ارید به الاثر الشرعی و هو ثبوت الملکیة فیمنع کون اثر مطلق البیع الملکیة المنجزة بل هو مطلق الملک فان کان البیع غیر معلق کان اثره الشرعی الملک غیر المعلق و ان کان معلقا فاثره الملکیة المعلقة مع ان تخلف الملک عن العقد کثیر جدا

علیه) ای الشرط (فی تحقق المعلق) ای العهد (لا یوجب عدم الوفاء بالعهد) فلو قال اعاهدک عدم الحرب من اوّل السنة الآتیة کان مقتضی العهد ذلک لا ان مقتضاه عدم الحرب بعد التلفظ بالعهد مباشرة و کذلک فی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و الحاصل انه) ای المستشکل (ان ارید بالمسبب) للعقد الّذی قال بانه یلزم اتصاله بالعقد الّذی هو سبب (هو مدلول العقد) اللفظی (فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البدیهیات التی لا یعقل خلافها) اذ مدلول کل شیء لا یتخلف عنه، لکن هذا الکلام لا ربط له بما نحن فیه الّذی هو عبارة عن صحة العقد المعلق و عدم صحته (و ان ارید به) ای بالمسبب (الاثر الشرعی و هو ثبوت الملکیة) بان یکون مراده ان الملک یثبت بمجرد التلفظ بلفظ العقد فلا یصح تأخیر الملکیة بسبب الشرط و التعلیق (فیمنع کون اثر مطلق البیع الملکیة المنجزة) الحالیة، حتی یقال بانه کیف تخلف الملک عن العقد؟ (بل هو) ای الاثر (مطلق الملک فإن کان البیع غیر معلق کان اثره الشرعی الملک غیر المعلق) فیکون الاثر بعد اجراء لفظ العقد (و ان کان) البیع (معلقا فاثره الملکیة المعلقة) انما یحصل بعد ذلک الشرط (مع ان تخلف الملک عن العقد کثیر جدا) فالعقد لیس سببا تاما بل السبب العقد و امور اخر، فاذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۸

مع ان ما ذکره لا یجری فی مثل قوله بعتک ان شئت او ان قبلت فقال قبلت فانه لا یلزم هنا تخلف اثر العقد عنه مع ان هذا لا یجری فی الشرط المشکوک المتحقق فی الحال فان العقد حینئذ یکون مراعی لا موقوفا مع ان ما ذکره لا یجری فی غیره من العقود التی قد یتأخر مقتضاها عنه

بعض السبب متأخرا- کالشرط- یکون المسبب الّذی هو الملک متأخرا عنهما و من جملة تخلف الملک عن العقد الفضولی علی القول بالنقل و الوصیة بالنسبة الی ملک الموصی له، و الوقف الخاص بالنسبة الی البطون و غیرها (مع ان ما ذکره) من لزوم التخلف فی ما اذا کان البیع معلقا و التخلف غیر ممکن فالتعلیق غیر صحیح (لا یجری فی مثل قوله) ای قول البائع (بعتک ان شئت) بصیغة الخطاب (او ان قبلت) او ان رضیت او ما اشبه (فقال) المشتری (قبلت فانه لا یلزم هنا تخلف اثر العقد عنه) ای عن العقد، فلا بطلان، مع انه تعلیق فالکلیة التی ادعاها المستدل من ان کل شرط تعلیق و التعلیق مستلزم للتخلف الباطل، غیر تام اذ لیس کل تعلیق مستلزما للتخلف (مع ان هذا) الاستدلال الّذی ذکره لبطلان الشرط من انه مستلزم للتخلف (لا یجزی فی الشرط المشکوک التحقق فی الحال) فیما کان فی الواقع موجودا کما لو قال بعتک ان کان زید فی الدار (فان العقد حینئذ) ای حین شرط الشرط المشکوک (یکون

مراعی) بوجوده فی الخارج و عدمه- مراعی ظاهریا- (لا موقوفا) و متوقفا علی شرط استقبالی (مع ان ما ذکره) من ان التخلف غیر جائز فلا- یصح التعلیق (لا یجری فی غیره) ای غیر البیع (من العقود التی قد یتأخر مقتضاها عنها) فهذا الاستدلال لو تم فانما یتم فی البیع لا فی مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۱۹

کما لا- یخفی و لیس الکلام فی خصوص البیع و لیس هذا الشرط فی کل عقد دلیل علی حدة ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسک فی ذلک بتوقیفیة الاسباب الشرعیة الموجبة لوجوب الاقتصار فیها علی المتیقن و لیس الا العقد العاری عن التعلیق اذ فیه ان اطلاق الادلة مثل «حلیة البیع» و «تسلط الناس علی اموالهم» و «حل التجارة عن تراض»

الوقف و الوصیة و نحوهما (کما لا یخفی) فاذا صح تأخیر المسبب عن السبب فی تلک العقود فی الجملة فلم لم یجز التأخیر فیها بسبب الشرط (و لیس الکلام) فی انه هل یجوز الشرط أم لا (فی خصوص البیع) فمن یرید منع الشرط فی العقد یلزم علیه ان یأتی بدلیل جار فی البیع و غیر البیع لا بدلیل جار فی البیع دون ما سواه (و) الحال انه (لیس علی هذا الشرط) ای شرط التنجیز فی العقود، و بطلان التعلیق (فی کل عقد دلیل علی حده) حتی یقال بانه نشترط فی البیع التنجیز بهذا الدلیل- ای عدم امکان تخلف المسبب عن السبب و نشترط فی سائر العقود التنجیز بدلیل آخر.

ثم لا یخفی ان قوله «و لیس الکلام» و «لیس علی هذا الشرط» من تتمة قوله «مع ان ما ذکره لا یجری» (ثم الاضعف) فی کونه دلیلا علی اشتراط التنجیز فی البیع (من الوجه المتقدم) الّذی بینه بقوله «و یتلو هذا الوجه فی الضعف ما قیل» (التمسک فی ذلک) ای فی اشتراط التنجیز فی العقود (بتوقیفیة الاسباب الشرعیة الموجبة) تلک التوقیفیة (لوجوب الاقتصار فیها) ای فی الاسباب الشرعیة (علی المتیقن) کونه سببا (و لیس) ذلک المتیقن (الا العقد العاری عن التعلیق) فاللازم الاقتصار علیه (اذ فیه ان اطلاق الادلة مثل «حلیة البیع» و «تسلط الناس علی اموالهم» و «حل التجارة عن تراض»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۲۰

و «وجوب الوفاء بالعقود» و ادلة سائر العقود کاف فی التوقیف و بالجملة فاثبات هذا الشرط فی العقود مع عموم ادلتها و وقوع کثیر منها فی العرف علی وجه التعلیق بغیر الاجماع محققا او منقولا مشکل.

ثم ان القادح هو تعلیق الانشاء و اما اذا إنشاء من غیر تعلیق صح العقد و إن کان المنشئ مترددا فی ترتب الاثر

و «وجوب الوفاء بالعقود» و ادلة سائر العقود) کالدلیل الدال علی صحة الرهن و المزارعة و المساقاة و المضاربة و ما اشبه (کاف فی التوقیف) ای فی ان الشارع اجاز ما یسمی بهذه العقود سواء کان المسمی بدون التعلیق او مع التعلیق.

و الحاصل انا نسلم توقیفیة العقود لکن نقول ان الاطلاقات شاملة للعقد المعلق أیضا فلا وجه لقولکم بان القدر المتیقن العقد بدون التعلیق اذ القدر المتیقن انما یلزم فی صورة الاجمال فی الدلیل لا فی صورة الاطلاق (و بالجملة فاثبات هذا الشرط) ای شرط التنجیز (فی العقود مع عموم ادلتها) ای ادلة العقود، العموم الشامل للمعلق أیضا کشموله للمنجّز (و وقوع کثیر منها) ای من العقود (فی العرف علی وجه التعلیق) مما یسبب کون الاطلاقات الشرعیة- المنزلة علی الامور العرفیة، لانهم المخاطبون بتلک الاطلاقات- شاملة للعقود ذوات التعلیق (بغیر الاجماع محققا او منقولا مشکل) فالمستند منحصر فی الاجماع، و الاجماع مناقش فیه کبری و صغری لکونه- بعد وجوده- محتمل الاستناد کما فی قرر الاصول من عدم حجیة الاجماع المحتمل الاستناد.

(ثم ان القادح) بالعقد- علی القول بقدح التعلیق- (هو تعلیق الانشاء) کان یقول «بعتک ان جاء زید» (و اما اذا إنشاء من غیر تعلیق صح العقد و إن کان المنشئ) بصیغة اسم الفاعل (مترددا فی ترتب الاثر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۲۱

عليه شرعا او عرفا كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم ان المال له او ان المبيع مما يتمول او ان المشترى راض حين الايجاب أم لا؟ او غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا او شرعا بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه اذا تحقق القصد الى التمليك العرفى.

و قد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد.

نعم ربما يشكل الامر فى فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية

عليه شرعا او عرفا) بان لم يعلم هل ان الشارع يصحح هذا البيع أم لا؟ او لم يعلم هل ان العرف يرون نفوذ هذا البيع أم لا؟ (كمن ينشئ البيع) على مال خاص (و هو لا يعلم ان المال له او ان المبيع ما يتمول) او ليس مما يتمول عرفا كبيع الهرة مثلا (او ان المشترى راض حين الايجاب أم لا-) ليس براض بناء على اشتراط رضايتهما من اوّل الايجاب الى اخر القبول (او غير ذلك) من الشرط (مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا او شرعا) اذ الشروط العرفية أيضا مما امضاها الشارع غالبا (بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه) اى على العقد (اذا تحقق القصد الى التمليك العرفى) اذ مقومات البيع حينئذ موجودة و الاعتقاد لا يضر فان المعاملات ليست من الامور الاعتقادية.

(و قد صرح بما ذكرنا) من عدم قدح الاعتقاد بعدم ترتب الاثر (بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن) الزعم المذكور (سببا لارتفاع القصد) فالضار حينئذ عدم القصد لا زعم الفساد.

(نعم ربما يشكل الامر فى فقد الشروط المقومة ك) اعتقاد (عدم الزوجية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۲۲

او الشك فيها فى إنشاء الطلاق فانه لا يتحقق القصد إليه منجّزا من دون العلم بالزوجية.

و كذا الرقية فى العتق و حينئذ فاذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز و ان كان فى الواقع معلقا او يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه

او الشك فيها) هل انها زوجة أم لا؟ (فى إنشاء الطلاق) و انما نقول بفقد الشرط المقدم (فانه لا يتحقق القصد إليه منجّزا من دون العلم بالزوجية) فمع الشك يفقد القصد المقدم فكيف بما اذا قطع بانها ليست زوجة.

(و كذا الرقية فى العتق) فانه اذا لم يعلم انه عبده سواء شك فى ذلك او قطع بانه ليس عبده لا يتمكن من القصد الى إنشاء الحرية (و حينئذ) اى حين اذ لا يمكن الانشاء فى الطلاق و العتق مع الشك (فاذا مست الحاجة الى شىء من ذلك) الطلاق او العتق او نحوهما (للاحتياط) كما لو تزوج امرأة ثم شك فى انها رضيعة معه أم لا فأراد طلاقها حتى يتخلص من الشبهة و تتمكن المرأة من الزواج بلا شبهة و كذلك لو نذر عتق عبد ثم شك فى انه عبده أم لا و اراد الاحتياط بالعتق (و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء) تعليقا (على ما هو شرط فيه) اى على الزوجية العبدية- فى المثالين- فانهما شرطان فى العتق و الطلاق (فلا بد من ابرازه) اى الطلاق و العتق (بصورة التنجيز) بان يقول فلان طالق و فلان حرّ (و ان كان فى الواقع معلقا) فان الطلاق و العتق معلقان فى الواقع على الزوجية و العبدية له (او يوكل غيره الجاهل بالحال) اى الجاهل بكون الطلاق و العتق للاحتياط، و انما يشرط الجهل حتى يتمكن من قصد الانشاء (بايقاعه) اى لايقاع الطلاق و العتق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۵، ص: ۳۲۳

و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لان فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الا ان ظاهر الشهيد

فی القواعـد الجزم بالبطلاـن فیما لو زوج امرأة یشک فی انها محرمـة علیه فظهر حلها و علل ذلک بعـدم الجزم حال العقـد قال و کـذا الایقاعـات کمـا لو خالع امرأة او طلقها و هو شاک فی زوجتیها او ولی نائب الامام قاضـیا لا یعلم اهلیته و ان ظهر اهلا ثم قال و یخرج من هذا بیع مال مورثه لظنه حیاته فبان

(و لاـ یقـدح فیه تعلیق الوکالـة واقعـا علی کون الموکـل مالکـا للفعـل) ای لفعـل الطلاـق و العتق، اذ لو لم یکن الموکل یملک مورد الوکالـة کانت الوکالة باطلة کما لو وکله زید لبیع دار لیست له، و انما قلنا لا یقدح (لان فساد الوکالة بالتعلیق) الواقعی- و ان لم یأت بالشـرط فی اللفـظ- (لاـ یوجب ارتفاع الاذن) و من المعلوم ان الاذن کاف فی صـحة الطلاق و العتق اذا کانت زوجـة الموکل و کان عبـدا له (الاـ ان ظاهر الشـهید فی القواعـد الجزم بالبطلان) فی صورة التعلیق (فیما لو زوج امرأة یشک فی انها محرمـة علیه) لرضاع او نسب او مصـاهرة، أم لاـ؟ (فظهرت)، تلـک المرأة بعـد الزواج (حلها و علل ذلک) البطلان للزواج (بعـدم الجزم حال العقـد) ثم (قال) الشـهید (و کذا الایقاعات) باطلة اذا لم یکن هناک جزم- و هذا الکلام من الشهید مناف لما ذکرناه من صحة الطلاق و العتق و ان لم یکن جازمـا- قال (کما لو خالع امرأة او طلقها و هو شاک فی زوجیتها) له (او ولی نائب الامام قاضـیا لا یعلم اهلیته) اذ تولیـة القاضـی من الایقاعـات فمع الشـک فی اهلیته لاـ یصـح تولیته (و ان ظهر) بعـد ذلک کونه (اهلا) للقضاء (ثم قال) الشـهید (و یخرج من هـذا) الّذی ذکرناه من عدم صحة العقد و الایقاع مع الشک (بیع مال مورثه لظنه حیاته) و ان البیع فضولی بالنسبة الی البائع (فبان) انه حین

میتا لان الجزم هنا حاصل لکن خصوصـیة البائع غیر معلومـة و ان قیل بالبطلان امکن لعدم القصد الی نقل ملکه و کذا لو زوج امة ابیه فظهر میتا انتهی.

و الظاهر الفرق بین مثال الطلاق و طرفیه بامکان الجزم فیهما دون مثال الطلاق فافهم و قال فی موضع اخر و لو طلق بحضور خنثیین

البیع کان (میتا) و انما نقول بصحة البیع مع ان البائع لا یجزم بکون المال لنفسه (لان الجزم) بالبیع (هنا حاصل لکن خصوصیة البائع) و انه المورث او الوارث (غیر معلومـة و ان قیل) هنا (بالبطلان) للبیع (امکن) اذ له وجه (لعـدم القصد) من الوارث (الی نقل ملکه) و انما قصـد نقل ملک مورثه (و کـذا لو زوج امـة ابیه فظهر) الأب (میتا) و ان الامـة کانت لنفسه فان له وجهین الصـحة و البطلان لما عرفت (انتهی) کلام الشهید «ره».

(و الظـاهر الفرق بین مثـال الطلاـق و طرفیه) المراد بالطلاـق الاـعم من الخلع- لاـنه أیضا طلاق- و الطرفان هما مسألـة الزواج و مسألة تولیـة القاضـی (بامکـان الجزم فیهما دون مثال الطلاق) اذ الطلاق اخـذ فی مفهومه ازاله علقـة الزوجیـة- فاللازم الجزم بالزوجیـة حتی یتحقق مفهوم الطلاق- بخلاف الزواج فانه لم یؤخذ فی مفهوم «عدم المحرمیة» و کذلک لم یؤخذ فی مفهوم التولیة للقاضی «العدالة» فمن الممکن جزم الشاک فی المحرمیـة و العدالـة عند اجراء الزواج و التولیة، و لکن الطلاق لا یمکن الجزم به فی حال شـکه فی انها زوجة أم لا (فافهم) اذ لا فرق فی عدم امکان الجزم مع الشک، فی کون شیء داخلا فی المفهوم او شرطا، فان الشاک فی المحرمیة لا یتمکن من ان یجزم بالزواج کما ان الشاک فی الزوجیـة لا یتمکن من ان یجزم بالطلاق فحشـر الشـهید الامثلة الثلاثة فی باب واحد لا بأس به (و قال فی موضع اخر و لو طلق بحضور خنثیین) فانه یشک فی صحة الطلاق

فظهرا رجلین امکن الصـحة و کـذا بحضور من یظنه فاسـقا فظهر عدلا و یشـکلان فی العالم بالحکم لعدم قصدهما الی طلاق صـحیح انتهی

و من جملة شروط العقد التطابق بین الایجاب و القبول

اشارة

فلو اختلفا فی المضمون بان اوجب البائع البیع علی وجه خاص من حیث خصوص المشتری او المثمن او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشتری علی وجه اخر لم ینعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالایجاب

حینئذ اذ شرط الطلاق حضور رجلین عدلین و الخنثی لا یعرف انه رجل او انثی (فظهرا) بعد الطلاق کونها (رجلین امکن الصحة) لانه جازم بالطلاق و انما الشک فی الشرط، و قد کان الشرط موجودا واقعا (و کذا) اذا طلق (بحضور من یظنه فاسقا فظهر عدلا) ثم قال (و یشکلان) ای صحة الطلاق فی موردی الشک فی الذکورة و فی العدالة (فی العالم بالحکم) بان علم بانه لا یصح الطلاق بحضور غیر الرجل و غیر العادل (لعدم قصدهما الی طلاق صحیح) فلا یتمش منهما الانشاء (انتهی) کلام الشهید «و من جملة شروط العقد» المعتبرة فیه (التطابق بین الایجاب و القبول فلو اختلفا فی المضمون بان اوجب البائع البیع علی وجه خاص من حیث خصوص المشتری) کما لو باع مقیدا بکون المشتری زیدا فبان عمروا (او الثمن) کان باع الفرس، لا الحمار (او الثمن) کان باع بالف دینار، لا عشرة آلاف درهم (او توابع العقد من الشروط) کان باع بشرط سکنی زید فیها- مثلا- لا سکنی عمرو (فقبل المشتری علی وجه اخر) کما لو اشتراه بقید عمرو او الحمار او الدرهم او سکنی عمرو (لم ینعقد) البیع (و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالایجاب) و هنا لا رضی للمشتری بالایجاب الصادر من البائع، و انما رضی بشیء اخر، و ان شئت قلت: لم ینصب

و حینئذ لو قال بعته من موکلک بکذا فقال اشتریته لنفسی لم ینعقد و لو قال بعت هذا من موکلک فقال الموکل غیر المخاطب: قبلت، صح.

و کذا لو قال بعتک فامر المخاطب وکیله بالقبول فقبل و لو قال بعتک العبد بکذا فقال اشتریت نصفه بتمام الثمن او نصفه لم ینعقد.

و کذا لو قال بعتک العبد بمائة درهم فقال اشتریته بعشرة دنانیر و لو قال للاثنین بعتکما العبد بالف فقال احدهما اشتریت نصفه بنصف الثمن لم

البیع و الشراء علی شیء واحد فلا معاملة و لا عقد (و حینئذ) ای حین اشتراط هذا الشرط (لو قال) البائع للمشتری (بعته من موکلک بکذا فقال) المشتری (اشتریته لنفسی لم ینعقد) البیع (و لو قال) البائع (بعت هذا) الشیء کالفرس (من موکلک فقال الموکل) الّذی هو (غیر المخاطب: قبلت، صح) لان ارکان المعاملة تامة فان البیع کان من زید الموکل فعدم جواب الوکیل لا یضرّ.

(و کذا لو قال بعتک) خطابا لزید (فامر المخاطب وکیله بالقبول فقبل) صح أیضا اذ الاعتبار بوحدة البائع و المشتری و قد حصلت اما کون الجواب صادرا من الموکل او الوکیل فلیس من مقومات المعاملة (و لو قال بعتک العبد بکذا) دینارا (فقال اشتریت نصفه بتمام الثمن او) اشتریت نصفه ب (نصفه) ای نصف الثمن (لم ینعقد) اذ البیع کان للکل و الاشتراء للنصف فلم یصب الایجاب و القبول علی شیء واحد و لکن یحتمل الصحة هنا اذ هو من قبیل ظهور بعض السلعة للغیر و انما یتدارک بالخیار.

(و کذا لو قال بعتک العبد بمائة درهم فقال اشتریته بعشرة دنانیر) لم یصح لان الثمن فی القبول غیر الثمن فی الایجاب (و لو قال للاثنین) ای لنفرین (بعتکما العبد بالف فقال احدهما اشتریت نصفه بنصف الثمن لم

یقع و لو قال کل منهما ذلک لا یبعد الجواز و نحوه لو قال البائع بعتک العبد بمائة فقال المشتری اشتریت کل نصف منه بخمسین و فیه اشکال

و من جملة الشروط فی العقد ان یقع کل من ایجابه و قبوله فی حال

یجوز لکل واحد منهما الانشاء فلو کان المشتری فی حال ایجاب البائع غیر قابل للقبول او خرج البائع حال القبول عن قابلیة الایجاب لم ینعقد ثم ان عدم قابلیتهما ان کان لعدم کونهما قابلین للتخاطب کالموت و الجنون و الاغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنی المعاقدة

یقع) لان البائع انما اوقع البیع علی المجموع و لم یکن الاشتراء کذلک و انما کان علی نصفه و تحتمل هنا الصحة لما تقدم (و لو قال کل منهما) ای من الاثنین (ذلک) اللفظ، بان قالا اشترینا نصفه بنصف الثمن (لا یبعد الجواز) ای الصحة لان الایجاب و القبول انصبا علی شیء واحد (و نحوه لو قال البائع بعتک العبد بمائة فقال المشتری اشتریت کل نصف منه بخمسین) فانه لا یبعد الجواز (و فیه اشکال) اذ الایجاب کان منصبا علی المجموع بما هو مجموع و القبول انصب علی کل نصف نصف فلم یتواردا علی شیء واحد (و من جملة الشروط فی العقد) و هذا الشرط لیس فی الحقیقة راجعا الی العقد کما لا یخفی (ان یقع کل من ایجابه و قبوله فی حال یجوز لکل واحد منهما الانشاء فلو کان المشتری فی حال ایجاب البائع غیر قابل للقبول) کأن کان مجنونا ثم افق فی حال القبول (او خرج البائع حال القبول عن قابلیة الایجاب) بان اوجب فاغمی علیه و فی حال اغمائه قال المشتری: قبلت- مثلا- (لم ینعقد) العقد (ثم ان عدم قابلیتهما) فی وقت الایجاب او القبول (إن کان لعدم کونهما قابلین للتخاطب کالموت و الجنون و الاغماء بل النوم) لان النائم أیضا غیر قابل (فوجه الاعتبار) لهذا الشرط (عدم تحقق معنی المعاقدة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۲۸

و المعاهدة حینئذ.

و اما صحة القبول من الموصی له بعد موت الموصی فهو شرط حقیقة لا رکن فان حقیقة الوصیة الایصاء و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلک و ان کان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه أیضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لان المعتبر فیه

و المعاهدة حینئذ) فانه لا یسمی عقدا ما لو کان احد الطرفین حین العقد مجنونا، اذ العقد انما یتحقق من اوّل الایجاب الی تمام القبول و من المعلوم ان المجنون- مثلا- فی نصف العقد موجب لعدم صدق معاقدة العاقل فلا یشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و اما) الاشکال فی ذلک بانه لو اشترط کون الایجاب و القبول فی حال توفر الشروط فیها فکیف تقولون ب (صحة القبول من الموصی له بعد موت الموصی) مع انه حال القبول میت (ف) الجواب عنه انه (هو) ای القبول (شرط حقیقة لا رکن) بخلاف ما نحن فیه ای الایجاب و القبول، اذ هما رکنان (فان حقیقة الوصیة الایصاء) و الایصاء یتحقق بالایجاب فقط (و لذا) الّذی ذکرنا من انه ایصاء لا معاقدة (لو مات) الموصی له (قبل القبول قام وارثه مقامه و) کذلک (لو رد) الموصی له الوصیة (جاز له القبول بعد ذلک) و لو کان القبول رکنا لم یکن لقیام الوارث وجه و کذلک لم یکن وجه لصحة القبول بعد الرد فتبین انه فرق بین العقد و بین الوصیة (و إن کان) عدم قابلیتهما و هذا عطف علی قوله «ثم ان عدم»- (لعدم الاعتبار برضاهما) کما لو کان الموجب حال الایجاب محجورا، او صار حال القبول محجورا (ف) لا یصح البیع أیضا (لخروجه أیضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لان المعتبر فیه) ای

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌5، ص: 329

-عرفا- رضی كل منهما لما ینشئه الآخر حین انشائه كمن یعرض له الحجر بفلس او سفه او رق- لو فرض- او مرض موت و الاصل فی جمیع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغی الایجاب السابق.

و كذا لو كان المشتری فی زمان الایجاب غیر راض او كان ممن لا یعتبر رضاه كالصغیر

فی التعاهد (-عرفا- رضی كل منهما لما ینشئه الآخر حین انشائه) و الرضا لا بدّ ان یكون موجبا للاثر و من المعلوم ان رضی المحجور- سواء فی حال إنشاء نفسه او فی حال إنشاء طرفه- لا قیمة له عرفا (كمن یعرض له الحجر بفلس او سفه او رق- لو فرض-) كما لو كان كافرا حربیا فاجری الایجاب و قبل قبول الطرف استرق او ذمیّا خرج بین الایجاب و القبول عن شرائط الذمة مثلا- (او مرض موت) بناء علی عدم صحة منجزات المریض، فانه فی كل ذلك لا تصح المعاملة (و الاصل) ای الوجه (فی جمیع ذلك) الّذی ذكرنا من انه لا یصح البیع حال كون ایجاب او القبول فی حال كون احد الطرفین خارجا عن القابلیة (ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغی الایجاب السابق) بخلاف ما لو قلنا بان الالغاء لا یوجب اللغویة- لانه فعل ما من طرفه، فلم یبق الا ان یأتی قابل بما من طرفه- فانه علی هذا اذا اوجب و هو حی أو حر مثلا- ثم مات قبل القبول او استرق، كان اللازم القول بالصحة، لانه- علی هذا- الایجاب اذا ثبت دام، لا یرفعه لا الالغاء و لا خروج الموجب عن اهلیة الایجاب.

(و كذا) لا یصح البیع (لو كان المشتری فی زمان الایجاب غیر راض) ثم رضی حال القبول فانه لا یصح اذ المعاقدة المتوقفة علی الطرفین لا تصدق مع عدم رضائهما من اوّل العقد الی آخره (او كان ممن لا یعتبر رضاه كالصغیر)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌5، ص: 330

فصحة كل من الایجاب و القبول بكون معناه قائما فی نفس المتكلم من اوّل العقد الی ان یتحقق تمام السبب و به یتم معنی المعاقدة فاذا لم یكن هذا المعنی قائما فی نفس احدهما او قام و لم یكن قیامه معتبرا لم یتحقق معنی المعاقدة ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبیع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حین العقد بل یكفی حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الایجاب اللهم الا ان یلتزم بكون الحكم فی المكره علی خلاف القاعدة لاجل الاجماع.

و علی هذا (فصحة كل من الایجاب و القبول) انما هی (بكون معناه قائما فی نفس المتكلم) الّذی یصح منه الایجاب و القبول (من اوّل العقد الی ان یتحقق تمام السبب و به) ای بهذا القیام من البدو الی الختم (یتم معنی المعاقدة) المصححة للمعاملة (فاذا لم یكن هذا المعنی قائما فی نفس احدهما او قام و لم یكن قیامه معتبرا لم یتحقق معنی المعاقدة) المصححة للمعاملة (ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبیع المكره و مقتضاه عدم اعتباره) ای الرضا (من احدهما حین العقد بل یكفی حصوله) ای الرضا (بعده) ای بعد العقد (فضلا عن حصوله بعد الایجاب) حال القبول، و هذا ینافی ما ذكرناه من الاشتراط (اللهم الا ان یلتزم بكون الحكم فی المكره علی خلاف القاعدة لاجل الاجماع) و لا یخفی ان فی بعض الاستدلالات السابقة نظر فلا تبعد الصحة فی بعض الامور الصور السابقة و اللّه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌5، ص: 331

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقلیدا فی شروط الصیغة

فهل یجوز ان یكتفی كل منهما بما یقتضیه مذهبه أم لا؟ وجوه. ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا

فی النقل کما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقدیم القبول علی الایجاب و جواز العقد بالفارسی. اردئها: اخیرها. و الاولان مبنیان علی ان الاحکام الظاهریة المجتهد

(فرع) مبنی علی شروط الصیغة (لو اختلف المتعاقد ان اجتهادا او تقلیدا) او اجتهادا و تقلیدا (فی شروط الصیغة) کالعربیة مثلا بان قال احدهما بالاشتراط و قال الاخر بعدم الاشتراط (فهل یجوز ان یکتفی کل منهما بما یقتضیه مذهبه) فیأتی المشترط للعربیة بالعربی و غیر المشترط بالفارسی و یصح العقد حتی للمشترط (أم لا وجوه) الاکتفاء مطلقا و عدم الاکتفاء مطلقا (ثالثها اشتراط عدم کون العقد المرکب منهما مما لا قائل بکونه سببا فی النقل) مثلا (کما لو فرضنا) هناک قائل بجواز الفارسیة لا یقول بجواز تقدیم القبول و قائل بجواز تقدیم القبول لا یقول بالفارسیة ف (انه لا قائل بجواز تقدیم القبول علی الایجاب و جواز العقد بالفارسی) فان اجریا عقدا منهما کان باطلا بنظر الکل فمثل هذا العقد باطل بنظر المفصل بخلاف ما اذا کان المحذور تقدیم القبول فقط، او کونه فارسیا فقط (اردئها) ای الوجوه (اخیرها) فان هذا التفصیل مما لا وجه له اذ بعد کون العقد مرکبا من الصحیح بنظر هذا فی جزء و بنظر الاخر فی جزئه الاخر لم یکن وجه للقول ببطلانه لانه لا یطابق بمجموعه نظر احد (و) القولان (الاو لان مبنیان علی ان الاحکام الظاهریة المجتهد

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳۲

فیها بمنزلة الواقعیة الاضطراریة فالایجاب بالفارسیة من المجتهد القائل بصحته عند من یراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس و ایجاب العاجز عن العربیة و کصلاة المتیمم بالنسبة الی واجد الماء أم هی احکام عذریة لا یعذر فیها الا من اجتهد او قلد فیها. و المسألة محررة فی الاصول. هذا کله اذا کان بطلان العقد عند کل من المتخالفین مستندا الی فعل الاخر کالصراحة و العربیة و الماضویة و الترتیب. و اما الموالاة و التنجیز و بقاء المتعاقدین علی صفات صحة الانشاء الی آخر العقد فالظاهر ان اختلافهما یوجب فساد المجموع

فیها) و المراد بالحکم الظاهری ما وصل إلیه نظر المجتهد، اذ قد تحقق فی الاصول انه لیس هنا حکم ظاهری و حکم واقعی، و انما الحکم واقعی فقط منتهی الامر هناک التنجیز و الاعذار (بمنزلة الواقعیة الاضطراریة) مما هو صحیح فی هذا الحال (فالایجاب بالفارسیة من المجتهد القائل بصحته عند من یراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس و) بمنزلة (ایجاب العاجز عن العربیة و کصلاة المتیمم بالنسبة الی واجد الماء) حیث ان اعمال هؤلاء صحیحة و ان لم تکن واقعیة اولیة فکذلک الامور الاجتهادیة المخالفة للواقع هی صحیحة و ان لم تکن صحیحة بالواقعیة الاولیة (أم هی احکام عذریة لا یعذر فیها الا من اجتهدا و قلد فیها) فالطرف الاخر الّذی لیس اجتهاده او تقلیده ذلک لا یصح العمل بالنسبة إلیه (و المسألة محررة فی الاصول) و لذا نترکها لمحلّها (هذا کله اذا کان بطلان العقد عند کل من المتخالفین مستندا الی فعل الاخر کالصراحة و العربیة و الماضویة و الترتیب) بان اجری احدهما بالکنایة او الفارسیة او بصیغة المستقبل او مقدما القبول، و کان رأی الاخر بطلان ذلک (و اما الموالاة و التنجیز و بقاء المتعاقدین علی صفات صحة الانشاء الی آخر العقد فالظاهر ان اختلافهما یوجب فساد المجموع) فاذا کان رأی احدهما عدم اشتراط الموالاة

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳۳

لان الاخلال بالموالاة او التنجیز او البقاء علی صفات صحة الانشاء یفسد عبارة من یراها شروطا. فان الموجب اذا علق مثلا او لم یبق علی صفة صحة الانشاء الی زمان القبول باعتقاد مشروعیة ذلک لم یجز من القائل ببطلان هذا تعقیب هذا الایجاب بالقبول. و کذا القابل اذا لم یقبل الا بعد فوات الموالاة- بزعم صحة ذلک- فانه یجب علی الموجب اعادة ایجابه اذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل.

مثلاـ و رأی الاـخر اشتراطهـا فاجریـا عقلاـ بلا موالاة کانت باطلـة و ان قلنا بالصـحة فی صورة الاختلاف فی الشـرائط المتقدمـة (لان الاخلال بالموالاة او التنجیز او البقاء علی صـفات صـحة الانشاء) کالبلوغ و العقل و ما اشبه (یفسد عبارة من یراها شروطا) فالعقد باطل مطلقا (فان الموجب اذا علق مثلا) کما لو قال بعتک ان جاء زید (او لم یبق علی صـفة صـحة الانشاء الی زمان القبول) کما لو نام مثلا قبل ان یقبل المشتری (باعتقاد مشـروعیة ذلک لم یجز من القائل ببطلان هـذا) القسم من العقـد (تعقیب هذا الایجاب بالقبول) و معنی لم یجز: عـدم الصـحة، لا عـدم جوازه شـرعا (و کـذا القابل اذا لم یقبل الا بعـد فوات الموالاة- بزعم صـحة ذلک-) و ان العقد بدون الموالاة صـحیح (فانه یجب علی الموجب اعادة ایجابه اذا اعتقـد اعتبار الموالاة) و الا کان العقـد بنظره فاسدا (فتأمل) فانه أیّ فرق بین فوات هذه الشرائط و بین شرط تقدیم الایجاب مثلا، اذ یمکن ان یقال: ان الموجب اذا اعتقد عدم تأثیر الایجاب المتأخر لم یجز له ان یـأتی بالایجاب المتأخر، و الحاصل ان الشـرائط کلها من مساق واحـد فاذا قلنا بالصـحة مع الاختلاف لزم ان نقول بها فی الجمیع و الا فالبطلان فی الجمیع.

الی هنا ینتهی الجزء الاول من اجزاء کتاب البیع حسب تجزئتنا. و یبدأ الجزء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳۴

التالی بمسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

و للّه الحمد أولا و اخیرا و صلی الله علی خیر رسله و اشرف بریته محمد و علی آله الطیبین الطاهرین.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳۵

تفصیل محتوی الکتاب

الموضوع رقم الصفحة

کتاب البیع ۳

البیع لغة ۳

فی بیان حقیقة البیع ۴

فی وقوع الحقوق مورد البیع ۷

البیع حقیقة عرفیة ۱۰

فی تعریفات البیع ۱۱

فی التعریف المختار للبیع ۱۳

فی عکس التعریف و طرده ۱۴

ملخص تعریف البیع ۱۹

القرض لیس بیعا ۲۱

فی معانی اخر للبیع ۲۲

فی نقض هذه المعانی ۲۴

هل البیع اسم للصحیح او للاعم؟ ۲۹

عدم جواز التمسک بالإطلاق علی الصحیحی ۳۱

فی توجیه کلام الشهیدین فی المقام ۳۳

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۳۳۶

الموضوع رقم الصفحة

(الكلام في المعاطاة)

في تعريف المعاطاة ۳۴

في الوجوه المحتملة في المعاطاة ۳۵

في تحقيق مفاد المعاطاة ۳۷

في نقل كلمات العلماء في المقام ۴۱

في ان المشهور قائلون بالإباحة دون الملك ۵۴

في ان القائل بالإباحة ينفي كون المعاطاة بيعا ۵۹

في عدم امكان توجيه كلماتهم في المقام ۶۱

في ان الاقوال في المعاطاة ستة ۶۲

في ان المشهور عدم ثبوت الملك ۶۴

في تأييد افادة المعاطاة للملك ۶۷

في ان منع صدق اسم البيع على المعاطاة مكابرة ۶۸

في الاستدلال على افادة المعاطاة الملك ۷۰

في كلام بعض الاساطين: من استلزام تأسيس قواعد جديدة ۷۹

في نقض هذا الكلام و الرد عليه ۸۸

في ان الايرادات المذكورة استبعادات محضة ۹۷

في التمسك باصالة اللزوم في المقام ۹۹

في الاستدلال على افادة المعاطاة اللزوم ۱۰۲

في كفاية مطلق اللفظ الدال على الرضا ۱۱۵

في تفسير «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» ۱۱۷

في استظهار اعتبار اللفظ في الايجاب ۱۲۵

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۵، ص: ۳۳۷

الموضوع رقم الصفحة

يشترط في المعاطاة جميع شروط البيع ما عدا الصيغة ۱۳۱

جريان احكام البيع جميعا في المعاطاة ۱۴۱

فيما تتحقق به المعاطاة خارجا ۱۴۳

المعيار في المعاطاة هو وصول العوضين إليهما ۱۴۶

في تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة ۱۴۷

في الوجوه المتصورة في المعاطاة ۱۵۱

في توجيه التصرفات المتوقفة على الملك ۱۵۷

في احتمال ان تكون المعاطاة معاملة مستقلة ۱۷۳

هل تجری المعاطاة فی غیر البیع؟ ۱۷۵

فی ملزمات المعاطاة ۱۸۴

فیما اذا وقعت المعاطاة بعقد فاسد ۲۱۳

فی عدم کفایة الرضا الشأنی فی المعاملة ۲۲۱

(مقدمة)

فی خصوص الفاظ البیع ۲۲۵

فی اعتبار اللفظ فی البیع ۲۲۵

فی کفایة الکتابة عن اللفظ ۲۲۷

فی الخصوصیات المعتبرة فی اللفظ ۲۲۸

فی عدم وقوع الکنایة و اعتبار الصراحة ۲۲۹

فی الاشکال فی استعمال الالفاظ المشترکة ۲۴۰

فی الاختلاف فی تعیین الموجب عن القابل ۲۵۶

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۵، ص: ۳۳۸

الموضوع رقم الصفحة

فی اعتبار العربیة فی الصیغة ۲۵۷

فی اعتبار العلم بتفاصیل اللفظ ۲۶۱

فی اعتبار کون اللفظ ماضیا ۲۶۲

فی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول ۲۶۴

فی عدم صحة الاستیجاب و الایجاب ۲۷۳

فی عدم صحة القبول بلفظ الامر ۲۷۵

فی اعتبار الموالاة فی العقد ۲۹۳

فی اعتبار التنجیز فی العقد ۳۰۰

فی عدم صحة التعلیق ۳۰۳

فی اعتبار الجزم فی العقد ۳۲۳

فی اعتبار التطابق بین الایجاب و القبول ۳۲۵

فی اعتبار بقاء المتعاقدین علی الشرائط ۳۲۷

فیما اذا اختلف المتعاقدان نظرا او تقلیدا ۳۳۱

الفهرست ۳۳۵

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء السادس

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمین، و الصلاهٔ و السلام علی محمد و آله الطیبین الطاهرین، و لعنهٔ الله علی اعدائهم اجمعین. الی یوم الدین

و بعد: هذا هو القسم الثانی من البیع، من کتابنا: (ایصال الطالب) فی شرح کتاب (المکاسب) للعالم العامل التقی الزاهد آیهٔ الله الحاج الشیخ المرتضی الانصاری قدس الله سره، و اجزل اجره.

کتبته تبصرهٔ للمبتدئین، و اللّه المسئول ان یوفقنی للاتمام، و یجعله مبینا لمنهج الاسلام، و خالصا لوجهه الکریم، و هو المستعان.

کربلاء المقدسهٔ محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳

[تتمهٔ کتاب البیع]

[تتمهٔ مقدمهٔ فی خصوص ألفاظ البیع]

[مسألهٔ أحکام المقبوض بالعقد الفاسد]

[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

اشارهٔ

مسئلهٔ

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملکه و کان مضمونا علیه.

اما عدم الملک فلانه مقتضی فرص الفساد و اما الضمان بمعنی کون تلفه علیه و هو احد الامور المتفرعهٔ علی القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف.

و ادعی الشیخ فی باب الرهن و فی موضع من البیع الاجماع علیه صریحا و تبعه فی ذلک فقیه عصره فی شرح القواعد و فی السرائر أن البیع الفاسد یجری عند المحصلین مجری الغصب فی الضمان.

(مسئلهٔ: لو قبض ما ابتاعه) بیعا او شراء (بالعقد الفاسد) کما لو کان طرفه حال العقد محجورا علیه- مثلا- (لم یملکه و کان مضمونا علیه) بان وجب رده.

(اما عدم الملک) للأخذ (فلأنه مقتضی فرض الفساد) اذ: معنی الفساد هنا بقاء کل ملک علی ملک مالکه الاول (و اما الضمان بمعنی کون تلفه علیه، و هو احد الامور المتفرعهٔ علی القبض بالعقد الفاسد) فان القبض بالعقد الفاسد یوجب الرد و الضمان، و حرمهٔ التصرف، و غیرها (فهو المعروف) بین العلماء.

(و ادعی الشیخ فی باب الرهن، و فی موضع من البیع الاجماع علیه صریحا و تبعه فی ذلک) الدعوی للاجماع (فقیه عصره) کاشف الغطاء (فی شرح القواعد و) قال ابن ادریس (فی السرائر: أن البیع الفاسد یجری- عند المحصلین- مجری الغصب فی الضمان) فکما ان الغصب موجب للضمان، و ان لم یعلم الغاصب بأنه غصب- کذلک البیع الفاسد، و ان لم یعلما بالفساد، و قوله: عند المحصلین، ظاهر فی الاجماع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴

و فی موضع آخر نسبه الی اصحابنا،

[الاستدلال علی الضمان]

و یدل علیه النبوی المشهور:

علی الید ما اخذت حتی تؤدّی.

و الخدشة فی دلالته بأن کلمة- علی- ظاهرة فی الحکم التکلیفی، فلا یدل علی الضمان، ضعیفة جدا، فان هذا الظهور انما هو اذا اسند الظرف الی فعل من افعال المکلفین، لا الی مال من الاموال، کما یقال: علیه دین فان لفظة- علی- حینئذ لمجرد الاستقرار فی العهدة عینا

(و فی موضع آخر) من السرائر (نسبه الی اصحابنا و یدل علیه النبوی المشهور) و ان لم یرد فی کتب الخاصة او لا، و روایة سمرة بن جندب الّذی لا یخفی ما فیه لقصة ضرره بالصحابی، و ضربه ناقة رسول اللّه (ص) حتی شجّها، و کونه من جملة المحرضین علی قتل الحسین (ع) حیث انخرط فی سلک شرطة ابن زیاد- کما قالوا- ثانیا.

لکن ضعفه سندا مجبور بالعمل به لدی فقهائنا قدیما و حدیثا مما یجعله من القطعیات (علی الید ما اخذت حتی تؤدّی) و فی بعض الروایات «حتی تؤدّیه» باضافة الضمیر.

(و الخدشة فی دلالته بان کلمة علی) فی قوله «علی الید» (ظاهرة فی الحکم التکلیفی) فمعناه انه واجب علیه الأداء، لا انه ضامن (فلا یدل علی الضمان، ضعیفة جدا، فان هذا الظهور انما هو اذا اسند الظرف الی فعل من افعال المکلفین) کما لو قال: علیه صلاة الظهر، او حج البیت او صلة الرحم او ما اشبه ذلک (لا الی مال من الاموال کما یقال علیه دین) او علیه الف دینار لزید، او ما اشبه (فان لفظة- علی- حینئذ لمجرد الاستقرار فی العهدة عینا

کان او دینا.

و من هنا کان المتّجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغیر، بل المجنون، اذا لم یکن یدهما ضعیفة لعدم التمیز و الشعور.

و یدل علی الحکم المذکور أیضا قوله علیه السلام فی الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری، انه یأخذ الجاریة صاحبها و یأخذ الرجل ولده بالقیمة

کان) نحو علیه بیع هذه الدار (او دینا) نحو علیه الف دینار.

و لا یخفی ان العین بذاتها لا تکون فی الذمة و انما العمل، و لذا مثّلناه بقولنا: علیه بیع هذه الدار.

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان ظاهر «علی الید» الضمان، لا الحکم التکلیفی (کان المتّجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغیر، بل المجنون اذا لم یکن یدهما ضعیفة لعدم التمیز و الشعور) فان الضمانات لا یشترط فیها العقل و البلوغ.

نعم اذا کانت یدهما ضعیفة، لم یضمنا لعدم الاستناد إلیهما فلا یشملهما- علی الید- لانه لا یدلهما عرفا.

(و یدل علی الحکم المذکور) ای الضمان (أیضا) بالإضافة الی: الاجماع و: علی الید (قوله علیه السلام فی الامة المبتاعة- اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری- انه یأخذ الجاریة صاحبها و یأخذ الرجل ولده بالقیمة) و هی روایة جمیل عن الصادق علیه السلام قال: الرجل یشتری الجاریة من السوق فیولدها، ثم یجئ مستحق الجاریة، فقال: یأخذ

فان ضمان الولد بالقیمة مع کونه نماء لم یستوفه المشتری، یستلزم ضمان الاصل بطریق اولی
فلیس استیلادها من قبیل اتلاف النماء بل من قبیل احداث انمائها غیر قابل للملک فهو کالتالف لا کالمتلف فافهم.

الجاریة المستحق، و یدفع إلیه المبتاع قیمة الولد، و یرجع علی من باعه بثمن الجاریة و قیمة الولد التی اخذت منه (فان ضمان المشتری للمالک (الولد بالقیمة) حیث قال علیه السلام: انه یدفع الی البائع قیمة الولد (مع کونه) ای الولد (نماء لم یستوفه المشتری) اذ الولد انعقد حرا، و مثله لیس بملک، فهو کالنماء غیر المستوفات (یستلزم ضمان الاصل) ای الجاریة (بطریق اولی) عرفا فیدل الخبر علی ضمان الید.

(ف) ان قلت: الاستیلاد للجاریة من قبیل اتلاف النماء فیدخل فی قاعدة: من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، فلا یدل الخبر علی قاعدة: علی الید ما اخذت.

قلنا: (لیس استیلادها) بجعل الولد فی بطنها (من قبیل اتلاف النماء) حتی یدخل فی قاعدة- من اتلف- (بل من قبیل احداث انمائها غیر قابل للملک) لأنه حرّ، و الحرّ غیر قابل للملک (فهو) ای النماء (کالتالف) بنفسه (لا کالمتلف) الّذی اتلفه المشتری، فهو کما لو وضع الید علی ضأن و ولده، ثم تلف الولد بتلف سماوی فانه مشمول لقاعدة- علی الید- لا لقاعدة- من اتلف- لان واضع الید لم یتلف الولد (فافهم) فان الاستیلاد و ان لم یکن باستیفاء منفعة بالدقة العقلیة، لکن بالنظر العرفی استیفاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷

[قاعدة ما یضمن بصحیحه و عکسها]

[البحث فی قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده]

اشارة

ثم ان هذه المسألة من جزئیات القاعدة المعروفة، کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.
و هذه القاعدة اصلا و عکسا و ان لم اجدها بهذه العبارة فی کلام من تقدم علی العلامة (ره) الّا أنها یظهر من

اذ: الولد مربوط بوالده و نفعه للوالد فیشمله دلیل- من اتلف- لا دلیل- علی الید- فلا یکون الخبر شاهد القاعدة: علی الید.

هذا مضافا الی انه یمکن ان یقال: أن المدعی جریان قاعدة الید فی کل مورد من الغصب، و تسلیط المالک بالعقد الفاسد، و نحوه.

و الروایة انما دلت فی مورد الغصب، فسحب الحکم الی مورد تسلیط المالک یحتاج الی القطع بالمناط، و هو غیر موجود.

اللّهم الّا أن یقال یفهم من الحدیث ان الملاک فی الضمان وضع الید علی مال الغیر لا انه للغصب مدخلیة.

(ثم ان هذه المسألة) ای مسألة ضمان ما اخذه بالعقد الفاسد (من جزئیات القاعدة المعروفة، کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و) قاعدة (ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده) فان المشتری الّذی یشتری المتاع انما یدخل فی المعاملة بعنوان ضمان قیمة المتاع، فاذا کانت المعاملة صحیحة کان ضامنا لقیمة المتاع، فاذا کان فاسدا لزم ضمانه للقیمة أیضا.

(و هذه القاعدة اصلا) ای ما یضمن (و عکسا) ای ما لا یضمن، و المراد العکس اللغوی، لا العکس المنطقی کما لا یخفی (و ان لم اجدها بهذه العبارة) المتقدمة (فی کلام من تقدم علی العلامة- ره- الا انها یظهر من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸

کلمات الشیخ (ره) فی المبسوط فانه علّل الضمان فی غیر واحد من العقود الفاسدة بانه دخل علی ان یکون المال مضمونا علیه.

و حاصله: أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعى، او جعلى موجب للضمان.

و هذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها و ذكر أيضا فى مسئلة عدم الضمان فى الرهن الفاسد أن صحيحه لا يوجب الضمان.

كلمات الشيخ- ره- فى المبسوط فانه علّل الضمان فى غير واحد) اى فى كثير (من العقود الفاسدة بانه دخل على ان يكون المال مضمونا عليه) اى أن اخذ المال انما دخل فى هذه المعاملة بعنوان ان يكون المال المأخوذ فى قبال ضمانه.

(و حاصله) اى حاصل تعليل الشيخ (أن قبض المال مقدما على ضمانه)- مقدم- اسم فاعل من: اقدم، باب الافعال (بعوض واقعى) هى قيمته واقعا (او جعلى) هى القيمة المجعولة بينهما سواء كانت اكثر من القيمة الواقعية، او اقل (موجب للضمان) حين قبض المال.

(و هذا المعنى) اى الدخول مقدما على الضمان (يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها) اى فيها اذا كانت صحيحة كالاجارة، و البيع، و الهبة المعوّضة و نحوها.

(و ذكر) الشيخ (أيضا فى مسئلة عدم الضمان فى الرهن الفاسد أن صحيحه لا يوجب الضمان) فان الانسان اذا اخذ دار زيد رهنا فى مقابل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۹

فكيف يضمن بفاسده.

و هذا يدل على العكس المذكور و لم اجد من تأمل فيها عدا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق اجرة المثل؟ أم لا

و كيف كان فالمهمّ بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها

فنقول و من اللّه الاستعانة: أن المراد بالعقد اعم من الجائز و اللازم بل مما كان فيه شائبة الايقاع

قرضه الف دينار، اذا تلفت الدار فى يده من غير تعد، او تفريط، لا يضمن الدار (فكيف يضمن بفاسده) فيما اذا ظهر الرهن فاسدا.

(و هذا) الكلام من الشيخ فى باب الرهن الفاسد (يدل على العكس المذكور) اى على قاعدة- ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده- (و لم اجد من تأمّل فيها) اى استشكل فى قاعدة- ما لا يضمن (عدا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق) من المتسابقين بالخيل و نحوها (اجرة المثل؟ أم لا) مع ان مقتضى القاعدة الاستحقاق لانه من مصاديق: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(و كيف كان) سواء ذكر هذه القاعدة الفقهاء قبل العلامة أم لا؟ (فالمهمّ بيان معنى القاعدة اصلا، و عكسا) و تشخيص مواردها و خصوصياتها (ثم بيان المدرك فيها) لان القاعدة بهذا اللفظ لم يرد فى خبر، او نحوه.

(فنقول و من اللّه الاستعانة ان المراد بالعقد) اذ: مصداق- ما- فى ما يضمن، او ما لا يضمن- هو- العقد- (اعم من الجائز) كالهبة (و اللازم) كالبيع (بل) اعم (مما كان فيه شائبة الايقاع) بان كان عقدا مثل الايقاع فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۰

او كان اقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان فى الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه

و اما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا، فلا يقال: ان الانسان ضامن لامواله

کونه متقدما بطرف واحد، فلا یشترط فیه شروط العقد فان الجعالة مثلا لا یشترط فیها معرفة الجاعل للطرف، و لا معرفة الطرف لمقدار المال، و هکذا (او کان اقرب إلیه) ای عقدا اقرب الی الایقاع کالخلع، فانه طلاق، و الطلاق ایقاع (فیشمل) کل- ما یضمن- و- ما لا یضمن- (الجعالة و الخلع) أیضا.

(و المراد بالضمان فی الجملتین) الاصل، و العکس (هو کون درک) ای خسارة (المضمون علیه)- علیه- خبر- کون- ای خسارة المتاع علی الاختلاف (بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی فاذا تلف) المتاع عند المشتری- مثلا- (وقع نقصان فیه) ای فی مال المشتری (لوجوب تدارکه) ای تدارک التلف (منه) ای من ماله الاصلی، فلم تقع الخسارة فی مال البائع، و انما وقعت فی مال المشتری.

(و اما مجرد کون تلفه) ای المتاع (فی ملکه) ای المشتری- مثلا- (بحیث یتلف مملوکا له) بان یکون معنی: الضمان، ان المتاع تلف فی ملک المشتری. (کما یتوهم) من لفظ: ما یضمن بصحیحه. (فلیس هذا معنی للضمان اصلا، فلا یقال ان الانسان ضامن لامواله) فالمراد بالضمان:

الخسارة، لا: ان المال یتلف مملوکا للمشتری، فالمراد ب: یضمن،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱

ثم تدارکه من ماله تارة یکون باداء عوضه الجعلی الّذی تراضی هو و المالک علی کونه عوضا و أمضاه الشارع کما فی المضمون بسبب العقد الصحیح و اخری باداء عوضه الواقعی و هو المثل او القیمة و ان لم یتراضیا علیه و ثالثة باداء اقل الامرین من العوض الواقعی، و الجعلی کما ذکره بعضهم فی بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعویض قبل دفع العوض

فی الجملتین: یغرم، لا ان المراد: یتلف

و لا یخفی ان هذا الکلام لاجل تفسیر العبارة فی- القاعدة- خلافا، لصاحب الریاض- کما نسب إلیه التوهم المذکور فی معنی العبارة- (ثم تدارکه) المستفاد من- یضمن- (من ماله تارة یکون باداء عوضه الجعلی) ای الّذی جعلاه، کما لو جعلا فی مقابل المتاع دینارا (الّذی تراضی هو) الّذی تلف عنده المتاع (و المالک) الاصلی- کالبائع، مثلا- (علی کونه عوضا و أمضاه الشارع) بقوله:- احل اللّه البیع- (کما فی المضمون بسبب العقد الصحیح) حیث ان تلف المتاع، یکون مضمونا علی المشتری، بعوضه المجعول، و هو الدینار- فی المثال- (و اخری باداء عوضه الواقعی و هو المثل) فی المثلی (او القیمة) فی القیمی (و ان لم یتراضیا علیه) فیما اذا ظهر العقد فاسدا (و ثالثة باداء اقل الامرین من العوض الواقعی، و الجعلی) فأیّهما کان اقل کان آخذ المتاع ضامنا لذلک الاقل (کما ذکره) ای اقل الامرین (بعضهم فی بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعویض) ای الهبة المعوضة (قبل دفع العوض) فان آخذ الهبة یضمن اقل الامرین من العوض الّذی جعلاه، و من قیمة الموهوب واقعا، و ذلک لان القیمة اذا کانت اقل،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲

فاذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تدارکه بعوضه الواقعی لأن هذا هو التدارک حقیقة.

و لذا لو اشترط ضمان العاریة لزم غرامة مثلها او قیمتها و لم یرد فی اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غیرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق

کان الآخذ انما اتلف هذا المقدار من الواهب فیضمنه، و ان کان المجعول اقل کان الواهب اهدر احترام الزائد من ماله بتسلیمه للآخذ بهذا المقدار فقط، و لذا کان الضمان لاقل الامرین.

(فاذا ثبت هذا) الّذى ذكرناه: من ان المراد بالضمان التدارك الصادق تارة على الجعلى، و اخرى على الواقعى، و ثالثة على اقل الامرين، (فالمراد بالضمان بقول مطلق) فى قولهم: يضمن، بدون تعيين اىّ قسم من الاقسام الثلاثة (هو لزوم تداركه) اى التالف (بعوضه الواقعى) لا الجعلى، و لا اقل الامرين، اذ هو المنصرف من لفظ: الضمان، (لأن هذا) الّذى ذكرناه من: العوض الواقعى، (هو التدارك حقيقة) و ما عداه من: الجعلى و: اقل الامرين، يحتاج الى القرينة.

(و لذا) الّذى ذكرناه من ان: التدارك حقيقة هو العوض الواقعى فقط، (لو اشترط ضمان العارية لزم غرامة مثلها او قيمتها) لانه التدارك حقيقة، دون سواه.

(و لم يرد فى اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات، و غيرها) التى بيّن الشارع ضمانها (عدا لفظ: الضمان، بقول مطلق) بدون تقييد بشىء، فلا بد و ان نقول: ان المراد بالضمان، هو المتبادر منه من قيمته الواقعية،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۳

و اما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع.

فاحتمال ان يكون المراد بالضمان فى قولهم: يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمّى نظير الضمان فى العقد الصحيح ضعيف فى الغاية لا لان ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد.

لا الجعلية، و لا اقل الامرين، لأن المطلق يحمل على الفرد المنصرف منه.

(و اما تداركه بغيره) اى غير عوضه الواقعى (فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما) اى تبانى المتعاقدين (عليه) اى على ذلك العوض الّذى هو مخالف للعوض الواقعى (بعقد صحيح يمضيه الشارع) و الّا فلو لم يمضه الشارع لم يكن التواطى موجبا بتغير القيمة الواقعية الى القيمة الجعلية

و على هذا الّذى ذكرناه من ان الاصل فى الضمان القيمة الواقعية (فاحتمال ان يكون المراد بالضمان، فى قولهم) فى القاعدة المتقدمة (يضمن بفاسده، هو وجوب اداء العوض المسمى) فى العقد الفاسد (نظير الضمان فى العقد الصحيح) الّذى يراد به المسمّى فهذا الاحتمال (ضعيف فى الغاية).

و (لا) نقول بأنه ضعيف (لأن ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد)

حتى يقال: لا تلازم بين الضمان بالمسمّى، و بين عدم الفساد فانه من الممكن، الفساد، و ضمان المسمّى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۴

اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه، و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضية، نظير المعاطاة على القول بالإباحة.

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و ان التدارك بالمسمى فى الصحيح لامضاء الشارع ما تواطيا على عوضيته، لا لأنّ معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا فى العبارة

(اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه، و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضية) فالعقد فاسد، و انما المسمى يكون عند التلف.

(نظير المعاطاة على القول بالإباحة) حيث ان العوضين يبقيان على ملك مالكهما، فاذا تلف احدهما تعين الآخر للعوضية.

(بل) نقول: بانه ضعيف (لأجل ما عرفت من معنى الضمان) و انه منصرف الى القيمة الواقعية، لا الجعلية (و ان التدارك بالمسمى فى العقد (الصحيح) انما خرج بالدليل (لامضاء الشارع ما تواطيا على عوضيته لا لأنّ معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد

حتی یوجب ذلک) التغایر (تفکیکا فی العبارة) ای فی قولهم: ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده حتی یقال: کیف یمکن ان یراد من: یضمن بصحیحه، ضمان القیمة الجعلیة و من: یضمن بفاسده، ضمان القیمة الواقعیة؟.

و الحاصل ان معنی: الضمان، التدارک، و ظاهره التدارک بالقیمة الواقعیة، لکن الشارع امضی القیمة الجعلیة، فی الصحیح فذلک خارج بدلیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵

فافهم.

ثم العموم فی العقود، لیس باعتبار خصوص الانواع، لیکون افراده مثل البیع، و الاجارة، و الصلح و نحوها، لجواز کون نوع لا یقتضی بنوعه الضمان، و انما المقتضی له بعض اصنافه.

فالفرد الفاسد من ذلک الصنف یضمن به دون الفرد الفاسد من غیر ذلک الصنف.

خاص (فافهم) فان التفکیک موجود علی کل تغایر، منتهی الامر، ان التفکیک انما حصل من دال آخر، و هو حکم الشارع، لا ان التفکیک لیس بموجود، کما ادعیتم بقولکم: حتی یوجب ذلک تفکیکا فی العبارة،

(ثم) بعد تمام الکلام فی لفظة: یضمن، فی القاعدة المذکورة نتکلم حول لفظة: ما، من حیث ان مصداقه العقود، و هی عام، فنقول: (العموم فی العقود لیس باعتبار خصوص الانواع، لیکون افراده) ای افراد العام (مثل: البیع، و الاجارة، و الصلح و نحوها) بدون تعرض للافراد من کل واحد من هذه الکلیات، بل المراد بالعام کل صنف من البیع، و کل صنف من الاجارة، و هکذا.

و ذلک (لجواز کون نوع) من العقود (لا یقتضی بنوعه الضمان، و انما المقتضی له بعض اصنافه) فقط.

(فالفرد الفاسد من ذلک الصنف) المقتضی للضمان (یضمن به) فاسدا و صحیحا (دون الفرد الفاسد من غیر ذلک الصنف) فانه لا یضمن بفاسده، کما لا یضمن بصحیحه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶

مثلا الصلح بنفسه، لا یوجب الضمان، لانه قد لا یفید الّا فائدة الهبة غیر المعوضة، او الابراء.

فالموجب للضمان، هو المشتمل علی المعاوضة.

فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أیضا.

و لا یلتفت الی ان نوع الصلح الصحیح- من حیث هو- لا یوجب ضمانا، فلا یضمن بفاسده.

(مثلا الصلح بنفسه) بقول مطلق (لا یوجب الضمان، لانه) ای الصلح (قد لا یفید الّا فائدة الهبة غیر المعوضة) لما تحقق فی محله من ان الصلح یفید فائدة غالب العقود حسب اختلاف متعلقاته (او) فائدة (الابراء) کما لو کان له علی زید دین، فقال لزید: صالحتک عن دینی مجانا، فقال قبلت- مثلا-

(ف) الصلح (الموجب للضمان، هو المشتمل علی المعاوضة) سواء کان صحیحا او فاسدا، کما لو ارید بالصلح فائدة البیع، او الاجارة او الهبة المعوضة- مثلا-

(فالفرد الفاسد من هذا القسم) من الصلح، ای القسم المعاوض (موجب للضمان أیضا) اذا صار الصلح صنفان: صنف یضمن بصحیحه و فاسده، و صنف لا یضمن لا بصحیحه و لا بفاسده.

(و) علی هذا (لا یلتفت الی ان نوع الصلح الصحیح- من حیث هو- لا یوجب ضمانا، فلا یضمن بفاسده) بان یؤخذ الصحیح من صنف: غیر المعاوض، و الفاسد من صنف: المعاوض بل اللازم ملاحظة کل صنف بنفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۷

و كذا الكلام فى الهبة المعوضة.

و كذا عارية الذهب و الفضة.

نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الّذى استعاره المحرم، ان صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغى ان لا يضمن بفاسدها.

و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها.

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان

(و كذا الكلام فى الهبة المعوضة) فان الهبة بقول مطلق، و ان لم توجب الضمان، لكن الفاسد من الهبة المعوضة توجب الضمان.

(و كذا عارية الذهب و الفضة) فان فاسدها و صحيحها توجب الضمان و ان كانت العارية بقول مطلق، لا توجب الضمان.

(نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الّذى استعاره المحرم) فاتلفه- مثلا- (ان صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغى ان لا يضمن بفاسدها)

و هذا خلاف ما ذكرناه، من ان اللازم ملاحظة كل صنف صنف، لانهم لم يلاحظوا حينئذ الّا: العارية بقول مطلق.

(و) لكن يمكن الجواب عن ذلك بأنه (لعل المراد) من قولهم:

العارية لا توجب الضمان، الصنف أيضا ك (عارية غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها) و حيث ان الصيد غيرهما، فهو داخل فى الصنف الّذى لا يضمن من اصناف العارية.

(ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان) فان قولهم: ما يضمن،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۸

اقتضائه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح ففى الضمان بالفاسد، من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال، كما لو استأجر اجارة فاسدة، و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد؟ لان صحيحه يضمن به و لو لأجل الشرط، أم لا؟

و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العارية المضمونة

اى ما يقتضى الضمان (اقتضائه) اى الصحيح (له) اى للضمان (بنفسه فلو اقتضاه) اى الضمان (الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح) حيث لا يقتضى الصحيح بدون الشرط الضمان (ففى الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان)- المشروط- صفة: الفرد- (تمسكا بهذه القاعدة) اى قاعدة ما يضمن بصحيحه (اشكال).

اما لو كان مدرك القاعدة: الاقدام، لزم الضمان فى الفاسدة اذا شرط لانه اقدم على الضمان (كما لو استأجر اجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط) ببيان ان عدم الضمان ليس مقتضى العقد حتى يكون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد، و حينئذ فيشمله عموم المؤمنون عند شروطهم (فهل يضمن بهذا) الشرط (الفاسد) من الإجارة المشروط فيها هذا الشرط- (لان صحيحه يضمن به و لو) كان الضمان (لاجل الشرط- أم لا) يضمن، لان اصل الاجارة لا ضمان فيها، احتمالان

(و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العارية المضمونة) فهل يضمنها لان صحيحها مع الشرط مضمونة، أم لا يضمنها باعتبار اصل العارية احتمالان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۹

و يظهر من الرياض: اختيار الضمان بفاسدها مطلقا، تبعا لظاهر المسالك، و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل، بناء على انها

هبة مشروطة، لا معاوضة.

و ربما يحتمل فى العبارة ان يكون معناه ان كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا، يضمن به مع الفساد

(و يظهر من الرياض: اختيار الضمان بفاسدها) اى فاسد العارية (مطلقا) اى و لو كان الضمان لاجل الشرط (تبعا لظاهر المسالك) حيث قال: بالضمان أيضا (و يمكن جعل الهبة المعوضة، من هذا القبيل) فان الهبة بلا عوض، و ان لم توجب الضمان اذا ظهرت فاسدة، لكن المعوضة توجبه اذا ظهرت فاسدة، لأن هذا الفرد من صحيح الهبة مضمونة، فكذا فاسدها (بناء على انها هبة مشروطة، لا معاوضة) اذ لو كانت معاوضة كان الضمان باقتضاء نفس العقد، لا باقتضاء الشرط، و كلامنا الآن فيما كان باقتضاء الشرط.

(و ربما يحتمل فى العبارة) اى فى عبارة: كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، (أن يكون معناه أن كل شخص من العقود، يضمن به لو كان صحيحا، يضمن به مع الفساد) بان يكون المراد بالقاعدة: الفرد الواحد، لا: الفردان، و الفرق انه قد نقول: أن المراد بالقاعدة: ما كان له فردان، فرد صحيح و فرد فاسد، يكون فرد فاسده فى الضمان و عدمه، تابعا لفرده الصحيح فاذا كان ضمان فى الفرد الصحيح، كان ضمان فى الفرد الفاسد، و اذا لم يكن ضمان فى الفرد الصحيح، لم يكن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۰

و رتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة- كما اختاره الشهيدان-، او باع بلا ثمن كما هو احد وجهى العلامة، فى القواعد و يضعف بان الموضوع هو العقد الّذى وجد له بالفعل، صحيح و فاسد لا ما

ضمان فى الفرد الفاسد- و هذا هو المعنى الاول للقاعدة، و قد سبق الكلام فيه- و قد نقول أن المراد بالقاعدة: الفرد الّذى ان كان صحيحا كان له ضمان يكون له ضمان ان كان فاسدا، و ذلك فيما اذا لم يكن للعقد الّا فرد واحد فاسد، فانه يقدر و يفرض انه ان كان هذا الفرد بنفسه صحيحا، ما ذا كان حاله من الضمان و عدمه؟ فليكن كذلك فى حال كونه فاسدا.

و هذا هو المعنى الثانى للقاعدة الّذى اشار إليه بقوله: ان يكون معناه اه.

(و رتب عليه) اى على هذا المعنى الثانى للقاعدة (عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة- كما اختاره) اى عدم الضمان (الشهيدان) فى هذه المسألة، و ذلك لأنه- و ان كان مثل هذه الاجارة باطلا اذ شرط عدم الاجرة خلاف مقتضى العقد- الا انه لو فرض صحتها كانت بلا ضمان، فكذلك فى حالة فسادها.

(او باع بلا ثمن) فانه باطل، لكنه لا ضمان، اذ لو فرض هذا الفرد صحيحا لم يكن ضمان، فكذلك حالة فساده (كما هو) اى عدم الضمان، فى مسئلة البيع بلا ثمن (احد وجهى العلامة فى القواعد و) لكن هذا المعنى الثانى للقاعدة (يضعف بان الموضوع) لقاعدة: ما يضمن، (هو العقد الّذى وجد له بالفعل، صحيح و فاسد لا ما) اى العقد الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۱

يفرض تارة صحيحا، و اخرى فاسدا فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة:

الضمان فى مسئلة البيع، لان البيع الصحيح يضمن به.

نعم ما ذكره بعضهم: من التعليل لهذه القاعدة، بانه اقدم على العين مضمونة عليه، لا يجرى فى هذا الفرع.

لكن الكلام فى معنى القاعدة لا فى مدركها

(يفرض تارة صحيحا، و اخرى فاسدا) بان كان له فرد واحد فقط (فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة) اى قاعدة: ما يضمن، (الضمان فى مسئلة البيع) بلا ثمن (لأن البيع الصحيح يضمن به) اى بالصحيح، فيضمن بالفاسد، و كذلك الضمان فى مسئلة الاجارة، لأن البيع و

الاجارة لكل واحد منهما فردان، صحيح و فاسد، و يضمن بالصحيح منهما فاللازم الضمان بالفاسد منهما أيضا.

(نعم ما ذكره بعضهم من: التعليل لهذه القاعدة) اى قاعدة ما يضمن (بأنه) انما يضمن فيما اذا (اقدم على العين) فى حال كونها (مضمونة عليه) فان المشترى يقدم على العين مضمونة عليه بالثمن، و المستأجر يقدم على العين مضمونة عليه بالايجار (لا يجرى) هذا التعليل (فى هذا الفرع) و هو البيع بلا ثمن، و الاجارة بلا اجرة، لان المشترى، و المستأجر- حينئذ- لم يقد ما على العين مضمونة، بل اقدما عليه بلا ضمان.

(لكن الكلام) الآن (فى معنى القاعدة) و ها أن معناها ماله فردان فرد صحيح، و فرد فاسد، او فرد واحد يفرض تارة صحيحا، و تارة فاسدا (لا فى مدركها) حتى يقال انه لو كان مدركها كذا، لزم الضمان، و لو كان مدركها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۲

ثم ان لفظة الباء فى: بصحيحه، و: بفاسده، اما بمعنى: فى بأن يراد كلما تحقق الضمان فى صحيحه، تحقق فى فاسده.

و اما لمطلق السببية الشامل للناقصة، لا العلة التامة

كذا لم يلزم الضمان.

(ثم ان لفظة الباء فى: بصحيحه، و: بفاسده، اما بمعنى: فى) فالباء بمعنى السببية التامة (بان يراد: كلما تحقق الضمان فى صحيحه تحقق) الضمان (فى فاسده) اى أن العقد الّذى هو علة تامة للضمان، اذا كان صحيحا، هو علة تامة للضمان، اذا كان فاسدا.

(و اما لمطلق السببية الشامل للناقصة، لا) أن المراد: بالباء، (العلة التامة) اى أن العقد الّذى هو علة ناقصة للضمان، اذا كان صحيحا، هو علة ناقصة للضمان، اذا كان فاسدا.

و هذا الكلام انما ذكره المصنف (ره) دفعا لاشكال، ربما يرد على المعنى الاول- اى كون: الباء، بمعنى: فى، و علة تامة-.

و حاصل الاشكال انه لا يمكن أن يكون: الباء، بمعنى العلة التامة، اذ يفسد معنى: القاعدة، فان معناها حينئذ: كل عقد هو علة تامة للضمان اذا كان صحيحا، يكون علة تامة للضمان اذا كان فاسدا،

و هذا باطل اذ العقد الفاسد، لا يكون علة تامة للضمان و انما القبض فى العقد الفاسد يكون علة تامة للضمان.

الا ترى انك اذا اشتريت مال الطفل من غير وليه، لا تكون ضامنا بمجرد العقد، و انما تضمن اذا قبضت المال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۳

فان العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان، الّا بعد القبض، كما فى السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى: ان دركه عليه

و حاصل جواب المصنف- ره- عن هذا الاشكال: أن كون العقد الفاسد علة تامة للضمان، معناه: أن العقد هو المنشأ للقبض الموجب للضمان، او أن العقد سبب حكمنا بالضمان، فيما اذا قبض، فمعنى القاعدة:

كل عقد صحيح هو منشأ للضمان، او سبب لحكمنا بالضمان، يكون فاسده أيضا كذلك.

(ف) ان قلت: قولكم: الباء فى بصحيحه، معناها: العلة الناقصة للضمان يستلزم ان يكون الضمان متوقفا على شىء آخر غير العقد، فما هو ذلك الشىء الآخر؟.

قلت: ذلك الشىء الآخر، هو القبض ف (ان العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان، الا بعد القبض، كما فى: السلم) و هو مقابل النسيئة، بان يعطى الثمن مقدما و يؤخر المثمن، و النسيئة أن يعطى المثمن حالا، و يكون الثمن مؤجلا (و الصرف) و هو بيع النقدين، فان فيه يشترط القبض فى المجلس، و الا بطل البيع،

و علیه یکون الضـمان متوقفا علی القبض، فالعقد بدون القبض، لا ضمان فیه (بل) الضمان فی (مطلق البیع) متوقف علی القبض (حیث أن المبیع قبل القبض، مضمون علی البائع، بمعنی: ان درکه) ای درک المبیع و خسارته (علیه) ای علی البائع، لما ثبت فی محله من ان التلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴

و یتدارکه برد الثمن فتأمل.

و کذا الاجارة، و النکاح، و الخلع، فان المال فی ذلک کله مضمون علی من انتقل عنه الی أن یتسلمه من انتقل إلیه

قبل القبض من مال مالکه (و یتدارکه) ای المبیع المتلف، البائع- اذا تلف قبل القبض- (برد الثمن) و هذا البیان ان المراد، بالدرک: المسمی، لا القیمة.

فاذا باع داره بالف، ثم خربت الـدار قبل القبض، ارجع البائع الألف، لا انه یعطی المشتری قیمـة الدار الفا کانت او اقل او اکثر (فتأمل) لعله اشارة الی ان کون: الباء، فی بصـحیحه، بمعنی: العلة التامة، لا ینافی توقف الضمان فی الصرف، و السلم علی القبض، و ذلک لان صحة العقد فیهما متوقفة علی القبض، فالعقد فیهما سبب تام للضمان، اذ لو لا القبض، لا عقد اصلا.

(و کذا) العقد، و الایقاع علة ناقصة- لا تامة- کما أن فی مطلق البیع- خصوصا الصرف و السلم- العقد علة ناقصة فی باب (الاجارة، و النکـاح، و الخلع) و ذلـک (فـان المـال فی ذلک کله) الاجرة، و المهر، و عوض الخلع (مضـمون علی من انتقل عنه) ای المسـتأجر، و الزوج، و الزوجة (الی ان یتسلمه من انتقل إلیه) فاذا اخذ الاجرة الموجر، و اخذ المهر الزوجة، و اخذ عوض الخلع الزوج، انتهی ضمان المنتقل عنه

و الحاصل: ان العقد فی هذه الموارد الثلاثة، علة ناقصة للضمان لا علة تامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۵

و اما العقد الفاسد، فلا یکون علة تامة ابدا بل یفتقر فی ثبوت الضـمان الی القبض، فقبله لا ضـمان، فجعل الفاسد سـببا، اما لانه المنشأ للقبض، علی وجه الضمان الّذی هو سبب للضمان.

و اما لأنّه سبب الحکم بالضمان بشرط القبض

و علی هـذا فقد ظهر: أن العقد الصـحیح قد یکون علة تامة للضـمان و قد یکون علة ناقصة، فیصح ان نقول: الباء، فی: بصـحیحه، تارة بمعنی: فی، ای العلة التامة، و تارة بمعنی: مطلق السببیة، الشامل للعلة الناقصة أیضا.

(و اما العقـد الفاسد، فلا یکون علة تامة) للضـمان (ابدا، بل یفتقر فی ثبوت الضـمان الی القبض) حتی یضـمن القابض ما اخذه بسـبب العقد الفاسد (فقبله، لا ضمان) للعاقد، عقدا فاسدا

و علی هذا فالباء فی: بفاسده، لا یمکن ان یکون بمعنی: العلة التامة، (فجعل الفاسد سببا) ای علة تامة، حتی ینسجم الباء فی: بصحیحه، و: بفاسده، فیما اذا اخذ: بصحیحه، بمعنی العلة التامة

(امـا لانـه المنشـأ للقبض علی وجه الضـمان)- علی- متعلـق ب: القبض ای القبض المـوجب للضـمان (الّـذی) صـفة: قبض (هو سـبب للضمان) فالعقد الفاسد علة تامة للضمان، بمعنی کونه سببا للقبض الّذی هو علة تامة

(و اما لانه سبب الحکم بالضمان بشرط القبض) فالعقد الفاسد سبب لحکمنا بالضمان فیما اذا قبض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶

و لذا علّل الضـمان الشیـخ و غیره، بدخوله علی ان یکون العین، مضـمونة علیه، و لا ریب ان دخوله علی الضمان، انما هو بانشاء العقد

الفاسد، فهو سبب لضمان ما یقبضه

و الغرض من ذلک کله دفع ما یتوهم: ان سبب الضمان فی الفاسد، هو القبض، لا العقد الفاسد فکیف یقاس الفاسد، علی الصحیح فی سببیة الضمان، و یقال: کلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.

(و لذا) الّذی ذکرنا من: ان العقد الفاسد علة تامة، باعتبار کونه سببا للقبض الّذی هو علة الضمان (علّل الضمان) فی العقد الفاسد (الشیخ و غیره بدخوله) ای القابض بالعقد الفاسد (علی ان یکون العین مضمونة علیه).

و وجه الاستدلال بکلام الشیخ علی: کون العقد الفاسد علة تامة، ما ذکره بقوله (و لا ریب ان دخوله علی الضمان) ای دخول الآخذ علی أن یضمن ما یأخذه (انما هو بانشاء العقد الفاسد فهو) ای العقد الفاسد (سبب لضمان ما یقبضه) فیصح ان یطلق علی: العقد الفاسد، کونه سببا تاما باعتبار انه سبب القبض، و القبض سبب تام للضمان.

(و الغرض من ذلک) الکلام من قولنا: ثم ان لفظة الباء، الی هنا (کله دفع ما یتوهم ان سبب الضمان فی) العقد (الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد ف) یستشکل بانه (کیف یقاس الفاسد علی الصحیح فی سببیة الضمان و یقال: کلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) مع ان الصحیح سبب تام، و الفاسد سبب ناقص، قوله: و یقال، ای: کیف یقال، عطف علی:

یقاس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷

و قد ظهر من ذلک أیضا فساد توهم ان ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان فی الفاسد الی القبض، فلا بد من تخصیص القاعدة باجماع، و نحوه

[الکلام فی مدرک القاعدة]

ثم ان المدرک لهذه الکلیة علی ما ذکره فی المسالک فی مسئلة الرهن المشروط بکون المرهون مبیعا بعد انقضاء الاجل، هو اقدام الاخذ علی الضمان

(و قد ظهر من ذلک) الّذی بیّناه من ان: العقد الفاسد سبب تام للضمان، (أیضا) ای کما ظهر صحة القیاس فی: بصحیحه و بفاسده ظهر (فساد توهم ان ظاهر القاعدة) ای قاعدة: ما یضمن، (عدم توقف الضمان فی الفاسد علی القبض)

وجه التوهم: ان معنی القاعدة: کما ان العقد الصحیح علة تامة للضمان، العقد الفاسد أیضا علة للضمان، و الحال ان الفاسد لیس علة تامة (ف) قال المتوهم: (لا بدّ من تخصیص القاعدة باجماع، و نحوه) بان یقال الفاسد- المخصوص بالمقبوض- علة تامة، بان نخصّص اطلاق: بفاسده ب: المقبوض، فالمعنی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده المقبوض»

وجه: ظهور دفع هذا التوهم، انه لا حاجة الی هذا التخصیص اذ الفاسد علة تامة باعتبار کونه المنشأ للقبض الّذی هو علة.

اقول: الانصاف ان ما ذکره الشیخ هنا تکلف، و ان کان لا یبعد ظهور کلمات من ذکر «القاعدة» فی ذلک التکلف فتأمل.

(ثم ان المدرک لهذه الکلیة): ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (علی ما ذکره فی المسالک، فی مسئلة الرهن المشروط بکون المرهون مبیعا بعد انقضاء الاجل) ای ان بیع الرهن بعد انقضاء اجل الرهن و مدته (هو اقدام الاخذ علی الضمان) فان الاخذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸

ثم اضاف الی ذلک: قوله (ص) علی الید ما اخذت حتی تؤدی، و الظاهر انه تبع فی استدلاله بالاقدام، الشیخ فی المبسوط حیث علل

الضـمان فی موارد کثیرة، من: البیع، و الاجارة الفاسدین بدخوله علی ان یکون المال مضـمونا علیه بالمسمّی، فاذا لم یسلم له المسمی رجع الی المثـل، او القیمـة و هـذا الوجه لاـ یخلو عن تأمل لانهما انما اقـدما، و تراضـیا، و تواطئا بالعقـد الفاسـد علی ضـمان خاص لا الضمان بالمثل و القیمة، و

للسلعة بالعقد الفاسد، انما اخذها لا مجانا بل فی مقابل المال الّذی یبذله عوضا.

(ثم اضـاف) المسالـک (الی ذلک) الـدلیل «الاقـدام» (قوله علیه السـلام علی الیـد ما اخـذت حتی تؤدی) فان القابض وضع یـده علی السـلعة فعلیه ادائهـا بالمثـل او القیمـة- بعـد ان ظهر فساد العوض المجعول لفساد العقـد (و الظاهر انه) ای المسالک (تبع فی اسـتدلاله بالاقدام، الشیخ فی المبسوط حیث علل الضـمان فی موارد کثیرة من: البیع، و الاجارة الفاسدین) فالاخذ للمال انما یضـمن (ب) سبب (دخوله) و اخذه للمال (علی ان یکون المال) المبیع و الموجر (مضـمونا علیه بالمسـمی، فاذا لم یسـلم له المسـمی) لفساد العقد (رجع الی المثل) فی المثلی (او القیمة) فی القیمی (و هذا الوجه) و هو ما اذا لم یسلمه المسمی رجع الی المثل، او القیمة (لا یخلو عن تأمل، لانهما) ای المتعاقـدان (انما اقـدما، و تراضـیا، و تواطئا بالعقـد الفاسد علی ضـمان خاص) و هو ضـمان المسمی (لا الضـمان بالمثل و القیمة).

(و) لکن دلیل: الاقدام، الّذی ذکره الشیخ، و المسالک لا یخلو من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹

المفروض عـدم امضاء الشارع لذلک الضـمان الخاص، و مطلق الضـمان لا یبقی بعد انتفاء الخصوصـیة حتی یتقوم بخصوصـیة اخری، فالضمان بالمثل او القیمة ان ثبت فحکم شرعی تابع لدلیله و لیس مما اقدم علیه المتعاقدان.

هذا کله مع ان مورد هذا التعلیل اعمّ من وجه من المطلب، اذ قد یکون الاقدام موجودا و لا ضمان کما قبل القبض،

اشـکال اذ: (المفروض عدم امضاء الشارع لذلک الضـمان الخاص) الّذی قرره المتعاقدان (و مطلق الضمان) الشامل للمثل و القیمة (لا یبقی بعـد انتفـاء الخصوصـیة حتی یتقوم بخصوصـیة اخری) فانتفاء خصوصـیة المسـمی موجب لنفی اصل الضـمان، لا لنفی خصوص المسـمی لیتقوم الضـمان حینئـذ بالمثل، او القیمـة، اذ الجنس یرتفع بارتفاع فصـله المقوم له (فالضـمان بالمثل او القیمة ان ثبت فحکم شرعی تابع لدلیله) ان کان هناک دلیل یدل علی انه عند انتفاء المسـمی یبقی المثل او القیمة (و لیس) الضمان الجدید (مما اقدم علیه المتعاقدان)

و الحاصل: ان ما اقدما علیه انتفی، و ما یرید اثباته لیس مما اقدما علیه فالاستدلال بالاقدام علی اثبات المثل، او القیمة محل نظر.

(هـذا کله) الاشـکال الاـول علی دلیـل الشـیخ، و المسالـک (مع ان مورد هـذا التعلیـل) ای تعلیل الضـمان بانه اقـدم (اعمّ من وجه من المطلب) اذ بین الاقدام، و الضـمان عموم من وجه، فلا یصح ان یکون الاقدام دلیلا علی الضـمان فهو کالاسـتدلال بوجود الانسان فی الدار، بدلیل انه یوجد فیه شیء ابیض (اذ قد یکون الاقدام موجودا، و لا ضمان، کما قبل القبض) فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰

و قد لا یکون اقدام فی العقد الفاسد مع تحقق الضـمان، کما اذا شـرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البائع اذا تلف فی ید المشتری، و کما اذا قال بعتک بلا ثمن، او آجرتک بلا اجرة.

نعم قوی الشهیدان فی الاخیر عدم الضمان، و استشکل العلامة فی مثال البیع فی باب السلم.

المشتری اقدم علی ضمان السلعة، و الحال انه ان تلفت لا ضمان علیه،

اللهم الّا ان یقال: انه لم یقدم مطلقا، بل بشرط القبض، مما لا قبض لا اقدام، او یقال: ان ذلک خارج بدلیل شرعی یقول: التلف قبل القبض من مال مالکه (و قد لا یکون اقدام فی العقد الفاسد، مع تحقق الضمان، کما اذا شرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البائع اذا تلف فی ید المشتری) فان المبیع حینئذ فاسد (و) اذا تلف المبیع کان ضمانه علی المشتری مع انه لم یقدم علی الضمان، بل اقدم علی المجانیة (کما اذا قال:

بعتک بلا ثمن، او آجرتک بلا اجرة) فان البیع، و الاجارة فاسدان، لانهما لا یتحققان بدون الثمن، و الاجرة اذ هما کالبیع بدون الثمن، او الاجارة بدون العین الموجرة، و مع ذلک یضمن الآخذ الاعمال، و الحال انه لم یقدم علی الضمان.

(نعم) هذا الاشکال لا یرد علی من یقول: بعدم الضمان فی الموردین المذکورین- ای البیع بلا ثمن، و الاجارة بدون الاجرة- فانه (قوی الشهیدان فی الاخیر) ای الاجارة بلا اجرة (عدم الضمان، و استشکل العلامة فی مثال البیع) بلا ثمن (فی باب السلم) و هل انه یوجب الضمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱

و بالجملة فدلیل الاقدام مع انه مطلب یحتاج الی دلیل لم نحصله، منقوض طردا و عکسا.

و اما خبر: الید، فدلالته و ان کانت ظاهرة و سنده منجبرا، الّا ان مورده مختص بالاعیان، فلا یشمل المنافع، و الاعمال المضمونة فی الاجارة الفاسدة.

أم لا؟ فقولنا: و قد لا یکون اقدام فی العقد الفاسد الخ، لیس بتام علی رأیهما.

(و بالجملة فدلیل الاقدام) لاثبات الضمان فی العقد الفاسد (مع انه مطلب یحتاج الی دلیل لم نحصله، منقوض طردا) دفعا للاغیار بان هناک لیس باقدام و مع ذلک، الضمان موجود کالاجارة بلا اجرة (و عکسا) ای جمعا للافراد بان هناک اقدام و لیس بضمان کما فی البیع قبل القبض. و لا یخفی ان: الطرد، عبارة عن قضیة: کلما لم یصدق الحدّ لم یصدق المحدود، و عکسه: کلما صدق الحدّ صدق المحدود،- و لهذا سمی بالعکس-

هذا تمام الکلام فی الاستدلال للقاعدة بدلیل: الاقدام،

(و اما خبر الید) و الاستدلال به علی القاعدة (فدلالته و ان کانت ظاهرة) کما تقدم فی افادة: علی، الوضع، لا التکلیف المجرد (و سنده منجبرا) کما عرفت أیضا لعمل العلماء به قدیما و حدیثا (الّا ان مورده مختص بالاعیان فلا یشمل المنافع و الاعمال المضمونة فی الاجارة الفاسدة) سواء کانت اجارة عین، کما لو استأجر الدار، او اجارة شخص للعمل، کما لو استأجر لخیاطة ثوبه، و انما لا یشمل الخبر المنافع و الاعمال لان ظاهر: ما اخذت، العین،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲

اللهم الا ان یستدل علی الضمان فیها: بما دلّ علی احترام مال المسلم و انه لا یحل الا عن طیب نفسه، و ان حرمة ماله کحرمة دمه، و انه لا یصلح ذهاب حق احد.

مضافا الی ادلة: نفی الضرر، فکل عمل وقع من عامل لاحد بحیث یقع بامره، و تحصیلا لغرضه، فلا بد من اداء

فالمنفعة و العمل لیسا بمأخوذین.

(اللهم) الّا ان یقال: انهما أیضا مأخوذان، فانه یصدق عرفا ان زیدا اخذ منافع دار عمرو، او اخذ منافع العبد، اذ اخذ کل شیء بحسبه او (الا-ان یستدل علی الضمان فیها) ای الاعمال و المنافع (بما دل علی احترام مال المسلم، و انه لا یحل الا عن طیب نفسه، و ان حرمة ماله کحرمة دمه، و انه لا یصلح ذهاب حق احد) کقوله (ع): لا یقوی حق امرئ مسلم، و قوله (ع):

لا یصلح ذهاب حق احـد، و قوله (ع): لا یصـلح ذهاب حق امرئ مسـلم، فان المنافع و الاعمال لا شک فی کونها مالا و حقا، و معنی احترامه: اعطائه بنفسه، او بدله الی مالکه و صاحبه.

(مضافا الی ادلـهٔ نفی الضـرر) فانه لا یجوز ضـرر صاحب المنفعـهٔ، و صاحب العمل باستیفاء عمله، و منفعته بـدون اعطاء مثله له (فکل عمل وقع من عامل لاحد بحیث یقع) ذلک العمل (بامره) ای بامر ذلک الاحد (و تحصیلا لغرضه) اذ لو لم یکن تحصیلا لغرضه، کان عبثا بالنسبهٔ إلیه، فلا شیء علیه، کما لو امر بصب ماء النهر فی مکان آخر من نفس النهر الجاری، فان العمل و ان وقع بامره، لکنه لیس تحصیلا لغرضه العقلائی فتأمل (فلا بد من اداء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳

عوضه لقاعدتی: الاحترام، و نفی الضرار.

ثم انه لا یبعـد ان یکون مراد الشیـخ، و من تبعه من الاسـتدلال علی الضـمان: بالاقـدام و الـدخول علیه، بیان ان العین و المنفعهٔ اللذین تسلمهما الشخص، لم یتسلمهما مجانا و تبرعا حتی لاـ یقضـی احترامهما بتـدارکهما بـالعوض، کمـا فی العمـل المتبرع به، و العین المدفوعهٔ مجانا او امانهٔ فلیس دلیل الاقدام دلیلا مستقلا، بل هو بیان لعدم المانع عن مقتضی الید

عوضه لقاعدتی الاحترام و نفی الضرار)

و علی هذا فیقام: قاعدهٔ کلما یضمن، فی جمیع مواردها، الاعیان، و الاعمال، و المنافع.

(ثم انه لاـ یبعـد ان یکون مراد الشیخ و من تبعه من الاسـتدلال علی الضـمان بالاقـدام و) ب (الـدخول علیه) ای دخـل علی ان یکون ضامنا، فالضمیر المجرور راجع الی: علی الضمان (بیان ان العین و المنفعهٔ اللذین تسلمهما الشخص لم یتسلمهما مجانا و متبرعا حتی لا یقضـی احترامهمـا) الثـابت لهمـا بالأدلّـهٔ (بتـدارکهما بـالعوض) فان الاحترام قاض بالتـدارک فیما اذا لم یکن المالک اذهب الاحترام بالاعطاء مجانا، فیکون اخـذ الآخذ دخولا فیما احترام فیه، فلا ضـمان (کما فی العمل المتبرع به، و العین المدفوعهٔ، مجانا او امانهٔ) فان المعطی و المعامل اذهبا احترام عملهما و مالهما، فلـذا لا ضـمان علی من عمل له، او اعطی له اعمال (فلیس دلیل الاقـدام) الّذی ذکره الشیـخ- دلیلا علی عدم الضـمان- (دلیلا مسـتقلا، بل هو بیان لعدم المانع عن مقتضـی) دلیل (الید) اذ: الید، تقتضـی الضـمان، و تبرع العامل و اعطائه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴

فی الاموال، و احترام الاعمال.

نعم فی المسالک ذکر کلا من: الاقدام و الید، دلیلا مستقلا فیبقی علیه ما ذکر سابقا من النقض و الاعتراض.

و یبقی الکلام حینئذ فی بعض الاعمال المضمونهٔ التی لا یرجع نفعها الی الضامن، و لم یقع بامره، کالسبق فی المسابقهٔ الفاسدهٔ، حیث حکم الشیخ، و المحقق و غیرهما بعدم استحقاق السابق اجرهٔ المثل خلافا لآخرین

المال مجانا، یمنع عن الضـمان، فکان الشیـخ اراد ان یقول: المقتضی للضمان- و هو: الید- موجود، و: المانع من الضمان- و هو اعطاء المال مجانا و التبرع بالعمل- مفقود، فاللازم الضـمان- فیما اذا کان الشـیء مضـمونا بصـحیحه- فمقتضـی الیـد (فی الاموال، و احترام الاعمال) اذا لم یمنع عنهما مانع اثّر اثرهما، و هذا تامّ فی کلام الشیخ الّذی لم یذکر: الید، و: الاقدام، دلیلین مستقلین.

(نعم فی المسالک ذکر کلا من: الاقـدام و الید، دلیلا مسـتقلا، فیبقی علیه) ای علی المسالک (ما ذکر سابقا من: النقض و الاعتراض) علی دلیل:

الاقدام، و انّ بینه و بین: ما یضمن، عموما من وجه.

(و) اذ تمّ کلام الشیخ فی استدلاله: بالاقدام، للضمان (یبقی الکلام حینئذ فی بعض الاعمال المضمونة التی لا یرجع نفعها الی الضامن و لم یقع بامره) فان علی الید لا یشمله، و کذا دلیل: احترام عمل المسلم و ماله، و مع ذلک ربما قیل فی الضمان فیه (کالسبق فی المسابقة الفاسدة حیث حکم الشیخ و المحقق و غیرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل خلافا لآخرین) الذین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵

و وجهه ان عمل العامل لم یعد نفعه الی الآخر، و لم یقع بامره أیضا.

فاحترام الاموال التی منها الاعمال لا یقضی بضمان الشخص له، و وجوب عوضه علیه، لانه لیس کالمستوفی له، و لذا کانت شرعیته علی خلاف القاعدة حیث انه بذل مال فی مقابل عمل لا ینفع الباذل

قالوا باستحقاقه الاجرة.

(و وجهه) ای وجه کلام الشیخ و غیره بعدم الاستحقاق (ان عمل العامل لم یعد نفعه الی الآخر، و لم یقع بامره أیضا) فان الباذل للمال لمن سبق- لا ینتفع بالسابق- و لم یأمر بالمسابقة، و انما قرر علی نفسه اعطاء مال للسابق منهما.

(فاحترام الاموال التی منها الاعمال) و منها عمل السابق- فی المسابقة الفاسدة- (لا یقضی بضمان الشخص له) ای شخص الباذل، لذلک العمل الّذی اتی به السابق (و) لا یقضی ب (وجوب عوضه علیه، لانه) ای العمل (لبس کالمستوفی له) ای للباذل، فان الباذل لا ینتفع بالعمل المسابقی (و لذا) الّذی ذکرناه من انه لیس استیفاء للباذل (کانت شرعیته) ای المسابقة (علی خلاف القاعدة) و لا یجوز الّا فی الخف و النصال و الحافی- بدلیل خاص- (حیث انه بذل مال فی مقابل عمل لا ینفع الباذل) فیخرج المال من کیس من لا یدخل العوض فی کیسه.

هذا کله وجه کلام الشیخ بعدم الضمان فی المسابقة الفاسدة.

اما وجه کلام القائل: بالضمان، هو: ان العوض یدخل فی کیس الباذل حیث یحصل علی المدح و التحسین بالبذل فی مثل هذا الامر المهمّ الّذی تتوقف الغلبة علی العدو علیه، و هذا من اهم الاغراض العقلائیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶

و تمام الکلام فی بابه.

ثم انه لا فرق فیما ذکرنا من الضمان فی الفاسد بین جهل الدافع بالفساد، و بین علمه مع جهل القابض.

و توهم ان الدافع فی هذه الصورة هو الّذی سلطه علیه، و المفروض ان القابض جاهل،

مدفوع بإطلاق النص و الفتوی، و لیس الجاهل مغرورا لانه اقدم

التی یبذلون المال لاجلها، بالإضافة الی انه یمکن المناقشة فی لزوم دخول العوض فی کیس الباذل فان العقلاء یعطون الاجرة لمن بنی بیت الفقیر، او خاط ثوب المجاهد او ما اشبه ذلک (و) یأتی (تمام الکلام فی بابه، ثم انه لا فرق فیما ذکرنا من الضمان فی الفاسد) فیما یضمن بصحیحه (بین جهل الدافع بالفساد، و بین علمه مع جعل القابض) کما لو سلمه الدار الموجرة بالاجارة الفاسدة، و کان الدافع جاهلا- بالفساد، او عالما به لکن القابض کان جاهلا بالفساد، فان الصور اربع، جهلهما، و علمهما، و علم الدافع لا القابض، و العکس.

(و توهم) عدم الضمان فی صورة علم الدافع بالفساد و جهل القابض اذ: (ان الدافع فی هذه الصورة هو الّذی سلطه علیه، و المفروض: أن القابض جاهل) فکان الدافع اذهب احترام ماله.

(مدفوع: بإطلاق النص و الفتوی) علی الضمان فی صورة عدم قصد المجانیة (و لیس الجاهل مغرورا) حتی یقال: المغرور یرجع الی

من غرّه فیرجع الی الدافع، و لا یدفع له المال (لانه اقدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷

علی الضمان قاصدا، و تسلیط الدافع العالم لا یجعلها امانهٔ مالکیهٔ، لأنه دفعه علی انه ملک المدفوع إلیه، لا انه امانهٔ عنده، او عاریهٔ.

و لذا لا یجوز له التصرف فیه و الانتفاع به

و سیأتی تتمهٔ ذلک فی مسئلهٔ بیع الغاصب مع علم المشتری

هذا کله فی اصل الکلیهٔ المذکورهٔ.

علی الضمان قاصدا) و لیس من قبیل من قدم طعام الغیر الی زید فاکله بعنوان المجانیهٔ بل من قبیل من قدم طعام الغیر الی زید فاکله بعنوان اعطاء الثمن (و تسلیط الدافع العالم) بالفساد (لا یجعلها) ای العین (امانهٔ مالکیهٔ) حتی یقال ان الامانهٔ لا ضمان فی تلفها بدون تعدّ أو تفریط، و انما: لا یجعلها (لانه) ای الدافع (دفعه علی انه ملک المدفوع إلیه، لا انه امانهٔ عنده او عاریهٔ) حتی یقال: ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده.

(و لذا) الّذی کان امانهٔ او عاریهٔ (لا یجوز له التصرف فیه) اذ الامانهٔ لا یجوز التصرف فیها (و الانتفاع به) اذ العاریهٔ لا یجوز الانتفاع بها انتفاعا مالکیا.

و قوله: و لذا، معناه: هذا بعنوان الملک، لا بعنوان الامانهٔ و العاریهٔ حتی لا یجوز التصرّف، فجواز التصرف دلیل انه لیس بامانهٔ و عاریهٔ بل ملک و لا یخفی عدم بلاغهٔ العبارهٔ- و یمکن ان یکون: لا، زائدهٔ، فتستقیم العبارهٔ لان المعنی حینئذ: انه ملک و لذا جاز التصرف فیه و الانتفاع به و الله العالم

(و سیأتی تتمهٔ ذلک فی مسئلهٔ بیع الغاصب مع علم المشتری) إن شاء الله

(هذا کله فی اصل الکلیهٔ المذکورهٔ) و هی: ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸

و اما عکسها و هو: ان ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده

فمعناه أن کل عقد لا یفید صحیحه ضمان مورده، ففاسده لا یفید ضمانا کما فی عقد الرهن و الوکالهٔ و المضاربهٔ، و العاریهٔ غیر المضمونهٔ، بل المضمونهٔ، بناء علی انّ المراد بافادهٔ الصحیح للضمان، افادته بنفسه لا بامر خارج عنه کالشرط الواقع فی متنه و غیر ذلک من العقود اللازمهٔ و الجائزهٔ.

(و اما عکسها، و هو: ان ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، فمعناه ان کل عقد لا یفید صحیحه ضمان مورده) ای مورد الصحیح، کالامانهٔ مثلا التی لا یفید صحیحها ضمان مورد الامانهٔ (ففاسده لا یفید ضمانا) فاذا کانت الامانهٔ فاسدهٔ لم یضمن الامین اذا تلفت تحت یده بدون تعدّ او تفریط (کما فی عقد الرهن، و الوکالهٔ، و المضاربهٔ، و العاریهٔ غیر المضمونهٔ) اذ: لو یشترط فی العاریهٔ الضمان لم تکن مضمونهٔ (بل) العاریهٔ (المضمونهٔ) أیضا لا توجب الضمان لدی التلف، و لکن عدم الضمان هنا (بناء علی ان المراد بافادهٔ الصحیح للضمان افادته بنفسه لا بامر خارج عنه، کالشرط الواقع فی متنه) کما تقدم الالماع الی ذلک فان طبیعهٔ العاریهٔ بنفسها لا تقتضی الضمان و لذا فاسدها أیضا لا تقتضی الضمان، اما شرط الضمان الموجب للضمان فی صحیحها فانه امر خارج عن الطبیعهٔ.

نعم لو قلنا: ان العبرهٔ بشخص الصحیح لا بطبیعته، فحیث ان العاریهٔ الصحیحهٔ المشروطهٔ بالضمان توجب الضمان، کان اللازم القول بایجاب فاسدها أیضا الضمان (و غیر ذلک من العقود اللازمهٔ و الجائزهٔ) فان کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، سواء کان

ذلک العقد لازما او جائزا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹

ثم ان مقتضی ذلک عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا، لان صحیح الاجارة غیر مفید لضمانها کما صرح به فی القواعد و السرائر و حکی عن التذکرة و اطلاق الباقی، الّا ان صریح الریاض الحکم بالضمان، و حکی فیها عن بعض نسبته الی المفهوم من کلمات الاصحاب، و الظاهر ان المحکی عنه هو المحقق الاردبیلی فی مجمع الفائدة

(ثم ان مقتضی ذلک) ای: ما لا یضمن، (عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا) ای استیجارا فاسدا (لان صحیح الاجارة غیر مفید لضمانها) ای لضمان العین، فان الانسان اذا استأجر دارا بمائة- مثلا- فتلفت الدار بدون التعدّی و التفریط لا یکون ضامنا للدار التالفة، و انما التلف من کیس صاحب الدار، فکذلک اذا کانت الاجارة فاسدة لقاعدة: ما لا یضمن، (کما صرح به فی القواعد و السرائر، و حکی عن التذکرة و) عن (اطلاق الباقی) ای باقی الفقهاء، فان اطلاق کلماتهم یدل علی عدم الضمان.

(الّا ان صریح الریاض الحکم بالضمان) للعین المستأجرة استیجارا فاسدا (و حکی فیها) ای فی الریاض (عن بعض نسبته) ای الضمان (الی المفهوم من کلمات الاصحاب، و الظاهر ان المحکی عنه) ای المراد بکلمات الاصحاب (هو المحقق الاردبیلی فی مجمع الفائدة) و لا یخفی انه لا یضر کون «الاردبیلی» واحدا فی النسبة الی کلمات الاصحاب، فلا یقال: ان کلام الریاض خلاف الواقع، اذ قد یقال: الجمع و یراد به: الجنس، کما لو قلت ان الاطباء وصفوا لی هذا العلاج، او المؤرخون یذکرون واقعة کذا، او اهل العربیة کذا قالوا، فان المراد جنس المنسوب إلیه الشامل للواحد أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۰

و ما ابعد ما بینه و بین ما عن جامع المقاصد، حیث قال فی باب الغصب ان الّذی یلوح من کلامهم هو عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا باستیفاء المنفعة، و الّذی ینساق إلیه النظر، هو: الضمان، لان التصرف فیه حرام، لانه غصب فیضمنه.

ثم قال: الّا ان کون الاجارة الفاسدة لا یضمن بها کما لا یضمن بصحیحها مناف لذلک.

فیقال: انه دخل علی عدم الضمان بهذا الاستیلاء و ان لم یکن مستحقا

(و ما ابعد ما بینه) ای بین الریاض (و بین ما عن جامع المقاصد، حیث قال- فی باب الغصب-: ان الّذی یلوح) و یظهر (من کلامهم، هو: عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا باستیفاء المنفعة) «باستیفاء» متعلق ب «عدم ضمان» ای ان استیفاء المنفعة لا یوجب ضمانه.

ثم قال المحقق: (و الّذی ینساق) و ینتهی (إلیه النظر، هو:

الضمان) للعین المستأجرة فاسدا (لان التصرف فیه حرام، لانه غصب فیضمنه) لان الغاصب ضامن.

(ثم قال) المحقق: (الا) ان الضمان مناف لقاعدة: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، ف (ان کون الإجارة الفاسدة، لا یضمن بها) ای بسبب هذه الاجارة (کما لا یضمن بصحیحها مناف لذلک) الّذی ذکرنا من ضمان العین

(فیقال) فی وجه عدم الضمان (انه) ای المستأجر (دخل) فی الاجارة (علی عدم الضمان بهذا الاستیلاء) علی العین (و ان لم یکن مستحقا)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۱

و الاصل براءة الذمة من الضمان، فلا یکون العین بذلک مضمونة، و لو لا ذلک لکان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لان استیلائه بغیر حق و هو باطل انتهی.

و لعل الحکم بالضمان فی المسألة، اما لخروجها عن قاعدة: ما لا یضمن لان المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد فی الاجارة:

المنفعة، فالعین یرجع فی حکمها الی القواعد، و حیث کانت فی صحیح الاجارة امانة

للاستیلاء، لغرض کون الاجارة فاسدة.

(و الاصل براءة الذمة من الضمان) اذ الضمان خلاف الاصل، فاذا شک فیه کان الاصل البراءة (فلا یکون العین بذلک) الاستیلاء فاسدا (مضمونة و لو لا ذلک) ای عدم الضمان فی الاجارة الفاسدة (لکان) اللازم القول بکون (المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استیلائه) علی العین المرهونة (بغیر حق) لفرض فساد الرهن (و هو) ای الضمان للعین المرهونة (باطل) قطعا، فاللازم ان الاجارة أیضا کذلک (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و لعل الحکم بالضمان فی المسألة) ای لعل حکم جامع المقاصد:

بالضمان فی مسئلة الاجارة الفاسدة: (اما لخروجها عن قاعدة: ما لا یضمن لان المراد بالمضمون) فی: ما یضمن، و: ما لا یضمن، (مورد العقد، و مورد العقد فی الاجارة المنفعة) لان الاجارة عقدت للمنافع، و لا ترتبط بالاعیان الا ارتباطا توصلیا (فالعین) المستأجرة (یرجع فی حکمها) ای فی حکم انها مضمونة أم لا؟ (الی القواعد) غیر قاعدة: ما لا یضمن، (و) القاعدة هی الضمان، فانه (حیث کانت) العین (فی صحیح الاجارة امانة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۲

مأذونا فیها شرعا، و من طرف المالک لم یکن فیه ضمان.

و اما فی فاسدها فدفع الموجر للعین انما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فیه، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده علیه ید عدوان موجبة للضمان.

و اما لان قاعدة ما لا یضمن معارضة هنا بقاعدة الید، و الاقوی عدم الضمان، فالقاعدة المذکورة غیر مخصّصة

مأذونا فیها شرعا و) اما (من طرف المالک، لم یکن فیها ضمان) لمقتضی قاعدة الامانة.

(و اما فی فاسدها فدفع الموجر للعین انما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها) لانه یظن: ان الاجارة صحیحة، فیستحق المستأجر للعین لان ینتفع بها (لحق الانتفاع فیه) اللام متعلق ب: الاستحقاق (و المفروض عدم الاستحقاق) لبطلان الاجارة (فیده) ای المستأجر (علیه) ای علی الشیء المستأجر- بالفتح- (ید عدوان) بلا امانة مالکیة، و لا امانة شرعیة (موجبة للضمان) فالضمان الّذی ذکر فی جامع المقاصد اما من هذه الجهة.

(و اما لان قاعدة ما لا یضمن معارضة هنا بقاعدة الید) ای علی الید ما اخذت، و تقدم قاعدة الید لانها قاعدة منصوصة، و قاعدة ما لا یضمن مصطیدة (و) لکن (الاقوی عدم الضمان) للعین، فی الاجارة الفاسدة اذ قاعدة ما لا یضمن، مقدمة علی قاعدة الید، کما ان العین امانة بید الآخذ، و لیست یده عدوانیة.

(فالقاعدة المذکورة) ای: ما لا یضمن، (غیر مخصّصة)- بالفتح-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۳

بالعین المستأجرة، و لا متخصصة.

ثم انه یشکل اطراد القاعدة فی موارد.

منها: الصید الّذی استعاره المحرم من المحل، بناء علی فساد العاریة فانهم حکموا بضمان المحرم له بالقیمة، مع ان صحیح العاریة لا یضمن به، و لذا ناقش الشهید الثانی فی الضمان علی تقدیری الصحة و الفساد

(بالعین المستأجرة، و لا متخصصة) بان تکون قاعدة: ما لا یضمن، بحیث لا تشمل مورد العین المستأجرة، و التخصص اشارة الی قوله: اما لخروجها عن قاعدة الخ، و التخصیص اشارة الی قوله: و اما لأن قاعدة ما لا یضمن.

(ثم انه یشکل اطراد القاعدة) ای جریان قاعدة: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، (فی موارد، منها: الصید الّذی استعاره المحرم من المحل) فان الصید حرام للمحرم (بناء علی فساد العاریة) اذ: الصید، لا یکون فی حوزة المحرم اصلا ملکا، او عاریة او ما اشبه (فانهم حکموا بضمان المحرم له) ای للصید (بالقیمة) فیدفع القیمة الی المحل الّذی استعاره منه (مع ان صحیح العاریة لا یضمن به) ای لا یضمن بصحیح العاریة- فالباء اشارة الی القاعدة-

(و لذا ناقش الشهید الثانی فی الضمان علی تقدیری) القول ب (الصحة و) القول ب (الفساد) للعاریة، اذ کیف یمکن: لا یضمن بصحیحه و یضمن بفاسده، فیما اذا قلنا بفساد العاریة.

اما لو قلنا: بصحة العاریة، یمکن، فعدم الضمان اوضح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۴

الّا ان یقال: ان وجه ضمانه- بعد البناء علی انه یجب علی المحرم ارساله و اداء قیمته- ان المستقر علیه قهرا بعد العاریة هی القیمة، لا العین، فوجوب دفع القیمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الّذی هو سبب لضمان ملک الغیر فی کل عقد، لا بسبب التلف.

و یشکل اطراد القاعدة أیضا فی البیع فاسدا بالنسبة الی المنافع التی لم یستوفها، فان هذه المنافع غیر مضمونة فی العقد الصحیح

(الّا ان یقال: ان وجه ضمانه) ای الصید (- بعد البناء علی انه یجب علی المحرم ارساله) و اطلاقه (و اداء قیمته-) الی صاحب الصید (ان المستقر علیه) ای علی المحرم (قهرا بعد العاریة هی القیمة، لا العین) لان الشارع امر بالقیمة.

(فوجوب دفع القیمة، ثابت قبل التلف) للعین (بسبب وجوب الاتلاف) ای الاطلاق للصید الّذی هو کالاتلاف (الّذی هو سبب لضمان ملک الغیر فی کل عقد، لا) ان الضمان (بسبب التلف) فعاریة الصید أیضا، لا یضمن بفاسدها، کما لا یضمن بصحیحها، و انما الضمان هنا لامر خارجی هو حکم الشارع بالضمان حتی قبل التلف.

(و یشکل اطراد) و شمول (القاعدة) و هی: ما لا یضمن، (أیضا) کالاشکال فی عاریة المحرم للصید (فی البیع فاسدا بالنسبة الی المنافع التی لم یستوفها، فان هذه المنافع غیر مضمونة فی العقد الصحیح) فان الانسان اذا اشتری شاة و لم یشرب حلیبها، لم یکن ضامنا لشیء فی مقابل الحلیب، فان الثمن الّذی اعطاه انما هو فی مقابل عین الشاة، لا فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۵

مع انها مضمونة فی العقد الفاسد.

الّا ان یقال: ان ضمان العین، یستتبع ضمان المنافع، فی العقد الصحیح و الفاسد.

و فیه نظر لان نفس المنفعة غیر مضمونة بشیء فی العقد الصحیح، لان الثمن انما هو بإزاء العین دون المنافع.

و یمکن نقض القاعدة أیضا، بحمل المبیع فاسدا

مقابل الحلیب (مع انها مضمونة فی العقد الفاسد) لانه تلف الحلیب الّذی هو ملک للبائع علی یده، فیشمله: علی الید ما اخذت.

(الا ان یقال: ان ضمان العین، یستتبع ضمان المنافع فی العقد الصحیح و الفاسد) فمعنی: ضمان العین بالثمن فی العقد الصحیح، ضمانها و ضمان منافعها، فالحلیب مضمون فی العقد الصحیح تبعا للعین، و کذلک مضمون فی العقد الفاسد تبعا للعین.

(و فیه نظر) اذ لا نسلم تبعیة المنافع للعین، فی الضمان (لان نفس المنفعة غیر مضمونة بشیء فی العقد الصحیح) اذ: الثمن انما یقع

بإزاء نفس العين، لا بإزاء العين و المنافع معا (لان الثمن انما هو بإزاء العين دون المنافع) عرفا.

و يدل عليه ان الشاة لو لم تعط الحليب- مثلا- لم يكن للمشترى استرجاع بعض الثمن من البائع

(و يمكن نقض القاعدة) اى قاعدة: ما لا يضمن، (أيضا بحمل المبيع) اى ولد الحيوان المبيع الّذى فى بطنه فيما كان البيع (فاسدا) فانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۴۶

على ما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير: من كونه مضمونا على المشترى، خلافا للشهيدين، و المحقق الثانى، و بعض آخر، تبعا للعلامة فى القواعد، مع ان الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناء على انه للبائع، و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما اذا اشترط الدخول فى البيع، و حينئذ لا نقض على القاعدة

و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة، بناء على انه لا يجوز التصرف بها

مضمون على المشترى، فيلزم عليه اعطاء عوض الحمل اذا تلف بناء (على ما صرح به فى المبسوط، و الشرائع، و التذكرة، و التحرير: من كونه مضمونا على المشترى خلافا للشهيدين و المحقق الثانى و بعض آخر) حيث قالوا بعدم الضمان للحمل (تبعا للعلامة فى القواعد) القائل بعدم الضمان (مع ان الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح) اذ الثمن بإزاء الامّ، لا بإزاء الشاة و الحمل معا (بناء على انه للبائع) اما على البناء بانه ليس للبائع اصلا، فعدم ضمانه للثمن فى الصحيح اوضح.

(و عن الدروس توجيه كلام العلامة) فى التذكرة القائل: بالضمان للحمل فى العقد الفاسد (بما اذا اشترط الدخول) للحمل (فى البيع) بان قال المشترى: اشترى منك هذه الشاة بشرط حملها بمائة (و حينئذ) اى حين الاشتراط (لا نقض على القاعدة) اذ كان الحمل فى مقابل الثمن صحيحا، فكان يضمن بصحيحه، و عليه فيضمن بفاسده أيضا.

(و يمكن النقض) لقاعدة ما لا يضمن (أيضا بالشركة الفاسدة بناء على انه لا يجوز التصرف بها) اى بسبب الشركة الفاسدة، اذ الاذن للتصرف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۴۷

فاخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان.

[مبنى عدم الضمان فى عكس القاعدة هو الأولوية و المناقشة فيها]

ثم ان مبنى هذه القضية السالبة- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط- هى الاولوية.

و حاصلها: ان الرهن لا يضمن بصحيحه، فكيف بفاسده.

و توضيحه: ان الصحيح من العقد اذا لم يقتض الضمان- مع امضاء الشارع له- فالفاسد الّذى هو بمنزلة

فى المال المشترك كان خاصا بصورة الشركة، و المفروض انتفاء الشركة.

(فاخذ المال المشترك حينئذ) اى حين بطلان الشركة (عدوانا) اى ليس امانة شرعية، و لا مالكية، فهو: (موجب للضمان) مع ان صحيح الشركة لا يوجب الضمان.

ثم ان قوله: بناء على انه لا- يجوز، هو فى مقابل البناء على جواز التصرف فى المال، و ان بطلت الشركة، لان الاذن باق و ان بطلت الشركة و انما كان الضمان: بناء على انه لا يجوز التصرف، لان مع جواز التصرف الناشئ من الاذن يكون المال امانة مالكية، فلا ضمان.

(ثم ان مبنى هذه القضية السالبة) و هى: كلما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط- هى

الاولویة) فی عدم الضمان.

(و حاصلها: ان الرهن لا یضمن بصحیحه فکیف بفاسده) و هذه الاولویة لیست استحسانا، بل قد استفیدت من الادلة.

(و توضیحه: ان الصحیح من العقد) ایّ عقد کان (اذا لم یقتض.

الضمان- مع امضاء الشارع له-) قید توضیحی (فالفاسد الّذی هو بمنزلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۸

العدم لا یؤثر فی الضمان، لان اثر الضمان، اما من: الاقدام علی الضمان و المفروض عدمه، و الّا لضمن بصحیحه، و اما من حکم الشارع بالضمان- بواسطة هذه المعاملة الفاسدة- و المفروض انها لا تؤثر شیئا.

و وجه الاولویة ان الصحیح اذا کان مفیدا للضمان، امکن ان یقال ان الضمان من مقتضیات الصحیح فلا یجری فی الفاسد، لکونه لغوا غیر مؤثر، علی ما سبق تقریبه: من انه اقدم علی ضمان خاص، و الشارع لم یمضه فیرتفع اصل الضمان

العدم، لا یؤثر فی الضمان) بطریق اولی (لان اثر الضمان) ای الاثر الّذی هو الضمان (اما من: الاقدام) ای اقدام الآخذ (علی الضمان، و المفروض عدمه) اذ الآخذ اقدم علی المجانیة، لا علی الضمان (و الّا لضمن بصحیحه) الّذی اقدم علیه (و اما من حکم الشارع بالضمان- بواسطة هذه المعاملة الفاسدة- و المفروض انها) ای المعاملة الفاسدة (لا تؤثر شیئا) لانها بمنزلة العدم، و اما لقاعدة: الید، و سیأتی عدم افادتها:

الضمان، فی المقام.

(و وجه الاولویة) دون المساوات (ان الصحیح، اذا کان مفیدا للضمان، امکن ان یقال: ان الضمان من مقتضیات الصحیح، فلا یجری) الضمان (فی الفاسد، لکونه) ای العقد الفاسد (لغوا غیر مؤثر، علی ما سبق تقریبه) ای تقریب عدم الضمان فی الفاسد (من انه: اقدم علی ضمان خاص) بمقابل المال (و الشارع لم یمضه) لفرض فساد العقد (فیرتفع اصل الضمان) و علیه فوجه الاولویة، انه إن کان الصحیح موجبا للضمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۹

لکن یخدشها: انه یجوز ان یکون صحة الرهن، و الاجارة- المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر علی العین شرعا- مؤثرة فی رفع الضمان، بخلاف الفاسد الّذی لا یوجب تسلطا لهما علی العین، فلا اولویة.

فان قلت: ان الفاسد و ان لم یکن له دخل فی الضمان، الا ان مقتضی

امکن ان یقال: بعدم الضمان فی الفاسد، فکیف اذا کان الصحیح لا یوجب الضمان؟

(لکن یخدشها) ای الاولویة التی کانت مستندة لعدم الضمان فی الفاسد فیما اذا کان الصحیح غیر موجب للضمان.

و وجه الخدشة عکس الاولویة، بان یقال: یمکن ان یکون الصحیح بدون الضمان، و یکون الفاسد مع الضمان ف (انه یجوز ان یکون صحة الرهن و الاجارة-) مثلا (المستلزمة) تلک الصحة (لتسلط المرتهن و المستأجر علی العین) تسلطا (شرعا- مؤثرة فی رفع الضمان) ف: مؤثرة، خبر: صحة، (بخلاف الفاسد الّذی لا یوجب تسلطا لهما) ای للمرتهن، و المستأجر، (علی العین، فلا اولویة) اذ الشارع، و المالک، لما سلطا علی العین، رفعا الضمان، و فی الفاسد لا تسلیط من الشارع، و لا المالک و لذا فلا رفع للضمان، بل یبقی الضمان علی حاله.

(فان قلت:) کیف تقولون بان: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده من باب انه لا عقد، فلا اثر فی الضمان، و الحال ان قاعدة: الید، قاضیة بالضمان ف (ان الفاسد و ان لم یکن له دخل فی الضمان، الّا ان مقتضی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۵۰

عموم: على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقى الباقى.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود، يخرج به المقبوض بفاسدها و هى: عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك، سواء ملكه اياه بغير عوض او سلطه على الانتفاع به او استأمنه عليه لحفظه، او دفعه إليه لاستيفاء حقه، او العمل فيه بلا اجرة، او معها، او غير ذلك، فهو غير ضامن

عموم: على اليد، هو الضمان) لما وقع فى يد الشخص من اموال غيره و (خرج منه) اى من العموم (المقبوض بصحاح العقود) اى بالعقد الصحيح فى العقود التى لا يضمن بصحيحها- اى (التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض) كالهبة غير المعوضة، و العارية، و ما اشبه (و يبقى الباقى) تحت عموم: اليد.

(قلت: ما) اى الدليل الّذى (خرج به) اى بسبب ذلك الدليل (المقبوض بصحاح تلك العقود، يخرج به) اى بنفس ذلك الدليل (المقبوض بفاسدها) اى فاسد العقود، فالدليل فى المقامين واحد (و هى عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك سواء ملكه) المالك (اياه) المال (بغير عوض) كالهبة (او سلطه على الانتفاع به) كالعارية (او استأمنه عليه لحفظه) كالوديعة (او دفعه إليه لاستيفاء حقه) كالاجارة (او العمل فيه بلا اجرة) كما لو تبرع بخياطة ثوبه، فدفعه إليه لخياطته مجانا (او معها) بان استأجره لخياطة ثوبه (او غير ذلك فهو غير ضامن) للعين اذا تلفت.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۵۱

اما فى غير التمليك بلا عوض اعنى الهبة، فالدليل المخصص لقاعدة الضمان، عموم ما دلّ على: انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه.

اما فى الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم:

اليد، بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان، فان استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى،

و التقييد بالمجانية لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات

(اما) عدم الضمان (فى غير التمليك بلا عوض اعنى) بالتمليك بلا عوض (الهبة، فالدليل المخصص لقاعدة الضمان) اى قاعدة: على اليد ما اخذت (عموم ما دلّ على ان من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن) نحو ليس على الامين الّا اليمين (بل ليس لك ان تتهمه) لان الامين مؤتمن و (اما فى الهبة الفاسدة) فانها ليست بأمانة (فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم: اليد، بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان) اى بالاولوية من الاستيمان الّذى لا يوجب فساده ضمان من فى يده الامانة (فان استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له) فيما فسدت الامانة و تلف المال، مع انه لم يهب المال للآخذ (اقتضى التسليط المطلق) بتجويز كل انواع التصرف (عليه) اى على المال (مجانا) و بلا عوض (عدم ضمانه بطريق اولى) اذ هذا اقل من الامانة التى يراد استردادها (و التقييد) فى كلامنا (بالمجانية) انما هو (لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما فى المعاوضات)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۵۲

فانه عين التضمين.

فحاصل ادلة: عدم ضمان المستأمن، ان من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى، اعنى المثل و القيمة، و لا جعلى فليس عليه ضمان.

«الثانی» من الأمور المتفرعة علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد وجوب رده فورا الی المالک.

فـان البـائع یسـلط المشتری علی مـاله تسـلیطا مطلقا، و لکنه بمقابل العوض (فانه) ای هـذا القسم من التسـلیط (عین التضـمین) لانه فی مقابل العوض

(فحاصـل ادلـة عـدم ضـمان المسـتأمن) بالفتـح- ای من اخـذ المال امانـة- (انّ من دفع المالک إلیه ملکه علی وجه لا یضـمنه بعوض واقعی) ای القیمة الواقعیة (اعنی المثل، و القیمة، و لا جعلی) فانهما لم یجعلا فی مقابل المال عوضا (فلیس علیه ضمان)

هـذا و لکن الاولی الاسـتدلال فی کل مورد للضـمان او عـدم الضـمان بأدلتهما لا بـدلیل: ما یضـمن، او: ما لا یضـمن، لأنهما قاعدتان مصطیدتان و من المعلوم ان القاعدة المصطیدة لا تصلح دلیلا.

(فی وجوب فوریة الرد الی المالک)-

(الثانی: من الامور المتفرعـة علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد) فان الکلام کان فی ذلک و انما اسـتطرد الکلام حول قاعدة: ما یضمن، و:

ما لا یضـمن، لارتباط لها بالمسألـة- کما عرفت- (وجوب رده فورا الی المالک) و المراد الفور العرفی، لا الدقی العقلی، لان الأدلة لا تدل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۳

و الظاهر انه مما لا خلاف فیه علی تقـدیر عدم جواز التصـرف فیه، کما یلوح من مجمع الفائدة، بل صـرح فی التذکرة، کما عن جامع المقاصد: ان مئونة الرد علی المشتری، لوجوب ما لا یتم الردّ الّا به.

و اطلاقه یشمل: ما لو کان فی ردّه مئونة کثیرة، الّا ان یقید بغیرها بادلة نفی الضرر.

اکثر من العرفی، فان الدلیل اذا قال: إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا، استفاد العرف منه کون الرد فورا عرفیا، لادقیا عقلیا.

(و الظـاهر انه) وجوب الرد فورا (ممـا لا خلاف فیه علی تقـدیر عـدم جواز التصـرف فیه) اذ لا مجال لحفظه، فان الابقاء أیضا نوع من التصـرف المنهی عنه (کما یلوح من مجمع الفائدة) کما یظهر منه وجوب الرد فورا (بل صرح فی التذکرة، کما عن جامع المقاصد: انّ مئونـة الرد علی المشتری) و هـذا امر زائـد علی اصل الرد لامکان کون الرد واجبا، و لکن المئونـة لا تکون علی المشتری بان لزم علی المالک او غیره (لوجوب ما لا یتم الرد الّا به) و مقدمة الواجب واجبة.

(و اطلاقه) ای اطلاـق کلاـم التـذکرة (یشـمل: ما لو کان فی ردّه مئونـة کثیرة) کما لو کانت المئونـة مائـة دینار- مثلا- (الّا ان یقیـد) الوجوب المسـتفاد من کونه مقدمة الواجب (بغیرها) ای بغیر المئونة الکثیرة (بادلة نفی الضرر) فانه لا ضرر و لا ضرار، فلا وجه لتضرر اخذ المتاع بالعقد الفاسد بهذا القدر الکبیر من الضرر.

و الفرق بینه و بین الضرر الیسیر- و ان کان هو ضررا واقعا أیضا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۴

و یـدل علیه ان الامسـاک آنا مّا، تصـرف فی مال الغیر بغیر اذنه، فلا یجوز، لقوله عجل اللّه تعالی فرجه لا یجوز لاحـد ان یتصـرف فی مال غیره الّا باذنه.

و لو نوقش فی کون الامساک تصرفا، کفی عموم قوله (ص): لا یحل مال امرئ مسلم لاخیه الّا عن طیب نفسه، حیث یدل علی تحریم

جمیع الافعال المتعلقة به التی منها: کونه فی یده.

ان الیسیر لا یسمی ضررا عرفا، فلا یشمله دلیل: نفی الضرر، فیشمله دلیل مقدمة الواجب بدون مزاحم.

(و یدل علیه) ای علی وجوب الرد فورا مطلقا- ای سواء احتاج الی المال أم لا- (ان الامساک آنا مّا، تصرف فی مال الغیر بغیر اذنه، فلا یجوز) هذا التصرف.

اما کونه تصرفا فلوضوح ان التصرف اعم من الامساک.

و اما کونه لا یجوز ف (لقوله عجل الله تعالی فرجه: لا یجوز لاحد ان یتصرف فی مال غیره الّا باذنه) و حیث انتفی الاذن، لفساد المعاملة و الاذن کان مقیدا بالمعاملة، اذ لا اذن مطلق فی المقام- حرم التصرف

(و لو نوقش فی کون: الامساک تصرفا) بدعوی ان المنصرف من التصرف: التقلیب و الحمل فی الشیء (کفی) فی الحرمة (عموم قوله (ص):

لا یحل مال امرئ مسلم لاخیه الّا عن طیب نفسه) فان: لا یحل، شامل للامساک قطعا (حیث یدل علی تحریم جمیع الافعال المتعلقة به التی منها) ای من تلک الافعال (کونه فی یده) و لو بدون تقلیب، و عمل فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۵

و اما توهم: ان هذا باذنه، حیث انه دفعه باختیاره، فمندفع بانه انما ملکه ایاه عوضا، فاذا انتفت صفة العوضیة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا و المفروض ان کونه علی وجه الملکیة المجانیة مما لم ینشأها المالک.

و کونه مالا للمالک و امانة فی یده أیضا، مما لم یؤذن فیه، و لو اذن له، فهو استیداع جدید، کما انه لو ملکه مجانا کانت هبة جدیدة.

(و اما توهم ان هذا) الامساک (باذنه) فهو داخل فی المستثنی لا المستثنی منه (حیث انه) ای صاحب المال (دفعه باختیاره، فمندفع بانه انما) اذن اذنا معاملیا، فاذا انتفت المعاملة، لفسادها، لم یکن اذن، فان البائع دفعه و (ملکه ایاه عوضا، فاذا انتفت صفة العوضیة باعتبار) متعلق بانتفت (عدم سلامة العوض له شرعا) لحکم الشارع بفساد المعاملة، انتفی الاذن، هذا هو جواب: فاذا انتفت، و کانه ساقط فی عبارة المصنف او عبارة الناسخ، و یمکن ان یکون: فاذا، بالتنوین و لکنه تکلف فلا یحتاج الی الجواب (و المفروض ان کونه علی وجه الملکیة المجانیة مما لم ینشأها المالک) حتی یکون هناک اذن وراء الاذن المعاوضی.

(و کونه مالا للمالک و امانة فی یده) ای فی ید الآخذ حتی یکون امانة مالکیة، و اذنا (أیضا، مما لم یؤذن فیه، و لو) فرض انه (اذن له،) امانة (فهو استیداع جدید،) لا ربط له بالاذن المعاوضی السابق

و کلامنا نحن فی جواز الامساک بالاذن المعاوضی السابق الّذی کان فاسدا (کما انه لو ملکه مجانا کانت هبة جدیدة) و یکون خارجا عن محل الکلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۶

هذا و لکن الّذی یظهر من المبسوط: عدم الاثم فی قبضه، معللا بانه: قبضه باذن مالکه.

و قد تقدم أیضا من التحریر: التصریح بعدم الاثم فی امساکه، و کذا السرائر ناسبا له الی الاصحاب، و هو ضعیف، و النسبة غیر ثابتة، و لا یبعد إرادة صورة الجهل لانه لا یعاقب.

«الثالث»: انه لو کان للعین المبتاعة منفعة استوفاها المشتری

و الحاصل ان قوله علیه السلام: الا باذنه، منتف اذ الاذن المعاوضی انتفی، و الاذن الهبی او الامانی لم یکن، فلا اذن.

(هذا و لکن الّذی یظهر من المبسوط: عدم الاثم فی قبضه معللا بانه قبضه باذن مالکه) و هذا مناف لما ذکرناه من انه لا اذن.

(و قد تقدم أیضا من التحریر التصریح بعدم الاثم فی امساکه و کذا السرائر ناسبا له الی الاصحاب و) کانهم قالوا بانحلال الاذن المعاوضی الی جنس الاذن، و فصل خاص هو المعاوضة، فاذا انتفی الخاص لم یعلم انتفاء الاذن الّذی هو جنس.

لکن (هو ضعیف) فان بانتفاء الفصل ینتفی الجنس (و النسبة) الی الاصحاب (غیر ثابتة و لا یبعد إرادة) الشیخ و العلامة و ابن ادریس (صورة الجهل) من الآخذ بفساد المعاملة (لانه لا یعاقب) حینئذ علی امساکه المال لا ان مرادهم الاذن المالکی.

(الثالث) من الامور المتفرعة علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد (انه لو کان للعین المبتاعة منفعة استوفاها المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۷

قبل الرد کان علیه عوضها علی المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر- من کونه بمنزلة المغصوب- الاتفاق علی الحکم.

و یدل علیه عموم قوله: (ع) لا یحل مال امرئ مسلم لاخیه الا عن طیب نفسه بناء علی صدق المال علی المنفعة.

و لذا یجعل ثمنا فی البیع و صداقا فی النکاح خلافا للوسیلة، فنفی الضمان محتجا: بان الخراج بالضمان.

قبل الرد) کما لو شرب لبن الشاة المبتاعة بیعا فاسدا (کان علیه عوضها علی المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر- من کونه) ای المبیع بالبیع الفاسد (بمنزلة المغصوب-) لان کلیهما مال انسان آخر فی ید شخص لم یأذنا بکونه فی یده (الاتفاق علی الحکم) ای ضمان المنفعة المستوفاة.

(و یدل علیه عموم قوله (ع): لا یحل مال امرئ مسلم لاخیه الا عن طیب نفسه بناء علی صدق المال علی المنفعة) فان الحلیب المستوفی من الشاة مال لمالک الشاة، و لا طیب نفس للمالک فی استیفاء الآخذ له، و لا یخفی ان مثل الحلیب مال قطعا.

نعم: یمکن الشک فی صدق المال علی مثل الاستنفاع بالدار بالجلوس فیها- مثلا-

(و لذا) الّذی یصدق المال علی المنفعة (یجعل) المنفعة (ثمنا فی البیع) مع انه مبادلة مال بمال (و صداقا فی النکاح) و المهر یلزم ان یکون مالا (خلافا للوسیلة فنفی الضمان) للمنفعة المستوفاة (محتجا: بان الخراج بالضمان) ای ان الفائدة فی مقابل الضمان فحیث کان المشتری بالعقد الفاسد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۸

کما فی النبوی المرسل، و تفسیره: ان من ضمن شیئا و تقبله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببیة، او المقابلة، فالمشتری لما اقدم علی ضمان المبیع، و تقبله علی نفسه بتقبیل البائع و تضمینه ایاه علی ان یکون الخراج له مجانا کان اللازم من ذلک ان خراجه له علی تقدیر الفساد، کما ان الضمان علیه علی هذا التقدیر أیضا.

و الحاصل: ان ضمان العین لا یجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه الی: ان الغنیمة، و الفائدة

ضامنا، کانت الفائدة له (کما فی النبوی المرسل) روی عن النبی (ص) فی غوالی اللئالی (و تفسیره: ان من ضمن شیئا و تقبله لنفسه، فخراجه له) فکما انه یضمنه، کذلک ارباحه للضامن (فالباء) فی: بالضمان، (للسببیة) ای: الخراج بسبب الضمان، لکن علی هذا فالجملة ناقصة تحتاج الی التقدیر (او) ان الباء ل (المقابلة) ای: الخراج فی مقابل الضمان (فالمشتری لما اقدم علی ضمان المبیع) لأن معنی اعطائه المال فی عوض المبیع: انه ضمنه بعوض (و تقبله) ای الضمان (علی نفسه) و ذلک (بتقبیل البائع، و تضمینه ایاه، علی ان یکون الخراج له مجانا) «علی» متعلق ب: اقدم، ای اقدم بناء منه علی ان تکون الفائدة له (کان اللازم من ذلک) الاقدام (ان خراجه له

علی تقدیر الفساد، کما ان الضمان علیه علی هذا التقدیر أیضا) هذا هو معنی الحدیث.

(و الحاصل) منه (ان ضمان العین لا یجتمع مع ضمان الخراج) و الفائدة فمن ضمن العین لا یضمن الخراج (و مرجعه الی ان الغنیمة، و الفائدة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۵۹

بإزاء الغرامة.

و هـذا المعنی مسـتنبط من اخبار کثیرة متفرقة مثل قوله (ع)- فی مقام الاستشـهاد علی کون منفعة المبیع فی زمان الخیار للمشتری- الا تری انها لو احترقت کانت من مال المشتری، و نحوه فی الرهن و غیره

عطف بیان (بإزاء الغرامة) و لو التقدیریة منها، بان کان ضامنا للعین

(و هذا المعنی مستنبط من اخبار کثیرة متفرقة، مثل قوله (ع)- فی مقام الاستشهاد علی کون منفعة المبیع فی زمان الخیار للمشتری- الا تری انها لو احترقت کانت من مال المشتری) فی موثقـة اسـحاق بن عمار، قال سـمعت من یسأل أبا عبـد الله (ع) یقول: و قـد سأله عن رجـل مسـلم احتـاج الی بیع داره، فمشـی الی اخیه فقـال له ابیعـک داری هـذه، و یکون لک احبّ إلیّ من ان یکون لغیرک، علی ان تشترط لی انی اذا جئتک بثمنها الی سنة تردها علیّ، قال (ع): لا بأس بهـذا ان جاء بثمنها، و هما علیه قلت: أ رأیت لو کان للـدار غلة لمن یکون؟ قـال (ع): للمشتری الا ـ تری انها لو احترقت کان من ماله، و قریب منها روایـة معاویـة عنه (ع) فان ظاهر الروایـة: ان فائـدة الـدار للمشتری حیث ان خسارتهـا- فیمـا لو احترقت- تکون علیه، فـالخراج بالضـمان (و نحوه فی الرهن و غیره) ففی خبر اسـحاق بن عمار، قلت لابی ابراهیم (ع)، عن الرجل یرهن الغلام و الدار فتصیبه الآفة علی من یکون؟ قال (ع): علی مولاه، ثم قال:

أ رأیت لو قتـل قتیلا علی من یکون؟ قلت: هو فی عنق العبـد، قال (ع) الا تری فلم یـذهب مال هـذا، ثم قال (ع): أ رأیت لو کان ثمنه مائة دینار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۶۰

و فیه: ان هـذا الضـمان، لیس هو مـا اقـدم علیه المتبایعـان، حتی یکون الخراج بـإزائه، و انمـا هو امر قهریّ حکم به الشـارع کما حکم بضمان المقبوض بالسوم، و المغصوب.

فالمراد بالضمان الّذی بإزائه الخراج، التزام الشیء علی نفسه، و تقبله له مع امضاء الشارع له.

فزاد و بلغ مائتی دینار، لمن کان یکون؟ قلت: لمولاه، قال (ع) کذلک یکون علیه، ما یکون له.

(و فیه) ای فی استدلال ابن حمزة (ان هذا الضمان) للخراج (لیس هو ما اقدم علیه المتبایعان حتی یکون الخراج بإزائه) و قد عرفت ان الضـمان الّذی اقدم علیه المتبایعان یکون بإزائه الخراج (و انما هو امر قهری حکم به الشارع، کما حکم بضـمان المقبوض بالسوم) و هو ما یأخذه المشتری من المتاع لارادة اشترائه فیتلف فی یده، فان المشتری لم یقدم علی الضمان فیه، و انما حکم الشارع بالضمان.

(و) کذا (المغصوب) فان ضمانه علی الغاصب بحکم الشارع، اذ الغاصب لم یقدم علی الضمان.

(فالمراد بالضـمان) فی مرسـلة: الخراج بالضـمان، (الّذی بإزائه الخراج) هو (التزام الشـیء علی نفسه، و تقبله له) ای للشـیء (مع امضاء الشارع له) کالبیع، فان خراجه فی مقابل ضـمانه الحاصل ذلک الضـمان بسـبب تقبل المشتری للمبیع، و امضاء الشارع لهذا التقبل، فلا تشمل القاعدة ما نحن فیه مما قبضه بظن صحة المعاملة، فظهر فسادها، اذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۶۱

و ربما ینتقض ما ذکرنا فی معنی الروایة بالعاریة المضـمونة، حیث انه اقدم علی ضـمانها، مع ان خراجها لیس له، لعدم تملکه للمنفعة،

و انما تملک الانتفاع الّذی عینه المالک فتأمل.

و الحاصل ان دلالة الروایة لا تقصر عن سندها فی الوهن، فلا یترک، لاجلها قاعدة ضمان: مال المسلم و احترامه، و عدم حلّه الّا عن طیب النفس،

التقبل من المشتری و ان کان موجودا، لکن الشارع لم یمضه.

(و ربما ینتقض ما ذکرنا فی معنی الروایة) ای قولنا: فالمراد بالضمان الّذی بإزائه الخراج الخ، فی ذیل ردّ ابن حمزة (بالعاریة المضمونة) بان استعار شیئا، و ضمن ان یکون تلفها علیه (حیث انه اقدم علی ضمانها) و الشارع امضی ذلک (مع ان خراجها لیس له لعدم تملکه للمنفعة) فان الشاة العاریة، اذا ولدت لم یکن الولد للمستعیر، و انما هو للمعیر (و انما تملک) باخذ العاریة (الانتفاع الّذی عینه المالک) له فان المعروف فی باب العاریة، انها تملک الانتفاع لا تملک المنفعة (فتأمل) اذ: أولا علی تقدیر تسلیم ان العاریة تملک انتفاع، لا تملک منفعة نقول: انها تخصیص فی قاعدة: الخراج بالضمان، و ثانیا: لا نسلم کون العاریة تملک انتفاع فقط، بل نقول: بانها تملک منفعة، فالهبة تملک العین، و العاریة تملک الانتفاع.

(و الحاصل) من هذه المعانی المحتملة فی روایة الخراج بالضمان (ان دلالة الروایة لا تقصر عن سندها فی الوهن) فکلاهما موهونان (فلا یترک لاجلها، قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه، و عدم حلّه الّا عن طیب النفس)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۶۲

و ربما یرد هذا القول بما ورد: فی شراء الجاریة المسروقة من ضمان قیمة الولد، و عوض اللبن، بل عوض کل ما انتفع.

و فیه ان الکلام فی البیع الفاسد الحاصل بین مالکی العوضین، من جهة ان مالک العین جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن

مما قد عرفت ورود الاخبار بهذه المضامین الثلاثة، و علی هذا فلو اخذ شیئا بالعقد الفاسد، کانت الفوائد لذلک الشیء للبائع.

(و ربما یرد هذا القول) ای عدم وجوب رد الفوائد المستوفاة الی البائع، فیما ظهر فساد المعاملة (بما ورد: فی شراء الجاریة المسروقة من ضمان) المشتری (قیمة الولد، و عوض اللبن، بل عوض کل ما انتفع) فان الولد حیث یصبح حرّا، یکون ذلک تفویتا علی مالک الجاریة، و کذا لبن الجاریة الّذی شربه الولد، و قیمة البضع الّذی استعمله، الی غیرها من الفوائد المستوفاة، کالخدمة و ما اشبه.

(و فیه) ان هذا لا یصلح ردّا اذ الکلام فی کون: الخراج فی مقابل الضمان المعاوضی، و الردّ انما هو: وجوب الرد فی ما کان الضمان یدویا اذ مفروض الکلام: کون الجاریة مسروقة، ف (ان الکلام) لابن حمزة (فی البیع الفاسد) فانه یقول: لا ضمان فی منافعه المستوفاة (الحاصل) ذلک البیع (بین مالکی العوضین، من جهة ان مالک العین جعل خراجها) ای خراج العین (له) ای للمشتری (بإزاء ضمانها) ای ضمان العین (بالثمن) الّذی دفعه المشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۶۳

لا ما کان فساده من جهة التصرف فی مال الغیر

و اضعف من ذلک ردّه بصحیحة ابی ولّاد، المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة، ردّا علی ابی حنیفة القائل: بانه اذا تحقق ضمان العین و لو بالغصب، سقط کراها کما یظهر من تلک الصحیحة

(لا) ان الکلام فی (ما کان فساده من جهة التصرف فی مال الغیر) فابن حمزة یقول: الخراج بالضمان، فیما کان هناک معاوضة، و الرادّ یقول: لا ضمان فیما لم یکن هناک معاوضة، و من المعلوم ان هذا الردّ لا یلائم کلام ابن حمزة.

اللهم الا ان یقال: مقتضی اطلاق: الخراج بالضمان، الّذی یستدل به ابن حمزة: عدم ضمان فوائد الجاریة المسروقة فضمانها- کما

استفيد من الروايهٔ- مناف لقاعدهٔ: الخراج بالضمان،

(و اضعف من ذلک) الردّ (ردّه) ای ابن حمزهٔ (بصحیحهٔ ابی ولّاد، المتضمنهٔ لضمان منفعهٔ المغصوب المستوفاهٔ) تلک المنفعهٔ (ردا على ابى حنيفهٔ القائل: بانه اذا تحقق ضمان العين) بان ضمن الشخص العين المغصوبهٔ (و لو) كان الضمان (بالغصب، سقط كراها) ای کری العین، و اجرتها (کما یظهر) قول ابی حنیفهٔ بعدم الضمان (من تلک الصحیحهٔ).

و وجه کون هذا الردّ اضعف من الردّ السابق، ان فی المقام: غصب بدون البیع- اصلا- و الردّ السابق کان فی مورد: الغصب مع البیع، و كلام ابن حمزهٔ فی: البیع المجرد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۴

نعم: لو كان القول المذكور موافقا لقول ابى حنيفهٔ، فى اطلاق القول: بان الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحهٔ و ما قبلها ردّا عليه هذا كله فی المنفعهٔ المستوفاهٔ.

و اما المنفعهٔ الفائتهٔ بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان و قد عرفت عبارهٔ السرائر المتقدمهٔ.

و لعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين فهى مقبوضهٔ فى يده

(نعم: لو كان القول المذكور) اى قول ابن حمزهٔ (موافقا لقول ابى حنيفهٔ، فى اطلاق القول: بان الخراج بالضمان) سواء: فى البيع الفاسد، او الغصب و البيع، او الغصب فقط (انتهضت الصحيحهٔ) لابى ولّاد (و ما قبلها) من روايهٔ الجاريهٔ (ردّا عليه) اى على قول ابن حمزهٔ، اذ الصحيحهٔ ترد الثالث، و روايهٔ الجاريهٔ ترد الثانى

(هذا كله) تمام الكلام (فى المنفعهٔ المستوفاهٔ) من المبيع بالبيع الفاسد (و اما المنفعهٔ الفائتهٔ بغير استيفاء) كما لو لم يحلب الشاهٔ المشتراهٔ، شراء فاسدا، او لم يستعمل الدار فذهبت منفعتها هباء، او ما اشبه ذلک (فالمشهور فيها أيضا الضمان) اى ضمان المشترى (و قد عرفت عبارهٔ السرائر المتقدمهٔ) الّذی حکم بکونه کالمغصوب.

(و لعله) اى الضمان (لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين) فكما ان عين الدار بيده، كذلک اجرتها (فهى مقبوضهٔ فى يده) فيشمل المنافع، قاعدهٔ: على اليد ما اخذت.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۵

و لذا يجرى على المنفعهٔ، حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعهٔ فى ضمان المستأجر، و يتحقق قبض الثمن فى السلم، بقبض الجاريهٔ المجعول خدمتها ثمنا.

و كذا الدار المجعول سكناها ثمنا

مضافا الى انه مقتضى: احترام مال المسلم اذ كونه فى يد

(و لذا) الّذى تعتبر المنافع اموالا فى يد من فى يده العين (يجرى على المنفعهٔ حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعهٔ) للدار (فى ضمان المستأجر) و لو لم تكن المنافع مقبوضهٔ لم يكن وجه لدخولها فى ضمان المستأجر (و) لذا أيضا (يتحقق قبض الثمن فى) بيع (السلم) و هو:

تقديم الثمن، و تأخير المثمن مقابل النسيئهٔ- التى هى تقديم المثمن، و تأخير الثمن (بقبض الجاريهٔ المجعول خدمتها ثمنا) فاذا اشترى زيد وزنهٔ من الحنطهٔ عن خالد ليسلمها له بعد ستهٔ اشهر، و جعل ثمنها خدمهٔ جاريته هند، ثم سلم خالد البائع هندا ليستوفى خدمتها صح سلما، لأن الثمن قد قبضه البائع، و لو لم تكن المنفعهٔ قابلهٔ للقبض، لزم فساد البيع اذ: السلم يحتاج الى القبض فى المجلس، و الّا فلا- كما قرر فى محله-.

(و كذا الدار المجعول سكناها ثمنا)، لبيع السلف، فانه يقبض بتسليم الدار.

(مضافا الى انه) اى ضمان المنافع غير المستوفاة (مقتضى: احترام مال المسلم) و هذا غير دليل: على اليد ما اخذت، فانه مستفاد من قوله (ص): و حرمة ماله كحرمة دمه، (اذ كونه) اى المبيع بالبيع الفاسد (فى يد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۶

غير مالكه، مدة طويلة، من غير اجرة، مناف للاحترام

لكن يشكل الحكم- بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة- بان مجرد ذلك لا يكفى فى تحقق الضمان، الّا ان يندرج فى عموم: على اليد ما اخذت، فلا اشكال فى عدم شمول الموصول للمنافع و حصولها فى اليد بقبض العين، لا يوجب صدق الاخذ

و دعوى انه: كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل

غير مالكه، مدة طويلة) بل او قصيرة (من غير اجرة، مناف للاحترام) فاللازم ان نقول: يجب اعطاء المشترى- فى البيع الفاسد- اجرة الدار الى المالك، و ان لم يستوفها المشترى.

(لكن يشكل الحكم) بضمان المشترى للمنافع غير المستوفاة (- بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة-) و عدم المناقشة فى انها ليست اموالا، فلا تشملها على اليد، و: حرمة ماله، (بان مجرد ذلك) اى كونها اموالا حقيقة (لا يكفى فى تحقق الضمان، الا ان يندرج فى عموم: على اليد ما اخذت) اذ: لا دليل لنا على ضمان المال المأخوذ، بل الدليل: على اليد، (فلا اشكال فى عدم شمول الموصول) اى: ما، فى: على اليد ما اخذت، (للمنافع) فان الظاهر من الموصول: الاعيان الخارجية (و حصولها): مبتدأ، خبره:

لا يوجب، اى حصول المنافع (فى اليد ب) سبب (قبض العين لا يوجب صدق الاخذ) حتى يقال: فيشمله: ما اخذت.

(و دعوى انه) اى: ما اخذت، (كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۷

فى المنافع بقبض الاعيان، مشكلة.

و اما احترام مال المسلم فانما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه و اتلافه بلا عوض و انما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا، كما عن الايضاح، او مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للاصل السليم

مضافا الى انه قد يدعى شمول قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

ذلك الاستيلاء (فى المنافع بقبض الاعيان) فيشمل: ما اخذت، للمنافع أيضا

فهذه الدعوى (مشكلة) اذ: الظاهر، الاخذ، لا مطلق الاستيلاء

لكن الانصاف ان المستفاد عرفا من: الاخذ، الاستيلاء، و لذا يشمل لبس الخف، و ركوب الدابة، و بعث من يمنع المالك من ملكه، بقطع استيلائه، و هكذا.

(و اما احترام مال المسلم ف) لا يقتضى بضمان من تلفت المنافع تحت يده بدون استيفاء لها، لان الاحترام (انما يقتضى عدم حل التصرف فيه و) عدم (اتلافه بلا عوض، و انما يتحقق ذلك) الاتلاف بلا عوض (فى الاستيفاء) و لا استيفاء فى المقام، و التصرف هنا غير محرم فعلى، لعدم العلم بكونه مال الغير (فالحكم بعدم الضمان) فى المنافع غير المستوفاة (مطلقا) سواء مع علم البائع بالفساد، او جهله، (كما عن الايضاح، او مع علم البائع بالفساد) لانه اقدم على عدم احترام ماله (كما عن بعض آخر موافق للاصل السليم) عن دليل وارد عليه.

(مضافا الى انه قد يدعى شمول قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۸

بفاسده، و من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشترى للمنفعة لانها له مجانا، و لا يتقسط الثمن عليها.

و ضمانها مع الاستيفاء لاجل الاتلاف، فلا ينافى القاعدة المذكورة، لانها بالنسبة الى التلف، لا الاتلاف.

مضافا الى الاخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

بفاسده) للمقام (و) ذلك، لانه لو كان البيع صحيحا، لم يضمن المشترى للمنافع غير المستوفاة، فكذلك لا يضمن فى صورة فساد البيع، فانه (من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشترى للمنفعة) غير المستوفاة (لانها) اى المنفعة (له) اى للمشترى (مجانا، و لا يتقسط الثمن عليها) اى على المنفعة، اذ الثمن فى مقابل العين فقط.

(و) ان قلت على هذا يلزم عدم ضمان المنافع المستوفاة اذ المستوفاة أيضا لا يضمن فى صورة صحة البيع.

قلت (ضمانها) اى المنافع (مع الاستيفاء) انما هو (لاجل) ما ذكرنا من (الاتلاف فلا ينافى) الضمان (القاعدة المذكورة) اى قاعدة ما لا يضمن (لانها) اى القاعدة (بالنسبة الى التلف، لا الاتلاف)

فكل: ما لا يضمن بصحيحه فى صورة التلف، لا يضمن بفاسده اما ما لا يضمن بصحيحه فى صورة الاتلاف فيضمن بفاسده، لما عرفت من قاعدة: اليد، و غيرها المخصصة، او الحاكمة على قاعدة: ما لا يضمن.

(مضافا) على ان القاعدة لا تشمل الاتلاف انظر (الى الاخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۶۹

المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها فى مقام البيان.

و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة: فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه، فقال (ع): الحكم ان يأخذ الوليدة و ابنها و سكت عن: المنافع الفائتة، فان عدم الضمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق اولى

المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها) اى غير المستوفاة (فى مقام البيان) فانما تدل نصّا على ضمان المستوفاة، و سكوتا على عدم ضمان غير المستوفاة.

(و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة: فيمن باع وليدة ابيه) اى أمّ ولده (بغير اذنه) اى اذن الأب (فقال عليه السلام: الحكم ان يأخذ) اى الأب (الوليدة و ابنها) لان البيع باطل، فالمال يرد على صاحبه (و سكت) عليه السلام (عن: المنافع الفائتة) فلم يقل: انه يجب اعطاء المنافع الفائتة للاب، مع وضوح فوت منافع الجارية، حال كونها فى يد المشترى،

(فان عدم الضمان) للمنافع غير المستوفاة (فى هذه الموارد) الجارية المسروقة، و الجارية المباعة بغير اذن صاحبها (مع كون العين لغير البائع) اذ: الاول سارق، و الثانى غاصب لجارية ابيه (يوجب عدم الضمان هنا) فيما لو كان البائع هو المالك، لكنه ظهر بعد ذلك فساد البيع (بطريق اولى) اذ يستند تلف المنافع غير المستوفاة هنا الى المالك، فكأنه هو الّذى اتلف منافعه، خصوصا فى صورة علمه بالفساد و جهل المشترى بان البيع فاسد، فهو كالغارّ الّذى يرجع المغرور إليه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۷۰

و الانصاف ان للتوقف فى المسألة كما فى المسالك تبعا للدروس، و التنقيح، مجالا،

و ربما يظهر من القواعد، فى باب الغصب عند التعرض لاحكام البيع الفاسد، اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع، على ما استظهره السيد العميد، و المحقق الثانى، من عبارة الكتاب، و عن الفخر حمل الاشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.

فتحصل من ذلك كله ان الاقوال فى: ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة، الاول: الضمان و كأنه للاكثر.

(و الانصاف ان للتوقف فی المسألة) و ان المشتری هل یضمن المنافع غیر المستوفاة، او لا یضمنها (کما فی المسالک، تبعا للدروس، و التنقیح) فانهم توقفوا فی الضمان و عدمه (مجالا) لما عرفت من عدم تمامیة ادلة امر الطرفین.

(و ربما یظهر من القواعد، فی باب الغصب عند التعرض لاحکام البیع الفاسد، اختصاص الاشکال و التوقف) فی الضمان، و عدمه، للمنافع غیر المستوفاة. (بصورة علم البائع علی ما استظهره) من کلام العلامة (السید العمید، و المحقق الثانی، من عبارة الکتاب) ای القواعد (و عن الفخر حمل الاشکال) فی الضمان (فی العبارة) ای عبارة القواعد (علی مطلق صورة عدم الاستیفاء) سواء علم البائع بالفساد، أم لا.

(فتحصل من ذلک کله) الّذی ذکرناه من اقوالهم فی: ضمان المنافع غیر المستوفاة (ان الاقوال فی ضمان المنافع غیر المستوفاة خمسة الاول الضمان) مطلقا (و کانه للاکثر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۱

الثانی: عدم الضمان کما عن الایضاح، الثالث: الضمان الّا مع علم البائع کما عن بعض من کتب علی الشرائع، الرابع: التوقف فی هذه الصورة، کما استظهره جامع المقاصد، و السید العمید، من عبارة القواعد، الخامس:

التوقف مطلقا کما عن الدروس، و التنقیح، و المسالک، و محتمل القواعد کما یظهر من فخر الدین.

و قد عرفت ان التوقف اقرب الی الانصاف، الّا ان المحکی عن التذکرة ان منافع الاموال من: العبد، و الثیاب و العقار و غیرها، مضمونة بالتفویت.

فهم قائلون بالضمان (الثانی عدم الضمان) مطلقا (کما عن الایضاح، الثالث الضمان الّا مع علم البائع) فاذا علم البائع، بفساد المعاملة، فلا ضمان علی المشتری (کما عن بعض من کتب) حاشیة (علی الشرائع، الرابع: التوقف) بانه هل یضمن، أم لا (فی هذه الصورة) ای صورة علم البائع (کما استظهره جامع المقاصد، و السید العمید، من عبارة القواعد) علی ما عرفت و القول الاخیر و هو: (الخامس التوقف) فی الضمان (مطلقا) حتی فی صورة جهل البائع بالفساد (کما عن الدروس، و التنقیح، و المسالک، و محتمل القواعد، کما یظهر من فخر الدین) فی انه حمل عبارة القواعد علی الاطلاق، لا علی التقیید کما صنع غیره.

(و قد عرفت ان التوقف) مطلقا (اقرب الی الانصاف، الا ان المحکی عن التذکرة) ما لفظه: (ان منافع الاموال من: العبد، و الثیاب، و العقار و غیرها) کالاراضی، و البساتین، و الدور، و ما اشبه (مضمونة بالتفویت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۲

و الفوات تحت الید العادیة. فلو غصب عبدا، او جاریة، او عقارا، او حیوانا مملوکا، ضمن منافعه، سواء اتلفها، بان استعملها او فاتت تحت یده، بان بقیت مدة فی یده لا یستعملها، عند علمائنا اجمع.

و لا یبعد ان یراد بالید العادیة مقابل الید الحقة، فیشمل ید المشتری فیما نحن فیه خصوصا مع علمه، سیما مع جهل البائع به.

و اظهر منه، ما فی السرائر فی آخر باب الاجارة من: الاتفاق أیضا علی ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله فی باب البیع: ان البیع

و الفوات تحت الید العادیة) ای سواء فوّتها، او فاتت هی بنفسها.

(فلو غصب) شخص (عبدا، او جاریة، او عقارا، او حیوانا مملوکا ضمن) الغاصب (منافعه، سواء اتلفها بان استعملها، او فاتت تحت یده، بان بقیت مدة فی یده لا یستعملها عند علمائنا اجمع) انتهی کلام التذکرة.

(و لا یبعد ان یراد بالید العادیة، مقابل الید الحقة، فیشمل ید المشتری فیما نحن فیه) من البیع الفاسد (خصوصا مع علمه) ای المشتری

بالفساد (سیّما مع جهل البائع به) ای بالفساد.

کما انه یحتمل ان یراد بالید العادیة من یده، ید تعد و ظلم کالغاصب اذ لا تسمی ید المشتری یدا عادیه و ان کان البیع فاسدا، فلا یکون کلام التذکرة شاهد الضمان المنافع غیر المستوفاة فیما نحن فیه.

(و اظهر منه) ای من کلام التذکرة، ظهورا فی الضمان لغیر المستوفاة (ما فی السرائر فی آخر باب الاجارة من: الاتفاق أیضا علی ضمان منافع المغصوب الفائتة) فانه اذا ضم قوله هذا (مع قوله فی باب البیع: ان البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۳

الفاسد عند اصحابنا، بمنزلة الشیء المغصوب الّا فی ارتفاع الاثم عن امساکه انتهی.

و علی هذا: فالقول بالضمان لا یخلو عن قوة، و ان کان المترائی من ظاهر صحیحة ابی ولّاد: اختصاص الضمان فی المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به الی غیر محل الرخصة.

الّا انّا لم نجد بذلک عاملا فی المغصوب الّذی هو موردها

«الرابع»: اذا تلف المبیع [فإن کان مثلیا وجب مثله]

الفاسد عند اصحابنا، بمنزلة الشیء المغصوب، الّا فی ارتفاع الاثم عن امساکه، انتهی) فانه لا اثم فی البیع الفاسد و انما الاثم خاص بالغصب، فهم من القولین: ضمان المنافع غیر المستوفاة فی باب البیع الفاسد.

(و علی هذا) الّذی عرفت کلامی التذکرة، و السرائر (فالقول بالضمان) للمنافع غیر المستوفاة (لا یخلو عن قوة، و ان کان المترائی من ظاهر صحیحة ابی ولاد: اختصاص الضمان فی المغصوب بالمنافع المستوفاة)

فالاختصاص فی المقام الّذی هو ادون من الغصب بطریق اولی فالمضمون هی المنافع المستوفاة (من: البغل المتجاوز به الی غیر محل الرخصة) لا سائر منافعه التی لم یستوفها.

(الّا انّا لم نجد بذلک) ای باختصاص الضمان بالمنافع المستوفاة (عاملا فی المغصوب الّذی هو موردها) ای مورد الصحیحة فکیف یمکن ان یستند الی الصحیحة فی غیر موردها؟.

(«الرابع») من الامور المترتبة علی البیع الفاسد (اذا تلف المبیع)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۴

فان کان مثلیا، وجب مثله بلا خلاف، الا ما یحکی عن ظاهر الاسکافی.

و قد اختلف کلمات اصحابنا فی تعریف المثلی، فالشیخ، و ابن زهرة و ابن ادریس، و المحقق، و تلمیذه، و العلامة، و غیرهم قدس الله ارواحهم، بل المشهور- علی ما حکی-: انه ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة، و المراد: باجزائه، ما یصدق علیه اسم الحقیقة، و المراد: بتساویها من حیث القیمة، تساویها بالنسبة، بمعنی: کون قیمة کل بعض بالنسبة الی قیمة البعض الآخر، کنسبة نفس البعضین من حیث المقدار.

بالبیع الفاسد (فان کان مثلیا) کالحنطة (وجب مثله بلا خلاف، الا ما یحکی عن ظاهر الاسکافی) مما یظهر منه صحة دفع القیمة أیضا.

(و قد اختلف کلمات اصحابنا فی تعریف المثلی، فالشیخ و ابن زهرة، و ابن ادریس، و المحقق، و تلمیذه، و العلامة، و غیرهم قدس الله ارواحهم بل المشهور- علی ما حکی-) عنهم: (انه ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة) فاذا کان قیمة هذا الربع منه دینارا کان قیمة

ذلـك الربع منه أيضـا دينـارا (و المراد: بـاجزائه، مـا يصـدق عليه اسم الحقيقـة) كاسم الحنطـة فى المثال (و المراد: بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة) اى نسبة البعض الى البعض (بمعنى: كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر) كهذا الربع بالنسبة الى ذلك الربع (كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار)

فكما ان الربع، يساوى مقداره ربع الآخر، كذلك قيمة هذا الربع،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۷۵

و لذا قيل فى توضيحه: ان المقدار منه اذا كان يسوى قيمة، فنصفه يسوى نصف تلك القيمة.

و من هنا رجّح الشهيد الثانى: كون المصوغ من النقدين قيميا قال:

اذ لو انفصلت، نقصت قيمتها.

قلت: و هذا يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثليا، اذ: لو

تساوى قيمة الربع الآخر، فقولهم: ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة، فى مقابل: الشاة، مثلا، اذ لو فرضـنا رأسها: حقة، و يدها: حقة، لم تتساو قيمتهما، بل تختلف

(و لذا قيل فى توضـيحه: ان المقدار منه) اى المثلى (اذا كان يسوى قيمة) كالحقة منه تسوى دينارا (فنصـفه يسوى نصف تلك القيمة) كنصف الحقة، يسوى نصف دينار، و ربع الحقة ربع دينار، و الحقتين دينارين و هكذا صاعدا، و نازلا.

(و من هنا) اى عدم صدق هذا التعريف (رجّح الشهيد الثانى:

كون المصوغ من النقدين) الذهب و الفضة (قيميا) لا مثليا (قال: اذ لو انفصلت، نقصت قيمتها) فالآنية الذهبية التى تسوى مائة دينار، لا يسوى نصفها خمسين دينارا

(قلت و) فى هـذا الكلام الّـذى ذكره الشـهيد نظر، اذ (هـذا) المعيار، و هو نقص القيمة اذا انكسـر (يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثليا) فاذا اتلفه انسان، وجب عليه دفع قيمته لا مثله، و هو خلاف البديهة (اذ: لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۷۶

انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع.

الّا ان يقال: ان الدرهم مثلى بالنسبة الى نوعه، و هو الصحيح و لذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة، و لا الدقاقة مثلا للارز

و من هنـا يظهر: ان كـل نوع من انواع الجنس الواحـد، بـل كل صـنف من اصـناف نوع واحـد مثلىّ، بالنسـبة الى افراد ذلك النوع، او الصنف فلا يرد ما قيل من

انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع) حين الاتصال.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۶، ص: ۷۶

(الّا ان يقـال: ان الـدرهم مثلىّ، بالنسـبة الى نـوعه) لا- بالنسـبة الى اجزائه (و هـو) اى ان المراد بنـوعه (الصـحيح) من الـدراهم مقـابل المكسور منها (و لـذا لا يعدّ الجريش) المدقوق (مثلا للحنطة) فالحنطة مثلىّ، بالنسـبة الى مثلها، لا بالنسـبة الى مثلها الى الجريش (و لا الدقاقة مثلا للارز) فمن الممكن: ان يكون شـىء واحد مثليا بالنسبة الى مثله و قيميا بالنسبة الى اجزائه، فالآنية النقدية مثلية، بالنسبة الى

سائر الاوانی و قیمیة بالنسبة الی اجزائها

(و من هنا) الّذی عرفت معیار المثلی (یظهر: ان کل نوع من انواع الجنس الواحد) کأنواع الحنطة (بل کل صنف من اصناف نوع واحد) کاصناف الحنطة الکربلائیة (مثلیّ بالنسبة الی افراد ذلک النوع او الصنف) فکل افراد الحنطة مثلیّ، و کل اصناف الحنطة الکربلائیة مثلیّ، و ذلک لانطباق المعیار المتقدم، و هو تساوی الاجزاء بالنسبة الی القیمة

(فلا یرد) علی تعریف المثلی (ما قیل: من) ان هذا التعریف غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۷

انه ان ارید التساوی بالکلیة، فالظاهر عدم صدقه علی شیء من المعرّف اذ ما من مثلیّ الّا و اجزائه مختلفة فی القیمة، کالحنطة فان قفیزا من حنطة تساوی عشرة، و من اخری تساوی عشرین، و ان ارید التساوی فی الجملة؟

فهو فی القیمی موجود کالثوب و الارض، انتهی.

و قد لوّح هذا المورد فی آخر کلامه الی رفع ایراده بما ذکرنا: من

مستقیم اذ: (انه ان ارید التساوی بالکلیة) ای تساویا کلیّا (فالظاهر:

عدم صدقه علی شیء من المعرف) بالفتح، و المراد بالعرف: المثلی، ای هذا التعریف لا یصدق علی ما هو مثلی عند الفقهاء (اذ ما من مثلی، الّا و اجزائه مختلفة فی القیمة، کالحنطة) مثلا، فانها مثلیّ مع عدم صدق التعریف المذکور (فان قفیزا من حنطة تساوی عشرة) دراهم (و من) حنطة (اخری تساوی عشرین) درهما، فلم یتساو قیمة اجزاء کلی الحنطة (و ان ارید التساوی فی الجملة؟) فالقفیز من الحنطة الکربلائیة تساوی عشرة، و قفیز اخری أیضا منها- لا من مطلق الحنطة- أیضا تساوی عشرة (فهو) ای التساوی فی الجملة (فی القیمی) أیضا (موجود) و لا- اختصاص له بالمثلی (کالثوب و الارض) فهما قیمیان، مع ان بعض الثیاب یساوی بعضها الآخر فی القیمة، و کذلک بعض الاراضی (انتهی) کلام المستشکل علی تعریف القیمی.

(و قد لوّح) و اشار (هذا المورد فی آخر کلامه الی رفع ایراده بما ذکرنا):

من اعتبار النوعیة، او الصنفیة فی المثلی، لا مطلق التساوی، و لو فی الجملة (من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۷۸

ان کون الحنطة مثلیة، معناه: ان کل صنف منها متماثل الاجزاء، و متساو فی القیمة، لا بمعنی ان جمیع ابعاض هذا النوع متساویة فی القیمة، فاذا کان المضمون بعضا من صنف، فالواجب دفع مساویه من هذا الصنف، لا القیمة، و لا بعض من صنف آخر

لکن الانصاف: ان هذا خلاف ظاهر کلماتهم، فانهم یطلقون المثلی.

علی جنس الحنطة و الشعیر، و نحوهما، مع عدم صدق التعریف علیه

ان کون الحنطة مثلیة، معناه: ان کل صنف منها متماثل الاجزاء، و متساو فی القیمة) فالحنطة الکربلائیة، الصنف الخاص منها متماثلة، لا مطلق الحنطة، و لا مطلق الکربلائیة (لا بمعنی ان جمیع ابعاض هذا النوع متساویة فی القیمة) حتی یقال: ان الکربلائیة بعشرة، و البغدادیة بخمسة- مثلا-.

و علی هذا (فاذا کان المضمون بعضا من صنف) کالکربلائیة (فالواجب دفع مساویه من هذا الصنف) الکربلائی أیضا (لا القیمة، و لا بعض من صنف آخر) کالبغدادی- مثلا-.

(لکن الانصاف ان هذا) التقیید للمثلی باعتبار الصنف، لا مطلق النوع (خلاف ظاهر کلماتهم، فانهم) لا یعتبرون الصنف اذ (یطلقون المثلی علی جنس الحنطة و الشعیر، و نحوهما، مع عدم صدق التعریف) المتقدم، و هو تساوی الاجزاء بالنسبة الی القیمة (علیه) ای

على مثل الحنطة و الشعير، اذ: الكربلائية لا تماثل البغدادية، بل لا يماثل صنف من الكربلائية، صنف آخر منها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۷۹

و اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه، او اصنافه، و ان لم يكن بعيدا، الّا انّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا

الّا ان يهملوا خصوصيات الاصناف الموجبة لزيادة القيمة، و نقصانها كما التزمه بعضهم

غاية الامر وجوب رعاية الخصوصيات عند اداء المثل، عوضا عن

(و) ان قلت: انهم يطلقون المثلية على الجنس باعتبار مثلية اصنافه قلت: (اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه، او اصنافه، و ان لم يكن بعيدا) اذ كثيرا ما يطلق الجنس و يراد النوع (الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار) بان يراد بالتعريف للمثلى: إرادة النوع، و الصنف- من الجنس- لا الجنس نفسه (بعيد جدّا) اذ: المعيار فى التعاريف ظاهر الالفاظ، لا المراد منها غيرها، و الا لم يكن التعريف تعريفا صحيحا، فهو كما لو يعرف الانسان بانه حيوان، ثم يقال بان العرف اراد قسما خاصا من الحيوان، و هو: الناطق.

(الّا ان) يلتزم من عرف المثلى بالتعريف السابق، بان الحنطة بعضها مثل بعض- اطلاقا- حتى الكربلائية و البغدادية ف (يهملوا خصوصيات الاصناف الموجبة لزيادة القيمة، و نقصانها) فالحنطة مهما كانت قيمتها راقية، مثل الحنطة مهما كانت قيمتها نازلة (كما التزمه بعضهم) فلم يبال باختلاف القيمة.

(غاية الامر) هذا المهمل قال ب (وجوب رعاية الخصوصيات) الموجبة لاختلاف القيمة (عند اداء المثل، عوضا عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۸۰

التالف او القرض.

و هذا ابعد، هذا مضافا الى انه يشكل اطراد التعريف، بناء على هذا بانه، ان اريد تساوى الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيّا، فقلّ ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع، لان اشخاص

التالف) كما لو اتلف الحنطة لزيد، ثم يريد ادائها (او) عوضا عن (القرض) كما لو اقترض من زيد حنطة ثم اراد أدائها.

(و هذا) الالتزام بان الحنطة مثل الحنطة مهما اختلف قيمتها (ابعد) من الالتزام السابق، و هو اطلاق الجنس و إرادة الصنف.

و الحاصل ان قولهم: ان الحنطة مثلى، اما يراد: صنف الحنطة مثلى، و هذا هو الالتزام السابق، و اما يراد: مطلق الحنطة مثلى، الّا انه دل الدليل على وجوب مراعات الخصوصيات عند الأداء للتالف و الّذى اقترضه، و هذا هو الالتزام الثانى (هذا مضافا الى انه يشكل اطراد) و عموم (التعريف بناء على هذا) بان يراد الصنف من الجنس.

فقولهم: المثلى ما تساوى اجزائه، يراد به: صنف الحنطة، لا مطلق الحنطة، و المراد: بهذا هو، ما لوّح المورد فى آخر كلامه (بانه ان اريد تساوى الاجزاء من صنف واحد) بعد ان قيد الجنس: بالصنف، (من حيث القيمة تساويا حقيقيا) بان تكون الكربلائية مثلا متساوية الاجزاء تساويا حقيقيا، (ف) فيه انه (قل ما يتفق ذلك) التساوى الحقيقى (فى الصنف الواحد من النوع) و يعود المحذور الموجود فى الجنس هنا أيضا (لان اشخاص

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۸۱

ذلك الصنف لا يكاد يتساوى فى القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة، و نقصانها كما لا يخفى.

و ان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة، و ان لم يتساو حقيقة، تحقق ذلك فى اكثر القيميات.

فان لنوع الجارية اصنافا متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها.

ذلک الصنف) أیضا کأشخاص الجنس (لا یکاد یتساوی فی القیمة، لتفاوتها بالخصوصیات الموجبة لزیادة الرغبة، و نقصانها) ای نقصان الرغبة (کما لا یخفی) اذ تختلف الحنطة الکربلائیة مثلا: من حیث قطع الارض، و زیادة الماء، و موسم الزرع، و محله من الشمس، و بعض الآفات الجزئیة الی غیر ذلک من المزایا و الخصوصیات.

(و ان ارید تقارب اجزاء ذلک الصنف من حیث القیمة، و ان لم یتساو) الاجزاء (حقیقة) فان العرف یرون تساوی الحنطة الکربلائیة من حیث ان کل قفیز منها بمائة مثلا، و ان تفاوتت فی الجملة (تحقق ذلک) التساوی القیمی- و ان لم یتساو حقیقة- (فی اکثر القیمیات) أیضا، و لا یکون تعریف المثلی مانعا للاغیار.

(ف) مثلا (ان لنوع الجاریة اصنافا متقاربة فی الصفات الموجبة لتساوی القیمة) و کذلک لنوع الشاة، و الابل، و البقر، و غیرها (و بهذا الاعتبار) ای التقارب فی الصفات (یصح السلم فیها) و السلم: عبارة عن اعطاء الثمن مقدما لاخذ المثمن بعد مدة، و یشترط فی هذا القسم من البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۲

و لذا اختار العلامة فی باب القرض من التذکرة، علی انّ ما یصح فیه السلم من القیمیات، مضمون فی القرض بمثله.

و قد عدّ الشیخ فی المبسوط الرطب و الفواکه من القیمیات، مع أن کل نوع منها مشتمل علی اصناف متقاربة فی القیمة، بل متساویة عرفا.

ثم لو فرض ان الصنف المتساوی من حیث

ذکر المزایا، و الخصوصیات التی تختلف الرغبات فی الجنس باعتبارها فصحة السلم فی الجاریة دلیل علی تقارب الصفات و الا لم یصح السلم، للجهالة.

(و لذا) الّذی ذکرنا من تقارب الصفات الموجب لدخوله فی باب المثلی (اختار العلامة فی باب القرض من التذکرة، علی) ما حکی عنه (ان ما یصح فیه) بیع (السلم من القیمیات، مضمون فی القرض بمثله) لا بقیمته.

و هذا الکلام دلیل علی ان بعض القیمیات، أیضا تقابل بالمثل.

(و) کذلک یدل علی شمول تعریف: المثل، بما تقدم للقیمی ما ذکره الشیخ، فانه (قد عدّ الشیخ فی المبسوط الرطب، و الفواکه، من القیمیات مع ان کل نوع منها مشتمل علی اصناف متقاربة فی القیمة، بل متساویة عرفا) فاذا عرّفنا المثلی بانه ما تساوی اجزائه بالنسبة الی القیمة شمل بعض القیمیات أیضا.

(ثم) ربما یراد اصلاح تعریف المثلی- المتقدم- حتی لا یرد علیه بانه یشمل القیمیات أیضا، بالفرق بین المثلی المتساوی الاجزاء، و القیمی المتساوی الاجزاء، اذ الاول: کثیر الوجود، و الثانی: قلیل الوجود.

و لا یخفی ما فی هذا الاصلاح اذ (لو فرض ان الصنف المتساوی من حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۳

القیمة فی الانواع القیمیة، عزیز الوجود، بخلاف الانواع المثلیة لم یوجب ذلک اصلاح طرد التعریف.

نعم یوجب ذلک، الفرق بین النوعین فی حکمة الحکم بضمان المثلی بالمثل، و القیمی بالقیمة

ثم انه قد عرف المثلی: بتعاریف اخر، اعم من التعریف المتقدم او اخص، فعن السرائر: انه ما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته، و عن

القیمة فی الانواع القیمیة) کالجاریة- مثلا- (عزیز الوجود) ای نادر الوجود اذ الغالب تفاوت افراد القیمیات- (بخلاف الانواع المثلیة)

لکثرة تساوی اصنافها (لم یوجب ذلک) الفرق (اصلاح طرد) و مانعیة (التعریف) للمثل، اذ یشمل تعریف المثلی حینئذ بعض القیمیات، و التعریف الشامل للاغیار غیر تام.

(نعم یوجب ذلک الفرق) بندرة التساوی فی القیمی، و کثرة التساوی فی المثلی (بین النوعین) المثلی و القیمی (فی حکمة الحکم بضمان المثلی بالمثل، و القیمی بالقیمة).

فیقال: ان المثل لما کان نادرا فی القیمیات، اوجب الشارع القیمة، و لما کان کثیرا فی المثلیات، اوجب الشارع المثل.

(ثم انه قد عرف المثلی: بتعاریف اخر) و هذه التعاریف (اعم من التعریف المتقدم، او اخص) منه (فعن السرائر: انه ما تماثلت اجزائه، و تقاربت صفاته) فالحنطة کذلک بخلاف الجاریة- مثلا- (و عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۴

الدروس و الروضة: انه: المتساوی الاجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات، و عن المسالک و الکفایة: انه اقرب التعریفات الی السلامة، و عن غایة المراد: ما تساوی اجزائه فی الحقیقة النوعیة، و عن بعض العامة: انه ما قدّر بالکیل او الوزن، و عن آخر منهم: زیادة جواز بیعه سلما، و عن ثالث منهم: زیادة جواز بیع بعضه ببعض

الدروس و الروضة) تعریف المثلی ب (انه المتساوی الاجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات) فان منفعة بعض اجزاء الحنطة مثل منفعة بعض اجزائها الاخر، و لیست منفعة هذه الجاریة متساویة لمنفعة جاریة اخری (و عن المسالک و الکفایة: انه) ای التعریف السابق عن الدروس و الروضة (اقرب التعریفات الی السلامة) عن الاشکال بطرده، او عکسه (و عن غایة المراد: ما تساوی اجزائه فی الحقیقة النوعیة) مقابل ما تختلف اجزائه فی الحقیقة النوعیة فهذه الجاریة تختلف عن الجاریة الاخری فی النوعیة- بخلاف القسمین من الحنطة- و لا یخفی انه لیس مراده من النوع المنطقی، بل النوع العرفی (و عن بعض العامة: انه ما قدر بالکیل او الوزن) کالحنطة و اللبن (و عن آخر منهم) ای من العامة (زیادة:

جواز بیعه سلما) علی التعریف المتقدم، و انما زاد ذلک، لان السلم لا یجوز الّا فی متقارب الصفات (و عن ثالث منهم) ای من العامة (زیادة:

جواز بیع بعضه ببعض) علی التعریف المتقدم، و کان مراده بذلک ان معرفة البعض کافیة فی معرفة بعضه الاخر لتساوی اجزائه، فیعطی: حقة من الحنطة، فی قبال حقة اخری، و ان لم یشاهد الثانی، بخلاف القیمیات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۵

الی غیر ذلک مما حکاه فی التذکرة عن العامة، ثم لا یخفی انه لیس للفظ المثلی حقیقة شرعیة، و لا متشرعة، و لیس المراد معناه اللغوی، اذ المراد بالمثل، لغة المماثل.

فان ارید من جمیع الجهات، فغیر منعکس

و ان ارید من بعضها، فغیر مطرد و لیس فی النصوص حکم یتعلق بهذا العنوان حتی یبحث عنه

فانه لا یجوز بیع ما لم یشاهد، و لم یوصف و صفا رافعا للضرر منه اذا کان غیر مشاهد (الی غیر ذلک) من التعریفات (مما حکاه) العلامة (فی التذکرة عن العامة، ثم لا یخفی انه لیس للفظ المثلی حقیقة شرعیة) بان یکون الشارع نقله من معناه اللغوی الی معنی آخر، (و لا متشرعة) بان یکون المتشرعة نقلوه الی معنی خاص (و لیس المراد) فی کلام الفقهاء (معناه اللغوی، اذ المراد بالمثل لغة المماثل) و هذا غیر مراد للفقهاء.

(فان ارید) المماثل (من جمیع الجهات فغیر منعکس) ای غیر جامع للافراد، فالفقهاء یذکرون- مثلا- ان الحنطة مثلی مع ان بعض

الحنطة لیس مثلا- من جمیع الجهات- لبعضها الآخر.

(و ان ارید) المماثل (من بعضها) ای بعض الجهات (فغیر مطرد) ای غیر مانع للاغیار، اذ الجاریة- و هی لیست مثلیة فی عرف الفقهاء- بعض افرادها تماثل بعضها الآخر فی بعض الجهات (و لیس فی النصوص حکم یتعلق بهذا العنوان) ای بعنوان ان: المثلی حکمه کذا، (حتی یبحث عنه) للزوم تنقیح موضوعات الاحکام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۶

نعم وقع هذا العنوان فی معقد اجماعهم علی ان المثلی یضمن بالمثل و غیره بالقیمة.

و من المعلوم انه لا یجوز الاتکال فی تعیین معقد الاجماع علی قول بعض المجمعین مع مخالفة الباقین.

و حینئذ فینبغی ان یقال: کلما کان مثلیا باتفاق المجمعین فلا اشکال فی ضمانه بالمثل، للاجماع

(نعم وقع هذا العنوان فی معقد اجماعهم) و المراد بمعقد الاجماع اللفظ الّذی انصب کلماتهم علیه، مثلا کلهم قالوا: المثلی یضمن بالمثل، مقابل الاجماع الّذی لا معقد له، کما لو قال بعض: الحنطة تضمن بالمثل و آخر: الشعیر یضمن بالمثل، و ثالث: الارز یضمن بالمثل، و هکذا حتی استنبطنا من کلامهم ان المراد بهذه الا مثلة المذکورة: المثلی، فمن کلامهم معقد فی المقام لانهم ذهبوا (علی ان المثلی یضمن بالمثل و غیره بالقیمة، و) حینئذ فاللازم ان نفهم مرادهم من لفظ: المثلی، حتی نأخذ بذلک المراد فی مورد الاجماع.

و (من المعلوم انه لا یجوز الاتکال فی تعیین معقد الاجماع) عن لفظ: المثلی، فی المقام (علی قول بعض المجمعین مع مخالفة الباقین) کما عرفت من اختلاف تفاسیرهم للمثلی اختلافا کثیرا.

(و حینئذ فینبغی ان یقال: کلما کان مثلیا باتفاق المجمعین) ای قال کلهم بانه مثلی (فلا اشکال فی ضمانه بالمثل، للاجماع) علی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۷

و یبقی ما کان مختلفا فیه بینهم کالذهب و الفضة غیر المسکوکین، فان صریح الشیخ فی المبسوط: کونهما من القیمیات، و ظاهر غیره کونهما مثلیین، و کذا الحدید و النحاس و الرصاص، فان ظواهر عبائر المبسوط و الغنیة، و السرائر: کونها قیمیة، و عبارة التحریر صریحة فی: کون اصولها مثلیة، و ان کان المصوغ منها قیمیا، و قد صرح الشیخ فی المبسوط بکون الرطب، و العنب قیمیا، و التمر و الزبیب مثلیا، و قال فی محکی المختلف: ان فی الفرق اشکالا، بل صرح بعض من قارب عصرنا بکون الرطب و العنب مثلیین.

(و یبقی ما کان مختلفا فیه بینهم کالذهب و الفضة غیر المسکوکین ف) انه مختلف فیه اذ: (ان صریح الشیخ فی المبسوط: کونهما ممن القیمیات، و ظاهر غیره کونهما مثلیین، و کذا) اختلفوا فی (الحدید و النحاس و الرصاص، فان ظواهر عبائر المبسوط، و الغنیة، و السرائر کونها قیمیة، و عبارة التحریر صریحة فی: کون اصولها) قبل طرو حالة الصب و التقلیب (مثلیة، و ان کان المصوغ منها قیمیا، و) کذا اختلفوا فی بعض الثمار ف (قد صرّح الشیخ فی المبسوط بکون الرطب و العنب قیمیا، و التمر و الزبیب مثلیا، و قال فی محکی المختلف: ان فی الفرق اشکالا) اذ: الرطب کالتمر، و العنب کالزبیب، فما الفارق فی کون الاولین قیمیا و الآخرین مثلیا؟ (بل صرح بعض من قارب عصرنا: بکون الرطب و العنب مثلیین) خلافا للشیخ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۸۸

و قد حکی عن موضع من جامع المقاصد: ان الثوب مثلی و المشهور خلافه، و أیضا فقد مثلوا للمثلی بالحنطة و الشعیر، و لم یعلم ان المراد، نوعهما او کل صنف، و ما المعیار فی الصنف؟ و کذا التمر

و الحاصل: ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها كثيرة فلا بد من ملاحظة ان الاصل الّذى يرجع إليه عند الشك، هو الضمان بالمثل او بالقيمة، او تخيير المالك، او الضامن بين المثل و القيمة، و لا يبعدان يقال: ان الاصل هو تخيير الضامن، لاصالة براءة

(و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: ان الثوب مثلى و المشهور خلافه) و انه قيمىّ (و أيضا) هناك تأمل فيما اتفقوا فى كونه مثليا (فقد مثلوا للمثلى: بالحنطة و الشعير، و لم يعلم ان المراد نوعهما، او كل صنف) فعلى الاول: الكربلائية مثل للبغدادية، بخلاف الثانى، فانهما ليسا بمثلين (و) لو كان المراد الصنف ف (ما المعيار فى الصنف؟) هل البلد، كالكربلائية و البغدادية، او اللون كالسمراء الفاتح و السمراء الشديدة، او الطعم، او الحجم، او الديمية، او ما اشبه (و كذا التمر) هل المثلية فى نوعه او صنفه كالخستاوى، و البربن.

(و الحاصل: ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها) اى فى مسألة القيمة (كثيرة) و اذا وقع الشك (فلا بد من ملاحظة ان الاصل الّذى يرجع إليه عند الشك، هو الضمان بالمثل، او بالقيمة، او تخيير المالك) بين ان يأخذ المثل او القيمة (او الضامن بين) ان يعطى (المثل و القيمة، و لا يبعد ان يقال: ان الاصل هو تخيير الضامن، لاصالة براءة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۸۹

ذمته عما زاد على ما يختاره.

فان فرض اجماع على خلافه، فالاصل تخيير المالك، لاصالة عدم براءة ذمته، بدفع ما لا يرضى به المالك.

مضافا الى: عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى، فان مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين، خرج ما اذا رضى المالك بشىء آخر.

و الاقوى تخيير المالك من اوّل الامر، لاصالة الاشتغال

ذمته عما زاد على ما يختاره).

فاذا اراد اعطاء المثل كان الاصل، و اذا اراد اعطاء القيمة كانت الاصل أيضا، فالواجب عليه هو القادر الجامع بين الامرين، و الاصل عدم وجوب الخصوصية الزائدة سواء كانت تلك الخصوصية مثلا، او قيمة

(فان فرض اجماع على خلافه) بان ثبت انه لا تخيير للضامن قطعا (فالاصل تخيير المالك) ان يأخذ المثل، او القيمة (لاصالة عدم براءة ذمته) اى الضامن (بدفع ما لا يرضى به المالك) فانه حق للمالك، فاذا لم يرض بشىء كان حقه لم يصل إليه.

(مضافا الى: عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى) فانه يدل على تخيير المالك (فان مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين، خرج) من هذا العموم (ما اذا رضى المالك بشىء آخر) مثلا- كان، او قيمة، فاذا لم يرض كان مقتضى العموم بقاء الضمان على الضامن

(و الاقوى تخيير المالك من اوّل الامر) فلا تخيير للضامن اصلا، حتى يسقط بالاجماع، و نحوه (لاصالة الاشتغال) فان ذمة الضامن مشغولة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۹۰

و التمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع.

نعم يمكن ان يقال:- بعد عدم الدليل لترجيح احد الاقوال، و الاجماع على عدم تخيير المالك- التخيير فى الاداء من جهة دوران الامر بين المحذورين اعنى تعين المثل، بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع، و تعين القيمة كذلك، فلا متيقن فى البين

و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح

ما لم يرض المالك بما يريد: من المثل او القيمة.

(و) ان قلت: ان البراءة مقدمة على الاشتغال، لانا نشك فى تكليف الضامن بازيد من القدر الجامع بين المثل و القيمة.

قلت: (التمسك باصالة البراءة، لا يخلو من منع) لان المقام من المتباينين، لا: الاقل و الاكثر، و فى المتباينين، المرجع: الاشتغال، فانما علمنا بتكليف الضامن، و لم نعلم انه: المثل او القيمة، فاللازم الخروج عن هذا التكليف، و لا يتحقق الخروج القطعى الّا بارضاء المالك

(نعم يمكن ان يقال:- بعد عدم الدليل لترجيح احد الاقوال) المتقدمة (و الاجماع على عدم تخيير المالك-) يكون (التخيير) للضامن (فى الاداء، من جهة دوران الامر بين المحذورين اعنى: تعين) دفع (المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، و لا للضامن الامتناع و:) بين (تعين) دفع (القيمة كذلك) بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل، و لا للضامن الامتناع (فلا متيقن فى البين) حتى يؤخذ به (و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح) و التنازع بين المالك و الضامن، اذا اراد كل منهما غير ما اراده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۹۱

فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فتأمل.

هذا، و لكن يمكن ان يقال: ان القاعدة المستفادة من: اطلاقات الضمان فى المغصوبات، و الامانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل، لانه اقرب الى التالف من حيث المالية و الصفات، ثم بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما، لانهما اقرب من حيث المالية، لان

الآخر (فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى) فيتخير الضامن، بين دفع المثل او القيمة (فتأمل) لعله اشارة الى: ان هذا التخيير العقلى متوقف على عدم دليل ترجيح احد الاقوال الاربعة، و عدم الدليل محل اشكال لان مقتضى القاعدة: ترجيح تخيير الضامن، لان المسألة من: الاقل و الاكثر، لا من المتباينين، كما تقدم تقريبه.

و لا يخفى ان نتيجة المبحثين، و ان كان تخيير الضمان، الا انه فى السابق من باب التخيير الشرعى، و هنا من باب التخيير العقلى

(هذا: و لكن يمكن ان يقال:) بضمان المثل فقط (ان القاعدة المستفادة من: اطلاقات الضمان فى) باب (المغصوبات، و الامانات المفرط فيها) مما يضمنها الغاصب، و الأمين (و غير ذلك) من سائر اقسام الضمان (هو: الضمان بالمثل، لانه) اى المثل (اقرب الى) الشيء (التالف من حيث المالية، و الصفات) و ان لم يكن مساويا للتالف من جميع الجهات (ثم بعده) اى بعد المثل (قيمة التالف من النقدين) الذهب و الفضة (و شبههما) من النقود المتعارفة، و رقية كانت او فلزية، او ما اشبه (لانهما اقرب من حيث المالية) الى التالف (لان)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۹۲

ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما.

و لاجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد- على كثرتها- قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به بل كلها، الّا ما شذ و ندر، قد اطلق فيها الضمان، فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف، لم يحسن من الشارع اهماله فى موارد البيان

فقد استدل فى المبسوط و الخلاف، على: ضمان المثلى بالمثل، و

ما عداهما) من سائر الاجناس (یلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إلیهما) فمثلا اذا تلف ثوب زید، و اراد تعویضه بالسکر، قوم الثوب بدینار و اعطی بمقدار الدینار من السکر، و هکذا

(و لاجل الاتکال علی هـذا الظهور) ای ظهور: علی الیـد ما اخـذت فی لزوم کون المعطی بدلا اقرب الی التالف، اما وصـفا و قیمة، او قیمـة فقـط (لا تکاد تظفر علی مورد واحـد من هـذه الموارد) ای موارد الضـمانات و نحوها (- علی کثرتها-) فی الاحادیث (قـد نص الشارع فیه علی ذکر المضـمون به) ای المال الّـذی یقع فی مقابل التالف (بل کلها، الّا ما شـذ و نـدر، قد اطلق فیها الضـمان) مما یدل علی: ان للضـمان معنی عرفیا، اعتمـد إلیه الشارع بـدون حاجـة له الی مزیـد البیان (فلو لا الاعتماد علی ما هو المتعارف) فی فهم معنی الضمان (لم یحسن من الشارع اهماله فی موارد البیان) و الّذی یفهم العرف هو القیمة ان لم یتیسر المثل.

(فقد استدل فی المبسوط و الخلاف علی: ضمان المثلی بالمثل، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۳

القیمی بالقیمـة، بقوله تعـالی: «فَمَنِ اعْتَـدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَـدُوا عَلَیْهِ بِمِثْـلِ مَـا اعْتَـدی عَلَیْکُمْ» بتقریب: ان مماثـل ما اعتـدی، هو المثل فی المثلی، و القیمة فی غیره، و اختصاص الحکم بالمتلف عدوانا لا یقدح بعد عدم القول بالفصل.

و ربما یناقش فی الآیة، بان مدلولها: اعتبار المماثلة فی مقدار الاعتداء، لا المعتدی به.

القیمی بالقیمـة، بقوله تعالی: «فَمَنِ اعْتَـدی عَلَیْکُم فَاعْتَـدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ: مَا اعْتَـدی عَلَیْکُمْ».) بعد فهم الاطلاقات، و انه یشـمل الاعتداءات الجسـمیة و المالیـة، و فهم ان: الاعتـداء علیکم، اعم من ما یصـدق علیه الاعتداء عرفا، کالغصب او لا کالقرض، اما بالمناط، او بالفهم العرفی، من جهـة کون المـذکور من بـاب المثـال، و علی کل فالاسـتدلال بالآیـة (بتقریب ان مماثل ما اعتـدی هو المثل فی المثلی، و القیمـة فی غیره، و) قـد عرفت ان (اختصاص الحکم) فی الآیـة (بالمتلف عـدوانا) حتی یصـدق الاعتداء (لا یقدح) فی تعمیمنا الکلام للتعرض و نحوه (بعد عدم القول بالفصل) فی وجوب المثل فی المثلی، و القیمة فی القیمی، بین المتلف عدوانا، او بغیر عدوان.

(و ربما یناقش فی) دلالـة (الآیـة) علی ما ذکره الشیـخ (بان مـدلولها اعتبار المماثلـة فی مقـدار الاعتداء لا المعتمدی به) ای تدل علی الکمیـة، لا الکیفیـة، فاذا اضرّ بک بمقـدار دینار جاز التقابل بمقـدار دینار، و لا دلالـة علی المتقابل بکیفیـة المعتـدی به، کما لو کان اضرارا بسلب: الملح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۴

و فیه نظر

نعم الانصاف عـدم وفاء الآیـة کالدلیل السابق علیه بالقول المشـهور لان مقتضاهما وجوب المماثلة العرفیة فی الحقیقة و المالیة، و هذا یقتضـی اعتبـار المثـل حتی فی القیمیـات، سواء وجـد المثـل فیهـا، أم لا اما مع وجود المثل فیها، کما لو اتلف دراعا من کرباس طوله عشرون ذراعا متساویة من جمیع الجهات، فان مقتضی العرف، و الآیة: الزام الضامن بتحصیل ذراع آخر من ذلک و لو باضعاف

کان لک اخذ: الملح، و هکذا (و فیه نظر) اذ: ظاهر الآیة اعتبار المماثلة من جمیع الجهات.

(نعم الانصاف عـدم وفاء الآیة کالدلیل السابق علیه) و هو اطلاق ادلة الضـمان اتکالا علی الفهم العرفی (بالقول المشـهور) و هو المثل فی المثلی، و القیمـة فی القیمی (لاـن مقتضاهمـا وجوب المماثلـة العرفیـة فی الحقیقـة) بـان تکون حقیقـة التالف، و البـدل واحـدة (و المالیـة) بان یکونا متساویین أیضا من حیث المالیـة (و هـذا) المعنی (یقتضـی اعتبار المثل حتی فی القیمیات سواء وجد المثل فیها، أم لا)

و حیث هذا لیس بمراد قطعا، لزم ان نقول: بعدم الدلالة فی الآیة و الدلیل السابق علی کلام المشـهور (اما مع وجود المثل فیها) ای فی

القیمیات (کما لو اتلف ذراعا من کرباس طوله عشرون ذراعا متساویة من جمیع الجهات) مع ان باقی الکرباس موجود فی الخارج (فان مقتضی العرف و الآیة الزام الضامن بتحصیل ذراع اخر من ذلک) الکرباس (و لو باضعاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۵

قیمته، و دفعه الی مالک الذراع المتلف، مع ان القائل بقیمیة الثوب لا یقول به.

و کذا لو اتلف علیه عبدا، و له فی ذمة المالک بسبب القرض، او السلم عبد موصوف بصفات التالف، فانهم لا یحکمون بالتهاتر القهری کما یشهد به ملاحظة کلماتهم: فی بیع عبد من عبدین.

نعم ذهب جماعة، منهم: الشهیدان فی الدروس، و المسالک

قیمته، و دفعه الی مالک الذراع المتلف) لانه مثله حقیقة، و قیمة.

(مع ان القائل بقیمیة الثوب لا یقول به) لانهم یقولون بوجوب القیمة فی القیمیات و ان وجد المثل.

(و کذا لو اتلف علیه عبدا و له فی ذمة المالک بسبب القرض او السلم) بان اقترض مالک العبد التالف من المتلف- سابقا- عبدا، او اشتری منه سلعة فی مقابل (عبد موصوف بصفات التالف، فانهم لا یحکمون بالتهاتر القهری)

مع ان مقتضی الآیة، و العرف، التهاتر القهری للمماثلة بین العبدین حقیقة، و قیمة (کما یشهد به) ای بعدم حکمهم بالتهاتر القهری (ملاحظة کلماتهم فی بیع عبد من عبدین).

لکن ربما یقال ان الظاهر من کلماتهم ما هو المتعارف من عدم تساوی العبدین من جمیع الجهات، و کذلک عدم تساوی الاقمشة فی الزمان السابق الّذی کان بالنسج الیدوی.

(نعم ذهب جماعة منهم: الشهیدان فی الدروس، و المسالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۶

الی جواز رد العین المقترضة، اذا کانت قیمیة، لکن لعله من جهة صدق اداء القرض باداء العین، لا من جهة ضمان القیمی بالمثل، و لذا اتفقوا علی عدم وجوب قبول غیرها، و إن کان مماثلا لها من جمیع الجهات، و اما مع عدم وجود المثل للقیمی التالف، فمقتضی الدلیلین عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، کما لو تعذر المثل فی المثلی، فیضمن بقیمته یوم الدفع کالمثلی

الی جواز رد العین المقترضة، اذا کانت قیمیة) و هذا یدل علی تقدیمهم المثل فی القیمی، اذا وجد المثل له (لکن) لا یمکن ان یعتمد علی هذه الفتوی فی جواز ان المثل فی القیمی جائز و (لعله) افتی الشهیدان بذلک لا من جهة اعطاء المثل مکان القیمی، بل (من جهة صدق اداء القرض باداء العین) ای اداء عینه التی اقترضها من المالک (لا من جهة ضمان القیمی بالمثل، و لذا) الّذی ذکرنا من ان القیمی انما یعطی القیمة بدلا له، لا- المثل، و إن کان المثل یماثله من جمیع الجهات (اتفقوا علی عدم وجوب قبول غیرها) ای غیر القیمة (و إن کان) ذلک العین (مماثلا لها) ای للقیمی (من جمیع الجهات)

هذا مع وجود المثل للقیمی (و اما مع عدم وجود المثل للقیمی التالف) کما هو الغالب (فمقتضی الدلیلین) السابقین: علی الید ما اخذت، المستفاد منه عرفا المثل، و آیة: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ (عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر) بل المثل فی الذمة حتی اذا أراد اعطائه ابدله بالثمن فی نفس وقت الاعطاء (کما لو تعذر المثل فی المثلی فیضمن بقیمته یوم الدفع) لا- یوم التلف (کالمثلی) الّذی هو کذلک مضمون بقیمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۷

و لا یقولون به، و أیضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف، من حیث القیمة نقصانا فاحشا، فمقتضی ذلک عدم وجوب الزام المالک

بالمثل لاقتضائها اعتبار المماثلهٔ فی الحقیقهٔ و المالیهٔ.

مع ان المشهور- کما یظهر من بعض- الزامه به، و ان قوی خلافه بعض

یوم الدفع لو تعذر المثل (و) الحال انهم (لا- یقولون به) اذ بنائهم علی الانتقال الی القیمهٔ بمجرد التلف (و أیضا) یرد علی استفادهٔ المثل فی المثلی، و القیمهٔ فی القیمی، من آیهٔ: الاعتداء، و اطلاق: دلیل الضمان، اشکال آخر- و هذا عطف علی قوله: نعم الانصاف- (فلو فرض نقصان المثل عن التالف، من حیث القیمهٔ، نقصانا فاحشا) بان کان التالف من الحنطهٔ یسوی الف دینار، ثم رخصت فصارت مائهٔ دینار (فمقتضی ذلک) الّذی تقدم من: اعتبار المماثلهٔ جنسا و قیمهٔ- لانه المثل حقیقهٔ- (عدم وجوب الزام) المتلف (المالک بالمثل) بل للمالک الحق فی ان یأخذ المثل باعتبار المماثلهٔ فی الجنس، او یأخذ القیمهٔ للمماثلهٔ فی القیمهٔ (لاقتضائها) علهٔ عدم وجوب- و الضمیر عائد الی الآیهٔ، او: لاقتضائهما، فالضمیر عائد الی الآیهٔ و العرف، (اعتبار المماثلهٔ فی الحقیقهٔ) ای الجنس (و المالیهٔ) فاذا لم یجتمعا جاز للمالک اختیار احدهما، فلا یحق للمتلف جبره بالمثل.

(مع ان المشهور- کما یظهر من بعض- الزامه به) ای بالمثل، و ان کان انقص مالا، نقصانا فاحشا (و ان قوی خلافه) ای خلاف ذلک بان یکون للمالک حق اخذ القیمهٔ (بعض) الفقهاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۸

بل ربما احتمل جواز دفع المثل، و لو سقط من القیمهٔ بالکلیهٔ، و ان کان الحق خلافه.

فتبین ان النسبهٔ بین مذهب المشهور، و مقتضی العرف و الآیهٔ عموم من وجه، فقد یضمن بالمثل بمقتضی الدلیلین، و لا یضمن به عند المشهور، کما فی المثالین المتقدمین

(بل ربما احتمل جواز دفع المثل، و لو سقط من القیمهٔ بالکلیهٔ) کالجمد فی الشتاء، و الورقهٔ النقدیهٔ الساقطهٔ عن الاعتبار (و ان کان الحق خلافه) و انه حین السقوط عن القیمهٔ لا یکفی فی کونه اداء للدین، و رفعا للضمان، لعدم صدق: حتی تؤدی، علیه فانه لیس اداء لما اخذه- عرفا-

(فتبین ان النسبهٔ بین مذهب المشهور) القائلین: بالمثل فی المثلی و القیمهٔ فی القیمی (و مقتضی العرف) الّذی استفاده من اطلاقات ادلهٔ الضمان (و الآیهٔ) ای قوله سبحانه: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ، (عموم من وجه)

فکیف یمکن ان یجعل العرف و الآیهٔ، دلیلا علی مذهب المشهور (فقد یضمن بالمثل بمقتضی الدلیلین) العرف و الآیهٔ (و لا یضمن به عند المشهور) ای المشهور لا یقولون: بضمانه بمثله (کما فی المثالین المتقدمین) ای مثال الکرباس، و مثال: اتلف له عبدا، و له فی ذمهٔ المالک عبد مثله فان فی المثالین حسب العرف و الآیهٔ، یلزم ان نقول بانه ضامن لمثله، مع ان المشهور لا یقولون بالمثل، و انما بالقیمهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۹۹

و قد ینعکس الحکم کما فی المثال الثالث.

و قد یجتمعان فی المضمون به، کما فی اکثر الامثلهٔ.

ثم ان الاجماع علی ضمان القیمی بالقیمهٔ- علی تقدیر تحققه- لا یجدی بالنسبهٔ الی ما لم یجمعوا علی کونه قیمیا، ففی موارد الشک یجب الرجوع الی المثل، بمقتضی الدلیل السابق

(و قد ینعکس الحکم) بان یضمن بالمثل، و الحال ان مفاد الدلیلین عدم الضمان بالمثل (کما فی المثال الثالث) و هو ما اذا نقصت

قیمة المثل نقصانا فاحشا، او سقط عن القیمة اصلا- علی قول بعض- فانه لا یضمن بالمثل حسب الآیة و العرف، لان الباقی لیس مثل التالف- اذ العرف و الآیة حسب ظاهرها، تعتبر المالیة و الجنسیة، و هذا لیس بمثل التالف قیمة- مع ان المشهور یقولون بانه ضامن بمثله، و إن کان انقص قیمة.

(و قد یجتمعان) ای المشهور، و الآیة، و العرف (فی المضمون به) ای ما یضمنه الضامن (کما فی اکثر الامثلة) کما لو اتلف الحنطة و کانت قیمتها وقت الاداء مساویة لقیمتها وقت التلف، فان المشهور یقولون: بوجوب اعطاء المثل، و کذلک هو مفاد الآیة و العرف

(ثم ان الاجماع علی ضمان القیمی بالقیمة- علی تقدیر تحققه-) ای تحقق الاجماع (لا یجدی بالنسبة الی ما لم یجمعوا علی کونه قیمیا) بان اختلفوا فی انه هل هو قیمی او مثلی- کما عرفت فی بعض الامثلة السابقة- (ففی موارد الشک) فی انه مثلی، او قیمی (یجب الرجوع الی المثل، بمقتضی الدلیل السابق) و هو اطلاق ادلة الضمان الظاهر، فی المثل- بمعونة فهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۰

و عموم الآیة، بناء علی ما هو الحق المحقق من ان: العام المخصص بالمجمل مفهوما، المتردد بین الاقل و الاکثر، لا یخرج عن الحجیة بالنسبة الی موارد الشک.

فحاصل الکلام: ان ما اجمع علی کونه مثلیا، یضمن

العرف- (و) بمقتضی (عموم الآیة) ای قوله سبحانه: بِمِثْلِ مَا اعْتَدَیٰ، اذ الظاهر منها: المثل، الا ما خرج بالدلیل.

فان قلت: کیف یتمسک بالعموم فی الشبهة المصداقیة، اذ نشک فی ان: الشیء الفلانی، مثلی أم لا؟، فکیف یقال: بوجوب اعطاء المثل بدلیل آیة: بِمِثْلِ مَا اعْتَدَیٰ.

قلت: هذا (بناء علی ما هو الحق المحقق) فی الاصول (من ان العام المخصص بالمجمل مفهوما، المتردد) ذلک المجمل (بین الاقل و الاکثر) لا بین المتباینین (لا یخرج عن الحجیة بالنسبة الی موارد الشک) مثلا لو قال: اکرم العلماء، ثم قال: لا تکرم الفساق، و کان لفظ الفاسق: مجملا مفهوما و انه هل المراد به مرتکب الکبیرة فقط، او الاعم من مرتکب الکبیرة و الصغیرة، فان حجیة العام بالنسبة الی مرتکب الصغیرة باقیة لان مرتکب الصغیرة داخل فی العام و لم یعلم بخروجه منه، و المقام هکذا، الا أن:

المثل، عام شامل للمثلی و القیمی، خرج منه: القیمی، فاذا شک فی شیء انه قیمی أم لا کان اللازم التمسک بعموم الآیة.

(فحاصل الکلام) فی باب الضمان (ان ما اجمع علی کونه مثلیا یضمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۱

بالمثل مع مراعاة الصفات التی یختلف بها الرغبات، و ان فرض نقصان قیمته فی زمان الدفع، او مکانه عن قیمة التالف، بناء علی تحقق الاجماع علی اهمال هذا التفاوت.

مضافا الی الخبر الوارد: فی ان اللازم علی من علیه دراهم الثابت فی ذمة من اقترض دراهم، و اسقطها السلطان، و روج غیرها، هی الدراهم الاولی

و ما اجمع علی کونه قیمیا یضمن بالقیمة، بناء علی ما سیجیء

بالمثل) فیما اذا اتلفه متلف، او نحو ذلک (مع مراعات الصفات التی یختلف بها الرغبات) فی باب الامثال، مثلا- اذا کانت صفة الکربلائیة و البغدادیة فی الحنطة تختلف بها الرغبات، کان اللازم ضمان الکربلائیة بالکربلائیة و البغدادیة بالبغدادیة و هکذا (و ان فرض نقصان قیمته) ای قیمة المثل (فی زمان الدفع، او مکانه عن قیمة التالف) کما لو کانت قیمة التالف عشرة، و قیمة المثل خمسة مثلا- (بناء علی تحقق الاجماع علی اهمال هذا التفاوت) فان الفقهاء اجمعوا علی انه لا- اعتبار بالتفاوت القیمی فی الامثال فالمثل

مضمون بمثله سواء کان اکثر قیمة، او اقل، او مساویا،

و (مضافا الی) الاجماع، یدل علی اهمال التفاوت (الخبر الوارد فی ان اللازم علی من علیه دراهم الثابت فی ذمة من اقترض دراهم، و اسقطها السلطان، و روّج غیرها، هی الدراهم الاولی) مع وضوح ان الدراهم الاولی باسقاط السلطان لها تقل قیمتها، فان للسکة و اعتبار السلطان قسطا من المالیة کما لا یخفی.

(و ما اجمع علی کونه قیمیا یضمن بالقیمة) لا المثل (بناء علی ما سیجیء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۲

من الاتفاق علی ذلک، و ان وجد مثله، او کان مثله فی ذمة المالک

و ما شک فی کونه قیمیا، او مثلیا، یلحق بالمثلی، مع عدم اختلاف قیمتی المدفوع، و التالف، مع الاختلاف، الحق بالقیمی، فتأمل.

«الخامس»: ذکر فی القواعد: انه لو لم یوجد المثل الّا بأکثر من ثمن المثل

فی الامر السابع (من الاتفاق علی ذلک) ای ضمانه بالقیمة (و ان وجد مثله) کالکرباس فی المثال المتقدم (او کان مثله فی ذمة المالک) بان اتلف زید مترا من کرباس عمرو، و کان لزید فی ذمة عمرو کرباسا مثله، فانه لا یتهاتر المتران تهاترا قهریا، کما فی المثلی الّذی نقول بالتهاتر فیه (و ما شک فی کونه قیمیا، او مثلیا یلحق بالمثلی) لما عرفت من قاعدة التمسک بالعام فی مورد الشک فی دخول شیء فی المخصص (مع عدم اختلاف قیمتی المدفوع و التالف) کما لو شک فی ان الرطب مثلی، او قیمی، لاختلاف الفقهاء فیه فانه مع عدم الاختلاف فی القیمة یقال انه مثلی، و (مع الاختلاف)- بان کان التالف عشرة و المدفوع خمسة- (الحق بالقیمی) فیدفع قیمته لا مثله، اذ قد عرفت ان العرف یری المماثلة فی الجنس و القیمة، فاذا اختلفا کان المعیار القیمة، لان القصد الاول للناس المالیات، لا الشکیات (فتأمل) اذ مع الاختلاف أیضا یجب ان یلحق بالمثلی لما عرفت من: قاعدة التمسک بالعام فی المشکوک خروجه.

(«الخامس») من فروع ما ابتاعه بالعقد الفاسد (ذکر فی القواعد انه لو لم یوجد المثل الا باکثر من ثمن المثل) مثلا: اتلف حقة من الحنطة و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۳

ففی وجوب الشراء تردد انتهی.

اقول: کثرة الثمن ان کانت لزیادة القیمة السوقیة للمثل بان صارت قیمته اضعاف قیمة التالف یوم تلفه، فالظاهر انه: لا اشکال فی وجوب الشراء، و لا خلاف، کما صرح به فی الخلاف حیث قال: اذا غصب ماله مثل، کالحبوب «کاللحوم خ ل» و الادهان، فعلیه مثل ما تلف فی یده، یشتریه بایّ ثمن کان، بلا خلاف، و فی المبسوط: یشتریه بای ثمن کان اجماعا انتهی، و وجهه: عموم النص و الفتوی بوجوب المثل فی المثلی

قیمتها المتعارفة الآن خمسة دراهم، لکنها لم یوجد الآن بعشرة دراهم (ففی وجوب الشراء تردد انتهی) و کأنه لقاعدة: الضمان، المقتضیة للشراء، و لقاعدة: لا ضرر، خصوصا فیما اذا لم یکن التلف بمثل الغصب و نحوه

(اقول: کثرة الثمن إن کانت لزیادة القیمة السوقیة للمثل بان صارت قیمته اضعاف قیمة التالف یوم تلفه، فالظاهر انه: لا اشکال فی وجوب الشراء، و لا خلاف) بین الفقهاء فی ذلک (کما صرح به فی الخلاف، حیث قال: اذا غصب ماله مثل، کالحبوب و الادهان،

فعلیه مثل ما تلف فی یده یشتریه بای ثمن کان، بلا خلاف) انتهی کلام الشیخ (و فی المبسوط:

یشتریه بای ثمن کان اجماعا انتهی) کلامه (و وجهه: عموم النص) و هو:

علی الید ما اخذت (و الفتوی: بوجوب المثل فی المثلی) و عموم الفتوی مؤید اذ یظهر منه فهم الفقهاء من الادلهٔ، ففهمهم دلیل انّی للحکم اذ:

مٰا أَرْسَلْنٰا مِنْ رَسُولٍ إِلّٰا بِلِسٰانِ قَوْمِهِ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۴

و یؤیده: فحوی حکمهم بان تنزل قیمهٔ المثل حین الدفع عن یوم التلف لا یوجب الانتقال الی القیمهٔ، بل ربما احتمل بعضهم ذلک، مع سقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیهٔ کالماء علی الشاطئ، و الثلج فی الشتاء.

و اما ان کان لاجل تعذر المثل، و عدم وجدانه الّا عند من یعطیه بازید مما یرغب فیه الناس، مع وصف الاعواز بحیث یعدّ بذل ما یرید مالکه بإزائه ضررا

(و یؤیده) وجوب الشراء و لو باضعاف القیمهٔ (فحوی) و المفهوم من (حکمهم بان تنزل قیمهٔ المثل حین الدفع عن یوم التلف، لا یوجب الانتقال الی القیمهٔ) مثلا کانت الحنطهٔ عشرهٔ، فصارت خمسهٔ.

و وجه الفحوی انه اذا کان المعیار المثل، فی حال التنزل کان المثل معیارا فی حال الترقی، و الّا لم یصح المثل فی حال التنزل أیضا (بل ربما احتمل بعضهم ذلک) المثل (مع سقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیهٔ کالماء علی الشاطئ و الثلج فی الشتاء)

لکن ربما یقال: بان هذا لیس بمثل، فلا یصدق علیه: ما اخذت، و قد تقدم فی الامر السابق الاشارهٔ إلیه.

(و اما إن کان) غلاء المثل (لاجل تعذر المثل و عدم وجدانه الا عند من یعطیه بازید مما یرغب فیه الناس) فمثلا الناس یرغبون فی الصیف فی الثلج بقیمهٔ درهم، و الّذی عنده یعطیه بدینار (مع وصف الاعواز) و العدم فی الخارج (بحیث یعد بذل ما یرید مالکه) من القیمهٔ (بإزائه ضررا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۵

عرفا و الظاهر: ان هذا هو المراد بعبارهٔ القواعد، لان الثمن فی الصورهٔ الاولی لیس بازید من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و انما زاد علی ثمن التالف یوم التلف، و حینئذ فیمکن التردد فی الصورهٔ الثانیهٔ، کما قیل:

من ان الموجود باکثر من ثمن المثل کالمعدوم کالرقبهٔ فی الکفارهٔ و الهدی و انه یمکن معاندهٔ البائع، و طلب اضعاف القیمهٔ، و هو ضرر

عرفا) و یأتی جواب: اما، عند قوله: فحینئذ، اما قوله: و الظاهر، الخ فی الجملهٔ معترضهٔ (و الظاهر ان هذا) المعنی و هو زیادهٔ القیمهٔ لاجل تعذر المثل فی مقابل زیادهٔ القیمهٔ السوقیهٔ (هو المراد بعبارهٔ القواعد) المذکورهٔ فی اوّل: الخامس، (لان الثمن فی الصورهٔ الاولی) و هی صورهٔ زیادهٔ القیمهٔ السوقیهٔ (لیس بازید من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل و انما زاد) ثمن المثل (علی ثمن التالف یوم التلف) فقول القواعد، و الا باکثر من ثمن: المثل، لا ینطبق علی الصورهٔ الاولی و انما ینطبق علی الصورهٔ الثانیهٔ (و حینئذ) ای حین کان الزیادهٔ لاجل التعذر (فیمکن التردد فی الصورهٔ الثانیهٔ) و هو صورهٔ الزیادهٔ لاجل التعذر (کما قیل من ان الموجود باکثر من ثمن المثل کالمعدوم، کالرقبهٔ فی الکفارهٔ و الهدی) فانه فی صورهٔ العدم او صورهٔ کونها اکثر الملحق بالمعدوم تنتقل الکفارهٔ الی المرتبهٔ الثانیهٔ- فیما لو کانت الکفارهٔ مرتبهٔ- و کذلک الهدی فی باب الحج لو کان معدوما او ملحقا بالمعدوم انتقل التکلیف الی الصیام الّذی هو بدل الهدی (و انه یمکن معاندهٔ البائع) للمثل (و طلب اضعاف القیمهٔ، و هو ضرر) علی المکلف بالمثل، و لا ضرر فی

الاسلام، و هذان الوجهان ای: من ان الموجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۶

و لکن الاقوی مع ذلک وجوب الشراء وفاقا للتحریر کما عن الایضاح، و الدروس، و جامع المقاصد، بل اطلاق السرائر و نفی الخلاف المتقدم عن الخلاف، لعین ما ذکر فی الصورة الاولی ثم انه لا فرق فی جواز مطالبة المالک بالمثل بین کونه فی مکان التلف، او غیره و لا بین کون قیمته فی مکان المطالبة ازید من قیمته فی مکان التلف أم لا؟ وفاقا لظاهر المحکی عن السرائر و التذکرة، و الایضاح و الدروس، و جامع لمقاصد، و فی السرائر انه الّذی یقتضیه عدل الاسلام

و: انه یمکن، کلاهما وجه الانتقال الی القیمة، اما وجه عدم الانتقال فهو ما ذکره بقوله:

(و لکن الاقوی مع ذلک وجوب الشراء) للمثل و لو بالازید (وفاقا للتحریر کما عن الایضاح، و الدروس، و جامع المقاصد، بل اطلاق السرائر) یشمله أیضا (و نفی الخلاف المتقدم عن الخلاف) أیضا یشمل ما نحن فیه من صورة زیادة القیمة، و انه یجب اعطاء المثل و إن کان ضررا للمشتری (لعین ما ذکر فی الصورة الاولی) ای صورة زیادة القیمة السوقیة، ای عموم النص و الفتوی بلزوم دفع المثل فی المثلی.

(ثم انه لا ـ فرق فی جواز مطالبة المالک) الضامن (بالمثل بین کونه فی مکان التلف، او غیره) لاطلاق الادلة (و لا بین کون قیمته فی مکان المطالبة ازید من قیمته فی مکان التلف، أم لا؟) کما لو اتلفه فی کربلاء، و طلب منه فی بغداد، و کانت قیمته فی بغداد ضعف قیمته فی کربلاء (وفاقا لظاهر المحکی عن السرائر و التذکرة، و الایضاح، و الدروس، و جامع المقاصد و فی السرائر انه) ای حق المطالبة مطلقا (الّذی یقتضیه عدل الاسلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۷

و الادلة، و اصول المذهب، و هو کذلک لعموم: الناس مسلطون علی اموالهم، هذا مع وجود المثل فی بلد المطالبة، و اما مع تعذره فسیأتی حکمه فی المسألة السادسة

«السادس»: لو تعذر المثل فی المثلی، فمقتضی القاعدة: وجوب دفع القیمة مع مطالبة المالک،

اشارة

لان منع المالک ظلم، و الزام الضامن بالمثل منفی بالتعذر فوجب القیمة جمعا بین الحقین

و الادلة، و اصول المذهب) فان العدل یقتضی تسلیط المالک علی الضامن مطلقا، و الادلة مثل: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ، و اصول المذهب الواردة عن الائمة الطاهرین مما دل علی اطلاق الضمان مثل: علی الید، (و هو کذلک) له الحق فی المطالبة مطلقا (لعموم: الناس مسلطون علی اموالهم) فان السلطة المطلقة قاضیة بجواز الاستیلاء علیه فی کل مکان، و بکل صورة، صورة الزیادة و عدم الزیادة (هذا مع وجود المثل فی بلد المطالبة و اما مع تعذره) فی بلد المطالبة (فسیأتی حکمه فی المسألة السادسة) إن شاء الله تعالی

(«السادس» لو تعذر المثل فی المثلی، فمقتضی القاعدة: وجوب دفع القیمة مع مطالبة المالک) اما مع عدم المطالبة، فلا اشکال فی جواز بقاء الضمان، و هل یجب للمالک اخذ القیمة لو اراد الضامن افراغ ذمته أم لا؟

احتمالان (لان منع المالک) حتی یجد المثل و لو بعد سنوات (ظلم، و الزام الضامن: بالمثل منفی بالتعذر) لأن التکلیف بالممتنع

محال، و إن کان الشخص، هو الّذی سبب هذا الامتناع (فوجب القیمة، جمعا بین الحقین) حق المالک و حق الغاصب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۸

مضافا الی قوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَیٰ عَلَیْکُمْ، فان الضامن اذا الزم بالقیمة مع تعذر المثل، لم یعتد علیه ازید مما اعتدی و اما مع عدم مطالبة المالک فلا دلیل علی الزامه بقبول القیمة لأن المتیقن ان دفع القیمة علاج لمطالبة المالک و جمع بین حق المالک بتسلیطه علی المطالبة، و حق الضامن بعدم تکلیفه بالمعذور، او المعسور اما مع عدم المطالبة فلا دلیل علی سقوط حقه عن المثل.

و ما ذکرنا یظهر من المحکی عن التذکرة و الایضاح حیث ذکرا فی رد

(مضافا الی قوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَیٰ عَلَیْکُمْ، فان الضامن اذا الزم بالقیمة مع تعذر المثل، لم یعتد علیه ازید مما اعتدی) بل هو بمثل اعتدائه.

هذا مع مطالبة المالک (و اما مع عدم مطالبة المالک) للقیمة فی صورة تعذر المثل (فلا دلیل علی الزامه بقبول القیمة) ان اراد الضامن ابراء ذمته (لان المتیقن ان دفع القیمة علاج لمطالبة المالک) فی صورة تعذر المثل (و جمع بین حق المالک بتسلیطه) الشارع (علی المطالبة، و حق الضامن) الّذی لا یجد المثل (بعدم تکلیفه بالمعذور، او المعسور) لعموم ادلة:

رفع العسر (اما مع عدم المطالبة) ای مطالبة المالک (فلا دلیل) علی الزامه باخذ القیمة و (علی سقوط حقه عن المثل) الّذی هو الواجب الاولی علی الضامن.

(و ما ذکرنا) من عدم الزام المالک باخذ القیمة فی صورة تعذر المثل (یظهر من المحکی عن: التذکرة، و الایضاح حیث ذکرا فی ردّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۰۹

بعض الاحتمالات الآتیة- فی حکم تعذر المثل- ما لفظه أن المثل لا یسقط بالاعواز، الا تری ان المغصوب منه لو صبر الی زمان وجدان المثل ملک المطالبة به و انما المصیر الی القیمة وقت تغریمها، انتهی، لکن اطلق کثیر منهم الحکم بالقیمة عند تعذر المثل، و لعلهم یریدون صورة المطالبة و الا فلا دلیل علی الاطلاق.

و یؤید ما ذکرنا أن المحکی عن الاکثر- فی باب القرض- ان المعتبر فی المثل المتعذر قیمته یوم المطالبة.

بعض الاحتمالات الآتیة- فی حکم تعذر المثل- ما لفظه) الدال علی عدم الالزام فی صورة التعذر (ان المثل لا یسقط بالاعواز، الا تری أنّ المغصوب منه لو صبر الی زمان وجد ان المثل ملک المطالبة به) و لو کان المثل یسقط بالاعواز، لم یکن وجه لمطالبة المالک بالمثل، زمان وجوده بعد أن فقد، لانه تبدل الی القیمة (و انما المصیر الی القیمة وقت تغریمها) ای إرادة المالک اخذ القیمة من الضامن (انتهی، لکن اطلق کثیر منهم الحکم بالقیمة عند تعذر المثل) بدون فرق بین المطالبة و عدمها (و لعلهم یریدون صورة المطالبة) من المالک عن الضامن (و الّا فلا دلیل علی الاطلاق) المذکور ای لصورة عدم المطالبة أیضا.

(و یؤید ما ذکرنا) من اختصاص القیمة بصورة المطالبة (ان المحکی عن الاکثر- فی باب القرض- ان المعتبر فی المثل المتعذر قیمته یوم المطالبة) فالتحول الی القیمة انما هو لدی المطالبة، و لو کان التحول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۰

نعم: عبر بعضهم بیوم الدفع، فلیتأمل.

و کیف کان: فلنرجع الی حکم المسألة، فنقول: ان المشهور انّ العبرة فی قیمة المثل المتعذر بقیمته یوم الدفع، لان المثل، ثابت فی الذمة الی ذلک الزمان، و لا دلیل علی سقوطه بتعذره کما لا یسقط الدین بتعذر ادائه و قد صرح بما ذکرنا المحقق الثانی، و قد عرفت من التذکرة، و الایضاح: ما یدل علیه و یحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، و هو للحلی، فی البیع الفاسد، و للتحریر فی باب

عند التعذر لکان اللازم ان یقولوا: قیمة یوم التعذر.

(نعم: عبر بعضهم بیوم الدفع) الظاهر فی صحة اعطاء القیمة یوم یرید المقترض الدفع، لا یوم المطالبة (فلیتأمل) اذ من الممکن ان یکون مراده بیوم الدفع، هو یوم المطالبة.

(و کیف کان: فلنرجع الی حکم المسألة) فیما لو تعذر المثل فی المثلی (فنقول: ان المشهور انّ العبرة فی قیمة المثل المتعذر) ذلک المثل (بقیمته یوم الدفع) بقیمة، متعلق: بالعبرة، (لان المثل، ثابت فی الذمة الی ذلک الزمان) الّذی هو زمان الدفع (و لا دلیل علی سقوطه) ای سقوط المثل (بتعذره) ای فیما لو تعذر المثل (کما لا یسقط الدین بتعذر ادائه) اذ لا وجه للسقوط مع امکان ادائه بعدا (و قد صرح بما ذکرنا) من عدم السقوط بالتعذر (المحقق الثانی، و قد عرفت من التذکرة، و الایضاح:

ما یدل علیه) و ان العبرة بیوم الدفع (و یحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو) ای هذا الاحتمال (للحلی، فی البیع الفاسد، و للتحریر فی باب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۱

القرض، و محکی عن المسالک، لانه وقت الانتقال الی القیمة

و یضعفه: انه ان ارید بالانتقال انقلاب ما فی الذمة الی القیمة فی ذلک الوقت، فلا دلیل علیه، و ان: ارید عدم وجوب اسقاط ما فی الذمة الا ـ بالقیمة فوجوب الاسقاط بها و ان حدث یوم التعذر مع المطالبة الا ـ انه لو اخر الاسقاط بقی المثل فی الذمة الی تحقق الاسقاط، و اسقاطه فی کل زمان باداء قیمته فی ذلک الزمان، و لیس فی الزمان الثانی مکلفا بما

القرض، و محکی عن المسالک) أیضا (لانه) ای وقت تعذر المثل (وقت الانتقال الی القیمة) اذ المتعذر لا یعقل ان یکلف به، و السقوط لا وجه له، فلا یبقی الا القیمة.

(و یضعفه: انه ان ارید بالانتقال انقلاب ما فی الذمة الی القیمة فی ذلک الوقت، فلا دلیل علیه) اذ الانقلاب خلاف الاصل، و لا یکون الا ـ بقلب المالک بمعاوضة و نحوها، او قلب الشارع، و الاول لم یکن، و الثانی لا دلیل علیه (و ان: ارید عدم وجوب اسقاط ما فی الذمة الا بالقیمة) یعنی ان الواجب اسقاط الضامن لما فی ذمته، بدفع قیمته الشیء الی المالک (فوجوب الاسقاط بها) ای بالقیمة (و ان حدث یوم التعذر مع المطالبة) لان المالک اذا طالب، و لم یمکن المثل وجب ابقاء حقه باعطاء القیمة (الا انه لو اخر الاسقاط) عصیانا، کما لو لم یعطه مع المطالبة او من دون عصیان (بقی المثل فی الذمة الی تحقق الاسقاط، و) من المعلوم ان (اسقاطه فی کل زمان) انما هو (باداء قیمته فی ذلک الزمان) سواء کانت القیمة فی ذلک الزمان اقل، او اکثر (و لیس فی الزمان الثانی مکلفا بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۲

صدق علیه الاسقاط فی الزمان الاول.

هذا و لکن لو استندنا فی لزوم القیمة فی المسألة الی ما تقدم سابقا من الآیة و من: ان المتبادر من اطلاقات الضمان، هو وجوب الرجوع الی اقرب الاموال الی التالف، بعد تعذر المثل، توجه القول بصیرورة التالف قیمیا، بمجرد تعذر المثل، اذ لا فرق فی تعذر المثل بین تحققه ابتداءً، کما فی القیمیات

صدق علیه الاسقاط فی الزمان الاول) فلو کان فی الزمان الاول عشرة، و فی الزمان الثانی خمسة، لم یکن مکلفا بعشرة، لان المثل لم ینقلب الی القیمة فی الزمان الاول، و انما ینقلب حین الاعطاء

(هذا) تمام الکلام فی عدم اعتبار یوم التعذر (و لکن لو استندنا فی لزوم القیمة فی المسألة) ای مسألة تعذر المثل (الی ما تقدم سابقا

من الآیـة) ای آیـة: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ (و من: ان المتبـادر من اطلاقـات الضـمان هو وجوب الرجوع الی اقرب الامـوال الی التالف) و اقرب الاموال الی التالف المثل حین وجوده ف (بعـد تعـذر المثل، توجه القول بصـیرورة التالف قیمیا، بمجرد تعـذر المثل) فالاعتبار بالقیمة یوم التعـذر لا ـ یوم الوفاء، فکانه اذا تلف المال یقول الشارع: اعط اقرب الاموال الی التالف ففی زمان المثل اقرب الاموال هو المثل، و فی زمان تعذره اقرب الاموال هو القیمة، و اذا انتقل الضـمان الی القیمة، بقیت القیمة فی الذمة، سواء ارتفعت قیمة المثل بعد ذلک أم لا؟. (اذ لا فرق فی تعذر المثل) الموجب للانتقال الی القیمة (بین تحققه ابتداءً، کما فی القیمیات) فانه بمجرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۳

و بین طروّه بعد التمکن، کما فی ما نحن فیه.

و دعوی اختصاص الآیة و اطلاقات الضمان بالحکم بالقیمة بتعذر المثل ابتداءً، لا یخلو عن تحکم.

ثـم ان فی المسألـة احتمالاـت آخر ذکر اکثرهـا فی القواعـد، و قـوی بعضـها فی الایضـاح، و بعضـها بعض الشافعیـة، و حاصـل جمیع الاحتمالات

التلـف، تجب قیمته، اذ لا ـ مثـل له (و بین طروه) ای عروض التعـذر (بعـد التمکن) من المثـل (کمـا فی مـا نحن فیه) حیث کـان المثل موجودا حین التلف، و انما تعذر المثل بعد ذلک

(و دعوی) الفرق بین التعذر الابتدائی، و التعذر الطارئ بسبب (اختصاص الآیة): فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ (و اطلاقات الضـمان) المنصـرف الی ما یفهم العرف من المثل فی المثلی، و القیمـة فی القیمی (بالحکم بالقیمـة ب) سبب (تعـذر المثل ابتـداءً) لا عروضا بعد ذلک (لا یخلو عن تحکم).

فاللازم: اما القول بانتقال التالف الی الذمة، فان اراد الاعطاء لزم اعطاء قیمة ذلک الیوم فی کلیهما.

و اما القول بالتبدل الی القیمة یوم التعذر، سواء فی القیمی او فی المثلی، اما التفکیک بینهما فلا وجه له.

(ثم ان فی المسألـة) ای مسألـة تعـذر المثل (احتمالات اخر) بعـد الاحتمالین الاولین، و هما: احتمال اعتبار قیمـة یوم التعذر، و احتمال اعتبـار قیمـة یوم الاـداء (ذکر اکثرهـا فی القواعـد، و قوی بعضـها فی الایضاح، و بعضـها بعض الشافعیـة، و حاصل جمیع الاحتمالات) المتقدمة و الآتیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۴

فی المسألـة مع مبانیهـا انه اما: ان نقول: باسـتقرار المثل فی الذمـة الی او ان الفراغ منه بـدفع القیمـة و هو الّذی اخترناه تبعا للاکثر من اعتبـار القیمـة عنـد الاقباض، و ذکره فی القواعد: خامس الاحتمالات و اما أن نقول: بصـیرورته قیمیا عند الاعواز فاذا صار کذلک فاما ان نقول: ان المثل المسـتقر فی الذمـة قیمی، فیکون القیمـة صـفة للمثل، بمعنی انه لو تلف، و جبت قیمته و اما ان نقول: ان المغصوب انقلب قیمیا بعد إن کان مثلیا

(فی المسألـة مع مبانیهـا انه اما: ان نقول: باسـتقرار المثل فی الذمـة الی اوان الفراغ منه بـدفع القیمـة) ای قیمـة یوم الـدفع (و هو الّذی اخترناه تبعا للاکثر من اعتبار القیمة عند الاقباض، و ذکره فی القواعد خامس الاحتمالات) فی المسألة (و اما ان نقول: بصـیرورته قیمیا عند الاعواز) و الفقد للمثل (فاذا صار کذلک) ای قیمیا (فاما ان نقول: ان المثل المستقر فی الذمة قیمی، فیکون القیمة صفة للمثل) ای مثله فی القیمة (بمعنی انه لو تلف، وجبت قیمته) لا بمعنی ما لا یتساوی اجزائه.

و الحاصل انه قد یقال: الشیء الفلانی قیمی، و یراد به ما لا یتساوی اجزائه فی القیمة، و قد یقال: الشیء الفلانی قیمی، و یراد به انه لو تلف وجبت قیمته، و المراد هنا المعنی الثانی (و اما ان نقول: ان المغصوب انقلب قیمیا) بالاعواز (بعد إن کان مثلیا).

و الفرق انه بناء على قول الشيخ: باستقرار المثل، ان الحنطة باقية فى الذمة الى يوم اعطاء قيمتها.

و بناء على القول الثاني: المثل المستقر، ان الحنطة عند التلف انقلبت الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۱۵

فان قلنا: بالاول، فان جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التلف، كما هو احد الاقوال، كان المتعين قيمة المثل يوم الاعواز كما صرح به فى السرائر: فى البيع الفاسد، و التحرير فى باب القرض لانه يوم تلف القيمى و ان جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر فى القيمى كان المتجه اعتبار زمان تلف العين، لانه

قيمة المثل، فالقيمة واجبة، و فى الذمة، لا- المثل، لكن قيمة المثل فالمثل ان ترقى وجبت القيمة المترقية و ان تنزل وجبت القيمة المتنزلة.

و بناء على القول الثالث: ان المغصوب، ان الحنطة بمجرد التلف انقلبت الى قيمة جامدة، فسواء ترقى المثل او تنزل تكون فى ذمة التالف قيمة ثابتة هى قيمة يوم التلف (فان قلنا: بالاول) اى ما اشار إليه بقوله:

فاما ان نقول ان المثل المستقر فى الذمة، (فان جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التلف، كما هو احد الاقوال) و ان الشىء القيمى اذا تلف لزم على الضامن اعطاء قيمته يوم التلف (كان المتعين قيمة المثل يوم الاعواز) لان حاله حال القيمى حينئذ (كما صرح به فى السرائر: فى البيع الفاسد، و التحرير فى باب القرض لانه يوم تلف القيمى) و حال تعلق القيمة بذمة التالف (و ان جعلنا الاعتبار فيه) اى فى القيمى (بزمان الضمان) لا- يوم التلف، كما لو سرق عبد زيد يوم الجمعة، و كان يسوى الفا، و تلف يوم السبت و كان يسوى خمسمائة- مثلا- فان القول الاول، يقول: بضمان الخمسمائة، و القول الثاني يقول: بضمان الألف (كما هو) اى زمان الضمان (القول الآخر فى القيمى كان المتجه) فى المثلى أيضا (اعتبار زمان تلف العين، لانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۱۶

اوّل ازمنة وجوب المثل فى الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه و هذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب، كما عن الاكثر، و ان جعلنا الاعتبار فيه باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف، كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغصب، كان المتجه، الاعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز

و ذكر هذا الوجه فى القواعد ثانى الاحتمالات و ان قلنا: ان التالف انقلب قيميا

اوّل ازمنة وجوب المثل فى الذمة المستلزم) وجوب المثل (لضمانه) اى المثل (بقيمته عند تلفه) و الضميران المجروران يرجعان الى: المثل، و: عند، ظرف للضمان (و هذا: مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب، كما عن الاكثر) لانه وقت الضمان (و ان جعلنا الاعتبار فيه) اى فى القيمى (باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف) سواء كان اعلى القيم حين الضمان، او حين التلف، او فى الوسط؟ (كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغصب) فاذا غصب شاة فترقت، و تنزلت، كان اللازم اعطائه لا على القيم، قالوا لأن الغاصب يؤخذ باشقّ الاحوال (كان المتجه) فى المثلى (الاعتبار باعلى القيم، من يوم تلف العين الى زمان الاعواز) فاذا كان يوم التلف عشرة و يوم الاعواز للمثل عشرين، كان اللازم دفع العشرين، و كذلك اذا انعكس الامر، بان كان أولا عشرين، ثم عشرة.

(و ذكر هذا الوجه) اى اعلى القيم (فى القواعد ثانى الاحتمالات) الخمسة التى ذكرها (و ان قلنا: ان التالف انقلب قيميا) بعد ان كان مثليا- و هذا هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۱۷

احتمل الاعتبار بيوم الغصب، كما فى القيمى المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه الى يوم التلف، و ذكر هذا اوّل الاحتمالات فى

القواعد.

و ان قلنا: ان المشترک بین العین و المثل صار قیمیا جاء احتمال الاعتبار بالأعلی من یوم الضمان الی یوم تعذر المثل.

الشق الثانی من شقی القول بصیرورته قیمیا عند الاعواز- فان الشق الاول مکان ذا احتمالات ثلاثة (احتمل الاعتبار بیوم الغصب کما فی القیمی المغصوب، و) احتمل (الاعتبار بالاعلی منه) ای یوم الغصب (الی یوم التلف، و ذکر هذا) القول ای اعلی القیم (اوّل الاحتمالات فی القواعد) فصارت الاحتمالات المذکورة الی هنا ستة.

الاول استقرار المثل، الثانی استقرار القیمة و له شعبتان: الشعبة الاولی المثل القیمی الشعبة الثانیة القیمی المحض، و الشعبة الاولی فیها ثلاث احتمالات:

اشار إلیها بقوله: فان جعلنا، و ان جعلنا، و الشعبة الثانیة فیها احتمالان اشار إلیهما بقوله: احتمل الاعتبار، و الاعتبار، اذا صارت الاحتمالات ستة و هنا احتمالان آخران اشار إلیهما بقوله: (و ان قلنا: ان المشترک بین العین و المثل صار قیمیا) لا یخفی ان للاشیاء المتماثلة جهة مشترکة من حیث المزایا و المالیة و الصفات النوعیة مثلا الحنطة و الحنطة تشترکان فی صفة کونهما حنطة، و فی المالیة، و فی بعض المزایا الاخر، فاذا تعذر المثل و العین صار المشترک بینهما قیمیا (جاء احتمال الاعتبار بالأعلی) ای اعلی القیم (من یوم الضمان الی یوم تعذر المثل) مثلا یوم الضمان کانت القیمة عشرة و یوم تعذر المثل صارت عشرین، و انما نقول: باعلی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۸

لاستمرار الضمان فیما قبله، من الزمان، اما للعین و اما للمثل فهو مناسب لضمان الاعلی، من حین الغصب الی التلف.

و هذا ذکره فی القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالاعلی من یوم الغصب الی دفع المثل، و وجّهه فی محکی التذکرة و الایضاح بان المثل لا یسقط بالاعواز.

قال الا تری انه لو صبر المالک الی وجدان المثل استحقه

القیم (لاستمرار الضمان فیما قبله) ای قبل تعذر المثل (من الزمان) بیان:

ما، (اما)- بالکسر- ای ان الضمان کان اما (للعین) فیما کان العین موجودا (و اما للمثل) بعد تلف العین (فهو) ای اعلی القیم (مناسب لضمان الاعلی، من حین الغصب الی التلف) اذ: وقت ترقی القیمة صار الآخذ ضامنا لتلک القیمة فتبقی تلک القیمة فی ذمته سواء تنزلت بعد ذلک أم لا؟

(و هذا) ای الاعلی (ذکره فی القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالاعلی) ای اعلی القیم (من یوم الغصب الی دفع المثل) لا الی تعذر المثل (و وجهه فی محکی التذکرة و الایضاح، بان المثل لا یسقط) عن ذمة الضامن (بالاعواز) و الفقد، بل یبقی المثل فی ذمة الغاصب، فاذا ترقی المثل- و لو بعد تعذر المثل- کان علی الغاصب ان یعطی قیمة المترقی.

(قال) فی الاستدلال علی عدم سقوط المثل بسبب الاعواز (الا- تری انه لو صبر المالک الی وجدان المثل استحقه) و هذا یدل علی عدم سقوطه، اذ لو سقط و تبدل بالقیمة لم یکن وجه لعوده، بل الاصل عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۱۹

فالمصیر الی القیمة عند تغریمها، و القیمة الواجبة علی الغاصب اعلی القیم.

و حاصله: ان وجوب دفع قیمة المثل یعتبر من زمن وجوبه الی وجوب مبدله، اعنی العین، فیجب اعلی القیم منها، فافهم.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان المناسب لاطلاق کلامهم لضمان المثل فی المثلی، هو انه مع تعذر المثل لا یسقط المثل عن الذمة.

عوده، و علیه (فالمصیر الی القیمة) انما هو (عند تغریمها) ای تغریم الغاصب بالقیمة، و هو یوم اعطاء الضامن، فانه فی ذلک الیوم یتبدل المثل الی القیمة (و) حیث ان (القیمة الواجبة علی الغاصب اعلی القیم) وجب اعطاء اعلی القیم، و لو کانت اعلی القیم صارت بعد تعذر المثل.

(و حاصله) ای حاصل قوله: احتمل الاعتبار بالاعلی الی دفع القیمة، (ان وجوب دفع قیمة المثل معتبر من زمن وجوبه) ای وجوب المثل (الی وجوب مبدله)- بالفتح- (اعنی العین) فان العین مبدل عن المثل (فیجب اعلی القیم منها) ای من القیم (فافهم) فان القول: ببقاء المثل فی الذمة بعد تعذره لا وجه له، فکما ان العین بالتلف تسقط و تتبدل بالمثل، کذلک المثل بالتعذر یسقط و یتبدل بالقیمة، فان قیل باعلی القیم، فاللازم ان یکون من حین الضمان الی حین تعذر المثل.

(اذا عرفت هذا) الّذی ذکرناه من الاحتمالات فی صورة تعذر المثل (فاعلم: ان المناسب لاطلاق کلامهم لضمان المثل فی) الشیء (المثلی هو انه مع تعذر المثل لا یسقط المثل عن الذمة) فان کلامهم: المثلی یضمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۰

غایة الامر: یجب اسقاطه مع مطالبة المالک، فالعبرة بما هو اسقاط حین الفعل فلا عبرة بالقیمة الا یوم الاسقاط، و تفریغ الذمة

و اما بناء علی ما ذکرنا من: ان المتبادر من ادلة الضمان، التغریم، بالاقرب الی التالف، فالاقرب کان المثل مقدما مع تیسره، و مع تعذره ابتداءً کما فی القیمی، او بعد التمکن کما فی ما نحن فیه کان المتعین هو القیمة. فالقیمة قیمة للمغصوب من حین صار قیمیا، و هو حال الاعواز

بالمثل، شامل لصورتی امکان المثل، و تعذر المثل.

(غایة الامر) فی صورة التعذر (یجب اسقاطه) ای المثل (مع مطالبة المالک) له (فالعبرة بما هو اسقاط) للضمان (حین الفعل) ای فعل الاسقاط (فلا عبرة بالقیمة الا یوم الاسقاط) سواء ترقت القیمة، او تنزلت؟

اذ: المثل هو الّذی فی الذمة، و لذا اذا وجد المثل بعد التعذر، و قبل الاسقاط، وجب اعطاء المثل، و لو کان المثل حین التعذر انقلب الی القیمة، لم یکن وجه لرجوع المثل (و) علیه فالعبرة بالقیمة یوم (تفریغ الذمة) عن المضمون هذا بناء علی اطلاق کلماتهم.

(و اما بناء علی ما ذکرنا من: ان المتبادر من ادلة الضمان) نحو: علی الید ما اخذت (التغریم بالاقرب الی التالف، فالاقرب) حتی یصدق: ما اخذت، فان مصداق: ما، العین، فاذا تعذرت رجع الی الاقرب، فالاقرب (کان المثل مقدما مع تیسره، و مع تعذره) تعذرا (ابتداءً) بان لم یکن الشیء مثلیا (کما فی القیمی، او) التعذر (بعد التمکن کما فی ما نحن فیه) مما صار المثل فیه متعذرا (کان المتعین هو القیمة) و علی هذا (فالقیمة قیمة للمغصوب من حین صار قیمیا، و هو حال الاعواز) لان فی هذا الحال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۱

فحال الاعواز معتبر من حیث انه اوّل ازمنة صیرورة التالف قیمیا، لا من حیث ملاحظة القیمة، قیمة للمثل دون العین.

فعلی القول باعتبار یوم التلف فی القیمی، توجه ما اختاره الحلی (ره) و لو قلنا: بضمان القیمی باعلی القیم من حین الغصب الی حین التلف کما علیه جماعة من القدماء، توجه ضمانه فی ما نحن فیه باعلی القیم من حین الغصب الی زمان الاعواز، اذ: کما ان ارتفاع القیمة مع بقاء العین

یتوجه الخطاب الی الغاصب باعطاء القیمة- التی هی الاقرب الی التالف-

(فحال الاعواز معتبر من حیث انه اوّل ازمنة صیرورة التالف قیمیا) کما ان حال التلف معتبر فی القیمیات، لانه اوّل زمان الانتقال الی القیمة- بعد ان کان الواجب رد العین ما دامت العین موجودة- (لا من حیث ملاحظة القیمة قیمة للمثل، دون العین) فالقیمة فی مقابل

العین لا فی مقابل المثل حتی یمکن ان یقال: بترقی القیمهٔ و تنزلها تبعا لترقی المثل و تنزله.

(فعلی القول باعتبار یوم التلف) لا- یوم الغصب (فی القیمی) فلو سرق دابهٔ قیمتها عشرهٔ، و فی یوم التلف قیمتها عشرون، وجب دفع العشرین (توجه ما اختاره الحلی (ره)) من انه یوم اعواز المثل تعتبر القیمهٔ، لانه یوم الانتقال الی القیمهٔ (و لو قلنا: بضمان القیمی باعلی القیم من حین الغصب الی حین التلف کما علیه جماعهٔ من القدماء، توجه ضمانه فی ما نحن فیه باعلی القیم من حین الغصب الی زمان الاعواز) کما قاله جماعهٔ و انما نقول: بقیمهٔ یوم تعذر المثل (اذ: کما ان ارتفاع القیمهٔ مع بقاء العین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۲

مضمون بشرط تعذر ادائه المتدارک لارتفاع القیم، کذلک بشرط تعذر المثل فی المثلی، اذ مع رد المثل یرتفع ضمان القیمهٔ السوقیهٔ. و

مضمون بشرط تعذر ادائه المتدارک) ذلک الاداء (لارتفاع القیم) فانه لو ادّی العین التی ترقت قیمتها لم یکن علیه ضمان ارتفاع القیمهٔ انما هو بشرط عدم اداء العین (کذلک بشرط تعذر المثل فی المثلی) فی ضمان اعلی القیم، اذ لو ترقی المثل، و لکنه ادی نفس المثل، لم یکن ضامنا للترقی، فارتفاع القیمهٔ مع بقاء المثل مضمون بشرط تعذر اداء المثل،

و اعلم ان قوله: و لو، وصلیهٔ، و قوله: اذ کما، علهٔ لعدم القول باعلی القیم من زمان الغصب الی زمان تعذر المثل، و انما المعتبر قیمهٔ زمان تعذر المثل.

و حاصل الدلیل: ان الانسان الغاصب اذا غصب شیئا ثم ارتفعت قیمته کانت القیمهٔ مضمونهٔ، لکن اذا رد العین سقطت القیمهٔ، و لو تنزلت العین حین الرد، و کذلک اذا غصب الشیء و تلف، و کان مثلیا فانه بارتفاع قیمهٔ المثل لا یضمن الا المثل سواء ارتفعت قیمهٔ المثل أم لا؟ فاذا تعذر المثل کان یوم التعذر یوم الانتقال الی القیمهٔ (اذ مع رد المثل یرتفع ضمان) الغاصب (القیمهٔ السوقیهٔ) فانه ما دام المثل موجودا کان المکلف به رد المثل.

(و) ان قلت: فرق بین رد العین و بین رد المثل، اذ الاول غیر الشیء المغصوب، بخلاف ما اذا اراد ردّ مثله او قیمهٔ المثل، فانه لیس عین المال المغصوب، فمن الممکن وجوب قیمهٔ العین فی القیمی و وجوب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۳

حیث کانت العین فیما نحن فیه مثلیا، کان اداء مثلها عند تلفها، کردّ عینها فی الغاء ارتفاع القیم، فاستقرار ارتفاع القیم انما یحصل بتلف العین و المثل.

فان قلنا: انّ تعذر المثل یسقط المثل، کما ان تلف العین یسقط العین، توجّه القول بضمان القیمهٔ من زمان الغصب الی زمان الاعواز.

اعلی القیم فی المثلی، لا- قیمهٔ المثل فی یوم تعذر المثل- کما ذکرتم- قلت: لا فرق بین المقامین، فانه (حیث کانت العین فیما نحن فیه مثلیا، کان اداء مثلها عند تلفها، کردّ عینها فی الغاء ارتفاع القیم) ای الغاء اعلی القیم، فکما انه لو ردّ العین لم یکلف باعلی القیم کذلک اذا ردّ المثل (فاستقرار ارتفاع القیم) ای اعلی القیم (انما یحصل بتلف العین) فی القیمی (و المثل) فی المثلی.

(فان قلنا: ان تعذر المثل یسقط المثل کما ان تلف العین) فی القیمی (یسقط العین، توجه القول بضمان القیمهٔ من زمان الغصب الی زمان الاعواز) اذ لما اتلف المثلی ضمن مثله، فلما اعوز مثله انتقل الی القیمهٔ- من یوم تلف المغصوب لا القیمهٔ حین تعذر المثل- و ذلک لان المثل انما یجب حال وجود المثل اما حال عدم المثل «سواء کان العدم من الاول کما فی القیمی، او بعد ذلک، بان کان مثلیا ثم اعوز المثل» فهو کالقیمی.

فکما نقول فی القیمی باعلی القیم من حال التلف الی حین الاداء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۲۴

و هو اصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية- على ما قيل-.

و ان قلنا: ان تعذر المثل لا يسقط المثل، و ليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل- أيضا- مضمونا، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب الى حين دفع القيمة، و هو المحكى عن الايضاح و هو اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ،

كذلك نقول فى المثلى باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الاعواز (و) هذا (هو اصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية- على ما قيل- و ان قلنا ان تعذر المثل لا يسقط المثل، و ليس) تعذر المثل (كتلف العين) فى القيمى و ذلك لاستصحاب كونه مكلفا باعطاء المثل.

نعم حين الاعطاء حيث لا يمكن المثل ينتقل الى القيمة (كان ارتفاع القيمة) للمثل (فيما بعد تعذر المثل- أيضا-) كما قبل تعذر المثل (مضمونا فيتوجه) على هذا القول (ضمان القيمة) للمثلى (من حين الغصب الى حين دفع القيمة، و هو المحكى عن الايضاح) فتحصل: ان الاحتمالات فى المثلى الّذى تعذر مثله بعد مدة: أربعة الاول قيمة يوم التلف الثانى قيمة يوم التعذر للمثل، الثالث اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التعذر، الرابع اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع، و اشار الى الاحتمال الثالث، بقوله: فان قلنا، و الى الاحتمال الرابع، بقوله: و ان قلنا، (و هو) اى اعلى القيم من حين الغصب الى حين اعطاء القيمة- فى المثلى الّذى تعذر مثله- (اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى) ذلك الضمان (بعدم ردّ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۲۵

العين او المثل.

ثم اعلم ان العلامة ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات انه لو تلف المثلى، و المثل موجود، ثم اعوز، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرأ تعذر المثل بعد تيسره فى بعض ازمنة التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً، و عن جامع المقاصد انه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف، و لعلّه لعدم تنجز التكليف

فكلما ترقى المغصوب ضمن الغاصب ذلك الترقى الا اذا رد العين فى القيمى- و رد المثل- فى المثلى- هذا.

و لا يخفى ان عبارة المصنف من قوله: فعلى القول باعتبار يوم التلف، الى هنا فيها غموض و اجمال و لعلّ هناك سقطا منها (ثم اعلم ان العلامة (ره) ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات انه لو تلف المثلى و) الحال ان (المثل موجود، ثم اعوز) المثل- ثم فرع ذلك الاحتمالات- (و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرأ تعذر المثل بعد تيسره فى بعض ازمنة التلف) اى كون تعذر المثل بعد ان تلف المغصوب- و كان التلف فى صورة وجود المثل- (لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً) بان كان الشيء مثليا، ثم تلف فى حال لم يكن له مثل فى الخارج (و عن جامع المقاصد: انه يتعين حينئذ) اى حين تلف المغصوب حال الاعواز امثاله (قيمة يوم التلف) لانه كالقيمى حينئذ (و لعله) اى كلام جامع المقاصد (لعدم تنجز التكليف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۲۶

بالمثل عليه فى وقت من الاوقات.

و يمكن ان يخدش فيه: بان التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذمة ابتداءً، كما لا يشترط فى استقراره استدامة على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف.

بالمثـل علیه) ای علی الغـاصب (فی وقت من الاوقات) اذ: التکلیف بالمثل انما هو فیما اذا تلف الشـیء و له مثل فی الخارج، اما اذا لم یکن له مثل، فالعین تنتقل الی القیمة راسا (و یمکن ان یخدش فیه) ای فی کلام جامع المقاصد الحاکم بعدم المثل اصلا (بان التمکن من المثل لیس بشـرط لحـدوثه) ای المثل (فی الذمة) فالمثل یحدث فی الذمة سواء کان- حین تلف المغصوب- المثل موجودا، أم لا (ابتداءً) متعلق ب «التمکن» ای التمکن الابتدائی للمثل لیس بشـرط لضمان المثل (کما لا یشترط) التمکن من المثل (فی استقراره) ای المثل (استدامة) فاذا تعذر المثل بعد مدة مضت علی تلفا لمغصوب، یکون ما فی ذمة الضامن هو المثل- و ان تعذر- (علی ما اعترف) جـامع المقاصـد (به) ای باسـتقرار المثـل، حتی بعـد تعـذره، و علیه فاذا اسـتقر المثل (مع طروّ التعـذر) للمثل (بعـد التلف) للمغصوب، کذلک لیستقر المثل اذا کان التعذر للمثل حال تلف المغصوب أیضا، اذ لا فرق بین التعذرین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۷

و لذا لم یذکر احد هذا التفصیل فی باب القرض.

و بالجملـة فاشـتغال الذمة بالمثل، ان قید بالتمکن، لزم الحکم بارتفاعه بطرو التعذر، و إلا لزم الحکم بحدوثه مع التعذر من اوّل الامر، الا ان یقال:

(و لذا) الّذی ذکرنا من عدم الفرق بین التعذر الابتدائی و التعذر الطارئ (لم یذکر احد هذا التفصیل) بین التعذرین فی وجوب المثل- (فی بـاب القرض) فـاذا اقترض المثلی قـالوا بـانه اسـتقر فی ذمته المثـل و ان تعـذر المثل طارئا، او کان المثل متعـذرا ابتـداءً، ای حین القرض، و من المعلوم ان باب القرض و الضمان، واحد، من هذه الجهة.

(و بالجملة ف) نقول: فی رد التفصیل بین التعذر الطارئ للمثل، و التعذر الابتدائی- حیث یقول جامع المقاصد بالمثل فی الطارئ و لا یقول بالمثل فی الابتدائی- ان (اشـتغال الذمة بالمثل، ان قید بالتمکن) و ان الغاصب انما یشـتغل ذمته بالمثل اذا کان متمکنا من المثل (لزم الحکم بارتفـاعه) ای المثـل (بطرو التعـذر) اذ لا ـ تمکن حال التعـذر، و ان کان التعـذر طارئا (و الا) یقیـد المثل بالتمکن، بل قلنا المثلی یضـمن بالمثـل سواء کـان المثـل موجودا أم لا (لزم الحکم بحـدوثه) ای المثل (مع التعـذر) عن المثل (من اوّل الامر) ای حال التلف للمغصوب المثلی (الا ان یقال:)- القائل هو جامع المقاصد- فی الفرق بین التعذر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۸

ان ادلة وجوب المثل ظاهرة فی صورة التمکن، و ان لم یکن مشروطا به عقلا، فلا تعم صورة العجز.

نعم اذا طرأ العجز فلا دلیل علی سقوط المثل و انقلابه قیمیا.

و قـد یقال: علی المحقق المـذکور ان اللازم مما ذکره انه لو ظفر المالک بالمثل قبل اخـذ القیمـة لم یکن له المطالبـة، و لا اظن احدا یلتزمه

الطـارئ و التعـذر البـدوی (ان ادلـة وجوب المثـل ظـاهرة) فی الوجوب (فی صورة التمکن) عن المثـل (و ان لم یکن مشـروطا به) ای بالمثل (عقلا، فلا تعمّ) ادلة وجوب المثل (صورة العجز) الابتدائی عن المثل.

(نعم اذا طرأ العجز) عن المثل (فلا دلیل علی سقوط المثل، و انقلابه) ای المثل (قیمیا).

و الحاصل: ان ادلة المثل، تقول بالمثل فی صورة وجود المثل، لکن الاستصحاب یقتضی المثل فیما اذا کان مقدورا ثم تعذر، فالفارق وجود استصحاب المثل فی صورة التعذر الطارئ، و لیس هذا الاستصحاب موجودا فی صورة التعذر الابتدائی.

(و قـد یقال:) و یستشـکل (علی المحقق المـذکور) صاحب جامع المقاصـد الفرق بین التعذر الابتدائی للمثل- فلا یجب المثل- و بین التعـذر الطارئ- فیجب المثل- ب (ان اللازم مما ذکره) من التفصـیل (انه لو ظفر المالک بالمثل قبل اخـذ القیمـة لم یکن له المطالبة)

بالمثـل لانـه علی مبنی المحقق لم یضـمن الغـاصب المثـل- فیما اذا کان متعـذرا ابتـداءً- (و لا اظن احـدا یلتزمه). ای یلتزم بعـدم حق للمالک فی مطالبة المثل اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۲۹

و فیه تامل.

ثم ان المحکی عن التـذکرة: ان المراد باعواز المثل، ان لا یوجـد فی البلد و ما حوله، و زاد فی المسالک قوله مما ینقل عادة منه إلیه، کما ذکروا فی انقطاع المسلم فیه، و عن جامع المقاصد: الرجوع فیه الی العرف

و یمکن ان یقال: ان مقتضی عموم وجوب اداء مال الناس

کان حین التلف متعـذرا، ثم وجد (و فیه) ای فی هذا الاشـکال علی المحقق (تامل) اذ: المحقق لا یقول: بعدم وجوب المثل حتی فیما اذا وجد المثل، و انما یقول: بعدم وجوب المثل فیما اذا لم یمکن المثل حین التلف، و استمر عدم الامکان الی حال اعطاء القیمة.

(ثم ان المحکی عن التـذکرة) فی میزان اعواز المثل (ان المراد باعواز المثل ان لا یوجد فی البلد و ما حوله) و ان وجد فی سائر البلاد (و زاد فی المسالک قوله مما ینقل عادة منه) ای من: حوله، (إلیه) ای الی:

البلـد، (کمـا ذکروا فی انقطـاع المسـلم فیه) ای اعوازه فی بیع السـلم، الّذی هو اعطـاء الثمن، و تـأخیر المثمن، فـان اعواز المثمن کان حکمه کـذا، و المراد باعوازه ان لا یکون فی البلد و ما حوله (و عن جامع المقاصد: الرجوع فیه الی العرف) فکلما صدق الاعواز و إن کان فی البلد منه شیء فهو، و الا لم یکن معوزا و إن کان فی البلاد البعیدة.

(و یمکن ان یقـال:) لیس المیزان ما حول البلـد و لا العرف، بل العـدم حتی فی البلاد البعیـدة ف (ان مقتضـی عموم: وجوب اداء مال الناس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۳۰

و تسـلیطهم علی اموالهم اعیانا کانت أم فی الذمة، وجوب تحصیل المثل کما کان یجب رد العین اینما کانت، و لو کانت فی تحصیله مئونة کثیرة.

و لذا کان یجب تحصیل المثل بای ثمن کان، و لیس هنا تحدید التکلیف بما عن التذکرة.

نعم لو انعقد الاجماع علی ثبوت القیمة عند الاعواز، تعین ما عن جامع المقاصد، کما ان المجمعین

و تسـلیطهم علی اموالهم اعیانا کانت) تلک الاموال (أم فی الذمة وجوب تحصیل المثل) اذ: المثل اداء، و صدق: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ (کما کان یجب رد العین اینما کانت) فیما لو کانت العین موجودة (و لو کانت فی تحصیله مئونة کثیرة) الا ان یقال: بان دلیل: لا ضرر، حاکم علیه فتأمل.

(و لـذا) الّذی ذکرنا من وجوب اداء المثل (کان یجب تحصـیل المثل بای ثمن کان) و لو کان اکثر من ثمن التلف باضـعاف (و لیس هنا) فی باب تحصیل المثل و لو بمئونة کثیرة (تحدید التکلیف) بالمثل (بما عن التذکرة) بما تقدم من قوله: المراد باعواز المثل، ان لا یوجد فی البلد و ما حوله، اذ:

التحدید المذکور فی باب الاعواز لا فی باب کثرة الثمن.

(نعم) استثناء عن قوله: و یمکن ان یقال، (لو انعقد الاجماع علی ثبوت القیمة عند الاعواز تعین ما عن جامع المقاصد) من الرجوع الی العرف فحیث صـدق الاـعواز عرفـا لزمت القیمـة، و حیث لم یصـدق الاعواز وجب المثل و لو کان فی تحصـیله مئونـة کثیرة (کما ان المجمعین) الذین قالوا بالقیمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۳۱

اذا كانوا بين معبر بالاعواز، و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الاخص و هو المتعذر لانه المجمع عليه.

نعم ورد فى بعض اخبار السلم: انه اذا لم يقدر المسلم عليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشترى

(اذا كانوا بين معبر بالاعواز، و معبر بالتعذر) للرجوع من المثل الى القيمة (كان المتيقن الرجوع الى الاخص و هو المتعذر لانه) اى الاخص هو (المجمع عليه) فان كل من يقول بالاعواز يقول بالتعذر و ليس كل من يقول بالتعذر يقول بالاعواز، مثلا لو اجمعوا بين وجود الانسان فى الدار، و وجود الحيوان كان المجمع عليه وجود الانسان.

(نعم) لا يبعد القول بالاعواز العرفى، و ان لم يتعذر، تنظيرا بباب السلم اذ: المناط فى بابى الغصب و السلم واحد، فان الواجب اداء العين، ثم المثل، ثم القيمة، فانه (ورد فى بعض اخبار السلم:

انه اذا لم يقدر المسلم عليه) و هو البائع (على ايفاء المسلم فيه) و هو المثمن (تخير المشترى) بين الفسخ و الصبر، و المراد ببعض الاخبار حسنة الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يسلم فى الغنم و نيسان و جذعان و غير ذلك الى اجل مسمى، قال عليه السلام: لا بأس اذا لم يقدر الّذى عليه الغنم على جميع ما عليه، ان يأخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها، و يأخذ رأس مال ما بقى من الغنم دراهم، و يأخذ دون شروطهم، و لا يأخذون فوق شرطهم، و الا كيسة أيضا مثل الحنطة و الشعير و الزعفران و الغنم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۳۲

و من المعلوم ان المراد: بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالا من حيث ان العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزة، كالفاكهة فى اوّل زمانها، او آخره او وجوده المتوسط

(و من المعلوم ان المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه) اى من عدم القدرة فى الرواية (عرفا ما عن التذكرة) اى عدم الوجدان فى البلد و ما حوله، و ذلك لان العرف الملقى إليه الخطاب لا يفهم من الخطاب الا ذلك، و حيث ان «الرسول بلسان قومه» فالمتكلم أيضا لم يرد الا هذا المعنى الّذى فهم العرف (و هذا) المعنى لعدم القدرة فى باب السلم (يستأنس به للحكم فيما نحن فيه) اى باب الغصب فانه اذا كان عدم القدرة فى باب السلم ما ذكره التذكرة ناسب ان يكون مراد المجمعين بعدم القدرة «فى باب الغصب» أيضا ما ذكره التذكرة من عدم الوجدان فى البلد و ما حوله، لا التعذر العقلى لان كلام الفقهاء مساقه مساق ما ورد فى الروايات.

(ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه) اى عدم وجود المثل (اشكالا) اذ لو كان المثل سئل عن قيمته اما اذا لم يكن فما ذا سئل (من حيث) هل (ان العبرة بفرض وجوده) اى وجود المثل (و لو فى غاية العزة كالفاكهة فى اوّل زمانها، او) العبرة ب (آخره، او) ب (وجوده المتوسط)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۳۳

الظاهر هو الاول، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه الا اذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

نعم لو الجاء الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذله بإزاء

عتاق الخیل

بین الاول و الاخیر اذ: الفاکهة فی اولها غالیة و فی وسطها رخیصة و فی آخرها متوسط القیمة (الظاهر، هو: الاول) و هو تحقق صدق وجود المثل حینذاک، فیقال للشیء مثل- وقت ذاک-

اقول: لکنه خلاف المستفاد عرفا، بل الظاهر الوسط، و کیف کان فعلی القول بالاول (لکن مع فرض وجوده) فی الاسواق و نحوها (بحیث یرغب فی بیعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من یستغنی عن بیعه بحیث لا یبیعه الا اذا بذل له عوض لا یبذله) حسب المعتاد (الراغبون فی هذا الجنس بمقتضی رغبتهم) العادیة کما لو کان التفاح فی اوّل اوانه بدینار، فکان عند انسان لا یعطیه الا بعشرة مما لا یرغب فیه من اعتاد اکل الفاکهة فی اولها و لو بالقیمة الغالیة.

(نعم لو الجاء) و اضطر (الی شرائه لغرض آخر بذل ذلک) الثمن المرتفع فان مثل هذا الالجاء لا یکون میزانا لکونه قیمة للفاکهة، فلا تکون هذه القیمة الغالیة جدا معیارا لاخذ القیمة من الغاصب فیما اذا لم یوجد المثل (کما لو فرض الجمد فی الصیف عند ملک العراق بحیث لا یعطیه الّا ان یبذله) الملک (بإزاء عتاق الخیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۳۴

و شبهها، فان الراغب فی الجمد فی العراق من حیث انه راغب لا یبذل هذا العوض بإزائه، و انما یبذله من یحتاج إلیه لغرض آخر کالاهداء الی سلطان قادم الی العراق- مثلا- او معالجة مشرف علی الهلاک به، و نحو ذلک من الاغراض.

و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم یقدح فی صدق التعذر، کما ذکرنا فی المسألة الخامسة، فکل موجود لا یقدح وجوده فی صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده- فی

و شبهها) کالقصور الشامخة و الجواری الجمیلة (فان الراغب فی الجمد فی العراق من حیث انه راغب) و مستعدلان یشتری الجمد باضعاف قیمته (لا یبذل هذا العوض) الکثیر (بإزائه) اذ لا یعتاد بذل مثل هذا الثمن و لو من المترفین (و انما یبذله من یحتاج إلیه) ای الی الجمد (لغرض آخر کالاهداء الی سلطان قادم الی العراق- مثلا- او معالجة مشرف علی الهلاک به) ای بالجمد (و نحو ذلک من الاغراض) و قوله:

و انما یبذله، بیان لقوله: نعم لو الجاء.

(و لذا) الّذی ذکرنا من: انه لا تبذل العتاق ازاء الجمد، الا للمضطر و نحوه (لو وجد هذا الفرد من المثل لم یقدح فی صدق التعذر) عرفا، اذ العرف یری انه متعذر، و ان هذا الفرد الموجود عند الملک لا یوجب صدق التمکن منه (کما ذکرنا فی المسألة الخامسة).

و علی هذا (فکل موجود لا یقدح وجوده فی صدق التعذر) بل یصدق التعذر- عرفا- و إن کان هذا الفرد موجودا (فلا عبرة بفرض وجوده- فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۳۵

التقویم- عند عدمه.

ثم انک قد عرفت: ان للمالک مطالبة الضامن بالمثل عند تمکنه، و لو کان فی غیر بلد الضمان، و کان قیمة المثل هناک ازید، و اما مع تعذره، و کون قیمة المثل فی بلد التلف مخالفا لها فی بلد المطالبة، فهل له المطالبة باعلی القیمتین، أم یتعین قیمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه

التقویم-) «فی» متعلق ب «عبرة» (عند عدمه) و هذا هو میزان معرفة قیمة المثل عند عدم وجود المثل.

(ثم انک قد عرفت: ان للمالک مطالبة الضامن بالمثل عند تمکنه) ای تمکن الضامن من المثل (و لو کان) المالک، او کان المثل (فی غیر بلد الضمان، و کان قیمة المثل هناک ازید) کما لو اتلفه فی کربلاء، و طالبه فی النجف، و کانت القیمة فی النجف ازید، و ذلک لصدق ادلة «حتی تؤدی» و «بمثل ما اعتدی»، و غیرهما، علیه، فلا یلزم اتحاد البلد، و لا تماثل القیمة (و اما مع تعذره) ای تعذر المثل (و کون قیمة المثل فی بلد التلف مخالفا لها فی بلد المطالبة) کما لو فقد المثل، و کانت القیمة فی کربلاء بلد اتلف فیه الضامن المال عشرة و فی النجف بلد المطالبة عشرین (فهل له المطالبة باعلی القیمتین، أم یتعین قیمة بلد المطالبة) بمعنی انه لیس له مطالبة قیمة بلد التلف اذا کان اکثر (أم بلد التلف) فاذا کانت القیمة فی بلد المطالبة اکثر لم یکن له الحق فی مطالبة ذلک (وجوه) ثلاثة وجه الاول: انه ضامن فلا تبرأ ذمته الا بارضاء المالک، و وجه الثانی: ان المثل- الّذی هو القیمة الآن- هو قیمة بلد المطالبة لان الطلب وقع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۳۶

و فصل الشیخ فی المبسوط- فی باب الغصب- بانه: ان لم یکن فی نقله مئونة کالنقدین، فله المطالبة بالمثل، سواء کانت القیمتان مختلفتین أم لا؟ و إن کان فی نقله مئونة، فإن کانت القیمتان متساویتین کان له المطالبة أیضا لانه لا ضرر علیه فی ذلک، و الا فالحکم ان یأخذ قیمة بلد التلف، او یصبر حتی یوفیه بذلک البلد

هناک کما فی القیمیات، و وجه الثالث: ان القیمة- التی هی بدل المثل- تعلقت بذمة الغاصب فی بلد التلف.

(و فصل الشیخ فی المبسوط- فی باب الغصب- بانه: ان لم یکن فی نقله مئونة) کثیرة (کالنقدین) فیما اذا کان قلیلا (فله المطالبة بالمثل، سواء کانت القیمتان) فی بلد التلف و بلد المطالبة (مختلفتین أم لا؟) و حینئذ کان للمالک المطالبة بای القیمتین شاء (و إن کان فی نقله مئونة) کثیرة (فان کانت القیمتان متساویتین کان له) ای للمالک (المطالبة) بایهما شاء (أیضا) اذ: الغاصب مکلف بالاداء (لانه لا ضرر علیه فی ذلک).

فدلیل: لا ضرر، لا یمنع عن مطالبة المالک بایهما یشاء (و الا) بان کانت القیمتان مختلفتین، و کان فی النقل مئونة کثیرة، کما لو کان المثل فی کربلاء: بلد اتلف فیه الغاصب، عشرة، و فی النجف بلد المطالبة عشرین (فالحکم ان یأخذ قیمة بلد التلف) کالعشرة فی المثال (او یصبر) المالک (حتی یوفیه) الغاصب (بذلک البلد) ای یرجعا الی کربلاء فیاخذ منه فی کربلاء، و کان الوجه فی ذلک انه فی صورة عدم المئونة للنقل یکون الغاصب مکلفا بالارضاء، فللمالک ان یأخذ ما شاء، اما فی صورة المئونة فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۳۷

ثم قال: ان الکلام فی القرض، کالکلام فی الغصب، و حکی نحو هذا عن القاضی أیضا فتدبر.

و یمکن ان یقال: ان الحکم باعتبار بلد القرض، او السلم علی القول به مع الاطلاق، لانصراف العقد إلیه، و لیس فی باب الضمان

دلیل علی انه یتضرر الغاصب بهذا الضرر الخارج عن المغصوب، اذ:

مقابل المغصوب مضمون اما الشیء الخارج عنه- و هو المئونة- فلیس مضمونا حتی یکلف به الغاصب.

(ثم قال:) الشیخ: (ان الکلام فی القرض کالکلام فی الغصب) فاذا اقترض زید من عمرو خبزا، ثم اراد اعطاء قیمة مثله، و اختلفت القیمة فی بلد القرض و بلد المطالبة، کان الحکم ما تقدم من التفصیل (و حکی نحو هذا عن القاضی) ابن براج (أیضا فتدبر) اذ: أولا لا دلیل علی ذلک التفصیل، فالمئونة و عدمها لا توجب تفصیل الحکم، و ثانیا فرق بین الغصب و القرض، فالغاصب یمکن ان یقال: انه یؤخذ باشقّ الاحوال بخلاف المقترض، و لذا قالوا: فی الغصب، و لم یقولوا: فی القرض.

(و یمکن ان یقال: ان الحکم باعتبار بلد القرض، او السلم) فیما اجری معاملة القرض و السلم فی بلد، و اراد قبض الجنس فی بلد آخر (علی القول به) ای باعتبار بلد القرض، او السلم (مع الاطلاق) لعقد القرض، و السلم بان لم یقید الاداء ببلد خاص، انما هو (لانصراف

العقد إليه) ای الی بلد القرض و السلم، و قوله: باعتبار، متعلق ب:

الحکم، و خبر «ان» قوله: لانصراف، (و لیس فی باب الضمان) ای

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۱۳۸

ما یوجب هذا الانصراف.

بقی الکلام فی انه: هل یعد من تعذر المثل خروجه عن القیمة؟

کالماء علی الشاطئ اذا اتلفه فی مفازة، و الجمد فی الشتاء، اذا اتلفه فی الصیف أم لا؟ الاقوی، بل المتعین هو الاول، بل حکی عن بعض نسبته الی الاصحاب و غیرهم و المصرح به فی محکی التذکرة، و الایضاح و الدروس: قیمة المثل فی تلک المفازة، و یحتمل آخر مکان، او زمان سقط المثل فیه عن المالیة

الغصب (ما یوجب هذا الانصراف) الی بلد الضمان.

و علیه ففرق بین باب القرض و السلم، و بین باب الضمان.

و علیه: ففی باب الضمان یکون الاختیار بید المالک، فله ان یطالبه فی ای مکان شاء من بلد الضمان او بلد المطالبة.

(بقی الکلام فی انه هل یعد من تعذر المثل خروجه عن القیمة کالماء علی الشاطئ اذا اتلفه) الغاصب (فی مفازة) ای صحراء له فیها قیمة کبیرة، مثلا (و الجمد فی الشتاء اذا اتلفه فی الصیف) و نحو ذلک (أم لا) فلا یعد ذلک من تعذر المثل، لوجوده فعلا، و ان لم یکن له قیمة (الاقوی بل المتعین هو الاول) و انه من تعذر المثل (بل حکی عن بعض نسبته الی الاصحاب و غیرهم) من العامة (و المصرح به فی محکی التذکرة و الایضاح و الدروس قیمة المثل فی تلک المفازة) التی اتلف الماء فیها (و یحتمل آخر مکان او زمان سقط المثل فیه عن المالیة) فاذا تحرکوا من تلک المفازة الی نحو الشط، کان سقوط الماء عن المالیة قرب الشط بفرسخ- مثلا- فقبل الفرسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۱۳۹

فرع لو دفع القیمة فی المثل المتعذر مثله ثم تمکن من المثل،

فالظاهر عدم عود المثل فی ذمته، وفاقا للعلامة (ره) و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة، لان المثل کان دینا فی الذمة، سقط باداء عوضه مع التراضی فلا یعود، کما لو تراضیا بعوضه مع وجوده.

کم کان یسوی الماء؟ کان اللازم اعطاء تلک القیمة، و کذا اذا تلف الجمد و قرب الوقت من الشتاء، فقبل شهر الی الشتاء- مثلا- یسقط الثلج عن القیمة، فآخر زمان القیمة کم کان یسوی الجمد؟ یکون ضامنا بقدر ذلک و سبب هذا الحکم: ان فی هذا الزمان، او المکان للشیء قیمة فتتعلق بذمة الضامن، و بعدهما یسقط الشیء عن القیمة، فاللازم ضمانه بهذه القیمة و هی اخیر القیمات، اما القیمة قبل ذلک فقد تبدلت الی القیمة الاخیرة.

(فرع) (لو دفع القیمة فی المثل المتعذر مثله) بان تعذر المثل ثم دفع القیمة (ثم تمکن من المثل فالظاهر) من النص و الفتوی (عدم عود المثل فی ذمته وفاقا للعلامة (ره)، و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة) و ذلک (لان المثل کان دینا فی الذمة) ف (سقط باداء عوضه مع التراضی) لانه حق، و الحق یسقط بالاداء (فلا یعود) لان الاعادة تحتاج الی الدلیل، و هو مفقود فی المقام (کما لو تراضیا بعوضه مع وجوده).

و لا یمکن ان یقال: بالفرق بان الرضا فی مقام الاعواز علی نحو بدل الحیلولة، بخلاف الرضا مع وجوده.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۰

هذا علی المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز.

و اما علی القول بسقوطه و انقلابه قیمیا، فان قلنا: بان المغصوب انقلب قیمیا عند تعذر مثله، فاولی بالسقوط لان المدفوع نفس ما فی الذمة و ان قلنا: ان المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قیمیا احتمل وجوب المثل عند وجوده، لان القیمة حینئذ بدل الحیلولة عن المثل

لانه یقال: هذا لیس بفارق، لان الرضا اذا حصل کفی و لو کان الداعی للرضا شیئا خاصا، لانّ تخلف الداعی غیر ضائر کما حقق فی محله.

(هذا) الّذی ذکرناه من عدم عود الضمان بوجود المثل (علی المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز) بل المثل یبقی حتی زمان اعطاء القیمة.

(و اما علی القول بسقوطه و انقلابه قیمیا) بمجرد الاعواز (فان قلنا:

بان المغصوب انقلب قیمیا عند تعذر مثله، فاولی بالسقوط) عند اعطاء القیمة و اولی بعدم عود المثل الی الذمة عند وجود المثل بعد فقدانه (لان المدفوع) ای القیمة- علی هذا القول- (نفس ما فی الذمة) الّذی هو القیمة بعد ان تعذر المثل (و ان قلنا: ان المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قیمیا) فصار حاله حال الاشیاء القیمیة- کالشاة و البقر و نحوهما- لا انه انقلب الی القیمة (احتمل وجوب المثل عند وجوده) ای وجود المثل بعد فقده (لان القیمة) التی اعطاها الضامن- عند تعذر المثل- (حینئذ بدل الحیلولة عن المثل) فانه حیث حیل بین مثل المضمون و بین مالکه، انتقل الی القیمة کما انه لو حال بین الشخص و بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۱

و سیأتی ان حکمه عود المبدل عند انتفاء الحیلولة.

«السابع»: لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا،

فقد حکی: الاتفاق علی کونه مضمونا بالقیمة.

و یدل علیه الاخبار المتفرقة فی کثیر من القیمیات.

ماله الّذی القاه فی البحر لزم اعطاؤه بدل الحیلولة (و سیأتی ان حکمه) ای بدل الحیلولة (عود المبدل) کالمال الملقی فی البحر (عند انتفاء الحیلولة) بخروج المال من البحر.

(«السابع»: لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا) ای کان المبیع بالبیع الفاسد الّذی اتلفه المشتری من القیمیات کالشاة- مثلا- (فقد حکی: الاتفاق علی کونه مضمونا بالقیمة) فیجب علی المشتری الّذی اتلفه ان یدفع ثمنه الی البائع.

(و یدل علیه الاخبار المتفرقة فی کثیر من القیمیات) کخبر السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام: فی السفرة المطروحة قال علیه السلام:

ان امیر المؤمنین علیه السلام سئل عن سفرة وجدت فی الطریق مطروحة کثیر لحمها و خبزها و جبنها و بیضها و فیها سکین، فقال امیر المؤمنین علیه السلام: یقوّم ما فیها ثم یؤکل لانه یفسد و لیس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له، فقیل یا امیر المؤمنین لا یدری سفرة مسلم او سفرة مجوسی، فقال هم فی سعة حتی یعلموا، و عن عبد الله بن جعفر، قال: سألت موسی علیه السلام عن رجل اصاب شاة فی

الصحراء هل تحل له، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: هی لک او لاخیک او للذئب فخذها و عرفها حیث اصبتها فان عرفت فردها الی صاحبها و ان لم تعرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۲

فلا حاجة الی التمسک بصحیحة ابی ولاد الآتیة فی ضمان البغل، و لا بقوله علیه السلام: من اعتق شقصا من عبد قوم علیه بل الاخبار کثیرة بل قد عرفت ان مقتضی اطلاق ادلة الضمان فی القیمیات هو ذلک بحسب

فکلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها، یطلب ثمنها ان تردها علیه، و مرسلة الصدوق عن الصادق علیه السلام فی حدیث: و ان وجدت طعاما فی مفازة فقومه علی نفسک لصاحبه ثم کله فان جاء صاحبه فرد علیه القیمة الی غیرها من الروایات (فلا حاجة الی التمسک بصحیحة ابی ولاد الآتیة فی ضمان البغل) کی یمکن ان یناقش فی دلالة الصحیحة لما نحن فیه بانها واردة فی باب الغصب، فلا یمکن التمسک بها لغیر باب الغصب لاحتمال اختصاصها بالغصب، حیث ان الغاصب یشدّد بالنسبة إلیه، بما لا یشدّد بالنسبة الی غیره (و لا بقوله علیه السلام من اعتق شقصا) ای حصة (من عبد قوم) العبد کله (علیه) لان العتق یسری، فالمعتق الّذی، له حصة فی العبد سبّب سرایة العتق الی باقی العبد الموجب ذلک لاتلاف العبد علی اربابه، فیؤخذ منه لهم قیمة حصتهم.

و انما لا نستدل بهذه الروایة لاحتمال اختصاص ذلک بالعبد لسرایة العتق علی التغلیب فلا ینسحب الحکم فیه الی مکان آخر (بل الاخبار) فی باب ضمان القیمی بالقیمة (کثیرة) کما عرفت شطرا منها، فلا حاجة الی الاستدلال بصحیحة ابی ولّاد، و خبر شقص العبد (بل قد عرفت) سابقا (ان مقتضی: اطلاق ادلة الضمان فی القیمیات) ای قوله علیه السلام:

هو ضامن، او شبه هذه العبارة (هو ذلک) ای الضمان بالقیمة (بحسب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۳

المتعارف، الا ان المتیقن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه متعذرا.

بل یمکن دعوی انصراف الاطلاقات الواردة فی خصوص بعض القیمیات کالبغل و العبد و نحوهما- لصورة تعذر المثل کما هو الغالب.

فالمرجع فی وجوب القیمة فی القیمی.

المتعارف) فان الضمان اذا القی الی العرف، فهم ضمان القیمی بالقیمة، بل ربما یفهم ضمان کل شیء بالقیمة، سواء کان مثلیا او قیمیا (الا ان المتیقن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه) ای فی القیمی (متعذرا) اذ لو کان للبغل- مثلا- مثل ربما فهم عرفا وجوب المثل، اما اذا تعذر المثل، فلا اشکال فی فهم العرف الضمان بالقیمة.

(بل یمکن دعوی انصراف الاطلاقات الواردة فی خصوص بعض القیمیات کالبغل و العبد و نحوهما- لصورة تعذر المثل) و انما قال: بعض القیمیات، لان من القیمیات ما لا شبیه له لکونها قیمیة، و إن کان لها مثل فی الجملة، کالدار- مثلا- فان العرف لا یری اعطاء المثل لها، و ان رأی اعطاء المثل فی باب البغل و العبد (کما هو) ای تعذر المثل من جمیع الجهات للبغل و العبد (الغالب).

نعم: غیر الغالب وجود المثل من غالب الجهات التی یسبب عدم التفاوت بینهما عرفا.

ان قلت: اذا کان المتبادر من الاطلاق المثل فی صورة وجود المثل- فی باب القیمیات- فکیف تقولون بوجوب القیمة؟.

قلت: انما نقول بالقیمة للاجماع (فالمرجع فی وجوب القیمة فی القیمی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۴

و ان فرض تیسّر المثل له، کما فی من اتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلک العبد بعینه، و کما لو اتلف علیه ذراعا

من مائة ذراع کرباس منسوج علی طریقة واحدة لا تفاوت فی اجزائه اصلا، هو الاجماع، کما یستظهر، و علی تقدیره ففی شموله لصورة تیّسر المثل- من جمیع الجهات- تأمل.

و ان فرض تیسّر المثل له.) ای للقیمی، و کلمة: ان، وصلیة (کما فیمن اتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلک العبد بعینه) کما لو کان لمحمد عبدان صفاتهما متقاربة بحیث عدّا مثلین- عرفا- فباع احدهما من زید، و لم یسلمه بعد، فاتلف زید احد العبدین، فان مقتضی اطلاق ادلة الضمان: ان یأخذ محمد العبد الّذی باعه لزید فی مقابل اتلاف زید العبد الّذی لمحمد (و کما لو اتلف علیه ذراعا من مائة ذراع کرباس منسوج علی طریقة واحدة) مما یعدّ عند الفقهاء قیمیا، لا مثلیا و (لا تفاوت فی أجزائه اصلا) فان مقتضی القاعدة: ضمانه بمثل ذلک الکرباس، لا بقیمته (هو الاجماع) خبر قوله: فالمرجع، (کما یستظهر) الاجماع علی ذلک من کلمات الفقهاء، و الا کان مقتضی القاعدة الاولیة: الضمان بالمثل، لا بالقیمة (و علی تقدیره) ای الاجماع (ففی شموله) (لصورة تیسّر المثل- من جمیع الجهات-) و ان عد قیمیا عند الفقهاء (تأمل) اذ القدر المتیقن من الاجماع القیمی الّذی لا مثل له، اما ماله مثل من جمیع الجهات، فلا اجماع علی لزوم اعطاء القیمة.

فمقتضی القاعدة المستفادة من ادلة الضمان: اعطاء المثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۵

خصوصا مع الاستدلال علیه- کما فی الخلاف و غیره- بقوله تعالی:

فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ، بناء علی: ان القیمة مماثل للتالف فی المالیة، فان ظاهر ذلک جعلها من باب الاقرب الی التالف بعد تعذر المثل.

و کیف کان فقد حکی الخلاف فی ذلک عن الاسکافی، و عن الشیخ و المحقق فی الخلاف و الشرائع فی باب القرض

(خصوصا مع الاستدلال علیه) ای علی الضمان (- کما فی الخلاف و غیره- بقوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ،) فان المنشأ للضمان:

لو کان هذا لزم ان نقول: بالمثل، الا ما خرج بالدلیل من القیمیات التی لا مثل لها- عرفا- فالمثلی و القیمی الّذی له مثل- عرفا- مشمولان للآیة الکریمة- فانهم انما یقولون: بالقیمة- فی القیمیات و یستفادون ذلک من الآیة (بناء علی: ان القیمة مماثل للتالف فی المالیة) اذا فالمماثل للتالف، فی الشکل و المالیة، اولی بان یکون مستفادا من الآیة (فان ظاهر ذلک) الاستدلال بالآیة، لوجوب القیمة فی الاشیاء القیمیة (جعلها) ای القیمة (من باب الاقرب الی التالف بعد تعذر المثل) فاذا لم یتعذر المثل بان کان للعبد، مثل عرفی- مثلا- لم یکن وجه للذهاب الی ضمانه بالقیمة.

(و کیف کان فقد حکی الخلاف فی ذلک) ای فی لزوم القیمة فی القیمی (عن الاسکافی، و عن الشیخ، و المحقق فی الخلاف، و الشرائع فی باب القرض) فقالوا: بالمثل فی القیمی أیضا خلافا للمشهور الذین قالوا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۶

فان ارادوا ذلک مطلقا، حتی مع تعذر المثل، فیکون القیمة عندهم بدلا عن المثل، حتی یترتب علیه وجوب قیمة یوم دفعها کما ذکروا ذلک احتمالا فی مسألة تعین القیمة متفرعا علی ذلک القول، فیردّه اطلاقات الروایات الکثیرة، فی موارد کثیرة منها صحیحة ابی ولاد الآتیة

بالقیمة فی القیمی (فان ارادوا ذلک) المثل فی القیمی (مطلقا) سواء تعذر المثل أم لم یتعذر؟ (حتی) یجب المثل (مع تعذر المثل،

فیکون القیمـة عنـدهم بـدلا عن المثـل) فـاذا اتلف عبـدا، و لم یکن له مثـل فی الخارج کان اللازم فرض مثل لـذلک العبـد، و یکون المتلف ضامنا لـذلک المثل المفقود، و اذا اعطی القیمـة فانما هی قیمة المثل، لا قیمة العین المتلفة (حتی یترتب علیه) ای علی وجوب المثـل (وجوب قیمـة یوم دفعهـا) فـاذا کـان العبـد فی یوم التلف یسوی الفا، و فی یوم الـدفع مائـة، او الفین، وجب علی المتلف اعطاء المائة او الالفین، لانه یوم تحول المثل الی القیمـة (کما ذکروا ذلک) ای وجوب دفع قیمـة یوم الـدفع (احتمالا فی مسألـة تعین القیمة متفرعا علی ذلک القول) ای القول بوجوب دفع القیمـة، فان القائل بوجوب دفع قیمة العبد- لا مثله- احتمل وجوب قیمة یوم التلف، و قیمـة یوم الـدفع (فیرده) خبر قوله: فـان ارادوا، و جملـة: کمـا ذکروا، معترضـة (اطلاقات الروایات الکثیرة، فی موارد کثیرة) حیث: انها اطلقت القیمة، الظاهرة فی انها بدل التالف، لا انها بدل المثل.

(منها صحیحة ابی ولاد الآتیة) حیث قال: علیه قیمة بغل، و لم یقل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۷

و منهـا روایـة تقویم العبـد، و منها ما دل علی: انه اذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سـقط من دینه، بحساب ذلک، فلو لا ضـمان التالف بالقیمـة لم یکن وجه لسـقوط الـدین، بمجرد ضـمان التـالف و منها غیر ذلک من الاخبار الکثیرة و ان ارادوا انه مع تیسـر المثل یجب المثل لم یکن بعیدا نظرا الی ظاهر آیة:

الاعتداء، و نفی الضرر لان خصوصیات الحقائق قد تقصد

مثـل بغل (و منهـا روایـة تقویم العبـد، و منهـا ما دل علی: انه اذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سـقط من دینه) ای دین الراهن الّـذی اخذ المال من المرتهن (بحساب ذلک) الرهن الّـذی تلف مثلا اعطی زیـد داره لمحمـد فی مقابل الف دینار اخـذه محمـد قرضا فاذا تلف محمد داره و کانت تسوی خمسـمائة دینار سقط من ذمة زید خمسمائة و وجب علیه ان یعطی لمحمد خمسمائة فقط و هذا یدل علی ان الرهن انما یقوم لا انه یجب اعطاء مثله و الا کان اللازم علی محمـد ان یعطی لزیـد مثل داره و یأخذ من زید الألف الّذی دفعه إلیه (فلو لا ضمان التالف بالقیمة) لا بالمثل (لم یکن وجه لسقوط الدین، بمجرد ضمان التالف).

اقول: اشـکل السـید صاحب العروة فی وجود هـذه الروایة فراجع (و منها غیر ذلک من الاخبار الکثیرة) التی مرت جملة منها: دالة علی لزوم القیمة فلا وجه لاطلاق القول بلزوم المثل (و ان ارادوا انه مع تیسـر المثل یجب المثل) دون القیمة (لم یکن) کلامهم (بعیدا) عن الصواب (نظرا الی ظاهر آیة: الاعتداء) فانها تدل: علی المثل، الا ما خرج من القیمیات التی لا مثل لها (و نفی الضرر) فان اعطاء القیمة دون المثل ضرر علی المغصوب منه (لان خصوصیات الحقائق قد تقصد) فقصد المالک ان یکون له عبدا و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۴۸

اللهم الاـ ان یحقق اجمـاع علی خلافـه و لو من جهـة ان ظاهر کلمات هؤلاء اطلاق القول: بضـمان المثل، فیکون الفصل بین التیسـر و عدمه، قولا ثالثا فی المسألة.

ثم انهم اختلفوا فی تعیین القیمة فی المقبوض بالبیع الفاسد

فالمحکی فی غایة المراد عن الشیخین و اتباعهما، تعین

بغل، لا: ان یکون له قیمة ذلک، اذ اشترائه بالقیمة شاق علیه.

بالإضافة الی بعض الروایات الدالة علی المثل فی القیمی، کالمروی عن العامة: ان امرأة کسرت قصعة اخری فدفع النبی صلی اللّه علیه و آله و سـلم قصـعة الکاسـرة الی صاحبـة المکسورة، و حبس المکسورة فی بیته، و فی حدیث آخر ان النبی اسـتقرض بکرا، فامر برد مثله، بل خبر اسـحاق بن عمار قلت: لابی عبـد الله علیه السـلام اسـتقرض الرغیف. من الجیران، و نأخـذ الکبیر و نعطی صـغیرا و نعطی

كبيرا، قال عليه السلام: لا بأس، الى غيرها من الروايات.

(اللهم الا ان يحقق اجماع على خلافه) و انه لا يجوز فى القيمى الا القيمة لا المثل (و لو من جهة ان ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول: بضمان المثل) من غير فرق بين ان يكون تيسر المثل أم لا؟ (فيكون الفصل بين التيسر) للمثل، فيجب المثل (و عدمه) اى عدم التيسر، فتجب القيمة (قولا ثالثا فى المسألة) و هذا مما لا يجوز احداثه و الله العالم.

(ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد) قيمة ایّ يوم هى (فالمحكى فى غاية المراد عن الشيخين و اتباعهما، تعين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۴۹

قيمة يوم التلف، و عن الدروس و الروضة نسبته الى الاكثر.

و الوجه فيه على ما نبّه عليه جماعة، منهم العلامة فى السرائر: ان الانتقال الى البدل، انما هو يوم التلف، اذ: الواجب قبله هو رد العين

و ربما يورد عليه: ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة، اما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.

و يدفع بان معنى: ضمان العين عند قبضه، كونه فى عهدته، و معنى ذلك

قيمة يوم التلف و عن الدروس و الروضة نسبته) اى هذا القول (الى الاكثر، و الوجه فيه) اى فى كون المعيار قيمة يوم التلف (على ما نبه عليه جماعة:

منهم العلامة فى السرائر: ان الانتقال الى البدل انما هو يوم التلف) لا بعده، و لا قبله (اذ الواجب قبله هو رد العين) و اليوم الّذى بعد يوم التلف ليست العين فى الذمة، بل القيمة فارتفاع العين- لو كانت- و انخفاضها لا يؤثران فى الضمان.

(و ربما يورد عليه: ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة) هذا صحيح لانه اذا لم يمكن العين وجب قيمتها (اما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا) دليل على ذلك، فلعل المنتقل إليها قيمة ما اعم من قيمة يوم الغصب، او التلف، او ما بعد ذلك، او اعلى القيم.

(و يدفع) هذا الايراد (بان معنى: ضمان العين عند قبضه) المستفاد من قوله: على اليد ما اخذت، (كونه) اى الشيء المقبوض (فى عهدته) اى عهدة القابض، و ذمته (و معنى ذلك) الكون فى العهدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۵۰

وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتى يكون عند التلف كانّه لم يتلف، و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه.

و مما ذكرنا ظهر ان الاصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف فان خرج المغصوب من ذلك- مثلا- فبدليل خارج.

نعم لو تم ما تقدم عن الحلى فى هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة

(وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتى يكون) الشيء (عند التلف كانه لم يتلف) لان بدله يوصل الى المالك (و تداركه) ببدله (على هذا النحو) كانه لم يتلف، انما هو (بالتزام مال معادل له قائم مقامه) و قوله: و تداركه، مبتدأ، و: بالتزام، خبره، فالحاصل: انه اذا تلف اعطى المتلف ماليته.

(و مما ذكرنا ظهر: ان الاصل فى ضمان التالف، ضمانه بقيمته يوم التلف) فالضمان بالقيمة يوم التلف، و المنتقل إليها قيمة يوم التلف أيضا و هذا الحكم عام بالنسبة الى كل انواع الضمان، كالمقبوض بالسوم و البيع الفاسد، و الغصب، و غيرها (فان خرج المغصوب من ذلك) الاصل الكلى (مثلا) بان قلنا: المغصوب يضمن بقيمة يوم الغصب، او اعلى القيم او ما اشبه (فبدليل خارج) سبب ذلك الدليل ان نخرج عن الاصل الكلى الّذى مقتضاه قيمة يوم التلف.

(نعم لو تم ما تقدم عن الحلى فى هذا المقام) اى مقام ضمان البيع الفاسد (من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا) اى بالبيع الفاسد

(بمنزلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۱۵۱

المغصوب الا- فى ارتفاع الاثم، الحقناه بالمغصوب، ان ثبت فيه حكم مخالف لهذا الاصل، بل يمكن ان يقال: اذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابى ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، اذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف، لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك

المغصوب الا- فى ارتفاع الاثم) حيث لا- اثم فى البيع الفاسد، مما هو موجود فى المغصوب (الحقناه) اى المبيع بالبيع الفاسد (بالمغصوب، ان ثبت فيه) اى فى المغصوب (حكم مخالف لهذا الاصل) الاولى الّذى هو ضمان قيمة يوم الغصب- مثلا- (بل يمكن ان يقال: اذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابى ولاد الآتية) حيث قال عليه السلام: قيمة بغل يوم خالف (كشف ذلك) الاعتبار بقيمة يوم الغصب (عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، اذ) كيف يمكن ان يكون المغصوب اخف حكما من غير المغصوب؟ فانه (يلزم حينئذ) اى حين كان الاعتبار فى المغصوب يوم الغصب لا يوم التلف (ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت) قيمته (يوم الغصب) كما لو كان يوم الغصب يسوى بالف، و يوم التلف بعشرة آلاف (غير واجب التدارك عند التلف)

و انما لم يكن واجبا تداركه (لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك) فتحصل ان المصنف ذكر أولا: ان مقتضى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۱۵۲

نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم، امكن جعل التزام الغاصب بالزائد، على مقتضى التدارك مؤاخذة له باشقّ الاحوال فالمهمّ حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد

الاصل فى موارد الضمان مطلق يوم التلف، ثم استثنى المغصوب، فضمانه عند الغصب بمقتضى صحيحة ابى ولاد، ثم الحق بالغصب سائر موارد الضمان- و عليه ينقلب الاصل الاولى- لانه لو كان فى الغصب الاعتبار بيوم الغصب، و فى سائر الموارد بيوم التلف، لزم ان يكون المغصوب احسن حالا.

اللهم الا اذا قلنا: بان مفاد الصحيحة وجوب اعلى القيم، فنقول:

الاصل فى جميع موارد الضمان، يوم التلف، الا المغصوب.

و الى هذا اشار بقوله: (نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم) كما يأتى تقريب ذلك (امكن جعل التزام الغاصب بالزائد) على يوم التلف- فيما كان يوم التلف عشرة، و فى يوم آخر بعشرين- مثلا- (على مقتضى التدارك) و مقتضى التدارك: هو يوم التلف و: على، متعلق ب: الزائد، (مؤاخذة له باشق الاحوال) و حينئذ يبقى الاصل- و هو الضمان يوم التلف- سالما عن الايراد، و يخرج منه الغصب فقط بدليل خاص (فالمهمّ حينئذ) اى حين توقف معرفة الضمان فى سائر الموارد على معرفة الضمان فى الغصب، و انه يوم التلف، او يوم الغصب او اعلى القيم (صرف الكلام الى معنى الصحيحة) لابى ولاد (بعد ذكرها ليلحق به) اى بذلك المعنى (البيع الفاسد) و ان ضمانه يوم التلف،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۱۵۳

اما لما ادعاه الحلى، و اما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك، و الغرامة فى المضمونات، و كون العبرة فى جميعها بيوم الضمان،

کما هو احد الاقوال فیما نحن فیه، من البیع الفاسد.

و حیث ان الصحیحة مشتملة علی احکام کثیرة، و فوائد خطیرة، فلا بأس بذکرها جمیعا، و ان کان الغرض متعلقا ببعضها.

فروی الشیخ فی الصحیح عن ابی ولاد، قال: اکثریت بغلا الی قصر بنی هبیرة

او یوم القبض، اذ حال البیع الفاسد حال الغصب (اما لما ادعاه الحلی) من الاجماع، علی ان حال البیع الفاسد حال الغصب (و اما لکشف الصحیحة عن معنی التدارک و الغرامة فی المضمونات) فلما دل الدلیل علی التدارک و الغرامة فی البیع الفاسد، کان معنی التدارک هنا هو معنی التدارک فی الصحیحة، و قول المصنف: «اما» و «اما» لبیان اتحاد حکم المغصوب و البیع الفاسد، (و کون العبرة فی جمیعها) ای المضمونات (بیوم الضمان) الّذی هو مثل یوم الغصب (کما هو) ای کون الاعتبار بیوم الضمان (احد الاقوال فیما نحن فیه، من البیع الفاسد) من بیان «ما» و «کون العبرة» عطف علی «معنی التدارک»

(و حیث ان الصحیحة مشتملة علی احکام کثیرة، و فوائد خطیرة) فی الفقه (فلا بأس بذکرها جمیعا و إن کان الغرض) فی مقامنا هذا (متعلقا ببعضها، ف) نقول (روی الشیخ فی الصحیح عن ابی ولاد، قال: اکثرین بغلا الی قصر بنی هبیرة) و کان بین الکوفة و بغداد بینه و بین کل منهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۴

ذاهبا، و جائیا بکذا و کذا، و خرجت فی طلب غریم لی فلما صرت قرب قنطرة الکوفة، خبرت ان صاحبی توجه الی النیل، فتوجهت نحو النیل، فلما اتیت النیل، خبرت انه توجه الی بغداد، فاتبعته و ظفرت به، و فرغت مما بینی و بینه، و رجعت الی الکوفة، و کان ذهابی و مجیء خمسة عشر یوما، فاخبرت صاحب البغل بعذری، واردت ان اتحلل منه فیما صنعت، و ارضیه، فبذلت له خمسة عشر درهما، فابی ان یقبل، فتراضینا بابی حنیفة، و اخبرته بالقصة، و اخبره الرجل فقال: لی ما صنعت بالبغل؟ فقلت: رجعته سلیما، قال:

مسافة یومین (ذاهبا و جائیا بکذا و کذا) من الدراهم (و خرجت فی طلب غریم لی) کنت اطلبه شیئا (فلما صرت قرب قنطرة الکوفة، خبرت ان صاحبی توجه الی النیل) المراد بصاحبه، غریمه (فتوجهت نحو النیل، فلما اتیت النیل خبرت انه توجه الی بغداد) و النیل: موضع بین کوفة، و بغداد (فاتبعته و ظفرت به، و فرغت مما بینی و بینه) بتصفیة الطلب، (و رجعت الی الکوفة، و کان ذهابی و مجیء خمسة عشر یوما) مع ان المسافة المقررة بینی و بین صاحب البغل أربعة ایام حسب المسافة بین الکوفة و بنی هبیرة (فاخبرت صاحب البغل بعذری، و اردت ان اتحلل منه فیما صنعت، و ارضیه فبذلت له خمسة عشر درهما) ای و هو ازید من الاجرة المقررة أولا (فابی ان یقبل، فتراضینا بابی حنیفة) حکما فی الموضوع (و اخبرته بالقصة، و اخبره الرجل) أیضا (فقال: لی) ابو حنیفة (ما صنعت بالبغل؟) هل ارجعته أم لا؟ (فقلت: رجعته سلیما قال:)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۵

نعم بعد خمسة عشر یوما، قال فما ترید من الرجل؟ قال: ارید کراء بغلی فقد حبسه علی خمسة عشر یوما، فقال: انی ما اری لک حقا! لانه اکتری، الی قصر بنی هبیرة، فخالف فرکبه الی النیل، و الی بغداد فضمن قیمة البغل، و سقط الکراء، فلما رد البغل سلیما، و قبضته لم یلزمه الکراء قال: فخرجنا من عنده، و اخذ صاحب البغل یسترجع فرحمته مما افتی به ابو حنیفة، و اعطیته شیئا، و تحللت منه، و حججت

صاحب البغل (نعم بعد خمسة عشر یوما) علی خلاف الموعد المقرر (قال) ابو حنیفة لصاحب البغل: (فما ترید من الرجل) المکتری لبغلک؟ (قال) صاحب البغل: (ارید کراء بغلی، فقد حبسه علی خمسة عشر یوما فقال) ابو حنیفة (انی ما اری لک) یا صاحب البغل

(حقا) علی الرجل (لانه اکتراه الی قصر بنی هبیرة، فخالف فرکبه الی النیل، و الی بغداد، فضمن) بسبب هذه المخالفة (قیمة البغل، و سقط الکراء) لانه لم یعمل بمقتضی الاجارة فیکون غاصبا، و الغاصب ضامن للقیمة (فلما رد البغل سلیما، و قبضته لم یلزمه الکراء) لانه ساقط بالمخالفة، و الضمان أیضا سقط بالاقباض لک، فلا شیء علی الرجل حتی اصل الاجرة التی کانت بینکما (قال) الرجل: (فخرجنا من عنده، و اخذ صاحب البغل یسترجع) ای یقول: انا لله و انا إلیه راجعون، و ذلک لانه لم یحصل علی شیء بعد ان کان لا یرضی بخمسة عشر درهما (فرحمته مما افتی به ابو حنیفة، و اعطیته شیئا) مجانا (و تحللت منه) ای قلت له: اجعلنی فی حل (و حججت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۶

تلک السنة، فاخبرت أبا عبد الله علیه السلام، بما افتی به ابو حنیفة، فقال فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء مائها، و تحبس الارض برکاتها فقلت: لابی عبد الله علیه السلام فما تری انت، جعلت فداک؟ قال علیه السلام: اری له علیک مثل کراء البغل ذاهبا من الکوفة الی النیل و ذاهبا من النیل الی بغداد، و مثل کراء البغل من بغداد الی الکوفة و توفیه ایاه، قال: قلت: جعلت فداک، فقد علفته بدراهم، فلی علیه علفة، قال: لا، لانک غاصب.

تلک السنة، فاخبرت أبا عبد الله) الصادق (علیه السلام بما افتی به ابو حنیفة) و بالقصة (فقال) علیه السلام: (فی مثل هذا القضاء) الّذی قضی به ابو حنیفة (و شبهه) من الحکم بالباطل (تحبس السماء مائها و تحبس الارض برکاتها) لعله اشارة الی قوله سبحانه: وَ لَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَی آمَنُوا وَ اتَّقَوْا لَفَتَحْنا عَلَیْهِمْ بَرَکاتٍ مِنَ السَّماءِ وَ الْأَرْضِ، وَ لکِنْ کَذَّبُوا فَأَخَذْناهُمْ بِما کانُوا یَکْسِبُونَ، (فقلت: لابی عبد الله علیه السلام فما تری انت جعلت فداک؟ قال علیه السلام: اری له علیک مثل کراء البغل ذاهبا من الکوفة الی النیل، و ذاهبا من النیل الی بغداد) و لعل الامام لم یقل من الکوفة الی بغداد، لاختلاف القیمة من الکوفة الی بغداد، و من الکوفة الی النیل، ثم منه الی بغداد (و مثل کراء البغل من بغداد، الی الکوفة، و توفیه ایاه) عطف علی: علیک، ای واجب علیک ذمة و واجب ان تعطیه ایاه أیضا (قال: قلت: جعلت فداک فقد علفته) ای البغل (بدراهم فلی علیه علفة قال) علیه السلام (لا، لانک غاصب) بخلاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۷

قلت: أ رأیت لو عطب البغل او نفق أ لیس کان یلزمنی؟ قال: نعم قیمة بغل یوم خالفته، قلت: فان اصاب البغل عقر، او کسر، او دبر، قال: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه، قلت: فمن یعرف ذلک؟

قال: انت و هو، اما ان یحلف هو، فیلزمک، و ان ردّ الیمین علیک فحلفت علی القیمة، لزمک ذلک او یأتی

المأذون الّذی له علی المالک ان یوفی ما انفقه علی بغله، لاحترام مال المسلم، اما الغاصب فقد اذهب احترام مال نفسه (قلت: أ رأیت) ای اخبرنی (لو عطب البغل) و هلک (او نفق) و صار فیه جرح، او ما اشبه (أ لیس کان یلزمنی؟). شیء فی الخسارة (قال: نعم) کان یلزمک (قیمة بغل یوم خالفته) ای خالفت مالک البغل (قلت: فان اصاب البغل عقرا و کسر او دبر) ما ذا کان یلزمنی، و العقر الجرح و الدبر بالتحریک قرحة الدابة، و الکسر واضح (قال: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه) فاذا کانت قیمة الصحیح مائة، و المعیوب تسعین لزمه اعطاء عشرة بالإضافة الی رد الدابة (قلت: فمن یعرف ذلک) التفاوت بین الصحیحة و المعیبة (قال) علیه السلام: (انت و هو) ای انه مربوط بالعرف و انتما من العرف، و لدی الاختلاف فی القیمة (اما ان یحلف هو) صاحب البغل (فیلزمک) بمقدار ما حلف (و ان ردّ الیمین علیک) و لم یحلف (فحلفت) انت (علی القیمة، لزمک ذلک) المقدار الّذی انت اعترفت به، مثلا قال صاحب البغل هو مائة، و قلت: انت هو تسعین، فان حلف هو لزمک المائة، و ان رد الحلف و حلفت انت لزمک التسعون (او یأتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۸

صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک، فقلت: انی کنت اعطیته دراهم و رضی بها، و حللنی، فقال علیه السلام: انما رضی بها و حللک حین قضی علیه ابو حنیفة بالجور و الظلم و لکن ارجع إلیه فاخبره بما افتیتک به، قال جعلک فی حل بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک، الخبر

و محل الاستشهاد فیه فقرتان، الاولی: قوله: نعم قیمة بغل یوم خالفته الی ما بعد، فان الظاهر ان الیوم قید للقیمة، اما باضافة القیمة المضافة الی البغل إلیه ثانیا، یعنی قیمة یوم المخالفة للبغل ف

صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک) و یقوم الشهود مقام الحلف (فقلت: انی کنت) قد (اعطیته دراهم و رضی) صاحب البغل (بها) ای بالدراهم (و حللنی، فقال علیه السلام انما رضی) صاحب البغل (بها، و حللک حین قضی علیه ابو حنیفة بالجور و الظلم، و لکن) انت (ارجع إلیه) ای الی صاحب البغل (فاخبره بما افتیتک به، قال جعلک فی حل بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک) انتهی موضع الحاجة من (الخبر، و محل الاستشهاد فیه فقرتان، الاولی: قوله) علیه السلام (نعم: قیمة بغل یوم خالفته الی ما بعد) هذه الفقرة (فان الظاهر) عند العرف من هذه الفقرة (ان الیوم قید للقیمة) ای قیمة یوم المخالفة- و هو یوم الغصب- (اما باضافة القیمة المضافة الی البغل إلیه) ای الی: الیوم، (ثانیا) فیکون الکلام هکذا: قیمة بغل،: قیمة یوم، (یعنی قیمة یوم المخالفة للبغل، ف) ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۵۹

یکون اسقاط حرف التعریف من: البغل، للاضافة، لا لان ذا القیمة، بغل غیر معین، حتی توهم الروایة مذهب من جعل القیمی مضمونا بالمثل، و القیمة، انما هی قیمة المثل.

و اما بجعل: الیوم، قیدا للاختصاص الحاصل من اضافة: القیمة، الی: البغل، و اما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله: نعم، القائم مقام قوله علیه السلام: یلزمک، یعنی: یلزمک یوم المخالفة قیمة بغل، فبعید جدا.

قلت: فاللازم ان یقول: قیمة البغل، باللام، لا: قیمة بغل، بالتنکیر، قلت:

(یکون اسقاط حرف التعریف من البغل، للاضافة) الی یوم، ای: بغل یوم المخالفة، (لا لان ذا القیمة بغل غیر معین) فلیست الکلمة نکرة، و انما هی معرفة، حذفت اللام منها لقصد الاضافة (حتی توهم الروایة) بناء علی نکریة البغل (مذهب من جعل القیمی مضمونا بالمثل) لان معناها حینئذ:

قیمة بغل، مماثل للبغل المکتری (و القیمة) التی یجب اعطائها (انما هی قیمة المثل) لا قیمة نفس الشیء- ای البغل المکتری- (و اما بجعل:

الیوم، قیدا للاختصاص الحاصل من اضافة: القیمة، الی: البغل،) ای قیدا للمعنی- لا انه قید للقیمة- و إن کان اوّل المعنی الی المعنی الاول أیضا (و اما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف) ای: یوم، (بقوله: نعم، القائم مقام قوله علیه السلام: یلزمک،) فیوم، متعلق بیلزمک (یعنی: یلزمک یوم المخالفة قیمة بغل) و علیه فلا دلالة فی الروایة لتعیین مقدار القیمة (فبعید جدا) لان مقتضی القاعدة الادبیة تعلق الظرف بالاقرب فالاقرب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۰

بل غیر ممکن، لان السائل انما سئل عما یلزمه بعد التلف، بسبب المخالفة بعد العلم بکون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، کما یدل علیه:

أ رأیت لو عطب البغل، او نفق، أ لیس کان یلزمنی؟ فقوله: نعم، یعنی:

یلزمک بعد التلف بسبب المخالفة، قیمة بغل یوم خالفته،

و قد اطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة فی تعلق الظرف بلزوم القیمة علیه، و لم یأت بشیء یساعده الترکیب اللغوی، و لا المتفاهم العرفی

(بل غیر ممکن لان السائل انما سئل) الامام علیه السلام (عما یلزمه بعد التلف) للبغل (بسبب المخالفة) الظرف متعلق ب: یلزمه، (بعد العلم) من السائل (بکون زمان المخالفة) هو (زمان حدوث الضمان) فجواب الامام: بان الضمان فی یوم المخالفة، لا فائدة فیه اصلا (کما یدل علیه:) ای علی ان السائل کان عالما بکون زمان المخالفة هو زمان الضمان، قوله:

(أ رأیت لو عطب البغل، او نفق أ لیس کان یلزمنی؟) فالسائل یعرف بانه ملتزم، و انما یسأل من شیء آخر (فقوله) علیه السلام (نعم، یعنی یلزمک بعد التلف بسبب المخالفة) لصاحب البغل (قیمة بغل یوم خالفته) فتدل الروایة: علی ان الضمان انما هو بقیمة یوم المخالفة.

(و قد اطنب) و اطال (بعض من جعل الفقرة) المذکورة من الروایة (ظاهرة فی تعلق الظرف بلزوم القیمة علیه) یعنی یلزمک یوم المخالفة (و لم یأت بشیء یساعده الترکیب اللغوی، و لا المتفاهم العرفی) و قد نظر بعض المعلقین فی کلام المصنف بما هو خارج عن وضع الشرح، فعلی الراغب ان یراجع الحواشی و التعلیقات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۱

«الثانیة»: قوله او یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل یوم اکتری کذا و کذا، فان اثبات قیمة یوم الاکتراء من حیث هو یوم الاکتراء لا جدوی فیه، لعدم الاعتبار به، فلا بد ان یکون الغرض منه اثبات قیمة یوم المخالفة، بناء علی انه یوم الاکتراء، لان الظاهر من صدر الروایة انه خالف المالک بمجرد خروجه من الکوفة، و من المعلوم ان اکتراء البغل لمثل تلک المسافة القلیلة، انما یکون یوم الخروج، او فی عصر الیوم السابق

(«الثانیة»: قوله) علیه السلام (او یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل یوم اکتری کذا و کذا).

و وجه دلالة هذه الفقرة علی ما نحن فیه، الاعتبار بیوم الاکتراء (فان اثبات قیمة یوم الاکتراء من حیث هو یوم الاکتراء لا جدوی) و لا فائدة (فیه لعدم الاعتبار به) ای بیوم الاکتراء اذ: یوم الاکتراء لیس یوم الضمان (فلا بد ان یکون الغرض منه) ای من یوم الاکتراء (اثبات قیمة یوم المخالفة، بناء علی انه یوم الاکتراء) أیضا (لان الظاهر من صدر الروایة) حیث قال: فلما صرت قرب قنطرة الکوفة خبّرت الخ، فان قنطرة الکوفة یصل إلیها الانسان فی نفس الیوم علی الظاهر، و من القنطرة خالف المکتری و (انه خالف المالک بمجرد خروجه من الکوفة، و من المعلوم ان اکتراء البغل لمثل تلک المسافة القلیلة) بین الکوفة و بین قنطرتها (انما یکون یوم الخروج، او فی عصر الیوم السابق) بان اکتری البغل عصرا، و خرج صباحا، لان یکتری الانسان البغل فی یوم و یخرج بعد ذلک باسبوع، او شهر، او ما اشبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۲

و معلوم أیضا عدم اختلاف القیمة فی هذه المدة القلیلة.

و اما قوله علیه السلام: فی جواب السؤال عن اصابة العیب: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده، فالظرف: متعلق ب: علیک، لا قید للقیمة، اذ لا عبرة فی ارش العیب بیوم الرد اجماعا، لان النقص الحادث تابع فی تعیین یوم قیمته لاصل العین

(و معلوم أیضا عدم اختلاف القیمة) للبغل (فی هذه المدة القلیلة) بین الاکتراء، و بین المخالفة.

(و اما قوله علیه السلام: فی جواب السؤال عن اصابة العیب:) حیث سئل السائل فان اصاب البغل عقر الخ (علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده) حیث ربما یزعم ان: یوم، متعلق ب: القیمة، فالمعتبر قیمة یوم الرد لا قیمة یوم المخالفة (فالظرف) و هو «یوم» (متعلق بعلیک) ای علیک فی یوم الرد ان تعطیه القیمة الفلانیة (لا قید للقیمة).

و ان قلت: ان: علیه، یوم المخالفة، لا یوم الرد، قلت: انما یرد القیمة فی یوم الرد، و بهذا الاعتبار، قال علیه السلام: «یوم ترده» و الا فمن المعلوم ان الضمان انما یکون یوم المخالفة، و انما قلنا: لا قید للقیمة، (اذ لا عبرة فی ارش العیب بیوم الرد اجماعا) فهذا الاجماع کاشف عن ان مراد الامام علیه السلام: لم یکن القیمة یوم الرد، بل: الضمان، ای- علیک- یوم الرد، (لان النقص الحادث تابع فی تعیین یوم قیمته لاصل العین) «لاصل» متعلق ب: تابع،

فاذا قلنا: بان المدار فی قیمة العین علی یوم الغصب، فکذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۳

فالمعنی علیک اداء الارش یوم رد البغلة

و یحتمل ان یکون، قیدا للعیب، و المراد العیب الموجود فی یوم الرد، لاحتمال ازدیاد العیب الی یوم الرد، فهو المضمون دون العیب القلیل الحادث أولا.

لکن، یحتمل ان یکون العیب قد تناقص الی یوم الرد، و العبرة حینئذ بالعیب الموجود حال حدوثه لان المعیب لو ردّ الی الصحة

نقول: فی النقص، فتقوم العین فی یوم الغصب صحیحة و معیبة، و یؤخذ بتلک النسبة، و علی هذا فلا عبرة فی ارش العیب بیوم الرد (فالمعنی) لقوله علیه السلام: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده، (علیک اداء الارش یوم رد البغلة) هذا.

(و یحتمل ان یکون) الظرف ای: یوم، فی کلام الامام علیه السلام (قیدا للعیب، و المراد العیب الموجود فی یوم الرد) فعیب یوم الرد مضمون (لاحتمال ازدیاد العیب الی یوم الرد) مثلا کان العیب یوم التعیب عشرة، و یوم الرد مائة (فهو المضمون دون العیب القلیل الحادث أولا) اوّل الامر لان فی ید الغاصب تعیب البغل بهذا العیب الکثیر.

(لکن) هذا الاحتمال ضعیف، لان مقتضاه: انه لو نقص العیب کان الضمان لذلک الناقص فقط، کما لو تعیب او لا بمائة، ثم صار عشرة، کان اللازم علی هذا القول ضمانه بعشرة و هذا غیر تام، اذ (یحتمل ان یکون العیب قد تناقص الی یوم الرد، و العبرة حینئذ) ای حین التناقص (بالعیب الموجود حال حدوثه) لا حال نقصه (لان المعیب لورد الی الصحة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۴

او نقص، لم یسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع علی مقتضی الفتوی، فهذا الاحتمال من هذه الجهة، ضعیف أیضا فتعین تعلقه بقوله: علیک.

و المراد بقیمة ما بین الصحة و العیب: قیمة التفاوت بین الصحة و العیب و لا تعرض فی الروایة لیوم هذه القیمة فیحتمل یوم الغصب، و یحتمل یوم حدوث العیب الّذی هو یوم تلف وصف الصحة الّذی هو

بان صح البغل بعد تعیبه (او نقص) العیب، بان صار اقل (لم یسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع) فی صورة ارتفاع العیب کلیا (علی مقتضی الفتوی) فان العلماء یفتون بذلک.

و وجهه ان العیب صار فی ذمة الغاصب، و لا دلیل علی سقوطه بعد ارتداد البغل صحیحا، او بعد ان قل عیبه (فهذا الاحتمال) ای احتمال تعلق: یوم، فی کلام الامام ب: عیب، (من هذه الجهة) ای الجهة التی ذکرناها بقولنا: لکن، (ضعیف أیضا) کضعف الاحتمال السابق الّذی رددناه بقولنا: اذ لا عبرة فی ارش، (فتعین تعلقه) ای:

یوم، (بقوله: علیک) لا ب: عیب، و لا ب: قیمة، (و المراد بقیمة ما بین الصحة و العیب،) فی کلام الامام علیه السلام (قیمة التفاوت بین الصحة و العیب) کما هو واضح (و لا- تعرض فی الروایة لیوم هذه القیمة) و انه یلاحظ ای الایام لاخذ التفاوت (فیحتمل یوم الغصب، و یحتمل یوم حدوث العیب الّذی هو یوم تلف وصف الصحة) بان یؤخذ التفاوت بین یوم الغصب صحیحا و مریضا، او بین یوم العیب صحیحا و مریضا (الّذی هو) ای وصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۵

بمنزلة جزء العین فی باب الضمانات، و المعاوضات و حیث عرفت ظهور الفقرة السابقة علیه و اللاحقة له، فی اعتبار یوم الغصب، تعین حمل هذا أیضا علی ذلک.

نعم: یمکن ان یوهن ما استظهرناه من الصحیحة: بانه لا یبعد ان یکون مبنی الحکم فی الروایة علی ما هو الغالب، فی مثل مورد الروایة من عدم اختلاف قیمة البغل فی مدة خمسة عشر یوما

الصحة (بمنزلة جزء العین فی باب الضمانات، و المعاوضات) فان للصحة ثمنا فکانما جزء للعین (و حیث عرفت ظهور الفقرة السابقة علیه) ای علی قوله: قیمة ما بین الصحة و العیب، (و اللاحقة له) و الفقرة السابقة هی قوله علیه السلام: قیمة بغل یوم خالفته، و اللاحقة هی قوله علیه السلام قیمة البغل حین اکتری، (فی اعتبار یوم الغصب تعین حمل هذا) ای قوله: قیمة ما بین الصحة و العیب، (أیضا علی ذلک) لان وحدة المساق تدل علی وحدة الإرادة من الفقرات الثلاثة.

(نعم: یمکن ان یوهن ما استظهرناه من الصحیحة) یعنی کون العبرة بیوم الغصب (بانه لا- یبعد ان یکون مبنی الحکم) بقیمة یوم الغصب (فی الروایة) لا- لاجل انه اذا اختلف یوم الغصب، و یوم التلف یکون الاعتبار أیضا بیوم الغصب، بل ذلک مبنی (علی ما هو الغالب فی مثل مورد الروایة من: عدم اختلاف قیمة البغل فی مدة خمسة عشر یوما) کما فی الروایة انها کانت المدة بین اخذ البغل، و رده علی صاحبه، و مع امکان هذا الاحتمال فی الروایة لا یبقی لها ظهور فیما ادعیناه من: ان العبرة بیوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۶

و یکون السرّ فی التعبیر بیوم المخالفة، دفع ما ربما یتوهمه امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة بقیمة ما اشتری به البغل، و ان نقص بعد ذلک، لانه خسّره المبلغ الّذی اشتری به البغلة

و یؤیده التعبیر عن یوم المخالفة فی ذیل الروایة بیوم الاکتراء فان فیه اشعارا بعدم عنایة المتکلم بیوم المخالفة، من حیث انه یوم المخالفة

الغصب، حتی فی صورة اختلاف القیمة بین یوم الغصب، و بین التلف.

(و) ان قلت: الظاهر من قوله علیه السلام: یوم خالفته، خصوصیة یوم المخالفة سواء تنزلت القیمة بعد الغصب أم لا؟

قلت: کلا- بل (یکون السرّ فی التعبیر بیوم المخالفة دفع ما ربما یتوهمه امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة) فی ضمان الضامن (بقیمة ما اشتری به البغل، و ان نقص بعد ذلک) و انما یتوهمون هذا التوهم (لانه) ای المتلف (خسّره) ای سبب خسارة المالک (المبلغ الّذی اشتری به البغلة) و لذا قال الامام: یوم المخالفة، لیدفع هذا التوهم.

(و یؤیده) ای عدم اعتبار یوم المخالفة، فی مقابل یوم التلف، و انما یوم المخالفة یراد به فی مقابل یوم اشتراء المالک- کما یتوهم العوام (التعبیر عن یوم المخالفة فی ذیل الروایة بیوم الاکتراء) حیث قال علیه السلام: یوم اکتری، (فان فیه) ای فی هذا الاختلاف فی التعبیر (اشعارا بعدم عنایة المتکلم بیوم المخالفة، من حیث انه یوم المخالفة) و الّا لوحّد التعبیر فی المقامین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۷

الا ان یقال: ان الوجه فی التعبیر بیوم الاکتراء- مع کون المناط یوم المخالفة- هو: التنبیه علی سهولة اقامة الشهود علی قیمته فی زمان الاکتراء، لکون البغل فیه غالبا بمشهد من الناس، و جماعة من المکارین بخلاف زمان المخالفة من حیث انه زمان المخالفة فتغییر التعبیر لیس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبیه علی سهولة معرفة القیمة بالبینة کالیمین فی مقابل قول السائل: و من یعرف ذلک

(الا ان یقال:) لا اشعاریة فی ما ذکرتم، اذ: (ان الوجه فی التعبیر بیوم الاکتراء) فی ذیل الروایة (- مع کون المناط یوم المخالفة- هو: التنبیه علی سهولة اقامة الشهود علی قیمته فی زمان الاکتراء) حیث امر الامام علیه السلام: بالاحتیاج الی الشهود، فکان محل توهم ان یقال: انه کیف یمکن اقامة الشهود علی قیمة البغل یوم المخالفة؟ و الحال ان البغل فی الصحراء و لا شهود حاضرین، فنبّه الامام علیه السلام: الی ان شهود یوم الاکتراء کافیة فی ذلک (لکون البغل فیه) ای فی یوم الاکتراء (غالبا بمشهد من الناس، و جماعة من المکارین بخلاف زمان المخالفة) حیث لا مکاری و لا شاهد (من حیث انه زمان المخالفة) نعم من حیث تساوی زمان المخالفة لزمان الاکتراء- فی القیمة- یمکن اقامة الشهود أیضا (فتغییر التعبیر) بلفظ: یوم الاکتراء، بعد: یوم خالف، (لیس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبیه علی سهولة معرفة القیمة) للبغل (بالبینة) الموجودة یوم المخالفة، فکلام الامام علیه السلام:

(کالیمین فی مقابل قول السائل: و من یعرف ذلک) لا فی مقابل یوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۸

فتأمل.

و یؤیده أیضا قوله علیه السلام: فیما بعد فی جواب قول السائل: و من یعرف ذلک؟ قال: انت و هو، اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمک، فان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمة، لزمه، او یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون علی ان قیمة البغل یوم اکتری کذا و کذا، فیلزمک الخبر فان العبرة لو کان بخصوص یوم المخالفة لم یکن وجه لکون القول

المخالفة، حتی یکون تدافع بین: یوم المخالفة، و: یوم الاکتراء، (فتأمل) اذ: یبعد ان یکون تعبیر الامام علیه السلام: بیوم اکتری، لاجل دفع توهم مشکلیة اقامة البینة للقیمة فی یوم المخالفة.

(و یؤیده) ای یؤید ما ذکرناه بقولنا: نعم یمکن ان یوهن، و هذا تأیید لعدم اعتبار: یوم المخالفة، (أیضا) کما وهناه سابقا بقولنا: بانه لا یبعد ان یکون، (قوله علیه السلام: فیما بعد فی جواب قول السائل: و من یعرف ذلک؟ قال) علیه السلام (انت و هو، اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمک) ذلک المقدار الّذی حلف علیه (فان رد الیمین علیک، فحلفت) له (علی القیمة) بان البغل یسوی اقل مما یدّعیه صاحب البغل (لزمه) فلا حق له فی الزیادة (او یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون علی ان قیمة البغل یوم اکتری کذا و کذا، فیلزمک) لانه مدع للزیادة، فاذا جاء بالشهود فله الحق، و الا فلا حق له اذا حلفت انت (الخبر) فان هذه القطعة من الخبر: تدل علی عدم الاعتبار بیوم المخالفة (ف) وجه ذلک، ای قولنا:

یؤیده، (ان العبرة لو کان بخصوص یوم المخالفة لم یکن وجه لکون القول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۶۹

قول المالک مع کونه مخالفا للاصل.

ثم لا وجه لقبول بینته لان من کان القول قوله، فالبینة بینة صاحبه و حمل الحلف هنا علی الحلف المتعارف الّذی یرضی به المحلوف له و یصدقه فیه

قول المالک) بحلفه (مع کونه مخالفا للاصل).

و الحاصل: ان الامام جعل: البینة، علی المالک، و جعل: الحلف أیضا علی المالک، و هذان لا یستقیمان الا بکون العبرة بیوم التلف، لا یوم المخالفة، و ذلک لان المالک ان ادعی الزیادة کان مدعیا، فالبینة، علیه و ان ادعی ان البغل بقی علی قیمته السابقة و الغاصب انکر ذلک و قال: بل نقصت قیمته عن السابق، کان المالک منکرا فالحلف علیه، اما اذا کانت العبرة بیوم المخالفة فالمالک مدع، فالبینة علیه، و اذا لم یکن له بینة کان الحلف علی الغاصب المنکر، و هذا الا یلائم قول الامام علیه السلام: اما ان یحلف هو علی القیمة، فیلزمک، فان رد الحلف الخ.

(ثم) اذا کان الاعتبار بیوم المخالفة (لا وجه لقبول بینته) ای بینة المالک (لان من کان القول قوله) و هو المالک (فالبینة بینة صاحبه) ای الغاصب- لان الغاصب حینئذ مدع- (و حمل الحلف هنا علی الحلف المتعارف الّذی یرضی به المحلوف له و یصدقه فیه) بان کانت البینة علی المالک لانه یدعی الاکثر قیمة، و الحلف علی الغاصب، لکن الامام انما قال: بان الحلف علی المالک، باعتبار ان الغاصب، راض بحلفه، فلیس الحلف حکما شرعیا، و انما من جهة رضا الغاصب، و کذا فی کل مورد رضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۰

من دون محاکمة.

و التعبیر برده الیمین علی الغاصب، من جهة: ان المالک اعرف بقیمة بغله- فکانّ الحلف حق له ابتداءً- خلاف الظاهر.

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا یوم التلف، فانه یمکن ان یحمل توجه

المنکر بحلف المدعی، فانه ینجز حلفه، و یکون الحکم تابعا لحلفه (من دون محاکمة) شرعیة، و انما بمجرد الرضا الخارجی بان یحلف المدّعی.

(و) ان قلت: هذا لا یلائم (التعبیر) فی الروایة (برده الیمین علی الغاصب) اذ: الرد اصطلاح فی ان یکون المنکر یرد الیمین، لا ان یرد المدعی.

قلت: هذا التعبیر فی الروایة حیث قال علیه السلام: فان رد الیمین فحلفت له، (من جهة: ان المالک اعرف بقیمة بغله، فکانّ الحلف حق له ابتداءً) فان الاعرف احق بالحلف- عرفا- فالتعبیر أیضا جار مجری العرف، لا حسب موازین المدعی و المنکر (خلاف الظاهر) جواب قوله:

و حمل الحلف، اذ: الظاهران الائمة علیهم السلام یتکلمون بالاحکام الشرعیة لا بالامور العرفیة التی هی خلاف موازین الاولیات الشرعیة

(و هذا) الاشکال وارد علی اعتبار یوم المخالفة- کما ذکره الشیخ- (بخلاف ما لو اعتبرنا) الضمان فی (یوم التلف) فانه یستقیم توجه البینة علی المالک، و الحلف علیه، و الرد الی الغاصب- کما فی الروایة- (فانه یمکن ان یحمل توجه) البینة علیه، لانه یدعی الاکثر فیحتاج الی البینة، و

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۶، ص: ۱۷۱

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۱

الیمین علی المالک، علی ما اذا اختلفا فی تنزل القیمة یوم التلف، مع اتفاقهما، او الاطلاع من الخارج علی قیمته سابقا، و لا شک حینئذ انّ القول قول المالک، و یکون سماع البینة فی صورة اختلافهما فی قیمة البغل سابقا، مع اتفاقهما علی بقائه علیها الی یوم

التلف، فتكون الرواية قد تكلفت بحكم صورتين من صور تنازعهما

توجه (اليمين على المالك) يحمل (على ما اذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف، مع اتفاقهما، او الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا) كما لو علما بانّ قيمة البغل يوم الاكتراء كانت عشرين، ثم قال: الغاصب انها يوم التلف عشرة، و قال: المالك بل العشرون باق على حاله، فان الغاصب حينئذ مدّع، و يتوجه إليه البيّنة، فاذا لم تكن له بينة كان الحلف على الغاصب، فاذا لم يحلف كان ردّا الى الغاصب (و لا شك حينئذ ان القول) فى عدم تنزل قيمة البغل (قول المالك) لان الاصل معه (و يكون سماع البيّنة) من المالك- كما قال الامام عليه السلام- انما هو فى غير هذه الصورة بل (فى صورة اختلافهما فى قيمة البغل سابقا) كما لو قال المالك كانت القيمة عشرين، و قال الغاصب: بل عشرة (مع اتفاقهما على بقائه عليها) اى على تلك القيمة (الى يوم التلف) حيث لا تكون هناك دعوى ثانية (ف) على هذا الّذى ذكرنا من كون البينة و الحلف كلتيهما على المالك (تكون الرواية قد تكلفت بحكم صورتين من صور تنازعهما) صورة الاختلاف فى قيمة البغل سابقا و البينة على المالك، و صورة الاختلاف فى تنزل القيمة حين الحلف و الحلف على المالك لان المالك فى الصورة الاولى مدع و فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۷۲

و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك: زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعل حكمها اعنى حلف الغاصب، يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية.

و اما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية، على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، او اللاحق له، و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة

الصورة الثانية منكر (و يبقى بعض الصور) غير مذكورة فى الرواية (مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة) و البينة هنا على المالك (و لعل حكمها اعنى) كون البينة على المالك و (حلف الغاصب) فى صورة عدم البينة (يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية) و هو: صورة ادعاء الغاصب تنزل القيمة، و حكمه حلف المالك- لانه منكر-.

(و اما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة) كما استظهرنا أولا من الرواية (فلا بد من حمل الرواية) الدالة على حلف المالك- الظاهر منه كون المالك منكرا- (على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة) بان قالا: كانت القيمة عشرين ثم ادعى الغاصب انها تنزلت الى عشرة (او اللاحق له) بان اتفقا ان القيمة بعد يوم المخالفة كانت عشرين (و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك، يوم المخالفة) هذا فى صورة: الاتفاق على اليوم السابق، و ادعى الغاصب زيادته على يوم المخالفة و هذا فى صورة الاتفاق على اليوم اللاحق، و المصنف لم يبين هذا اكتفاء بالقرينة فهو من قبيل قول الشاعر: علفتها تبنا، و ماء باردا، اى و سقيتها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۷۳

و لا يخفى بعده، و ابعد منه حمل النص على التعبد، و جعل حكم خصوص الدابة، او مطلقا، مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا، و فتوى

ماء باردا،

و الحاصل: انه اذا كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة، و كان يوم المخالفة مثلا الخميس،

فربما يتفقان على ان القيمة يوم الاربعاء عشرين، و يختلفان فى يوم الخميس، فيقول: المالك بقى على ذلك يوم الخميس أيضا، و يقول:

الغاصب بل صارت القيمة عشرة،

و ربما يتفقان على ان القيمة يوم الجمعة عشرين، و يختلفان فى يوم الخميس، فيقول المالك: كانت القيمة أيضا فى يوم الخميس عشرين، و يقول الغاصب: بل كانت القيمة عشرة، فانه فى كلتا الصورتين يحلف المالك، لانه منكر.

(و لا- يخفى بعده) اى بعد هذا الحمل، لانه حمل للرواية على الفرد النادر، لانه يندر أن يدعى الغاصب نقصان يوم التلف عن يوم المخالفة، او نقصان يوم المخالفة عن اليوم السابق له، اذ: الغالب بقاء قيمة البغل قبل يوم المخالفة و بعده على ما هو عليه، خصوصا فيما اذا كان الزمان غير طويل (و ابعد منه) اى من هذا الحمل (حمل النص) الّذى الزم المالك البينة و الحلف (على التعبد، و جعل حكم خصوص الدابة) المغصوبة فيحلف المدعى لا المنكر (او مطلقا) فى كل غصب دابة او غيرها (مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا، و فتوى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۶، ص: ۱۷۴

من كون البينة على المدعى، و اليمين على من انكر، كما حكى عن الشيخ فى بابى: الاجارة، و الغصب.

و اضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف، كما حكى عن الشهيد الثانى، اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم اظفر بمن وجه دلالتها

من كون البينة على المدعى و اليمين على من انكر، كما حكى) هذا الحمل (عن الشيخ فى بابى: الاجارة، و الغصب) و انما كان هذا الاحتمال ابعد، لانه لا داعى له بعد امكان حمل الرواية على ما ذكرناه مما هو مطابق للقاعدة الاولية خصوصا و ان خرق القاعدة بمثل هذه الرواية مشكل جدا

(و اضعف من ذلك) اى حمل الرواية على: ادعاء الغاصب او: خلاف القاعدة، حتى يكون الاعتبار بيوم الغصب (الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف، كما حكى عن الشهيد الثانى) فالمراد ب: يوم خالف، فى الرواية جنس يوم المخالفة، لا خصوص اليوم الّذى غصب فيه.

و من المعلوم ان: اعلى القيم، من مصاديق: يوم خالف، و انما نقول:

بذلك لان يوم اعلى القيم تعلق الثمن بذمة الغاصب، منزولة، بان صارت القيمة اقل لا يوجب براءة الذمة لاستصحاب بقاء على القيم.

و انما قلنا هذا الوجه اضعف (اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح) فان هذا المعنى: خلاف ظاهر الرواية، اذ: المتبادر من: يوم خالف، خصوص يوم المخالفة، لا جنس يوم المخالفة (و لم اظفر بمن وجه دلالتها) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۶، ص: ۱۷۵

على هذا المطلب.

نعم استدلوا على هذا القول بان العين مضمونة، فى جميع تلك الازمنة، التى منها، زمان ارتفاع قيمته، و فيه: ان ضمانها فى تلك الحال، ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، اذ: تداركه لا يكون الا بذلك.

لكن المفروض انها لم تتلف فيه و ان اريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه

دلالة الرواية (على هذا المطلب) اى اعلى القيم.

(نعم استدلوا على: هذا القول) اى اعلى القيم (بان العين مضمونة) على الغاصب (فى جميع تلك الازمنة) التى كانت تحت حيازة الغاصب فيها (التى منها) اى من تلك الازمنة (زمان ارتفاع قيمته) فاذا ضمن الغاصب ارتفاع القيمة- لانه واضع اليد على الشي‏ء المرفوع القيمة- لم يكن وجه للقول: بعدم ضمان الزائد اذا تنزلت قيمته بعد ذلك، لاستصحاب بقاء الضمان السابق (و فيه: ان ضمانها) اى ضمان العين (فى تلك الحال) اى حال ارتفاع القيمة (ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف) المغصوب (فيه) اى

فی ذلک الزمان (فمسلم، اذ: تدارکه) ای المغصوب (لا یکون الا بذلک) الضمان، فدلیل: علی الید، یقول: بوجوب التدارک لو تلف. (لکن المفروض انها) ای العین (لم تتلف فیه) ای فی ذلک الزمان (و ان ارید به) ای بالضمان فی حال ارتفاع القیمة (استقرار قیمة ذلک الزمان علیه) ای علی الغاصب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۶

فعلا و ان تنزلت بعد ذلک فهو مخالف لما تسالموا علیه، من عدم ضمان ارتفاع القیمة مع رد العین، و ان ارید استقرارها علیه بمجرد الارتفاع مراعی بالتلف فهو و ان لم یخالف الاتفاق الا انه: مخالف لاصالة البراءة من غیر دلیل شاغل علی ما حکاه فی الریاض عن خاله العلامة ره، من:

(فعلا) بعد ان تلف فی حال تنزله عن اعلی القیم (و ان تنزلت) کلمة:

ان، وصلیة (بعد ذلک) الزمان الّذی ترقت العین فیه (فهو مخالف لما تسالموا علیه، من عدم ضمان ارتفاع القیمة مع رد العین) فانه اذا صار المغصوب الفا ثم صار مائة، و ردّه الی مالکه، لم یکن علیه ان یعطی تسعمائة أیضا ای مقدار الارتفاع، و علیه فما دامت العین موجودة تکون مضمونة بنفسها، فالعین اذا صارت مائة یکون نفسها مضمونة، فاذا تلف انتقلت العین- التی قیمتها مائة- الی القیمة، فیکون الضمان لمائة فقط لا للالف (و ان ارید) بالضمان فی حال الارتفاع (استقرارها) ای القیمة (علیه بمجرد الارتفاع مراعی بالتلف) بانه ان رد العین فیها و الا وجب علیه رد اعلی القیم ان تلفت العین (فهو و ان لم یخالف الاتفاق) لان الاتفاق یقول: بوجوب رد العین فی حال وجودها، و هو ساکت عن مقدار القیمة، فی حال تلف العین، لانهم اختلفوا فی ذلک- کما عرفت- (الا انه:

مخالف لاصالة البراءة) اذ الغاصب اذا شک فی انه مدیون بالف او بمائة کانت اصالة عدم التسعمائة محکمة (من غیر دلیل شاغل) ای موجب لشغل الذمة، حتی یکون ذلک الدلیل واردا علی اصالة البراءة (علی ما حکاه فی الریاض عن خاله العلامة ره، من:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۷

قاعدة نفی الضرر، الحاصل علی المالک، و فیه نظر کما اعترف به بعض من تأخر.

نعم یمکن توجیه الاستدلال المتقدم من کون العین مضمونة فی جمیع الازمنة بان العین اذا ارتفعت قیمتها فی زمان، و صارت مالیتها مقومة بتلک القیمة فکما انه اذا تلفت حینئذ یجب تدارکها بتلک القیمة فکذا اذا حیل بینها و بین المالک حتی تلفت

قاعدة نفی الضرر، الحاصل علی المالک) اذ: المالک قد تضرر التسعمائة فانه اذا کانت العین تحت یده، فربما باعها فی حال کونها الفا (و فیه نظر کما اعترف به بعض من تأخر)، اذ هذا: من قبیل تفویت المنفعة، و لا ضمان فیه علی المشهور، لا انه ضرر حتی ینفی بقاعدة نفی الضرر، مضافا الی ان القاعدة: تنفی التکلیف، لا انها مثبتة لها، فلا تثبت القاعدة وجوب الدفع.

(نعم یمکن توجیه الاستدلال المتقدم) و الاستدلال ما بیّنه بقوله:

(من کون العین مضمونة فی جمیع الازمنة) فان هذا الاستدلال: یمکن توجیهه بحیث یفید وجوب دفع اعلی القیم، و التوجیه هو: (بان العین اذا ارتفعت قیمتها فی زمان، و صارت مالیتها مقومة بتلک القیمة) کالالف فی المثال السابق (فکما انه) ای الشیء المضمون و هو: العین (اذا تلفت حینئذ) ای حال ارتفاع القیمة، کحال کونها تسوی الف دینار (یجب تدارکها بتلک القیمة) لقاعدة: علی الید، لان الغاصب وضع الید علی ما قیمته الف (فکذا اذا حیل بینها و بین المالک حتی تلفت) لان الضمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۸

اذ: لا فرق مع عدم التمکن منها بین ان تتلف او تبقی.

نعم لوردت، تدارک تلک المالیة بنفس العین، و ارتفاع القیمة السوقیة امر اعتباری لا یضمن بنفسه لعدم کونه مالا، و انما هو مقوم

لمالیة المال، و به تمایز الاموال، کثرة و قلة.

و الحاصل ان للعین فی کل زمان من ازمنة تفاوت قیمته، مرتبة من المالیة

للالف حدث علی عاتق الغاصب، فتبدل الضمان خلاف الاستصحاب (اذ: لا فرق مع عدم التمکن) ای عدم تمکن المالک (منها) ای من العین (بین ان تلف) فی حال ارتفاع القیمة (او تبقی) و تتلف بعد تنزل قیمتها

(نعم لوردت) العین بعد التنزل لم یجب تدارک التفاوت کما لو ردها حال کونها تسوی مائة، لم یجب علی الغاصب تدارک التسعمائة (تدارک) بصیغة المجهول (تلک المالیة) الفائتة ای التسعمائة (بنفس العین) اذ: یصدق انه ادی ما ضمنه، فلا یجب علیه تدارک التفاوت (و) لیس التفاوت فی القیمة السوقیة کالتفاوت فی العین بالسمن و الهزال، حتی یقال: کما ان التفاوت العینیة مضمونة، کذلک التفاوت السوقیة، اذ: (ارتفاع القیمة السوقیة امر اعتباری لا یضمن بنفسه لعدم کونه) ای الارتفاع السوقی (مالا، و انما هو مقوم لمالیة المال، و به) ای بالارتفاع السوقی (تمایز الاموال، کثرة و قلة) بخلاف الارتفاع العینی، فانه امر حقیقی، و هو مال واقعا، فکونه مضمونا لا یلازم کون الارتفاع السوقی مضمونا أیضا:

(و الحاصل) فی وجه ضمان ارتفاع القیمة السوقیة (ان للعین فی کل زمان من ازمنة تفاوت قیمته مرتبة من المالیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۷۹

ازیلت ید المالک منها، و انقطعت سلطنته عنها فان ردت العین، فلا مال سواها یضمن، و ان تلفت استقرت علیها تلک المراتب لدخول الادنی تحت الاعلی، نظیر ما لو فرض للعین منافع متفاوتة، متضادة، حیث انه یضمن الاعلی منها و لاجل ذلک استدل العلامة فی التحریر- للقول باعتبار یوم الغصب- بقوله: لانه زمان ازالة ید المالک

ازیلت ید المالک منها) ای من تلک المرتبة بواسطة الغاصب (و انقطعت سلطنته عنها) ای عن تلک المرتبة (فان ردت العین) و لو فی حال تنزلها (فلا مال سواها) ای سوی العین (یضمن) حتی یجب تدارک الغاصب للتفاوت (و ان تلفت) العین- و لو بعد التنزل- (استقرت علیها) ای علی ذمة الغاصب (تلک المراتب) جمیعا الادنی و الاعلی، و انما یکتفی باعطاء الاعلی (لدخول الادنی) من المراتب (تحت الاعلی) و ذلک (نظیر ما لو فرض للعین منافع متفاوتة، متضادة) کالدابة التی غصبها، و لها منفعة الرکوب بعشرة دنانیر، و منفعة الاستقاء بخمسة و منفعة المدار بدینار، (حیث انه یضمن الاعلی منها) فیلزم علی الغاصب اعطاء عشرة فی المثال (و لاجل ذلک) الّذی ذکرنا من: ان الغاصب ضامن لما تلف تحت یده، و لو کان ما تلف اعلی القیم (استدل العلامة فی التحریر للقول باعتبار یوم الغصب بقوله: لانه زمان ازالة ید المالک) فهذه الجملة تدل:

علی ان ازالة ید المالک عن اعلی القیم موجبة لضمان اعلی القیم، اذ: ان الغاصب قد ازال ید المالک فی حال کون المغصوب یسوی اعلی القیم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۰

و نقول: فی توضیحه ان کل زمان من ازمنة الغصب قد ازیلت فیه ید المالک عن العین- علی حسب مالیته- ففی زمان ازیلت عن مقدار درهم و فی آخر عن درهمین، و فی ثالث عن ثلاثة، فاذا استمرت الازالة الی زمان التلف، وجبت غرامة اکثرها فتأمل،

و استدل فی السرائر و غیرها علی هذا القول

(و نقول: فی توضیحه) ای توضیح انطباق کلام العلامة علی ضمان اعلی القیم (ان کل زمان من ازمنة الغصب قد ازیلت فیه ید المالک عن العین- علی حسب مالیته-) ای العین التی تسوی مالیة خاصة ف:

علی، متعلق ب: ازیلت، و وضح ذلک المصنف بقوله: (ففی زمان ازیلت) الید (عن مقدار درهم): زمان، بالجر، ای ففی بعض الازمنة، قد ازیلت عن مقدار درهم حیث کانت العین تسوی درهما (و فی) زمان (آخر عن درهمین، و فی ثالث عن ثلاثة) دراهم (فاذا استمرت الازالة الی زمان التلف، وجبت غرامة اکثرها) ای اکثر المالیات (فتأمل) اذ: ظاهر کلام العلامة یوم الازالة، و هو یوم الغصب، لا ان کل یوم یصدق علیه یوم الازالة ابتداءً او استمرارا.

هذا بالإضافة الی انه لما تنزلت العین کان المفروض اعطائها فاذا لم یعطها یکون اللازم اعطاء بدلها، و هو قیمة ذلک الیوم، کما انه لو کان مثلیا وجب اعطاء مثلها، و من المعلوم ان المثل یسوی القیمة الحالیة لا اعلی القیم.

(و استدل فی السرائر و غیرها علی هذا القول) ای اعلی القیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۱

باصالة الاشتغال، لاشتغال ذمته بحق المالک، و لا یحصل البراءة الّا بالاعلی.

و قد یجاب بان: الاصل فی المقام البراءة، حیث ان الشک فی التکلیف بالزائد.

نعم لا بأس بالتمسک باستصحاب الضمان المستفاد من: حدیث الید

(باصالة الاشتغال، لاشتغال ذمته) ای ذمة الغاصب (بحق المالک، و لا یحصل البراءة) الیقینیة (الا بالاعلی) لان الاشتغال الیقینی، یحتاج الی البراءة الیقینیة.

(و قد یجاب) عن الاشتغال (بان: الاصل فی المقام: البراءة) لا الاشتغال (حیث ان الشک فی التکلیف بالزائد) فان وجوب الاقل محرز و وجوب الاکثر مشکوک فیه، و فی مثله تجری البراءة عن الاکثر، کما لو شک فی انه مدیون لزید بعشرة او خمسة، فان اصالة البراءة عن الخمسة الزائدة توجب عدم الزامه بها، و انما الاشتغال یجری فیما اذا علمنا بالتکلیف، و شککنا فی المکلف به، کما لو علم انه مکلف بخمسة، و شک فی انه و فی أم لا؟ فان اصالة الاشتغال محکّمة هنا.

(نعم لا بأس) للقول باعلی القیم (بالتمسک باستصحاب الضمان المستفاد) اصل الضمان (من: حدیث الید) فان المغصوب لما صارت قیمته عشرة اشتغلت ذمة الغاصب باعطاء العین او العشرة، فاذا تنزلت ثم تلفت استصحب شغل الذمة بعشرة.

لکن قد عرفت الاشکال فی هذا الاستصحاب، اذ: بعد تنزل العین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۲

ثم انه حکی عن المفید، و القاضی، و الحلبی: الاعتبار بیوم البیع فیما کان فساده، من جهة التفویض الی حکم المشتری، و لم یعلم له وجه و لعلهم یریدون به، یوم القبض

صار المکلف به اعطاء العین او قیمته النازلة، فاذا تلفت فی هذا الحال وجب اعطاء القیمة النازلة (ثم انه حکی عن المفید، و القاضی، و الحلبی:

الاعتبار بیوم البیع) فی باب الضمان (فیما کان فساده) ای فساد البیع (من جهة التفویض الی حکم المشتری) کما لو قال البائع: بعتک هذا المتاع بما شئت من الثمن؟ فان هذا البیع باطل، اذ: من شرائط الصحة تعیین کل من المثمن و الثمن، و علیه فاذا قبض المشتری المتاع، ثم تلف کان اللازم علیه: ان یقدم المتاع فی یوم المبیع، و یعطی تلک القیمة الی البائع (و لم یعلم له وجه) اللهم الا ان یقال: ان وجهه استفادة ذلک من صحیحة النخاس، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، فقلت ساومت رجلا بجاریة له فباعنیها بحکمی، فقبضتها منه، ثم بعثت إلیه الف درهم، فقلت له: هذه الف درهم، حکمی علیک ان تقبلها، فابی ان یقبلها منی، و قد کنت مسستها قبل ان ابعث إلیه بالف درهم، فقال علیه السلام: اری ان تقوم الجاریة بقیمة عادلة، فان کانت اکثر مما بعثتها إلیه کان علیک ان ترد علیه

مـا نقص من القيمـة، و إن كـانت قيمتها اقل مما بعثتها إليه، فهو له، الخبر، فان الظاهر: كون المراد تقويمها فى يوم البيع كما ان الظاهر عـدم خصوصـية لمفروض السؤال، بل كل بيع فوّض ثمنه الى حكم المشترى (و لعلهم يريدون به) اى يوم البيع (يوم القبض) و هذا له وجه على القاعدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۸۳

لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم.

ثم انه لاـ عبرة بزيادة القيمـة بعـد التلف على جميع الاقوال، الا انه تردد فيه فى الشـرائع. و لعله: كما قيل من جهـة احتمال كون القيمى مضمونا بمثله، و دفع القيمة انما هو لاسقاط المثل و قد تقدم انه مخالف لاطلاق النصوص و الفتاوى

اذ: يوم القبض، هو يوم ضـمان المشترى، و انما عبروا عن يوم القبض بيوم البيع (لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض) فقيل احد المتلازمين و اريـد الآـخر (فـافهم) فـانه يبعـد ارادتهم القبض من البيع و مثلهم من الاعلاـم لا يخفى عليهم كثرة الاختلاف بين يوم القبض، و يوم البيع

(ثم انه لاـ عبرة بزيـادة القيمـة بعـد التلف على جميع الاـقوال) حتى ان القائـل بـاعلى القيم، انمـا يريـد اعلى القيم الى حال التلف، فاذا ارتفعت قيمـة البغـل بعـد التلـف لم يلزم الضـامن ذلـك الارتفـاع (الاـ انه تردد فيه فى الشـرائع) لاحتمـال وجوب اعلى القيم الى حين الاقباض (و لعله: كما قيل من جهة احتمال كون القيمى) كالمثل، أيضا (مضمونا بمثله) فاذا اتلف الغاصب البغل، كان اللازم عليه دفع بغل مثله الى المالك (و دفع القيمـة انما هو لاسـقاط المثل) الّذى تعلق بذمة الغاصب، و عليه كلما ارتفع البغل، و لو بعد التلف، ارتفع ما فى ذمـة الغاصب، فاذا اراد التخلص وجب عليه اعطاء اعلى القيم الى حال الاقباض (و) لكن (قـد تقدم انه) اى ضـمان القيمى بمثله (مخالف لاطلاق النصوص و الفتاوى) الظاهرة فى ان القيمى مضمون بقيمته لا بمثله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۸۴

ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الازمنة و اما اذا كان بسبب الامكنة كما اذا كان فى محل الضمان بعشرة، و فى مكان التلف بعشرين، و فى مكان المطالبة بثلاثين فالظاهر اعتبار محل التلف لان مالية الشيء تختلف بحسب الاماكن، و تداركه بحسب ماليته.

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة

(ثم ان مـا ذكرنـا من الخلاـف) فى ان المضـمون قيمـة يـوم الغصب، او يوم التلف، او اعلى القيم (انمـا هو فى ارتفـاع القيمـة بحسـب الازمنة) كما لو كان البغل يوم الخميس عشـرة، و يوم الجمعة عشـرين، و يوم السبت ثلاثين (و اما اذا كان بسبب الامكنة) كما لو كان فى النجف عشـرة، و فى كربلاـء عشـرين و فى الكاظميـة ثلاـثين، و كـانت تلـك الاماكن مربوطـة بالمغصوب (كما اذا كان فى محل الضمان بعشرة، و فى مكان التلف بعشرين، و فى مكان المطالبة بثلاثين) او بالعكس (فالظاهر اعتبار محل التلف) لانه: هو الوقت الّذى انقلب المغصوب الى القيمة فى ذلك المكان، لا فى سائر الاماكن (لان مالية الشيء تختلف بحسب الاماكن، و تداركه) المستفاد من: على اليـد ما اخذت، انما هو (بحسب ماليته) و لذا لو اتلف مال زيد فى كربلاء لم يجب عليه ان يعطى ما يقوم ذلك المال فى بغداد- فيما كانت ماليته فى بغداد اكثر- كما لا يكتفى بما يقوم به فى النجف فيما اذا كان فى النجف ارخص.

(ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف) فى باب انه هل يضمن اعلى القيم أم لا؟ (انما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۸۵

من تفاوت رغبة الناس، و اما اذا كان حاصـلا من زيادة فى العين فالظاهر كما قيل- عدم الخلاف فى ضـمان اعلى القيم، و فى الحقيقة

لیست قیم التالف مختلفۀ، و انما زیادتها فی بعض اوقات الضمان لاجل الزیادۀ العینیۀ الحاصلۀ فیه النازلۀ منزلۀ الجزء الفائت.

نعم یجری الخلاف المتقدم فی قیمۀ هذه الزیادۀ الفائتۀ، فان العبرۀ

من تفاوت رغبۀ الناس) فی الاوقات المختلفۀ کالفاکهۀ فی اولها و وسطها و آخرها حیث ان الرغبۀ فی الاول اکثر من الآخر، و الآخر اکثر من الوسط و لذا تکون فی الاول اغلی من الآخر و فی الآخر اغلی من الوسط (و اما اذا کان) الارتفاع (حاصلا من زیادۀ فی العین) کما اذا سمن الحیوان ثم هزل (فالظاهر- کما قیل- عدم الخلاف فی ضمان اعلی القیم) فی حال السمن، لان الغاصب وضع الید علی هذه الزیادۀ فهو ضامن لها (و فی الحقیقۀ لیست قیم التالف) ای الحیوان (مختلفۀ) اعلی و اوسط و انزل (و انما زیادتها) ای القیمۀ (فی بعض اوقات الضمان) و هو حال السمن (لاجل الزیادۀ العینیۀ الحاصلۀ فیه) ای فی التالف (النازلۀ) تلک الزیادۀ العینیۀ- کالسمن- (منزلۀ الجزء الفائت) فلا فرق بین ان یغصب الحیوان و ولده، او ان یغصب الحیوان الّذی له من اللحم حقّتین ثم یهزل فیصیر لحمه حقۀ واحدۀ.

(نعم یجری الخلاف المتقدم) فی انه یضمن ای القیم (فی قیمۀ هذه الزیادۀ الفائتۀ) کالحقۀ الفائتۀ بسبب الهزال (فان العبرۀ) فی ضمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۶

بیوم فواتها او یوم ضمانها، او اعلی القیم.

ثم ان فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر: من ضمان المثل، او القیمۀ حکم تعذر الوصول إلیه و ان لم یهلک، کما لو سرق، او غرق اوضاع، او ابق، لما دل علی الضمان بهذه الامور فی باب الامانات المضمونۀ.

و هل یقید ذلک بما اذا حصل الیأس من الوصول إلیه، او بعدم

هذه الحقۀ الفائتۀ (بیوم فواتها) کدینار- عند ما صار الحیوان هزیلا- (او یوم ضمانها) کدینارین عند ما صار الحیوان سمینا (او اعلی القیم) کما لو سمن فی وقت کانت قیمۀ الحقۀ دینارین، و هزل فی وقت کانت قیمۀ اللحم دینارا، و بینهما ارتفعت قیمۀ اللحم الی ثلاثۀ دنانیر.

(ثم ان فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر) له (من) الاحکام التی منها ضمان القیمۀ- لیوم التلف او یوم الغصب او اعلی القیم- و من (ضمان المثل) فی المثل (او القیمۀ) فی القیمۀ (حکم تعذر الوصول إلیه) ای الی الشیء المضمون (و ان لم یهلک کما لو سرق، او غرق) المتاع (اوضاع، او ابق) العبد و انما نقول: بان حکم هذه الامور حکم التلف (لما دل علی الضمان بهذه الامور فی باب الامانات المضمونۀ) و من المعلوم وحدۀ حکم الضمان فی جمیع الابواب، و مسئلۀ: الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال، ان تمّت ففی الجمیع، و الّا فحال الغاصب، حال سائر من یضمن.

(و هل یقید ذلک) الضمان فی صورۀ عدم التلف (بما اذا حصل الیأس من الوصول إلیه) کما لو غرق فی بحر عمیق (او) یقید (بعدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۷

رجاء وجدانه، او یشمل ما لو علم وجدانه فی مدۀ طویلۀ یتضرر المالک من انتظارها و لو کانت قصیرۀ، وجوه، ظاهر ادلۀ ما ذکر من الامور الاختصاص باحد الاولین.

لکن ظاهر اطلاق الفتاوی: الاخیر، کما یظهر من اطلاقهم، ان اللوح المغصوب فی السفینۀ، اذا خیف من نزعه غرق مال لغیر الغاصب انتقل الی قیمته، الی ان یبلغ الساحل

رجاء وجدانه) و لا یخفی ان الیأس اقوی من عدم الرجاء اذ: عدم الرجاء معناه احتمال الامرین، و الیأس یقال: فیما یضعف الرجاء (او

یشمل ما لو علم وجدانه فی مدة طویلة) او شبه طویلة (یتضرر المالک من انتظارها و لو کانت قصیرة) کما لو علم بانه بعد عشر سنوات تأتی غواصة تخرج المتاع من البحر، او انه القاه فی البحر و تأتی الغواصة بعد یوم لکنه یحتاجه الآن، لانه وقت مجیء الوفود مما ینتفع بمتاعه نفعا کبیرا (وجوه) خبر قوله: و هل یقید، (ظاهر ادلة ما ذکر من الامور) کلمة: من، بیان: ما، و مصداق: ما، الغرق، و الضیاع و ما اشبه (الاختصاص) للضمان (باحد الاولین) الیأس، او عدم الرجاء.

(لکن ظاهر اطلاق الفتاوی: الاخیر) ای مدة یتضرر المالک و لو کانت المدة قصیرة (کما یظهر من اطلاقهم ان اللوح المغصوب فی السفینة اذا خیف من نزعه غرق مال لغیر الغاصب انتقل) الضمان (الی قیمته)- فیأخذ المالک قیمته من صاحب السفینة (الی ان یبلغ الساحل) فیقلعه و یرد القیمة الی الغاصب، و من المعلوم: ان کون السفینة فی البحر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۸

و یؤیده ان فیه جمعا بین الحقین، بعد فرض رجوع القیمة الی ملک الضامن عند التمکن من العین، فان: تسلط الناس علی مالهم، الّذی فرض کونه فی عهدته یقتضی جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذر نفسه. نظیر ما تقدم فی تسلطه علی مطالبة القیمة للمثل المتعذر فی المثلی

شامل لما تصل بعد یوم الی الساحل.

(و یؤیده) ای ما یفهم من کلام الفقهاء من الضمان، و لو کانت المدة قصیرة (ان فیه جمعا بین الحقین) حق الناس الّذی لهم اموال فی السفینة مما یوجب قلع اللوح غرقها، و حق المغصوب منه الّذی یتضرر ببقاء لوحه فی السفینة (بعد فرض رجوع القیمة) التی اخذها المغصوب منه اللوح (الی ملک الضامن) الغاصب (عند التمکن) ای تمکن المغصوب منه (من العین) عند ارساء السفینة فی الساحل، و انما فرضت هذا، لانه لو لم ترجع القیمة کان اجحافا بحق الغاصب، اذ قد حسن القیمة بدون ان، یکون حصل علی ما یقابلها (فان: تسلط الناس علی مالهم، الّذی فرض کونه) ای کون ذلک المال (فی عهدته) ای عهدة الضامن، ای تسلط صاحب اللوح علی لوحه، الّذی فی عهدة صاحب السفینة (یقتضی) ذلک التسلط من صاحب اللوح (جواز مطالبة الخروج) ای ان یطلب صاحب اللوح خروج الضامن (عن عهدته) باعطاء قیمة اللوح (عند تعذر نفسه) لانه لا یقدر علی مطالبة اللوح فی وسط البحر (نظیر ما تقدم فی تسلطه) ای المالک (علی مطالبة القیمة للمثل المتعذر فی) باب (المثلی) کما لو اتلف حنطة زید، و تعذرت الحنطة، فان تسلط صاحب الحنطة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۸۹

نعم لو کان زمان التعذر قصیرا جدا، بحیث لا یحصل صدق عنوان الغرامة و التدارک علی اداء القیمة، اشکل الحکم.

ثم الظاهر: عدم اعتبار التعذر المسقط للتکلیف، بل لو کان ممکنا بحیث یجب علیه السعی فی مقدماته لم تسقط القیمة زمان السعی.

علی ماله، قاض بجواز مطالبة الضامن بقیمة الحنطة- و إن کان اللازم أولا و بالذات، اعطاء المثل-.

(نعم لو کان زمان التعذر قصیرا جدا بحیث لا- یحصل صدق عنوان الغرامة) ای ان: الضامن یغرم، (و التدارک) ای ان: الضامن یتدارک، (علی اداء القیمة، اشکل الحکم) بوجوب الاداء للقیمة، حتی یتمکن من العین.

و وجه الاشکال: عدم شمول الادلة حینئذ له، نعم یمکن ان یقال:

وجوب تدارک ضرر المالک لصدق ادلة: لا ضرر، فلو حال بینه و بین متاعه ساعة، و کان ربحه من هذا المتاع فی هذه الساعة دینارا، وجب علی الضامن اعطاء الدینار، و قد فصلوا هذه المسألة فی باب الغصب فراجع

(ثم الظاهر) من دلیل: لا ضرر، المقتضی لعدم تضرر المالک، و لزوم تدارک الغاصب، و من دلیل: الناس مسلطون، القاضی بتسلط المالک علی المثل او البدل (عدم اعتبار التعذر) للعین فی وجوب بدل الحیلولة و ما اشبه (المسقط) ذلک التعذر (للتکلیف، بل لو

کان) الوصول الی العین (ممکنا بحیث یجب علیه السعی فی مقدماته لم تسقط القیمة زمان السعی) اذ: لا فرق بین زمان السعی، و بین زمان التعذر المطلق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۰

لکن ظاهر کلمات بعضهم: التعبیر بالتعذر، و هو الاوفق باصالة عدم تسلط المالک علی ازید من الزامه برد العین، فتامل.

و لعل المراد به التعذر فی الحال، و ان کان لتوقفه علی مقدمات زمانیة یتأخر لاجلها ذو المقدمة.

ثم ان ثبوت القیمة مع تعذر العین، لیس کثبوتها مع تلفها فی کون دفعها حقا للضامن.

(لکن ظاهر کلمات بعضهم: التعبیر بالتعذر) فی وجوب البدل (و هو الاوفق باصالة عدم تسلط المالک علی ازید من الزامه برد العین، فتأمل) فانا اذا شککنا فی ان المالک هل له صلاحیة للالزام عرفا- بمعنی استفادة العرف من کونه حقا، انه له الزامه بالعین او البدل- مقدم علی الاصل المذکور.

(و لعل المراد به) ای بالتعذر فی کلام من اشترط التعذر (التعذر فی الحال) لا: التعذر المطلق، و علی هذا فیوافق کلام من عبر بالتعذر ما ذکرناه من قولنا: بل لو کان ممکنا، (و إن کان) التعذر الحالی (لتوقفه علی مقدمات زمانیة یتأخر لاجلها) ای لاجل تلک المقدمات الزمانیة (ذو المقدمة) و هو: وصول الحق الی صاحبه.

(ثم ان ثبوت القیمة) علی الضامن (مع تعذر) اعطائه (العین لیس) هذا الثبوت (کثبوتها) ای القیمة (مع تلفها) ای تلف العین (فی کون دفعها) ای القیمة (حقا للضامن) فان الضامن یحق له ان یفرغ ذمته من القیمة بان یجبر المالک علی الاخذ، اذ لا یجب علیه تحمل حق الغیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۱

فلا- یجوز للمالک الامتناع، بل له ان یمنع من اخذها و یصبر الی زوال العذر کما صرح به الشیخ فی المبسوط، و یدل علیه قاعدة: تسلط الناس علی اموالهم، و کما ان تعذر رد العین فی حکم التلف، فکذا خروجه عن التقویم

ثم ان المال المبذول یملکه المالک بلا خلاف کما فی المبسوط، و الخلاف، و الغنیة، و السرائر

(فلا- یجوز للمالک الامتناع) عن قبول حقه فیما اذا تلفت العین، اما اذا تعذرت بدون التلف، فلا یجب علی المالک قبول القیمة (بل له) ای للمالک (ان یمنع من اخذها) ای القیمة (و یصبر الی زوال العذر) بان یقول للضامن: انا اصبر حتی یحصل مالی و لا آخذ منک البدل- الّذی هو القیمة- (کما صرح به) ای بحق المالک فی الصبر (الشیخ فی المبسوط، و یدل علیه) ای حق المالک فی الصبر، و عدم اخذ القیمة (قاعده:

تسلط الناس علی اموالهم) فان المال موجود- حسب الفرض- فللمالک ان یقول: انی ارید ابقاء سلطتی علی مالی، و لا ارید ان ابدله بالقیمة، و هذا بخلاف ما اذا تلفت العین، فانه لیس لا سلطة للمالک الا علی البدل، فیحق للضامن ان یفرغ ذمته من البدل (و کما ان تعذر رد العین فی حکم التلف) فی وجوب البدل (فکذا خروجه عن التقویم) کما لو کان جمدا فصار شتاء، او سقطت قیمة النقد الورقی باسقاط الدولة.

(ثم ان المال المبذول) بدلا عن الشیء المتعذر (یملکه المالک) من الضامن (بلا خلاف کما فی المبسوط، و الخلاف، و الغنیة، و السرائر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۲

و ظاهرهم إرادة نفی الخلاف بین المسلمین.

و لعل الوجه فيه ان التدارك لا يتحقق الا بذلك و لو لا ظهور الاجماع و ادلة الغرامة فى الملكية لاحتملنا ان يكون مباحا له إباحة مطلقة و ان لم يدخل فى ملكه، نظير الاباحة المطلقة فى المعاطات على القول بها

دعوى عدم الخلاف فيه.

(و ظاهرهم إرادة نفى الخلاف بين المسلمين) لا بين علماء الشيعة فقط، و انما كان هذا الاستظهار، لان هذه الكتب تتعرض للخلافات، و إن كان المخالف من العامة، فاذا لم يذكر خلافهم دل ذلك على انهم أيضا غير مختلفين فى المسألة.

(و لعل الوجه فيه) اى فى ملكية الآخذ للبدل (ان التدارك) الواجب على الضامن (لا يتحقق الا بذلك) الملك للبدل، فان كون المال البدل، عند المالك فقط، مع عدم كونه ملكا له، لا يسد مكان ماله المتعذر، فلا يتحقق التدارك بدون الملكية للبدل (و لو لا ظهور: الاجماع و) ظهور: (ادلة الغرامة) نحو: على اليد ما اخذت (فى الملكية) للبدل اذ الاداء، لا يكون الا بملكية المالك للمال الّذى اخذه بدلا (لاحتملنا ان يكون) البدل (مباحا له) اى للمالك (إباحة مطلقة) يتصرف فيه جميع انحاء التصرف، حتى الناقلة و المتلفة (و ان لم يدخل) المال (فى ملكه نظير الاباحة المطلقة فى المعاطات) حيث ان المال غير منتقل، مع انه يجوز للمنقول إليه جميع انحاء التصرف فيه (على القول بها) اى الاباحة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۹۳

فيها، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى ره فى اجوبة مسائله،

و على اى حال، فلا تنتقل العين الى الضامن، فهى غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه، و دخول العين فى ملكه، و ليست معاوضة

المطلقة (فيها) اى فى المعاطات- كما تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى باب المعاطات- (و يكون دخوله) اى البدل- على هذا الاحتمال، اى الاباحة، لا الملكية- (فى ملكه) اى ملك المالك الآخذ له من الضامن (مشروطا بتلف العين) فاذا تلفت العين صارت ملكا للمنتقل إليه، اى المالك، (و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى ره فى اجوبة مسائله) جامع الشتات، و كان ذلك للجمع بين دليل وجوب: الاداء، و بين استصحاب بقاء مال الضامن على ملكيته السابقة.

(و على اى حال) سواء قلنا بان المالك يملك البدل، او يباح له التصرف فيه إباحة مطلقة؟ (فلا تنتقل العين) المتعذرة- التى كانت للمالك- (الى الضامن، فهى) اى العين التى اعطاها الضامن للمالك (غرامة، لا تلازم فيها) اى فى هذه الغرامة (بين خروج المبذول) بدلا (عن ملكه) اى ملك الضامن (و دخول العين) التى كانت للمالك (فى ملكه) اى فى ملك الضامن، فالمال لم يدخل فى ملك الضامن، لاصالة بقائه على ملك المالك، و البدل خرج عن ملك الضامن، لانه غرامة، و اداء (و ليست) العين التى يعطيها الضامن للمالك (معاوضة) بل غرامة- كما عرفت-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۹۴

ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين فى عدم البدل له.

و قد استشكل فى ذلك المحقق، و الشهيد الثانيان، قال الاول فى محكى جامعه: ان هنا اشكالا فانه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟

و جعلها فى مقابلة الحيلولة

(ليلزم الجمع بين العوض و المعوض) حتى يقال: كيف يملك المالك ماله، و مال الضامن (فالمبذول هنا) فى صورة تعذر العين

(كالمبذول مع تلف العين، فى عدم البدل له) اى للمبذول، فكما انه لو اتلف الضامن مال المالك اعطى بدله، بدون ان يدخل فى كيس الضامن شىء، كذلك اذا حال بين المالك و ماله، كما لو اسقطه فى البحر، فانه يجب عليه ان يعطى المالك بدل ماله، بدون ان يدخل فى كيس الضامن شىء.

(و قد استشكل فى ذلك) اى فى عدم دخول العين فى ملك الضامن (المحقق، و الشهيد الثانيان، قال الاول فى محكى جامعه) اى جامع المقاصد (ان هنا) فى عدم دخول العين فى ملك الضامن (اشكالا فانه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين) السابقة (على ملكه؟) اى لا تدخل فى ملك الضامن

(و) ان قلت: ان البدل انما هو فى مقابل حيلولة الضامن، لا فى مقابل العين، حتى يستلزم دخول العين فى ملك الضامن.

قلت: (جعلها) اى العين التى هى البدل (فى مقابلة الحيلولة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۹۵

لا يكاد يتّضح معناه انتهى، و قال الثاني: ان هذا لا يخلو من اشكال، من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح.

و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا

و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و ان جاز له التصرف كان وجها فى المسألة انتهى، و استحسنه فى محكى الكفاية، اقول الّذى ينبغى ان يقال هنا ان معنى ضمان العين ذهابها

لا يكاد يتضح معناه) اذ الحيلولة ليست شيئا حتى تقابل بالبدل (انتهى) كلام المحقق (و قال) الشهيد (الثانى: ان هذا) القول و هو: عدم دخول العين فى ملك الضامن (لا يخلو من اشكال، من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك) لانه ملك البدل، و بقى العين على ملكه أيضا (من دون دليل واضح) على مالكيته لكليهما.

(و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا) فالمالك يملك البدل متزلزلا، و الضامن يملك العين متزلزلا.

(و توقف تملك المغصوب منه) اى المالك (للبدل) الّذى اعطاه الضامن (على اليأس من العين) كان يأسوا من اخراجها من البحر (و ان جاز له) اى للمالك، (التصرف) فى البدل (كان وجها فى المسألة، انتهى) كلام الشهيد الثانى (و استحسنه) السبزوارى، (فى محكى الكفاية، اقول) لا ورود لهذا الاشكال على ما قدمناه من الكلام، لان (الّذى ينبغى ان يقال هنا) فى باب بدل الحيلولة (ان معنى ضمان العين ذهابها) اى العين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۱۹۶

من مال الضامن، و لازم ذلك اقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه.

ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقى، او العرفى المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه فى الملكية، و ان كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكية.

(من مال الضامن، و لازم ذلك) الذهاب (اقامة) الضامن (مقابله) اى مقابل ذلك المال- اى العين- (من ماله مقامه) اى مقام ذلك الذاهب (ليصدق ذهابه) اى المال (من كيسه) اى كيس الضامن، اذ لو لم يجب اقامة مقابله مقامه، لم يكن معنى لضمان الضامن و لا معنى لذهاب المال من كيس الضامن.

(ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقى) بان اتلف الضامن المال المغصوب (او) التلف (العرفى المخرج) ذلك التلف العرفى (للعين عن قابلية الملكية عرفا) كما لو طار الطائر، فانه لا يسمى حينئذ ملكا فيما اذا التحق بالغابة و ضاع فيها- مثلا- (وجب قيام

مقابله من ماله مقامه فی الملکیة) حتی یکون البدل ملکا للمالک فی ازاء ماله الّذی تلف علی ید الضامن، تلفا حقیقیا، او تلفا عرفیا (و إن کان الذهاب) للملک عن مالکه (بمعنی انقطاع سلطنته عنه) فان الشیء الّذی یغرق فی البحر ینقطع تسلط المالک علیه (و) بمعنی (فوات الانتفاع به فی الوجوه التی بها قوام الملکیة) فان کون الملک ملکا انما یکون بالانتفاع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۷

وجب قیام مقابله مقامه فی السلطنة، لا فی الملکیة لیکون مقابلا و تدارکا للسلطنة الفائتة، فالتدارک لا یقتضی ملکیة المتدارک فی هذه الصورة

نعم لما کانت السلطنة المطلقة المتدارکة للسلطنة الفائتة متوقفة علی الملک، لتوقف بعض التصرفات علیها، وجب ملکیه للمبذول

به اکلا، و استعمالا، و اجارة، و ما اشبه (وجب قیام مقابله) الّذی هو البدل (مقامه) لا فی الملکیة بل (فی السلطنة) بان یکون المالک مسلطا علی التصرفات فیه (لا فی الملکیة) لان الضامن لم یذهب الملکیة، و انما اذهب السلطنة فقط (لیکون) الشیء العائد الی کیس المالک (مقابلا) لما فات منه (و تدارکا للسلطنة الفائتة) لا تدارکا للملکیة، اذ لم تذهب الملکیة (فالتدارک) الواجب علی الضامن (لا یقتضی ملکیة المتدارک)- بالفتح (فی هذه الصورة) ای صورة عدم التلف.

و الحاصل: ان الضامن مأمور بتدارک ما سبب فواته، فان کان الفائت الملک تدارک باعطاء الملک، و إن کان الفائت السلطة تدارک باعطاء السلطة.

(نعم لما کانت السلطنة المطلقة المتدارکة)- بالفتح- التی تعوض (للسلطنة الفائتة متوقفة علی الملک) اذ: لا سلطنة مطلقة الا فی صورة الملک (لتوقف بعض التصرفات علیها) ای علی السلطنة المطلقة المتوقفة علی الملک، فان التلف- غیر المعنون بهبة و ما اشبه- لا یجوز الا- فی الملک کما ان البیع و العتق و الوطی،- بدون عقد او تحلیل- لا- یکون الا- فی الملک فحینئذ (وجب ملکیته) ای المتصرف (للمبذول) بدلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۸

تحقیقا لمعنی التدارک و الخروج عن العهدة.

و علی ایّ تقدیر، فلا ینبغی الاشکال فی بقاء العین المضمونة علی ملک مالکها.

انما الکلام فی البدل المبذول، و لا کلام أیضا فی وجوب الحکم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة علیها، و بعد ذلک فیرجع محصل الکلام حینئذ الی ان إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک

(تحقیقا لمعنی التدارک، و) لمعنی (الخروج عن العهدة) فان الضامن لا یخرج عن العهدة الّا بالسلطنة المطلقة المتوقفة علی الملک.

و لا یخفی ان قول المصنف: نعم، استدراک و تأیید لکلام المشهور خلاف المحقق القمی، فهو ردّ لقوله السابق: اقول.

(و علی ایّ تقدیر) سواء قلنا: بمقالة من یری الملکیة فی بدل الحیلولة، او یری السلطة فقط بدون الملک (فلا ینبغی الاشکال فی بقاء العین المضمونة) التی ضمنها الضامن باغراقه فی البحر- مثلا- (علی ملک مالکها) الاول فلا تنتقل الی ملک الضامن.

(انما الکلام فی البدل المبذول) الّذی اعطاه الضامن للمالک، للحیلولة (و لا کلام أیضا) فی البدل المبذول (فی وجوب الحکم بالإباحة) للمالک (و بالسلطنة المطلقة) للمالک (علیها) ای علی العین المبذولة بدلا (و بعد ذلک) الّذی ذکرنا انه لا کلام فیه (فیرجع محصل الکلام) بین المشهور و القمی (حینئذ الی ان إباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک) فی بدل الحیلولة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۱۹۹

هل یستلزم الملک من حین الاباحة، او یکفی فیه حصوله من حین التصرف. و قد تقدم فی المعاطاة بیان ذلک.

ثم انه قـد تحصّل مما ذکرنا ان تحقیق ملکیـة البـدل، او السـلطنة المطلقة علیه مع بقاء العین علی ملک مالکها، انما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحیث یعد بذل البدل غرامة و تدارکا.

اما لو لم یفت الا بعض ما لیس به قوام الملکیة،

(هل یسـتلزم الملک) ای ملک المالک لهذا البدل (من حین الاباحة، او یکفی فیه) ای فی جمیع التصـرفات (حصوله) ای الملک (من حین التصـرف) فالملک مقارن للتصـرف الموجب للملک، کالوطی و العتق (و قد تقدم فی المعاطاة بیان ذلک) و ان الجمع بین دلیل الاستصحاب المقتضی لبقاء البدل علی ملک مالکه، و بین دلیل جواز جمیع التصرفات، و هو قوله:

حتی تؤدّی، یقتضی کون الملک من حین التصرف.

(ثم انه قـد تحصّل مما ذکرنا) فی حال البـدل، و انه ملک او إباحـة للتصـرفات، و تسـلیط بـدون الملک (ان تحقیق ملکیة البدل) علی المشـهور (او السـلطنة المطلقـة علیه) علی مـا اختاره القمی «ره» (مع بقاء العین علی ملک مالکها) ای الضامن (انما هو مع فوات معظم الانتفاعات به) ای بالملک الّذی ضـمنه الضامن (بحیث یعـد بـذل البـدل غرامـة و تـدارکا) فان التدارک یقتضـی الملک، او السـلطة المطلقة.

(اما لو لم یفت الّا بعض ما لیس به قوام الملکیة) کما فی وطی الجانی الحیوان، حیث اسقطه عن قابلیة الأکل و الانتفاع بلبنه و ما اشبه، لکنه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۰

فالتدارک لا یقتضـی ملکه، و لا السلطنة المطلقة علی البدل، و لو فرض حکم الشارع بوجوب غرامة قیمته حینئذ لم یبعد کشف ذلک عن انتقال العین الی الغارم.

و لـذا اسـتظهر غیر واحـد: ان الغارم لقیمـة الحیوان الّذی وطئه یملکه، لانه و ان وجب بالوطی نفیه عن البلد، و بیعه فی بلد آخر. لکن هذا لا یعدّ فواتا لما به قوام المالیة.

صالح بعد للرکوب و الحرث و السـقی و التحمیل و ما اشـبه (فالتدارک لا یقتضـی ملکه) ای وجوب التدارک علی الجانی لا یقتضـی ملک المالک الاول للشـیء المبذول (و لا السـلطنة المطلقة علی البدل) اذ: لم یفوّت الجانی السـلطنة المطلقة، حتی یجب علیه تسـلیط المالک علی البدل سلطنة مطلقة (و لو فرض حکم الشارع بوجوب غرامة قیمته) کقیمة الموطوء فی المثال- ف (حینئذ لم یبعد کشف ذلک) الحکم من الشارع (عن انتقال العین)- کالموطوء- (الی الغارم) الواطئ.

(و لذا اسـتظهر غیر واحد: ان الغارم لقیمة الحیوان الّذی وطئه، یملکه) ای یملک الموطوء (لانه و ان وجب ب) سبب (الوطی نفیه) ای الحیوان- الّذی یقصد ظهره کالحمار- (عن البلد، و بیعه فی بلد آخر، لکن هذا) النفی و البیع (لا یعدّ فواتا لما به قوام المالیة) اذ: الحیوان المنفی مـال أیضـا، فـاذا اوجب الشارع القیمـة علی الواطئ، کشف ذلک عن انه حکم بملکیـة الموطوء للواطی، کشـفا عرفیا، لبعد جمعه بین العوض و المعوض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۱

هذا کله مع انقطاع السلطنة عن العین مع بقائها علی مقدار ملکیتها السابقة.

اما لو خرج عن التقویم مع بقائها علی صفة الملکیة، فمقتضی قاعدة:

الضـمان، وجوب کمال القیمـة مع بقاء العین علی ملک المالک لان القیمة عوض الاوصاف، و الاجزاء التی خرجت العین لفواتها عن التقویم، لا عوض العین نفسها، کما فی

(هـذا) الّذی ذکرنـاه من حـال بـدل الحیلولـة فی انه ملک او سـلطة فقط و انه ینتقل المبـدل الی ملک الضامن أم لا؟ (کله مع انقطاع السلطنة) للمالک (عن العین) لا بالتلف، بل (مع بقائها علی مقدار ملکیتها السابقة) فان الشـیء الّذی یغرق فی البحر، باق علی ملکیته، و کذلک الموطوء و ان تفاوت مقدار القیمة- و الاجود فی عبارة المصنف هکذا: مقدار من ملکیتها

(امـا لو خرج) الملک (عن التقویم) فلا یری العرف له قیمـة (مع بقائها علی صـفة الملکیـة) و لا یخفی ان الضـمیر المـذکر یرجع الی: الشـیء، و المؤنث الی: العین، (فمقتضـی قاعدة الضـمان) المستفاد من: علی الید، (وجوب کمال القیمة) علی الضامن، و لا یلاحظ ان الملـک بـاق بعـد- علی ملک مالکه (مع بقاء العین علی ملک المالک، لان القیمـة عوض الاوصاف) التالفـة (و) عوض (الاجزاء التی خرجت العین لفواتهـا) ای بسبب فوات تلک الاجزاء (عن التقویم، لا عوض العین نفسـها) حتی یقال: ان العین موجودة، فکیف یجب عوضها علی الضامن (کما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۲

الرطوبـة الباقیـة بعد الوضوء بالماء المغصوب، فانّ بقائها علی ملک مالکها لا ینافی معنی الغرامة لفوات معظم الانتفاعات، فیقوی عدم جواز المسح بها الا باذن المالک و لو بذل القیمة.

قال فی شـرح القواعد فیما لو خاط ثوبه بخیوط مغصوبة، و لو طلب المالک نزعها- و ان افضـی الی التلف- وجب ثم یضمن الغاصب النقص

الرطوبـة الباقیـة بعـد الوضوء بالماء المغصوب) کما لو لم یعلم بذلک فتوضأ (فان بقائها) ای تلک الرطوبة (علی ملک مالکها لا ینافی معنی الغرامـة) التی هی عبـارة عن اداء مـا اتلفه الضامن، و لو کان التلف بحیث بقی بعض الاجزاء، و انما تجب الغرامـة (لفوات معظم الانتفاعات) ای بهذا الماء الّذی بقی بعض اجزائه، فان الذرات الندیة لا تصـلح للشـرب و السـقی و الغسل فیه و ما اشـبه، و ان صلحت لالصـاق جسم یحتاج الی الرطوبـة به (ف) علی ما ذکرناه من بقاء الرطوبـة علی ملک المالک (یقوی عـدم جواز المسـح بها) فیما اذا علم بالغصبیـة قبل ان یمسـح (الا باذن المالک و لو بـذل) المتوضـی (القیمـة). لان القیمـة لا توجب ملکیـة الرطوبـة، و انما هی لاجل اذهاب المتلف معظم الانتفاعات.

اللهم الا ان یقال: ان العرف یری المال تالفا، فلا یشـمله دلیل الملک، فلیس هـذه الرطوبـة- عرفا- ملکا للمالک حتی لا یصح المسـح بها

(قـال فی شـرح القواعـد فیمـا لو خـاط) الشـخص (ثوبه بخیوط مغصوبـة) ما لفظه: (و لو طلب المالک نزعها- و ان افضـی) النزع (الی التلف- وجب) النزع و اعطائه قطع الخیوط (ثم یضمن الغاصب النقض) بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۳

و لو لم یبق لها قیمـة غرم جمیع القیمـة انتهی، و عطف علی ذلک قوله: و لا یوجب ذلک خروجها عن ملک المالک کما سـبق من ان جنایة الغاصب توجب اکثر الامرین، و لو استوعب القیمة اخذها و لم تدفع العین انتهی.

و عن المسالک فی هذه المسألة: انه ان لم یبق له قیمة ضمن

الخیوط الصحیحة و الخیوط المقطعة (و لو لم یبق لها) ای للخیوط بعد النزع (قیمة غرم) الغاصب (جمیع القیمة انتهی).

فان هـذا الکلام دال علی وجوب اعطاء قطع الخیوط بالإضافـة الی القیمـة الکاملة (و عطف علی ذلک) الّذی ذکره العلامة من ایجاب القیمـة الکاملة فی محکی جامع المقاصـد (قوله: و لا یوجب ذلک) ای عدم القیمة للخیوط (خروجها عن ملک المالک) لاصالة بقاء

الخیوط المقطعة علی ملکه (کما سبق من ان جنایة الغاصب) علی المغصوب (توجب اکثر الامرین) فهذا دلیل ان الغاصب یؤخذ بالاشق، فلا یستبعد ان یکون الغاصب- فی باب الخیوط المقطعة- مکلفا باعطاء القیمة الکاملة و مع ذلک یکون الخیط لمالکه أیضا (و لو استوعب) ای الجنایة (القیمة) بان لم یکن للمغصوب قیمة بسبب الجنایة (اخذها) ای اخذ الغاصب القیمة کاملة (و لم تدفع العین) ای الی الغاصب، فیجمع المالک بین العین، و بین القیمة (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و عن المسالک فی هذه المسألة) ای فی مسئلة الخیوط المغصوبة (انه ان لم یبق له) ای للخیط (قیمة) بسبب تقطعه بالخیاطة (ضمن)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۴

جمیع القیمة و لا یخرج بذلک عن ملک مالکه کما سبق فیجمع بین العین و القیمة لکن عن مجمع البرهان فی هذه المسألة: اختیار عدم وجوب النزع، بل قال: یمکن ان لا یجوز، و یتعین القیمة لکونه بمنزلة التلف.

و حینئذ یمکن جواز الصلاة فی هذا الثوب المخیط، اذ: لا غصب فیه یجب ردّه، کما قیل بجواز المسح بالرطوبة الباقیة من الماء المغصوب الّذی حصل العلم به بعد اکمال الغسل و قبل المسح انتهی.

الغاصب (جمیع القیمة، و لا یخرج) الخیط (بذلک) الوجوب علی الغاصب لتمام القیمة (عن ملک مالکه کما سبق فیجمع) المالک (بین العین و القیمة، لکن عن مجمع البرهان فی هذه المسألة) ای فی مسئلة الخیط (اختیار عدم وجوب النزع) علی الغاصب (بل قال: یمکن ان لا یجوز) لمالک الخیط ان ینزعه من ثوب الغاصب (و یتعین القیمة) فقط علی الغاصب (لکونه بمنزلة التلف) عرفا، و الشیء التالف لیس مالا و ملکا للمالک الاول.

(و حینئذ) ای حین کان الخیط تالفا عرفا (یمکن) ان نقول: ب (جواز الصلاة فی هذا الثوب المخیط) بالخیط المغصوب (اذ: لا غصب فیه) بحیث (یجب رده) علی المالک (کما قیل: بجواز المسح بالرطوبة الباقیة من الماء المغصوب الّذی حصل العلم به بعد اکمال الغسل)- بالفتح- (و قبل المسح) بذلک الماء (انتهی) کلام مجمع البرهان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۵

و استجوده بعض المعاصرین ترجیحا لاقتضاء ملک المالک للقیمة خروج المضمون عن ملکه لصیرورته عوضا شرعا.

و فیه انه لا منشأ لهذا الاقتضاء.

و ادلة الضمان: قد عرفت ان محصلها یرجع الی وجوب تدارک ما ذهب من المالک، سواء کان الذاهب نفس العین، کما فی التلف الحقیقی، او کان الذاهب السلطنة علیها التی بها قوام مالیتها.

(و استجوده) ای کلام مجمع البرهان (بعض المعاصرین) و ذلک (ترجیحا لاقتضاء ملک المالک للقیمة، خروج المضمون عن ملکه) ای ترجیحه علی استصحاب بقاء ملک المالک علی ملکیته (لصیرورته) هذا علة للترجیح و الضمیر عائد الی المضمون- کالخیط- (عوضا شرعا) عن القیمة التی دفعها الغاصب الی المالک.

(و فیه انه لا منشأ لهذا الاقتضاء) ای ان ملک المالک للقیمة لا دلیل علی انه یقتضی خروج الخیط عن ملک مالکه.

(و) ان قلت: ادلة الضمان تقتضی خروج الخیط عن ملک مالکه لان معنی الضمان ان المال انتقل الی الضامن فی مقابل ضمانه للقیمة قلت: (ادلة الضمان- قد عرفت- ان محصلها یرجع الی وجوب تدارک ما ذهب من المالک سواء کان الذاهب نفس العین کما فی التلف الحقیقی) کما لو القی الملح فی البحر فتلف (او کان الذاهب السلطنة علیها) ای علی العین (التی بها) ای بتلک السلطنة (قوام مالیتها) فیما لا یسمی المال مالا الا بالسلطنة علیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۶

کغرق المال، او کان الذاهب الاجزاء، او الاوصاف التی یخرج بذها بها العین عن التقویم مع بقاء ملکیته.

و لا یخفی ان العین علی التقدیر الاول خارج عن الملکیة عرفا

و علی الثانی السلطنة المطلقة علی البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العین، و هذا معنی بدل الحیلولة.

(کغرق المال) کالابریق فی البحر، فان العین باقیة لکن حیث لا سلطة للمالک علیها کان بنظر العرف اتلف مالیته (او کان الذاهب الاجزاء، او الاوصاف التی یخرج بذهابها العین عن التقویم مع بقاء ملکیته) کماء الوضوء الّذی یذهب بعض اجزائه، و کالخیوط فی المخیط التی یذهب وصف استقلالها، فان الملکیة باقیة، و ان ذهب الجزء او الوصف.

(و لا یخفی ان العین علی التقدیر الاول) الّذی هو التلف الحقیقی (خارج عن الملکیة عرفا) اذ: التالف، لیس ملکا.

و انما قال: عرفا، لان العرف هو المعیار فی رؤیة الشیء ملکا فاذا قال: بان الشیء الفلانی لیس بملک، فلا یترتب علیه اثر الملک.

(و علی الثانی) فیما کان الذاهب السلطنة علی الملک، و ان کان الملک باقیا (السلطنة المطلقة) للمالک (علی البدل) الّذی اعطاه الضامن (بدل عن السلطنة المنقطعة عن العین) فالضامن حیث قطع سلطنة المالک وجب علیه ان یسلطه علی البدل (و هذا معنی بدل الحیلولة) ای بدل حیلولة الضامن بین مال المالک، و بین المالک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۷

و علی الثالث: فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقویم لا عن نفس العین، فالمضمون فی الحقیقة هی: تلک الاوصاف التی تقابل بجمیع القیمة لا نفس العین الباقیة.

کیف و لم تتلف هی؟ و لیس لها علی تقدیر التلف أیضا عهدة المالیة بل الامر بردّها مجرد تکلیف، لا یقابل بالمال

(و علی الثالث) و هو ذهاب الجزء او الوصف (فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقویم) فالثمن عوض عن الجزء فی ماء الوضوء و عن الوصف فی الخیط (لا عن نفس العین) اذ العین باقیة، و لا عن الحیلولة، لان الضامن لم یحل بین المال و بین مالکه (فالمضمون فی الحقیقة) فی الثالث (هی: تلک الاوصاف التی تقابل بجمیع القیمة) فان الوصف المفقود، یوجب ذهاب المالیة عن العین و إن کانت باقیة (لا) ان المضمون (نفس العین الباقیة).

و (کیف) تکون العین مضمونة (و) الحال (لم تتلف هی) ای العین بل هی باقیة (و لیس لها علی تقدیر التلف أیضا عهدة مالیة) اذ: العین بعد ذهاب وصفها لا مالیة لها حتی تکون مضمونة.

فان قلت: فاذا لم یکن لها مالیة فلم یؤمر الضامن بردها.

قلت: لا یؤمر الضامن بردها لان لها مالیة (بل الامر بردها مجرد تکلیف، لا یقابل بالمال) کما لو تصرف انسان فی قطع الخزف التی هی لزید- مما لا قیمة لها- فانه مأمور بردها لا لأنها مال، بل لانها متعلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۸

بل لو استلزم رده ضررا مالیا علی الغاصب امکن سقوطه فتأمّل.

و لعل ما عن المسالک من ان: ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخیط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القیمة بالاخراج، فتعین القیمة فقط محمول علی صورة تضرر المالک بفساد الثوب المخیط، او البناء المستدخل فیه الخشبة، کما لا یأبی عنه عنوان المسألة فلاحظ.

حق الغیر (بل لو استلزم رده ضررا مالیا علی الغاصب) کما لو استلزم اخراج الخیط نقص الثوب عن القیمة، او ما اشبه (امکن سقوطه) ای سقوط الرد لقاعدة: لا ضرر.

لکن هـذا انما یستقیم- لو قلنا به- فیما لم یکن الغاصب غصب عالما او لو غصب عالما، سقط بالنسبة إلیه دلیل لا ضرر، لانه بنفسه اقدم علی ذلک (فتأمل) لعله: اشارة الی ما ذکرناه.

(و لعل ما عن المسالک من ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخیط المغصوب عن الثوب بعد خروجه) ای الخیط (عن القیمة ب) سبب (الاـخراج) و علیه (فتعین القیمة فقط) علی الغاصب (محمول علی صورة تضرر المالک) الغاصب (بفساد الثوب المخیط) اذا اخرج الخیط.

فدلیل: لا ضرر، قاض بعدم وجوب الاخراج (او) تضرر المالک بسبب فساد (البناء المستدخل فیه الخشبة) المغصوبة، و لذا یجب علی الغاصب قیمتها و لا یجب علیه اعطاء الخشبة الی مالکها (کما لا یأبی، عنه) ای عن کون مرادهم بإطلاق عدم الوجوب صورة تضرر المالک فقط (عنوان المسألة) الظاهر فی کونه صورة التضرر، لا مطلقا (فلاحظ) العنوان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۰۹

و حینئذ فلا ینافی ما تقدم عنه سابقا، من: بقاء الخیط علی ملک مالکه و ان وجب بذل قیمته.

ثم ان هنا قسما رابعا و هو: ما لو خرج المضمون عن الملکیة مع بقاء حق الاولویة فیه، کما لو صار الخلّ المغصوب خمرا.

فاستشکل فی القواعد وجوب ردها مع القیمة، و لعله من استصحاب وجوب ردها.

(و حینئذ) ای حین کان مرادهم صورة التضرر (فلا ینافی) کلامهم الّذی نقله الشهید (ما تقدم عنه) و منّا (سابقا من بقاء الخیط علی ملک مالکه، و ان وجب بذل قیمته) لان البقاء خاص بصورة عدم تضرر الغاصب و عدم البقاء خاص بصورة تضرر الغاصب.

(ثم ان هنا) فی مسئلة الضمان (قسما رابعا) بالإضافة الی الاقسام الثلاثة السابقة (و هو: ما لو خرج المضمون عن الملکیة مع بقاء حق الاولویة فیه) لمالکه (کما لو صار الخل المغصوب خمرا) فان الخمر لا تملک، و لکنها فیها حق الاولویة لصاحبها، حتی انه لو اراد اسقائها شجرة لم یکن لاحد الحیلولة بینه و بین ذلک، و کذا الوارد القائها فی الکنیف لاجل قتل دیدانه مثلا.

(فاستشکل فی القواعد: وجوب ردها مع القیمة) فان الواجب اعطاء القیمة، اما الرد فمحل اشکال (و لعله من) تعارض الدلیلین، اما وجوب الرد (فلاستصحاب وجوب ردها) اذ: قبل الخمریة کان واجب الرد فاذا صار خمرا و شک فی انه زال حکم وجوب الرد کان الاصل بقاء وجوب الرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۰

و من ان الموضوع فی المستصحب ملک المالک- اذ لم یجب إلا رده- و لم یکن المالک الا اولی به.

الا ان یقال: ان الموضوع فی الاستصحاب عرفی.

و لذا کان الوجوب مذهب جماعة، منهم: الشهیدان، و المحقق الثانی.

و یؤیده انه: لو عاد خلا، ردت الی المالک بلا خلاف ظاهر.

(و من ان الموضوع فی المستصحب ملک المالک- اذ لم یجب إلا رده-) ای رد ملک المالک، فان الدلیل دل علی وجوب رد ملک المالک، لا رد شیء آخر لیس ملکا للمالک (و لم یکن المالک الا اولی به) و الاولویة لا تلازمه الملک الواجب رده.

(الاـان یقال:) ان وجوب الرد اقوی ل (ان الموضوع فی الاستصحاب عرفی) و الموضوع العرفی باق، اذ: العرف یری الخمر نفس الخل، و انما طرأ علیه حالة جدیدة، فالوجه الثانی، ای قوله: و من ان الموضوع الّذی کان مناطه تبدل الموضوع غیر تام، فیبقی الاستصحاب بدون معارض

(و لذا کان الوجوب) للرد (مذهب جماعة، منهم: الشهیدان و المحقق الثانی) و غیرهم.

(و یؤیـده) ای وجوب الرد (انه لو عاد خلا) بعد الخمریة (ردت الی المالک بلا خلاف ظاهر) و لو کان الموضوع متبدلا لم یکن وجه لرده الی المالک، اذ: الملک قد زال، فاعادته یحتاج الی الدلیل.

الا تری انه: لو صار النبات عذرهٔ، ثم صارت ارضا ثم عادت نباتا لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۱

ثم ان مقتضی صدق الغرامهٔ علی المدفوع خروج الغارم عن عهدهٔ العین، و ضمانها، فلا یضمن ارتفاع قیمهٔ العین بعد الدفع، سواء کان للسوق، او للزیادهٔ المتصلهٔ، بل المنفصلهٔ کالثمرهٔ، و لا یضمن منافعه، فلا یطالب الغارم بالمنفعهٔ بعد ذلک.

یکن وجه للقول باعادته الی المالک للنبات الاول.

(ثم ان مقتضی صدق الغرامهٔ علی المدفوع) بدلا عن ما اتلفه الضامن (خروج الغارم) بسبب الدفع (عن عهدهٔ العین و) عن (ضمانها فلا یضـمن ارتفـاع قیمـهٔ العین بعـد الـدفع) کمـا لو اتلف شاهٔ المالک، ثم اعطی قیمتها، فانه لا یضـمن بعـد ذلک ارتفاع قیمـهٔ الشاهٔ، لان الضامن قـد ردّ الشاهٔ بردّ قیمتها، فسـقط دلیل: علی الیـد، منه، و کذا لو حال بین المالک و بین العین، فزادت زیادهٔ متصـلهٔ او منفصـلهٔ، کما لو فک الغزال فشـرد فی الغابهٔ، ثم سـمن او ولدت فانه بعد اعطاء القیمهٔ لا یضـمن السـمن و الولد لانه قد برئت ذمته (سواء کان) الارتفاع (للسوق) بدون زیادهٔ عینیهٔ (او للزیادهٔ المتصـلهٔ) کالسمن (بل المنفصلهٔ کالثمرهٔ) فیما اذا فرضنا حیلولیهٔ الغاصب بین الشجرهٔ و بین المالک او المراد بالثمرهٔ ما یشـمل مثل ولد الغزال- کما فیما تقدم فی المثال- (و لا یضمن) أیضا (منافعه) المتجددهٔ کما لو سبّب اباق العبـد، فانه لا یضـمن ایجاره، بعد ان اعطی قیمته لصاحب العبد (فلا یطلب الغارم بالمنفعهٔ بعد ذلک) ای بعد الخروج عن العهدهٔ باعطاء البدل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۲

و عن التذکرهٔ، و بعض آخر: ضمان المنافع، و قواه فی المبسوط بعد أن جعل الاقوی خلافه.

و فی موضع من جامع المقاصد: انه موضع توقف، و فی موضع آخر:

رجح الوجوب.

ثم ان ظاهر عطف: التعذر علی التلف فی کلام بعضـهم عند التعرض لضـمان المغصوب بالمثل او القیمهٔ، یقتضـی عدم ضـمان ارتفاع القیمهٔ السوقیهٔ الحاصل بعد التعذر، و قبل الدفع کالحاصل

(و عن التذکرهٔ و بعض آخر ضمان المنافع) و ان اعطی الغرامهٔ (و قواه فی المبسوط بعد ان جعل) الشیخ، أوّلا (الاقوی خلافه) ای عدم الضمان.

(و فی موضع من جامع المقاصـد: انه) ای الضـمان للمنافع (موضع توقف، و فی موضع آخر) من جامع المقاصـد (رجحـ الوجوب) ای ضمان المنافع و کان الوجه فی الوجوب ان الضامن انما خرج عن عهدهٔ العین، و اما المنافع فلم یخرج عن عهدتها.

لکن الانصاف عـدم الوجوب لصدق الاداء الموجب لبراءهٔ الذمهٔ (ثم ان ظاهر عطف التعذر علی التلف) فی قولهم: لو تلف المغصوب او تعـذر ایصـاله الی صـاحبه (فی کلاـم بعضـهم عنـد التعرض) منهـم (لضـمان المغصـوب بالمثـل) فی المثلی (او القیمـهٔ) فی القیمی (یقتضـی عـدم ضـمان ارتفاع القیمهٔ السوقیهٔ الحاصل) ذلک الارتفاع (بعد التعذر و) ذلک کما لو القی الاناء فی البحر ثم زادت قیمته (قبل الدفع) للقیمهٔ (کالحاصل) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۳

بعد التلف، لکن مقتضی القاعدهٔ ضمانه له، لان مع التلف یتعین القیمهٔ و لذا لیس له الامتناع من اخذها، بخلاف تعذر العین فان القیمهٔ

غير متعينـة، فلو صبر المالـك حتى يتمكن من العين، كـان له ذلك و يبقى العين فى عهـدة الضامن فى هـذه المـدة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، او اعلى القيم إليه.

الارتفـاع الحاصـل (بعـد التلف) حيث لاـ يضـمن ذلـك الارتفـاع الضـامن- لاـنه بالتلف اسـتقرت القيمـة فى الذمـة، فلا وجه لضـمان الارتفاع-

(لكن مقتضى القاعدة ضمانه) اى الضامن (له) اى للارتفاع الحاصل بعد التعذر، و ليس الارتفاع بعد التعذر مثل الارتفاع بعد التلف.

وجه الفرق (لان مع التلف يتعين القيمـة، و لـذا ليس له) اى للمالك (الامتناع من اخـذها) كما تقدم، لانه لا يكلف الضامن ببقاء ذمته مشـغولة بمال الغير (بخلاف تعـذر العين) بـدون تلفها (فان القيمـة) فى صورة التعذر بدون التلف (غير متعينة ف) لذا (لو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك) لان المالك مسـلط على العين، فله ان يبقى سـلطته، و له ان يقطعها باخـذ القيمـة، بخلاف صورة التلف للعين، فان سـلطته على العين قـد تبـدلت الى السـلطة على القيمـة (و يبقى العين فى عهـدة الضامن فى هذه المدة) اى المدة بين التعـذر و بين اخذ المالك للبدل (فلو تلفت) العين بعد التعذر، كما لو طار الطير يوم الجمعة، و تلف يوم الثلاثاء (كان له) اى للمالك (قيمتها من حين التلف) اى يوم الثلاثاء (او اعلى القيم إليه) اى من حين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۱۴

او يوم الغصب، على الخلاف.

و الحاصل ان قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة فى عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر.

و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، مع الحكم بضـمان الاجرة و النماء الى دفع البدل، و ان تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا

الغصب الى يوم التلف (او يوم الغصب) اى يوم الجمعـة (على الخلاف) المتقـدم، فلو كانت قيمـة الطائر يوم الجمعـة عشـرة، و السـبت عشـرين، و الثلاثاء خمسـة، كان الواجب على الضامن اعطاء احدها على الخلاف الّذى تقدم، فى ان الغاصب يضـمن اعلى القيم، كما مر فى صحيحة ابى ولاد

(و الحاصل ان قبل دفع) الضامن (القيمة يكون العين الموجودة) المتعذرة (فى عهدة الضامن) فى هذه المدة (فلا عبرة بيوم التعذر) فى اعتبار القيمة، فلو كانت قيمتها فى يوم التعذر عشرة، و فى يوم الدفع عشرين، وجب عليه عشرون، و لو انعكس وجبت عليه عشرة

(و الحكم) الّذى صـدر عن بعض (بكون) الاعتبـار ب (يوم التعـذر) لاـنه (بمنزلـة يوم التلف) فكمـا ان الاعتبار بيوم التلف فى صورة التلف، كـذلك الاعتبار بيوم التعذر فى صورة التعذر (مع الحكم) من ذلك البعض (بضـمان) الضامن (الاجرة و النماء الى دفع البدل، و ان تراخى) دفع البـدل (عن) يوم (التعـذر) فلو اطلق غزال زيـد فى الغابـة، و كان يوم التعـذر قيمته عشـرة، ثم ولدت قبل دفع القيمة، ولدا قيمته خمسـة- مثلا- لزم على الضامن اعطاء خمسة عشر (مما لا يجتمعان ظاهرا) هذا خبر قوله:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۱۵

فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى.

ثم انه: لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا وجب ردها الى مالكها كما صرح به فى جامع المقاصد فورا.

و الحكم، و انما لا يجتمعان، لانه ان انتقل الى القيمة فى يوم التعذر لم يكن ضـمان للاجرة و النماء، و ان كان ضـمان للاجرة و النماء كان اللازم ملاحظة قيمة يوم الاداء- كما لا يخفى-

و انما قال: ظاهرا، لامكان حكم الشارع بالامرين من باب التفكيك بين المتلازمين، كما لو شهدت امرأة بالوصية فان الشارع جعل للموصى له ربع المال، مع ان الوصية إن كانت فى الواقع، فاللازم جميع المال و ان لم تكن، فاللازم عدم استحقاق الربع.

و على كل حال (فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع) قيمة و اجرة و نماء (الى يوم دفع البدل) لان التعذر ليس كالتلف، و انما المال للمالك الى حين دفع البدل فارتفاعه، و اجرته، و نمائه للمالك (نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى) بأن كان الشىء مثليا، ثم تعذر المثل مما لزم على الضامن اعطاء القيمة، فانه يجب عليه اعطاء الارتفاع و ما اشبه.

(ثم انه لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكنا) كما لو القى الماء الشىء المغرق الى الساحل، او عاد الحيوان الّذى فرّ الى محله (وجب ردّها الى مالكها كما صرح به فى جامع المقاصد) ردا (فورا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۲۱۶

و إن كان فى احضارها مئونة، كما كان قبل التعذر، لعموم: على اليد ما اخذت حتى تؤدى.

و دفع البدل لاجل الحيلولة، انما افاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى انه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك و استلزم ذلك على ما اخترناه: عدم ضمان المنافع، و النماء المنفصل و المتصل، بعد دفع الغرامة، و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلى، فلا يجوز استصحابه.

و إن كان الضامن قد دفع البدل- قبلا- (و إن كان فى احضارها) الى المالك (مئونة كما كان) الواجب احضاره عند مالكه و إن كان له مئونة (قبل التعذر) و انما يجب ذلك (لعموم: على اليد ما اخذت حتى تؤدى) و من المعلوم ان بعد التمكن ممكن الاداء، و الاداء من لوازمه تحمل مئونة الاحضار.

(و) ان قلت: دفع البدل سقط لوجوب الرد.

قلت: (دفع البدل لاجل الحيلولة، انما افاد خروج الغاصب عن الضمان) الموقت (بمعنى انه لو تلف) المال المتعذر (لم يكن عليه) اى على الضامن (قيمته بعد ذلك) الدفع للبدل (و) أيضا (استلزم ذلك) التعذر (على ما اخترناه: عدم ضمان المنافع): عدم، فاعل: استلزم، (و النماء المنفصل، و المتصل) عطف على: المنافع (بعد دفع الغرامة و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلى) فالعذر العقلى بعدم التمكن اسقط وجوب الرد ما دام العذر باقيا (فلا يجوز استصحابه) اى استصحاب عدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۲۱۷

بل مقتضى الاستصحاب، و العموم هو: الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: على اليد ما اخذت، المغيّى بقوله: حتى تؤدى.

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه الى الغارم بمجرد طروّ التمكن؟

فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله او قيمته

وجوب الردّ، حال رفع العذر، بامكان الشىء، كما لو القى البحر المتاع الى الساحل (بل مقتضى الاستصحاب) حيث ان الضامن كان الواجب عليه رد المال، خرج منه، حال التعذر، اما غير حال التعذر فيستصحب وجوب الرد (و العموم) لقاعدة على: اليد، الشامل لحال الامكان (هو الضمان المدلول عليه) اى على ذلك الضمان (بقوله عليه السلام: على اليد ما اخذت، المغيّا) صفة: على اليد (بقوله: حتى تؤدّى) فان الظاهر من الغاية، ان الضمان باق الى حين الاداء، فحال التعذر يسقط: الاداء، لعدم معقولية تكليف الشارع بالشىء المتعذر، اما لو تمكن الضامن بعد ذلك لم يكن وجه للقول بعدم وجوب الاداء.

هذا كله بالنسبة الى المال اذا سقط التعذر

(و) اما بالنسبة الى الغرامة التى اعطاها الضامن الى المالك فما حالها؟ ف (هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه الى الغارم) اى الضامن

(بمجرد طرو التمکن) قبل ان یسلم الضامن المال الی المالک.

و علیه (فیضمن) الضامن (العین من یوم التمکن) بإلقاء البحر لها خارجا- مثلا- (ضمانا جدیدا) اما (بمثله) إن کان مثلیا (او قیمته) إن کان قیمیا، یعنی ان الشارع یقول للضامن: خذ بدل الحیلولهٔ، و انت ضامن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۸

یوم حدوث الضمان، او یوم التلف، او اعلی القیم، او انها باقیهٔ علی ملک مالک العین، و کون العین مضمونهٔ بها لا بشیء آخر فی ذمهٔ الغاصب، فلو تلفت استقر ملک المالک علی الغرامهٔ، فلم یحدث فی العین الّا حکم تکلیفی بوجوب رده، و اما الضمان و عهدهٔ جدیدهٔ فلا؟ وجهان.

اظهرهما الثانی، لاستصحاب کون العین مضمونهٔ بالغرامهٔ

ان تعطی المالک ماله، و ان فقد و تلف، فمثله او قیمته، و القیمهٔ- فی القیمی- انما تقدر ب (یوم حدوث الضمان، او یوم التلف، او اعلی القیم) من یوم الضمان الی یوم التلف (او انها) ای الغرامهٔ لا تعود ملکه الی الغارم، بل هی (باقیهٔ علی ملک مالک العین، و) لیس جمعا بین العوض و المعوّض، اذ: العین هی ملک المالک، و العوض انما هو لاجل الضمان بمعنی (کون العین مضمونهٔ بها) ای بالغرامهٔ (لا بشیء آخر فی ذمهٔ الغاصب).

و علیه (فلو تلفت) العین (استقر ملک المالک علی الغرامهٔ فلم یحدث فی العین الّا حکم تکلیفی بوجوب رده) و لیس حکما وضعیا، اذ: لو کان حکم وضعی، لزم ضمان العین بمثلها او قیمتها- لدی التلف- لا ضمانها بالبدل المعین.

و هذا مراده بقوله (و اما الضمان و عهدهٔ جدیدهٔ فلا) و ذلک لان الضمان تعلق بهذه الغرامهٔ فتحوله الی ضمان آخر یحتاج الی الدلیل، (وجهان) خبر قوله: و هل الغرامهٔ الخ (اظهرهما الثانی) و هو ان الغرامهٔ باقیهٔ علی ملک مالک العین (لاستصحاب کون العین مضمونهٔ بالغرامهٔ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۱۹

و عدم طروّ ما یزیل ملکیته عن الغرامهٔ، او یحدث ضمانا جدیدا

و مجرد عود التمکن، لا یوجب عود سلطنهٔ المالک، حتی یلزم من بقاء ملکیته علی الغرامهٔ الجمع بین العوض و المعوض.

غایهٔ ما فی الباب قدرهٔ الغاصب علی اعادهٔ السلطنهٔ الفائتهٔ المبدلهٔ عنها بالغرامهٔ و وجوبها علیه.

التی عینها الضامن (و) استصحاب (عدم طروّ) و عدم حدوث (ما یزیل ملکیته) ای ملکیهٔ مالک العین (عن الغرامهٔ، او) ان (یحدث ضمانا جدیدا) بالنسبهٔ الی العین حتی اذا تلفت فی ید الضامن- بعد ذلک وجب علیه ان یدفع المثل او القیمهٔ.

(و) ان قلت: فقد تمکن المالک من عینه فمقتضی القاعدهٔ رجوع الغرامهٔ الی الضامن.

قلت: (مجرد عود التمکن) ای تمکن المالک (لا یوجب عود سلطنهٔ المالک، حتی یلزم من بقاء ملکیته علی الغرامهٔ الجمع بین العوض و المعوض) لانّک قد عرفت ان الحکم بارجاع العین تکلیفی، و لیس وضعیا

(غایهٔ ما فی الباب) ای غایهٔ ما اوجبه التمکن من العین (قدرهٔ الغاصب) بعد تملکه من العین (علی اعادهٔ السلطنهٔ الفائتهٔ) التی کانت للمالک قبل القائه العین فی البحر- مثلا- (المبدلهٔ عنها) ای عن تلک السلطهٔ (بالغرامهٔ و وجوبها) ای وجوب اعادهٔ السلطهٔ الفائتهٔ (علیه) ای علی الضامن.

و من المعلوم: ان مجرد الوجوب التکلیفی لا یوجب حکما وضعیا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۰

و حینئذ فان دفع العین، فلا اشکال فی زوال ملکیة المالک للغرامة

و توهم: ان المدفوع کان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فی زمان التعذر، فلا یعود لعدم عود مبدله.

ضعیف فی الغایة بل کان بدلا عن اصل السلطنة یرتفع بعودها فیجب دفعه، او دفع بدله مع تلفه، او خروجه عن ملکه بناقل لازم

حتی یکون من الجمع بین العوض و المعوض (و حینئذ) ای حین قلنا:

ان التمکن احدث حکما تکلیفیا لا وضعیا (فان دفع) الضامن (العین، فلا اشکال فی زوال ملکیة المالک للغرامة) اذ هی: کانت بدل الحیلولة، فلما زالت الحیلولة، لم یکن وجه لبقاء البدل.

(و توهم) عدم رجوع الغرامة الی الضامن ل (ان المدفوع) غرامة (کان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فی زمان التعذر) عن العین.

مثلا تعذرت العین من السبت الی الثلاثاء، فکانت الغرامة بدلا عن هذا المقدار من التعذر، لا انها بدل عن العین (فلا یعود) المدفوع غرامة، الی الغارم (لعدم عود مبدله) فان مبدله کان التعذر من السبت الی الثلاثاء- علی ما عرفت-

(ضعیف فی الغایة) خبر: و توهم، (بل) المدفوع غرامة (کان بدلا عن اصل السلطنة) بحیث (یرتفع) البدل (بعودها) ای عود العین الی المالک (فیجب دفعه) ای دفع المدفوع غرامة، بان یرجع المالک الغرامة الی الغارم (او دفع بدله مع تلفه) فان اتلف المالک، الغرامة، دفع بدلها الی الغارم (او) مع (خروجه) ای خروج المدفوعة غرامة (عن ملکه بناقل لازم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۱

بل جائز، و لا یجب رد نمائه المنفصل، و لو لم یدفعها لم یکن له مطالبة الغرامة او لا؟ اذ ما لم یتحقق السلطنة لم یعد الملک الی الغارم، فان الغرامة عوض السلطنة، لا عوض قدرة الغاصب علی تحصیلها للمالک، فتأمل

نعم للمالک مطالبة عین ماله، لعموم: الناس مسلطون علی اموالهم

کما لو باع المالک الغرامة (بل جائز) کما لو وهبها هبة غیر لازمة (و لا یجب رد نمائه المنفصل) لان النماء حصل فی ملک المالک، لا فی ملک الغارم (و لو لم یدفعها) ای لم یدفع الغارم الملک الی مالکه. (لم یکن له مطالبة الغرامة أو لا) اذ الغرامة بدل، و ما دام لم یسلم الغارم المبدل الی مالکه، لا یحق له مطالبة بدله (اذ ما لم یتحقق السلطنة) للمالک علی ماله (لم یعد الملک) ای ملک الغرامة (الی الغارم) و لو شک فی عود الملک الی الغارم، کان مقتضی الاستصحاب العدم (فان الغرامة عوض السلطنة) المفقودة، قبل تسلیم المال الی مالکه (لا عوض قدرة الغاصب علی تحصیلها) ای تحصیل السلطنة (للمالک)

و لذا ما لم یسلم الغارم المال، لم یکن له حق فی استرجاع الغرامة (فتامل) حیث ان الغرامة انما هی عوض المال، فان امکن المال، لم یکن وجه للغرامة، و لذا فلا وجه لتقدیم حق المالک علی حق الغارم.

(نعم للمالک مطالبة عین ماله) و لا یحق للغارم ان یقول: ان الغرامة لک و المال لی (لعموم: الناس مسلطون علی اموالهم) و لم تقطع سلطة المالک علی المال حین الغرق مثلا، حتی یقال عود السلطة یحتاج الی دلیل مفقود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۲

و لیس ما عنده من المال عوضا من مطلق السلطنة، حتی سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها علی الوجه المقصود من الاملاک.

و لذا لا یباح لغیره بمجرد بذل الغرامة.

و مما ذکرنا یظهر انه لیس للغاصب حبس العین، الی ان یدفع المالک القیمة کما اختاره فی التذکرة،

(و لیس ما عنده من المال) ای ما عند المالک من الغرامة (عوضا من مطلق السلطنة، حتی سلطنة المطالبة) لماله حال التمکن، حتی

یقال:

لاـ حق له علی مطالبـة مـاله (بـل) الغرامـة عوض عن (سـلطنة الانتفاع بها) ای بعین ماله (علی الوجه المقصود) للمالک (من الاملاک) جمع: ملک،

و الحاصـل: ان المالک لا یتمکن من تنفیـذ سـلطنته علی ماله، و لـذا یجب علی الغارم ان یغرم له، اما سـلطنة المالک علی ماله بحیث یطالبه اذا امکن، فلم تسقط بالغرامة.

(و لـذا الا یباح) مال المالک- الّذی تعـذر- (لغیره) ای غیر المالک (بمجرد بـذل الغرامـة) و لو کان بـذل الغرامـة موجبا لقطع سـلطة المالک مطلقا، لکان اللازم ان نقول بإباحة المال لکل احد، من جهة اخذ المالک غرامته.

(و مما ذکرنا) من بقاء سلطة المالک علی ماله- حتی حال التعذر (یظهر انه لیس للغاصب حبس العین) بعد التمکن منها (الی ان یدفع المالک القیمة) ای الغرامة (کما اختاره) ای جواز الحبس (فی التذکرة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۳

و الایضاح، و جامع المقاصد و عن التحریر الجزم بان له ذلک.

و لعله لان القیمة عوض امّا عن العین، و اما عن السلطنة علیه.

و علی ایّ تقدیر، فیتحقق التراد، و حینئذ فلکل من صاحبی العوضین حبس ما بیده حتی یتسلّم ما بید الآخر.

و فیه ان العین بنفسها لیست عوضا و لا معوضا، و لذا تحقق للمالک الجمع بینها و بین الغرامة، فالمالک مسلط علیها

و الایضاح، و جامع المقاصد، و عن التحریر الجزم) ای القطع (بان له) ای للغارم (ذلک) الحبس.

(و لعله) ای الجزم المذکور (لان القیمة) ای الغرامة (عوض) فی الجملة (اما عن العین، و اما عن السـلطنة علیه) ای علی المال الّذی هو العین.

(و علی ای تقدیر فیتحقق التراد) فللغارم ان یقول: ردّ علیّ الغرامة حتی اردّ علیک السلطة او اردّ علیک العین (و حینئذ) ای حین تحقق العوضیـة (فلکل من صاحبی العوضـین) المال و الغرامـة (حبس ما بیـده حتی یتسـلّم ما بید الآخر) و ان اراد کل تسـلم ما فی ید الآخر أولا، کان اللازم التعاطی آنا واحدا- کما قرر مثله فی مسئلة المتبایعین-.

(و فیـه ان العین بنفسـها لیست عوضـا و لاـ معوضـا) فلاـ معاوضـة فی الـبین (و لـذا تحقـق للمالـک الجمـع بینهـا) ای بین العین (و بین الغرامة)- کما تقدم- و لو کان الامر عوضا و معوضا، لم یکن الجمع بینهما (فالمالک مسلط علیها) العین لانها ماله، و الغرامة للحیلولة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۴

و المعوض لغرامـة السـلطنة الفائتـة التی هی فی معرض العود بـالتراد. اللهم الا ان یقال: له حبس العین من حیث تضـمنه لحبس مبـدل الغرامة، و هی السلطنة الفائتة و الاقوی الاول.

ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه، فتلفت العین محبوسا، فالظاهر: انه لا یجری علیه حکم المغصوب. لانه حبسه بحق.

نعم: یضمنه، لانه قبضه لمصلحة نفسه.

(و) ان قلت: فلم یخسر الغارم الغرامة؟

قلت: (المعوض لغرامـة السـلطنة الفائتـة التی هی فی معرض العود) الی المالـک (بالتراد اللهم الا ان یقال) فی بیان علـة حق الغارم مثل حق المالـک ان (له حبس العین) التی هی للمالـک (من حیث تضـمنه) ای تضـمن حبس العین (لحبس مبـدل الغرامـة) فـان مـا اعطاه الغارم بـدل لسـلطة المالک فالمالک یحبس الغرامـة، و الغارم یحبس العین (و هی) ای مبـدل الغرامة (السـلطنة الفائتة و) لکن (الاقوی

الاول) و هو تقویم المالک.

(ثم لو قلنا بجواز الحبس) ای جواز حبس الضامن، للعین، لاجل ان یعطیه مالکها الغرامة (لو حبسه، فتلفت العین) فی حال کونه (محبوسا) عند الغاصب (فالظاهر: انه لا یجری علیه حکم المغصوب) لان الحبس لم یکن عدوانا (لانه حبسه بحق) حتی یأخذ الغرامة التی عند المالک.

(نعم: یضمنه) ای یضمن الغارم العین (لانه قبضه لمصلحة نفسه) و کل من قبض شیئا لمصلحة نفسه کان ضامنا، لدلیل: علی الید نعم لو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۵

و الظاهر انه بقیمة یوم التلف، علی ما هو الاصل: فی کل مضمون، و من قال: بضمان المقبوض باعلی القیم، یقول به هنا من زمان الحبس الی زمان التلف.

و ذکر العلامة فی القواعد: انه لو حبس، فتلف محبوسا، فالاقرب ضمان قیمته الآن، و استرجاع القیمة الاولی.

و الظاهر: ان مراده بقیمة الآن، مقابل القیمة السابقة

کان القبض بامر الشارع کاللقطة، و تلف بدون تعد، او تفریط، لم یکن ضامنا.

(و الظاهر: انه) ای ضمان الغارم للعین التالفة (بقیمة یوم التلف علی ما هو الاصل: فی کل مضمون) لان الضمان بقدر الشیء، و قدره یوم التلف القیمة فی ذلک الیوم (و من قال: بضمان المقبوض باعلی القیم) من یوم القبض الی یوم التلف (بقوله به) ای باعلی القیم (هنا) فی قبض الغارم عین المالک (من زمان الحبس الی زمان التلف) لا من زمان وضع الغارم یده أوّلا علی العین، و لا من زمان التمکن قبل قبضها، اذ: زمان وضع الید، خرج الغارم عن عهدته باعطاء الغرامة، و زمان التمکن قبل القبض لم یکن الغارم واضعا یده حتی یضمنها.

و علیه فاول زمان الضامن زمان الحبس.

(و ذکر العلامة فی القواعد: انه لو حبس) الغارم العین (فتلفت محبوسا فالاقرب ضمان قیمته الآن و استرجاع) الضامن (القیمة الاولی) التی اعطاها غرامة الی المالک، لاجل تعذر العین.

(و الظاهر: ان مراده بقیمة الآن، مقابل القیمة السابقة) التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۶

بناء علی زوال حکم الغصب عن العین لکونه، محبوسا بغیر عدوان، لا ـ خصوص حین التلف، و کلمات کثیر منهم، لا ـ تخلو عن اضطراب.

ثم ان اکثر ما ذکرناه، مذکور فی کلماتهم فی باب الغصب.

لکن الظاهر: ان اکثرها، بل جمیعها، حکم المغصوب من حیث کونه مضمونا، اذ لیس فی الغصب خصوصیة زائدة.

نعم: ربما یفرق من جهة نص فی المغصوب، مخالف لقاعدة: الضمان،

کانت للعین حین وضع الید، أو لا، قبل التعذر (بناء علی زوال حکم الغصب عن العین) ای الغصب الّذی انقطع باعطاء بدل الحیلولة (لکونه) ای العین، الآن بعد التمکن (محبوسا بغیر عدوان) فحکم السابق بالغصبیة انقطع، و لیس الآن غصبا (لا) ان مراد العلامة ب: الآن (خصوص حین التلف) حتی لا یشمل اعلی القیم (و کلمات کثیر منهم) فی باب ضمان العین اذا تلفت، بعد التمکن (لا تخلو عن اضطراب) فراجعها.

(ثم ان اکثر ما ذکرناه) هنا فی باب البیع (مذکور فی کلماتهم فی باب الغصب) فراجع.

(لکن الظاهر: ان اکثرها) ای الکلمات (بل جمیعها، حکم المغصوب من حیث کونه مضمونا) فلا مانع من انسحاب تلک الکلمات الی ما نحن فیه و ان لم یکن غصبا (اذ لیس فی الغصب خصوصیة زائدة) من جهة اصل الضمان، و فروعه.

(نعم ربما یفرق) بین الغصب و غیره (من جهة نص فی المغصوب، مخالف لقاعدة: الضمان) الاولویة، المستفادة، من قوله علیه السلام:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۷

کما احتمل فی الحکم بوجوب قیمة یوم الضمان من جهة صحیحة ابی ولاد او اعلی القیم، علی ما تقدم من الشهید الثانی: دعوی دلالة الصحیحة علیه، و اما ما اشتهر من: ان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا.

و لنختم بذلک احکام المبیع بالبیع الفاسد، و ان بقی منه احکام اخر اکثر مما ذکر، و لعلّ بعضها یجئ فی بیع الفضولی

علی الید ما اخذت، (کما احتمل فی الحکم بوجوب قیمة یوم الضمان) ای کما احتمل ان حکم الفقهاء بوجوب قیمة یوم الضمان- المخالف لقاعدة کون الضمان باعتبار یوم التلف- (من جهة صحیحة ابی ولاد) المتقدمة (او) احتمل الحکم بوجوب (اعلی القیم، علی ما تقدم من الشهید الثانی دعوی دلالة الصحیحة علیه) ای اعلی القیم (و اما ما اشتهر من ان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا) حتی یکون دلیلا لمسألة اعلی القیم، و قد تقدم الکلام فی ذلک فراجع.

(و لنختم بذلک) ای بهذا الکلام (احکام المبیع بالبیع الفاسد، و ان بقی منه احکام اخر اکثر مما ذکر، و لعلّ بعضها یجئ فی بیع الفضولی) إن شاء اللّه تعالی.

و یتمکن اللبیب من استخراج فروع کثیرة لهذه المسألة من ملاحظة باب القضاء، و باب الغصب، و باب البیع لارتباط فروع البیع الفاسد بهذه الابواب، و اللّه المسدّد للصواب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۲۸

الکلام فی شروط المتعاقدین

[مسألة من شروط المتعاقدین البلوغ]

«مسئلة»: المشهور کما عن الدروس، و الکفایة بطلان عقد الصبی بل عن الغنیة: الاجماع علیه، و ان اجاز الولی.

و فی کنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبی الی اصحابنا، و ظاهره: إرادة التعمیم لصورة اذن الولی.

و عن التذکرة: ان الصغیر محجور علیه بالنص و الاجماع، سواء کان ممیزا او لا؟

(الکلام فی شروط المتعاقدین) البائع و المشتری اصلیین کانا أو لا؟

(مسئلة: المشهور کما عن الدروس و الکفایة) للسبزواری (بطلان عقد الصبی) الّذی لم یبلغ البلوغ الشرعی، او بلغ و لکن لم یکن رشیدا (بل عن الغنیة: الاجماع علیه، و ان اجاز الولی) سابقا للعقد، أو لاحقا.

(و فی کنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبی الی اصحابنا، و ظاهره) حیث اطلق الکلام (إرادة التعمیم لصورة اذن الولی) و الا لکان اللازم ان یستثناه.

(و عن التذکرة: ان الصغیر محجور علیه بالنص و الاجماع، سواء کان ممیزا أو لا؟) و الممیّز هو الّذی یمیز الاشیاء بعضها عن بعض حسنا و قبحا، و رجلا و امرأة، و نفعا و ضررا.

و لا یخفی وجود افراد یشک فی کونهم ممیزین کسائر المفاهیم التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ٢٢٩

فی جمیع التصرفات الا ما استثنی، کعباداته، و اسلامه، و احرامه، و تدبیره، و وصیته، و ایصاله الهدیة، و اذنه فی الدخول علی خلاف فی ذلک انتهی.

و استثناء ایصاله الهدیة، و اذنه فی دخول الدار یکشف بفحواه عن شمول المستثنی منه، لمطلق افعاله، لان الایصال و الاذن لیسا من

لها افراد مجملة مشکوکة فیرجع فی تلک الافراد الی الاصول، و قد حققنا الکلام حول ذلک فی کتاب النکاح من شرح العروة موضوعا و حکما.

فعلیه فالصغیر محجور (فی جمیع التصرفات الا ما استثنی، کعباداته) فانه لیس محجورا فیها (و اسلامه) فانه یقبل اسلام الصبی (و احرامه) للحج و سائر افعال الحج (و تدبیره) لعبده (و وصیته) اذا بلغ عشرا، کما ورد فی الدلیل (و ایصاله الهدیة) اذ: لو لم یکن تصرفه صحیحا لم یکن یجوز للمهدی إلیه القبول (و اذنه فی الدخول) فیما اذا لم یعلم الوارد ان صاحب البیت راض بدخوله أم لا؟ فان اذن الصبی الّذی یفتح الباب کاف فی الجواز (علی خلاف فی ذلک) ای الّذی ذکرناه من مختلف الموارد لا خصوص الاذن فی الدخول (انتهی) کلام العلامة.

(و استثناء ایصاله الهدیة و اذنه فی دخول الدار) فی کلام العلامة (یکشف بفحواه) ای بالمماثلة بین الاذن و الایصال، و بین سائر الافعال (عن شمول المستثنی منه) ای قوله: ان الصغیر محجور علیه (لمطلق افعاله) اذ: لو لم یرد من المستثنی منه مطلق الافعال، لم یکن وجه لاستثناء هذین، و انما یکشف (لان الایصال) للهدیة (و الاذن) لدخول الدار (لیسا من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ٢٣٠

التصرفات القولیة و الفعلیة، و انما الاول آلة فی ایصال الملک کما لو حملها علی حیوان، او ارسلها، و الثانی کاشف عن موضوع تعلق علیه إباحة الدخول و هو رضا المالک

التصرفات القولیة و الفعلیة) فانهما لیسا تصرفا اصلا (و انما الاول) ای الایصال (آلة فی ایصال الملک) الی المهدی إلیه (کما لو حملها) المالک (علی حیوان، و ارسلها، و الثانی) ای الاذن (کاشف عن موضوع) بالتنوین (تعلق علیه إباحة الدخول) «إباحة» فاعل: تعلق، (و هو رضا المالک) و قد کنت قد علقت علی هذا الموضع من الکتاب فی بعض الحواشی السابقة ما لفظه الظاهر کراهة بیع الصبی الممیز الّذی کان باذن الولی، و المشهور المنع عن ذلک، و قد استدل لذلک بامور أربعة.

الاول- الکتاب و هو قوله سبحانه: وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ، حیث دلت علی ان تسلیم المال إلیهم الملازم للبیع و الشراء و المعاملات، انما یکون بعد البلوغ و الرشد، و فیه: ان الظاهر من الآیة جواز المعاملة قبل البلوغ، لان الابتلاء کما ذکر الفقهاء هو الاختبار بالمعاملة، فالمعنی ان الاختبار جائز، قبل البلوغ و الرشد، فاذا بلغ رشیدا سلم إلیه المال.

الثانی-: الاخبار الدالة علی عدم مضی امر الغلام، و حدیث: رفع القلم، و حدیث: نهی النبی عن کسب الغلام الصغیر الّذی لا یمیز صناعة بیده لانه اذا لم یجد سرق، و عمل الصبی خطاء، و فیه ما لا یخفی.

اذ ظاهر القسم الاول: من الاخبار المضی الّذی یکون له بعد البلوغ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ٢٣١

....

لیس له قبل البلوغ، و من المعلوم: ان ذلک المضی انما یکون استقلالا، فعدم المضی قبل البلوغ یراد به استقلالا لا مطلقا، کما ذکره الشیخ المرتضی فی المکاسب فی معنی الروایة فراجع.

و لذا قیّدنا صحّة المعاملة للصغیر باجازة الولی، و ظاهر: حدیث الرفع، ان القلم لم یوضع علی الصّغیر مطلقا، فحاله حال ما قبل الشرع، و من المعلوم اعتبار معاملته فی ذلک الوقت.

لا یقال: لا بدوان یمضی الشارع المعاملة، و حدیث الرفع یقال: لا امضاء.

لانا نقول، لو کان مفاد: حدیث الرفع: لا امضاء، کان موضوعا علیه القلم فالصغیر خارج عن دائرة التکالیف، حاله حال قبل الاسلام، و ظاهر نهی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم سواء ارید بالکسب: المصدر، ای معاملاته او: المفعول، ای ما کسبه انه خاص بالذی لا یعرف صناعة، المفهوم منه جواز الکسب لمن یعرف الصناعة.

و اذا علمنا ان المراد بالصناعة: اعم من الصناعة بمعناها الحالی، کان الحدیث علی المطلوب ادل منه علی مطلوب المانع، و اما عمد الصبی خطاء فمضافا الی انه فی الدیات، و ما اشبه، بقرینة الذیل، حتی بالنسبة الی ما لیس بمذیل، لان المذیّل صالح لقرینیة غیر المذیّل، ان الحدیث لا یدل علی ان الصبی: لا قصد له، کما اراد الشیخ استفادته من الحدیث، لیکون لازمه عدم صحة معاملته، لانه معاملة بدون قصد.

الثالث-: الاجماع المدعی فی کلام جماعة، و فیه: ان جماعة خالفوا المشهور کما ذکر اسامیهم الشیخ، و غیره، بالإضافة الی انه محتمل الاستناد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۲

و احتج علی الحکم فی الغنیة بقوله (ص) رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبی حتی یحتلم، و عن المجنون حتی یفیق، و عن النائم حتی یستیقظ و قد سبقه فی ذلک الشیخ فی المبسوط فی مسئلة الاقرار، و قال: ان مقتضی: رفع القلم، ان لا یکون لکلامه حکم، و نحوه الحلی فی السرائر فی مسئلة عدم جواز وصیة البالغ عشرا.

و تبعهم فی الاستدلال به: جماعة کالعلامة، و غیره، و استدلوا أیضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر (ع): ان الجاریة اذا زوجت و دخل بها، و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم، و دفع

الرابع-: الشهرة و هی لیست بمحل انکار، لکنها لیست بحجة و هناک تفاصیل من الکاشانی و الریاض و کشف الغطاء کلها تدل علی الجواز فی الجملة.

هذا مضافا الی السیرة القطعیة، و الجرح فی الجملة و التفصیل مذکور فی المکاسب

(و احتج علی الحکم) بعدم الجواز (فی الغنیة، بقوله (ص) رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبی حتی یحتلم، و عن المجنون حتی یفیق، و عن النائم حتی یستیقظ) فحال الصبی حال المجنون و النائم فی عدم اعتبار معاملته (و قد سبقه فی ذلک الشیخ فی المبسوط فی مسئلة الاقرار) و انه لو اقرّ الصبی بشیء لم یلزمه لانه مرفوع عنه القلم (و قال: ان مقتضی: رفع القلم) عنه (ان لا یکون لکلامه حکم و نحوه الحلی فی السرائر فی مسئلة عدم جواز وصیة البالغ عشرا) خلافا لفتوی جماعة من الفقهاء بالصحة لمکان بعض النصوص.

(و تبعهم فی الاستدلال به) ای بحدیث: رفع القلم (جماعة کالعلامة، و غیره، و استدلوا أیضا: بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر علیه السلام ان الجاریة اذا زوجت، و دخل بها، و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم، و دفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۳

إلیها مالها و جاز امرها فی الشراء، و الغلام لا یجوز امره فی البیع و الشراء، و لا یخرج عن الیتم حتی یبلغ خمس عشرة سنة الحدیث.

و فی روایة ابن سنان متی یجوز امر الیتیم؟ قال: حتی یبلغ اشده، قال:

ما اشده؟ قال علیه السلام: احتلامه، و فی معناهما روایات اخر.

لکن الانصاف ان جواز الامر فی هذه الروایات ظاهر: فی استقلاله فی التصرف، لان الجواز مرادف للمضی.

فلا ینافی عدمه ثبوت الوقوف علی الاجازة.

إلیها مالها، و جاز امرها فی الشراء) و من المعلوم: ان لیس المراد بالتزویج و الدخول: الخصوصیة، بل التأکید فی البلوغ الشرعی (و الغلام لا یجوز امره فی البیع و الشراء، و لا یخرج عن الیتم حتی یبلغ خمس عشرة سنة، الحدیث) و معنی عدم الجواز الوضعی: بمعنی عدم الصحة. (و فی روایة ابن سنان متی یجوز امر الیتیم؟ قال: حتی یبلغ اشدّه، قال) الراوی: (ما اشده؟ قال (ع): احتلامه و فی معناهما روایات اخر) ذکر جملة منها الجواهر فی کتاب الحجر.

(لکن الانصاف ان جواز الامر) ای قوله (ع): لا یجوز امر الغلام، و ما اشبه (فی هذه الروایات ظاهر: فی استقلاله فی التصرف) فمعنی عدم جواز امر الغلام، عدم صحة استقلاله فی التصرفات بدون اذن الولی (لان الجواز مرادف للمضی، فلا ینافی عدمه) ای عدم الجواز- المذکور فی الروایة- (ثبوت الوقوف علی الاجازة) کلمة: عدمه، فاعل: ینافی، و: ثبوت، مفعوله، ای ان:

عدم جواز امر الغلام، لا ینافی: ثبوت وقوف امره علی الاجازة من الولی.

اذ: عدم الجواز، لیس مطلقا بحیث یشمل حتی صورة اجازة الولی،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۴

کما یقال: بیع الفضولی غیر ماض، بل موقوف.

و یشهد له الاستثناء فی بعض تلک الاخبار بقوله: الا ان یکون سفیها فلا دلالة لها حینئذ علی سلب عبارته، و انه اذا ساوم ولیه متاعا و عین له قیمته و امر الصبی بمجرد ایقاع العقد مع الطرف الآخر، کان باطلا، و کذا لو اوقع ایجاب النکاح، او قبوله لغیره باذن ولیه

فقولهم: لا- یجوز امر الغلام، انما هو (کما یقال: بیع الفضولی غیر ماض، بل موقوف) علی اجازة المالک، یعنی ان النفی، بالنسبة الی الاستقلال لا انه مطلقا حتی مع الاجازة

(و یشهد له) ای لکون المراد نفی الاستقلال، لا النفی مطلقا (الاستثناء فی بعض تلک الاخبار بقوله: الا ان یکون سفیها) فان السفیه مطلقا لا یصح امره، سواء کان باجازة الولی أم لا؟ بخلاف الغلام الّذی لا یصح امره، بدون الاجازة، لان الظاهر من الاضافة فی: امر الغلام الامر المستند إلیه، اما الامر المستند الی الغلام و الی ولیه معا فلم ینف، فلا منافات بین عدم مضی الاول، و مضی الثانی.

و علی هذا (فلا دلالة لها) ای لهذه الاخبار النافیة لامر الغلام (حینئذ) ای حین کان النفی للاستقلال (علی سلب عبارته، و انه اذا ساوم ولیه) فاعل ساوم (متاعا و عین له) ای للولی (قیمته و امر) الولی (الصبی بمجرد ایقاع العقد مع الطرف الآخر، کان باطلا، و کذا لو اوقع) الصبی (ایجاب النکاح، او قبوله لغیره باذن ولیه) بل و کذا لو قال: ولیه:

اذهب و بع و اشتر، او نصبه علی دکانه لیبیع و یشتری، لان کل ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۵

و اما حدیث: رفع القلم، ففیه أولا: ان الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الاحکام، و لذا بنینا کالمشهور علی شرعیة عبادات الصبی و ثانیا: ان المشهور علی الالسنة: ان الاحکام الوضعیة لیست مختصة بالبالغین فلا

لیس بالاستقلال حتی ینفیه الحدیث.

(و اما حدیث رفع القلم، ففیه أولا: ان الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الاحکام) و وجه هذا الظهور: انه لولاه، لزم کثرة الاستثناءات منه، اذ عبادات الصبی، و کثیر من غیر العبادات محکومة باحکام شرعیة.

مع ان الظاهر اباء الحدیث عن الاستثناء (و لذا) الّذی ذکرنا من ظهور الحدیث فی المؤاخذة، لا الاحکام (بنینا کالمشهور علی شرعیة عبادات الصبی) لا التمرینیة.

و اذ کان المراد من: الرفع، المؤاخذة کان الحدیث غیر دال علی عدم صحة معاملات الصبی.

اقول، قد ذکرنا فی الفقه ان الظاهر من الحدیث: جمیع الامور التی جاء بها الشارع، فحاله حال المجنون، و النائم، لا کما ذکره المصنف ره، و التفصیل موکول الی هناک.

(و ثانیا) لو سلمنا ان الحدیث لیس ظاهرا فی المؤاخذة، نقول (ان المشهور علی الالسنة: ان الاحکام الوضعیة لیست مختصة بالبالغین) فالصبی ینجس جسده اذ لاقی النجاسة، و یکون مالکا و یجری علیه بعض مراتب القصاص و الحدود، کما لو سرق، فانه تقطع اصابعه، و هکذا (فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۶

مانع من ان یکون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ او علی الولی اذا وقع باذنه او اجازته کما یکون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمکینه من مس المصحف.

و ثالثا: لو سلمنا اختصاص الاحکام حتی الوضعیة بالبالغین، لکن لا مانع من کون فعل غیر البالغ موضوعا للاحکام المجعولة فی حق البالغین فیکون الفاعل کسائر غیر البالغین خارجا عن ذلک الحکم الی وقت البلوغ.

مانع من ان یکون عقده) ای العقد الّذی اجراه الصبی (سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ) کما قالوا: لو انه اجنب، وجب علیه الغسل بعد البلوغ، (او) وجوب الوفاء (علی الولی اذا وقع) العقد (باذنه) سابقا (او اجازته) لاحقا (کما یکون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و) سببا ل (حرمة تمکینه من مس المصحف) و المکث فی المساجد، و اللبث فی المسجدین الی غیرها من الاحکام المتعلقة بنفسه بعد البلوغ، او بالاولیاء و البالغین فی هذا الحال.

(و ثالثا: لو سلمنا اختصاص الاحکام حتی الوضعیة بالبالغین، لکن لا مانع من کون فعل غیر البالغ موضوعا للاحکام المجعولة فی حق البالغین)

فالعقد و ان لم یکن ذا حکم لغیر البالغ، لکنه ذا حکم للبالغ (فیکون) الصبی (الفاعل) للعقد (کسائر غیر البالغین خارجا عن ذلک الحکم الی وقت البلوغ) فاذا بلغ جری علیه الحکم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۳۷

و بالجملة: فالتمسک بالروایة ینافی ما اشتهر بینهم من: شرعیة عبادة الصبی، و ما اشتهر بینهم من: عدم اختصاص الاحکام الوضعیة بالبالغین.

فالعمدة فی سلب عبارة الصبی، هو: الاجماع المحکی المعتضد بالشهرة العظیمة، و الا فالمسألة محل اشکال، و لذا تردد المحقق فی الشرائع فی اجارة الممیز باذن الولی بعد ما جزم بالصحة فی العاریة

و استشکل فیها فی القواعد، و التحریر، و قال فی القواعد: و فی صحة بیع الممیز باذن الولی نظر.

(و بالجملة: فالتمسک بالروایة) ای حدیث رفع القلم، لاجل اثبات بطلان عقد الصبی (ینافی ما اشتهر بینهم من: شرعیة عبادة الصبی و ما اشتهر بینهم من: عدم اختصاص الاحکام الوضعیة بالبالغین) فلا یکون الحدیث دلیلا لعدم صحة عقد الصبی، و لا یتمکن المشهور

ان يستدلوا بالحديث مع فتواهم بالشرعية و عدم الاختصاص

(فالعمدة فى سلب عبارة الصبى) و ان عقده، كلا عقد (هو: الاجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة، و الا) يكن الاجماع و الشهرة (فالمسألة محل اشكال، و لذا تردد المحقق فى الشرائع فى اجارة المميز باذن الولى بعد ما جزم بالصحة فى العارية) و لو كانت عبارته مسلوبة لم يكن وجه للجزم و التردد.

(و استشكل فيها) اى فى معاملات الصبى (فى القواعد، و التحرير، و قال فى القواعد: و فى صحة بيع المميز باذن الولى نظر) و لم يجزم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۳۸

بل عن الفخر فى شرحه: ان الاقوى الصحة، مستدلا بان العقد اذا وقع باذن الولى كان كما لو صدر عنه، و لكن لم اجده فيه، و قواه المحقق الاردبيلى، على ما حكى عنه، و يظهر من التذكرة: عدم ثبوت الاجماع عنده، حيث قال: و هل يصح بيع المميز و شرائه؟ الوجه عندى انه لا يصح، و اختار فى التحرير: صحة بيع الصبى فى مقام اختبار رشده.

و ذكر المحقق الثانى: انه لا يبعد بناء المسألة على ان افعال

بالبطلان (بل عن الفخر فى شرحه:) على القواعد (ان الاقوى الصحة، مستدلا بان العقد اذا وقع باذن الولى كان كما لو صدر عنه) لان عمل المولى عليه عمل الولى- عرفا- (و لكن لم اجده) اى هذا الكلام- و هو صحة عقد الصبى- (فيه) اى فى شرح القواعد (و قواه المحقق الاردبيلى على ما حكى عنه، و يظهر من التذكرة: عدم ثبوت الاجماع عنده) فلا اجماع على البطلان، كما ادعاه بعض من تقدم (حيث قال) العلامة (و هل يصح بيع المميز و شرائه؟ الوجه عندى انه لا يصح) فان هذا الكلام ظاهره عدم الاجماع و وجود المخالف، و الا لم يقل: عندى، (و اختار فى التحرير: صحة بيع الصبى فى مقام اختبار) و امتحان (رشده) لقوله سبحانه: وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ، فان الاختبار فى الولد بالبيع و الشراء- كما ذكروا-

(و ذكر المحقق الثانى: انه لا يبعد بناء المسألة على ان افعال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۳۹

الصبى و اقواله شرعية أم لا؟.

ثم: حكم بانها غير شرعيّة، و ان الأصح بطلان العقد.

و عن المختلف: انه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاما يدل على صحة بيع الصبى.

و بالجملة فالمسألة لا تخلو عن اشكال، و ان اطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه، فالانصاف ان الحجة فى المسألة هى: الشهرة المحققة، و الاجماع المحكى عن التذكرة

الصبى و اقواله شرعية أم لا؟) فان قلنا بالشرعيّة نقول فى معاملاته بالصحة

(ثم حكم بانها غير شرعيّة و) ذكر (ان الاصح بطلان العقد) من الصبى.

(و عن المختلف انه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاما يدل على صحة بيع الصبى) الى غير ذلك من كلماتهم التى تدل على التوقف او الصحة.

(و بالجملة فالمسألة لا تخلو عن اشكال، و ان اطنب بعض المعاصرين فى توضيحه) اى توضيح البطلان (حتى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه).

(فالانصاف ان الحجة فى المسألة هى: الشهرة المحققة، و الاجماع المحكى عن التذكرة) و كلاهما لا يصح مستندا، اذ: الشهرة لا

حجیة فیها، کما حقق فی الاصول، و الاجماع محتمل الاستناد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴۰

بناء علی ان استثناء الاحرام الّذی لا یجوز الا باذن الولی، شاهد علی ان مراده بالحجر ما یشمل سلب العبارة، لا نفی الاستقلال فی التصرف، و کذا اجماع الغنیة بناء علی: ان استدلاله بعد الاجماع بحدیث: رفع القلم، دلیل علی شمول معقده للبیع باذن الولی، و لیس المراد نفی صحة البیع المتعقب بالاجازة، حتی یقال: ان الاجازة عند السید غیر مجدیة فی تصحیح مطلق العقد الصادر من غیر المستقل، و لو کان غیر

و انما یظهر من التذکرة الاجماع (بناء علی ان استثناء الاحرام الّذی لا یجوز الا باذن الولی شاهد علی ان مراده بالحجر ما یشمل سلب العبارة) فعبارة الصبی مسلوبة.

و علیه فلا وجه لصحة عقده، اذ العقد عبارة، فکیف یصح ممن لا عبارة له؟ (لا نفی الاستقلال فی التصرف) اذ: لو ارید نفی الاستقلال، لم یکن وجه لنفی الاحرام، فان الاحرام لیس الّا نیة و عبارة فکان التذکرة قال: لا لفظ للصبی الا الاحرام (و کذا اجماع الغنیة بناء علی ان استدلاله) لنفی صحة عقد الصبی (بعد الاجماع بحدیث رفع القلم دلیل علی شمول معقده) ای معقد الاجماع (للبیع باذن الولی) الظاهر فی انه لا اثر له اصلا، لا استقلالا، و لا مشارکة مع الولی- بان کان الاذن منه و العمل من الصبی- (و لیس المراد نفی صحة البیع المتعقب بالاجازة) لانه لو اراد نفی ذلک، لم یفهم من کلامه عدم صحة صورة المشارکة، بل یدل علی نفی الاستقلال فقط (حتی یقال: ان الاجازة عند السید غیر مجدیة) و غیر مفیدة (فی تصحیح مطلق العقد الصادر من غیر المستقل، و لو کان غیر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴۱

مسلوب العبارة، کالبائع الفضولی، و یؤید الاجماعین ما تقدم عن کنز العرفان.

نعم: لقائل ان یقول: ان ما عرفت من المحقق، و العلامة، و ولده، و القاضی، و غیرهم خصوصا المحقق الثانی الّذی بنی المسألة علی شرعیة افعال الصبی، یدل علی عدم تحقق الاجماع.

و کیف کان، فالعمل علی المشهور.

و یمکن ان یستأنس له أیضا: بما ورد

المستقل (مسلوب العبارة، کالبائع الفضولی، و یؤید الاجماعین) من التذکرة و الغنیة (ما تقدم عن کنز العرفان) الّذی نسب عدم الصحة الی الاصحاب.

(نعم لقائل ان یقول: ان ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده) فخر المحققین (و القاضی و غیرهم، خصوصا المحقق الثانی الّذی بنی المسألة) ای صحة بیع الصبی و عدمها (علی شرعیة افعال الصبی) کما تقدم (یدل علی عدم تحقق الاجماع).

(و کیف کان) الامر کان الاجماع أم لا؟ (فالعمل علی المشهور.) و إن کان النظر ربما یؤید الخلاف، خصوصا و ان المعاملات التی اجریها الصبی و رتّب احکام علیها، لا مجال للاحتیاط فیها بالقول بالبطلان.

نعم الاحتیاط عدم اجراء الصبی المعاملة.

(و یمکن ان یستأنس له) ای لبطلان معاملات الصبی (أیضا: بما ورد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴۲

فی الاخبار المستفیضة من: ان عمد الصبی و خطائه واحد کما فی صحیحة ابن مسلم و غیرها، و الاصحاب و ان ذکروها فی باب

الجنايات الا انه لا اشعار فى نفس الصحيحة، بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات.

و لـذا تمسـك بهـا الشيخ فى المبسوط، و الحلى فى السرائر: على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى، و لا على الولى لان عمده خطاء

فى الاخبار المستفيضة من: ان عمد الصبى و خطائه واحد، كما فى صحيحة ابن مسلم و غيرها) فانه اذا كان عمده كالخطإ لا يكون لعقده اثر، و انما قال يستأنس، لان هذا مجمل قدره المتيقن فى باب الجنايات (و الاصحاب و ان ذكروها) اى هذه الصحيحة (فى باب الجنايات، الا انه لا اشعار فى نفس الصحيحة، بل و غيرها) من الروايات الواردة فى هذا الباب (بالاختصاص بالجنايات) فاللازم القول لعمومها لفظا او مناطا لما نحن فيه أيضا

(و لـذا تمسـك بهـا الشيخ فى المبسوط، و الحلى فى السرائر: على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى، و لا على الولى)

اما على الصبى، (لان عمده خطاء)

و اما على الولى، فلانه خلاف الاصل، اذ: لا يكلف الانسان بعمل غيره الا بدليل خاص.

اللهم الا ان يقال: ان شاهد الباب كاف فى تخصيص الرواية، و لذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۴۳

و حينئذ فكل حكم شرعى تعلق بالافعال التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد، كعقد الهازل و الغالط و الخاطى، و ايقاعاتهم، بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب

لو ذكر المحدث رواية وجوب الغسل، فى باب غسل الجنابة، استشعر منه الاختصاص و ان لم يكن لها قيد بالجنابة، و هكذا كما انه فرق بين باب الكفارات، و بين باب العقود خصوصا و فى بعض الروايات لفظ: تحمله العاقلة، (و حينئذ) اى حين قلنا بعموم الصحيحة لكل اعمال الصبى و افعاله (فكل حكم شرعى تعلق بالافعال) القصدية- مقابل الافعال التكوينية كصبغ الثوب و نحوه- (التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها) اى على تلك الافعال (القصد، بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد) كالعقود و ما اشبه (فما يصدر منها) اى من تلف الافعال (عن الصبى قصدا) اى عن قصد، فهو (بمنزلة الصادر عن غيره) اى غير الصبى (بلا قصد) لان عمده خطاء (فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد، كعقد الهازل و الغالط) الّذى يقول العقد غلطا عمدا (و الخاطى) الّذى يخطى، فيقول: لفظا مكان لفظ آخر (و ايقاعاتهم) اى ايقاع الصبى بمنزلة ايقاع هؤلاء (بل يمكن- بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى) لانسان (استظهار المطلب) اى ما نحن فيه من بطلان بيع الصبى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۴۴

من حديث رفع القلم، و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابى البخترى، عن جعفر عليه السلام، عن ابيه عليه السلام عن على عليه السلام انه كان يقول: المجنون و المعتوه الّذى لا يفيق، و الصبى الّذى لم يبلغ عمدهما خطاء يحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم فان ذكر: رفع القلم، فى الذيل

(من حديث رفع القلم) فحديث: رفع القلم، يدل على بطلان عقد الصبى بمعونة ما ورد فى باب الديات، فان العلة فى باب الديات عامة تشمل باب البيع أيضا (و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابى البخترى) معرب:

بهتر، (عن جعفر علیه السلام، عن ابیه علیه السلام، عن علی علیه السلام انه کان یقول: المجنون و المعتوه الّذی لا یفیق) و هو اخف من المجنون و قیده بمن لا یفیق لاخراج الادواری، الّذی یصدر العمل فی حال عقله (و الصبی الّذی لم یبلغ) قید توضیحی (عمدهما خطاء یحمله العاقلة) و هی اقرباء الأب، کالاعمام و الاخوان، و انما تسمی عاقلة- من العقل بمعنی المنع- لان هؤلاء یمنعون المجنون و الصبی عن ارتکاب الآثام و القبائح.

و لا- یخفی ان هذا لا ینافی: وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْری)*، لان وزر الصبی و المجنون وزر الولی- عرفا-، و اما فی عقل الکبیر الرشید فذلک لمصلحة منع الاقرباء بعضهم بعضا عن ارتکاب الجریة بالإضافة الی ان هذا کما یعقل ذلک فکذلک یعقل ذلک هذا فلیس الامر الا مبادلة، و التفصیل موکول الی محله (و قد رفع عنهما القلم) وجه الاستدلال بهذا الحدیث لما نحن فیه ما ذکره بقوله (فان ذکر: رفع القلم، فی الذیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴۵

لیس له وجه ارتباط، الا بان تکون علة لاصل الحکم، و هو: ثبوت الدیة علی العاقلة، او بان تکون معلولة لقوله: عمدهما خطاء، یعنی: انه لما کان قصدهما بمنزلة العدم فی نظر الشارع، و فی الواقع رفع القلم عنهما و لا یخفی ان ارتباطها بالکلام، علی وجه العلیة و المعلولیة للحکم المذکور فی الروایة، اعنی عدم مؤاخذة الصبی، و المجنون، بمقتضی جنایة العمد و هو القصاص و لا بمقتضی شبه العمد، و هو الدیة فی مالهما، لا یستقیم

لیس له وجه ارتباط) بالمقدم (الا بان تکون علة لاصل الحکم، و هو ثبوت الدیة علی العاقلة) کانه علل عدم ثبوت الدیة علیهما، بان القلم مرفوع عنهما، و حیث لا بدّ من الدیة فهی علی العاقلة (او بان تکون) رفع القلم (معلولة لقوله: عمدهما خطاء، یعنی: انه لما کان قصدهما بمنزلة العدم فی نظر الشارع و فی الواقع) اذ: لا قصد لهما عن درایة و فکر (رفع القلم عنهما و) سواء کان رفع القلم، لاجل ذلک، او هذا، یفید اطراد الامر الی معاملات الصبی، اذ: (لا- یخفی ان ارتباطها) ای: رفع القلم، و تأنیث الضمیر باعتبار العلیة او المعلولیة (بالکلام علی وجه العلیة) لثبوت الدیة علی العاقلة (و المعلولیة) لکون عمدهما خطاء (للحکم المذکور فی الروایة اعنی) بذلک الحکم (عدم مؤاخذة الصبی، و المجنون بمقتضی جنایة العمد) ای لا یحکم علیهما بالشیء الّذی یقتضیه جنایة العمد، فان جنایة العمد تقتضی القصاص (و هو القصاص) الضمیر عائد الی: مقتضی (و لا بمقتضی شبه العمد، و هو الدیة فی مالهما) بل فی مال عاقلتهما (لا یستقیم) خبر: ان ارتباطها، ای لا یرتبط: و قد رفع عنهما القلم، بالکلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۴۶

الا بان یراد من: رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حیث العقوبة الاخرویة، و الدنیویة المتعلقة بالنفس، کالقصاص او المال کغرامة الدیة و عدم ترتب ذلک علی افعالهما المقصودة المتعمد إلیها مما لو وقع من غیرهما، مع القصد و التعمد لترتب علیه غرامة اخرویة، او دنیویة.

و علی هذا: فاذا التزم علی نفسه مالا باقرار، او معاوضة و لو

(الا بان یراد من: رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا) فمعنی: رفع القلم: رفع قلم المؤاخذة دنیا و آخرة، و یکون الارتباط هکذا: عمد الصبی خطاء، اذ لا مؤاخذة علیه.

و علی هذا تکون العلة عامة شاملة لسائر امور الصبی، کمعاملاته، و اقاریره، و ما اشبه، فکلما لا اعتبار بها، فالصبی و المجنون مرفوع عنهما المؤاخذة شرعا (من حیث العقوبة الاخرویة) ای العقاب (و الدنیویة المتعلقة) تلک العقوبة الدنیویة (بالنفس، کالقصاص) فلا یقتص منهما (او المال کغرامة الدیة) فلا یغرمان فی شبه العمد (و عدم) عطف علی:

ارتفاع، (ترتب ذلك) العقاب الدنيوى و الاخروى (على افعالهما المقصودة المتعمد إليها) اى الى تلك الافعال (ممّا) اى من الافعال التى (لو وقع) ذلك الفعل (من غيرهما، مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامة اخروية) بالعقاب (او دنيوية) بالقصاص او الدية.

(و على هذا) المعنى لقوله: رفع عنهما القلم، (فاذا التزم) الصبى (على نفسه مالا باقرار، او معاوضة) بان اشترى شيئا و التزم بان يعطى الثمن (و لو) كان ذلك الالتزام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۴۷

باذن الولى، فلا اثر له فى الزامه بالمال، و مؤاخذته به، و لو بعد البلوغ فاذا لم يلزمه شىء بالتزاماته و لو كانت باذن الولى، فليس ذلك الا لسلب قصده، و عدم العبرة بانشائه اذ لو كان ذلك لاجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولى و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل: بالالتزام

(باذن الولى، فلا اثر له) اى لالتزامه (فى الزامه بالمال، و مؤاخذته به) اى بالمال، فلا يحق للبائع ان يلزم الصبى بالمال الّذى جعل الصبى على عاتقه (و لو) كان الزامه (بعد البلوغ) اذ لو قدر البائع الزامه بعد البلوغ كان ذلك خلاف ما ذكرناه: من عدم ترتب الاثر على فعل الصبى (فاذا لم يلزمه) اى الصبى (شىء بالتزاماته و لو كانت) تلك الالتزامات (باذن الولى فليس ذلك) عدم امكان الزامه (الا لسلب قصده، و عدم العبرة بانشائه) للبيع و نحوه (اذ لو كان ذلك) عدم امكان الزامه، و عدم الاعتبار بالتزاماته (لاجل عدم استقلاله و) لاجل (حجره) لا لاجل عدم الاعتبار مطلقا- اذ:

عدم الاعتبار، اما مطلقا و لو مع اذن الولى، و اما خاص بصورة الاستقلال (عن الالتزامات على نفسه) مستقلا (لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولى، و قد فرضنا الحكم) بعدم اعتبار التزاماته (مطلقا) و لو مع اذن الولى

فتحصل: ان ظاهر: و قد رفع عنهما القلم، المرفع بالنسبة الى جميع انواع القصد- و لو قصد البيع- و بالنسبة الى حالى الاستقلال و الانضمام مع اذن الولى (فيدل:) رفع القلم (بالالتزام) اى بدلالة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۴۸

على كون قصده فى انشاءاته و اخباراته مسلوب الاثر.

ثم: ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض، الّا ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم: رفع القلم، و لا يخلو عن بعد.

و لكن هذا غير وارد على الاستدلال.

الالتزام (على كون قصده) اى الصبى (فى انشاءاته و اخباراته مسلوب الاثر)

و انما قلنا الدلالة التزامية، اذ معنى: رفع القلم، مطابقة، عدم التكليف، و لازم عدم التكليف، كون قصده كلا قصد.

هذا و لكن عرفت من حاشيتنا الطويلة النظر فيه.

(ثم: ان مقتضى عموم هذه الفقرة) اى قوله: و قد رفع عنهما القلم (بناء على كونها علة للحكم) اى حمل العاقلة الدية (عدم مؤاخذتهما) الصبى و المجنون (بالاتلاف الحاصل منهما) فلو اتلفا مال انسان لم يكونا ضامنين، لان عمدهما خطاء (كما هو ظاهر المحكى عن بعض) و ذكره صاحب الحدائق فى كتاب الحجر (الا ان يلتزم بخروج ذلك) الضمان (عن عموم: رفع القلم) لان الضمان حكم وضعى، فكما ينجس- بدن الصبى إذا لاقى النجاسة، كذلك يضمن الصبى اذا تلف مال الغير (و لا يخلو) الالتزام بالخروج (عن بعد) اذ: لسان العلة يأبى عن التخصيص.

(و لكن) على فرض الخروج (هذا غير وارد على الاستدلال) بالعلة لسلب قصد الصبى فى باب المعاملات- الّذى هو مورد الكلام-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۴۹

لانه ليس مبنيا على كون: رفع القلم علة للحكم.

لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الاتلاف، فافهم و اغتنم.

(لانه) اى الاستدلال (ليس مبنيا على كون: رفع القلم علة للحكم) اى الحكم بحمل العاقلة.

(لما عرفت من احتمال كونه) اى قوله: و قد رفع عنهما القلم، (معلولا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون) فانه قد نقول: عمد الصبى خطاء لانه رفع عنه القلم، و قد نقول: رفع عن الصبى القلم، لان عمده خطاء

و على الاول: لا بد و ان يكون: قصده فى المعاملة، و: ضمانه للاتلاف، كلاهما مرفوعين: لان: رفع القلم- و هو علة- يقتضى الامرين معا، فاذا استثنينا: الضمان، بان قلنا: انه ضامن اشكل علينا، ان العلة عامة، فكيف تشمل: قصده المعاملى؟، و لا تشمل: ضمانه،

اما اذا قلنا بالثانى: بان: رفع القلم، معلول فلا يرد هذا الاشكال، لانه فى قوة ان يقال: رفع القلم عن الصبى، لان قصده كلا قصد، (فيختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل) لتلك الافعال (فيخرج مثل الاتلاف) لانه ليس الضمان امرا مربوطا بالقصد حتى يكون الصبى الّذى لا قصد له خارجا عن قاعدة الضمان (فافهم و اغتنم).

لكن لا يخفى ما فى هذا الكلام من البعد، خصوصا و الامر دائر مدار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۰

ثم ان القلم المرفوع، هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى، كالتعزير.

و الحاصل: ان مقتضى ما تقدم من: الاجماع المحكى فى البيع و غيره من: العقود و الاخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى، من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها، كانشاء العقود اصالة، و وكالة.

الظهور العرفى، لا الاحتمال العقلى.

(ثم) لا يقال: ان مقتضى رفع القلم عدم المؤاخذة دنيا و آخرة فكيف تثبت فى حق الصبى بعض الحدود؟ كحد السرقة فى الجملة.

لانه يقال (ان القلم المرفوع، هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين) لانه الظاهر من الانصراف (فلا ينافى) رفع القلم (ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير) فى ارتكابه المحرمات المجعولة لها الحدود، كما يظهر من مراجعة كتاب الحدود و التعزيرات.

(و الحاصل) مما تقدم (ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود) على عدم اعتبار عقود الصبى (و الاخبار المتقدمة) الواردة فى شأن الصبى (بعد انضمام بعضها الى بعض) مما يكون بعضها شاهدا لبعضها الآخر (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الافعال المعتبر فيها) اى فى تلك الافعال (القصد الى مقتضاها) اى مقتضى تلك الافعال، فى مقابل الافعال التكوينية التى لا يعتبر القصد فيها (كانشاء العقود اصالة) بدون الاذن من الولى (و وكالة) عن الولى، او المالك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۱

و القبض و الاقباض، و كل التزام على نفسه من: ضمان، او اقرار، او نذر، او ايجار و قال فى التذكرة: و كما لا يصح تصرفاته اللفظيّة، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و ان اتهب له الولى، و لا لغيره و ان اذن الموهوب له بالقبض، و لو قال: مستحق الدين للمديون: سلّم حقى الى هذا الصبى فسلّم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين، و بقى المقبوض على ملكه

(و القبض و الاقباض) الذين يعتبر فيهما القصد، و يترتب عليهما بعض الاحكام (و كل التزام) الصبى (على نفسه من ضمان، او اقرار،

او نذر، او ايجار) فلو قال: ضـمنت هذا الشـيء، اوله عليّ كذا، او نذرت ان اصوم مثلا او آجرت دارى بعشـرة (و قال فى التذكرة) مما يؤيّد هذا العموم (و كما لا يصح تصـرفاته اللفظيّة، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد) قبضه (حصول الملك فى الهبة) فان الهبة لا يملكها الموهوب له، الا بعـد القبض، فلو وهب زيـد صبيا دينارا او قبضه الصبى كان كلا قبض (و ان اتهب) اى وهب (له) اى للصبى (الولى) فـان اذن الولى لا ـ يجعـل قبضه صـحيحا (و لا ـ) يصـح قبض الصبى (لغيره) كمـا وهب زيـد- بالغـا- دينارا فامر الصبى ذلك البالغ بان يقبض الـدينار عن قبله، فـان قبض الصبى كلا ـ قبض (و ان اذن الموهوب له) الصبى (بالقبض) هـذه مسـئلة القبض (و لو قال: مسـتحق الدين للمديون سلّم حقى الى هذا الصبى، فسلّم) المديون (مقدار حقه) اى حق الدائن (إليه) اى الى الصبى (لم يبرأ عن الدين، و بقى المقبوض على ملكه) اى ملـك الـدائن، لان الكلى لا يتشـخص الا بالقبض الصـحيح، و قبض الصبى ليس قبضا صـحيحا حتى يوجب تشخيص الكلى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۲

و لا ضـمان على الصبى، لان المالك ضـيّعه حيث دفع إليه، و بقى الـدين لانه فى الذمهٔ و لا يتعين الا بقبض صـحيح، كما لو قال: ارم حقى فى البحر، فرمى مقـدار حقه، بخلاـف مـا لـو قـال: للمستودع سـلّم مـالى الى الصـبى، او القه فى البحر، لاـنه امتثـل امره فى حقه المعين، و لو كـانت الوديعـهٔ للصبى، فسـلمها إليه ضـمن، و إن كـان بـاذن الولى اذ ليس له تضـييعها باذن الولى و قال: أيضا لو عرض الصبى دينارا على الناقد.

(و لا ضـمان على الصبى) اذا تلف المال (لان المالك ضيعه) اى المال، بنفسه، حيث سلّمه الى من لا يضمن، كما لو سلّمه الى حيوان (حيث دفعه إليه) اى الى الصبى (و بقى الـدين) على المـديون (لانه فى الذمـهٔ و لا يتعين) ما فى الذمـهٔ (الا بقبض صـحيح) و لا قبض صحيـح- كما عرفت- (كما لو قال) المـديون: (ارم حقى فى البحر، فرمى مقدار حقه) اذ لا يحق للمديون اتلاف المال، و لو كان بامر المالك (بخلاف ما لو قال) صاحب المال:

(للمسـتودع) الّذى كان مال المالك امانهٔ عنده (سـلّم مالى الى الصبى، او القه فى البحر) فانه يبرأ المستودع من المال (لانه امتثل امره) اى امر المالـك (فى حقه المعين) الخـارجى (و لو كـانت الوديعـهٔ للصـبى) بـان اسـتودعها الى زيـد ولى الصبى، او وقعت فى يـد زيد (فسـلمها) اى الوديعهٔ (إليه) اى الى الصبى (ضمن) زيد الوديعهٔ (و ان كان) التسليم (باذن الولى) لانه كالاتلاف، فحاله: حال ما اذا امر الولى ان يلقى بمال الصبى فى البحر (اذ ليس له) اى للولى مثل هذا لاذن و (تضييعها باذن الولى).

(و قال) العلامهٔ فى التذكرهٔ: (أيضا لو عرض الصبى دينارا على الناقد)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۳

لينقـده، او متاعا الى مقوّم ليقوّمه فاخـذه، لم يجز له ردّه الى الصبى، بل الى وليه إن كان، فلو امره الولى بالـدفع إليه فدفعه إليه برء من ضمانه ان كان المال للولى، و إن كان للصبى، فلا، كما لو امره بإلقاء مال الصبى فى البحر، فانه يلزمه ضمانه.

و اذا تبايع الصبيان و تقابضا، و اتلف كل واحد منهما ما قبضه فان جرى باذن الوليين، فالضـمان عليهما و الا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين

اى الصراف (لينقده، او متاعا الى مقوّم ليقوّمه) و يبين قيمته (فاخذه، لم يجز له) اى للآخذ (ردّه الى الصبى، بل) يجب على الآخذ ردّه (الى وليه إن كان) هناك وليه، و الّا فالى الحاكم الشـرعى (فلو امره) اى الناقـد و المقوم (الولى بالدفع إليه) اى الى الصبى (فدفعه) اى دفع الرجـل المـال (إليه) اى الى الصبى (برء) الرجـل (من ضـمانه إن كان المال للولى) لانه حصل باذنه، فكما لو قال: له ضع مالى فى هـذا المكـان، فوضـعه هناك فانه لو سـرق او تلف لـم يكن ضامنا، لانه كان بامر مالكه (و إن كان) المال (للصبى فلا) برء للـدافع فانه

(کما لو امره) الولی (بإلقاء مال الصبی فی البحر فانه یلزمه) ای الملقی (ضمانه) اذ: لا یحق اطاعة الولی فی ما لا یجوز، فانه لا صلاحیة للولی فی ذلک.

(و اذا تبایع الصبیان و تقابضا) بان قبض کل واحد منهما ما اشتراه من الآخر (و اتلف کل واحد منهما ما قبضه، فان جری) البیع و القبض (باذن الولیین، فالضمان علیهما) لانهما سبب التلف (و الا) یجری باذنهما (فلا ضمان علیهما) ان لم یقدر اعلی المنع (بل) الضمان (علی الصببین) یتبع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۵۴

و یأتی فی باب الحجر تمام الکلام.

و لو فتح الصبی الباب و اذن فی الدخول علی اهل الدار، او ادخل الهدیة الی انسان عن اذن المهدی، فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فیه انتهی کلامه رفع مقامه.

ثم انه ظهر مما ذکرنا: انه لا فرق فی معاملة الصبی بین ان یکون فی الاشیاء الیسیرة او الخطیرة، لما عرفت من: عموم النص و الفتوی، حتی ان العلامة فی التذکرة لما ذکر حکایة ان أبا الدرداء اشتری عصفورا من صبی، فارسله

بعد البلوغ (و یأتی فی باب الحجر تمام الکلام) فی المقام.

(و لو فتح الصبی الباب و اذن فی الدخول علی اهل الدار، او ادخل) الصبی (الهدیة الی انسان) و کان ذلک (عن اذن المهدی) بصیغة الفاعل (فالاقرب الاعتماد) علی اذنه، و ایصاله للهدیة (لتسامح السلف فیه) ای فی ذلک، مما یدل علی وجود السیرة، و الا فمقتضی القاعدة: العدم لأصالة عدم جواز دخول دار الغیر الّا باذنه، و أصالة عدم جواز اخذ مال الغیر، الا باذنه (انتهی کلامه رفع مقامه) و لا یخفی مواقع النظر فی کلامه.

(ثم انه: ظهر مما ذکرنا انه لا فرق فی معاملة الصبی بین ان یکون فی الاشیاء الیسیرة) کشربة ماء او عود کتاب او ما اشبه (او الخطیرة) کالدار و، البستان (لما عرفت من: عموم النص و الفتوی) علی عدم الجواز غیر فارقین بین القسمین (حتی ان العلامة فی التذکرة لما ذکر حکایة ان أبا الدرداء اشتری عصفورا من صبی فارسله) مما یدل علی جواز معاملة الصبی فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۵۵

ردها بعدم الثبوت.

و عدم الحجیة

و توجیهه بما یخرجه عن محل الکلام.

و به یظهر: ضعف ما عن المحدث الکاشانی، من: ان الاظهر جواز بیعه و شرائه فیما جرت العادة به من الاشیاء الیسیرة دفعا للحرج انتهی

الاشیاء الحقیرة.

(ردها بعدم الثبوت) للقصة أولا.

(و عدم الحجیة) فی فعل ابی الدرداء علی تقدیر الثبوت. ثانیا.

(و توجیهه بما یخرجه عن محل الکلام) ثالثا، کان یقال: کان هذا العمل من ابی الدرداء لحفظ مال الصبی، لانه علم ان العصفور یطیر فبدر فی حفظ ماله بهذه الکیفیة، و قد قال سبحانه: ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ، او ما اشبه ذلک من التوجیهات.

(و به) ای بما ذکرنا من عدم الفرق بین الاشیاء الخطیرة (یظهر:

ضعف ما عن المحدث الكاشانى، من ان الاظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الاشياء اليسيرة).

و انما نقول بالجواز (دفعا للحرج، انتهى) فانه اذا لم يجز بيعه و شرائه فى الاشياء الحقيرة، لزم الحرج المنفى، اذ كثير من المعاملات الحقيرة تتوقف على الصبيان فى العرف و العادة.

و انما يضعف هذا الوجه لان الحرج قد يكون علة لرفع الحكم شرعا، مثل عدم الامر بالسواك، و قد يكون شخصيا كالتيمم لمن يضره الماء و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۶

فان الحرج ممنوع، سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة فى المحقرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم اراد انه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الاشياء الحقيرة.

ثم لو اراد استقلاله فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولى

القسم الاول يحتاج الى دليل خاص، و القسم الثانى لا يفيد حكما كليا،

هذا بالإضافة الى ما ذكره المصنف بقوله (فان الحرج ممنوع، سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة فى المحقرات، و) يلزم من (التزام) الفقيه (مباشرة البالغين لشرائها) اى شراء المحقرات فانه لا حرج فى ذلك.

كيف و انا نشاهد كثيرا من الناس لا يدخلون الصبيان فى معاملاتهم و لا يلزمهم حرج من ذلك؟ (أم اراد) الكاشانى (انه يلزم من التجنب عن معاملتهم) اى الصبيان (بعد بناء الناس) غير المبالين (على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الاشياء الحقيرة).

اذ كيف يلزم الحرج و المتاع يوجد عند الصبى؟ كما يوجد عند غيره.

لكن الانصاف لزوم الحرج فى الجملة و انما الكلام فى كون مثل هذا الحرج موجبا لحكم كلى بالجواز.

(ثم) ان فى كلام الكاشانى احتمالا آخر، فانه (لو اراد استقلاله) اى الصبى (فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولى) يعنى: اراد الكاشانى من الحرج، ان الصبى مستقل فى المعاملة، فى الاشياء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۵۷

ليكون حاصله: انه غير محجور عليه فى الاشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع.

و اما ما ورد فى رواية السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام قال: و نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الّذى لا يحسن صناعة بيده، معللا: بانه ان لم يجد سرق، فمحمول على عوض كسبه

الحقيرة، لانه لو لم يكن مستقلا، و احتاج كل معاملة حقيرة الى اذن وليه، لزم الحرج (ليكون حاصله: انه غير محجور عليه فى الاشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع) اذ: لا احد يقول بالاستقلال- اطلاقا- و انما من قال: بالجواز، قال به مع الاذن.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۶، ص: ۲۵۷

(و) ان قلت: يدل على الجواز الرواية الآتية، فكيف تقولون بانه لا دليل على جواز معاملة الصبى اطلاقا؟

قلت: (اما ما ورد فى رواية السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام قال: و نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الّذى لا يحسن صناعة بيده) المفهوم منه جواز الكسب اذا عرف الصناعة (معللا: بانه ان لم يجد سرق) الظاهر كون الوجه احتمال

السرقة، لا ان معاملته فی نفسها محظورة (فمحمول علی عوض کسبه) لا علی معاملته.

فالحدیث لا یرید اثبات جواز الکسب له، و انما یرید نفی اخذ الانسان عوض ما اکتسبه الصبی، فلا یرتبط الحدیث بما نحن فیه.

لکن لا یخفی ما فی هذا الحمل، فانه خلاف الظاهر.

و کیف کان فالذی یراه المصنف ره انه محمول علی عوض کسبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۵۸

من التقاط او اجرة عن اجارة اوقعها الولی او الصبی بغیر اذن الولی او عن عمل امر به من دون اجارة فاعطاه المستأجر او الآمر اجرة المثل، فان هذه کلها مما یملکه الصبی، لکن یستحب للولی و غیره اجتنابها اذا لم یعلم صدق دعوی الصبی فیها لاحتمال کونها من الوجوه المحرمة نظیر رجحان الاجتناب عن الاموال غیره ممن لا یبالی بالمحرمات

(من التقاط) فاذا التقط الصبی مباحا ثم باعه، لا یأخذ الانسان هذا العوض، لانه لا یعلم هل حصل العوض من المعاوضة، او انه سرق، و انما یقول کذبا انه عوض التقاطه (او اجرة عن اجارة اوقعها الولی او الصبی بغیر اذن الولی) مثلا آجر الولی الصبی لاجل عمل، ثم جاء الصبی بمال قائلا انه عوض اجارته، فانه لا یجوز للانسان ان یأخذ هذا المال لاحتمال کونه سرقة، و انما یقول الصبی کذبا انه عوض اجارته (او) اجرة (عن عمل امر به) ای بذلک العمل، و: امر، بصیغة المجهول، ای امر به الصبی (من دون اجارة) کما لو قال زید للصبی: اعمل هذا العمل و اعطیک کذا، ثم جاء الصبی زاعما ان ما بیده من المال عوض عمله (فاعطاه) ای الصبی (المستأجر) الّذی آجر الصبی للخیاطة- مثلا- (او الآمر) للصبی بالعمل، من دون اجارة (اجرة المثل فان هذه) الاموال (کلها مما یملکه الصبی لکن یستحب للولی و غیره اجتنابها اذا لم یعلم صدق دعوی الصبی فیها) بان احتمل ان المال الّذی بید الصبی سرقة، لا اجرة، و عوض التقاط (لاحتمال کونها) ای تلک الاموال (من الوجوه المحرمة) و هذا الاستحباب (نظیر رجحان الاجتناب عن الاموال غیره ممن لا یبالی بالمحرمات) فانه و ان جاز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۵۹

و کیف کان فالقول المذکور: فی غایة الضعف، نعم ربما صحح سیّد مشایخنا فی الریاض هذه المعاملات، اذا کان الصبی بمنزلة الآلة لمن له اهلیة التصرف من جهة استقرار السیرة، و استمرارها علی ذلک.

و فیه اشکال من جهة قوة احتمال کون السیرة ناشئة عن عدم المبالات فی الدین کما فی سیرهم الفاسدة، و یؤید ذلک ما یری من استمرار سیرتهم علی عدم الفرق بین الممیزین، و غیرهم و لا بینهم و بین المجانین

التناول، لاصالة الصحة، لکن المستحب الاجتناب کاستحباب الاجتناب عن سؤر الحائض المتهمة.

(و کیف کان) معنی هذا الحدیث (فالقول المذکور) للکاشانی (فی غایة الضعف، نعم ربما صحح سیّد مشایخنا فی الریاض هذه المعاملات) التی یجربها الصبیان (اذا کان الصبی بمنزلة الآلة لمن له اهلیة التصرف) کالآلیة للولی، و انما اجاز (من جهة استقرار السیرة و استمرارها علی ذلک) فالمعاملة فی الحقیقة بین الکبیرین، و انما الصبی آلة الایصال، کما لو باع زید عمروا شیئا ثم ارسل السلعة بواسطة آلة، او حیوان.

(و فیه اشکال من جهة قوة احتمال کون السیرة ناشئة عن عدم المبالات فی الدین) فلا تکشف عن رضی المعصوم بذلک، و عن تقریره (ع) (کما فی) کثیر من (سیرهم الفاسدة، و یؤید ذلک) و ان السیرة ناشئة عن عدم المبالات (ما یری من استمرار سیرتهم علی عدم الفرق بین الممیزین، و غیرهم) مع وضوح ان غیر الممیز لا تصح معاملته بالضرورة (و لا بینهم و بین المجانین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۰

و لا بین معاملتهم لانفسهم بالاستقلال بحیث لا یعلم الولی اصلا، و معاملتهم لاولیائهم علی سبیل الآلیة.

مع ان هذا مما لا ینبغی الشک فی فساده، خصوصا الاخیر.

مع ان الاحالة علی ما جرت العادة به، کالاحالة علی المجهول فان الّذی جرت علیه السیرة، هو الوکول الی کل صبی ماهر فطن فیه بحیث لا یغلب فی المساومة علیه، فیکلون الی من بلغ ست سنین شراء باقة بقل، او

و لا بین معاملتهم لانفسهم) ای الصبیان (بالاستقلال بحیث لا یعلم الولی اصلا و معاملتهم لاولیائهم علی سبیل الآلیة) المجردة.

(مع ان هذا) القسم من معاملات الناس (مما لا ینبغی الشک فی فساده، خصوصا الاخیر) ای المعاملة المستقلة، هذا أوّلا.

(مع ان الاحالة) فی الجواز- لاجل السیرة- کما فعله الریاض (علی ما جرت العادة به، کالاحالة علی المجهول).

و ذلک لا یعرف حدوده فلم یعلم قیام السیرة علی ای شیء، فالاصل الفساد (فان الّذی جرت علیه السیرة) مختلف فی الصبیان، و الاولیاء و السلع.

و من المعلوم: ان التفصیل غیر صحیح، فالسیرة غیر صحیحة.

و بیان ذلک ان ما جرت علیه السیرة (هو الوکول الی کل صبی ماهر فطن فیه) ای فی التعامل (بحیث لا یغلب فی المساومة علیه) ای المعاملة فی الشیء (فیکلون الی من بلغ ست سنین شراء باقة بقل، او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۱

بیع بیضة دجاج بفلس، و: الی من بلغ ثمانیة سنین اشتراء اللحم، و الخبز و نحوهما و: الی من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثیاب بل الحیوان بل یکون إلیه امور التجارة فی الاسواق و البلدان، و لا یفرقون بینه و بین من اکمل خمسة عشر سنة.

و لا یکلون إلیه شراء مثل القری، و البساتین، و بیعها، الا بعد ان یحصل له التجارب.

و لا اظن ان القائل بالصحة: یلتزم العمل بالسیرة علی هذا التفصیل

بیع بیضة دجاج بفلس، و) الوکول (الی من بلغ ثمانیة سنین اشتراء اللحم، و الخبز، و نحوهما) بل یکلون اشتراء الخبز الی من بلغ عمره ثلاث و اکثر (و الی من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثیاب بل الحیوان) و نحو ذلک (بل یکلون إلیه امور التجارة فی الاسواق) بل (و البلدان) القریبة، و احیانا البعیدة (و لا یفرقون بینه) فی هذه الامور (و بین من اکمل خمسة عشر سنة) الّذی بلغ البلوغ الشرعی.

(و لا یکلون إلیه شراء مثل القری، و البساتین، و بیعها، الا بعد ان یحصل له التجارب) و إن کان قد بلغ البلوغ الشرعی.

(و لا اظن ان القائل بالصحة: یلتزم العمل بالسیرة علی هذا التفصیل) فالسیرة الموجودة لا تنفع، و غیرها لا سیرة علیها.

اللهم الا ان یقال: بوجود السیرة فی الجملة، فهی کافیة فی اثبات الحکم فی الجملة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۲

و کیف کان فالظاهر: ان هذا القول أیضا مخالف لما یظهر منهم، و قد عرفت حکم العلامة فی التذکرة: بعدم جواز رد المال الی الصبی اذا دفعه الی الناقد لینقده، او المتاع الّذی دفعه الی المقوّم لیقوّمه، مع کونه غالبا فی هذه المقامات بمنزلة الآلة للولی.

و کذا حکمه بالمنع من ردّ مال الطفل إلیه باذن الولی، مع انه بمنزلة الآلة فی ذلک غالبا.

(و کیف کان) الامر سواء التزم القائل بالعمل بهذه السیرة أم لا؟

(فالظاهر: ان هذا القول أیضا مخالف لما یظهر منهم) ببطلان معاملات الصبی (و قد عرفت) شاهدا لمخالفة هذا القول (حکم العلامة فی التذکرة:

بعـدم جواز ردّ المال الی الصبی اذا رفعه) ای الصبی المال (الی الناقـد) الصـراف (لینقـده، او) رد (المتاع) الی الصبی (الّـذی دفعه الی المقوّم لیقوّمه مع کونه) ای الصبی (غالبا فی هـذه المقامات بمنزلـة الآلـة للولی) فاذا لم یجز بمثل هذه الامور فی حال کونه آلة کیف یجوز البیع، و الشراء؟ و ان کان آلة بلد الاستقلال.

(و کـذا) عرفت (حکمه) ای العلامـة (بالمنع من رد مال الطفل إلیه باذن الولی) فی الرد، لان الاذن هنا باطل اذ: لا یصـلح الطفل لاخذ مـال نفسه، فهو کالالقـاء فی البحر فی عـدم فائـدة اذن الولی فی جوازه (مع انه) ای الصبی (بمنزلـة الآلـة فی ذلک) الاخـذ باذن الولی (غالبا).

و انما قال: غالبا لانه ربما کان له استقلال.

و الحاصل: انه یتبین من هذه الکلمات ان آلیة الصبی أیضا لا تنفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۳

و قال کاشف الغطاء ره: بعد المنع عن صحـة عقد الصبی اصالة، و وکالة ما لفظه: نعم ثبت الاباحة فی معاملة الممیزین اذا جلسوا مقام اولیائهم، او تظاهروا علی رءوس الاشهاد حتی یظن ان ذلک من اذن الاولیاء، خصوصا فی المحقرات.

ثم قال: و لو قیل: بتملک الاخذ منهم لدلالة مأذونیته فی جمیع التصرفات

(و قال کاشف الغطاء: بعـد المنع عن صـحة عقد الصبی اصالة) لنفسه (و وکالة) لغیره (ما لفظه: نعم ثبتت الاباحة فی معاملة الممیزین) من الصبیان الـذین لهم قوة التمیز بین الحسن و القبـح، و الضـرر و الربح، و الجمیل و المشوه (اذا جلسوا مقام اولیائهم) فی الدکان (او تظاهروا) بالتعامل (علی رءوس الاشـهاد) جمع شاهد، مقابل الخفیة و الاختلاس و هذه اللفظة کنایة عن منتهی الظهور، لان ما کان فی طرف الرأس یراه کل احد (حتی یظن) من تظاهرهم (ان ذلک) التعامل (من اذن الاولیاء خصوصا) تعاملهم (فی المحقرات).

و یظهر من هذه الکلمات جواز معاملاتهم باذن الاولیاء.

(ثم قال) کاشف الغطاء (و لو قیل: بتملک الاخـذ منهم) ای من الصبیان، بمعنی ان الآخـذ کما یملک ولی الطفل، کذلک هو یتملک عن قبل ولی الطفل، فالآخذ یجری طرفی العقد، و انما الصبی صورة و آلة فقط (لدلالة مأذونیته) ای الآخذ (فی جمیع التصـرفات) فان وضع الولی الصبی مکانه، دلیل علی انه اذن للآخذ ان یتملک من قبل الولی،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۴

فیکون موجبا قابلا لم یکن بعیدا انتهی

اما التصـرف، و المعاملة باذن الاولیاء سواء کان علی وجه البیع، او المعاطاة، فهو الّذی قد عرفت انه خلاف المشهور و المعروف، حتی لو قلنا: بعدم اشتراط شـروط البیع فی المعاطاة، لانها تصرف لا محالة و ان لم یکن بیعا بل و لا معاوضة، و ان اراد بذلک ان اذن الولی و رضاه المنکشف

کمـا ان الآخـذ یملـک من قبـل نفسه (فیکون) الآخـذ (موجبـا) عن الولی (قابلاـ) لنفسه (لم یکن بعیـدا) فالمعاملـة مع الصبیان لیسـت معاطاة، و انما عقد یقوم طرفاه بالآخذ (انتهی) کلام کشف الغطاء.

اقول- (امـا) ما ذکره من: (التصـرف، و المعاملـة باذن الاولیاء سواء کان علی وجه البیع) و العقـد (او المعاطاة فهو الّـذی قـد عرفت انه خلاف المشـهور، و المعروف) بین الفقهاء (حتی لو قلنا: بعدم اشتراط شروط البیع فی المعاطاة) فانه خلاف فی المعاطات، بانه یشترط فیها شروط البیع، و انما تفقد المعاطاة الصیغة فقط، او لا یشترط کثیر من الشروط، و کلمة: حتی، وصلیة.

و انمـا نقول بـانه خلاـف المشـهور حتی علی هـذا القول (لانها) ای المعاملـة الصادرة عن الصبی و لو معاطاة (تصـرف) من الصبی (لا

محالـة، و ان لم یکن بیعا، بل و لا معاوضـة) لانک قـد عرفت ان المشـهور: عـدم جواز تصـرف الصبیان، فلا یتوقف عدم الجواز علی صدق البیع، و المعاوضة.

(و ان اراد) کشف الغطاء (بذلک) الکلام الّذی ذکره من جواز تعاملهم باذن الولی (ان اذن الولی، و رضاه المنکشف) ذلک الاذن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۵

بمعاملة الصبی، هو المفید للاباحة، لا نفس المعاملة کما ذکره بعضهم فی اذن الولی فی اعارة الصبی.

فتوضیحه: مـا ذکره بعض المحققین من تلامـذته، و هو: انه لما کان بناء المعاطاة علی حصول المراضاة کیف اتفقت، و کانت مفیـدة لاباحة التصـرف خاصة، کما هو المشـهور، و جرت عادة الناس بالتسامح فی الاشـیاء الیسیرة و الرضاء باعتماد غیرهم فی التصرف فیها علی الأمارات المفیدة للظن بالرضا فی المعاوضات

(بمعاملة الصبی) فان کونه فی مکان الولی و یعامل الناس، یکشف من اذن الولی (هو المفید للاباحة، لا نفس المعاملة).

فالمعاملـة کانهـا لا شـیء و انما یفیـد الاباحـة الاذن، و الکاشف للاذن هو تعامل الصبی (- کما ذکره بعضـهم فی اذن الولی فی اعارة الصبی-) فـان الصبی اذا اعطی شـیئا اعـارة، کشف ذلـک عن اذن الولی، و هو یکفی فی تحقق الاعـارة، و إن کـان المباشـر للاعطاء الصبی.

(فتوضـیحه) ای توضـیح کلاـم کـاشف الغطـاء (مـا ذکره بعض المحققین من تلامـذته، و هو: انه لمـا کـان بنـاء المعاطاة علی حصول المراضاة کیف اتفقت) المراضاة بین الجانبین (و کانت) المعاطاة (مفیدة لاباحة التصرف خاصة، کما هو المشهور) لا الملک، کما هو قـول آخرین (و جرت عـادة النـاس بالتسامـح فی الاشـیاء الیسیرة، و) ب (الرضـاء باعتمـاد غیرهم) ای یتسـامحون فی اعتمـاد غیرهم- کالمشتری- (فی التصرف فیها) ای فی الاشیاء الیسیرة (علی الامارات المفیدة للظن بالرضا فی المعاوضات).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۶

و کان الغالب فی الاشیاء التی یعتمد فیها علی قول الصبی تعین القیمة او الاختلاف الّذی یتسامح به فی العادة.

فلاجل ذلک صح القول بالاعتماد علی ما یصدر من الصبی من صورة البیع و الشراء مع الشروط المذکورة

و الحاصل:

۱- المعاطات المفیدة للاباحة تتوقف علی الرضا.

۲- و الناس یتسامحون للغیر ان یکشف ذلک الغیر رضاهم بالامارات الظنیة اذا کانت الاشیاء یسیرة.

۳- و الصبی لا یفعل الا تعیین القیمة.

و هـذا ما بینه بقوله (و کان الغالب فی الاشـیاء التی یتعمـد فیها علی قول الصبی) هو (تعین القیمة) بان یقول الصبی: هذا بکذا (او) مع (الاختلاف الّذی یتسامح به فی العادة) کان یعامل الصبی فی القیمة زیادة و نقیصة.

و الحاصل: یعتمد علی قول الصبی سواء قال قیمة و لم یتنازل، او قال قیمة ثم تنازل تنازلا قلیلا، کما لو قال بعشـرة ثم تنازل الی تسعة، لا مثل ان یتنازل الی ثلاثة- مثلا-.

(ف) بعـد تمامیـة هـذه المقـدمات الثلاثـة (لاجل ذلک) الّـذی ذکرناه من المقـدمات الثلاثـة (صح القول بالاعتماد علی ما یصدر من الصبی من صورة البیع و الشـراء) و ان لم یکن حقیقتهما، لما عرفت من: انها معاطاة تفیـد الاباحـة فقط (مع الشـروط المـذکورة) کون الشیء یسیرا، و المعاملة کاشفة عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۶۷

كما يعتمـد عليه فى الاذن فى دخول الـدار، و فى ايصال الهديـة اذا ظهرت أمارات الصـدق، بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية، من وجوه

و قد استند فيه فى التذكرة الى تسامح السلف.

و بالجملـة فالاعتمـاد فى الحقيقـة: على الاـذن المسـتفاد من حـال المالـك فى الاخـذ، و الاعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبى

الرضا، و المورد مما يتسامح به لكونه تعيين قيمة، او مع اختلاف يسير (كما يعتمد عليه فى الاذن فى دخول الدار، و فى ايصال الهدية اذا ظهرت) فى الاذن و الايصال (أمارات الصـدق) و ان الولى اذن، و اعطاه الهدية (بل ما ذكرنا) من صـحة المعاملة (اولى بالجواز من الهديـة، من وجوه) فان الهديـة تمليك، و هـذا إباحة، و الهدية بدون عوض، و هذا مع العوض و الهدية لا أمارة للرضا فيها، و هذا فيه أمارة الرضا، حيث ان الطفل قائم فى مقام الولى، الى غير ذلك.

(و قد اسـتند فيه) اى فى الجواز (فى التذكرة الى تسامح السـلف) و هذا دليل على انه من باب الرضا، لانه الّذى يصح الاسـتناد فيه الى التسامح اما المعاملة فلا تستند الى التسامح- كما لا يخفى-.

(و بالجملة: فالاعتماد فى الحقيقة) فى صـحة معاملة الصبى (على الاذن المستفاد من حال المالك فى الاخذ) من الصبى (و الاعطاء) له (مع البنـاء على مـا هو الغـالب من كونه) اى المالك (صـحيح التصـرف) لحمل فعل المسـلم على الصـحيح (لا) ان الاعتماد (على قول الصبى) فيما اذا اذن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۶۸

و معاملته من حيث انه كذلك، و كثيرا ما يعتمد الناس على الاذن المسـتفاد من غير وجود ذى يد اصلا، مع شهادة الحال بذلك، كما فى دخول الحمام و وضع الاجرة عوض الماء التالف فى الصـندوق، و كـذا فى اخـذ الخضـر الموضوعة للبيع و شـرب ماء السـقائين، و وضع القيمـة المتعارفـة فى الموضع المعـد لهمـا، و غير ذلك من الامور التى جرت العادة بها كما يعتمـد على مثل ذلك فى غير انواع المعاوضات من انواع التصرفات.

فى دخول الـدار، او قال: هـذه هديـة من المالك (و معاملته) فيما اذا عامل بيعا، او غير بيع (من حيث انه كذلك) صبى اى بلا كشـف عن اذن المالك (و) كيف لا يستكشف الاذن من عمل الصبى و قوله؟ و الحال انه (كثيرا ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذى يد اصلا، مع شهادة الحال بذلك) الاذن (كما فى دخول الحمام) فى حال عدم وجود الحمامى (و وضع الاجرة عوض الماء التالف) و سائر التصـرفات فى الحمام (فى الصندوق) حيث يشهد الحال برضى الحمامى بذلك (و كذا فى اخذ الخضر) جمع خضرة، بل و سائر الاشياء فى الحال الحاضر (الموضوعة للبيع) و جعل المال بإزائه مع عدم وجود المالك (و شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفـة فى الموضع المعـد لهمـا) اى للخضـر و المـاء (و غير ذلك من الامور التى جرت العادة بها) لوجود شاهـد الحال الكافى فى التصـرف، لكونه كاشـفا عن الرضا (كما يعتمد على مثل ذلك) الشاهد للحال فى سائر التصـرفات (فى غير انواع المعاوضات من انواع التصرفات) فالصديق يتصرف فى مال صديقه لوجود شاهد الحال بالرضا،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۶۹

فـالتحقيق ان هـذا ليس مسـتثنى من كلاـم الاصـحاب و لاـ منافيـا له و لا يعتمـد على ذلك أيضا فى مقام الـدعوى، و لا فيما اذا طالب المالك بحقه، و اظهر عدم الرضا انتهى.

و حاصـله: ان مناط الاباحة، و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين او بشخص منزل منزلة شخصين بل على تحقق

الرضا من کل منهما بتصرف صاحبه فی ماله

فامثال هذه التصرفات معاوضیا و غیر معاوضی انما تستند کشف رضی المالک بشاهد الحال، و مثله معاملة الصبیان.

(فالتحقیق ان هذا) التصرف (لیس مستثنی من کلام الاصحاب) الذین قالوا: بعدم صحة معاملة الصبی (و لا منافیا له) ای لکلامهم (و لا یعتمد علی ذلک) التصرف (أیضا فی مقام الدعوی) و المرافعة بان قال المالک کانت القیمة کذا و انت اعطیت للصبی اقل- مثلا- (و لا فیما اذا طالب المالک بحقه، و اظهر عدم الرضا) بتصرف المعامل او غیر المعامل، کما لو اخذ الشیء من الصبی بعنوان الهدیة، ثم قال المالک کذب الصبی و لیست هدیة (انتهی) کلام تلمیذ کاشف الغطاء.

(و حاصله: ان مناط الاباحة، و مدارها فی المعاطات) التی یعمل بها الصبی و طرف معاملته (لیس علی وجود تعاط قائم بشخصین) الصبی و الکبیر (او بشخص) واحد (منزل منزلة شخصین) کالامثلة المتقدمة فی وضع المال فی صندوق الحمامی و غیره (بل) المناط (علی تحقق الرضا من کل منهما بتصرف صاحبه فی ماله) و ذلک یتحقق مع کون الصبی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۰

حتی لو فرضنا انه حصل مال کل منهما عند صاحبه باتفاق کاطارة الریح، و نحوها، فتراضیا علی التصرف باخبار صبی، او بغیره من الامارات کالکتابة و نحوها، کان هذه معاطاة أیضا، و لذا کان وصول الهدیة الی المهدی إلیه علی ید الطفل الکاشف ایصاله عن رضی المهدی بالتصرف بل التملک کافیا فی إباحة الهدیة، بل فی تملکها.

و فیه ان ذلک، حسن، الا انه موقوف أولا: علی ثبوت حکم المعاطاة من دون إنشاء إباحة، و تملیک، و الاکتفاء فیها بمجرد الرضا.

طرفا، کما یتحقق بلا طرف اصلا (حتی لو فرضنا انه حصل مال کل منهما عند صاحبه باتفاق) بلا وجود طرف واحد أیضا (کاطارة الریح، و نحوها، فتراضیا) المالکان (علی التصرف) و کان التراضی (باخبار صبی او بغیره من الامارات) کوساطة الحیوان فی هذه الایام، فانه یضع النقد و یأخذ السلعة کما فی بعض البلاد الغربیة و (کالکتابة، و نحوها، کان هذه) المعاملة (معاطاة أیضا و لذا) الّذی ذکرنا من کفایة الرضا المکشوف بایّة وسیلة کانت (کان وصول الهدیة الی المهدی إلیه علی ید الطفل):

علی، متعلق ب: وصول، (الکاشف ایصاله عن رضی المهدی بالتصرف) ای تصرف المهدی إلیه، فی الهدیة (بل) ب (التملک کافیا فی إباحة الهدیة بل فی تملکها) هذا حاصل کلام المحقق، التلمیذ لکاشف الغطاء.

(و فیه ان ذلک) الوجه فی تصحیح تصرف الصبی (حسن، الا انه موقوف أولا: علی ثبوت حکم المعاطاة من دون إنشاء إباحة، و) إنشاء (تملیک، و الاکتفاء فیها) ای فی المعاطاة (بمجرد الرضا) و من المعلوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۱

و دعوی حصول الانشاء بدفع الولی المال الی الصبی.

مدفوعة: بانه إنشاء إباحة لشخص غیر معلوم، و مثله غیر معلوم الدخول فی حکم المعاطاة.

مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به یفرق بین ما نحن فیه، و مسئلة ایصال الهدیة بید الطفل، فانه یمکن فیه دعوی: کون دفعه إلیه للایصال إباحة، او تملیکا کما ذکران اذن

ان الرضا شیء و المعاملة شیء آخر.

(و دعوی حصول الانشاء بدفع الولی المال الی الصبی) و کذا باعداده الحمام للداخلین، و الخضر للمشترین.

(مدفوعة: بانه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، و مثله) الّذى ليس الطرف معلوما فيه (غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاة).

(مع العلم) اى مع انا نعلم (بخروجه عن موضوعها) اذ ليس هذا معاطاة- قطعا- فانه ليس فيها اخذ و عطاء.

(و به) اى بكون هذا ليس معاطاة (يفرق بين ما نحن فيه) من معاملة الصبيان (و) بين (مسئلة ايصال الهدية بيد الطفل) الّذى نظّر المحقق المذكور مسئلتنا به (فانه يمكن فيه) اى فى ايصال الهدية (دعوى كون دفعه إليه) اى دفع الشيء- الهدية- الى الطفل (للايصال) الى المهدى إليه (إباحة او تمليكا).

اما المعاملة فتحتاج الى معلومية طرف المعاملة فمع الجهل به لا يكون المعاطاة (كما ذكر) بصيغة المجهول (ان اذن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۷۲

الولى للصبى فى الاعارة اذن فى انتفاع المستعير.

و اما دخول الحمام، و شرب الماء و وضع الاجرة، و القيمة، فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء انحصر صحة وساطة الصبى فيما يكفى فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكفى فيه.

و الحاصل: ان دفع الصبى و قبضه، بحكم العدم.

الولى للصبى فى الاعارة) بان يعير الشيء لشخص (اذن فى انتفاع المستعير) و هذا القدر كاف فى جواز تصرف المستعير.

(و اما) تمثيل ما نحن فيه ب (دخول الحمام، و شرب الماء) و اخذ الخضر (و وضع الاجرة، و القيمة) فى المحل المعد لهما (فلو حكم بصحتها) مما هو معاملة فتكون معاملة الصبى من قبيلها، و الصحة (بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء)، اى عن إنشاء المعاملة (انحصر صحة وساطة الصبى) فى معاملاته (فيما) اى فى المورد الّذى (يكفى فيه) ب (مجرد وصول العوضين) لوجود السيرة، كالسيرة فى الحمام، و شرب الماء (دون ما لا يكفى فيه) فيما لم تجد السيرة فلا يمكن ان نقول: بصحة معاملات الصبى مطلقا، و ننظّرها بالحمام و شرب الماء.

(و الحاصل: ان دفع الصبى و قبضه، بحكم العدم) لعدم ترتيب الشارع الاثر عليه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۷۳

فكلما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب الآخر- بايّ وجه اتفق- فلا يضرّ مباشرة الصبى لمقدمات الوصول.

ثم ان ما ذكر مختص بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبى، وليا كان أم غيره.

و اما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا من صيرورة الشخص موجبا و قابلا.

ففيه أولا: ان تولى وظيفة الغائب، و هو من اذن للصغير، ان كان باذن منه.

(فكلما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب) العوض (الاخر- باى وجه اتفق-) الوصول (فلا يضرّ مباشرة الصبى لمقدمات الوصول) لانه بدون الصبى أيضا صحيح.

و كلما لا يكتفى فيه بمجرد الوصول، لم يصح توسط الصبى.

(ثم ان ما ذكر) هذا المحقق فى تصحيح معاملة الصبى- مقدمة الوصول فقط- و انما التعامل بين الولى و المشترى (مختص بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبى، وليا كان، أم غيره).

اما اذا لم يعلم و احتمل استقلال الصبى، او اذن غير المالك ممن لا مدخلية لاذنه، فلا يأتى وجه الجواز المذكور.

(و اما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا من صيرورة الشخص) الطرف للصبى (موجبا و قابلا، ففيه) عدم استقامة ذلك.

اذ: يرد عليه (أولا ان تولى) المشترى (وظيفة) الولى (الغائب و هو من اذن)- بصيغة الماضى- (للصغير ان كان) هذا التولى (باذن منه)

ای،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۴

فالمفروض انتفائه.

و ان کان بمجرد العلم برضاه فالاکتفاء به فی الخروج عن موضوع الفضولی مشکل، بل ممنوع.

و ثانیا ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من یعامل مع الاطفال النیابة عمن اذن للصبی.

ثم انه لا وجه لاختصاص ما ذکروه من الآلیة بالصبی، و لا بالاشیاء الحقیرة، بل هو

من ذلک الغائب (فالمفروض انتفائه) اذ: لم یأذن الولی للمشتری ان یتولی الایجاب من قبله.

(و ان کان) التولی (بمجرد العلم برضاه) فان المشتری یعلم ان الولی راض بان یتولی هو الایجاب من قبله (فالاکتفاء به) ای بالرضا المجرد (فی الخروج عن موضوع الفضولی مشکل، بل ممنوع).

اذ: الرضا لا یوجب وکالة، و لا بیعا، و لا ما اشبه.

الا تری انه اذ: علمنا ان زیدا راض بالبیع لم یتحقق البیع، الا بعد اظهاره البیع بعقد او معاطاة.

(و ثانیا ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من یعامل مع الاطفال النیابة عمن اذن للصبی) فلا یمکن تصحیح معاملاتهم الخارجیة بهذا الوجه.

(ثم انه) لو کان المناط فی صحة معاملة الصبی کونه آلة، و ان الایجاب و القبول یقعان بین الولی و المشتری، ف (لا وجه لاختصاص ما ذکروه من الآلیة بالصبی، و لا بالاشیاء الحقیرة، بل هو) ای التصحیح بسبب الآلیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۵

جار فی: المجنون، و السکران، بل البهائم فی الامور الخطیرة.

اذ المعاملة اذا کانت فی الحقیقة بین الکبار، و کان الصغیر آلة، فلا فرق فی الآلیة بینه و بین غیره.

نعم: من تمسک فی ذلک بالسیرة، من غیر ان یتجشم لادخال ذلک تحت القاعدة، فله تخصیص ذلک الصبی، لانه المتیقن من موردها، کما ان ذلک مختص بالمحقرات.

(جار فی المجنون و السکران، بل البهائم فی الامور الخطیرة) أیضا.

(اذ: المعاملة اذا کانت فی الحقیقة بین الکبار) الولی و المشتری (و کان الصغیر آلة) مجردة (فلا فرق فی الآلیة بینه) ای بین الصغیر (و بین غیره) من المجنون و البهیمة.

(نعم: من تمسک فی ذلک) الجواز لمعاملة الصبیان (بالسیرة، من غیر ان یتجشم) و یتعب (لادخال ذلک تحت القاعدة، فله تخصیص ذلک) الجواز (بالصبی، لانه المتیقن من موردها) ای مورد السیرة (کما ان ذلک مختص بالمحقرات) لان السیرة فیها فقط.

کما انا لو استدللنا بالآلیة و الروایة لنا ذلک أیضا، لان الابتلاء فی المحقرات، و کذلک بالنسبة الی ما تقدم من الروایات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۶

«مسئلة» و من جملة شرائط المتعاقدین، قصدهما لمدلول العقد الّذی یتلفظان به.

و اشتراط القصد بهذا المعنی فی صحة العقد، بل فی تحقق مفهومه مما لا خلاف فیه، و لا اشکال، فلا یقع من دون قصد الی اللفظ، کما فی الغالط او الی المعنی لا بمعنی عدم استعمال اللفظ فیه بل بمعنی عدم تعلق ارادته و ان اوجد مدلوله بالانشاء کما فی الامر

الصوری فهو شبیه الکذب فی الاخبار

(مسئلة: و من جملة شرائط المتعاقدین، قصدهما لمدلول العقد الّذی یتلفظان به) فیما اذا جریا صیغة العقد، اما اذا تعاملا بالمعاطاة فاللازم قصدهما مدلول التعاطی فی المعاطاة، لان الفعل کالقول له الدلالة، فقد یراد به الدلالة، و قد لا تراد به.

(و اشتراط القصد بهذا المعنی فی صحة العقد) حکما (بل فی تحقق مفهومه) موضوعا، حیث لا یسمی عقدا اذا لم یکن قصد (مما لا خلاف فیه و لا اشکال، فلا یقع) العقد (من دون قصد الی اللفظ، کما فی الغالط) الّذی یرید التکلم بلفظ آخر، فیسبق لسانه فیتکلم بلفظ ثان (او) من دون القصد (الی المعنی- لا بمعنی عدم استعمال اللفظ فیه-) ای فی المعنی (بل بمعنی عدم تعلق ارادته) بالمعنی القصدی (و ان اوجد مدلوله بالانشاء کما فی الامر الصوری) فانه قصد اللفظ، و قصد استعماله فی معناه، لکنه لا یرید تحقق معناه خارجا (فهو) فی الانشاء (شبیه الکذب فی الاخبار) فان الکاذب قصد اللفظ و قصد المعنی، لکنه لا تحقق للمعنی فی الخارج-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۷

کما فی الهازل، او قصد معنی یغایر مدلول العقد، بان قصد الاخبار او الاستفهام، او إنشاء معنی غیر البیع مجازا، او غلطا، فلا یقع البیع، لعدم القصد إلیه، و لا المقصود اذا اشترط فیه عبارة خاصة.

ثم انه ربما یقال: بعدم تحقق القصد فی عقد الفضولی، و المکره کما صرح به فی المسالک، حیث قال: انهما قاصدان الی اللفظ دون مدلوله

و فیه انه: لا دلیل علی اشتراط ازید من القصد المتحقق فی صدق مفهوم العقد

اخبارا- (کما فی الهازل) الّذی ینشأ العقد هزلا لا جدا (او قصد) مجری لفظ العقد (معنی یغایر مدلول العقد بان قصد من الاخبار) عن الماضی فی قوله: بعتک، (او الاستفهام) بان قصد من: بعت،: هل بعت، (او إنشاء معنی غیر البیع مجازا) کما لو قصد بیع المنابع (او غلطا) بان اراد ان یقول: وهبت، فقال: بعت، (فلا یقع) فی هذه الصور (البیع، لعدم القصد إلیه، و لا) یقع (المقصود) الّذی جاء بلفظ البیع له غلطا او اشتباها (اذا اشترط فیه) ای فی المقصود (عبارة خاصة) فاذا قال: بقصد النکاح: بعت لم یقع البیع، لعدم القصد إلیه، و لا یقع النکاح: المقصود، لاشتراط النکاح بعبارة خاصة هی لفظ انکحت- مثلا-.

(ثم انه ربما یقال: بعدم تحقق القصد فی عقد الفضولی، و المکره) بالفتح (کما صرح به) ای بعدم القصد فیهما (فی المسالک، حیث قال:

انهما قاصدان الی اللفظ) فقط (دون مدلوله، و فیه انه: لا دلیل علی اشتراط ازید من القصد المتحقق فی صدق مفهوم العقد) اما قصد کونه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۷۸

مضافا الی ما سیجیء فی ادلة الفضولی.

و اما معنی ما فی المسالک، فسیأتی فی اشتراط الاختیار.

و اعلم: انه ذکر بعض المحققین ممّن عاصرناه، کلاما فی هذا المقام فی انه هل یعتبر تعیین المالکین الذین یتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إلیهما أم لا؟.

و ذکران فی المسألة اوجها و اقوالا.

هو المالک او قصد انه یعقد بالاختیار او اشتراط تحققهما- ای الملک و الاختیار- فی تحقق المفهوم، فلا (مضافا الی ما سیجیء فی

ادلة الفضولى) من صحة عقده و كيف يصح عقد لا قصد فيه؟

(و اما معنى ما فى المسالك فسيأتى فى اشتراط الاختيار) فى العقد، فان كلام المالك ليس على ظاهره- كما زعم- فاشكل عليه بما ذكرناه.

(و اعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه، كلاما فى هذا المقام) اى فى باب القصد (فى انه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما) اى الّذى ينتقل إليه السلعة و الّذى ينتقل إليه النقد (أم لا؟) يعتبر التعيين.

(و ذكران فى المسألة اوجها و اقوالا).

الاشتراط مطلقا.

و عدم الاشتراط مطلقا.

و الاشتراط فى صورة قصد احدهما الى خصوصية الطرف، مثلا: اذا قصد البائع انتقال ملكه الى زيد، لا الى غيره لا يصح ان يشتريه زيد، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۷۹

و ان المسألة فى غاية الاشكال، و انه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب قدس اللّه ارواحهم فى تضاعيف ابواب الفقه.

ثم قال: و تحقيق المسألة انه: ان توقف تعين المالك على التعيين حال العقد، لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه فى النية او مع اللفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد، و الوكيل عنهما و الولى عليهما فى البيوع المتعددة

وكالة عن خالد.

و عدم الاشتراط فى صورة عدم القصد.

(و ان المسألة فى غاية الاشكال، و انه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب قدس اللّه ارواحهم) معنى تقديس الروح تنزيهه عن الشوائب الموجبة لتعذيبه (فى تضاعيف ابواب الفقه) اى اثنائه.

(ثم قال: و تحقيق المسألة انه ان توقف تعين المالك على التعيين حال العقد، لتعدد وجه وقوعه) اى وجه وقوع العقد (الممكن شرعا) ذلك التعدد (اعتبر تعيينه) اى المالك (فى النية) و القصد (او مع اللفظ به) اى يتلفظ به المالك (أيضا) اى بالإضافة الى النية، اذ لا يصح اللفظ بدون النية (كبيع الوكيل، و الولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد و) ذلك فيما كان (الوكيل) وكيلا (عنهما و الولى عليهما) اى على المولى عليهما (فى البيوع المتعددة) مثلا كان زيد وكيلا عن خالد و بكر، لاشتراء دار لهذا و دار لهذا، فاشترى دارا واحدة لاحدهما، فانه يشترط ان يقصد انها لخالد او لبكر، و كذلك فيما اذا كان زيد وليا لطفلين، و اشترى شيئا لاحدهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۸۰

فيجب ان يعين من يقع له البيع او الشراء من نفسه، او غيره، و ان يميز البائع من المشترى، اذا امكن الوصفان فى كل منهما، فاذا عين جهة خاصة تعينت، و ان اطلق فان كان هناك

فانه يشترط ان يقصد كون الاشتراء لهذا الطفل، او ذاك الطفل.

ثم لا يخفى: انما شرحنا عبارة الكتاب بحيث يكون قوله: و الوكيل الخ، من تتمة قوله: كبيع الوكيل، و يحتمل فى العبارة كون: و الوكيل، جملة مستقلة، لكن ما ذكرناه اظهر.

و على كل حال (فيجب ان يعين) الوكيل و الولى (من يقع له البيع او الشراء من نفسه، او غيره).

فاذا كان للوكيل دار، و لموكله دار، و قال: بعتك الدار، لزم ان يقصد دار نفسه، او دار موكله،

و کذلک اذا اراد شراء دار لنفسه و شراء دار لموکله، فقال: للبائع اشتریت الدار، لزم ان یقصد کون الاشتراء لنفسه او لموکله.

و کذلک فی الولی (و ان یمیز البائع من المشتری اذا امکن الوصفان) ای وصف البائعیة و المشتریئیة (فی کل منهما) کما لو اراد بیع دار موکله زید، بدار لموکله الآخر خالد، فانه اذا قال: هذه الدار فی مقابل تلک بیعا، لم یتمیزان ایّهما البائع، و ایّهما المشتری، لصلاحیة کل منهما لذلک،

و کون الانسان بائعا او مشتریا ینتج فی خیار الحیوان و نحوه، فان خیار الحیوان للمشتری فقط علی المشهور (فاذا عین جهة خاصة تعینت) لان الامر بیده و القصد قصده (و ان اطلق) و لم یعین (فإن کان هناک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۱

جهة یصرف إلیها الاطلاق، کان کالتعیین، کما لو دار الامر بین نفسه، و بین غیره اذا لم یقصد الابهام، و التعیین بعد العقد. و الّا وقع العقد لاغیا

و هذا جار فی سائر العقود من: النکاح، و غیره.

و الدلیل علی اشتراط التعیین، و لزوم متابعته فی هذا القسم انه لو لا ذلک لزم بقاء الملک بلا مالک معین فی نفس الامر.

جهة یصرف إلیها الاطلاق، کان کالتعیین) و ذلک (کما لو دار الامر بین نفسه و بین غیره) فان الاطلاق منصرف الی نفسه.

و کذلک اذا کان وکیلا من اثنین، و کان احدهما هو الموکل.

العمدة الّذی ینصرف إلیه، اطلاق اشترائه لموکله.

و لکن یشترط کون المنصرف هو مقصوده أیضا و لو اجمالا بان یقصد ما یفهم العرف من عقده، و الا لم ینفع الانصراف کما لا یخفی.

فان الانصراف معتبر (اذا لم یقصد الابهام، و) یقصد (التعیین بعد العقد) بان یقول: انما اعقد الآن، ثم اعین هل البیع لنفسی او لموکلی؟

(و الّا) بان قصد الابهام (وقع العقد لاغیا) و ذلک لعدم صدق العقد.

(و هذا) الّذی ذکرناه، من لزوم التعیین فی البیع (جار فی سائر العقود من: النکاح، و غیره) فاذا انکح الزوجة، یلزم تعیین کونها لمن؟ و کذلک العکس.

(و الدلیل علی اشتراط التعیین، و لزوم متابعته) ای اتباع ما عینه (فی هذا القسم) من البیع، القابل الانطباق علی المتعدد.

(انه لو لا ذلک) التعیین (لزم بقاء الملک بلا مالک معین فی نفس الامر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۲

و ان لا یحصل الجزم بشیء من العقود التی لم یتعین فیه العوضان و لا بشیء من الاحکام و الآثار المترتبة علی ذلک.

و فساد ذلک ظاهر.

لانه حین لم یقصد هذا الموکل، و لا ذاک الموکل، فان خرج الملک من البائع؟ لم یکن لهذا و لا ذاک، اذ: لم یقصد احدهما، و لا لکلیهما لانه قصد الواحد دون الاثنین، فیبقی بلا مالک.

(و ان لا یحصل الجزم بشیء من العقود التی لم یتعین فیه العوضان) هذه الجملة بالنسبة الی ما ذکره بقوله: و ان یمیز البائع من المشتری، فانه اذا لم یعلم من البائع و من المشتری؟- فیما لو عاوض حیوانا بسلعة لزم ان لا یجزم بالعقد، و ان یکون مرددا بین ان یکون مالک الحیوان البائع، او مالک السلعة البائع.

و عدم الجزم خلاف المستفاد من الادلة علی کون احکام العقود انما هی فی البائع و المشتری.

و الظاهر: ان مراده بعدم الجزم، عدم التعین واقعا، لان التعین یتبع التعیین.

(و) یلزم ان (لا) یحصل الجزم (بشیء من الاحکام و الآثار المترتبة علی ذلک) التعیین، فمثلا ایهما له الخیار فی بیع الحیوان؟

(و فساد ذلک) المحذور الّذی بیّنه من قوله: لو لا ذلک، الی قوله:

علی ذلک (ظاهر) لانه خلاف العقد العقلائی المتعارف الّذی یشمله دلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۳

و لا دلیل علی تأثیر التعیین المتعقب، و لا علی صحة العقد المبهم، لانصراف الادلة الی الشائع المعروف من الشریعة، و العادة، فوجب الحکم بعدمه.

و علی هذا فلو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة، فان عین ذلک الغیر تعین، و وقف علی اجازته، سواء تلفّظ بذلک، أم نواه؟ و ان ابهم

(و) ان قلت: لا بأس بان یعین بعد تمام العقد فلا یضر الاجمال و الاهمال و الابهام حال العقد.

قلت: (لا- دلیل علی تأثیر التعیین المتعقب) فالاصل عدمه (و لا) دلیل (علی صحة العقد المبهم، لانصراف الادلة) الدالة علی الوفاء بالعقد، و علی اصالة صحة العقد (الی الشائع المعروف من الشریعة، و العادة) و لیس علی ما سواه دلیل، (فوجب الحکم بعدمه) کما لو باع سلعته فضولا من انسان، ثم اذا جاء شخص قال له: هل انت تقبل هذا البیع؟ او زوج بنته لانسان مجهول ثم اذا جاء رجل قال له: هل انت تقبل ان تکون زوجا؟ و هکذا.

(و علی هذا) الّذی ذکرنا من اشتراط التعیین (فلو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة) کما لو اشتری زید دار الانسان بذمة ذلک الانسان الف دینار فی مقابل الدار (فان عین ذلک الغیر) بان قال: اشتریت الدار لمحمد (تعین) محمد لکونه المشتری- فضولة- (و وقف) البیع (علی اجازته) لکونه فضولیا (سواء تلفظ بذلک) التعیین (أم نواه) فی قلبه (و ان ابهم) بان اشتراها لانسان ما،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۴

مع قصد الغیر بطل و لا یوقف الی ان یوجد له مجیز.

الی ان قال و ان لم یتوقف تعین المالک علی التعیین حال العقد بان یکون العوضان معینین، و لا یقع العقد فیهما علی وجه یصح الا لمالکهما.

ففی وجوب التعیین، او الاطلاق المنصرف إلیه، او عدمه مطلقا، او

(مع قصد الغیر) بان قصد کون الدار مشتراة لانسان، فی مقابل ما اذا قصد اشتراء الدار المنصرف الی کونها لنفسه (بطل) البیع (و لا یوقف) البیع (الی ان یوجد له مجیز) لما عرفت من بطلان غیر المعین، و ان تعین بعد ذلک.

(الی ان قال) ذلک المحقق: یشترط تعیین المالکین (و ان لم یتوقف تعین المالک علی التعیین) من العاقد (حال العقد) و یتصور عدم التوقف (بان یکون العوضان معینین، و) کان بحیث (لا یقع العقد فیهما) ای فی العوضین (علی وجه یصح، الا لمالکهما) لعله فی قبال ما یصح العقد لغیر المالک أیضا، کما اذا اذن المالک ان یعقد زید علی ملک المالک لنفس زید، و قلنا: بصحة ذلک، بان یدخل العوض فی ملک من لم یخرج المعوض عن ملکه- و ان ادعی الشیخ ره سابقا عدم امکان ذلک- فتأمل.

(ففی وجوب التعیین) المالکین (او) کفایة (الاطلاق المنصرف إلیه) ای الی التعیین (او عدمه) ای عدم کل من التعیین و الاطلاق فلا حاجة الی التعیین، و لا الی الاطلاق المنصرف، بل یکفی الاطلاق و ان لم یکن منصرفا (مطلقا) فی قبال التفصیل الآتی (او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۵

التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصح اوجه، أقواها الاخير، و اوسطها الوسط، و اشبهها للاصول، الاولى

و فى حكم المعين ما اذا عين المال

التفصيل بين التصريح بالخلاف) كان يقول: بعت هذا الكتاب الّذى لزيد عن عمرو، (فيبطل) العقد لان ما يصح لم يقصده، و ما قصده لا يصح (و عدمه) اى عدم التصريح بالخلاف (فيصح).

و لا يخفى ان القول بالصحة مطلقا يقول بالصحة حتى مع التصريح بالخلاف، لانه يرى ان قول العاقد: عن عمرو، فى المثال، زائد لا يخل بالعقد،

فحاله حال ما اذا باع زيد ماله يوم السبت، و قال: ابيعك هذا اليوم فى هذا اليوم و هو يوم الجمعة، فان قوله: يوم الجمعة، زائد لا يضر بالمعاملة (اوجه، أقواها الاخير) لان التصريح بالخلاف تقييد موجب للبطلان، لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، (و اوسطها) فى القوة و الضعف (الوسط) اى ما اشار إليه بقوله: او عدمه، و ذلك لانه لا يشترط المالكان فى العقد و انما المهم العوضان، لانهما ركنا العقد- هذا الجانب الصحة-

و اما وجه الفساد: لان العقود تتبع القصود، و حيث لا قصد و امكن كل من الصحة عن المالك، و البطلان عن غير المالك، لم يكن وجه للصحة (و اشبهها للاصول، الاولى) و هو ما اشار إليه بقوله: وجوب التعيين او الاطلاق المنصرف إليه، لان التعيين او الاطلاق المنصرف هو المتعارف من العقود و إليه ينطبق: اوفوا بالعقود.

(و فى حكم المعين ما اذا عين المال) و ان لم يكن العوض معينا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۸۶

بكونه فى ذمة زيد- مثلا-

و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه، و لغى قصد كونه عن الغير.

و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلا عن زيد صح عنه.

و الا وقف على اجازته.

و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد، فان لم يكن وكيلا عن زيد، وقع عنه و تعلق المال بذمته، لا عن زيد ليقف على اجازته

خارجا (بكونه فى ذمة زيد، مثلا) فانه تعيين للعوض الخاص و ان لم يكن عينا خارجية.

(و على الاوسط) اى عدم اشتراط التعيين مطلقا، لا لفظا و لا انصرافا (لو باع مال نفسه عن الغير) مثلا ما لو كانت الدار لزيد، فقال لخالد:

بعتك هذه الدار عن بكر، (وقع عنه) اى عن نفس المالك (و لغى قصد كونه عن الغير) لانه غير قابل.

(و لو باع) خالد (مال زيد عن عمرو) ليدخل العوض فى كيس عمرو (فان كان وكيلا عن زيد صح) البيع (عنه) اى عن الموكل، لا عن: عمرو.

(و الا) يكن البائع وكيلا عن زيد (وقف) البيع (على اجازته) اى اجازة زيد، لان البيع وقع فضوليا.

(و لو اشترى) خالد (لنفسه بمال فى ذمة زيد، فان لم يكن وكيلا عن زيد، وقع) البيع (عنه) اى عن نفس خالد (و تعلق المال بذمته، لا عن زيد) فالبيع منجز، لا فضولى (ليقف على اجازته) اى اجازة زيد، او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۸۷

و ان كان وكيلا، فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود، و الجمع بينهما يقتضى الغاء احدهما، و لما لم يتعين، احتمل البطلان

للتدافع.

و صحته عن نفسه، لعدم تعلق الوکالة بمثل هذا الشراء، و ترجیح جانب الاصالة.

و عن الموکل،

اجازة نفس البائع-

و علیه فقول البائع: بمال فی ذمة زید، لغو.

(و ان کان) البائع (وکیلا) عن زید (فالمقتضی لکل من العقدین) فان قوله: قبلت البیع لنفسی: علی مال فی ذمة زید، بمنزلة عقدین: عقد نفسه.

و: عقد علی ذمة زید، و الاول اصالة، و الثانی وکالة و حیث لا یمکن الجمع بین هذین العقدین نقول المقتضی لکل منهما (منفردا) لا مجتمعا مع الآخر (موجود) لانه اتی بهما فی قبوله (و الجمع بینهما) ای بین العقدین فی صیغة القبول (یقتضی الغاء احدهما) لعدم امکان الجمع بان یکون المال للعاقد و لزید معا ملکا مستقلا لکل واحد منهما (و لما لم یتعین) احدهما لعدم اولویة هذا العقد من ذاک (احتمل البطلان) للبیع، اطلاقا (للتدافع) بین المقتضیین

(و) احتمل (صحته) ای العقد (عن نفسه) و بطلان قوله: علی مال زید، (لعدم تعلق الوکالة بمثل هذا الشراء) الّذی جمع العاقد نفسه الی موکله فی القبول (و) ل (ترجیح جانب الاصالة) فان النفس مقدم علی الغیر، اذ: الاصالة حاصلة تکوینا، و الوکالة طارئة.

(و) احتمل صحة العقد (عن الموکل) فالبیع له، دون نفس العاقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۸

لتعین العوض فی ذمة الموکل فقصد کون الشراء لنفسه لغو، کما فی المعین

و لو اشتری عن زید بشیء فی ذمته فضولا و لم یجز فاجاز عمرو لم یصح عن احدهما.

و قس علی ما ذکر: حال ما یرد من هذا الباب.

و لا فرق علی الاوسط فی الاحکام المذکورة بین النیة المخالفة و التسمیة

(لتعین العوض فی ذمة الموکل) لان العاقد قال: فی ذمة زید، (فقصد کون الشراء لنفسه لغو) و ذلک (کما فی المعین)- ای غیر الذمی- کما لو قال: اشتریت هذه السلعة بهذه العین الخارجیة التی هی لزید، لنفسی، فکما ان لفظة: لنفسی، باطلة، کذلک فیما اذا کان المال: فی ذمة زید، لا عینا خارجیة.

(و لو اشتری عن زید) الغائب بان صار زید بائعا (بشیء فی ذمته) ای ذمة نفسه (فضولا و لم یجز) بان صار الامر متوقفا علی اجازة زید (فاجاز عمرو) البیع بان تخرج السلعة عن ملک عمرو، فی مقابل الثمن الّذی یخرج عن مال البائع (لم یصح عن احدهما) اما عن زید فلانه لم یجز، و اما عن عمرو، فلانه لم یکن طرف المعاملة.

(و قس علی ما ذکر، حال ما یرد من هذا الباب) من الفروع.

(و لا فرق علی) الاحتمال (الاوسط) و هو قوله: او عدمه مطلقا (فی الاحکام المذکورة) مثل قوله: و علی الاوسط لو باع مال نفسه، (بین النیة المخالفة) کان یبیع مال نفسه بنیة: کونه عن الغیر، (و التسمیة) کما لو قال: ابیع مال نفسی عن زید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۸۹

و یفرق بینهما علی الاخیر، و یبطل الجمیع علی الاول انتهی کلامه

اقول مقتضی المعاوضة، و المبادلة، دخول کل من العوضین فی ملک مالک الآخر.

و الا لم یکن کل منهما عوضا، و بدلا.

و علی هذا فالقصد الی العوض و تعیینه یغنی عن تعیین المالک.

(و یفرق بینهما علی) الاحتمال (الاخیر) و هو: التفصیل بین التصریح بالخلاف فیبطل، و عدمه فیصح (و یبطل الجمیع علی) الاحتمال (الاول) و هو وجوب التعیین، او الاطلاق المنصرف إلیه، لانه اذا نوی الخلاف، او صرح بالخلاف لا تعیین، و لا انصراف (انتهی کلامه) ای کلام بعض المحققین ممن عاصرناه.

(اقول مقتضی المعاوضة) و کون شیء عوضا عن شیء آخر (و المبادلة) و کون شیء بدلا عن آخر (دخول کل من العوضین فی ملک مالک) العوض (الآخر) فتدخل السلعة فی ملک مالک الثمن- کعلیّ- و یدخل الثمن فی ملک مالک السلعة- کمحمّد-

(و الّا) یدخل کل واحد فی ملک مالک الآخر (لم یکن کل منهما عوضا، و بدلا) و اذا انتفت المعاوضة انتفی البیع، لانه مبادلة مال بمال.

(و علی هذا) المعیار (فالقصد الی العوض و تعیینه) بان یقصد البائع: هذا عوض ذاک، (یغنی عن تعیین المالک) لانه لا رکنیة للمالک.

نعم فی النکاح الرکن هو الزوج و الزوجة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۰

الا ان ملکیة العوض، و ترتب آثار الملک علیه قد یتوقف علی تعیین المالک

فان من الاعواض، ما یکون متشخّصا بنفسه فی الخارج کالاعیان.

و منها ما لا یتشخص الا باضافته الی مالک، کما فی الذمم لان ملکیة الکلی لا تکون الا مضافا الی ذمة.

و اجراء احکام الملک علی ما فی ذمة الواحد المردّد بین شخصین فصاعدا

(الا ان ملکیة العوض، و ترتب آثار الملک علیه، قد یتوقف علی تعیین المالک) لان العوض لا یتعین الا بالإضافة الی المالک الخاص.

و ذلک (فان من الاعواض) جمع عوض (ما یکون متشخصا بنفسه فی الخارج کالاعیان) الخارجیة فلا تحتاج- حال المبادلة- الی الاضافة الی مالکها.

(و منها) ای من الاعواض (ما لا یتشخص الا باضافته الی مالک) ما (کما فی الذمم) مثلا هذا الدینار الخارجی له مالک خاص، اما: دینار، کلی، لیس له مالک خاص، الا اذا اضیف الی ذمة شخص خاص (لان ملکیة الکلی) ای تحقق الملکیة، فی الامر الکلی (لا تکون الا مضافا) و منسوبا (الی ذمة) خارجیة.

(و) ان قلت: لا حاجة الی الاضافة الی ذمة خارجیة، فانه یکفی الاضافة الی ذمة ما، فاذا قال: بعت هذا بدینار فی ذمة ما، ثم قبله لزید کان البیع لزید.

قلت: (اجراء احکام الملک علی ما فی ذمة الواحد المردد بین شخصین فصاعدا) کثلاثة اشخاص، و أربعة، فالدینار الکلی فی ذمة ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۱

غیر معهود.

فتعین الشخص فی الکلی، انما یحتاج إلیه لتوقف اعتبار ملکیة ما فی الذمم علی تعیین صاحب الذمة.

فصح علی ما ذکرنا: ان تعیین المالک مطلقا غیر معتبر، سواء فی العوض المعین، او فی الکلی، و ان اعتبار التعیین فیما ذکره من الامثلة

فی الشق الاول من تفصیله انما هو لتصحیح ملکیة العوض بتعیین من یضاف الملک إلیه، لا ـ لتوقف المعاملة علی تعیین ذلک الشخص- بعد

له مالیة، و قابلة لکونه ثمنا (غیر معهود) فلا یشمله اطلاق: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

(فتعین الشخص) المضاف إلیه: دینار، (فی الکلی، انما یحتاج إلیه) ای الی الشخص (لتوقف اعتبار ملکیة ما فی الذمم علی تعیین صاحب الذمة) اذ: لو لا التعیین، لم تحصل الملکیة التی هی ملاک المعاملة.

و علی هذا ففی الکلی أیضا لا حاجة الی تعیین المالک فی المبادلة و انما الحاجة إلیه لاجل توقف الملکیة علیه.

(فصح علی ما ذکرنا ان تعیین المالک) فی باب المعاملة (مطلقا) فسره بقوله: سواء، (غیر معتبر، سواء) کان (فی العوض المعین، او فی) العوض (الکلی، و ان اعتبار التعیین فیما ذکره) هذا المحقق (من الامثلة فی الشق الاول من تفصیله) و هو اعتبار وجوب التعیین، او الاطلاق المنصرف إلیه (انما هو لتصحیح ملکیة العوض) الملکیة الحاصلة (بتعیین من یضاف الملک إلیه) اذ: لو لا الاضافة، لم یمکن ملک اصلا. (لا لتوقف المعاملة علی تعیین ذلک الشخص- بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۲

فرض کونه مالکا-.

فان من اشتری لغیره فی الذمة اذا لم یعین الغیر لم یکن الثمن ملکا لان ما فی الذمة اذا لم یضف الی شخص معین، لم یترتب علیه احکام المال، من جعله ثمنا او مثمنا.

و کذا الوکیل، او الولی العاقد عن اثنین فانه اذا جعل العوضین فی الذمة، بان قال: بعت عبدا بالف، ثم قال: قبلت، فلا

فرض کونه مالکا-) فانه لو لا الاضافة، لا ملک و لا مالک، لا انه یکون هناک ملک و مالک، و انما یحتاج المعاملة الی التعیین.

(فان من اشتری لغیره فی الذمة) بان اشتری زید سلعة لانسان، بان یکون ثمنها فی ذمة ذلک الانسان (اذا لم یعین الغیر) لفظا و لا قصدا (لم یکن الثمن ملکا) فلا یحصل الاشتراء اصلا (لان ما فی الذمة اذا لم یضف الی شخص معین لم یترتب علیه) ای علی ما فی الذمة (احکام المال، من جعله ثمنا او مثمنا).

فکما لا یصح بیع داره بالف دینار فی ذمة ما، کذلک لا یصح اشتراء دار ما موصوفة بالف دینار عنده، لان: الألف، فی الاول و: الدار، فی الثانی، لیسا بمالین، اذا لم یکن لهما مالک خاص.

(و کذا الوکیل، او الولی العاقد عن اثنین) بان و کله کل واحد منهما بان یشتری عبدا له بالف، و یبیع عبدا له بالف (فانه اذا جعل العوضین فی الذمة، بان قال: بعت عبدا بالف) و لم یعین هل المراد عبد زید، و الف عمرو، او العکس؟ (ثم قال: قبلت) لا یتحقق العقد (فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۳

یصیر العبد قابلا للبیع، و لا الألف قابلا للاشتراء به، حتی یسند کلا منهما الی معین، او الی نفسه من حیث انه نائب عن ذلک المعین، فیقول: بعت عبدا من مال فلان، بالف من مال فلان، فیمتاز البائع عن المشتری.

و اما ما ذکره من الوجوه الثلاثة فیما اذا کان العوضان معینین.

فالمقصود اذا کان هی: المعاوضة الحقیقة التی قد عرفت ان من لوازمها العقلیة، دخول العوض فی ملک

یصیر العبد قابلا للبیع، و لا الألف قابلا للاشتراء به) ای بکونه ثمنا (حتی یسند کلا منهما الی معین) کان یقول:- او ینوی- عبد زید

بالف عمرو او عبد عمرو بالف زید (او الی نفسه) کان یقول: عبدی بالف زید، او عبد زید بالف عن نفسی (من حیث انه نائب عن ذلک المعین): من حیث، متعلق ب: الی معین (فیقول: بعت عبدا من مال فلان، بالف من مال فلان، فیمتاز البائع عن المشتری) او عبدا من مالی بالف من مال فلان او عبدا من مال فلان بالف من مالی.

و بهذا کله تحقق ان اشتراط التعیین فی کلام المحقق صحیح.

لکنه لا لما ذکره، بل لعدم تحقق المالیة فی الکلی الّذی لم یضف الی احد.

(و اما ما ذکره من الوجوه الثلاثة) ای وجوب التعیین، او عدمه، او التفصیل (فیما اذا کان العوضان معینین) لا کلیین.

(فالمقصود اذا کان هی المعاوضة الحقیقة التی قد عرفت ان من لوازمها العقلیة) حتی یتحقق صدق المعاوضة (دخول العوض فی ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۴

مالک المعوض تحقیقا لمفهوم العوضیة و البدلیة، فلا حاجة الی تعیین من ینقل عنهما و إلیهما العوضان.

و اذا لم یقصد المعاوضة الحقیقیة، فالبیع غیر منعقد، فان جعل العوض من عین مال غیر المخاطب الّذی ملّکه المعوض، فقال: ملکتک فرسی هذا بحمار عمرو، فقال المخاطب: قبلت، لم یقع البیع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه.

مالک المعوض) و ذلک (تحقیقا) ای لاجل ان یتحقق (لمفهوم العوضیة و و البدلیة، فلا حاجة الی تعیین من ینقل عنهما و إلیهما العوضان) ای البائع و المشتری.

اذ: قد عرفت ان الرکن فی المعاوضة تعیین العوضین، لا المالکین نعم: فی النکاح الرکن تعیین المالکین.

(و اذا لم یقصد المعاوضة الحقیقیة فالبیع غیر منعقد) اصلا، فلا حاجة الی التعیین.

و الحاصل ان الاوجه الثلاثة، لا وجه لها علی کلا التقدیرین (فان جعل العوض) و الثمن (من عین مال غیر المخاطب) الّذی هو طرف البیع، المخاطب (الّذی ملّکه) المتکلم (المعوض فقال:) للمخاطب (ملکتک فرسی هذا بحمار عمرو، فقال المخاطب: قبلت) حیث خرج من کیس عمرو الحمار، بدون ان یدخل فی کیسه شیء و دخل فی کیس المخاطب الفرس، بدون ان یخرج من کیسه شیء.

فعلیه (لم یقع البیع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه) اذ: لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۵

و فی وقوعه اشتراء فضولیا لعمرو کلام یأتی.

و اما ما ذکره من مثال: من باع مال نفسه عن غیره.

فلا اشکال فی عدم وقوعه عن غیره، و الظاهر وقوعه عن البائع، و لغویة قصده عن الغیر، لانه امر غیر معقول، لا یتحقق القصد إلیه حقیقة، و هو: معنی لغویته.

و لذا

یخرج من کیسه شیء (و فی وقوعه) ای البیع (اشتراء فضولیا لعمرو) بان یکون کاف: ملکتک، لغوا، و انما یبدل الفرس بالحمار، فاذا خرج الحمار عن کیس عمرو دخل الفرس فی کیسه (کلام یأتی) من حیث احتمال عدم الفضولیة، لان عمرو أ لیس مقصودا بالمعاملة، و احتمال الفضولیة، لان مقتضی التبدیل بماله، کونه طرف المعاملة فضولیا.

(و اما ما ذکره من مثال: من باع مال نفسه عن غیره) کان یقول: بعتک فرسی عن زید فی مقابل حمارک، حتی یدخل الحمار فی کیس زید، لا فی کیس صاحب الفرس.

(فلا اشکال فی عدم وقوعه عن غیره) کزید فی المثال (و الظاهر وقوعه عن البائع) فیدخل الحمار فی ملک العاقد الّذی هو صاحب الفرس (و لغویة قصده) ای البائع (عن الغیر) کزید (لانه) ای کونه عن الغیر (امر غیر معقول، لا یتحقق القصد إلیه حقیقة، و هو) ای عدم تحقق القصد حقیقة (معنی لغویته) فان ما لا یقصد لغو.

(و لذا) الّذی ذکرنا من عدم معقولیة المبادلة، اذا خرج المعوض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۶

لو باع مال غیره عن نفسه، وقع للغیر، مع اجازته کما سیجیء، و لا یقع عن نفسه ابدا.

نعم لو ملکه، فاجاز، قیل بوقوعه له، لکن لا- من حیث ایقاعه أولا لنفسه فان القائل به لا یفرق حینئذ بین بیعه عن نفسه او عن مالکه فقصد وقوعه

من کیس غیر من دخل العوض فی کیسه (لو باع مال غیره عن نفسه) کما لو قال: بعتک دار زید عن نفسی، حتی یدخل ثمن الدار فی کیس البائع لا فی کیس زید (وقع) البیع (للغیر، مع اجازته) ای اجازة ذلک الغیر، فالدار تخرج عن ملک زید لیدخل المثمن فی ملکه (کما سیجیء) الکلام فیه لانه باع داره فضولة فاذا اجاز صاحب الدار جاز البیع.

اما قول البائع: عن نفسی، فذلک لغو، لانه غیر معقول کما مر مرارا (و لا یقع) البیع (عن نفسه) نفس البائع (ابدا)، و قطعا.

(نعم لو ملکه) ای ملک المالک ما باعه عن نفسه، کما لو باع فرس زید عن نفسه، فملک زید الفرس للبائع (فاجاز) البائع- بعد تملکه الفرس- البیع الّذی اوقعه سابقا (قیل بوقوعه) البیع (له) ای لنفسه (لکن لا من حیث ایقاعه أولا) البیع (لنفسه) بل هو من قبیل: من باع ثم ملک، (فان القائل به) ای بوقوع البیع- بعد تملیک المالک المتاع المباع للبائع- (لا یفرق حینئذ) ای حین تملیک المالک السلعة للبائع (بین بیعه عن نفسه) بان باع أولا فرس زید عن نفسه (او عن مالکه) فضولة.

و علی کل حال (فقصد) البائع- غیر المالک- (وقوعه) ای البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۲۹۷

عن نفسه لغو دائما، و وجوده کعدمه.

الا ان یقال: ان وقوع بیع مال نفسه لغیره انما لا یعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقیقیة، لم لا یجعل؟ هذا قرینة علی عدم ارادته من البیع المبادلة الحقیقیة.

او علی تنزیل الغیر منزلة نفسه فی مالکیة

(عن نفسه لغو دائما) سواء اجاز المالک البیع، و حینئذ یکون البیع للمالک، او ملک المالک البائع السلعة ثم اجاز البائع ما باعه أولا، و حینئذ یکون البیع للبائع، لکن بعد تحقق تملکه (و وجوده) ای: عن نفسه، (کعدمه) لا ینفع فی الصورتین.

ثم حیث تصورنا امکان وقوع البیع عن المالک البائع فی مثال: بعتک فرسی عن زید، اراد المصنف نفی هذا التصور، و ان البیع باطل اطلاقا، فلا یمکن ان نصححه عن نفس البائع أیضا.

فقال: (الا- ان یقال: ان وقوع بیع مال نفسه لغیره) ای عن غیره (انما لا یعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقیقیة) لما عرفت من لزوم التبادل فی العوضین.

لکن (لم لا یجعل هذا؟) ای قوله: عن زید، (قرینة علی عدم ارادته من البیع، المبادلة الحقیقیة) و انما یرید ان یقول للمخاطب: اعطیک فرسی لتعطی حمارک لزید، و هذا لیس بیعا، و لا یترتب علیه احکام البیع.

(او) یحمل (علی تنزیل الغیر) کزید فی المثال (منزلة نفسه فی مالکیة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۹۸

المبيع كما سيأتى: ان المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه، لا يتصور الا على هذا الوجه.

و حينئذ فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالک الحقيقى.

و من هنا ذكر العلامة و غيره فى عكس المثال المذكور انه لو قال المالک

المبيع) كالفرس فى المثال- و هذا أيضا باطل، اذ ليس غير المالک مالكا و ان نزل منزلة المالک (كما سيأتى) مثل هذا التنزيل- عكسيا- (ان المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه، لا يتصور الا على هذا الوجه) اى تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالک.

ففى ما نحن فيه ينزل المالک نفس زيد، منزلة المالک، و فى بيع الغاصب ينزل الغاصب نفسه منزلة المالک، و فى الاول يجعل مال نفسه كانه مال غيره، و فى الثانى يجعل مال غيره كانه مال نفسه.

(و حينئذ) اى حين التنزيل المذكور (فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالک الحقيقى) و المالک التنزيلى لا ينفع فى صحة المعاوضة، اذ: التنزيل لا يجعل غير المالک مالكا، سواء فى بيع مال نفسه عن زيد، او فى بيع الغاصب مال زيد عن نفسه.

(و من هنا) الّذى ذكرنا انه لا يصح بيع المال عن الغير- بالتنزيل- (ذكر العلامة و غيره فى عكس المثال المذكور) المثال المذكور هو بيع الانسان مال غيره عن نفسه (انه لو قال المالک) للدار المرهونة عند زيد،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۲۹۹

للمرتهن: بعه لنفسک، بطل.

و كذا لو دفع مالا الى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسک طعاما

هذا و لكن الاقوى: صحة المعاملة المذكورة، و لغوية القصد المذكور لانه راجع الى إرادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لا جعله احد ركنى المعاوضة.

«المرتهن» (للمرتهن: بعه لنفسک) حتى يكون الدار مبيعة عن المرتهن- لا- عن الراهن- (بطل) لان المرتهن ليس مالكا حتى يكون البيع عن نفسه، و انما اللازم ان يبيع عن المالک ثم ليستوفى دينه من الثمن الّذى هو للمالک.

(و كذا) يبطل (لو دفع مالا- الى من يطلبه الطعام) كما لو طلب الفقير من زيد خبزا، فدفع الى الفقير عشرة (و قال: اشتر به لنفسک طعاما).

اذ لا يمكن ان يخرج العشرة من كيس المعطى ليدخل الخبز فى كيس الفقير.

نعم يصح ان يهبه العشرة، او يشترى الخبز للمعطى ثم يهبه الخبز- مثلا-.

(هذا) تمام الكلام فى وجه البطلان (و لكن الاقوى صحة المعاملة المذكورة) و هى ما لو باع مال نفسه عن زيد (و لغوية القصد المذكور) اى قصد كونه عن الغير (لانه) اى القصد المذكور (راجع الى إرادة) البائع المالک (ارجاع فائدة البيع الى الغير) الّذى هو زيد فى المثال (لا جعله) اى الغير (احد ركنى المعاوضة) بمعنى كون المال يدخل فى كيسه- ابتداءً

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۰۰

و اما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن و اشتراء الطعام.

فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا ان المخاطب اذا قال: بعته لنفسى او اشتريته لنفسى، لم يقع لمالكه اذا اجازه.

و بالجملة: فحكمهم بصحة بيع الفضولى، و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالک يدل

بعد خروج المثمن من کیس البائع.

(و اما حکمهم ببطلان البیع فی مثال الرهن) فیما لو قال الراهن للمرتهن:

بعه لنفسک، مع انه لو صح: بعت فرسی عن زید، لصح فی الرهن أیضا لان کلیهما من واد واحد (و) مثال: (اشتراء الطعام) فیما لو قال له: اشتر بهذه العشرة خبزا لنفسک.

(فمرادهم) بالبطلان (عدم وقوعه) ای البیع (للمخاطب) فلا یدخل بدل الرهن فی کیس المرتهن، و لا الخبز فی کیس الفقیر (لا) ان مرادهم البطلان حقیقة، فلیس مرادهم (ان المخاطب اذا قال) فی باب الرهن (بعته لنفسی، او) فی باب الخبز (اشتریته لنفسی، لم یقع) البیع (لمالک) صاحب الوثیقة، و صاحب العشرة (اذا اجازه) ای اجاز البیع لان البیع لنفس المخاطب یقع فضولیا، اذ له، لا یقع، و للمالک لم یکن مأذونا فان المالک اذن البیع للمخاطب، لا انه اذن البیع لنفسه.

(و بالجملة فحکمهم بصحة بیع الفضولی، و شرائه لنفسه) فیما اذا اخذ الغاصب دار زید، ثم باعها لنفسه او غصب دراهم زید و اشتری بها سلعة لنفسه (و وقوعه) ای البیع (للمالک) ان اجاز بیع الغاصب الفضول (یدل،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۱

یدل علی عدم تأثیر قصد وقوع البیع لغیر المالک.

ثم ان ما ذکرنا کله حکم وجوب تعیین کل من البائع و المشتری، من یبیع له و یشتری له.

و اما تعیین الموجب لخصوص المشتری المخاطب و القابل لخصوص البائع فیحتمل اعتباره، الا فیما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب

علی عدم تأثیر قصد وقوع البیع لغیر المالک) لا انه یوجب البطلان.

ففیما نحن فیه أیضا من مثال الفرس و نحوه یقع البیع، و یلغو قصد انه عن الغیر.

(ثم ان ما ذکرنا کله) من الاحکام السابقة الدائرة حول لزوم التعیین فی کل من البائع و المشتری (حکم وجوب تعیین کل من البائع و المشتری، من یبیع له و یشتری له) حتی لا یعین البائع نفسه عوض المالک للمثمن، او لا یعین المشتری نفسه عوض المالک للثمن، فلا یقول: بعت فرس زید لنفسی، او: اشتریت فرسک بمال زید.

(و اما تعیین الموجب لخصوص المشتری المخاطب) بان یعرف المشتری ان المعوض لمن؟ (و) تعیین (القابل لخصوص البائع) بان یعرف البائع ان الثمن لمن؟ حتی ان الرجل اذا ذهب الی دکان العطار لیشتری السکر، عرف العطاران القابل مالک الثمن، او هو وکیل عن الغیر، و عرف القابل ان العطار هو المالک للسکر، او وکیل عنه (فیحتمل اعتباره) فیجب ان یعرف کل منهما المالک للمثمن و الثمن (الا فیما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۲

لکل من المتخاطبین کما فی غالب البیوع و الاجارات فحینئذ یراد من ضمیر المخاطب فی قوله ملکتک کذا، او منفعة کذا بکذا هو المخاطب بالاعتبار الاعم، من کونه مالکا حقیقیا او جعلیا کالمشتری الغاصب او من هو بمنزلة المالک باذن او ولایة و یحتمل عدم اعتباره الا فیما علم من الخارج إرادة، خصوص الطرفین، کما

لکل من المتخاطبین) البائع و المشتری (کما فی غالب البیوع و الاجارات) حیث ان مهم البائع، بیع سلعته سواء کان القابل اصیلا او وکیلا، و کذلک فی المشتری، و هکذا فی باب الاجارة.

(فحینئذ) ای حین کان المراد البیع و الاجارهٔ فی الجملهٔ دون خصوصـیهٔ للموجب و القابل (یراد من ضمیر المخاطب فی قوله) فی البیع (ملکتک) او بعتک (کـذا او) فی الاجارهٔ ملکتک (منفعهٔ کـذا) کالـدار (بکـذا) من الثمن- فی الاول- و من الاجرهٔ- فی الثانی- (هو المخاطب) لا باعتبار انه المشتری، او الّـذی یریـد اجارهٔ الدار لنفسه، بل (بالاعتبار الاعم، من کونه مالکا حقیقیا او جعلیا) ای من جعل نفسه مالکـا، و لیس بمالـک (کـالمشتری الغـاصب) و الغـاصب للاجرهٔ فی اجارهٔ الـدار (او من هو بمنزلـهٔ المالک باذن) کما لو وکل عبـده فی ان یشتری السـکر، فقول العطار للعبـد: بعتک، یراد بالکاف انه مخاطب، و طرف للکلام، لا انه مالک الثمن (او ولایـهٔ) علی الصـغیر و المجنون و ما اشبه (و یحتمل عدم اعتباره) ای تعیین المشتری و البائع- و هذا عطف علی قوله: یحتمل اعتباره، (الا فیما علم من الخارج إرادهٔ خصوص الطرفین، کما) فی ما لو علمنا ان البائع انما یرید بیع سلعته لزید، لا لغیره، او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۳

فی النکاح، و الوقف الخاص، و الهبهٔ، و الوکالهٔ و الوصـیهٔ، الاقوی هو الاول، عملا بظاهر الکلام الدال علی قصد الخصوصـیهٔ، و تبعیهٔ العقود، للقصود.

و علی فرض القول الثانی، فلو صرح بإرادهٔ خصوص المخاطب اتبع قصده فلا یجوز للقابل

ان صاحب الـدار یریـد ایجارها لعمرو، و کما (فی النکاح) حیث یقصـد الزوج الخاص و الزوجـهٔ الخاصـهٔ، فلا یصـح ان تقول المرأهٔ: زوجتـک نفسـی و تریـد بالکـاف انه طرف الخطـاب، و لاـ تعلم انه الزوج او غیره (و الوقف الخـاص) فیمـا لو قال: وقفت هـذا لک و لـذریتک (و الهبـهٔ) فان الواهب یریـد الهبـهٔ للمخاطب، لا لکل احـد (و الوکالهٔ، و الوصـیهٔ) عملا و ملکا، بان یرید الوصـی الخاص، و یرید الوصیهٔ بالمال لشخص خاص.

(الاـقوی: هـو الاـول) و انه یعتبر تعیین الموجب لخصوص المشـتری و القابـل لخصوص البـائع، الاـ فیمـا علم من الخـارج عـدم إرادهٔ الخصوصـیهٔ (عملا بظاهر الکلام) ای کاف الخطاب (الدال) هذا الظاهر (علی قصد الخصوصیهٔ، و) ذلک لاجل (تبعیهٔ العقود للقصود) لان العقد إنشاء بصورهٔ خاصهٔ، فاذا لم تتحقق تلک الصورهٔ الخاصهٔ لم یکن عقد، فلا یشمله دلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و علی فرض القول الثانی) و هو عـدم اعتبار الخصوصـیهٔ الا فیما خرج (فلو صـرح بإرادهٔ خصوص المخاطب) بان قال البائع: انما ارید ان ابیع هذا الشیء لک، لا لغیرک (اتبع قصده فلا یجوز) ای لا یصح (للقابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۴

ان یقبل عن غیره.

قال فی التذکرهٔ: لو باع الفضولی، او اشتری مع جهل الآخر، فاشکال ینشأ من ان الآخر انما قصد تملیک العاقد.

و هذا الاشکال و إن کان ضعیفا، مخالفا للاجماع، و السیرهٔ، الا انه مبنی علی ما ذکرنا من مراعات ظاهر الکلام.

و قد یقال: فی الفرق بین البیع و شبهه، و بین النکاح

ان یقبل عن غیره) لان غیره لیس مقصودا.

(قال فی التذکرهٔ: لو باع الفضولی، او اشتری مع جهل الآخر) بانه فضول (فاشکال) فی صحهٔ البیع (ینشأ من) جههٔ (ان) الطرف (الآخر) للفضول (انما قصـد تملیـک العاقـد) و لم یعلم انه فضولی یتوقف بیعه علی اجـازهٔ غیره، مثلاـ بـاع زیـد داره من عمرو فی مقابل الف دینار، و کان عمرو فضولا لا یملک الألف، و انما اخـذ الألف من مال خالـد، فلزیـد الحق فی ان یسـحب داره، لانه باعها لعمرو، و لم یعلم بانه فضول یوجب توقف المعاملهٔ علی الاجازهٔ، قال الشیخ:

(و هـذا الاشـکال) من العلامـهٔ (و إن کان ضـعیفا، مخالفا للاجماع، و السـیرهٔ) لصـحهٔ بیع الفضولی عنـد الفقهاء (الا انه) ای الاشـکال

(مبنیّ علی ما ذکرنا من مراعاة ظاهر الکلام) الدال علی ان المقصود هو المخاطب لا غیره.

(و قد یقال: فی الفرق بین البیع و شبهه) الّذی لا یعتبر فیه العلم بکون طرف الکلام هو الاصیل او الوکیل و شبهه (و بین النکاح) المعتبر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۵

ان الزوجین فی النکاح، کالعوضین فی سائر العقود، و یختلف الاغراض باختلافها فلا بد من التعیین

فیه العلم (ان الزوجین فی النکاح، کالعوضین فی سائر العقود) البیع، و الاجارة، و الرهن، و غیرها.

(و یختلف الاغراض باختلافها) فان اجارة الدار غیر اجارة الدکان و بدل الایجار اذا کان عشرة غیر ما اذا کان عشرین.

و هکذا فی النکاح، فان تزویج بنت زید الصغیرة، غیر تزویج بنته الکبیرة، کما ان تزویج بنته بزید، غیر تزویج بنته بعمرو (فلا بد من التعیین) فی العوضین فی سائر العقود، و فی الزوجین فی باب النکاح.

قالوا و المراد: بالمعین، فی النکاح فی مقابل امور ستة- و ان امکن ادراج بعضها فی آخر-

المبهم کان یزوج بنته من احدهما.

و الکلی کان یزوجها من انسان ما.

و المردّد کان یقول لزید: زوجتک بنتی، و لا یعلم ان المخاطب هو الزوج، او وکیله- کما لو قال: بعتک الکتاب و لم یعلم انه المشتری او غیره لم یضر.

و غیر الموجود کما لو زوج بنته لابن زید، و هو بعد لیس بموجود، کما یصح الوقف لمثله فی الجملة.

و المشترک کزوجة لزوجین، او زوجتین لزوج اشتراکا بمعنی ان یکون نکاح واحد له آثار واحدة من النفقة و الاطاعة و القسم للزوجتین.

و من لم یعلم صحة النکاح بالنسبة إلیه کتزویج نفسها لخضر علیه السلام،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۰۶

و توارد الایجاب و القبول علی امر واحد، و لان معنی: قوله: بعتک کذا بکذا، رضاه بکونه مشتریا للمال المبیع، و المشتری یطلق علی المالک و وکیله.

و معنی قولها: زوجتک نفسی، رضاها بکونه زوجا، و الزوج لا یطلق علی الوکیل، انتهی.

و یرد علی الوجه الاول من وجهی الفرق: ان کون الزوجین کالعوضین، انما یصح وجها

فانه لا یعلم حتی وقوعه فضولیا لیسبب تعطیل المرأة- علی ما ذکروا فی باب الفضولی-

و ذلک لانصراف الادلة عن مثله، و کیف کان فتفصیل الکلام فی کتاب النکاح (و) لا بدّ من (توارد الایجاب و القبول علی امر واحد) اما اذا باع المالک ماله لزید- القابل- بزعم انه المشتری و قبل زید المال لعمرو، لم یرد الایجاب و القبول علی ای واحد.

(و) أیضا یقال: فی الفرق بین النکاح و البیع (لان معنی قوله بعتک کذا بکذا، رضاه) ای البائع (بکونه) ای کون طرفه القابل (مشتریا للمال المبیع و المشتری یطلق علی المالک) الّذی یخرج من کیسه الثمن (و وکیله) او ولیه و من اشبه.

(و معنی قولها زوجتک نفسی، رضاها بکونه) ای المخاطب (زوجا) لها (و الزوج لا یطلق علی الوکیل، انتهی) کلام القائل بالفرق.

(و یرد علی الوجه الاول) و هو کون الزوجین کالعوضین (من وجهی الفرق) بین الزواج و بین البیع (ان کون الزوجین کالعوضین انما یصح وجها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۰۷

لوجوب التعيين فى النكـاح، لاـ لعـدم وجوبه فى البيع، مع ان الظـاهر: ان مـا ذكرنـا من الوقف و اخوته، كالنكاح فى عـدم جواز قصـد القابل القبول فيها على وجه النيابة او الفضولى، فلا بد من وجه مطّرد فى الكل.

و على الـوجه الثـانى: ان معنى: بعتـك فى لغـة العرب- كمـا نصّ عليـه فخر المحققيـن و غيره- هـو: ملّكتـك بعـوض، و معنـاه: جعل المخاطب مالكا و من المعلوم: ان المالك لا يصدق

لوجوب التعيين فى النكاح) حتى اذا لم يعينا بطل النكاح (لا لعدم وجوبه) اى وجوب تعيين البائع و المشترى (فى البيع).

و كلامنا الآن فى انه هل يجب تعيين المالكين فى البيع أم لا؟

هـذا (مع ان الظاهر: ان ما ذكرنا من الوقف و اخوته) كالوصـية و الوكالـة و الهبة (كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابـة او الفضولى) فلاـ يختص حكم لزوم التعيين بالنكـاح (فلاـ بـد) للـذى يريـد الفرق بين النكـاح و بين البيع (من) ذكر (وجه مطرد فى الكل) اى كل من النكاح و الوصية و اخوتها

لكن يمكن ان يقال: ان هـذا الوجه- و هو الركنيـة العرفية- مطرد فى الكل: فكل ما رآه العرف ركنا، كان اللازم تعيينه، و كلما لم يره العرف ركنا لم يلزم تعيينه.

(و) يرد (على الوجه الثانى) و هو ما ذكرناه بقوله: لان معنى قوله بعتك الـخ، ان ما ذكره من المعنى غير صـحيح ف (ان معنى بعتك فى لغـة العرب- كمـا نص عليه فخر المحققين و غيره- هو ملّكتـك بعوض، و معنـاه) اى معنى ملكتـك (جعل المخاطب مالكا، و من المعلوم: ان المالك لا يصدق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۰۸

على الولى، و الوكيل، و الفضولى.

فالاولى فى الفرق ما ذكرنا من ان الغالب فى البيع و الاجارة هو قصد المخاطب، لا من حيث هو، بل بالاعتبار الاعم من كونه اصالة، او عن الغير، و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشترى فى دعوى كونه غير اصيل

على الولى، و الوكيل، و الفضولى) اذ هؤلاء لا يملكون بالبيع، و انما يملك الموكل، و المولى عليه، و صاحب المال.

(فالاـولى فى الفرق) بين النكاح المحتاج الى التعيين، و البيع الّـذى لا يحتاج الى التعيين (ما ذكرنا من ان الغالب فى البيع و الاجارة هو قصد المخاطب) اى قصد كل من الطرفين مخاطبه (لا من حيث هو) مخاطب (بل بالاعتبار الاعم من كونه اصالة، او عن الغير) فلا يهم كل منهما ان يكون طرفه وكيلا، او وليا، او فضوليا (و لا ينافى ذلك) الّذى ذكرنا من عدم قصد الخصوصية (عدم سماع قول المشترى فى دعوى كونه غير اصـيل) فان المشترى اذا قال: لم اكن اصيلا، و موكلى رفض المعاملة بحجة انه لم يأذن لى فى هذه المعاملة، و قد نسيت عدم اذنه، لم يقبل قوله الا اذا اتى بالبينة.

وجه توهم المنافات انه لو كان اعم من الاصيل و الوكيل، لزم سماع قوله، لان قوله حينئذ ليس مخالفا للاصل حتى يحتاج الى البينة.

و من هذا يتبين: ان الاصل فى المشترى كونه اصيلا.

و وجه عدم المنافات: ان ظهور كونه اصيلا كاف فى عدم سماع دعواه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۰۹

فتأمّل، بخلاف النكاح، و ما اشبهه فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد.

بـل ربمـا يستشـكل فى صـحة ان يراد من القرينـة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصـيل، كما لو قال: زوجتك مريـدا له باعتبار كونه

وکیلا عن الزوج

و کذا قوله: وقفت علیک، و اوصیت لک، و وکلتک.

(فتأمل) فانه منافات بین الامرین، اذ: البینة انما یؤتی بها لمن خالف قوله الاصل (بخلاف النکاح، و ما اشبهه) من الوقف و اخوته (فان الغالب قصد المتکلم للمخاطب) الخاص (من حیث انه) ای المخاطب (رکن للعقد).

و کذلک قصد المخاطب المتکلم من حیث انه رکن للعقد.

فلو قال: زوجتک، قصد الزوج ان المتکلمة هی الزوجة، لا انها وکیلة عن امرأة اخری.

(بل ربما یستشکل فی صحة ان یراد من القرینة) الخارجیة (المخاطب من حیث قیامه مقام الاصیل) و لو کان الاصل معروفا عند المتکلم.

(کما لو قال: زوجتک، مریدا له) ای للمخاطب (باعتبار کونه وکیلا عن الزوج).

فانه لا یصح اجراء اللفظ بهذه الصیغة، و ان علمت ان الزوج اخو المخاطب، و قصدت من الکاف مجرد الخطاب، لا انه الزوج.

(و کذا قوله: وقفت علیک، و اوصیت لک، و وکلتک) بل فی مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۰

و لعل الوجه: عدم تعارف صدق هذه العنوانات علی الوکیل فیها فلا یقال للوکیل الزوج، و لا الموقوف علیه، و لا الموصی له، و لا الموکل بخلاف البائع و المستأجر، فتامل حتی لا یتوهم رجوعه الی ما ذکرنا سابقا.

و اعترضنا علیه

المزارعة، و المساقات، و المسابقة، و غیرها أیضا.

(و لعل الوجه) فی الاستشکال المذکور (عدم تعارف صدق هذه العنوانات علی الوکیل فیها) بخلاف البیع.

(فلا- یقال للوکیل الزوج، و لا-) یقال له (الموقوف علیه، و لا- الموصی له، و لا- الموکل) فاذا قال: وکلتک، لم یقل: لوکیل الوکیل وکیل.

(بخلاف البائع و المستأجر) و المشتری و الموجر، فانها تصدق علی الوکلاء، فاذا اشتری الوکیل عن الموکل، صدق علی کل من الوکیل و الموکل المشتری.

و هکذا (فتامل) فی هذا الجواب (حتی لا یتوهم رجوعه الی ما ذکرنا سابقا) من قولنا: و قد یقال فی الفرق.

(و اعترضنا علیه) فی الرد الاول: بقولنا: و یرد علی الوجه الاول

و خلاصته: الفرق بین جواب الشیخ، و جواب: قد یقال، ان جواب الشیخ مبنی علی اطلاق: البائع و المستأجر، علی الوکیل تسامحا عرفیا، و لذا قال: عدم تعارف و جواب ذلک القائل مبنی علی کون الاطلاق، علی الوکیل حقیقة، لا تسامح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۱

مسئلة و من شرائط المتعاقدین: الاختیار،

و المراد به القصد الی وقوع مضمون العقد عن طیب نفس فی مقابل الکراهة، و عدم طیب النفس، لا الاختیار فی مقابل الجبر.

و یدل علیه قبل الاجماع، قوله تعالی: إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ

و قوله علیه السلام: لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه.

(مسئلة) (و من شرائط المتعاقدین: الاختیار، و المراد به القصد الی وقوع مضمون العقد عن طیب نفس) و ذلک (فی مقابل الکراهة) لمضمون العقد (و عدم طیب النفس، لا الاختیار فی مقابل الجبر) کحرکة المرتعش.

و انما قال المصنف ذلک: لانه یرید الاستدلال لاشتراط الاختیار بحدیث الرفع- کما سیأتی-

و المراد بالکراهة فی الحدیث: عدم طیب النفس، لا معنی الجبر الّذی هو عبارة عن الالجاء و فقد الاختیار.

(و یدل علیه) ای علی اشتراط الاختیار بهذا المعنی (قبل الاجماع قوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) فما لم یکن رضی، و طیب نفس یکون اکلا للمال بالباطل.

(و قوله علیه السلام: لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه) و الظاهر ان القید بالمسلم لاخراج المحارب، لا الذمی و المعاهد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۲

و قوله صلی الله علیه و آله: فی الخبر المتفق علیه بین المسلمین:

رفع او وضع عن امتی تسعة اشیاء او ستة.

و منها: ما اکرهوا علیه.

و ظاهره: و ان کان رفع المؤاخذة، الا ان استشهاد الامام علیه السلام به فی رفع بعض الاحکام الوضعیة، یشهد لعموم: المؤاخذة فیه، لمطلق الالزام علیه بشیء.

(و قوله صلی الله علیه و آله: فی الخبر المتفق علیه بین المسلمین:

رفع او وضع عن امتی تسعة اشیاء، او ستة) کما فی خبر آخر.

(و منها: ما اکرهوا علیه) و ما اضطروا إلیه، و ما لا یعلمون، و ما لا یطیقون، و الطیرة، و الحسد ما لم یظهر بید و لا لسان، و الوسوسة فی التفکر فی الخلق، و الخطاء، و النسیان.

(و ظاهره: و إن کان رفع المؤاخذة) لدلالة الاقتضاء علی ذلک، و هی عبارة عما یتوقف صدق الکلام او صحته علی ذلک.

فان هذه الاشیاء بوجودها التکوینی لیست مرفوعة، فلا بد و ان یراد رفع المؤاخذة الاخرویة، او الاعم منها و من الاحکام التکلیفیة الدنیویة

و الاول اظهر عرفا، لکنه لیس بمحل شاهد لنا فی هذا الباب.

و لذا قال المصنف (الا ان استشهاد الامام علیه السلام به) ای بهذا الحدیث (فی رفع بعض الاحکام الوضعیة، یشهد لعموم: المؤاخذة) المرفوعة (فیه) ای فی الحدیث (لمطلق الالزام علیه) ای علی الاکراه (بشیء) لا المؤاخذة الاخرویة، و لا التکلیف الالزامی الحکمی، و لا الوضعی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۳

ففی صحیحة البزنطی، عن ابی الحسن علیه السلام فی الرجل، یستکره علی الیمین، فیحلف بالطلاق، و العتاق و صدقة ما یملک، أ یلزمه ذلک؟

فقال علیه السلام: لا، قال رسول الله صلی الله علیه و آله: وضع عن امتی ما اکرهوا علیه، و ما لم یطیقوا، و ما أخطئوا.

و الحلف بالطلاق، و العتاق و ان لم یکن صحیحا عندنا

و الحاصل: ان کل شیء یأتی من قبل الشارع سواء کان حکما تکلیفیا کالوجوب، او وضعیا، کالکفارة، او اخرویا کالعقاب، مرفوع

عن المکره.

(ففی صحیحة البزنطی، عن ابی الحسن علیه السلام) ای موسی بن جعفر (فی الرجل یستکره علی الیمین، فیحلف بالطلاق و العتاق) ای ان تکون زوجته مطلقة و عبده عتقا ان کان کذا، او فعل کذا (و صدقة ما یملک) ای جمیع امواله صدقة (أ یلزمه ذلک؟) و الحال ان الحلف مکره علیه

(فقال علیه السلام: لا) یلزمه ذلک، لانه (قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: وضع عن امتی ما اکرهوا علیه، و ما لم یطیقوا)

و المراد ما هو فی آخر الطاقة بان کان عسرا شدیدا، لا عدم القدرة اطلاقا، اذ: لا اشکال فی ان ذلک لیس خاصا بالامة فهو کقوله سبحانه: لَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ، (و ما أخطئوا)

(و) وجه الاستدلال بهذا الحدیث علی: عموم رفع الاکراه ان (الحلف بالطلاق، و العتاق و ان لم یکن صحیحا عندنا) معاشر الشیعة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۴

من دون الاکراه أیضا.

الا ان مجرد استشهاد الامام علیه السلام فی عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اکرهوا علیه، یدل علی ان المراد بالنبوی لیس خصوص المؤاخذة، و العقاب الاخروی.

(من دون الاکراه أیضا) اذ: هذا الحلف باطل، فی مذهب الشیعة فان الطلاق لا یقع الا بالصیغة الخاصة، و العتق لا یکون الا بلفظ خاص.

(الا ان مجرد استشهاد الامام علیه السلام فی عدم وقوع آثار ما حلف به) الآثار التی هی الطلاق، و العتق، و الصدقة (بوضع ما اکرهوا علیه) بوضع، متعلق ب: استشهاد، (یدل علی ان المراد ب) الحدیث (النبوی لیس خصوص المؤاخذة، و العقاب الاخروی).

اذ: لو کان المراد من الرفع، خصوص العقاب کان: لمخاطب الامام ان یقول لا ربط لحدیث الرفع بما تذکرون من: عدم طلاق المکره.

و الحاصل: ان تطبیق الصغری علی الکبری ان کان نقیة، لا یلزم ان تکون الکبری بنفسها أیضا تقیة.

فکلام الامام علیه السلام هکذا: الحلف مکره علیه، و الاکراه مرفوع.

فقد اراد الامام تطبیق: الحلف بالطلاق، فی الکبری تقیة.

مع انه لا حاجة الی ذلک، لان الحلف بالطلاق باطل بنفسه.

اما الکبری- ای ان الاکراه یوجب رفع الحکم الوضعی و التکلیفی- فلا وجه لان نجعلها تقیة، لما تقرر من ان الاصل فی الکلام عدم التقیة.

و مهما دار الامر بین تقیة، و تقیتین کان الاول اولی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۱۵

هذا کله مضافا الی الاخبار الواردة فی اطلاق المکره بضمیمة عدم الفرق.

ثم انه یظهر من جماعة، منهم الشهیدان: ان المکره قاصد الی اللفظ غیر قاصد الی مدلوله، بل یظهر ذلک من بعض کلمات العلامة و لیس مرادهم انه لا قصد له الا الی مجرد التکلم.

کیف و الهازل الّذی هو دونه فی القصد قاصد للمعنی قصدا صوریا و الخالی عن القصد الی غیر التکلم

(هذا کله) وجه الاستدلال بالآیات و الروایات لاجل اشتراط طیب النفس فی المعاملة (مضافا الی الاخبار الواردة فی طلاق المکره بضمیمة عدم الفرق) بین الطلاق و غیره لوحدة المناط.

اذ لا يفهم العرف خصوصية للطلاق بما هو طلاق.

(ثم انه يظهر من جماعة، منهم الشـهيدان) و غيرهما (ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله، بل يظهر ذلك) اى عدم قصـد المكره الى مـدلول اللفظ (من بعض كلمات العلامـة، و) لكن من الواضـح انه (ليس مرادهم انه لا قصـد له) اى للمكره (الا الى مجرد التكلم) و اللفظ

(كيف) يقصـد هؤلاء الاعلام هـذا المعنى (و) الحـال ان (الهـازل الّذى هو دونه) اى دون المكره (فى القصـد) اذ المكره قاصـد فى الجملة، لكن قصده اكراهى، و الهازل لا قصد له الا الهزل (قاصد للمعنى قصدا صوريا) لا انه يقصد عن اعماق نفسه.

(و) اما من لا قصد له اطلاقا اى (الخالى عن القصد الى غير التكلم)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۱۶

هو من يتكلم تقليدا او تلقينا كالطفل الجاهل بالمعانى،

فالمراد بعدم قصد المكره، عدم القصد الى وقوع مضـمون العقد فى الخارج، و ان الداعى له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضـمونه فى الخارج

لا ان كلامه الانشائى مجرد عن المدلول.

كيف و هو معلول الكلام الانشائى؟ اذا كان مستعملا غير مهمل.

الى، متعلق: بالقصـد، اى لاـ قصـد له الا مجرد الكلام و اللفظ (هو من يتكلم تقليـدا) خصوصا فيمن لا يعرف معنى الكلام كالببغاء (او تلقينا كالطفل الجاهل بالمعانى)

و ليس المكره مثلهما قطعا، فلا بد ان يكون مراد العلامة و الشهيدين شيئا معقولا.

(فالمراد بعدم قصد المكره) فى كلامهم (عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج).

اذ المكره يتكلم و لاـ يريـد ان يقع فساد كلامه- كالطلاـق- فى الخـارج (و ان الـداعى له الى الانشاء ليس قصـد وقوع مضـمونه فى الخارج) لانه لا يريده، و انما هو مكره عليه.

(لا ان كلامه الانشائى) كلفظ: طلقت، (مجرد عن المدلول) حتى يكون مثل: طلقت، الصادر عن الببغاء.

(كيف) يكون انشائه مجردا عن المدلول؟ (و) الحال (هو) اى المدلول (معلول الكلام الانشائى)

فالكلام علة، و المعنى معلول (اذا كان) الكلام (مستعملا غير مهمل،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۱۷

و هـذا الّذى ذكرنـا، لاـ يكـاد يخفى على من له ادنى تامـل فى معنى الاـكراه لغـة و عرفا، و ادنى تتبع فيما ذكره الاصـحاب فى فروع الاكراه التى لا تستقيم مع ما توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ، و جعله مقابلا للقصد.

و حكمهم بعدم وجوب التورية فى التفصى عن الاكراه.

و صحة بيعه بعد الرضا.

و هذا الّذى ذكرنا) من ان مرادهم عدم إرادة المكره، وقوع المضـمون فى الخارج، لا على المدلول لكلامه (لا يكاد يخفى على من له ادنى تامل فى معنى الاكراه، لغة و عرفا).

فـان معنى الاكراه فيهما: التلفظ باللفظ و إرادة معناه لكن عن كره، بحيث لا يريـد وقوع المضـمون فى الخارج (و ادنى تتبع فيما ذكره الاصـحاب فى فروع الاكراه التى لا تسـتقيم) تلك الفروع (مع ما توهمه) عبارة العلامـة و الشـهيدين (من خلو المكره عن قصد مفهوم

اللفظ) من، بيان:

مـا، (و جعله) اى الاكراه (مقابلا للقصـد): و جعله، عطف على: خلو، اى ما توهمه العبارة من جعل الاكراه مقابلا للقصـد، بحيث توهم عبارة الشهيدين: ان المكره لا قصد له، و غير المكره له قصد.

(و) من (حكمهم بعـدم وجوب التورية فى التفصـى عن الاكراه) و لو كان المكره بلا قصد لم يكن وجه لهذا الكلام، و انه هل يحتاج الى التورية أم لا؟

(و) من حكمهم ب (صحة بيعه بعد الرضا) فانه لو لم يكن للفظه معنى، لم يكن معنى لصحة بيعه، اذ لا بيع يحصل بمجرد اللفظ.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۱۸

و استدلالهم له بالاخبار الواردة فى طلاق المكره.

و انه لاطلاق الا مع إرادة الطلاق، حيث ان المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مـداراة باهله الى غير ذلك،

(و) من (استـدلالهم له) اى للمكره فى بـاب البيع، و انه لا يصـح بيعه (بالاخبـار الواردة فى طلاق المكره) بوحـدة المناط، فانه لا وجه لهذا الاستدلال، اذا اريد: لفظ البيع المجرد عن المعنى.

اذ: طلاق المكره انما هو مع قصد المعنى.

(و) من استدلالهم (انه لاطلاق الا مع إرادة الطلاق) و لذا لا طلاق للمكره، لعدم ارادته الطلاق.

و حال البيع، حال الطلاق، لوحدة المناط (حيث ان المنفى) فى كلامهم- فى باب طلاق المكره- (صحة الطلاق لا) ان المنفى (تحقق مفهومه لغة و عرفا).

و لو كـان لفظ المكره بلا معنى، كـان اللازم ان يقولوا: انه لاطلاق للمكره- اذ: اللفظ بـدون معنى، لا يسـمى طلاقا- لا ان يقولوا انه طلاق و لكنه ليس بصحيح (و فيما ورد فيمن طلق مداراة باهله الى غير ذلك) لهذا عطف على قوله: فيما ذكره الاصحاب، فان الطلاق مداراة لا يصح، لانه لم يقصد وقوع الطلاق خارجا، لا انه لا يقع لانه لم يقصد المعنى، و باب الاكراه و باب المداراة واحد.

فكما ان المراد فى باب المداراة: اللفظ مع المعنى غير مقصود التحقق فى الخارج.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۱۹

و فى ان مخالفة بعض العامة فى وقوع الطلاق اكراها، لا ينبغى ان تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الّذى لا يسمى خبرا، و لا إنشاء، و غير ذلك مما يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود فى المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد و مضمونه فى الواقع، و عدم طيب النفس به

لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

و يكفى فى ذلك ما ذكره الشهيد الثانى من: ان المكره، و الفضولى

كذلك المراد فى باب الاكراه.

(و فى ان مخالفة بعض العامة) للشيعة (فى وقوع الطلاق اكراها) و انه بمنزلة طلاق المختار (لا ينبغى ان تحمل) مخالفتهم (على الكلام المجرد عن قصـد المفهوم الّذى لا يسـمى خبرا، و لا إنشـاء) فانهما فيما للكلام معنى و مفهوما و قوله: فى ان، عطف على قوله: فيما ذكره الاصـحاب، (و غير ذلك مما) من الشواهد التى (يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود) ذلك القصد (فى المكره، هو القصد الى وقوع اثر العقـد، و) وقوع (مضـمونه) اى العقـد (فى الواقع) اى الخارج (و عـدم طيب النفس به): و عـدم، عطف على: القصـد الى

وقوع اثر.

فمعنى قولهم: المكره لا قصد له انه: لا يريد الاثر، و: لا يطيب نفسه بالاثر،

(لا) ان مرادهم (عدم إرادة) المكره (المعنى من الكلام) حتى يكون كالببغاء.

(و يكفى فى ذلك) الّذى ذكرنا انهم يريدون: عدم الاثر، لا: عدم القصد، (ما ذكره الشهيد الثانى من: ان المكره، و الفضولى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۲۰

قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله.

نعم ذكر فى التحرير، و المسالك فى فروع المسألة ما يوهم ذلك

قال فى التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق، اذ: لا اكراه على القصد، انتهى.

و بعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم.

قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله) فان الفضول لا شبهة فى انه يقصد المعنى، و انما لا يقصد الاثر، الا باجازة المالك.

فاقتران الفضول- فى كلام الشهيد- بالمكره، يدل على انه يريد:

عدم الاثر، فى المكره لا: عدم المعنى.

(نعم ذكر فى التحرير، و المسالك فى فروع المسألة) اى مسئلة المكره (ما يوهم ذلك) اى عدم قصد المكره للمعنى، لا عدم قصده الاثر.

(قال فى التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا) لمعنى اللفظ (فالاقرب وقوع الطلاق، اذ لا اكراه على القصد، انتهى) فحيث انه قصد الطلاق كان صحيحا.

(و بعض المعاصرين) الجواهر (بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم) متوهم كلامهم، هو: انه لا قصد للمعنى فى المكره فقال صاحب الجواهر: ان قول التحرير: لو قصد المكره صح طلاقه دليل على ان مرادهم: من عدم قصد المكره،: عدم قصد المعنى، ليمكن الجمع بين كلامهم فى هذا الفرع، و بين كلامهم: ان طلاق المكره باطل،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۲۱

فرد عليهم بفساد المبنى.

و عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور.

لكن المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك.

و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

لانه لا قصد له- و فى عبارة المصنف مسامحة كما لا يخفى-

(فرد عليهم) اى رد الجواهر على من قال بصحة طلاق المكره، اذا قصد المعنى (بفساد المبنى) و ان كلامهم فى انه لا قصد للمكره فاسد، فلا يصح ان يبنى عليه انه اذا قصد المكره صح الطلاق.

(و) اذا فسد المبنى فاللازم ان نقول: ب (عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور) اى ما اذا قصد المعنى، لان قصد المعنى لا يلازم قصد الاثر، و قصد وقوع الاثر فى الخارج هو الّذى يوجب وقوع الطلاق فى الخارج، و المكره لا يقصد الاثر كما لا يخفى.

(لكن المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك) الّذى ذكره الجواهر من ان قولهم: المكره لا قصد له، لا يريدون به عدم القصد، و انما يريدون به عدم قصد الاثر.

(و) ان قلت: فکیف قالوا: اذا قصد المکره صح.

قلت: (سیأتی ما یمکن توجیه الفرع المزبور به) ای بذلک التوجیه، و ان مرادهم انه لو قصد المکره الطلاق واقعا، بان صار الاکراه داعیا کما لو صار سوء خلق المرأة داعیا للطلاق، فانه یقع الطلاق، و ان صدق الاکراه- فی الجملة-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۲

ثم ان حقیقة الاکراه لغة و عرفا: حمل الغیر علی ما یکرهه.

و یعتبر فی وقوع الفعل من ذلک الحمل اقترانه بوعید منه مظنون الترتب علی ترک ذلک الفعل، مضر بحال الفاعل، او متعلقه نفسا او عرضا، او مالا.

فظهر من ذلک: ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب علی ترکه، لا یدخله فی المکره علیه.

(ثم ان حقیقة الاکراه لغة و عرفا: حمل الغیر علی ما یکرهه، و یعتبر فی) تحقق الاکراه (وقوع الفعل من ذلک الحمل اقترانه بوعید منه) ای من المکره- بالکسر-

اما توعیدا لفظیا، او توعیدا واقعیا (مظنون الترتب) ذلک الوعید (علی ترک ذلک الفعل) المکره علیه (مضر) ذلک الوعید (بحال الفاعل، او متعلقه) ای بحال متعلقه سواء کان تعلقا بالقرابة، او بالصداقة، او بالارتباط، کتوعید السلطة العالم بانه ان لم یفعل کذا اضرت بالمسلمین (نفسا، او عرضا) الاعم من الاهل، و الاحترام فان السب خلاف احترام العرض (او مالا) حاصل له فعلا، او مستقبلا، کان یهدده ان فعلت کذا قتلت ابنک الّذی سیولد لک- مثلا-

---

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۶، ص: ۳۲۲

(فظهر من ذلک) التعریف (ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب علی ترکه لا یدخله) ای لا یدخل الفعل (فی المکره علیه).

مثلا- ترک بیع الدار یوجب تسلط السلطة علیها فیبیعها المالک، دفعا لهذا الضرر المترتب علی ترک البیع، فلا یکون البیع بذلک مکرها علیه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۳

کیف و الافعال الصادرة من العقلاء کلها، او جلها ناشئة عن دفع الضرر.

و لیس دفع مطلق الضرر الحاصل من ایعاد شخص یوجب صدق المکره علیه، فان من اکره علی دفع مال و توقف علی بیع بعض امواله، فالبیع الواقع منه لبعض امواله و إن کان لدفع الضرر المتوعد به علی عدم دفع ذلک المال.

و لذا یرتفع التحریم

و کذا ان باع اثاثه لاجل اشتراء الدواء لولده المریض، فانه دفع ضرر متوقع لو لا البیع.

و (کیف) یکون مجرد الفعل لدفع الضرر داخلا- فی المکره علیه (و) الحال ان (الافعال الصادرة من العقلاء کلها، أو جلها ناشئة عن دفع الضرر) فان من یشتری الاکل، انما هو لدفع ضرر الجوع، و من یبنی الدار انما هو لدفع ضرر البقاء بلا مأوی، و هکذا فی غالب الافعال.

(و) کذلک (لیس دفع مطلق الضرر الحاصل من ایعاد شخص) له (یوجب صدق المکره علیه) ما لم ینصب الضرر علی نفس الفعل

(فـان من اکره) من طرف الظـالم (علی دفع مال، و توقف) دفع ذلک المال (علی بیع بعض امواله فالبیع الواقع منه لبعض امواله) لاجل ایفـاء ذلـک المـال الی الظـالم المکره (و إن کان) ذلک البیع (لـدفع الضـرر المتوعـد به علی عـدم دفع ذلک المال): علی، متعلق ب: المتوعد.

(- و لذا) الّذی ذکرنا انه مضطر لبیع المال (یرتفع التحریم) فی بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۴

عنه، لو فرض حرمته علیه لحلف، او شبهه- الا انه لیس مکرها.

فالمعیـار فی وقوع الفعـل مکرهـا علیه سـقوط الفاعل- من اجل الاکراه المقترن بایعاد الضـرر- عن الاسـتقلال فی التصـرف، بحیث لا یطیب نفسه بمـا یصـدر منه و لاـ یتعمـد إلیه عن رضا، و ان کان یختاره لاسـتقلال العقل بوجوب اختیاره دفعا للضـرر، او ترجیحا لاقل الضررین، الا ان هذا المقدار.

المال (عنه لو فرض حرمته) ای بیع المال (علیه لحلف، او شبهه-)

لان بیع المال داخل فی: ما اضـطروا إلیه، المخصـص للعمومات الاولیـة (الا انه لیس مکرها) علی بیع ذلک المال، فجملـة: لذا، الی: او شبهه، معترضة، و انما لیس بیع المال عن اکراه، لان الظالم یکرهه علی بیع المال، و انما اکرهه علی دفع المال.

(فالمعیار فی وقوع الفعل مکرها علیه) انصـباب الاکراه علی نفس الفعل، کان یقول له: بع مالک، ب (سقوط الفاعل- من اجل الاکراه المقترن) ذلک الاکراه (بایعاد الضـرر-) علی تقدیر عدم الفعل (عن الاسـتقلال فی التصرف): عن، متعلق ب: سقوط، (بحیث لا یطیب نفسه بما یصـدر منه) ای من الفاعل (و لا یتعمد) الفاعل (إلیه) ای الی الفعل (عن رضـی) ای لا یقصد الفعل راضـیا بالفعل (و إن کان یختـاره) ای الفعـل (لاسـتقلال العقـل بوجوب اختیـاره) ای الاتیـان بالفعـل، و عـدم ترکه (دفعـا للضـرر) المتوعـد به (او ترجیحا لاقل الضـررین) من ضـرر الفعل، و ضـرر الوعیـد (الا ان هـذا المقـدار) من طیب النفس، الّـذی یحصل من اجل دفع الضـرر، او ترجیح اقل الضررین، و الاول فیما لم یکن فی الفعل ضرر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۵

لا یوجب طیب نفسه به فان النفس مجبولة علی کراهة ما یحمله غیره علیه، مع الایعاد علیه بما لا یشق تحمله.

و الحاصـل: ان الفاعـل قـد یفعـل لـدفع الضـرر، لکنه مسـتقل فی فعله و مخلی و طبعه فیه بحیث یطیب نفسه بفعله، و إن کان من باب علاج الضرر، و قد یفعل لدفع ضرر ایعاد الغیر علی ترکه.

و هذا مما لا یطیب النفس به، و ذلک معلوم بالوجدان.

و الثانی فیما کان فیه ضرر، الا انه اقل من ضرر الوعید.

فهـذا المقـدار من طیب النفس (لا یوجب طیب نفسه به) ای بالفعل (فان النفس مجبولة علی کراهة ما یحمله غیره علیه مع الایعاد) من ذلـک الغیر (علیه) ای علی الفعـل (بما لا یشق تحمله) فکیف بما یشق تحمله؟ فان الغیر لو حمل الانسان علی ان یحرک یـده کان فیه مشقة علیه، و ان لم یکن فی نفس التحریک صعوبة اذ الامر ینافی رفعة النفس و انفتها.

(و الحاصـل: ان الفاعـل قـد یفعـل لـدفع الضـرر، لکنه مسـتقل فی فعله و مخلی و طبعه فیه) کمـا لو باع داره لعلاج ولـده، و کان البیع باختیاره (بحیث یطیب نفسه بفعله، و إن کان) الفعل (من باب علاج الضـرر و قد یفعل) الفعل (لدفع ضـرر ایعاد الغیر علی ترکه) کما لو جبره الجابر أن یبیع داره و یعالج ولده.

(و هذا مما لا یطیب النفس به، و ذلک معلوم بالوجدان).

و کذا قد یبیع داره لاعطاء ثمنها للظالم الّذی جبره علی دفع هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۶

ثم انه هل یعتبر فی موضوع الاکراه او حکمه، عـدم امکان التفصـی عن الضـرر المتوعـد به بما لا یوجب به ضـرر آخر کما حکی عن جماعهٔ أم لا؟

الّذی یظهر من النصوص و الفتاوی: عدم اعتبار العجز عن التوریهٔ

المقدار من المال، فهذا بیع عن طیب النفس، و إن کان البیع لعلاج الضـرر المتوجه إلیه من ایعاد الغیر، و قد یبیع داره لان الظالم جبره علی بیع داره.

(ثم انه هـل یعتبر فی موضوع الاـکراه او حکمه) ای دفع حکم الموضوع و ان لم یکن اکراها واقعا- کما فی موضوع: التوریـهٔ، فانه مع امکان التوریـهٔ لا اکراه، و مع ذلک، المشـهور وجود حکم الاکراه (عـدم امکان التفصـی عن الضـرر المتوعـد به بما لا یوجب به) ای بسبب ذلک التفصی مع (ضـرر آخر کما حکی عن جماعـهٔ) فانهم اعتبروا فی صـدق: الاکراه: موضوعا او رفع الاکراه للحکم، عـدم امکـان التفصـی و التخلص حتی انه اذا امکن التخلص لاـ یسـمی اکراها، او لا یکون له حکم الاکراه و ان سـمی اکراها (أم لا؟) یعتبر عدم الامکان، بل یصدق الاکراه موضوعا، او یرتب حکم الاکراه: و ان لم یسم بالاکراه، فیما امکن التفصی.

(الّذی یظهر من النصوص و الفتاوی: عدم اعتبار العجز عن التوریهٔ) فی صدق الاکراه و وجود حکمه- مع ان التوریهٔ تفصی- فلو قـدر علی التفصـی بالتوریـهٔ و لم یورّ کان اکراها، و لو قـدر علی التفصـی بغیر التوریـهٔ، لم یکن اکراه، مثلا لو قال له المکره: طلق زوجتک فامکنه ان یقصد بلفظ: الطلاق،: الانطلاق، لا الطلاق المصطلح، و لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۷

لان حمل: عموم رفع الاکراه.

و خصوص: النصوص الواردهٔ فی طلاق المکره و عتقه.

و معاقد الاجماعات، و الشـهرات المدعاهٔ فی حکم المکره، علی صورهٔ العجز عن التوریهٔ، لجهل، او دهشهٔ، بعید جدا، بل غیر صـحیح فی

یفعل، بل قصد الطلاق المصطلح کان مکرها- موضوعا، او حکما- و لم یتحقق الطلاق.

و لو امکنه ان یفر عن محضـر المکره، حتـی لاـ یجری صـیغهٔ الطلاـق و مع ذلـک لم یفر لم یتحقق موضوع الاـکراه، و لاـ حکمه، بل حدث الطلاق صحیحا فالعجز بالتفصی عن التوریهٔ، غیر معتبر فی صدق الاکراه، بخلاف سائر اقسام العجز.

و انما قلنا: لا یعتبر العجز عن التوریهٔ.

(لان حمل: عموم رفع الاکراه) فی قوله صلی اللّه علیه و آله: رفع ما استکرهوا علیه.

(و) حمل (خصوص النصوص الواردهٔ فی طلاق المکره و عتقه) بانهما لا یقعان.

(و) حمل (معاقد الاجماعات و الشـهرات المدعاهٔ فی حکم المکره) و انه لا یقع منه ما اکره علیه (علی صورهٔ العجز عن التوریهٔ) عجزا کـان (لجهل) عن التوریـهٔ، بان لم یعرفها (او دهشـهٔ) و خوف، اوجب ان ینسـی التوریـهٔ (بعیـد جـدا) اذ: ظاهر الفتاوی و النصوص، ان الطلاق و العتق الاکراهی، لا یقع و ان تمکن من التوریهٔ (بل غیر صحیح) هذا الحمل (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۲۸

بعضها من جههٔ المورد کما لا یخفی علی من راجعها.

مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا.

هذا و ربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصى بوجه آخر غير التورية أيضا

بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها) كقوله عليه السلام:

انما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه و لا اضرار، فان ظاهر قوله عليه السلام: ما اريد به، انه لو اراد الطلاق عن كره لم يتحقق اطلاق، اذ:

الإرادة ليست خاضعة للكره.

فالمراد إرادة الطلاق واقعا، لكنها حادثة عن اكراه باجراء صيغة الطلاق لان الصيغة هى الداخلة تحت الاكراه.

(مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا) فانه يصدق الاكراه، و ان قدر على التورية.

فمن قال لشيعى: سب الامام عليه السلام قدر ان يقصد بلفظ: الامام امام جماعة، و مع ذلك لو سب صدق الاكراه، و لو كان التفصى بالتورية يخرج الكلام عن الاكراه، لعلم رسول الله صلى الله عليه و آله عمارا حين قال له: و ان عادوا فعد، و علم امير المؤمنين عليه السلام حين قال لاصحابه: اما السب فسبّونى، و علم الائمة عليهم السلام من يكره على الطلاق و العتق و ما اشبه.

(هذا و ربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصى بوجه آخر) كالفرار من المكره (غير التورية أيضا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۲۹

فى صدق الاكراه مثل رواية ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، قال:

لا يمين فى قطيعة رحم، و لا فى جبر و لا فى اكراه.

قلت: اصلحك الله، و ما الفرق بين الجبر و الاكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الاكراه من الزوجة، و الام، و الأب، و ليس ذلك بشىء، الخبر، و يؤيده: انه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصى بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها.

فكما يصدق الاكراه و ان قدر على التورية، كذلك يصدق الاكراه و ان قدر على الفرار (فى صدق الاكراه) متعلق ب: عدم اعتبار العجز، (مثل رواية ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: لا يمين فى قطيعة رحم) فلو حلف ان يقاطع رحمه كانت حلفه باطلة، بل يجب عليه الصلة و لا توجب الصلة عليه كفارة (و لا فى جبر و لا فى اكراه) فاليمين اذا كانت عن جبر او اكراه لا يترتب على حنثها الكفارة.

(قلت: اصلحك الله، و ما الفرق بين الجبر و الاكراه؟ قال: الجبر من السلطان) الّذى يعاقب الانسان الّذى لم يطعه (و يكون الاكراه من الزوجة، و الام، و الأب، و ليس ذلك) الاكراه (بشىء) فلا يوجب مخالفة اليمين كفارة، فانه من المعلوم امكان التفصى من الزوجة و الابوين و مع ذلك لا يترتب على اليمين التى جاء بها خوفا منهم شىء، اذا حنث (الخبر و يؤيده) اى عدم اعتبار العجز عن التفصى فى صدق الاكراه (انه لو خرج) الشخص المكره (عن الاكراه عرفا ب) سبب (القدرة على التفصى بغير التورية خرج عنه) اى عن الاكراه (بالقدرة عليها) اى على التورية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۳۰

لان المناط حينئذ، انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به فى فعل المكره عليه.

فلا فرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر، او فعل آخر او بهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

و دعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى، لا

أيضا.

فان عدم التفصى إن كان معتبرا فى صدق الاكراه، لزم عدم امكان التورية أيضا، و ان لم يعتبر عدم امكان التفصى فى باب التورية لم يعتبر فى سائر الابواب أيضا.

و انما كان هذا مؤيدا (لان المناط حينئذ) اى حين اشترطنا عدم امكان التفصى- فى صدق الاكراه- (انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به فى فعل المكره عليه): عن، متعلق ب: التخلص، و: فى، متعلق ب: انحصار

(فلا فرق) فى عدم صدق الاكراه- اذا كان المناط ذلك- (بين ان يتخلص عنه) اى عن الضرر (بكلام آخر) غير التورية (او فعل آخر) فاذا لم نشترط التخلص بالتورية، لم نشترط التخلص بفعل آخر أيضا (او بهذا الكلام مع قصد معنى آخر) بالتورية.

(و) ان قلت: هناك فرق بين التفصى بالتورية و بين التفصى بفعل آخر، اذ: ان الشارع حكم بحكم الاكراه و ان امكن التورية، و لم يحكم بحكم الاكراه فيما اذا امكن التفصى بغير التورية.

قلت: (دعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۳۱

من جهة صدق حقيقة الاكراه، كما ترى.

لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق الا مع العجز عن التفصى بغير التورية لانه يعتبر فيه ان يكون الداعى عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك.

و مع القدرة على التفصى لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكره عليه

من جهة صدق حقيقة الاكراه.)

فمع امكان التورية: لا اكراه، و لكن الشارع حكم بحكم الاكراه،

و هذا الحكم من الشارع غير متحقق فى باب سائر انحاء التفصى (كما ترى) اذ لم نجد موضعا حكم الشارع بانه مع امكان التورية يتحقق حكم الاكراه لا موضوعه.

بل ظاهر الادلة عدم تحقق موضوع الاكراه- مطلقا- الشامل لصورة امكان التورية أيضا.

هذا غاية ما يمكن ان يقال فى وجه تحقق الاكراه، و ان امكن التفصى بغير التورية.

(لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق) و لا يصدق الاكراه عرفا (الا مع العجز عن التفصى بغير التورية) فاذا لم يكن عجز لم يكن اكراه (لانه يعتبر فيه) اى فى باب الاكراه (ان يكون الداعى عليه) اى على الفعل (هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك) اى ترك الفعل الاكراهى.

(و) من المعلوم انه (مع القدرة على التفصى لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكره عليه) فانه مع امكان الفرار عن الطلاق، لا يكون الضرر مترتبا على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۳۲

بل على تركه و ترك التفصى معا.

فدفع الضرر يحصل باحد الامرين، من فعل المكره عليه، و التفصى فهو مختار فى كل منهما، و لا يصدر كل منهما الا باختياره فلا اكراه.

و ليس التفصى من الضرر، احد فردى المكره عليه، حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما.

كما لو اكراهه على احد الامرين حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها.

ترک الطلاق (بل علی ترکه و ترک التفصی معا) فانه اذا لم یطلّق و لم یفر تضرر، لا انه اذا لم یطلّق تضرر.

(فدفع الضرر یحصل باحد الامرین من فعل المکره علیه) بان یطلق (و) من (التفصی) بان یفر (فهو مختار فی کل منهما) ان یفر، او یطلّق (و لا یصدر کل منهما الا باختیاره) لهذا الفرد الخاص (فلا اکراه).

(و) ان قلت: الاکراه علی احد شیئین اکراه علی کل منهما، فکما انه لو قال له: طلق او اعتق، کان وقوع احدهما منه اکراها، کذلک اذا:

اکره علی الطلاق او الفرار، فاذا طلق و الحال هذا کان طلاقا اکراهیا.

قلت: (لیس التفصی من الضرر احد فردی المکره علیه حتی لا یوجب تخییر الفاعل فیهما) ای فی الفردین (سلب الاکراه عنهما) فانه اذا کان احد فردی المکره، کان کل منهما مکرها علیه.

(کما لو اکرهه علی احد الامرین) بان قال له: بع دارک او طلق زوجتک.

فانه ایا منهما اوقعه کان مکرها علیه (حیث یقع کل منهما حینئذ) ای حین کان الاکراه علی احدهما (مکرها) علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳۳

لان الفعل المتفصی به مسقط عن المکره علیه، لا بدل له.

و لذا لا یجری علیه احکام المکره علیه اجماعا، فلا یفسد اذا کان عقدا.

و ما ذکرناه و ان کان جاریا فی التوریة الا ان الشارع رخص فی ترک التوریة، بعد عدم امکان التفصی بوجه آخر.

و انما قلنا: التفصی لیس مکرها علیه، (لان الفعل المتفصی به مسقط عن المکره علیه، لا بدل له).

و فرق بین ان یقول المکره بع دارک، او طلق زوجتک، حیث یقع کل منهما مکرها علیه، و بین ان یقول طلق زوجتک، فیفر المکره علیه ببیع داره و الانتقال منها کیلا یعرف المکره مکان الزوجة- مثلا- فیجبره علی الطلاق.

(و لذا) الّذی ذکرنا ان المتفصی به لیس احد فردی المکره علیه (لا یجری علیه احکام المکره علیه اجماعا) فاذا باع داره، لیقول للمکره: طلقت زوجتی، لم یکن بیع الدار مکرها علیه، و باطلا بل یقع صحیحا (فلا یفسد اذا کان) المتفصی به (عقدا).

و لذا لا یکون الفرار عن الاکراه، احد شقی المکره علیه، حتی یکون الاکراه- الممکن فیه الفرار- اکراها علی الشیء، اذا امکنه الفرار و لم یفر.

(و ما ذکرناه) من ان امکان الفرار یوجب عدم تحقق الاکراه- اذا لم یفر، و اوقع المکره علیه- (و إن کان جاریا فی التوریة) اذ: امکان التوریة یوجب عدم صدق الاکراه علی اللفظ، اذا لم یورّ فیه (الا ان الشارع رخص فی ترک التوریة) حیث اطلق الاکراه، و إن کان امکن التوریة، و لم یقل ان الاکراه انما هو اذا لم یتمکن من التوریة (بعد عدم امکان التفصی بوجه آخر) کالفرار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳۴

لما ذکرنا من ظهور النصوص، و الفتاوی، و بعد حملها علی صورة العجز عن التوریة.

مع ان العجز عنها لو کان معتبرا لأشیر إلیها فی تلک الاخبار الکثیرة المجوزة للحلف کاذبا عند الخوف و الاکراه، خصوصا فی قضیة عمار، و ابویه، حیث اکرهوا علی الکفر فابی ابواه فقتلا، و اظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء باکیا الی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله فنزلت الآیة:

من عند ید المکره.

و الحاصل: انه ان دار الامر بین الفعل و الفرار، لم یکن اکراه علی الفعل، و ان دار الامر بین اللفظ و التوریـة، کان اکراه علی اللفظ- و ان امکن التوریة و لم یورّ-

و انمـا قلنـا: ان الشـارع رخص (لمـا ذکرنـا من ظهور النصوص و الفتـاوی) فی تحقق الاـکراه، و ان امکن التوریـة (و بعـد حملهـا) ای النصوص و الفتاوی (علی صورة العجز عن التوریة) حتی نقول: بعدم تحقق الاکراه، اذا امکن التوریة و لم یورّ.

(مع ان العجز عنهـا) ای عن التوریـة، و هـذا من تتمـة الـدلیل، لاـ دلیـل آخر (لو کـان معتبرا) فی تحقق الاـکراه (لأشیر إلیها فی تلک الاخبـار الکـثیرة المجوزة للحلف کاذبـا عنـد الخوف و الاـکراه) لو لم یحلف (خصوصـا فی قضـیة عمـار، و ابویه، حیث اکرهوا علی الکفر) من جانب کفار مکة (فابی ابواه) التلفظ بالکفر (فقتلا، و اظهر لهم عمار ما ارادوا) من التلفظ بالکفر (فجاء باکیا الی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله) خائفا من تلفظه بالکفر (فنزلت الآیة:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳۵

مَنْ کَفَرَ بِاللّهِ مِنْ بَعْدِ إِیمانِهِ إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ فقال له رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: ان عادوا علیک، فعدو لم یتبهه علی التوریـة فان التنبیه فی المقام و ان لم یکن واجبا الا انه لا شک فی رجحانه خصوصا من النبی صـلی اللّه علیه و آله باعتبار شـفقته علی عمار، و علمه بکراهة تکلم عمار بألفاظ الکفر من دون توریة، کما لا یخفی.

لتبریر ساحـة عمـار (مَنْ کَفَرَ بِاللّهِ مِنْ بَعْدِ إِیمانِهِ) یعفی له کـذا من العقاب (إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ) فانه لا یضـرّه التلفظ بـالکفر (فقـال له رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله: ان عـادوا علیـک) و طلبوا منـک التلفـظ بلفـظ الکفر (فعـد) و قـل مـا شاءوا: فانه لا یضرک (و لم یتبّهه) الرسول صلی اللّه علیه و آله (علی التوریة).

ان قلت: لیس التنبیه واجبا لانه من الموضوعات.

قلت: (فـان التنبیه فی المقـام و ان لم یکن واجبا الا انه لا شک فی رجحانه خصوصا من النبی صـلی اللّه علیه و آله) الّـذی کان یرشـد النـاس، حتی الی امور دنیـاهم بالاـخص (باعتبـار شـفقته علی عمـار، و علمه بکراهـة تکلم عمار بألفاظ الکفر من دون توریـة، کما لا یخفی).

بل ربما یقال: بوجوب الارشاد لانه من ارشاد الجاهل و کیف یقول له النبی صـلی اللّه علیه و آله: ان عادوا فعد،؟ مع انه لا یجوز له ان یعود، و الحال انه قادر علی التوریة فهو کان یقول: اشرب الخمر، بدون ان یقیده بعدم امکان الفرار.

بل یظهر أیضا من قول علی علیه السلام: اما السبّ فسبّونی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳۶

هذا و لکن الاولی ان یفرق بین امکان التفصـی بالتوریة، و امکانه بغیرها بتحقق الموضوع فی الاول، دون الثانی لان الاصـحاب- وفاقا للشیخ فی المبسـوط- ذکروا من شروط تحقق الاکراه ان یعلم، او یظن المکره بالفتح- انه لو امتنع ما اکره علیه وقع فیما توعد علیه. و معلوم ان المراد: لیس امتناعه عنه فی الواقع و لو مع اعتقاد المکره- بالکسر-

---

(هـذا و لکن الاـولی ان یفرق بین امکـان التفصـی بالتوریـة، و امکانه بغیرها) من الفرار، او نحو ذلک (بتحقق الموضوع) للاکراه (فی الاول) ای التوریة (دون الثانی) ای التفصی بغیرها.

فلو تمکن من التوریة و لم یورّ صدق الاکراه.

و لو تمکن من الفرار و لم یفر لم یصدق الاکراه.

فـالفرق بینهمـا فی تحقق الموضوع و عـدمه، لاـ فی ان کلیهمـا لیسا من موضوع الاکراه، و انما الحکم یختلف فیهما، فاحـدهما یحکم

بحكم الاكراه دون الآخر (لان الاصحاب- وفاقا للشيخ فى المبسوط- ذكروا من شروط تحقق الاكراه) موضوعا (ان يعلم، او يظن المكره- بالفتح- انه لو امتنع ما اكره عليه وقع فيما توعد عليه) من المحذور.

(و معلوم) ان هذا الميزان يصدق و ان تمكن من التورية، و لا يصدق فيما اذا تمكن من التفصى بغيرها.

و ذلك ل (ان المراد) للشيخ (ليس امتناعه) اى المكره- بالفتح- (عنه) اى عن المكره- بالكسر- (فى الواقع و لو مع اعتقاد المكره- بالكسر-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۳۷

عدم الامتناع.

بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكره لامتناع المكره.

و هذا المعنى يصدق مع امكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصى بغيرها لان المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره عليه، و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل ان التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الّذى هو المعتبر

عدم الامتناع).

اذا فالتورية امتناع فى الواقع، و ذلك لا ينافى الاكراه.

لما عرفت من ان المناط: الامتناع ظاهرا.

فكلما تحقق الامتناع الظاهرى و اوجب الوقوع فى المحذور صدق الاكراه.

(بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكره)- بالكسر- (لامتناع المكره)- بالفتح-.

(و هذا المعنى يصدق مع امكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصى بغيرها) كالفرار من الظالم (لان المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره عليه، و عدم وقوع الضرر عليه) فانه لو فرّ علم الظالم بامتناعه و لم يتمكن مع وقوع الضرر عليه، فلا يتحقق موضوع الاكراه فى صورة التمكن- مثلا-

(و الحاصل) من الفرق بين التمكن بالتفصى بسبب التورية، او بسبب غيرها (ان التلازم بين امتناعه) اى المكره- بالفتح- (و وقوع الضرر الّذى هو المعتبر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۳۸

فى صدق الاكراه موجود، مع التمكن بالتورية، لا مع التمكن بغيرها، فافهم.

ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصى: انما هو فى الاكراه المسوغ للمحرمات، و مناطه توقف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه

فى صدق الاكراه موجود، مع التمكن بالتورية).

لان المراد بالامتناع الظاهرى (لا مع التمكن بغيرها) فان الفرار يوجب عدم وقوع الضرر (فافهم) اذ: الامتناع فى كل من التورية و الفرار ممكن، و لا يوجب الضرر، فالامتناع فى التورية واقعى لا يعرفه المكره- بالكسر- و الامتناع فى الفرار ظاهرى يعرفه المكره.

و من المعلوم ان عرفان المكره- بالكسر- لا مدخلية له.

الا ترى انه لو جبره بشرب الخمر، لكنه يتمكن ان يشرب الماء بحيث يزعم الظالم انه خمر، لم يجز له شرب الخمر، و إن كان الظالم يظنه خمرا، فان الامتناع هنا ليس بظاهرى، و مع ذلك لا يصدق الاكراه.

فصدق الاکراه متوقف علی عدم امکان التفصی بای وجه کان- واقعا او ظاهرا- فلو امکن التفصی و لو واقعا لم یصدق الاکراه.

(ثم ان مـا ذکرنـا من اعتبـار العجز عن التفصـی) فی صـدق الاـکراه، و ترتب حکم الاـکراه (انما هو فی الاکراه المسوغ للمحرمات، و مناطه) ای مناط تحقق هـذا الاکراه (توقف دفع ضـرر المکره) بالکسـر (علی ارتکاب المکره علیه) بحیث لو لم یأت المجبور بما اجبر تضرر من الجابر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۳۹

و اما الاکراه الرافع لاثر المعاملات، فالظاهر ان المناط فیه عدم طیب النفس بالمعاملة.

و قـد یتحقق مع امکان التفصـی، مثلا من کان قاعـدا فی مکان خاص خال عن الغیر متفرغا لعبادة، او مطالعة فجائه من اکرهه علی بیع شیء مما عنده، و هو فی هذه الحال، غیر قادر علی دفع ضرره، و هو کاره للخروج عن ذلک المکان لکن لو خرج کان له فی الخارج خدم یکفونه شر المکره.

فالظاهر: صدق الاکراه حینئذ بمعنی عدم طیب النفس لو باع ذلک الشـیء، بخلاف من کان خدمه حاضرین عنده، و توقف دفع ضرر اکراه الشخص علی امر خدمه.

(و اما الاکراه الرافع لاثر المعاملات، فالظاهر ان المناط فیه عد طیب النفس بالمعاملة) و ان امکن التفصی و لو یتفصّ.

(و قـد یتحقق) عدم طیب النفس (مع امکان التفصـی، مثلا من کان قاعدا فی مکان خاص خال عن الغیر) فی حالکونه (متفرغا لعبادة، او مطالعـة فجائه من اکرهه علی بیع شـیء مما عنده) بحیث لو لم یبع اضـره باخذ دینار منه اعتباطا- مثلا- (و هو فی هذه الحال) الّذی یریـد فیهـا البقـاء فی ذلک المکان (غیر قادر علی دفع ضـرره، و هو کاره للخروج عن ذلک المکان لکن لو خرج کان له فی الخارج خدم یکفونه شر المکره) بالکسر.

(فالظـاهر: صـدق الاـکراه حینئـذ) فی هـذه المعاملـة (بمعنی عـدم طیب النفس لو بـاع ذلـک الشـیء) فالبیع باطل و ان امکن التفصـی (بخلاف من کان خدمه حاضرین عنده، و توقف دفع ضرر اکراه الشخص علی امر خدمه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۰

بدفعه و طرده.

فان هذا لا یتحقق فی حقه الاکراه، و یکذب لو ادعاه.

بخلاـف الاـول اذا اعتـذر فکراهـة الخروج عن ذلـک المنزل، و لو فرض فی ذلک المثال، اکراهه علی محرم، لم یعـذر بمجرد کراهة الخروج عن ذلک المنزل و قد تقدم الفرق بین الجبر و الاکراه، فی روایة ابن سنان.

بدفعه و طرده) و لم یکن فی ذلک محذور.

(فان هذا) الشـخص (لا یتحقق فی حقه الاکراه، و یکذب لو اعاده) بان قال: انی کنت مکرها، و لا طیب لنفسـی فی هذه المعاملة التی اجریتها، فهی باطلة.

(بخلاف الاول) الّـذی کان خـدمه خارجا، و هو لا یریـد الخروج (اذا اعتـذر، فکراهـة الخروج عن ذلک المنزل، و لو فرض فی ذلک المثال) و هو ما اذا اراد المطالعـة او العبادة فی المحل المخلی (اکراهه علی محرم) فارتکبه اعتـذارا بانه لم یرد الخروج (لم یعـذر) فی ذلک المحرم (بمجرد) انه ارتکبه ل (کراهة الخروج عن ذلک المنزل).

فتحقق الفرق بین الاکراه علی المعاملة، و انه یتحقق بکراهة الخروج لعدم طیب النفس حینئذ.

و بین الاکراه علی المحرم، و انه یتوقف علی عدم امکان التفصی.

(و) الّذى يؤيّد الفرق المذكور هو ما (قد تقدم) من (الفرق بين الجبر و الاكراه، فى رواية ابن سنان) حيث ذكر الجبر من السلطان، و الاكراه من المرأة، و الأب، و الام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۴۱

فالاكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، و الرافع لاثر المعاملات، هو: الاكراه الّذى ذكر فيها انه قد يكون من الأب، و الوالد، و المرأة، و المعيار فيه: عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة، و الالجاء، و ان كان هو المتبادر من لفظ الاكراه. و لذا يحمل الاكراه فى حديث: الرفع، عليه، فيكون الفرق

فان هذه الرواية تؤيّد تحقق الاكراه من الزوجة.

و من المعلوم ان المراد اكراهها له على المحرم، بل على ايقاع معاملة او نحوها.

(فالاكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات) سواء كان ترك واجب، او فعل حرام (هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، و) اما الاكراه (الرافع لاثر المعاملات هو: الاكراه الّذى ذكر فيها) اى فى تلك الرواية (انه قد يكون من الأب، و الوالد، و المرأة، و المعيار فيه) اى فى الاكراه الرافع لاثر المعاملات (عام طيب النفس فيها) اى فى المعاملات (لا الضرورة و الالجاء) بحيث لا يمكن التفصى (و إن كان هو) اى الالجاء و الضرورة (المتبادر من لفظ الاكراه) بقول مطلق.

و الحاصل انا حيث نعلم بان الكره الموجب لفعل المحرم لا يتحقق بسبب الزوجة نحمل الكره فى الرواية على الكره فى المعاملة الحاصل بعدم طيب النفس، و ان امكن الفرار.

(و لذا) الّذى ذكرنا من ان المتبادر من الاكراه، الاضطرار، و الالجاء (يحمل الاكراه فى حديث: الرفع، عليه) اى على الجاء (فيكون الفرق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۴۲

بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه فى ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل، لا من فعل الغير كالجوع، و العطش، و المرض. لكن الداعى على اعتبار ما ذكرنا فى المعاملات، هو: ان العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى:

تجارة عن تراض، و: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه، و عموم

بينه) اى بين الاكراه (و بين الاضطرار) الوارد فى حديث الرفع (المعطوف عليه فى ذلك الحديث، اختصاص الاضطرار بالحاصل، لا من فعل الغير كالجوع، و العطش، و المرض) سواء كانت مقدمات ذلك من فعل الغير كان يمنعه عن طعامه حتى يضطر جوعا أم لا؟

(لكن) استدراك عن قوله: هو المتبادر، اى ان المتبادر من: الاكراه الالجاء.

و انما قلنا لا يعتبر فى المعاملات الالجاء، و انما يكفى بعض الاكراه و ان امكن التفصى عنه.

لما ذكره بقوله: ان (الداعى على اعتبار ما) اى معنى الاكراه الّذى (ذكرنا فى المعاملات، هو: ان العبرة فيها) اى فى المعاملات (بالقصد) الى المعاملة (الحاصل عن طيب النفس) و مع الكره لا طيب للنفس.

و انما اعتبرنا فيها طيب النفس (حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى:

تجارة عن تراض، و) قوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه، و عموم) ما دل على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۴۳

اعتبار الإرادة فى صحة الطلاق.

و خصوص ما ورد فی فساد طلاق من طلق للمداراة مع عیاله.

فقد تلخص مما ذکرنا ان الاکراه الرافع لاثر الحکم التکلیفی، اخص من الرافع لاثر الحکم الوضعی، و لو لوحظ ما هو المناط فی رفع کل منهما من دون ملاحظة عنوان الاکراه کانت النسبة بینهما العموم من وجه، لان المناط فی رفع الحکم التکلیفی، هو: دفع الضرر، و

(اعتبار الإرادة فی صحة الطلاق).

فان العموم شامل لسائر العقود و الایقاعات، بل المناط کاف، و ان لم یکن عموم.

(و خصوص ما ورد فی فساد طلاق من طلق للمداراة مع عیاله) و لیس ذلک الا لاجل عدم طیب النفس، و الا فالمداراة تقابل الاکراه.

(فقد تلخص مما ذکرنا ان الاکراه الرافع لاثر الحکم التکلیفی) بان یسقط الحرام عن حرمته، و الواجب عن وجوبه (اخص من الرافع لاثر الحکم الوضعی) بان یوجب بطلان البیع و الطلاق و ما اشبه.

و وجه الاخصیة ان الرافع للحکم التکلیفی: هو الاکراه بدون مناص، و الرافع للحکم الوضعی: هو الاکراه مطلقا، ای و لو کان هناک مناص.

اذ عدم طیب النفس کاف فی بطلان المعاملة (و لو لوحظ ما هو المناط فی رفع کل منهما) ای من الحکم التکلیفی و الحکم الوضعی (من دون ملاحظة عنوان الاکراه، کانت النسبة بینهما: العموم من وجه).

و ذلک (لان المناط فی رفع الحکم التکلیفی، هو: دفع الضرر و)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۴

فی رفع الحکم الوضعی، هو: عدم الإرادة، و طیب النفس.

و من هنا لم یتأمل احد فی انه اذا اکره الشخص علی احد الامرین المحرمین لا بعینه، فکل منهما وقع فی الخارج، لا یتصف بالتحریم، لان المعیار فی دفع الحرمة، دفع الضرر المتوقف علی فعل احدهما.

المناط (فی رفع الحکم الوضعی، هو: عدم الإرادة و) عدم (طیب النفس) فیجتمعان فی مورد دفع الضرر، و عدم طیب النفس، کما لو اجبره علی طلاق زوجته و لا مناص له فی الفرار.

و یکون الاکراه التکلیفی فقط دون الوضعی فی مورد دفع الضرر مع طیب النفس، کما لو اجبره علی شرب الخمر بحیث یقتله لو لم یشرب، و لا مناص له، لکنه یرضی بالشرب.

و یکون الاکراه الوضعی فقط دون التکلیفی فی مورد کره النفس مع امکان التفصی کما لو اکرهته زوجته بطلاق الضرة مع امکانه عدم طلاقها.

(و من هنا) ای وجود الفرق بین الاکراهین التکلیفی و الوضعی، و اختلاف مناطهما (لم یتأمل احد فی انه اذا اکره الشخص علی احد الامرین المحرمین لا بعینه) کما لو اکرهه علی شرب احد الإناءین، و هما خمر، او اکرهه علی خمر، او نجس (فکل منهما وقع فی الخارج، لا یتصف بالتحریم).

و ذلک (لان المعیار فی رفع الحرمة دفع الضرر المتوقف علی فعل احدهما)، فالاکراه موجود فی الجامع بینهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۵

اما لو کانا عقدین او إیقاعین کما لو اکره علی طلاق احدی زوجتیه فقد استشکل غیر واحد فی ان ما یختاره من الخصوصیین بطیب نفسه و یرجحه بدواعیه النفسانیة الخارجة عن الاکراه مکره علیه باعتبار جنسه أم لا؟ بل افتی فی القواعد: بوقوع الطلاق، و عدم الاکراه.

و ان حمله بعضهم علی ما اذا قنع المکره بطلاق

و ذلک یکفی فی اتصاف کل منهما بالاکراه فانه اذا لم یفعل احدهما تضرّر.

(اما لو کانا) الامران المکره علی احدهما (عقدین) کنکاحین او بیعین (او ایقاعین) کطلاقین و عتقین (کما لو اکره علی طلاق احدی زوجتیه فقد استشکل غیر واحد) من الفقهاء (فی ان ما یختاره من الخصوصیین) کطلاق هند مثلا (بطیب نفسه) اذ الاختیار لهذه علی تلک بطیب النفس، و انما الاکراه علی الجامع (و یرجحه) علی الآخر ترجیحا (بدواعیه النفسانیة الخارجة عن الاکراه).

مثلا-انه یرجح زینب علی هند، و لذا اذا دار الامر بینهما یرجح بقاء زینب تبعا لداعیه النفسانی، و إن کان فی اصل الطلاق مکرها (مکره علیه باعتبار جنسه أم لا؟) هذا خبر قوله: ان ما یختاره، (بل افتی فی القواعد: بوقوع الطلاق، و عدم الاکراه).

لان المعیار فی الاکراه فی هذا الباب عدم طیب النفس، و هاهنا یوجد طیب النفس، لانه بطیب نفسه یرجح طلاق هند علی طلاق زینب.

(و ان حمله) ای کلام القواعد (بعضهم علی ما اذا قنع المکره بطلاق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۶

إحداهما مبهمة.

لکن المسألة عندهم غیر صافیة عن الاشکال، من جهة مدخلیة طیب النفس فی اختیار الخصوصیة و إن کان الاقوی- وفاقا لکل من تعرض للمسألة- تحقق الاکراه لغة و عرفا.

مع انه لو لم یکن هذا مکرها علیه لم یتحقق الاکراه اصلا.

إحداهما مبهمة).

کما لو اکرهه الظالم بان یطلق احدی زوجتیه، و کان قانعا بان یقول الزوج: طلقت إحداهما، مما لا یقع طلاق معه، فباختیاره قال: طلقت هندا فانه یقع الطلاق اذ لم یکن مجبورا فی الطلاق، بل کان له المناص.

(لکن المسألة) ای مسئلة الاکراه علی إحداهما (عندهم غیر صافیة عن الاشکال، من جهة مدخلیة طیب النفس فی اختیار الخصوصیة) فلا اکراه و من جهة الاکراه علی الجامع بحیث لولاه لم یطلق، فهو اکراه (و إن کان الاقوی- وفاقا لکل من تعرض للمسألة- تحقق الاکراه لغة و عرفا) فان کل واحد من المکره و المکره علیه قد یکون واحد او قد یکون احد الشخصین او الامرین، کما لو اکرهه زید او عمرو، او اکره زید خالدا او بکرا، او اکره زید عمرو اعلی بیع الثبوت او الدار، او اکره احد شخصین، زیدا او عمروا، علی بیع الثوب او الدار- فی صورة التعدد فی کل الجوانب-.

(مع انه لو لم یکن هذا) المجبر علی طلاق احدی زوجتیه (مکرها علیه لم یتحقق الاکراه) فی الخارج (اصلا) الا نادرا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۷

اذ الموجود فی الخارج دائما احدی خصوصیات المکره علیه.

اذ لا یکاد یتفق الاکراه بجزئی حقیقی من جمیع الجهات.

نعم: هذا الفرد مختار فیه من حیث الخصوصیة، و إن کان مکرها علیه من حیث القدر المشترک بمعنی ان وجوده الخارجی ناش عن اکراه و اختیار.

و لذا لا یستحق المدح و الذم باعتبار اصل الفعل، و یستحقه باعتبار الخصوصیة.

(اذ الموجود فی الخارج دائما احدی خصوصیات المکره علیه) و انما الاکراه علی الجامع.

(اذ لا یکاد یتفق الاکراه بجزئی حقیقی من جمیع الجهات).

مثلا لو اجبره علی طلاق زوجته، فان خصوصیات الزمان و المکان، و کیفیة اجراء الصیغة و ما اشبه، کلها تکون باختیاره، اذ المکره لا یجبر الا علی اصل الطلاق.

(نعم: هذا الفرد مختار فیه من حیث الخصوصیة، و إن کان مکرها علیه من حیث القدر المشترک) فیجتمع فی هذا الفرد الخارجی الاکراه و الاختیار (بمعنی ان وجوده الخارجی ناش عن اکراه) بالجامع (و اختیار) للخصوصیة.

(و لذا) الّذی کان هذا الفرد جامعا للامرین (لا یستحق المدح و الذم باعتبار اصل الفعل) لانه لیس باختیاره (و یستحقه باعتبار الخصوصیة) التی اختارها علی ما سواها، فاذا طلق هندا، بعد ان اجبره علی طلاق هند او زینب لیسأل عن انه لما اختار طلاق هند علی طلاق زینب؟ فقد یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۸

و تظهر الثمرة فیما لو ترتب اثر علی خصوصیة المعاملة الموجودة فانه لا یرتفع بالاکراه علی القدر المشترک مثلا لو اکرهه علی شرب الماء او شرب الخمر، لم یرتفع تحریم الخمر، لانه مختار فیه و إن کان مکرها فی اصل الشرب

ذلک لاجل انطباق الکلی فقط، و قد یکون لترجیح فی طلاقها.

و المدح و الذم انما هما فی صورة الترجیح لا مجرد وجود الکلی فیها کما لا یخفی

(و تظهر الثمرة) فی کون الخصوصیة غیر مکرهة (فیما لو ترتب اثر علی خصوصیة المعاملة الموجودة، فانه لا یرتفع بالاکراه علی القدر المشترک مثلا) لو اکرهه علی طلاق زوجته، او طلاق اجنبیة- زاعما انها زوجته أیضا فطلق الزوجة کان الطلاق صحیحا، اذ: لا اکراه علی طلاقها، و امکان التفصی باجراء صورة طلاق الاجنبیة ان لم یکن هناک محذور آخر، او کان بحیث لم یعلم ذلک، حتی صدر منه طلاق الزوجة کرها.

و کذا (لو اکرهه علی شرب الماء او شرب الخمر، لم یرتفع تحریم الخمر، لانه مختار فیه) ای فی هذا الشرب (و إن کان مکرها فی اصل الشرب).

فان الحرام لا یحل، اذا کان طرفه حلالا.

نعم یحل اذا کان طرفه حراما آخر مساویا له، او اقل حرمة منه.

و تفصیل الکلام انه لو کان المکره علیه احد شیئین،

فإن کان کلاهما حراما لوحظ اقلهما حرمة- إن کان بینهما اقل- و الّا جاز ارتکاب ایهما شاء.

و إن کان احدهما حلالا فإن کان فی الحلال ضرر علی نفسه، لوحظ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۴۹

و کذا لو اکرهه علی بیع صحیح او فاسد، فانه لا یرتفع اثر الصحیح، لانه مختار فیه، و إن کان مکرها فی جنس البیع.

لکنه لا یترتب علی الجنس اثر یرتفع بالاکراه.

و من هنا

الاهم من الضرر المرفوع و الحرام، کما لو اکرهه علی طلاق زوجته او شرب الخمر.

و ذلک لان الشارع رفع الضرر فلیس یقدّم الحلال و الحال هذه- ای ان الحلال اکثر ضررا فی نفسه من حرمة الحرام- علی الحرام.

و ان لم يكن فى الحلال ضرر كمثال الماء و الخمر، قدم الحلال قطعا.

(و كذا لو اكرهه على بيع صحيح او فاسد، فانه لا يرتفع اثر الصحيح لانه مختار فيه، و إن كان مكرها فى جنس البيع).

و ذلك فيما اذا لم يكن فى البيع الفاسد ضرر خارجى، كما انه لو اجرى البيع الفاسد كان موجبا لحرام آخر، مثلا خيّره بين بيع داره او بيع دار زيد، فيما لا يرضى زيد بالبيع، و كان بيعه لدار زيد ضررا على زيد لان الغاصب يجعل البيع ذريعة لاغتصابها منه.

(لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع) ذلك الاثر (بالاكراه).

مثلا لو نذر ان لا يجرى لفظ البيع لا صحيحا و لا فاسدا، لم يلزمه الحنث و الكفارة.

لان الجامع مكره عليه، و المفروض ان الجامع هو ذو الاثر.

(و من هنا) الّذى ذكرنا من ان اكراه احد امرين لا يكون اكراها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۵۰

يعلم انه لو اكره على بيع مال، او ايفاء مال مستحق لم يكن اكراها لان القدر المشترك بين الحق و غيره، اذا اكره عليه لم يقع باطلا.

و الا لوقع الايفاء أيضا باطلا.

فاذا اختار البيع صح، لان الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه و هو القدر المشترك- غير مرتفع الاثر.

و لو اكرهه على بيع مال، او اداء مال غير مستحق، كان اكراها.

لخصوص احدهما (يعلم انه لو اكره على بيع مال، او ايفاء مال مستحق) كما لو قال له اما بع دارك، او اعطنى المطلب الّذى استحقه منك (لم يكن اكراها) على بيع المال.

و ذلك (لان القدر المشترك بين الحق و غيره، اذا اكره عليه لم يقع باطلا) اذ: لو صح احد الفردين لم يكن الجامع باطلا.

(و الا) يكن كذلك، بل كان اكراه الجامع اكراها لكل من الفردين (لوقع الايفاء أيضا باطلا).

و الحال ان الايفاء ليس بباطل، فالبيع ليس بمكره عليه.

(فاذا اختار البيع) فى المثال السابق (صح لان الخصوصية) الموجودة فى البيع (غير مكره عليها، و المكره علية و هو القدر المشترك-) بين البيع و الايفاء (غير مرتفع الاثر).

و ذلك لعدم اثر محرّم للنجس، فهو من قبيل السابقة بانتفاء الموضوع.

(و لو اكرهه على بيع مال، او اداء مال غير مستحق، كان اكراها).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۵۱

لانه لا يفعل البيع الا فرارا من بدله او وعيده المضرين، كما لو اكرهه على بيع داره، او شرب الخمر فان ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخروى ببدله، او التضرر الدنيوى بوعيده.

ثم ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد، بمعنى الزامه عليهما كفاية و ايعاد هما على تركه.

فكل من الفردين مكره عليه، فاذا باع كان باطلا.

(لانه لا يفعل البيع الا فرارا من بدله) الّذى هو اعطاء مال غير مستحق (او) فرارا من (وعيده المضرين) صفة: بدله، او: وعيده.

فيكون حال هذا المثال (كما لو اكرهه على بيع داره او شرب الخمر) فباع الدار، كان البيع باطلا (فان ارتكاب البيع) فى هذا الحال انما هو (للفرار عن الضرر الاخروى ببدله) اى شرب الخمر (او التضرر الدنيوى بوعيده) باخذ المال منه.

(ثم ان اكراه) المكره (احد الشخصين على فعل واحد، بمعنى الزامه عليهما كفاية).

كما لو قال: لزيد و عمرو، لا بد و ان يشرب احد كما الخمر، او قال: لا بد و ان يبيع داره، او قال: لا بدّ لاحد كما اما ان يشرب الخمر او يبيع داره بإلزامه عليهما كفاية (و ايعاد هما على تركه).

سواء كان الايعاد لهما، كما لو قال: فان لم تفعلا قتلتكما.

او الايعاد لاحدهما، كما لو قال: قتلت احدكما

اذ العقاب المردد أيضا محل خوف الضرر الموجب لجواز الارتكاب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۵۲

كاكراه شخص واحد على احد الفعلين فى كون كل منهما مكرها.

و اعلم: ان الاكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد كما تقدم.

و قد يتعلق بالمالك، دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل فى بيع ماله فان العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل فى العقد الفضولى، بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه

للحرام، و ارتفاع الاثر (كاكراه شخص واحد على احد الفعلين فى كون كل منهما مكرها) يجوز ارتكاب الحرام معه.

كما انه لو اوقع العقد، و الايقاع لم يكن له اثر.

(و اعلم: ان الاكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد كما تقدم) سواء كان اثنين، او واحدا؟

(و قد يتعلق بالمالک، دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل فى بيع ماله) او اكرهه على البيع فوكّل هو باختياره شخصا ليجرى عقد البيع (فان العاقد) فى الصورتين (قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل فى العقد الفضولى) لانه بيع بدون رضى المالك.

اذ الفضولى اعم من عدم علم المالك، او نهيه و عدم رضاه.

نعم عدم الاجازة اللاحق للعقد الفضولى رافع. لاثره، كما حقق فى باب الفضولى (بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه).

اذ: الاكراه فى الوكالة يوجب عدم تحقق الوكالة، بل و كذا لا تتحقق الوكالة فيما اذا اكره على البيع، و ان وكل اختيارا.

اذ متعلق الوكالة باطل، فهو كما لو و كل فى بيع مال غيره، حيث تقع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۵۳

و قد ينعكس.

كما لو قال: بع مالى، او طلّق زوجتى، و الا قتلتك.

و الاقوى هنا: الصحة لان العقد هنا- من حيث انه عقد- لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره اذا كان عاقدا، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض فهذا اولى من المالك المكره على العقد اذا رضى لاحقا.

الوكالة باطلة.

(و قد ينعكس) بان يكون الوكيل مجبورا دون الموكل.

اذ: قد يكونان مختارين، و قد يكونان مجبورين و قد يكون الموكل مجبورا دون الوكيل، و قد يكون الوكيل مجبورا دون الموكل.

(كما لو قال) الجابر- لمن يريد توكيله- (بع مالى، او طلق زوجتى و الا قتلتك) فطلق او باع مجبورا، فى اجراء العقد و الايقاع.

(و الاقوى هنا: الصحة لان العقد هنا- من حيث انه عقد) فى قبال العقد الّذى وقع على الشيء المجبور فيه، كما لو كان المالك مجبورا على البيع (لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره) بالفتح (اذا كان) المكره (عاقدا، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض) لفرض كونه راضيا (فهذا) العقد (اولى) بالصحة (من) عقد (المالك المكره على العقد اذا رضى لاحقا) بعد العقد.

و وجه الاولویة واضح، اذ: فی المالک المکره، لا رضی بالمضمون و لا باجراء العقد، و هنا یوجد الرضا بالمضمون و انما لا یوجد الرضا بالاجراء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۴

و احتمل فی المسالک: عدم الصحة نظرا الی ان الاکراه یسقط حکم اللفظ.

کما لو امر المجنون بالطلاق، فطلقها.

ثم قال: و الفرق بینهما ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المکره فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فاذا کان الامر قاصدا لم یقدح اکراه المأمور انتهی، و هو حسن.

فقط.

(و احتمل فی المسالک: عدم الصحة) لما اذا کان العاقد کارها لاجراء العقد، و إن کان المالک راضیا، (نظرا الی ان الاکراه یسقط حکم اللفظ) لاطلاق دلیل: رفع ما استکرهوا علیه.

(کما لو امر المجنون بالطلاق فطلقها).

فکما ان لفظ المجنون لا اثر له، کذلک لفظ المکره- بالفتح.

(ثم قال) المسالک (و الفرق بینهما) ای المکره و المجنون (ان عبارة المجنون مسلوبة) ذاتا، فهی کعبارة الببغاء، لا- مقتضی لها (بخلاف، المکره، فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد).

فهنا المانع موجود، لا ان المقتضی مفقود (فاذا کان الامر) الّذی امر المکره باجراء صیغة العقد (قاصدا) للمعاملة (لم یقدح اکراه المأمور) ای المکره الحاصل فی جریان اللفظ (انتهی) کلام الشهید (و هو حسن) و إن کان یرد علیه ان دلیل رفع الاکراه منصرف عن مثل اللفظ، فاللفظ اثر، و إن کان المکره حاصلا فی اجرائه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۵

و قال: أیضا لو اکره الوکیل علی الطلاق، دون الموکل ففی صحته وجهان أیضا، من: تحقق الاختیار فی الموکل المالک، و من: سلب عبارة المباشر، انتهی.

و ربما یستدل علی فساد العقد فی هذین الفرعین بما دل علی رفع حکم الاکراه.

و فیه ما سیجیء من انه: انما یرفع حکما ثابتا علی المکره، لو لا الاکراه

(و قال الشهید (أیضا لو اکره الوکیل علی الطلاق، دون الموکل) کما لو اجبر الزوج زیدا علی ان یطلق زوجته، فاجری زید صیغة الطلاق (ففی صحته وجهان أیضا) کالوجهین فی باب البیع (من: تحقق الاختیار فی الموکل المالک) للفرج، فیصح الطلاق (و من سلب عبارة المباشر) لانه لا قصد له (انتهی) کلام الشهید.

(و ربما یستدل علی فساد العقد فی هذین الفرعین) البیع و الطلاق و کذا سائر العقود- او المراد بالفرعین، فرع الکره لفظا، و فرع الکره لفظا و معنی- فی المالک المکره علی اجراء العقد- حیث قلنا سابقا انه اذا لحقه الرضا، صحّ (بما دل علی رفع حکم الاکراه) فلا یصح الطلاق او البیع اذا کان الوکیل فی اجراء الصیغة مکرها و کذلک لا یصح اذا اکره المالک ثم رضی، لعموم دلیل: الاکراه.

(و فیه ما سیجیء من انه) ای الاکراه (انما یرفع حکما ثابتا علی المکره) بالفتح (لو لا الاکراه).

مثلا لو اکره المالک علی البیع رفع اثر الانتقال الثابت لو لا الاکراه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۶

و لا اثر للعقد هنا بالنسبة الی المتکلم به لو لا الاکراه.

و مما یؤیّد ما ذکرنا حکم المشهور، بصحة بیع المکره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم انه انما یتعلق بحاصل العقد الّذی هو امر مستمر، و هو النقل و الانتقال.

و اما التلفظ بالکلام الّذی صدر مکرها فلا معنی للحوق الرضا به، لان ما مضی و انقطع لا یتغیر عما وقع علیه، و لا ینقلب.

(و لا اثر للعقد هنا بالنسبة الی المتکلم به) المکره بالفتح (لو لا الاکراه) ای لا اثر لو لا الاکراه فسواء کان مجری اللفظ مکرها أم لا؟ لا اثر له.

(و مما یؤیّد ما ذکرنا) من ان اللفظ لا اثر له، و لذا الاکراه علیه غیر ضار (حکم المشهور، بصحة بیع المکره بعد لحوق الرضا).

وجه التأیید ما ذکره بقوله (و من المعلوم انه) ای الرضا اللاحق (انما یتعلق بحاصل العقد) و هو الامر الاعتباری (الّذی هو امر مستمر) من حین العقد الی وقت الرضا (و هو النقل) من المالک (و الانتقال) الی المشتری.

(و اما التلفظ بالکلام الّذی صدر مکرها) حیث کان اللافظ مکرها فی اجراء اللفظ (فلا معنی للحقوق الرضا به).

و ذلک (لان ما مضی و انقطع لا یتغیر عما وقع علیه، و لا ینقلب).

اللهم الا ان یقال: بان العرف یری الکلام حقا للمتکلم، فاذا تلفظ به مکرها کان اضاعة لحقّه، فاذا رضی کان بنظرهم ارجاعا للحق الی مستحقه، و حیث ان الامر تابع للاعتبار لم یفرق بین اثر العقد، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۷

نعم ربما یستشکل هنا فی الحکم المذکور بان القصد الی المعنی و لو علی وجه الاکراه، شرط فی الاعتناء بعبارة العقد و لا یعرف الا من قبل العاقد فاذا کان مختارا امکن احرازه باصالة القصد فی افعال العقلاء الاختیاریة دون المکره علیها.

اللهم الا ان یقال:

بین استمرار الاکراه للفظ فی امکان الانقلاب.

(نعم ربما یستشکل هنا فی الحکم المذکور) ای صحة العقد اذا کان اللفظ مکرها (بان القصد الی المعنی و لو علی وجه الاکراه، شرط فی الاعتناء بعبارة العقد).

اذ لو لا القصد، لم یکن عقد (و لا یعرف) القصد الی المعنی (الا من قبل العاقد).

فان القصد من الامور القلبیة المربوطة معرفتها بنفس الانسان (فاذا، کان) العاقد (مختارا امکن احرازه) ای احراز القصد (باصالة القصد فی افعال العقلاء الاختیاریة).

اذ: الظاهر من کل فاعل مختاراته یقصد ما فعله، سواء کان تکلما، او عملا (دون المکره علیها).

فان اصالة القصد لیست من بناء العقلاء.

و علیه فلا یعلم قصد اللفظ المکره، و لا یصح العقد حینئذ بمعنی انه لا یمکن ان یترتب علیه اثر الصحة.

(اللهم الا ان یقال) فی وجه تصحیح عقد اللافظ المکره علی التلفظ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۸

ان الکلام بعد احراز القصد، و عدم تکلم العاقد لاغیا او مورّیا، و لو کان مکرها.

مع انه یمکن اجراء اصالة القصد هنا أیضا فتأمل

فرع

(ان الکلام بعد احراز القصد، و) بعد (عدم تکلم العاقد لاغیا) بان لا یقصد معنی اصلا (او مورّیا) بان یقصد معنی بغیر المعنی الظاهر من اللفظ، فاذا احرزنا ذلک لم یکن وجه لبطلان العقد من جهة کراهة اللافظ فی اجراء اللفظ (و لو کان) العاقد (مکرها): لو، وصلیة. (مع انه یمکن اجراء اصالة القصد) للافظ (هنا) فی صورة اکراهه علی اللفظ (أیضا) کما یجری اصالة القصد فی صورة عدم الاکراه (فتامل)

اذ: لیس بناء العقلاء علی اجراء الاصالة فی صورة الاکراه و لیس اصل شرعی یتمسک به کذلک.

(فرع)

الاکراه اما علی الجنس او علی الفرد.

و لو کان علی الجنس.

فاما احد فردیه مستحق، نحو: اعط دینی، او بع دارک.

او احد فردیه حلال غیر مرفوع، نحو: بع دارک او اشرب الماء.

او احد فردیه حلال مرفوع نحو اشرب الخمر او بع دارک.

و لو کان کلا فردیه حلالا، او مستحقا، او حلالا غیر مرفوع، فالاکراه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۵۹

و لو اکرهه علی بیع واحد غیر معین من عبدین، فباعهما، او باع نصف احدهما، و فی التذکرة اشکال.

انما یکون علی الاخف.

ثم لو اکره علی بیع احد الشیئین، فباعهما.

ففیه احتمالات، الاکراه مطلقا، و العدم مطلقا، و الاکراه بالنسبة الی احدهما.

و لو باعهما تدریجا ففی کون الاول اکراها مطلقا، او ایهما قصد کونه مکرها علیه، او کون الاول مطلقا الا اذا قصد کون الثانی اکراها. احتمالات.

و لو اکره علی بیع النصف، فباع الکل.

او اکره علی بیع الکل فباع النصف.

او اکره علی البیع، فصالح

او اکره علی البیع نسیة فباع نقدا.

فالظاهر: فإن کان تفصیا عن الاکراه صح، و إن کان بالاکراه لم یصح

و کذا اذا اکره علی البیع صباحا فباع مساء، او العکس، او باختلاف سائر الشرائط و الخصوصیات.

هذه بعض الفروع التی ذکرناها فی حاشیة المکاسب فلنرجع الی الشرح (و لو اکرهه علی بیع واحد غیر معین عن عبدین، فباعهما، او باع نصف احدهما و) قال (فی التذکرة) فیه (اشکال) حیث انه لم یفعل المکره علیه، فلا اکراه، و حیث ان البیع صدر عن الاکراه بحیث انه لو لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۰

اقول: اما بیع العبدین فإن کان تدریجا، فالظاهر وقوع الاول مکرها دون الثانی.

مع احتمال الرجوع إلیه فی التعیین سواء ادعی العکس أم لا؟

و لو باعهما دفعة احتمل صحة الجمیع لانه خلاف المکره علیه.

و الظاهر انه لم یقع شیء منهما عن اکراه.

و بطلان الجمیع لوقوع احدهما مکرها علیه

یکره لم یبع فهو من مصادیق الاکراه.

(اقول: اما بیع العبدین فإن کان تدریجا، فالظاهر) من صدق، الاکراه عرفا (وقوع الاول مکرها، دون الثانی) فانه لما باع الاول انتهی، الاکراه، فلا اکراه فی بیع الثانی.

(مع احتمال الرجوع إلیه) ای الی البائع المکره (فی التعیین) و ان قصد الاکراه بالاول او بالثانی، و یؤخذ بقوله لانه اعرف بقصده (سواء ادعی العکس) بان قال: قصدت الاکراه بالثانی دون الاول (أم لا) بان ادعی قصده الاکراه بالاول.

(و لو باعهما دفعة) حالکون الاکراه کان علی احدهما (احتمل صحة الجمیع لانه) ای البیع دفعة (خلاف المکره علیه) فان الاکراه، علی احدهما لا علی کلیهما.

(و الظاهر) من حال البائع، عرفا (انه لم یقع شیء منهما عن اکراه) فیصح البیع فیهما معا.

(و) یحتمل (بطلان الجمیع لوقوع احدهما مکرها علیه) لانه اراد بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۱

و لا ترجیح.

و الاول اقوی.

و لو اکره علی بیع معین فضم إلیه غیره، و باعهما دفعة، فالاقوی الصحة فی غیر ما اکره علیه.

و اما مسئلة النصف، فان باع النصف بقصد بیع النصف الآخر امتثالا للمکره، بناء اعلی شمول الاکراه لبیع المجموع دفعتین.

احدهما بدون الاکراه فبیع الثانی اکراهی (و لا ترجیح) حتی نقول: ان البیع یصح فی احدهما دون الآخر.

(و الاول) و هو صحة الجمیع (اقوی).

و ربما یقال: ان الحافز له علی بیع الجمیع ان کان هو الاکراه، بطل فیهما و الاصح فیهما.

(و لو اکره علی بیع) عبد (معین) مثلا (فضم إلیه غیره) کعبد ثان (و باعهما دفعة) فی صفقة واحدة (فالاقوی الصحة فی غیر ما اکره علیه) لانه صدر عن قصد و اختیار، و لا مانع فی صحة بعض العقد، دون بعض کما لو باع الخمر و الخل، او ما یملکه و ما لا یملکه.

(و اما مسئلة النصف) فیما لو اکره علی بیع تمام العبد فباع نصفه (فان باع النصف) بعد الاکراه علی الکل (بقصد بیع النصف الآخر) او فرارا عن النصف الاخر بزعم اکتفاء المکره ببیع النصف فقط (امتثالا للمکره بناء علی شمول الاکراه لبیع المجموع دفعتین) حتی یکون بیع النصف صادرا عن الاکراه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۲

فلا اشکال فی وقوعه مکرها علیه، و ان کان لرجاء ان یقنع المکره بالنصف، کان أیضا اکراها.

لکن فی سماع دعوی البائع ذلک مع عدم الامارات نظر.

بقی الکلام فیما وعدنا ذکره من الفرع المذکور فی التحریر، قال فی التحریر: لو اکره علی الطلاق، فطلق ناویا، فالاقرب وقوع الطلاق انتهی و نحوه فی المسالک بزیادة احتمال عدم الوقوع، لان الاکراه اسقط اثر اللفظ.

(فلا اشكال فی وقوعه) ای بیع النصف (مكرها علیه، و ان كان) بیع النصف (لرجاء ان یقنع المكره) بالكسر (بالنصف، كان أیضا اكراها) لانه بعث علی البیع.

(لكن فی سماع دعوی البائع ذلک) و انه انما باع النصف لیبیع النصف الآخر مرة ثانیة او لرجاء اكتفاء المكره بالنصف فقط (مع عدم الامارات) العرفیة الدالة علی صحة دعواه (نظر) لان النصف لیس مكرها علیه و انما المكره علیه الكل، و لم یفعله.

(بقی الكلام فیما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فی التحریر، قال فی التحریر: لو اكره علی الطلاق، فطلق ناویا) وقوع الطلاق (فالاقرب وقوع الطلاق) لانه لم یكن مكرها علی النیة، فاذا نوی كان طلاقا اختیاریا (انتهی، و نحوه فی المسالک بزیادة احتمال عدم الوقوع) للطلاق (لان الاكراه اسقط اثر اللفظ) فكانه لا لفظ.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۶، ص: ۳۶۳

و مجرد النیة لا حكم لها.

و حكی عن سبطه فی نهایة المرام انه نقله قولا.

و استدل علیه بعموم ما دل من النص و الاجماع: علی بطلان عقد المكره،

و الاكراه یتحقق هنا اذ: المفروض انه لو لاه لما فعله.

ثم قال: و المسألة محل اشكال انتهی، و عن بعض الاجلة انه لو علم انه لا یلزمه الا اللفظ و له تجریده عن القصد

(و مجرد النیة) للطلاق المقارنة لاجراء اللفظ الاكراهی (لا حكم لها) اذ: لا بدّ فی العقود، و الایقاعات، من اللفظ.

(و حكی عن سبطه) ای سبط الشهید الثانی (فی) كتاب (نهایة المرام انه نقله) ای عدم وقوع الطلاق اذا كان اللافظ مكرها (قولا) لبعض الفقهاء، لا مجرد الاحتمال كما فی كلام المسالک.

(و استدل علیه بعموم ما دل من النص و الاجماع: علی بطلان عقد المكره) مثل حدیث: رفع الاكراه.

(و الاكراه یتحقق هنا) فلا یقال: انه لا اكراه، اذ: الزوج غیر مكره فی طلاق زوجته (اذ: المفروض انه لو لاه) ای لو لا الاكراه فی اجراء اللفظ (لما فعله) ای لما اجری اللفظ، المكره لفظ الطلاق.

(ثم قال) السبط: (و المسألة محل اشكال، انتهی، و عن بعض الاجلة انه لو علم) مجری لفظ الطلاق (انه لا یلزمه الا اللفظ و) یمكن (له تجریده) ای اللفظ (عن القصد) بان لا یقصد الطلاق باللفظ

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۶، ص: ۳۶۴

فلا شبهة فی عدم الاكراه.

و انما یحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلک سواء ظن لزوم القصد و ان لم یرده المكره أم لا؟ انتهی، ثم ان بعض المعاصرین ذكر الفرع عن المسالک، و بناه علی ان المكره لا قصد له اصلا فرده بثبوت القصد للمكره، و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها علیه.

و فیه ما عرفت سابقا من: انه لم یقل احد بخلو المكره

(فلا شبهة فی عدم الاكراه) لانه یتمكن من عدم اجراء لفظ الطلاق، و مع التمكن من الفرار عن المكره لا وجه لصدق الاكراه.

(و انما یحتمل الاكراه مع عدم العلم) من اللفظ (بذلک) ای بانه لا یلزمه الا اللفظ (سواء ظن لزوم القصد) الی وقوع الطلاق (و ان لم یرده) ای لم یرد القصد (المكره) بالكسر (أم لا) بان لم یلتفت الی ذلک اصلا (انتهی، ثم ان بعض المعاصرین ذكر الفرع) ای فرع الاكراه علی التلفظ بلفظ الطلاق (عن المسالک، و بناه) ای بنی كلام المسالک الّذی قال: احتمال عدم الوقوع، (علی ان المكره) بالفتح (لا قصد له اصلا).

فقد زعم المعاصر ان الشهید یرید عدم تمشی القصد من المکره اطلاقا.

(فرده) ای رد المعاصر، المسالک (بثبوت القصد للمکره) بالفتح (و جزم) المعاصر (بوقوع الطلاق المذکور) الّذی کان مجریه مکرها فی الاجراء (مکرها علیه) فیبطل، فلا وجه لاحتمال الصحة.

(و فیه) ای فی کلام هذا المعاصر (ما عرفت سابقا من: انه لم یقل احد بخلو المکره) بالفتح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۵

عن قصد معنی اللفظ.

و لیس هذا مرادا من قولهم: ان المکره غیر قاصد الی مدلول اللفظ

و لذا شرک الشهید الثانی بین المکره و الفضولی، فی ذلک کما عرفت سابقا، فبناء هذا الحکم فی هذا الفرع علی ما ذکر ضعیف جدا.

(عن قصد معنی اللفظ) حتی یکون هذا هو مراد الشهید فی المسالک

(و لیس هذا) ای الخلو عن القصد (مرادا من قولهم: ان المکره غیر قاصد الی مدلول اللفظ).

بل مرادهم ان المکره لا یقصد وقوع المفهوم عن اللفظ.

اذ: هناک لفظ، و معنی، و إرادة وقوع المنشأ بهذا اللفظ.

و الّذی یقول ان المکره لا قصد له یرید نفی الشیء الثالث، لا الشیء الثانی.

(و لذا) الّذی ذکرنا، من انه: لیس مرادهم، عدم قصد المدلول فی المکره- (شرک الشهید الثانی بین المکره) بالفتح (و) بین (الفضولی، فی ذلک) ای فی عدم إرادة المعنی، مع وضوح انه لا یقصد ان الفضولی لا یرید المعنی، بل قصد الشهید انّ الفضولی لا یقصد قصدا جبریا کقصد الملاک.

فهذا شاهد علی ان مراده من نفی القصد عن المکره، نفی قصد الجدیة لا نفی المعنی (کما عرفت سابقا، فبناء) المعاصر (هذا الحکم) ای بطلان الطلاق (فی هذا الفرع) ای فرع الاکراه فی اجراء لفظ الطلاق (علی ما ذکر) من عدم قصد المعنی من اللفظ (ضعیف جدا).

اذ: القصد موجود سواء قلنا: بالصحة أم بالبطلان؟.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۶

و کذا ما تقدم عن بعض الاجلة من انه: ان علم بکفایة مجرد اللفظ المجرد عن النیة فنوی اختیارا صحّ، لان مرجع ذلک الی وجوب التوریة علی العارف بها المتفطن لها اذ: لا فرق بین التخلص بالتوریة و بین تجرید اللفظ عن قصد المعنی بحیث یتکلم به لاغیا.

و قد عرفت ان ظاهر

(و کذا) فی الضعف (ما تقدم عن بعض الاجلة من انه: ان علم) المکره علی لفظ الطلاق (بکفایة مجرد اللفظ المجرد عن النیة) ای کفایته فی التخلص من الاکراه (فنوی) الطلاق (اختیارا) فی قصده (صحّ) الطلاق.

و انما قلنا: بضعف هذا الکلام (لان مرجع ذلک) الکلام (الی وجوب التوریة علی العارف بها) ای بالتوریة (المتفطن لها) حال اجراء اللفظ

اذ: مفاد کلام هذا البعض انه ان تمکن من التوریة و لم یورّ کان اختیارا منه فی ایقاع الطلاق فیوجب ذلک صحة الطلاق.

و انما قلنا: بان کلام بعض الاجلة ضعیف ککلام المعاصر (اذ: لا فرق بین التخلص) عن الاکراه (بالتوریة) بان یقصد غیر المعنی المتعارف من اللفظ (و بین) التخلص ب (تجرید اللفظ) ای لفظ الطلاق (عن قصد المعنی) بان یقول: اللفظ بدون قصد المعنی اطلاقا

(بحیث یتکلم) المکره (به) ای باللفظ (لاغیا).

فکلاهما یقولان: بصحة الطلاق ان تمکن من التصرف فی اللفظ و لم یتصرف، اما تصرفا بالتوریة او تصرفا بتجرید اللفظ عن المعنی.

(و) انما کان کلا القولین ضعیفا، لما (قد عرفت) من (ان ظاهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۷

الادلة، و الاخبار الواردة فی طلاق المکره و عتقه، عدم اعتبار العجز عن التوریة.

و توضیح الاقسام المتصورة فی الفرع المذکور: ان الاکراه الملحوق بوقوع الطلاق قصدا إلیه راضیا به.

اما ان لا یکون له دخل فی الفعل اصلا بان یوقع الطلاق قصدا إلیه عن طیب النفس، بحیث لا یکون الداعی إلیه هو الاکراه لبنائه علی تحمل الضرر المتوعد به.

الادلة، و الاخبار الواردة فی طلاق المکره و عتقه، عدم اعتبار العجز عن التوریة) و بطریق اولی لا یعتبر العجز عن التجرید.

و علیه: فطلاق المکره باطل، و ان لم یورّ و لم یلغی الکلام و قد کان عارفا بهما.

(و توضیح الاقسام المتصورة فی الفرع المذکور) ای فرع الاکراه، علی اجراء لفظ الطلاق (ان الاکراه الملحوق) ای الّذی یلحق (بوقوع الطلاق قصدا إلیه) ای الی الطلاق (راضیا به) ای بالطلاق بمعنی ان: الطلاق المقصود المرضی، إذا لحقه الاکراه.

(اما ان لا یکون له) ای للاکراه (دخل فی الفعل) ای فعل الطلاق (اصلا بان یوقع) اللافظ (الطلاق قصد إلیه عن طیب النفس بحیث لا یکون الداعی إلیه) ای الی الطلاق (هو الاکراه) و انما لیس داعیه الاکراه (لبنائه) ای مجری لفظ الطلاق (علی تحمل الضرر المتوعد به) فلا یکون طلاقه عن خوف، اذ لا یبالی بالضرر اصلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۸

و لا یخفی بداهة وقوع الطلاق هنا، و عدم جواز حمل الفرع المذکور علیه فلا معنی لجعله فی التحریر اقرب.

و ذکر احتمال عدم الوقوع فی المسالک، و جعله قولا فی نهایة المرام، و استشکاله فیه، لعموم النص و الاجماع.

و کذا لا ینبغی التأمل فی وقوع الطلاق لو لم یکن الاکراه مستقلا فی داعی الوقوع، بل هو بضمیمة شیء اختیاری للفاعل.

(و لا یخفی بداهة وقوع الطلاق هنا) فی صورة عدم اهتمامه بالضرر (و عدم جواز حمل الفرع المذکور) ای فرع بطلان الطلاق بسبب الاکراه (علیه) ای علی هذا الحال، و هو حال عدم اهتمام المکره بالاکراه و انما یجری الطلاق عن اختیاره و ارادته (فلا معنی لجعله) ای وقوع الطلاق (فی التحریر اقرب) اذ: لا وجه لعدم الوقوع اصلا.

(و) کذلک لا معنی له (ذکر احتمال عدم الوقوع) للطلاق (فی المسالک) اذ لا وجه لاحتمال عدم الوقوع (و) لا معنی ل (جعله) ای وقوع الطلاق (قولا) حیث قال: قیل بوقوع الطلاق (فی نهایة المرام، و استشکاله فیه) فی وقوع الطلاق (لعموم النص و الاجماع) علة للاستشکال فی الوقوع، من جهة النص و الاجماع، ببطلان ما اکره علیه.

(و کذا لا ینبغی التأمل فی وقوع الطلاق لو لم یکن الاکراه مستقلا فی داعی الوقوع، بل) کان (هو) ای الاکراه (بضمیمة شیء اختیاری للفاعل) بان سبب الطلاق امران، الاکراه و إرادة الزوج التخلص من ثقل النفقة مثلا.

و انما یصح الطلاق، لان الاکراه لم یکن داعیا، و انما هو جزء الداعی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۶۹

و إن کان الداعی هو: الاکراه.

فاما ان یکون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمکره بالکسر، کمن قال له ولده: طلق

زوجتك، و الا قتلتك، او قتلت نفسى، فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه او قتل الغير له اذا تعرض لقتل والده.

او كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر، او على المطلقة او

و الظاهر من الادلـة ان الاكراه الموجب للبطلان هو: ما اذا كان مجرد الاكراه (و إن كان الـداعى) الى الطلاق (هو: الاكراه) فقط بدون ضميمة شيء إليه.

(فاما ان يكون الفعل) الّذى يأتى به اكراها (لا من جهة التخلص عن الضـرر المتوعد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولـده: طلق زوجتك، و الا قتلتك، او قتلت نفسـى) على سبيل منع الخلو (فطلق الوالـد) زوجته (خوفا من قتل الولـد نفسه) اذا لم يطلق (او قتل الغير) الاجنبى (له) اى للولد (اذا تعرض لقتل والده).

فالطلاق انما وقع فى هـذه الصورة لخوف ضـرر يلحق بالمكره بالكسـر لا لخوف ضـرر يلحق بالمكره بالفتـح، و هـذا المثال لما يلحق الضرر بالمكره بالفتح فى النتيجة، و إن كان الضرر ابتداءً لاحقا بالمكره بالكسر.

ثم جاء المصنف بمثال ثان لما يكون الضرر محضا للمكره بالكسر بقوله:

(او كان الداعى على الفعل) كالطلاق (شفقة دينية) من المكره بالفتح (على المكره بالكسر، او على المطلقة او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۷۰

على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس فى محرم.

و الحكم فى الصورتين لا يخلو عن اشكال، و إن كان الفعل لداعى التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لاجل اعتقاد المكره ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن ان التخلص غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق و حصول

على غيرهما) انسان ثالث (ممن يريد نكاح الزوجة) بعد طلاق الرجل لها (لئلا يقع الناس فى محرم).

مثلاـ علم ان المكره يقع فى الحرام بتزوجه اخته الرضاعيـة اذا لم يطلق زوجته، فيأخـذها المكره بالكسـر، او علم انه اذا لم يطلقها قتلت نفسها او زنت مع صديق لها، او علم انه اذا لم يطلقها، لتكون فى دارها مشرفة على اخوانها، فسد الاخوان لعدم رقيب عليهم، مثلا.

(و الحكم) ببطلان الطلاق الاكراهى (فى الصورتين) صورة كون الداعى الى الطلاق الخوف على المكره، و صورة كون الداعى شفقة دينية بان لا يقع الناس فى الحرام (لا يخلو عن اشكال).

فمن جهة انه لا ضرر على المكره بالفتح، يلزم القول لصحة الطلاق.

و من جهـة صـدق الاكراه فى الجملـة يلزم القول بالبطلان (و إن كان الفعل) الاكراهى صادرا (لداعى التخلص من الضـرر، فقد يكون قصـد الفعل لاجل اعتقاد المكره ان الحـذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة) بان ينوى الطلاق عند اجراء لفظه، اكراها (لغفلته عن ان التخلص) عن الحذر (غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق و) القصد الى (حصول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۷۱

البينونة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة، و الاعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا.

و هـذا كثيرا مـا يتفق للعموم، و قـد يكون هـذا التوطين و الاعراض من جهـة جهله بالحكم الشـرعى او كونه رأى مـذهب بعض العامة فزعم ان الطلاـق يقع مع الاـكراه فـاذا اكره على الطلاق، طلق قاصـدا لوقوعه لان القصـد الى اللفظ المكره عليه بعـد اعتقاد كونه سـببا مستقلا فى وقوع البينونة يستلزم القصد الى وقوعها فترضى نفسه بذلك و يوطنها عليه.

و هذا

البینونة) یکون غافلا عن هذا فیقصد الطلاق حقیقة (فیوطن نفسه علی رفع الید عن الزوجة و الاعراض عنها) زاعما انه مقتضی الاکراه (فیوقع الطلاق قاصدا) حصول البینونة حقیقة. (و هذا) الزعم (کثیرا ما یتفق للعوام، و قد یکون هذا التوطین) للطلاق حقیقة (و الاعراض) من الزوجة (من جهة جهله بالحکم الشرعی) بان لم یعلم انه اذا لم یقصد لم یقع الطلاق، بل زعم انه و ان لم یقصد یحکم الشارع بوقوع الطلاق (او کونه) ای المطلق (رأی مذهب بعض العامة فزعم ان الطلاق یقع مع الاکراه) و لذا یطلق قاصدا (فاذا اکره علی الطلاق طلق قاصدا لوقوعه، لان القصد الی اللفظ المکره علیه) ای لفظ الطلاق، (بعد اعتقاد کونه) ای اللفظ (سببا مستقلا فی وقوع البینونة) و ان لم یقصد (یستلزم القصد الی وقوعها، فترضی نفسه بذلک) الطلاق (و یوطنها) ای النفس (علیه) ای علی الطلاق.

(و هذا) ای الجهل بالحکم الشرعی او کونه رای مذهب بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۲

أیضا کثیرا ما یتفق للعوام، و الحکم فی هاتین الصورتین لا یخلو عن اشکال.

الا ان تحقق الاکراه اقرب.

ثم المشهور بین المتأخرین: انه لو رضی المکره بما

العامة الخ (أیضا کثیرا ما یتفق للعوام، و الحکم) ببطلان الطلاق (فی هاتین الصورتین) ای ما ذکره بقوله: لاجل اعتقاد، و ما ذکره بقوله:

و قد یکون هذا التوطین، (لا یخلو عن اشکال).

اذ: لم یکن مکرها واقعا، و انما جهله و غفلته سبّبا زعمه انه مکره.

(الا ان تحقق الاکراه اقرب) لان العرف یری انه مکره، فالادلة الدالة علی رفع الاکراه شاملة له.

ثم انه لو ظن الاکراه فیما لا اکراه واقعا، بطل، اذ: الفعل صدر عن غیر الرضا، و ذلک موجب للبطلان، کما لو زعم ان زیدا جاء لیقتله اذا لم یطلق، و قد کان الجائی واقعا عمرو.

و لو ظن عدم الاکراه فیما کان اکراه واقعا صح کما انه لو لم یسمع التهدید، و انما طلقها بمحض ارادته.

و لو شک فی الاکراه، فان کان فی فعله منبعثا عن الاکراه فی المعاملة لم تصح، اذ: الباعث له الخوف، و الّا صحت.

ثم ان الباعث علی الفعل علی خمسة اقسام لانه اما اکراه فقط، او اختیار فقط، او کلاهما متساویین، او بزیادة الاکراه، او بزیادة الاختیار.

(ثم) ان (المشهور بین المتأخرین: انه لو رضی المکره) بالفتح (بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۳

فعله صح العقد.

بل عن الریاض تبعا للحدائق: ان علیه اتفاقهم، لانه عقد حقیقی فیؤثر اثره مع اجتماع باقی شرائط البیع، و هو طیب النفس.

و دعوی: اعتبار مقارنة طیب النفس للعقد.

خالیة عن الشاهد، مدفوعة بالإطلاقات.

و اضعف منها دعوی: اعتبارها فی مفهوم العقد اللازم منه

فعله) حال الاکراه.

کما لو طلق زوجته اکراها ثم رغب بنفسه عن الزوجة حتی استحسن فعله السابق (صح العقد) او الایقاع.

(بل عن الریاض تبعا للحدائق: ان علیه) ای علی ایجاب الرضا اللاحق، صحة العمل الاکراهی السابق (اتفاقهم، لانه) حال وقوعه (عقد حقیقی) و انما کان فاقدا لشرط الرضا، فاذا لحقه تمّ الارکان و صح العقد (فیؤثر اثره مع اجتماع باقی شرائط البیع، و هو) ای باقی الشرائط الّذی کان مفقودا ثم وجد (طیب النفس).

(و دعوی: اعتبار مقارنة طیب النفس للعقد) حتی یکون صحیحا- و فی بعض النسخ: لصحة العقد

(خالیة عن الشاهد) و (مدفوعة بالإطلاقات) الدالة علی ان العقد اذا کان معه طیب النفس کان صحیحا.

(و اضعف منها) ای من هذه الدعوی (دعوی: اعتبارها) ای الرضایة و طیب النفس (فی مفهوم العقد اللازم منه) ای من هذا الکلام و هذه الدعوی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۴

عدم کون عقد الفضولی عقدا حقیقة.

و اضعف من الکل دعوی: اعتبار طیب نفس العاقد فی تاثیر عقده اللازم منه عدم صحة بیع المکره بحق.

و کون اکراهه علی العقد تعبدیا لا لتأثیر فیه.

و یؤیده فحوی صحة عقد الفضولی حیث ان المالک طیب النفس بوقوع اثر العقد، و غیر منشئ للنقل بکلامه.

و امضاء إنشاء الغیر لیس الا طیب النفس بمضمونه و لیس إنشاء مستأنفا.

(عدم کون عقد الفضولی عقدا حقیقة) اذ لا طیب لنفس المالک حال العقد بل ربما لا یعرف بالعقد اصلا.

(و اضعف من الکل، دعوی: اعتبار طیب نفس العاقد فی تأثیر عقده).

و حیث ان العاقد اللافظ لا طیب لنفسه فلا یصح عقده (اللازم منه عدم صحة بیع المکره بحق) کاکراه الکافر لبیع عبده المسلم، و ما اشبه ذلک.

(و) عطف علی: عدم (کون اکراهه علی العقد تعبدیا) بان اراد الشارع ان یجری المکره لفظ العقد فقط (لا لتأثیر فیه) ای فی عقده، لانه علی هذا القول لا تأثیر لعقد المکره، اذ: لا طیب لنفسه.

(و یؤیده) ای کلام المشهور (فحوی صحة عقد الفضولی حیث ان المالک طیب النفس بوقوع اثر العقد، و غیر منشئ للنقل بکلامه) اذ: لا کلام للمالک.

(و) من المعلوم ان (امضاء إنشاء الغیر لیس الا طیب النفس بمضمونه) فان المالک یمضی ما انشأه الفضولی (و لیس إنشاء مستأنفا) ای لیس المالک ینشأ إنشاء جدیدا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۵

مع انه لو کان فهو موجود هنا فلم یصدر من المالک هنالک الا طیب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقد، و هذا موجود فیما نحن فیه مع زائد و هو انشائه للنقل المدلول علیه بلفظ العقد.

لما عرفت من ان عقده إنشاء حقیقی

وجه التأمل انه یدل علی ان طیب النفس حیث لحق بالعقد کفی فی الصحة اذ: لا خصوصیة للفضولی من هذه الجهة.

(مع انه لو کان) طیب نفس الفضولی إنشاء مستأنفا (فهو موجود هنا) فیما لو رضی المکره (فلم یصدر من المالک هنالک) فی الفضولی (الا طیب النفس بانتقاله) ای انتقال المال منه الی المشتری من الفضولی فی حالکون هذا الطیب (متأخرا عن إنشاء العقد، و هذا) الطیب المتأخر عن الانشاء (موجود فیما نحن فیه) فیما لو رضی المکره بعد اجراء العقد (مع) شیء (زائد) عن الفضولی (و هو)

ای الشيء الزائد (انشائه) ای المکره (للنقل المدلول علیه بلفظ العقد).

فان المالک فی الفضولی لم ینشأ العقد، و المالک المکره قد إنشاء العقد.

و ان قلت: ان إنشاء المکره لیس عقدا.

قلت: لیس کذلک بل هو عقد.

(لما عرفت من ان عقده إنشاء حقیقی) اذ: لا یشترط فی الانشاء الرضا النفسی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۶

و توهم ان عقد الفضولی واجد لما هو به مفقود هنا و هو طیب نفس العاقد بما ینشئه.

مدفوع بالقطع بان طیب النفس لا اثر له.

لا فی صدق العقدیة اذ یکفی فیه مجرد قصد الانشاء المدلول علیه باللفظ المستعمل فیه.

و لا فی النقل و الانتقال، لعدم مدخلیة غیر المالک فیه.

(و توهم) الفرق بین الفضولی، و بین لحوق الرضا فی المکره حتی اذا قلنا: بالصحة فی الاول، لا یلزم منه الصحة فی الثانی ل (ان عقد الفضولی واجد لما هو به مفقود هنا) فی المکره (و هو طیب نفس العاقد) المجری للفظ العقد (بما ینشئه) و فی المقام المفروض ان منشئ العقد لا یرضی بانشائه، لانه مجبور فی الانشاء مکره علیه.

(مدفوع بالقطع بان طیب النفس) من العاقد (لا اثر له) اطلاقا.

(لا فی صدق العقدیة) عرفا (اذ یکفی فیه) ای فی صدق العقد عرفا (مجرد قصد الانشاء المدلول علیه) ای علی هذا القصد (باللفظ المستعمل فیه) ای فی الانشاء.

(و لا فی النقل و الانتقال، لعدم مدخلیة غیر المالک فیه) ای فی النقل و الانتقال، و المفروض ان المالک راض، و انما المجبور هو العاقد فقط.

و علی هذا فلا فرق بین الفضولی و بین اکراه العاقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۷

نعم لو صح ما ذکر سابقا: من توهم ان المکره لا قصد له الی مدلول اللفظ اصلا، و انه قاصد نفس اللفظ الّذی هو بمعنی الصوت کما صرح به بعض، صح انه لا یجدی تعقب الرضا، اذ لا عقد حینئذ.

لکن عرفت سابقا انه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوی فراجع

فظهر مما ذکرنا ضعف وجه التأمل فی المسألة، کما عن الکفایة و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثانی فی جامع المقاصد

(نعم لو صح ما ذکر سابقا: من توهم ان المکره لا قصد له الی مدلول اللفظ اصلا، و انه) ای المکره (قاصد نفس اللفظ الّذی هو بمعنی الصوت) فقط- (کما صرح به بعض، صح) کلام من قال: (انه لا یجدی) فی صحة عقد المکره (تعقب الرضا، اذ لا عقد حینئذ) اصلا، فان مجرد اللفظ لیس بعقد

(لکن عرفت سابقا انه) ای ان المکره لا قصد له (خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوی) لظهورها فی ان عقد المکره فاقد للرضا، لا لمعنی العقدیة (فراجع) النصوص و الفتاوی، لتظهر لک ذلک بالإضافة الی ما نجده بالوجدان من قصد المکره المعنی.

(فظهر مما ذکرنا) وجها لکلام المشهور المتأمّلین بصحة عقد المکره اذا لحقه الرضا (ضعف وجه التأمل فی المسألة، کما) نقل التأمل (عن الکفایة و مجمع الفائدة تبعا) تأمل (المحقق الثانی فی جامع المقاصد).

و قد استدل للبطلان، بقوله: الا ان تکون تجارة عن تراض، و بحدیث رفع الاکراه، و بانه کالهازل. و بانه لا قصد له، و باصالة عدم الانعقاد، و بانه لو رفض الاصیل ما باعه الفضولی ثم اجاز لم ینفع مع ان الکراهة متوسطة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۸

و ان انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، الدال علی اعتبار کون العقد عن التراضی.

مضافا الی النبوی المشهور الدال علی رفع حکم الاکراه مؤیدا بالنقص بالهازل.

مع انهم لم یقولوا بصحته بعد لحوق الرضا.

و الکل: کما تری.

لان دلالة الآیة علی اعتبار وقوع العقد عن

و هنا الکراهة فی الاول و الوسط (و ان انتصر لهم) للمتألمین فی المسألة الصحة عند لحوق الرضا (بعض من تأخر عنهم بقوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، الدال علی اعتبار کون العقد عن التراضی).

و فی المقام لم یبن العقد علی التراضی و انما لحقه التراضی، فالمسألة داخلة فی: لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ*.

(مضافا الی النبوی المشهور الدال علی رفع حکم الاکراه) فالعقد المبنی علی الاکراه لا یترتب علیه حکم سائر العقود (مؤیدا) عدم الصحة (بالنقض بالهازل) فانه اذا اجری صیغة العقد هزلا، ثم رضی به جدّا لم ینفع بلا اشکال.

(مع انهم لم یقولوا بصحته بعد لحوق الرضا).

و ما نحن فیه قریب منه اذ لفظ المکره کلفظ الهازل.

(و الکل: کما تری) لا دلالة فیها علی بطلان العقد الّذی لحقه الرضا.

(لان دلالة الآیة) الا ان تکون تجارة (علی اعتبار وقوع العقد عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۷۹

التراضی، اما بمفهوم الحصر.

و اما بمفهوم الوصف.

و لا حصر کما لا یخفی.

لان الاستثناء منقطع غیر مفرغ.

التراضی، اما بمفهوم الحصر) حیث حصرت الآیة الصحیح من العقد فیما انشأ عن الرضا، فحیث لا رضی هنا فلا صحة.

(و اما بمفهوم الوصف) حیث ان الآیة بمنزلة ان یقال: العقد الناشئ عن التراضی صحیح، و مفهومه: ان ما لا ینشأ عن التراضی لیس بصحیح فالحصر مثل ان یقول: لا تکرم الا الرجل العالم، و الوصف مثل ان یقول: اکرم الرجل العالم.

(و لا حصر کما لا یخفی).

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

اذ الحصر انما یتحقق مع کون الاستثناء متصلا، مثل ان یقول: ما جاءنی احد الا زید و لیست الآیة کذلک، لانها نهت عن الاکل بالباطل.

و من المعلوم ان التجارة عن تراض لیست اکلا بالباطل.

(لان الاستثناء منقطع غیر مفرغ) و لو کان مفرغا کان الاستثناء متصلا اذ لو کان بمنزلة ان یقال لا تأکلوا اموالکم، بوجه من الوجوه لانه باطل الا ان تکون تجارة عن رضایة.

لکن هذا خلاف ظاهر الآیة فان ظاهرها النهی عن الاکل بالباطل و تجویز الاکل بالتجارة.

فالآیة بمنزلة ما جاءنی انسان إلا حمار و انما یستحسن هذا النحو من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸۰

و مفهوم الوصف علی القول به، مقیّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، کما فی: رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ.

و دعوی وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة

الاستثناء، لان السامع قد یتوهم عموم الحکم فی المستثنی منه الی المستثنی، فالاستثناء یدفع هذا التوهم.

و الحاصل انه: لا مفهوم للحصر فی المقام، حتی یدل علی ان:

کل ما لیس تجارة عن تراض، فهو باطل، بل الآیة تدل علی ان: الا کل بالباطل حرام، و التجارة عن تراض صحیح.

اما التجارة التی یلحقها الرضا فلیس داخلا فی احدهما فیتمسک لصحته بعموم العقود، و ما اشبه.

(و مفهوم الوصف علی القول به) ای بان للوصف مفهوما (مقید بعدم ورود الوصف مورد الغالب) و الا- فلا- مفهوم له (کما فی: رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ)

حیث ان الوصف وارد مورد الغالب، فلا- مفهوم له، و الآیة کذلک اذ الغالب فی التجارات کونها عن تراض، فلا تدل کلمة: عن تراض، علی اعتبار الرضا السابق فی صحة المعاملة.

(و دعوی وقوعه) ای الوصف و هو: عن تراض، (هنا) فی الآیة (مقام الاحتراز) عن التجارة التی لم یسبقها الرضا (ممنوعة).

اذ: لا ظهور للوصف فی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸۱

و سیجیء زیادة توضیح لعدم دلالة الآیة علی اعتبار سبق التراضی فی بیع الفضولی.

و اما حدیث الرفع: ففیه أولا: ان المرفوع فیه هی المؤاخذة، و الاحکام المتضمنة لمؤاخذة المکره، و الزامه بشیء.

و الحکم بوقوف عقده علی رضاه، راجع الی انّ له ان یرضی بذلک و هذا حق له، لا علیه

(و سیجیء زیادة توضیح، لعدم دلالة الآیة علی اعتبار سبق التراضی) فی باب التجارة، بل یکفی الرضا اللاحق (فی بیع الفضولی) متعلق ب: سیجیء.

(و اما حدیث الرفع: ف) لا دلالة له علی عدم صحة التجارة المکرهة الملحوقة بالرضا.

اذ: (فیه أولا- ان المرفوع فیه) ای فی الحدیث (هی: المؤاخذة و الاحکام المتضمنة لمؤاخذة المکره، و الزامه بشیء) و: الاحکام، عطف علی قوله: المؤاخذة، ای لا مؤاخذة فی الآخرة علی المکره اذا فعل حراما اکراها، کما لا حکم علیه من جهة العمل المکروه فیه، کوجوب التسلیم فی البیع الاکراهی، و النفقة فی النکاح الاکراهی، و ما اشبه ذلک.

(و) لا- یدخل فی ذلک توقف عقده الاکراهی علی رضاه، حتی یقال: بان هذا الحکم أیضا مرفوع، اذ: (الحکم بوقوف عقده علی

رضاه راجع الی انّ له) ای للمکره (ان یرضی بذلک) العقد الاکراهی (و هذا حق له) ای للمکره (لا علیه) فلا یشمله: حدیث الرفع، اذ: الحدیث یرفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸۲

نعم قد یلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ، حتی یرضی المکره، او یفسخ و هذا الزام لغیره.

و الحدیث: لا یرفع المؤاخذة، و الالزام عن غیر المکره کما تقدم.

و اما الزامه بعد طول المدة باختیار

الاحکام التی علیه، و لا یرفع الاحکام التی له.

(نعم قد یلزم الطرف الآخر) کالمشتری فیما لو باع زید ماله اکراها (بعدم الفسخ حتی یرضی المکره، او یفسخ).

فاذا اکره الجابر زیدا علی بیع داره من عمرو، یلزم علی عمرو ان لا یفسخ البیع حتی یظهر ان زیدا یرضی بهذا البیع أم لا؟

فهذا الحکم الالزامی الّذی لزم علی الطرف الآخر لم یرفعه: الحدیث لکنه لا یضر بما قلنا: بان حدیث الرفع یرفع الاحکام الالزامیة.

(و) ذلک لان (هذا) الالزام، بان لا یفسخ (الزام لغیره) ای لغیر المکره، و لیس الزاما له، حتی یستشکل بانه کیف لم یرفع هذا الالزام حدیث الرفع؟

(و) من المعلوم انّ: (الحدیث، لا یرفع المؤاخذة، و الالزام عن غیر المکره) و انما یرفعهما عن المکره فقط (کما تقدم).

فان قلت: ذکر جماعة من الفقهاء انه یلزم المکره بان یفسخ ما اوقعه اکراها او یمیضه، و هذا ینافی رفع الاکراه، لانه حق علیه، لا له.

قلت: (و اما الزامه) ای المکره (بعد طول المدة) مما یوجب ضرر الطرف الآخر، فی الصبر بدون معلومیة ان المال انتقل إلیه أم لا؟ (باختیار)،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸۳

البیع، او فسخه، فهو من توابع الحق الثابت له بالاکراه، لا من احکام الفعل المتحقق علی وجه الاکراه.

ثم ان ما ذکرنا واضح علی القول بکون الرضا ناقلا.

متعلق ب: الزامه، (البیع) الّذی وقع اکراها (او فسخه، ف) لیس هذا حکما علی المکره حتی یکون مرفوعا بحدیث الرفع، بل (هو من توابع الحق الثابت له بالاکراه) فان الاکراه اوجب له حقا، و هو ان بیده اختیار الفسخ و الامضاء

و من توابع هذا الحق انه یکرهه الحاکم علی احد الامرین (لا من احکام الفعل) ای العقد (المتحقق علی وجه الاکراه) حتی یقال: ان الاکراه یرفع اثر العقد فکیف یترتب علی هذا العقد ان علیه ان یمضی او یفسخ؟

فما یثبت بسبب الاکراه لا یرفعه الحدیث، و انما یرفع آثار الشیء المکره علیه، و ذلک کما لو قالوا ان الاضطرار انما یرفع الآثار التی لو لا الاضطرار کانت، امّا ما یترتب علی نفس الاضطرار فلا، مثلا: اکل المیتة حرام، هذا الحکم یرفعه الاضطرار، اما الحلیة المترتبة علی نفس الاضطرار فلا یرفعها الاضطرار لان الموضوع لا یرفع حکمه.

(ثم ان ما ذکرنا) من ان المکره لا یلزم بشیء، و انه یتوقف صحة العقد علی رضاه (واضح علی) کلا (القول) بکون الاجازة ناقلة او کاشفة.

اما علی القول (بکون الرضا ناقلا) فلانه حین الاجازة راض، فلا اکراه و یصدق: تجارة عن تراض، و قبل الرضا لا ملکیة للمنقول إلیه فی مال المکره، فلا یلزم المکره بشیء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۸۴

و کذلک على القول بالکشف بعد التأمل.

و ثانيا انه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الاكراه يرتفع عنه اذا وقع مكرها عليه كما هو معنى: رفع الخطاء،

(و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل) اذ: قبل الرضا لا كاشف، فلا يلزم بشىء، و اذا جاء الكاشف كان من: التجارة عن تراض.

و انما قال: بعد التأمل، لانه ربما يتوهم ان الكشف يقتضى الملكية السابقة على الرضا، فالمكره ملزم من حين العقد.

و الجواب ان الالزام الفعلى تابع للعلم، و لا علم قبل الرضا، اذ:

لا كشف،.

(و ثانيا) عطف على: أولا، فى مقام بيان ان: حديث الرفع، لا يدل على فساد البيع الاكراهى، بعد ان لحقه الرضا من المكره.

و حاصله ان اثر العقد اى النقل مرفوع بالاكراه، اما: بعض الاثر، اى قابلية العقد لان يلحقه الرضا، فلم يكن ثابتا للعقد حتى يرفع بالاكراه

اذ: الثابت للعقد تمام الاثر، لا بعضه، ف (انه) اى حديث رفع الاكراه (يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكره عليه) اى العقد- و الحكم هو النقل و الانتقال- (لو لا الاكراه) فانه لو لم يكن مكرها ثبت النقل و الانتقال (يرتفع) ذلك الحكم (عنه اذا وقع) الفعل- اى العقد (مكرها عليه كما هو) أيضا (معنى رفع الخطاء) فانه لا يثبت الحكم على الفعل الخطئى، و إن كان ثابتا على الفعل اذا صدر عن عمد، مثلا: الحد الثابت على الشرب العمدى لا يثبت على الشرب الخطئى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۸۵

و النسيان أيضا.

و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لان اثر العقد الصادر من المالك- مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه- السببية المستقلة لنقل المال

و من المعلوم انتفاء هذا الاثر بسبب الاكراه.

و هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه، حيث انه

(و) معنى: رفع (النسيان) فالشرب النسيانى لاحد عليه، بينما الشرب العمدى عليه الحد (أيضا) اى لا يثبت الحكم على الاكراه، كما لا يثبت على الخطاء و النسيان.

(و هذا المعنى) اى عدم ثبوت الحكم على الفعل الاكراهى (موجود فيما نحن فيه) عن العقد الاكراهى (لان اثر العقد الصادر من المالك) الّذى عقد مكرها (- مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه-) فان: رفع الاكراه يرفع اثر العقد، و نحن نلاحظ الاثر، ثم نلحقه بحديث: رفع الاكراه، لنرى ما هو الشىء الّذى رفعه الاكراه

فاثر العقد (السببية المستقلة لنقل المال) و لو قال المصنف: لان العقد سبب، كان احسن اذ: الاثر، ليس سببا و انما: العقد سبب،

(و من المعلوم انتفاء هذا الاثر بسبب الاكراه) فان العقد الاكراهى لا يؤثر نقلا و انتقالا.

(و) ان قلت: ان للعقد الاكراهى بعض الاثر، و هو: انه قابل لان يلحقه الرضا، فيؤثر الاثر الكامل.

قلت: (هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه، حيث انه) اى هذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۸۶

جزء العلة التامة للملكية، لم يكن ثابتا للفعل، مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع به، اذ: المفروض ان الجزئية ثابتة له، بوصف الاكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه؟

و بعبارة اخرى: اللزوم الثابت للعقد، مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه، هو: اللزوم المنفى بهذا الحديث.

و المدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه، هو: وقوفه على رضى المالك، و هذا غير مرتفع بالاكراه

الاثر الناقص (جزء العلة التامة للملكية) و جزئها الآخر الرضا اللاحق (لم يكن ثابتا للفعل) اى العقد (مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع) هذا الاثر الناقص (به) اى بالاكراه.

فان الاكراه انما يرفع الآثار التى هى للفعل، و ليس الاثر الناقص اثرا للفعل (اذ: المفروض ان الجزئية) اى جزئية العقد للنقل، و جزئه الآخر الرضا (ثابتة له) اى للعقد (بوصف الاكراه) فان: العقد الاكراهى، يؤثر اثرا ناقصا (فكيف يعقل ارتفاعه) اى الاثر (بالاكراه؟) فان الشيء المترتب على الاكراه لا يرتفع بالاكراه، اذ: لا يعقل ان يكون الشيء موجبا لازالة اثر نفسه. (و بعبارة اخرى) فى بيان ان الاكراه لا يرفع قابلية العقد للحوق الرضا به (اللزوم الثابت للعقد، مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث) اى بحديث نفى الاكراه.

(و المدعى) اى الشيء ندعى (ثبوته للعقد بوصف الاكراه، هو وقوفه) فى اعطاء الاثر (على رضى المالك، و هذا) الاثر (غير مرتفع بالاكراه) لانه اثر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۳۸۷

لكن يرد على هذا: ان مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها، لصحة بيع المكره و وقوفه، على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع الى اصالة الفساد.

و بعبارة اخرى ادلة صحة البيع: تدل على سببية مستقلة فاذا قيدت

نفس الاكراه.

(لكن يرد على هذا) اى ترتب الاثر الجزئى على عقد المكره ثم تحميله بالرضا، لحصول النقل و الانتقال (ان مقتضى حكومة الحديث) اى حديث لا اكراه (على الاطلاقات) الدالة على تأثير العقد للنقل (هو تقيدها) اى الاطلاقات (بالمسبوقية بطيب النفس).

فالمعنى: انه لا اثر اطلاقا لا كليا و لا جزئيا اذا لم يكن طيب النفس (فلا يجوز الاستناد إليها) اى الى الاطلاقات (لصحة بيع المكره، و وقوفه) اى وقوف اثره اى النقل (على الرضا اللاحق).

و على هذا (فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره) بعد سقوط الاطلاقات بسبب: حديث الرفع (فيرجع) عند الشك فى الصحة اذا لحقه الرضا (الى اصالة الفساد) لان الاصل عدم الانعقاد.

(و بعبارة اخرى) لبيان ان حديث: الاكراه لا يبقى مجالا لتأثير عقد المكره و لو اثرا جزئيا (ادلة صحة البيع) مثل: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ما اشبه (تدل على سببية مستقلة) و ان البيع سبب مستقل لافادة الاثر و النقل (فاذا قيدت) ادلة: البيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۶، ص: ۳۸۸

بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الاعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه مقيدا له، فلا ينفع.

اللهم الا ان يقال: ان الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الادلة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس

(بغير المكره) بسبب دليل رفع الاكراه (لم يبق لها) اى لادلّة البيع (دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع

بالمعنى الاعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه مقيدا له، فلا ينفع).

و عليه فلا تشمل الاطلاقات بيع المكره و يكون المرجع حينئذ اصالة الفساد

(اللهم الا ان يقال) فى بيان عدم حكومة ادلة: الاكراه على الاطلاقات، فتشمل الاطلاقات بيع المكره ببيان ان الاطلاقات تقول: البيع المرضى به، صحيح، و لو كان الرضا لاحقا به.

و على هذا فدليل الاكراه لا يشمل البيع المرضى به اذ لا اكراه بعد الرضا

ف (ان الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة) اى سببية البيع للنقل بدون احتياج الى شىء آخر (مقيدة) تلك الاطلاقات (بحكم الأدلة الاربعة) اى ان التقييد انما نشاء من الادلة الاربعة (المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس) فان الكتاب و السنة و الاجماع و العقل: دلت على عدم جواز اكل اموال الناس بدون رضايتهم.

و عليه ف: احل الله البيع، مقيد ب: البيع عن طيب النفس، و قوله:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۸۹

بالبيع المرضى به، سبقه الرضا، او لحقه؟

و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها.

اذ: البيع المرضى به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له.

و اما المرضى به بالرضا اللاحق فانما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، و هو اصل البيع.

و لا نقول بتأثيره بل مقتضى الادلة الاربعة مدخلية الرضا فى تأثيره، و

(بالبيع المرضى به) متعلق ب: مقيدة، و قوله بحكم الخ بيان لوجه التقييد (سبقه الرضا) اى سبق البيع الرضا، بان رضى البائع ثم باع (او لحقه) بان باع مكرها ثم رضى به.

(و مع ذلك) اى بعد تقييد الاطلاقات بالبيع المرضى به (فلا حكومة للحديث) اى حديث الاكراه (عليها) اى على تلك الاطلاقات.

(اذ: البيع المرضى به سابقا) اى ما كان الرضا سابقا على العقد (لا يعقل عروض الاكراه له) فلا حكومة للاكراه على الاطلاق فى هذا القسم من البيع.

(و اما المرضى به بالرضا اللاحق) على العقد (فانما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، و هو اصل البيع) قبل الرضا فان البيع قبل الرضا، مكره عليه.

(و لا نقول) نحن (بتأثيره) اى تأثير ذات البيع، قبل لحوق الرضا به (بل) بالعكس نقول بعدم تأثيره.

لان (مقتضى الادلة الاربعة مدخلية الرضا فى تأثيره، و) فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۹۰

وجوب الوفاء به.

فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد- المكره عليه- و الرضا به لاحقا.

و لازمه بحكم العقل، كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام، و هذا لا يرتفع بالاكراه، لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض.

الا ان يقال: ان ادلة الاكراه، كما ترفع السببية المستقلة التى افادتها الاطلاقات قبل التقييد

(وجوب الوفاء به) فالذى نقول بتأثيره هو الموصوف مع الوصف لا الموصوف المجرد

(فالاطلاقات) لادلة البيع (بعد التقييد) اى تقييدها بالأدلّة الاربعة الدالة على اشتراط الرضا (تثبت التأثير التام لمجموع العقد- المكره

علیه- و الرضا به لاحقا) ای مجموع العقد و الرضا.

(و لازمه) ای لازم کون التأثیر للمجموع من العقد و الرضا (بحکم العقل) الّذی یری لکل جزء من اجزاء العلة مدخلیة فی التأثیر (کون العقد المکره علیه بعض المؤثر التام، و هذا) ای کون: العقد المکره علیه، بعض المؤثر (لا یرتفع بالاکراه، لان الاکراه مأخوذ فیه بالفرض) حیث انا فرضنا: العقد المکره علیه، فکیف یمکن ان یکون: الاکراه، جزءا من الموضوع و یکون حکما للموضوع.

(الا ان یقال) فی بیان رفع الاکراه لکون العقد جزءا من السبب (ان ادلة الاکراه، کما ترفع السببیة المستقلة التی افادتها) ای افادت السببیة المطلقة (الاطلاقات) لادلة البیع (قبل التقیید) لتلک الاطلاقات بالأدلّة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۱

ترفع مطلق الاثر عن العقد المکره علیه لان التأثیر الناقص أیضا استفید، من الاطلاقات بعد تقییدها بالرضا الاعم من اللاحق.

و هذا لا یفرق فیه أیضا بین جعل الرضا، ناقلا او کاشفا اذ: علی الاول یکون تمام المؤثر نفسه.

و علی الثانی یکون الامر المنتزع منه العارض للعقد، و هو تعقبه للرضا

الاربعة (ترفع) کذلک (مطلق الاثر عن العقد المکره علیه) حتی الاثر الجزئی.

فدلیل الاکراه یقول: لا اثر للعقد المکره علیه لا اثرا کلیا، و لا اثرا جزئیا.

و انما نقول بان ادلة الاکراه ترفع الاثر الجزئی أیضا (لان التأثیر الناقص) للعقد المکره علیه (أیضا) کالتأثیر الکامل (استفید من الاطلاقات بعد تقییدها) ای الاطلاقات (بالرضا) المستفاد من الادلة الاربعة (الاعم من اللاحق).

فان الادلة الاربعة تقول: العقد المرضی به رضا سابقا او لاحقا، صحیح (و هذا) الّذی ذکرنا من عدم التأثیر للعقد المکره علیه، حتی التأثیر الناقص (لا یفرق فیه أیضا) کما لا یفرق فیه- علی القول الآخر و هو التأثیر الجزئی (بین جعل الرضا ناقلا، او کاشفا، اذ: علی الاول) ای النقل (یکون) الرضا (تمام المؤثر نفسه): نفسه، اسم: یکون.

(و علی الثانی) ای الکشف (یکون) تمام المؤثر (الامر المنتزع منه) ای من الرضا (العارض) ذلک الامر المنتزع (للعقد، و هو) ای الامر المنتزع (تعقبه) ای العقد (للرضا) فالمؤثر: الرضا، علی النقل و العقد المتعقب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۲

و کیف کان فذات العقد المکره علیه، مع قطع النظر عن الرضا او تعقبه له، لا یترتب علیه الّا کونه جزء المؤثر التام.

و هذا امر عقلی قهری، یحصل له بعد حکم الشارع بکون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا، او وصف تعقبه له، فتأمل.

للرضا، علی الکشف.

(و کیف کان) و هذا رجوع من المصنف عن حکم: الّا أن یقال، لتأیید ما ذکره قبل: یقال، من تأثیر عقد المکره بعض الأثر.

و حاصله: أنّ العقد تأثیره الجزئی عقلی، فلا یمکن رفعه بدلیل:

الاکراه (فذات العقد المکره علیه، مع قطع النظر عن الرضا) حین العقد (او تعقبه) ای الرضا (له) ای للعقد (لا یترتب علیه) ای علی العقد (الّا کونه جزء المؤثر التام) فی النقل و الانتقال.

(و هذا) الجزئیة للعقد (امر عقلیّ قهری، یحصل له بعد حکم الشارع بکون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا) المقارن له (او وصف تعقبه) ای العقد (له) ای للرضا (فتأمل) فانه و إن کان امرا عقلیا، لا یمکن رفعه تشریعا بالاصالة، الّا أنه یمکن رفعه برفع الکل، بان یقول الشارع:

العقد المکره علیه المعقب بالرضا، لم اجعله مؤثرا، کما یمکن الشارع رفع الزوجیة برفع الاربعة، و ان لم یکن رفع الزوجیة وحدها مع

بقاء الاربعة موجودة.

و لا يخفى ان المصنف ره خرج عن المسألة بالاشكال، و انه متوقف فى انه لو تعقب عقد المكره الرضا، هل انه ينفع فى تأثير الاثر، أم لا؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۹۳

بقى الكلام فى: ان الرضا المتأخر ناقل، او كاشف.

مقتضى الاصل، و عدم حدوث: حل مال الغير الّا عن طيب نفسه هو الاول.

الّا أن الاقوى بحسب الادلة النقلية، هو الثانى، كما سيجىء فى مسئلة الفضولى.

و ربما يدعى: ان مقتضى الاصل هنا، و فى الفضولى، هو: الكشف

(بقى الكلام فى) انه بناء على صحة العقد الاكراهى المتعقب بالرضا فى (ان الرضا المتأخر) عن العقد (ناقل) حتى يكون الاثر من حين الرضا (او كاشف) حتى يكون الاثر من حين العقد.

(مقتضى الاصل) الّذى يقول: بعدم النقل و الانتقال الا حين اليقين بهما (و) مقتضى (عدم حدوث: حل مال الغير الا عن طيب نفسه) لانه شىء لم يكن سابقا فاذا شككنا فيه و انه هل هذا الطيب المتأخر اثّر فى السابق أم لا؟ كان الاصل العدم (هو: الاول) اى النقل.

(الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية) الظاهرة فى: ان المالك انما يحدث بالعقد (هو: الثانى) اى الكشف (كما سيجىء فى: مسئلة الفضولى) إن شاء الله تعالى.

(و ربما يدعى: ان مقتضى الاصل هنا) فى عقد الكاره المتعقب بالرضا (و فى الفضولى: هو: الكشف) فاذا اجاز المالك او الكاره، كشف ذلك عن تقدم النقل و الانتقال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۶، ص: ۳۹۴

لان مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى، و هو النقل من حين العقد.

و ترتب الآثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل.

و فيه ان مفاد العقد السابق، ليس النقل من حينه بل نفس النقل، الا ان انشائه لما كان فى زمان التكلم فان كان ذلك الانشاء مؤثرا فى نظر الشارع فى زمان التكلم حدث الاثر فيه.

و ان كان مؤثرا بعد حصول امر حدث الاثر بعده.

(لان مقتضى الرضا) من المالك (بالعقد السابق) الّذى اوقعه الفضولى، او اوقعه المالك كارها (هو الرضا بما افاده) العقد (من نقل الملك حين صدوره).

و عليه (فإمضاء الشارع للرضا) من المالك (بهذا المعنى) اى من حين الصدور (و هو النقل من حين العقد) لا من حين الرضا و الاجازة.

(و ترتب الآثار عليه) اى على العقد (لا يكون الا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل) و هو حال العقد.

(و فيه) اى فيما ادعى من الكشف نظر ل (ان مفاد العقد السابق،

ليس النقل من حينه) اى من حين العقد (بل) مفاده (نفس النقل الا ان انشائه) اى إنشاء العقد (لما كان فى زمان التكلم) باللفظ (فان كان ذلك الانشاء مؤثرا فى نظر الشارع فى زمان التكلم) فى زمان، متعلق ب: مؤثرا (حدث الاثر فيه) اى فى زمان التكلم.

(و ان کان مؤثرا) فی نظر الشارع (بعد حصول امر حدث الاثر بعده)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۵

فحصول النقل فی نظر الشارع یتبع زمان حکمه الناشئ من اجتماع ما یعتبر فی الحکم.

و لذلک کان الحکم بتحقق الملک بعد القبول

او بعد القبض فی الصرف و السلم، و الهبة.

او بعد انقضاء زمان الخیار علی مذهب الشیخ.

ای بعد ذلک الامر، و الامر هو الرضا فی المکره، و الاجازة فی الفضولی.

(فحصول النقل فی نظر الشارع یتبع زمان حکمه) ای حکم الشارع بالنقل (الناشئ) ذلک الحکم (من اجتماع ما یعتبر فی الحکم) من العقد، و الرضا.

(و لذلک) الّذی ذکرنا من: ان حصول النقل یتبع زمان حکم الشارع و حکمه تابع لاجتماع الشرائط بنظر الشارع (کان الحکم) من الشارع (بتحقق الملک بعد القبول) من المشتری.

(او بعد القبض فی الصرف) و هو بیع الاثمان ای الذهب و الفضة (و السلم) و هو: ما کان الثمن حالا و المثمن مؤجلا، عکس النسیئة

(و الهبة) فان الموهوب لا یملک الهبة، الا بعد قبضها.

(او بعد انقضاء زمان الخیار، علی مذهب الشیخ) الطوسی ره، فانه یری ان الملک لا یحصل الا بعد انقضاء زمان الخیار.

مثلا: الطرفان ما داما فی المجلس الّذی هو زمان الخیار لا یملکان فاذا افترقا ملکا العوضین،

و هذا خلاف نظر المشهور القائلین بالملک فی زمان الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۶

غیر مناف، لمقتضی الایجاب و لم یکن تبعیضا فی مقتضاه بالنسبة الی الازمنة.

فان قلت: حکم الشارع بثبوت الملک، و إن کان بعد الرضا، الا ان حکمه بذلک لما کان من جهة امضائه للرضا بما وقع، فکانه حکم بعد الرضا بثبوت

و انما الخیار فائدته التمکن من فسخ العقد.

فکان الحکم بتحقق الملک بعد هذه (غیر مناف لمقتضی الایجاب) الّذی هو ظاهر فی الملک حین الایجاب.

و قوله: غیر مناف، خبر لقوله: کان الحکم.

و الحاصل: ان حکم الشارع بالملک یتوقف علی اجتماع الشرائط، لا انه بمجرد العقد.

و فیما نحن فیه حکم الشارع بالملک فی عقد المکره، انما هو بعد الرضا لا حین العقد (و لم یکن) الحکم بتأخر الملک عن العقد (تبعیضا فی مقتضاه) ای مقتضی الایجاب (بالنسبة الی الازمنة) حتی یقال: ان الایجاب لو کان مؤثرا، لأثّر من اوّل الازمنة، و لو لم یکن مؤثرا لم یؤثر حتی بعد مدة أیضا.

(فان قلت) لبیان ان الرضا کاشف، لا ناقل (حکم الشارع بثبوت الملک و إن کان) ذلک الحکم (بعد الرضا) من المکره (الا ان حکمه بذلک) بثبوت الملک (لما کان من جهة امضائه) ای امضاء الشارع (للرضا بما وقع) فان الشارع قال: ان رضاک ایها المکره بما وقع عن العقد ممضی لدی (فکانه حکم بعد الرضا بثبوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۷

الملک قبله.

قلت: المراد هو: الملک شرعا، و لا معنی لتخلف زمانه عن زمان الحکم الشرعی بالملک.

و سیأتی توضیح ذلک فی بیع الفضولی إن شاء الله تعالی و ان شئت توضیح ما ذکرنا فلاحظ: مقتضی فسخ العقد، فانه و إن کان حلا للعقد السابق، و جعله کان لم یکن الا انه لا یرتفع به الملکیة السابقة علی الفسخ لان العبرة بزمان حدوثه، لا بزمان متعلقه.

ثم علی القول بالکشف هل للطرف غیر المکره ان یفسخ قبل

الملک قبله) ای قبل الرضا، فاللازم ان نقول بالکشف.

(قلت: المراد) من حصول الملک بعد الرضا (هو: الملک شرعا) لا الملک الّذی قصده المالک (و لا معنی لتخلف زمانه) ای زمان الملک الشرعی (عن زمان الحکم الشرعی بالملک) الّذی هو بعد الرضا.

(و سیأتی توضیح ذلک فی بیع الفضولی إن شاء الله تعالی، و ان شئت توضیح ما ذکرنا) من ان حکم الشارع بالملک، من حین الرضا، لا من حین العقد، و انه لا یستلزم تبعیضا فی مقتضی الایجاب (فلاحظ: مقتضی فسخ العقد، فانه) ای الفسخ (و إن کان حلا للعقد السابق، و جعله) ای العقد للسابق (کان لم یکن الا انه لا یرتفع به الملکیة السابقة علی الفسخ) بل الملکیة من حین الفسخ (لان العبرة بزمان حدوثه، لا بزمان متعلقه) الّذی هو العقد السابق.

(ثم علی القول بالکشف هل للطرف) الآخر (غیر المکره ان یفسخ قبل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۸

رضا المکره أم لا؟ یأتی بیانه فی الفضولی إن شاء الله تعالی.

رضا المکره) و فسخه (أم لا) لیس له الفسخ (یأتی بیانه فی الفضولی إن شاء الله تعالی)

و سیصدر القسم الثالث من کتاب البیع عن قریب إن شاء الله تعالی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۳۹۹

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحة

فی المقبوض بالعقد الفاسد ۳

فی بیان قاعدة: ما یضمن بصحیحه ۷

فی مدرک قاعدة: ما یضمن بصحیحه ۱۱

فی عکس قاعدة: ما یضمن بصحیحه ۳۸

فی وجوب: فوریة الرد الی المالک ۵۲

فی ما لو کان للعین المبتاعة منفعة ۵۶

فی تعریف المثلی و القیمی ۷۳

فی حکم ما اذا لم یوجد المثل الا باکثر من ثمن المثل ۱۰۲

فی ما لو تعذر المثل فی المثلی ۱۰۷

فی ضمان المثلی و تحقیق القول فیه ۱۲۷

فی ما لو دفع القیمة فی المثل المتعذر مثله ۱۳۹
فی ما لو کان التالف المبیع فاسدا ۱۴۱
فی ذکر صحیحة ابی ولاد ۱۵۳
فی تحقیق معنی الخبر الشریف ۱۵۹
فی نقل الاقوال فی الضمان ۱۸۵
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۶، ص: ۴۰۰
الموضوع الصفحة
فی معنی ضمان العین ۱۹۶
فی ان الغرامة هل تعود ملکه الی الغارم أم لا؟ ۲۱۷
فی شروط المتعاقدین ۲۲۸
فی عدم جواز تصرفات الصبی ۲۴۶
فی لزوم قصد مدلول العقد ۲۷۶
فی اعتبار تعیین الموجب و القابل و عدمه ۳۰۷
فی شرطیة الاختیار للمتعاقدین ۳۱۱
فی صحة عقد المکره اذا تعقبه الرضا ۳۸۱
محتویات الکتاب ۳۹۹

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه‍ ق

الجزء السابع

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله و کفی، و صلی الله علی محمد المصطفی، و آله اهل الوفاء هذا هو القسم الثالث من البیع من کتابنا (ایصال الطالب) فی شرح کتاب (المکاسب) للعالم العامل الزاهد الحاج الشیخ المرتضی الانصاری (قدس سره)
کتبته تصبرة للمبتدئین، و تذکرة لغیرهم، و الله الموفق للاتمام، و ان یجعله ذخرا لیوم «لا ینفع فیه مال و لا بنون»
کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳

[تتمة کتاب البیع]

[تتمة الکلام فی شروط المتعاقدین]

اشارة

مسئلة و من شروط المتعاقدین اذن السید لو کان العاقد عبدا،

فلا یجوز للمملوک ان یوقع عقدا الا باذن سیّده، سواء کان لنفسه فی ذمته، او بما فی یده، أم لغیره؟ لعموم: ادلة عدم استقلاله فی اموره قال الله تعالی: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ.

و عن الفقیه: بسنده الی زرارة عن ابی جعفر و ابی عبد الله علیهما السلام قالا: المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه الا باذن سیّده قلت: فإن کان السید زوجه بید من الطلاق؟ قال علیه السلام: بید السید، ضرب الله مثلا

(مسأله: و من شروط المتعاقدین: اذن السید لو کان العاقد عبدا فلا یجوز للمملوک ان یوقع عقدا الا باذن سیّده، سواء کان) العقد (لنفسه فی ذمته) نسیة (او بما فی یده) نقدا (أم لغیره) ممن اجازه فی العقد.

اشارة

و انما یحتاج عقد العبد الی اذن السید (لعموم: ادلة عدم استقلاله فی اموره قال الله تعالی: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا) ای مثلا للآلهة الباطلة التی لا تقدر علی ای شیء من التصرفات، و المثل هو (عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ) فانه یدل علی ان العبد لا یقدر- تشریعا- من التصرفات، کما ان الآلهة الباطلة کالاصنام و ما اشبه لا تقدر- تکوینا- علی التصرفات.

(و عن الفقیه بسنده الی زرارة عن ابی جعفر و ابی جعفر و ابی عبد الله علیهما السلام، قالا: المملوک لا یجوز نکاحه، و لا طلاقه، الا باذن سیده، قلت:

فإن کان السید زوجه بید من الطلاق) کانه یرید ان یقول: حیث ان السید زوجه، فاللازم ان یکون الطلاق بید العبد، اذ: الطلاق من توابع النکاح الّذی اجازه السید (قال علیه السلام: بید السید، ضرب الله مثلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴

عبدا مملوکا لا یقدر علی شیء، فشیء الطلاق.

و الظاهر من القدرة خصوصا بقرینة الروایة هو: الاستقلال.

اذ: المحتاج الی غیره فی فعل غیر قادر علیه.

فیعلم عدم استقلاله فیما یصدق علیه انه شیء فکل ما صدر عنه من دون مدخلیة المولی، فهو- شرعا- بمنزلة العدم لا یترتب علیه الاثر المقصود منه، لا انه لا یترتب علیه حکم شرعی اصلا.

عبدا مملوکا لا یقدر علی شیء، فشیء: الطلاق).

و صورة القیاس هکذا: الطلاق شیء، و العبد لا یقدر علی شیء، فلا یقدر علی الطلاق.

(و الظاهر من القدرة خصوصا بقرینة الروایة، هو: الاستقلال).

فالمعنی: ان العبد لا یتمکن من الاستقلال فی تصرفاته اما التصرف باذن السید فلا تنفیه الآیة.

(اذ: المحتاج الی غیره فی فعل غیر قادر علیه) عرفا، فیصدق انه:

لا یقدر علی شیء.

(فیعلم) من الآیة (عدم استقلاله) ای العبد (فیما یصدق علیه انه شیء)

اما ما لا یصدق علیه انه شیء عرفا، مثل ان یذکر الله تعالی و ما اشبه، و إن کان شیء لغة، فلا بأس به (فکل ما صدر عنه من دون مدخلیة المولی فهو شرعا- بمنزلة العدم لا یترتب علیه الأثر المقصود منه) کالنقل و الانتقال فی باب البیع و الحلّیة و الحرمة فی باب

النکاح و الطلاق، و هکذا (لا انه لا یترتب علیه) ای علی ما یصدر عن العبد (حکم شرعی اصلا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۵

کیف و افعال العبید موضوعات لاحکام کثیرة، کالاحرار.

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]

و کیف کان فانشاءات العبد لا یترتب علیها آثارها من دون اذن المولی اما مع الاذن السابق، فلا اشکال.

و (کیف) یمکن، ان یقال: بعدم ترتب ایّ اثر (و) الحال ان (افعال العبید موضوعات لاحکام کثیرة، کالاحرار) فاجراماته توجب ترتب الحدود علیه، و ضماناته توجب تبعة الضمان و عباداته تسقط القضاء و الکفارة، و جنابته توجب الغسل، الی غیرها من الاحکام الکثیرة.

فمعنی: لا یقدر علی شیء ممّا یری العرف انه تصرف فی حق المولی، أو نص علی ذلک الشرع.

لکن ربما یقال: بعدم شمول الآیة و الروایة، لمثل عقد البیع، فاذا عقد رتب علیه الأثر، اذ: الآیة الکریمة بقرینة ذیلها: ینفق منه سرا و جهرا، لا تدل علی ان العبد مطلقا محجور التصرف، و الروایة انما هی بصدد بیان ان المحرم ما یقال له فی العرف: انه شیء.

و من المعلوم ان اجراء العقد للغیر الّذی لا ینافی حق المولی، لیس:

بشیء.

فالقول بالحرمة تکلیفا و الاحتیاج الی اجازة المولی فی تأثیر عقده الاثر المطلوب منه وضعا محل اشکال.

(و کیف کان فانشاءات العبد لا یترتب علیها آثارها من دون اذن المولی) سابقا أو لاحقا.

(اما مع الاذن السابق فلا اشکال) فی الصحة و تأثیر الأثر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶

و اما مع الاجازة اللاحقة فیحتمل عدم الوقوع، لان المنع فیه لیس من جهة العوضین اللذین یتعلق بهما حق المجیز فله ان یرضی بما وقع علی ماله من التصرف فی السابق و ان لا یرضی، بل المنع من جهة راجعة الی نفس الانشاء الصادر، و ما صدر علی وجه لا یتغیر منه بعده.

و بتقریر آخران الاجازة انما تتعلق بمضمون العقد، و حاصله: اعنی انتقال المال بعوض، و هذا فیما نحن فیه لیس منوطا برضی المولی قطعا اذ:

(و اما مع الاجازة اللاحقة) کما لو عقد بدون اجازة المولی ثم اجاز العقد (فیحتمل عدم الوقوع) لمقتضی العقد (لان المنع فیه) ای منع الشارع عن هذا العقد (لیس من جهة العوضین اللذین یتعلق بهما حق المجیز) کالفضولی، اذ: المنع فیه من جهة تعلق حق المالک المجیز، بالمال (فله) ای للمالک- فی مثل الفضولی- (ان یرضی بما وقع علی ماله من التصرف فی السابق، و ان لا یرضی) فلا یؤثر العقد الفضولی اثرا (بل المنع) هنا فی باب عقد العبد بدون اجازة السید (من جهة راجعة الی نفس الانشاء الصادر) فکانّ الانشاء لا إنشاء (و ما صدر علی وجه) کالبطلان للانشاء فی المقام (لا یتغیر منه) الی وجه آخر (بعده) بعد ان صدر علی وجه خاص، لانه من قبیل انقلاب الموجود الی موجود آخر، و هذا غیر معقول.

(و بتقریر آخران الاجازة) اللاحقة (انما تتعلق بمضمون العقد و حاصله) ای حاصل العقد، و: الواو، عطف علی: مضمون (اعنی انتقال

المال بعوض و هذا فیما نحن فیه لیس منوطا برضی المولی قطعا اذ) المال لیس للمولی فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷

المفروض انه اجنبی عن العوضین، و انما له حق فی کون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده، فاذا وقع علی وجه یستقل به العبد، فلحوق الاجازهٔ لا یخرجه عن الاستقلال الواقع علیه قطعا الا ان الاقوی، هو: لحوق اجازهٔ المولی لعموم ادلهٔ: الوفاء بالعقود.

و المخصص انما دلّ علی عدم ترتب الأثر علی عقد العبد، من دون مدخلیهٔ المولی اصلا سابقا، و لاحقا، لا مدخلیهٔ اذنه السابق.

و لو شک أیضا وجب الاخذ: بالعموم فی مورد الشک.

(المفروض انه) ای المولی (اجنبی عن العوضین، و انما له) ای للمولی (حق فی کون إنشاء هذا المضمون) ای إنشاء النقل و الانتقال (قائما بعبده فاذا وقع) هذا الانشاء (علی وجه یستقل به العبد، فلحوق الاجازهٔ) الی الانشاء من المولی (لا یخرجه عن الاستقلال الواقع علیه) الانشاء (قطعا)

هذا وجه عدم تصحیح الاجازهٔ اللاحقهٔ لعمل العبد (الا ان الاقوی هو: لحوق اجازهٔ المولی) فاذا اجاز اثمر العقد ثمره (لعموم: ادلهٔ الوفاء بالعقود) فیجب علی المالکین ان یفیا بما عقداه.

(و المخصص) و هو: عبدا مملوکا لا یقدر علی شیء، (انما دلّ علی عدم ترتب الأثر علی عقد العبد، من دون مدخلیهٔ المولی اصلا) لا (سابقا و) لا (لاحقا لا مدخلیهٔ اذنه السابق) فقط.

(و لو شک أیضا) فی الاذن اللاحق هل یکفی، أم لا؟ (وجب الاخذ:

بالعموم) لاوفوا بالعقود (فی مورد الشک).

اذ: العام، شامل و الخارج هو دون الاذن، فاذا شک فی فرد آخر- هل هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸

و یؤید إرادهٔ الاعم من الإجازهٔ، الصحیحهٔ السابقهٔ فان جواز النکاح یکفیه لحوق الاجازهٔ.

فالمراد بالاذن، هو: الاعم، الا انه خرج الطلاق بالدلیل.

و لا یلزم تأخیر البیان، لان الکلام المذکور مسوق لبیان نفی استقلال

خارج أم لا؟ کان اللازم التمسک بعموم العام.

(و یؤید) ای یؤیّد کفایهٔ الاذن اللاحق (إرادهٔ الاعم من) الاذن السابق و (الاجازهٔ) اللاحقهٔ (الصحیحهٔ السابقهٔ) و هی: روایهٔ زرارهٔ (فان جواز النکاح یکفیه لحوق الاجازهٔ) مع انه تصرف انشائی فی ملک المولی، و ربط لنفسه بالزواج، و فی العقد للعین تصرف انشائی فقط.

(فالمراد بالاذن) الّذی یحتاج إلیه صحهٔ عمل العبد (هو: الاعم) من السابق و اللاحق (الا انه خرج الطلاق بالدلیل) فانه قام الدلیل علی انه اذا طلق العبد بطل طلاقه، و ان اجاز المولی طلاقه بعد ذلک.

(و) ان قلت: فاذا لم یصح الطلاق بالاجازهٔ اللاحقهٔ، یلزم ان یکون اطلاق الامام، فی الصحیحهٔ صحهٔ النکاح و الطلاق بالاذن: الشامل للاذن السابق و اللاحق بدون التنبیه علی ان الطلاق لا یصح بالاجازهٔ اللاحقهٔ تأخیرا للبیان عن وقت الحاجهٔ.

و علی هذا: فلا بد ان نقول: المراد بالاذن فی الصحیحهٔ الاذن السابق فقط فلا یکن الاستدلال بها للصحهٔ، اذ الحق عقد العبد الاجازهٔ.

قلت: (لا یلزم) من ذلک (تأخیر البیان لان الکلام المذکور) فی الصحیحهٔ (مسوق لبیان نفس استقلال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹

العبد فی الطلاق بحیث لا- یحتاج الی رضی المولی أصلا بل و مع کراهة المولی کما یرشد إلیه التعبیر عن السؤال بقوله: بید من الطلاق؟

و یؤید المختار بل یدل علیه ما ورد فی صحة نکاح العبد الواقع بغیر اذن المولی اذا اجازه، معللا بانه لم یعص الله تعالی و انما عصی سیده فاذا اجازه جاز، بتقریب ان الروایة تشتمل ما لو کان العبد هو العاقد علی نفسه.

العبد فی الطلاق، بحیث لا یحتاج الی رضی المولی اصلا بل و مع کراهة المولی کما یرشد إلیه) ای الی کون البیان بهذا الصدد، لا بصدد بیان الاحتیاج الی الاذن، حتی یقال: عدم ذکر استثناء الاجازة اللاحقة فی الطلاق یوجب تأخیر البیان (التعبیر عن السؤال بقوله: بید من الطلاق) فانه یظهر منه انه فی مقام السؤال عن ان الطلاق بید السید، کالنکاح او بید العبد بعد ان اذن له السید فی النکاح.

(و یؤیّد المختار) من کفایة الاجازة اللاحقة (بل یدل علیه ما ورد فی صحة نکاح العبد الواقع بغیر اذن المولی اذا اجازه) المولی بعد ذلک (معللا) وجه الصحة (بانه) ای العبد فی نکاحه بدون الاجازة (لم یعص الله تعالی) ای معصیة ابتدائیة کشرب الخمر، و ما اشبه (و انما عصی سیده) حیث اوقع النکاح بدون اجازته (فاذا اجاز) السید النکاح (جاز) و صح.

و وجه التأیید (بتقریب ان الروایة تشتمل ما لو کان العبد هو العاقد علی نفسه) فاذا صح لحوق الاجازة بهذا العقد فصحة لحوقها بعقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰

و حمله علی ما اذا عقد الغیر له مناف لترک الاستفصال.

مع ان تعلیل الصحة بانه لم یعص الله تعالی الی آخره فی قوة ان یقال: انه اذا عصی الله بعقد کالعقد علی ما حرم الله تعالی علی ما مثل به الامام (ع) فی روایات أخر واردة فی هذه المسألة

العبد علی غیره بطریق اولی.

(و حمله) ای الحدیث (علی ما اذا عقد الغیر له) ای للعبد (مناف لترک الاستفصال) فانه لو کان المراد من هذا الحدیث هذه الصورة فقط لکان اللازم ان یخصصها الامام بالذکر (مع ان تعلیل الصحة) لعقده اذا اجاز سیده (بانه لم یعص الله تعالی الی آخره) کاف فی الدلالة علی ان الاجازة تکفی فی صحة العقد المتقدم، بتقریب ان هذا التعلیل (فی قوة ان یقال: انه) ای العبد (اذا عصی الله بعقد کالعقد) ای کان یعقد (علی ما حرم الله تعالی) کالاخت، و الام (علی ما مثل به الامام (ع) فی روایات اخر، واردة فی هذه المسألة) ای مسئلة عقد العبد لنفسه بدون اذن السید، فقد روی زرارة عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغیر اذنه فدخل بها، ثم اطلع علی ذلک مولاه فقال علیه السلام: ذلک الی مولاه ان شاء فرق بینهما و ان شاء اجاز نکاحهما و للمرأة ما اصدقها الا ان یکون اعتدی فاصدقها صداقا کثیرا، فان اجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الاول، فقلت: لابی جعفر علیه السلام، فانه فی اصل النکاح کان عاصیا فقال علیه السلام: انما اتی شیئا حلالا، و لیس بعاص لله و انما عصی سیده و لم یعص الله ان ذلک لیس کإتیانه ما حرّم الله علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱

کان العقد باطلا، لعدم تصور رضاء الله تعالی بما سبق من معصیته اما اذا لم یعص الله، و عصی سیده، امکن رضا سیده فیما بعد بما لم یرض به سابقا فاذا رضی به، و اجاز صح، فیکون الحاصل: ان معیار الصحة فی معاملة، العبد بعد کون المعاملة فی نفسها مما لم ینه عنه الشارع هو: رضی سیده بوقوعه سابقا، أو لاحقا، و انه اذا عصی سیده بمعاملة ثم رضی السید بها صح، و ان ما قاله المخالف من: ان معصیة السید لا یزول حکمها برضاه بعده و انه لا ینفع الرضا اللاحق کما نقله السائل عن طائفة من العامة

من نکاح فی عدة و اشباهه.

فعلیه: اذا عصی الله بعقد (کان العقد باطلا لعدم تصور رضاء الله تعالی بما) ای بالعمل الّذی (سبق من معصیته) کان یزنی الشخص مثلا ثم یرضی الله تعالی سبحانه به (اما اذا لم یعص الله، و عصی سیده امکن رضا سیده فیما بعد بما لم یرض به سابقا) فان للانسان ان یرضی فیما بعد بما کرهه فیما قبل (فاذا رضی به و اجاز، صح) ذلک الشیء (فیکون الحاصل) من الحدیث (ان معیار الصحة فی معاملة العبد بعد کون المعاملة فی نفسها مما لم ینه عنه الشارع) بان لا یکون کالربا و بیع الخمر مثلا (هو: رضی سیده بوقوعه) رضا (سابقا) علی العقد (أو لاحقا و انه انا عصی سیده بمعاملة ثم رضی السید بها) ای بتلک المعاملة (صح و ان ما قاله المخالف) ای السنة (من: ان معصیة السید لا یزول حکمها برضاه بعده) ای بعد ان خالف (و انه لا ینفع الرضا اللاحق کما نقله السائل عن طائفة من العامة).

ففی موثقه زرارة عن ابی جعفر علیه السلام سألته عن مملوک تزوج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲

غیر صحیح، فافهم و اغتنم.

و من ذلک: یعرف ان استشهاد بعض بهذه الروایات علی صحة عقد العبد و ان لم یسبقه اذن و لم یلحقه اجازة بل و مع سبق النهی أیضا لان غایة الامر هو: عصیان العبد و اثمه فی ایقاع العبد و التصرف فی لسانه الّذی هو ملک للمولی.

بغیر اذن سیده فقال علیه السلام: ذاک الی سیده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بینهما قلت: اصلحک اللّه انّ الحکم ابن عیینة و ابراهیم النخعی و اصحابهما یقولون: ان اصل النکاح فاسد و لا یحلله اجازة السید فقال، علیه السلام: انه لم یعص الله و انما عصی سیده فاذا اجاز فهو جائز له.

فالقول المخالف للسنة (غیر صحیح، فافهم و اغتنم) لما فیه من الدقة و الفائدة.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا من توقف عقد العبد علی اذن السید سابقا أو لاحقا- لانه تصرف فی حقه فیتوقف علی اجازته (یعرف ان استشهاد بعض بهذه الروایات) التی مرت اثنتان منها (علی صحة عقد العبد و إن لم یسبقه اذن و لم یلحقه اجازة بل و مع سبق النهی أیضا) من السید.

فان صور المسألة ان العبد قد یعقد لنفسه و قد یعقد لغیره.

و کل منهما اما مع سبق الاجازة من المولی او سبق المنع، أو لا هذا و لا ذاک او لحوق الاجازة او المنع، او السکوت (لان غایة الامر هو: عصیان العبد و اثمه فی ایقاع العبد و التصرف) من العبد (فی لسانه الّذی هو ملک للمولی) حیث حرکه تحریکا باجراء العقد بدون اجازة المولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳

لکن النهی مطلقا لا یوجب الفساد، خصوصا النهی الناشئ عن معصیة السید کما یؤمی إلیه هذه الاخبار الدالة علی ان معصیة السید لا یقدح بصحة العقد.

فی غیر محله، بل الروایات ناطقة- کما عرفت- بان الصحة من

(لکن النهی) عن التصرف (مطلقا) ایّ قسم من اقسام النهی کان (لا یوجب الفساد) حتی اذا کان من الله تعالی.

کما نری فی النهی عن البیع وقت النداء، فانه لا یوجب فساد البیع، و انما کان البائع (خصوصا النهی الناشئ عن معصیة السید) لانه لیس ذات العمل عصیانا لله تعالی (کما یؤمی إلیه) ای الی ان عصیان السید لا یوجب الفساد (هذه الاخبار الدالة علی ان معصیة السید

لا يقدح بصحة العقد)

و قوله: (فى غير محله) خبر: ان استشهاد،

و وجه استشهاد البعض بهذه الروايات على الصحة، انه لو كان العقد بدون الاذن باطلا، لم يفده تعقب الرضا، فاذا دلت الروايات على افادة تعقب الرضا، دلت على صحة العقد، و اذا صح العقد فى صورة عدم الاذن، صح فى صورة النهى أيضا، لانه يتبين منها ان هذا العقد ليس من التصرف فى مال المولى.

و لا يخفى ان مراد البعض، هو: فيما اذا عقد على مال غير المولى اما العقد على مال المولى، فلا اشكال فى احتياجه الى الاذن السابق او الاجازة اللاحقة. (بل الروايات ناطقة- كما عرفت- بان الصحة) للعقد (من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۴

جهة ارتفاع كراهة المولى، و تبدله بالرضا بما فعله العبد،

و ليس ككراهة الله عز و جل، بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكانّه قال: لم يعص الله، حتى يستحيل تعقبه للاجازة و الرضا، و انما عصى سيده، فاذا اجاز جاز، فقد علق الجواز صريحا على الاجازة.

و دعوى: ان

جهة ارتفاع كراهة المولى، و تبدّله) اى تبدل كرهه (بالرضا) من المولى (بما فعله العبد) من العقد.

(و ليس) كره المولى (ككراهة الله عز و جل) لشيء كالعقد على المحارم (بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك) الكره (بوقوعه) اى وقوع العمل المكروه (السابق).

فيمكن من المولى الرضا، و لذا يصح عقد العبد، و لا يمكن فى الله الرضا على محرم، فلا يصح العقد (فكانه) اى الامام عليه السلام (قال لم يعص) العبد (الله، حتى يستحيل تعقبه) اى تعقب العقد (للاجازة و الرضا، و انما عصى سيده، فاذا اجاز، جاز) العقد و نفذ (فقد علق) الامام (الجواز) تعليقا (صريحا على الاجازة).

فكيف يمكن ان يقال: بصحة العقد و لو بدون الاجازة، او مع النهى السابق.

(و دعوى) هذا البعض لتصحيح العقد، و لو بدون اجازة المولى او نهيه، بما حاصله: (ان) المولى قد يملك: مضمون العقد، فقط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵

تعليق الصحة على الاجازة، من جهة مضمون العقد، و هو: التزويج المحتاج الى اجازة السيد اجماعا، لا نفس إنشاء العقد، حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجا الى اجازة مولى العاقد.

مدفوعة: بان المنساق من الرواية اعطاء قاعدة كلية بان رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه، يكفى فى كل ما يتوقف على

دون: الانشاء، كما لو زوج اجنبى لعبد المولى، فان المولى لا يملك الانشاء و انما يملك المضمون.

و قد يملك المولى: الانشاء، دون: المضمون، كما لو انشأ عبده عقدا لانسان آخر، فان المولى يملك الانشاء دون العقد.

و قد يملكهما، كما اذا عقد العبد لنفسه، و اللازم ان نخصص ما دل على تعليق صحة عقد العبد على اجازة السيد بالقسم الثالث حيث انه تصرف فى مال المولى.

ف (تعليق الصحة) للعقد (على الاجازة) من المولى، انما هو: (من جهة مضمون العقد، و هو) اى المضمون (التزويج المحتاج الى اجازة السيد اجماعا، لا) ان المحتاج الى الاجازة (نفس إنشاء العقد، حتى لو فرضناه) اى الانشاء (للغير) بان عقد العبد لانسان غير مربوط بالمولى (يكون) عقده (محتاجا الى اجازة مولى العاقد) حتى اذا لم يجز لم يصح العقد.

(مدفوعـة: بان المنساق من الروایـة اعطاء قاعـدة کلیـة بان رضا المولی بفعل العبد بعد وقوعه) ای وقوع ذلک الفعل (یکفی فی کل ما یتوقف علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶

مراجعة السید و کان فعله من دون مراجعة او مع النهی عنه، معصیته له، و المفروض ان نفس العقد من هذا القبیل.

ثم ان ما ذکره: من عصیان العبد بتصرفه فی لسانه، و انه لا یقتضی الفساد، یشعر بزعم ان المستند فی بطلان عقد العبد لغیره، هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد، من دون رضا المولی.

و فیه، أولا: منع حرمة هذه التصرفات الجزئیة، للسیرة المستمرة

مراجعـة السـید) سواء کان عقـدا انشائیا، او مضـمونا للعقـد؟ (و کان فعله) ای العبد (من دون مراجعة) السـید (او مع النهی) من السـید (عنه) عن ذلک الفعل (معصیته له) یتوقف علی اجازته (و المفروض ان نفس العقد) إنشاء- و لو کان لاجنبی- (من هذا القبیل)

و صورة القیـاس: العقـد إنشـاء یتوقف علی مراجعـة السـید، و کـل ما یتوقف علی مراجعـة السـید یتوقف علی اجازته ان صـدر بـدون المراجعة

(ثم ان ما ذکره) هذا المعاصر (من عصیان العبد بتصرفه فی لسانه) بدون اجازة السید (و انه) ای هذا التصرف (لا یقتضی الفساد) اذ: لیس تصـرفا فی المضـمون (یشـعر بزعم) هذا المعاصـر (ان المستند فی بطلان عقد العبد لغیره، هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد، من دون رضی المولی) بهذا التصرف.

(و فیه) ان سبب التحریم لیس ذلک.

اذ: یرد علیه (أولا: منع حرمة هذه التصرفات الجزئیة) مما لا یعد تصرفا عرفا و منافیا لملک المولی (للسیرة المستمرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷

علی مکالمة العبید، و نحو ذلک من المشاغل الجزئیة.

و ثانیا: بداهة ان الحرمة فی مثل هذه، لا توجب الفساد، فلا یظن استناد العلماء فی الفساد الی الحرمة.

و ثالثا: ان الاستشهاد بالروایة لعدم کون معصیة السید بالتکلم بألفاظ العقد، و التصرف فی لسانه، قادحا فی صحة العقد، غیر صحیح لان مقتضاه: ان التکلم، ان کان معصیة لله تعالی، یکون مفسدا.

علی مکالمة العبید) بدون اذن السید (و نحو ذلک: من المشاغل الجزئیة) کحرکة الید، و شرب الماء، و ما اشبه.

(و ثانیا: بداهة ان الحرمة فی مثل هذه) الفعلة ای التلفظ بلفظ العقد (لا توجب الفساد) للعقد.

فان متعلق النهی عنوان مغایر لعنوان المعاملـة، مقارن له فی الوجود فهو من قبیل النهی عن البیع وقت النداء، لا من قبیل النهی عن البیع الربوی، و ما اشبه (فلا یظن استناد العلماء فی الفساد الی الحرمة) المذکورة.

(و ثالثا: ان الاستشـهاد بالروایة لعدم کون معصـیة السید) عصیانا (ب) سبب (التکلم بألفاظ العقد، و) بسبب (التصرف فی لسانه، قادحا فی صحة العقد): قادحا، خبر: کون، (غیر صحیح) خبر: ان الاستشهاد.

(لان مقتضاه) ای مقتضـی ان عصـیان السید لا یضر (ان التکلم، ان کان معصیة لله تعالی، یکون مفسدا) لان الحدیث قال: لم یعص الله و انما عصی سیده.

و من المعلوم ان مفهومه انه لو عصی الله تعالی کان النکاح باطلا، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸

مع انه لا یقول به احـد، فان حرمـهٔ العقد من حیث انه تحریک اللسان، کما فی الصـلاهٔ، و القراءهٔ المضـیقهٔ، و نحوهما، لا یوجب فساد العقد اجماعا.

فالتحقیق: ان المسـتند فی الفساد هو الآیهٔ المتقدمهٔ، و الروایات الواردهٔ فی عدم جواز امر العبد، و مضیه مستقلا، و انه لیس له من الامر شیء.

فرع: لو امر العبد آمر ان یشتری نفسه من مولاه، فباعه مولاه [صح و لزم]

التلفظ العصیانی لا یوجب البطلان.

(مع انه لا یقول به) ای بالفساد (احـد) کما فصلوا ذلک فی الاصول (فان حرمـهٔ العقد من حیث انه تحریک اللسان، کما فی الصـلاهٔ) بان عقـد عقـدا فی الصـلاهٔ مما کان حراما، لانه اوجب بطلان الصـلاهٔ، و بطلان الفریضهٔ حرام (و القراءهٔ المضـیقهٔ) کان نذر قراءهٔ قبل الغروب و حان الغروب مما ضاقت القراءهٔ، فعقـد عقـدا فی هـذا الحال (و نحوهما) کالتلبیهٔ المضـیقهٔ، و ما اشـبه (لا یوجب فساد العقد اجماعا).

لان متعلق النهی عنوان مغایر لعنوان المعاملهٔ.

(فالتحقیق: ان المسـتند فی الفساد) اذا اجری العبـد العقـد بـدون اذن السـید (هو الآیـهٔ المتقدمـهٔ) عبـدا مملوکا لا یقـدر علی شـیء (و الروایات الواردهٔ فی عدم جواز امر العبد، و مضـیه) ای نفوذ فعل العبد (مسـتقلا) عن المولی (و انه لیس له) ای للعبد (من الامر شـیء) بل و التعلیل فی قوله علیه السلام: فشیء الطلاق و نحوه.

(فرع: لو امر العبد آمر ان یشتری نفسه من مولاه، فباعه مولاه) بأن صار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹

صـح، و لزم، بنـاء اعلی کفایـهٔ رضـی المولی الحاصل من تعریضه للبیع من اذنه الصـریح، بل یمکن جعل نفس الایجاب موجبا للاذن الضمنی.

و لاـ یقـدح عـدم قابلیـهٔ المشتری للقبول فی زمـان الایجـاب لاـن هـذا الشـرط، لیس علی حـد غیره من الشـروط المعتبرهٔ فی کـل من المتعاقدین، من اوّل

العبـد طرف القبول عن قبـل ذلـک الموکل (صـح) البیع (و لزم) و ان لم یأذن المولی صـریحا، فی اجراء العبـد عقـد اشتراء نفسه (بناء اعلی کفایـهٔ رضـی المولی) بانشـاء عبـده (الحاصـل) ذلک الرضا (من تعریضه للبیع) ای جعل المولی العبـد فی معرض البیع (من اذنه الصریح) متعلق ب: کفایهٔ، ای:

یکفی الرضی عن الاذن، فلا یحتاج الی ان یصرح بالاذن (بل یمکن جعل نفس الایجاب موجبا للاذن الضمنی).

فانه لو لا اجازهٔ المولی و رضاه بالعقد الّذی یجریه العبد، لم یوجب البیع.

(و) ان قلت: العبـد فی حـال ایجاب مولاه بیعه من نفسه غیر قابل، اذ: هو عبـد غیر مأذون فیکون حاله، کما لو اوجب الشـخص بیعا مع المجنون، فکما انه باطل کذلک فی المقام.

قلت: (لا یقدح عدم قابلیه المشتری) الّذی هو العبد (للقبول فی زمان الایجاب) «فی» متعلق ب: عدم قابلیهٔ.

و انما لا یقـدح (لان هـذا الشـرط) ای شـرط اذن المولی فی صـحهٔ معاملهٔ العبد (لیس علی حد غیره من الشـروط المعتبرهٔ فی کل من

المتعاقدين من اوّل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۰

الايجاب الى آخر القبول، بل هو نظير اذن مالك الثمن فى الاشتراء حيث يكفى تحققه بعد الايجاب و قبل القبول الّذى بنى المشترى على انشائه فضولا.

و عن القاضى البطلان فى المسألة، مستدلا عليه: باتحاد عبارته مع عبارة السيد، فيتحد الموجب، و القابل.

و فيه:- مع اقتضائه المنع لو اذن له السيد سابقا- منع الاتحاد أوّلا.

الايجاب الى آخر القبول) كشرط البلوغ، و العقل، و الحياء، و ما اشبه (بل هو نظير اذن مالك الثمن) كعمرو- مثلا- (فى الاشتراء) كاشتراء زيد الفضول من خالد داره بثمن عمرو (حيث يكفى تحققه) اى تحقق الاذن (بعد الايجاب و قبل القبول الّذى) حفه القبول (بنى المشترى) الفضول (على انشائه) اى إنشاء القبول (فضولا) فانه يكفى الاذن المتوسط، و لا يحتاج الى الاذن من اوّل الايجاب.

(و عن القاضى البطلان) للعقد (فى المسألة) اى اشتراء العبد نفسه من مولاه (مستدلا عليه: باتحاد عبارته مع عبارة السيد) اذ: العبد امتداد للسيد (فيتحد الموجب) اى المولى (و القابل) اى العبد.

(و فيه) اى فى منع القاضى (- مع) اى بالإضافة الى (اقتضائه) اى اقتضاء هذا الدليل (المنع) عن صحة بيع العبد (لو اذن له السيد سابقا-) قبل تلفظه بالايجاب (منع الاتحاد) بين الموجب و القابل (أو لا) اذ لا وجه للاتحاد، فانه لا وحدة، لا عقلا، و لا شرعا، و لا عرفا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۱

و منع قدحه ثانيا،

هذا اذا امره الآمر بالاشتراء من مولاه، فان امره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة منهم: المحقق، و الشهيد الثانيان، انه لا يصح، لعدم الاذن من المولى.

و ربما قيل بالجواز حينئذ، أيضا بناء اعلى ما سبق منه، من: ان المنع لاجل النهى، و هو: لا يستلزم الفساد.

و فيه: ما عرفت من ان وجه المنع: ادله عدم استقلال العبد فى شيء، لا منعه عن التصرف فى لسانه، فراجع ما تقدم و الله اعلم.

(و منع قدحه) اى الاتحاد (ثانيا) اذ لا دليل على لزوم تعدد الموجب و القابل، اذا كان هناك اثنينية فى الموجب و القابل.

(هذا اذا امره الآمر بالاشتراء) لنفسه (من مولاه، فان امره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة منهم: المحقق، و الشهيد الثانيان، انه لا يصح، لعدم الاذن) للعبد فى اشتراء نفسه (من) قبل (المولى) فبيعه يكون كالفضولى.

(و ربما قيل بالجواز حينئذ، أيضا بناء اعلى ما سبق منه، من: ان المنع) عن هذا البيع (لاجل النهى، و هو) اى النهى (لا يستلزم الفساد).

(و فيه) اى فى القبول بالصحة (ما عرفت من ان وجه المنع) عن معاملة العبد بدون اذن السيد (ادلة عدم استقلال العبد فى شيء) كالآية، و الرواية السابقة (لا منعه عن التصرف فى لسانه) باجراء لفظ العقد (فراجع ما تقدم و الله اعلم).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۲

مسئلة: و من شروط المتعاقدين، ان يكونا مالكين، او مأذونين من المالك، او الشارع،

فعقد الفضولى لا يصح، اى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

و هذا: مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطا، ثم فرع عليه بان بيع الفضولى موقوف على الاجازة، كما فى القواعد.

و ربما يقال: بالفرق بين ما اذا كان الوكيل وكيلا حتى من هذه الجهة، فيصح بيعه للعبد من نفسه، او كان وكيلا لا من هذه الجهة.

لکن الظاهر من القولین المجوز و المانع صورة عدم الوکالة.

(مسئلة) (مسئلة: و من شروط المتعاقدین، ان یکونا مالکین، او مأذونین من المالک) کالوکیلین (او) من (الشارع) کالحاکم و الولی، او بالاختلاف کالمأذون و الحاکم، و هکذا (فعقد الفضولی) و هو من لیس بمالک مجاز فی التصرف، و لا مأذون من المالک او الشارع.

و انما قلنا: مجاز فی التصرف، لاخراج المالک غیر المجاز کالراهن و المحجور: ف (لا یصح، ای لا یترتب علیه ما یترتب علی عقد غیره من اللزوم) بما یتبعه من الآثار.

(و هذا) ای عدم اللزوم فی عقد الفضولی (مراد من جعل الملک و ما فی حکمه) کالإذن المالکی او الشرعی (شرطا، ثم فرع علیه) ای علی هذا الشرط (بان بیع الفضولی موقوف علی الاجازة، کما فی القواعد) للعلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳

فاعتراض جامع المقاصد علیه بان التفریع فی غیر محله، لعله فی غیر محله.

[الکلام فی عقد الفضولی]

اشارة

و کیف کان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولی التی هی من اهم المسائل، فنقول:

اختلف الاصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی،

بل مطلق عقده- بعد اتفاقهم علی بطلان ایقاعه

(فاعتراض جامع المقاصد علیه بان التفریع فی غیر محله) حیث زعم المحقق ان المتبادر من الشرط: کونه شرط الصحة اللازم منه البطلان اذا لم یوجد هذا الشرط (لعله فی غیر محله).

اذ: المراد بالشرط، ما عرفت من عدم اللزوم، بدون هذا الشرط لا البطلان، و لا نسلم التبادر المذکور.

(و کیف کان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولی التی هی من اهم المسائل، فنقول: اختلف الاصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی، بل مطلق عقده) رهنا، و اجارة، و صلحا، و نکاحا، و غیرها (- بعد اتفاقهم علی بطلان ایقاعه) کالطلاق و العتق.

قالوا لاصالة عدم الوقوع، و لا دلیل علی الوقوع.

اما من الشرع فواضح، اذ: لا آیة، و لا روایة تدل علی ذلک، و ما ورد فی باب العقود لا یمکن سحبه الی الایقاع، لعدم العلم بوحدة المناط.

و اما من العقل فاوضح، اذ: لا ربط لمثل هذه الامور بالعقل.

و اما من العرف، فان العرف مرجع فی التطبیق، لا- فی التشریع، مثلا- کون هذا کرا أم لا-؟ من شأن العرف، اما ان الکر: لا- ینجس بملاقات النجاسة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴

کما فی غایة المراد- علی اقوال.

و المراد بالفضولی:- کما ذکره الشهید هو: الکامل غیر المالک للتصرف و لو کان غاصبا، و فی کلام بعض العامة: انه العاقد بلا اذن

من یحتاج الی اذنه.

و قد یوصف به نفس العقد، و لعله تسامح.

و کیف کان فیشمل العقد الصادر من الباکرة الرشیدة بدون اذن الولی.

فلیس الا من شأن الشرع (کما فی غایة المراد- علی اقوال) کما سیأتی توضیحه

(و المراد بالفضولی) الّذی یقوم به العقد (- کما ذکره الشهید- هو:

الکامل غیر المالک للتصرف) بدون ولایة او اجازة (و لو کان غاصبا، و فی کلام بعض العامة) فی تعریف الفضولی (انه العاقد بلا اذن من یحتاج الی اذنه)- و لم یذکر عدم کونه مالکا لوضوحه-.

(و قد یوصف به) ای بالفضولی (نفس العقد) فعلی هذا یقال: العقد الفضولی، و علی الاول یقال عقد الفضولی (و لعله تسامح) لانه من باب الوصف بحال متعلق الموصوف.

و اعلم انه ان اضاف العقد الی الفضولی کان الیاء للنسبة، لان العاقد غیر المأذون منسوب الی الفضول، و ان جیء به علی سبیل الوصف کان الیاء للمبالغة کالاحمری بمعنی المبالغ فی حمرته.

(و کیف کان، فیشمل) الفضولی (العقد الصادر من الباکرة الرشیدة بدون اذن الولی) علی القول باحتیاج عقدها الی اذن ولیها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵

و من المالک، اذا لم یملک التصرف لتعلق حق الغیر بالمال، کما یؤمی إلیه استدلالهم لفساد الفضولی، بما دل علی المنع من نکاح الباکرة بغیر اذن ولیها، و حینئذ فیشمل بیع: الراهن، و السفیه، و نحوهما، و بیع العبد بدون اذن السید.

و کیف کان، فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضی المالک للتصرف باطنا، و طیب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صریحا، او فحوی لان العاقد لا یصیر

(و) العقد الصادر (من المالک، اذا لم یملک التصرف) فی ملکه (لتعلق حق الغیر بالمال) کالمرهون، و المحجور، و المنذور، و ما اشبه (کما یؤمی إلیه) ای الی شمول الفضولی لهذین القسمین (استدلالهم لفساد الفضولی بما دل علی المنع من نکاح الباکرة بغیر اذن ولیها) فاذا عقدت نفسها بدون اذنه کان تصرفا فی حق الغیر، فیکون فضولیا (و حینئذ) ای حین کان الفضولی شاملا حتی للمالک غیر المالک للتصرف (فیشمل) الفضولی (بیع:

الراهن، و السفیه، و نحوهما) کالصغیر، و المریض، ان قیل بانه محجور من التصرف فی الزائد من الثلث (و بیع العبد بدون اذن السید) ان قلنا بملکه.

(و کیف کان، ف) هل المعیار فی تحقق الفضولیة عدم الرضا لفظا و قلبا، أم یکفی عدم الرضا لفظا و ان رضی قلبا؟ (الظاهر شموله) ای الفضولی (لما اذا تحقق رضی المالک للتصرف باطنا، و) تحقق (طیب نفسه بالعقد، من دون حصول اذن منه صریحا) کان یقول: اذنت لک (او فحوی) کان یأذن فی افنائه، فانه بطریق اولی آذن فی بیعه- مثلا-

و انما قلنا لا یکفی الرضا قلبا (لان العاقد، لا یصیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶

مالکا للتصرف، و مسلطا علیه بمجرد علمه برضی المالک.

و یؤیده: اشتراطهم فی لزوم العقد کون العاقد مالکا، او مأذونا، او ولیا.

و فرعوا علیه بیع الفضولی.

و يؤيده أيضا استدلالهم على صحة الفضولى، بحديث عروة البارقى، مع ان الظاهر علمه برضى النبى صلى الله عليه و آله و سلم، بما يفعله و إن كان الّذى يقوى

مالكا للتصرف، و مسلطا عليه بمجرد علمه برضى المالك) و العاقد لا بدو ان يكون مالكا للتصرف.

(و يؤيده) اى يؤيد عدم كفاية الرضا فقط (اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا، او مأذونا، أو وليا) و لم يذكروا، او عالما برضى المالك.

(و فرعوا عليه) اى على هذا الشرط (بيع الفضولى) مما يدل على ان الفضول عبارة عمن ليس احد الثلاثة، و ان علم برضى المالك.

(و يؤيده) اى عدم كفاية الرضا (أيضا استدلالهم على صحة الفضولى، بحديث عروة البارقى) و هو من اصحاب النبى صلى الله عليه و آله و سلم وكّله النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى اشتراء شاة فاشترى شاتين بالثمن فى تفصيل يأتى، فان هذا عدّوه من الفضولى (مع ان الظاهر) من الحال (علمه) اى عروة (برضى النبى صلى الله عليه و آله و سلم، بما يفعله) و لو كان الرضى من المالك يخرج العقد عن الفضولى، لما استدل الاصحاب بالحديث على صحة الفضولى، اذ لم يكن عمل عروة حينذاك فضوليا.

هذا (و إن كان الّذى يقوى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷

فى النفس- لو لا خروجه عن ظاهر الاصحاب- عدم توقفه على الاجازة اللاحقة، بل يكفى فيه رضى المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد؟

او انكشف بعد العقد حصوله حينه؟ او لم ينكشف اصلا؟ فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى امضاء ما رضى به، و بترتيب الآثار عليه، لعموم:

وجوب الوفاء بالعقود، و قوله تعالى: إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ

و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه،

و ما دل على: ان علم المولى بنكاح العبد

فى النفس- لو لا- خروجه) اى خروج ما يقوى (عن ظاهر الاصحاب- عدم توقفه) اى البيع (على الاجازة اللاحقة، بل يكفى فيه) اى فى عدم كونه فضوليا (رضى المالك المقرون) ذلك الرضا (بالعقد، سواء علم به) اى بالرضا (العاقد؟) حين العقد (او انكشف بعد العقد حصوله) اى الرضا (حينه؟) اى حين العقد.

و ذلك لان العلم ليس الا طريقيا، فلا مدخلية له، و انما المدخلية للرضا (او لم ينكشف اصلا؟) للعاقد (فيجب على المالك) الراضى بالعقد (فيما بينه و بين الله تعالى امضاء ما رضى به) بان يعمل على طبقه (و بترتيب الآثار عليه).

و انما نقول بكفاية الرضا (لعموم: وجوب الوفاء بالعقود) فهذا عقد يجب الوفاء به (و قوله تعالى: إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) فهى تجارة فيها رضى المالك (و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه) فمال البائع حلال للمشترى، لان انتقاله صادر عن طيب النفس

(و ما دل على:

ان علم المولى بنكاح العبد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۸

و سكوته اقرار منه، و رواية عروة البارقى الآتية، حيث اقبض المبيع، و قبض الدينار، لعلمه برضى النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و لو كان فضوليا موقوفا على الإجازة لم يجز التصرف فى المعوض و العوض، بالقبض و الاقباض.

و تقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلم له علی ما فعل، دلیل علی جوازه هذا، مع ان کلمات الاصحاب فی بعض المقامات، یظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولی، و عدم وقوفه علی الإجازهٔ، مثل قولهم فی الاستدلال

و سکوته اقرار منه) مع انه لیس فی البین الا الرضا (و روایهٔ عروهٔ البارقی الآتیهٔ، حیث اقبض) عروهٔ (المبیع، و قبض الدینار) فاشتری أولا شاه ثم باعها، و اشتری بنصف الثمن شاه و جاء بالدینار و الشاه الی الرسول (لعلمه برضی النبی صلی الله علیه و آله و سلم، و لو کان فضولیا موقوفا علی الإجازهٔ، لم یجز التصرف فی المعوض و العوض، بالقبض و الاقباض) اذ:

لا یجوز للفضول التصرف.

(و تقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلم له علی ما فعل) من القبض و الاقباض (دلیل علی جوازه) اذ: لو لا الجواز لکان حراما فکان النبی صلی الله علیه و آله و سلم ینبهه علی ذلک.

(هذا) ادله کفایهٔ الرضا فی خروج العقد عن الفضولیهٔ (مع ان کلمات الاصحاب فی بعض المقامات، یظهر منه خروج هذا الفرض) ای فرض رضی المالک (عن الفضولی، و عدم وقوفه علی الإجازهٔ) فلیس الاصحاب متفقین علی عدم کفایهٔ الرضا (مثل قولهم فی الاستدلال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹

علی الصحهٔ: ان الشرائط کلها حاصلهٔ الارضی المالک، و قولهم: ان الاجازهٔ لا یکفی فیها السکوت، لانه اعم من الرضا، و نحو ذلک.

ثم: لو سلم کونه فضولیا، لکن لیس کل فضولی یتوقف لزومه علی الاجازهٔ لانه لا دلیل علی توقفه مطلقا علی الاجازهٔ اللاحقهٔ، کما هو احد الاحتمالات فیمن باع ملک غیره، ثم ملکه.

علی الصحهٔ) لبیع الفضولی: (ان الشرائط کلها حاصلهٔ) ای شرائط صحهٔ المعاملهٔ (الارضی المالک) فان الظاهر منه: ان الشرط هو الرضا لا الاجازهٔ (و قولهم: ان الاجازهٔ لا یکفی فیها السکوت، لانه) ای السکوت (اعم من الرضا) اذ: قد یسکت الانسان و هو کاره.

وجه الاستدلال بهذا القول لکفایهٔ الرضا: ان المفهوم من هذا الکلام انه لو کان السکوت مساویا للرضا لکفی، فیدل علی کفایهٔ الرضا (و نحو ذلک) من سایر الکلمات التی وردت بهذا الصدد، مما ظاهرها کفایهٔ الرضا.

(ثم: لو سلم کونه) ای التعامل مع الرضا (فضولیا، لکن لیس کل فضولی یتوقف لزومه علی الاجازهٔ) فهذا القسم من المعاملهٔ المقرونهٔ بالرضا فضولی لا_ یتوقف علی الاجازهٔ (لانه لا دلیل علی توقفه) ای الفضولی (مطلقا) سواء کان مقرونا بالرضا، أم لا؟ (علی الإجازهٔ اللاحقهٔ، کما هو احد الاحتمالات) ای عدم التوقف علی الإجازهٔ (فیمن باع ملک غیره، ثم ملکه) کما لو باع زید دار ابیه، ثم مات الأب و ملک زید الدار، فان بعض الفقهاء قال: بانه لا یحتاج البیع الفضولی السابق الی الاجازهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰

مع انه یمکن الاکتفاء فی الاجازهٔ بالرضا الحاصل بعد البیع المذکور آنا مّا.

اذ: وقوعه برضاه، لا ینفک عن ذلک مع الالتفات.

ثم: انه لو اشکل فی عقود غیر المالک فلا ینبغی الاشکال فی عقد العبد نکاحا، او بیعا،- مع العلم برضی السید و لو لم یأذن له- لعدم تحقق المعصیهٔ التی هی مناط المنع فی الاخبار.

و عدم منافاته، لعدم استقلال

(مع انه یمکن الاکتفاء فی الاجازهٔ بالرضا الحاصل بعد البیع المذکور آنا مّا) بان امتد الرضا الی ما بعد البیع، فهذا الرضا اجازهٔ.

(اذ: وقوعه) ای البیع (برضاه) المقارن للعقد (لا ینفک عن ذلک) ای تأخر الرضا آنا مّا عن العقد (مع الالتفات) الی العقد بعد تمامه. نعم لو ذهل عند تمام العقد عن ذلک لم یکن له رضی فعلی بعد العقد.

(ثم انه لو اشکل فی) کفایة الرضا فقط فی (عقود غیر المالک) و غیر الوکیل، و المأذون (فلا ینبغی الاشکال فی عقد العبد نکاحا) لنفسه (او بیعا) لنفسه علی القول بملک العبد (- مع العلم) من العبد (برضی السید و لو لم یأذن) السید (له-).

و انما نقول بالکفایة هنا، و لم نقل بها فی سائر الفضولیات (لعدم تحقق المعصیة التی هی مناط المنع فی الاخبار) فی صورة رضی السید، اذ: لا یصدق ان العبد عصی السید.

(و عدم منافاته) ای نکاح العبد مع علمه برضی سیده (لعدم استقلال

العبد فی التصرف.

[صور بیع الفضولی]

اشارة

ثم اعلم: ان الفضولی، قد یبیع للمالک، و قد یبیع لنفسه.

و علی الاول فقد لا یسبقه منع من المالک، و قد یسبقه المنع،

فهنا مسائل ثلاث.

الأولی: ان یبیع للمالک مع عدم سبق منع من المالک،

اشارة

و هذا هو المتیقن من عقد الفضولی،

و المشهور الصحة

العبد فی التصرف) حتی یقال: ان العبد لا یحق له ان یتصرف تصرفا مستقلا.

و انما قلنا: لعدم، لوضوح ان عمل العبد برضی السید لا یعد استقلالا فی العرف.

(ثم اعلم: ان الفضولی، قد یبیع للمالک، و قد یبیع لنفسه) کالغاصب الّذی یبیع مال الناس بقصد انه له، و ان الثمن عائد إلیه، لا الی المالک الاصلی.

(و علی الاول) و هو: ما اذا باعه للمالک (فقد لا یسبقه منع من المالک، و قد یسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث).

المسألة (الاولی:) (ان یبیع للمالک مع عدم سبق منع من المالک، و هذا هو المتیقن من عقد الفضولی) الّذی رفع الکلام فیه بین الاصحاب، هل هو صحیح، أم لا؟

(و المشهور الصحة) و استدل لها بامور ستة- کما یأتی فی الجملة-

اشارة

الاول: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بعد الاستناد الی المالک باجازته له أو رضاه به.

الثانی: حدیث عروة البارقی.

الثالث: حدیث محمد بن قیس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲

بل فی التذکرة نسبه الی علمائنا، تارة صریحا، و اخری ظاهرا بقوله عندنا.

الا انه ذکر عقیب ذلک، ان لنا فیه قولا بالبطلان.

و فی غایة المراد حکی الصحة عن العمانی، و المفید، و المرتضی و الشیخ فی النهایة، و سلار و الحلبی، و القاضی، و ابن حمزة، و حکی عن الاسکافی، و استقر علیه رأی من تأخر، عدا فخر الدین، و بعض متأخری المتأخرین کالاردبیلی، و السید الداماد، و بعض متأخری المحدثین لعموم

الرابع: بناء العقلاء و عدم ردع الشارع.

الخامس: اصل الصحة فیما اذا شک فی انه هل یشترط شرط زائد أم لا؟

السادس: فحوی صحة نکاح الفضولی (بل فی التذکرة) للعلامة (نسبه) ای القول بالصحة (الی علمائنا، تارة) نسبه (صریحا، و اخری ظاهرا بقوله عندنا) فانه ظاهر بان المراد عند علماء الامامیة لا عنده نفسه فقط.

(الا انه ذکر عقیب ذلک) ای عقیب: عندنا، (ان لنا فیه) ای فی الفضولی (قولا بالبطلان) و هذا یوجب ضعف ظهور: عندنا، فی کونه نسبة الی العلماء.

(و فی غایة المراد، حکی الصحة عن العمانی، و المفید، و المرتضی و الشیخ فی النهایة، و سلار، و الحلبی، و القاضی، و ابن حمزه، و حکی عن الاسکافی، و استقر علیه رأی من تأخر، عدا فخر الدین) ابن العلامة (و بعض متأخری المتأخرین کالاردبیلی، و السید الداماد، و بعض متأخری المحدثین).

و انما ذهبوا الی الصحة (لعموم:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳

ادلة البیع، و العقود، لان خلوه عن اذن المالک، لا یوجب سلب اسم العقد و البیع عنه.

و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه علیه أیضا لا مجال لانکاره، فلم یبق الکلام الا فی اشتراط سبق الاذن.

و حیث لا دلیل علیه، فمقتضی الاطلاقات: عدمه.

و مرجع ذلک کله الی: عموم حل البیع، و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العاری عن الاذن، و الاجازة معا، و لم یعلم خروج ما فقد الاذن و لحقه الاجازة.

ادلة البیع) نحو: احل الله البیع، فانه یشمل الفضولی أیضا (و العقود) نحو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (لان خلّوه) ای الفضولی (عن اذن المالک، لا یوجب سلب اسم العقد و البیع عنه) فانه عقد و بیع عرفا، فیدخل تحت العموم.

(و اشتراط ترتب الأثر) المطلوب من النقل و الانتقال (بالرضا) من المالک (و توقفه) ای الأثر (علیه) ای علی الرضا (أیضا لا مجال لانکاره) اذ:

لا یقول احد بترتب الاثر بدون رضا المالک (فلم یبق الکلام الا فی اشتراط سبق الاذن) علی العقد حتی یقال: بعدم صحة الفضولیة.

(و حیث لا دلیل علیه) ای علی هذا الاشتراط (فمقتضی الاطلاقات:

عدمه) و المراد بالإطلاقات اطلاقات ادلة البیع و ادله الاشتراط بالرضا.

(و مرجع ذلک) الدلیل علی الصحة (کله الی: عموم حل البیع و وجوب الوفاء بالعقد) مطلقا (خرج منه) ای من هذا العموم (العاری عن الاذن، و الاجازة معا) بان لا یکون له اذن سابق، و لا اجازة لاحقة (و لم یعلم خروج ما فقد الاذن و لحقه الاجازة) فاللازم الرجوع فی هذا الفرد الی: عموم العام کما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴

و الی ما ذکرنا یرجع استدلالهم، بانه عقد صدر عن اهله فی محله.

فما ذکره فی غایة المراد، من انه: من باب المصادرات لم اتحقق وجهه لان کون العاقد اهلا للعقد، من حیث انه بالغ عاقل، لا کلام فیه و کذا کون المبیع قابلا للبیع، فلیس محل الکلام الا خلو العقد عن مقارنة اذن المالک و هو

لو علمنا بخروج مرتکب الکبیرة عن: اکرم العلماء، و لم نعلم بخروج مرتکب الصغیرة، فان الاصل قاض بوجوب اکرامه.

(و الی ما ذکرنا) من شمول العموم له (یرجع استدلالهم) لصحة الفضولی (بانه عقد صدر عن اهله فی محله) فلا نقص له من جانب الفاعل الّذی هو العاقد الجامع للشرائط، و لا من جهة القابل الّذی هو الجنس المبتاع، فلیس کعقد السفیه، و لا کالعقد علی الخمر- مثلا-

(فما ذکره فی غایة المراد) لابطال هذا الدلیل: انه عقد صدر ... (من انه: من باب المصادرات) و هو الاستدلال علی المطلوب بنفس المطلوب، کان یقول الدلیل علی حدوث العالم هو حدوث العالم، فکانه اراد بذلک ان هذا الدلیل معناه: ان عقد الفضولی عقد صدر عن اهله فلذا یصح، بدلیل انه صدر عن اهله.

فهذا الّذی ذکره غایة المراد (لم اتحقق وجهه) لانه لیس مصادرة (لان کون العاقد اهلا للعقد، من حیث انه بالغ عاقل، لا کلام فیه) لفرض کون الفضول کذلک مستجمعا لجمیع الشرائط ما خلا کونه مالکا او مأذونا (و کذا کون المبیع قابلا للبیع، فلیس محل الکلام) و الاشکال (الا خلو العقد عن مقارنة اذن المالک، و هو) غیر ضار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵

مدفوع بالاصل.

و لعل مراد الشهید: ان الکلام فی اهلیة العاقد.

و یکفی فی اثباتها: العموم المتقدم،

و قد اشتهر الاستدلال علیه بقضیة عروة البارقی،

حیث دفع إلیه النبی صلی الله علیه و آله و سلم دینارا، و قال له: اشتر لنا به شاة للاضحیة، فاشتری به شاتین، ثم باع احدهما فی الطریق بدینار، فاتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بالشاة و الدینار فقال له رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: بارک الله لک فی صفقة یمینک، فان بیعه وقع فضولا،- و ان وجهنا شرائه علی وجه یخرج

لان اشتراطه (مدفوع بالاصل) ای اصالة عدم اشتراط مقارنة الاذن للعقد.

(و لعل مراد الشهید) من کونه مصادرة (ان الکلام فی اهلیة العاقد) حیث انه لم یکن مالکا، و لا مأذونا.

(و) لکن (یکفی فی اثباتها) ای الاهلیة (العموم المتقدم) ای عموم:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ (و قد اشتهر الاستدلال علیه) ای علی الفضولی (بقضیة عروة البارقی، حیث دفع إلیه النبی صلی الله

علیه و آله و سلم دینارا، و قال له: اشتر لنا به شاة للاضحیة، فاشتری به شاتین، ثم باع احدهما فی الطریق بدینار، فاتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بالشاة و الدینار فقال له رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: بارک الله لک فی صفقة یمینک) و صفقة الیمین کنایة عن عقد البیع، حیث ان المتعاملین یصفق احدهما یمینه علی یمین الآخر دلالة علی تمام المعاملة (فان بیعه) لاحدی الشاتین (وقع فضولا) قطعا (- و ان وجهنا شرائه) للشاتین (علی وجه یخرج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶

عن الفضولی-.

هذا، و لکن لا یخفی ان الاستدلال بها یتوقف علی دخول المعاملة المقرونة برضی المالک فی بیع الفضولی.

توضیح ذلک: ان الظاهر علم عروة برضی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بما یفعل، و قد اقبض المبیع و قبض الثمن، و لا ریب ان الاقباض و القبض فی بیع الفضولی حرام، لکونه تصرفا فی مال الغیر.

عن الفضولی-) بان نقول: ان التنوین فی: شاة، فی کلام النبی صلی الله علیه و آله و سلم للتمکن، لا للوحدة، فالمراد بها الجنس الشامل للاکثر من واحده.

(هذا) تمام الکلام فی الاستدلال بحدیث عروة، لصحة الفضولی (و لکن لا یخفی: ان الاستدلال بها یتوقف علی دخول المعاملة المقرونة برضی المالک فی بیع الفضولی).

اذ: قد عرفت الاشکال فی ذلک و انه لو کان رضی من المالک و ان لم یکن اذن، لم یکن من الفضولی علی ما قواه الماتن.

و (توضیح ذلک) الاشکال فی الاستدلال علی صحة الفضولی بحدیث عروة (ان الظاهر) من الحال (علم عروة برضی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بما یفعل) من البیع و الشراء (و قد اقبض) عروة (المبیع) و هو الشاة الثانیة (و قبض الثمن) من المشتری (و لا ریب ان الاقباض و القبض فی بیع الفضولی حرام، لکونه تصرفا فی مال الغیر) فان الفضول البائع لمال زید یحرم علیه ان یتصرف فی مال زید اقباضا، کما یحرم علیه ان یقبض الثمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷

فلا بد اما من: التزام ان عروة فعل الحرام فی القبض و الاقباض، و هو:

مناف لتقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلم.

و اما من القول بان البیع الّذی یعلم بتعقبه للاجازة، یجوز التصرف فیه قبل الإجازة بناء علی کون الاجازة کاشفه- و سیجیء ضعفه، فیدور الامر بین ثالث، و هو جعل هذا الفرد من البیع- و هو المقرون برضاء

من عمرو.

لانه اما صار لزید فاخذه بدون اذنه حرام.

و اما بقی علی ملک عمرو فاخذه بعنوان انه ثمن، حرام، اذ عمرو لم یجوز الاخذ الا بهذا العنوان، و هذا العنوان مفقود حسب الفرض، فتدبر.

(فلا بد اما من: التزام ان عروة فعل الحرام فی القبض و الاقباض) اذا لم یکن النبی صلی الله علیه و آله و سلم راضیا و کان البیع فضولیا (و هو: مناف لتقریر النبی صلی الله علیه و آله و سلم) عمله، اذ: الظاهر انه لم یؤنبه، بل العکس اذ: بارک عمله.

(و اما من القول بان البیع الّذی یعلم بتعقبه للاجازة، یجوز التصرف فیه) ای فی المبیع (قبل الاجازة- بناء علی کون الاجازة کاشفة-) اذ: بناء علی النقل لا مجال للقول بجواز التصرف المعاملی (و سیجیء ضعفه) ای ضعف جواز التصرف حتی علی الکشف.

و اذ: لم یتم الامران، ای ان عروة فعل حراما، و جواز التصرف علی الکشف (فیدور الامر بین ثالث، و هو جعل هذا الفرد من البیع- و هو المقرون برضا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۸

المالک- خارجا عن الفضولی کما قلناه، و رابع، و هو: علم عروة برضی النبی صلی الله علیه و آله و سلم باقباض ماله للمشتری حتی یستأذن و علم المشتری بکون البیع فضولیا حتی یکون دفعه للثمن بید البائع علی وجه الامانة، و الا فالفضولی لیس مالکا، و لا وکیلا، فلا یستحق قبض المال، فلو کان المشتری عالما، فله ان یستأمنه علی الثمن حتی ینکشف الحال بخلاف ما لو کان جاهلا.

و لکن الظاهر، هو: اوّل الوجهین،

المالک- خارجا عن الفضولی، کما قلناه) و ان الفضولی هو الّذی لا- یقرن برضا المالک اطلاقا (و) بین (رابع، و هو:) فضولیة بیع عروة، اما تسلیمه و تسلمه ف (علم عروة برضی النبی صلی الله علیه و آله و سلم باقباض ماله للمشتری) اذ: الشاة کانت للنبی صلی الله علیه و آله و سلم و اقبضها عروة لمن اشتراها بدرهم (حتی یستأذن) فیقرن الاذن بالرضا الموجب لنفوذ التصرف (و علم المشتری) عطف علی: علم عروة، (بکون البیع فضولیا حتی یکون دفعه للثمن بید البائع) لا- علی وجه الثمنیة حتی یحرم تصرف البائع فیه، بل (علی وجه الأمانة، و الا-) یکن علی وجه الامانة (فالفضولی) لا یجوز له التصرف فی المال لانه (لیس مالکا، و لا وکیلا، فلا یستحق قبض المال، فلو کان المشتری عالما) بان البائع فضول (فله ان یستأمنه علی الثمن حتی ینکشف الحال) و ان المالک هل یجیز، أم لا؟ (بخلاف ما لو کان جاهلا) فلا یحق للفضول اخذ المال، لانه لیس امانة مالکیة، و لا انه وکیل عن مالک المثمن.

(و لکن الظاهر) من حال عروة وکیل الرسول صلی الله علیه و آله و سلم فی اشتراء الشاه (هو: اوّل الوجهین) الاخیرین الّذی عبر عنه المصنف بالثالث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹

کما لا یخفی.

خصوصا بملاحظة ان الظاهر وقوع تلک المعاملة علی جهه المعاطاة.

و قد تقدم ان المناط فیها: مجرد المراضاة و وصول کل من العوضین الی صاحب الآخر، و حصوله عنده باقباض المالک، او غیره، و لو کان صبیا، او حیوانا، فاذا حصل التقابض بین الفضولیین، او فضولی و غیره مقرونا برضا المالکین، ثم وصل کل من

ای ان البیع حیث کان مقرونا بالرضا کان خارجا عن الفضولیة (کما لا یخفی) عند اهل العرف الذین هم المستند فی فهم قوله تعالی: تجارة عن تراض، و ما اشبه، فانهم لا یفهمون الا کفایة الرضا.

(خصوصا بملاحظة ان الظاهر وقوع تلک المعاملة علی جهة المعاطاة) لا علی جهة الرضا من الرسول صلی الله علیه و آله و سلم بتسلیم ماله، و تسلم عروة الثمن امانة مالکیة.

(و قد تقدم ان المناط فیها) ای المعاطاة (مجرد المراضاة) بین الفضول، و الطرف.

(و وصول کل من العوضین الی صاحب الآخر) بوصول المثمن الی صاحب الثمن، و بالعکس (و حصوله عنده) ای حصول کل من العوضین عند صاحب العوض الآخر، سواء کان (باقباض المالک) کالمعاطاة العادیة (او غیره) کالفضول (و لو کان) المعطی (صبیا، او حیوانا) کمن یعلّم الکلب او الحمام بإیصال الثمن، و اخذ المثمن من صاحب الدکان (فاذا حصل التقابض بین الفضولیین، او فضولی و غیره) کالمالک (مقرونا برضا المالکین ثم وصل کل من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۴۰

العوضین الی صاحب الآخر، و علم برضی صاحبه، کفی فی صحة التصرف.

و لیس هذا من معاملة الفضولی، لان الفضولی صار آلة فی الایصال، و العبرة برضا المالک المقرون به.

العوضین الی صاحب) العوض (الآخر، و علم برضی صاحبه، کفی فی صحة التصرف) لانه تصرف برضا، و یصدق عرفا التعامل، و التجارة عن الرضا و ما اشبه.

و ما ابعد الفرق بین قول من یکفی الرضا فی الفضولیة، و قول من لا- یصحح الفضولی حتی بالاذن اللاحق، بحجة ان استناد فعل الفضول الی المالک مجاز، فلا یتحقق: عقودکم، المستفاد من: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، اذ: لیس المراد مطلق عقد ایّ احد، بل: العقود، المستندة إلیکم.

و الجواب عدم تسلیم انه مجاز، بل انما یکون مجازا اذا کان فعلا تکوینیا مثلا لو امر بجلوس زید یکون استناد الجلوس الی الآمر مجازا، اما اذا کان الفعل اعتباریا صح الاستناد حقیقة، مثلا لو امر بالبیع صح ان یقال باع الآمر، و مثله لو امر بقتل انسان، صح ان یقال: قتله الآمر.

و الحاصل انما یراد استناد اسم المصدر ای: البیع، لا المصدر، و الکلام حول الموضوع طویل خارج عن مقصود الشرح.

(و لیس هذا من معاملة الفضولی، لان الفضولی صار آلة فی الایصال) کالحیوان، و الصبی، بل و الآلة التی تشتغل تلقائیا (و العبرة برضا المالک المقرون به) ای بالایصال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۱

و استدل له أیضا تبعا للشهید فی الدروس، بصحیحة محمد بن قیس

عن ابی جعفر الباقر علیه السلام، قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی ولیدة باعها ابن سیدها و ابوه غائب، فاستولدها الّذی اشتراها فولدت منه فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر فقال: ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی فقال علیه السلام:

الحکم ان یأخذ ولیدته و ابنها فناشده الّذی اشتراها فقال: له خذ ابنه الّذی باعک الولیدة حتی ینفذ البیع لک فلما رآه ابوه قال: له ارسل ابنی، قال:

لا و الله، لا ارسل ابنک، حتی

(و استدل له) ای لکون الفضولی صحیحا (أیضا تبعا للشهید فی الدروس بصحیحة محمد بن قیس عن ابی جعفر الباقر علیه السلام، قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی ولیدة) ای أم ولد (باعها ابن سیدها، و ابوه) ای ابو ابن السید (غائب، فاستولدها الّذی اشتراها، فولدت) الامة (منه، فجاء سیدها) بعد الولادة (فخاصم سیدها الآخر) ای المشتری (فقال:) السید: (ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی) فلاحق لک ایها المشتری فیها (فقال علیه السلام: الحکم ان یأخذ) السید الاول (ولیدته، و ابنها) الّذی اتت به من السید المشتری (فناشده الّذی اشتراها) و انه کیف یحق للمولی الاول ان یأخذ ولد المشتری! (فقال: له) الامام علیه السلام (خذ) ایها المشتری (ابنه) ای ابن السید الاول (الّذی باعک الولیدة) فضولیا (حتی ینفذ) السید الاول (البیع لک) فان للمشتری الحق فی اخذ الابن الّذی غره، و اخذ منه المال حتی یرد علیه خسائره (فلما رآه ابوه) و انه مأخوذ بید المشتری (قال له) ای للمشتری (ارسل ابنی، قال) المشتری (لا و الله، لا ارسل ابنک، حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۲

ترسل ابنی، فلما رأی ذلک سید الولیدة، اجاز بیع ابنه، الحدیث، قال فی الدروس: و فیها دلالة علی صحة الفضولی، و ان الاجازة

کاشفة.

و لا یرد علیها شیء مما یوهن الاستدلال بها، فضلا عن ان یسقطه.

ترسل ابنی) الّذی اولدته من الامة (فلما رأی ذلک) المنع من المشتری لتسلیم ولده (سید الولیدة، اجاز بیع ابنه) للولیدة و استراح المشتری (الحدیث، قال فی الدروس: و فیها دلالة علی صحة الفضولی) لانه لو لم یصح لم یکن معنی للإجازة (و ان الاجازة کاشفة) لانها لو کانت ناقلة، لم یکن الولد للمشتری، لانه حصل فی ملک السید الاول.

(و لا یرد علیها) ای علی هذه الروایة (شیء مما یوهن الاستدلال بها) علی صحة الفضولی (فضلا عن ان یسقطه) عن الدلالة رأسا.

و الموهنات التی ذکروها، هی الحکم باخذ الولیدة قبل ان یسمع من المشتری دعواه.

فلعله کان یدعی وقوع العقد باذن السید و رضاه.

و الحکم باخذ الولیدة و ابنها مع عدم السؤال بانه یرید الاجازة أولا.

و الحکم باخذ ابنها مع انه ولد الحر، اذ: الظاهر کون الوطی بالشبهة و الحکم باخذ ابن السید، مع انه لا یجوز، اذ کون الابن غاصبا لا یوجب اخذه.

بالإضافة الی: تعلیم الامام علیه السلام للمشتری الحیلة، مع انه لیس من شأنه.

و الحکم بصحة الاجازة بعد الرد، مع ان المصنف ادعی الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۳

و جمیع ما ذکر فیها من الموهنات، موهونة، الا ظهور الروایة فی تأثیر الاجازة المسبوقة بالرد،

من جهة ظهور المخاصمة فی ذلک،

و اطلاق حکم الامام علیه السلام بتعین اخذ الجاریة، و انها من المالک بناء علی

بعدم الصحة.

و عدم ورود هذه الموهنات، اذ: الظاهر عدم ادعاء المشتری کون العقد باذن السید.

و کذلک الظاهر ان السید لم یرد الاجازة،

و کذلک الظاهران المشتری کان یعلم انه فضولی فلیس الولد حرا.

و اخذ ابن السید لاجل مطالبته بما دفع إلیه من الثمن.

و الحیلة الشرعیة ای علاج حل المشکلة من شأن الائمة علیهم السلام بیانها.

(و) علی هذا ف (جمیع ما ذکر فیها من الموهنات، موهونة، الا ظهور الروایة فی تأثیر الاجازة المسبوقة بالرد).

و استدل المصنف ره لهذا الظهور ب: ظهور المخاصمة، و: اطلاق، و:

مناشدة، و: حتی ترسل.

(من جهة ظهور المخاصمة) بین السید و المشتری (فی ذلک) الرد من السید للمعاملة، اذ: لو لا الرد لم تکن مخاصمة.

(و) من جهة (اطلاق حکم الامام علیه السلام بتعین اخذ الجاریة، و انها من المالک) ای المشتری فان الظاهر منه ان السید رد البیع (بناء علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۴

انه لو لم یرد البیع، وجب تقیید الاخذ بصورة اختیار الرد.

و مناشدة المشترى للامام (ع) و الحاجة إليه فى علاج فكاك ولده.

و قوله: حتى ترسل ابنى الظاهر فى انه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة.

و

انه لو لم يرد) السيد (البيع، وجب تقييد الاخذ) اى تقييد الامام اخذ السيد لهما (بصورة اختيار) السيد (الرد) كان يقول عليه السلام: ان رددت البيع فخذ الجارية و ولدها.

فاطلاق كلام الامام دال على انه رد البيع.

(و) من جهة (مناشدة المشترى للامام ع) و طلبه منه تخليصه وليده من يد السيد (و الحاجة) من المشترى (إليه) اى الى الامام عليه السلام (فى علاج فكاك ولده) فانه لو لا الرد من المالك، لم يكن وجه للمناشدة، و الحاجة.

(و) من جهة (قوله: حتى ترسل ابنى الظاهر فى انه) اى المالك (حبس الولد) للمشترى (و لو) كان الحبس (على قيمته) اى الولد (يوم الولادة) بان يأخذ المالك من المشترى قيمة الولد- الّذى هو له تبعا لامه- فانه لو لم يكن المالك رد البيع لم يكن وجه لحبسه حتى يأخذ قيمته من المشترى.

(و) ان قلت: انا نسلم ان المالك اخذ الوليدة و الولد، و لكن لم يكن ذلك لاجل رد البيع، بل لاجل تحصيل ثمنها، فلا دليل فى الرواية على ان المالك رد البيع، ليكون مخالفا للاجماع الّذى ادعاه المصنف ره على عدم

حمل امساكه الوليدة على حبسها لاجل ثمنها، كحبس ولدها على القيمة.

ينافيه قوله عليه السلام: فلما رأى ذلك سيد الوليدة، اجاز بيع الوليد و الحاصل ان ظهور الرواية فى رد البيع أولا مما لا ينكره المنصف.

الا ان الانصاف ان ظهور الرواية فى ان اصل الاجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية.

فائدة للاجازة بعد الرد.

قلت: (حمل امساكه) اى المالك (الوليدة على حبسها لاجل) استيفاء (ثمنها) من المشترى (كحبس ولدها على القيمة) حيث ان: الاجازة ناقلة، فالولد للمالك، فلم يكن اخذه للولد لاجل رد البيع، بل لاجل ان الولد له، فاخذه لاجل ان يستوفى من المشترى قيمته ليرده عليه، فلا دلالة فى اخذ المالك الام و الولد، على انه رد البيع.

(ينافيه قوله عليه السلام: فلما رأى ذلك) اى اخذ المشترى ولد السيد (سيد الوليدة اجاز بيع الوليد) اذ: ظاهره ان المالك اجاز البيع بعد اخذ ولده لا من الاول.

(و الحاصل: ان ظهور الرواية فى رد البيع أولا، مما لا ينكره المنصف) فلا بد اما من رفع اليد عن: الاجماع الّذى يقول: بعدم صحة الاجازة بعد الرد، و اما من رفع اليد عن: هذه الرواية.

(الا ان الانصاف: ان ظهور الرواية فى ان اصل الاجازة مجدية فى الفضولى) فالاجازة تقلب الفضولى عقدا مالكيا (مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية) حيث ان هذه الاجازة فى مورد الرواية ترد عليها

غير قابل للانكار.

فلا بد من تاويل ذلك الظاهر، لقيام القرينة- و هى الاجماع- على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد.

و الحاصل: ان مناط الاستدلال لو کان نفس القضیة الشخصیة من جهة اشتمالها علی تصحیح بیع الفضولی بالاجازة بناء علی قاعدة اشتراک جمیع القضایا المتحدة نوعا فی الحکم الشرعی

مخالفتها للاجماع القائم علی عدم فائدة الاجازة بعد الرد.

قوله (غیر قابل للانکار) خبر: ظهور، و اذ کانت الاجازة الشخصیة فی هذه الروایة محل نظر لمصادمتها للاجماع.

(فلا بد من تأویل ذلک الظاهر) الّذی یقول بان الاجازة کانت بعد الرد، و انما کان لا بد من التأویل (لقیام القرینة- و هی الاجماع- علی اشتراط الاجازة) النافعة فی کون العقد مالکیا (بعدم سبق الرد) بان نأول ان الظهور المستفاد من الروایة لیس مما یعتمد علیه، بل لا بد و ان نقول: بان الاجازة حصلت قبل الرد (و الحاصل) فی الاستدلال بالروایة علی کون الاجازة نافعة (ان مناط الاستدلال) بالروایة لتصحیح الفضولی (لو کان نفس القضیة الشخصیة) المذکورة فی الروایة- الظاهرة فی کون الاجازة بعد الرد- (من جهة) متعلق ب: نفس (اشتمالها) ای الروایة (علی تصحیح بیع الفضولی بالاجازة) یعنی ان القضیة الشخصیة لو کانت جهة استدلالنا بالروایة لتصحیح البیع الفضولی (بناء علی قاعدة اشتراک جمیع القضایا المتحدة نوعا) ای فی النوع (فی الحکم الشرعی) کما لو قال الامام لزرارة:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۷

کان ظهورها فی کون الاجازة الشخصیة فی تلک القضیة مسبوقة بالرد مانعا عن الاستدلال بها، موجبا للاقتصار علی موردها، لوجه علمه الامام علیه السلام. مثل کون مالک الولیدة کاذبا فی دعوی عدم الاذن للولد، فاحتال علیه السلام حیلة یصل بها الحق الی صاحبه،

اغسل یدک من بول صبیک، حیث یکون هذا الکلام موجبا لاستفادة قاعدة کلیة هی: وجوب غسل الید من بول کل صبی.

و قوله بناء، وجه لقوله: مناط الاستدلال.

و قوله: فی الحکم متعلق ب: اشتراک (کان) مربوط بقوله: لو کان (ظهورها) ای الروایة (فی کون الاجازة الشخصیة فی تلک القضیة) ای قضیة الولیدة، فی حال کون الاجازة (مسبوقة بالرد) من المالک (مانعا) خبر: کان (عن الاستدلال بها) ای بالروایة، لانها اجازة بعد الرد، و مثله غیر صحیح فی مقام نفسه، فکیف بسائر المقامات و (موجبا) عطف علی:

مانعا (للاقتصار) فی تصحیح الاجازة (علی موردها) ای مورد الروایة بان نقول: قام الاجماع علی عدم صحة الاجازة بعد الرد، الا انه حیث فی المقام ورد حدیث خاص بصحتها، نقول بها خلافا للقاعدة (لوجه علمه) ای علم ذلک الوجه (الامام علیه السلام) قوله: لوجه، علة لقوله: موجبا، و الوجه (مثل کون مالک الولیدة کاذبا فی دعوی عدم الاذن للولد) فقد کان اذن سابقا، و علم الامام به، لکنه حیث لم یکن اعتراف و لا شهود (فاحتال علیه السلام حیلة) ای عالج الامر علاجا (یصل بها الحق) ای کون الولیدة للمشتری (الی صاحبه) بان امر المشتری بأخذ ولد السید لیصیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۸

اما لو کان مناط الاستدلال ظهور سیاق کلام الامیر علیه السلام فی قوله:

خذ ابنه حتی ینفذ لک البیع، و قول الباقر علیه السلام فی مقام الحکایة:

فلما رأی ذلک سید الولیدة اجاز بیع ابنه فی ان للمالک ان یجیز العقد الواقع علی ملکه، و ینفذه لم یقدح فی ذلک ظهور الاجازة الشخصیة فی وقوعها بعد الرد.

فیئول ما یظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم، بالاجازة و الرد.

مجبورا لاجازة البیع (اما لو کان مناط الاستدلال) بالروایة لتصحیح الاجازة فی الفضولی (ظهور سیاق کلام الامیر علیه السلام فی قوله: خذ ابنه حتی ینفذ لک البیع، و) ظهور (قول الباقر علیه السلام فی مقام الحکایة: فلما رأی ذلک سید الولیدة اجاز بیع ابنه) ای البیع الفضولی الصادر من ابنه (فی ان للمالک ان یجیز العقد الواقع علی ملکه، و ینفذه) بان صرفنا النظر عن القضیة الشخصیة (لم یقدح فی ذلک) ای فی هذا الظهور (ظهور الاجازة الشخصیة فی وقوعها بعد الرد).

و علیه فللروایة ظهور ان.

ظهور فی ان الاجازة مصححة.

و ظهور فی ان الاجازة کانت بعد الرد.

و وجه الاستدلال بالروایة الظهور الاول، اما الظهور الثانی فیجب ان یرفع الید عنه.

(فیئول ما یظهر منه الرد) ای رد السید أولا- ثم اجازته- (بإرادة عدم الجزم) ای ان السید لم یجزم- ابتداءً- (بالاجازة و الرد) فاوّلا: کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۹

او کون حبس الولیدة علی الثمن.

او نحو ذلک.

و کانه قد اشتبه مناط الاستدلال علی من لم یستدل بها فی مسئلة الفضولی، او یکون الوجه فی الاغماض عنها، ضعف الدلالة المذکورة فانها لا تزید علی الاشعار، و لذا لم یذکرها فی الدروس، فی مسئلة الفضولی بل ذکرها فی موضع آخر، لکن الفقیه فی غنی منه بعد العمومات المتقدمة.

و ربما یستدل أیضا بفحوی صحة عقد النکاح

من

السید مرددا، ثم اجاز، لا انه أوّلا ردّ، ثم اجاز.

(او کون حبس) السید (الولیدة علی الثمن) لیستوفیه من المشتری لا انه کان لاجل انه رد البیع.

(او نحو ذلک) من التأویلات.

(و کانه قد اشتبه مناط الاستدلال) بهذه الروایة حیث ان المناط ظهور الاجازة فی الکفایة، لا ظهور القضیة الشخصیة، لیکون مصادما للاجماع (علی من لم یستدل بها) ای بهذه الروایة (فی مسئلة الفضولی، او یکون الوجه فی الاغماض عنها) ای عن الروایة و عدم الاستدلال بها فی الفضولی (ضعف الدلالة المذکورة) ای دلالة الروایة علی کفایة الاجازة (فانها لا تزید علی الاشعار) اذ الظاهر منها کون الاجازة بعد الرد و لا نقول به (و لذا لم یذکرها) ای الروایة (فی الدروس فی مسئلة الفضولی بل ذکرها فی موضع آخر لکن الفقیه فی غنی منه) ای من الاستدلال بهذه الروایة لتصحیح الفضولی (بعد العمومات المتقدمة) الدالة علی صحة الفضولی کأحلّ الله البیع، و: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ

(و ربما یستدل) لتصحیح الفضولی (أیضا بفحوی صحة عقد النکاح من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۰

الفضولی، فی الحر، و العبد الثابتة بالنص، و الاجماعات المحکیة، فان تملیک بضع الغیر، اذ الزم بالاجازة کان تملیک ماله اولی

بذلک.

مضافا: الی ما علم من شدة الاهتمام فی عقد النکاح، لانه یکون منه الولد کما فی بعض الاخبار

الفضولی، فی الحر، و العبد) ای سواء کان الذکر نکح حرا او عبدا (الثابتة بالنص، و الاجماعات المحکیة)

وجه الفحوی و الاولویة: ما ذکره بقوله: (فان تملیک بضع الغیر، اذا لزم بالاجازة کان تملیک ماله) ای مال الغیر (اولی بذلک) ای باللزوم بسبب الاجازة، اذ: البضع اهم فی نظر الشارع، فاذا مشی الفضولی فالاهم مشی فی المهم بطریق اولی.

(مضافا: الی ما علم) من الشارع (من شدة الاهتمام فی عقد النکاح لانه یکون منه الولد) فان الاهمیة العرفیة بالإضافة الی الاهمیة الشرعیة توجبان الفحوی المذکورة، و انه اذا صح فی النکاح صح فی البیع بطریق اولی (کما فی بعض الاخبار) الّذی اشار الی اهمیة النکاح، لان منه الولد، و هو صحیح علاء بن سیابة قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأة وکلت رجلا بان یزوجها من رجل، فقبل الوکالة، فاشهدت له بذلک، فذهب الوکیل فزوجها، ثم انها انکرت ذلک الوکیل، و زعمت انها عزلته عن الوکالة فاقامت شاهدین انها عزلته، فقال علیه السلام: ما یقول من قبلکم فی ذلک؟ قال: قلت: یقولون ینظر فی ذلک، فإن کانت عزلته قبل ان یزوج، فالوکالة باطلة و التزویج باطلة، و ان عزلته و قد زوجها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۱

و قد اشار الی هذه الفحوی فی غایة المراد، و استدل بها فی الریاض بل قال: انه لولاها اشکل الحکم، من جهة الاجماعات المحکیة علی المنع و هو حسن الا انها ربما توهن بالنص الوارد فی الرد علی العامة الفارقین بین تزویج الوکیل المعزول مع جهله بالعزل و بین

فالتزویج ثابت علی ما زوج الوکیل، و علی ما اتفق معها من الوکالة اذا لم یتعد شیئا مما امرت به و اشترطت علیه فی الوکالة، قال: ثم قال: یعزلون الوکیل عن وکالتها و لم تعلم بالعزل، قلت: نعم یزعمون انها لو وکلت رجلا- و اشهدت فی الملاء و قالت فی الخلاء اشهدوا انی قد عزلته و ابطلت وکالته بلا- ان تعلم فی العزل و ینقضون جمیع ما فعل الوکیل فی النکاح خاصة و فی غیره لا یبطلون الوکالة الا- ان یعلم الوکیل بالعزل، و یقولون المال منه عوض لصاحبه، و الفرج لیس منه عوض اذا وقع منه ولد، فقال علیه السلام: سبحان الله ما اجور هذا الحکم و افسده، ان النکاح احری و اجدر ان یحتاط فیه، و هو فرج، و منه یکون الولد، ان علیا علیه السلام اتته امرأة تستعدیه علی اخیها فقالت یا امیر المؤمنین انی وکلت هذا اخی، الحدیث.

(و قد اشار الی هذه الفحوی فی غایة المراد، و استدل بها فی الریاض) لصحة الفضولی (بل قال: انه لولاها) ای الفحوی (اشکل الحکم) بصحة الفضولی (من جهة الاجماعات المحکیة علی المنع) عن الفضولی (و هو) ای الاستدلال لصحة الفضولی فی البیع، بفحوی الفضولی فی النکاح (حسن، الا- انها) ای الفحوی (ربما توهن بالنص الوارد فی الرد علی العامة الفارقین بین تزویج الوکیل المعزول مع جهله) ای الوکیل (بالعزل، و بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۲

بیعه بالصحة فی الثانی لان المال له عوض و البطلان فی الاول لان البضع لیس له عوض حیث قال الامام:- فی مقام ردهم و اشتباههم فی وجه الفرق-

---

بیعه) ای بیع الوکیل المعزول مع جهله بالعزل (بالصحة فی الثانی) ای البیع دون الاول.

و وجه الوهن: ان الصحة فی البیع لیست اولی من الصحة فی النکاح بل الامر بالعکس، کما یستفاد من الروایة علی ما یأتی.

و انما قالت العامة بالصحة فی الثانی (لان المال له عوض) فصاحب المال لم یتضرر، اذا قلنا بصحة الفضولیة فانه ذهب منه شیء و جاء

فى مكـانه شـىء آخر (و البطلاـن فى الاول) اى النكاح (لان البضع ليس له عوض) فانه لكثرة فوائـده لا يعـد المهر عوضا عنه بل كانه تسليط للزوج على البضع بدون عوض لها فاذا قلنا بصحة نكاح الفضول كان معناه: ان الفضول اخرج البضع من المرأة الى الزوج بدون ان يـدخل عوضه الى الزوجـة فلـذا نقول بفساد النكاح الفضولى- هـذا كلام العامـة- فى تصـحيحهم المعاملـة الفضوليـة، دون النكاح الفضولى.

فهم يقولون: بأولوية البيع من النكاح، و الامام فى مقام ردهم، جعل الاولى النكاح.

و عليه: فما دلّ على صـحة الفضولية فى النكاح لا يدل على صـحة الفضولية فى البيع، فيسـقط الاستدلال لصحة الفضولى فى البيع، بما ورد من صـحته فى النكاح (حيث) بيان قوله: ربما يوهن (قال الامام:- فى مقام ردهم) اى العامـة (و اشـتباههم فى وجه الفرق-) اى ان ما بينوا من وجه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۵۳

سبحان الله ما اجور هذا الحكم و افسده؟ فان النكاح اولى و اجدر ان يحتاط فيه لانه الفرج، و منه يكون الولد، الخبر.

و حاصله: ان مقتضى الاحتياط، كون النكاح الواقع اولى بالصحة من البيع، من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح، دون غيره.

فـدل: على ان صـحة البيع يسـتلزم صـحة النكاح بطريق اولى، خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصـحة البيع دون النكاح، فمقتضـى حكم الامام عليه السلام ان صحة المعاملة المالية

الفرق بين النكاح الّـذى قالوا ببطلانه، و بين البيع الّذى قالوا بصـحته (سـبحان الله ما اجور هذا الحكم و افسده) اى الحكم بصـحة البيع دون النكـاح (فـان النكـاح اولى و اجـدر ان يحتاط فيه) بان لا يقال ببطلانه، اذ: معنى بطلانه ان تتزوج المرأة برجل آخر، و الحال انها زوجة للاول (لانه الفرج، و منه يكون الولد) الموجب للنسب و سائر الاحكام المترتبة عليه، الى آخر (الخبر).

(و حاصـله) اى حاصل كلام الامام فى رد العامـة (ان مقتضـى الاحتياط كون النكاح الواقع اولى بالصـحة من البيع، من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح) المقتضى لعدم ابطال النكاح الواقع (دون غيره) من سائر المعاملات، لان امر المال اهون من امر الفرج.

(فدل) كلام الامام عليه السـلام الّذى جعل صـحة النكاح اولى من صـحة البيع (على ان صـحة البيع يسـتلزم صحة النكاح بطريق اولى، خلافا للعامة حيث عكسوا) فيما يظهر من الحديث السابق (و حكموا بصحة البيع دون النكاح)

و على هذا (فمقتضى حكم الامام عليه السلام ان صحة المعاملة المالية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۵۴

الواقعة فى كل مقام يستلزم صحة النكاح الواقع بطريق اولى،

و حينئذ فلا يجوز التعدى من صـحة النكاح فى مسـئلة الفضولى الى صحة البيع، لان الحكم فى الفرع، لا يستلزم الحكم فى الاصل فى باب الاولويـة، و الّا لم يتحقق الاولوية، كما لا يخفى. فالاسـتدلال بصـحة النكاح على صـحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

الواقعة فى كل مقام، يستلزم صحة النكاح الواقع بطريق اولى) لوجود الاحتياط فى النكاح و عدم وجوده فى المعاملة.

(و حينئذ ف) فى مسـئلتنا (لا يجوز التعدى من صـحة النكاح فى مسئلة الفضولى الى صحة البيع) اذ: صار البيع الاصل، و النكاح الفرع (لاـن الحكم) بالصـحة (فى الفرع) الّـذى هو النكـاح (لا يسـتلزم الحكم) بالصـحة (فى الاصل) الّـذى هو البيع (فى باب الاولويـة) فانه ينسحب الحكم من غير الاولى الى الاولى، لا من الاولى الى غير الاولى (و الا لم يتحقق الاولوية، كما لا يخفى)

فمثلا: اذا نهى عن الضرب لم يدل على النهى عن قوله: اف، بخلاف العكس.

و علی هذا (فالاستدلال بصحة النکاح علی صحة البیع) کما تقدم فی الاستدلال بفحوی الفضولیة فی النکاح (مطابق لحکم العامة، من کون النکاح اولی بالبطلان) من بطلان البیع فی صورة الفضولیة فی مسئلة الوکیل المعزول (من جهة) ما استدل العامة به من (ان البضع غیر قابل للتدارک بالعوض) لانه لکثرة فائدته لا یعوض، بخلاف البیع لانه فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۵

بقی الکلام فی وجه جعل الامام (ع) الاحتیاط فی النکاح هو ابقائه دون ابطاله، مستدلا: بانه یکون منه الولد مع ان الامر فی الفروج کالاموال دائر بین محذورین، و لا احتیاط فی البین.

و یمکن ان یکون الوجه فی ذلک ان ابطال النکاح فی مقام الاشکال، و الاشتباه یستلزم التفریق بین الزوجین علی تقدیر الصحة واقعا فیتزوج المرأة

مقابل الثمن، فیمکن الصحة فی البیع دون النکاح.

(بقی الکلام فی وجه جعل الامام (ع) الاحتیاط فی النکاح) فی صورة عزل الوکیل و (هو ابقائه دون ابطاله مستدلا) لوجوب الابقاء (بانه یکون منه) ای من النکاح (الولد مع ان الامر فی الفروج، کا) لامر فی ا (لاموال دائر بین محذورین) الوجوب و التحریم، لانه ان قیل: بصحة النکاح، و کان باطلا واقعا، لزم ترتب المحرمات الواقعیة علیه من: الوطی، و الارث، و ما اشبه.

و ان قیل: ببطلانه، و کان صحیحا واقعا، لزم ترتب المحرمات الواقعیة أیضا، من زواج المرأة برجل آخر و الحال انها زوجة للاول، و اخذ الزوج الخامسة، و غیر ذلک (و لا احتیاط فی البین).

اذ: لیس الامر دائرا بین الوجوب و الجواز، حتی یقال: بترجیح الفعل، او بین الحرمة و الجواز، حتی یقال: بترجیح الترک.

(و یمکن ان یکون الوجه فی ذلک) الترجیح للنکاح (ان ابطال النکاح فی مقام الاشکال) فی صحته (و الاشتباه) بانه هل وقع صحیحا أم لا؟ (یستلزم التفریق بین الزوجین علی تقدیر الصحة) للنکاح (واقعا، فیتزوج المرأة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۶

و یحصل الزنا بذات البعل بخلاف ابقائه فانه علی تقدیر بطلان النکاح لا یلزم منه الا وطی المرأة الخالیة عن المانع، و هذا اهون من وطی ذات البعل.

فالمراد بالاحوط: هو الاشد احتیاطا.

و کیف کان: فمقتضی هذه الصحیحة انه اذا حکم بصحة النکاح الواقع من الفضولی، لم یوجب ذلک التعدی الی الحکم بصحة بیع الفضولی.

و یحصل الزنا بذات البعل) و ذلک من اشد المحرمات (بخلاف ابقائه) ای النکاح (فانه علی تقدیر بطلان النکاح لا یلزم منه، الا وطی المرأة الخالیة عن المانع، و هذا اهون من وطی ذات البعل).

بل ربما یمکن ان یکون صحیحا أیضا، اذا کان الرجل و المرأة راضیین، لانه من المعاطات التی ربما قیل بانها نوع نکاح أیضا.

(فالمراد بالاحوط: هو الاشد احتیاطا) لا الاحوط المطلق، فان العقل حیث یری التخییر بین المحذورین کان الاولی الجنوح الی الاشد احتیاطا، هذا بالنسبة الی التکلیف حسب القواعد الاولیة.

اما بحسب الواقع، فالتکلیف هو هذا، بعد ان حکم به الامام علیه السلام کما لا یخفی، فالاحتیاط التام و ان امکن لکن مولی الموالی لم یرد الاحتیاط.

(و کیف کان) فی وجه کون الابقاء احوط (فمقتضی هذه الصحیحة انه اذا حکم بصحة النکاح الواقع من الفضولی لم یوجب ذلک)

الحكم بالصحة فى النكاح (التعدى الى الحكم بصحة بيع الفضولى) حسب ما جعل الامام عليه السلام النكاح اقل مئونة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۵۷

نعم لو ورد الحكم بصحة البيع، امكن الحكم بصحة النكاح، لان النكاح اولى بعدم الابطال، كما هو نص الرواية.

ثم ان الروايـة و ان لم يكن لها دخل بمسألـة الفضولى الا ان المسـتفاد منها قاعـدة كليـة، هى: ان امضاء العقود الماليـة، يسـتلزم امضاء النكاح من دون العكس الّذى هو مبنى الاستدلال فى مسئلة الفضولى، هذا.

[ما يؤيد لصحة بيع الفضولى]

ثم انه ربما يؤيـد صـحة الفضولى بل يسـتدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصـة مثل: موثقـة جميل عن ابى عبـد اللّه عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا ليشترى به ضربا من المتاع مضاربة.

من البيع بملاحظة هذا الاحتياط، و لا يتعدى من الاضعف الى الاقوى.

(نعم) مقتضـى هـذا الحـديث انه (لو ورد الحكم بصـحة البيع امكن الحكم بصـحة النكاح لان النكاح اولى بعدم الابطال كما هو نص الرواية).

و عليه فلا فحوى لما دل على صـحة النكاح الفضولى حتى يتعدى عنه الى صـحة بيع الفضولى (ثم ان الرواية) المتقدمة (و ان لم يكن لها دخل بمسألـة الفضولى، الا ان المسـتفاد منها قاعـدة كلية هى: ان امضاء العقود المالية) كالبيع و الاجارة (يسـتلزم امضاء النكاح من دون العكس) فإمضـاء النكـاح لاـ يسـتلزم امضـاء العقود الماليـة (الّـذى) اى العكس الّـذى (هو مبنى الاسـتدلال فى مسئلة الفضولى) بفحوى الصحة فى النكاح (هذا) تمام الكلام فى باب الفحوى.

(ثم انه ربما يؤيـد صـحة الفضولى بل يسـتدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصـة مثل: موثقـة جميل عن ابى عبد اللّه عليه السلام، فى رجل دفع الى رجل مالا ليشترى به ضربا) اى قسما (من المتاع مضاربة) بان يكون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۵۸

فاشترى غير الّذى امره قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه.

و نحوها، غيرها الواردة فى هذا الباب.

فانهـا ان ابقيت على ظاهرهـا من عـدم توقف ملـك الربـح على الاجـازة كمـا نسب الى ظـاهر الاصـحاب، و عـدّ هـذا خارجـا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك و غيره.

المـال من الـدافع و العمـل من العامـل و الربـح بينهما (فاشترى) العامل (غير) المتاع (الّـذى امره) الـدافع (قال: هو) اى العامل (ضامن) للخسارة (و الربح) إن كان فهو (بينهما على ما شرطه) الدافع حسب ما تباينا عليه، من:

الثلث، و النصف، و ما اشبه.

(و نحوها، غيرها الواردة فى هذا الباب) اى باب تخلف العامل عن الّذى امره صاحب المال.

و وجه الاسـتدلال بهـذه الاحـاديث انهـا امـا من مسـئلة الفضولى، فتـدل على صـحتها و اما ليست من مسـئلة الفضولى فيسـتأنس بهـذه الاحاديث لمسألة الفضولى.

(فانها) اى هـذه الاخبار (ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك) الدافع و العامل (الربح على الاجازة) من الدافع، لما اوقعه العامل من العقد على ماله بدون اذنه (كما نسب) هذا الابقاء و الفتوى بمقتضاه (الى ظاهر الاصـحاب، و عدّ هذا) العمل من العامل بدون اذن

الدافع (خارجا عن بیع الفضولی بالنص، کما فی المسالک و غیره) من ان هذا خارج عن الفضولی بالنص، و الا فمقتضی القاعدة اما اذن المالک لتصحیح المعاملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۵۹

کان فیها استیناس لحکم المسألة من حیث عدم اعتبار اذن المالک سابقا فی نقل مال المالک الی غیره و ان حملناها علی صورة رضی المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح- کما هو الغالب- و بمقتضی الجمع بین هذه الاخبار، و بین ما دل علی اعتبار رضی المالک فی نقل ماله، و النهی عن اکل المال بالباطل اندرجت المعاملة فی الفضولی و صحتها فی خصوص المورد- و ان احتمل کونها للنص الخاص- الا انها لا تخلو عن تأیید للمطلب.

و اما بطلانها اذا لم یأذن (کان) جواب: ان، (فیها) ای فی هذه الاخبار (استیناس لحکم المسألة) ای مسئلة الفضولی (من حیث عدم اعتبار اذن المالک سابقا فی نقل مال المالک الی غیره) بل مسئلة الفضولی اولی بالصحة لان فیها اجازة المالک (و ان حملناها) ای اخبار المضاربة (علی صورة رضی المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح- کما هو الغالب-) حیث: ان الانسان یرضی بمعاملة الفضول اذا وجد فیها ربحا (و بمقتضی) متعلق ب:

حملناها، ای ان الروایات و إن کانت مطلقه، الا انها محموله علی صوره رضی المالک بمقتضی (الجمع بین هذه الاخبار) المطلقة (و بین ما دل علی اعتبار رضی المالک فی نقل ماله) المخصص لهذه الاخبار (و النهی عن اکل المال بالباطل) الّذی من اظهر مصادیقه صورة عدم رضاه، و: النهی عطف علی: اعتبار (اندرجت) خبر: و ان حملناها (المعاملة) المضاربیة (فی الفضولی، و صحتها) ای هذه المعاملة (فی خصوص المورد) ای المضاربة (- و ان احتمل کونها للنص الخاص- الا انها) ای الصحة فی هذا المورد (لا تخلو عن تأیید للمطلب) اذ: یستأنس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۶۰

و من هذا القبیل: الاخبار الواردة فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم و ان الربح للیتیم، فانها ان حملت علی صوره اجازه الولی، کما هو صریح جماعة تبعا للشهید، کان من افراد المسألة و ان عمل بإطلاقها کما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسئلة الفضولی.

لکن یستأنس لها بالتقریب المتقدم.

و ربما احتمل دخولها فی المسألة،

الفقیه منها کون مطلق الفضولی هکذا.

(و من هذا القبیل) الدال علی صحة الفضولی (الاخبار الواردة فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم، و ان الربح للیتیم) و الاخبار و ان لم تکن صریحة فی غیر الولی لکن بإطلاقها تشمل غیر الولی، کصحیحة الربعی عن الصادق علیه السلام، فی رجل عنده مال الیتیم، فقال علیه السلام: إن کان محتاجا لیس له مال، فلا یمس ماله، و ان هو اتّجر به فالربح للیتیم، و هو ضامن (فانها ان حملت علی صورة اجازة الولی، کما هو صریح جماعة، تبعا للشهید) حیث استفاد من هذه الاخبار صورة اجازة الولی (کان من افراد المسألة) اذ: تدل علی ان الاجازة لعقد الفضولی تکفی فی صحة العقد (و ان عمل بإطلاقها) ای ان المعاملة صحیحة سواء اجاز الولی، أم لا؟ (کما عن جماعة ممن تقدمهم) ای تقدم الشهید، و جماعته (خرجت عن مسئلة الفضولی) لانها صحیحة بحکم الامام لا بسبب اجازة المالک و ولیه.

(لکن یستأنس لها) ای لمسألة الفضولی (بالتقریب المتقدم) من حیث عدم اعتبار اذن المالک سابقا فی نقل مال المالک الی غیره.

(و ربما احتمل دخولها) ای مسئلة الاتجار بمال الصغیر (فی المسألة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶۱

من حيث ان الحكم بالمضى اجازة إلهية لاحقه للمعاملة، فتأمل.

و ربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن اشيم الواردة فى العبد المأذون الّذى دفع إليه مال ليشترى به نسمة، و يعتقها و يحجه عن ابيه فاشترى اباه، و اعتقه، ثم تنازع مولى المأذون، و مولى الأب، و ورثة الدافع، و ادعى كل منهم انه اشتراه بماله.

اى مسئلة الفضولية- على القول بالإطلاق- (من حيث ان الحكم، بالمضى اجازه إلهية لاحقة للمعاملة) فيستفاد منها: ان الاجازة المالكية أيضا كذلك، فاذا الحقت بالمعاملة صحت (فتامل) اذ: الاجازة الالهية سابقة، و ليست لاحقة بالإضافة الى انه لا ملازمة بين الصحة بسبب الاجازة الالهية و الاجازة المالكية.

(و ربما يؤيد المطلب) اى صحة الفضولى اذا لحقتها الاجازة (أيضا برواية ابن اشيم الواردة فى العبد المأذون الّذى دفع إليه مال ليشترى به نسمة، و يعتقها، و يحجه عن ابيه) اى يرسل العبد المعتوق الى الحج نيابة عن والد صاحب المال (فاشترى) العبد (اباه، و اعتقه ثم تنازع مولى المأذون) اى مولى العبد (و مولى الأب) اى العبد الّذى هو اب للعبد المأذون (و ورثة الدافع) للمال، حيث مات نفس الدافع (و ادعى كل منهم) اى من الثلاثة (انه) اى العبد المأذون (اشتراه) اى اباه (بماله).

مثلا: محمد، و على، و الحسن، احرار و كان لمحمد عبد اسمه فيروز و كان لعلى عبد اسمه مبارك، و كان مبارك أبا لفيروز، و كان فيروز عنده مال كل واحد من الثلاثة الاحرار، و طلب منه الحسن ان يشترى عبدا و يعتقه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶۲

فقال ابو جعفر عليه السلام: يرد المملوك رقا لمولاه، و اى الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على انه اشتراه بماله كان رقّا له، الخبر، بناء على انه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع، بعد مطالبة المتضمّنة: لاجازه البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء

و يحجه عن والد الحسن، فاشترى فيروز مباركا و اعتقه و احجه، فتنازع الثلاثة الاحرار، قال محمد: انه اشترى مباركا بمالى، فالمبارك لى و عتقه باطل، لانى لم آذن له فى العتق، و قال على: انه اشترى مباركا بمالى فالبيع باطل من اصله، لانه اشترى عبدى بدرهمى، و مثل هذا الاشتراء لا يصح، و قال الحسن: بل انه اشتراه بمالى فالبيع، و العتق، صحيحان (فقال ابو جعفر عليه السلام: يرد المملوك رقّا لمولاه) فالمبارك يبقى على ملكية على، لاصالة عدم الانتقال (و اى الفريقين) من محمد، و الحسن (اقاموا البينة بعد ذلك على انه) اى العبد المأذون- و هو فيروز- (اشتراه بماله كان رقّا له) فان اقام محمد البينة، كان مبارك رقّا له، و ان اقام الحسن البينة كان مبارك حرا (الخبر).

و انما يؤيد هذا الخبر المطلب (بناء على) ان محمدا كان له مال عند عبده فيروز، فاشترى فيروز المبارك له- حسب الفرض من انه ان اقام البينة كان العبد له- و كان هذا الاشتراء فضوليا، فاجازه محمد، فصار العبد اى المبارك، بسبب هذه الإجازة له ف (انه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع، بعد مطالبة المتضمنة: لاجازة البيع) كمطالبة صاحب المال و هو: محمد للمبيع، و هو: المبارك فى المثال (لم يكن مجرد دعوى الشراء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶۳

بالمال و لا اقامة البينة عليها كافية فى تملك المبيع.

و مما يؤيد المطلب أيضا: صحيحه الحلبى، عن الرجل يشترى ثوبا، و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه، ثم رده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة، قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعه، فان جهل فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد.

بالمـال) اى دعوى محمـد ان فيروز اشترى المبـارك بمـالى (و لا اقامـة البينـة عليها) اى على هـذه الـدعوى (كافيـة فى تملك المبيع) فالكفاية تلازم صحة الفضولية التى تلحقها الاجازة.

و لكن ان هذا البناء محل ايراد، حيث يحتمل ان يكون كل من الاحرار موكلا لفيروز فى الاتجار بماله، بل يؤيده وجود مال كل واحد منهم عنده.

(و مما يؤيد المطلب) اى صحه الفضولية (أيضا: صحيحه الحلبى، عن الرجل يشترى ثوبا، و لم يشترط على صاحبه شيئا) بان يرده اذا كرهه (فكرهه) اى المشترى (ثم رده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة) اى التنقيص فى الثمن (قال) عليه السلام (لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة) لان الزائد من الثمن عند البائع، من اكل المال بالباطل (فان جهل) البائع انه لاحق له فى الاخذ بوضيعة (فاخذه) اى الثوب بوضيعة (فباعه باكثر من ثمنه) كما لو باع زيد عمروا ثوبا بدينار، ثم رده عمرو عليه، و اخذ من ثمنه نصف دينار فقط، ثم باع زيد الثوب مرة ثانية بثلاثة ارباع الدينار (يرد على صاحبه الاول) اى المشترى (ما زاد) اى الربع الزائد رده على عمرو، لان الثوب له، و رده على زيد لم يوجب بطلان البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶۴

فان الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره الاعلى صحة بيع الفضولى لنفسه.

و يمكن التأييد له أيضا: بموثقة عبد الله، عن ابى عبد الله عليه السلام:

عن السمسار يشترى بالاجر، فيدفع إليه الورق فيشترط عليه: انك تأتى بما تشترى، فما شئت اخذته، و ما شئت تركته، فيذهب ليشترى، ثم يأتى بالمتاع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال: لا بأس، الخبر. بناء على ان الاشتراء من السمسار يحتمل ان يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب

(فان الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره) اى ظاهر الرد، مقابل ان عمروا اودعه ثانيا عند زيد ليبيعه له (الاعلى صحة بيع الفضولى لنفسه) فان زيدا فضول، و قد باع الثوب لنفسه، لكنه ملك لعمرو واقعا، فالبيع صحيح و الزائد له.

فاذا صح بيع الفضول لنفسه، فبيعه للمالك يصح بطريق اولى.

(و يمكن التأييد له) اى للفضولى (أيضا: بموثقة عبد الله، عن ابى عبد الله عليه السلام: عن السمسار يشترى بالاجر) اى اجرة عمله (فيدفع إليه) المالك (الورق) اى الدرهم (فيشترط) المالك للورق (عليه: انك تأتى بما تشترى، فما شئت اخذته، و ما شئت تركته، فيذهب) السمسار (ليشترى، ثم يأتى بالمتاع، فيقول) السمسار بعد ما اشترى المتاع، لصاحب الورق (خذما رضيت، و دع ما كرهت) فهل يصح هذا (قال) عليه السلام (لا بأس، الخبر).

و دلالته على صحة الفضولى (بناء على ان الاشتراء) الصادر (من السمسار) عن بائع للمتاع (يحتمل ان يكون لنفسه، ليكون الورق) من صاحب الورق (عليه قرضا، فيبيع) السمسار (على صاحب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۶۵

الورق ما رضيه من الامتعة، و يوفيه دينه.

و لا ينافى هذا الاحتمال، فرض السمسار فى الرواية ممن يشترى بالاجر، لان توصيفه بذلك باعتبار اصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

و يحتمل ان يكون لصاحب الورق باذنه، مع جعل خيار له على بائع الامتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى، و يفسخه فيما كره.

الورق ما رضيه من الامتعة، و يوفيه) اى يوفى السمسار صاحب الورق (دينه) لانه يعطيه المتاع عوض ما اقترض منه من الورق.

(و) ان قلت: هذا ینافی قوله: یشتری بالاجر، اذ: ظاهره ان السمسار یشتری لصاحب الورق، و یأخذ منه الأجرة،

قلت: (لا ینافی هذا الاحتمال فرض السمسار فی الروایة ممن یشتری بالاجر) الظاهر فی ان الاشتراء لیس لنفسه (لان توصیفه بذلک) الاشتراء بالاجر (باعتبار اصل حرفته و شغله) و انه شأنه الاشتراء بالأجرة (لا بملاحظة هذه القضیة الشخصیة) هذا هو الاحتمال الاول فی الروایة.

(و یحتمل ان یکون) الاشتراء الصادر من السمسار (لصاحب الورق باذنه، مع جعل خیار له علی بائع الامتعة) حتی لا یکون صاحب الورق ملزما بقبول کل ما اشتراه (فیلتزم) صاحب الورق (بالبیع فیما رضی) من الاجناس المبیعة (و یفسخه فیما کره) و هذا هو الاحتمال الثانی فی الروایة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۶۶

و یحتمل ان یکون فضولیا عن صاحب الورق، فیتخیر ما یرید، و یرد ما یکره.

و لیس فی مورد الروایة ظهور فی اذن صاحب الورق للسمسار علی وجه ینافی کونه فضولیا کما لا یخفی.

فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حکم الامام علیه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات، افاد ثبوت الحکم علی جمیع الاحتمالات.

(و یحتمل ان یکون) اشتراء السمسار (فضولیا عن صاحب الورق، فیتخیر) صاحب الورق (ما یرید) من الامتعة (و یرد ما یکره).

(و) ان قلت: ظاهر الروایة اذن صاحب الورق للسمسار فی الاشتراء فکیف یکون فضولیا؟

قلت: (لیس فی مورد الروایة ظهور فی اذن صاحب الورق للسمسار علی وجه ینافی کونه فضولیا) لان المالک انما یرید الّذی یرضاه وقت رؤیته المتاع، و قبل الرؤیة لم یکن اذن فی الاشتراء (کما لا یخفی) و هذا هو الاحتمال الثالث.

(فاذا احتمل مورد السؤال) فی هذه الروایة (لهذه الوجوه) الثلاثة (و حکم الامام علیه السلام بعدم البأس) فی ذلک (من دون استفصال عن المحتملات) بان لم یقل انه یصح علی احتمال دون احتمال آخر (افاد) الحدیث (ثبوت الحکم) بالجواز (علی جمیع الاحتمالات) فیدل علی صحة الفضولی.

و لا یخفی ما فی احتمال الروایة للفضولی أولا، و الاستدلال بها علی تقدیر الاحتمال ثانیا نظر ظاهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۶۷

و ربما یؤید المطلب: بالاخبار الدالة علی عدم فساد نکاح العبد بدون اذن مولاه معللا: بانه لم یعص اللّه و انما عصی سیده، و حاصله: ان المانع من صحه العقد، اذا کان لا یرجی زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا، و هو عصیان اللّه تعالی.

و اما المانع الّذی یرجی زواله کعصیان السید، فبزواله یصح العقد.

و رضی المالک من هذا القبیل فانه لا یرضی أولا و یرضی ثانیا بخلاف سخط اللّه عز و جل بفعل فانه یستحیل رضاه.

(و ربما یؤید المطلب) ای صحة الفضولی (بالاخبار الدالة علی عدم فساد نکاح العبد بدون اذن مولاه معللا) عدم الفساد (بانه) ای العبد (لم یعص اللّه و انما عصی سیده) و التأیید بهذا الحدیث لا من جهة الاولویة کما سبق بل ما ذکره بقوله (و حاصله: ان المانع من صحه العقد) الّذی اجراه العبد (اذا کان لا یرجی زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا، و هو عصیان اللّه تعالی) اذ: المعصیة لا تنقلب طاعة.

(و اما المانع الّذی یرجی زواله کعصیان) العبد (السید، فبزواله یصح العقد) اذ: حینما یزول المانع یعمل المقتضی عمله.

(و رضی المالک) فی العقد الفضولی (من هذا القبیل، فانه) ای المالک (لا یرضی أولا) حین جریان العقد (و یرضی ثانیا) حین

الاجازة (بخلاف سخط الله عز و جل بفعل، فانه يستحيل رضاه) فاذا باع الخمر مثلا لم يمكن صحة البيع، اما اذا باع فضولا فانه يمكن صحة البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۶۸

[مختار المصنف الصحة]

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۷، ص: ۶۸

هذا غاية ما يمكن ان يحتج، و يستشهد به، للقول بالصحة، و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه الا ان فى بعضها الآخر غنى و كفاية.

و احتج للبطلان: بالأدلّة الاربعة

اما الكتاب [الاستدلال بآية التجارة]

فقوله تعالى: لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ دل بمفهوم الحصر، او سياق التحديد على ان غير التجارة عن تراض او التجارة لا عن تراض غير مبيح لا كل مال الغير، و ان لحقها الرضا، و من المعلوم: ان الفضولى غير داخل فى المستثنى.

و فيه: ان دلالته على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء

(هذا) الّذى ذكرناه من مختلف الاستدلالات للفضولى بالآية، و الرواية و القاعدة (غاية ما يمكن ان يحتج، و يستشهد به، للقول بالصحة، و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه، الا ان فى بعضها الآخر غنى و كفاية).

(و احتج للبطلان) اى بطلان الفضولى (بالأدلّة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى: لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ، إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ) الآية، (دل بمفهوم الحصر) حيث حصر الجائز بالتجارة عن رضى (او سياق التحديد) و المراد: مفهوم الوصف، حيث حددت التجارة فى الآية بتوصيفها ب: عن تراض (على ان غير التجارة عن تراض) هذا مستفاد من مفهوم الحصر (او التجارة لا عن تراض) هذا مستفاد من مفهوم الوصف (غير مبيح لاكل مال الغير، و ان لحقها الرضا) لاطلاق المستفاد من الحصر، او الوصف (و من المعلوم: ان الفضولى غير داخل فى المستثنى) و هو: عن تراض فيدخل فى المستثنى منه و هو: لا تأكلوا.

(و فيه: ان دلالته على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء) اذ: التجارة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۶۹

كما هو ظاهر اللفظ، و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين، ضرورة عدم كون: التجارة عن تراض، فردا من الباطل خارجا عن حكمه.

و اما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو مع

عن تراض، ليس اكلا بالباطل- الّذى هو المستثنى منه- (كما هو) اى الانقطاع (ظاهر اللفظ) اذ: المستثنى، ليس من جنس المستثنى منه (و صريح المحكى عن جماعه من المفسرين) و اذا كان الاستثناء منقطعا لم يفد الحصر، اذ لم يدل على ان الخارج من المستثنى

منه المستثنی فقط- الّذی هو قوام الحصر- فانک اذا قلت: ما جاءنی احد إلا زیدا، أفاد أن الخارج من حکم: عدم المجیء زید، فقط، فیدل علی انه لم یجئ عمرو، و خالد و بکر، اما اذا قلت: ما جاءنی احد إلا حمار، کان: الا، بمعنی: لکن، و من المعلوم ان مجرد قولهٔ العام ای: ما جاءنی احد، لیست منافیهٔ لوجود مخصص له کسائر العمومات.

و انما نقول بان الاستثناء فی الآیهٔ منقطع ل (ضرورهٔ عدم کون: التجارهٔ عن تراض، فردا من الباطل) المستثنی منه (خارجا عن حکمه).

نعم ربما قیل: ان الاستثناء فی الآیهٔ لیس منقطعا لانه فی قوهٔ ان یقال لا تأکلوا اموالکم بای نوع من انواع الاکل، لانه اکل بالباطل، الا اذا کان تجارهٔ عن تراض، ف: بالباطل، لیس الا علهٔ.

کما انه ربما قیل: بان الاستثناء المنقطع یفید الحصر أیضا، لانه فی قوهٔ ان یقال لم یأتنی انسان و حیوان، إلا حمار، و لتفصیل الکلام یراجع المفصلات.

(و اما سیاق التحدید الموجب لثبوت مفهوم القید) ای الوصف (فهو مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۰

تسلیمه مخصوص بما اذا لم یکن للقید فائدهٔ اخری لکونه واردا مورد الغالب کما فی ما نحن فیه، و فی قوله تعالی: وَ رَبٰائِبُکُمُ اللّٰاتِی فِی حُجُورِکُمْ، مع احتمال ان یکون: عن تراض خبرا بعد خبر، لیکون علی قراءهٔ نصب التجارهٔ لا قیدا لها.

و إن کان غلبه توصیف النکرهٔ تؤید التقیید، فیکون المعنی: الا ان یکون

تسلیمه) اذ: لا نسلم ان المفهوم فی الآیهٔ من قبیل مفهوم الوصف (مخصوص بما اذا لم یکن للقید فائدهٔ اخری لکونه) ای القید (واردا مورد الغالب، کما فی ما نحن فیه) فان الغالب ان یکون غیر التجارهٔ عن تراض، اکلا بالباطل (و) کما (فی قوله تعالی: وَ رَبٰائِبُکُمُ اللّٰاتِی فِی حُجُورِکُمْ) فان الغالب ان تکون الربیبهٔ، و هی بنت المرأهٔ فی حجر الزوج الثانی و الا فلا خصوصیهٔ لکونها فی الحجر (مع احتمال ان یکون: عن تراض) فی الآیهٔ (خبرا بعد خبر، لیکون) فاسم: یکون، الضمیر العائد الی: الاکل، المفهوم من: لا- تأکلوا، و خبره: تجارهٔ، و کلمهٔ: عن تراض، خبر ثان، و لیس بوصف، و قیل حتی یکون له مفهوم الوصف (علی قراءهٔ نصب التجارهٔ) اما علی قراءهٔ الرفع فاوضح، لان: التجارهٔ، اسم، و: عن تراض، خبر، فلا وصف فی البین اصلا (لا قیدا لها) ای للتجارهٔ، لیکون له مفهوم.

(و إن کان غلبهٔ توصیف النکرهٔ) مثل: تجارهٔ، فی الآیهٔ (تؤید التقیید) بان یکون: عن تراض، قیدا، لا خبرا بعد خبر (فیکون المعنی) بناء علی کونه خبرا بعد خبر (الا ان یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۱

سبب الاکل تجارهٔ، و یکون عن تراض، و من المعلوم ان السبب الموجب لحل الاکل فی الفضولی انما نشأ عن التراضی مع ان الخطاب لملّاک الاموال.

و التجارهٔ فی الفضولی انما تصیر تجارهٔ المالک بعد الاجازهٔ فتجارته عن تراض.

و قد حکی عن المجمع ان مذهب الامامیهٔ، و الشافعیهٔ، و غیرهم، ان معنی التراضی

سبب الاکل تجارهٔ، و یکون) ذلک السبب (عن تراض، و من المعلوم ان) الفضولی داخل حینئذ فی المستثنی، اذ: (السبب الموجب لحل الاکل فی الفضولی انما نشأ عن التراضی) فزید الّذی یأکل الثمن بعد رضایهٔ المشتری اکل المال عن رضی من صاحب الثمن (مع ان الخطاب) فی: لا تأکلوا (لملّاک الاموال) ای صاحب المثمن، و صاحب الثمن.

فعلی تقدیر کون: عن تراض، قیدا، لا- یلزم أیضا عدم صحهٔ الفضولی اذ: التجارهٔ قبل الاجازهٔ، لا تکون تجارهٔ المالک، فلا یجوز

الاکل حینذاک و بعد ان صح نسبتها الی المالک بعد الاجازة، تکون تجارة عن تراض.

(و) ذلک لوضوح ان: (التجارة فی الفضولی انما تصیر تجارة المالک بعد الاجازة) و حینذاک (فتجارته عن تراض).

و علی هذا، فالآیة دالة علی جواز الاکل بعد الرضا، سواء قلنا بان:

عن تراض، قید، او انه خبر بعد خبر.

(و قد حکی عن المجمع ان مذهب الامامیة، و الشافعیة، و غیرهم) من بعض العلماء الآخرین مقابل مذهب مالک، و ابی حنیفة (ان معنی التراضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۲

بالتجارة امضاء البیع بالتصرف او التخایر بعد العقد.

و لعله یناسب ما ذکرنا من: کون الظرف خبرا بعد خبر.

و اما السنة فهی أخبار،

منها: النبوی المستفیض، و هو

بالتجارة) فی الآیة (امضاء البیع) الّذی فیه الخیار (بالتصرف) فی المبیع، فانه مسقط للخیار (او التخایر) بان یقول: من له الخیار: اخترت البیع، فان الاول امضاء عملی، و الثانی امضاء قولی (بعد العقد) خلافا لمالک، و ابی حنیفة، حیث قالا: ان التراضی هو التراضی بالعقد فقط، و لا یحتاج الی الامضاء عملا، او قولا.

(و لعله) ای کلام المجمع (یناسب ما ذکرنا من: کون الظرف) ای: عن تراض، (خبرا بعد خبر) و لیس قیدا.

وجه المناسبة ان المراد بالرضی- علی هذا القول- الرضی باسقاط الخیار عملا، او قولا، فلا یراد منه الرضا بالعقد.

و علیه فاذا لم یکن فی باب الفضولی، رضی بالعقد حین العقد، لم یضر و لم یوجب ان تشمله الآیة.

و الحاصل: انه علی هذا القول یلزم الرضی بعد العقد، و هو حاصل بعد الاجازة فی الفضولی، کما لا یخفی، و لو کان: عن تراض، قیدا، لزم ان یراد به الرضا حین العقد، لا بعد العقد.

(و اما السنة) الدالة علی بطلان الفضولی، علی ما ذکره القائلون بالبطلان (فهی اخبار منها: النبوی المستفیض) و هو و إن کان عاصیا، لکن استفاضته، و ورود مثله فی اخبار الخاصة کاف فی الحجیة، او الاستناد (و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۳

قوله صلی الله علیه و آله و سلم، لحکیم بن حزام: لا تبع ما لیس عندک، فان عدم حضوره عنده، کنایة عن عدم تسلطه علی تسلیمه لعدم تملکه، فیکون مساوقا للنبوی الآخر: لا بیع الا فیما یملک، بعد قوله صلی الله علیه و آله و سلم لا طلاق الا فیما یملک، و لا عتق الا فیما یملک.

و لما ورد فی توقیع العسکری الی الصفار: لا یجوز بیع ما لیس یملک.

و ما عن الحمیری ان مولانا عجل الله فرجه کتب فی جواب بعض مسائله:

ان الضیعة لا یجوز ابتیاعها الا عن مالکها او بامره، او رضی منه.

قوله صلی الله علیه و آله و سلم، لحکیم بن حزام: لا تبع ما لیس عندک)

و من المعلوم: ان الفضولی لیس عنده الشیء الّذی یجری المعاملة علیه (فان عدم حضوره عنده) فی الخبر (کنایة عن عدم تسلطه علی

تسلیمه لعدم تملکه) لاغیا به عنه، و إن کان ملکا له و قادرا علی تسلیمه (فیکون) هذا الخبر (مساوقا) و مساویا (للنبوی الآخر: لا بیع الا فیما یملک) بالمعلوم، و المراد ملک البیع، و ان لم یکن له، بل کان ولیا او وکیلا (بعد قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا طلاق الا فیما یملک، و لا عتق الا فیما یملک) مما یکون قرینة علی ان الفعل مبنی للمعلوم، لا للمجهول اذ: لا معنی لطلاق لا یملک بالمجهول.

(و) مساوق (لما ورد فی توقیع العسکری) علیه السلام (الی الصفار: لا یجوز بیع ما لیس یملک) بناء علی قراءة یملک معلوما.

(و ما عن الحمیری ان مولانا عجل الله فرجه کتب فی جواب بعض مسائله ان الضیعة لا یجوز ابتیاعها الا عن مالکها، او بامره، او رضی منه).

و من المعلوم ان الکلام فیما اذا لم نعلم رضی المالک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۴

و ما فی الصحیح عن محمد بن مسلم الوارد فی ارض، بفم النیل اشتراها رجل، و اهل الارض یقولون: هی ارضنا، و اهل الاستان یقولون: هی من ارضنا، فقال: لا تشترها الا برضی اهلها.

و ما فی الصحیح عن محمد بن القاسم بن الفضل، فی رجل اشتری من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فکتب إلیها کتابا قد قبضت المال، و لم تقبضه فیعطیها المال أم یمنعها؟، قال: قل یمنعها اشد المنع، فانها باعت ما لم تملکه.

(و ما فی الصحیح عن محمد بن مسلم الوارد فی ارض، بفم النیل اشتراها رجل، و اهل الارض یقولون: هی ارضنا، و اهل الاستان) بالضم و فی اخیره نون، اربع کور ببغداد و (یقولون: هی من ارضنا، فقال: لا تشترها الا برضی اهلها) ای اهل الارض المشرفون علیها، لا اهل الاستان، و المراد بفم النیل محل فی العراق قرب بغداد، لا انه نیل مصر، کما ربما زعم.

(و ما فی الصحیح عن محمد بن القاسم بن الفضل، فی رجل اشتری من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم) و الظاهر ان المراد آل عباس، لکن ترک الاسم خوفا (فکتب إلیها) ای الی تلک الامرأة (کتابا) بانها (قد قبضت المال) ای الثمن (و) الحال انها (لم تقبضه) کما هو المعتاد بانهم یکتبون الکتاب قبل القبض و الاقباض (فیعطیها المال أم یمنعها؟، قال) الامام علیه السلام (قل) للمشتری (یمنعها) ای المرأة البائعة (اشد المنع، فانها باعت ما لم تملکه).

اما من جهة ان ارض العراق مفتوحة عنوة.

و اما من جهة ان الامام علیه السلام هو المالک، فلا حق لها فی الثمن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۵

و الجواب عن النبوی أولا- ان الظاهر من الموصول هی العین الشخصیة، للاجماع و النص علی جواز البیع الکلی، و من البیع البیع لنفسه لا- عن مالک العین، و حینئذ: فاما ان یراد بالبیع مجرد الانشاء، فیکون دلیلا علی عدم جواز بیع الفضولی لنفسه فلا یقع له، و لا للمالک بعد اجازته.

و اما ان یراد ما عن التذکرة: من ان یبیع عن نفسه ثم یمضی لیشتریه من مالکه قال

(و الجواب) عن الاستدلال بهذه الروایات لبطلان الفضولی (عن النبوی) ای: لا تبع ما لیس عندک (أولا: ان الظاهر من الموصول) ای: ما فی: ما لیس عندک (هی العین الشخصیة) ای شیء شخصی لیس لک، کان یبیع الانسان دار زید، بیعا لنفسه (للاجماع و النص علی جواز بیع الکلی) کما فی السلف حیث: ان الجنس کلی، و لیس موجودا الحال عند البائع، بل ربما لیس بموجود فی الخارج اصلا، و کما فی النسیئة بالنسبة الی الثمن (و من البیع) ای المراد من قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا تبع (البیع لنفسه لا عن مالک

العین) لانه هو المنصرف من: لا تبع، اذ: کلام النبی صلی الله علیه و آله و سلم وقع جوابا لسؤال هو نص فی ذلک- کما سیأتی- (و حینئذ) ای حین کان المراد: البیع لنفسه (فاما ان یراد بالبیع مجرد الانشاء) ای لا تنشأ عقد البیع (فیکون) الحدیث (دلیلا علی عدم جواز بیع الفضولی لنفسه) هذا الانشاء باطل (فلا یقع له، و لا للملاک بعد اجازته) فهو اجنبی عما نحن بصدده من کون البیع عن المالک فضوله.

(و اما ان یراد ما عن التذکرة: من ان یبیع) الجنس الموجود لزید مثلا (عن نفسه، ثم یمضی لیشتریه من مالکه، قال) العلامة و انما نفسر کلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۶

لانه صلی الله علیه و آله و سلم ذکره جوابا لحکیم بن حزام، حیث سأله عن ان یبیع الشیء، فیمضی و یشتریه، و یسلمه، فان هذا البیع غیر جائز و لا نعلم فیه خلافا، للنهی المذکور.

و للغرر، لان صاحبها قد لا یبیعها، انتهی.

و هذا المعنی یرجع الی المراد من روایتی خالد، و یحیی، الآتیتین فی بیع الفضولی لنفسه، و یکون بطلان البیع بمعنی عدم وقوع البیع للبائع، بمجرد انتقاله إلیه بالشراء فلا ینافی اهلیته لتعقب الاجازة من المالک.

الرسول صلی الله علیه و آله و سلم هکذا (لانه صلی الله علیه و آله و سلم ذکره جوابا لحکیم بن حزام، حیث سأله عن ان یبیع الشیء، فیمضی و یشتریه، و یسلمه، فان هذا البیع غیر جائز، و لا نعلم فیه خلافا).

أولا (للنهی المذکور) فی کلام الرسول صلی الله علیه و آله و سلم.

(و) ثانیا (للغرر) بالنسبة الی البائع و المشتری (لان صاحبها) ای صاحب العین (قد لا یبیعها، انتهی) کلام التذکرة.

(و هذا المعنی) الثانی لقوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا تبع ما لیس عندک (یرجع الی المراد من روایتی خالد و یحیی الآتیتین فی بیع الفضولی لنفسه) ای مسئلة من باع شیئا ثم ملکه (و یکون بطلان البیع) المستفاد من النهی (بمعنی عدم وقوع البیع للبائع بمجرد انتقاله إلیه بالشراء) کما لو باع زید دار محمد لخالد ثم اشتری زید الدار من محمد، فان بمجرد انتقال الدار الی زید لا ترجع الدار الی خالد (فلا ینافی) البطلان بهذا المعنی (اهلیته) ای البیع الفضولی هکذا (لتعقب الإجازة من المالک) الّذی هو محمد فیما اذا اجاز البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۷

و بعبارة اخری: نهی المخاطب عن البیع، دلیل علی عدم وقوعه مؤثرا فی حقه، فلا یدل علی الغائه بالنسبة الی المالک، حتی لا تنفعه باجازة المالک فی وقوعه له.

و هذا المعنی اظهر من الاول، و نحن نقول به، کما سیجیء.

و ثانیا: سلمنا دلالة النبوی علی

(و بعبارة اخری: نهی المخاطب عن البیع، دلیل علی عدم وقوعه مؤثرا فی حقه) فاذا باع ما لیس له، ثم انتقل إلیه، لم یکن هذا الانتقال موجبا لانتقاله الی المشتری فورا بدون اجازة لاحقة (فلا یدل) هذا النهی (علی الغائه) ای البیع (بالنسبة الی المالک) کمحمد فی المثال (حتی لا تنفعه باجازة المالک فی وقوعه) ای البیع (له) ای للمالک.

و الحاصل: ان هنا اربع احتمالات، صورة البیع لمحمد، و صورة البیع لنفسه، و کل مع اجازة المالک، او هو بعد الانتقال إلیه، و بدون ذلک.

و الحدیث ظاهره: انه سواء باع لنفسه او للمالک، لم یکن البیع مؤثرا بدون الاجازة.

(و هذا المعنی) الّذی ذکره العلامة للحدیث (اظهر من) المعنی (الاول) الّذی ذکرناه ابتداءً.

و وجه الاظهریة ان المنساق من الحدیث، بعد کونه جوابا لسؤال حکیم (و نحن نقول به) ای بهذا المعنی (کما سیجیء) إن شاء الله تعالی.

(و ثانیا) جوابا عن الاستدلال بالنبوی نقول: (سلمنا دلالة النبوی علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۸

المنع، لکنها بالعموم، فیجب تخصیصه بما تقدم من الادلة الدالة علی تصحیح بیع ما لیس عند العاقد لمالکه اذا اجاز.

و بما ذکرناه من الجوابین، یظهر الجواب عن دلالة قوله: لا بیع الا فی ملک فان الظاهر منه کون المنفی هو البیع لنفسه، و ان النفی راجع الی نفی الصحة فی حقه، لا فی حق المالک، مع: ان العموم لو سلم، وجب تخصیصه بما دل علی وقوع البیع للمالک اذا اجاز.

و اما الروایتان

المنع، لکنها) ای الدلالة (بالعموم، فیجب تخصیصه بما تقدم من الادلة الدالة علی تصحیح بیع ما لیس عند العاقد لمالکه) متعلق بالبیع، ای یبیع الفضولی الجنس لمالکه (اذا اجاز) المالک.

(و بما ذکرناه من الجوابین) عن الاستدلال بالنبوی (یظهر الجواب عن دلالة قوله) علیه السلام (لا بیع الا فی ملک) حیث استدل به لعدم صحة بیع الفضول، لان الشیء لیس ملکا له.

(ف) وجه الجواب (ان الظاهر منه) ای من هذا الحدیث (کون المنفی هو البیع لنفسه) بان یبیع زید دار محمد لنفسه، لا لمحمد (و ان النفی) فی الروایة (راجع الی نفی الصحة فی حقه لا فی حق المالک) فیمکن ان یکون صحیحا فی حق المالک، اذا دل الدلیل علی ذلک (مع: ان العموم) فی الحدیث (لو سلم) بحیث یشمل نفی الصحة له، و للمالک (وجب تخصیصه بما دل علی وقوع البیع للمالک اذا اجاز) کما یأتی مفصلا.

(و اما الروایتان) ای روایتا خالد و یحیی، الآتیتان فی بیع الفضولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۷۹

فدلالتهما علی ما حملنا علیه السابقین اوضح، و لیس فیهما ما یدل- و لو بالعموم- علی عدم وقوع البیع الواقع من غیر المالک له اذا اجاز.

و اما الحصر فی صحیحة ابن مسلم، و التوقیع، فانما هو فی مقابله عدم رضی اهل الارض، و الضیعة رأسا، علی ما یقتضیه السؤال فیهما.

و توضیحه: ان النهی فی مثل المقام و إن کان یقتضی الفساد، الا انه بمعنی عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة علیه.

لنفسه (فدلالتهما علی ما حملنا علیه السابقین) ای انه لو باع، ثم ملک لم ینتقل الی المشتری بمجرد ان ملکه الفضول بدون اجازة لاحقة (اوضح) کما سیأتی (و لیس فیهما ما یدل- و لو بالعموم- علی عدم وقوع البیع الواقع) ذلک البیع (من غیر المالک له) ای للمالک (اذا اجاز) فهما اوضح دلالة من هذه الجهة، من النبوی الّذی احتملنا العموم فیه، و قلنا بانه علی تقدیر عمومه یجب تخصیصه.

(و اما الحصر فی صحیحه ابن مسلم، و) فی (التوقیع) ای المروی عن الحمیری (فانما هو فی مقابلة عدم رضی اهل الارض، و الضیعة رأسا، علی ما یقتضیه السؤال فیهما) فذلک فی مقابل انتفاء الرضا سابقا و لاحقا، لا فی مقابل انتفاء الرضا سابقا، حتی یکون دلیلا لمن یقول: بعدم صحة الفضولی حتی فیما تعقبه الرضا.

(و توضیحه: ان النهی فی مثل المقام و إن کان یقتضی الفساد) لانه نهی عن الاثر (الا انه) فساد (بمعنی عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة) و هو النقل و الانتقال (علیه) ای علی بیع الفضول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۰

و من المعلوم: ان عقد الفضولی لا یترتب علیه بنفسه الملک المقصود منه و لذا یطلق علیه الباطل، فی عباراتهم کثیرا.

و لذا عدّ فی الشرائع و القواعد، من شروط المتعاقدین، اعنی شروط الصحة کون العاقد مالکا، او قائما مقامه.

و ان ابیت الّا عن ظهور الروایتین فی لغویة عقد الفضولی رأسا، وجب تخصیصها بما تقدم من: ادلة الصحة.

و اما روایة القاسم بن فضل، فلا دلالة فیها الاعلی عدم جواز اعطاء الثمن للفضولی، لانه باع ما لا یملک.

(و من المعلوم: ان عقد الفضولی لا یترتب علیه بنفسه الملک المقصود منه، و لذا) الّذی ذکرنا من عدم ترتب الأثر المقصود (یطلق علیه الباطل، فی عباراتهم کثیرا) فیقولون عقد الفضولی باطل.

(و لذا) الّذی یعدونه باطلا (عد فی الشرائع و القواعد، من شروط المتعاقدین، اعنی شروط الصحة) للعقد (کون العاقد مالکا، او قائما مقامه) کالولی و الوکیل.

فما فی الرایتین من ما ظاهره بطلان العقد یراد به عدم ترتب الأثر لا البطلان المطلق.

(و ان ابیت إلا عن ظهور الروایتین فی لغویة عقد الفضولی رأسا، وجب تخصیصها بما تقدم من: ادلة الصحة) للفضولی اذا لحقته الاجازة.

(و اما روایة القاسم بن فضل، فلا دلالة فیها الاعلی عدم جواز اعطاء الثمن للفضولی، لانه باع ما لا یملک) لان الملک للامام او للمسلمین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۱

و هذا حق لا ینافی صحه الفضولی.

و اما توقیع الصفار، فالظاهر منه: نفی جواز البیع فیما لا یملک، بمعنی وقوعه للبائع علی جهة الوجوب و اللزوم.

و یؤید تصریحه علیه السلام بعد تلک الفقرة بوجوب البیع فیما یملک، فلا دلالة علی عدم وقوعه لمالکه اذا اجاز.

و بالجملة: فالانصاف انه لا دلالة فی تلک الاخبار باسرها علی عدم وقوع بیع غیر المالک للمالک اذا اجاز و لا تعرض فیها الّا لنفی وقوعه للعاقد.

(و هذا) ای عدم جواز اعطاء الثمن للفضولی (حق لا ینافی صحة الفضولی) بل فی الروایة اشعار بصحة المعاملة فی الجملة.

(و اما توقیع الصفار، فالظاهر منه: نفی جواز البیع فیما لا یملک) ای لا یملکه البائع (بمعنی) نفی (وقوعه للبائع علی جهة الوجوب و اللزوم).

اما نفی الصحة مطلقا حتی للمالک، اذا اجاز فلا دلالة له علی ذلک.

(و یؤید) ما ذکرناه من المعنی (تصریحه علیه السلام بعد تلک الفقرة) المتقدمة (بوجوب البیع فیما یملک) مما یظهر ان المراد بالفقرة السابقة عدم الوجوب (فلا دلالة) للتوقیع (علی عدم وقوعه لمالکه اذا اجاز) البیع کما لا دلالة له علی عدم وقوعه للبائع الفضول اذا انتقل الی نفسه، فی مسئلة من باع، ثم ملک.

(و بالجملة: فالانصاف انه لا دلالة فی تلک الاخبار باسرها) ای باجمعها (علی عدم وقوع بیع غیر المالک للمالک اذا اجاز) المالک بعد ذلک (و لا تعرض فیها الا لنفی وقوعه للعاقد) او للمالک بدون اجازته.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۸۲

الثالث: الاجماع على البطلان،

ادعاه الشيخ فى الخلاف معترفا: بان الصحة مذهب قوم من اصحابنا معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم.

و ادعاه ابن زهرة أيضا فى الغنية، و ادعى الحلى فى باب المضاربة:

عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب.

و الجواب: عدم الظن بالاجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء، كالقديمين، و المفيد، و المرتضى، و الشيخ بنفسه فى النهاية التى هى آخر مصنفاته- على ما قيل- و اتباعهم على الصحة و اتباع المتأخرين

(الثالث) من ادلة القائلين ببطلان الفضولى (الاجماع على البطلان، ادعاه الشيخ فى الخلاف معترفا: بان الصحة مذهب قوم من اصحابنا معتذرا عن ذلك) الخلاف، و انه كيف يمكن الجمع بين دعوى الاجماع و وجود الخلاف؟ (بعدم الاعتداد بخلافهم) لشذوذهم، أو لأنهم معلومى النسب، او ما اشبه ذلك من الاعذار التى يذكرونها فى مقام عدم مضرة المخالف بوجود الاجماع (و ادعاه ابن زهرة أيضا فى الغنية) بان قال: بوجود الاجماع فى المسألة (و ادعى الحلى) ابن ادريس (فى باب المضاربة: عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب) كما لو غصب دينار او اشترى به شيئا فانه لو كان الفضولى صحيحا لم يكن وجه لبطلان المعاملة.

(و الجواب: عدم الظن) منا (بالاجماع، بل الظن بعدمه) و انه لا اجماع فى المسألة اصلا (بعد ذهاب معظم القدماء، كالقديمين، و المفيد، و المرتضى و الشيخ بنفسه فى النهاية التى هى آخر مصنفاته- على ما قيل- و اتباعهم) من سائر الفقهاء (على الصحة، و اتباع المتأخرين) اى متابعة المتأخرين، للفقهاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۸۳

عليه عدا فخر الدين، و بعض متأخرى المتأخرين.

الرابع: ما دل من العقل و النقل: على عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه،

فان الرضا اللاحق لا ينفع فى رفع القبح الثابت حال التصرف ففى التوقيع المروى فى الاحتجاج، لا يجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه.

و لا ريب ان بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

المذكورين (عليه) اى على انه تصح معامله الفضولى (عدا فخر الدين) ولد العلامة (و بعض متأخرى المتأخرين) فكيف يمكن بعد هذا دعوى الاجماع على البطلان؟

(الرابع) من ادلة القول ببطلان الفضولى مطلقا (ما دل من العقل و النقل: على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه).

و من المعلوم ان البيع تصرف، و ليس باذن المالك، فهو قبيح باطل (فان الرضا اللاحق لا ينفع فى رفع القبح الثابت حال التصرف) الّذى هو ملاك البطلان، فان ذلك مثل ان يزنى ثم يعقد على المرأة، فان العقد اللاحق لا يرفع آثار الزنا السابقة.

(ففى التوقيع المروى فى الاحتجاج لا يجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه) هذا من النقل، و اما العقل فهو بديهى لكل احد.

(و لا ريب ان بيع مال الغير تصرف فيه عرفا).

الا ترى ان العقلاء يقولون: لم فعلت هكذا؟ و هكذا لو نكح بنت الغير و لو لم يكن تصرفا لم يلمه العقلاء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۸۴

و الجواب: ان العقد علی مال الغیر متوقعا لاجازته غیر قاصد لترتیب الآثار علیها لیس تصرفا فیه.

نعم: لو فرض کون العقـد علـة تامـة- و لو عرفا- لحصول الآثار، کما فی بیع المالک او الغاصب المسـتقل، کان حکم العقـد جوازا او منعا، حکم معلوله المترتب علیه.

ثم لو فرض کونه تصرفا

(و الجواب) منع الصـغری، فان القیاس مکون هکذا: هذا تصـرف، و کل تصرف غیر جائز، ف (ان العقد علی مال الغیر متوقعا لاجازته غیر قاصد لترتیب الآثار علیها لیس تصرفا فیه) ای فی مال الغیر.

(نعم: لو فرض کون العقـد علـة تامـة- و لو عرفا- لحصول الآثار) بان رآه العرف علـة تامة تتوقف علی شـیء آخر، و ان بمجرد العقد یرتب العرف الآثار علیه (کما فی بیع المالک) فانه علة تامة لحصول الآثار، اذ: لا ینتظر بعد ذلک الی شـیء- و هذا مثال للعلیة شرعا- (او الغاصب المسـتقل) کالدولـة بـدون توقف من الغاصب لاذن المالک- و هذا مثال للعلیة عرفا- (کان حکم العقد جوازا) بان یکون جائزا شرعا (او منعا) بان یکون محرما (حکم معلوله المترتب علیه) ای الآثار، فإن کانت محرمة کان العقد حراما، و الا کان جائزا.

و الحاصل: ان ترتب الأثر علی هذا العقد، إن کان جائزا کما فی عقد المالک، کان العقد جائزا و إن کان حراما کما فی عقد الغاصب المستقل کان العقد حراما.

(ثم لو فرض کونه) ای عمل الفضول غیر المستقل (تصرفا) بان سلمنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۵

فممـا اسـتقل العقـل بجوازه مثـل الاسـتضاءة و الاصـطلاء بنور الغیر، و نـاره، مع انه قـد یفرض الکلاـم فیما اذا علم الاذن فی هـذا، من المقال، او الحال بناء علی ان ذلک لا یخرجه عن الفضولی.

مع ان تحریمه لا یدل علی الفساد.

الصـغری (ف) لا نسـلم الکبری، و هی: ان کل تصـرف حرام، اذ: مثل هذا التصرف المتوقع للحوق الاجازة (مما استقل العقل بجوازه) فلا یشـمله دلیل العقل بحرمة التصرف فی مال الغیر، و لا التوقیع المتقدم (مثل الاستضاءة و الاصطلاء بنور الغیر، و ناره) من قبیل اللف و النشر المرتب، و من قبیل الاستظلال بظله، و الاستبراد بمبردته و التلذذ ببنائه او عمله او ما اشبه ذلک.

نعم لا یخفی: ان ذلک فیما لم یعـد تصـرفا کما لو اوقـد النار، و حوطها بعنایته، و یأخـذ من کل احد یتقرب الی المحوطة درهما مثلا (مع انه) قـال التوقیع: بعـدم الجواز فی صورة عـدم الاـذن، و (قـد یفرض الکلاـم) فی بـاب الفضولی (فیما اذا علم) الفضول (الاذن فی هذا) الفضولی الخاص (من المقال) بان قال المالک: شیئا دل علی اذنه المستقبل، کما لو قال:

سـآذن لکل من باع عبـدی فضولـة (او الحال) کما لو عرفنا من حال المالک انه یأذن (بناء علی ان ذلک) العلم بالاذن (لا یخرجه) ای البیع (عن الفضولی) کما تقدم سابقا، بل یحتاج فی الاخراج الی الاذن الصریح المتقدم.

(مع ان تحریمه) ای هـذا التصـرف الصادر من الفضول، لو قلنا بحرمـة هذا التصـرف (لا یدل علی الفساد) اذ: النهی التحریمی لا یلازم الفساد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۶

مع انه: لو دل لدل علی بطلان البیع، بمعنی عدم ترتب الأثر علیه.

و عدم استقلاله فی ذلک، و لا ینکره القائل بالصحة، خصوصا اذا کانت الاجازة ناقلة.

و ممـا ذکرنـا ظهر: الجـواب عن مـا لو وقع العقـد من الفضولی، قاصـدا لـترتیب الأـثر، من دون مراجعـة المشـتری، بنـاء علی ان العقد

المقرون

کما فی البیع وقت النداء، و انما الدال علی الفساد، النهی الارشادی، کالنهی عن المعاملة الربویة الّذی هو ارشاد الی عدم الانعقاد.

(مع انه) ای النهی (لو دل) علی الفساد (لدل علی بطلان البیع بمعنی عدم ترتب الأثر علیه) من النقل، و الانتقال، و ما اشبه.

(و) بمعنی (عدم استقلاله) ای عقد البیع (فی ذلک) ای ترتب الأثر بل یتوقف تأثیره علی الاذن (و لا ینکره) ای البطلان بهذا المعنی فی الفضولی (القائل بالصحة) ای بصحة الفضولی (خصوصا اذا کانت الاجازة) علی مسلکه (ناقلة) لا کاشفة اذ: لا اثر علی النقل اطلاقا و انما یأتی الأثر بعد الاجازة.

(و مما ذکرنا) من وجه عدم بطلان بیع الفضولی فیما اذا قصد الفضول تحصیل الاجازة (ظهر: الجواب عن) القول بالبطلان فی (ما لو وقع العقد من الفضولی قاصدا) ذلک الفضول (لترتیب الأثر من دون مراجعة المشتری) ای المالک- فانه أیضا فضولی یحتاج الی الاجازة، و لیس بباطل اطلاقا حتی یقال: بان الاجازة لا تفید صحته (بناء) هذا وجه البطلان فی هذا المقام الّذی قلنا بانه ظهر الجواب عنه- (علی ان العقد المقرون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۷

بهذا القصد قبیح محرم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

و قد یستدل للمنع بوجوه اخر ضعیفه.

أقواها ان القدرة علی التسلیم، معتبرة فی صحه البیع، و الفضولی غیر قادر.

و: ان الفضولی، غیر قاصد حقیقة الی مدلول اللفظ، کالمکره کما صرح فی المسالک.

بهذا القصد قبیح محرم) لانه تصرف فی مال الغیر عرفا (لا) ان المحرم (نفس القصد المقرون بهذا العقد).

و وجه ظهور الجواب، ما ذکرناه بقولنا: مع انه لو دل لدل.

و حاصله ان التحریم للعقد، لا یلازم البطلان، بمعنی عدم صلاحیته عن لحوق الاجازة.

(و قد یستدل للمنع) عن صحة الفضولی حتی اذا لحقته الاجازة (بوجوه اخر ضعیفة) غیر الکتاب، و السنة، و الاجماع، و العقل- مما تقدم-

(أقواها ان القدرة علی التسلیم، معتبرة فی صحة البیع)

و لذا: لا یصح بیع العبد الآبق، و الطیر فی الهواء، و السمک فی الماء (و الفضولی غیر قادر) علی التسلیم شرعا، و إن کانت له قدرة خارجیة.

(و) الثانی: (ان الفضولی، غیر قاصد حقیقة الی مدلول اللفظ) ای لفظ العقد (کالمکره) الّذی یأتی باللفظ فقط غیر قاصد مدلوله (کما صرح) بذلک الشهید (فی المسالک).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۸

و یضعف الاول، مضافا: الی ان الفضولی قد یکون قادرا علی رضا المالک بان هذا الشرط غیر معتبر فی العاقد قطعا، بل یکفی تحققه فی المالک فحینئذ یشترط فی صحة العقد مع الاجازة، قدرة المجیز علی تسلیمه، و قدرة المشتری علی تسلمه- علی ما سیجیء-.

و یضعف الثانی: بان المعتبر فی العقد، هو: هذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی، و المکره، لا ازید منه، بدلیل: الاجماع علی صحة نکاح الفضولی، و بیع المکره بحق.

(و یضعف) الوجه (الاول، مضافا: الی ان الفضولی قد یکون قادرا علی رضا المالک) فیقدر علی التسلیم، خصوصا اذا قلنا: بان رضی المالک المقارن لا یخرج العقد عن الفضولیة (بان هذا الشرط) ای شرط التسلیم (غیر معتبر فی العاقد قطعا).
و لذا: یصح ان یعقد الوکیل غیر القادر علی التسلیم (بل یکفی تحققه فی المالک) فقط (فحینئذ یشترط فی صحة العقد مع الاجازة) اللاحقة (قدرة المجیز علی تسلیمه، و قدرة المشتری علی تسلمه- علی ما سیجیء-) من کفایة احد الامرین فی صحة البیع.
(و یضعف الثانی) و هو: اشکال ان الفضول غیر قاصد (بان المعتبر فی العقد، هو: هذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی، و المکره، لا ازید منه) بان یکون کعقد القاصد المختار المالک (بدلیل: الاجماع علی صحة نکاح الفضولی و بیع المکره بحق) کالذی یکرهه الحاکم علی البیع، لاداء دینه مثلا-.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۸۹
فان دعوی عدم اعتبار القصد فی ذلک للاجماع کما تری.

المسألة الثانیة: ان یسبقه منع المالک،

و المشهور أیضا صحته، و حکی عن فخر الدین: ان بعض المجوزین للفضولی اعتبر عدم سبق نهی المالک.
و یلوح إلیه ما عن التذکرة، فی باب النکاح من: حمل النبوی: ایما عبد تزوج بغیر اذن مولاه، فهو عاهر، بعد تضعیف السند علی انه ان نکح بعد منع مولاه

(ف) ان قلت: نقول بانه لا یشترط القصد فی نکاح الفضول، و بیع المکره للاجماع المذکور، و ما دل علی صحتها.
قلت: (ان دعوی عدم اعتبار القصد فی ذلک) ای فی کل من نکاح الفضولی، و بیع المکره بحق (للاجماع کما تری).
اذ: لیس الامر علی خلاف القاعدة، بل المتیقن ان المفقود فیهما الملکیة و الإرادة، لا القصد.
(المسألة الثانیة) من مسائل بیع الفضولی (ان یسبقه) ای العقد (منع المالک) بان یقول المالک: لزید لا تبع داری، ثم یبیعها زید فضولة (و المشهور أیضا صحته، و حکی عن فخر الدین: ان بعض المجوزین للفضولی اعتبر عدم سبق نهی المالک) و الا کان باطلا قطعا.
(و یلوح) ای یشیر (إلیه) ای شرط عدم سبق النهی (ما عن التذکرة فی باب النکاح من: حمل) التذکرة الحدیث (النبوی: ایما عبد تزوج بغیر اذن مولاه، فهو عاهر) ای زان (بعد تضعیف) العلامة (السند علی انه ان نکح بعد منع مولاه
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۰
و کراهته فانه یقع باطلا.
و الظاهر: انه: لا یفرق بین النکاح، و غیره.
و یظهر من المحقق الثانی، حیث: حکم بفساد بیع الغاصب نظرا الی القرینة الدالة علی عدم الرضا، و هی الغصب.
و کیف کان فهذا القول لا وجه له ظاهرا، عدا تخیل ان المستند فی عقد الفضولی، هی روایة عروة المختصة بغیر المقام، و ان العقد اذا وقع منهیا عنه فالمنع الموجود بعد العقد، و لو آنا مّا، کاف فی الرد، فلا ینفع الاجازة اللاحقة

و کراهته) للنکاح (فانه یقع باطلا).
(و الظاهر) من وحده الملاک (انه: لا یفرق) الحکم بالبطلان، علی مذاق العلامة (بین النکاح، و غیره) من سائر العقود.
(و یظهر من المحقق الثانی) أیضا، البطلان، مع النهی السابق (حیث:

حکم بفساد بیع الغاصب نظرا الی القرینة الدالة علی عدم الرضا، و هی) ای تلک القرینة (الغصب) فان المغصوب منه، غیر راض قطعا. (و کیف کان) فسواء قال العلامة، و المحقق الثانی بالبطلان أم لا؟ (فهذا القول) ببطلان الفضولی، مع النهی السابق (لا وجه له ظاهرا) ای وجها ظاهرا (عدا تخیل ان المستند فی عقد الفضولی، هی روایة عروة) البارقی المتقدّمة (المختصّة بغیر المقام) ای مقام النهی، لانها فی حال رضی المالک (و ان العقد اذا وقع منهیا عنه فالمنع) من المالک (الموجود بعد العقد و لو آنا مّا، کاف فی الرد فلا ینفع الاجازة اللاحقة) اذ الاجازة بعد الرد لا تنفع کما سیأتی

ان قلت: لا رد موجود بعد العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۱

بناء علی انه لا یعتبر فی الرد سوی عدم الرضا الباطنی بالعقد، علی ما یقتضیه حکم بعضهم، بانه اذا حلف الموکل علی نفی الاذن فی اشتراء الوکیل انفسخ العقد، لان الحلف علیه أمارة عدم الرضا.

هذا و لکن الاقوی: عدم الفرق.

لعدم انحصار المستند حینئذ فی روایة العروة.

و کفایة العمومات.

مضافا: الی ترک الاستفصال فی صحیحة محمد بن قیس.

قلت: الرد موجود (بناء علی انه لا یعتبر فی الرد سوی عدم الرضا الباطنی بالعقد) فانه ممتد الی ما بعد العقد (علی ما یقتضیه حکم بعضهم، بانه اذا حلف الموکل علی نفی الاذن فی اشتراء الوکیل انفسخ العقد) قال:

(لان الحلف علیه أمارة عدم الرضا) فیتبین منه، ان عدم الرضا، کاف فی الرد.

(هذا و لکن الاقوی: عدم الفرق) بین النهی السابق، و عدمه، فی وقوع الفضولی متوقفا علی الاجازة.

(لعدم انحصار المستند حینئذ) ای حین النهی السابق (فی روایة العروة) حتی یقال: انها فی صورة رضی المالک.

(و) ل (کفایة العمومات) الدالة علی صحة الفضولی، ان لحقتها الاجازة، و إن کان مسبوقا بالنهی.

(مضافا: الی ترک الاستفصال فی صحیحة محمد بن قیس) المتقدمة فی مسئلة الولیدة، و ان الامام لم یقل- اذا نهاه الأب سابقا- کان باطلا، و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۲

و جریان فحوی ادلة نکاح العبد بدون اذن مولاه.

مع ظهور المنع فیها، و لو بشاهد الحال بین الموالی، و العبید.

مع ان روایة اجازته، صریحة فی عدم قدح معصیة السید حینئذ.

جریان المؤیدات المتقدمة له، من: بیع مال الیتیم، و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط علیه رب المال الصریح فی منعه عما عداه.

لم ینهه توقف علی الاجازة.

(و جریان فحوی ادلة نکاح العبد بدون اذن مولاه) علی ما تقدم من:

انه لو صح النکاح، و هو اهمّ، صح غیره، بطریق اولی.

(مع ظهور المنع فیها) ای و الحال ان منع المولی عن نکاح عبده ظاهر فی تلک الادلة، اذ: غالبا لا یرضی المولی بنکاح عبده (و لو کان الظهور (بشاهد الحال بین الموالی، و العبید) فاذا اجاز الشارع هذا النکاح، اجاز البیع، بطریق اولی.

(مع ان روايـة اجازته) اى الروايـة الدالـة على ان اجازة المولى كافيـة (صـريحة فى عـدم قـدح معصـية السـيد حينئـذ) و النهى نوع من المعصية، فمع سبق النهى، أيضا، يمكن لحوق الاجازة.

(جريان المؤيـدات المتقدمة) فى صـحة اصل الفضولى (له) اى للمقام فان تلك المؤيدات لاصل الفضولى، مؤيدة للفضولى المسـبوق بـالمنع أيضـا (من: بيع مـال اليتيم) من غير الولى (و المغصوب، و مخالفـة العامـل لما اشترط عليه رب المال الصـريح فى منعه) اى منع العامل (عما عداه).

فكل ذلك يدل: على الصحة، مع النهى السابق، و حيث لا خصوصية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۹۳

و اما ما ذكره من المنع، الباقى بعد العقد، و لو آنا مّا.

فلم يدل دليل على كونه فسخا، لا ينفع بعده الاجازة.

و ما ذكره فى حلف الموكل، غير مسلم، و لو سلم، فمن جهه ظهور الاقدام على الحلف على ما انكره فى رد البيع، و عدم تسليمه له.

و مما ذكرنا، يظهر وجه صحه عقد المكره بعد الرضا.

و ان كراهة المالك حال العقد، و بعد العقد، لا يقدح فى صحته

لهذه الموارد، فاللازم، القول بالتعميم فى كل فضولى.

(و امـا مـا ذكره) القائـل بالبطلاـن (من) الاسـتدلال ب (المنع، الباقى بعـد العقـد، و لو آنا مّا) و المنع المتأخر عن العقـد رد، فلا مكان للاجازة.

(ف) نقول: انه (لم يدل دليل على كونه) اى المنع الباقى (فسخا لا ينفع بعده الإجازة) و انما الرد الصريح، و الفسخ عينان عن الاجازة- كما سيأتى-.

(و ما ذكره فى حلف الموكل) دليلا على ابطال النهى للفضولى (غير مسـلم) فلا نقول: بان الحلف تفيـد هذه الفائدة، بل الحلف عبارة عن إنشاء الفسخ، فلا دخل له بما نحن فيه، من النهى السابق.

و كانه إليه اشار بقوله (و لو سـلم) ان الحلف كذلك (فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف على ما انكره فى رد البيع، و عدم تسـليمه) اى المالك (له) بمعنى انه لم يقبله.

(و مما ذكرنا، يظهر وجه صـحه عقـد المكره بعد الرضا) اذ: الكره، ليس اشد من النهى (و) يظهر (ان كراهة المالك حال العقد، و بعد العقد، لا يقدح فى صحته

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۹۴

اذ الحقته الاجازة.

المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولى لنفسه،

اشارة

و هذا غالبا يكون فى بيع الغاصب و قد يتفق من غيره، بزعم ملكية المبيع، كما فى مورد: صحيحة الحلبى المتقدمة فى الاقالة بوضيعة.

و الأقوى فيه: الصحة،

وفاقا للمشهور، للعمومات المتقدمة، بالتقريب المتقدم.

و فحوی: الصحة فی النکاح.

و اکثر ما تقدم من المؤیدات،

اذا لحقته الاجازة) فالکراهة أیضا غیر ضارة.

(المسألة الثالثة) من مسائل عقد الفضولی (ان یبیع الفضولی لنفسه، و هذا غالبا یکون فی بیع الغاصب، و قد یتفق) هذا النوع (من غیره) ای غیر الغاصب (بزعم ملکیة المبیع) کالمشتبه (کما فی مورد: صحیحة الحلبی المتقدمة فی الاقالة بوضیعة) ای باقل من الثمن- کما سبق-.

(و الاقوی فیه) ای فی هذا النوع من الفضولی (الصحة، وفاقا للمشهور، للعمومات المتقدمة) ک أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ، و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و غیرها (بالتقریب المتقدم) فی المسألة الاولی من مسائل الفضولی.

(و فحوی: الصحة فی النکاح) فانه اذا صح الفضولی فی النکاح، ففی المقام بطریق اولی.

(و اکثر ما تقدم من المؤیدات) التی تؤید صحة الفضولی، بقول مطلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۵

مع ظهور صحیحة ابن قیس المتقدمة.

و لا وجه: للفرق بینه و بین ما تقدم، من: بیع الفضولی للمالک، الا وجوه یظهر من کلمات جماعة، بعضها مختص علی بیع الغاصب، و بعضها مشترک بین جمیع صور المسألة.

منها: اطلاق ما تقدم من النبویین: لا تبع ما لیس عندک، و لا بیع الا فی ملک، بناء علی اختصاص مورد الجمیع ببیع الفضولی لنفسه.

(مع ظهور صحیحة ابن قیس المتقدمة) فی: ان الولد باع الولیدة لنفسه لا عن ابیه.

(و لا وجه: للفرق بینه) ای بین بیع الفضولی لنفسه (و بین ما تقدم، من: بیع الفضولی للمالک).

و قد فرّق ابن ادریس بین الغاصب، و غیره، بالبطلان فی الاول دون الثانی.

کما فرق جمع، منهم: العلامة، و ولده بین علم الغاصب بالغصبیة، و جهله.

فلا وجه للفرق (الا وجوه، یظهر من کلمات جماعة، بعضها مختص علی بیع الغاصب، و بعضها مشترک بین جمیع صور المسألة).

و الوجوه المذکورة خمسة.

(منها: اطلاق ما تقدم من النبویین) و هو: (لا تبع ما لیس عندک، و لا بیع الا فی ملک) فان الفضول، لیس عنده، و ملکه، هذا الشیء الّذی یبیعه (بناء علی اختصاص مورد الجمیع) ای النبویین (ببیع الفضولی لنفسه) حتی یکون نصا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۶

و الجواب عنها، یعرف مما تقدم من: ان مضمونها عدم وقوع بیع غیر المالک لبایعه، غیر المالک، بلا تعرض فیها لوقوعه، و عدمه بالنسبة الی المالک اذا اجاز.

و منها: بناء المسألة علی ما سبق، من: اعتبار عدم سبق منع المالک و هذا غالبا مفقود فی المغصوب.

و قد تقدم عن المحقق الکرکی: ان الغصب قرینة عدم الرضا.

و فیه: أولا ان الکلام فی الاعم، من: بیع الغاصب.

فی المسألة.

و ان قلنا: بعدم الاختصاص، کان اطلاقه شاملا لما نحن فیه.

(و الجواب عنها، یعرف مما تقدم) فی المسألة الاولی (من: ان مضمونها عدم وقوع بیع غیر المالک لبایعه) الّذی هو (غیر المالک بلا تعرض فیها لوقوعه) ای البیع (و عدمه) ای عدم الوقوع (بالنسبة الی المالک اذا اجاز) فیتمسک فی ذلک بالإطلاقات.

(و منها: بناء المسألة) ای مسأله بیع الغاصب لنفسه (علی ما سبق) فی المسألة الثانیة (من: اعتبار عدم سبق منع المالک، و هذا) الشرط (غالبا مفقود فی المغصوب) لان المالک ناه، کاره.

(و قد تقدم عن المحقق الکرکی: ان الغصب قرینة عدم الرضا) فهو من قبیل سبق النهی الّذی یوجب بطلان العقد رأسا، بحیث لا یصح ان تلحقه الاجازة.

(و فیه: أولا ان الکلام فی الاعم، من: بیع الغاصب) فلا یطرد هذا الدلیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۷

و ثانیا: ان الغصب أمارة عدم الرضا بالبیع للغاصب، لا مطلقا، فقد یرضی المالک ببیع الغاصب لتوقع الاجازة، و تملک الثمن، فلیس فی الغصب دلالة علی عدم الرضا باصل البیع، بل الغاصب، و غیره، من هذه الجهة سواء.

و ثالثا: قد عرفت ان سبق منع المالک غیر مؤثر.

و منها: ان الفضولی، اذا قصد بیع مال الغیر لنفسه، فلم یقصد حقیقة المعاوضة

فی جمیع فروع هذه المسألة.

(و ثانیا: ان الغصب أمارة عدم الرضا بالبیع للغاصب، لا مطلقا) ای لا عدم البیع مطلقا حتی للمالک (فقد یرضی المالک ببیع الغاصب) و ذلک (لتوقع الاجازة) ای رضی متوقفا علی الاجازة (و تملک) المالک (الثمن فلیس فی الغصب دلالة علی عدم الرضا باصل البیع) بل بخصوصیة البیع و ذلک مما لا یضر (بل الغاصب، و غیره، من هذه الجهة) ای جهة الرضا بالبیع و عدمه (سواء).

فقد یرضی المالک ببیع الغاصب لانه یراه نافعا لنفسه.

و قد لا یرضی ببیع غیر الغاصب.

فبین الدلیل و المقصد عموم من وجه.

(و ثالثا: قد عرفت ان سبق منع المالک غیر مؤثر).

(و منها: ان الفضولی، اذا قصد بیع مال الغیر لنفسه، فلم یقصد حقیقة المعاوضة) فلا بیع، اذ: هو اراد دخول مال الغیر فی کیس المشتری بإزاء دخول الثمن فی کیس نفسه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۸

اذ: لا یعقل دخول احد العوضین فی ملک من لم یخرج عن ملکه الآخر، فالمعاوضة الحقیقیة، غیر متصوره، فحقیقته: یرجع الی اعطاء المبیع، و اخذ الثمن لنفسه، و هذا لیس بیعا.

و الجواب من ذلک- مع اختصاصه ببیع الغاصب- ان قصد المعاوضة الحقیقیة، مبنی علی جعل الغاصب نفسه مالکا حقیقیا، و إن کان هذا الجعل لا حقیقة له، لکن المعاوضة المبنیة علی هذا الامر غیر الحقیقی

و هذا لیس ببیع (اذ: لا یعقل دخول احد العوضین فی ملک من لم یخرج عن ملکه) العوض (الآخر، فالمعاوضة الحقیقیة غیر متصورة) و انما هی معاوضة صوریة.

و علیه (فحقیقته) ای ما یعمله الغاصب من صورة البیع (یرجع الی اعطاء المبیع، و اخذ الثمن لنفسه، و هذا لیس بیعا).

اذ: المعاوضة الحقیقیة، دخول الثمن فی کیس من خرج من عنده المثمن، و دخول المثمن فی کیس من خرج من عنده الثمن- کما تقدم-.

(و الجواب من ذلک- مع اختصاصه) ای هذا الاشکال (ببیع الغاصب-) اذ: غیره الّذی لا یعلم ان المبیع لیس له، یقصد المعاوضة الحقیقیة بخروج الثمن من کیس من یدخل الی کیسه المثمن، و بالعکس (ان قصد المعاوضة الحقیقیة، مبنی علی جعل الغاصب نفسه مالکا حقیقیا) بالتنزیل، فان الغاصب لا یقصد انه غاصب حین البیع، بل یقصد انه المالک (و إن کان هذا الجعل لا حقیقة له) بمعنی انه لیس جعلا یقبله العقلاء فیما تبانوا علیه من الامور الاعتباریة (لکن المعاوضة المبنیة علی هذا الامر غیر الحقیقی) بناء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۹۹

حقیقیة نظیر المجاز الا دعائی فی الاصول.

نعم: لو باع لنفسه من دون بناء علی ملکیة المثمن، و لا اعتقاد له کانت المعاملة باطلة، غیر واقعة له، و لا للمالک لعدم تحقق معنی المعاوضة.

و لذا ذکروا انه: لو اشتری بماله لغیره شیئا بطل، و لم یقع له و لا لغیره.

و المراد: ما لو قصد تملک الغیر

(حقیقیة).

اذ: لو لا هذا الجعل لم تتحقق المعاوضة (نظیر المجاز الا دعائی فی الاصول) نحو: و اذا المنیة انشبت اظفارها، فانه ادعی ان المنیة سبع، ثم رتب هذا الادعاء ترتیب لوازم السبع الّذی هو الظفر علیها.

(نعم: لو باع) الغاصب (لنفسه، من دون بناء علی ملکیة المثمن، و لا اعتقاد له) ای لم یبن بناء علی انه المالک، و لم یکن یعتقدانه مالک- جهلا بالواقع- اذ: الاعتقاد المطابق للواقع لا یمکن (کانت المعاملة باطلة غیر واقعة له) ای للغاصب (و لا للمالک) فلا تفید اجازته فی تحقق المعاملة (لعدم تحقق معنی المعاوضة) اذ: معناها خروج المثمن الی مکان الثمن و خروج الثمن الی مکان المثمن.

(و لذا) الّذی ذکرنا من عدم تحقق معنی المعاوضة (ذکروا) الفقهاء کاصل مسلم (انه: لو اشتری بماله لغیره شیئا) کما لو اعطی درهما للخباز، و قال: اعط به خبزا لهذا الفقیر (بطل) الاشتراء (و لم یقع له) ای لصاحب المال (و لا لغیره) کالفقیر فی المثال، لانه لا یمکن ان یخرج الدرهم من کیس زید لیأتی الخبز الی کیس الفقیر.

(و المراد) من هذه المسألة (ما لو قصد) زید (تملک الغیر) کالفقیر فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰۰

للمبیع بإزاء مال نفسه.

و قد تخیل بعض المحققین ان البطلان هنا یستلزم البطلان للمقام، و هو: ما لو باع مال غیره لنفسه، لانه عکسه.

و قد عرفت: ان عکسه هو ما اذا قصد تملک الثمن من دون بناء، و لا اعتقاد لتملک المثمن

المثال (للمبیع) کالخبز (بإزاء مال نفسه) کالدرهم.

نعم: لو قصد ان یکون الخبز لنفسه، ثم یعطیه الخباز للفقیر وکالة عنه، او قصد ان یکون الدرهم للفقیر حتی یکون الخبز فی ازاء مال الفقیر، او قصد عدم المعاملة بل اعراضه عن الدرهم للخباز فی مقابل اعراضه عن الخبز للفقیر، او ما اشبه ذلک، صحّ.

(و قد تخیل بعض المحققین ان البطلان هنا) فیما لو اشتری بماله شیئا لغیره (یستلزم البطلان للمقام، و هو) ای المقام (ما لو باع مال غیره لنفسه) کبیع الغاصب (لانه) ای المقام (عکسه) ای عکس: هنا، ففی: هنا یعطی مال نفسه لیدخل العوض فی کیس الغیر، و فی:

المقام، يعطى مال الغير ليدخل العوض فى كيس نفسه.

(و) لكن لا صحة لهذه المقايسة اذ: المقام، ليس عكس: هنا.

اذ: (قد عرفت: ان عكسه) اى عكس: هنا، (هو ما اذا قصد) الغاصب (تملك الثمن) فى ازاء اعطائه مال الناس (من دون بناء) على كونه المالك (و لا ـ اعتقاد) جهلا ـ (لتملك) الغاصب (المثمن) بان قصد الغاصب ان يخرج المثمن من كيس المغصوب منه ليدخل الثمن فى كيس نفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۰۱

لان المفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك، اذا اجاز.

و منها: ان الفضولى، اذا قصد البيع لنفسه، فان تعلقت اجازة المالك بهذا الّذى قصده البائع، كان منافيا لصحة العقد، لان معناها هو: صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته.

و ان تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا امضاء لنقل الفضولى

و انما ليس: المقام، عكس: هنا (لان المفروض) فى بيع الغاصب ان (الكلام فى وقوع المعاملة للمالك) الاصلى (اذا اجاز).

و من المعلوم: ان هذا لا يكون الا فى صورة التنزيل، و صورة التنزيل ليس عكس: هنا.

و عليه: فلا ملازمة بين بطلان مسئلة خبز الفقير.

و بين بطلان مسئلة بيع الغاصب.

و من اشكالات بيع الفضولى لنفسه ان الاصل عدم الانعقاد.

و فيه: انه مرفوع بالأدلّة المتقدمة.

(و منها: ان الفضولى، اذا قصد البيع لنفسه، فان تعلقت اجازة المالك) فيما بعد (بهذا الّذى قصده البائع، كان منافيا لصحة العقد) الّذى اجراه الفضول (لان معناها) اى الاجازة (هو: صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته) اى بهذه الاجازة اللاحقة.

(و ان تعلقت) الاجازة (بغير المقصود) بان اجاز المالك ليكون الثمن لنفسه، لا للغاصب (كانت) الاجازة متعلقة (بعقد مستأنف، لا) ان الاجازة (امضاء لنقل الفضولى) اذ: نقل الفضولى كون الثمن له، لا للمالك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۰۲

فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير منشئ.

و قد اجاب عن هذا المحقق القمى ره فى بعض اجوبة مسائله، بان الاجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع- لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد، كما فى الفضولى المعهود-

---

(فيكون النقل من المنشئ) الغاصب (غير مجاز) اذ: المالك لم يجوّز نقل الغاصب (و) النقل (المجاز) الّذى اجازه المالك (غير منشئ) اذ: الفضول لم ينشأ البيع، بحيث يكون الثمن للمالك.

و قد اجابوا عن هذا الاشكال بأربعة جوابات.

الاول: ان المالك اجاز ما اوقعه الغاصب، مع تبديل اضافة الثمن الى الغاصب، الى اضافة الثمن الى المالك- كما عن القمى-.

الثانى: اجاز ما اوقعه الغاصب، و لا مانع من دخول الثمن فى كيس غير من خرج من كيسه المثمن- كما عن كاشف الغطاء-.

الثالث: اجاز لنفسه، و الاجازة معاملة جديدة- كما عن شيخ كاشف الرموز-.

و الرابع: اجاز لنفسه، و الاضافة الى الغاصب شيء خارج عن حقيقة المعاملة لا ربط لها بالمعاملة- كما اختاره المصنف-.

و الی هذه الاجوبة، اشار الماتن بقوله:

(و قد اجاب عن هذا المحقق القمی ره فی بعض اجوبة مسائله، بان الاجازة فی هذه الصورة) ای فی صورة بیع الغاصب لنفسه (مصححة للبیع لا بمعنی لحوق الاجازة لنفس العقد، کما فی الفضولی المعهود-) الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰۳

بل بمعنی: تبدیل رضی الغاصب، و بیعه لنفسه برضی المالک، و وقوع البیع عنه.

و قال: نظیر ذلک فیما لو باع شیئا ثم ملکه.

و قد صرح فی موضع آخر، بان حاصل الاجازة، یرجع الی ان العقد الّذی قصد الی کونه واقعا علی المال المعین لنفس البائع الغاصب، و المشتری العالم قد بدلته- بکونه علی هذا الملک بعینه- لنفسی، فیکون عقدا جدیدا- کما هو احد الاقوال فی الاجازة-.

یبیع مال زید لزید، لا لنفسه (بل) الاجازة المصححة هنا (بمعنی:

تبدیل رضی الغاصب، و بیعه) المتاع (لنفسه برضی المالک، و وقوع البیع عنه) ای عن المالک.

(و قال) القمی (نظیر ذلک) ای تبدیل الرضا (فیما لو باع) الفضول (شیئا، ثم ملکه) فان الفضول قصد الاضافة الی مالکه، ثم تبدلت الإضافة الی نفسه.

(و قد صرّح) المحقق القمّی (فی موضع آخر، بان حاصل الاجازة) فی بیع الغاصب لنفسه (یرجع الی ان) المالک کانه قال: (العقد الّذی قصد) الغاصب (الی کونه واقعا علی المال المعین) کدار زید (لنفس البائع الغاصب) الّذی هو بکر (و المشتری العالم) الّذی هو خالد، فیما اذا باع بکر- غصبا- دار زید لخالد (قد بدلته- بکونه) ای ذلک العقد (علی هذا الملک بعینه-) ای الدار، و لکن (لنفسی، فیکون عقدا جدیدا کما هو احد الاقوال فی الاجازة-) لکن لا عقدا جدیدا بمعنی الکلمة بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰۴

و فیه: ان الاجازة علی هذا تصیر- کما اعترف- معاوضة جدیدة من طرف المجیز، و المشتری، لان المفروض عدم رضا المشتری ثانیا بالتبدیل المذکور.

لان قصد البائع البیع لنفسه اذا فرض تأثیره فی مغایرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتری انما رضی بذلک الایجاب المغایر لمؤدّی الاجازة فاذا التزم، یکون مرجع الاجازة الی تبدیل عقد بعقد.

و بعدم الحاجة الی قبول المشتری ثانیا،

بمعنی التجدید فی تبدیل: الاضافة.

(و فیه: ان الاجازة علی هذا) الجواب (تصیر- کما اعترف-) المحقق (معاوضة جدیدة، من طرف المجیز، و المشتری) بمعنی ان العقد الجدید قائم، بالمجیز، فاجازته قائمة مقام الایجاب من المجیز، و القبول من المشتری.

و انما نقول: بان المشتری أیضا یجب ان یقبل المعاملة الجدیدة (لان المفروض عدم رضا المشتری ثانیا بالتبدیل المذکور) ای تبدیل البائع من الفضول الی المالک (لان قصد البائع البیع لنفسه)- فیما اذا اجاز- (اذا فرض تأثیره فی مغایرة العقد الواقع) أولا من الفضول (للعقد المجاز) الّذی اجازه المالک و: للعقد، متعلق ب: مغایرة (فالمشتری انما رضی) حین عقد الفضول (بذلک الایجاب) الاول (المغایر لمؤدی الاجازة) الّذی یقصده المالک (فاذا التزم) الفقیه (یکون مرجع الاجازة) من المالک (الی تبدیل عقد بعقد) ای عقد الفضول بعقد المالک- الّذی هو مفاد الاجازة-.

(و) التزم (بعدم الحاجة الی قبول المشتری ثانیا) بل لا یشترط علمه اصلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۰۵

فقد قامت الإجازة من المالک مقام ایجابه، و قبول المشتری.

و هذا خلاف الاجماع، و العقل.

و اما القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا، فلم يعهد من احد من العلماء و غيرهم، و انما حكى كاشف الرموز عن شيخه ان الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع، و هو قائم مقام ايجاب البائع، و ينضم إليه القبول المقدم من المشترى.

(فقد قامت الاجازة من المالك مقام) شيئين (ايجابه) اى المالك (و قبول المشترى) لان العقد يحتاج الى الايجاب و القبول.

(و هذا) اى قيام الاجازة مقام الايجاب و القبول (خلاف الاجماع) لانهم لا يقولون بذلك (و العقل) لانه لا يعقل تغيير الشيء الواقع عما وقع عليه، فكيف يمكن تغيير العقد الواقع بين الفضول و المشترى الى عقد جديد بين المالك و المشترى.

(و اما القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا) و هذا هو الجواب الثانى حسب ما عرفت- و ان ادمجه المصنف فى الجواب الاول (فلم يعهد من احد من العلماء و غيرهم) القول به (و انما حكى كاشف الرموز عن شيخه ان الاجازة من مالك المبيع) فى الفضولى (بيع مستقل) و ليست تابعة للعقد السابق، فهو: بيع (بغير لفظ البيع و هر قائم مقام ايجاب البائع، و ينضم إليه) تتميما للعقد (القبول المقدم من المشترى) و القبول و ان لم يكن قبولا لهذا الايجاب، لكن يرتبط به بالمناط، و العلم بعدم خصوصية الايجاب السابق فضولة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۰۶

و هذا: لا يجرى فيما نحن فيه.

لانه: اذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشترى تمليك الثمن للبائع، و تملك المبيع منه، فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر.

فالاكتفاء عنه بمجرد اجازه البائع الراجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضى البائع، و انشائه عن رضى المشترى، و انشائه.

و هذا ما ذكرنا انه: خلاف

(و هذا) الكلام الّذى ذكره شيخ كاشف الرموز حول الاجازة، فى باب الفضولى العادى (لا يجرى فيما نحن فيه) من الفضول الّذى يبيع لنفسه

(لانه: اذا قصد البائع) الغاصب (البيع لنفسه، فقد قصد المشترى تمليك الثمن للبائع، و تملك المبيع منه فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع) لان الواقع هو كون البيع للغاصب لا للمالك (فلا بد له) اى للبيع (من قبول آخر) أيضا، لان القبول السابق كان مرتبطا بالبيع السابق.

(فالاكتفاء عنه) اى عن قبول جديد (بمجرد اجازة البائع الراجعة) تلك الاجازة (الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه) اى لنفس المالك فان المالك- باجازته- يبدل البيع للغاصب، الى البيع لنفسه (التزام بكفاية رضى البائع، و انشائه) الحاصل بالاجازة (عن رضى المشترى، و انشائه) لانكم قلتم لا يحتاج الى قبول جديد من المشترى.

(و هذا) اى قيام الاجازة مقام الايجاب و القبول معا (ما ذكرنا انه: خلاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۰۷

الاجماع، و العقل.

فالاولى فى الجواب: منع مغايرة ما وقع لما اجيز.

و توضیحه: ان البائع الفضولی، انما قصد تملیک المثمن للمشتری بإزاء الثمن.

و اما کون الثمن مالا له او لغیره، فإیجاب البیع ساکت عنه، فیرجع فیه الی ما یقتضیه مفهوم المعاوضة، من دخول العوض فی ملک مالک المعوض تحقیقا لمعنی المعاوضة و المبادلة.

الاجماع، و العقل) لما عرفت من: ان قیام الاجازة مقام القبول لا وجه له اطلاقا.

(فالاولی فی الجواب) عن الاشکال لتصحیح بیع الغاصب بالاجازة (منع مغایرة ما وقع لما اجیز) بان نقول: ان ما وقع من الغاصب، هو عین ما اجازه المالک.

(و توضیحه: ان البائع الفضولی، انما قصد تملیک المثمن) کدار زید (للمشتری، بإزاء الثمن) و هو: الف دینار.

(و اما کون الثمن مالا له) ای للغاصب (او لغیره، فإیجاب البیع ساکت عنه) کما هو کذلک بالنسبة الی من یبیع الجنس فی الدکان، فانه ساکت عن انه اصیل، او وکیل، او ولی، او ما اشبه (فیرجع فیه) ای فی هذا الامر المسکوت عنه (الی ما یقتضیه مفهوم المعاوضة، من دخول العوض فی ملک مالک المعوض) فیدخل الألف دینار فی ملک صاحب الدار.

و ذلک (تحقیقا لمعنی المعاوضة و المبادلة) حیث: ان معناها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰۸

و حیث ان البائع یملک المثمن بانیا علی تملکه له و تسلطه علیه عدوانا او اعتقادا لزم من ذلک بنائه علی تملک الثمن، و التسلط علیه.

و هذا معنی قصد بیعه لنفسه.

و حیث ان المثمن ملک لمالکه واقعا فاذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه إلیه.

فعلم من ذلک ان قصد البائع البیع لنفسه، غیر مأخوذ فی مفهوم الایجاب حتی تردد الامر فی هذا المقام

دخول العوض فی ملک صاحب المعوض، و بالعکس.

(و حیث ان البائع) الغاصب (یملک) المشتری (المثمن بانیا علی تملکه) ای الغاصب (له) للمثمن (و تسلطه علیه عدوانا) فیما اذا علم انه غاصب (او اعتقادا) فیما اذا تیقن انه مالک- جهلا مرکبا- (لزم من ذلک) ای من بنائه انه مالک للمثمن (بنائه علی تملک الثمن، و التسلط علیه) ای علی الثمن.

(و هذا) ای اخراج المثمن من نفسه، و ادخال الثمن بدله (معنی قصد بیعه لنفسه).

(و حیث: ان المثمن ملک لمالکه) الواقعی (واقعا) و حقیقة لا الغاصب (فاذا اجاز) المالک (المعاوضة انتقل عوضه) و هو الثمن (إلیه).

(فعلم من ذلک) الّذی ذکرنا ان المعاملة، مبادلة بین المالین، من دون دخل لاضافة المعوض الی الغاصب- الّذی بنی علیه عنادا او اعتقادا- (ان قصد البائع البیع لنفسه غیر مأخوذ فی مفهوم الایجاب) بل الایجاب صرف إنشاء المبادلة (حتی تردد الامر فی هذا المقام) مقام بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۰۹

بین المحذورین المذکورین.

بل مفهوم الایجاب، هو: تملیک المثمن بعوض من دون تعرض فیه لمن یرجع إلیه العوض الا باقتضاء المعاوضة لذلک.

و لکن یشکل فیما اذا فرضنا الفضولی مشتریا لنفسه بمال الغیر فقال للبائع الاصیل تملکت منک، او ملکت هذا الثوب بهذه الدراهم، فان مفهوم هذا الانشاء، هو تملک الفضولی للثوب.

الغاصب لنفسه (بین المحذورین المذکورین) و هو: ان المالک، ان اجاز ما اوقعه الغاصب، لزم عدم تحقق مفهوم المعاوضة، لانه ادخال الثمن فی کیس من لم یخرج من کیسه المثمن، و ان اجاز العقد لنفسه لم یکن عقد بهذه الکیفیة قابلا للاجازة، لان العقد کان للغاصب لا للمالک.

(بل مفهوم الایجاب، هو: تملیک المثمن بعوض من دون تعرض فیه لمن یرجع إلیه العوض) و انه هل یرجع الی المالک للمثمن، أم الی الغاصب؟ (الا باقتضاء المعاوضة لذلک) فان المعاوضة تقتضی ان یدخل الثمن فی کیس مالک المثمن.

(و لکن یشکل) تصحیح معاملة الفضولی، بالاجازة، فی صورة کون الفضول مشتریا لا بایعا (فیما اذا فرضنا الفضولی مشتریا لنفسه بمال الغیر) کما لو غصب زید دینارا من محمد، فاشتری به ثوبا من بکر لنفسه (فقال) المشتری الغاصب (للبائع الاصیل) و هو بکر (تملکت منک، او ملکت هذا الثوب بهذه الدراهم، ف) لا یصح اجازه المالک، و هو محمد لهذه المعاملة ل (ان مفهوم هذا الانشاء، هو: تملک الفضولی للثوب) لا ان المفهوم،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱۰

فلا مورد لاجازة مالک الدراهم علی وجه ینتقل الثوب إلیه فلا بد من: التزام کون الاجازة نقلا مستأنفا غیر ما انشأه الفضولی الغاصب.

و بالجملة: فنسبة المتکلم الفضولی بتملک المثمن الی نفسه، بقوله: ملکت او تملکت

المبادلة بین الثوب و الدراهم (فلا مورد لاجازة مالک الدراهم) و هو محمد (علی وجه ینتقل الثوب إلیه) ای الی المالک.

اللهم الا ان یقال: انه من قبیل قول الوکیل: تملکت هذا الثوب بالدینار فی کون الضمیر للتکلم فقط، لا للاضافة، من قبیل: بعتک، فیما اذا کان المشتری وکیلا، فان: الکاف لمجرد الخطاب.

و لا فرق بین: تملکت، و: قبلت، عرفا.

کما لا فرق بین: بعتک، و: ملکتک.

و کیف کان (فلا بد) علی کلام المصنف، فیما اذا اردنا تصحیح المعاملة باجازة مالک الدراهم (من: التزام کون الاجازة) من مالک الدراهم (نقلا مستأنفا) جدیدا، و معاملة جدیدة (غیر ما انشأه الفضولی الغاصب) لانه دائر بین المحذورین المتقدمین.

و محذور جعل الاجازة نقلا مستأنفا، اقلهما اشکالا.

(و بالجملة) لا یصح البیع باجازة مالک الدراهم، اذا کان الغاصب مشتریا، بحیث ان البائع الاصلی ملکه، بنفسه، المبیع (فنسبة المتکلم الفضولی) و هو: المشتری (بتملک المثمن الی نفسه) حیث یشتری المتاع من:

البائع الاصلی (بقوله: ملکت) بالتخفیف (او تملکت) بالتشدید من باب التفعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱۱

کایقاع المتکلم الاصلی التملیک علی المخاطب الفضولی، بقوله ملکتک هذا الثوب بهذه الدراهم، مع علمه بکون الدراهم لغیره او جهله بذلک.

و بهذا استشکل العلامة ره فی التذکرة حیث قال: لو باع الفضولی مع جهل الآخر فاشکال من ان الآخر انما قصد تملیک العاقد

(کایقاع) خبر: فنسبه (المتکلم الاصلی) و هو: البائع (التملیک علی المخاطب الفضولی) ای المشتری الغاصب (بقوله ملکتک هذا الثوب بهذه الدراهم، مع علمه) ای المتکلم الاصلی (بکون الدراهم لغیره) ای لغیر المخاطب (او جهله) ای المتکلم الاصلی (بذلک) ای بکون الدراهم لغیر المخاطب.

و علیه: فکل واحد من البائع و الغاصب، یملک و یتملک المتاع للغاصب، فکیف یمکن ان تکون اجازة المالک الاصلی للدراهم

موجبهٔ لنقل المال من الغاصب الی المالک.

(و بهذا) الاشکال، و هو: ما ذکرناه بقولنا: و لکن یشکل (استشکل العلامهٔ ره فی التذکرهٔ حیث قال: لو باع الفضولی، مع جهل الآخر) ای المشتری بـان البـائع فضولی (فاشـکال) فی صـحهٔ البیع (من) جهـهٔ (ان) الطرف (الآـخر) ای من لیس بفضولی (انمـا قصـد تملیک العاقد) الّذی هو الفضول.

و من المعلوم: ان العاقـد لیس قابلا لان یتملک، فما قصـده العاقـد لا یمکن وقوعه، و ما یمکن وقوعه من تملک المالک الاصـلی، لم یقصده العاقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱۲

و لا ینتقض بما لو جهل الآخر وکالهٔ العاقد، او ولایته لانه حینئذ انما یقصد به المخاطب بعنوانه الاعم من کونه اصیلا، او نائبا.

و لذا یجوز مخاطبته، و اسناد الملک إلیه مع علمه بکونه نائبا

(و لا ینتقض) هذا الاشکال- الّذی ذکره العلامهٔ- (بما لو جهل الآخر) الاصلی (وکالهٔ العاقد، او ولایته).

وجه الانتقاض: انه لو قلتم بالاشـکال فی الفضولی، من جههٔ ان الاصـیل یملک العاقد، و الحال انه لیس قابلا للتملک، لانه فضول، لزم ان تستشـکلوا فی ما لو کان وکیلا، او ولیا، و جهل الاصـیل ذلک، من جههٔ ان الاصـیل یملک العاقد، و الحال انه لیس قابلا للتملک، لانه وکیل، او ولی، و لیس اصیلا.

و انمـا لا ینتقض (لانه) ای الاصـیل (حینئـذ) ای حین جهله بکون طرفه ولیا، او وکیلا (انما یقصـد به) ای بالتملیک (المخاطب بعنوانه الاعم من کونه اصیلا، او نائبا).

و لـذا لو سـألته لمن بعت؟ قـال: لصـاحب المـال، و لو قلت: له و من صـاحب المال؟ قال: هـذا المخاطب، او موکله، او ولیه، اذ لا یهم الاصیل ان تکون المعاوضهٔ مع مخاطبه، او مع من المخاطب یمثله؟

(و لـذا) الّـذی ذکرنا من: ان الاصـیل یقصـد الاعم- و لا یقصـد خصوص المخاطب- (یجوز مخاطبته، و اسـناد الملک إلیه) بان یقول لزید الوکیل:

بعتک الکتاب (مع علمه) ای الاصیل (بکونه) ای المخاطب (نائبا)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱۳

و لیس الاـ بملاحظـهٔ المخـاطب باعتبـار کونه نائبـا، فـاذا صـح اعتبـاره نائبـا صـح اعتباره علی الوجه الاعم من کونه نائبا، او اصـیلا اما الفضولی فهو اجنبی عن المالک لا یمکن فیه ذلک الاعتبار.

و قد تفطن بعض المعاصرین لهذا الاشکال فی بعض کلماته

(و لیس) هـذا الجواز فی صورهٔ العلم بکونه نائبـا (الاـ بملاحظـهٔ المخاطب) ای ملاحظهٔ الاصـیل مخاطبه (باعتبار کونه نائبا، فاذا صـح اعتباره نائبا) و مع ذلک یخاطب، و یسند الملک إلیه (صح اعتباره) ای المخاطب (علی الوجه الاعم من کونه نائبا، او اصیلا).

ان قلت: نفس هذا الاعتبار یمکن اجرائه فی الفضولی بان یقصد الاصیل الاعم.

قلت: (اما الفضولی، ف) لا یصـح فیه هـذا الاعتبار، اذ: (هو اجنبی عن المالک) لا یرتبط به بوکالهٔ، او ولایهٔ، ف (لا یمکن فیه) ای فی الفضولی (ذلک الاعتبار) ای اعتبار الاعم، اذ: لا جامع بین المالک، و الفضول حتی یلاحظه الاصیل حال بیعه.

اللهم الا ان یقال: بامکان الجامع، حیث ان الاصیل یقصد البیع، و المبادلهٔ مع صاحب هذا المال الّذی هو بید الطرف، سواء کان مالکا، او ولیا، او فضولیا؟ و لذا لو قیل له ان الغاصب قال ان رضی صاحب المال الواقعی فانی باق علی معاملتی.

(و قد تفطن بعض المعاصرین لهذا الاشکال فی بعض کلماته) ای الاشکال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۱۴

فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه- مع انه لا یخفی مخالفته للفتاوی و اکثر النصوص المتقدمة فی المسألة کما اعترف به اخیرا.

و اخری، بان الاجازة انما تتعلق بنفس مبادلة العوضین و إن کانت خصوصیة ملک المشتری الغاصب للمثمن مأخوذة فیها.

و فیه ان حقیقة العقد فی العبارة التی ذکرناها فی الاشکال، اعنی قول المشتری الغاصب: تملکت او ملکت هذا منک بهذه الدراهم لیس

الّذی تقدم بقوله: و لکن یشکل (فالتزم) هذا المعاصر (تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه- مع انه) ای القول بالبطلان (لا یخفی مخالفته للفتاوی و اکثر النصوص المتقدّمة فی المسألة) ای مسئلة بیع الفضول، حیث ان تلک النصوص شاملة لبیع الفضول للمالک، و لنفسه (کما اعترف) ذلک المعاصر (به) ای بکون البطلان مخالفا للنص و الفتوی (اخیرا) فی آخر کلامه.

(و) التزم المعاصر تارة (اخری، بان الاجازة انما تتعلق بنفس مبادلة العوضین) فالمجیز انما یجیز المبادلة، اما ارتباطها بالفضول، فلغو و لذا تصحح الاجازة البیع (و إن کانت خصوصیة ملک المشتری الغاصب للمثمن مأخوذة فیها) ای فی المبادلة و: ان، وصلیة، ای ان هذه الخصوصیة لا تمنع من تصحیح الاجازة للمعاملة التی هی نفس المبادلة.

(و فیه) انه لا وجه لالغاء هذه الخصوصیة، ف (ان حقیقة العقد) الّذی اجراه الغاصب (فی العبارة التی ذکرناها فی الاشکال، اعنی قول المشتری الغاصب: تملکت او ملکت) بالتخفیف (هذا) المتاع (منک بهذه الدراهم) حال کون الدراهم مغصوبة (لیس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۱۵

الا إنشاء تملکه للمبیع.

فاجازة هذا الانشاء لا یحصل بها تملک المالک الاصلی له بل یتوقف علی نقل مستأنف.

فالانسب فی التفصّی، ان یقال: ان نسبه الملک الی الفضولی العاقد لنفسه فی قوله تملکت منک، او قول غیره له ملکتک، لیس من حیث هو بل من حیث جعل نفسه مالکا

الا إنشاء تملکه للمبیع).

فالمعنی: هذا الی، و اجازة المالک لا یمکن ان تصحح هذا- لانه خلاف مقتضی المعاوضة- و لا یمکن ان تبدل: هذا لی، ب: هذا للمالک لانه لم ینشأ.

(فاجازة هذا الانشاء) الّذی اجراه الغاصب (لا یحصل بها) ای بهذه الاجازة (تملک المالک الاصلی له) ای للمبیع (بل یتوقف) تملک المالک الاصلی (علی نقل مستأنف).

و علی هذا، فالاشکال المتقدم بقی بلا جواب.

(فالانسب فی التفصی، ان یقال) یمکن تصحیح المعاملة بالاجازة، و ان قال المشتری الغاصب: تملکت المتاع منک بهذه الدراهم، ف (ان نسبة الملک) المتاع (الی الفضولی العاقد لنفسه) ای نسبة الفضولی العاقد، الملک لنفسه (فی قوله) للاصیل (تملکت منک، او قول غیره له) ای قول الاصیل للفضول المشتری (ملکتک، لیس) تملکا و تملیکا (من حیث هو) هو، ای من حیث الفضول فضول (بل من حیث جعل) الفضول (نفسه مالکا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۱۶

للثمن اعتقادا او عدوانا.

و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته.

ضرورة عـدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شـخص المال بإزاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية، من العاقد لنفسه لا يكون الا اذا كان مالكا حقيقيا، او ادعائيا فلو لم يكن احدهما و عقد لنفسه، لم يتحقق المعاوضة، و المبادلة حقيقة

للثمن اعتقـادا) فى صورة جهله بـالواقع (او عـدوانا) فى صورة علمه بـانه غاصب، هـذا فيما اذا قال: تملكت، و فيما اذا قال الاصـيل له: ملكتك جعله الاصيل مالكا.

(و لـذا) الّـذى انه يجعـل نفسه مالكـا (لو عقـد) الفضول (لنفسه من دون البناء على مالكيته) اى انه مالك (للثمن) بان قال الفضول: انا لست بمالك، و لا اجعل نفسى مالكا بنائيا، و مع ذلك تملكت (التزمنا بلغويته) اى ان البيع يكون لغوا، اذ: العرف لا يتصور تملكا فيما اذا لم يكن المتملك لا مالكا حقيقيا، و لا مالكا جعليا.

(ضـرورة عـدم تحقق مفهوم المبادلـة بتملـك شـخص) كالغـاصب (المـال) كالمبيع (بإزاء مال غيره) قوله: ضـرورة، علـة لقوله: التزمنا بلغويته.

اذا (فالمبادلـة الحقيقيـة، من العاقد لنفسه لا يكون الا اذا كان) من يقول تملكت (مالكا حقيقيا، او ادعائيا) بان يدعى انه مالك، جهلا، او عـدوانا (فلو لم يكن) العاقـد (احـدهما) لا حقيقيا، و لا ادعائيا (و عقـد لنفسه، لم يتحقق المعاوضـة و المبادلة حقيقة) بل هى مبادلة صورية لا تؤثر عرفا اثرها المترتب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۱۷

فـاذا قـال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملكت منک کـذا بکـذا فالمنسوب إليه التملك انما هو المتكلم، لا من حيث هو، بل من حيث عدّ نفسه مالكا اعتقادا، او عدوانا.

و حيث ان الثابت للشىء من حيثية تقييدية، ثابت لنفس تلك الحيثية.

فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن.

على كـل مبادلـة (فـاذا قـال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه) اى يشترى المتاع لنفسه، لا للمالك الاصـلى (تملكت منک) ايها البائع الاصـيل (كذا) من المتاع (بكذا) من الدراهم (فالمنسوب إليه التملك انما هو المتكلم، لا من حيث هو) متكلم (بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا) فيما اذا كان الغاصب جاهلا بان الدراهم ليست له (او عدوانا) فيما اذا كان الغاصب عالما بانه غاصب.

(و حيث ان الثابت للشـىء من حيثيـة تقييديـة، ثابت لنفس تلك الحيثيـة) فانک اذا قلت: صلّ وراء زيد من حيث انه عادل، كان جواز الصـلاة ثابت لحيثيـة العدالـة، و ذلک بخلاف الحيثية التعليلية، فان الثابت للشـىء من حيثية تعليلية ثابت للمعلول، لا للحيثية، فانک اذا قلت: الغرفة مضيئة، من حيث ان الشمس طالعة، كانت الإضاءة ثابتة للغرفة، لا لطلوع الشمس.

(فالمسـند إليـه التملـك) فى قـول الغـاصب: تملكت (حقيقـة) و فى الواقع (هـو المالـك للثمن) اى المغصـوب منه، لأـن معنى كلاـم الغاصب: تملكت من حيث انى مالك الثمن، فالملك ثابت لحيثيـة المالكية المنطبقة على المالك للثمن حقيقة، و لا ربط للملك فى: تملكت، للغاصب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۱۸

الا ان الفضولى لما بنى على انه المالك المسلط على الثمن، اسـند ملك المثمن الّـذى هو بدل الثمن الى نفسه فالاجازة الحاصـلة من المالك، متعلقة بانشاء الفضولى، و هو التملك المسند الى مالك الثمن، و هو:

حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه

هذا مع انه ربما یلتزم صحة ان یکون الاجازة لعقد الفضولی موجبة لصیرورة العوض ملکا للفضولی ذکره شیخ مشایخنا فی شرحه علی القواعد، و

(الا ان الفضولی لما بنی علی انه المالک المسلط علی الثمن، اسند ملک المثمن) فی قوله: تملکت الدار، (الّذی هو بدل الثمن الی نفسه) لا الی المالک الحقیقی للدراهم (فالاجازة الحاصلة من المالک، متعلقة بانشاء الفضولی، و هو التملک المسند) ذلک التملک (الی مالک الثمن، و هو) ای مالک الثمن (حقیقة نفس المجیز) و إن کان ادعاء الغاصب (فیلزم من ذلک) التجویز من المالک (انتقال الثمن إلیه) فتتحقق المعاوضة الحقیقیة.

(هذا) تمام الکلام فی جوابنا عن اشکال بیع الفضولی لنفسه (مع) ان هناک جوابا آخر- تقدم اجماله عن کاشف الغطاء- و هو: (انه ربما یلتزم صحة ان یکون الاجازة لعقد الفضولی موجبة لصیرورة العوض) فیما اذا کان الفضول بائعا، و صیرورة المعوض فیما اذا کان الفضول مشتریا (ملکا للفضولی) بان لا یدخل الثمن فی کیس مالک المثمن و لا یدخل المثمن فی کیس مالک الثمن (ذکره شیخ مشایخنا فی شرحه علی القواعد، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۱۹

تبعه غیر واحد من اجلاء تلامذته، و ذکر بعضهم فی ذلک وجهین احدهما ان قضیة بیع مال الغیر عن نفسه، و الشراء بمال الغیر لنفسه، جعل ذلک المال له ضمنا حتی انه علی فرض صحة ذلک البیع، و الشراء تملکه قبل انتقاله الی غیره لیکون انتقاله إلیه عن ملکه.

نظیر ما اذا قال: اعتق عبدک عنی، او قال: بع مالی عنک او اشتر لک بمالی کذا.

تبعه غیر واحد من اجلاء تلامذته، و ذکر بعضهم فی ذلک) ای فی وجه صحة ما ذکره کاشف الغطاء (وجهین احدهما ان قضیة) ای مقتضی (بیع) الغاصب (مال الغیر عن نفسه، و الشراء بمال الغیر لنفسه، جعل ذلک المال) ای مال الغیر (له) ای لنفس الغاصب (ضمنا) ای فی ضمن البیع فمعنی بیع زید دار بکر لنفسه- فضولة-: ان زیدا جعل دار بکر لنفسه ثم باعها (حتی انه علی فرض صحة ذلک البیع، و الشراء) فیما اذا اجاز المالک (تملکه) ای مال الغیر بان یکون الغاصب مالکا له (قبل انتقاله الی غیره) عن ملک الغاصب.

و انما ینتقل الی الغاصب آنا مّا، قبل بیعه (لیکون انتقاله) ای المال (إلیه) ای الی الطرف الآخر- کالمشتری- (عن ملکه) ای ملک الغاصب

(نظیر ما اذا قال: اعتق عبدک عنی) حیث ان معناه: ملکنی عبدک أولا، ثم اعتقه عنی، اذ لا عتق الا فی ملک (او قال: بع مالی عنک) بمعنی ان یکون ثمنه لک فان معناه: املکک مالی، ثم بعه عن نفسک، (او اشتر لک بمالی کذا) بمعنی ان یدخل المبیع فی ملکک، فان معناه: املکک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۰

فهو تملیک ضمنی حاصل ببیعه او الشراء.

و نقول فی المقام: أیضا اذا اجاز المالک صحّ البیع و الشراء، و صحته بتضمن انتقاله إلیه حین البیع، او الشراء.

فکما ان الاجازة المذکورة تصحح البیع، او الشراء.

کذلک تقتضی بحصول الانتقال الّذی یتضمنه البیع الصحیح فتلک الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق

الدراهم لتشتری بها المتاع لنفسک.

(فهو) ای هذا الامر من المالک (تملیک ضمنی) فی ضمن الامر بالبیع، او الشراء (حاصل) هذا التملیک (ببیعه) ای المخاطب مال

الآمر (او الشراء) بدراهم الآمر.

(و) اذا عرفت امکان ذلک التملیک الضمنی فی مسئلة العتق، و الامر بالبیع و الشراء (نقول فی المقام) الّذی هو اجازة المالک لبیع الغاصب (أیضا اذا اجاز المالک صح البیع و الشراء) الّذی فعله الغاصب (و صحته بتضمن انتقاله) ای المال (إلیه) ای الی الغاصب (حین البیع، او الشراء) فمعنی قول المالک: اجزت البیع: ملکتک المال الّذی اوقعت البیع علیه.

(فکما ان الاجازة المذکورة تصحح البیع، او الشراء) حتی یکونا نافذین.

(کذلک تقتضی) الاجازة (بحصول الانتقال) للمال من المالک الی الغاصب (الّذی یتضمنه البیع الصحیح) لانه لا یصح بیع الغاصب لنفسه، الا اذا انتقل إلیه المال (فتلک الاجازة اللاحقة) من المالک، علی البیع (قائمة مقام الاذن السابق) فیما لو قال المالک الغاصب: بع مالی عن نفسک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۱

قاضیة بتملیکه المبیع، لیقع البیع فی ملکه و لا مانع منه.

الثانی انه لا دلیل علی اشتراط کون احد العوضین ملکا للعاقد فی انتقال بدله إلیه بل یکفی ان یکون مأذونا فی بیعه لنفسه او الشراء به فلو قال: بع هذا لنفسک، او اشتر لک بهذا ملک الثمن فی الصورة الاولی، بانتقال المبیع عن مالکه الی المشتری.

و کذا ملک المثمن فی الصورة الثانیة.

فانه تملیک ضمنی للغاصب، فیکون البیع فی مال نفس الغاصب (قاضیة) تلک الاجازة اللاحقة (بتملیکه) ای الغاصب (المبیع، لیقع البیع فی ملکه) ای ملک الغاصب (و لا مانع منه) ای من ان تکون الاجازة هکذا.

(الثانی) من وجهی صحة کلام کاشف الغطاء (انه لا دلیل علی اشتراط کون احد العوضین ملکا للعاقد فی انتقال بدله إلیه) بل من الجائز ان یکون المبیع للمالک، و البدل ینتقل الی الغاصب، اذا اجاز المالک (بل یکفی) فی صحة الانتقال للبدل الی غیر مالک المبدل (ان یکون) البائع (مأذونا فی بیعه لنفسه) فیما کان بیده المثمن (او الشراء به) لنفسه فیما کان بیده الثمن (فلو قال) مالک الثوب لزید: (بع هذا لنفسک، او) قال مالک الدرهم: (اشتر لک بهذا) الدرهم ثوبا (ملک) المأمور (الثمن فی الصورة الاولی) و هی: بع هذا لنفسک، و ذلک (ب) سبب (انتقال المبیع عن مالکه الی المشتری) فانه بهذا الانتقال ینتقل الثمن من مالکه الی المأمور- لا الی مالک المثمن-.

(و کذا ملک) المأمور (المثمن فی الصورة الثانیة) و هی: اشتر لک بهذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۲

و یتفرع علیه انه لو اتفق بعد ذلک فسخ المعاوضة، رجع الملک الی مالکه دون العاقد.

اقول و فی کلا الوجهین نظر، اما الاول فلان صحة الاذن فی بیع المال لنفسه، او الشراء لنفسه، ممنوعة کما تقدم فی بعض فروع المعاطاة.

مع ان قیاس الاجازة علی الاذن

(و یتفرع علیه) ای علی انتقال الثمن الی غیر مالک المثمن، و انتقال المثمن الی غیر مالک الثمن (انه لو اتفق بعد ذلک فسخ المعاوضة، رجع الملک الی مالکه دون العاقد) لان المالک انما اجاز البیع، لا انه ملک العاقد الدار، فی الاولی، و لا انه ملک العاقد الدرهم، فی الثانیة، فاذا بطل البیع انفقد موضع الاجازة، و علیه یرجع کل ملک الی مالکه.

(اقول: و فی کلا الوجهین) الذین ذکرا لتوجیه کلام کاشف الغطاء (نظر، اما) ما فی الوجه (الاول، فلان صحة الاذن) من المالک (فی

بیع) المأمور (المال لنفسه، او الشراء لنفسه، ممنوعة، کما تقدم فی بعض فروع المعاطاة).

اذ: المالک انما اجاز البیع لنفسه، و لم یجز تملیکه المتاع لنفسه أولا ثم بیعه.

نعم لو قصد ذلک، صح، لکن الکلام فی انه لم یقصد الا- مفهوم هذا اللفظ الّذی ذکره، فلا تملیک من المالک، و لا دلیل علی تملیک من الشارع و دلیل: الناس مسلطون، انما یدل علی تسلط الناس علی اموالهم لا علی احکامهم.

(مع ان قیاس الاجازة) اللاحقة (علی الاذن) السابق، فیما لو قال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۳

قیاس مع الفارق، لان الاذن فی البیع یحتمل فیه ان یوجب- من باب الاقتضاء- تقدیر الملک آنا مّا، قبل البیع، بخلاف الاجازة فانها لا تتعلق الا بما وقع سابقا و المفروض انه لم یقع الا مبادلة مال الغیر بمال آخر.

نعم لما بنی هو علی ملکیة ذلک المال عدوانا، او اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البدل إلیه.

فالاجازة من المالک، ان رجعت الی نفس المبادلة افادت دخول

المالک لزید: بع مالی لنفسک (قیاس مع الفارق، لان الاذن فی البیع یحتمل فیه ان یوجب) ذلک الاذن (- من باب الاقتضاء-) ای دلالة الاقتضاء و هی ما یتوقف صحة الکلام، او صدقه علیه، مثل تقدیر: الاهل، فی:

اسئل القریة، فان صحة الکلام تتوقف علی هذا التقدیر (تقدیر الملک) ای فرض مالکیة المأذون، و: تقدیر، مفعول: یوجب (آنا مّا، قبل البیع) جمعا بین ما دل علی انه: لا- بیع الا فی ملک، و بین ما دل علی صحة مثل هذا الاذن (بخلاف الاجازة) اللاحقة (فانها لا تتعلق الا بما وقع سابقا) من العقد (و المفروض انه لم یقع الا مبادلة مال الغیر بمال آخر) من دون تملیک من المالک لماله الی العاقد، او تملک منه لمال المالک.

(نعم لما بنی هو) ای العاقد (علی ملکیة ذلک المال) الّذی هو للمالک (عدوانا، او اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البدل إلیه) رجوعا ادعائیا لا حقیقیا.

(فالاجازة من المالک، ان رجعت الی نفس المبادلة) بدون کون الثمن راجعا الی العاقد (افادت) الاجازة (دخول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۴

البدل فی ملک المجیز.

و ان رجعت الی المبادلة منضمة الی بناء العاقد، علی تملک المال فهی، و ان افادت دخول البدل فی ملک العاقد الا ان مرجع هذا الی اجازه ما بنی علیه العاقد من التملک و امضائه له اذ: بعد امضائه یقع البیع فی ملک العاقد فیملک البدل الا ان من المعلوم عدم الدلیل علی تأثیر الإجازة فی تأثیر ذلک البناء فی تحقق متعلقه شرعا.

بل الدلیل علی عدمه لان هذا مما لا یؤثر

البدل فی ملک المجیز) لان المبادلة مقتضیة لذلک.

(و ان رجعت) الاجازة (الی المبادلة منضمة) تلک المبادلة (الی بناء العاقد علی تملک المال) لنفسه (فهی، و ان افادت دخول البدل فی ملک العاقد) لا- المالک (الا ان مرجع هذا الی اجازة ما بنی علیه العاقد) الغاصب (من التملک) لمال المالک (و امضائه له) ای امضاء المالک تملک العاقد لماله (اذ: بعد امضائه) لهذا التملک (یقع البیع فی ملک العاقد) لترتب البیع علی الملک (فیملک) العاقد (البدل).

و هذا و إن کان مصححا للبیع (الا ان من المعلوم عدم الدلیل) الشرعی (علی تأثیر الاجازة) من المالک (فی تأثیر ذلک البناء) من

العاقد- فی کونه مالکا- (فی تحقق متعلقه) ای متعلق البناء- ای ملکیة مال المالک للعاقد- (شرعا) فقد بنی الغاصب ان الثوب له، و اجاز المالک هذا البناء، لکن هل امضی الشارع صحة ذلک؟ کلا.

(بل الدلیل علی عدمه، لان هذا) البناء علی التملک (مما لا یؤثر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۵

فیه الاذن لان الاذن فی التملک، یؤثر التملک، فکیف اجازته.

و اما الثانی، فلما عرفت من منافاته لحقیقة البیع التی هی: المبادلة و لذا صرح العلامة ره فی غیر موضع من کتبه، تارة بانه لا یتصور.

و اخری بانه لا یعقل ان یشتری الانسان لنفسه بمال غیره شیئا.

فیه الاذن) فانک اذا قلت لزید: اذنت لک ان تتملک ثوبی، لم یؤثر اذنک فی ان یصبح الثوب له، اذ: للملک اسباب خاصة، و لیس منها الاذن (لان الاذن فی التملک، لا یؤثر التملک، فکیف اجازته) ای اجازة التملک، بان یجیز المالک ان ما فعله الغاصب من التملک کان صحیحا، فان الاذن الّذی هو اقوی من الاجازة اذا لم ینفع لم تنفع الاجازة التی هی اضعف.

هذا تمام الکلام فی التوجیه الاول من توجیهی کلام کاشف الغطاء رحمه اللّه.

(و اما) النظر فی الوجه (الثانی، فلما عرفت من منافاته) ای دخول الثمن فی کیس غیر من خرج من کیسه المثمن (لحقیقة البیع التی هی:

المبادلة) اذ: لا تسمی حینئذ مبادلة.

(و لذا صرح العلامة ره فی غیر موضع من کتبه، تارة بانه لا یتصور) تحقق المبادلة اذا خرج الثمن من کیس من لم یدخل فی کیسه المثمن.

(و اخری بانه لا یعقل ان یشتری الانسان لنفسه بمال غیره شیئا) اذ: لا یکون هذا اشتراء، فعدم المعقولیة بمعنی عدم تحقق الاعتبار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۶

بل ادعی بعضهم فی مسئلة قبض المبیع عدم الخلاف فی بطلان مالک الثمن اشتر لنفسک به طعاما.

و قد صرح به الشیخ، و المحقق، و غیرهما.

نعم سیأتی فی مسئلة جواز تتبع العقود للمالک- مع علم المشتری بالغصب- ان ظاهر جماعة کقطب الدین، و الشهید، و غیرهما ان الغاصب مسلط علی الثمن، و ان لم یملکه فاذا اشتری به شیئا ملکه.

(بل ادعی بعضهم فی مسئلة قبض المبیع عدم الخلاف فی بطلان) قول (مالک الثمن) للفقیر- مثلا- بعد ان یعطیه الدرهم (اشتر لنفسک به طعاما) بدون ان یهب الدرهم له، او یشتری الفقیر الخبز للمالک ثم یهبه لنفسه وکالة عنه.

(و قد صرح به) ای بالبطلان المذکور (الشیخ، و المحقق، و غیرهما).

(نعم سیأتی فی مسئلة جواز تتبع العقود للمالک) متعلق ب: جواز (- مع علم المشتری بالغصب-) کما لو باع مال زید عمرو لبکر، و بکر لخالد و خالد لخویلد، و کلهم یعلمون بالغصبیة، فانه یجوز للمالک ان یجیز احد العقود، فیبطل غیرها (ان ظاهر جماعة کقطب الدین، و الشهید، و غیرهما، ان الغاصب مسلط علی الثمن، و ان لم یملکه) فیما اذا باع مال الغیر (فاذا اشتری) الغاصب (به) ای بالثمن الّذی حصله من بیع الغصب (شیئا ملکه) ای صار مالکا لذلک الشیء، مثلا باع زید الغاصب، ثوب عمر و غصبا، فاخذ درهما فاشتری بالدرهم خبزا، فانه یملک الخبز.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۷

و ظاهر هذا، امکان ان لا یملک الثمن و یملک المثمن المشتری.

الا ان یحمل ذلک منهم علی التزام تملک البائع الغاصب للمثمن مطلقا کما نسبه الفخر الی الاصحاب او آنا مّا، قبل ان یشتری به شیئا

(و ظاهر هذا) الکلام منهم، (امکان ان لا یملک الثمن) کالدرهم (و یملک المثمن) کالخبز (المشتری) بصیغة المجهول، ای الخبز الّذی اشتراه.

و قول المصنف: نعم، بیان انه یظهر من جماعة تحقق المعاملة فی بیع الغاصب لنفسه، خلافا لکلام العلامة، و غیره، الذین قالوا بعدم تحقق المبادلة، اذ: لو لا تحقق المعاملة لم تتحقق ملکیة الغاصب للمثمن- کالخبز فی المثال-

(الا ان یحمل ذلک) القول بتملک الغاصب للمثمن- کالخبز- (منهم) ای من هؤلاء الفقهاء الذین قالوا بتملک الغاصب للثمن، بناء (علی التزام) هؤلاء (تملک البائع) للخبز (الغاصب للمثمن) ای الخبز (مطلقا) ای سواء کان مالکا للثمن أم لا؟ اذ: بائع الخبز یرید ان یسلطه الغاصب علی الدرهم، سواء کان حلالا أم حراما؟ فهو یملک الغاصب خبزه

و علیه فلا دلالة لکلام هؤلاء الفقهاء علی تحقق المعاملة فی بیع الغاصب ثوب زید (کما نسبه) ای هذا الالتزام (الفخر الی الاصحاب) و انهم انما یقولون بملکیة الغاصب للخبز، لاجل ان البائع له انما یملکه مطلقا (او) یحمل منهم علی تملک الغاصب للثمن (آنا مّا، قبل ان یشتری به شیئا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۸

تصحیحا للشراء و کیف کان فالاولی فی التفصی عن الاشکال المذکور فی البیع لنفسه ما ذکرنا.

ثم ان مما ذکرنا- من ان نسبة ملک العوض حقیقة انما هو الی مالک المعوض لکنه بحسب بناء الطرفین

تصحیحا للشراء) ای شراء الخبز.

فعلی هذین المحملین، لا ینافی کلام القطب، و الشهید لکلام العلامة.

و الحاصل ان العلامة یقول: باستحالة تحقق المبادلة بین المغصوب و المثمن، فلا یملک الغاصب الثمن، و الجماعة یقولون ان الغاصب اذا اشتری بالثمن شیئا ملک ذلک الشیء و هذا فیه احتمالات.

الاول- ان یملک الغاصب الثمن و علیه ینافی کلام العلامة.

الثانی- ان یملکه الخباز الخبز مطلقا.

الثالث- ان یملک الغاصب الثمن آنا مّا، و علی هذین الاحتمالین لا ینافی کلامهم کلام العلامة.

(و) اذ قد عرفت الاشکال فی کلام کاشف الغطاء الّذی اراد تصحیح بیع الغاصب لنفسه، اذا اجاز المالک (کیف کان فالاولی فی التفصی) و التخلص (عن الاشکال المذکور فی البیع) ای بیع الغاصب (لنفسه ما ذکرنا) بان حقیقة البیع، هی: المبادلة، اما الاضافة الی الغاصب فهی خارجه عن البیع، و المالک انما یجیز المبادلة و لا محذور فیه.

(ثم ان مما ذکرنا- من ان نسبه ملک العوض حقیقة انما هو الی مالک المعوض) الّذی هو المغصوب منه، لا الغاصب (لکنه بحسب بناء الطرفین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۲۹

علی مالکیة الغاصب للعوض منسوب إلیه- یظهر اندفاع اشکال آخر فی صحة البیع لنفسه، مختص بصورة علم المشتری، و هو ان المشتری الاصیل اذا کان عالما بکون البائع لنفسه غاصبا.

فقد حکم الاصحاب علی ما حکی عنهم بان المالک لو رد، فلیس للمشتری

علی مالکیـة الغـاصب للعوض منسـوب) ملـک العـوض (إلیـه-) ای الی الغـاصب (یظهر انـدفاع اشـکال آخر فی صـحة الـبیع) ای بیع الغـاصب (لنفسه، مختص) هـذا الاشـکال (بصورة علم المشتری، و هو ان المشتری الاصـیل) ای الّـذی یشتری من الغـاصب (اذا کـان) المشتری (عالما بکون البائع لنفسه غاصبا)

و حاصـل الاشـکال: ان الثمن یـدخل فی ملک الغاصب- حیث ان المشتری العالم اعطاه ایاه- فاذا اجاز المالک البیع، کان بلا ثمن، و هذا غیر معقول.

و الجواب من وجوه.

الاول- ان الثمن لا یکون ملکا للغاصب، لان المشتری اباح له، و لم یملکه.

الثانی- الثمن یؤخذ من الغاصب، الا فی صورة عدم اجازة المالک.

الثالث- الثمن یؤخذ منه الا فی صورة تلفه عند الغاصب.

الرابع- انه علی النقل لا یؤخذ الثمن من الغاصب، اما علی الکشف، فان الثمن صار ملک المالک من الاول

(فقد حکم الاصحاب علی ما حکی عنهم بان المالک لورد) البیع الّذی اجراه الغاصب (فلیس للمشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۰

الرجوع علی البائع بالثمن، و هذا کاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقیقیة و الا لکان ردها، موجبا لرجوع کل عوض الی مالکه.

و حینئذ فاذا اجاز المالک، لم یملک الثمن، لسبق اختصاص الغاصب به، فیکون البیع، بلا ثمن.

و لعل هذا هو: الوجه فی اشکال العلامة فی التذکرة، حیث قال- بعد الاشـکال فی صـحة بیع الفضولی مع جهل المشتری-: ان الحکم فی الغاصب مع علم المشتری

الرجوع علی البـائع) الغـاصب (بـالثمن) بـل قـال بعضـهم بعـدم الحق له حـتی اذا کـان الثمن موجودا (و هـذا کـاشف عن عـدم تحقق المعاوضـة الحقیقیـة، و الاـ) فلو کانت معاوضـة حقیقیـة (لکان ردها) ای رد المعاوضـة من قبل المالک (موجبا لرجوع کل عوض الی مالکه) فان المعاوضة اذا بطلت، رجع کل عوض الی مالکه.

(و حینئذ) ای حین قلنا: لا یرد الثمن اذا لم یجز المالک (فاذا اجاز) المعاوضة (المالک، لم یملک الثمن، لسبق اختصاص الغاصب به) اذ: المشتری العالم دفع الثمن الی الغاصب لا ببدل (فیکون البیع، بلا ثمن).

و حیث انه لا یعقل البیع بلا ثمن، لزم ان نقول: ببطلان بیع الغاصب من الاول.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۷، ص: ۱۳۰

(و لعل هذا) الاشـکال (هو: الوجه فی اشـکال العلامة فی التذکرة) علی بیع الغاصب (حیث قال- بعد الاشـکال فی صحة بیع الفضولی مع جهل المشتری-) بالغصب (ان الحکم فی الغاصب مع علم المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۱

اشکل، انتهی.

اقول: هذا الاشـکال، بناء علی تسـلیم ما نقل عن الاصـحاب، من انه لیس للمشتری استرداد الثمن، مع رد المالک و بقائه- و بعد تسلیم

ان الوجه فی حکمهم ذلک- هو مطلق التسلیط، علی تقدیری الرد، و الاجازة لا التسلیط المراعی بعدم اجازة البیع.

انما یتوجه، علی القول بالنقل، حیث: ان تسلیط المشتری للبائع علی الثمن قبل انتقاله الی مالک المبیع،

اشکل، انتهی) کلام العلامة.

(اقول: هذا الاشکال) انما هو (بناء علی تسلیم ما نقل عن الاصحاب من انه لیس للمشتری استرداد الثمن، مع رد المالک، و بقائه) اذ: لو لم نقل بذلک، لم یکن وجه لهذا الاشکال- کما عرفت- (- و بعد تسلیم ان الوجه فی حکمهم ذلک-) ای انه لیس للمشتری استرداد الثمن (هو مطلق التسلیط) من المشتری للغاصب علی ثمنه (علی تقدیری الرد) من المالک (و الاجازة، لا التسلیط المراعی بعدم اجازة البیع) اذ: لو سلطه هکذا کان معناه: ان لم یجز المالک فهو لک، و ان اجاز فهو للمالک، فلا یصح ان یقال: بان اجازة المالک لا تفید فی نقل الثمن إلیه الّذی هو مبنی الاشکال.

(انما یتوجه) خبر: هذا الاشکال، (علی القول بالنقل) لا الکشف.

وجه اختصاص هذا الاشکال، بالقول بالنقل (حیث: ان تسلیط المشتری للبائع علی الثمن) انما هو: (قبل انتقاله الی مالک المبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۲

بالاجازة، فلا یبقی مورد للاجازة.

و اما علی القول بالکشف، فلا یتوجه اشکال اصلا، لان الرد کاشف عن کون تسلیط المشتری تسلیطا له علی مال نفسه.

و الاجازة کاشفة عن کونه تسلیطا له علی ما یملکه غیره، بالعقد السابق علی التسلیط الحاصل بالاقباض.

و لذا لو لم یقبضه الثمن حتی اجاز المالک، او رد، لم یکن للغاصب انتزاعه من ید المشتری، او المالک.

بالاجازة) متعلق ب: انتقاله (فلا یبقی مورد للاجازة) اذ: لا ثمن فی المقام و ما لا ثمن له، لا یکون بیعا یمکن الاجازة فیه.

(و اما علی القول بالکشف، فلا یتوجه اشکال اصلا، لان الرد) من المالک (کاشف عن کون تسلیط المشتری) الغاصب (تسلیطا له علی مال نفسه)

(و الاجازة) من المالک (کاشفة عن کونه) ای تسلیط المشتری (تسلیطا له) ای للغاصب (علی ما یملکه) من الثمن (غیره) و هو: المالک (بالعقد السابق) ذلک العقد (علی التسلیط الحاصل) ذلک التسلیط (بالاقباض) فانه بالبیع یصبح الثمن ملکا للمالک.

فتسلیط المشتری الغاصب علی الثمن تسلیط للعین علی مال المالک بدون اذنه، فلا یملک الغاصب الثمن، بل یکون فی یده، و هو للمالک.

(و لذا) الّذی ذکرنا انه علی الکشف ملک للمالک (لو لم یقبضه) ای لم یقبض المشتری الغاصب (الثمن حتی اجاز المالک، او رد) البیع، و (لم یکن للغاصب انتزاعه من ید المشتری) فیما لو رد المالک (او المالک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۳

و سیأتی فی مسألة جواز تتبع العقود للمالک تتمة لذلک، فانتظر.

ثم اعلم: ان الکلام فی صحة بیع الفضولی لنفسه، غاصبا کان او غیره؟

انما هو: فی وقوعه للمالک اذا اجاز، و هو: الّذی لم یفرق المشهور بینه و بین الفضولی البائع للمالک، لا لنفسه.

و اما الکلام فی صحة بیع الفضولی، و وقوعه لنفسه اذا صار مالکا للمبیع، و اجاز، سواء باع لنفسه، او للمالک؟

فیما لو اجاز و اخذ الثمن.

(و سیأتی فی مسألة جواز تتبع العقود للمالک) متعلق ب: جواز (تتمة لذلک، فانتظر)

هذا تمام الکلام فی مسألة بیع الغاصب لنفسه، و قد ظهر انه ان اجاز المالک البیع، صح، و ان کان الغاصب قد قصد البیع لنفسه.

(ثم اعلم: ان الکلام فی صحة بیع الفضولی لنفسه، غاصبا کان، او غیره) بان کان عالما بالغصب أو لا؟

او المراد انه باع فی حال کونه غصب المتاع أو لا؟ کما لو باع مال زید، و الحال انه لم یغصبه بعد (انما هو: فی وقوعه) ای البیع (للمالک، اذا اجاز) المالک (و هو) ای هذا الفرض فی المسألة، هو (الّذی لم یفرق المشهور بینه و بین الفضولی البائع للمالک، لا لنفسه) بان قالوا بصحة البیع فی کلتا المسألتین.

(و اما الکلام فی صحة بیع الفضولی، و وقوعه لنفسه اذا صار مالکا للمبیع و اجاز) و هو: مسألة من باع، ثم ملک (سواء باع لنفسه، او للمالک) ثم ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۴

فلا دخل له بما نحن فیه، لان الکلام هنا فی وقوع البیع للمالک و هناک فی وقوعه للعاقد، اذا ملک.

و من هنا یعلم: ان ما ذکره فی الریاض، من: ان بیع الفضولی لنفسه باطل، و نسب الی التذکرة نفی الخلاف فیه، فی غیر محله، الا ان یرید ما ذکرناه.

و هو خلاف ظاهر کلامه

المتاع الّذی باعه (فلا دخل له بما نحن فیه، لان الکلام هنا) فی مسألة ما لو باع، ثم اجاز المالک (فی وقوع البیع للمالک) و انه هل یقع له أم لا؟ (و هناک) ما لو باع، ثم ملک (فی وقوعه للعاقد، اذا ملک) المبیع بعد العقد.

(و من هنا) ای من اختلاف مورد المسألتین (یعلم: ان ما ذکره فی الریاض، من: ان بیع الفضولی لنفسه باطل، و نسب) الریاض (الی التذکرة نفی الخلاف فیه) ای فی البطلان (فی غیر محله).

اذ: بطلان البیع الّذی ذکره التذکرة، انما هو: من حیث کونه لنفس الغاصب، فلا ینافی کونه صحیحا للمالک اذا اجازه.

فلا وجه لما ذکره الریاض من بطلانه مطلقا، حتی مع اجازة المالک، و نسبته لهذا الکلام الی التذکرة (الا ان یرید) الریاض (ما ذکرناه) اعنی:

البطلان، من حیث کونه لنفسه، لا البطلان حتی مع الاجازة.

(و) لکن (هو) ای قصده ما ذکرناه (خلاف ظاهر کلامه) ای کلام الریاض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۵

بقی هنا امران.

الأول: انه لا فرق علی القول بصحة بیع الفضولی، بین کون مال الغیر عینا او دینا فی ذمة الغیر

و منه جعل العوض ثمنا، او مثمنا فی ذمة الغیر.

(بقی هنا) فی مسألة بیع الفضولی (امران)

(الاول: انه لا فرق علی القول بصحة بیع الفضولی، بین کون مال الغیر) الّذی یبیعه الفضولی (عینا) کما لو قال: بعتک هذا الثوب الّذی هو لزید، بدینار (او دینا فی ذمة الغیر) کما لو قال: بعتک ثوبا کلیا فی ذمة زید بدینار.

و ذلک لان الصور المتصورة، ان کلا من الثمن و المثمن، اما ذمیان، او خارجیان، او احدهما ذمی و الآخر خارجی.

و لا یخفی: ان الذمی له صورتان.

الاولی: ان یکون المال ذمیا قبل البیع، کما لو طلب محمد من زید منّا من الحنطة، فباعه زید لعمرو بدرهم.

الثانیة: ان یکون المال ذمیا بهذا البیع، کما اذا باع منّا من الحنطة فی ذمة المالک بدرهم.

و المصنف ره اراد بقوله: او فی ذمة الغیر الصورة الاولی، و بقوله (و منه) ای من البیع الفضولی الذمی (جعل العوض ثمنا، او مثمنا فی ذمة الغیر) الصورة الثانیة.

و مثال: جعل العوض ثمنا، انه لو اشتری زید من خالد ثوبا بدینار فی ذمة محمد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۶

ثم: ان تشخیص ما فی الذمة الّذی یعقد علیه الفضولی، اما باضافة الذمة الی الغیر، بان یقول: بعت کرّا من طعام فی ذمة فلان بکذا، او بعت هذا بکذا فی ذمة فلان.

و حکمه انه لو اجاز فلان یقع العقد له، و ان ردّ بطل رأسا و اما بقصده العقد له، فانه اذا قصده فی العقد، تعین کونه صاحب

(ثم: ان تشخیص ما فی الذمة الّذی یعقد علیه الفضولی) و هی الصورة الثانیة، و لم یتعرض للصورة الاولی لوضوحها، اذ: هی مثل العین الشخصیة (اما باضافة الذمة الی الغیر) حال العقد (بان یقول:

بعت کرّا من طعام فی ذمة فلان) بان تسلّمه انت ایها المشتری منه (بکذا) درهم- و هذا فی المثمن- (او بعت هذا) الطعام الموجود (بکذا) من الدراهم (فی ذمة فلان)- و هذا فی الثمن-.

او یقول الفضولیان احدهما للآخر: بعتک بدینار فی ذمة زید، کرّا من الطعام فی ذمة عمرو، فیقول الآخر: قبلت- و هذا فیما کان الثمن و المثمن کلاهما ذمیا-.

(و حکمه) فی صحه البیع و عدمه (انه لو اجاز فلان یقع العقد له و ان ردّ بطل رأسا) و لیس من قبیل بیع الفضولی لنفسه، حیث انه: ان اجاز المالک صار البیع له، لا للفضولی (و اما بقصده) ای الفضولی البائع فی الذمة (العقد له) ای للمالک، بان لم یصرح، بل نواه فی نفسه، کما لو نوی زید عند اشترائه الثوب: ان ثمنه من کیس خالد (فانه) ای الفضول (اذا قصده) ای المالک (فی العقد، تعین کونه) ای المقصود (صاحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۷

الذمة، لما عرفت: من استحالة دخول احد العوضین فی ملک غیر من خرج عنه الآخر، الاعلی احتمال ضعیف تقدم، عن بعض.

فکما ان تعیین العوض فی الخارج یغنی عن قصد من وقع له العقد.

الذمة) لانه لو صار البائع الفضولی صاحب الذمة، لزم اشکالان.

الاول: ان العقود لا تتبع القصود.

و الثانی: لزوم ان یخرج المثمن الی کیس المقصود، و یخرج الثمن من کیس الفضول.

و الی هذا اشار بقوله (لما عرفت: من استحالة دخول احد العوضین) و هو: المثمن (فی ملک) الشخص المقصود، و هو (غیر من خرج عنه) العوض (الآخر) ای الثمن، لان الثمن- علی الفرض- خرج من کیس الفضول (الاعلی احتمال ضعیف) لا یقول باستحالة ذلک (تقدم) هذا الاحتمال (عن بعض).

و لا یخفی: ان القصد کاف فی اضافة العقد الی المقصود، فلا حاجة الی الاضافة لفظا، مثلا: لو اشتری الفضولی ثوبا من زید بدینار، قصده کونه من عمرو کفی فی کون العقد لعمرو، و لا حاجة الی ذکر لفظ عمرو عند المعاملة.

(فکما ان تعیین العوض فی الخارج)- کما لو اخذ دینارا من عمرو و اشتری به الثوب- (یغنی عن قصد من وقع له العقد) اذ: کون الدینار لعمرو، کاف فی اضافة المعاملة إلیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۸

فکذا قصد من وقع له العقد، یغنی عن تعیین الثمن الکلی باضافته الی ذمة شخص خاص.

و حینئذ فان اجاز من قصد مالکیته وقع العقد.

و ان ردّ فمقتضی القاعدة: بطلان العقد واقعا، لان مقتضی رد العقد بقاء کل عوض علی ملک صاحبه، اذ: المال مردد فی باب الفضولی بین مالکه الاصلی، و من وقع له العقد.

فلا معنی لخروجه عن ملک مالکه و تردده بین الفضولی، و من وقع له

(فکذا قصد من وقع له العقد) بان یقصد اشتراء الثوب بدینار فی ذمة عمرو (یغنی عن تعیین الثمن الکلی باضافته) خارجا، و لفظا (الی ذمة شخص خاص) کعمرو فی المثال، بل بمجرد ان نوی الفضول: ان الثمن من عمرو، اضیفت المعاملة إلیه، بلا حاجة الی ذکر لفظ عمرو حین اجراء العقد.

(و حینئذ فان اجاز) العقد (من قصد) الفضول (مالکیته)- کعمرو فی المثال- (وقع العقد) له.

(و ان ردّ) و لم یقبل المعاملة (فمقتضی القاعدة: بطلان العقد واقعا) کما هو: مقتضی الردّ فی کل فضولی (لان مقتضی ردّ العقد بقاء کل عوض علی ملک صاحبه) فالثوب یبقی لزید، و الدینار لعمرو (اذ المال) کالثوب فی المثال (مردّد، فی باب الفضولی بین مالکه الاصلی) و هو زید (و من وقع له العقد) و هو: عمرو.

(فلا معنی لخروجه) ای المال (عن ملک مالکه) و هو: زید (و تردده بین الفضولی، و من وقع له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۳۹

العقد.

اذ لو صح وقوعه للفضولی، لم یحتج الی اجازة، و وقع له، الا ان الطرف الآخر لو لم یصدقه علی هذا القصد، و حلف علی نفی العلم حکم له علی الفضولی، لوقوع العقد له ظاهرا کما عن المحقق، و فخر الاسلام، و المحقق الکرکی، و السیوری، و الشهید الثانی، و قد یظهر من اطلاق

العقد) ای عمرو.

و ذلک لوضوح: ان العقود تتبع القصود، و اذا لم یصح المقصود لم یصح عقد اصلا.

(اذ لو صح وقوعه) ای العقد (للفضولی، لم یحتج الی اجازة) المالک للدینار المقصود أولا، کعمرو فی المثال (و وقع له) لانه اقدم علی البیع، و هو قابل للانطباق علیه.

هذا کله: فیما اذا صدق الفضول عمرو، ثم رد المعاملة (الا ان الطرف الآخر) الّذی هو: المشتری الاصیل المقصود کعمرو (لو لم یصدقه) ای لم یصدق الفضول (علی هذا القصد) بان قال عمرو للفضول: انت تکذب فی انک قصدتنی عند المعاملة (و حلف علی نفی العلم) بانی لا اعلم انک ایها الفضول قصدتنی عند المعاملة (حکم له) ای لعمرو الحالف (علی الفضولی) فلا یکون عمرو، مکلفا بالرد، و لا باعطاء الثمن (لوقوع العقد له) ای للفضولی (ظاهرا) فلا یحق للفضول ان یرد العقد، للاصل العقلائی (کما عن المحقق، و فخر الاسلام، و المحقق الکرکی، و السیوری، و الشهید الثانی، و قد یظهر من اطلاق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۰

بعض الکلمات، کالقواعد، و المبسوط: وقوع العقد له واقعا.

و قد نسب ذلک الی جماعه فی بعض فروع المضاربهٔ.

و حیث عرفت: ان قصد البیع للغیر، او اضافته إلیه فی اللفظ یوجب صرف الکلی الی ذمهٔ ذلک الغیر، کما ان اضافهٔ الکلی إلیه یوجب صرف البیع، او الشراء إلیه، و ان لم یقصده، او لم یضفه إلیه.

ظهر من ذلک التنافی بین اضافهٔ البیع الی غیره.

بعض الکلمات، کالقواعد، و المبسوط: وقوع العقد له) ای للفضولی (واقعا) لا ظاهرا فحسب.

(و قد نسب ذلک) ای وقوع العقد للفضول واقعا (الی جماعهٔ فی بعض فروع المضاربهٔ) کما: لو اوقع العامل المعاملهٔ، ثم قال المالک: لم اجز هذا النوع، قالوا بان المعاملهٔ تقع لنفس العامل.

(و حیث عرفت: ان قصد البیع للغیر، او اضافته إلیه) ای الی الغیر (فی اللفظ) کان یقول: ابیع دار زید عنه (یوجب صرف الکلی) ای الکلی لو لا القصد و الاضافهٔ (الی ذمه ذلک الغیر، کما ان اضافهٔ الکلی إلیه) ای نفسه (یوجب صرف البیع، او الشراء إلیه) کما لو قال: بعت هذه الدار بدرهم فی ذمتی (و ان لم یقصده) ای لم یقصد کون البیع لنفسه (او لم یضفه إلیه) ای الی نفسه.

(ظهر) جواب: و حیث، (من ذلک) الّذی ذکرنا من: ان مقتضی کل اضافه شیء مخالف لمقتضی الاضافهٔ الاخری (التنافی بین اضافه البیع الی غیره) کما لو قال: بعت الدار لزید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۱

و اضافهٔ الکلی الی نفسه او قصده من غیر اضافهٔ.

و کذا: بین اضافه البیع الی نفسه.

و اضافهٔ الکلی الی غیره.

فلو جمع بین المتنافیین بان قال: اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمتی

(و) بین (اضافهٔ الکلی الی نفسه) کما لو قال: بدرهم فی ذمتی (او قصده) ان یکون الکلی عن نفسه (من غیر اضافهٔ) لفظیهٔ.

(و کذا) ظهر المنافات (بین اضافهٔ البیع الی نفسه) کما لو قال:

بعت لنفسی.

(و) بین (اضافهٔ الکلی الی غیره).

کما لو قال: بدرهم فی ذمهٔ زید،

و وجه المنافات واضح، لان البیع لنفسه، معناه خروج الثمن من کیسه لان الدار دخلت فی کیسه، فکیف یخرج ثمنها من کیس زید؟ هذا بالنسبهٔ الی قوله: و کذا، کما ان البیع لغیره معناه خروج الثمن من کیس الغیر، فکیف یخرج الثمن من کیس نفسه، و هذا بالنسبهٔ الی قوله: بین اضافهٔ البیع.

و لا یخفی: ان المراد من: اضافهٔ البیع، فی المثالین: الاشتراء.

و حاصله: اشتراء دار لزید بدرهم من کیس العاقد، او اشتراء دار لنفسه بدرهم من کیس زید.

(فلو جمع بین المتنافیین) جمعا فی القصد، او فی اللفظ (بان قال:

اشتریت هذا) الثوب (لفلان) ای زید (بدرهم فی ذمتی) حیث ان: لفلان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۲

او اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمة فلان.

ففی الاول: یحتمل البطلان، لانه فی حکم شراء شیء للغیر، بعین ماله.

و یحتمل الغاء احد القیدین، و تصحیح المعاملة لنفسه، او للغیر.

و فی الثانی: یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر فیقع للغیر بعد اجازته.

ینافی: فی ذمتی (او) قال (اشتریت هذا) الثوب (لنفسی بدرهم فی ذمه فلان) ای زید.

(ففی الاول) و هو: اشتریت لفلان بدرهم فی ذمتی، (یحتمل البطلان) للمعاملة (لانه فی حکم شراء شیء للغیر، بعین ماله).

اذ: الذمة و العین لا تختلفان من هذه الجهة فلا فرق بین ان یقول اشتریت لزید بهذا الدرهم الّذی هو ملکی، او: بدرهم فی ذمتی.

فکما یبطل فی الاول- لان الثمن خرج من غیر کیس من دخل فی کیسه المثمن-

کذلک یبطل فی الثانی.

(و یحتمل الغاء احد القیدین) و هما قوله: لفلان، و: فی ذمتی، (و تصحیح المعاملة لنفسه) ان الغی: لفلان (او للغیر) ان الغی: فی ذمتی.

(و فی الثانی) و هو: اشتریت لنفسی بدرهم فی ذمة فلان (یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر) کما لو اخذ درهما من مال زید، و اشتری به ثوبا لنفسه (فیقع) البیع (للغیر بعد اجازته) ای اجازة ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۳

لکن بعد تصحیح المعاوضة بالبناء علی التملک فی ذمة الغیر اعتقادا.

و یحتمل الصحة بإلغاء قید ذمة الغیر، لان تقیید الشراء أولا، بکونه لنفسه، یوجب الغاء ما ینافیه، من اضافة الذمة الی الغیر.

و المسألة تحتاج الی تأمل.

الغیر للبیع (لکن) الوقوع للغیر، انما هو (بعد تصحیح المعاوضة بالبناء علی التملک) ای بناء العاقد علی انه مالک للدرهم (فی ذمة الغیر) و هو فلان (اعتقادا) بانه مالک لدرهم فی ذمته، فانه بهذا الاعتقاد تصح المعاوضة.

اذ: هی عبارة عن خروج الثمن من کیس نفسه، لیدخل فی کیسه المثمن بعوضه، و مفهوم المعاوضة لا یتحقق، الا ببنائه علی التملک المفروض

و انما قال: اعتقادا، اذ: لا- یمکن الغصب فی الکلّی الثابت فی ذمة الغیر، ففرق بین ان یشتری بعین درهم زید المغصوب، و بین ان یقصد الاشتراء بدرهم کلی فی ذمة زید، بفرضه انه غاصب له، فان الکلی لا یعقل غصبه.

(و یحتمل الصحة بإلغاء قید ذمة الغیر) الّذی قاله العاقد.

و انما نلغی هذا القید (لان تقیید الشراء أولا، بکونه لنفسه) حیث قال: اشتریت لنفسی (یوجب الغاء ما ینافیه، من اضافة الذمة الی الغیر) لان القید السابق یلغی ما ینافیه مما یأتی لاحقا.

(و المسألة تحتاج الی تأمل) کما لا یخفی.

ثم لا یخفی: ان خالدا لو اشتری ثوبا من زید، ثم قال: انی قصدت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۴

ثم انه قال: فی التذکرة لو اشتری فضولیا فان کان بعین مال الغیر.

کون المعاملة لعمرو.

فله نواحی من الکلام.

الاولی: حکم الواقع، و هو: ان اشتراه لعمرو، حقیقهٔ.

فان اجاز صح، و ان لم یجز بطل، و ان اشتراه لنفسه حقیقهٔ فالمعاملهٔ صحیحهٔ لنفسه، و لا ترتبط بعمرو.

الثانیهٔ: حکم زید.

و زیدان علم صدق خالد فی الفضولیهٔ،

فان اجاز عمرو، صحت المعاملهٔ، و الّا بقی الثوب فی ملک زید، و بطلت المعاملهٔ.

و ان لم یعلم زید صدق خالد و کذبه.

فان تمکن الفضول من اثبات قصده، کانت الصحهٔ و البطلان معلقین علی اجازهٔ عمرو، و رده.

و ان لم یتمکن، حلف زید علی عدم علمه بالفضولیهٔ، و انعقدت المعاملهٔ لخالد حسب الظاهر.

الثالثهٔ: حکم عمرو.

فان علم عمرو صدق الفضول، و اجاز اخذ المال من زید، و دفع ثمنه.

و ان علم کذبه لم تکن معاملهٔ له اطلاقا.

و ان شک و لم یتمکن خالد من اثبات انه اشتراه لعمرو فضولهٔ، لم یکن مکلفا بشیء.

(ثم انه قال: فی التذکرهٔ لو اشتری فضولیا فان کان بعین مال الغیر) کما:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۵

فالخلاف فی البطلان و الوقف، علی الاجازهٔ.

الا ان أبا حنیفهٔ، قال: یقع للمشتری بکل حال.

و ان کان فی الذمهٔ لغیره، و اطلق اللفظ، قال علمائنا: یقف علی الاجازهٔ.

فان اجاز، صح، و لزمه اداء الثمن، و ان رد نفد عن المباشر، و به قال الشافعی: فی القدیم، و احمد.

لو اشتری خالد بدینار من عمرو ثوبا من زید.

(فالخلاف فی البطلان) للبیع (و الوقف، علی الاجازهٔ) ای اجازهٔ عمرو، آت هنا فی باب الشراء، مثل الخلاف بین الامرین فی باب ما لو:

باع الفضول مال غیره، اذ: باب الشراء فضوله مثل باب البیع فضولهٔ فی الحکم.

(الا ان أبا حنیفهٔ، قال: یقع) البیع (للمشتری) الفضولی (بکل حال) سواء اجاز، أم لا؟

(و ان کان) الاشتراء (فی الذمهٔ لغیره) کما: لو اشتری خالد ثوبا من زید بدینار فی ذمهٔ عمرو (و اطلق اللفظ) بان قال: اشتریت الثوب بدینار (قال علمائنا: یقف) البیع (علی الاجازهٔ) من عمرو و صاحب الذمهٔ.

(فان اجاز) عمرو (صح) البیع (و لزمه) ای عمرو (اداء الثمن، و ان رد) عمرو (نفذ) و صح البیع (عن المباشر) الّذی هو خالد (و به قال الشافعی: فی) فتواه (القدیم، و احمد) قال به أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۶

و انما یصح الشراء لانه تصرف فی ذمته لا فی مال غیره.

و انما وقف علی الاجازهٔ، لانه عقد الشراء له.

فان اجازه لزمه.

و ان رده لزم من اشتراه.

و لا فرق بین ان ینفذ من مال الغیر، أو لا.

و قال ابو حنیفة: یقع عن المباشر و هو جدید للشافعی، انتهی.

و ظاهره الاتفاق علی وقوع الشراء مع الرد للمشتری واقعا،

(و انما یصح الشراء) الّذی اوقعه الفضولی (لانه تصرف فی ذمته) ای ذمة البائع الفضولی (لا فی مال غیره) فلیس من قبیل الغصب، حتی یکون باطلا.

(و انما وقف) البیع (علی الاجازة) من صاحب الذمة (لانه) ای الفضول (عقد الشراء له) ای لصاحب الذمة.

(فان اجازه لزمه) ای لزم صاحب الذمة، و هو عمرو فی المثال.

(و ان ردّه لزم من اشتراه) و هو: الفضول، فانه اوقع الاشتراء، فیلزمه لاصالة صحة البیع.

(و لا فرق) فی صحة البیع علی کل حال (بین ان ینفذ) البیع (من مال الغیر) فیما لو اجاز عمرو (أولا) بل من مال نفس الفضول.

(و قال ابو حنیفة: یقع) البیع (عن المباشر) الفضول، علی کل حال سواء اجاز عمرو، أم لا؟ (و هو جدید للشافعیّ انتهی) کلام العلامة.

(و ظاهره الاتفاق علی وقوع الشراء مع الرد للمشتری واقعا) ای فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۷

کما یشعر به تعلیله بقوله: لانه، تصرف فی ذمته، لا فی مال الغیر.

لکن اشرنا سابقا اجمالا، الی ان تطبیق هذا علی القواعد مشکل، لانه: ان جعل المال فی ذمته بالاصالة فیکون ما فی ذمته کعین ماله، فیکون، کما لو باع عین ماله لغیره.

حال رد من: اشتری الفضول له، فان قوله: قال علمائنا، ظاهره انه مربوط بکلا الشقین، شق اجازة المشتری له، و شق عدم اجازته الّذی ذکر بانه یکون حینئذ لنفس الفضول (کما یشعر به) ای بکونه یقع للمشتری واقعا (تعلیله) ای تعلیل العلامة للحکم المذکور (بقوله: لانه) ای الاشتراء (تصرف فی ذمته) ای ذمة نفس الفضول (لا فی مال الغیر) فاذا لم یقبل الغیر، یکون بیعا لنفس الفضول.

(لکن اشرنا سابقا) اشارة (اجمالا، الی ان تطبیق هذا) ای تصحیح المعاملة لنفس الفضول، فیما لو رد المالک- الّذی قصده الفضول- (علی القواعد مشکل، لانه: ان جعل المال فی ذمته) ای ذمة الطرف (بالاصالة) فانه یشتری ثوب زید بدینار فی ذمة عمرو (فیکون ما فی ذمته) کالدینار (کعین ماله) کما لو: اشتری ثوب زید بدینار خارجی لعمرو مثلا- (فیکون کما لو باع عین ما له) ای مال الغیر (لغیره) کما لو: باع ثوب بکر- فضولة- لهند.

فکما انه لو لم یجز صاحب الثوب، تکون المعاملة باطلة.

کذلک لو لم یجز صاحب الدینار- الّذی کان الدینار له عینا او ذمة- لزم بطلان البیع، لا صحة البیع لنفس الفضول- کما ظهر من کلام العلامة ره-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۸

و الا- وفق بالقواعد فی مثل هذا، اما البطلان لو عمل بالنیة بناء علی انه لا یعقل فی المعاوضة دخول عوض مال الغیر فی ملک غیره قهرا.

و اما: صحته و وقوعه لنفسه لو الغی النیة، بناء علی انصراف المعاملة الی مالک العین قهرا، و ان نوی خلافه و ان جعل المال فی ذمته لا من حیث الاصالة

(و الا وفق بالقواعـد فی مثل هـذا) الفرع، و هو: ما اشتری ثوب زیـد بدینار فی ذمهٔ عمرو (اما البطلان) للبیع، فیما اذا رد صاحب الذمهٔ کعمرو فی المثال (لو عمـل)- بصـیغهٔ المجهول- (بالنیـهٔ) ای بمـا نواه الفضول من ان الثوب لنفسه، فی مقابـل دینـار یخرج من کیس عمرو- ذمـهٔ- (بنـاء علی انه لاـ یعقل فی المعاوضـهٔ دخول عوض مال الغیر) کالثوب الّـذی هو عوض مال عمرو (فی ملک غیره) کان یدخل الثوب فی ملک الفضول (قهرا) ای دخولا قهریا.

(و اما: صحته) ای البیع (و وقوعه لنفسه) ای نفس الفضول (لو الغی النیهٔ) التی نواها الفضول، من: ان الثمن یکون من کیس عمرو.

و انما تلغی النیهٔ (بناء علی انصراف المعاملهٔ، الی مالک العین قهرا) فالفضول الّذی ملک الثوب یخرج الثمن من کیسه قهرا، و لا تصح نیته من ان الثمن یکون من کیس غیره کعمرو فی المثال، (و ان نوی خلافه) ان وصیلهٔ.

و علی هـذا: فلاـ مـورد لقـوله: ان اجـاز لزمه، و ان رد لزم الفضـول (و ان جعـل) الفضـول (المـال) الثمن (فی ذمته) کذمـهٔ عمرو- فی المثال- (لا من حیث الاصالهٔ) بان لم یقصد خروج الثمن من ذمهٔ عمرو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۴۹

بل من حیث جعل نفسه نائبا عن الغیر فضولا.

ففیه:- مع الاشـکال فی صـحهٔ هـذا- لو لم یرجع الی الشـراء فی ذمهٔ الغیر ان اللازم من هذا: ان الغیر اذا رد هذه المعاملهٔ، و هذه النیابهٔ تقع فاسدهٔ من اصلها، لا انها تقع للمباشر.

نعم: اذا عجز المباشر من اثبات ذلک علی البائع لزمه ذلک، فی ظاهر الشریعهٔ کما ذکرنا سابقا و نص علیه جماعهٔ فی باب التوکیل.

بما هو عمرو (بل من حیث جعل) الفضول (نفسه نائبا عن الغیر) نیابـهٔ (فضولا) فهو: یشتری الثوب بـدینار فی ذمهٔ عمرو، بما انه کعمرو و نائب عنه.

(ففیه:- مع الاشـکال فی صحهٔ هذا-) الجعل، اذ: بمجرد الجعل الّذی لیس له امضاء مالکی، و لا شرعی (لو لم یرجع) هذا الجعل (الی الشـراء فی ذمـهٔ الغیر) الّـذی ذکرنا أولا بقولنا: ان جعل المال فی ذمته بالاصالهٔ (ان اللازم من هذا: ان الغیر اذا ردّ هذه المعاملهٔ، و هذه النیابهٔ) التی جعل الفضول نفسه قائما مقام ذلک الغیر (تقع) المعاملهٔ (فاسدهٔ من اصـلها لا انها تقع للمباشر) فقوله: ان رد تقع للمباشر لا وجه له.

(نعم: اذا عجز المباشـر) الفضول (من اثبات ذلک) ای اثبات انه اجری المعاملهٔ فضولهٔ (علی البائع) متعلق ب: اثبات (لزمه) ای المباشـر (ذلک) کون المعاملهٔ لنفسه (فی ظاهر الشریعهٔ) لاصالهٔ صحهٔ المعاملهٔ (کما ذکرنا) ذلک (سابقا، و نص علیه جماعهٔ فی باب التوکیل) و انه ان انکر الموکل انه وکل الوکیل فی المعاملهٔ الفلانیهٔ، و لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۵۰

و کیف کان فوقوع المعاملهٔ فی الواقع، مرددهٔ بین المباشر و المنوی، دون التزامه خرط القتاد.

و یمکن تنزیل العبارهٔ علی الوقوع للمباشر ظاهرا لکنه بعید.

الثانی الظاهر انه: لا فرق فیما ذکرنا من اقسام بیع الفضولی، بین البیع العقدی، و المعاطاهٔ،

بناء علی افادتها للملک اذ: لا فارق بینها و بین العقد.

یعلم طرف المعاملهٔ بان الوکیل اجری المعاملهٔ وکالهٔ وقعت المعاملهٔ فی ظاهر الشرع.

(و کیف کان ف) ما ذکره العلامة، و نسبه الی علمائنا من (وقوع المعاملة فی الواقع، مردّدة بین المباشر و المنوی) لاجله (دون التزامه خرط القتاد) اذ لا وجه له کما عرفت.

(و یمکن تنزیل العبارة) للعلامة: فان اجاز صح و لزمه اداء الثمن الخ (علی الوقوع للمباشر) اذا رد الطرف (ظاهرا) لا واقعا (لکنه بعید) اذ: ظاهر العبارة الوقوع للمباشر واقعا.

(الثانی: الظاهر) من الادلة السابقة (انه: لا فرق فیما ذکرنا من اقسام بیع الفضولی، بین البیع العقدی) بان یعقد الفضول عقدا لفظیّا (و المعاطاة) کان یعطی الفضول دینار زید لعمرو، فیأخذ ثوبا من عمرو، فی مقابل الدینار (بناء علی افادتها) ای المعاطاة (للملک) لا للاباحة اذ لو قلنا بافادتها للاباحة، کانت خارجه عن المبحث.

و انما قلنا: لا فرق (اذ: لا فارق بینها) ای المعاطاة (و بین العقد) فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۵۱

فان التقابض بین الفضولیین، او فضولی و اصیل، اذا وقع بنیة التملیک و التملک، فاجازه المالک، فلا مانع من وقوع المجاز من حینه او من حین الاجازة.

فعموم مثل قوله تعالی: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ، شامل له.

و یؤیده: روایة عروة البارقی حیث: ان الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة، و توهم الاشکال فیه، من حیث: ان الاقباض الّذی یحصل به التملیک محرم، لکونه تصرفا فی مال الغیر، فلا یترتب علیه اثر، فی غیر محله اذ: قد لا یحتاج الی اقباض مال الغیر، کما لو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة

شمول الادلة لهما (فان التقابض بین الفضولیین، او فضولی و اصیل، اذا وقع بنیه التملیک و التملک) ای المعاملة (فاجازه المالک) الاصیل (فلا مانع من وقوع المجاز من حینه) ای حین التقابض- علی القول بالکشف- (او من حین الاجازة) علی القول بالنقل.

(فعموم مثل قوله تعالی: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ) و: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ما: اشبهها (شامل له) ای للفضولی المعاطاتی.

(و یؤیده) ای صحة الفضولی المعاطاتی (روایة عروة البارقی حیث: ان الظاهر) من الروایة (وقوع المعاملة بالمعاطاة، و توهم الاشکال فیه) ای فی الفضولی من المعاطاة (من حیث ان الاقباض الّذی یحصل به التملیک) فی باب المعاطاة (محرم، لکونه تصرفا فی مال الغیر) بغیر اذنه (فلا یترتب علیه) ای علی هذا الاقباض المحرم (اثر) فلا معاطاة اصلا (فی غیر محله، اذ: قد لا یحتاج) التعامل المعاطاتی (الی اقباض مال الغیر، کما لو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة) فمثلا، زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۵۲

مع انه قد یقع الاقباض، مقرونا برضی المالک، بناء علی ظاهر کلامهم من: ان العلم بالرضا لا یخرج المعاملة، عن معاملة الفضولی.

مع ان النهی، لا یدل علی الفساد.

مع انه لو دل لدل علی عدم ترتب الأثر المقصود، و هو: استقلال الاقباض فی السببیة، فلا ینافی کونه جزء سبب.

و ربما یستدل علی ذلک: بان المعاطاة منوطة بالتراضی، و قصد

الفضول یشتری من عمرو ثوبا بدینار فی ذمة خالد و یقبض الثوب، فانه یحصل المعاطاة لتحقق احد طرفی القبض، و هو کاف فی تحقق المعاطاة.

(مع انه قد يقع الاقباض، مقرونا برضى المالك) فلا يكون محرما (بناء على ظاهر كلامهم، من: ان العلم بالرضا) اى برضا المالك (لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى) بل المعاملة فضولية، و ان كان المالك راضيا بها، ما لم يأذن بها.

(مع ان النهى) عن التصرف فى مال الغير، لا يوجب الا الحرمة التكليفية فانه (لا يدل على الفساد) كما حقق فى الاصول.

(مع انه) اى النهى (لو دل) على الفساد (لدل على عدم ترتب الأثر المقصود) على التقابض (و هو: استقلال الاقباض فى السببية) لتحقق المعاطاة التى ان لحقتها الاجازة كانت بيعا تاما (فلا ينافى) عدم تحقق الاستقلال (كونه جزء سبب) فان نفى الكل لا يدل على نفى الجزء.

(و ربما يستدل على ذلك) اى بطلان المعاطاة الفضولى (بان المعاطاة منوطة بالتراضى، و قصد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵۳

الاباحة، او التمليك، و هما: من وظائف المالك، و لا يتصور صدورهما من غيره.

و لذا ذكر الشهيد الثانى: ان المكره، و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول، و ذكر ان قصد المدلول، لا يتحقق من غير المالك.

و مشروطة أيضا بالقبض و الاقباض من الطرفين، او من احدهما مقارنا للامرين، و لا اثر له الا اذا صدر من المالك، او باذنه.

الاباحة، او التمليك) اذ بدونهما لا- معاطاة (و هما: من وظائف المالك) فان: من ملك شيئا، ملك تمليكه، و اباحته (و لا يتصور صدورهما من غيره) اذ: لا معنى لان يبيح غير المالك، او يملك مالا ليس له.

(و لذا) الّذى لا يعقل التمليك، و الاباحة من غير المالك (ذكر الشهيد الثانى: ان المكره، و الفضولى قاصدان للفظ، دون المدلول و ذكر ان قصد المدلول) و هو: التمليك، و الاباحة (لا- يتحقق من غير المالك) المختار، فان المكره لا يبيع، و لا يملك، و الفضولى ليس بيده التمليك، و الاباحة.

(و مشروطة) عطف على: منوطة، فهو وجه آخر للبطلان (أيضا بالقبض و الاقباض من الطرفين، او من احدهما) فى حال كونهما (مقارنا للامرين) الاباحة، او التمليك (و لا اثر له) اى للقبض، و الاقباض (الا اذا صدر من المالك، او باذنه) و الا كان لغوا.

و الحاصل: ان المعاطاة تحتاج الى الرضا المالكى و القبض المقارن للرضا، و كلاهما مفقود ان فى المقام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵۴

و فيه ان اعتبار القبض و الاقباض فى المعاطاة عند من اعتبره فيها انما هو لحصول إنشاء التمليك، او الاباحة، فهو عندهم من الاسباب الفعلية، كما صرح الشهيد فى قواعده، و المعاطاة عندهم عقد فعلى.

و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: ان البيع ينعقد بالايجاب و القبول، و بالتعاطى.

اذ: الفضول لا رضا للمالك عند معاطاته، و قبضه ليس مقارنا للرضا.

و قد اجاب المصنف عن الاشكال الثانى أولا بقوله.

(و فيه ان اعتبار القبض و الاقباض فى المعاطاة عند من اعتبره فيها) فى مقابل من لم يعتبر، و انما اكتفى باحد الامرين، كالنسيئة و السلف (انما هو لحصول إنشاء التمليك، او الاباحة).

فكما إنشاء التمليك، يحصل بعقد الفضولى.

كذلك يحصل بفعله، فقبض الفضول كعقده فى كونه كاشفا عن المعاملة فحال القبض حال العقد فى انه اذا لحقه الرضا صحّ، و الّا بطل.

و لا وجه لتصحيح الايجاب اللفظى من الفضولى، و عدم تصحيح الايجاب الفعلى منه (فهو) اى القبض و الاقباض (عندهم) فى باب

المعاطاة (من الاسباب الفعليّة، كما صرح الشهيد فى قواعده، و المعاطاة عندهم عقد فعلى).

(و لذا) الّذى هو عقد فعلى (ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها:

ان البيع ينعقد بالايجاب و القبول) تارة (و بالتعاطى) تارة اخرى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵۵

و حينئذ فلا مانع: من ان يقصد الفضولى باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله: ملكتك.

و اعتبار مقارنـة الرضا، من المالك، للانشاء الفعلى، دون القولى مع اتحاد ادلة اعتبار الرضا، و طيب النفس فى حلّ مال الغير- لا يخلو عن تحكم.

و ما ذكره الشهيد الثانى، لا يجدى فيما نحن فيه.

(و حينئـذ) اى حين كـانت المعاطاة عقـدا فعليـا (فلاـ مـانع: من ان يقصـد الفضـولى باقبـاضه المعنى القـائم بنفسه المقصـود من قوله: ملكتك) فى ما لو اجرى العقد اللفظى.

(و اعتبار مقارنـة الرضا، من المالك، للانشاء الفعلى) الّـذى هو القبض فى المعاطاة (دون القولى) الّذى هو اجراء الايجاب و القبول (- مع اتحاد ادلـة اعتبار الرضا، و) ادلة (طيب النفس) فى مطلق التعامل، قوليا كان أو فعليا (فى حل مال الغير-) مثل: لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه، و: الا ان تكون تجارة عن تراض منكم (لا يخلو عن تحكم) خبر: و اعتبار.

اى فكما لا تقولون فى الانشاء القولى- فى باب الفضولى-: باعتبار مقارنته لرضا المالك.

كذلك: لا تقولوا فى الانشاء الفعلى: باعتبار مقارنته بالرضا.

(و ما ذكره) المستشكل، و هو (الشهيد الثانى) من: ان الفضولى لا قصد له بالمدلول (لا يجدى فيما نحن فيه) الّذى هو الانشاء الفعلى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵۶

لانا لا نعتبر فى فعل الفضولى ازيد من القصد الموجود فى قوله لعدم الدليل.

و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى أيضا.

الا ان يقال: ان مقتضى الدليل، ذلك، خرج عنه بالدليل، معاملة الفضولى، اذا وقعت بالقول.

(لانا) القائلين بصـحة عقـد الفضولى القولى (لا نعتبر فى فعل الفضولى) اى القبض و الاقباض المعاطاتى (ازيد من القصد الموجود فى قوله) فيما لو اجرى العقد اللفظى (لعدم الدليل) على لزوم الازيد فى باب الفعل.

(و لو ثبت) اعتبار الازيد من اصل القصد، فى باب الفعل (لثبت منه) اى للازيد من القصد (اعتبار المقارنة فى العقد الفضولى أيضا).

لكن حيث لا نقول: باعتبار الازيد فى القولى، لزم ان لا نقول: بالازيد فى العقد اللفظى.

(الا ان يقال) فى وجه الفرق بين اللفظى الّـذى لا نقول: باعتبار ازيـد من القصـد الى التمليك، و بين الفعلى الّـذى نقول: باحتياجه الى قصـد التمليك المقارن لرضا المالك (ان مقتضـى الـدليل، ذلك) اى الاحتياج الى مقارنة العقد- فعلا او قولا- الى الرضا (خرج عنه) اى عن الدليل (بالدليل) الآخر الّذى دل على صحة عقد الفضولى (معاملة الفضولى، اذا وقعت بالقول) و بقيت معاملة الفضولى الواقعة بالفعل و المعاطاة، باقية تحت الدليل الدال على الاحتياج الى الرضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۵۷

لكنك قد عرفت: ان عقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة.

نعم: لو قلنـا: ان المعاطـاة لا يعتبر فيها قبض، و لو اتفق معها بل السـبب المسـتقل هو تراضـى المالكين بملكيـة كل منهما لمال صاحبه،

مطلقا

(لکنک قـد عرفت:) فی اوّل مبحث الفضولی (ان عقـد الفضولی لیس علی خلاف القاعـدة) بل هو علی وفق القاعـدة، فاذا: لا یحتاج الی اکثر من القصد- ای لا یحتاج الی مقارنة الرضا- فکذلک عقد الفضول الفعلی ای معاطاته.

هذا کله جواب المصنف ره عن الاشکال الثانی لصاحب المقابیس الّذی ذکره بقوله: و مشروطة الی آخره.

اما الاشکال الاول الّذی ذکره بقوله: منوطة بالتراضی، فقد اجاب عنه المصنف ره بقوله:

(نعم) و حاصله تسلیم الاشکال- و انه لا معاطاة- علی تقدیر القول بان مقوم المعاطاة التراضی من المالکین.

لکن المصنف لا یقول: بان مقوم المعاطاة التی تصدر من الفضول التراضی من المالکین.

بل یری مقومها القبض و الاقباض فقط.

فعلیه: (لو قلنـا: ان المعاطاة لا یعتبر فیها قبض، و لو اتفق معها) القبض، فانما هو: امر خارج عنها (بل السـبب المسـتقل) للنقل و الانتقال (هو تراضی المالکین بملکیة کل منهما لمال صاحبه، مطلقا) و لو لم یصل احد المالین الی المالک الجدید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۵۸

او مع وصولهما او وصول احدهما.

لم یعقل وقوعها من الفضولی.

نعم: الواقع منه ایصـال المـال، و المفروض انه: لاـ مـدخل له فی المعاملـة، فـاذا رضـی المالـک بمالکیـة من وصل إلیه المال، تحققت المعاطاة من حین الرضا، و لم یکن اجازة لمعاطاة سابقة.

(او مع وصولهما) الی مالکهما الجدید (او وصول احدهما) کالنسیئة، و السلف.

(لم یعقل) جواب: نعم (وقوعها) ای المعاطاة (من الفضولی) لان المفروض انتفاء الرضا.

(نعم: الواقع منه) ای من الفضول (ایصال المال) الی الطرف فقط (و المفروض انه: لا مدخل له فی المعاملة) المعاطاتیة.

فما کان لا مدخلیة له فی المعاطاة و ما له مدخل فیها- ای الرضا- لم یکن، فلا معاطاة.

و یتحقق اشکال صاحب المقابیس علی المعاطاة الفضولی حینئذ.

و علیه: فلو اعطی الفضول، و اخـذ- و قلنا: ان مقوم المعاطاة الرضا- (فاذا رضـی المالک بمالکیـة من وصل إلیه المال) مثلا اعطی زید الفضول، ثوب عمرو لخالـد، ثم رضـی عمرو (تحققت المعاطـاة من حین الرضـا) لحصول المقوم للمعاطاة فی هـذا الحین (و لم یکن) رضا المالک (اجازة لمعاطاة سابقة) تحققت حال القبض و الاقباض من الفضول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۵۹

لکن الانصاف: ان هذا المعنی غیر مقصود للعلماء فی عنوان المعاطاة.

و انما قصدهم الی العقد الفعلی.

هـذا کله، علی القول بالملـک، و امـا علی القول بالإباحـة، فیمکن القول: ببطلاـن الفضولی، لاـن افـادة المعاملـة المقصود بهـا الملک للاباحة خلاف القاعدة، فیقتصر فیها علی صورة تعاطی المالکین.

مع ان حصول الاباحة، قبل الاجازة غیر ممکن.

(لکن الانصـاف: ان هـذا المعنی) ای تحقق المعاطـاة حـال الرضـا، لاـ حال القبض و الاقباض (غیر مقصود للعلماء فی عنوان المعاطاة)

الفضولیة (و انما قصدهم) بالمعاطاة الفضولی (الی العقد الفعلی) و هو: حال القبض و الاقباض.

و منه یتبین ان الفعل لدیهم، مثل القول- فی باب الفضولی- ان لحقهما الرضا فهو، و الا فلا.

(هذا کله) الکلام حول المعاطاة الفضولیة (علی القول ب) افادة المعاطاة (الملک، و اما علی القول ب) افادتها (الاباحة، فیمکن القول ببطلان) المعاطاة (الفضولی، لان افادة المعاملة المقصود بها الملک للاباحة خلاف القاعدة) اذ: وقوع الشیء علی خلاف قصد المالک، یحتاج الی دلیل قطعی (فیقتصر فیها) ای فی المعاطاة (علی صورة تعاطی المالکین) فقط.

(مع ان حصول الاباحة، قبل الاجازة غیر ممکن).

لانه اما إباحة مالکیة، و المفروض انتفائه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۰

و الآثار الاخر مثل: بیع المال علی القول بجواز مثل هذا التصرف اذا وقعت فی غیر زمان الاباحة الفعلیة، لم تؤثر اثرا، فاذا اجاز حدث الاباحة من حین الاجازة.

اللهم الا ان یقال: بکفایة وقوعها مع الاباحة الواقعیة اذا کشف عنها الاجازة فافهم.

و اما إباحة شرعیة و لا دلیل علی ذلک من الکتاب و السنة.

(و الآثار الاخر) المترتبة علی الاباحة، فیما لو رتبها المنتقل إلیه المال، انتقالا فضولیا، قبل إباحة المالک و رضاه، کما لو باع المشتری عن الفضول- معاطاة- المال المنتقل إلیه، قبل ان یبیح المالک (مثل: بیع المال) قبل الاجازة من المالک (علی القول بجواز مثل هذا التصرف، اذا وقعت) تلک الآثار (فی غیر زمان الاباحة الفعلیة) بان وقعت تلک الآثار بعد المعاطاة الفضولیة، و قبل اجازة المالک (لم تؤثر اثرا، فاذا اجاز) المالک (حدث الاباحة من حین الاجازة).

(اللهم الا ان یقال: بکفایة وقوعها) ای تلک الآثار (مع) حصول (الاباحة الواقعیة) متأخرا.

فیکون الحال هنا: کالحال فی العقد الفضولی، حیث ان الآثار تترتب، اذا لحقت الاجازة بالعقد ف (اذا کشف عنها) ای عن الاباحة (الاجازة) اللاحقة، کانت مؤثرة فی الآثار السابقة (فافهم) اذ: الاباحة کالملکیة، فان قلنا بحصول الملک بالمعاطاة الفضولی، اذا اجاز المالک، لزم ان نقول بذلک فی الاباحة، و اذا لم نقل بذلک فی الاباحة لزم ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۱

القول فی الإجازة و الردّ.

اما الکلام فی الإجازة،

اشارة

فیقع تارة فی حکمها و شروطها، و اخری فی المجیز، و ثالثة فی المجاز.

اما حکمها:

[هل الإجازة کاشفة أم ناقلة]

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولی- بعد اتفاقهم علی توقفها علی الاجازة- فی کونها کاشفة، بمعنی انه یحکم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حین وقوعه حتی کأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد او ناقلة: بمعنی ترتب آثار العقد من حینها حتی کان

لا نقول به فی الملک أیضا، فالتفکیک بینهما لا وجه له.

(القول فی الاجازهٔ و الرد) من المالک لما فعله الفضولی.

(اما الکلام فی الاجازهٔ، فیقع تارهٔ فی حکمها) و انها کاشفهٔ او ناقلهٔ (و شروطها، و اخری فی) المالک (المجیز، و ثالثهٔ فی المجاز) ای العقد الّذی اجازه المالک.

(اما حکمها: فقد اختلف القائلون بصحهٔ الفضولی- بعد اتفاقهم علی توقفها) ای الصحهٔ (علی الاجازهٔ- فی کونها) ای الاجازهٔ (کاشفه، بمعنی انه یحکم) شرعا (بعد الاجازهٔ بحصول آثار العقد من حین وقوعه) ای وقوع العقد، مثلا: باع زید الفضول دار محمد، لعمرو بالف دینار فی یوم الخمیس و رهن عمرو الدار یوم الجمعهٔ، و اجاز محمد یوم السبت.

فان قلنا: بکشف الاجازهٔ کانت الاجازهٔ بمنزلهٔ الاذن فی یوم الخمیس (حتی کأن الاجازهٔ وقعت مقارنهٔ للعقد، او) الاجازهٔ (ناقلهٔ: بمعنی ترتب آثار العقد من حینها) ای حین الاجازهٔ فی یوم السبت- مثلا- (حتی کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۲

العقد وقع حال الاجازهٔ، علی قولین.

فالاکثر علی الاول، و استدل علیه کما عن جامع المقاصد، و الروضهٔ بان العقد، سبب تام فی الملک، لعموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فی الفضولی انما یعلم بالاجازهٔ، فاذا اجاز، تبین کونه تاما، فوجب ترتب الملک علیه.

و إلا لزم ان لا یکون الوفاء بالعقد خاصهٔ، بل به مع شیء آخر

العقد وقع حال الاجازهٔ، علی قولین) متعلق باختلف.

و سیأتی: ان الکشف علی قسمین کشف حقیقی، و کشف حکمی، فالاحتمالات فی المسألهٔ ثلاثهٔ.

(فالاکثر علی الاول) الکشف (و استدل علیه کما عن جامع المقاصد و الروضهٔ بان العقد) الصادر من الفضول (سبب تام فی) حصول (الملک لعموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اذ: الظاهر منها الوفاء بالعقد بما هو عقد، بدون انتظار شیء آخر، و هذا هو معنی کونه سببا تاما (و تمامه) ای العقد (فی الفضولی انما یعلم بالاجازهٔ، فاذا اجاز) المالک (تبین کونه تاما، فوجب ترتب الملک علیه) من حینه.

(و الا) یکن الاثر مترتبا علی العقد من حینه (لزم ان لا یکون الوفاء بالعقد خاصهٔ، بل به) ای بالعقد (مع شیء آخر).

و هذا خلاف ما فرضناه من ظهور الآیهٔ فی کون العقد هو السبب دون سواه.

و ان شئت قلت: العقد سبب تام، و: کلما تحقق السبب التام اثر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۳

و بان الاجازهٔ متعلقهٔ بالعقد، فهی رضا بمضمونه، و لیس إلا نقل العوضین من حینه.

و عن فخر الدین فی الایضاح، الاحتجاج لهم، بانها لو لم تکن کاشفه، لزم تأثیر المعدوم فی الموجود، لان العقد حالها عدم، انتهی.

و یرد علی الوجه الاول: انه ان ارید بکون العقد سببا تاما، کونه علهٔ تامهٔ للنقل، اذا صدر عن رضی المالک، فهو مسلم، الا

اثره (و بان الاجازهٔ) المتأخرهٔ (متعلقهٔ بالعقد، فهی رضا بمضمونه) فان معنی: اجازهٔ المالک، ان المالک، راض بما اوقعه الفضول (و لیس) المضمون (الا نقل العوضین من حینه) ای حین العقد، لا بعد الاجازهٔ.

(و عن فخر الدین فی الایضاح، الاحتجاج لهم) ای للقائلین بالکشف بدلیل ثالث (بانها) ای الاجازهٔ (لو لم تکن کاشفهٔ، لزم تأثیر المعدوم) ای العقد (فی الموجود) ای الاثر الّذی نرید ان نرتبه علی العقد- الآن- (لان العقد حالها) ای حال الاجازهٔ (عدم، انتهی).

و حیث: ان المعدوم لا یعقل ان یؤثر فی الموجود، فاللازم ان نقول بان الاجازة کاشفة، حتی یکون العقد- حال وقوعه- مؤثرا فی الآثار لا حال الاجازة.

(و یرد علی الوجه الاول) و هو ما ذکره بقوله: بان العقد سبب تام (انه ان ارید بکون العقد سببا تاما، کونه علة تامة للنقل، اذا صدر عن رضی المالک، فهو مسلم، الا) انه لم یتحقق هذا السبب التام- لفرض ان رضی المالک لم یقترن به-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۴

ان بالاجازة لا یعلم تمام ذلک السبب، و لا یتبین کونه تاما اذ: الاجازة لا تکشف عن مقارنة الرضا.

غایة الامر: ان لازم صحة عقد الفضولی، کونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فیکون لها مدخل فی تمامیة السبب کالرضاء المقارن فلا معنی:

لحصول الأثر قبلها.

و منه: یظهر فساد تقریر الدلیل، بان العقد الواقع، جامع لجمیع

ف: (ان بالاجازة) اللاحقة (لا یعلم تمام ذلک السبب، و لا یتبین کونه) ای العقد (تاما) فی حین صدوره من الفضول (اذ: الاجازة لا تکشف عن مقارنة الرضا) للعقد، بل المفروض ان الرضا متأخر.

(غایة الامر: ان لازم صحة عقد الفضولی) التی نقول بها (کونها) ای الاجازة (قائمة مقام الرضاء المقارن، فیکون لها) ای للاجازة التی قامت مقام الرضا المقارن (مدخل فی تمامیة السبب) الّذی هو العقد (کالرضاء المقارن) الّذی له مدخلیة (فلا معنی: لحصول الأثر قبلها) ای قبل الاجازة التی قامت مقام الرضا المقارن.

و الحاصل: ان العقد و الرضا- معا- سبب، و حیث لا رضی قامت الاجازة مقامه.

فما لم یحصل قائم مقام الرضا، لا یکون العقد مؤثرا، لانه بعض السبب لا کل السبب.

(و منه) ای مما ذکرنا فی رد الوجه الاول (یظهر فساد تقریر الدلیل، بان العقد الواقع) من الفضول (جامع لجمیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۶۵

الشروط، و کلها حاصلة، الارضی المالک، فاذا حصل بالاجازة، عمل السبب عمله، فانه اذا اعترف: ان رضی المالک من جملة الشروط فکیف یکون کاشفا عن وجود المشروط قبله؟

و دعوی ان الشروط الشرعیة، لیست کالعقلیة، بل هی: بحسب ما یقتضیه جعل الشارع، فقد جعل الشارع: ما یشبه تقدیم المسبب علی السبب

الشروط، و کلها حاصلة) کالعربیة، و الماضویة، و تقدیم الایجاب و غیرها (الارضی المالک، فاذا حصل) رضی المالک (بالاجازة) اللاحقة (عمل السبب) الّذی هو: العقد (عمله) الّذی هو الأثر، فالأثر یحصل من حین العقد، لا من حین الاجازة.

وجه الفساد: ما ذکره بقوله (فانه اذا اعترف: ان رضی المالک من جملة الشروط) کما قال: الارضی المالک (فکیف یکون) الاجازة (کاشفا عن وجود المشروط) الّذی هو: العقد التام الشروط (قبله) ای قبل الاجازة- و المراد بها الرضی-.

(و دعوی) انه لا منافاة بین تأخر الرضا، و تقدم السبب.

لان وجود الرضا فی الزمان المتأخر کاف فی حکم الشارع بوجود السبب التام، حین عقد الفضول، اذ الشرط لیس عقلیا، و انما هو شرعی فللشارع اعتبار السبب تاما بشرط ان یأتی الرضی متأخرا، ف (ان الشروط الشرعیة، لیست کالعقلیة، بل هی) ای الشروط الشرعیة (بحسب ما یقتضیه جعل الشارع) متقدما، او متأخرا، او مقارنا (فقد یجعل الشارع: ما یشبه تقدیم المسبب علی السبب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۶۶

كغسل الجمعة يوم الخميس.

و اعطاء الفطرة قبل وقته، فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة،

و كغسل العشاءين، لصوم اليوم الماضى على القول به.

مدفوعة: بانه: لا فرق فيما فرض شرطا، او سببا، بين الشرعى، و غيره.

و تكثير الامثلة

كغسل الجمعة يوم الخميس) فالسبب للغسل، و هو: دخول يوم الجمعة متأخر على المسبب الّذى هو الغسل.

(و اعطاء الفطرة قبل وقته) الّذى هو يوم العيد (فضلا عن تقدم المشروط على الشرط) الّذى هو اهون من تقديم المسبب على السبب (كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة) فان الصوم مشروط بالغسل، و مع ذلك تقدم المشروط الّذى هو الصوم على الشرط الّذى هو الغسل.

(و كغسل العشاءين، لصوم اليوم الماضى) فان المشروط، و هو الصوم تقدم على الشرط الّذى هو الغسل (على القول به) خلافا للمشهور الذين لا يقولون باشتراط الصوم بغسل العشاءين.

(مدفوعة) خبر: دعوى (بانه: لا فرق فيما فرض شرطا، او سببا بين الشرعى، و غيره) كالعقلى.

(و تكثير الامثلة) التى توهم وقوع المشروط، و المسبب قبل الشرط و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۶۷

لا يوجب وقوع المحال العقلى.

فهى كدعوى: ان التناقض الشرعى بين الشيئين، لا يمنع عن اجتماعهما، لان النقيض الشرعى، غير العقلى.

فجميع ما ورد مما يوهم ذلك انه لا بد فيه من: التزام ان المتأخر ليس سببا، او شرطا، بل: السبب و الشرط، الامر المنتزع من ذلك.

لكن ذلك لا يمكن، فيما نحن فيه، بان يقال: ان الشرط تعقب

السبب (لا يوجب وقوع المحال العقلى) الّذى هو: عبارة عن ان المعلول لا يمكن ان يتقدم على العلة، او اجزاء العلة.

(فهى) اى دعوى تقدم المشروط، و المسبب على السبب و الشرط شرعا- (كدعوى: ان التناقض الشرعى بين الشيئين، لا يمنع عن اجتماعهما، ل) حجة (ان النقيض الشرعى، غير) النقيض (العقلى) و لو امكن هذا، لامكن ان يقال: بجواز تقدم المسبب و المشروط، على السبب و الشرط.

(فجميع ما ورد مما يوهم ذلك) الامكان شرعا، لما هو محال عقلا (انه:

لا بد فيه من: التزام ان المتأخر ليس سببا، او شرطا) حقيقة (بل: السبب و الشرط، الامر المنتزع من ذلك) المتأخر، فسبب الغسل عنوان لحوق يوم الجمعة، و شرط الصوم عنوان لحوق الغسل- مثلا-.

(لكن ذلك) الامر المنتزع (لا يمكن، فيما نحن فيه) اى البيع الفضولى الملحوق بالاجازة (بان يقال: ان الشرط) لتأثير عقد الفضولى- فى حين العقد- (تعقب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۶۸

الاجازة و لحوقها بالعقد، و هذا امر مقارن للعقد، على تقدير الاجازة لمخالفته الادلة.

اللهم الا ان يكون: مراده بالشرط، ما يتوقف تاثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه.

و هذا- مع انه لا يستحق اطلاق الشرط عليه- غير صادق على الرضا، لان المستفاد من العقل، و

الاجازة و لحوقها بالعقد).

(و هذا) اى وصف التعقب و اللحوق (امر مقارن للعقد).

لانه يقال: عقد متصف بانه متعقب بالاجازة (على تقدير الاجازة) اى على تقدير: ان يجيز المالك واقعا، اذ: العقد- حينئذ- يتصف بهذا الوصف.

و انما نقول: بان ذلك لا يمكن (لمخالفته الادلة) اذ: المستفاد من: الادلة، اعتبار الرضا على نحو الشرط المتقدم، اذ: هو الظاهر من قوله: تجارة عن تراض، و نحوه غيره.

(اللهم الا ان يكون: مراده بالشرط، ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه) متعلق ب: المتقدم (على لحوقه) اى لحوق هذا الشرط.

(و هذا- مع انه لا يستحق اطلاق الشرط عليه-) اذ: الشرط هو: الامر الخارج عن الشيء الّذى له مدخلية فى تأثير الشيء، مثل الوضوء بالنسبة الى الصلاة (غير صادق على الرضا) من المالك (لان المستفاد من العقل) الّذى يقبح التصرف فى مال الغير، بدون رضاه (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۶۹

النقل اعتبار رضى المالك، فى انتقال ماله، لانه: لا يحل لغيره بدون طيب النفس، و انه لا ينفع لحوقه فى حل تصرف الغير، و انقطاع سلطنة المالك.

و مما ذكرنا: يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الاعلام، بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من ان معنى: شرطية الاجازة- مع كونها كاشفة- شرطية الوصف المنتزع منها، و هو: كونها لاحقة للعقد فى المستقبل، فالعلة التامة، العقد الملحوق بالاجازة، و هذه صفة مقارنة

النقل) الّذى يقول: لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه (اعتبار رضى المالك فى انتقال ماله، لانه: لا يحل لغيره) التصرف فى ماله (بدون طيب النفس) من المالك (و انه لا ينفع لحوقه) اى الرضا (فى حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك).

و على هذا فالوجه الاول الّذى ذكر، لاجل كون الاجازة كاشفة، لا ناقلة، غير تام.

(و مما ذكرنا: يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الاعلام، بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من ان معنى: شرطية الاجازة) فى تحقق البيع (- مع كونها كاشفة-) اى على تقدير كون الاجازة كاشفة (شرطية الوصف المنتزع منها) اى من الاجازة (و هو) اى الوصف المنتزع (كونها) اى الاجازة (لاحقة للعقد فى المستقبل، ف) ليست الاجازة فى الحقيقة، شرطا، بل (العلة التامة) للنقل و الانتقال: (العقد الملحوق بالاجازة، و هذه) اى صفة الملحوق (صفة مقارنة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۷۰

للعقد، و إن كان نفس الاجازة متأخرة عنه.

و قد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا: من انه اذا علم المشترى ان المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد.

و فيه ما لا يخفى من المخالفة للادلة.

و يرد على الوجه الثانى أولا: ان الاجازة، و ان كانت رضى بمضمون العقد، الا ان مضمون العقد، ليس هو: النقل من حينه حتى يتعلق

للعقد، و إن كان نفس الاجازة متأخرة عنه) اى عن العقد.

(و قد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا) الّذى ذكر، من ان الشرط وصف الملحوقية، لا الاجازة بذاتها (من انه اذا علم المشترى ان

المالک للمبیع سیجیز العقد) فی المستقبل (حل له التصرف فیه) ای فی المبیع (بمجرد العقد) و العلم انما هو لمقام الاثبات، اما مقام الثبوت، فحلّ التصرف متوقف علی الاجازة واقعا سواء علم، أم لا؟

(و فیه: ما لا یخفی من المخالفة للادلة) اذ: ظاهر الادلة، ان جواز التصرف یتوقف علی الرضا الفعلی، لا الرضا الاستقبالی، فالشرط ذات الرضا، لا وصف اللحوق- کما ذکره هؤلاء-

(و یرد علی الوجه الثانی) الّذی استدل به، لکون الاجازة کاشفة و هو ما ذکره بقوله: و بان الاجازة متعلقة بالعقد الی آخره- (أولا ان الاجازة، و ان کانت رضی بمضمون العقد، الا ان مضمون العقد، لیس هو: النقل، من حینه) ای حین العقد (حتی یتعلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷۱

الاجازة، و الرضا بذلک النقل، المقید بکونه فی ذلک الحال، بل هو:

نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فی زمان، و انما الزمان من ضروریات انشائه، فان قول العاقد: بعت، لیس نقلت من هذا الحین.

و ان کان النقل المنشئ به واقعا فی ذلک الحین، فالزمان ظرف للنقل، لا قید له.

فکما ان إنشاء مجرد النقل الّذی هو مضمون العقد فی زمان یوجب وقوعه من المنشئ فی ذلک الزمان، فکذلک اجازة ذلک النقل، فی زمان

الاجازة، و الرضا) المکشوف بالاجازة (بذلک النقل المقید بکونه فی ذلک الحال) ای حال العقد (بل هو) ای مضمون العقد (نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فی زمان) فان معنی: بعت، نقلت المال ألیک، و لیس فیه ان هذا النقل فی هذا الزمان (و انما الزمان من ضروریات انشائه) ای إنشاء النقل، کما ان العقد لا بد و ان یقع فی مکان، لکن لیس المکان من الامور المرتبطة بالعقد (فان قول العاقد: بعت، لیس) معناه (نقلت من هذا الحین) و لا نقلت فی هذا المکان.

(و ان کان النقل المنشئ به) ای ب: بعت (واقعا فی ذلک الحین) کما هو واقع فی ذلک المکان (فالزمان ظرف للنقل، لا قید له) فلیس مضمون العقد، النقل من حینه، حتی تکون الاجازة کاشفة عن صحة النقل من حین البیع.

(فکما ان إنشاء مجرد النقل الّذی هو مضمون العقد فی زمان) «فی» متعلق ب: إنشاء، (یوجب وقوعه من المنشئ)- بصیغة الفاعل- (فی ذلک الزمان فکذلک اجازة) المالک (ذلک النقل، فی زمان) آخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷۲

یوجب وقوعه من المجیز فی زمان الاجازة.

و کما ان الشارع، اذا امضی نفس العقد، وقع النقل من زمانه، فکذلک اذا امضی اجازة المالک، وقع النقل من زمان الاجازة.

و لاجل ما ذکرنا: لم یکن مقتضی القبول وقوع الملک من زمان الایجاب، مع انه لیس، الا رضی بمضمون الایجاب.

(یوجب وقوعه من المجیز فی زمان الاجازة) فمفعول الاجازة، و هو:

جواز التصرف، انما یکون بعد الاجازة.

(و کما ان الشارع، اذا امضی نفس العقد، وقع النقل من زمانه، فکذلک اذا امضی اجازة المالک، وقع النقل من زمان الاجازة).

فالاجازة ناقلة، و لیست بکاشفة.

(و لاجل ما ذکرنا) من ان الزمان لیس داخلا فی مفهوم العقد، و انما هو: صرف النقل (لم یکن مقتضی القبول) ای قبول: بعت (وقوع الملک من زمان الایجاب، مع انه) ای القبول (لیس، الارضی بمضمون الایجاب) فلو قال المالک: فی الآن الاول: بعت، و قال المشتری فی الآن الثالث: قبلت، و کانت للمبیع ثمرة- کاللبن فی الحیوان- ففی الآن الثانی، لم تکن الثمرة للمشتری، بل للبائع، لان

الآن الثانی لم یحصل فیه نقل، فان النقل متوقف علی تمام الایجاب و القبول، و کـذلک لم یجز فی الآن الثانی معاملـة الرجل للمرأة- فی باب النکاح- معاملة المحارم، و لم تجب علیه النفقة، الی غیرها من الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷۳

فلو کان مضـمون الایجاب النقل من حینه، و کان القبول رضـی بـذلک کان معنی امضاء الشارع للعقـد، الحکم بترتب الأثر، من حین الایجاب لان الموجب ینقل من حینه و القابل یتقبل ذلک: و یرضی به.

و دعوی ان العقد سبب للملک، فلا یتقدم علیه.

مدفوعة: بان سببیته للملک، لیست الا بمعنی امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مرکبا من نقل فی زمان

(فلو کان مضـمون الایجاب النقل من حینه، و کان القبول رضـی بذلک) ای النقل من حین الایجاب (کان معنی امضاء الشارع للعقد، الحکم بترتب الأثر) للنقل (من حین الایجاب، لان الموجب ینقل من حینه) ای حین الایجاب (و القابل یتقبل ذلک) النقل من حینه (و یرضی به) ای بالنقل من حینه.

فکمـا لاـ تقولون: بهـذا النقـل من حین الایجـاب، کـذلک یلزم ان لا تقولوا بالنقل: من حین العقـد، فیما اذ الحقته الاجازة، بل کما ان النقل یتوقف علی القبول کذلک یتوقف علی الاجازة.

(و دعوی) الفرق بین: القبول، و بین: الاجـازة، ب (ان العقـد سـبب للملـک، فلا یتقـدم) الملک (علیه) ای علی العقـد- بجمیع اجزائه، التی منها القبول- بخلاف الاجازة، فلیست حالها حال القبول، فمن الممکن تقدم الملک علیها، اذا کانت لاحقة فی الواقع.

(مدفوعة: بان سـببیته) ای العقد (للملک، لیست الا بمعنی امضاء الشارع لمقتضاه) ای مقتضـی العقد (فاذا فرض مقتضاه مرکبا من نقل فی زمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷۴

و رضی بذلک النقل کان مقتضی العقد، الملک بعد الایجاب.

و لاجـل مـا ذکرنـا أیضـا: لاـ یکون فسـخ العقـد الاـ انحلاـله من زمانه لا من زمان العقـد، فان الفسـخ نظیر الاجازة، و الرد لا یتعلق الا بمضمون العقد، و هو: النقل من حینه،

و رضی بذلک النقل) من طرف المالک (کان مقتضی العقد، الملک بعد الایجاب).

فکما لا تقولوا: بهـذا، بل تقولوا: بان الملک لا یتأتی الا بعد تمام اجزاء العلة- التی منها القبول- کذلک لا تقولوا: بان الاجازة کاشـفة بل یلزم ان تقولوا بان الملک لا یتأتی الا بعد تمام اجزاء العلة التی منها الاجازة، فی باب عقد الفضول.

(و لاجل ما ذکرنا أیضا) من ان الرضا لا یلحق بالعقـد من حین العقـد و انما حین الرضا (لا یکون فسخ العقد) و هو أیضا لاحق بالعقد ذاته (الا انحلاله) ای العقـد (من زمانه) ای زمان الفسخ، لا من حین العقد، فالنماء فی البین للمشتری- الّذی انتقل إلیه المثمن- (لا من زمان العقد).

و حیث: ان الاجـازة کالفسـخ فی کون هـذه ابرامـا، و ذلـک نقضـا، یلزم ان تکون مثله فی کون کـل منهما من حین نفسه لا من حین العقد (فان الفسخ نظیر الاجازة، و الرد لا یتعلق الا بمضمون العقد، و هو:

النقل من حینه).

و مع ذلک فالأثر، انما هو بعد الفسخ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۷۵

فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا فى العقد على وجه القيدية، لكان رده و حله، موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

و السرّ فى جميع ذلك: ما ذكرنا من: عدم كون زمان النقل الا ظرفا.

فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء، و الردّ، و الفسخ، انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان.

و عليه: يلزم ان نقول: ان اثر الاجازة أيضا انما هو من حين الاجازة، لا من حين العقد (فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا فى العقد على وجه القيدية) يعنى ان النقل من حين العقد، لا ان الزمان ظرف للنقل (لكان رده و حله) بالفسخ (موجبا للحكم بعدم الآثار) للعقد (من حين العقد) لا من حين الفسخ.

فالقول: بان الفسخ يرد الآثار من حين الفسخ، كاشف على ان الزمان ليس قيدا للعقد، و انما هو ظرف، و ذلك يوجب ان نقول: ان الاجازة أيضا كذلك، لا تسبب الانعقاد من حين العقد- حتى ترتب الآثار من حين العقد- بل من حين الاجازة.

(و السرّ فى جميع ذلك) اى فى كون الاجازة و الفسخ يؤثر ان من حينهما، لا من حين العقد (ما ذكرنا من: عدم كون زمان النقل الا ظرفا) و ليس قيدا.

(فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء، و الرد، و الفسخ، انما يتعلق بنفس المضمون) اى النقل (دون المقيد بذلك الزمان) حتى يوجب الفسخ فى وقت العقد، و الاجازة فى وقت العقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۷۶

و الحاصل: انه لا اشكال فى حصول الاجازة بقول المالك: رضيت بكون مالى لزيد، بإزاء ماله، او: رضيت بانتقال مالى الى زيد و غير ذلك من الالفاظ التى لا تعرض فيها لانشاء الفضولى، فضلا عن زمانه كيف! و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها، و نحو ذلك،

(و الحاصل) لبيان ان الاجازة لا- توجب كون النقل من زمان العقد بل من زمان الاجازة (انه لا اشكال فى حصول الاجازة بقول المالك:

رضيت بكون مالى لزيد، بإزاء ماله، او: رضيت بانتقال مالى الى زيد) و ذلك بعد اجراء الفضول عقدا على مال المالك (و غير ذلك من الالفاظ التى لا تعرض فيها لانشاء الفضولى) اى لا يقول: بانه راض باجراء الفضولى للعقد (فضلا عن) التعرض ل (زمانه) اى زمان عقد الفضول، فالاجازة رضى، و الرضا انما هو من الآن و (كيف) تحتاج الاجازة الى ذكر العقد من الفضولى، و زمانه (و) الحال انهم (قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها) فيما اجرى الفضول عقدا عليها، فلما علمت مكنت نفسها من الزوج، و لو اشترط التعرض لانشاء الفضول و زمانه، لم يكن التمكين اجازة.

فكون التمكين اجازة دال على ان الاجازة عبارة عن مجرد الرضا الحاصل بالقول او الفعل، فلا حاجة الى ما يدل على انفاذ العقد.

مع انه لو كان الزمان داخلا لزم الاتيان بما يدل على انفاذ العقد المقيد بالزمان (و نحو ذلك) من الافعال الدالة على الرضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۷۷

و من المعلوم: ان الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى.

و بتقرير آخر، ان: الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه، و اذنه المقرون بانشاء الفضولى، او مقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد، الا بعد الاجازة.

فهى اما شرط، او جزء سبب للملك.

(و من المعلوم: ان الرضا) من المالك الّذى اظهره بقوله: رضيت او بعمل يدل على رضاه (يتعلق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة) فى الرضا ل (زمان نقل الفضولى) فالزمان ليس داخلا، فالقول بالكشف غير تام.

(و بتقرير آخر) لبيان ان الاجازة من حينها، لا انها تصحح الملك من حين العقد (ان: الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه، و اذنه المقرون بانشاء الفضولى).

فكما انه اذا كان راضيا حين الانشاء، صح العقد و اثمر ثمره.

كذلك اذا اجاز بعد العقد (او مقام نفس انشائه) اى نفس إنشاء المالك للعقد (فلا يصير المالك بمنزلة العاقد. الا بعد الاجازة) اذ لو لا رضاه لا يرتبط العقد به (فهى) اى الاجازة (اما شرط، او جزء سبب للملك) اى ملك الطرف لمال المجيز.

و من المعلوم: انه ما لم يتحقق الشرط و اجزاء السبب، لم يتحقق المشروط و المسبب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۷۸

و بعبارة اخرى: المؤثر، هو: العقد المرضىّ به.

و المقيد، من حيث انه مقيد لا يوجد الا بعد القيد.

و لا يكفى فى التأثير، وجود ذات المقيد المجردة عن القيد.

و ثانيا: انا لو سلمنا: عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط، و لا جزء سبب، و انما هى من المالك، محدثة للتأثير فى العقد السابق، و جاعلة له سببا تاما، حتى كانه

(و بعبارة اخرى) لبيان ان الاجازة تؤثر الملك من حينها، لا من حين العقد (المؤثر هو: العقد المرضى به) من قبل المالك.

(و المقيد) اى العقد المرضى به (من حيث انه مقيد) لا من حيث ذات المقيد (لا يوجد الا بعد القيد) الّذى هو الرضا.

(و لا يكفى فى التأثير، وجود ذات المقيد المجردة عن القيد) فالعقد فى حينه لا اثر له، لانه مجرد عن القيد الّذى هو الرضا.

(و) أما (ثانيا) فى الجواب عن الدليل الثانى للقائل: بالكشف (فلأنا لو سلمنا: عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط) حتى يقال: كيف تكون الاجازة شرطا؟- و الحال انها متأخرة عن العقد- مع العلم ان الشرط يجب ان يتقدم على المشروط، كالوضوء المتقدم على المشروط الّذى هو الصلاة (و لا جزء سبب) لان السبب العقد، و له جزء ان فقط، الايجاب و القبول (و انما) هذا بقية قوله:

سلمنا، اما رده فسيأتى فى قوله: لكن نقول (هى) اى الاجازة (من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق، و جاعلة له سببا تاما، حتى كانه) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۷۹

وقع مؤثرا، فيتفرع عليه ان مجرد رضى المالك بنتيجة العقد، اعنى محض الملكية، من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليست باجازة، لان معنى العقد، جعله جائزا، نافذا، ماضيا.

لكن نقول: لم يدل دليل على: امضاء الشارع، لاجازة المالك، على هذا الوجه، لان وجوب: الوفاء بالعقد، تكليف يتوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد، و النذر.

و من المعلوم: ان المالك لا يصير عاقدا او بمنزلته، الا بعد الاجازة

العقد السابق (وقع) حين وقع (مؤثرا، فيتفرع عليه) اى على كون الاجازة محدثة للتأثير فى العقد السابق (ان مجرد رضى المالك بنتيجة العقد، اعنى محض الملكية، من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليست باجازة)

اذ: اللازم فی الاجازة- علی هذا- التوجه الی العقد السابق (لان معنی اجازة العقد، جعله جائزا، نافذا، ماضیا) ان سلمنا کل ذلک.

(لکن نقول) لابطال الکشف (لم یدل دلیل علی: امضاء الشارع لاجازة المالک، علی هذا الوجه) بان تجعل الاجازة العقد من حینه نافذا ماضیا (لان وجوب: الوفاء بالعقد) المستفاد من قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (تکلیف یتوجه الی العاقدین، کوجوب الوفاء بالعهد، و النذر) الّذی هو تکلیف یتوجه الی العاهد، و الناذر.

(و من المعلوم: ان المالک لا یصیر عاقدا او بمنزلته، الا بعد الاجازة) ای بعدها یکون العقد عقده، و هو عاقدا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۰

فلا یجب الوفاء الا بعدها.

و من المعلوم: ان الملک الشرعی یتبع الحکم الشرعی، فما لم یجب الوفاء فلا ملک.

و مما ذکرنا: یعلم عدم صحة الاستدلال للکشف، بدلیل: وجوب الوفاء بالعقود، بدعوی: ان الوفاء بالعقد، و العمل بمقتضاه، هو الالتزام بالنقل من حین العقد، و قس علی ذلک ما لو کان دلیل الملک

(فلا یجب الوفاء) بهذا العقد (الا بعدها) ای بعد الاجازة.

(و من المعلوم: ان الملک الشرعی یتبع الحکم الشرعی) فاذا حکم الشارع، بانه ملک، کان ملکا شرعیا (فما لم یجب الوفاء) و هو قبل الاجازة (فلا ملک) و ان شئت قبل الاجازة لا ملک من قبل المالک، لانه لم یعقد، و لا ملک من قبل الشرع، لانه انما یقول بالملک اذا اوجب الوفاء و ایجابه للوفاء انما هو بعد الاجازة.

(و مما ذکرنا) من انه لا ملک شرعی قبل الاجازة (یعلم عدم صحة الاستدلال للکشف، بدلیل: وجوب الوفاء بالعقود) المستفاد من قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

وجه الاستدلال (بدعوی: ان الوفاء بالعقد، و العمل بمقتضاه، هو الالتزام) من الشارع (بالنقل من حین العقد) وجه: یعلم، انه قبل الاجازة لم یحکم الشارع بانه ملک للمشتری، اذ لیس العقد عقد البائع (و قس علی ذلک) ای علی عدم شمول: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (ما لو کان دلیل الملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۱

عموم: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ، فان الملک ملزوم لحلیة التصرف، فقبل الاجازة لا یحل التصرف، خصوصا اذا علم عدم رضی المالک باطنا، او تردّده فی الفسخ، و الامضاء.

و ثالثا: سلمنا: دلالة الدلیل علی امضاء الشارع لاجازة المالک علی طبق مفهومها اللغوی و العرفی، اعنی جعل العقد السابق جائزا، ماضیا بتقریب ان یقال: ان معنی: الوفاء بالعقد، العمل بمقتضاه، و مؤداه العرفی، فاذا صار العقد بالاجازة کانه وقع مؤثرا ماضیا، کان

عموم: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ) فانه لا یمکن ان یستدل به للملک قبل الاجازة (فان الملک ملزوم لحلیة التصرف) اذ: حلیة کل تصرف، تلازم الملک (فقبل الاجازة، لا یحل التصرف) و حیث لا یحل التصرف، لا یکون ملک (خصوصا اذا علم عدم رضی المالک باطنا، او تردّده فی الفسخ) لمعاملة الفضولی (و الامضاء) اذ: حینئذ یشمله: لا یحل مال امرئ، لعدم احراز طیب النفس الّذی هو المستثنی.

(و) أما (ثالثا) نقول فی رد الدلیل الثانی للکشف (سلمنا: دلالة الدلیل علی امضاء الشارع لاجازة المالک علی طبق مفهومها) ای مفهوم الاجازة (اللغوی) الّذی هو اجازة مضمون العقد الواقع فی نفس وقت العقد (و العرفی، اعنی جعل العقد السابق جائزا، ماضیا) من حین العقد (بتقریب ان یقال) فی بیان ان الاجازة معناها من حین العقد (ان معنی: الوفاء بالعقد، العمل بمقتضاه، و مؤداه العرفی) ای بمقتضی العقد و معناه عرفا (فاذا صار العقد ب) سبب (الاجازة کانه وقع مؤثرا ماضیا، کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۲

مقتضی العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حینه، فیجب شرعا العمل به علی هذا الوجه.

لکن نقول- بعد الاغماض عن: ان مجرد کون الاجازة، بمعنی جعل العقد السابق جائزا نافذا- لا یوجب کون مقتضی العقد، و مؤداه العرفی ترتب الأثر من حین العقد.

کما ان کون مفهوم القبول رضی بمفهوم الایجاب، و امضائه له لا یوجب ذلک، حتی یکون مقتضی: الوفاء بالعقد ترتیب الآثار من حین الایجاب فتأمل.

مقتضی العقد المجاز عرفا) «عرفا» قید ل: مقتضی (ترتب الآثار من حینه) ای حین العقد (فیجب شرعا العمل به) ای بالعقد (علی هذا الوجه) ای من حین العقد.

(لکن نقول) مفعول نقول: ان هذا المعنی، الآتی، بعد سطرین (- بعد الاغماض عن: ان مجرد کون الاجازة، بمعنی جعل العقد السابق جائزا نافذا- لا یوجب کون مقتضی العقد، و مؤداه العرفی، ترتب الأثر من حین العقد) بل یمکن ان یکون معناه العمل بهذا المضمون فی الجملة.

(کما ان کون مفهوم القبول، رضی بمفهوم الایجاب، و امضائه) ای القبول (له) ای للایجاب (لا- یوجب ذلک) النقل من حین الایجاب (حتی یکون مقتضی: الوفاء بالعقد) المستفاد من: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (ترتیب الآثار من حین الایجاب، فتأمل) اشارة الی انه لو کان معنی الاجازة امضاء ما صدر من الفضول، لزم التأثیر من حین إنشاء الفضولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۳

اذ: هذا المعنی علی حقیقته غیر معقول لان العقد الموجود علی صفة عدم التأثیر، یستحیل لحوق صفة التأثیر له، لاستحالة خروج الشیء عما وقع علیه، فاذا دل الدلیل الشرعی علی امضاء الاجازة علی هذا الوجه غیر المعقول، فلا بد من صرفه- بدلالة الاقتضاء- الی إرادة معاملة العقد بعد الاجازة، معاملة العقد الواقع مؤثرا من حیث ترتب الآثار

فلا معنی لقوله: لا یوجب کون.

و القیاس للاجازة بالقبول مع الفارق.

(اذ: هذا المعنی) ای لحوق الاجازة بحیث یترتب علی العقد الاثر من حین العقد (علی حقیقته) التی هی عبارة عن انقلاب ما لم یکن له اثر، الی ماله اثر (غیر معقول، لان العقد) من الفضولی (الموجود علی صفة عدم التأثیر، یستحیل لحوق صفة التأثیر له) بعد اجازة المالک (لاستحالة خروج الشیء عما وقع علیه) فان الموجود، و لو فی عالم الاعتبار، لا یعقل ان ینقلب الی نوع ثان من الموجودیة (فاذا دل الدلیل الشرعی علی امضاء) الشارع (الاجازة علی هذا الوجه غیر المعقول) ای امضاءا موجبا لانقلاب الشیء عما وقع علیه الی شیء آخر (فلا بد من صرفه) ای الدلیل الشرعی (- بدلالة الاقتضاء-) و هی ما یتوقف صدق الکلام، او صحته علیه، فان الشارع لما امتنع علیه ان یقول: شیئا مستحیلا، کان لا- بد لنا من تأویل کلامه (الی إرادة) الشارع من کلامه (معاملة العقد بعد الاجازة، معاملة العقد الواقع) فی حال کونه (مؤثرا من حیث ترتب الآثار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۴

الممکنة.

فاذا اجاز المالک حکمنا بانتقال نماء المبیع بعد العقد الی المشتری و إن کان اصل الملک قبل الاجازة للمالک، و وقع النماء فی ملکه.

و الحاصل: انه یعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حینه، بالنسبة الی ما امکن من الآثار.

و هذا نقل حقیقی

الممکنة) فلیس مراد الشارع ان العقد صار ذا اثر، بعد ان لم یکن کذلک بل مراده ان الآثار الممکنة تترتب علی العقد من حین العقد، مثلا: اذا وطئ المالک الحقیقی الامة، قبل الاجازة، ثم اجاز، یقول الشارع: اعط اجرة الوطی الی المالک الجدید، و لا یعقل ان یقول: انقلب وطیک الحلال حراما، بمجرد ان اجزت البیع- مثلا-.

(فاذا اجاز المالک حکمنا بانتقال نماء المبیع بعد العقد الی المشتری و إن کان اصل الملک) للنماء (قبل الاجازة للمالک، و وقع النماء فی ملکه) و: وقع، عطف علی: اصل، اذ: هذا الامر معقول بان یکون النتاج أولا ملکا للمالک، ثم بعد الاجازة ملکا للمشتری.

(و الحاصل: انه یعامل) العقد الفضولی (بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حینه) ای حین العقد (بالنسبة الی ما امکن من الآثار) فالانقلاب الحقیقی و ما لم یمکن من الآثار لا نقول به.

(و هذا) المعنی الّذی ذکرناه، و هو ترتیب بعض الآثار الممکنة بعد الاجازة (نقل حقیقی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۵

فی حکم الکشف من بعض الجهات.

و سیأتی الثمرة بینه و بین الکشف الحقیقی، و لم اعرف من قال:

بهذا الوجه من الکشف، الا الاستاد شریف العلماء، فیما عثرت علیه من بعض تحقیقاته، و الا فظاهر کلام القائلین بالکشف، ان الانتقال فی زمان العقد.

و لذا عنون العلامة ره فی القواعد مسئلة الکشف، و النقل، بقوله:

و فی زمان الانتقال اشکال، فجعل النزاع، فی هذه المسألة نزاعا فی زمان

لانا نقول: بترتب الآثار من الآن- بعد الاجازة- (فی حکم الکشف من بعض الجهات) و هی: جهة ترتب بعض الآثار الممکنة من حین العقد.

(و سیأتی الثمرة بینه) ای بین الکشف الحکمی (و بین الکشف الحقیقی) الّذی هو ظاهر جماعة من الفقهاء، و قد ذکرنا انه: غیر معقول (و لم اعرف من قال: بهذا الوجه من الکشف، الا الاستاد شریف العلماء فیما عثرت علیه من بعض تحقیقاته، و الا فظاهر کلام القائلین بالکشف، ان الانتقال فی زمان العقد) الّذی هو کشف حقیقی، و قد عرفت انه موجب لانقلاب غیر معقول.

(و لذا) الّذی ذکرنا من: ان ظاهرهم الکشف الحقیقی (عنون العلامة ره فی القواعد مسئلة الکشف، و النقل، بقوله: و فی زمان الانتقال) ای التأثیر فی زمان الانتقال الّذی هو حال العقد (اشکال فجعل) العلامة (النزاع، فی هذه المسألة نزاعا فی زمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۶

الانتقال.

و قد تحصل مما ذکرنا: ان کاشفیة الاجازة علی وجوه ثلاثة، قال بکل منها قائل.

احدها- و هو المشهور-: الکشف الحقیقی، و التزام کون الاجازة فیها شرطا متأخرا.

و لذا اعترضهم جمال المحققین فی حاشیته علی الروضة، بان الشرط لا یتأخر.

و الثانی: الکشف الحقیقی، و التزام کون الشرط تعقب العقد

الانتقال) حتى انه على الكشف، يكون الانتقال حال العقد.

و لا يخفى ان هذا هو الكشف الحقيقى، و قد عرفت انه غير معقول.

(و قد تحصل مما ذكرنا: ان كاشفية الاجازة) فى مقابل كونها ناقلة (على وجوه ثلاثة، قال: بكل منها قائل).

(احدها- و هو المشهور-: الكشف الحقيقى، و التزام كون الاجازة فيها) اى فى معاملة الفضولى (شرطا متأخرا) فاذا جاء هذا الشرط اثر المشروط اثره.

(و لذا اعترضهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة، بان الشرط لا يتأخر).

اذ: الشرط من الامور المربوطة بسببية السبب، و لا يعقل ان يكون السبب باجزائه و شرائطه مقارنا للمسبب رتبة، فكيف بالتأخر.

(و الثانى: الكشف الحقيقى، و التزام كون الشرط تعقب العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۸۷

بالاجازة، لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمى، و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع، الا بعد الاجازة.

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: ان الانسب بالقواعد، و العمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمى.

بالاجازة، لا) ان الشرط (نفس الاجازة) و عنوان التعقب مقارن مع العقد.

و انما التزموا بهذا (فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف) من المشترى (قبل الاجازة لو علم تحققها) اى الاجازة (فيما بعد).

بل جواز التصرف واقعا لو حصلت الاجازة واقعا، لان الشرط التعقب لا العلم- كما لا يخفى-.

و (الثالث: الكشف الحكمى، و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان) و هو الّذى تقدم عن شريف العلماء (مع عدم تحقق الملك من حين العقد (فى الواقع، الا بعد الاجازة) فهذا نقل حقيقى فى حكم الكشف.

(و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: ان الانسب بالقواعد، و العمومات) الدالة على كون الاثر تابع للرضا (هو النقل) و عدم ترتيب اىّ اثر سابق على الاجازة (ثم بعده) اى بعد النقل (الكشف الحكمى) و ترتيب بعض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۸۸

و اما الكشف الحقيقى- مع كون نفس الاجازة من الشروط- فاتمامه بالقواعد فى غاية الاشكال.

و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد، و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الارشاد، بل عن الايضاح اختيار خلافه، تبعا للمحكى عن كاشف الرموز و قواه فى مجمع البرهان، و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح هذا بحسب القواعد، و العمومات.

و اما الاخبار: فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف، كما صرح به فى الدروس، و كذا الاخبار التى بعدها، لكن

الآثار.

(و اما الكشف الحقيقى- مع كون نفس الاجازة من الشروط-) لا ان العنوان المنتزع من الاجازة، مثل: التعقب و اللحوق، من الشروط اذ: الكشف الحقيقى، لا بأس به اذا كان العنوان المنتزع شرطا (فاتمامه بالقواعد فى غاية الاشكال) لانه موجب للانقلاب- كما عرفت-.

(و لذا استشكل فيه) اى فى الكشف الحقيقى (العلامة فى القواعد و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الارشاد، بل عن الايضاح

اختیـار خلافه، تبعا للمحکی عن کاشف الرموز، و قواه) ای العـدم (فی مجمع البرهان، و تبعهم) فی اختیار الخلاف (کاشف اللثام فی النکاح هذا) الاشکال فی الکشف الحقیقی (بحسب القواعد، و العمومات).

(و اما الاخبار: فالظاهر من صـحیحهٔ محمد بن قیس) المتقدمهٔ (الکشف کما صرح به فی الدروس، و کذا الاخبار التی بعدها، لکن) لا یخفی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۸۹

لا ظهور فیها للکشف بالمعنی المشهور، فیحتمل الکشف الحکمی.

نعم صـحیحهٔ ابی عبیـدهٔ الواردهٔ فی تزویج الصـغیرین فضولا، الآمرهٔ بعزل المیراث من: الزوج المدرک الّذی اجاز، فمات، للزوجهٔ غیر المدرکهٔ حتی تدرک، و تحلف، ظاهر فی قول الکشف.

اذ: لو کان مال المیت قبل اجازهٔ الزوجهٔ باقیهٔ علی ملک سائر الورثهٔ کان العزل مخالفا لقاعدهٔ: تسلط الناس علی اموالهم.

فاطلاق الحکم بالعزل

انه (لاـ ظهور فیهـا) ای فی تلـک الاخبـار (للکشف بالمعنی المشـهور) الّـذی هو الکشف الحقیقی (فیحتمل) علیه (الکشف الحکمی) بمعنی ترتیب الآثار الممکنهٔ.

(نعم صـحیحهٔ ابی عبیدهٔ الواردهٔ فی تزویج الصـغیرین فضولا، الآمرهٔ بعزل المیراث من: الزوج المدرک الّذی اجاز، فمات، للزوجهٔ غیر المدرکهٔ حتی تدرک، و تحلف) فان حلفت اعطیت من المال مهرا وارثا، و الا تحلف لم تعط (ظاهر فی قول الکشف) الحقیقی.

و انما کان ظاهرا فی الکشف.

(اذ لو کـان مال المیت) الّـذی هو الزوج (قبل اجازهٔ الزوجـهٔ باقیـهٔ علی ملک سائر الورثـهٔ) کما هو مقتضـی النقل (کان العزل) لبعض اموالهم التی انتقلت إلیهم بالارث (مخالفا لقاعدهٔ: تسلط الناس علی اموالهم) اذ: لا وجه للعزل حینئذ.

(فاطلاق) الشارع (الحکم بالعزل) لمقدار مال الزوجهٔ- علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۰

منضـما الی: عموم الناس مسلطون علی اموالهم، یفیـدان العزل لاحتمال کون الزوجـهٔ غیر المدرکـهٔ وارثهٔ فی الواقع، فکانه احتیاط فی الاموال قد غلبه الشارع علی: اصالهٔ عدم الاجازهٔ، کعزل نصیب الحمل، و جعله اکثر ما یحتمل.

بقی الکلام: فی بیان الثمرهٔ بین الکشف باحتمالاته، و النقل.

فنقول: اما الثمرهٔ علی الکشف الحقیقی بین کون نفس الاجازهٔ شرطا و کون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد یظهر: فی جواز

تقـدیر اجازتها للعقـد- (منضـما الی: عموم الناس مسـلطون علی اموالهم، یفیـدان العزل) انما هو (لاحتمال کون الزوجـهٔ غیر المدرکهٔ وارثـهٔ فی الواقع) و هـذا لاـ یستقیم، الاـعلی الکشف الحقیقی (فکانه) ای العزل لمجرد الاحتمال (احتیاط فی الاموال) لئلا یهـدر حق الزوجـهٔ (قـد غلبه الشـارع علی) الاحتیـاط لمـال الورثـهٔ، لان الورثـهٔ ان اخـذوا المال، لم یؤدوها بعـد بخلاف العزل، فانه ان لم تحلف الزوجهٔ لم یتلف المال، بل یرجع الی الورثهٔ.

و علی (اصالهٔ عدم الاجازهٔ) و ذلک (ک) امر الشارع ب (عزل نصیب الحمل، و جعله) ای النصیب (اکثر ما یحتمل) کنصیب ولدین.

(بقی الکلام: فی بیان الثمرهٔ بین الکشف باحتمالاته) الثلاثهٔ (و النقل) الّذی لیس فیه شائبهٔ الکشف اطلاقا.

(فنقول: امـا الثمرهٔ علی الکشف الحقیقی بین کون نفس الاجـازهٔ شـرطا و کون الشـرط تعقب العقـد بهـا) ای بالاجازهٔ (و لحوقها) ای الاجازهٔ (له) ای للعقد- و هذا عطف علی: تعقب،- (فقد یظهر: فی جواز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۱۹۱

تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولى، اذا علم اجازة المالك فيما بعد.

و اما الثمرة بين الكشف الحقيقى، و الحكمى مع كون نفس الاجازة شرطا يظهر فى مثل: ما اذا وطئ المشترى الجارية قبل اجازة مالكها، فاجاز

فان الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا، لاصالة عدم الاجازة حلال واقعا، لكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه و لو اولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى، و الحكمى، لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه‍ ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۷، ص: ۱۹۱

تصرف كل منهما) اى من المالكين الجديدين (فيما انتقل إليه بانشاء الفضولى، اذا علم اجازة المالك فيما بعد) فانه لو كان الشرط نفس الاجازة، لم يجز التصرف، لان الشرط غير حاصل بعد، اما لو كان الشرط تعقب الاجازة، اى ان المؤثر: هو العقد المتعقب بالاجازة، فالتصرف جائز، لان هذا الشرط حاصل الآن.

(و اما الثمرة بين الكشف الحقيقى، و الحكمى- مع كون نفس الاجازة شرطا-) لا عنوان التعقب (يظهر فى مثل ما اذا وطئ المشترى الجارية قبل اجازة مالكها، فاجاز) المالك بيعها، بعد ان وطئها المشترى.

(فان الوطى على الكشف الحقيقى، حرام ظاهرا، لاصالة عدم الاجازة) و (حلال واقعا، لكشف الاجازة عن وقوعه) اى الوطى (فى ملكه) اى ملك المشترى (و لو اولدها) المشترى (صارت أم ولد، على الكشف الحقيقى و الحكمى، لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا) سواء ماضيا من حينه حقيقة، او ماضيا من حينه حكما (ترتب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۱۹۲

حكم وقوع الوطى فى الملك.

و يحتمل: عدم تحقق الاستيلاد على الحكمى، لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك، و ان حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك و لو نقل المالك أمّ الولد عن ملكه، قبل الاجازة فاجاز، بطل النقل، على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير.

مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد

حكم وقوع الوطى فى الملك) عليه، فيكون الولد له، و تكون هى مستولدة، يترتب عليها حكم أمّ الولد.

(و يحتمل: عدم تحقق الاستيلاد على) الكشف (الحكمى، لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك) للمشترى حال الاستيلاد (و ان حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك) الاستيلاد (و لو نقل المالك) الاصلى (أمّ الولد عن ملكه، قبل الاجازة) كما لو باع الفضول امة زيد لعمرو فاولدها عمرو و قبل ان يجيز زيد عمل الفضول، نقلها زيد الى انسان آخر، ثم لما عرف زيد بعمل الفضول (فاجاز) البيع (بطل النقل) من زيد، الى المشترى، و صحت اجازته لمعاملة الفضول، بناء (على الكشف الحقيقى) لان الاجازة تصحح المعاملة السابقة، على معاملة نفس المالك- اى زيد- (لانكشاف وقوعه) اى نقل المالك بعد نقل الفضول (فى ملك الغير) اذ: الاجازة كشفت عن سبق نقل وقع على الامة، فلاحق لزيد فى المعاملة الثانية.

(مع احتمال كون النقل) من المالك- اى زيد- (بمنزلة الرد) لعمل الفضول، فالاجازة تقع لغوا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۳

و بقی صحیحا علی الکشف الحکمی.

و علی المجیز قیمتها، لانه مقتضـی الجمع بین جعل العقد ماضـیا من حین وقوعه، و مقتضـی صـحة النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل، کما فی الفسخ بالخیار، مع انتقال متعلقه بنقل لازم.

و علیه فتصح المعاملة من نفس المالک (و بقی) نقل المالک (صحیحا) و عمل الفضول باطلا (علی الکشف الحکمی) اذ: زید مالک للامة حقیقة حال نقله لها، فالاجازة المتأخرة عن نقله تقع لغوا، بمعنی انها لا تؤثر فی نقل الامة الی عمرو- فی المثال-.

(و علی المجیز) و هو: زیـد (قیمتها) ای قیمـة الامة فی المثال، فیعطی قیمته للمجاز له، الّذی هو عمرو فی المثال (لانه) باع الامة بیعین، بیعا بنفسه، و بیعا بواسطة الفضول- حیث اجازه-.

فعلیه ان یعطی العین لاحدهما، و یعطی القیمة للآخر، اذ هو (مقتضـی الجمع بین جعل) المالک (العقد ماضیا من حین وقوعه) ای عقد الفضولی (و مقتضی صحة النقل) الّذی فعله نفس المالک (الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل) ای جعل العقد ماضیا، اذ: الشارع انما حکم بعـد الاجازة (کما فی الفسـخ بالخیار، مع انتقال متعلقه) ای متعلق الخیار (بنقل لازم) مثلا: لو باع زیـد دارا لعمرو بیعا خیاریا، ثم ان عمروا باع الدار قبل ان یأخذ زید بالخیار، ثم فسخ زید بیعه، فان عمروا یلزم علیه ان یعطی الدار للمشتری، و قیمتها لزید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۴

و ضابط الکشف الحکمی: الحکم بعـد الاجازة بترتب آثار ملکیـة المشتری، من حین العقد، فان ترتب شـیء من آثار ملکیة المالک، قبل اجازته، کاتلاف النماء، و نقله، و لم یناف الاجازة، جمع بینه، و بین مقتضی الاجازة بالرجوع الی البدل.

و ان نافی الاجازة، کاتلاف العین عقلا، او شرعا، کالعتق، فات

(و ضابط الکشف الحکمی: الحکم بعد الاجازة) من المالک (بترتب آثار ملکیة المشتری، من حین العقد) لکون النماء للمشتری (فان ترتب شـیء من آثـار ملکیـة المالـک، قبل اجازته) لعقـد الفضول (کاتلاف النماء، و نقله) مثلا: باع البسـتان الفضول یوم الخمیس، و اتلف المالک ثمره یوم الجمعة، و اجاز العقد یوم السبت، او نقل الثمر، بان باعه، او وهبه او ما اشبه (و لم یناف) عمل المالک بالنسبة الی النمـاء تلفا، او اتلافا (الاجازة، جمع بینه) ای بین عمل المالک بالنسـبة الی النماء (و بین مقتضـی الاجازة) بان نقول: عمل المالک کان صـحیحا، و اجازته أیضا صـحیحة، لکن حیث ان مقتضی الاجازة کون النماء للمشتری، لزم ان نلتزم (بالرجوع) من المشتری (الی البدل) ای بدل النماء التالف و لا نقول: الی العین، لان عمل المالک، کان صحیحا بمقتضی: الناس مسلطون.

(و ان نافی) عمل المالک (الاجازة، کاتلاف العین عقلا) کما لو:

اکل المالک الطعام الّذی باعه الفضولی (او شرعا، کالعتق) لعبده الّذی باعه الفضولی، او الاستیلاد لامته التی باعها الفضولی (فات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۵

محلها، مع احتمال الرجوع الی البدل، و سیجیء.

ثم انهم ذکروا للثمرة بین الکشف و النقـل، مواضع، منها: النماء فانه علی الکشف بقول مطلق، لمن انتقل إلیه العین، و علی النقل، لمن انتقلت عنه.

و للشهید الثانی فی الروضة عبارة.

محلهـا) ای محـل الاجـازة فیصـبح عمل الفضول لغوا (مع احتمال) ان نقول بصـحة الاجازة و (الرجوع) من المشتری (الی) المالک ب

(البدل) کان یأخذ قیمة العبد، سواء کانت ازید من الثمن او اقل؟ (و سیجیء) تمام الکلام فی ذلک.

(ثم انهم ذکروا للثمرة بین الکشف و النقـل، مواضع، منها: النماء) المتوسط بین بیع الفضول، و اجازة المالک (فانه علی الکشف بقول مطلق) ای الکشف الحقیقی، فی مقابـل الکشف فی الجملـة، و النقل فی الجملـة- الّـذی هو الکشف الحکمی- (لمن انتقل إلیه العین) لاـن الاجـازة تکشف عن انتقال المال الی المشتری منـذ العقـد، فالنماء بعـد العقـد للمشتری (و علی النقل) یکون النماء (لمن انتقلت العین (عنه) فالنماء للمالک الاول، اذ: قبل الاجازة الملک باق علی ملکیته، فنماؤه له و انما بعد الاجازة ینتقل الملک الی المشتری.

(و للشـهید الثـانی فی الروضـة) شـرح اللمعـة (عبـارة) هی: قوله: و تظهر الفائـدة، یعنی فائـدة القولین: الکشف، و النقل فی النماء، فان جعلناها کاشفة، فالنماء المنفصل المتخلل بین العقد و الاجازة الحاصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۶

توجیه المراد منها- کما فعله بعض- اولی، من توجیه حکم ظاهرها.

من المبیع للمشتری، و نماء الثمن المعین للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالک المجیز، انتهی.

(توجیه المراد منها) ای من العبارة (- کما فعله بعض-) اذ:

یستشکل علی الشهید فی عبارته الاخیرة، و هی قوله: فهما للمالک المجیز انه لا وجه لکون النمائین للمجیز.

اذ: علی النقل، ینتقل الثمن الی المالک المجیز، و المثمن الی المشتری بمجرد الاجازة فنماء المثمن للمالک، و نماء الثمن للمشتری.

و التوجیه الّذی فعله البعض، هو: ان المراد بالمالک المجیز الجنس، بفرض الکلام فی کون کلا الطرفین فضولیا.

فلدی الاجازة یکون نماء الثمن الی قبل الاجازة لمالک الثمن المجیز و نماء المثمن الی قبل الاجازة لمالک المثمن المجیز.

فهذا التوجیه (اولی، من توجیه حکم ظاهرها) ای ظاهر العبارة.

فان ظاهر العبارة: ان کلا من نماء الثمن و نماء المثمن، لشـخص واحـد، فاذا باع الفضول بسـتان زید لعمرو فی قبال جعل عمرو شـیاهه ثمنا للبستان، ثم انتج البستان قبل الاجازة، و انتجت الشیاه فکلا النتاجین لزید الّذی یجیز بعد النتاج.

اما نتاج البستان فلانه علی النقل لم ینتقل البستان من ملکه، فنماؤه قبل الاجازة لزید.

و اما نتاج الشیاه، فلان عمرو الّذی هو مالکها، قد نقلها بمجرد البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۱۹۷

- کما تکلفه آخر-

و منها: ان فسخ الاصیل لانشائه قبل اجازة الآخر، مبطل له، علی القول بالنقل، دون الکشف.

فاصبحت ملکا لزید، فنتاجها له.

و وجه اولویة توجیه المراد، من عبارة الشهید، من اولویة توجیه الحکم، الاشکال فی توجیه الحکم، اذ: قبل الاجازة لم تنتقل الشیاه من عمرو، و لو انه کان باعها، اذ: لا یمکن النقل من جانب المشتری و عدم النقل من جانب البائع.

فان قلنا: بالکشف من جانب البائع- بعد ان اجاز- فنماء الثمن للبائع، و نماء المثمن للمشتری.

و ان قلنـا: بالنقـل من جانبه، فنماء المثمن للبائع، و نماء الثمن للمشتری (- کما تکلفه آخر-) فان المشتری لم یقـدم علی کون الثمن و نمائه للبائع مطلقا، و انما اقدم علی ان یکونا له بعد ان یملکه البائع المثمن.

(و منهـا: ان فسـخ الاصـیل) کـالمشتری (لانشائه) العقـد (قبل اجازة الآخر) کالبائع فی المثال (مبطل له) ای للعقـد (علی القول بالنقل، دون الکشف) اذ: علی النقل لم یتم العقد، بل حدث احد رکنیه- کالقبول فی المثال-.

و من المعلوم: ان ابطال الركن الواحد قبل مجىء الركن الآخر مقتضى القاعدة.

اما على الكشف: فقدتم العقد ايجابا و قبولا، و انما النفوذ متوقف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۹۸

بمعنى انه لو جعلناها ناقلة، كان فسخ الاصيل، كفسخ الموجب قبل قبول القابل، فى كونه: ملغيا لانشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة فان العقد تام من طرف الاصيل.

غاية الامر: تسلط الآخر على فسخه.

و هذا مبنى على ما تسالموا عليه، من جواز ابطال احد المتعاقدين، لانشائه قبل إنشاء صاحبه،

على الاجازة، و من المعلوم ان ابطال العقد بعد تمام ركنيه لا ـ يمكن الا ـ اذا كان خيارا، و تقايل (بمعنى انه لو جعلناها) اى الاجازة (ناقلة كان فسخ الاصيل، كفسخ الموجب قبل قبول القابل) كما لو قال زيد: بعتك الكتاب بدرهم، و قبل ان يقول عمرو، قبلت، قال زيد: الغيت ايجابى (فى كونه) اى فسخ الاصيل (ملغيا لانشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت) الاجازة (كاشفة، فان العقد تام من طرف الاصيل) لتمام ركنه، و ركن الطرف الآخر.

(غاية الامر: تسلّط الآخر) الّذى لم يجر هو العقد (على فسخه) فسخ العقد، بان لا يجيزه.

(و هذا) الكلام اى فسخ الاصيل قبل الاجازة يكون ملغيا للعقد، على النقل- لا على الكشف- (مبنى على ما تسالموا عليه، من: جواز ابطال احد المتعاقدين، لانشائه قبل إنشاء صاحبه) كما لو قال البائع:

بعت، ثم قبل ان يقول المشترى: قبلت، قال البائع: الغيت ايجابى، فانه موجب للالغاء، اذ: الوفاء بالعقد واجب، اما لو لم يتحقق العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۱۹۹

بل قبل تحقق شرط صحة العقد، كالقبض فى الهبة، و الوقف، و الصدقة.

فلا يرد ما اعترضه بعض من: منع جواز الابطال على القول بالنقل معللا: بان ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر، من احكام الوضع، لا مدخل لاختيار المشترى فيه.

بعد، لم يجب الوفاء، و الشرائط يجب ان تكون موجودة الى آخر القبول، و الا ـ لم يتحقق العقد، و لم تتحقق الشرائط هنا، اذ: من الشرائط قصدهما من اوّل العقد الى آخره، و قد انتفى قصد الموجب حال قبول القابل (بل قبل تحقق شرط صحة العقد، كالقبض فى الهبة، و الوقف، و الصدقة) فانه لو وهب الواهب، و قبل المتهب، و لكن لم يقبض، جاز للواهب الفسخ.

قالوا: لانه لا يتحقق العقد، الا بعد القبض، فلا يكون ابطاله للهبة مخالفا لدليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(فلا يرد) على جواز الابطال من الاصيل قبل الاجازة- بناء على النقل- (ما اعترضه بعض) و هو المحقق القمى (من: منع جواز الابطال) للعقد من طرف الاصيل (على القول بالنقل) أيضا- كما يمنع على القول بالكشف- (معللا: بان ترتب الأثر) اى اثر المبيع (على جزء السبب) الّذى هو النقل (بعد انضمام الجزء الآخر) الّذى هو الاجازة (من احكام الوضع).

فالمعلول يترتب على العلة، شاء الاصيل أم لا ـ؟ ف (لا مدخل لاختيار المشترى فيه) فلا ينفع فسخ المشترى قبل اجازة المالك، فى بطلان العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۰۰

و فيه: ان الكلام فى ان عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد فى وجود المسبب.

فالاولی فی سند المنع: دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود، و لزومها.

و ضمیر: فیه، عائد الی: الوضع.

(و فیه) ای فی اعتراض المحقق القمی (ان الکلام فی ان عدم تخلل الفسخ بین جزئی السبب) ای الجزء الّذی هو العقد، و الجزء الّذی هو الاجازة (شرط) لتحقق العقد (فانضمام الجزء الآخر) الّذی هو الاجازة (من دون تحقق الشرط) الّذی هو عدم تخلل الفسخ (غیر مجد فی وجود المسبب) اذ: لا یوجب المسبب الا بعد وجود السبب الکامل.

(فالاولی فی سند المنع) ای منع ان الفسخ من الاصیل صار قبل تحقق الاجازة- بناء علی النقل- (دفع احتمال اشتراط) صدق العقد ب (عدم تخلل الفسخ) بین العقد و بین الاجازة، بان نقول: العقد اذا تحقق من الاصیل و الفضول، و لحقته الاجازة، تحقق الاثر، سواء تخلل الفسخ بین العقد و الاجازة أم لا؟

و نستدل لبقاء العقد، و عدم تضرره بالفسخ المتوسط (بإطلاقات صحة العقود، و لزومها).

فان عقد الاصیل و الفضول، مشمول لقوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، سواء فسخ الاصیل قبل اجازة المالک أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۱

و لا یخلو عن اشکال.

و منها: جواز تصرف الاصیل، فیما انتقل عنه، بناء علی النقل و ان قلنا بان فسخه غیر مبطل لانشائه.

فلو باع جاریة من فضولی، جاز له وطیها، و ان استولدها صارت أم ولد،

(و) لکن التمسک بالإطلاقات، لصحة العقد- و ان تعقبه الفسخ قبل الاجازة- (لا یخلو عن اشکال) للشک فی صدق القصد بعد الفسخ فهو من باب التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

الا ان یقال: ان العقد کان صحیحا قابلا للنفوذ قبل الفسخ، فنشک فی اسقاط الفسخ لهذه القابلیة، و الاصل العدم.

(و منها) ای من مواضع ثمرة الاختلاف بین الکشف و النقل (جواز تصرف الاصیل، فیما انتقل عنه، بناء علی النقل) فاذا باع الفضول دار زید بشیاه من عمرو، جاز تصرف عمرو فی الشیاه قبل اجازة زید- بناء علی کون الاجازة ناقلة- (و ان قلنا بأن فسخه غیر مبطل لانشائه) ان، وصلیة ای یجوز تصرف الاصیل حتی علی هذا القول، ای ان فسخ الاصیل قبل الاجازة، لا یبطل إنشاء الاصیل، فلا تنافی بین جواز التصرف من الاصیل و بین قابلیة العقد للنفوذ اذا اجاز الطرف الآخر، کزید فی المثال.

(فلو باع) المالک (جاریة من فضولی) بان کان الفضول فی طرف المشتری- عکس مثالنا بالدار و الشیاه- (جاز له) ای للبائع (وطیها و ان استولدها) المالک، قبل اجازة الطرف الآخر (صارت أم ولد) للمالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۲

لانها ملکه.

و کذا لو زوجت نفسها من فضولی، جاز لها التزویج من الغیر، فلو حصل الاجازة فی المثالین، لغت، لعدم بقاء المحلّ قابلا.

و الحاصل: ان الفسخ القولی، و ان قلنا انه غیر مبطل لانشاء الاصیل، الا ان له فعل ما ینافی انتقال المال عنه علی وجه یفوت محل الاجازة، فینفسخ العقد بنفسه بذلک.

(لانها) ای الجاریة (ملکه) قبل اجازة الطرف، و لا یوجب العقد المرکب من الاصیل و الفضول، نقلا للمال، و انما النقل بالاجازة، و لم تحصل بعد.

(و كذا لو زوجت) المرأة (نفسها من فضولى) بان قال زيد الفضول قبلت زواجك نفسك لعمرو (جاز لها التزويج من الغير) اذ: العقد المركب لم يؤثر فى كونها زوجة لعمرو (فلو حصل الاجازة فى المثالين) اى مثال استيلاد الجارية، و مثال تزويج المرأة نفسها من زوج آخر (لغت) الاجازة (لعدم بقاء المحل) للاجازة (قابلا) فان أمّ الولد، لا تنتقل، و زوجة الشخص، لا تكون زوجة لغيره، كما لا يخفى.

(و الحاصل: ان الفسخ القولى، و ان قلنا انه غير مبطل لانشاء الاصيل) فاذا انشأ الاصيل و الفضولى، ثم قال الاصيل: ابطلت العقد لم يؤثر كلامه فى الابطال (الا ان له) اى يحق للاصيل (فعل ما ينافى انتقال المال عنه) كوطى الجارية و استيلادها، او التصرف فى المبيع تصرفا موجبا لبطلان عقده الاول (على وجه يفوت محل الاجازة، فينفسخ العقد بنفسه) لا بابطال الاصيل ابطالا لفظيا (بذلك) الفعل، كما لو باع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۰۳

و ربما احتمل عدم جواز التصرف، على هذا القول أيضا.

و لعله: لجريان عموم: وجوب الوفاء بالعقد، فى حق الاصيل و ان لم يجب فى الطرف الآخر.

و هو الّذى يظهر من المحقق الثانى، فى مسئلة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع، و لا للغاصب التصرف فى العين.

ثانيا، ما باعه للفضول أولا، او وقفه، او وهبه، او تصدق به، او ما اشبه ذلك.

(و ربما احتمل عدم جواز التصرف) من الاصيل فى ما عقد عليه (على هذا القول) اى قول من يقول: بعدم حقه فى ابطال العقد، بعد ان قبله الفضولى (أيضا).

فكما لا يصح الابطال اللفظى، كذلك لا يجوز الابطال العملى.

(و لعله) اى وجه عدم جواز التصرف المنافى للعقد (لجريان عموم:

وجوب الوفاء بالعقد، فى حق الاصيل) لانه عقد، فيصدق عليه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و مقتضاه عدم بطلان عقده بالابطال، و لا جواز تصرفه فيه (و ان لم يجب) الوفاء بالعقد (فى الطرف الآخر) المالك الّذى اجرى الفضول العقد على ماله، اذ: قبل الاجازة ليس العقد عقده.

(و هو) اى عدم جواز تصرف الاصيل (الّذى يظهر من المحقق الثانى، فى مسئلة شراء الغاصب بعين المال المغصوب) كما لو غصب زيد دينار عمرو، فاشترى به كتابا من خالد (حيث قال) المحقق (لا يجوز للبائع و لا للغاصب، التصرف فى العين) الّذى هو الكتاب فى المثال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۰۴

لامكان الاجازة، سيما على القول بالكشف، انتهى.

و فيه: ان الاجازة- على القول بالنقل- له مدخل فى العقد، شرطا او شطرا، فما لم يتحقق الشرط، او الجزء، لم يجب الوفاء على احد المتعاقدين، لان المأمور بالوفاء هو: العقد المقيد الّذى لا يوجد الّا بعد القيد.

اما البائع، فلانه باع كتابه، فيشمله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و اما الغاصب، فلان الكتاب ليس بماله، بل هو: اما مال المغصوب منه، او مال المشترى (لامكان الاجازة) من صاحب الكتاب، للمعاملة، و هذا علة عدم جواز تصرف البائع- كخالد فى المثال- (سيما على القول بالكشف) اى كشف الاجازة عن تحقق النقل و الانتقال حال اجراء العقد فان الكتاب حينئذ خرج من مال خالد، فلا يجوز له التصرف فيه (انتهى) كلام المحقق.

(و فيه: ان الاجازة- على القول بالنقل- له مدخل فى العقد، شرطا او شطرا) اى جزءا (فما لم يتحقق الشرط، او الجزء، لم يجب الوفاء

علی احد) من (المتعاقدین).

فقول المحقق الثانی: سیما علی القول بالکشف، الّذی یظهر منه کون الحکم أیضا: عدم جواز تصرف المالک البائع الاصیل فی الکتاب- فی المثال- محل نظر (لان المأمور بالوفاء) به حسب قوله تعالی:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (هو: العقد المقید) بالاجازة حتی یتحقق: عقودکم.

و الاضافة الی الشخص لا یتحقق الا بعد الاجازة (الّذی لا یوجد الا بعد القید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۵

و هذا کله علی النقل.

و اما علی القول بالکشف، فلا یجوز التصرف فیه علی ما یستفاد من کلمات جماعة، کالعلامة، و السید العمیدی، و المحقق الثانی، و ظاهر غیرهم.

و ربما اعترض علیه، بعدم المانع له من التصرف، لان مجرد احتمال انتقال المال عنه فی الواقع، لا یقدح فی السلطنة الثابتة له.

و لذا صرح بعض المعاصرین

و هذا کله) ای صحة التصرف من المالک الاصیل، قبل اجازة المالک الثانی، انما هو (علی النقل) لانه ما دام لم تکن اجازة، لم یکن نقل.

(و اما علی القول بالکشف، فلا یجوز التصرف فیه) ای تصرف المالک الاصیل قبل الاجازة فیما انتقل عنه (علی ما یستفاد من کلمات جماعة، کالعلامة، و السید العمیدی، و المحقق الثانی، و ظاهر غیرهم) أیضا ذلک.

(و ربما اعترض علیه) ای علی قولهم: بعدم جواز التصرف فیما انتقل عنه، قبل الاجازة (بعدم المانع له) ای للاصیل (من التصرف، لان مجرد احتمال انتقال المال عنه فی الواقع) اذ: هو یحتمل اجازة الطرف، الکاشفة عن انتقال المال (لا یقدح فی السلطنة الثابتة له) فان:

النّاس مسلّطون علی اموالهم

، شامل له، و یشک فی زوال هذه السلطنة، فالاصل بقائها.

(و لذا) الّذی لا یضر احتمال انتقال المال (صرح بعض المعاصرین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۶

بجواز التصرف مطلقا.

نعم اذا حصلت الاجازة کشفت عن بطلان کل تصرف، مناف لانتقال المال الی المجیز فیأخذ المال مع بقائه، و بدله مع تلفه.

قال: نعم لو علم باجازة المالک، لم یجز له التصرف، انتهی.

اقول: مقتضی عموم: وجوب الوفاء، وجوبه علی الاصیل، و لزوم العقد، و حرمة نقضه من جانبه.

و وجوب الوفاء علیه، لیس مراعی باجازة المالک، بل مقتضی العموم

بجواز التصرف) ای تصرف الاصیل (مطلقا) ای سواء قلنا بالکشف او النقل؟

(نعم اذا حصلت الاجازة) بعد التصرف (کشفت عن بطلان کل تصرف، مناف لانتقال المال الی المجیز) کما لو تصرف الاصیل فی المال بالرکوب او ببیعها- مثلا- (فیأخذ) المجیز (المال مع بقائه، و بدله مع تلفه) کما لو تعدی الاصیل علی الدابة فتلفت.

(قال) هذا المعاصر (نعم) یستثنی من قولنا: بجواز التصرف مطلقا ما (لو علم) الاصیل (باجازة المالک، لم یجز له التصرف، انتهی) لانه یعلم بانتقال المال عنه، فلا استصحاب لبقاء السلطة.

(اقول: مقتضی عموم: وجوب الوفاء) المستفاد من: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (وجوبه) ای الوفاء (علی الاصیل، و لزوم العقد) علیه (و حرمة نقضه) بالتصرف (من جانبه) ای جانب الاصیل.

(و وجوب الوفاء علیه) ای علی المالک (لیس مراعی باجازة المالک) اذ: الآیة مطلقة (بل مقتضی العموم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۷

وجوبه حتی مع العلم بعدم اجازة المالک.

و من هنا یظهر: انه لا فائدة فی اصالة عدم الاجازة.

لکن ما ذکره البعض المعاصر، صحیح علی مذهبه، فی الکشف من کون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة، لعدم احراز الشرط مع الشک فلا یجب الوفاء به، علی احد من المتعاقدین.

وجوبه) ای الوفاء (حتی مع العلم) من الاصیل (بعدم اجازة المالک).

لکن ربما یقال: ان صدق: العقد، متوقف علی الاجازة- علی نحو الکشف- فاذا علم بعد الاجازة، فلا عقد، و لو شک، فالاصل: بقاء السلطة.

(و من هنا) ای مما ذکرنا من: وجوب الوفاء، حتی فی صورة العلم بعدم الاجازة (یظهر: انه: لا فائدة فی اصالة عدم الاجازة) لان العلم بعدم الاجازة، اذا لم یضر، لم یضر الشک فی عدم الاجازة بطریق اولی.

(لکن ما ذکره البعض المعاصر) من: جریان اصالة عدم الاجازة، و جواز التصرف مطلقا (صحیح علی مذهبه، فی الکشف من کون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة).

و انما نقول: بانه صحیح (لعدم احراز الشرط) الّذی هو الاجازة (مع الشک) فی انه هل یجیز أم لا؟ (فلا یجب الوفاء به، علی احد من المتعاقدین).

اما علی المالک، فلانه لم یجز بعد، حتی یکون العقد عقده فیشمله دلیل:

الوفاء.

و اما علی الاصیل، فلانه یشک فی الاجازة، فیستصحب بقاء سلطته.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۸

و اما علی المشهور فی معنی الکشف، من: کون نفس الاجازة المتأخرة شرطا، لکون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما، فالذی یجب الوفاء به، هو: نفس العقد من غیر تقیید، و قد تحقق، فیجب علی الاصیل الالتزام به، و عدم نقضه الی ان ینقض، فان رد المالک، فسخ العقد من طرف الاصیل کما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولی.

و الحاصل: انه اذا تحقق العقد، فمقتضی: العموم- علی القول

(و اما علی المشهور فی معنی الکشف، من: کون نفس الاجازة المتأخرة شرطا، لکون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما) لا- ان العقد المتعقب بالاجازة مؤثر- کما یقوله المعاصر- (فالذی یجب الوفاء به، هو نفس العقد من غیر تقیید) بشیء کالاجازة (و قد تحقق) العقد (فیجب علی الاصیل الالتزام به، و عدم نقضه الی ان ینقض) بسبب رد المالک (فان رد المالک، فسخ العقد من طرف الاصیل).

و حینئذ یتمکن الاصیل، ان یتصرف فی ماله، اما قبله فلا (کما ان اجازته) ای اجازة المالک للعقد (امضاء له) ای للعقد (من طرف الفضولی) بمعنی: ان العمل الّذی عمله الفضولی، فهو ممضی.

(و الحاصل:) ان کلام المعاصر من جواز التصرف فی المال، للاصیل غیر تام، علی مذهب المشهور- الذین یجعلون الاجازة، صرف

کاشف محض، و انما المؤثر عندهم هو العقد فقط، بدون اشتراط بالاجازة- (انه اذا تحقق العقد) بین الاصیل و الفضول (فمقتضی: العموم) ای عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (- علی القول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۰۹

بالکشف المبنی علی کون ما یجب الوفاء به هو العقد، من دون ضمیمة شیء، شرطا او شطرا- حرمة نقضه علی الاصیل مطلقا.

فکل تصرف یعد نقضا لعقد المبادلة، بمعنی عدم اجتماعه مع صحة العقد، فهو غیر جائز.

و من هنا: تبین فساد توهم ان العمل بمقتضی العقد کما یوجب حرمة تصرف الاصیل فیما انتقل عنه، کذلک توجب جواز تصرفه فیما انتقل إلیه

بالکشف) «علی مذاق المشهور» و هو (المبنی علی کون ما یجب الوفاء به- هو العقد) فقط (من دون ضمیمة شیء) آخر- کالاجازة- الی العقد (شرطا او شطرا) و جزءا- فلا تکون الاجازة شرط العقد، و لا جزئه (حرمة) مفعول: مقتضی (نقضه) ای العقد (علی الاصیل مطلقا) سواء علم بالاجازة اوشک فی الاجازة؟

(فکل تصرف یعد نقضا لعقد المبادلة.) الّذی اجراه الاصیل، و الفضول، نقضا (بمعنی عدم اجتماعه) ای ذلک التصرف (مع صحة العقد فهو غیر جائز) سواء کان تصرفا غیر متلف، او تصرفا متلفا.

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان مقتضی: الوفاء، عدم تصرفه فی ماله المنتقل عنه- (تبین فساد توهم ان العمل بمقتضی العقد) من جانب الاصیل (کما یوجب حرمة تصرف الاصیل فیما انتقل عنه، کذلک توجب جواز تصرفه) ای الاصیل (فیما انتقل إلیه) من مال المالک.

و کان وجه قوله: تبین، التبین بالالتزام، اذ: لم یکن تبین صریح من الکلام السابق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۰

لان مقتضی العقد، مبادلة المالین.

فحرمة التصرف فی ماله- مع حرمة التصرف فی عوضه- ینافی مقتضی العقد، اعنی المبادلة.

توضیح الفساد: ان الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم علی نفسه من المبادلة، حرمة نقضه و التخطی عنه.

و هذا لا یدل الاعلی حرمة التصرف فی ماله، حیث التزم بخروجه عن

و الحاصل من الاستدلال الّذی توهمه المتوهم، انه ان منع الاصیل من التصرف فی ماله، لزم ان تقولوا: بجواز تصرفه فی مال الطرف، لکن حیث لا تقولون: بجواز تصرفه فی مال الطرف، کان اللازم ان لا تقولوا:

بحرمة تصرفه فی مال نفسه (لان مقتضی العقد، مبادلة المالین) باعطاء مال نفسه، و اخذ مال طرفه.

(فحرمة التصرف فی ماله- مع حرمة التصرف فی عوضه- ینافی مقتضی العقد، اعنی المبادلة) اذ: المبادلة، قوامها ذهاب مال، و مجیء مال آخر مکانه، فاذا ذهب المال: و حرم التصرف فیه، و لم یجئ مال آخر مکانه: بان لم یجز التصرف فی مال المالک، لم تکن مبادلة.

(توضیح الفساد) الّذی قلنا: تبین فساد (ان الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم علی نفسه من المبادلة، حرمة نقضه و التخطی عنه) بان لا یهتم بالمبادلة، و کانها لم تحدث.

(و هذا) ای وجوب الوفاء، و حرمة النقض (لا یدل الاعلی حرمة التصرف فی ماله، حیث التزم) الاصیل (بخروجه) ای ماله (عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۱

ملکه، و لو بالبدل.

و اما دخول البدل فی ملکه، فلیس مما التزمه علی نفسه، بل مما جعله لنفسه.

و مقتضی: الوفاء بالعقد، حرمة رفع الید عما التزم علی نفسه.

و اما قید کونه بإزاء مال، فهو خارج عن الالتزام علی نفسه و إن کان داخلا فی مفهوم المبادلة، فلو لم یتصرف فی مال صاحبه، لم یکن ذلک نقضا للمبادلة فالمرجع فی هذا التصرف

ملکه، و لو بالبدل) الّذی هو مال الطرف المقابل.

(و اما دخول البدل فی ملکه) ای ملک الاصیل (فلیس مما التزمه) الاصیل (علی نفسه) اذ: هو نفع له، لا ـ ضرر علیه (بل مما جعله لنفسه) و نفعا لنفسه

(و مقتضی: الوفاء بالعقد، حرمة رفع الید عما التزم علی نفسه) من کون ماله قد انتقل الی الغیر.

(و اما قید کونه) ای کون خروج ماله عن ملکیته الی ملکیة غیره (بإزاء مال) یدخل فی ملکیته من طرف المالک الآخر (فهو خارج عن الالتزام علی نفسه) اذ: قد عرفت انه لنفسه (و إن کان) «بإزاء مال» (داخلا فی مفهوم المبادلة) لتوقف حقیقتها علی ذلک (فلو لم یتصرف) الاصیل (فی مال صاحبه، لم یکن ذلک) ای عدم التصرف (نقضا للمبادلة).

لکن یستشکل هذا: بان عدم التصرف، شیء لا یضر بمفهوم المبادلة، و عدم الدخول فی ملکه شیء یضر بمفهوم المبادلة.

و کیف کان (فالمرجع فی هذا التصرف) ای التصرف فی مال الغیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۲

فعلا و ترکا الی ما یقتضیه الاصل و هی: اصالة عدم الانتقال.

و دعوی: ان الالتزام المذکور، انما هو علی تقدیر الاجازة و دخول البدل فی ملکه.

فالالتزام معلق علی تقدیر، لم یعلم تحققه، فهو: کالنذر المعلق علی شرط، حیث حکم جماعة بجواز التصرف فی المال المنذور، قبل تحقق الشرط، اذا لم یعلم بتحققه.

(فعلا) بان یتصرف (و ترکا) بان لا یتصرف (الی ما یقتضیه الاصل) العملی (و هی: اصالة عدم الانتقال) الی الاصیل.

(و دعوی) ان الامر لیس کذلک، بل للاصیل التصرف فی ماله قبل الاجازة، ل (ان الالتزام المذکور) ای التزام الاصیل بکون مال نفسه منتقلا الی الطرف الآخر (انما هو علی تقدیر الاجازة) من الطرف الآخر (و) علی تقدیر (دخول البدل فی ملکه) ای ملک الاصیل.

اذ: الاصیل لم یعط ماله للطرف مجانا، بل بعوض، و العوض لا یتحقق الا باجازة الطرف الآخر.

(فالالتزام معلق علی تقدیر، لم یعلم تحققه) لان الاصیل، لا یعلم هل یجیز الطرف الآخر، أم لا؟ (فهو) ای نقل الاصیل ماله (کالنذر المعلق علی شرط) کما لو نذر: ان هذه الشاة صدقة ان جاء ولده (حیث حکم جماعة بجواز التصرف فی المال المنذور قبل تحقق الشرط) ای قبل مجیء الولد فی المثال (اذا لم یعلم بتحققه) و ذلک لاصالة بقاء سلطته حین الشک، فی انه هل یتحقق مجیء الولد أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۳

فکما ان التصرف- حینئذ- لا یعد حنثا، فکذا التصرف فیما نحن فیه قبل العلم بتحقق الاجازة، لا یعد نقضا لما التزمه، اذ: لم یلتزمه فی الحقیقة، الا معلقا.

مدفوعة:- بعد تسلیم جواز التصرف فی مسئلة النذر المشهورة بالاشکال ان الفرق بینهما، ان الالتزام هنا غیر معلق علی الاجازة، و انما

التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة فیجب علیه

(فکما ان التصرف) فی المنذور (- حینئذ-) ای حین الشک فی تحقق الشرط (لا یعد حنثا) للنذر (فکذا التصرف فیما نحن فیه) ای تصرف الاصیل فی مال نفسه فی مسئلتنا (قبل العلم بتحقق الاجازة، لا یعد نقضا لما التزمه) الاصیل بکون ماله للطرف، فی مقابل ان یکون مال الطرف له (اذ: لم یلتزمه) الاصیل (فی الحقیقة، الا معلقا)

فدعوی: ان ماله للطرف معلقا بکون مال الطرف له.

(مدفوعة) خبر: دعوی (- بعد تسلیم جواز التصرف فی مسئلة النذر المشهورة بالاشکال-) اذ: اللازم ان یبقی المنذور علی حاله کی یتمکن الوفاء بالنذر، عند تحقق النذر فرضا ب (ان الفرق بینهما) ای بین مسئلة النذر الّذی یجوز التصرف اذا کان تحقق متعلق النذر مشکوکا و مسئلة بیع الاصیل الّذی لا یجوز التصرف اذا کان تحقق الاجازة مشکوکا (ان الالتزام هنا) من الاصیل بکون ماله للطرف الآخر (غیر معلق علی الاجازة، و انما التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة) ای فی حالکونه یتوقع و ینتظر ان یجیز الطرف الآخر (فیجب علیه) ای علی الاصیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۴

الوفاء به، و یحرم علیه نقضه الی ان یحصل ما یتوقعه من الاجازة، او ینتقض التزامه برد المالک.

و لاجل ما ذکرنا:- من اختصاص حرمة النقض بما یعد من التصرفات منافیا لما التزمه الاصیل علی نفسه، دون غیرها- قال فی القواعد، فی باب النکاح: و لو تولی الفضولی احد طرفی العقد، ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرة.

فان کان زوجا، حرمت علیه الخامسة، و الاخت و الام، و البنت، الا

(الوفاء به) ای بما التزمه (و یحرم علیه نقضه الی ان یحصل ما یتوقعه من الاجازة) من الطرف الآخر (او ینتقض التزامه) ای التزام الاصیل (برد المالک) للمعاملة.

(و لاجل ما ذکرنا:- من اختصاص حرمة النقض بما یعد من التصرفات منافیا لما التزمه الاصیل علی نفسه، دون غیرها-) ای سائر التصرفات غیر المنافیة لالتزام الاصیل (قال فی القواعد، فی باب النکاح: و لو تولی الفضولی احد طرفی العقد) الایجاب او القبول (ثبت فی حق) الطرف الآخر (المباشر) بنفسه للعقد (تحریم المصاهرة) المنافیة للمباشر.

(فان کان) المباشر (زوجا) بان: نکح الفضولی زید ابنت عمرو، و قبل الزوج بنفسه العقد (حرمت علیه الخامسة) اذا کانت عنده اربع (و الاخت، و الام، و البنت) لبنت عمرو، الاخت جمعا و البنت حال بقاء العقد، و ان لم یدخل بالام، و البنت بمجرد العقد دخل، أم لم یدخل بالام (الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۵

اذا فسخت علی اشکال فی الام.

و فی الطلاق نظر، لترتبه علی عقد لازم، فلا یبیح المصاهرة.

اذا فسخت) البنت النکاح، بان لم تجز بنت عمرو النکاح، فانه تحل حینئذ الاخت، و الخامسة، و البنت (علی اشکال فی الام).

هل انه یصح ان یأخذها زید بعد بطلان نکاح البنت؟ لان عدم اجازة البنت کاشف عن عدم وقوع النکاح علی الام اصلا، فلیست أم المزوجة.

أو لا یصح، لان زیدا اقدم بنفسه علی الزواج، و تم الامر من جانبه، فصارت أم البنت، أم الزوجة، فلا یصح له نکاحها اطلاقا، لان

مجرد النكاح للبنت يوجب حرمة الام، لقوله تعالى: وَ أُمَّهٰاتُ نِسٰائِكُمْ.

(و فى) كون (الطلاق) مفيدا فى رفع حرمة المصاهرة (نظر) فاذا طلق الزوج الاصيل النكاح الّذى اوقعه مع الفضولى- و قد اوقع الطلاق قبل رد البنت او اجازتها-.

فهل تحل الخامسة، و بنتها، و أمها، و ما اشبه، لان الطلاق خصم النكاح فعادت الامور كالسابق.

او لا- تحل (لترتبه) اى الطلاق الموجب للحلية (على عقد لازم) و العقد فى المقام ليس بلازم، لتوقفه على اجازة الزوجة، فلا يؤثر الطلاق هنا اثره المتوقع منه فى سائر الطلاقات (فلا يبيح) هذا الطلاق (المصاهرة) التى كانت محرمة بسبب النكاح، كاخذه: لاختها او أمها، او ما اشبه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۱۶

و ان كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره، الا اذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر، انتهى.

و عن كشف اللثام: نفى الاشكال.

و قد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة.

(و ان كانت) الاصيل فى اجراء النكاح (زوجة) بان نكحت نفسها لزيد، و قبل خالد من قبل زيد فضولة (لم يحل لها نكاح غيره) قبل ان يرد الزوج، او يجيز (الا- اذا فسخ) الزوج النكاح (و الطلاق) من قبل الزوج (هنا معتبر) اذ: معناه قبول النكاح، فاذا طلق الزوج، كان معناه انه قبل النكاح.

و عليه فيترتب على هذا النكاح جميع ما يترتب على النكاح الصحيح، من قبيل حرمة اب الزوج على الزوجة و ما اشبه (انتهى) كلام القواعد.

(و عن كشف اللثام: نفى الاشكال) يعنى فى تحريم المصاهرة من طرف المباشر، فاذا باشر الزوج النكاح مع فضولى، عن طرف المرأة، لم يجز للزوج قبل فسخ المرأة، ان يأخذ اخت المرأة، و هكذا، لان الامر، تم من قبله، اما المرأة فيحق لها ان تزوج نفسها، لانها لم تزوج نفسها بالرجل.

(و قد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور) اى ما كان طرفه اصيلا و طرفه الآخر فضوليا (من طرف الاصيل، و فرعوا عليه) اى على كونه صحيحا من طرف الاصيل (تحريم المصاهرة) فلا يحق للاصيل ان يأخذ محرمات النكاح مطلقا، كام الزوجة، و اب الزوج.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۱۷

و اما مثل النظر الى المزوجة فضولا، و الى أمها- مثلا- و غيره، مما لا يعد تركه نقضا لما التزم التعاقد على نفسه.

فهو باق تحت الاصول، لان ذلك من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة بل المنفية بالاصل.

فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد اعنى

او جمعا كاخت الزوجة، او ما اشبه كبنت الزوجة فى حال عدم الفسخ و الطلاق- فيما لم يدخل بها-.

(و اما مثل النظر الى المزوجة فضولا) بان كان الفضولى فى جانب الزوجة، و الزوج هو الاصيل (و الى أمها- مثلا-) كجدتها أيضا (و غيره) اى غير النظر كالاستمتاع و الارث منها اذا ماتت (مما لا يعد تركه) اى ترك النظر و نحوه (نقضا لما التزم العاقد على نفسه) و قد تقدم ان نقض العاقد لما التزم على نفسه محظور، لانه خلاف: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(فهو) اى: مثل النظر (باق تحت الاصول) الاولية، فيحرم نظر الزوج إليها، و الى سائر محارم المصاهرة، و لا يرث منها لو ماتت، و هكذا (لان ذلك) اى: مثل النظر (من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة) بمجرد عقد اصيل و فضولى (بل المنفية) تلك العلاقة (بالاصل)

لانها لم تکن، و لا نعلم بانها حدثت أم لا؟

(فحرمهٔ نقض العاقد) الاصیل (لما عقد علی نفسه) ای عقدا کان التزاما علی نفسه: لا لنفسه، (لا تتوقف) حرمهٔ النقض (علی ثبوت نتیجهٔ العقد اعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۸

علاقهٔ الملک، او الزوجیهٔ، بل ثبوت النتیجهٔ تابع لثبوت حرمهٔ النقض من الطرفین.

ثم ان بعض متأخری المتاخرین ذکر ثمرات اخر، لا بأس بذکرها للتنبه بها، و بما یمکن ان یقال علیها.

منها ما لو انسلخت قابلیهٔ الملک عن احد المتبایعین بموته قبل اجازهٔ الآخر، او بعروض کفر بارتداد فطری.

علاقهٔ الملک) فی مسئلتنا، و هی مسئلهٔ بیع اصیل و فضولی (او الزوجیهٔ) فیما لو زوج احد الطرفین نفسه اصالهٔ، و کان الفضول طرفا عن الطرف الآخر (بل ثبوت النتیجهٔ) و ترتب مطلق الآثار علی البیع، او الزواج (تابع لثبوت حرمهٔ النقض من الطرفین).

و لا اشکال فی جواز التفکیک فی الاحکام الشرعیهٔ، کما لو شهدت امرأهٔ واحدهٔ بالوصیهٔ، فانه یثبت بشهادتها بعض الوصیهٔ، مع انه فی الواقع لا یخلو الامر من وجود الوصیهٔ او عدمها، فاللازم ان تثبت الوصیهٔ بکاملها أو لا یثبت شیء منها.

(ثم ان بعض متأخری المتأخرین ذکر ثمرات اخر) للقول بالکشف، او النقل (لا بأس بذکرها للتنبه بها، و بما یمکن ان یقال علیها) ای یستشکل علی تلک الثمرات.

(منها ما لو انسلخت قابلیهٔ الملک عن احد المتبایعین بموته قبل اجازهٔ الآخر) کما لو باع زید الاصیل کتابه لبکر الفضول عن قبل خالد، ثم مات زید قبل اجازهٔ خالد (او بعروض کفر) لزید (بارتداد فطری) لان المرتد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۱۹

او غیره، مع کون المبیع عبدا مسلما، او مصحفا، فیصح- حینئذ- علی الکشف، دون النقل، و کذا لو انسلخت قابلیهٔ المنقول بتلف، او عروض نجاسهٔ له مع میعانه الی غیر ذلک و فی مقابله ما لو تجددت القابلیهٔ قبل الاجازهٔ بعد انعدامها حال العقد

الفطری یخرج امواله عن ملکه (او غیره) ای غیر الفطری- و هو الملی- (مع کون المبیع عبدا مسلما، او مصحفا) لان المرتد و لو کان ملیا کافر، و الکافر لا یسلط علی العبد المسلم، او المصحف، (فیصح) البیع (- حینئذ-) ای حین ارتد قبل اجازهٔ الآخر، و بعد ذلک اجاز الآخر (علی الکشف) لان البیع وقع فی حال کون زید- الّذی ارتد بعد ذلک مسلما مالکا لا حواله، و للعبد المسلم، و للمصحف (دون النقل) اذ:

الانتقال یقع الآن، فی حال کفر زید، و من المعلوم ان زیدا لا یملک الآن شیئا (و کذا لو انسلخت قابلیهٔ المنقول بتلف) کما لو تلف الکتاب قبل اجازهٔ خالد (او عروض نجاسهٔ له مع میعانه، الی غیر ذلک) فیما کانت الاستفادهٔ منه متوقفهٔ علی الطهارهٔ، و لم یکن قابلا لها، کما لو تنجس الدبس، فانه علی الکشف یصح البیع، لان الکتاب حین البیع کان قائما، و الدبس کان طاهرا، و علی النقل لا یصح البیع، لان حال الاجازهٔ لا وجود للکتاب، و لا طهارهٔ للدبس (و فی مقابلهٔ) ای مقابل ما تقدم من صحهٔ البیع، علی الکشف دون النقل حیث ان فی الامثلهٔ الآتیهٔ یصح علی النقل، دون الکشف (ما لو تجددت القابلیهٔ قبل الاجازهٔ بعد انعدامها) ای فقد القابلیهٔ (حال العقد) فانه یصح علی النقل دون الکشف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۰

کما لو تجددت الثمرهٔ و بدا صلاحها بعد العقد، قبل الاجازهٔ و فیما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت، و بالعکس.

و ربما: یعترض علی الاول بامکان دعوی: ظهور الادلهٔ فی اعتبار استمرار القابلیهٔ الی حین الاجازهٔ علی الکشف، فیکشف الاجازهٔ عن

حدوث الملک من حین العقد مستمرا الی حین الاجازة.

(کما لو تجددت الثمرة و بدأ صلاحها بعد العقد، قبل الاجازة) فیما لو باعها الاصیل و الفضولی، قبل بدو الصلاح، فان البیع حینئذ لا یصح.

فان قلنا: بالکشف، بطل البیع لانه وقع حال عدم صحة البیع.

و ان قلنا: بالنقل صح، لان البیع وقع حال بدو الصلاح الموجب للصحة (و فیما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت) بان کان الشرط حال العقد مفقودا، ثم حصل الشرط قبل الاجازة، فانه یصح العقد علی النقل دون الکشف (و بالعکس) بان قارن العقد وجود الشرط، ثم فقد الشرط قبل الاجازة، فانه یصح العقد علی الکشف، دون النقل- هذه الثمرة مما ذکره الشیخ جعفر الکبیر فی شرحه علی القواعد-

(و ربما: یعترض علی الاول) و المعترض صاحب الجواهر (بامکان دعوی: ظهور الادلة فی اعتبار استمرار القابلیة الی حین الاجازة) بناء (علی الکشف، فیکشف الاجازة عن حدوث الملک من حین العقد مستمرا الی حین الاجازة) فلا فرق فی بطلان العقد بموت احد المتبایعین قبل الاجازة، بین الکشف و النقل.

اما علی النقل، فواضح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۱

و فیه: انه: لا وجه لاعتبار استمرار القابلیة، و لا استمرار التملک المکشوف عنه بالاجازة الی حینها، کما لو وقعت بیوع متعددة علی ماله، فانهم صرحوا بان اجازة الاول، توجب صحة الجمیع، مع عدم بقاء مالکیة الاول مستمرا

و اما علی الکشف، فانه و إن کانت الحیاة التی هی شرط کانت موجودة حال البیع، لکن اللازم بقاء الشرط الی حال الاجازة، فی الکشف، و حیث لم یبق الشرط، انتفی صلوح العقد للحوق الاجازة علیه.

(و فیه) ای فی اعتراض صاحب الجواهر علی کاشف الغطاء (انه: لا وجه لاعتبار استمرار القابلیة) علی الکشف (و لا استمرار التملک المکشوف عنه) ای عن ذلک التملک (بالاجازة الی حینها) ای حین الاجازة، بل یکفی وجود القابلیة کحیاة زید حال العقد فقط، کما یکفی وجود التملک- ککون الدبس طاهرا- حال العقد، و ان مات زید و تنجس الدبس قبل الاجازة (کما لو وقعت بیوع متعددة) فضولیة (علی ماله) ای مال المالک (فانهم صرحوا بان اجازة) المالک البیع (الاول، توجب صحة الجمیع) کما لو باع زید مال محمد لبکر، و باع البکر لخالد، و باع الخالد لعمرو، فان محمدا اذا اجاز البیع صحت البیوع اللاحقة (مع عدم بقاء مالکیة الاول مستمرا) اذ: بالاجازة خرج المال عن ملک محمد، فکیف یمکن ان تصحح الاجازة البیع الثانی، و الثالث؟ التی وقعت حال خروج المال عن ملک محمد.

اذ: باجازة محمد خرج المال عن ملکه، فالبیع الثانی- اذا ارید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۲

و کما یشعر بعض اخبار المسألة المتقدمة، حیث ان ظاهر بعضها، و صریح الآخر عدم اعتبار حیاة المتعاقدین حال الاجازة.

مضافا الی فحوی خبر تزویج الصغیرین الّذی یصلح ردا لما ذکر فی الثمرة الثانیة،

تأثیر الاجازة فیه- انما کان بعد خروج المال عن ملک محمد باجازته البیع الاول، فکیف تؤثر اجازة محمد فی صحة هذا البیع الثانی؟

و ان شئت قلت تأثیر الاجازة فی البیع الثانی، انما هو بعد خروج المال عن ملک زید بسبب تأثیر الاجازة فی البیع الاول (و کما یشعر)

بعدم اعتبار استمرار القابلیهٔ (بعض اخبار المسألهٔ المتقدمهٔ) مسئلهٔ الفضولی (حیث ان ظاهر بعضها، و صریح الآخر عدم اعتبار حیاهٔ المتعاقدین) ای حیاهٔ کلیهما، بان مات احدهما (حال الاجازهٔ).

و اورد علی المصنف ره بانه لم یتقدم منه، کما لیس فی اخبار الباب ما یدل علی ما ذکره.

اللهم الا ان یرید بالظهور اطلاق اخبار الفضولی.

(مضافا الی فحوی خبر تزویج الصغیرین الّذی یصلح ردّا لما ذکر فی الثمرهٔ الثانیهٔ) بین الکشف و النقل.

وجه الفحوی: انه اذا کان موت احد الزوجین غیر موجب لرفع قابلیهٔ العقد، بل العقد یبقی بعد موت احدهما قابلا للفسخ و الامضاء، فموت احد المتبایعین، لا یوجب بطلان البیع الّذی وقع فضولهٔ، بل البیع یبقی علی صلاحیته للرد، و الاجازهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۳

اعنی خروج المنقول عن قابلیهٔ تعلق إنشاء عقد، او اجازهٔ به، لتلف، و شبهه.

فان موت احد الزوجین، کتلف احد العوضین، فی فوات احد رکنی العقد.

مضافا الی اطلاق روایهٔ عروهٔ،

و هذا الخبر- بالإضافهٔ الی صلاحیته لرد الثمرهٔ الاولی التی ذکرها الجواهر، و هی خروج احد البائعین عن القابلیهٔ- صالح لرد الثمرهٔ الثانیهٔ- و هی خروج احد العوضین عن القابلیهٔ-.

و بین المراد من الثمرهٔ الثانیهٔ بقوله: (اعنی خروج المنقول عن قابلیهٔ تعلق إنشاء عقد، او اجازهٔ) عقد فضولی (به) ای بذلک المنقول.

و انما خرج عن القابلیهٔ (لتلف، و شبهه) کما لو تنجس، فی مثال الدبس المتقدم.

ثم ان المصنف بین وجه قوله: لا یصح، بقوله (فان موت احد الزوجین) فی مسئلهٔ الصغیرین (کتلف احد العوضین، فی فوات احد رکنی العقد).

لان الزوجین رکنان فی النکاح، کما ان العوضین رکنان فی البیع، فاذا کان موت احد الزوجین لا یضر بصلاحیهٔ النکاح للامضاء، فکذلک تلف احد العوضین لا یضر بصلاحیهٔ العقد الفضولی للامضاء.

(مضافا الی) انه یرد الجواهر الّذی یقول: بلزوم بقاء الشرائط الی حین الاجازهٔ (اطلاق روایهٔ عروهٔ) البارقی الّذی اعطاه النبی دینارا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۴

حیث لم یستفصل النبی (ص) عن موت الشاهٔ او ذبحها و اتلافها.

نعم ما ذکره اخیرا- من تجدد القابلیهٔ بعد العقد حال الاجازهٔ- لا یصلح ثمرهٔ للمسألهٔ، لبطلان العقد ظاهرا، علی القولین، و کذا فیما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملهٔ: فباب المناقشهٔ

لاشتراء شاهٔ فاشتری به شاتین، و باع احدهما بدینار، و جاء الی النبی صلی اللّه علیه و آله بشاهٔ و دینار، فامضی النبی (ص) معاملته (حیث لم یستفصل النبی (ص) عن موت الشاهٔ) التی باعها عروهٔ (او ذبحها، و اتلافها) فانه لو کان بقاء العین شرطا فی صحهٔ الاجازهٔ کان اللازم علی النبی (ص) ان یستفسر، هل الشاهٔ المبیعهٔ موجودهٔ او تالفه؟ فیعطی الاجازهٔ فی صورهٔ الوجود فقط.

فعدم استفساره (ص) دلیل علی انه تصح الاجازهٔ، و لو کانت العین تالفهٔ (نعم ما ذکره) کاشف الغطاء (اخیرا) للفرق بین الکشف و النقل، فی عبارته التی نقلناها بقوله: و فی مقابله ما لو تجددت القابلیهٔ ... الخ (- من تجدد القابلیهٔ) للمبیع (بعد العقد حال الاجازهٔ-) کبد و الصلاح بعد العقد قبل الاجازهٔ (لا یصلح ثمرهٔ للمسألهٔ) و فارقا بین الکشف و النقل (لبطلان العقد ظاهرا) لان العقد وقع علی ما

لیس بقابل اصلا (علی القولین) الکشف و النقل (و کذا فیما لو قارن العقد فقد الشرط) بان حصل الشرط بعد العقد مباشرة فی مقابل ان یحصل بعده بمدة.

(و بالجملة: فباب المناقشة) علی اشکالاتنا علی صاحب الجواهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۵

و ان کان واسعا، الا ان الارجح فی النظر ما ذکرناه.

و ربما یقال: بظهور الثمرة فی تعلق الخیارات، و حق الشفعة، و احتساب مبدأ الخیارات، و معرفة مجلس الصرف،

(و ان کـان واسـعا الا ـ ان الارجـح فی النظر مـا ذکرنـاه) من الایرادات التی ذکرناها علی الجواهر، و تمامیـة کلام کاشف الغطاء فی ما ذکره من الثمرة بین الکشف و النقل فی الجملة.

(و ربما یقال: بظهور الثمرة) بین الکشف و النقل (فی تعلق الخیارات) مثلا: لو کان معیبا قبل الاجازة، و کان صحیحا حال الاجازة.

فعلی الکشف: یکون للمشتری خیار العیب.

و علی النقل: لا یکون له هذا الخیار (و حق الشفعة) فاذا کان قبل الاجازة مشترکا بین نفرین، و حال الاجازة مشترکا بین اکثر.

فاذا قلنا: بالکشف کان للشریک حق الشفعة.

و اذا قلنا: بالنقل لم یکن له حق الشـفعة، لاشتراط الشـفعة بان لا یزید الشـرکاء علی اثنین (و احتساب مبدأ الخیارات) مثلا خیار الثلاثة فی الحیوان، ان قلنا: بالکشف یبتـدأ الخیار من یوم الخمیس الّـذی هو یوم البیع، و ان قلنا بالنقل: یبتدأ الخیار من یوم الجمعة الّذی هو یوم الاجازة (و معرفـة مجلس الصـرف) لانه اذا لم یتقابض الثمن و المثمن فی مجلس الصـرف- و هو بیع الاثمان- یبطل البیع، فاذا لم یتقابضا فی مجلس العقد، و تقابضا فی مجلس الاجازة.

فان کانت الاجازة کاشفة، بطل البیع، لعدم حصول القبض فی مجلس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۶

و السلم و الایمان، و النذور، المتعلقة بمال البائع او المشتری.

و تظهر الثمرة أیضا، فی العقود المترتبة علی الثمن او المثمن، و سیأتی إن شاء الله تعالی.

[أما شروطها]

و ینبغی التنبیه علی امور.

اشارة

البیع.

و ان کـانت الاجـازة ناقلـة، صـح الـبیع لحصول القبض فی مجلس الـبیع (و) معرفـة مجلس (السـلم) لاعتبـار قبض الثمن فی السـلم فی مجلس البیع، فحاله حال الصرف من هـذه الجهـة (و الایمان، و النـذور) و العهود (المتعلقة بمال البائع او المشتری) فاذا نذر البائع، ان جاء ولده، فکل امواله التی هی له الآن صدقة، و کان الیوم خمیسا، و کان باع داره للفضولی، ثم اجاز الفضولی یوم الجمعة.

فان قلنا: بالنقل، لزم اعطاء البائع داره صدقة.

و ان قلنا: بالکشف، کانت داره خارجة عن امواله، فلا یلزم دفعها صدقة، و هکذا.

(و تظهر الثمرة أیضـا) بین الکشف و النقـل (فی العقود المترتبـة علی الثمن او المثمن، و سـیأتی إن شـاء الله تعالی) تفصـیل الکلام فیه

الّذی منه انه ان المبیع فضولة لو باعه المشتری قبل اجازة المالک، ثم اجاز.

فعلی الکشف: یکون بیع المشتری بیعا صحیحا لا فضولیا.

و علی النقل: یکون من مسئلة من باع ثم ملک.

(و ینبغی التنبیه علی امور) من فروع مسئلة الکشف و النقل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۷

الأول: ان الخلاف فی کون الاجازة کاشفة او ناقلة، لیس فی مفهومها اللغوی،

و معنی الاجازة، وضعا او انصرافا، بل فی حکمها الشرعی بحسب ملاحظة اعتبار رضی المالک، و ادلة: وجوب الوفاء بالعقود، و غیرهما من الادلة الخارجیة.

فلو قصد المجیز الامضاء من حین الاجازة علی القول بالکشف او

(الاول: ان الخلاف فی کون الاجازة کاشفة او ناقلة، لیس فی مفهومها اللغوی، و) فی (معنی الاجازة، وضعا او انصرافا) هل ان معنی اجاز، نقل الآن، او نقل حین العقد، اذ لیس هذا من المباحث اللغویة (بل فی حکمها الشرعی بحسب ملاحظة اعتبار رضی المالک) مثل: لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه (و ادلة: وجوب الوفاء بالعقود) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و غیرهما من الادلة الخارجیة) ای الادلة الخارجة عن: دلیل الاجازة، و انه یصح العقد الفضولی.

فالمراد ان دلیل الرضا، یدل علی انه کاشف عن تمامیة السبب، او انه جزء السبب الناقل.

و هل ان الاجازة شرعا تسبب نسبة العقد الی المجیز: حتی یکون عقودکم، من حین العقد، او من حین الاجازة.

و علی ما ذکرناه من ان النزاع فی الحکم الشرعی، و انه کیف حکم الشارع؟ حسب ما یستفاد من ظاهر الادلة.

(فلو قصد المجیز الامضاء) للعقد الفضولی (من حین الاجازة) لا من حین العقد (- علی القول بالکشف-) بان قصد خلاف ما قاله الشارع (او)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۸

الامضاء من حین العقد- علی القول بالنقل- ففی صحتها وجهان.

الثانی انه یشترط فی الاجازة ان یکون باللفظ الدال علیها، علی وجه الصراحة العرفیة

کقوله: امضیت، و اجزت، و انفذت، و رضیت، و شبه ذلک، و ظاهر روایة البارقی: وقوعها بالکنایة، و لیس ببعید، اذا اتکل علیه عرفا.

قصد (الامضاء من حین العقد) لا من حین الاجازة (- علی القول بالنقل-) و ان الشارع جعل الاجازة ناقلة (ففی صحتها وجهان).

الصحة: لان اصل الاجازة حیث یکون مشروعا ینفذ- اما الخصوصیة حیث لا تکون مشروعة لا تنفذ-

و البطلان: لانه انما اجاز مقیدا، فما اجاز لا یمکن، و ما یمکن لم یجز

(الثانی انه یشترط فی الاجازة ان یکون باللفظ الدال علیها، علی وجه الصراحة العرفیة) و ان کان غیر صریح لغة او اصطلاحا (کقوله: امضیت، و اجزت، و انفذت، و رضیت، و شبه ذلک) من سائر الالفاظ (و ظاهر روایة البارقی: وقوعها) ای الاجازة (بالکنایة) لان النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال: بارک الله فی صفقة یمینک، و هذا اللفظ کنایة عن الاجازة (و لیس) کفایة الکنایة (ببعید، اذا اتکل علیه) ای علی اللفظ الکنائی (عرفا).

و ذلک: لان الدلیل ان یکون العقد منسوبا إلیه، حتی یصدق: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ذلک یحصل بالکنایة الظاهرة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۲۹

و الظاهر: ان الفعل الکاشف عرفا عن الرضا بالعقد کاف، کالتصرف فی الثمن.

و منه اجازة البیع الواقع علیه، کما سیجیء، و کتمکین الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولا، کما صرح به العلامة ره.

و ربما یحکی عن بعض، اعتبار اللفظ، بل نسب الی صریح جماعة و ظاهر آخرین، و فی النسبة نظر.

(و الظاهر) من الدلیل المتقدم (ان الفعل الکاشف عرفا عن الرضا بالعقد کاف، کالتصرف فی الثمن) فلو اعلم صاحب الکتاب ان الفضول باع کتابه بهذا الدینار، فاخذ الدینار مظهرا الرضا بذلک، کان اجازة عملیة.

(و منه) ای من الفعل الدال علی الرضا (اجازة البیع الواقع علیه) ای علی الثمن، کما لو اشتری الفضول بالدینار- المذکور- کتابا آخر، فقال للفضول: اجزت اشترائک الکتاب، فانه ظاهر فی انه اجاز البیع الاول الواقع علی کتابه- فضولة- (کما سیجیء) الکلام حوله (و کتمکین الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولا) او کاقدام الرجل المزوج فضولا علی وطی الزوجة (کما صرح به العلامة ره) و غیره.

(و ربما یحکی عن بعض، اعتبار اللفظ) فی باب الاجازة، فلا یفید الفعل الّذی فیه الاشارة (بل نسب الی صریح جماعة و ظاهر آخرین، و فی النسبة نظر) لان کلام أولئک العلماء لیس صریحا فی انحصار الاجازة باللفظ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۰

و استدل علیه بعضهم من انها کالبیع فی استقرار الملک، و هو یشبه المصادرة.

و یمکن ان یوجه بان الاستقراء فی النواقل الاختیاریة اللازمة کالبیع و شبهه، یقتضی اعتبار اللفظ.

و من المعلوم: ان النقل الحقیقی العرفی من المالک یحصل بتأثیر الاجازة.

(و استدل علیه) ای علی اعتبار اللفظ فی الاجازة (بعضهم من انها) ای الاجازة (کالبیع فی استقرار الملک) فان البیع یوجب اصل الملک، و الاجازة توجب استقرار الملک، فاذا کان البیع یحتاج الی اللفظ، فالاجازة أیضا تحتاج الی اللفظ (و هو یشبه المصادرة) لان کون الاجازة مثل البیع اوّل الکلام، فالاستدلال بما هو محل کلام، شبه مصادرة و لیس بمصادرة لانها عبارة عن الاستدلال بنفس المطلوب.

(و یمکن ان یوجه) هذا الاستدلال بما یخرجه عن کونه شبه مصادرة (بان الاستقراء فی النواقل الاختیاریة) ای مقابل غیر الاختیاریة مثل الارث (اللازمة) مقابل غیر اللازمة، کبعض اقسام الهبة (کالبیع، و شبهه، یقتضی اعتبار اللفظ) فکان الاستقراء افاد قاعدة کلیة، هی: ان کل ناقل لازم یحتاج الی اللفظ.

(و) اذا ضممنا الی هذه الکلیة هذه الصغری، و هی: ان (من المعلوم: ان النقل الحقیقی العرفی من المالک یحصل بتأثیر الاجازة) فکانها ناقلة، افاد ان الاجازة تحتاج الی النقل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۱

و فیه: نظر، بل لو لا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرین، تعین القول بکفایة نفس الرضا، اذا علم حصوله من ای طریق کما یستظهر من کثیر من الفتاوی، و النصوص، فقد علل جماعة عدم کفایة السکوت فی الاجازة، بکونه اعم من الرضا، فلا یدل علیه.

فالعدول عن التعلیل بعدم اللفظ الی عدم الدلالة.

(و فيه) ان فى هذا التوجيه (نظر).

اذ: أولا، اى دليل على ان كل ناقل يحتاج الى اللفظ؟

و ثانيا: الاجازة ليست ناقلة مطلقا، بل انما تكون ناقلة، على النقل فقط (بل لو لا شبهة الاجماع) على اعتبار اللفظ، او الفعل الدال على الاجازة (الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين، تعين القول بكفاية نفس الرضا، اذا علم حصوله) اى حصول الرضا (من اى طريق) و العلم انما يحتاج إليه فى مقام الاثبات، اما فى مقام الثبوت، فهو كاف، فالراضى يجب عليه ان يرتب الأثر على رضاه (كما يستظهر) كفاية الرضا فقط، من دون حاجة الى فعل او قول (من كثير من الفتاوى، و النصوص).

اما استفادة ذلك من الفتاوى (فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الاجازة، بكونه) اى السكوت (اعم من الرضا، فلا يدل السكوت (عليه) اى على الرضا- اذ من الممكن ان يكون السكوت خوفا او ما اشبه-.

(فالعدول) اى عدول هؤلاء المعللين (عن التعليل بعدم اللفظ) اى لم يقولوا: السكوت لا يكفى لانه ليس بلفظ (الى عدم الدلالة) حيث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۳۲

كالصريح فيما ذكرنا.

و حكى عن آخرين، انه: اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة، فحلف، انفسخت، لان الحلف يدل على كراهتها.

و ذكر بعض انه يكفى فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها.

و من المعلوم: ان ليس المراد من ذلك انه لا يحتاج الى اجازتها بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا، و ان لم يفد القطع دفعا

عللوا بان السكوت لا يدل (كالصريح فيما ذكرنا) من كفاية الرضا اذا علم به.

(و حكى عن آخرين، انه: اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة، فحلف) انه لم يأذن للوكيل (انفسخت، لان الحلف يدل على كراهتها) اى كراهة الموكل للمعاملة.

فهذا يدل على ان الكراهة، توجب الفسخ بدون اللفظ، و حيث ان الفسخ و الامضاء من واد واحد، فالامضاء أيضا يتحقق بالرضا بدون اللفظ.

(و ذكر بعض انه يكفى فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها) فيدل هذا الكلام على كفاية السكوت، و عدم الاحتياج الى اللفظ.

(و من المعلوم: ان ليس المراد من ذلك) الكلام بكفاية سكوتها (انه لا يحتاج الى اجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا، و ان لم يفد) السكوت (القطع).

و انما يكفى ذلك- و ان لم يفد القطع- (دفعا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۳۳

للحرج عليها، و علينا.

ثم ان الظاهر: ان كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن، و تمكين الزوجة، اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببية الفعل تعبدا.

و قد صرح غير واحد، بانه لو رضى المكره بما فعله، صح و لم يعبروا بالاجازة.

للحرج عليها) لان حيائها مانع عن ان تتكلم، فاكتفى بسكوتها (و علينا) فاذا امرنا بان نسمع كلامها يلزم علينا التكرار فى استجوابها حتى يصل ذلك الى حد الحرج.

(ثم ان الظاهر: ان کل من قال بکفایة الفعل الکاشف عن الرضا) فی باب الاجازة (کأکل) صاحب الکتاب الّذی یبیع کتابه فضولا- مثلا- (الثمن) عالما عامدا (و تمکین الزوجة) المعقودة فضولة، من نفسها للزوج (اکتفی به) ای بالفعل الدال علی الاجازة (من جهة الرضا المدلول علیه) ای علی ذلک الرضا (به) ای بالفعل (لا من جهة سببیة الفعل تعبدا) اذ: لا تعبد فی کفایة الفعل.

و علی هذا فالمعیار هو الرضا لا غیر.

(و قد صرح غیر واحد، بانه لو رضی المکره بما فعله) حین کونه مکرها کما لو اکره علی العقد، ثم رضی به (صح) ما فعله (و لم یعبروا بالاجازة) و ذلک مما یدل علی کفایة الرضا.

هذا کله کلماتهم الدالة علی کفایة الرضا فی باب الاجازة، و انه لا یحتاج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۴

و قد ورد فی: من زوجت نفسها فی حال السکر، انها اذا اقامت معه بعد ما افاقت، فذلک رضاء منها.

و عرفت أیضا استدلالهم علی کون الاجازة کاشفة، بان العقد مستجمع للشرائط، عدا رضی المالک، فاذا حصل، عمل السبب التام عمله.

و بالجملة: فدعوی الاجماع فی المسألة دونها خرط القتاد.

و حینئذ فالعمومات المتمسک بها لصحة الفضولی

الی اللفظ و الفعل.

(و) اما الروایات ف (قد ورد فی: من زوجت نفسها فی حال السکر، انها اذا اقامت معه) ای مع الرجل (بعد ما افاقت، فذلک رضاء منها) و هذا کاشف عن ان الرضا کاف فی الاجازة، و الا لم یکن وجه لهذا التعلیل.

(و عرفت أیضا استدلالهم علی کون الاجازة کاشفة، بان العقد مستجمع للشرائط، عد ارضی المالک، فاذا حصل) رضی المالک (عمل السبب التام عمله).

فهذا یدل علی ان الاجازة، انما هی طریقیة الی الرضا، و لا خصوصیة لها.

(و بالجملة: فدعوی الاجماع) علی عدم کفایة الرضا فقط، بدون لفظ افعل (فی المسألة) ای مسئلة الاجازة فی العقد الفضولی (دونها) و اسهل منها (خرط القتاد) عود له شوک حاد، فامرار الید من فوقه الی اسفله، عکس منبت الشوک، یوجب تقطع الید و جراحتها.

(و حینئذ) اذ: لا- دلیل علی اعتبار اللفظ او الفعل، فی باب الاجازة (فالعمومات المتمسک بها لصحة الفضولی) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تجارة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۵

السالمة عن ورود مخصص علیها عدا ما دل علی اعتبار رضی المالک فی حل ماله، و انتقاله الی الغیر، و رفع سلطنته عنه، اقوی حجة فی المقام.

مضافا: الی ما ورد فی عدة اخبار من ان سکوت المولی بعد علمه بتزویج عبده، اقرار منه له علیه.

و ما دل علی ان قول المولی لعبده المتزوج بغیر اذنه: طلق، یدل علی الرضا بالنکاح، فیصیر اجازة.

عن تراض (السالمة عن ورود مخصص علیها) یدل ذلک المخصص علی اعتبار اللفظ او الفعل (عدا ما دل علی اعتبار رضی المالک) نحو: لا- یحل مال امرئ الا بطیب نفسه، فما دل علی اعتبار رضی المالک (فی حل ماله، و) فی (انتقاله الی الغیر، و) فی (رفع سلطنته عنه) ای عن ماله (اقوی حجة فی المقام) اذ: الدلیل انما دل علی اعتبار الرضی فقط، و لا دلیل آخر، یدل علی اعتبار شیء آخر من

لفظ او کتابة.

اللهم الا ان یقال: ان الرضا لا یصحح الاستناد، و العقد یحتاج الی الاستناد، حتی یشمله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، المفهوم منه: بعقودکم.

و لذا مجرد رضی الطرفین بالنکاح بدون الاعلام لا یصحح عمل الفضولیین، بدون اجازة لاحقة.

(مضافا: الی ما ورد فی عدة اخبار من ان سکوت المولی بعد علمه بتزویج عبده، اقرار منه) ای من المولی (له) ای للعبد (علیه) ای علی التزویج.

(و ما دل علی ان قول المولی لعبده المتزوج بغیر اذنه: طلق، یدل علی الرضا) من المولی (بالنکاح، فیصیر اجازة) اذ: طلق، یدل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۶

و علی: ان المانع من لزوم نکاح العبد بدون اذن مولاه، معصیة المولی التی ترتفع بالرضی.

و ما دل: علی ان التصرف من ذی الخیار رضی منه. و غیر ذلک.

بقی فی المقام، انه اذا قلنا: بعدم اعتبار إنشاء الاجازة باللفظ، و کفایة مطلق الرضا، او الفعل الدال علیه فینبغی ان یقال: بکفایة وقوع مثل ذلک، مقارنا للعقد، او سابقا، فاذا فرضنا انه علم رضا المالک بقول او فعل، یدل علی رضاه ببیع ماله

بالالتزام علی انه راض بما تقدم من النکاح.

(و) ما دل (علی: ان المانع من لزوم) و نفوذ (نکاح العبد بدون اذن مولاه، معصیة المولی) معصیة خبر: ان، (التی ترتفع بالرضی) من المولی، اذ: لا عصیان مع الرضی، فقوله علیه السلام: فاذا اجاز، معناه:

فاذا رضی، بقرینة المقابلة بین: العصیان، و الاجازة.

(و ما دل: علی ان التصرف من ذی الخیار رضی منه) مما یدل علی ان الرضا، هو المعیار (و غیر ذلک) مما یجده المتتبع.

(بقی فی المقام، انه اذا قلنا: بعدم اعتبار إنشاء الاجازة باللفظ و کفایة مطلق الرضا او الفعل الدال علیه) ای علی الرضا (فینبغی ان یقال: بکفایة وقوع مثل ذلک) الرضا (مقارنا للعقد، او سابقا) علی العقد (فاذا فرضنا انه) ای المجری للعقد (علم رضا المالک بقول، او فعل، یدل علی رضاه) ای رضی المالک (ببیع ماله) کما لو قال: لیت یشتریه احد بمائة، او قال له احد: هل تبیعه بمائة اذا جاء المشتری الآن، فاشار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۳۷

کفی فی اللزوم لان ما یؤثر بلحوقه یؤثر بمقارنته، بطریق اولی.

و الظاهر: ان الاصحاب لا یلتزمون بذلک، فمقتضی ذلک، ان لا تصح الاجازة الا بما لو وقع قبل العقد کان اذنا مخرجا للبیع عن بیع الفضولی.

و یؤید ذلک: انه لو کان مجرد الرضا ملزما، کان مجرد الکراهة فسخا.

فیلزم عدم وقوع بیع الفضولی، مع نهی المالک، لان الکراهة الحاصلة حینه و بعده- و لو آنا مّا- یکفی فی الفسخ

برأسه علامة الرضا (کفی فی اللزوم) للبیع (لان ما یؤثر بلحوقه) و هو الرضا (یؤثر بمقارنته) او سبقه الباقی الی التقارن (بطریق اولی) لان العقد حینئذ مقارن للشرط.

(و الظاهر: ان الاصحاب لا یلتزمون بذلک) و ان العقد یخرج بهذا عن الفضولیة (فمقتضی ذلک، ان لا تصح الاجازة الا بما لو وقع) ذلک الشیء (قبل العقد کان اذنا مخرجا للبیع عن بیع الفضولی) و ذلک لیس الرضا المجرد، بل الرضا الّذی یقترن معه فعل او لفظ.

(و یؤید ذلک) الّذی قلنا ان مجرد الرضا لیس کافیا (انه لو کان مجرد الرضا ملزما، کان مجرد الکراهة فسخا) اذ: الفسخ و الامضاء،

من باب واحد، و الرضا و الكراهية من باب واحد، و كل واحد من هذين يلائم ذينك الامرين.

(فيلزم) من ذلك (عدم وقوع بيع الفضولى، مع نهى المالك) سابقا على العقد (لان الكراهة الحاصلة حينه) اى حين العقد (و بعده- و لو آنا مّا- يكفى فى الفسخ) و هذا ما لا يقول به المشهور

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۳۸

بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلا، الا ان يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، و ان كان مجرد الرضا اجازة.

«الثالث» من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد،

اذ: مع الرد ينفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الاجازة.

و الدليل عليه- بعد ظهور الاجماع بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا- ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفى العقد، و الا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد.

لما عرفت من ان وجوب الوفاء، انما هو فى حق العاقدين، او من قام

(بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلا، الا ان يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، و ان كان مجرد الرضا اجازة) بان يقال: لا تلازم بين الامرين شرعا، فاذا استفدنا من بعض الادلة كفاية الرضا فى الاجازة، و عدم كفاية الكراهة فى باب الفسخ، نلتزم بكل ما استفدناه فى مورده.

(الثالث: من شروط الاجازة) فى كونها موجبة للزوم بيع الفضولى (ان لا يسبقها الرد، اذ: مع الرد ينفسخ العقد، فلا يبقى ما) اى الاعتبار العقلى و الشرعى الّذى (يلحقه الاجازة) فتوجب لزومه.

(و الدليل عليه) اى على ان الرد السابق على الاجازة موجب لعدم نفوذ الاجازة (- بعد ظهور الاجماع بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفى العقد) فيشمله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و الا) تكن اجازة (لم يكن) المالك (مكلفا بالوفاء بالعقد) لان العقد حينئذ ليس عقده.

(لما عرفت من ان وجوب الوفاء، انما هو فى حق العاقدين، او من قام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۳۹

مقامهما.

و قد تقرر ان من شروط الصيغة ان لا يحصل بين طرفى العقد، ما يسقطهما عن صدق العقد الّذى هو فى معنى المعاهدة.

هذا، مع ان مقتضى: سلطنة الناس على اموالهم، تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، فتأمل.

نعم: الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة، ظاهرة فى صحة الاجازة بعد الرد.

مقامهما) اى المالكين الذين قام الوكيل مقامهما فى اجراء العقد.

(و قد تقرر ان من شروط الصيغة) اى صيغة العقد (ان لا يحصل بين طرفى العقد، ما يسقطهما عن صدق العقد الّذى هو فى معنى المعاهدة) و الرد مما يسقط العقد.

(هذا، مع ان مقتضى: سلطنة الناس على اموالهم، تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه) اى ملك الرد، لان امر ملكه بيده، ان شاء اجاز، و ان شاء رد.

(ف) اذا رد (لا يبقى ما يلحقه الاجازة، فتأمل) حيث ان: الناس مسلطون على اموالهم، لا على احكامهم، و كون الرد موجبا لقطع

العلاقة بحيث لا يكن ارجاعها بالاجازة، حكم، و ليس يشمله: الناس مسلطون.

(نعم: الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة) التى تقدمت (ظاهرة فى صحة الاجازة بعد الرد) لان ظاهرها ان الأب رد بيع الجارية، ثم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۴۰

اللهم الا ان يقال: ان الرد الفعلى كاخذ المبيع- مثلا- غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ.

و دعوى: ان الفسخ هنا: ليس باولى من الفسخ فى العقود اللازمة و قد صرحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: ان الفعل الّذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع، كالوطى، و العتق، و نحوهما، لا مثل اخذ

لما ضغط عليه المشترى بأخذ ولده اجاز البيع.

(اللهم الا ان يقال) لبيان عدم دلالة الصحيحة (ان الرد الفعلى) الّذى كان فى بيع الوليدة (كاخذ المبيع) فضولة (- مثلا- غير كاف) فى كونه ردا مبطلا للبيع (بل لا بد من إنشاء الفسخ) لفظا، و لم يحصل من مالك الوليدة إنشاء لفظى للفسخ، بل حصل منه الرد الفعلى، فلم يبطل البيع، بل بقى على صلاحيته فى لحوق الاجازة به.

(و دعوى) ان الفسخ الفعلى فى الفضولى أيضا كاف ل (ان الفسخ هنا، ليس باولى من الفسخ فى العقود اللازمة، و قد صرحوا بحصوله) اى الفسخ فى العقود اللازمة، (بالفعل) كما اذا اعطى المشترى للبائع المبيع مفهما انه يريد الفسخ و الاقالة، فقبل البائع، و رد إليه الثمن.

(يدفعها) اى الدعوى المذكورة (ان الفعل الّذى يحصل به الفسخ) لا نسلم انه كل فعل، بأية كيفية كانت؟ بل (هو فعل لوازم ملك المبيع، كالوطى، و العتق، و نحوهما) حيث ورد: لا عتق الا فى ملك، و لا وطى الا فى ملك، فمثل هذا الفعل يكون فسخا (لا) كل فعل (مثل اخذ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۴۱

المبيع.

و بالجملة: فالظاهر هنا، و فى جميع الالتزامات، عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ، فان سلم ظهور الرواية فى خلافه فليطرح او يؤول.

الرابع: الاجازة اثر من آثار سلطنة المالک علی ماله.

المبيع) و نحوه.

(و بالجملة: فالظاهر هنا، و فى جميع الالتزامات، عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ، فان سلم ظهور الرواية) اى رواية الوليدة (فى خلافه) و انه تنفع الاجازة بعد الرد (فليطرح) لانه خلاف المفهوم عرفا من الرويات الدالة على كفاية الاجازة فى امثال المقام، و لا قوة فى هذه الرواية الواحدة لتنهض فى قبال كل تلك الروايات (او يئول) بان مالك الوليدة انما اخذها ليحصل على ثمنها من ولده، حيث رأى ان هذا الاخذ يوجب الضغط على المشترى، فيضغط على الولد، لا انه اخذها بقصد الفسخ، و لكن لا يخفى ما فى الامرين، فتامل.

(الرابع) من الامور المربوطة بالاجازة و الرد، الكلام حول ان الاجازة من الاحكام الشرعية، و ليست من الحقوق، و لذا لا تورث، و لا تترتب عليه الاحكام المترتبة على الحقوق، ف (الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله) كما ان للمالك سائر اقسام السلطنة، كالبيع، و الشراء، و الهبة، و العتق و ما اشبه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۴۲

فموضوعها: المالك.

فقولنا له ان يجيز مثل: قولنا له ان يبيع، و الكل راجع الى ان له ان يتصرف فلو مات المالك لم يورث الاجازة، و انما يورث المال الّذى عقد عليه الفضولى فله الاجازة بناء على ما سيجىء من جواز مغايرة المجيز، و المالك حال العقد فيمن باع مال ابيه، فبان ميتا و الفرق بين إرث الاجازة، و إرث المال يظهر بالتأمل.

(فموضوعها) اى الاجازة (المالک) فلا تنتقل الى الوارث اذا مات المالک، کسائر الاحکام التى موضوعها خاص، فلا يتعدى الحكم الى الوارث اذا مات من له الحكم.

(فقولنا له) اى للمالک (ان يجيز) البيع الفضولى (مثل: قولنا له ان يبيع) اوله ان يهب (و الكل راجع الى ان له) اى للمالک (ان يتصرف فلو مات المالک لم يورث الاجازة) لانها من الحكم لا من الحق (و انما يورث المال الّذى عقد عليه الفضولى) فيكون حال الوارث حال المورث، فى ان له ان يجيز، و ان يبيع، و ان يهب (فله الاجازة) كما كان لمورثه (بناء على ما سيجىء من جواز مغايرة المجيز، و المالک حال العقد) «و المالک» مربوط ب: حال العقد (فيمن باع مال ابيه، فبان ميتا) و ان الولد البائع كان وارثا للاب.

(و) ان قلت: اىّ فرق بين ان نقول: الوارث يرث المال و تبعا له له ان يجيز، و بين ان نقول: الوارث يرث الاجازة رأسا.

قلت: (الفرق بين إرث الاجازة، و إرث المال يظهر بالتأمل) فانه لو ورث الاجازة كانت الزوجة أيضا وارثة، فيما اذا كان المبيع ارضا، بخلاف ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۴۳

الخامس: اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن، و لا لإقباض المبيع،

و لو اجازهما صريحا، او فهم

لو كان مصب الارث الارض، فان الزوجة لا ترث.

و لو شک فى ان الاجازة هل هى من الاحكام او من الحقوق؟ كان اللازم اتباع الاصل فى المسألة، فيما اذا لم يكن هناک ظاهر دليل يؤيد امر الجانبين.

فبعض ذهبوا الى: ان الاصل الحكم، لاصالة عدم التوسعة المترتبة على الحق على هذا الشىء المشكوک، فان الارث- مثلا- يحتاج الى دليل مفقود فى المقام.

و قال آخرون: الاصل الحق، لان المالكية هى تقتضى الحق، الا ما خرج بالدليل، فاذا قيل لزيد هذا الشىء- سواء كان عينا او غير دين- استفيد عرفا ان حاله حال سائر الاملاک، الا بالمقدار الخارج بدليل.

(الخامس) من الامور المربوطة بالرد و الاجازة فى الفضولى (اجازة البيع) الفضولى (ليست اجازة لقبض الثمن، و لا لإقباض المبيع) فلو باع الفضول كتاب زيد لعمرو، و سلم الكتاب، و اخذ ثمنه، ثم ان زيد اجاز البيع، لكنه لم يجز القبض و الاقباض، و كان الثمن قد تلف فى يد الفضول، فالمشترى ملزم بدفع الثمن الى مالک الكتاب.

كما انه لو تلف الكتاب قبل اجازة المالک، كان تلفه من مال صاحب المالک لان التلف قبل القبض من مال مالكه (و لو اجازهما) اى القبض و الاقباض المالک (صريحا) بان قال: اجزت بيعک، و قبضک، و اقباضک (او فهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۴۴

اجازتهما من اجازة البیع، مضت الاجازة.

لان مرجع اجازة القبض الی اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتری.

و مرجع اجازة الاقباض الی حصول المبیع فی ید المشتری برضی البائع، فیترتب علیه جمیع الآثار المترتبة علی قبض المبیع.

لکن ما ذکرنا: انما یصح فی قبض الثمن المعین.

و اما قبض الکلی و تشخصه به

اجازتهما من اجازة البیع) فهما عرفیا (مضت الاجازة) للقبض و الاقباض، فلا یترتب علی الثمن و المثمن آثار قبل التقابض.

و انما تنفع اجازة القبض و الاقباض.

(لان مرجع اجازة القبض الی اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتری) فاذا تلف الثمن قبل اخذ المالک، لم یکن علی المشتری شیء.

(و مرجع اجازة الاقباض الی حصول المبیع) کالکتاب فی المثال (فی ید المشتری برضی البائع، فیترتب علیه) ای علی هذا الاقباض بالاجازة (جمیع الآثار المترتبة علی قبض المبیع) کما فی باب الصرف و السلم، و فی انه: لو تلف کان من کیس الآخذ، لا من کیس البائع- لان التلف قبل القبض من مال مالکه- الی غیرها من الآثار المذکورة فی الفقه.

(لکن ما ذکرنا) من مضی اجازة القبض و الاقباض، اذا دل علی ذلک صریح کلام المالک، او فهم منه (انما یصح فی قبض الثمن المعین) کما لو باع الفضول کتاب زید بدینار خاص، لعمرو.

(و اما قبض الکلی) کما لو باع الکتاب بدینار کلی (و تشخصه) ای الکلی (به)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴۵

فوقوعه: من الفضولی علی وجه تصححه الاجازة، یحتاج الی دلیل، معمم لحکم عقد الفضولی، لمثل القبض و الاقباض.

و اتمام الدلیل علی ذلک لا یخلو عن صعوبة.

و عن المختلف انه: حکی عن الشیخ انه لو اجاز المالک بیع الغاصب لم یطالب المشتری بالثمن.

ای بالقبض (فوقوعه) ای التشخص (من الفضولی علی وجه تصححه) ای القبض و التشخص (الاجازة)- فاعل یصححه- (یحتاج الی دلیل معمم، لحکم عقد الفضولی، لمثل القبض و الاقباض) فان الدلیل اللفظی و العرفی، انما دل علی ان الفضولی من العقود یصححه الاجازة، اما ان القبض الفضولی یصححه الاجازة فلا دلیل علیه.

(و اتمام الدلیل علی ذلک) ای جریان الفضولی فی الاقباض و القبض (لا- یخلو عن صعوبة) کان یقال: بالمناط، و انه اذا جری الفضولی فی العقد الّذی هو اهم، یجری فی القبض الّذی هو دون العقد فی الاهمیة.

او یقال ان: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، یشمل توابع العقد أیضا، او ما اشبه من انه: امر عقلائی و لم یمنع عنه الشرع.

(و عن المختلف انه: حکی عن الشیخ انه لو اجاز المالک بیع الغاصب لم یطالب) المالک (المشتری بالثمن).

و وجهه: ان اجازة البیع اجازة للقبض، فکان البائع قبض الثمن من المشتری، فاللازم ان یطالب المالک الثمن من الغاصب، لا المشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴۶

ثم ضعفه: بعدم استلزام اجازة العقد، لاجازة القبض.

و علی ای حال، فلو کان اجازة العقد دون القبض، لغوا، کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی، و التفرق، کان اجازة العقد، اجازة للقبض، صونا للاجازة عن اللغویة.

و لو قال: اجزت العقد دون القبض، ففی بطلان العقد، او بطلان رد القبض، وجهان.

(ثم ضعفه) المختلف (بعدم استلزام اجازة العقد، لاجازة القبض) فللمالک ان یطالب المشتری بالثمن.

(و علی ای حال، فلو کان اجازة) المالک (العقد دون القبض، لغوا) اذ: لا اثر للعقد اصلا، بدون القبض (کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی، و التفرق) اذ: لو کان المجلس باقیا، و قبض المالک فی نفس المجلس، لم یکن وجه للبطلان (کان اجازة العقد، اجازة للقبض، صونا للاجازة عن اللغویة).

و هذا اذا لم یکن هناک دلیل علی ان المجیز اجاز نفس العقد فقط، اذ اللغو منفی عن الله و اولیائه، اما سائر الناس فیتطرق اللغو الی اعمالهم.

(و لو قال) المالک (اجزت العقد دون القبض، ففی بطلان العقد) لان العقد بدون القبض فی السلم و الصرف باطل (او بطلان رد القبض) لان لازم اجازته للعقد، صحة القبض، فرده للقبض یقع باطلا، بعد ان اجاز اصل العقد (وجهان).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴۷

السادس: الإجازة لیست علی الفور،

للعمومات، و لصحیحة محمد بن قیس و اکثر المؤیدات المذکورة بعدها.

و لو لم یجز المالک و لم یرد، حتی لزم تضرر الاصیل بعدم تصرفه فیما انتقل عنه، و إلیه- علی القول بالکشف-.

و ربما یرجح الاول، لان تطرق الفساد من ناحیته، یوجب الفساد المطلق.

(السادس) من الامور المرتبطة بالرد و الاجازة (الاجازة) المصححة للعقد الفضولی (لیست علی الفور) فاذا علم المالک، بان الفضولی باع متاعه فاجاز بعد اسبوع- مثلا- صحت الاجازة، و لیست کحق الشفعة، و ما اشبهه مما قالوا فیه بالفوریة (للعمومات) الدالة علی اشتراط الاجازة فی نفوذ البیع من غیر تقیید بالفوریة (و لصحیحة محمد بن قیس) المتقدمة فان الاجازة فیما کانت بعد مدة من العقد (و اکثر المؤیدات المذکورة بعدها) ای بعد الصحیحة التی تؤید صحة الفضولی.

(و لو لم یجز المالک و لم یرد) بعد الاطلاع او قبله (حتی لزم تضرر الاصیل ب) سبب (عدم تصرفه فیما انتقل عنه، و) فیما انتقل (إلیه) لانه لا یعلم هل یجیز، حتی یتصرف فیما انتقل إلیه؟ او یرد حتی یتصرف فیما انتقل عنه (علی القول بالکشف) اذ: الکشف، هو الّذی یوجب حصول الانتقال من حین البیع.

اما علی القول بالنقل، فالمالک الاصیل یجوز له ان یتصرف فیما انتقل عنه قبل الاجازة، لانه لم ینتقل بعد الی الطرف الفضولی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴۸

فالاقوی تدارکه، بالخیار، او اجبار المالک علی احد الامرین.

السابع: هل یعتبر فی صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما، او خصوصا أم لا؟ وجهان.

(فالاقوی تدارکه) ای التضرر (بالخیار) فان: لا ضرر، ینفی لزوم البیع، فان الضرر ناشئ عن لزوم البیع، لا عن اصل البیع، کما ذکروا مثل ذلک فی استدلالهم لبعض اقسام الخیار (او اجبار المالک) من قبل الحاکم الشرعی (علی احد الامرین) من الاجازة، او الرد، و ذلک لان الحاکم الشرعی ولی الممتنع، و له اجباره، لکن الخیار یشکل فی مثل عقد النکاح الّذی قالوا: بانه لا یجری فیه، فتأمل.

(السابع) من الامور المربوطة بالاجازة و الرد (هل یعتبر فی صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع) من جانب الفضولی (عموما) بان یکون جامعا بین الاجازة و بین العقد فی الجملة، و ان لم تطابق الاجازة خصوصیات العقد- کما سیأتی مثاله- (او خصوصا) فیلزم التطابق بینهما من جمیع الجهات (أم لا؟ وجهان) الصحة مطلقا، لان العقد قابل للتبعیض عرفا، فاذا کان المالک هو مجری العقد، لا یحق له ان یبعضه فیما بعد، لوجوب الوفاء بالعقد، اما لو کان المجری الفضول فالمالک انما یلتزم بالمقدار الّذی یلتزم به، و لزوم المطابقة لان

العقد انما وقع علی النحو الخاص، لعدم الالتزام ببعضه فی معنی عدم الالتزام به اصلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۴۹

الاقوی: التفصیل، فلو اوقع العقد علی صفقة فاجاز المالک بیع بعضها، فالاقوی الجواز کما لو کانت الصفقة بین مالکین، فاجاز احدهما.

و ضرر التبعض علی المشتری، یجبر بالخیار.

و لو اوقع العقد علی شرط، فاجازه المالک مجردا عن الشرط.

و (الاقوی: التفصیل، فلو اوقع العقد علی صفقة) کبیع دارین مثلا (فاجاز المالک بیع بعضها، فالاقوی الجواز) بالصحة فی المجاز و البطلان فی غیره.

فان حال هذا (کما لو کانت الصفقة بین مالکین، فاجاز احدهما) کما لو باع الفضول دار زید و دار عمرو، فاجاز احدهما دون الآخر، فان مقتضی القاعدة: الصحة فی المجاز دون غیره، لانه بیع عقلائی فیصدق علیه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و) ان قلت: ربما تضرر المشتری بسبب تبعض الصفقة.

قلت: أولا: المشتری العالم قد اقدم بنفسه علی ذلک و مثل هذا الضرر لیس مرفوعا.

و ثانیا (ضرر التبعض علی المشتری یجبر بالخیار) لان لزوم هذا البیع علیه، ضرر علیه، فهو مرفوع بدلیل: لا ضرر.

(و لو اوقع العقد علی شرط) کما لو باع الفضول دار زید لعمرو، بشرط ان یتسلمه ایاها بعد سنة- لمحذور له فی التسلم قبل ذلک مثلا- (فاجازه المالک مجردا عن الشرط) بان اراد تسلیمها له حالا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۰

فالاقوی عدم الجواز، بناء علی عدم قابلیة العقد للتبعیض، من حیث الشرط و ان کان قابلا للتبعیض من حیث الجزء، و لذا لا یؤثر بطلان الجزء، بخلاف بطلان الشرط.

و لو انعکس الامر، بان عقد الفضولی مجردا عن الشرط، و اجاز المالک مشروطا

ففی صحة الاجازة مع الشرط- اذا رضی به الاصیل فیکون نظیر

(فالاقوی عدم الجواز) ای عدم نفوذ هذه الاجازة، و عدم تأثیرها فی صحة بیع الفضولی (بناء علی عدم قابلیة العقد للتبعیض، من حیث الشرط) لان المشروط ینتفی عرفا عند عدم شرطه، فاجازة المشروط دون الشرط کالتناقض، و ذلک بخلاف الجزء الّذی یری العرف ان احد الجزءین لا یرتبط بالآخر، و ان کان الواقع ان کلا من الجزء و الشرط مثل الآخر عقلا (و ان کان قابلا للتبعیض من حیث الجزء، و لذا لا یؤثر بطلان الجزء) کما اذا باع الخمر و الخل، فان البیع فی الاول باطل، و یؤثر بطلانه فی بطلان اصل البیع (بخلاف بطلان الشرط) فانه یؤثر فی بطلان البیع، کما اذا باعه الدار، بشرط ان یعمل فیها الخمر- مثلا-

(و لو انعکس الامر، بان عقد الفضولی مجردا عن الشرط، و اجاز المالک مشروطا) کما لو باع الفضول دار زید بیعا مطلقا، فقبل زید بشرط تأخیر الاقباض الی سنة- مثلا-.

(ففی صحة الاجازة مع الشرط- اذا رضی به) ای بالشرط (الاصیل-) ای الطرف الآخر، مقابل الفضول (فیکون نظیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۱

الشرط الواقع فی ضمن القبول، اذا رضی به الموجب.

او بدون الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط، الا اذا وقع فی حیز العقد، فلا یجدی وقوعه فی حیز القبول، الا اذا تقدم علی الایجاب

لیرد الایجاب علیه أیضا، او بطلانها، لانه اذا لغی الشرط، لغی المشروط، لکون المجموع التزاما واحدا.

الشرط الواقع فی ضمن القبول، اذا رضی به الموجب) کما لو قال الموجب:

بعتک الدار بالف، فقال القابل: قبلت بشرط ان تخیط ثوبی، فقال الموجب: قبلت.

و انما یکون هذا نظیر ذاک، لان اجازة المالک فی الفضولی بمنزلة القبول.

(او بدون الشرط) عطف علی: مع الشرط (لعدم وجوب الوفاء بالشرط، الا اذا وقع فی حیز العقد) لعدم دلیل علی لزوم الوفاء بالشرط مطلقا (فلا یجدی وقوعه) ای الشرط (فی حیز القبول) کمثال بیع الدار المتقدم (الا اذا تقدم) القبول (علی الایجاب، لیرد الایجاب علیه) ای علی الشرط (أیضا) کما ورد القبول، کما لو قال المشتری: قبلت اشتراء الدار بالف، بشرط ان تخیط ثوبی، فقال البائع: بعت هکذا (او بطلانها) ای الاجازة (لانه) یلغو الشرط و (اذا لغی الشرط، لغی المشروط) و المشروط عدم، عند عدم شرطه (لکون المجموع التزاما واحدا) و لا یبقی بعض الالتزام حین سقوط بعضه الآخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۲

وجوه: اقواها: الاخیر.

و اما القول فی المجیز

اشارة

فاستقصاؤه یتم ببیان امور،

الأول یشترط فی المجیز ان یکون حین الاجازة جائز التصرف،

بالبلوغ، و العقل و الرشد، و لو اجاز المریض بنی نفوذها علی نفوذ منجزات المریض.

و لا فرق فیما ذکر بین القول بالکشف، و النقل.

(وجوه) ثلاثة (اقواها: الاخیر) لما عرفت.

و لکن لا یبعد انه لو رضی المالک لزم الوفاء، لصدق انه التزام فی ضمن عقد، فیکون الاقوی هو الوجه الاول.

(و اما القول فی المجیز فاستقصاؤه) ببیان احکامه کاملة (یتم ببیان امور، الاول یشترط فی المجیز ان یکون حین الاجازة جائز التصرف، بالبلوغ، و العقل، و الرشد) بان یکون له ملکة حسن التصرف فی ماله مقابل السفیه الّذی لیست له هذه الملکة (و لو اجاز المریض بنی نفوذها) ای نفوذ الاجازة من العقد (علی نفوذ منجزات المریض) و هی: عبارة عن العقود، و ما اشبه، التی یعقدها و ینجزها المریض، ثم یموت.

فقد اختلفوا فی انها هل تنفذ مطلقا؟ أو لا تنفذ، او یفصل بین المنجزات بالنفوذ فی البعض دون البعض.

(و لا فرق فیما ذکر) من اشتراط کون المجیز حین الاجازة جائز التصرف (بین القول بالکشف، و النقل) فلا یتوهم انه لو قلنا: بالکشف لا یجب ان یکون جائز التصرف حال الاجازة.

فمثلا تصح الاجازة من المریض، و ان کان حال الاجازة مریضا و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۳

الثانی: هل یشترط فی صحة عقد الفضولی وجود مجیز حین العقد؟

فلاـ يجوز بيع مـال اليتيم لغير مصـلحة، و لاـ تنفعه اجـازته اذا بلغ، او اجازة وليه اذا حـدثت المصـلحة بعـد البيع، أم لا يشترط؟ قولان، اولهما:
للعلامة فى ظاهر القواعد، و استدل له بان صحة العقد- و الحال هذه-

---

قلنا: بعدم صحة منجزات المريض.
وجه التوهم: انه حال العقد كان جائز التصرف، و يكفى ذلك فى نفوذ الاجازة.
و وجه العدم: انه انما تكون الاجازة كاشفة فيما اذا كان المجيز له الاهلية فى حال الاجازة، و الا فالاجازة باطلة، فلا كشف.

(الثانى) من الامور المربوطة بالمجيز (هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد) أم يكفى وجود المجيز حال الاجازة فقط

و اذا شرطنا وجود المجيز حين العقـد (فلاـ يجوز بيع مـال اليتيم لغير مصـلحة) فى مـا اذا كان البائع وليا، اما غير الولى، فلا يجوز بيعه، حتى لو كان فيه مصلحة (و لا تنفعه اجازته اذا بلغ) لعدم وجود المجيز حال العقد (او اجازة وليه اذا حدثت المصلحة بعد البيع) كما لو بـاع داره التى تسوى الفـا بخمسـمائة، ثم حـدث ان انخفضت القيمـة الى أربعمائـة، حيث كـان البيع بخمسـمائة مصـلحة- مثلا- (أم لا يشترط) وجود المجيز حال العقـد (قولان، اولهما: للعلامـة فى ظاهر القواعـد، و اسـتدل له بان صـحة العقـد) الّذى اجراه الفضول (- و الحال هذه-) بحيث لا مجيز حال العقد
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۵۴
ممتنعة، فاذا امتنع فى زمان، امتنع دائما.
و بلزوم الضرر على المشترى، لامتناع تصرفه فى العين، لامكان عدم الاجازة، و لعدم تحقق المقتضى.
و لا فى الثمن، لامكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه.
و يضعف الاول- مضافا الى ما قيل من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه

(ممتنعة) اذ: لم يعقد المالك، و لا مالك اصلا يصح عقده- فى هذا الحال- (فاذا امتنع فى زمان، امتنع دائما) اذ: فى وقت العقد امتناع و فى وقت الامكان لا عقد، فسحب نفس العقد الممتنع نفوذه، الى زمان الامكان، غير ممكن.
(و بلزوم) عطف على: بان صـحة العقد (الضرر على المشترى لامتناع تصرفه فى العين) امتناعا شرعيا (لامكان عدم الاجازة) فلا يتمكن ان يتصرف فى الثمن (و لعدم تحقق المقتضى) لجواز التصرف الّذى هو رضى المالك
كمـا (و) انه (لاـ) يتمكن ان يتصـرف (فى الثمن، لامكـان تحقق الاجازة) فيكون الثمن للبائع، لا للمشترى، حتى يتصـرف فيه (فيكون) الثمن (قد خرج عن ملكه) فكيف يتصرف فيما ليس ملكا له؟
(و يضـعف الاـول) و هو مـا ذكره العلامـة، بقوله: بان صـحة العقـد الـخ (مضافا الى ما قيل من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيـدا امتنع الوصول إليه
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۵۵
عادة- منع ما ذكره، من ان امتناع صحة العقد فى زمان، يقتضى امتناعه دائما، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف؟

عـادة) و الحـال انه لاـ يمكن ان يقـال: ببطلان الفضولى فى هـذه الصورة مع انها مثل عـدم المجيز فى حال العقـد، فى كون كليهما لا وصول الى المجيز، اما لعدم المجيز، و اما لعدم تمكن التوصل إليه-.

نعم: منتهی الامر، ان یقال: بالخیار للطرف، لقاعدة: لا ضرر و ذلک فیما اذا لم یقدم هو علی الضرر، او اقدم هو علی الضرر، لکن الشارع لم یجوز مثل هذا الضرر، کما لو باع جمیع امواله بحیث صار مضطرا الی القوت- مثلا-.

فمضافا الی ما قیل (منع ما ذکره، من ان امتناع صحة العقد فی زمان یقتضی امتناعه دائما).

و ذلک لعدم التلازم بین الامرین، بل اللازم الفرق بین الحالین.

اذ: فی الحالة الاولی، عدم الصحة مستند الی عدم المجیز.

و فی الحالة الثانیة، یوجد المجیز فاللازم ان نقول بالصحة (سواء قلنا بالنقل، أم بالکشف).

اما علی النقل، فواضح، لان النقل و الانتقال یکون من حال الاجازة، و فی هذا الحال، المجیز موجود.

و اما علی الکشف، فلان المال انما یأتی آخر علل نقله فی حال وجود المجیز، و ان کان هذا الجزء من العلة یکون من قبیل الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۶

و اما الضرر: فیتدارک بما یتدارک به صورة النقض المذکورة.

هذا کله مضافا الی الاخبار الواردة فی تزویج الصغار فضولا الشاملة لصورة وجود ولی النکاح، و اهماله الاجازة الی بلوغهم.

و صورة عدم وجود الولی، بناء علی عدم ولایة الحاکم علی الصغیر فی النکاح، و انحصار الولی فی الأب، و الجد، و الوصی، علی خلاف فیه.

المتأخر.

(و اما الضرر) الّذی ذکره العلامة بقوله: و بلزوم الضرر (فیتدارک بما یتدارک به صورة النقض المذکورة) ای بما اذا کان المجیز بعیدا الخ.

(هذا کله) مقتضی القاعدة فی العقد الفضولی الّذی لا مجیز حال العقد (مضافا الی الاخبار الواردة فی تزویج الصغار فضولا الشاملة لصورة وجود ولی النکاح) کالاب، و الجد (و اهماله الاجازة الی بلوغهم) و هذه الصورة لیست محل الشاهد، لوجود المجیز حال العقد.

(و صورة عدم وجود الولی) اصلا- حال العقد- (بناء علی عدم ولایة الحاکم علی الصغیر فی النکاح، و انحصار الولی) للنکاح (فی الأب، و الجد، و الوصی علی خلاف فیه) اذ: بعض الفقهاء عمم الولایة الی الحاکم، حیث انه ولی من لا ولی له، فاذا اقتضت المصلحة نکاح الصغیر، قام الحاکم به.

و بعض الفقهاء خصصها بالاب و الجد و الوصی، لاصالة: عدم ولایة من عداهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۵۷

و کیف کان: فالاقوی: عدم الاشتراط، وفاقا للمحکی عن ابن المتوج البحرانی، و الشهید، و المحقق الثانی، و غیرهم، بل لم یرجحه غیر العلامة ره.

ثم اعلم: ان العلامة فی القواعد، مثل لعدم وجود المجیز، ببیع مال الیتیم.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۷، ص: ۲۵۷

و حکی عن بعض العامة- و هو البیضاوی

و انما قلنا: بناء، لانه بناء على ان الحاكم ولى، لا يمكن صورة لا يكون المجيز موجودا فى حال العقد.

فروايات نكاح الصغير لا تكون دليلا على ما ذكرناه، من: انه لا يشترط وجود المجيز حال العقد.

(و كيف كـان) سواء كانت روايات نكاح الصـغير شاهـدة أم لا؟ (فالاقوى عـدم الاشتراط) فلا يشترط وجود المجيز حال العقـد (وفاقا للمحكى عن ابن المتوج البحرانى، و الشـهيد، و المحقق الثانى، و غيرهـم، بل لم يرجحه) اى لم يرجـح الاشتراط (غير العلامة ره) ممن عثرنا على اقوالهم من الفقهاء.

و انما قوينا: عدم الاشتراط، لما تقدم من: اصالة عدم الاشتراط، و كفاية وجود المجيز حال الاجازة.

(ثم اعلم: ان العلامة فى القواعد، مثّل لعدم وجود المجيز، ببيع مال اليتيم) الّذى لا ولى له أبا وجدا.

(و حكى عن بعض العامة- و هو البيضاوى) صاحب التفسير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۵۸

على ما قيل- الايراد عليه، بانه لا يتم على مذهب الامامية من وجود الامام عليه السلام فى كل عصر.

و عن المصنف قدس سره، انه اجاب بان الامام غير متمكن من الوصول إليه.

و انتصر للمورد: بان نائب الامام، و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود

المشهور، و بيضا قربة من قرى شيراز بايران (على ما قيل-) من انه المحكى عنه (الايراد عليه) اى على المثال المذكور (بانه لا يتم على مذهب الامامية من وجود الامام (ع) فى كل عصر) اذ: الولى موجود فى كل حال، اما الأب و الجد، و اما الامام عليه السلام.

(و عن المصنف قدس سره، انه اجاب بان الامام غير متمكن من الوصول إليه) فليس الامام مكلفا بمزاولة الاعمال، و لا الشخص مكلفا بالرجوع إليه.

و لذا لا يأمر الامام عليه السلام بالمعروف، و لا ينهى عن المنكر، و لا يرشد الجاهل.

و كذلك لا يلزم للانسان مراجعة الامام فى المسائل المشكلة التى لا يهتدى الى حلها سبيلا.

و هكذا فى القضاء و اموال القصر، و ما اشبه مما لو كان الامام حاضرا لم يجز مراجعة غيره.

(و انتصر) المصنف ره (للمورد) اى البيضاوى باشكال آخر، شبيه باشكاله (بان نائب الامام، و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود) فلا يمكن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۵۹

بل لو فرض عدم المجتهد، فالعدل موجود، بل للفساق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول.

لكن الانتصـار فى غير محله، اذ كما يمكن فرض عـدم التمكن من الامام، يمكن عـدم اطلاع نائبه من المجتهـد، و العـدول أيضا، فان اريد وجود ذات المجيز.

تصور فرض لم يكن المجيز موجودا حـال العقـد (بـل لو فرض عـدم المجتهـد) لفقـد اصـل المجتهـد فرضا، او فقـده فى محل التناول (فالعـدل) الّذى يجوز له تولى شأن الطفل (موجود، بل) لو كان العـدل غير موجود أيضا (للفساق الولايـة على الطفل فى مصالحه، مع عدم العدول) فاين صورة عدم وجود المجيز حال العقد؟

(لكن) لا- يخفى ان (الانتصار) الّذى ذكره المصـنف (فى غير محله، اذ كما يمكن فرض عـدم التمكن من الامام) لغيبته (يمكن عـدم اطلاع نائبه من المجتهد، و العدول) حين عدم المجتهد (أيضا).

و علیه: فاشکال البیضاوی غیر وارد اطلاقا، لانا نرید بالمجیز، المجیز المتمکن من مزاولة الاجازة و الرد.

و هذا ممکن العدم، لعدم وجود الامام، و عدم اطلاع المجتهد و العدل، اذ: لیس المراد بالمجیز ذات المجیز، بل المجیز المتمکن من المزاولة.

و کیف کان (فان ارید) ای اراد المصنف الّذی رد اشکال البیضاوی و لکنه اشکل علی العلامة باشکال آخر (وجود ذات المجیز) یعنی ان ذات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۰

فالاولی منع تسلیم دفع الاعتراض بعدم التمکن من الامام (ع).

و ان ارید وجوده مع تمکنه من الاجازة فیمکن فرض عدمه فی المجتهد و العدول اذا لم یطلعوا علی العقد.

فالاولی ما فعله فخر الدین، و المحقق الثانی، من تقیید بیع

المجیز موجود بسبب وجود المجتهد او العدل- فلا یمکن ان یکون عقد فضولی لا مجیز له حال العقد-.

(فالاولی) للمصنف (منع تسلیم دفع الاعتراض بعدم التمکن من الامام (ع)) فان البیضاوی اعترض، و دفعه، ان الامام غیر متمکن من الوصول إلیه، فسلم المصنف هذا الدفع، لکنه اورد بوجود المجتهد او العدل.

فانه ان ارید ذات المجیز، کان اللازم علی المصنف ان لا یسلم دفع الاعتراض، اذ: ذات الامام موجود، و ان لم یتمکن الانسان من الوصول إلیه.

(و ان ارید وجوده) ای المجیز حال العقد (مع تمکنه) ای ذات المجیز (من الاجازة ف) انتصاره للمورد فی غیر محله.

اذ: (یمکن فرض عدمه فی المجتهد و العدول اذا لم یطلعوا علی العقد).

فجمع المصنف بین: ان الامام الخ، و: بان نائب الامام، الخ غیر تام.

و حینئذ، فنقول: لبیان اصل صورة المسألة- ای مسئلة انه اذا لم یکن حال عقد الفضولی مجیز ثم وجد، هل یصح العقد بالاجازة أم لا؟-

(فالاولی) مضی (ما فعله فخر الدین، و المحقق الثانی، من تقیید بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۱

مال الیتیم بما اذا کان علی خلاف المصلحة فیرجع الکلام أیضا الی اشتراط امکان فعلیة الاجازة من المجیز، لا وجود ذات من شأنه الاجازة، فانه فرض غیر واقع فی الاموال.

الثالث: لا یشترط فی المجیز کونه جائز [التصرف حال العقد]

اشارة

مال الیتیم) فی مثال ما لم یکن مجیز ثم وجد (بما اذا کان علی خلاف المصلحة) فانه حینئذ لا مجیز اطلاقا، اذ: الأب و الجد، لا یحق لهما اجازة مثل هذا البیع، و الصغیر لا قابلیة له للاجازة، لکنه اذا بلغ جاز له اجازة مثل هذا البیع.

اما بالنسبة الی کون المراد من: عدم المجیز، عدم ذات المجیز، او عدم فعلیة المجیز (فیرجع الکلام أیضا)- الی ما رجع إلیه فی الامام من ان المراد عدم فعلیة الاجازة، لا عدم ذات المجیز- (الی اشتراط امکان فعلیة الاجازة من المجیز).

فعنوان المسألة هکذا: هل یشترط فی عقد الفضولی امکان فعلیة الاجازة من المجیز، أم لا؟ (لا) اشتراط (وجود ذات من شأنه الاجازة)

حتی یکون عنوان المسألـة هکـذا: هل یشترط فی صـحة عقد الفضولی وجود ذات من شأنه الاجازة، أم لا؟ (فانه) ای عدم وجود ذات من شأنه الاجازة- حتی یختلف فی صـحة عقـد الفضولی علی هذا الفرض- (فرض غیر واقع فی الاموال) لوجود ذات من شأنه الاجازة دائما، و هو الامام علیه السلام- علی مذهب الشیعة-.

(الثالث) من الکلام فی المجیز (لا یشترط فی المجیز کونه جائز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۲

التصرف حال العقد، سواء کان عدم التصرف لاجل عدم المقتضی، او للمانع؟

و عـدم المقتضـی قـد یکون لاجل عـدم کونه مالکا، و لا مأذونا حال العقـد و قـد یکون لاجل کونه محجورا علیه لسـفه، او جنون، او غیرهما.

و المانع، کما لو باع الراهن بدون اذن المرتهن، ثم فک الرهن.

فالکلام یقع فی مسائل،

الأولی: ان یکون المالک حال العقد هو المالک حال الاجازة،

لکن المجیز لم یکن حال العقد جائز التصرف لحجر.

التصـرف حال العقد، سواء کان عدم التصـرف لاجل عدم المقتضی) فی المجیز (او للمانع) فانه قد یکون عدم احتراق الخشب، لاجل عدم المقتضی کعدم النار، و قد یکون لاجل المانع، کرطوبة الخشب.

(و عدم المقتضی قد یکون لاجل عدم کونه) ای المجیز بعد ذلک (مالکا، و لا مأذونا) من المالک و من ینوب منابه (حال العقد) کما لو باع زید مال عمرو، ثم ملکه (و قد یکون لاجل کونه محجورا علیه لسفه، او جنون او غیرهما) کالفلس (و المانع، کما لو باع الراهن بـدون اذن المرتهن) لاـن الراهن و المرتهن کلیهمـا ممنوعـان عن التصـرف (ثم فک الرهن) او باع العبـد الجانی، ثم فک کونه متعلقا لحق المجنی علیه.

(فالکلاـم) هنـا (یقع فی مسائل، الاولی: ان یکون المالک حال العقـد هو المالک حال الاجازة، لکن المجیز لم یکن حال العقـد جائز التصرف، لحجر) کما لو باع زید مال عمرو المفلس المحجور علیه، ثم فک المفلس، و صار مطلقا، فاجاز بیع الفضول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۳

و الـاقوی: صـحة الاجازة، بل عـدم الحاجـة إلیها، اذا کان عـدم جواز التصـرف، لتعلق حق الغیر، کما لو باع الراهن، ففک الرهن، قبل مراجعة المرتهن، فانه لا حاجة الی الاجازة، کما صرح به فی التذکرة.

الثانیة: ان یتجدد الملک بعد العقد، فیجیز المالک الجدید،

سواء کان هو البائع او غیره؟.

لکن عنوان المسألة، فی کلمات القوم هو: الاول، و هو: ما

(و الا قوی: صحة الاجازة، بل عدم الحاجة إلیها، اذا کان) المزاول للبیع فضولة، نفس المالک المحجور بان کان (عدم جواز التصرف لتعلق حق الغیر، کمـا لو بـاع الراهن) مال نفسه المرهون، بـدون اجازة المرتهن (ففک الرهن، قبل مراجعـة المرتهن، فانه لا حاجـة الی الاجـازة، کمـا صـرح به فی التـذکرة) لاـنه باع مال نفسه، فلا معنی لاجازته ما اوقع هو بنفسه، و کونه متعلق حق الغیر حال العقـد، انما

یتوقف العقد علی اجازة ذی الحق: الغیر، فاذا ازال حق الغیر، لم یکن وجه لتوقف العقد علی شیء.

(الثانیة: ان یتجدد الملک) الّذی جری علیه العقد الفضولی (بعد العقد، فیجیز المالک الجدید، سواء کان هو البائع) کما لو باع زید مال ابیه فضولة، ثم مات الأب، و انتقل المال الی زید البائع (او غیره) کما لو باع زید مال عمرو، ثم انتقل المال الی ولد عمرو، فاجاز الولد البیع الواقع فضولة من زید علی هذا المال.

(لکن عنوان المسألة، فی کلمات القوم) الفقهاء (هو: الاول، و هو: ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۴

لو باع شیئا ثم ملکه.

و هذه تتصور علی صور، لان غیر المالک، اما ان یبیع لنفسه، او للمالک، و الملک اما ان ینتقل إلیه باختیاره، کالشراء، او بغیر اختیاره کالارث، ثم البائع الّذی یشتری الملک، اما ان یجیز العقد الاول، و اما ان لا یجیزه، فیقع الکلام فی وقوعه للمشتری الاول، بمجرد شراء البائع له.

و المهم هنا التعرض لبیان: ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالک، و اجاز، و ما لو باع و اشتری و لم یجز.

لو باع شیئا ثم ملکه) هل انه یحتاج الی الاجازة، أم لا؟

(و هذه تتصور علی صور، لان غیر المالک، اما ان یبیع لنفسه) جهلا بانه مال غیره، او غصبا، او ما اشبههما (او للمالک، و الملک اما ان ینتقل إلیه) ای الی البائع (باختیاره، کالشراء، او بغیر اختیاره کالارث، ثم البائع الّذی یشتری الملک) ای البائع الفضولی، الّذی اشتری الملک من مالکه الاول، بعد ان باعه فضولة (اما ان یجیز العقد الاول) الّذی اوقعه هو بنفسه فضولة (و اما ان لا یجیزه، ف) اذا لم یجزه (یقع الکلام فی وقوعه للمشتری الاول) و هو المشتری من الفضولی مقابل المشتری الثانی، و هو الفضول الّذی اشتراه من المالک، بعد ان باعه فضولة- (بمجرد شراء البائع) ای الفضول (له) ای للملک.

(و المهم هنا) من هذه الصور المختلفة (التعرض لبیان: ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالک، و اجاز، و) کذلک المهم بیان صورة (ما لو باع) فضولة (و اشتری) بعد ذلک من المالک (و لم یجز).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۵

و یعلم حکم غیرهما منهما.

اما المسألة الاولی فقد اختلفوا فیها، فظاهر المحقق فی باب الزکاة من المعتبر، فیما اذا باع المالک النصاب قبل اخراج الزکاة، او رهنه، انه صح البیع، و الرهن، فیما عدا الزکاة، فان اغترم حصة الفقراء قال الشیخ صح البیع، و الرهن.

و فیه اشکال، لان العین مملوکة، و اذا ادی العوض ملکها ملکا مستأنفا، فافتقر بیعها الی اجازة مستأنفة، کما لو باع مال غیره ثم اشتراه انتهی.

و انما المهم هاتان الصورتان فقط (و یعلم حکم غیرهما منهما).

(اما المسألة الاولی) و هی: ما لو اجاز بعد ان اشتری (فقد اختلفوا فیها، فظاهر المحقق) صحة البیع مع الاجازة، فانه قال (فی باب الزکاة من المعتبر، فیما اذا باع المالک النصاب قبل اخراج الزکاة) کما لو باع کل تمره الّذی تعلق به الزکاة (او رهنه، انه صح البیع، و الرهن فیما عدا الزکاة، فان اغترم حصة الفقراء) بان اداها من مال خارج (قال الشیخ صح البیع، و الرهن) فی حصة الفقراء أیضا.

(و فیه اشکال، لان العین) التی کانت للفقیر (مملوکة) له (و اذا ادی) المالک (العوض) عن عین الفقیر (ملکها) ای العین التی کانت للفقیر (ملکا مستأنفا، فافتقر بیعها الی اجازة مستأنفة) من مالک النصاب (کما لو باع مال غیره) فضولة (ثم اشتراه) حیث انه یحتاج الی

اجازة مستأنفة (انتهى) كلام المعتبر.

و قد عرفت: ان ظاهره الاحتياج الى الاجازة، و ان البيع صحيح.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۶۶

بل يظهر مما حكاه عن الشيخ، عدم الحاجة الى الاجازة، الا ان يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين، كتعلق الدين بالرهن، فان الراهن اذا باع، ففك الرهن، قبل مراجعة المرتهن، لزم، و لم يحتج الى اجازة مستأنفة.

و بهذا القول صرح الشهيد ره فى الدروس، و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى، و المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الارشاد، هو البطلان و مال

(بل يظهر مما حكاه) المحقق فى كلامه المتقدم (عن الشيخ، عدم الحاجة الى الاجازة، الا ان يقول الشيخ) بما يخرج المسألة عن عنوان:

من باع ثم ملك، و ذلك (بتعلق الزكاة بالعين، كتعلق الدين بالرهن) بان لا تكون الزكاة فى العين، بل الزكاة فى ذمة المالك، و انما للفقير حق استيفائها من العين، فانه حينئذ لا تدخل مسئلة الزكاة فيمن باع ثم ملك، لان مقدار النصاب من الاول، ملك للبائع، و انما هو متعلق حق الفقير، كالرهن (فان الراهن اذا باع، ففك الرهن، قبل مراجعة المرتهن، لزم) البيع (و لم يحتج الى اجازة مستأنفة) لان العين كانت له و قد باعها.

و كون انسان ذى حق بحيث له ان يبطل البيع، لا- يرتبط بالمالك فاذا سقط حق ذلك الانسان لم يكن وجه للاجازة المستأنفة من المالك.

(و بهذا القول صرح الشهيد ره فى الدروس و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى، و المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الارشاد، هو: البطلان، و مال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۶۷

إليه بعض المعاصرين تبعا لبعض معاصريه.

و الاقوى: هو الاول، للاصل، و العمومات السليمة عما يرد عليه، ما عدا امور لفّقها بعض من قارب عصرنا، مما يرجع اكثرها الى ما ذكر فى الايضاح، و جامع المقاصد، الاول: انه قد باع مال الغير لنفسه، و قد مر الاشكال فيه.

و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

إليه بعض المعاصرين) و هو صاحب الجواهر (تبعا لبعض معاصريه) و هو: صاحب المقابيس.

(و الاقوى: هو الاول) اى الصحة (للاصل) فان الاصل فى المعاملة النفوذ، الا ما خرج بالدليل، لاصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد (و العمومات السليمة عما يرد عليه) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تجارة عن تراض (ما عدا امور لفّقها بعض من قارب عصرنا) الظاهر من بعض الحواشى ان المراد به صاحب المقابيس.

و قول المصنف: لفّقها، ليس تهجما، بل حقيقة فان الوجوه كما تراها اشبه بالتلفيق من الاستدلال العلمى، فضلا عن الاستدلال الفقهى (مما يرجع اكثرها الى ما ذكر فى الايضاح، و جامع المقاصد الاول:

انه قد باع مال الغير لنفسه، و قد مر الاشكال فيه) و هو ان المثمن يلزم ان يخرج من كيس من يدخل الثمن فى كيسه، فلا يمكن ان يدخل الثمن فى كيس الفضول، بينما يخرج المثمن من كيس المالك صاحب المال.

(و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك) من وجوه الصحة، فان تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك- هناك- مفقود هنا، اذ: البائع لا

ینزل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۸

و فیه: انه قد سبق ان الاقوی صحته.

و ربما یسلم هنا عن بعض الاشکالات الجاریة هناک، مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان.

نفسه، فهنا یبیع عن المالک، و المالک لا یجوّز الی الابد، اذ: حین العقد لا اجازة، و بعد الانتقال، لا اجازة من المالک حین العقد.

و الحاصل: ان بیع الغاصب لنفسه ملحوق باجازة المالک، و هنا لیس البیع ملحوقا باجازة المالک، اذ: المالک حال البیع خرج عن ملکه المال فرضا.

(و فیه: انه قد سبق ان الاقوی صحته) لما تقدم من مسئلة ان البیع مبادلة بین المالین، و هی حاصلة، اما نسبة الغاصب المال الی نفسه فهی خارجة عن حقیقة البیع.

(و ربما یسلم هنا) فیمن باع ثم ملک (عن بعض الاشکالات الجاریة هناک) و هذا الکلام من المصنف مقابل قول المستشکل و ربما لا یجری یرید المصنف ان الاشکال هنا اقل من الاشکال فی بیع الغاصب لنفسه، فاذا قلنا بالصحة هناک، نقول بالصحة هنا، بطریق اولی (مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان) فی بیع الغاصب لنفسه، اذ: الغاصب قصد کون البیع لنفسه، و طرف الغاصب قصد کون البیع للغاصب، فاذا اجاز المالک کانت اجازته مخالفة لهذا القصد، بخلاف مسئلتنا، اذ: لم یقصد الفضول کون البیع لنفسه، بل قصد کونه لمالکه، و مالکه قد فرض انه صار هو الفضول، فلا یتغیر القصد الا فی انطباق المالک علی نفس الفضول،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۶۹

الثانی: انا حیث جوزنا بیع غیر المملوک مع انتفاء الملک، و رضی المالک، و القدرة علی التسلیم، اکتفینا بحصول ذلک للمالک المجیز لانه البائع حقیقة، و الفرض هنا عدم اجازته، و عدم وقوع البیع عنه.

و فیه: ان الثابت هو: اعتبار رضاء من هو المالک حال الرضا، سواء ملک حال العقد،

بعد ان کان منطبقا علی غیره.

(الثانی) من الاشکالات علی: من باع ثم ملک (انا حیث جوزنا بیع غیر المملوک) کبیع الفضول الّذی یبیع، ما لیس ملکا له (مع انتفاء الملک، و) انتفاء (رضی المالک، و) انتفاء (القدرة علی التسلیم، اکتفینا) خبر:

حیث ای ان البیع یشترط فیه ملکیة الشیء للبائع و رضاه بالبیع و قدرته علی التسلیم، فاذا اجزنا البیع لغیر المالک- ای الفضول- مع فقد هذه الثلاثة، فانما هو لاکتفائنا (بحصول ذلک) الثلاثة: الملک و الرضی و القدرة (للمالک المجیز) لانه حال الاجازة مالک و راض و قادر علی التسلیم (لانه) ای المجیز (البائع حقیقة) دون الفضول (و الفرض هنا) فیمن باع ثم ملک (عدم اجازته) ای لم یجوز المالک حال العقد (و عدم وقوع البیع عنه) فکیف یصح بیع لا ملکیة- حال البیع- لمجیزه و لا رضی للمالک، و لا قدرة علی التسلیم- مع ان هذه الثلاثة شرط فی البیع اما فعلا، او بعد الاجازة-. (و فیه: ان الثابت) من الادلة التی تشترط رضی المالک و قدرته علی التسلیم ملکیته (هو: اعتبار رضاء من هو المالک حال الرضا، سواء ملک) ای کان مالکا (حال العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۷۰

أم لا؟ لان الداعی علی اعتبار الرضا: سلطنة الناس علی اموالهم، و عدم حلها لغیر ملاکها بغیر طیب انفسهم، و قبح التصرف فیها بغیر رضاهم.

و هذا المعنی لا یقتضی ازید مما ذکرنا.

و اما القدرة على التسليم، فلا نضائق من اعتبارها فى المالك حين العقد، و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الاجازة.

و هذا كلام آخر

أم لا).

و انما تعتبر رضاه، دون رضى المالك حال العقد (لان الداعى على اعتبار الرضا) فى المالك، انما هو: (سلطنة الناس على اموالهم، و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم) لقوله عليه السلام: لا۔ يحل مال امرئ الا بطيب نفسه (و قبح التصرف فيها بغير رضاهم) عطف على: سلطنة.

(و هذا المعنى) اى رضى المالك (لا يقتضى ازيد مما ذكرنا) من رضى المالك حال الاجازة، لانه وقت التصرف، اما قبل الاجازة فليس العقد تصرفا، حتى يتوقف على الرضا، و بدونه يكون قبيحا و باطلا.

(و اما القدرة على التسليم) التى قلتم: بانها مفقودة فى المقام (فلا نضائق من اعتبارها فى المالك حين العقد) بان يكون المالك الاول قادرا على التسليم (و لا يكتفى بحصولها) اى القدرة (فيمن هو مالك حين الاجازة) اذ: لا يرتبط المال بالعاقد، حتى تكفى قدرته. و الحاصل: انه ان اراد قدرة المالك، فهى موجودة حال العقد، و ان اراد قدرة العاقد، فهى ليست بشرط. (و هذا) اى اعتبار القدرة (كلام آخر) لا يرتبط بالاشكال فى: من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۱

لا يقدح التزامه فى صحة البيع المذكور، لان الكلام، بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: ان الاجازة حيث صحت كاشفة على الاصح مطلقا لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

باع ثم ملك (لا يقدح التزامه) بان نلتزم باشتراطه (فى صحة البيع المذكور) اى بيع الفضول، ثم يملك (لان الكلام) اى كلامنا فى صحة مثل هذا البيع، و عدمه (بعد استجماعه) اى البيع المذكور (للشروط المفروغ عنها) فى كل بيع، كالعقل، و البلوغ، و القدرة على التسليم.

(الثالث) من الاشكالات على: من باع ثم ملك- و هذا الاشكال مبنى على القول بالكشف- (ان الاجازة حيث صحت) اى قلنا: بانها مفيدة لنقل المال (كاشفة) عن سبق الملك حين العقد، لا حين الاجازة (على الاصح مطلقا) حتى فى: من باع ثم ملك- و ليست بناقلة- (لعموم الدليل الدال عليه) اى على كونها كاشفة، فيشمل الدليل: من باع ثم ملك، و غيره، من سائر اقسام الفضولى (و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله) اى المال (فيه) اى فى ملك البائع، مثلا: المال لوالد زيد، فاذا باعه زيد، ثم مات الأب، و دخل المال فى ملك زيد، و اجاز زيد البيع السابق، لزم ان يكون المال خرج من ملك زيد قبل ان يدخل المال فى ملك زيد.

و انما نقول: بان المال خرج من ملك زيد، اذ: انه لم يخرج عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۲

و فيه: منع كون الاجازة كاشفة مطلقا، عن خروج الملك عن ملك المجيز، من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فان مقدار كشف الاجازة، تابع لصحة البيع، فاذا ثبت بمقتضى العمومات:

ان العقد الّذى اوقعه البائع لنفسه، عقد صدر من اهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه، الا عدم رضاء مالكه.

ملك الأب.

(و فیه: منع کون الاجازة کاشفة مطلقا) حتی فی: من باع ثم ملک (عن خروج الملک) متعلق: بکاشفة (عن ملک المجیز) متعلق: بخروج (من حین العقد حتی فیما لو کان المجیز غیر مالک حین العقد) کما فی مسئلة: من باع ثم ملک (فان مقدار کشف الاجازة، تابع لصحة البیع) فمهما کان البیع صحیحا، تکشف الاجازة عن سبق النقل، و مهما لم یکن البیع صحیحا، لم تکشف الاجازة.

و من المعلوم: ان البیع علی المال غیر المنتقل الی الانسان لیس بصحیح، و لذا لا تکشف الاجازة من حین قبل الانتقال الی ملک المجیز و انما تکشف عن النقل من بعد انتقال المال الی ملک المجیز (فاذا ثبت بمقتضی العمومات) ای عمومات: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تجارة عن تراض، و ما اشبه (ان العقد الّذی اوقعه البائع لنفسه، عقد صدر من اهل العقد) حیث ان العاقد یتأهل بعد انتقال المال إلیه (فی المحل القابل للعقد علیه) فان الجنس جنس صالح للعقد علیه، و لیس کالخمر، و الخنزیر (و لا مانع من وقوعه، الا عدم رضاء مالکه) فاذا ارتفع هذا المانع، اثر العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۷۳

فکما ان مالکه الاول: اذا رضی یقع البیع له.

فکذلک مالکه الثانی اذا رضی یقع البیع له، و لا دلیل علی اعتبار کون الرضا المتأخر، ممن هو مالک حال العقد.

و حینئذ فاذا ثبت صحته بالدلیل، فلا محیص عن القول بان الاجازة کاشفة عن خروج المال عن ملک المجیز، فی اوّل ازمنة قابلیته، اذ: لا یمکن الکشف فیه علی وجه آخر.

اثره.

(فکما ان مالکه الاول) کأب زید، فی المثال المتقدم (اذا رضی یقع البیع له) و یرتفع المانع.

(فکذلک مالکه الثانی) الّذی هو الولد (اذا رضی) بعد انتقال المال إلیه (یقع البیع له، و لا دلیل علی) لزوم (اعتبار کون الرضا المتأخر) عن العقد (ممن هو مالک حال العقد) حتی یقال: ان المالک حال العقد لا اثر لرضاه بعد خروج المال عن ملکه، و المالک الثانی لم یقع العقد علی ملکه حتی یؤثر رضاه فی النقل و الانتقال.

(و حینئذ) ای حین لا دلیل علی کون الرضا یلزم ان یکون من المالک الاول (فاذا ثبت صحته) ای العقد الواقع فضولة (بالدلیل) الدال علی صحة الفضولی مطلقا (فلا محیص عن القول بان الاجازة) من المالک الثانی (کاشفة عن خروج المال عن ملک المجیز، فی اوّل ازمنة قابلیته) ای قابلیة الخروج عن ملکه- و ذلک انما یکون بعد انتقال المال الی المجیز- (اذ: لا یمکن الکشف فیه) ای فی محل الکلام (علی وجه آخر) اذ: لا یمکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۷۴

فلا یلزم من التزام هذا المعنی علی الکشف، محال عقلی، و لا شرعی حتی یرفع الید من من اجله عن العمومات المقتضیة للصحة.

فإن کان لا بد من الکلام، فینبغی فی المقتضی للصحة، او فی القول بان الواجب فی الکشف عقلا او شرعا، ان یکون عن خروج المال عن ملک

ان یخرج المال من ملک من لا یملک المال- و ذلک حال العقد-.

(فلا یلزم من التزام هذا المعنی) ای خروج المال فی اوّل ازمنة قابلیة الخروج (علی) القول ب (الکشف، محال عقلی و لا شرعی) اذ لا یلزم تناقض، او ما اشبه، و لا دلیل علی لزوم کون الکشف عن حین العقد مطلقا، حتی فیمن باع ثم ملک (حتی یرفع الید من اجله) ای من اجل المحال العقلی او الشرعی (عن العمومات المقتضیة للصحة) مثل:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: تجارة عن تراض.

و الحاصل: ان المقتضى لصحة هذا العقد الملحوق بالاجازة موجود و هو العمومات- و المانع مفقود، اذ: المانع المتوهم هو الاستحالة، و المفروض انه لا استحالة عقلا و لا شرعا.

(فإن كان لا بد من الكلام) و الاشكال فى: صحة بيع من باع ثم ملك فلا ينبغى الاشكال من جهة الكشف، كما ذكره المستشكل فى هذا الاشكال الثالث- (فينبغى) ان يكون الاشكال (فى) جهة (المقتضى للصحة) و ان هذا البيع، لا مقتضى لصحته، اذ: لا يشمله: العمومات (او فى القول بان الواجب فى الكشف) وجوبا (عقلا او شرعا ان يكون عن خروج المال عن ملك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۵

المجيز وقت العقد.

و قد عرفت: ان لا كلام فى مقتضى الصحة، و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان، و انه لا مانع عقلا، و لا شرعا من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها.

و لا يتوهم ان هذا نظير ما لو خصص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد، اذ: التخصيص

المجيز وقت العقد) و ان الخروج عن ملكه وقت الاجازة، مستلزم لمحال عقلى او شرعى.

(و قد عرفت: ان لا كلام فى مقتضى الصحة) لان: العمومات شاملة له (و لذا لم يصدر) اشكال فى مقتضى الصحة (من المستدل على البطلان) اى بطلان: من باع ثم ملك (و انه) عطف على: ان لا كلام (لا مانع عقلا، و لا شرعا من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها) و هو بعد الانتقال الى ملك العاقد المجيز.

(و) ان قلت: كما انه لا يمكن ان يخصص المالك اجازة المعاملة بزمان متأخر عن العقد، كما لو وقع عقد الفضول يوم الجمعة، فقال المالك اجزت من يوم السبت، كذلك لا يمكن ان توجب الاجازة الانتقال من زمان متأخر عن العقد.

قلت: (لا يتوهم ان هذا) اى كشف الاجازة عن زمان متأخر عن العقد (نظير ما لو خصص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد).

و انما لا يتوهم لوجود الفرق بين المسألتين (اذ: التخصيص) من المالك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۶

انما يقدح مع القابلية، كما ان تعميم الاجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق فى دليل الكشف، من ان معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع، او امضاء العقد الّذى مقتضاه النقل من حين الوقوع، غير قادح، مع عدم قابلية تأثيرها، الا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع:

(انما يقدح) و يضر (مع القابلية) اى قابلية الزمان لاتصال الانتقال بالعقد و ضرره انه خلاف المتعارف الّذى ينصب عليه عموم الادلة و الا فلا ضرر عقلى له (كما ان تعميم الاجازة) بان قال الابن المنتقل إليه المال يوم السبت:

اجزت الانتقال من حين العقد، و هو يوم الجمعة- الّذى لم يكن المال فى ذلك الحين ملكا لى- و قوله: تعميم، اسم لان و: غير قادح، خبره (لما قبل ملك المجيز) متعلق ب: تعميم (بناء على ما سبق فى دليل الكشف، من ان معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع، او امضاء العقد) فقط (الّذى مقتضاه النقل من حين الوقوع).

و الفرق بين الامرين، ان: من حين، فى الاول مصرح به حال الاجازة، و فى الثانى مراد من اللفظ، و ان لم يصرح به (غير قادح) هذا التعميم (مع عدم قابلية تأثيرها) اى الاجازة (الا من زمان ملك المجيز للمبيع) فليس التخصيص و التعميم بيد المجيز، و انما بيد الواقع الّذى جعله الشارع.

(الرابع) من الاشكالات على: من باع ثم ملك، فيما لو باع الولد الفضول ملك الأب لزيد، ثم اشتراه الولد من ابيه، ثم اجاز الولد بيعه لزيد فالعقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۷

ان العقد الاول، انما صح و ترتب عليه اثره باجازة الفضولى، و هى: متوقفة على صحة العقد الثانى المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكه الاصلى.

فيكون صحة الاول مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك و المشترى

الاول هو بيع الفضول، و العقد الثانى هو بيع الأب (ان العقد الاول) الفضولى (انما صح و ترتب عليه اثره) بانتقال المال الى زيد (باجازة الفضولى) الّذى انتقل إليه المال من ابيه (و هى) اى اجازة الفضولى (متوقفة على صحة العقد الثانى) بيع الأب للولد، اذ لو لا انتقال المال الى الولد، لم تصح اجازته (المتوقفة) صحة العقد الثانى (على بقاء الملك على ملك مالكه الاصلى) اى الأب، فانه لو لا بقاء الملك على ملكية الأب، لم يصح العقد الثانى.

(فيكون صحة) العقد (الاول) للفضولى (مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك) اى الأب حتى يصح عقد الأب عليه بنقله الى ولده (و) ملك (المشترى) اى الولد- الفضول- اذ: لو لم يكن ملكه، لم يكن كشف الاجازة عن الانتقال عن الولد الى من اشترى منه، فاذا فرضنا ان الولد باع كتاب ابيه يوم الخميس و باع الأب الكتاب الى الولد يوم الجمعة، ثم اجاز الولد، كان اللازم ان يكون الكتاب للاب يوم الخميس، حتى يصح بيعه للولد يوم الجمعة، و ان يكون الكتاب للولد يوم الخميس حتى تكون اجازته يوم الجمعة كاشفة عن سبق انتقال الكتاب حين العقد الى المشترى، فالكتاب يكون ملكا فى يوم الخميس للمالك، و المشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۸

معافى زمان واحد، و هو محال لتضادهما.

فوجود الثانى يقتضى عدم الاول و هو: موجب لعدم الثانى أيضا فيلزم وجوده و عدمه، فى آن واحد، و هو: محال.

فان قلت: مثل هذا

(معا فى زمان واحد، و هو محال لتضادهما) اذ: كون الشيء ملكا لهذا مستقلا، مضاد لكونه ملكا لآخر مستقلا.

(فوجود) الملك (الثانى) اى ملك الأب للكتاب- حتى يصح بيعه لولده يوم الجمعة- (يقتضى عدم الاول) اى عدم ملكية الولد للكتاب يوم الخميس (و هو) اى الاول، الّذى هو ملكية الولد للكتاب يوم الخميس (موجب لعدم الثانى) اى ملكية الأب للكتاب يوم الخميس (أيضا) اى كما يقتضى الثانى عدم الاول (فيلزم وجوده) اى وجود كل واحد من ملك الأب للكتاب، و ملك الابن للكتاب، بين زمان عقد الفضول: الابن، و بين زمان اجازة الابن- بعد ان انتقل إليه الكتاب- (و عدمه، فى آن واحد) اى بين العقد الفضولى و الاجازة (و هو: محال) لان الشيء الواحد لا يكون مملوكا بالملك المستقل لنفرين.

اما لزوم كونه ملكا للاب، فلاجل ان يصح بيع الأب، لولده يوم الجمعة.

و اما لزوم كونه ملكا للابن، فلان اجازة الابن- بعد اشترائه من ابيه يوم الجمعة- تكون كاشفة عن سبق الانتقال من الابن الى المشترى من حين العقد الّذى وقع يوم الخميس.

(فان قلت: مثل هذا) اى توارد الملكين فى زمان واحد، على مملوك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۷۹

لازم فى كل عقد فضولى، لان صحته موقوفة على الاجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك و المستلزمة لملك المشترى

کذلک، فیلزم کونه بعد العقد ملک المالک و المشتری معا فی آن واحد.

فیلزم: اما بطلان عقد الفضولی مطلقا، او بطلان القول بالکشف، فلا اختصاص لهذا الایراد

واحد (لازم فی کل عقد فضولی) فلو باع زید دار عمرو لبکر فی یوم الخمیس و اجاز عمرو یوم الجمعة، فبین البیع و بین الاجازة، الدار ملک للمشتری بکر، لان الاجازة کشفت عن سبق الملک له من حین العقد، و هی أیضا ملک للمالک: عمرو، لانها لو لم تکن ملکا له، لم یکن معنی لاجازته، فالدار ملک للمالک و المشتری معافی آن واحد (لان صحته) ای عقد الفضول (موقوفة علی الاجازة المتأخرة) من المالک- فی یوم الجمعة- (المتوقفة) هذه الاجازة (علی بقاء ملک المالک) عمرو، فانه لو لا بقاء ملک عمرو، لم یکن معنی لاجازته (و المستلزمة) ای صحة عقد الفضولی (لملک المشتری) «بکر» (کذلک) أیضا، لان الاجازة کشفت عن سبق الملک له من حین العقد (فیلزم کونه) ای المثمن (بعد العقد ملک المالک و المشتری معافی آن واحد) بین العقد و الاجازة.

(فیلزم: اما بطلان عقد الفضولی مطلقا) فلا یصح عقد الفضولی اطلاقا لا بالنسبة الی من باع ثم ملک، و لا بالنسبة الی سائر اقسام عقد الفضول مما یجیزه المالک (او بطلان القول بالکشف) حتی یکون المثمن ملکا للمالک بین العقد و الاجازة، و ملکا للمشتری بعد الاجازة (فلا اختصاص لهذا الایراد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۰

بما نحن فیه.

قلنا: یکفی فی الاجازة ملک المالک ظاهرا، و هو: الحاصل من استصحاب ملکه السابق، لانها فی الحقیقة رفع الید، و اسقاط للحق، و لا یکفی الملک الصوری فی العقد الثانی.

اقول:

توارد الملکین، ملک المالک، و ملک المشتری (بما نحن فیه) ای من باع ثم ملک، بل عام لکل فضولی.

(قلنا:) لم یتوارد ملکان فی آن واحد، لان الملک بین العقد و الاجازة- فی کل فضولی- انما هو ملک للمشتری واقعا، و للمالک ظاهرا بخلاف مسئلة: من باع ثم ملک، فان الملک للمالک الأب واقعا، و للمشتری واقعا، فیجتمع الملکان هنا، لا فی کل فضولی.

اذ: (یکفی فی الاجازة) التی یجیزها المالک- فی کل فضولی- (ملک المالک ظاهرا، و هو) ای هذا الملک الظاهری (الحاصل من استصحاب ملکه السابق، لانها) ای الاجازة (فی الحقیقة رفع الید) ای رفع المالک یده (و اسقاط للحق) فکان المالک، قال: لا حق لی فی المال منذ العقد (و لا یکفی الملک الصوری فی العقد الثانی) ای عقد المالک الأب- فی المثال- فی مسئلة من باع ثم ملک، اذ: لو لم یکن المال للاب، لم یکن یصح بیعه للولد.

(اقول) هذا الاشکال الرابع، غیر وارد علی: من باع ثم ملک، اذ:

قوام الاشکال علی اجتماع ملک المالک، الأب، و ملک المشتری معا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۱

قد عرفت: ان القائل بالصحة ملتزم بکون الاثر المترتب علی العقد الاول بعد اجازة العاقد له- هو تملک المشتری له من حین ملک العاقد لا من حین العقد.

و حینئذ فتوقف اجازة العقد الاول علی صحة العقد الثانی مسلم و توقف صحة العقد الثانی علی بقاء الملک علی ملک مالکه الاصلی الی زمان العقد مسلم أیضا فقوله:

و الحال انا لا- نقول بملک المشتری، اذ: الاجازة لا- تکشف عن ملک المشتری من حین العقد، بل من الحین الممکن، و هو: بعد اشتراء الولد من الأب.

ف (قد عرفت: ان القائل بالصحة) ای صحة عقد: من باع ثم ملک، (ملتزم بکون الاثر المترتب علی العقد الاول) ای عقد الفضول: الابن (- بعد اجازة العاقد له-) حیث ملک الابن المال، ببیع الأب له (هو تملک المشتری) من الابن (له) للمال (من حین ملک العاقد) ای الابن (لا من حین العقد) ای العقد الفضولی.

(و حینئذ) ای حین کانت الاجازة عن ملک المشتری من حین ملک العاقد، لا من حین العقد (فتوقف اجازة العقد الاول) الفضولی (علی صحة العقد الثانی) ای عقد الأب للابن (مسلم، و توقف صحة العقد الثانی) عقد الأب (علی بقاء الملک علی ملک مالکه الاصلی) و هو الأب (الی زمان العقد) عقد الأب (مسلم أیضا) اذ: لو لا کونه ملک الأب، لم یصح عقد الأب.

(فقوله) ای المستدل بالدلیل الرابع، لبطلان بیع من باع ثم ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۲

صحة الاول یستلزم کون المال ملکا للمالک و المشتری فی زمان، ممنوع، بل صحته تستلزم خروج العین عن ملکیة المالک الاصلی.

نعم: انما یلزم ما ذکره من المحال، اذا ادعی وجوب کون الاجازة کاشفة عن الملک حین العقد.

و لکن هذا امر تقدم دعواه فی الوجه الثالث، و قد تقدم منعه فلا وجه لاعادته

(صحة) العقد (الاول) و هو عقد الفضول (یستلزم کون المال ملکا للمالک) الأب (و المشتری) من الابن (فی زمان) واحد (ممنوع) اذ: المال ملک للمالک الأب، و انما ینتقل الی المشتری بعد عقد الأب و اجازة الابن (بل صحته) ای العقد الاول، للفضول (تستلزم خروج العین عن ملکیة المالک الاصلی) ای الأب.

فان عقد الابن الفضول انما یصح اذا خرج الملک عن ملک الأب الی الابن بسبب العقد الثانی.

(نعم: انما یلزم ما ذکره من المحال) ای اجتماع الملکین علی عین واحدة، ملک الأب و ملک المشتری (اذا ادعی وجوب کون الاجازة کاشفة عن الملک حین العقد) حتی یکون الملک بعد عقد الفضول علیه للمشتری و للاب: المالک الاصلی.

(و لکن هذا) الادعاء (امر تقدم دعواه فی الوجه الثالث) من استدلالات القائل: بان من باع شیئا ثم ملکه باطل (و قد تقدم منعه) و ان الاجازة انما تکشف من حین الامکان: و هو بعد عقد الأب، لا من حین عقد الفضول (فلا وجه لاعادته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۳

بتقریر آخر کما لا یخفی.

نعم یبقی فی المقام الاشکال الوارد فی مطلق الفضولی- علی القول بالکشف-.

و هو کون الملک حال الاجازة للمجیز، و المشتری معا.

و هذا اشکال آخر- تعرض لاندفاعه اخیرا- غیر الاشکال الّذی استنتجه من المقدمات المذکورة، و هو: لزوم کون الملک للمالک الاصلی و للمشتری.

بتقریر آخر) فی هذا الوجه الرابع (کما لا یخفی).

(نعم یبقی فی المقام الاشکال الوارد فی مطلق الفضولی- علی القول بالکشف-) و ان الاجازة کاشفة عن صحة العقد من حین العقد، لا من حین الاجازة.

(و) الاشکال (هو کون الملک حال الاجازة للمجیز) اذ: لو لا کونه ملکه، لم یکن معنی للاجازة (و المشتری معا) اذ: مقتضی الاجازة

الانتقال الی المشتری.

(و هـذا اشـکال آخر- تعرض لانـدفاعه اخیرا-) و انه الی حین الاجـازة ملـک للمجیز، و بعـد تمـام الاجازة یکون ملکا للمشتری (غیر الاشـکال الّذی اسـتنتجه) المستشکل (من المقدمات المذکورة) فی الوجه الرابع (و هو) ای الاشکال الّذی استنتجه (لزوم کون الملک للمالک الاصـلی) کالاب (و للمشتری) من الابن، فان هـذا الاشـکال خاص بمسألـة من باع ثم ملک بخلاف الاشـکال الاول الّذی هو عام لکل فضولی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۴

نعم: یلزم من ضم هـذا الاشـکال العـام الی ما یلزم فی المسألـة علی القول بالکشف- من حین العقـد اجتماع ملاک ثلاثـة، علی ملک واحد، قبل العقد الثانی، لوجوب التزام مالکیة المالک الاصلی، حتی یصح العقد الثانی.

و مالکیة المشتری له، لان الاجازة تکشف عن ذلک.

و ملکیة العاقد له، لان ملک المشتری لا بد ان یکون عن ملکه،

(نعم: یلزم من ضم هـذا الاشـکال العـام) فی کـل بیـع فضولی- و هو ملکیـة المجیز و المشـتری معـا- (الی مـا یلزم) من الاشـکال (فی المسألـة) ای مسـئلة من بـاع ثم ملـک (- علی القول بـالکشف- من حین العقـد) الفضولی، لا- علی القول بـالکشف من حین الامکان (اجتماع ملاک ثلاثة، علی ملک واحد، قبل العقد الثانی) الّذی هو عقد الأب الاصـیل للابن، و انما یلزم ملاک ثلاثة، الأب و الابن و المشتری- فی المثال السابق.

اما الأب الاصـیل: ف (لوجوب التزام مالکیة المالک الاصلی، حتی یصح العقد الثانی) ای عقد الأب للابن، اذ: لو لا کون الأب مالکا، لم یصح عقده للابن.

(و) اما المشتری، فلوجوب (مالکیة المشتری له) للمتاع (لان الاجازة تکشف عن ذلک) ای عن ملکیة المشتری.

(و) اما ملکیة الفضول: الابن، فلوجوب (ملکیة العاقد) الفضول (له) للمال (لان ملک المشتری) للمال (لا بد ان یکون) ناشئا، و متفرعا (عن ملکه) ای ملک العاقد، فان المشتری یتلقی المتاع عن العاقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۵

و الا لم تنفع اجازته فی ملکه من حین العقد، لان اجازة غیر المالک لا یخرج ملک الغیر الی غیره.

ثم ان ما اجاب به عن الاشـکال الوارد فی مطلق الفضولی، لا یسـمن و لا یغنی، لان الاجازة اذا وقعت، فان کشفت عن ملک المشتری قبلها، کشفت عما یبطلها، لان الاجازة لا تکون الا من المالک الواقعی.

الفضول، فلو لم یکن المتـاع ملکا للعاقـد، کیف یمکن للمشتری ان یتلقی المالک عنه؟ (و الا لـم تنفع اجازته) ای الفضول (فی ملکه) ای فی ان یملک المشتری المال (من حین العقـد) فانه فرض ان یکون- علی الکشف- الملک من حین العقد (لان اجازة غیر المالک لا یخرج ملک الغیر) ای المالک (الی غیره) ای المشتری.

هذا تمام الکلام فی بیان عدم ورود الاشکال الرابع علی مسئلة: من باع ثم ملک.

(ثم ان ما اجاب به) المستشـکل بالاشـکال الرابع (عن الاشـکال الوارد فی مطلق الفضولی) و الاشکال، هو: ما ذکره بقوله: فان قلت: و الجواب هو ما ذکره بقوله قلنا (لا یسمن و لا یغنی، لان الاجازة اذا وقعت، فان کشفت عن ملک المشتری قبلها) ای قبل الاجازة، مثلا: اوقع الفضول العقـد یوم الخمیس، و اجـاز المالـک یوم الجمعـة، فتکشف الاجـازة عن ملـک المشتری للمثمن قبـل الاجازة، منـذ یوم الخمیس، ای من حین وقوع العقـد (کشـفت) الاجـازة (عمـا یبطلهـا) ای یبطـل الاجـازة (لان الاجازة لا تکون) نافـذة (الا من المالک

الواقعی) و المفروض ان الاجازهٔ کشفت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۶

و المالک الظاهری انما یجدی اجازته، اذا لم ینکشف کون غیره مالکا حین الاجازهٔ.

و لذا لو تبین فی مقام آخر کون المجیز غیر المالک لم تنفع اجازته لان المالکیهٔ من الشرائط الواقعیهٔ، دون العلمیهٔ

ان المجیز حال الاجازهٔ، لیس مالکا، اذ: الملک انتقل الی المشتری منذ العقد.

(و المالک الظاهری) الّذی ذکر المجیب، بان الاصیل مالک ظاهری (انما یجدی اجازته، اذا لم ینکشف کون غیره مالکا حین الاجازهٔ).

اما لو انکشف، فالظاهر: لا یبقی، فانه من قبیل اصالهٔ الطهارهٔ التی تنتفی بانکشاف الحکم الواقعی، و ان الشیء الظاهر طهارته، نجس واقعا.

(و لذا) الّذی ذکرناه: من عدم الجدوی فی الملک الظاهری (لو تبین فی مقام آخر) لا فی مسئلتنا التی هی اجازهٔ المالک (کون المجیز غیر المالک) بینما کان الظاهر ان المجیز هو المالک (لم تنفع اجازته) بل توقفت المعاملهٔ علی اجازهٔ المالک الواقعی (لان المالکیهٔ من الشرائط الواقعیهٔ، دون العلمیهٔ) فلیس من قبیل طهارهٔ البدن حال الصلاهٔ، حیث انه لو انکشف بعد الصلاهٔ النجاسهٔ، لم یکن مضرا بالصلاهٔ، بل من قبیل الحدث حال الصلاهٔ، حیث انه لو انکشف انه کان محدثا، ظهر بطلان صلاته، و ان کان حال الصلاهٔ متیقنا بطهارته عن الحدث.

ثم لا یخفی: ان بعضهم اجابوا عن الاشکال بان الملک التقدیری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۷

ثم ان ما ذکره فی الفرق بین الاجازهٔ، و العقد الثانی، من: کفایهٔ الملک الظاهری فی الاول دون الثانی تحکم صرف، خصوصا مع تعلیله بان الاجازهٔ، رفع للید، و اسقاط للحق، فلیت شعری: ان اسقاط الحق کیف یجدی و ینفع مع عدم الحق واقعا؟ مع ان الاجازهٔ رفع الید عن الملک أیضا

للمالک، کاف فی الاجازهٔ، و کأنّ مرادهم بالملک التقدیری، انه لو لا الاجازهٔ کان المجیز مالکا.

و اجاب آخرون: بان رتبهٔ ملکیهٔ المجیز مقدم علی رتبهٔ ملکیهٔ المشتری و لو من حیث الزمان، و ان کان کلا الملکین واردین علی موضوع واحد مثل حرکهٔ المفتاح و الید.

اما علی مبنی المصنف، فالاجازهٔ انما تکشف عن المقدار الممکن لا مطلقا.

(ثم ان ما ذکره) المجیب من: قلنا الی آخره (فی الفرق بین الاجازهٔ و العقد الثانی، من: کفایهٔ الملک الظاهری فی الاول) ای الاجازهٔ (دون الثانی) ای العقد الثانی، الّذی هو عقد المالک (تحکم صرف) اذ: لا فرق اطلاقا، و انما الکلام یجری فیهما علی نحو واحد (خصوصا مع تعلیله) للفرق الّذی ذکره (بان الاجازهٔ، رفع للید و اسقاط للحق) فقد بین المصنف وجه قوله: خصوصا بقوله: (فلیت شعری: ان اسقاط الحق کیف یجدی و ینفع مع عدم الحق واقعا) لان المجیب سلم بأن الملک ظاهری و لیس بواقعی (مع) ای و الحال- و لیس هذا جوابا آخر، بل تقریر لقوله: مع عدم،- (ان الاجازهٔ رفع الید عن الملک أیضا) کما ان العقد الثانی رفع للید عن الملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۸

بالبدیههٔ.

و التحقیق: ان الاشکال انما نشأ من الاشکال الّذی ذکرناه سابقا فی کاشفیة الاجازة علی الوجه المشهور من کونها شرطا متأخرا، یوجب حدوثه تأثیر السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: ان الاجازة المتأخرة لما کشفت عن صحة العقد الاول، و عن کون المال ملک المشتری الاول فقد وقع العقد الثانی علی ماله فلا بد من اجازته

أیضا (بالبدیهة) اذا فالفرق الّذی ذکره المجیب بین الاجازة، و بین العقد الثانی، لا یکون فارقا.

(و التحقیق) فی الجواب (ان الاشکال) ب: ان قلت، المتقدم- الّذی لم یتمکن المجیب من جوابه- (انما نشأ من الاشکال الّذی ذکرناه سابقا فی کاشفیة الاجازة علی الوجه المشهور) و هو: (من کونها) ای الاجازة (شرطا متأخرا، یوجب حدوثه تأثیر السبب المتقدم) الّذی هو العقد الفضولی (من زمانه) ای من زمان السبب، و الحال ان الاجازة تکشف بالمقدار الّذی لا یلزم منه اشکال عقلی او شرعی.

(الخامس) من الاشکالات علی: من باع ثم ملک (ان الاجازة المتأخرة) عن ملک البائع للمبیع (لما کشفت عن صحة العقد الاول) و هو عقد الابن الفضول (و عن کون المال ملک المشتری الاول) الّذی اشتراه من الفضول (فقد وقع العقد الثانی) من الأب للابن (علی ماله) ای مال المشتری الاول (فلا بد من اجازته) ای اجازة المشتری الاول للعقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۸۹

کما لو بیع المبیع من شخص آخر، فاجاز المالک البیع الاول، فلا بد من اجازة المشتری البیع الثانی حتی یصح، و یلزم.

فعلی هذا یلزم توقف اجازة کل من الشخصین علی اجازة الآخر.

الثانی- ای عقد الأب للابن- (کما لو بیع المبیع من شخص آخر) ای بیعا فضولیا ثانیا، بان لم یشتره البائع: الابن، بل اشتراه اجنبی، فانه یلزم ان یجیزه المشتری من الابن (فاجاز المالک) الاصیل: الأب (البیع الاول) ای بیع الفضول (فلا بد من اجازة المشتری) من الفضول (البیع الثانی) ای البیع الّذی وقع فضولة ثانیا (حتی یصح، و یلزم) البیع الثانی لان الفرض ان هناک بیعین فضولیین، وقعا علی هذا المبیع، فان الفضولی الاول اذا اجیز من قبل المالک، کان البیع الثانی فضولیا بالنسبة الی المشتری الاول، فاللازم ان یجیزه المشتری الاول- اذا ارید نفوذه-.

(فعلی هذا) ای توقف بیع الأب للابن علی اجازة المشتری (یلزم توقف اجازة کل من الشخصین علی اجازة الآخر) فیلزم توقف بیع الابن المشتری، علی اجازة الأب، و توقف بیع الأب للابن، علی اجازة المشتری.

فاذا لم یجز الأب: البیع الاول، لم یکن المال للمشتری، فلا قدر لاجازة المشتری.

و اذا لم یجز المشتری: البیع الثانی، لم یکن بیع الأب للابن صحیحا، لان البیع وقع فی ملک المشتری.

فاجازة کل من الأب و المشتری یتوقف علی اجازة الآخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۰

و توقف صحة کل من العقدین علی اجازة المشتری غیر الفضولی.

و هو من الاعاجیب، بل من المستحیل لاستلزام ذلک عدم تملک المالک الاصیل شیئا من الثمن و المثمن.

(و) یلزم (توقف صحة کل من العقدین) عقد الابن للمشتری، و عقد الأب للابن (علی اجازة المشتری غیر الفضولی) ای اجازة الابن، اذ یلزم ان یجیز الابن العقد الاول الّذی اوقعه هو بنفسه، یجیزه بعد ان یشتری المتاع من الأب، لانه الآن صار ملکه، فالبیع وقع فی ملکه فضولة- و ان کان هو الّذی اوقع البیع- کما یلزم ان یجیز الابن العقد الثانی الّذی اوقعه الأب، لان الابن طرف لهذا العقد- فالمراد

بالاجازة رضاه بالعقد لا الاجازة المصطلحة-.

و فی بعض نسخ الکتاب: کل من العقد و الاجازة، مکان: العقدین.

و علیه: فالمراد عقد الأب، و اجازة الأب للبیع الّذی وقع علی ماله.

هذا و قد یراد ب: المشتری غیر الفضولی، المشتری من الابن و لا یخفی سوق الکلام علی کل من النسختین، علی هذا الاحتمال، فتأمل.

(و هو) ای ما یلزم من القول بصحة بیع من باع ثم ملک- مما قلنا انه یلزم، و یلزم (من الاعاجیب، بل من المستحیل لاستلزام ذلک) اللازم الّذی قلنا انه یلزم (عدم تملک المالک الاصیل) الأب (شیئا من الثمن و المثمن) لان المشتری الاول، اذا ملک المبیع قبل ان یبیعه المالک الاصلی، فالمثمن لیس للاب، بل هو للمشتری، و الثمن لیس للاب، اذ: هو فی مقابل المثمن، الّذی کان للمشتری فالمشتری یستحق الثمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۱

و تملک المشتری الاول: المبیع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الاول، و مع زیادة، ان نقص، لانکشاف وقوعه فی ملکه، فالثمن له

أیضا، لان الأب، انما باع مال المشتری، فیدخل الثمن فی کیس المشتری.

(و) استلزام ذلک (تملک المشتری الاول) الّذی اشتراه من الابن (المبیع بلا عوض ان اتحد الثمنان) فی العقدین، کما لو باع الابن الکتاب بعشرة، و باع الأب الکتاب بعشرة أیضا، و ذلک لان المشتری دفع الی الابن عشرة، و اخذ من الأب عشرة أیضا- حیث ان الأب باع مال المشتری بعشرة، کما هو المفروض- (و) ب (دون) عطف علی:

لا عوض (تمامه) ای تمام الثمن (ان زاد) الثمن (الاول) الّذی اعطاه المشتری للابن، من الثمن الّذی اعطاه الابن للاب، کما لو اشتری المشتری من الابن الکتاب بعشرة، و باعه الأب للابن بثمانیة، فان الابن یأخذ الثمانیة من الأب، فیکون الکتاب علیه بدینارین فقط، و هو دون الثمن الواقعی للکتاب (و مع زیادة) ما حصله المشتری من الثمن علی ما اعطاه (ان نقص) الثمن الاول عن الثمن الثانی، کما لو اشتراه المشتری بعشرة، و باعه الأب للابن باحد عشر، فان المشتری حیث یأخذ الاحد عشر من الأب، فقد حصل عنده الکتاب و دینار أیضا، حیث خرج من کیسه عشرة، و دخل فی کیسه احد عشر.

و انما نقول: انه بلا ثمن او مع زیادة او نقیصة (لانکشاف وقوعه) ای وقوع بیع الأب للابن (فی ملکه) ای ملک المشتری- لما تقدم- (فالثمن له)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۲

و قد کان المبیع له أیضا، بما بذله من الثمن و هو: ظاهر.

و الجواب عن ذلک ما تقدم فی سابقه من ابتنائه علی وجوب کون الاجازة کاشفة عن الملک، من حین العقد، و هو: ممنوع.

و الحاصل: ان منشأ الوجوه الاخیرة، شیء واحد، و المحال علی تقدیره مسلم بتقریرات مختلفة قد نبه علیه فی الایضاح و جامع المقاصد.

السادس: ان من

ای للمشتری (و) الحال انه (قد کان المبیع له) ای للمشتری (أیضا، بما بذله من الثمن) للفضول، فهو قد جمع بین الثمن و المثمن، و المالک الاصیل قد فقد الثمن و المثمن (و هو: ظاهر) من البیان المتقدم.

(و الجواب عن ذلک) الاشکال الخامس (ما تقدم) من الجواب (فی سابقه) الرابع (من ابتنائه علی وجوب کون الاجازة کاشفة عن الملک) للمشتری (من حین العقد) الفضولی (و هو: ممنوع) بل الاجازة کاشفة من حین صیرورة الملک للبائع.

(و الحاصل: ان منشأ الوجوه) الثلاثة (الاخیرة) الثالث، و الرابع و الخامس (شیء واحد) و هو کشف الاجازة عن الملک من حین العقد (و المحال علی تقدیره) ای تقدیر کون الکشف من حین الملک (مسلم بتقریرات مختلفة قد نبه علیه فی الایضاح و جامع المقاصد).

لکن من لا یری الکشف من حین العقد، بل من حین امکان الکشف لا یرد علیه شیء من تلک الوجوه.

(السادس) من وجوه الاشکال علی صحة بیع من باع ثم ملک (ان من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۹۳

المعلوم انه یکفی فی اجازة المالک، و فسخه، فعل ما هو من لوازمهما و لو باع المالک ماله من الفضولی بالعقد الثانی، فقد نقل المال عن نفسه، و تملک الثمن و هو: لا یجامع صحة العقد الاول، فانها تقتضی تملک المالک للثمن الاول.

و حیث وقع الثانی یکون فسخاله، و ان لم یعلم بوقوعه، فلا یجدی الاجازة المتأخرة.

المعلوم انه یکفی فی اجازة المالک) للفضولی (و فسخه، فعل ما هو من لوازمهما) ای لوازم الفسخ و الاجازة، کما لو زوجه زید امرأة، فلم یعتن، و ذهب، فاخذ اختها، فانه فسخ، او وطئ المزوجة فضولة، فانه امضاء (و لو باع المالک ماله من الفضولی) کالابن- فی المثال السابق- (بالعقد الثانی، فقد نقل المال عن نفسه) الی الابن (و تملک الثمن و هو:) ای هذا العقد الثانی (لا یجامع صحة العقد الاول) الّذی اجراه الفضول- الابن- مع المشتری (فانها) ای صحة العقد الاول الفضولی (تقتضی تملک المالک للثمن الاول) ای ثمن العقد الاول، الّذی اخذ الفضول من المشتری.

(و حیث وقع الثانی) و هو عقد المالک للابن (یکون) هذا الثانی (فسخاله) ای للعقد الاول (و ان لم یعلم) المالک (بوقوعه) ای وقوع العقد الاول الفضولی (فلا یجدی الاجازة المتأخرة) عن العقد الثانی و لا یجدی فی صحة العقد الاول الفضولی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۲۹۴

و بالجملة: حکم عقد الفضولی قبل الاجازة، کسائر العقود الجائزة بل اولی منها.

فکما ان التصرف المنافی مبطل لها، کذلک العقد الفضولی.

و الجواب ان فسخ عقد الفضولی، هو: إنشاء رده، و اما الفعل المنافی لمضیه، کتزویج المعقودة فضولا نفسها من آخر، و بیع المالک ماله المبیع فضولا من آخر.

(و بالجملة: حکم عقد الفضولی قبل الاجازة) من المالک (کسائر العقود الجائزة) التی تفسخ بمجرد اتیان المالک بما ینافیها، کما لو وهب جاریته لشخص، ثم وطئها، او باعها، فانهما یوجبان فسخ الهبة (بل) الفضول (اولی منها) ای من العقود الجائزة، بکون فعل المنافی موجبا لبطلانه.

اذ: فی العقود الجائزة التی اوقعها المالک، اذا کان المنافی موجبا لبطلانها، ففی ما لم یفعله المالک- من العقد الفضولی- یکون المنافی اولی ببطلانه.

(فکما ان التصرف المنافی) للعقود الجائزة (مبطل لها) ای لتلک العقود (کذلک) التصرف المنافی فی (العقد الفضولی) مبطل له.

(و الجواب ان فسخ عقد الفضولی، هو: إنشاء رده) بان ینشأ المالک رد العقد (و اما الفعل المنافی لمضیه) ای لنفوذ العقد الفضولی (کتزویج المعقودة فضولا نفسها من آخر) کما لو عقد فضول امرأة فضولة، ثم عقدت المعقودة نفسها من انسان آخر (و بیع المالک ماله المبیع فضولا من آخر) کما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۵

فلیس فسخاله خصوصا مع عدم التفاته، الی وقوع عقد الفضولی.

غایة ما فی الباب ان الفعل المنافی لمضی العقد مفوت لمحل الاجازة فاذا فرض وقوعه صحیحا، فات محل الاجازة، و یخرج العقد عن قابلیة الاجازة.

اما مطلقا، کما فی مثال التزویج، او بالنسبة الی من فات محل الاجازة بالنسبة إلیه کما فی مثال البیع، فان محل الاجازة انما فات بالنسبة الی الاول.

لو باع الفضول کتاب زید فضولة، ثم باعه زید من انسان آخر (فلیس فسخا له) ای للعقد الاول الّذی وقع فضولة (خصوصا مع عدم التفاته) ای العاقدة نفسها و البائع ماله (الی وقوع عقد الفضولی).

(غایة ما فی الباب) مما یسببه عقد مالک المال، او النکاح بعد عمل الفضول (ان الفعل المنافی لمضی العقد) الفضولی (مفوت لمحل الاجازة) لان محل الاجازة هو المال، و قد انتقل من المالک، کما ان محل النکاح هی المرأة الخلیة، و قد انتفت کونها خلیة (فاذا فرض وقوعه) ای عقد مالک العقد (صحیحا، فان محل الاجازة، و یخرج) بذلک (العقد) الفضولی (عن قابلیة) لحوق (الاجازة) له.

(اما مطلقا، کما فی مثال التزویج) اذ المزوجة لا تزوج مرة ثانیة (او بالنسبة الی من فات محل الاجازة بالنسبة إلیه) و ان بقی محل الاجازة بالنسبة الی المشتری (کما فی مثال البیع، فان محل الاجازة) للعقد الفضولی (انما فات بالنسبة الی الاول) فاذا کان الکتاب لزید، و باعه عمرو فضولة لخالد، ثم باعه زید لبکر، فات محل اجازة زید للبیع الفضولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۶

فللمالک الثانی ان یجیز.

نعم لو فسخ المالک الاول نفس العقد بانشاء الفسخ، بطل العقد من حینه اجماعا، و لعموم: تسلط الناس علی اموالهم بقطع علاقة الغیر عنها.

فالحاصل: انه ان ارید من کون البیع الثانی فسخا، انه ابطال لاثر العقد فی الجملة، فهو مسلم.

نعم یبقی محل اجازة بکر، لانه مالک وقع علی ماله بیع فضولی فاذا اجاز نفذ البیع.

و علیه: (فللمالک الثانی) کبکر، فی المثال (ان یجیز) بیع الفضول.

(نعم لو فسخ المالک الاول) کزید- فی المثال- (نفس العقد) الّذی اوقعه الفضول (بانشاء الفسخ) لعقد الفضول (بطل العقد من حینه) ای حین الفسخ (اجماعا) فان العقد لا یبقی بعد الفسخ (و لعموم: تسلط الناس علی اموالهم) فان عمومه یشمل (بقطع علاقة الغیر عنها) فان المشتری من الفضول صار له علاقة بالمال- بحیث یمکن ان تلحقه اجازة المالک- فالمالک یقطع هذه العلاقة.

(فالحاصل) من جوابنا عن الاشکال السادس الّذی ذکره من یقول بعدم صحة بیع من باع ثم ملک (انه ان ارید من کون البیع الثانی فسخا) ای کون بیع المالک فسخا، لبیع الفضول المتقدم علی بیع المالک (انه ابطال لاثر العقد فی الجملة) بمعنی ان المالک الاول لا یتمکن بعد ذلک من اجازة العقد الفضولی (فهو مسلم) اذ: المالک قد باع، فلا موقع له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۷

و لا یمنع ذلک من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة الی المالک الثانی فیکون له: الاجازة.

و ان ارید انه ابطال العقد رأسا فهو ممنوع، اذ لا دلیل علی کونه کذلک.

و تسمیة مثل ذلک الفعل ردا فی بعض الاحیان من حیث انه مسقط للعقد عن التأثیر بالنسبة الی فاعله بحیث تکون الاجازة منه بعده

لغوا.

لان یجیز العقد الفضولی (و لا یمنع ذلک) ذلک البطلان فی الجملة (من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة الی المالک الثانی) الّذی اشتراه من المالک الاصیل، و معنی التزلزل، انه له الحق فی ان یجز عقد الفضول او یفسخه (فیکون له) ای للمالک الثانی (الاجازة) کما له الرد.

(و ان ارید انه ابطال العقد رأسا) حتی بالنسبة الی المالک الثانی (فهو ممنوع، اذ لا دلیل علی کونه) ای العقد (کذلک) باطل رأسا.

(و) ان قلت: فلم یسمی الفقهاء فعل المالک الاول رد العقد الفضول؟- فان ظاهره بطلان عقد الفضول اطلاقا.

قلت: (تسمیة مثل ذلک الفعل) ای عقد المالک الاصیل (ردا) لعقد الفضول (فی بعض الاحیان) ای فی کلام بعض الفقهاء، انما هو (من حیث انه) ای عقد المالک (مسقط للعقد) الّذی اجراه الفضول (عن التأثیر بالنسبة الی فاعله) ای المالک الاصیل الّذی عقد علی المال- بعد عقد الفضول- (بحیث تکون الاجازة منه) ای من المالک العاقد (بعده لغوا) و لیس مرادهم مطلقا حتی بالنسبة الی المالک الثانی الّذی اشتراه من المالک الاصیل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۸

نعم: لو فرضنا قصد المالک من ذلک الفعل فسخ العقد، بحیث یعد فسخا فعلیا لم یبعد کونه کالانشاء بالقول.

لکن الالتزام بذلک لا یقدح فی المطلب اذ: المقصود ان مجرد بیع المالک، لا یوجب بطلان العقد.

و لذا لو فرضنا انکشاف فساد هذا البیع، بقی العقد علی حاله من قابلیة لحوق الاجازة.

(نعم: لو فرضنا قصد المالک من ذلک الفعل) ای بیعه- بعد عقد الفضول- (فسخ العقد) الّذی اوقعه الفضول (بحیث یعد فسخا فعلیا) عرفا (لم یبعد کونه) ای فعله (کالانشاء بالقول) فیبطل عقد الفضول، حتی لا یمکن اجازته من المالک الثانی.

(لکن الالتزام بذلک) ان الفعل من المالک، کالقول (لا یقدح فی المطلب) الّذی نحن بصدده، و هو: صحة بیع، من باع ثم ملک، فی الجملة (اذ: المقصود) لنا (ان مجرد بیع المالک، لا یوجب بطلان العقد) الّذی اجراه الفضول.

(و لذا) الّذی ذکرنا: ان مجرد عقد المالک، لا یوجب بطلان عقد الفضول (لو فرضنا انکشاف فساد هذا البیع) ای بیع المالک (بقی العقد) الفضولی (علی حاله من قابلیة لحوق الاجازة) و لو کان العقد الثانی- بما انه فعل المالک- فسخا، یجب القول ببطلان عقد الفضول، سواء صح العقد المالکی، أم فسد؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۲۹۹

و اما الالتزام فی مثل الهبة، و البیع فی زمان الخیار بانفساخ العقد من ذی الخیار، بمجرد الفعل المنافی، فلأن صحة التصرف المنافی یتوقف علی فسخ العقد، و الا وقع فی ملک الغیر بخلاف ما نحن فیه، فان تصرف المالک فی ماله المبیع فضولا، صحیح فی نفسه، لوقوعه فی ملکه فلا یتوقف علی فسخه.

(و) ان قلت: اذا لم یکن الفعل فسخا، فلما ذا قال الفقهاء: بان بیع الواهب المال الّذی وهبه یکون فسخا للهبة، و کذا بیع مالک الخیار للعین التی فیها له الخیار.

قلت: (اما الالتزام فی مثل الهبة، و البیع فی زمان الخیار) کما لو باع زید داره من عمرو بخیار له الی مدة شهر، ثم باع الدار فی المدة لبکر، فانه فسخ لبیعه الاول (بانفساخ العقد من ذی الخیار، بمجرد الفعل المنافی) للعقد الاول (فلأن صحة التصرف المنافی) اللازم من حمل: فعل المسلم علی تلک الصحة- و المراد صحة البیع الثانی- (یتوقف علی فسخ العقد) الاول (و إلا وقع) البیع (فی ملک الغیر) و

المفروض ان البائع قصد کون البیع الثانی لنفسه، لا فضولیا عن مالکه المشتری- (بخلاف ما نحن فیه) من مسئلة بیع المالک، بعد بیع الفضولی (فان تصرف المالک فی ماله المبیع فضولا) ای تصرفا بعد ان بیع نفس المال فضولا (صحیح فی نفسه، لوقوعه فی ملکه) فلیس مثل بیع الواهب ما وهبه، من انه لیس ملکا له، اذا لم یکن بیعه فسخا للهبة (فلا یتوقف) هذا البیع من المالک (علی فسخه) ای فسخ عقد الفضول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۰

غایة الامر انه اذا تصرف، فات محل الاجازة.

و من ذلک: یظهر ما فی قوله ره- اخیرا- و بالجملة: حکم عقد الفضولی، حکم سائر العقود الجائزة، بل اولی، فان قیاس العقد المتزلزل من حیث الحدوث علی المتزلزل من حیث البقاء قیاس مع الفارق فضلا عن دعوی الاولویة.

(غایة الامر انه) ای المالک (اذا تصرف) بالبیع- مثلا- (فات محل الاجازة) بالنسبة الی نفسه، و بقی محل الاجازة بالنسبة الی المالک الجدید.

(و من ذلک) الّذی ذکرناه، من: الفرق بین مسئلة بیع المالک ما وقع عقد فضولی علیه، و بین بیع المالک ما وهبه بنفسه، او کان له فیه خیار بیع سابق (یظهر ما فی قوله ره) ای قول المستشکل (- اخیرا- و بالجملة حکم عقد الفضولی، حکم سائر العقود الجائزة، بل اولی) من سائر العقود الجائزة.

وجه الظهور: ما ذکره بقوله (فان قیاس العقد المتزلزل) بوجود اختیار للمالک (من حیث الحدوث) کالمال الّذی اجری علیه الفضول عقدا (علی المتزلزل من حیث البقاء) کالعقود الجائزة، اذا اجری المالک علی المال عقدا آخر (قیاس مع الفارق).

لما عرفت: من وجه الفرق (فضلا عن دعوی الاولویة) ای اولویة عقد متزلزل حدوثا، علی عقد متزلزل بقاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۱

و سیجیء مزید بیان لذلک فی بیان ما یتحقق به الرد.

السابع: الاخبار المستفیضة الحاکیة، لنهی النبی (ص) عن بیع ما لیس عندک.

فان النهی فیها، اما لفساد البیع المذکور مطلقا، بالنسبة الی المخاطب، و الی المالک، فیکون دلیلا علی فساد العقد الفضولی.

و اما لبیان فساده بالنسبة الی المخاطب خاصة- کما استظهرناه سابقا-

---

(و سیجیء مزید بیان لذلک) الفرق بین العقدین (فی بیان ما یتحقق به الرد) إن شاء الله تعالی.

(السابع) من الاشکالات علی صحة بیع: من باع ثم ملک (الاخبار المستفیضة الحاکیة، لنهی النبی (ص) عن بیع ما لیس عندک) فان من لیس عنده الشیء، اذا باعه، ثم ملکه، کان بیعه السابق من مصادیق- بیع ما لیس عندک- فهو منهی عنه.

(فان النهی فیها) فی تلک الاخبار (اما لفساد البیع المذکور مطلقا) ای (بالنسبة الی المخاطب، و الی المالک) فالذی یبیع هو بنفسه ما لیس له، و المالک الّذی له المال، و بیع ماله فضولة، البیع فاسد بالنسبة إلیهما (فیکون دلیلا علی فساد العقد الفضولی) مطلقا، اذ: بعد بطلانه بالنسبة إلیهما، لا وجه لصحته مطلقا.

(و اما لبیان فساده بالنسبة الی المخاطب خاصة- کما استظهرناه سابقا-) لظهور الخطاب فی ذلک، و لادلة الفضولی، و لیست هی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۲

فیکون دالا علی عدم وقوع بیع مال الغیر لبایعه مطلقا،- و لو ملکه فاجاز- بل الظاهر: إرادة حکم خصوص صورة تملکه بعد البیع، و إلا فعدم وقوعه له، قبل تملکه،، مما لا یحتاج الی البیان.

و خصوص روایـة یحیی بن الحجاج المصـحـحة إلیه، قال: سألت أبا عبـد الله علیه السـلام، عن الرجل یقول لی: اشتر لی هـذا الثوب، و هذه الدابة، و بعنیها، اربحک کذا و کذا، قال: لا بأس بذلک، اشترها و لا تواجبه البیع، قبل ان تستوجبها، او تشتریها.

تخصـیصا بل قرینـة للمراد، من: لا تبع ما لیس عنـدک (فیکون دالا علی عدم وقوع بیع مال الغیر لبایعه) الّذی باع مال الغیر (مطلقا) ای (- و لو ملکه) البائع بعـد ان باعه (فاجاز- بل الظاهر) بقرینـة الفهم العرفی (إرادة حکم خصوص صورة تملکه بعد البیع) من: لا تبع ما لیس عنـدک (و إلا فعدم وقوعه) ای البیع (له) ای لمن لیس عنده (قبل تملکه، مما لا یحتاج الی البیان) فانه لیس مالکا حتی یکون له التصرف فیه.

(و خصوص) عطف علی: الاخبار المستفیضة (روایة یحیی بن الحجاج المصـححة إلیه، قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام، عن الرجل یقول لی: اشتر لی هذا الثوب، و هذه الدابة، و بعنیها، اربحک کذا و کذا، قال) علیه السـلام: (لا بأس بذلک، اشترها و لا تواجبه البیع) ای لا تبع- من الایجاب- (قبل ان تستوجبها) ای قبل ان تشتریها من صاحبها (او تشتریها) هو عبارة اخری عن الاستیجاب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۳

و روایة خالد بن الحجاج، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام، الرجل یجیئنی، و یقول: اشتر هذا الثوب، و اربحک کذا و کذا، قال: أ لیس ان شـاء اخـذ، و ان شـاء ترک؟ قلت: بلی، قـال: لاـ بـأس به، انما یحلل الکلام و یحرم الکلام، بناء علی ان المراد بالکلام، عقد البیع، فیحلـل نفیـا، و یحرم اثباتـا، کمـا فهمه فی الوافی، او یحلـل، اذا وقع بعـد الاـشتراء، و یحرم اذا وقع قبله، او ان الکلاـم الواقع قبل الاشتراء یحرم اذا کان بعنوان العقد الملزم، و یحلل اذا کان علی وجه المساومة و المراضاة.

(و روایة خالد بن الحجاج، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام الرجل یجیئنی، و یقول: اشتر هذا الثوب، و اربحک کذا و کذا، قال: أ لیس ان شاء اخـذ، و ان شاء ترک) ای انه لم یشتر منک اشتراء عقدیا بل قاول معک مقاولة، بحیث انه مختار فی اخذه و عدم اخذه (قلت:

بلی، قـال: لاـ بـأس به، انمـا یحلـل الکلاـم و یحرم الکلام) مما دل علی ان بیع غیر المالک لا یصـح (بناء علی ان المراد بالکلام، عقد البیع، فیحلـل نفیـا) ای اذا لم یبع (و یحرم اثباتا) ای اذا عقـد البیع (کما فهمه فی الوافی، او یحلل) الکلام بین الواسـطة و المشتری (اذا وقع بعـد الاـشتراء) ای بعـد اشتراء الواسـطة من المالـک (و یحرم اذا وقع قبله) لاـنه عقـد ممن لیس له المـال (او ان الکلام الواقع قبل الاشتراء یحرم اذا کان بعنوان العقد الملزم).

و معنی التحریم عـدم النفوذ او حرمة التصـرف المترتب علی ذلک الکلام (و یحلل اذا کان علی وجه المساومة و المراضاة) اذ صـرف التکلم حول مال الغیر لیس محظورا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۴

و صـحیحة ابن مسـلم، قال: سألته عن رجل اتاه رجل، فقال له: ابتع لی متاعا، لعلی اشتریه منک، بنقد او نسیئة، فابتاعه الرجل من اجله، قال لیس به بأس، انما یشتریه منه بعد ما یملکه.

و صـحیحة منصور بن حازم، عن ابی عبـد الله علیه السـلام، فی رجل امر رجلا لیشتری له متاعا، فیشتریه منه، قال: لا بأس بـذلک، انما البیع بعد ما یشتریه.

و صحیحة معاویة بن عمار قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام، یجیئنی الرجل، فیطلب منی بیع الحریر، و لیس عندی

(و صحیحة ابن مسلم، قال: سألته عن رجل اتاه رجل، فقال له:

ابتع لی متاعـا، لعلی اشتریه منـک، بنقـد او نسیئة، فابتـاعه الرجل من اجله) و باحتمال ان یشتریه منه و یرجحه (قال: لیس به بأس، انما یشتریه منه بعد ما یملکه) فان المفهوم منه ان به بأسا، لو اشتراه الرجل من الوسیط قبل ان یشتریه الوسیط من المالک.

(و صـحیحة منصور بن حـازم، عن ابی عبـد الله علیه السـلام، فی رجـل امر رجلاـ لیشـتری له متاعـا، فیشتریه منه) ای یشتری الآـمر من الوسـیط بعد ان اشتراه الوسـیط- بقرینة الفاء- (قال: لا بأس بذلک، انما البیع) بیع الوسـیط للآمر (بعد ما یشتریه) الوسـیط من المالک، فان مفهومه الباس لو کان الاشتراء قبل اشتراء الوسیط من المالک.

(و صـحیحة معاویـة بن عمـار، قال: سألت أبا عبـد الله علیه السـلام، یجیئنی الرجل، فیطلب منی بیع الحریر) ای ان ابیعه الحریر (و لیس عندی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۵

شیء، فیقـاولنی علیه،، و اقـاوله فی الربـح و الاجـل، حتی نجتمع علی شـیء، ثم اذهب لاـشتری الحریر، فـادعوه إلیه، فقال: أ رأیت ان وجد مبیعا هو احب إلیه مما عندک، أ تستطیع ان تصرف إلیه عنه و تدعه قلت: نعم، قال: لا بأس، و غیرها من الروایات.

و لا یخفی ظهور هذه الاخبار من حیث المورد فی بعضها.

منه (شـیء، فیقاولنی علیه، و اقاوله فی الربح و الاجل) ای کم یربحنی، و الی أیة مدة یسلم المال لی (حتی نجتمع علی شیء) ای نبنی علی ثمن معین الی مدة معینة (ثم اذهب لاشتری الحریر، فادعوه إلیه) ای الی ان یشتری منی (فقال) علیه السـلام (أ رأیت) اخبرنی (ان وجـد مبیعا) اما بمعنی المصـدر او بمعنی المبیع (هو: احب إلیه مما عندک أ تسـتطیع ان تصـرف إلیه) ای الی ذلک الشـخص الجدید (عنه) ای عن صاحبک، (و تدعه) ای تدع صاحبک.

و مراد الامـام علیه السـلام بهـذا السؤال، کشف ان الرجـل قـاول مع الوسـیط، و لم یجر عقـد البیع، او عقـد المبیع معه، قبـل ان یشتری الوسیط الشیء (قلت: نعم) لیس احدنا مجبورا للتعامل مع الآخر (قال: لا بأس).

و مفهومه انه: ان کـان العقـد قـد حصـل بین الآـمر و الوسـیط، قبـل ان یشتری، کـان فیه البـأس، و لیس ذلـک، الاـ لاـنه (و غیرهـا من الروایات) المذکورة فی الکتب المفصلة.

(و لا یخفی ظهور هذه الاخبار من حیث المورد فی بعضها) الدال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۶

و من حیث التعلیل فی بعضـها الآخر، فی عدم صحة البیع قبل الاشتراء و انه یشترط فی البیع الثانی، تملک البائع له، و استقلاله فیه و لا یکون قد سبق منه و من المشتری الزام و التزام سابق بذلک المال.

و الجواب: عن العمومات انها انما تدل علی عدم ترتب الاثر المقصود من البیع، و هو النقل و الانتقال المنجز علی بیع ما لیس عنده فلا یجوز ترتب الأثر علی هذا البیع، لا من طرف البائع بان یتصرف فی الثمن

علی ان البیع قبـل اشتراء الوسـیط لاـ یجوز (و من حیث التعلیل فی بعضـها الآخر) کقوله علیه السـلام: انما یحلل الکلام و یحرم الکلام (فی عـدم صـحة البیع قبـل الاـشتراء، و انه یشترط فی البیع الثـانی) ای بیع الوسـیط للمشتری الآـمر له (تملک البائع له، و اسـتقلاله) ای للمتاع (فیه) اسـتقلال الملاک فی اموالهم (و لا یکون) عطف علی: تملک (قد سبق منه) ای من الوسیط- المفهوم من الکلام- (و من المشتری الزام) من الوسیط (و التزام) من المشتری (سـابق) علی تملک الوسـیط (بـذلک المال) و هـذا هو مراد القائل ببطلان بیع، من باع ثم ملک.

(و الجواب) اما (عن العمومات) القائلة ب: لا تبع ما لیس عندک، (انها انما تدل علی عدم ترتب الاثر المقصود من البیع، و هو النقل و

الانتقال المنجز علی بیع ما لیس عنده) فلیست هذه العمومات نافیة للبیع المتزلزل المتوقف علی اجازة المالک (فلا یجوز ترتب الأثر علی هذا البیع لا من طرف البائع بان یتصرف فی الثمن) قبل اجازة المالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۷

و لا من طرف المشتری بان یطالب البائع بتسلیم المبیع.

و منه یظهر الجواب عن الاخبار فانها لا تدل- خصوصا بملاحظة قوله علیه السلام: و لا تواجبه البیع، قبل ان تستوجبها- الا علی ان الممنوع منه، هو الالزام، و الالتزام من المتبایعین بآثار البیع المذکور، قبل الاشتراء، فکذا بعده، من دون حاجة الی اجازة، و هی المسألة الآتیة: اعنی لزوم البیع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة الی

(و لا من طرف المشتری بان یطالب البائع بتسلیم المبیع) و هذا نقول به نحن.

و یؤید هذا الظهور، ما دلّ علی صحّة بیع الفضول، بعد اجازة المالک.

(و منه) ای من هذا الجواب عن العمومات (یظهر الجواب عن الاخبار) فانها تنهی عن ترتب الاثر، لا عن مجرد اجزاء العقد المتزلزل المتوقف علی اجازة المالک (فانها لا تدل- خصوصا بملاحظة قوله علیه السلام: و لا تواجبه البیع، قبل ان تستوجبها- الا علی ان الممنوع منه) ای من البیع (هو الالزام، و الالتزام من المتبایعین ب) ترتیب (آثار البیع المذکور، قبل الاشتراء) من المالک الاصلی (فکذا بعده) ای بعد الاشتراء (من دون حاجة الی اجازة) من المالک الجدید (و هی المسألة الآتیة) ای ما لو باع الفضول، ثم اشتری المتاع، و لم یجز ما عقده سابقا فهل العقد السابق کاف، ای یحتاج الی اجازة من نفس البائع (اعنی لزوم البیع) الّذی وقع فضولا (بنفس الاشتراء من البائع) الفضولی (من دون حاجة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۸

الاجازة، و سیأتی ان الاقوی فیها: البطلان،

و ما قیل من ان تسلیم البائع للمبیع- بعد اشترائه- الی المشتری الاول، مفروض فی مورد الروایات، و هی اجازة فعلیة.

الاجازة، و سیأتی) فی تلک المسألة (ان الاقوی فیها: البطلان) لان البیع- حال وقوعه- لم یثبت الا متوقفا علی اجازة المالک.

فعدم حاجته الی الاجازة، بسبب اشتراء نفس البائع، یحتاج الی الدلیل، و ایّ فرق بین ان یکون الفضول هو المشتری- بعد ذلک- او غیره.

(و) ربما اشکل علی هذا الجواب الّذی ذکرناه عن الاخبار الخاصة بانکم قلتم: ان الظاهر منها: عدم استقرار البیع لا عدم اصل البیع و الحال انها ظاهرة فی: عدم اصل البیع اذ لو کان البیع صحیحا محتاجا الی الاجازة، کان تسلیم المالک الثانی، للمتاع الی المشتری اجازة، فهو بیع فضولی ملحوق بالاجازة، فلم لم یجوزها الامام علیه السلام؟ و لیس ذلک الا لاجل ان اصل البیع باطل.

و الی هذا الاشکال، اشار بقوله.

و (ما قیل من ان تسلیم البائع) الوسیط (للمبیع- بعد اشترائه-) من المالک الاصلی (الی المشتری) متعلق ب: تسلیم، (الاول) صفة: المشتری، لان الفضول، هو: مشتر ثان (مفروض فی مورد الروایات، و هی اجازة فعلیة) فلیس منع الامام لعدم الاجازة، بل لعدم صحة اصل البیع مطلقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۰۹

مدفوع: بان التسلیم اذا وقع باعتقاد لزوم البیع السابق، و کونه من مقتضیات لزوم العقد، و انه مما لا اختیار للبائع فیه، بل یجبر علیه اذا امتنع، فهذا لا یعد اجازة و لا یترتب علیه احکام الاجازة فی باب الفضولی، لان المعتبر فی الاجازة، قولا و فعلا، ما یکون عن سلطنة و

استقلال، لان ما یدل علی اعتبار طیب النفس فی صیرورة مال الغیر حلالا لغیره، یدل علی عدم کفایة ذلک.

(مدفوع: بان التسلیم اذا وقع باعتقاد لزوم البیع السابق، و) باعتقاد (کونه) ای التسلیم (من مقتضیات لزوم العقد) السابق (و) باعتقاد (انه) ای التسلیم (مما لا اختیار للبائع فیه، بل یجبر علیه اذا امتنع، فهذا) التسلیم (لا یعد اجازة) فعلیة (و لا یترتب علیه) ای علی هذا التسلیم (احکام الاجازة فی باب الفضولی).

و انما لا یعد مثل هذا التسلیم اجازة (لان المعتبر فی الاجازة قولا و فعلا) ای سواء کانت اجازة قولیة او اجازة فعلیة؟ (ما یکون عن سلطنة و استقلال) من المجیز، لا ما کان عن اعتقاد انه مجبور فیه، و ملتزم علیه (لان ما یدل علی اعتبار طیب النفس فی صیرورة مال الغیر حلالا ـ لغیره) حتی لا ـ یکون من مصادیق: لا یحل مال امرئ إلا عن طیب نفسه (یدل علی عدم کفایة ذلک) النوع من الاعطاء الّذی لم یصدر عن استقلال و سلطنة، و انما عن اعتقاد، انه مجبور علیه و ملتزم به.

و علی هذا: فلا اجازة فی مورد الروایات.

و الروایات انما نفت هذا القسم من البیع الواقع علی ما لیس له، لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۰

نعم: یمکن ان یقال: ان مقتضی تعلیل نفی البأس فی روایة خالد المتقدمة بان المشتری، ان شاء اخذ، و ان شاء ترک، ثبوت البأس فی البیع السابق بمجرد لزومه علی الاصیل.

و هذا محقق فیما نحن فیه، بناء علی ما تقدم من انه: لیس للاصیل فی عقد الفضولی فسخ المعاملة قبل اجازة المالک، او رده.

لکن الظاهر: بقرینة النهی

لا اجازة فیه، لا لانها تقول بالفساد، و ان لحقتها الاجازة بعد ذلک.

(نعم: یمکن ان یقال) ان الظاهر من بعض الروایات المتقدمة، نفی البیع مطلقا، حتی المتزلزل منه، اذ: (ان مقتضی تعلیل نفی البأس فی روایة خالد المتقدمة) حیث قال الامام علیه السلام: أ لیس ان شاء اخذ، و ان شاء ترک؟ قلت: بلی (بان المشتری، ان شاء اخذ، و ان شاء ترک، ثبوت البأس فی البیع السابق) علی اشتراء الوسیط من صاحب المال (بمجرد لزومه) ای البیع السابق (علی الاصیل).

(و هذا) ای لزومه علی الاصیل– و هو الّذی قاول مع الوسیط، ای اشتری منه فضولا– (محقق فیما نحن فیه) من صورة جریان العقد بین الاصیل، و بین الوسیط (بناء علی ما تقدم) فی مسئلة الفضولی (من انه: لیس للاصیل فی عقد الفضولی فسخ المعاملة قبل اجازة المالک، او رده) فاذا کان المراد بیع الاصیل و الوسیط، کانت هذه الروایة دالة علی منعه، لا انها دالة علی المنع عن ترتیب آثار البیع القطعی علیه.

(لکن الظاهر) ان هذا الاشکال، غیر وارد، فان الظاهر (بقرینة النهی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۱

عن مواجبة البیع، فی الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفین.

و الحاصل: ان دلالة الروایات عموما و خصوصا علی النهی عن البیع قبل الملک، مما لا مساغ لانکاره و دلالة النهی علی الفساد أیضا، مما لم یقع فیها المناقشة فی هذه المسألة.

الا انا نقول: ان المراد بفساد البیع عدم ترتب ما یقصد منه عرفا من الآثار

عن مواجبة البیع، فی الخبر المتقدم) و هو خبر: یحیی بن الحجاج (إرادة اللزوم من الطرفین) و ان المحظور، هو ما یکون فیه لزوم من

طرفی الاصیل و الوسیط، لا ما کان فیه لزوم من طرف الاصیل فقط.

اذ: روایة خالد یجب ان تقید، بروایة ابن الحجاج.

فان الاولی: تنهی عن ما یکون فیه لزوم من احد الطرفین الاصیل و الوسیط و الثانیة: تنهی عما یکون فیه لزوم من الطرفین، فیلزم ان تقید الاولی بالثانیة.

(و الحاصل) من کلامنا حول هذه الروایات (ان دلالة الروایات عموما و خصوصا علی النهی عن البیع، قبل الملک، مما لا مساغ لانکاره) فلیس مراد نافی الجواب عنها انکار ظهورها فی النهی (و دلالة النهی علی الفساد أیضا، مما لم یقع فیها المناقشة) اذ: النهی فی المعاملات یدل علی الفساد (فی هذه المسألة) کسائر المسائل التی ورد فیها النهی عن العبادة.

(الا انا نقول: ان المراد بفساد البیع عدم ترتب ما یقصد منه عرفا من الآثار) کلزوم تسلیم المثمن و جواز التصرف فی الثمن، و ما اشبه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۲

فی مقابل الصحة التی هی امضاء الشارع لما یقصد عرفا من إنشاء البیع.

مثلا: لو فرض حکم الشارع بصحة بیع الشیء قبل تملکه- علی الوجه الّذی یقصده اهل المعاملة- کان یترتب علیه بعد البیع، النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع فی الثمن، و جواز مطالبة المشتری البائع بتحصیل المبیع من مالکه، و تسلیمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصیله عن تسلیمه، ففساد البیع، بمعنی عدم ترتب جمیع ذلک علیه.

و هو: لا ینافی قابلیة العقد، للحوق

(فی مقابل الصحة التی هی امضاء الشارع لما یقصد عرفا من إنشاء البیع)

و هذا المقدار: لا یدل علی بطلان الفضولیة التی هی محل الکلام و نحن نقول بصحتها، و الطرف المقابل یقول: ببطلانها.

(مثلا: لو فرض حکم الشارع بصحة بیع الشیء قبل تملکه- علی الوجه الّذی یقصده اهل المعاملة- کان یترتب علیه) ای علی الحکم بالصحة (بعد البیع، النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع فی الثمن و جواز مطالبة المشتری البائع بتحصیل المبیع من مالکه) فان المفروض:

ان المشتری اشتری المتاع من غیر مالکه، و الواجب علی البائع ان یحصل المتاع حینئذ (و تسلیمه) الی المشتری (و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصیله) من مالکه (عن تسلیمه، ففساد البیع) ای بیع ما لا یملک، کما یستفاد من النهی الوارد فی الروایات المتقدمة، انما هو: (بمعنی عدم ترتب جمیع ذلک) الاثر (علیه) ای علی بیع ما لم یملکه.

(و هو) ای الفساد بهذا المعنی (لا ینافی قابلیة العقد، للحوق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۳

الاجازة من مالکه حین العقد.

او ممن یملکه بعد العقد، و لا یجب- علی القول بدلالة النهی علی الفساد- وقوع المنهی عنه لغوا غیر مؤثر اصلا، کما یستفاد من وجه دلالة النهی علی الفساد.

فان حاصله دعوی: دلالة النهی علی ارشاد المخاطب، و بیان ان مقصوده من الفعل المنهی عنه، و هو: الملک، و السلطنة من الطرفین، لا یترتب علیه فهو: غیر مؤثر فی

الاجازة من مالکه حین العقد) ظرف لمالکه، بان یأذن المالک، لهذا العقد الّذی وقع فضولة علی ماله.

(او) لحوق الاجازة (ممن یملکه) ای یملک المتاع (بعد العقد) کما فی مسئلة: من باع ثم ملک ثم اجاز (و لا یجب- علی القول

بدلالـة النهی علی الفساد- وقوع المنهی عنه) و هو: عقـد ما لیس عنـده (لغوا غیر مؤثرا اصـلا، کما یسـتفاد) عـدم المنافات بین الفساد بمعنی عـدم ترتب الاـثر، و بین وجود القابلیـة (من وجه دلالـة النهی علی الفسـاد) فـانه فسـاد بمعنی عـدم ترتب الاـثر، لا بمعنی عـدم القابلیة، للحوق الاجازة.

(فان حاصله) ای حاصل ما یستفاد من دلالة النهی علی الفساد (دعوی: دلالة النهی علی ارشاد المخاطب، و بیان ان مقصوده من الفعل المنهی عنه) ای بیع مـا لیس عنـده (و هو) ای مقصوده من الفعـل المنهی عنه (الملک، و السـلطنة من الطرفین، لا یترتب علیه) ای علی الفعل المنهی عنه (فهو) ای هذا الفعل المنهی عنه (غیر مؤثر فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۴

مقصود المتبایعین، لا انه لغو من جمیع الجهات، فافهم.

اللهم الا ان یقال: ان عـدم ترتب جمیع مقاصـد المتعاقـدین علی عقد بمجرد انشائه مع وقوع مدلول ذلک العقد فی نظر الشارع، مقیدا بانضمام بعض الامور اللاحقة، کالقبض فی الهبة، و نحوها.

و الاجازة فی الفضولی لا یقتضی النهی عنها بقول مطلق، اذ: معنی صحة المعاملة شرعا

مقصود المتبایعین، لا انه لغو من جمیع الجهات) حتی من قابلیة لحوق الاجازة (فافهم) فان النهی فی المعاملات، یدل علی فقد شـرط، او وجود مانع، و معنی ذلک ان النهی یدل حتی علی عدم القابلیة.

(اللهم الا ان یقال: ان عـدم ترتب جمیع مقاصـد المتعاقـدین علی عقـد بمجرد انشائه) ای عـدم ترتب المقاصـد عند الانشاء (مع وقوع مدلول ذلک العقد فی نظر الشارع، مقیدا بانضـمام بعض الامور اللاحقة) الی العقد (کالقبض فی الهبة، و نحوها) کالصـرف و السـلم، فانها تشترط بالقبض، و الا لم تترتب علیها جمیع الآثار.

(و الاجـازة فی الفضولی) حیث انه لو لاـ الاجـازة لم یترتب الاثر علی الفضولی (لا یقتضـی النهی عنها) ای عن تلک العقود، المتوقفة علی التحاق شـیء بها (بقول مطلق) بان یقول الشارع: لا تهب، و هو یرید عدم ترتب الاثر بدون القبض، بل اللازم ان ینهی عنها مقیدا کما لو قال:

لا تهب بدون القبض.

و انما قلنا: لا ینهی بقول مطلق (اذ: معنی صحة المعاملة شرعا،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۵

ان یترتب علیها شرعا المدلول المقصود من انشائه، و لو مع شرط لاحق.

و عدم بناء المتعاملین علی مراعاة ذلک الشرط، لا یوجب النهی عنه، الا مقیدا بتجرده عن لحوق ذلک الشرط.

فقصدهم ترتب الملک المنجز علی البیع قبل التملک- بحیث یسلّمون الثمن و یطالبون المبیع- لا یوجب الحکم علیه بالفساد.

فالانصاف: ان ظاهر النهی فی تلک الروایات، هو: عدم وقوع البیع، قبل التملک للبائع، و عدم ترتب اثر

ان یترتب علیها شـرعا المـدلول المقصود من انشائه) ای إنشاء عقـد تلک المعاملة (و لو مع شـرط لاحق) کالقبض فی الهبة، و الاجازة فی الفضولی.

(و عدم) مبتدأ خبره: لا یوجب (بناء المتعاملین علی مراعاة ذلک الشـرط، لا یوجب النهی عنه) مطلقا، بان یطلق الشارع النهی (الا) نهیا (مقیدا بتجرده) ای العقد (عن لحوق ذلک الشرط) کان یقول:

لا هبة مجردة عن القبض، و لا فضولی مجردا عن الاجازة.

(فقصدهم) ای المتعاملون (ترتب الملک المنجز علی البیع قبل التملک) ای قبل تملک البائع، ما باعه فضولة (- بحیث یسلّمون) المتعاملون (الثمن و یطالبون المبیع- لا یوجب الحکم علیه) ای علی العقد (بالفساد) ان کان واقعا صحیحا قابلا للحوق الاجازة، کما تدعون انتم من صحة بیع: من باع ثم ملک.

(فالانصاف: ان ظاهر النهی فی تلک الروایات، هو: عدم وقوع البیع قبل التملک للبائع) ای قبل ان یملک البائع المتاع (و عدم ترتب اثر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۶

الانشاء المقصود منه علیه مطلقا حتی مع الاجازة.

و اما صحته بالنسبة الی المالک اذا اجاز، فلان النهی راجع الی وقوع البیع المذکور للبائع، فلا تعرض فیه لحال المالک اذا اجاز فیرجع فیه الی مسئلة الفضولی.

نعم: قد یخدش فیها ان ظاهر کثیر من الاخبار المتقدمة ورودها فی بیع الکلی، و انه لا یجوز بیع الکلی فی الذمة، ثم اشتراء بعض افراده، و تسلیمه الی المشتری الاول.

الانشاء المقصود منه) ای من الانشاء (علیه) ای علی الانشاء (مطلقا) ای (حتی مع الاجازة) بعد اشتراء البائع المتاع، (و) ان قلت: فعلی هذا کان اللازم عدم صحته بالنسبة الی مالکه الاصلی اذا اجاز، مع انکم تقولون بصحته.

قلت: (اما صحته) ای الانشاء (بالنسبة الی المالک) الاصلی (اذا اجاز) بیع البائع (فلان النهی) لیس بناظر الی المالک الاصلی اطلاقا، بل انما هو: (راجع الی وقوع البیع المذکور للبائع) الفضولی (فلا تعرض فیه) ای فی النهی (لحال المالک اذا اجاز) المالک (ف) حیث لا تعرض للنهی عن حال المالک (یرجع فیه الی مسئلة الفضولی) و قد تقدم فیها ان مقتضی القواعد: ان الاجازة کافیة فی نفوذ مثل هذا البیع.

(نعم: قد یخدش فیها) ای فی دلالة الروایات علی المنع عن صحة بیع: من باع ثم ملک (ان ظاهر کثیر من الاخبار المتقدمة ورودها فی بیع الکلی، و انه لا یجوز بیع الکلی فی الذمة، ثم اشتراء بعض افراده و تسلیمه الی المشتری الاول) ای الّذی اشتری من البائع، کما لو باع زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۱۷

و المذهب جواز ذلک، و ان نسب الخلاف فیه الی بعض العبائر فیقوی: فی النفس انها و ما ورد فی سیاقها فی بیع الشخصی أیضا کروایتی یحیی، و خالد، المتقدمتین ارید بها الکراهة، او وردت فی مقام التقیة، لان المنع عن بیع الکلی حالا مع عدم وجوده عند البائع حال البیع، مذهب جماعة من العامة، کما صرح به فی بعض الاخبار.

کتابا کلیا لعمرو، ثم اشتری کتابا و سلمه الی عمرو بعنوان الوفاء.

(و) الحال ان (المذهب) الّذی یختاره فقهاء الشیعة (جواز ذلک) البیع الکلی، ثم اشتراء فرد منه، و تسلیمه الی المشتری، من باب الوفاء (و ان نسب الخلاف فیه) ای فی جوازه (الی بعض العبائر) عبائر فقهائنا (فیقوی: فی النفس انها) ای تلک الاخبار الظاهرة فی الکلی (و ما ورد فی سیاقها) التی ظاهرها (فی بیع الشخصی أیضا، کروایتی:

یحیی، و خالد، المتقدمتین).

لکن کونهما فی سیاق تلک الاخبار، یوجب إلحاقهما بتلک الاخبار (ارید بها الکراهة) بصرف النهی عن ظاهره التحریمی، الی الکراهة، لما دل علی جواز بیع الکلی (او) یقال: انها (وردت فی مقام التقیة، لان المنع عن بیع الکلی حالا) مقابل السلف (مع عدم

وجوده عنـد البـائع) و هو بـائع الآن (حال البيع) اما اذا كان موجودا لـدى البائع حال البيع، فلا اشـكال فى صـحته (مـذهب جماعـة من العامة، كما صـرح به فى بعض الاخبار) كصحيحة عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام: المتقدمة حيث قال الامام- ع-: لا بأس، فقال الراوى: ان من عندنا يفسده، فقال- ع-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۱۸

مسـتندين فى ذلك الى: النهى النبوى عن بيع ما ليس عنـدك، لكن الاعتماد على هـذا التوهين فى رفع اليـد عن الروايتين المتقـدمتين الواردتين فى بيع الشخصى، و عموم مفهوم التعليل فى الاخبار الواردة فى بيع الكلى، خلاف الانصاف.

اذ: غايـة الـامر حمـل الحكم فى مورد تلـك الاخبـار- و هو بيع الكلى قبـل التملك- على التقيـة، و هو: لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا

ما تقولون فى السلم الخ (مستندين) اولئك العامة (فى ذلك) المنع (الى: النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك) اى قوله «ص» لا تبع ما ليس عندك، قالوا: بانه يشمل البيع الكلى أيضا.

و حيث احتملنا انها وردت فى مقام التقية، فلا دلالة فيها على حرمة و لا كراهة (لكن الاعتماد على هذا التوهين) بان المراد البيع الكلى فيحمل على الكراهـة (فى رفع اليـد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين فى بيع الشخصـى) بحملهما على خلاف ظاهرهما، لمجرد انهما فى سـياق اخبـار البيع الكلى (و) عن (عموم مفهوم التعليـل فى الاخبـار الواردة فى بيع الكلى) و ان المواجبـة، وقعت قبـل اشتراء البـائع للمتاع، او بعده (خلاف الانصاف) فاللازم ان نقول: بعدم صحة بيع من باع ثم ملك.

(اذ: غايـة الامر) فى الخدشـة فى الروايات المعللة- اى باسـتثناء الروايتين الخاصتين- (حمل الحكم) بالنهى (فى مورد تلك الاخبار- و هو بيع الكلى قبـل التملـك- على التقيـة) و الا فبيع الكلى قبل التملك، جائز فى نفسه (و هو: لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا) لان مفهوم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۱۹

فتدبر.

فالاقوى العمل بالروايات، و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و ممـا يؤيـد المنع- مضافا الى ما سيأتى عن التـذكرة، و المختلف من دعوى الاتفاق- روايـة الحسن بن زياد الطائى الواردة فى نكاح العبـد بغير اذن مولـاه، قال قلت: لابى عبـد الله عليه السـلام، انى كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاى، ثم اعتقنى بعـد، فاجـدد النكاح؟ فقال: علموا

التعليل عدم الصحة مطلقا، خرج منه الكلى، لما دل على صحته.

فيحمـل المفهوم فى الكلى على التقيـة، اما الشخصـى فيبقى تحت المفهوم بلا معارض (فتـدبر) لعله اشارة الى: انه لا يمكن تخصـيص الكلى عن المفهوم، لـانه يلزم منه خروج المورد، فاللـازم، الحمـل على التقيـة مطلقـا، فلاـ دليل فى المفهوم على المنع عن بيع ما ليس عنده مطلقا، سواء كان كليا او شخصيا؟

(فالاـقوى) حيث كـان هناك مفهوم التعليل، و كانت الروايتان الصـريحتان (العمل بالروايات، و الفتوى بالمنع عن البيع المـذكور) بان يبيع الانسان شيئا شخصيا، ثم يشتريه و يؤديه الى البائع وفاء.

(و ممـا يؤيـد المنع- مضافـا الى مـا سـيأتى عن التـذكرة، و المختلف من دعوى الاتفـاق-) على المنع (روايـة الحسن بن زيـاد الطائى، الواردة فى نكـاح العبـد بغير اذن مولـاه، قـال قلت: لاـبى عبـد الله عليه السـلام، انى كنت رجلاـ مملوكا، فتزوجت بغير اذن مولاى، ثم

اعتقنی بعد، فاجدد النکاح) او النکاح صحیح (فقال) علیه السلام: (علموا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۰

انـک تزوجت، قلت: نعم، قـد علموا، فسـکتوا، و لم یقولوا الی شـیئا، قـال ذلـک اقرار منهم، انت علی نکاحک، الخبر، فانها ظاهرة بل صریحة فی ان علة البقاء- بعد العتق- علی ما فعله بغیر اذن مولاه، هو اقراره المستفاد من سکوته، فلو کان صیرورته حرا، مالکا لنفسه، مسوغة للبقاء مع اجازته، او بدونها، لم یحتج الی الاستفصال عن ان المولی، سکت أم لا؟

للزوم العقد علی کل تقدیر.

انک تزوجت، قلت: نعم، قد علموا، فسـکتوا، و لم یقولوا لی شیئا، قال ذلک) السکوت بعد العلم (اقرار منهم، انت علی نکاحک) الی آخر (الخبر فانها ظاهرة بل صـریحة فی ان علة البقاء- بعد العتق- علی ما فعله) من النکاح (بغیر اذن مولاه) «علی» متعلق ب: البقاء (هو اقراره) ای اقرار المولی (المستفاد من سکوته).

و هـذا: یدل علی بطلان العقد، و لو اجاز بعد العتق اذا لم یرض المولی (فلو کان صـیرورته) ای العبد (حرا، مالکا لنفسه، مسوغة للبقاء مع اجازته) ای العبـد (او بدونها) بان لم یحتج الی الاجازة- کما هو مذهب من یقول: ان من باع ثم ملک، لم یحتج الی اجازة جدیدة (لم یحتج) بقاء النکاح (الی الاستفصال) الّذی ذکره الامام علیه السلام (عن ان المولی، سکت أم لا؟).

و انما لم یحتـج- علی هـذا التقـدیر- (للزوم العقد) حینئذ، اذا ملک نفسه- باجازة او بدونها- (علی کل تقدیر) تقدیر رضـی المولی و عدم رضاه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۱

ثم ان الواجب علی کـل تقـدیر، هو: الاقتصـار علی مورد الروایـات، و هو: ما لو باع البائع لنفسه، و اشتری المشتری غیر مترقب لاجازة المالک و لا لاجازة البائع، اذا صار مالکا.

و هذا هو الّذی ذکره العلامة ره فی التذکرة نافیا للخلاف فی فساده قال: لا یجوز ان یبیع عینا لا یملکها، و یمضـی لیشتریها و یسـلمها، و به قـال الشـافعی، و احمـد، و لا نعلم فیه خلافا، لقول النبی (ص): لا تبع ما لیس عنـدک و لاشـتمالها علی الغرر، فان صاحبها قـد لا یبیعها، و هو:

غیر مالک لها، و لا قادر علی تسلیمها.

(ثم ان الواجب علی کل تقدیر) سواء قلنا: بالبطلان، او بالکراهة؟

(هو: الاقتصـار علی مورد الروایات) الدالـة علی المنع عن بیع ما لیس عنـده (و هو: ما لو باع البائع لنفسه) مال الغیر (و اشتری المشتری غیر مترقب لاجازة المالک) الاصلی (و لا لاجازة البائع، اذا صار مالکا) بل اشتراه جاز ما غیر متوقف علی الاجازة.

(و هـذا) القسم من البیع (هو الّذی ذکره العلامة ره فی التذکرة نافیا للخلاف فی فساده، قال: لا یجوز ان یبیع عینا لا یملکها، و یمضـی لیشتریهـا) من مالکها (و یسـلمها) الی المشتری منه (و به) ای بالفساد (قال الشافعی، و احمـد، و لا نعلم فیه خلافا، لقول النبی (ص): لا تبع ما لیس عنـدک) هـذا أولا (و لاشـتمالها علی الغرر) ثانیا (فان صاحبها قد لا یبیعها، و هو) ای البائع (غیر مالک لها، و لا قادر علی تسلیمها) و یشترط فی البیع: الملک، و القدرة علی التسلیم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۲

اما لو اشتری موصوفا فی الذمة- سواء کان حالا، او مؤجلا- فانه جائز اجماعا، انتهی.

و حکی عن المختلف أیضا الاجماع علی المنع أیضا.

و استدلاله بالغرر، و عدم القدرة علی التسلیم، ظاهر، بل صریح فی وقوع الاشتراء، غیر مترقب لاجازة مجیز، بل وقع علی وجه یلزم علی البائع بعد البیع، تحصیل المبیع و تسلیمه.

فحینئذ لو تبایعا، علی ان یکون العقد موقوفا علی الاجازة

(اما لو اشتری موصوفا فی الذمة) ای الکلی، لا الشخصی (- سواء کان) بیعا (حالا، او مؤجلا- فانه جائز اجماعا) فان الکلی، لا ینحصر فی الفرد الّذی عند الغیر، و لیس فیه غرر، او عدم قدرة علی التسلیم (انتهی) کلام التذکرة.

(و حکی عن المختلف أیضا) کالتذکرة (الاجماع علی المنع أیضا) کاجماع التذکرة.

(و استدلاله) ای العلامة- مبتدأ- (بالغرر، و عدم القدرة علی التسلیم، ظاهر) «ظاهر» خبر (بل صریح فی وقوع الاشتراء، غیر مترقب لاجازة مجیز، بل وقع) الاشتراء (علی وجه یلزم علی البائع بعد البیع، تحصیل المبیع و تسلیمه) فان الاشتراء بترقب غیر موجب للغرر، و لا یحتاج الی القدرة علی التسلیم، کما هو الحال فی سائر اقسام الفضولیة.

(فحینئذ) ای حین کان النهی فی الروایات عن خصوص البیع الجزمی غیر المترقب لاجازة (لو تبایعا، علی ان یکون العقد موقوفا علی الاجازة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۳

فاتفقت الاجازة من المالک، او من البائع بعد تملکه، لم یدخل فی مورد الاخبار، و لا فی معقد الاتفاق.

و لو تبایعا علی ان یکون اللزوم موقوفا علی تملک البائع دون اجازته، فظاهر عبارة الدروس: انه من البیع المنهی عنه فی الاخبار المذکورة حیث قال: و کذا لو باع ملک غیره، ثم انتقل إلیه، فاجاز، و لو اراد لزوم البیع بالانتقال، فهو بیع ما لیس عنده، و قد نهی عنه، انتهی.

لکن الانصاف: ظهورها فی الصورة الاولی، و هی: ما لو تبایعا قاصدین

فاتفقت الاجازة من المالک) الاصلی (او من البائع) الفضول (بعد تملکه) للمال، او من المالک الّذی تلقاه من المالک الاصلی- مثلا- (لم یدخل فی مورد الاخبار، و لا فی معقد الاتفاق) لانصراف الاخبار و الاتفاق عن هذه الصورة.

(و لو تبایعا) الفضول و المشتری (علی ان یکون اللزوم) للبیع (موقوفا علی تملک البائع، دون اجازته) بان قالا: ان مجرد تملک البائع کاف فی الانتقال الی المشتری بدون الاحتیاج الی ان یجیز بعد ان تملک (فظاهر عبارة الدروس: انه من البیع المنهی عنه فی الاخبار المذکورة) «فی» متعلق ب: المنهی (حیث قال) الشهید: (و کذا لو باع ملک غیره، ثم انتقل إلیه، فاجاز) البائع الفضول (و لو اراد) الفضول (لزوم البیع بالانتقال، فهو بیع ما لیس عنده، و قد نهی عنه، انتهی) کلام الدروس.

(لکن الانصاف: ظهورها) ای الاخبار الناهیة (فی الصورة الاولی) فقط (و هی: ما لو تبایعا، قاصدین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۴

لتنجز النقل و الانتقال، و عدم الوقوف علی شیء.

و ما ذکره فی التذکرة کالصریح فی ذلک، حیث علل المنع بالغرر، و عدم القدرة علی التسلیم.

و اصرح منه کلامه المحکی عن المختلف، فی فصل النقد و النسیئة.

و لو باع عن المالک فاتفق انتقاله الی البائع، فاجازه، فالظاهر:

أیضا الصحة لخروجه عن مورد الاخبار.

لتنجز النقل و الانتقال، و عـدم الوقوف علی شـیء) آخر من اجازة المالک الاصـلی، او اجازة البائع اذا انتقل إلیه المال بعد ذلک، فانه المنصرف من الاخبار.

(و ما ذکره فی التـذکرة) المتقدم (کالصـریح فی ذلک) ای اختصاص الاخبار بالصورة الاولی فقط (حیث علل المنع) عن: بیع ما لیس عنـده (بـالغرر، و عـدم القـدرة علی التسـلیم) فـان البیع متوقفـا علی الاجـازة لیس غررا، و لیس موجبا للتسـلیم- کما هو الشأن فی کل فضولی-.

(و اصرح منه) ای من کلام التذکرة (کلامه) ای العلامة (المحکی عن المختلف، فی فصل النقد و النسیئة).

و علیه: فالصورة الثانیة لا دلیل علی المنع عنها من الاخبار، و لا من الاجماع- بدلیل کلام العلامة-.

(و لو بـاع) الفضول المتـاع (عن المالـک) لاـ عن نفسه (فـاتفق انتقـاله الی البـائع) قهرا، کالاـرث، او اختیـارا کالاشتراء (فاجازه) البائع (فالظاهر أیضا الصحة) لذلک البیع الفضولی (لخروجه عن مورد الاخبار) حیث عرفت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۵

نعم: قد یشکل فیه من حیث ان الاجازة لا متعلق لها، لان العقد السابق کان إنشاء للبیع عن المالک الاصلی، و لا معنی لاجازة هذا بعد خروجه عن ملکه.

و یمکن دفعه بما اندفع به سابقا الاشکال فی عکس المسألة، و هی:

ما لو باعه الفضولی لنفسه، فاجازه المالک لنفسه، فتأمل.

انها ظاهرة فی تنجیز البیع.

(نعم: قد یشکل فیه) ای فی هذا الفرض من: من باع ثم ملک (من حیث ان الاجازة لا متعلق لها).

و ذلک (لان العقد السابق) علی الانتقال الی البائع (کان إنشاء للبیع عن المالک الاصلی، و لا معنی لاجازة هذا بعد خروجه عن ملکه) و هذا البائع لم یقع العقد فی ملکه حتی یجیزه.

(و یمکن دفعه) ای دفع هـذا الاشـکال، و القول بصـحة العقـد السـابق بالاجازة من المالک الجدیـد، (بما انـدفع به سابقا الاشـکال فی عکس المسألـة، و هی) ای المسألـة السابقـة، هی: (مـا لو باعه الفضولی لنفسه، فاجازه المالک لنفسه) لا للفضول (فتأمل) وجه انـدفاع الاشـکال ان فی کلتـا المسألتین: ان المقصود من المعاملـة تبادل المثمن بالثمن، و لا خصوصـیة للشـخص المنسوب إلیه العوضان، فاذا حصـل هـذا التبادل بالعقـد، ثم رضـی المالک، سواء کان مالکا وقت العقـد او غیره؟ صـح البیع لصـدق: عقودکم، المسـتفاد من قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و وجه التأمل: احتمال الفرق بین المسألتین بان فی عکس المسألة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۶

و لو باع لثالث معتقدا لتملکه، او بانیا علیه عدوانا فان اجاز المالک فلا کلام فی الصـحة، بناء علی المشـهور من عدم اعتبار وقوع البیع عن المالک و ان ملکه الثالث و اجازه، او ملکه البائع

مالک موجود حال العقد، هو الّذی یجیز بعد ذلک.

اما فی هذه المسألة فلا مالک موجود حال العقد یجیز البیع بعد ذلک.

فالذی یجیز، غیر المالک حال العقد.

و الّذی یملک حال العقد، لا یجیز، و لا یرتبط به الاجازة- حال الاجازة-.

فعقودکم، لاـ یتحقق، لاـ بالنسبة الی المالک الاول، لانه خرج عن کونه مالکا، و لا بالنسبة الی المالک الثانی، لانه لم یقع فی ملکه العقد.

و مجرد الاجازة بعد ذلک، لا یوجب صدق: عقودکم، عرفا، کما ان العقد الواقع علی الملک فی الازمنة السابقة، حین کان فی ایادی سابقین لا یصدق علیه انه عقد هذا الانسان المتأخر الّذی ملک ملکا جدیدا.

(و لو باع) الفضول المال، لا عن المالک کزید، و لا عن نفسه الّذی هو خالد، بل (لثالث) کبکر- مثلا- (معتقدا لتملکه) بان اعتقد البائع ان المال لبکر، لا لزید (او بانیا علیه عدوانا) کما یتحقق فی عمال الغاصبین، حیث یبیعون اموال الناس لمصلحة اربابهم (فان اجاز المالک) الواقعی کزید فی المثال (فلا کلام فی الصحة، بناء علی المشهور من عدم اعتبار وقوع البیع) فی قصد البائع (عن المالک) اذ: لا خصوصیة لهذا القصد.

(و) علی هذا (ان ملکه الثالث) کبکر، کما لو انتقل المال الی بکر (و اجازه) ای البیع الّذی وقع عنه- فضولة- (او ملکه البائع) الفضول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۷

فاجازه، فالظاهر: انه داخل فی المسألة السابقة.

ثم: انه قد ظهر مما ذکرنا فی المسألة المذکورة، حال المسألة الاخری و هی: ما لو لم یجز البائع بعد تملکه فان الظاهر، بطلان البیع الاول، لدخوله تحت الاخبار المذکورة یقینا.

مضافا: الی قاعدة: تسلط الناس علی اموالهم، و عدم صیرورتها حلالا من دون طیب النفس، فان المفروض، ان البائع

(فاجازه، فالظاهر: انه داخل فی المسألة السابقة) التی عنونها المصنف بقوله: و لو باع عن المالک، و مراده بالدخول فی هذه المسألة انه خارج عن مورد الاخبار، و لازمه ان یکون العقد صحیحا.

(ثم: انه قد ظهر مما ذکرنا فی المسألة المذکورة) ای مسئلة: من باع ثم ملک (حال المسألة الاخری، و هی: ما لو لم یجز البائع بعد تملکه) للمال (فان الظاهر، بطلان البیع الاول) الّذی وقع فضولا (لدخوله تحت الاخبار المذکورة یقینا) اذ: الخارج منها، صورة رضایة المالک الجدید، فاذا لم یرض، لم یکن بیع عن رضی، لا عن رضی المالک الاول، و لا عن رضی المالک الثانی، فلا یشمله المستثنی فی: لا یحل مال امرئ الا عن طیب نفسه.

(مضافا: الی قاعدة: تسلط الناس علی اموالهم) فالمالک الثانی مسلط علی ماله، و لاـ یحق للمشتری ان یأخذ منه جبرا (و عدم صیرورتها) ای الاموال (حلالا من دون طیب النفس، فان المفروض، ان البائع) فضولا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۸

بعد ما صار مالکا، لم یطب نفسه بکون ماله للمشتری الاول.

و التزامه- قبل تملکه- بکون هذا المال المعین للمشتری، لیس التزاما، الا بکون مال غیره له.

اللهم الاـ ان یقال: ان مقتضی عموم: وجوب الوفاء بالعقود و الشروط، علی کل عاقد و شارط، هو: اللزوم علی البائع، بمجرد انتقال المال إلیه، و إن کان قبل ذلک

(بعد ما صار مالکا، لم یطب نفسه بکون ماله للمشتری الاول) الّذی اشتراه من نفس البائع فضولا- مقابل المشتری الثانی، و هو من اشتراه من المالک، ای البائع الفضول-.

(و) ان قلت: ان البائع التزم بکون المال للمشتری، فهو طیب نفس منه.

قلت: (التزامه) ای البائع الفضول (- قبل تملکه-) للمال (بکون هذا المال المعین للمشتری، لیس التزاما، الاـ بکون مال غیره) ای

المالک الاصیل (له) ای للمشتری، فلم یلتزم بکون مال نفسه للمشتری، حتی یکون ذلک الالتزام رضی من البائع بکون مال نفسه للمشتری.

(اللهم الا ان یقال) فی توجیه ان البائع لا یحق له فسخ العقد، اذا انتقل إلیه المال، ببیان (ان مقتضی عموم: وجوب الوفاء بالعقود) المستفاد من قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و الشروط) المستفاد من قوله ع-: المؤمنون عند شروطهم (علی کل عاقد و شارط، هو: اللزوم علی البائع، بمجرد انتقال المال إلیه، و إن کان) العاقد (قبل ذلک) الانتقال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۲۹

اجنبیا، لا حکم لوفائه و نقضه.

و لعله: لاجل ما ذکرنا رجح فخر الدین فی الایضاح- بناء علی صحة الفضولی- صحة العقد المذکور بمجرد الانتقال، من دون توقف علی الاجازة.

قیل و یلوح هذا من الشهید الثانی فی هبة المسالک، و قد سبق استظهاره من عبارة الشیخ المحکیة فی المعتبر، لکن یضعفه ان البائع غیر مأمور بالوفاء قبل الملک فیستصحب، و المقام مقام استصحاب حکم الخاص

(اجنبیا، لا حکم لوفائه) وجوبا (و) لا ل (نقضه) حرمة.

(و لعله: لاجل ما ذکرنا) من قولنا: اللهم الا ان یقال (رجح فخر الدین فی الایضاح- بناء علی صحة الفضولی-) مطلقا (صحة العقد المذکور) الّذی باع ثم ملک (بمجرد الانتقال) للمال الی البائع (من دون توقف علی الاجازة) لصدق: عقودکم، علیه، بمجرد الانتقال الی الفضول.

(قیل و یلوح هذا) ای یظهر هذا القول (من الشهید الثانی فی) کتاب ال (هبة) من (المسالک، و قد سبق استظهاره) و انه الظاهر (من عبارة الشیخ المحکیة فی المعتبر، لکن یضعفه) ای احتمال الانتقال بدون الاجازة، مما ذکرناه بقولنا: اللهم الخ (ان البائع) الفضول (غیر مأمور بالوفاء) بهذا العقد (قبل الملک) ای قبل ان یملک البائع لهذا المال (فیستصحب) عدم وجوب: الوفاء (و المقام مقام استصحاب حکم الخاص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۰

لا مقام الرجوع الی حکم العام، فتأمل.

لا مقام الرجوع الی حکم العام) العام، هو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، الّذی یشمل المقام، و الخاص، هو: عدم وجوب الوفاء بهذا العقد، لانه لیس عقد البائع، اذ: المراد: عقودکم، فاذا شک فی ان المقام للخاص او للعام، ینظر فی انه هل العام شمل الفرد، ثم خرج منه حصة و شک فی الحصة الثانیة من الخاص، هل هی: خارجة أم لا؟ کما لو قال: اکرم العلماء، ثم قال: لا تکرم زیدا یوم الجمعة، فان الشک فی وجوب الاکرام یوم السبت مرجعه الی عموم: وجوب الاکرام، لانه شمل یوم الجمعة، و یوم السبت و الخارج یوم الجمعة فقط، ففی ما عداه یؤخذ بالعام.

او ان العام لم یشمل مثل هذا الفرد من السابق، بل شمله الخاص کما لو قال: اکرم العادل، و کان زید یوم الجمعة فاسقا، ثم شک فی انه هل صار عادلا یوم السبت أم لا؟، فانه یشک فی شمول العام له، فیستصحب حکم الخاص الّذی هو عدم وجوب الاکرام (فتأمل) حیث: ان المقام لیس من مسئلة الشک فی شمول العام او المخصص لهذا الفرد المشکوک، بل من قبیل التخصص و الخروج الموضوعی.

اذ: الطیب المعتبر فی العقد، غیر محقق فی المقام اصلا.

اقول: الکلام فی المسألة طویل جدا، و حیث کان الامر خارجا عن الشرح التوضیحی، امسکنا الکلام حوله.

هذا تمام الکلام فی وجه عدم وجوب العقد علی البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۱

مضافا: الی معارضة العموم المذکور بعموم: سلطنة الناس علی اموالهم، و عدم حلّها لغیرهم، الا عن طیب النفس.

و فحوی الحکم المذکور فی روایة الحسن بن زیاد المتقدمة فی نکاح العبد بدون اذن مولاه- و ان عتقه- لا یجدی فی لزوم النکاح لو لا سکوت المولی الّذی هو بمنزلة الاجازة.

ثم: لو سلم عدم التوقف علی الاجازة فانما هو: فیما اذا باع الفضولی لنفسه

(مضافا: الی معارضة العموم المذکور) ای: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (بعموم سلطنة الناس علی اموالهم، و عدم حلّها لغیرهم، الا عن طیب النفس) فالمالک الثانی مسلط علی ماله، و لا یحل ماله للمشتری، اذ: لا طیب لنفس المالک فی تصرف المشتری فی ماله.

(و فحوی) ای اولویة (الحکم المذکور فی روایة الحسن بن زیاد المتقدمة فی نکاح العبد بدون اذن مولاه- و ان عتقه-) ای العبد (لا یجدی فی لزوم النکاح لو لا سکوت المولی) حال العقد (الّذی هو) ای السکوت (بمنزلة الاجازة) فانه اذا لم یجد العتق فی لزوم النکاح، و النکاح فرج یجب الاحتیاط فیه، بعدم ابطاله، بعد انعقاده، لم یجد ملک الفضول فی لزوم العقد، و الحال انه لیس فی باب الملک الاحتیاط الواجب مراعاته فی باب النکاح.

(ثم: لو سلم عدم التوقف علی الاجازة) و ان: من باع ثم ملک، لزم عقده بدون احتیاج الی الاجازة (فانما هو: فیما اذا باع الفضولی لنفسه) فانه بمجرد تملکه للشیء یصدق: عقودکم، فیلزم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۲

اما لو باع فضولا للمالک، او لثالث، ثم ملک هو، فجریان عموم: الوفاء بالعقود، و الشروط، بالنسبة الی البائع اشکل.

و لو باع وکالة عن المالک فبان انعزاله بموت الموکل، فلا اشکال فی عدم وقوع البیع له بدون الاجازة، و لا معها، نعم: یقع للوارث مع اجازته.

(اما لو باع) الفضولی (فضولا للمالک، او لثالث) کعامل الغاصب الّذی یبیع المغصوب للغاصب- الّذی لیس لنفسه و لا لمالکه الواقعی- (ثم ملک هو) ای الفضول (فجریان عموم: الوفاء بالعقود، و الشروط، بالنسبة الی البائع اشکل) لعدم الاستناد إلیه، فانه اوقعه لغیره.

(و لو باع وکالة عن المالک) فیما کان وکیلا عنه سابقا (فبان انعزاله بموت الموکل، فلا اشکال فی عدم وقوع البیع له) ای للبائع الفضول الّذی ملک، بعد ذلک، تلقیا من الوارث (بدون الاجازة) لانه حین ملک لم یجز- کما تقدم- و الفضولی یحتاج الی الاجازة (و لا معها) لعدم الاستناد، فانه لا یصدق: عقودکم، و الحال ان الفضول باع للموکل، لا لنفسه (نعم: یقع للوارث مع اجازته).

و کان المصنف اتی بهذا الفرع، لبیان عدم الفرق بین تلقی الفضول المال من المالک، او من واسطة بینه و بین المالک، و عدم الفرق بین ان یعلم بانه فضول حال العقد، او لم یعلم بذلک، فتأمل.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۷، ص: ۳۳۳

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۳۳۳

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقدا كونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف،

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية، فانكشف كونه وليا، و اما لعدم الملك، فانكشف كونه مالكا، و على كل منهما.

فاما ان يبيع عن المالك، و اما ان يبيع لنفسه، فالصور اربع.

الاولى ان يبيع عن المالك، فانكشف كونه وليا على البيع، فلا ينبغى الاشكال فى اللزوم، حتى على القول ببطلان الفضولى.

(المسألة الثالثة: ما لو باع معتقدا كونه غير جائز التصرف، فبان) اى ظهر بعد ذلك (كونه جائز التصرف، و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه) بعد البيع (اما لعدم الولاية، فانكشف كونه وليا، و اما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا، و على كل منهما) من تقديرى ظنه عدم الولاية، و عدم الملك.

(فاما ان يبيع عن المالك، و اما ان يبيع لنفسه، فالصور اربع).

(الاولى ان يبيع عن المالك) و يزعم انه فضول فى هذا البيع (فانكشف كونه وليا على البيع) لوكالة او ولاية على مال الصغير، او وصاية او حكومة شرعية، او ما اشبه ذلك (فلا ينبغى الاشكال فى اللزوم) للمعاملة و عدم الاحتياج الى الاجازة (حتى على القول ببطلان الفضولى).

و ذلك: لانه ليس بفضولى، و ظن انه فضول لا- لغير الواقع، كما انه لو ظن: انه مالك، فبان كونه ليس بمالك، كان فضوليا محتاجا الى الاجازة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۳۳۴

لكن الظاهر من المحكى عن القاضى انه اذا اذن السيد لعبده فى التجارة، فباع و اشترى، و هو لا يعلم باذن سيده- و لا علم به احد- لم يكن مأذونا فى التجارة، و لا يجوز شى‌ء مما فعله، فان علم بعد ذلك، و اشترى و باع، جاز ما فعله بعد الاذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك فان امر السيد قوما ان يبايعوا العبد،- و العبد لا يعلم باذنه له- كان بيعه و شرائه منهم جائزا، و جرى ذلك مجرى الاذن الظاهر.

فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم

(لكن الظاهر من المحكى عن القاضى انه اذا اذن السيد لعبده فى التجارة، فباع و اشترى، و هو لا يعلم باذن سيده- و لا علم به) اى بالاذن (احد-) بمعنى ان الاذن لم يكن مجهولا- مطلقا للعبد و غيره، و انما كان مجهولا للعبد فقط، بان علم الاذن سائر الناس (لم يكن) العبد (مأذونا فى التجارة، و لا يجوز) اى لا ينفذ (شى‌ء مما فعله) من انواع التجارة (فان علم بعد ذلك) اى بعد ان فعل بعض التجارات (و اشترى و باع) بعد العلم (جاز ما فعله بعد الاذن) و بعد علمه به (و لم يجز ما فعله قبل ذلك) العلم بالاذن (فان امر السيد قوما) او انسانا واحدا (ان يبايعوا العبد) الّذى هو اذن ضمنى للعبد أيضا (- و العبد لا يعلم باذنه) اى السيد (له-) اى للعبد، بان يعلم اذن السيد للقوم بمبايعة العبد (كان بيعه و شرائه منهم جائزا) نافذا (و جرى ذلك) الاذن للقوم، المخفى عند العبد (مجرى الاذن الظاهر) للعبد نفسه.

(فان اشترى العبد بعد ذلك) الاذن للقوم (من غيرهم) اى غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۷، ص: ۳۳۵

و باع، جاز، انتهى.

و عن المختلف، الایراد علیه: بانه لو اذن المولی، و لا یعلم العبد ثم باع العبد، صح، لانه صادف الاذن، و لا یؤثر فیه اعلام المولی بعض المعاملین، انتهی، و هو: حسن.

الثانیة: ان یبیع لنفسه، و انکشف کونه ولیا، فالظاهر أیضا صحة العقد، کما عرفت من ان قصد بیع مال الغیر لنفسه، لا ینفع، و لا یقدح.

اولئک القوم (و باع، جاز) لما قلنا ان اذن المولی للقوم، جار مجری الاذن الظاهر (انتهی) کلام القاضی.

(و عن المختلف، الایراد علیه: بانه لو اذن المولی، و لا یعلم العبد) بالاذن (ثم باع العبد، صح) البیع (لانه) ای البیع (صادف الاذن) واقعا (و لا یؤثر فیه) ای فی الجواز و العدم (اعلام المولی بعض المعاملین) حیث ذکر القاضی: ان مع الاعلام للقوم یصح بیع العبد، و بدون الاعلام لا یصح (انتهی، و هو) ای کلام العلامة (حسن) اذ: الالفاظ موضوعة للمعانی الواقعیة، و لا مدخلیة للعلم فیها، الا اذا کان هناک دلیل علی ان العلم جزء الموضوع او شرطه.

(الثانیة) من مسائل من یبیع باعتقاد انه غیر جائز التصرف (ان یبیع لنفسه، و انکشف کونه ولیا) و انه جائز البیع واقعا (فالظاهر أیضا صحة العقد، لما عرفت من ان قصد بیع مال الغیر لنفسه، لا ینفع) فی کون المعاملة صحیحة (و لا یقدح) فی کون المعاملة باطلة، بل الامر منوط بالواقع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۶

و فی توقفه علی اجازته للمولی علیه، وجه.

لان قصد کونه لنفسه، یوجب عدم وقوع البیع علی الوجه المأذون، فتأمل.

الثالثة ان یبیع عن المالک، ثم ینکشف کونه مالکا، و قد مثله الاکثر بما لو باع مال ابیه، بظن حیاته، فبان میتا، و المشهور الصحة، بل ربما استفید من کلام العلامة فی القواعد، و الارشاد فی باب الهبة: الاجماع

(و فی توقفه) ای نفوذ البیع و صحته (علی اجازته) ای الولی (للمولی علیه) بان یجیز البیع عن قبل الیتیم- مثلا- (وجه) لا بأس به، فان اجاز صح، و الّا بطل.

(لان قصد کونه لنفسه) ای قصد الولی کون البیع لنفس الولی لا للمولی علیه (یوجب عدم وقوع البیع علی الوجه المأذون) فیه لان المأذون فیه البیع لمولی علیه.

و علیه: یکون البیع فضولیا یحتاج الی الاجازة (فتأمل) اذ: الامر دائر مدار الواقع، و قد کان فی الواقع مأذونا.

اما قصده کون البیع لنفسه، فهو خارج عن حقیقة المعاملة، فلیس المقام من باب العقود تتبع القصود، و علیه فلا وجه لقوله: وجه.

(الثالثة ان یبیع عن المالک، ثم ینکشف کونه مالکا، و قد مثله الاکثر بما لو باع مال ابیه، بظن حیاته) ای حیاة الأب (فبان) انه کان حین البیع (میتا، و المشهور الصحة، بل ربما استفید من کلام العلامة فی القواعد، و الارشاد فی باب الهبة: الاجماع) علی الصحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۷

و لم نعثر علی مخالف صریح، الا ان الشهید ره ذکر فی قواعده: انه لو قیل بالبطلان، امکن، و قد سبقه فی احتمال ذلک، العلامة، و ولده فی النهایة و الایضاح لانه انما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، و لانه و إن کان منجزا فی الصورة، الا انه معلق، و التقدیر ان مات مورثی فقد بعتک، فلانه کالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده ان المبیع لغیره، انتهی.

اقول: اما قصد نقل الملک عن الأب، فلا یقدح فی وقوعه، لانه

(و) نحن (لم نعثر) و لم نطلع (علی مخالف صریح، الا ان الشهید ره ذکر فی قواعده: انه لو قیل بالبطلان، امکن، و قد سبقه فی

احتمال ذلک) البطلان (العلامة، و ولده فی النهایة، و الایضاح) و ذلک (لانه انما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه) ای لا عن نفسه. و حیث ان المقصود لم یقع، لا یقع غیره، لان الغیر لیس بمقصود (و لانه) ای البیع (و إن کان منجزا فی الصورة، الا انه معلق) فی الواقع، و التعلیق فی المعاملات یوجب بطلانها (و التقدیر ان مات مورثی فقد بعتک) و التقدیر، و ان کان واقعا، الا ان التعلیق موجب للبطلان مطلقا (فلانه کالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده) العاقد (ان المبیع لغیره) و لا یحق له اجراء البیع، و مع ذلک یجریه، و لیس العبث خاصا بالهزء بل کل ما کان لا طائل تحته واقعا، او باعتقاد المتکلم، فهو عبث (انتهی) استدلال من احتمل البطلان.

(اقول: اما قصد) الولد (نقل الملک عن الأب، فلا یقدح) فی الصحة و (فی وقوعه، لانه) ای الولد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۸

انما قصد نقل الملک عن الأب- من حیث انه مالک باعتقاده-، ففی الحقیقة انما قصد النقل عن المالک، لکن اخطأ فی اعتقاده ان المالک ابوه، و قد تقدم توضیح ذلک فی عکس المسألة، ای ما لو باع ملک غیره، باعتقاد انه ملکه.

نعم: من ابطل عقد الفضولی لاجل اعتبار مقارنة طیب نفس المالک للعقد، قوی البطلان عنده هنا، لعدم طیب نفس المالک بخروج ماله عن ملکه.

(انما قصد نقل الملک عن الأب- من حیث انه مالک باعتقاده-) ای الأب مالک باعتقاد الولد (ففی الحقیقة انما قصد) الولد (النقل عن المالک) فکانه قال: انقل عن المالک، و الأب المالک (لکن اخطأ فی اعتقاده ان المالک ابوه، و قد تقدم توضیح ذلک) ای البیع عن المالک، و الخطاء فی تطبیق المالک (فی عکس المسألة، ای ما لو باع ملک غیره، باعتقاد انه ملکه) ای ملک نفس العاقد.

و قلنا هناک ان هذا الاعتقاد لا یضر، لانه لیس من مقومات البیع، بل اعتقاد خارج.

(نعم: من ابطل عقد الفضولی لاجل اعتبار مقارنة طیب نفس المالک للعقد) و لا طیب لنفس المالک حال عقد الفضول- غالبا- (قوی البطلان عنده هنا) فیما لو باع ملک نفسه باعتقاد انه ملک الغیر (لعدم طیب نفس المالک) عند العقد (بخروج ماله عن ملکه) «بخروج» متعلق:

بطیب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۳۹

و لذا نقول نحن- کما سیجیء- باشتراط الاجازة من المالک بعد العقد لعدم حصول طیب النفس حال العقد.

و اما ما ذکر: من انه فی معنی التعلیق، ففیه- مع مخالفته لمقتضی الدلیل الاول کما لا یخفی- منع کونه فی معنی التعلیق لانه اذا فرض انه یبیع مال ابیه لنفسه- کما هو ظاهر هذا الدلیل- فهو انما یبیعه مع وصف کونه لابیه فی علمه فبیعه کبیع الغاصب

(و لذا نقول نحن) القائلون بصحة بیع مال نفسه، باعتقاد انه لغیره (- کما سیجیء- باشتراط الاجازة من المالک بعد العقد لعدم حصول طیب النفس حال العقد) اذ: الولد لم یطب نفسه بنقل مال نفسه، فاذا نقل احتاج الی الاجازة.

(و اما ما ذکر) لوجه بطلان البیع عن الغیر، فیما کان المال لنفس العاقد واقعا (من انه) ای البیع (فی معنی التعلیق، ففیه- مع مخالفته لمقتضی الدلیل الاول) اذ: الاشکال الاول، هو ان الولد قصد نقل المال من الأب، و هذا الاشکال معناه ان الولد قصد نقل المال عن نفسه (کما لا یخفی) فکیف یجمع هذان الاشکالان المتخالفان علی مورد واحد (- منع کونه فی معنی التعلیق) لان الولد لم یعلق النقل، بل نقل قطعا، و انما ادعی انه هو المالک (لانه اذ افرض انه یبیع مال ابیه لنفسه- کما هو ظاهر هذا الدلیل- فهو انما یبیعه مع وصف کونه لابیه فی علمه) ای علم الولد، و: فی، متعلق ب: وصف (فبیعه) ای الولد یکون (کبیع الغاصب) و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴۰

مبنی، علی دعوی السلطنهٔ و الاستقلال علی المال، لا علی تعلیق للنقل بکونه منتقلا إلیه بالارث عن مورثه، لان ذلک لا یجامع مع ظن الحیاهٔ.

اللهم الا ان یراد: ان القصد الحقیقی الی النقل، معلق علی تملک الناقل، و بدونه فالقصد صوری- علی ما تقدم من المسالک- من ان الفضولی و المکره قاصدان الی اللفظ، دون مدلوله.

لکن فیه- حینئذ- ان هذا القصد

انه (مبنی علی دعوی السلطنهٔ و الاستقلال علی المال) ادعاء کذبا (لا علی تعلیق للنقل بکونه منتقلا إلیه بالارث عن مورثه) فلا یقول: بعت ان انتقل (لان ذلک) التعلیق (لا یجامع مع ظن الحیاهٔ) للاب.

(اللهم الا ان یراد) من التعلیق المذکور (ان القصد الحقیقی) من الولد (الی النقل، معلق علی تملک الناقل) الولد (و بدونه) ای بدون التملک (فالقصد صوری- علی ما تقدم من المسالک- من ان الفضولی و المکره قاصد ان الی اللفظ، دون مدلوله) فقصدهما صوری، و هنا أیضا کذلک.

(لکن فیه) انه ان اراد من التعلیق هذا المعنی، لم یکن هذا التعلیق مضرا.

کما انه ان اراد من التعلیق، المعنی الاول: ای ما ذکره بقوله:

لا علی تعلیق للنقل بکونه الخ، لم یصح کلامه، اذ: لا تعلیق بهذا المعنی.

و انما قلنا: ان التعلیق ای الصوری لیس بمضر، اذ: فیه (- حینئذ-) ای حین اراد المستشکل من التعلیق: القصد الصوری (ان هذا القصد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴۱

الصوری کاف، و لذا قلنا بصحهٔ عقد الفضولی.

و من ذلک یظهر ضعف ما ذکره اخیرا من کونه کالعابث عند مباشرهٔ العقد، معللا بعلمه بکون المبیع لغیره.

و کیف کان، فلا ینبغی الاشکال فی صحهٔ العقد.

الا ان ظاهر المحکی من غیر واحد لزوم العقد، و عدم الحاجهٔ الی اجازهٔ مستأنفهٔ، لان المالک هو المباشر للعقد، فلا وجه لاجازهٔ فعل نفسه.

الصوری کاف، و لذا قلنا بصحهٔ عقد الفضولی) مع ان القصد فیه أیضا صوری.

(و من ذلک) الجواب عن التعلیق، و ان الصوریهٔ لا تضر (یظهر ضعف ما ذکره) المستشکل (اخیرا) فی اشکاله الثالث، علی: من باع باعتقاد انه ملک غیره، فبان ملک نفسه (من کونه کالعابث عند مباشرهٔ) العاقد (العقد، معللا) لکونه کالعابث (بعلمه بکون المبیع لغیره).

و انما ظهر ضعفه، لان هذا الاعتقاد لا یجعل العاقد عابثا، اذ:

الصوریهٔ کافیهٔ- کما عرفت-.

(و کیف کان، فلا ینبغی الاشکال فی صحهٔ العقد) ای ما لو باع باعتقاد انه لغیره، و کان فی الواقع لنفسه.

(الا ان ظاهر المحکی من غیر واحد لزوم العقد) فیما لو باع عن المالک ثم انکشف انه هو المالک (و عدم الحاجهٔ الی اجازهٔ مستأنفهٔ).

و انما لا یحتاج الی اجازهٔ مستأنفهٔ (لان المالک هو المباشر للعقد، فلا وجه لاجازهٔ فعل نفسه) اذ: الاجازهٔ انما هی لحصول ارتباط العقد بالمالک، و الحال ان العقد مربوط بالمالک فی هذا المقام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۴۲

و لان قصده الی نقل مال نفسه- ان حصل هنا بمجرد القصد الی نقل المال المعین الّذی هو فی الواقع ملک نفسه و ان لم یشعر به- فهو اولی من الاذن فی ذلک،- فضلا عن اجازته-.

و الا توجه عدم وقوع العقد له.

لکن الاقوی، وفاقا للمحقق، و الشهید الثانیین، وقوفه

(و لان قصده) ای المالک (الی نقل مال نفسه) حین العقد (- ان حصل هنا بمجرد القصد الی نقل المال المعین الّذی هو فی الواقع ملک نفسه) و ان کان زعم انه ملک غیره ابتداءً (و ان لم یشعر به-) بانه مال نفسه حال العقد (فهو) ای قصد نقل المال المعین (اولی) بانعقاد العقد، و لزومه (من الاذن فی ذلک) النقل سابقا (- فضلا عن اجازته-) لاحقا.

(و الا) یحصل بمجرد القصد المذکور (توجه عدم وقوع العقد له) اذ: العقد بلا قصد لیس عقدا، و الحاصل من قوله: و لان قصده، ان قصد المالک نقل هذا المال المعین- سواء علم انه ما له او لم یعلم- کاف فی نقل المال، اذ: لو لم یکف، لزم عدم نقل المال اصلا، لا النقل المحتاج الی الاجازة.

ثم لا یخفی: ما فی الاستدلال من الاشکال.

(لکن الاقوی، وفاقا للمحق، و الشهید الثانیین، وقوفه) ای لزوم العقد بالنسبة الی المالک- الّذی باع مال نفسه باعتقاد انه مال غیره-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۴۳

علی الاجازة، لا لما ذکره فی جامع المقاصد، من انه لم یقصد الی البیع الناقل للملک الآن، بل مع اجازة المالک، لاندفاعه بما ذکره بقوله: الا ان یقال ان قصده الی اصل البیع کاف.

و توضیحه: ان انتقال المبیع شرعا بمجرد العقد، او بعد اجازة المالک، لیس من مدلول لفظ العقد، حتی یعتبر قصده، او یقدح قصد خلافه.

(علی الاجازة، لا لما ذکره) من الاستدلال علیه (فی جامع المقاصد، من انه) ای المالک (لم یقصد الی البیع الناقل للملک الآن) فی حال العقد فان کل فضول یقصد النقل فیما اذا اذن المالک (بل) قصد البیع الناقل (مع اجازة المالک).

و علیه: فیتوقف اللزوم علی اجازة المالک- الّذی هو نفس البائع- منتهی الامر، ان البائع اشتبه و زعم ان المالک غیره، بینما ان المالک هو البائع فی الواقع.

و انما قلنا: لا لما ذکره (لاندفاعه بما ذکره) جامع المقاصد بنفسه (بقوله: الا ان یقال ان قصده الی اصل البیع کاف) و لا یحتاج الی قصده النقل فی صورة اجازة المالک.

(و توضیحه) ای توضیح الاندفاع (ان انتقال المبیع شرعا بمجرد العقد) فی العقد المالکی (او بعد اجازة المالک) فی العقد الفضولی (لیس من مدلول لفظ العقد، حتی یعتبر قصده) فی صحة العقد (او یقدح قصد خلافه) بان یسبب بطلان العقد، فیما اذا لم یقصد انتقال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۴۴

و انما هو من الاحکام الشرعیة العارضة للعقود، بحسب اختلافها فی التوقف علی الامور المتأخرة، و عدمه مع ان عدم القصد المذکور لا یقدح بناء علی الکشف- بل قصد النقل بعد الاجازة، ربما یحتمل قدحه.

فالدلیل علی اشتراط تعقب الاجازة، فی اللزوم هو عموم: تسلط الناس علی اموالهم.

المبیع بمجرد العقد.

(و انما هو) ای الانتقال بمجرد القصد (من الاحکام الشرعیة العارضة للعقود، بحسب اختلافها) ای العقود (فی التوقف علی الامور المتأخرة) کالاجازة فی الفضولی، و القبض فی الصرف و السلم، و نحوهما (و عدمه) ای عدم التوقف علی الامور المتأخرة، فتترتب الاحکام علی العقد بمجرد وجوده (مع ان عدم القصد المذکور) ای عدم القصد الی البیع الناقل من حین العقد (لا یقدح) فی صحة العقد، و ترتب الاثر علیه (- بناء علی الکشف-) اذ علی الکشف یکون النقل من حین العقد (بل) بناء علی الکشف (قصد النقل بعد الاجازة، ربما یحتمل قدحه) لانه خلاف مقتضی العقد علی الکشف.

و انما قال: ربما، اذ: ربما یقال: بعدم قدحه أیضا، اذ: النقل حکم شرعی یترتب علی العقد، سواء قصده العاقد أم لا؟

(فالدلیل علی اشتراط تعقب الاجازة، فی اللزوم) ای لزوم العقد لیس انه قصده البائع- بل (هو عموم: تسلط الناس علی اموالهم) فلا ینتقل الی غیرهم، الا باجازتهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴۵

و عدم حلها لغیرهم الا بطیب انفسهم.

و حرمة: اکل المال، الا بالتجارة عن تراض.

(و عدم حلها لغیرهم الا بطیب انفسهم) و الاجازة کاشفة عن طیب النفس.

(و حرمة: اکل المال، الا بالتجارة عن تراض) و الاجازة هی الکاشفة عن الرضا.

و اذا شئت تقریر الکلام بعبارة اخری، نقول: لو باع ثم ملک، احتاج الی الاجازة.

وجه الاحتیاج آیة: لا تأکلوا، و عموم: الناس مسلطون، و قوله:

لا یحل مال امرئ.

و ربما یذکر- فی وجه الاحتیاج الی الاجازة- ان البائع هل قصد النقل بالاجازة، أم قصد النقل، و لو بدون الاجازة؟

فان کان الاول: احتاج الی الاجازة.

و ان کان الثانی: کان اصل البیع باطلا، لان الفضولی بلا اجازة المالک لا یوجب اللزوم.

و یجاب عن هذا الوجه: ان نختار الثانی- ای لم یقصد النقل بالاجازة- و لیس البیع باطلا.

أوّلا، لان النقل بالاجازة حکم شرعی لا یتوقف علی القصد.

و ثانیا انه قادح علی النقل، لا علی الکشف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴۶

و بالجملة فاکثر ادلّة اشتراط الاجازة فی الفضولی جاریة هنا.

و اما ما ذکرناه من: ان قصد نقل ملک نفسه ان حصل، اغنی عن الاجازة، و الا فسد العقد.

ففیه انه یکفی فی تحقق صورة العقد القابلة للحوق اللزوم، القصد الی نقل المال المعین.

(و بالجملة فاکثر ادلة اشتراط الاجازة فی الفضولی) حتی یتحقق البیع، و یکون لازما (جاریة هنا).

و انما قال: اکثر الادلة، لان بعضها لا یجری هنا، مثل دلیل: و انه بدون الاجازة لا یکون استنادا الی المالک، و الحال انه یشترط الاستناد، لظهور قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فی: بعقودکم.

و انما لا يجرى هذا الدليل، لفرض ان المالك هو الّذى اجرى العقد فهو عقده، سواء اجاز أم لم يجز؟

(و اما ما ذكرناه) من قال: بعدم الاحتياج الى الاجازة، فيمن باع ثم ملك (من: ان قصد نقل ملك نفسه ان حصل، اغنى عن الاجازة، و الا فسد العقد) فلا صورة فى البين تتوقف الصحة على الاجازة.

(ففيه انه يكفى فى تحقق صورة العقد القابلة) تلك الصورة (للحوق اللزوم، القصد) من البائع (الى نقل المال المعين): كلمة: القصد، فاعل: يكفى.

و حاصل قوله: ففيه، انا نختار الشق الثانى، و هو قوله: و الّا فسد العقد، و نقول: بانه ان لم يقصد نقل مال نفسه، لم يفسد العقد، بان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۴۷

و قصد كونه ماله او مال غيره، مع خطائه فى قصده، او صوابه فى الواقع، لا يقدح، و لا ينفع.

و لذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره.

و

نمنع تالى الشرطية الثانية، بل اذا قصد المالك نقل المال فى الجملة، صح العقد المتأهل لان يلزم، اذ: لا يلزم فى الصحة اكثر من قصد نقل المال.

اما قصد ان المال مال نفسه فغير لازم.

فاذا تحقق القصد الى نقل المال، ثم لحقته الاجازة، كفى فى اللزوم.

(و قصد) مبتدأ، خبره: لا- يقدح (كونه) اى البيع (ماله) اى مال نفس البائع (او مال غيره، مع خطائه فى قصده) بان قصد كونه مال نفسه، ثم تبين انه مال غيره، او قصد كونه مال غيره ثم تبين انه مال نفسه (او صوابه فى الواقع) بان طابق قصده الواقع (لا- يقدح) الخطاء فى صحة المعاملة (و لا ينفع) الصواب، اذ: هذا القصد خارج عن العمل المعاملى.

(و لذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه) اى عقد العاقد، و كان يزعم ان المعوض مال نفسه (مع كونه مالا لغيره) فى الواقع عكس مسئلتنا التى هى: ان يعقد بقصد انه مال غيره، ثم تبين انه مال نفسه.

(و) الحاصل: انه يعتبر القصد الى مدلول اللفظ ليتحقق اصل العقد، و يعتبر الرضا به من المالك ليتحقق اللزوم، و لا يعتبر ازيد من ذلك، و عليه فلا يعتبر القصد الى نقل المال بعنوان انه مال نفسه، او بعنوان انه مال غيره.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۴۸

اما ادلة اعتبار التراضى، و طيب النفس، فهى دالة على اعتبار رضاء المالك:

بنقل خصوص ماله بعنوان انه ماله، لا- بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع فان حكم طيب النفس و الرضا، لا يترتب على ذلك، فلو اذن فى التصرف فى مال معتقد انه لغيره، و المأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن.

و الى هذا اشار بقوله: (اما ادلة اعتبار التراضى، و طيب النفس، فهى دالة على اعتبار رضاء المالك بنقل خصوص ماله، بعنوان انه ماله) اى الامر الثانى و هو الرضا، بان يرضى- و لو بعد العقد- بنقل ماله (لا) انها دالة (بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع) فلا خصوصية لعلمه حين العقد بان المال ماله.

(فان حكم طيب النفس و الرضا) و حكمهما جواز تصرف المنتقل إليه فى المال (لا يترتب على ذلك) اى على نقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع.

و على ما ذكرنا من اشتراط الرضا المقارن او الملحوق- و ان جهل كون المال مال نفسه- (فلو اذن فى التصرف فى مال معتقد أنه

لغیره و) الحال ان (المأذون یعلم انه له) ای بالواقع، و ان المال لنفس الآذن لا لغیره (لم یجز له) للمأذون (التصرف) فی ذلک المال (بذلک الاذن) لان الاذن، انما یکون مجوزا، لانه یکشف عن الرضا، فلو علمنا بعدم الرضا او لم نعلم به، و لم یکن الاذن کاشفا عنه، لم یفد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۴۹

و لو فرضنا انه اعتق عبدا عن غیره، فبان انه له، لم ینعتق.

و کذا لو طلق امرأة وکالة عن غیره، فبانت زوجته، لان القصد المقارن الی طلاق زوجته، و عتق مملوکه، معتبر فیهما، فلا تنفع الاجازة.

و لو غره الغاصب، فقال: هذا عبدی، اعتقه عنک، فاعتقه عن نفسه فبان کونه له فالاقوی أیضا عدم النفوذ، وفاقا للمحکی عن التحریر، و حواشی الشهید، و جامع المقاصد، مع حکمه بصحة البیع هنا و وقوفه علی الاجازة

(و لو فرضنا انه اعتق عبدا عن غیره، فبان انه له، لم ینعتق) لانه فی الحقیقة لم یعتق عبد نفسه، فما قصده لم یکن، و ما کان لم یقصد.

(و کذا لو طلق امرأة وکالة عن غیره، فبانت زوجته) لم تطلق، (لان القصد المقارن الی طلاق زوجته، و عتق مملوکه، معتبر فیهما) و الحال انه لم یقصد (فلا تنفع الاجازة) بعد ذلک، لما تقدم من: ان الاجازة لا تنفع فی الایقاعات.

(و لو غره الغاصب، فقال: هذا عبدی، اعتقه عنک) حیث انه یجوز مثل هذا فیما لو قال له المالک، حیث ان معناه الملک الآنی، حتی یصح العتق عنه، اذ: لا عتق الا فی ملک (فاعتقه عن نفسه) ای نفس المأمور (فبان کونه) ای العبد (له) ای لنفسه، و لیس للغاصب (فالاقوی أیضا عدم النفوذ) للعتق (وفاقا للمحکی عن التحریر، و حواشی الشهید، و جامع المقاصد، مع حکمه) ای جامع المقاصد (بصحة البیع هنا، و وقوفه علی الاجازة) کما فی مسئلتنا السابقة، و هی ما لو باع، بزعم: انه مال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۰

لان العتق لا یقبل الوقوف، فاذا لم یحصل القصد الی فک ماله مقارنا للصیغة، وقعت باطلة، بخلاف البیع فلا تناقض بین حکمه ببطلان العتق و صحة البیع مع الاجازة کما یتوهم.

نعم: ینبغی ایراد التناقض علی من حکم هناک بعدم النفوذ، و حکم فی البیع باللزوم، و عدم الحاجة الی الاجازة

غیره، فبان کونه مال نفسه.

و المراد بالصحة، التأهلیة ای قابلیته للحوق الاجازة.

و انما فرق جامع المقاصد بین المسألتین (لان العتق لا یقبل الوقوف) اذ: هو من الایقاعات فاما ان تصح رأسا، و اما ان لا تصح اصلا، اما التوقف علی الاجازة فلا یمکن فیه (فاذا لم یحصل القصد الی فک ماله) ای قصد مالک العبد الی تحریر عبده (مقارنا للصیغة) ای صیغة العتق، ای لم یحصل القصد مقارنا و ان حصل بعد ذلک، بان اجاز العتق السابق (وقعت) الصیغة (باطلة، بخلاف البیع) فان قصد المالک لا یلزم ان یکون مقارنا للصیغة (فلا تناقض بین حکمه) ای جامع المقاصد (ببطلان العتق، و صحة البیع مع الاجازة) ای الصحة التأهلیة التی تتمها الاجازة (کما یتوهم) من ان هناک تناقضا بین قولی صاحب جامع المقاصد.

(نعم: ینبغی ایراد التناقض علی من حکم هناک) فی العتق (بعدم النفوذ، و حکم فی البیع باللزوم) فیما اذا صدر من المالک، و لکنه اعتقد انه لیس ماله، و انما هو مال غیره (و) ب (عدم الحاجة الی الاجازة) من المالک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۱

فان القصد الی إنشاء یتعلق بمعین، هو مال المنشئ فی الواقع- من غیر علمه به- ان کان یکفی فی طیب النفس، و الرضا المعتبر فی

جمیع انشاءات الناس المتعلق باموالهم، وجب الحکم بوقوع العتق.

و ان اعتبر فی طیب النفس المتعلق بـاخراج الاـموال عن الملـک، العلم بکونه مالاـ له، و لم یکف مجرد مصادفهٔ الواقع، وجب الحکم بعدم لزوم البیع

وجه التنـاقض مـا ذکره بقوله: (فـان القصـد الی إنشـاء یتعلق ب) شـیء (معین، هو مـال المنشـئ فی الواقع- من غیر علمه به-) ای علم المنشئ حـال الانشاء بانه ماله (ان کان یکفی فی طیب النفس، و الرضا المعتبر فی جمیع انشاءات الناس) حتی یتحقق المنشأ المقصود (المتعلق بـاموالهم) سواء کـان بیعـا، او اجـازهٔ، او عتقـا، او طلاقـا، او مـا اشـبه- و المراد بالاموال: الاعم من ملک العین، او ملک الحق کالبضع- (وجب الحکم بوقوع العتق) أیضا و عدم الاحتیاج الی الاجازهٔ بعد ذلک، حتی یقال: ان العتق لا یقع متزلزلا.

(و ان اعتبر فی طیب النفس المتعلق باخراج الاموال عن الملک، العلم بکونه مالا له) ای للمنشـئ (و لم یکف) فی نفوذ الانشاء (مجرد مصادفهٔ) الانشـاء (الواقع) بان کان ملکا واقعا، لکن المنشـئ لم یعلم ذلک (وجب الحکم بعـدم لزوم البیع) لفرض ان المنشـئ لا یعلم حین إنشاء البیع بانه ماله.

و علی هذا فکیف یجمع بین صحهٔ البیع، و عدم صحهٔ العتق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۲

فالحق ان القصد الی الانشاء المتعلق بمال معین مصحح للعقد بمعنی قابلیته للتأثیر، و لا یحتاج الی العلم بکونه مالا له.

لکن لا یکفی ذلک فی تحقق الخروج عن ماله بمجرد الانشاء.

ثم ان کان ذلک الانشاء، مما یقبل اللزوم بلحوق الرضا، کفت الاجازهٔ کما فی العقود، و الا وقع الانشاء باطلا، کما فی الایقاعات.

ثم: انه ظهر مما ذکرنا فی وجه الوقوف علی الاجازهٔ

و کیف کان (فالحق ان القصد الی الانشاء المتعلق بمال معین مصـحح للعقد) تصحیحا تأهلیا- فیما کان قابلا للتأهلیهٔ کباب البیع، لا ما لم یکن کباب العتق و الطلاق- (بمعنی قابلیته للتأثیر) فیلزم، اذ الحقته الاجازهٔ (و لا یحتاج الی العلم بکونه مالا له) ای للمنشئ.

(لکن لا یکفی ذلک) ای العقـد الی الانشاء- بـدون العلم بانه ماله- (فی تحقق الخروج عن ماله) ای مال المنشـئ (بمجرد الانشاء) بل یحتاج الی الاجازهٔ.

(ثم ان کـان ذلـک الانشـاء، ممـا یقبـل اللزوم بلحوق الرضـا، کفت الاجـازهٔ) فی لزوم ما انشأه سابقا (کما فی العقود) لامکان تزلزلها، کباب الفضولی، و غیره (و الا وقع الانشاء باطلا، کما فی الایقاعات) کالعتق و الطلاق، حیث ذکروا عـدم قبولها للتزلزل، و لذا لا تقبل الفضولیهٔ.

(ثم: انه ظهر مما ذکرنا) من ان قاعدهٔ: التسـلط، و: التجارهٔ عن تراض، و ما اشـبه، یقتضـی عدم نفوذ العقد فی مال الناس، الا باجازتهم (فی وجه الوقوف) للعقد الفضولی، و شبهه (علی الاجازهٔ) من المالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۳

ان هـذا الحق للمالک من باب الاجازهٔ، لا من باب خیار الفسـخ، فعقـده متزلزل من حیث الحدوث، لا البقاء، کما قواه بعض من قارب عصرنا، و تبعه بعض من عاصرناه، معللا بقاعدهٔ: نفی الضرر، اذ فیه ان الخیار فرع الانتقال، و قد تقدم توقفه علی طیب النفس.

(ان هذا الحق) حق الاجازهٔ (للمالک من باب الاجازهٔ) بمعنی انه:

لولاها، لم یتحقق الانتقال (لا من باب خیار الفسخ) و انه قد تحقق الانتقال، و انما یتمکن من له الفسخ فی ابطاله.

و علی ما ذکرناه (فعقده) ای الفضولی و شبهه- و هو ما عقد المالک بزعم ان المال لیس له- (متزلزل من حیث الحدوث، لا) من حیث (البقاء، کما قواه) ای کونه متزلزلا من حیث البقاء (بعض من قارب عصرنا، و تبعه بعض من عاصرناه، معللا) للتزلزل (بقاعدة: نفی الضرر) کما یستدل بهذه القاعدة لتزلزل العقد فی باب خیار العیب، و خیار الغبن مثلا، فکانهما سلما انعقاد العقد، و انما التزلزل من حیث البقاء لاجل الضرر بخلافنا نحن، حیث نقول: بان العقد لم یحدث کاملا فالتزلزل لا یحتاج الی الدلیل، بل هو الاصل.

و ذلک لعدم استناده الی المالک (اذ فیه) ای فی ما اختاره المعاصر، و من سبقه (ان الخیار فرع الانتقال، و قد تقدم) انه لم ینتقل الی المشتری ل (توقفه) ای الانتقال (علی طیب النفس) من المالک، و طیب النفس، غیر حاصل قبل الاجازة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۴

و ما ذکراه من الضرر المترتب علی لزوم البیع، لیس لامر راجع الی العوض و المعوض.

و انما هو لانتقال الملک عن مالکه، من دون علمه و رضاه، اذ لا فرق فی الجهل بانتقال ماله بین ان یجهل اصل الانتقال کما یتفق فی الفضولی

(و ما ذکراه) المعاصر و من قبله من: الاستدلال بالضرر، لاجل عدم اللزوم، ففیه ان الضرر هنا، انما هو یوجب القول بعدم حدوث البیع اللازم، لا انه یوجب القول بحدوث البیع و النقل و الانتقال لکنه غیر لازم.

و الحاصل: ان الاستدلال بالضرر لاجل عدم اللزوم تام، لکن هل الضرر یوجب عدم اللزوم حدوثا- کما نقول- او عدم اللزوم بقاء- کما یقولان- او نحن نقول بعدم اللزوم حدوثا.

اذ: ما ذکراه (من الضرر المترتب علی لزوم البیع)- اذ لزوم البیع الفضولی ضرر علی المالک، فلا ضرر ینفی اللزوم- (لیس لامر راجع الی العوض و المعوض) بان یکون احدهما معیبا مثلا، فیکون اللزوم ضرریا، فلا لزوم، بعد ان حصل النقل و الانتقال.

(و انما هو) ای الضرر یترتب (لانتقال الملک عن مالکه، من دون علمه و رضاه) فلا انتقال، لانه ضرر، فالتزلزل حدوثی لا بقائی (اذ لا فرق فی الجهل بانتقال ماله) ای جهل المالک بانتقال ماله (بین ان یجهل اصل الانتقال کما یتفق فی) بیع (الفضولی) حیث لا یعلم المالک اصل انتقال ماله غالبا.

و انما قلنا غالبا، لانه قد یعلم بعمل الفضول، لکنه لم یقرر و لم یرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۵

او یعلمه و یجهل تعلقه بماله.

و من المعلوم: ان هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولی علی الاجازة، اذ لا یلزم من لزومه بدونها سوی هذا الضرر.

ثم ان الحکم بالصحة فی هذه الصورة، غیر متوقفة علی القول بصحة عقد الفضولی، بل یجیء

بعد (او یعلمه) ای یعلم المالک اصل الانتقال (و یجهل تعلقه) ای الانتقال (بماله) ای مال نفسه، کما لو باع زید مال نفسه، و لکنه بظن انه مال غیره، فانه أیضا یحتاج الی الاجازة، لان الانتقال- و الحال انه لا یعلم بکونه ماله- ضرری، فدلیل: لا ضرر ینفیه.

(و من المعلوم: ان هذا الضرر هو المثبت)- بالکسر- (لتوقف عقد الفضولی علی الاجازة) فهو یفید عدم اللزوم حدوثا، لا عدم اللزوم بقاء (اذ لا یلزم من لزومه) ای عقد الفضول (بدونها) ای بدون الاجازة (سوی هذا الضرر).

و علیه: فما ذکره المعاصر من ان التزلزل هنا، کالتزلزل فی باب الخیار، لیس فی محله.

و ان شئت قلت: ان: لا ضرر، فی المقام یوجب نفی المقتضی للانتقال و فی باب الخیار یوجب وجود المانع عن اللزوم.

(ثم ان الحکم بالصحة) للعقد الّذی اجراه المالک- و لکن بزعم ان المال لیس ماله- (فی هذه الصورة، غیر متوقفة علی القول بصحة

عقد الفضولی، بل یجئ) الحکم بالصحة فی صورة عقد المالک الجاهل بکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۶

علی القول بالبطلان، الا ان یستند فی بطلانه بما تقدم، من: قبح التصرف فی مال الغیر، فیتجه عنده حینئذ البطلان

الرابعة: ان

المال مال نفسه (علی القول بالبطلان) ای بطلان عقد الفضولی.

و ذلک: لان الاستناد الی المالک موجود فی بیع المالک بنفسه، فیصدق: عقودکم، المستفاد من: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بخلاف الفضولی، فانه لا یوجد الاستناد، اذ: لیس عقد الفضول عقد المالک،

و الحاصل ان دلیل بطلان الفضولی- و هو عدم الاستناد- لا یجری فی صورة عقد المالک، جاهلا بانه ماله (الا ان یستند فی بطلانه) ای بطلان الفضولی (بما تقدم، من: قبح التصرف فی مال الغیر، فیتجه عنده حینئذ) ای حین هذا الاستناد (البطلان) للعقد الّذی اجراه المالک، ظانا ان المال لیس له، و ذلک لان القبح موجود هنا، فان الفضول یتصرف فی مال الغیر، فهو قبیح، فتصرفه باطل، و المالک الجاهل یتجرّی حیث یزعم انه یتصرف فی مال الغیر، و التجری أیضا قبیح.

فاذا کانت العلة فی بطلان الفضولی القبح، کان اللازم، القول بالبطلان فی المقام أیضا، لانه أیضا قبیح.

منتهی الامر ان القبح فی الفضول، من جهة انه تصرف فی مال الغیر، و القبح هنا من جهة انه تجری.

(الرابعة) من صور ما لو باع معتقدا کونه غیر جائز التصرف (ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۷

یبیع لنفسه، باعتقاد انه لغیره، فانکشف انه له.

و الاقوی هنا أیضا الصحة، و لو علی القول ببطلان الفضولی، و الوقوف علی الاجازة بمثل ما مر فی الثالثة.

و فی عدم الوقوف هنا وجه، لا یجری فی الثالثة.

و لذا قوی اللزوم هنا بعض من قال بالخیار فی الثالثة.

یبیع لنفسه، باعتقاد انه لغیره، فانکشف انه له) کما لو باع دار والده بزعم ان والده حی فبان میتا، و ان الدار انتقلت بالارث إلیه.

(و الاقوی هنا أیضا الصحة، و لو علی القول ببطلان الفضولی و) کذلک الاقوی هنا أیضا (الوقوف علی الاجازة) من نفس البائع.

و الدلیل هنا علی الامرین، انما هو (بمثل ما مر فی الثالثة) استدلالا و جوابا عن الاشکال.

(و فی عدم الوقوف) علی الاجازة، بل نفوذ البیع رأسا (هنا) فی الرابعة (وجه، لا یجری فی الثالثة) لانه فی هذه الصورة باع لنفسه، بخلاف الثالثة فانه باع لغیره، فانه اذا باع لنفسه، فقد حصل منه الرضا بالنقل لما له- اذ: انما یبیع لنفسه، بعد البناء علی انه ماله- فلا حاجة الی الاجازة، بخلاف الصورة الثالثة، اذ لم یرض البائع ببیع ماله، بل باع مال غیره.

(و لذا قوی اللزوم هنا) فی الرابعة، و عدم الاحتیاج الی الاجازة (بعض من قال بالخیار) فی ان یجیز او یرد (فی الثالثة).

ثم ان فی المسألة صورا اخری، لم یتعرض لها المصنف ره، و نحن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۸

و اما القول فی المجاز،

اشارة

فاستقصاؤه یکون ببیان امور،

الأول: یشترط فیه کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبرة فی تأثیره عدا رضی المالک

فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحة الانشاء.

و لا احراز سائر الشروط بالنسبة الی الاصیل فقط- علی الکشف- للزومه علیه

مراعاة للتحفظ علی سبک الشرح ترکناها.

(و) حیث انتهینا عن الکلام فی المجیز.

فنقول (اما القول فی المجاز) ای البیع الّذی یراد اجازته، لان الفضول اجراه فاحتاج الی اجازة المالک (فاستقصاؤه یکون ببیان امور، الاول:

یشترط فیه کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبرة فی تأثیره) کالعربیة، و تقدیم الایجاب، و قصد الانشاء، و غیر ذلک من شرائط العوضین، و شرائط المتعاقدین (عد ارضی المالک) فانه المفقود فی عقد الفضولی فقط (فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحة الانشاء) بدون وجود شرائط العوضین، کان یکون المثمن خمرا مثلا، او الثمن مما یجب قبضه فی المجلس- کما فی الصرف و السلم- و لم یقبض.

(و) کذلک (لا) یکفی (احراز سائر الشروط بالنسبة الی الاصیل فقط) بان یکون الفضول طفلا، او مجنونا، او مکرها، او غیر قاصد مثلا- (- علی الکشف-) اذ: مقتضی الکشف، ان یکون النقل و الانتقال وقعا من حین العقد، فکیف یمکن ان یقع العقد، و الحال ان احد طرفیه من المتعاقدین غیر لائق لاجراء العقد (للزومه) ای العقد (علیه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۵۹

بل مطلقا لتوقف تأثیره الثابت، و لو علی القول بالنقل علیها.

و ذلک لان العقد اما تمام السبب، او جزئه و علی ای حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده.

و لهذا لا یجوز الایجاب فی حال جهل القابل بالعوضین،

ای علی الاصیل علی القول بالکشف، و لا یمکن القول باللزوم علی الاصیل اذا کان احد المتعاقدین غیر اهل لاجراء العقد (بل) لا یکفی احراز الشرائط بالنسبة الی الاصیل فقط (مطلقا) علی الکشف و النقل أیضا.

و انما لا یکفی الاحراز بالنسبة الی الاصیل فقط، بل یجب الاحراز بالنسبة الی الفضول أیضا (لتوقف تأثیره) ای العقد (الثابت) ذلک التأثیر (و لو علی القول بالنقل علیها) ای علی الشروط.

اذ: لا شک ان العقد مؤثر- علی القول بالنقل أیضا- فکیف یمکن تأثیر شیء فاقد للشرائط؟

و لذا فمن اللازم احراز الشرائط فی کل من المالک الاصیل و الفضول عند العقد، سواء قلنا بالکشف او النقل؟

(و ذلک) الّذی ذکرنا من لزوم احراز الشرائط مطلقا- و لو علی النقل- (لان العقد اما تمام السبب، او جزئه) و جزئه الآخر، الاجازة من المالک (و علی ای حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده) ای عند العقد اذ: یعتبر اجتماع الشروط عند جزء العقد أیضا، کالایجاب- مثلا-.

(و لهذا) الّذی یعتبر اجتماع الشروط- حتی عند جزء العقد- (لا یجوز الایجاب فی حال جهل القابل بالعوضین) و ان علم بهما عند

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۰

بل لو قلنا: بجواز ذلک، لم یلزم منه الجواز هنا، لان الاجازة- علی القول بالنقل- اشبه بالشرط.

و لو سلم کونها جزءا، فهو جزء للمؤثر، لا للعقد، فیکون جمیع ما دل من: النص و الاجماع علی اعتبار

قبوله.

و کـذلک لاـ یصـح ان یجری الایجاب فی حـال نـوم القابـل او عـدم وجوده، ثم یستیقـظ او یجئ فیقبـل، و ان لم یحصـل فصـل بین الایجـاب و القبول (بـل لو قلنا: بجواز ذلک) ای اجراء الایجاب فی حال جهل القابل (لم یلزم منه الجواز هنا) فی باب عقـد الفضولی، بان یکون احدهما فاقدا للشرائط حال العقد- حتی علی القول بالنقل- (لان الاجازة علی القول بالنقل- اشبه بالشرط)

و من المعلوم: ان المشروط یجب ان یکون کاملا، فلیست حال الاجازة حال جزء العقد، بل العقد بکامله یقع قبل الاجازة.

اما علی القول بـالکشف فاوضـح، اذ: الاجـازة لاـ شأن لها الا شأن الرضا، و هی لیست مربوطـة بالعقـد اطلاقا فالعقـد سابق علیها بکل خصوصیاته و اجزائه.

(و لو سـلم کونهـا) ای الاجـازة (جزءا، ف) لیس حالهـا حـال سائر اجزاء العقـد کالایجاب و القبول، اذ (هو) ای هـذا الجزء الّـذی هو الاجازة (جزء للمؤثر، لا للعقـد) و علیه فاجزاء العقـد هی التی جرت بین الاصـیل و الفضول (فیکون جمیع ما دل من: النص و الاجماع علی اعتبار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۱

الشروط فی البیع، ظاهرة فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم لو دل دلیل: علی اعتبار شـرط فی ترتب الاثر الشـرعی علی العقـد، من غیر ظهور فی اعتباره فی اصل الانشاء، امکن القول بکفایة وجوده حین الاجازة.

و لعل من هذا القبیل، القدرة علی التسلیم، و اسلام مشتری المصحف و العبد المسلم.

ثم هل یشترط بقاء الشرائط المعتبرة حین العقد الی زمان الاجازة،

الشروط فی) عقد (البیع، ظاهرة فی اعتبارها) ای تلک الشروط (فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد) فیجب وجود الشروط حینذاک.

(نعم لو دل دلیل: علی اعتبار شرط فی ترتب الاثر الشرعی علی العقد، من غیر ظهور) لذلک الدلیل (فی اعتباره) ای ذلک الشرط (فی اصـل الانشـاء، امکن القـول بکفایـة وجـوده) ای وجـود ذلـک الشـرط فی (حین الاجـازة) بمعنی عـدم لزوم وجوده فی حین العقـد و الانشاء.

(و لعل من هـذا القبیل) ای الشـرط فی ترتب الاثر، لا فی اصل إنشاء العقـد (القـدرة علی التسـلیم) اذ: لا خصوصـیة لها حال العقـد (و اسـلام مشتری المصـحف، و) مشتری (العبـد المسـلم) حیث لاـ یصـح بیعهما للکافر، فان الظاهر کون المانع تسـلط الکافر علیهما، فاذا فرض انهما یسلمان حال التسلط المحقق بالاجازة، لم یکن وجه للقول بلزوم اسلامهما حال العقد.

(ثم هل یشترط بقاء الشرائط المعتبرة حین العقد الی زمان الاجازة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۲

أم لا؟ لا ینبغی الاشکال فی عدم اشتراط بقاء المتعاقدین علی شروطهما حتی علی القول بالنقل-.

نعم: علی القول بکونها بیعا مستأنفا، یقوی الاشتراط.

فـاذا کـان الشـرط موجودا حـال العقـد لاـ حـال الاجـازة، کما اذا جن الاصـیل حال اجازة المالک لم یکف (أم لا؟) بل اللازم وجود الشرط حال العقد فقط.

احتمالان (لا ینبغی الاشکال فی عدم اشتراط بقاء المتعاقدین علی شروطهما- حتی علی القول بالنقل-).

و ذلک لما دل من النص و الاعتبار علی عدم الاشتراط.

اما النص فهو: ما دل علی تزویج الصغیرین مع موت احدهما قبل اجازهٔ الآخر، فانه یدل بالاولی فی المقام، اذ: المتبایعان لیسا رکنا فی باب البیع، بخلاف الزوجین فی باب النکاح.

و اما الاعتبار: فلان العقد قد وقع، و العقلاء لا یعتبرون اکثر من لحوق الاجازهٔ به، فیشمله قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و لا فرق فی ذلک بین النقل و الکشف.

اما علی الکشف: فلأن العقد اثر من حینه.

و اما علی النقل: فلأن الشرط شرط المتعاقدین، و قد کان الشرط موجودا حال العقد، و النقل من حین الاجازهٔ لا یرتبط بالعقد الّذی هو محل الکلام.

(نعم: علی القول بکونها) ای الاجازهٔ (بیعا مستأنفا یقوی الاشتراط)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۳

و اما شروط العوضین فالظاهر: اعتبارها- بناء علی النقل-.

و اما بناء علی الکشف، فوجهان.

و اعتبارها علیه أیضا غیر بعید.

الثانی هل یشترط فی المجاز [کونه معلوما للمجیز بالتفصیل]

اذ لم یحصل البیع قبلها، فاللازم وجود الشرائط حین الاجازهٔ.

(و اما شروط العوضین) ککونهما صالحین لاجراء العقد علیهما (فالظاهر: اعتبارها) ای تلک الشروط حال الاجازهٔ (- بناء علی النقل-)

اذ: النقل یکون حین الاجازهٔ علی هذا التقدیر،

فظاهر ادلهٔ الاشتراط اعتبار تلک الشروط فی هذا الحال.

(و اما بناء علی الکشف، فوجهان).

یحتمل الاعتبار حال الاجازهٔ، لأن الاجازهٔ هی آخر المؤثر فی النقل فیکون حال الاجازهٔ حال: التاء، فی قبلت حیث یجب توفر الشروط فی العوضین الی آخر لفظ العقد.

و یحتمل عدم الاعتبار حالها، اذ: علی الکشف قد وقع العقد المؤثر سابقا، و بعد العقد المؤثر لا دلیل علی اشتراط بقاء الشروط المعتبرهٔ فی العوضین.

(و اعتبارها) ای شروط العوضین (علیه) ای علی الکشف (أیضا) کالنقل (غیر بعید) اذ: فی الحقیقهٔ لا یکون العقد عقدا الا بالاجازهٔ، و الا فقبل الاجازهٔ لا یصدق: عقودکم، المستفاد من: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(الثانی) من المسائل المربوطهٔ بالمجاز (هل یشترط فی المجاز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۴

کونه معلوما للمجیز بالتفصیل، من تعیین العوضین، و تعیین نوع العقد من کونه بیعا، او صلحا فضلا عن جنسه، من کونه نکاحا لجاریته، او بیعا لها، أم یکفی العلم الاجمالی بوقوع عقد قابل للاجازهٔ، وجهان، من:

کون الاجازهٔ کالإذن السابق، فیجوز تعلقه بغیر المعین، الا اذا بلغ حدا لا یجوز معه التوکیل.

کونه معلوما للمجیز بالتفصیل) حتی اذا اجاز، اجاز العقد المعلوم لدیه (من تعیین العوضین) تعیینا کاملا (و تعیین نوع العقد من کونه بیعا او صلحا) او هبة، مثلا (فضلا عن جنسه، من کونه نکاحا لجاریته، او بیعا لها، أم یکفی العلم الاجمالی بوقوع عقد قابل للاجازة) و کذا فیما اذا لم یعلم ان العقد مربوط به، او بموکله، او بالمولی علیه الّذی هو ولیه (وجهان، من: کون الاجازة کالإذن السابق، فیجوز تعلقه بغیر المعین) کما لو قال زید: لوکیله انت مأذون من قبلی فی خطبة بنت بکر، او بنت عمرو و نکاحها او قال له: انت وکیلی فی اشتراء الدار او البستان مثلا، بل لو قال له: انت وکیلی فی زواج بنت، او شراء دار بهذا المبلغ الموجود عندک فی حال ان الموکل یحتاج الی الامرین (الا اذا بلغ حدا لا یجوز معه التوکیل) لانه خارج عن طریقة العقلاء، فلا یشمله دلیل الوکالة کما لو قال:

انت وکیلی فی اجراء عقد ما، لی، کیفما کان، و لم یکن فی ذلک المجمل غرض عقلائی له، و الا فلو کان هناک غرض عقلائی، کما لو حلف ان یعقد عقد اما، و کان ذلک برا لحلفه، لم یکن خارجا عن طریقة العقلاء.

و الحاصل: ان الاجازة کالإذن، فاذا جاز الاذن، جازت الاجازة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۵

و من: ان الاجازة بحسب الحقیقة احد رکنی العقد، لان المعاهدة الحقیقیة، انما یحصل من المالکین بعد الاجازة، فتشبه القبول مع عدم تعیین الایجاب عند القابل.

و من هنا یظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، و لا یکفی مجرد احتماله، فیجیزه علی تقدیر وقوعه، اذا انکشف وقوعه لان الاجازة، و ان لم تکن من العقود، حتی یشملها معاقد اجماعهم علی جواز التعلیق فیها،

و وجه کون الاجازة کالإذن، انهما شیء واحد، منتهی الامر احدهما سابق و الآخر لاحق (و من: ان الاجازة بحسب الحقیقة) و الواقع (احد رکنی العقد، لان المعاهدة الحقیقیة، انما یحصل من المالکین) الاصیل و المالک المجیز (بعد الاجازة) اذ: قبلها لا معاهدة (فتشبه) الاجازة (القبول مع عدم تعیین الایجاب عند القابل) کما لو قال الموجب: لفظا، و لم یعلم القابل، انه قال: بعتک، او زوجتک، فانه لا یصح له القبول و ان کان محتاجا الی کل واحد من الامر، لما دل علی وجوب تعیین الشیء الّذی ینصب علیه العقد، و علی هذا فتبطل الاجازة.

(و من هنا) ای وجه لزوم تعیین متعلق العقد حتی تصح اجازته (یظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد) حتی تصح الاجازة (و لا یکفی مجرد احتماله، فیجیزه علی تقدیر وقوعه، اذا انکشف وقوعه).

و انما یقوی هذا الاحتمال (لان الاجازة، و ان لم تکن من العقود، حتی یشملها معاقد اجماعهم علی جواز التعلیق فیها) فانهم اجمعوا علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۶

الا انها فی معناها و لذا یخاطب المجیز بعدها بالوفاء بالعقد السابق.

مع: ان الوفاء بالعقد السابق، لا یکون الا فی حق العاقد فتأمل.

انه لا یجوز التعلیق فی العقود، و کانه لاجل عدم صدق العقد الّذی هو ما فیه التزام مبرم مما ینافی مفهومه التعلیق الّذی هو لیس بمبرم (الا انها) ای الاجازة (فی معناها و لذا یخاطب المجیز) خطابا شرعیا (بعدها) ای بعد الاجازة (بالوفاء بالعقد السابق) اذ: بمجرد ان اجاز، یقال له:

اوف بعقدک، فالاجازة بمنزلة العقد.

(مع: ان الوفاء بالعقـد السابق، لا يكون الا فی حق العاقـد) هـذا تقريب كون الاجازة بمنزلـة العقد، فيشـملها دليل عدم جواز التعليق فی العقود.

و تقريب الاستدلال ان يقال: هل للمالك عقد فی المقام، أم لا؟

لا يمكن القول بالثانی، اذ: لو قلنا: انه لا عقد له لزم ان لا يجب الوفاء عليه، و عدم وجوب الوفاء مقطوع العدم.

و اذا قلنـا بان له عقـدا يقال: هل العقـد تحقق بمجرد اجراء الفضول او بالاجازة، لا يمكن الاول، اذ: لو كان كـذلك لزم الوفاء بمجرد الاجراء و هو مقطوع العـدم، فلم يبق الا انه تحقق بالاجازة، فيثبت المطلوب (فتأمل) اذ: الاجازة ليست عقـدا، فلا تشـملها الادلـة الـدالة على عدم جواز التعليق فی العقد.

و الجواب عن التقريب المتقـدم ان الاجازة تسبب ان يكون العقـد السابق عقـد المالك، لا ان تكون الاجازة عقـدا حتی يلحقها حكم سائر العقود.

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۷، ص: ۳۶۷

الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و اما العقد الواقع على عوضه،

و على كل منهما اما ان يكون المجاز، اوّل عقـد «وقع على المال او عوضه» او آخره، او عقـدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده، او بدله، او بالاختلاف.

(الثالث) من الامور المربوطـة بالمجاز (المجاز، اما العقـد الواقع على نفس مال الغير، و اما العقـد الواقع على عوضه، و على كل منهما) سواء اجـاز العقـد الواقع على نفس مـال الغير، او العقـد الواقع على عوض مال الغير (اما ان يكون المجاز، اوّل عقـد «وقع على المال او عوضه» او) المجاز (آخره) ای آخر عقد وقع على المال او عوضه (او) يكون المجاز (عقدا بين سابق و لاحق)- لا الاول او الاخير- فی حـال كونهمـا (واقعين) ای السابق و اللاحق (على مورده) ای نفس مورد العقـد المجاز (او بـدله، او بالاختلاف) و لا يخفى ان الاولی سقوط جملة: وقع على المال او عوضه، من المتن، لأنه يوجب التشويش، و قد اشرنا حوله بقوسين، علامة لاسقاطه.

ثم ان الاقسام اثنی عشر، ستة مربوطة بقوله: اما العقد الواقع على نفس مال الغير.

و ستة مربوطة بقوله: و اما العقد الواقع على عوضه.

و ذلك لان العقد الواقع على نفس مال الغير ستة.

فالمجاز: (۱) اوّل عقد وقع.

(۲) آخر عقد وقع.

(۳) عقد متوسط بين سابق و لاحق واقعين على مورده.

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۷، ص: ۳۶۸

و يجمع الكل فيما اذا باع عبـد المالك بفرس، ثم باعه المشتری بكتاب ثم باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل.

---

(۴) عقد متوسط بين سابق و لاحق على بدله.

(۵) عقد متوسط بين سابق و لاحق بالاختلاف بان يكون اوّل العقدين على مورده، و آخر العقدين على بدله.

(۶) عقد متوسط بين سابق و لاحق بالاختلاف بان يكون اوّل العقدين على بدله، و آخر العقدين على مورده-

و العقد الواقع علی عوضه ستة أیضا، کما ذکر.

(و یجمع الکل) ای الاقسام الاثنی عشر (فیما اذا باع) الفضول (عبـد المالک بفرس، ثم باعه) ای العبـد (المشتری بکتاب، ثم باعه) ای العبـد (الثالث) الّـذی وقع العبـد عنـده (بـدینار) هـذه ثلاث معاملات (و باع البائع) الفضول (الفرس) الّذی وقع فی یده (بدرهم، و باع الثـالث الـدینار) الّـذی وقع فی یـده (بجاریـة، و بـاع بـائع الفرس) و هو الفضول الاول (الـدرهم برغیف) (ثم بیع الـدرهم) ای من حصل فی یده الدرهم باعه (بحمار، و بیع الرغیف) باعه من حصل الرغیف فی یده (بعسل) و توضیح الامثلة هکذا:

۱- باع زید الفضول، عبد بکر، بفرس لخالد.

۲- باع خالد، العبد، بکتاب لمحمد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۶۹

....

۳- باع محمد، العبد، بدینار لعلی.

۴- باع زید الفضول، الفرس، بدرهم.

۵- باع محمد، الدینار، بجاریة.

۶- باع زید الفضول، الدرهم، برغیف لتقی.

۷- باع تقی، الدرهم، بحمار.

۸- باع زید الفضول، الرغیف، بعسل.

فان هذه المعاملات الثمانیة تتضمن الصور الاثنتی عشرة.

ستة للعقد الواقع علی نفس مال الغیر.

و ستة للعقد الواقع علی عوضه، حیث ان بعض الامثلة الثمانیة یتضمن اکثر من قسم واحد من الاقسام الاثنی عشر.

بیان ذلک: ان الاقسام الستة الواقع علی نفس مال الغیر: بیع العبد بفرس، هو اوّل عقد وقع علی مال الغیر.

و: بیع العبد بدینار، هو آخر عقد وقع علی مال الغیر.

و: بیع العبد بکتاب، هو مثال لاربعة اقسام من الاقسام الستة.

(۱) وسط بین الاول و الثالث الواقعین علی مورده.

(۲) وسط بین بیع الفرس بالدرهم، و بیع الدینار بجاریة، الواقعین علی عوض المورد.

(۳) وسط بین بیع العبد بفرس الواقع علی مورده و بین بیع الدینار بجاریة الواقع علی عوض المورد.

(۴) وسط بین بیع الفرس بالدرهم الواقع علی عوض المورد، و بین بیع العبد بدینار الواقع علی مورده.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷۰

اما اجازة العقـد الواقع علی مال المالک، اعنی العبـد بالکتاب، فهی ملزمـة له، و لما بعده مما وقع علی مورده اعنی العبد بالدینار- بناء علی الکشف-

---

اما الاقسام الستة الواقعة علی عوض مال الغیر فهو:

(۱) بیع الفرس بدرهم، و هو اوّل عقد وقع علی عوض مال الغیر.

(۲) بیع الرغیف بالعسل، و هو آخر عقد وقع علی عوض مال الغیر.

(۳) بیع الدرهم بالرغیف، هو مثال لاربعة اقسام من الاقسام الستة.

(۱) وسط بین الاول و الثالث و الاول مورده و الثانی بدل مورده.

(۲) وسط بین مورده السابق، و مورده اللاحق، و هما بیع الفرس بدرهم، و بیع الدرهم بالحمار.

(۳) وسط بین بدل مورده السابق و بدل مورده اللاحق، و هما بیع العبد بالفرس و بیع الرغیف بالعسل.

(۴) وسط بین بدل مورده السابق، و مورده اللاحق، و هما بیع العبد بالفرس و بیع الدرهم بالحمار.

(اما اجازة العقد الواقع علی مال المالک، اعنی) ما فعله المشتری من الفضول من: بیع (العبد بالکتاب) بان اجاز مالک العبد، بیعه بالکتاب (فهی) ای الاجازة (ملزمة له) لهذا العقد (و لما بعده مما وقع علی مورده، اعنی العبد بالدینار) لان العبد خرج من مال المالک باجازته، فمن باعه بعد ذلک کان بیعه صحیحا لا یرتبط بالمالک الاصلی (- بناء علی الکشف-) اذ: الاجازة تکشف عن صحة العقد السابق،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷۱

و اما بناء علی النقل، فیبنی علی ما تقدم من اعتبار ملک المجیز حین العقد، و عدمه، و هی: فسخ بالنسبة الی ما قبله مما ورد علی مورده اعنی بیع العبد بفرس، بالنسبة الی المجیز.

اما بالنسبة الی من ملک بالاجازة و هو المشتری بالکتاب فقابلیته للاجازة، مبنیة علی مسئلة اشتراط ملک المجیز حین العقد.

فتبعه صحة العقد اللاحق.

(و اما بناء علی النقل، فیبنی) لزوم: ما بعده مما وقع علی مورده، (علی ما تقدم من اعتبار ملک المجیز حین العقد، و عدمه) ای عدم اعتباره.

فان قلنا: بالاعتبار، فاللازم القول بالبطلان.

و ان قلنا: بعدم الاعتبار، فاللازم القول بالصحة، لان هذه المسألة من صغریات: من باع ثم ملک (و هی) ای الاجازة- و هذا عطف علی قوله:

فهی ملزمة- (فسخ بالنسبة الی ما قبله مما ورد علی مورده اعنی بیع العبد بفرس بالنسبة الی المجیز) اذ: معنی اجازة مالک العبد البیع المتأخر، انه صرف النظر من البیع المتقدم، فلم یبق محل لصحة البیع المتقدم عنده.

و (اما بالنسبة الی من ملک بالاجازة) ای الّذی صار مالکا للعبد باجازة المالک الاول (و هو المشتری) للعبد (بالکتاب فقابلیته) ای قابلیة ما قبل، و هو: بیع العبد بفرس (للاجازة) لان المشتری ملک العبد، فیجیز ما وقع قبله من بیع العبد بفرس (مبنیة علی مسئلة اشتراط ملک المجیز حین العقد).

فان قلنا: بالاشتراط، لم یصح بیع العبد بفرس باجازة المالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷۲

هذا حال العقود السابقة و اللاحقة علی مورده، اعنی مال المجیز.

و اما العقود الواقعة علی عوض مال المجیز، فالسابقة علی هذا العقد، و هو: بیع الفرس بالدرهم، یتوقف لزومها علی اجازة المالک الاصلی للعوض، و هو: الفرس، و اللاحقة له اعنی بیع الدینار بجاریة،

المتأخر للعبد.

و ان قلنا: بعدم الاشتراط، صح ان یجیز هذا المالک الجدید البیع السابق.

و الحاصل: ان المسألـة داخلة فی: بیع ثم ملک، لا: باع ثم ملک (هذا حال العقود السابقة) و قد تکلمنا حولها علی کل من: الکشف و النقل، و علی کل من: اجازة المالک الاول و اجازة المالک الجدیـد (و) کـذلک حال العقود (اللاحقة) الواقعة تلک العقود السابقة و اللاحقة (علی مورده، اعنی مال المجیز) الّذی هو مورد الفضولی.

و (اما العقود الواقعة علی عوض مال المجیز، ف) مقتضی القاعدة:

ان العقود (السابقـة علی هذا العقد) بیع العبد بالکتاب (و هو) ای العقد السابق (بیع الفرس بالدرهم، یتوقف لزومها علی اجازة المالک الاصـلی للعـوض، و هو) ای العوض (الفرس) اذ: المفروض ان الفضول بـاع الفرس، فـاذا لم یجز مالـک الفرس کـان الـبیع باطلاـ (و) العقود (اللاحقـة له) ای لبیع العبـد بالکتاب (اعنی) من العقـد اللاحق (بیع الـدینار بجاریة) فان الدینار بدل العبد- و هو لاحق علی بیع العبد بالکتاب- فالبدل و هو الدینار، قد وقع علیه عقد بان بدّل بالجاریة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷۳

تلزم بلزوم هذا العقد.

و اما اجازة العقـد الواقع علی العوض، اعنی بیع الـدرهم بالرغیف فهی: ملزمة للعقود السابقة علیه، سواء وقعت علی نفس مال المالک، اعنی بیـع العبـد بـالفرس، او علی عـوضه، و هـو: بیع الفرس بالـدرهم، و للعقود اللاحقـة له اذا وقعت علی المعوض و هو: بیع الـدرهم بالحمار اما الواقعة علی هذا البدل المجاز، اعنی

(تلزم بلزوم هذا العقد) اذا لعبد لو بدل بالکتاب، کان لآخذ العبد ان یبیعه بدینار، و لآخذ الدینار ان یبیعه بجاریة.

(و اما اجازة العقـد الواقع علی العوض، اعنی بیع الـدرهم بالرغیف) الرغیف بـدل الـدرهم، و الدرهم بدل الفرس، و الفرس بدل العبد الّذی کان للمالک- (فهی) ای الاجازة من مالک العبـد (ملزمة للعقود السابقة علیه) ای علی بیع الدرهم بالرغیف (سواء وقعت) تلک العقود السابقة (علی نفس مال المالک، اعنی بیع العبد بالفرس) حیث ان العبد مال المالک (او علی عوضه) ای عوض مال المالک (و هو: بیع الفرس بالدرهم) فان الفرس عوض مال المالک.

و انما کانت اجازة العقـد الواقع علی المعوض، ملزمـة للعقود السابقة اذ: ما لم تصح العقود السابقة لم یکن لاجازة العقد المتأخر معنی (و) ملزمـة أیضـا (للعقود اللاحقـة له اذا وقعت علی المعوض و هو: بیع الـدرهم بالحمـار) اذ: لما ملک المشتری من الفضول الـدرهم، کان له ان یعامل بالدرهم ما شاء (اما) العقود (الواقعة علی هذا البدل المجاز، اعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۷۴

بیع الرغیف بالعسل، فحکمها حکم العقود الواقعة علی المعوض ابتداءً

و ملخص ما ذکرنا: انه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة علی مال المجیز فان وقعت من اشـخاص متعددة، کان اجازة وسط منها فسخا لما قبله و اجازة لما بعده- علی الکشف-

---

بیع الرغیف بالعسـل) الرغیف الّذی صـار مالاـ للمالـک، لاـنه عوض عبـده بعـد معاملاـت- (فحکمها) ای تلک العقود (حکم العقود الواقعـة علی المعوض ابتـداءً) کالعقود الواقعـة علی العبـد- فی المثال- فان اجاز المالک، صح و ما بعده، لا ما قبله، لان صـحة العقود المتأخرة، مترتبة علی هذا العقد.

(و ملخص ما ذکرنا) من صور الاجازة، و قـد لخصـها الفقهاء فی قولهم: فی العقود الواقعـة علی المثمن یصـح المجاز و ما بعده: و فی العقود الواقعـة علی الثمن یصـح المجـاز و مـا قبله (انه لو ترتبت عقود متعـددة مترتبـة علی مـال المجیز، فـان وقعت) تلک العقود (من اشـخاص متعددة) کبیع زید لخالد، و خالد لمحمد، و محمد لعلی- فی المثال المتقدم- (کان اجازة) مالک (وسط منها) ای من تلک

العقود: كالعبد بالكتاب،- فى المثال- (فسخا لما قبله) اذ: لو صح ما قبله، لم يكن المال للمالك حتى يجيز الوسط (و اجازة لما بعده) لان اجازة الوسط يوجب خروج المال عن ملك المالك، فالعقود اللاحقة صحيحة لا ترتبط بالمالك.

هذا (- على الكشف-).

اما على النقل: فقد تقدم الاشكال فيه فى قولنا: و اما بناء على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۷۵

و ان وقعت من شخص واحد انعكس الامر، و لعل هذا هو: المراد من المحكى عن الايضاح، و الدروس فى حكم ترتب العقود، من: انه: اذا اجاز عقدا على المبيع صح، و ما بعده، و فى الثمن ينعكس، فان العقود المترتبة على المبيع، لا يكون الا من اشخاص متعددة.

النقل، (و ان وقعت) العقود (من شخص واحد) كبيع زيد الفضول- فى المثال- العبد بالفرس، و الفرس بدرهم، و الدرهم بالرغيف (انعكس الامر) بان كانت اجازة المالك للوسط فسخا لما بعده، و اجازة لما قبله، و قد اشكل على المصنف الطباطبائى ره فراجع (و لعل هذا) الّذى ذكرناه من قولنا: و ملخص ما ذكرنا، (هو: المراد من المحكى عن الايضاح، و الدروس فى حكم ترتب العقود، من: انه) اى المالك (اذا اجاز عقدا على المبيع) كاجازة بيع العبد بالفرس (صح، و ما بعده) لان العبد اذا خرج عن يد المالك صح كل عقد وقع عليه (و فى الثمن ينعكس) فان الاجازة توجب الصحة و ما قبله، لان هذا الثمن لا يكون ثمنا للمالك، الا اذا صحت العقود المتقدمة عليه.

مثلا: اذا باع العبد بالفرس، و الفرس بدرهم، و الدرهم بالرغيف، و الرغيف بالعسل، فاجاز المالك الرغيف بالعسل- بان اخذ العسل- كان اللازم صحة العقود المتقدمة، و الا كيف يكون العسل له؟

و انما قلنا: لعل هذا، (فان العقود المترتبة على المبيع، لا يكون الا من اشخاص متعددة) كما تقدم فى مثال العبد بالفرس، ثم بالكتاب، ثم بدينار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۷۶

و اما العقود المترتبة على الثمن، فليس مراد هما ان يعقد على الثمن الشخصى مرارا، لان حكم ذلك، حكم العقود المترتبة على المبيع- على ما سمعت سابقا- من قولنا: اما الواقعة على هذا البدل المجاز الى آخره بل مرادهما ترامى الاثمان فى العقود المتعددة، كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان، و قد علم من ذلك ان مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من:

العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الاول له، بل العوض و لو بواسطة.

(و اما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادهما) الايضاح و الدروس (ان يعقد على الثمن الشخصى مرارا) كان يبيع عبدا بفرس، ثم الفرس بكتاب، ثم الفرس بدرهم (لان) هذا لو كان مرادهما، كان حكمه حكم العقود المتعددة على المثمن، فان (حكم ذلك، حكم العقود المترتبة على المبيع- على ما سمعت سابقا- من قولنا: اما الواقعة على هذا البدل المجاز، الى آخره) حيث ذكرنا ان حكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً (بل مرادهما) الايضاح و الدروس (ترامى الاثمان فى العقود المتعددة) كما تقدم فى مثال بيع العبد بالفرس، و الفرس بدرهم الخ (كما صرح بذلك) اى بان مرادهم ترامى الاثمان- لا ان يعقد على الثمن الواحد مرارا- (المحقق و الشهيد الثانيان، و قد علم من ذلك) الّذى تقدم فى المثال، و فى بيان احكامه (ان مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من: العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الاول له) اى لمال الغير (بل العوض) مطلقا (و لو بواسطة) لان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۷۷

ثم ان هنا اشكالا- فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب- اشار إليه العلامة ره فى القواعد، و اوضحه

قطب الـدين و الشـهيد فی الحواشـی المنسوبهٔ إليه، فقال: الاول فيما حكی عنه، ان وجه الاشـكال: ان المشتری مع العلم، يكون مسـلطا للبائع الغاصب علی الثمن، و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع.

بعض الاحكام مترتبهٔ علی وجود الوسائط- كما عرفت-.

(ثم ان هنا) فی باب العقود المتعددهٔ الفضوليهٔ (اشـكالا- فی شـمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورهٔ علم المشتری بالغصب-) ای انما قلنا: بانه يجوز ان يتبع بعض العقود بعضا آخر، فی باب بيع الفضول و هـذا لا يصـح و لا يجوز فی ما لو علم المشتری بالغصب. و عدم الصحهٔ من جهتين.

الاولی- من جهةٔ لزوم قابليهٔ العقود للصحهٔ و ذلک باستجماعها لشرائط الثمن و المثمن.

و الثانيـهٔ- من جهـهٔ ورود العقود علی عين المتتبع- او عوضه، و كلاـ الامرين مفقود ان فی باب العقود المتعـددهٔ فی مفروض الكلام- كما ستری- (اشار إليه العلامـهٔ ره فی القواعد، و اوضـحه قطب الدين و الشـهيد فی الحواشـی المنسوبهٔ إليه، فقال: الاول) قطب الدين (فيما حكی عنه، ان وجه الاشـكال: ان المشتری مع العلم) بكون البائع غاصـبا (يكون مسـلطا)- بالكسر- (للبائع الغاصب علی الثمن، و لذا لو تلف) الثمن (لم يكن له) ای للمشتری (الرجوع) اذ: هو اتلف مال نفسه بان اعطاه لشخص ليتلفه بدون ضمان.

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۷، ص: ۳۷۸

و لو بقی ففيه الوجهـان فلاـ ينفـذ فيه اجـازهٔ الغير بعـد تلفه بفعـل المسـلط، بـدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه و من ان الثمن عوض عن العين المملوكهٔ

(و لو بقی) الثمن موجودا (ففيه الوجهان) احتمال ان: للمشتری الرجوع، لانه عين ماله فيأخذه متی ما اراد.

و احتمـال ان ليس له الرجوع، لاـنه فی اعطـائه المـال للغـاصب يكون كمن اعرض عن ماله، فالقاه فی الطريق فأخـذه الآخر، فانه ليس للمعرض الرجوع، لسـلب علاقـهٔ المالكيـهٔ عرفـا عن مثله، فلاـ يشـمله دليل الملک (فلا ينفـذ فيه) ای فی الثمن (اجازهٔ الغير) الّـذی هو المالک (بعـد تلفه) ای تلف الثمن (بفعل المسـلط) ای المشتری الّذی سـلط الغاصب علی ثمنه (بدفعه) ای بسـبب دفع المال (ثمنا عن مبيع اشتراه) المشتری من الغاصب.

يعنی ان المشتری سـلط الغـاصب علی الثمن فصـار الثمن ملكـا للغـاصب فلو اجـاز المالک الاصـلی بيع الغاصب كان معناه ان المثمن خرج من ملک المالک، و لم يدخل فی ملكه الثمن، اذ: الثمن قد تلف عند الغاصب، و صار ملكا للغاصب.

و من المعلوم: ان بيعا يخرج المثمن من كيس، و لا يدخل فی ذلک الكيس الثمن، ليس قابلا للاجازهٔ من المالک.

هذا وجه الاشكال فی بيع الغاصب.

اما وجه الصحهٔ، فهو: ما ذكره بقوله (و من ان الثمن عوض عن العين المملوكهٔ)

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۷، ص: ۳۷۹

و لم يمنع من نفوذ الملک فيه، إلا عدم صدوره عن المالک، فاذا اجاز جری مجری الصادر عنه، انتهی.

و قال فی محكی الحواشی: ان المشتری مع علمه بالغصب يكون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن، فلا يدخل فی ملک رب العين.

فحينئذ اذا اشتری به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه، و اتلفه عند الدفع الی البائع

للمالک المجيز (و لم يمنع من نفوذ الملک) للمالک المجيز (فيه) ای فی الثمن (إلا عـدم صـدوره) ای صـدور البيع (عن المالک) اذ: المالـک لم يبع، و انمـا بـاعه الغاصب (فاذا اجاز) المالک (جری) البيع (مجری الصادر عنه) ای عن المالک ابتـداءً، فيكون الثمن ثمنا

للمالك المجيز، و المشترى لم يسلط الغاصب على الثمن بعنوان الاعواض، او بعنوان ان الثمن ملكا للغاصب، حتى يكون الثمن داخلا فى ملك الغاصب (انتهى) كلام قطب الدين.

(و قال) الشهيد (فى محكى الحواشى: ان المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلطا)- بالكسر- (للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل) الثمن (فى ملك رب العين) اى مالك المثمن.

(فحينئذ) اى حين كان الغاصب مسلطا- من قبل المشترى- على الثمن (اذا اشترى به) اى بالثمن (البائع) الغاصب (متاعا، فقد اشتراه) اى المتاع (لنفسه، و اتلفه) اى اتلف الغاصب الثمن (عند الدفع الى البائع) الّذى باع الغاصب المتاع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۸۰

فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكا للبائع، و ان امكن اجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا، لان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى اتلافه، فلا يكون ثمنا، فلا تؤثر الاجازة فى جعله ثمنا، فصار الاشكال فى صحة البيع.

مثلا: اشترى زيد بدينار كتاب عمرو من الغاصب، فاذا اشترى الغاصب بالدينار عباء لنفسه، فقد اتلف الدينار (فيتحقق ملكيته) اى الغاصب (للمبيع) كالعباء فى المثال (ف) اذا اجاز عمرو- صاحب الكتاب- للبيع (لا يتصور نفوذ الاجازة هنا) اى فى الملكية للعباءة، بان يملك عمرو العباء- الّذى هو بدل الدينار- (لصيرورته) اى المتاع- كالعباء- (ملكا للبائع) الغاصب (و ان امكن) لعمرو صاحب الكتاب (اجازة المبيع) الّذى باعه الغاصب، و انما يمكن، لان معناه حينئذ قبوله تصرف الغاصب فى ثمنه الّذى كان بإزاء كتابه (مع احتمال عدم نفوذها) اى الاجازة، فى البيع (أيضا) كما لا تنفذ فى ملكية العباءة- فى المثال- (لان ما دفعه) المشترى (الى الغاصب) ثمنا للكتاب (كالمأذون له) اى للغاصب (فى اتلافه، فلا يكون ثمنا) للكتاب (فلا تؤثر الاجازة) من مالك الكتاب (فى جعله ثمنا) اذ: صار الثمن ملكا للغاصب فكيف يرجع و يكون ملكا لمالك الكتاب؟ (فصار الاشكال) اشكالين.

الاول: (فى صحة) اصل (البيع) الّذى اجراه الغاصب على الكتاب، و هذا ما بينه بقوله: مع احتمال عدم نفوذها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۸۱

و فى التتبع.

ثم قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبع، بطلان اجازة البيع فى المبيع لاستحالة كون المبيع بلا ثمن.

فاذا قيل: ان الاشكال فى صحة العقد كان صحيحا أيضا، انتهى، و اقتصر فى جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد اخيرا فى وجه سراية هذا الاشكال الى صحة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب،

(و) الثانى: (فى التتبع) اى اتباع المالك للغاصب فى بيعه الثانى، بان يجيزه او يرده، لانه حصل بثمنه، و هذا ما بينه بقوله: فلا يتصور نفوذ الاجازة فيها.

(ثم قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبع، بطلان اجازة البيع فى المبيع) اى لاحق للمالك فى ان يجيز البيع الثانى الّذى وقع بثمن المال الّذى كان للمالك (لاستحالة كون المبيع بلا ثمن) فان الثمن حسب الفرض صار للغاصب، لا للمالك.

و المفروض ان البيع الثانى وقع بهذا الثمن الّذى هو للغاصب، فأى حق للمالك فى ان يجيز البيع الثانى او يرده.

(فاذا قيل: ان الاشكال فى) اصل (صحة العقد) اى الّذى اوقعه الغاصب على مال المالك (كان) الاشكال (صحيحا أيضا) لانه بيع بلا ثمن يدخل فى كيس المالك (انتهى، و اقتصر فى جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد اخيرا فى وجه سراية هذا الاشكال) اى اشكال لزوم كون البيع بلا ثمن فى باب تتبع العقود (الى صحة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۸۲

و المحکی عن الایضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالک مع علم المشتری علی کون الاجازة ناقلة، فیکون منشأ الاشکال فی الجواز و العدم الاشکال فی الکشف و النقل، قال فی محکی الایضاح: اذا کان المشتری جاهلاـ فللمالک تتبع العقود، و رعایة مصلحته.

و المحکی عن الایضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالک) ای کون الحق للمالک فی ان یجیز ایّ العقود المتعددة التی وقعت علی ماله او علی ابداله (مع علم المشتری) بالغصبیة (علی کون الاجازة ناقلة) علی، متعلق ب: ابتناء، ای ففیه الاشکال، لان المثمن دخل فی ملک المشتری، و الثمن یبقی بلاـ مالک- ان لم ینتقل الی الغاصب- اذ: خرج عن ملک المشتری، و لم یدخل فی ملک المالک، حیث ان قبل الاجازة لا ینتقل الثمن الی ملک المالک، لفرض کون الاجازة ناقلة.

و هذا بخلاف ما لو قلنا: بالکشف، فانه بمجرد العقد دخل المثمن فی ملک المشتری، و دخل الثمن فی ملک المالک، فاذا اجاز المالک طالب الثمن من ایّ، من الغاصب و المشتری حسب اختیاره لاخذه من احدهما (فیکون منشأ الاشکال فی الجواز) ای جواز تتبع المالک للعقود (و العدم) ای عدم جوازه، بمعنی انه لیس للمالک ذلک (الاشکال فی الکشف و النقل).

فعلی الکشف: لا اشکال فی جوازه.

و علی النقل یقع الاشکال فی الجواز (قال فی محکی الایضاح: اذا کان المشتری جاهلاـ) بالغصبیة (فللمالک تتبع العقود، و رعایة مصلحته)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۳

و الربح فی سلسلتی الثمن و المثمن.

و اما اذا کان عالما بالغصب، فعلی قول الاصحاب من: ان المشتری اذا رجع علیه بالسلعة، لاـ یرجع علی الغاصب بالثمن، مع وجود عینه، فیکون قد ملّک الغاصب مجانا، لانه بالتسلیم الی الغاصب لیس للمشتری استعادته من الغاصب بنص الاصحاب، و المالک قبل الاجازة لم یملک الثمن، لان الحق ان الاجازة شرط، او سبب، فلو لم یکن للغاصب، فیکون الملک بغیر

فی ان یجیز ایها شاء، و یرد ایها شاء (و) رعایة (الربح) لنفسه (فی سلسلتی الثمن و المثمن) اذ: المفروض ان المثمن قد وقع علیه عقود متعددة، و کذلک الثمن.

(و اما اذا کان) المشتری (عالما بالغصب، فعلی قول الاصحاب من:

ان المشتری اذا رجع) المالک (علیه بالسلعة) بان اخذها منه (لا یرجع علی الغاصب بالثمن، مع وجود عینه) لانه هو الّذی اعرض عن ماله بملء اختیاره (فیکون قد ملک) المشتری ثمنه (الغاصب مجانا، لانه بالتسلیم) لما له (الی الغاصب لیس للمشتری استعادته) ای الثمن (من الغاصب بنص الاصحاب) فالثمن لیس للمشتری (و المالک قبل الاجازة لم یملک الثمن، لان الحق ان الاجازة) من المالک لبیع الفضول (شرط، او سبب) ای او جزء للعقد.

و من المعلوم: ان المشروط و المسبب لاـ یأتیان قبل الجزء و الشرط (فلو لم یکن للغاصب) و الحال انه لیس للمالک، و لا للمشتری (فیکون الملک بغیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۴

مالک، و هو محال، فیکون قد سبق ملک الغاصب للثمن علی سبب ملک المالک له ای الاجازة، فاذا نقل الغاصب الثمن عن ملکه، لم یکن للمالک ابطاله، و یکون ما یشتری الغاصب بالثمن، و ربحه له، و لیس للمالک اخذه لانه ملّک الغاصب.

مالک، و هو محال).

و علیه فالثمن للغاصب فلا بدل للمالک الاصلی (فیکون قد سبق ملک الغاصب للثمن) بمجرد العقد، و اعراض المشتری عن ماله، مبیحا له للغاصب (علی سبب ملک المالک له) ای للثمن (ای الاجازة) هذا تفسیر ل: سبب ملک المالک، اذا، فلا حق للمالک فی الثمن (فاذا نقل الغاصب) هذا جواب ما ذکره قبل اسطر، بقوله: و اما اذا کان عالما بالغصب،- و لا یخفی تشوش العبارة- (الثمن عن ملکه) بان اشتری الغاصب بالثمن شیئا جدیدا (لم یکن للمالک) الاصلی (ابطاله) ای ابطال البیع الّذی اوقعه الغاصب علی الثمن (و یکون ما یشتری الغاصب بالثمن، و ربحه) ای ربح ما یشتریه (له) ای للغاصب، فاذا باع الغاصب کتاب زید لعمرو العالم بالغصب بدینار، ثم اشتری الغاصب بالدینار شاة، کان لبن الشاة و عین الشاة للغاصب، و لم یکن لمالک الکتاب ابطال هذا البیع للشاة (و لیس للمالک اخذه) ای اخذ الثمن، و لا اخذ بدله (لانه ملک الغاصب).

هذا کله مبنی علی القول بالنقل- اذ: یتقدم ملک الغاصب للمال علی ملک المالک له-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۵

و علی القول: بان اجازة المالک کاشفة، فاذا اجاز العقد کان له.

و یحتمل ان یقال لمالک العین حق تعلق بالثمن، فان له اجازة البیع و اخذ الثمن، و حقه مقدم علی حق الغاصب، لان الغاصب یؤخذ باخس احواله، و اشقّها علیه و المالک مأخوذ باجود الاحوال.

ثم قال: و الاصحّ عندی، مع وجود عین الثمن للمشتری العالم اخذه و مع التلف لیس له الرجوع به، انتهی کلامه ره.

(و علی القول: بان اجازة المالک کاشفة، فاذا اجاز) المالک (العقد) الّذی وقع علی ماله (کان) الثمن (له) ای للمالک.

(و یحتمل ان یقال)- علی الکشف أیضا- (لمالک العین حق تعلق بالثمن، فان له اجازة البیع و اخذ الثمن) من الغاصب (و حقه مقدم علی حق الغاصب) اذ: حقه تولد من کون الثمن فی ازاء ماله، و حق الغاصب تولد من اعطاء المشتری الثمن له بإزاء ما اخذه منه من العین المغصوبة، فلیس تملیکا للثمن للغاصب اعتباطا، حتی لا یبقی حق للغاصب (لان الغاصب یؤخذ باخس احواله، و اشقها علیه و المالک مأخوذ باجود الاحوال) فاذا تعارض حقهما قدم حق المالک.

(ثم قال: و الاصح عندی، مع وجود عین الثمن) عند الغاصب یکون (للمشتری العالم) بالغصب (اخذه) لانه عین ماله (و مع التلف لیس له) ای للمشتری (الرجوع به) ای بالثمن، لانه هو اتلف ماله بتسلیط الغاصب علیه (انتهی کلامه ره) ای الفخر فی الایضاح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۶

و ظاهر کلامه انه لا وقع للاشکال- علی تقدیر الکشف-.

و هذا هو المتجه، اذ: حینئذ یندفع ما استشکله القطب، و الشهید بان تسلط المشتری للبائع علی الثمن- علی تقدیر الکشف- تسلیط علی ما ملکه الغیر بالعقد السابق، علی التسلیط الحاصل بالاقباض فاذا انکشف ذلک بالاجازة عمل مقتضاه.

(و ظاهر کلامه) حیث قال: و علی القول (انه لا وقع للاشکال- علی تقدیر الکشف-) فللمالک تتبع العقود و إن کان المشتری عالما بالغصب.

(و هذا) ای عدم وقع الاشکال (هو المتجه، اذ: حینئذ) ای حین قلنا: بعدم الاشکال علی تقدیر الکشف (یندفع ما استشکله القطب، و الشهید) حیث استشکلا فی بیع الغاصب بالاشکال المتقدم.

و وجه الاندفاع: ما بیّنه بقوله: (بان تسلیط المشتری للبائع علی الثمن- علی تقدیر الکشف- تسلیط علی ما ملکه الغیر) تسلیط (بالعقد السابق، علی التسلیط الحاصل بالاقباض).

و الحاصل ان فی المقام امرین:

العقد الموجب لملکیة المالک للثمن.

و التسلیط الموجب لازالة المشتری احترام ماله بجعله للغاصب اعتباطا، و العقد مقدم علی التسلیط (فاذا انکشف ذلک) ای کون الثمن للمالک (بالاجازة) الحاصلة من المالک، بعد التسلیط (عمل مقتضاه) الّذی هو کون الثمن للمالک، فیکون التسلیط المتأخر باطلا، فلا یرد اشکال القطب و الشهید علی بیع الغاصب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۷

و اذا تحقق الرد انکشف کون ذلک تسلیطا من المشتری علی ماله فلیس له ان یسترده بناء علی ما نقل من الاصحاب،

نعم:- علی القول بالنقل- یقع الاشکال فی جواز اجازة العقد الواقع علی الثمن، لان اجازة مالک المبیع له، موقوفة علی تملکه للثمن لانه قبلها

(و اذا تحقق الرد) بان لم یجوز المالک البیع (انکشف کون ذلک) التسلیط من المشتری للغاصب علی الثمن، لیس تسلیطا علی مال الغیر بل (تسلیطا من المشتری علی ماله) ای مال نفسه (فلیس له) ای للمشتری (ان یسترده) ای یطلب ماله من الغاصب، اذ: هو الّذی اباح ماله للغاصب (بناء علی ما نقل من الاصحاب) من ان المشتری اذا سلط الغاصب علی مال نفسه، لم یکن له استرداده، سواء کان المال موجودا او تالفا.

(نعم:- علی القول بالنقل- یقع الاشکال) المتقدم عن القطب و الشهید، و هذا عطف علی قوله: علی تقدیر الکشف (فی جواز اجازة العقد الواقع علی الثمن) فلا یصح للمالک ان یجیز العقد الثانی الّذی وقع علی ثمن ماله، کما لو باع الغاصب مال المالک بدینار ثم اشتری الغاصب بالدینار کتابا، فانه لیس للمالک اجازة العقد الثانی الواقع علی الکتاب (لان اجازة مالک المبیع له) ای للغاصب، ای الّذی اشتراه الغاصب لنفسه (موقوفة علی تملکه للثمن) فانه ان لم یکن المالک مالکا للثمن، لم یکن له ربط بالعقد الثانی حتی یجیزا و یرد (لانه) ای المالک (قبلها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۸۸

اجنبی عنه، و المفروض ان تملکه الثمن موقوف علی الاجازة- علی القول بالنقل-.

و کذا الاشکال فی اجازة العقد الواقع علی المبیع بعد قبض البائع الثمن او بعد اتلافه ایاه علی الخلاف فی اختصاص عدم رجوع المشتری علی الثمن بصورة التلف و عدمه، لان

ای قبل الاجازة (اجنبی عنه) ای عن الثمن (و المفروض ان تملکه) ای المالک (الثمن موقوف علی الاجازة- علی القول بالنقل-) فیکون عقد الغاصب باشتراء الکتاب- فی المثال- سابقا علی انتقال الثمن الی المالک، و اذا کان سابقا و خرج الثمن من عند الغاصب لم یکن الثمن للمالک حتی یجیز العقد الثانی او یرده.

(و کذا) یرد (الاشکال)- علی القول بالنقل- (فی اجازة العقد الواقع علی المبیع) بان اوقع المشتری، الّذی اخذ الکتاب من الغاصب عقدا علی الکتاب فباعه بدینار لعمرو- مثلا- (بعد قبض البائع) الّذی هو مشتری الکتاب فی العقد الاول (الثمن او بعد اتلافه) ای البائع (ایاه) ای الثمن.

و انما قلنا: بعد قبضه، او بعد اتلافه (علی الخلاف) بین الفقهاء (فی اختصاص عدم رجوع المشتری) عن الغاصب (علی الثمن) الّذی اعطاه للغاصب (بصورة التلف) للثمن، فیأتی قولنا: بعد اتلافه (و عدمه) ای لا اختصاص له بصورة التلف، فیأتی قولنا: بعد قبض البائع.

و انما قلنا: و کذا الاشکال فی اجازة الخ (لان) اعطاء مشتری الکتاب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۸۹

تسليط المشترى للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة.

و ما ذكره فى الايضاح من: احتمال تقديم حق المجيز، لانه اسبق و انه اولى من الغاصب المأخوذ باشق الاحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل

من المشترى- فى العقد الثانى- (تسليط المشترى) الثانى (للبائع) الّذى هو المشترى الاول (على الثمن قبل انتقاله) اى الثمن (الى مالك المبيع) المالك الاصلى للكتاب (بالاجازة) متعلق ب: انتقاله، (فلا يبقى مورد للاجازة) اذ: معنى الاجازة، بعد انتقال الثمن الى البائع، كون البيع بدون الثمن و هو غير معقول.

و الحاصل: انه- على القول بالنقل- لو باع زيد كتاب بكر لعمرو بدينار، و اعطى الدينار للبائع، ثم اشترى خالد الكتاب من عمرو بدرهم و سلم الدرهم لعمرو، لم يكن لمالك الكتاب- الّذى هو بكر- ان يجيز العقد الاول، و لا العقد الثانى، لانه اجازة عقد بلا ثمن.

و قد اشار المصنف ره الى ان ليس له اجازة العقد الاول، بقوله:

يقع الاشكال، و الى ان ليس له اجازة العقد الثانى بقوله: و كذا الاشكال.

(و ما ذكره فى الايضاح من: احتمال تقديم حق المجيز) اى المالك الاصلى (لانه) اى حق المجيز (اسبق) من حق الغاصب (و انه) اى المجيز (اولى من الغاصب المأخوذ باشق الاحوال، فلم يعلم) خبر: ما ذكره، (له) اى لما ذكره الايضاح (وجه، بناء على النقل) و انما لم يعلم له وجه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۰

لان العقد جزء سبب لتملك المجيز، و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز اسبق؟

نعم: يمكن ان يقال ان حكم الاصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لاجل التسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع، لا لان نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد و الاجازة.

(لان العقد) من الغاصب (جزء سبب لتملك المجيز) و جزئه الآخر الاجازة (و التسليط المتأخر عنه) اى تسليط المشترى الغاصب على الثمن (علة تامة لتملك الغاصب) الثمن (فكيف يكون حق المجيز اسبق) مع ان العلة التامة تؤثر اثرها، و جزء العلة لا يؤثر الاثر.

(نعم: يمكن ان يقال) بصحة كلام الايضاح، و انه اذا اجاز المالك استحق الثمن، و إن كان قد سلط المشترى الغاصب عليه،- حتى بناء على النقل-.

و ذلك ببيان: (ان حكم الاصحاب بعدم استرداد الثمن) اى انه لا يحق للمشترى ان يسترد الثمن من الغاصب (لعله لاجل التسليط) من المشترى (المراعى) ذلك التسليط (بعدم اجازة مالك المبيع) فكان المشترى قال للغاصب: هذا الثمن لك اذا لم يجز المالك، فاذا اجاز المالك، لم يكن التسليط سببا لتملك الغاصب للثمن (لا) عطف على:

لاجل (لان نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد) من المالك (و الاجازة) منه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۱

و حيث ان حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد وجب الاقتصار فيه على المتيقن، و هو التسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم.

(و حیث ان حکمهم هذا) ای بعدم استرداد الثمن من الغاصب بعد التسلیط (مخالف للقواعد الدالة علی عدم حصول الانتقال) لمال المشتری الی الغاصب (بمجرد التسلیط المتفرع علی عقد فاسد) فان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه، و حیث ان اللّه حرم عقد الغاصب حرم الثمن الحاصل منه، و لانه من اکل المال بالباطل، فقول الاصحاب بعدم الاسترداد و اجماعهم، دلیل لبی علی خلاف القواعد.

و حینئذ (وجب الاقتصار فیه علی) القدر (المتیقن، و هو التسلیط) من المشتری (علی تقدیر عدم الاجازة) اما اذا اجاز المالک، فلا تسلیط، و یکون البیع صحیحا، فلا اشکال فی بیع الغاصب، و لا فی تتبع العقود (فافهم) حیث انه لا دلیل علی عدم حق للمشتری فی استرداد الثمن، سواء بقی او تلف؟ اذ: لم یعرض المشتری عن ماله، و انما اعطاه مقابل المثمن، و لا حق للغاصب فی الثمن، لانه من اکل المال بالباطل، و اذا کان المال بعد غیر مملوک للغاصب، حتی اذا اتلفه، صح للمالک ان یجیز البیع، و ان یأخذ المال من ایّهما شاء، و لو اخذه من المشتری کان له الحق فی الرجوع الی الغاصب، اما اذا اخذه من الغاصب لم یکن له حق الرجوع الی المشتری، لان عین المال او بدله- علی تقدیر التلف- موجود ان عند الغاصب فقرار الضمان علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۹۲

مسئلة فی احکام الرد،

[ما یتحقق به الرد]

لا یتحقّق الردّ قولا الا بقوله: فسخت، و رددت و شبه ذلک، مما هو صریح فی الردّ، لاصالة بقاء اللزوم من طرف الاصیل، و قابلیته من طرف المجیز، و کذا یحصل بکل فعل مخرج له عن ملکه بالنقل، او بالاتلاف و شبههما، کالعتق، و البیع و الهبة، و التزویج

(مسئلة: فی احکام الرد) ای رد المالک لما عقده الفضول من بیع او غیره (لا یتحقق الرد قولا) ای فیما اذا اراد الرد القولی (الا بقوله: فسخت و رددت، و) لا اجیز، و (شبه ذلک، مما هو صریح فی الردّ).

و انما نقول بلزوم الصراحة (لاصالة بقاء اللزوم من طرف الاصیل) ما لم یأت الطرف الآخر بالردّ الصریح (و قابلیته) ای اصالة قابلیة العقد (من طرف المجیز) فانه قابل للحوق الاجازة ما لم یأت بالردّ الصریح (و کذا یحصل) الردّ (بکل فعل) ممن له الاجازة و الردّ (مخرج له) ای للمال (عن ملکه بالنقل) کما لو باعه المالک فانه مبطل لعقد الفضول (او بالاتلاف) کما لو اکل الخبز الّذی باعه الفضول (و شبههما) ای شبه النقل و الاتلاف.

ثم مثل المصنّف ره للثلاثة ای النقل و الاتلاف و شبههما بقوله (کالعتق، و البیع، و الهبة، و التزویج) فلو زوّج الفضول البنت ثم زوجت نفسها من انسان آخر بطل التزویج الفضولی، و کذا اذا کان لازم التزویج بطلان تزویج الفضول کما لو زوج الفضول هذه لزید فاخذ زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۹۳

و نحو ذلک.

و الوجه فی ذلک ان تصرفه- بعد فرض صحته- مفوت لمحلّ الاجازة، لفرض خروجه عن ملکه.

[هل یتحقق الرد بالتصرف غیر المخرج عن الملک]

و اما التصرف غیر المخرج عن الملک، کاستیلاد الجاریة، و اجارة الدار و تزویج الامة، فهو و ان لم یخرج الملک عن قابلیة وقوع الاجازة علیه، الا انه مخرج له عن قابلیة وقوع الاجازة من زمان العقد،

اختها او الخامسة- مثلا- فانه مبطل لتزویج الفضول (و نحو ذلک) من سائر التصرفات، کما لو وقف البناء بعد بیع الفضول له.

(و الوجه فی ذلک) الّذی ذکرنا من ان تصرف الاصیل تصرفا منافیا یبطل عقد الفضول (ان تصرفه) ای المالک (- بعد فرض صحته-) اذ:

المفروض ان التصـرف صحیح، لانه اجراه المالک له، الّذی له حق هذا التصرف (مفوت لمحل الاجازة، لفرض خروجه عن ملکه) ای خروج الشیء عن ملک المالک، بعد ان تصرف، فکیف یجیز تصرفا سابقا؟

(و اما) اذا تصرف المالک (التصرف غیر المخرج عن الملک، کاستیلاد الجاریة، و اجازة الدار و تزویج الامة) من قبل المالک (فهو و ان لم یخرج الملک عن قابلیـة وقوع الاجازة علیه) فی الجملة اذ: یمکن الاجازة التی نقول بکونها ناقلة- فیما اذا وقعت الاجازة بعد ان مات الولد، او بعد ان طلقت الامة، او تقع علی الدار مسـلوبة المنفعة مدة الاجارة (الا انه) ای التصرف غیر المخرج عن الملک (مخرج له عن قابلیة وقوع الاجازة من زمان العقد) ای علی القول بکون الاجازة کاشفة عن وقوع عقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۹۴

لان صحة الاجازة- علی هذا النحو- توجب وقوعها باطلة، و اذا فرض وقوعها صحیحة، منعت عن وقوع الاجازة.

و الحاصل ان وقوع هذه الامور صحیحة مناقض لوقوع الاجازة لاصل العقد، فاذا وقع احد المتنافیین صحیحا، فلا بد من امتناع وقوع

المؤثر من حین العقد.

و لا یخفی ان هذا لا یجری بالنسبة الی مثل اجارة الدار، اذ:

الکشف أیضا لا محذور فیه.

و انما قلنا: الا انّه مخرج الخ (لان صحة الاجازة- علی هذا النحو-) ای کونها کاشفة (توجب وقوعها) ای الاجازة (باطلة) لانها لا مجال لها من حین العقد، مثلا: لو آجر الفضول الدار من اوّل محرم التسعین، ثم آجرها المالک من نفس ذلک الزمان، تکون اجازة المالک لاجازة الفضول باطلة، اذ: الدار لا تصـلح ان تکون اجارة عند اثنین (و اذا فرض وقوعها) ای الاستیلاد، و الاجارة، و التزویج (صحیحة) من المالک- کما هو مقتضی القاعدة- (منعت عن وقوع الاجارة) لان الاجازة و هذه الاعمال متنافیان.

(و الحاصل ان وقوع هـذه الامور) الاستیلاد، و الاجارة، و التزویـج (صـحیحة مناقض لوقوع الاجازة) من المالک (لاصل العقـد) الّذی اجراه الفضول علی الامة، و الدار، و ما اشـبه (فاذا وقع احد المتنافیین صـحیحا) و هو هذه الامور التی اجراها المالک (فلا بد من امتناع وقوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۳۹۵

الآخر او ابطال صاحبه، او ایقاعه علی غیر وجهه.

و حیث لا سبیل الی الاخیرین تعیّن الاول.

و بالجملة کلما یکون باطلا- علی تقدیر لحوق الاجازة المؤثر من

الآخر) ای المنافی الآخر الّذی هو الاجازة (او ابطال صاحبه) ای تقع الاجازة صحیحة، و تبطل صاحبها الّذی هو عبارة عن الاستیلاد، و الاجـارة، و التزویـج- فی المثـال- (او ایقاعه) ای الصاحب (علی غیر وجهه) مثلا: اذا صـحت اجازة المالک، لاجارة الفضولی من اوّل محرم التسـعین، و آجر المالک أیضا من اوّل محرم التسعین، یلزم وقوع اجارة المالک علی غیر وجهه، بان تصح اجارته من اوّل محرم عام واحد و تسعین.

(و حیث لا سبیل الی الاخیرین) ای ابطال صاحبه، او ایقاعه الی غیر وجهه.

و انما نقول: بانه لا سبيل، اذ: لا وجه لابطال الاجازة المتأخرة العمل الصحيح السابق، بل مقتضى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لزوم العقد الّذى اجراه المالك، قبل ان يجيز عمل الفضول.

كما لا وجه لتحويل الاجازة المتأخرة العقد الّذى اجراه المالك سابقا، عن مجراه الى مجرى آخر، لانه مقتضى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

فحيث لا سبيل إليهما (تعيّن الاول) و هو بطلان الاجازة رأسا.

(و بالجملة كلما يكون باطلا) من تصرفات المالك (- على تقدير لحوق الاجازة) على الفضولى (المؤثر) ذلك اللحوق (من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۶

حين العقد- فوقوعه صحيحا مانع من لحوق الاجازة، لامتناع اجتماع المتنافيين.

نعم: لو انتفع المالك بها قبل الاجازة بالسكنى، و اللبس كان عليه اجرة المثل اذا اجاز، فتأمل.

و منه يعلم انه لا فرق بين وقوع هذه

حين العقـد-) متعلق ب: المؤثر، (فوقوعه) اى ذلـك التصـرف،- و الضـمير يرجع الى: كلما- (صـحيحا مانع من لحوق الاجازة لامتناع اجتماع المتنافيين).

فاذا كان الاستيلاد صحيحا، كانت اجازة بيع الفضولى لها باطلة.

و اذا كانت الاجازة صحيحة، كان الاستيلاد باطلا، اى غير مؤثر اثره فى المنع عن بيع المستولدة.

(نعم: لو) باعها الفضول، و (انتفع المالك بها) اى بتلك العين المبيعة (قبل الاجازة بالسـكنى، و اللبس) و الركوب، و ما اشبه، ثم اجاز المعاملة (كان عليه) اى على المالك (اجرة المثل) للاصيـل (اذا اجاز) لان الاجازة- على الكشف- كشـفت عن سـبق ملك الاصيـل، فيكون تصـرف المالـك موجبـا للضـمان (فتأمـل) حيث انه لا فرق بين سـكنى الـدار و اجارتها فى انها اما منافيان لبيع الفضول، أو لا؟ فالفرق بينهما بكون الاجارة مانعة عن الاجازة، و السكنى غير مانعة، لا وجه له.

(و منه) اى ممـا ذكرنـا من ان كـل عمـل ينـافى الاجـازة، يوجب كون الاجـازة باطلـة (يعلم انه لاـ فرق بين وقوع هـذه) الامور المنافية للاجازة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۷

مع الاطلاع على وقوع العقد، و وقوعها بدونه، لان التنافى بينهما واقعى.

و دعوى: انه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى الاجازة.

(مع الاطلاع) من المالك (على وقوع العقـد، و وقوعها) اى هـذه الامور (بـدونه) اى بدون الاطلاع، فان المالك اذا اسـتولد الامة كان ذلك منافيا للعقد الفضولى الواقع عليها قبلا، سواء علم المالك حين الاستيلاد بوقوع عقد فضولى عليها، أم لا؟ (لان التنافى بينهما) اى بين الاستيلاد و البيع الفضولى- مثلا- (واقعى) فى صورتى العلم و الجهل.

(و دعوى) انه من الممكن القول بعـدم التنافى بين عقـد الفضول، و بين بعض المـذكورات التى اوقعها المالك، مثلا: اذا عقد الفضول يوم الجمعة على بيع الدار، و آجر المالك الدار فى يوم السبت لمدة يوم واحد، ثم اجاز البيع فى يوم الاحد، لم يكن تنافيا بين العقد و بين الاجارة، لان الاجازة انما تكشف عن صـحة العقـد من يوم الاحـد- حتى على الكشف- و الانتقال من يوم الاحد لا ينافى الاجارة فى يوم السبت.

ف (انه: لا دليل على اشتراط قابليـة التأثير) للعقـد الفضولى (من حين العقـد فى الاجازة) متعلق ب: القابليـة، اى قابلية الاجازة لان تؤثر فى عقد الفضول من حين العقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۸

و لذا صحح جماعة- كما تقدم- اجازة المالك الجديد، فيمن باع شيئا ثم ملكه.

مدفوعة:- باجماع اهل الكشف- على كون اجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.

(و لذا) الّذى لا يلزم قابلية التأثير من حين العقد (صحح جماعة) من الفقهاء (- كما تقدم-) الكلام حوله (اجازة المالك الجديد، فيمن باع شيئا ثم ملكه) كما لو باع الولد مال ابيه يوم الجمعة، و مات الأب يوم السبت، فاجاز الولد البائع البيع يوم الاحد، فان الاجازة تنفذ فى صحة العقد الواقع على ملك الأب، مع ان الاجازة لا يمكن ان تكون نافذة من حين العقد، و انما نفوذها من حين الانتقال الى الولد بالارث.

فليكن ما نحن فيه أيضا كذلك، بان تكون الاجازة نافذة من حين الامكان، اى بعد تمام عمل المالك، لا من حين العقد، حتى تقولون بانها منافية لعمل المالك.

(مدفوعة) هذه الدعوى (- باجماع اهل الكشف-) الذين يقولون بان الاجازة كاشفة، و ليست بناقلة (على كون اجازة المالك حين العقد) ظرف للمالك، اى الّذى كان مالكا من حين العقد- فى مقابل من ملك بعد العقد- (مؤثرة من حينه) اى من حين العقد، فالاجماع هو الفارق بين مسئلة: من باع ثم ملك، و بين مسئلة: من كان مالكا ثم عمل عملا ينافى العقد، بان الاجازة فى: من باع ثم ملك،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۳۹۹

نعم لو قلنا: بان الاجازة كاشفة- بالكشف الحقيقى- الراجع الى كون المؤثر التام، هو العقد الملحوق بالاجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر، و بالاجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هى، و تصح الاجازة.

بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشترى من حين العقد

تؤثر من حين الامكان، و فى: من كان مالكا، لا بد و ان تؤثر من حين العقد.

لكن حيث لا يمكن تأثيرها من حين العقد، لعمل المالك عملا منافيا فلا بد ان نقول ببطلان الاجازة و عدم صحة العقد الفضولى اصلا.

(نعم لو قلنا: بان الاجازة كاشفة- بالكشف الحقيقى-) لا الكشف الحكمى (الراجع) هذا القول (الى كون المؤثر التام، هو العقد الملحوق بالاجازة) بان لا مدخلية للاجازة- الاعلى نحو الشرط المتأخر- (كانت التصرفات) من المالك، صحتها (مبنية على الظاهر) حيث لم تأت الاجازة بعد، حتى تكشف عن بطلان تلك التصرفات (و بالاجازة ينكشف عدم مصادفتها) اى مصادفة تلك التصرفات (للملك) للمالك، بل كان الشىء ملكا للمشترى واقعا (فتبطل هى) اى تلك التصرفات، كاجازة المالك للدار، و استيلاده للجارية (و تصح الاجازة) لكن القول بالكشف الحقيقى محل مناقشة.

(بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشترى) اذا تصرف المالك بتلك التصرفات، بعد العقد و قبل الاجازة (من حين العقد) متعلق ب: ملك المشترى اى كون المشترى مالكا من حين العقد الفضولى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۴۰۰

كتعريض المبيع، و البيع الفاسد.

و هذا أيضا على قسمين:

لانه اما ان یقع حال التفات المالک الی وقوع العقد من الفضولی علی ماله.

و اما ان یقع فی حال عدم الالتفات.

اما الاول: فهو ردّ فعلی للعقد.

و الدلیل علی الحاقهٔ

لا تنافیه تلک التصرفات (کتعریض) المالک (المبیع) الی البیع (و) ک (البیع الفاسد) بان یبیعه المالک بیعا فاسدا.

(و هذا) ای التصرف غیر المنافی، من المالک (أیضا علی قسمین) کما ان التصرفات المنافیهٔ کانت منقسمهٔ الی تصرف مقارن لعلم المالک بالعقد الفضولی، و تصرف مقارن لجهل المالک.

(لانه اما ان یقع حال التفات المالک الی وقوع العقد من الفضولی علی ماله) متعلق ب: وقوع.

(و اما ان یقع) التصرف من المالک (فی حال عدم الالتفات).

(اما الاول: فهو ردّ فعلی للعقد) کما لو علم المالک ان الفضولی باع داره بالف، و مع ذلک عرضها المالک للبیع، فانه اذا لم تبع الدار لم یکن للمالک بعد ذلک اجازهٔ عقد الفضول، لان تعریضها للبیع رد لعقد الفضولی.

(و الدلیل علی الحاقهٔ) ای الرد القولی- فی ابطال عقد الفضول-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۱

بالرد القولی- مضافا الی صدق الرد علیه، فیعمّه- ما دل علی ان للمالک الرد، مثل ما وقع فی نکاح العبد، و الامهٔ بغیر اذن مولاه و ما ورد فیمن زوجته أمه، و هو غائب من قوله علیه السلام: ان شاء قبل، و ان شاء ترک الا ان یقال: ان الاطلاق مسوق لبیان: ان له الترک، فلا تعرض فیه لکیفیته ان المانع من صحهٔ الاجازهٔ بعد الرد القولی موجود فی الرد الفعلی، و هو: خروج المجیز بعد الرد عن کونه بمنزلهٔ احد طرفی

(بالرد القولی) کما لو قال المالک رددت (- مضافا الی صدق الرد علیه فیعمه-) ای یشمل الرد الفعلی (ما دل علی ان للمالک الرد، مثل) مثال ل: ما دل (ما وقع فی نکاح العبد، و الامهٔ بغیر اذن مولاه) حیث قال الامام علیه السلام: ذلک الی مولاه، ان شاء فرق بینهما، و ان شاء اجاز نکاحهما (و ما ورد فیمن زوجته أمه، و هو غائب، من قوله علیه السلام: ان شاء قبل، و ان شاء ترک) الی غیرهما من الروایات الواردهٔ بهذا المضمون.

اللهم (الا ان یقال) لا دلالهٔ لهذه، الروایات علی المقصود ل (ان الاطلاق) فیها (مسوق لبیان: ان له) للمولی و الولد (الترک) للنکاح (فلا تعرض فیه) ای فی الاطلاق (لکیفیته) و ان الرد هل یحصل بمجرد التعریض للبیع، و لنکاح جدید- مثلا- او یحتاج الی ردّ لفظی؟ (ان المانع من صحهٔ الاجازهٔ) هذا خبر قوله: و الدلیل (بعد الرد القولی) من المالک للعقد الفضولی (موجود فی الرد الفعلی، و هو) ای المانع (خروج المجیز بعد الرد عن کونه بمنزلهٔ احد طرفی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۲

العقد مضافا الی فحوی الاجماع المدعی علی حصول فسخ ذی الخیار بالفعل، کالوطی، و البیع، و العتق، فان الوجه فی حصول الفسخ هی دلالتها علی قصد فسخ البیع، و الا فتوقفها علی الملک، لا یوجب حصول الفسخ

العقد) فلا یشمله دلیل: الوفاء بالعقد (مضافا) فی الاستدلال علی کون الرد الفعلی موجبا لبطلان العقد الفضولی (الی فحوی الاجماع المدعی علی حصول فسخ ذی الخیار ب) سبب اتیانه ب (الفعل) المنافی للعقد (کالوطی، و البیع، و العتق) فاذا باع المالک جاریته و

جعل الخيار لنفسه ثم وطئ الجارية او باعها او عتقها كان عمله هذا فسخا للعقد السابق، فاذا كان الفعل فسخا للعقد الثابت، كان الفعل ابطالا للعقد الّذى لم يصدق عليه المالك بعد، بطريق اولى.

اذ: فى باب الخيار، العقد ثبت، و هنا العقد لم يثبت بعد (فان الوجه فى حصول الفسخ) بالوطى، و ما اشبه (هى دلالتها على قصد فسخ البيع) فاذا دلت هـذه الافعال على قصـد الفسخ فاوجبت الفسخ، كانت دلالتها فى باب الفضولى اولى (و الا) يكن وجه الفسخ فى هذه الافعال دلالتها على قصد الفسخ، بل كان الوجه شيئا آخر لم يكن وجه، وجيه.

اذ غايـة ما يمكن ان يقال: فى وجه كونها فاسخة ان هذه الافعال تتوقف على ملك الفاعل، للجارية، و التوقف على الملك لا يوجب كونها فسخا (ف) ان (توقفها) اى هذه الافعال (على الملك، لا يوجب حصول الفسخ)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۴۰۳

بها، بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك.

و كيف كان فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا، صلح لرفع اثر العقد المتزلزل، من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى.

و اما الثانى: و هو ما

للعقـد (بهـا) اى بهـذه الافعـال (بـل يوجب بطلانها) اى بطلان هـذه الافعال، بان يكون الوطى حراما، و البيع و العتق غير نافـذين، لانها وردت على غير الملـك (لعـدم حصول الملـك المتوقف على الفسـخ) اذ: انمـا يملـك المالك البائع، الشـىء المبيع، اذا فسـخ العقـد، فالملـك متوقف على الفسخ (قبلها) اى قبل هذه الافعال (حتى تصادف) هذه الافعال (الملك) من الفاعل لها.

(و كيف كان) الامر (فاذا صـلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا) كالوطى من المالك، فيما اذا كان له خيار، فان العقد ثـابت و مـؤثر فعلاـ لملكيـة المشـترى، و مع ذلـك الوطى يرفع هـذا العقـد المؤثر (صـلح) الفعـل (لرفع اثر العقـد المـتزلزل، من حيث الحـدوث) و هو عقـد الفضول الّـذى لم يثبت بعـد (القابـل) ذلـك العقـد (للتـأثير) اذا انضم إليه اجازة المالك (بطريق اولى) فان دفع الثابت اصعب من دفع ما يريد ان يثبت.

(و اما الثانى: و هو ما) اذا اوقع المالك فعلا على الشىء المبيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۷، ص: ۴۰۴

يقع فى حال عـدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالته على إنشاء الرد، و المفروض عدم منافاته أيضا للاجازة اللاحقة، و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بانشاء ضده، مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد، و الالتفات الى وقوع المردود، نظير انكار الطلاق الّذى جعلوه رجوعا، و لو مع عدم الالتفات الى وقوع الطلاق- على

فضولـة مع جهله بالمعاملـة الفضولية، بان (يقع) الفعل (فى حال عدم الالتفات) كما لو وطئ الجارية، و هو لا يعلم ان الفضول قد باعها (فالظاهر عـدم تحقق الفسـخ به) بهذا الفعل (لعدم دلالته) اى الفعل (على إنشاء الرّد، و المفروض عدم منافاته) اى الفعل الصادر بدون التفـات (أيضـا للاجـازة اللاحقـة) فلاـ يكون الفعـل مبطلاـ لا من جهـة كونه إنشاء الرد، و لا من جهـة كونه: منافيا بحيث يبطل العقد الفضولى السـابق (و لاـ يكفى) فى الرد (مجرد رفع اليـد) القهرى (عن الفعل) الّـذى هو عقـد الفضول (بانشاء ضـده) بان يأتى المالك بشـىء هو ضـد العقـد (مع عـدم صـدق عنوان الرد الموقوف) ذلـك العنوان (على القصـد، و الالتفات) من الفاعل المالك (الى وقوع المردود) متعلق ب: الالتفـات (نظير) اى لاـ يكفى إنشاء الضـد هنا، و ان قالوا بالكفايـة فى باب رد الطلاق (انكار الطلاق) كما لو طلق الرجـل زوجته طلاقا رجعيا، ثم قيل له: هل طلقت زوجتك، فقال: لا (الّـذى جعلوه) اى الانكار (رجوعا، و لو مع عـدم الالتفات) حين

الانکار (الی وقوع الطلاق) منه سابقا (- علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۵

ما یقتضیه اطلاق کلامهم-.

نعم: لو ثبت کفایة ذلک فی العقود الجائزة کفی هنا، بطریق اولی کما عرفت-.

لکن لم یثبت ذلک هنا فالمسألة محل اشکال

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۷، ص: ۴۰۵

ما یقتضیه اطلاق کلامهم-) حیث انهم جعلوا: الانکار، رجوعا الی المرأة، سواء کان ملتفتا حین الانکار الی انه طلق سابقا، أم لم یکن ملتفتا؟.

(نعم: لو ثبت کفایة ذلک) الفعل المضاد من غیر التفات (فی العقود الجائزة) کما لو وهب ماله لشخص هبة جائزة، ثم تصرف فیها تصرفا مضادا، کما لو باع المال لآخر، من دون التفات الی انه وهبه سابقا، و قلنا: بان البیع اللاحق یبطل الهبة الجائزة (کفی هنا) فی باب الفضولی اذا تصرف المالک فی المال تصرفا مالکیا ینافی العقد الفضولی، و کان المالک غیر ملتفت الی العقد الفضولی، (بطریق اولی) لان العقد الجائز متزلزل من حیث البقاء، و الفضولی متزلزل من حیث الحدوث، فاذا کان تصرف یوجب فسخ المتزلزل بقاء- مع ان المالک هو الّذی عقد- کان التصرف موجبا لرد الفضولی بطریق اولی الّذی هو متزلزل حدوثا (- کما عرفت-) الاولویة سابقا قبل اسطر.

(لکن لم یثبت ذلک) ای کفایة الفعل فی فسخ العقد الجائز (هنا) فی باب العقود الجائزة (فالمسألة) ای مسئلة الرد للفضولی، بمجرد الفعل المنافی بدون قصد، و التفات (محل اشکال) هل یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۶

بل الاشکال فی کفایة سابقه أیضا.

فان بعض المعاصرین یظهر منهم دعوی الاتفاق علی اعتبار اللفظ فی الفسخ کالاجازة.

و لذا استشکل فی القواعد فی بطلان الوکالة، بایقاع العقد الفاسد علی متعلقها جاهلا بفساده.

و قرره فی الایضاح، و جامع المقاصد علی الاشکال.

و الحاصل: ان المتیقن من الرد

ردا أم لا-؟ (بل الاشکال فی کفایة سابقه) ای کون الفعل مع القصد و الالتفات یکون ردا للفضولی (أیضا) کالاشکال فی الفعل بلا قصد و التفات.

(فان بعض المعاصرین یظهر منهم دعوی الاتفاق علی اعتبار اللفظ فی الفسخ) للفضولی (کالاجازة) التی هی محتاجة الی اللفظ أیضا.

(و لذا) الّذی ذکرنا من الاحتیاج الی اللفظ (استشکل فی القواعد فی بطلان الوکالة، بایقاع العقد الفاسد علی متعلقها) ای متعلق الوکالة فی حالکون العاقد (جاهلا بفساده) ای فساد العقد، کما لو وکل زید عمروا فی بیع داره، ثم باعها زید من بکر بیعا فاسدا- کما لو کان الثمن مثلا مجهولا- فان العلامة اشکل فی کون هذا البیع الفاسد مبطلا للوکالة مع ان البیع فعل ینافی الوکالة.

(و قره) ای القواعد (فی الایضاح، و جامع المقاصد علی الاشکال) بان لم یردا اشکال العلامة.

(و الحاصل: ان المتیقن من الرد) للبیع الفضولی الموجب لزوال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۷

هو الفسخ القولی، و فی حکمه تفویت محل الاجازة بحیث لا یصح وقوعها علی وجه یؤثر من حین العقد.

و اما الرد الفعلی، و هو الفعل المنشأ به مفهوم الرد فقد عرفت نفی البعد عن حصول الفسخ به.

و اما مجرد ایقاع ما ینافی مفهومه، قصد بقاء العقد من غیر تحقق مفهوم الرد، لعدم الالتفات الی وقوع العقد.

فالاکتفاء به مخالف للاصل.

اثر العقد (هو الفسخ القولی) اما الفسخ الفعلی ففیه اشکال (و فی حکمه) ای حکم القولی (تفویت محل الاجازة) ای الشیء الّذی وقع علیه الفضولی (بحیث لا یصح وقوعها) ای الاجازة (علی وجه یؤثر من حین العقد) کما لو استولد المالک الامة.

(و اما الرد الفعلی) الّذی لا- یفوت محل الاجازة، کما لو باع المالک المتاع (و هو الفعل المنشأ به مفهوم الرد، فقد عرفت نفی البعد عن حصول الفسخ به) بان اتی المالک بالفعل قاصدا به رد العقد الّذی اوقعه الفضولی.

(و اما مجرد ایقاع ما ینافی مفهومه) ای مفهوم المنافی ف: مفهومه فاعل ینافی، و مصداق: ما، هو الفعل (قصد بقاء العقد) «قصد» مفعول: ینافی، (من غیر تحقق مفهوم الرد) بذلک الفعل (لعدم الالتفات) من المالک (الی وقوع العقد) من الفضول.

(فالاکتفاء به) ای مجرد ایقاع ما ینافی (مخالف للاصل) لاصالة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۸

و فی حکم ما ذکرنا: الوکالة و الوصایة.

و لکن الاکتفاء فیهما بالرد الفعلی، اوضح.

و اما الفسخ فی العقود الجائزة بالذات، او الخیار، فهو منحصر باللفظ، او الرد الفعلی.

و اما فعل ما لا یجامع صحة العقد، کالوطی، و العتق

بقاء قابلیة العقد للحوق الاجازة به ما لم یخرج بالدلیل، و الدلیل دل علی سقوط القابلیة فی الرد القولی، و الفعلی المنشأ بقصد الرد.

(و فی حکم ما ذکرنا) من العقد الفضولی، و ان الرد القولی و الفعلی المنشأ بقصد الرد یبطلانه (الوکالة و الوصایة) فلو وکل انسانا، او اوصی الی انسان، ثم رد الوکالة و الوصایة باللفظ، او بفعل إنشاء بقصد الرد بطلتا.

(و لکن الاکتفاء فیهما) ای فی الوکالة و الوصایة (بالرد الفعلی، اوضح) لانهما فی ذاتهما الجواز، بخلاف البیع الفضولی فانه فی ذاته اللزوم.

(و اما الفسخ فی العقود الجائزة بالذات) کالهبة غیر اللازمة (او) الجائزة ب (الخیار) کالبیع، و الاجازة بخیار من احد الطرفین (فهو) ای الفسخ (منحصر باللفظ، او الرد الفعلی) کان یبیع لعمرو، ما باعه بیعا خیاریا، لزید، و یکون بیعه الثانی بقصد فسخ البیع الاول.

(و اما فعل) من له الفسخ لجواز او لخیار (ما) ای عملا (لا یجامع) ذلک العمل (صحة العقد) السابق (کالوطی) للامة (و العتق) للعبد،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۰۹

و البیع، فالظاهر: ان الفسخ بها من باب تحقیق القصد قبلها لا لمنافاتها لبقاء العقد، لان مقتضی المنافات بطلانها لا انفساخ العقد عکس ما نحن فیه، و تمام الکلام فی محله.

فانه لا یجامع کون الامهٔ و العبد للغیر، اذ: لا وطی الا فی ملک، و:

لا عتق الا فی ملک (و) کذا (البیع، فالظاهر: ان الفسخ بها) ای بالوطی و العتق، و البیع، لیس لانها فعلا ینافی صحهٔ العقد، بل (من باب تحقق القصد) ای قصد الواطئ و المعتق (قبلها) ای قبل الوطی و العتق و البیع (لا لمنافاتها لبقاء العقد).

و انما قلنا: ان الظاهر (لان مقتضی المنافات) بین العقد السابق و بین الوطی و العتق اللاحق (بطلانها) ای حرمهٔ الوطی و بطلان العتق و البیع (لا انفساخ العقد) السابق علیها، اذ: الوطی و العتق و البیع- بناء علی عدم قصد ذی الخیار، ابطال العقد السابق- وقعت فی ملک الناس، فمقتضی القاعدهٔ: انها تبطل، لا انها تبطل العقد السابق (عکس ما نحن فیه) من العمل المنافی الصادر من المالک فی باب العقد الفضولی، فان مقتضی صدور الوطی و العتق و البیع من المالک- فیما عقد الفضول سابقا علی الامهٔ و العبد و البیع- ابطالها للعقد الفضول، لانها صدرت فی ملکه و نفت العقد.

و الحاصل: ان فی باب الخیار المالکی، لو فعل ذو الخیار منافیا للعقد بطل المنافی، لان المال لیس ملکه، و فی باب الفضولی، لو فعل المالک منافیا لعقد الفضول بطل العقد، لان المال ملکه (و تمام الکلام فی محله)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۱۰

ثم: ان الرد انما یثمر فی عدم صحهٔ الاجازهٔ بعده.

و اما انتزاع المال من المشتری لو اقبضه الفضولی، فلا یتوقف علی الرد، بل یکفی فیه عدم الاجازهٔ.

و الظاهر ان الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالهٔ علی ارادته منه لا مطلق الاخذ، لانه اعم.

و لذا ذکروا: ان الرجوع فی الهبهٔ لا یتحقق به.

فی باب فسخ ذی الخیار فسخا فعلیا مع القصد، او بدون القصد.

(ثم: ان الرد انما یثمر فی عدم صحهٔ الاجازهٔ بعده) ای بعد الرد فلو رد المالک عقد الفضول، ثم اجاز بعد الرد لم تکن اجازته مثمرهٔ، لان العقد لا یکون عقده بعد الرد، عرفا، فلا یشمله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و اما انتزاع المال من المشتری لو اقبضه) ای اقبض المال الی المشتری (الفضولی، فلا یتوقف علی الرد، بل یکفی فیه) ای فی الانتزاع (عدم الاجازهٔ) فلو انتزعه کان له ان یجیز بعد ذلک لان الانتزاع لیس ردا.

(و) لکن (الظاهر) من العرف الّذی هو المیزان فی تطبیق الکلیات علی المصادیق (ان الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالهٔ علی ارادته) ای إرادهٔ المالک الرد (منه) ای من الانتزاع (لا- مطلق الاخذ) و الانتزاع من المشتری، یکون ردا (لانه) ای الاخذ (اعم) من الرد، لامکان ان یکون المالک اخذ المال حتی یعطیه المشتری الثمن، ثم یسلم المال إلیه.

(و لذا ذکروا: ان الرجوع فی الهبهٔ) الجائزهٔ (لا یتحقق به) ای بالاخذ لامکان ان یکون اخذه بقصد الغصب، او ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۱۱

سیصدر القسم الرابع من کتاب البیع عن قریب إن شاء اللّه تعالی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۱۲

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحهٔ

فی شرطیهٔ اذن المولی ان کان العاقد مملوکا ۳

فی ان من شروط المتعاقدین ان یکونا مالکین او مأذونین ۲۲

فی بیع الفضولی و اقسامه ۲۶
فی بیع الفضولی للمالک مع عدم منع سابق من المالک ۳۱
فی الاستدلال بصحهٔ عقد الفضولی ۳۳
فی ادلهٔ المبطلین للعقد الفضولی ۶۸
فی بیع الفضولی للمالک مع سبق المنع من المالک ۸۹
فی بیع الفضولی لنفسه ۹۴
فی عدم الفرق بین بیع الفضولی عقدا او معاطاهٔ ۱۵۰
فی الاجازهٔ و الردّ من المالک ۱۶۱
فی ان کاشفیهٔ الاجازهٔ علی وجوه ثلاثهٔ ۱۸۶
فی بیان الثمرهٔ بین الکشف و النقل ۱۹۰
فی ان الخلاف فی کون الاجازهٔ ناقلهٔ او کاشفهٔ فی حکمها الشرعی ۲۲۷
فی ان الاجازهٔ یلزم ان تکون باللفظ ۲۲۸
فی ان من شروط الاجازهٔ ان لا یسبقها الردّ ۲۳۸
فی ان الاجازهٔ من الاحکام لا من الحقوق ۲۴۱
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۷، ص: ۴۱۳
الموضوع الصفحهٔ فی ان اجازهٔ البیع لیست اجازهٔ للقبض و الاقباض ۲۴۳
فی ان الاجازهٔ لیست بفوری ۲۴۷
فی ان الاجازهٔ هل یعتبر مطابقتها للعقد أم لا؟ ۲۴۸
فی ان صحهٔ الاجازهٔ هل تکون مع الشرط او بدونه ۲۵۰
فی اشتراط ان المجیز یلزم ان یکون جائز التصرف حال الاجازهٔ ۲۵۲
فی انه هل یشترط فی صحهٔ عقد الفضولی وجود مجیز أم لا؟ ۲۵۳
فی عدم اشتراط کون المجیز جائز التصرف حال العقد ۲۶۱
فی ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالک ۲۶۴
فی الاشکالات علی صحهٔ بیع: من باع ثم ملک ۲۶۷
فی بیان المراد بفساد البیع ۳۱۰
فی ما لو باع معتقدا انه غیر جائز التصرف فبان خلافه ۳۳۳
فی الامور المربوطهٔ بالمجاز ۳۵۸
فی ترتب عقود متعددهٔ علی مال المجیز ۳۷۴
فی احکام الرد ۳۹۲
فی التصرفات غیر المنافیهٔ لملک المشتری ۳۹۹
محتویات الکتاب ۴۱۲

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الثامن

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمد للّه رب العالمین و صلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و بعد فهذا هو القسم الرابع من البیع من کتابنا (ایصال الطالب) فی شرح الکتاب المعظم (المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّه الشیخ مرتضی الانصاری قدس سره.

کتبته عسی ان یستفید به المبتدی.

و جعله اللّه ذخرا لیوم فاقتی.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴

[تتمة کتاب البیع]

[تتمة الکلام فی شروط المتعاقدین]

[تتمة مسألة و من شروط المتعاقدین أن یکونا مالکین أو مأذونین من المالک أو الشارع]

القول فی شرائط العوضین،

[مسألة] یشترط فی کل منهما کونه متمولا،

اشارة

تردد بینهما العلامة فی التذکرة) من اصالة الجواز مع کون البیع معرضا لاحتمال الاهانة، فیکره، و من وجده المناط فی القرآن و الحدیث فیحرم

هذا کله فی الاحادیث المقطوع و ردودها عنه صلی الله علیه و آله و سلم (و لا یبعد ان تکون الاحادیث المنسوبة الی النبی صلی الله علیه و آله و سلم من طرق) اخبار (الآحاد حکمها حکم ما علم صدوره منه صلی الله علیه و آله و سلم) اذ دلیل حجیة الآحاد موجب للالحاق شرعا (و ان کان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف، هو اقوال النبی صلی الله علیه و آله و سلم المعلوم صدورها عنه صلی الله علیه و آله و سلم) و الاخبار غیر معلوم الصدور

(و کیف کان، فحکم احادیث الائمة صلوات الله علیهم حکم احادیث النبی "ص) "فی ما ذکر من الحکم لوحدة الملاک.

(القول فی شرائط العوضین، یشترط فی کل منهما کونه متمولا) ای له مالیة عرفیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۱۹

لان البیع لغة مبادلة مال بمال، و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ینتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فی الشرع، لان الاول لیس بمال عرفا کالخنافس و الدیدان، فانه یصح عرفا سلب المصرف لها، و نفی الفائدة عنها و الثانی لیس بمال شرعا، کالخمر و الخنزیر.

ثم قسموا عدم الانتفاع الی ما یستند الی خسة الشیء کالحشوات و الی ما یستند الی قلته کحبة حنطة.

و ذکروا انه لیس مالا- و ان کان یصدق

(لان البیع لغة مبادلة مال بمال) فاذا لم یکن احد العوضین ذا مالیة لم یتحقق البیع (و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ینتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة) تلک المنفعة (فی الشرع، لان الاول) و هو ما لا منفعة فیه یقصدها العقلاء (لیس بمال عرفا، کالخنافس و الدیدان) اما اذا وجدت منفعة لهذه الاشیاء کالحال الحاضر خرجت عن کونه مثالا لما لا منفعة فیه- کما لا یخفی- (فانه یصح عرفا سلب المصرف لها) بان یقال: لا مصرف لهذه الامور (و نفی الفائدة عنها و الثانی) ای قید محللة فی الشرع فی التعریف (لیس بمال شرعا، کالخمر و الخنزیر) و ما لا مالیة له شرعا لم یجوز الشارع بیعه.

(ثم قسموا عدم الانتفاع الی ما یستند الی خسة الشیء کالحشرات و الی ما یستند الی قلته کحبة حنطة) فان ذات الحبة لیست خسیسة، و انما قلتها اوجبت عدم الانتفاع بها.

(و ذکروا انه) ای مثل حبة الحنطة (لیس مالا- و ان کان یصدق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۰

علیه الملک- و لذا یحرم غصبه اجماعا.

و عن التذکرة انه لو تلف لم یضمن اصلا.

و اعترضه غیر واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل.

و الاولی ان یقال: ان ما تحقق انه لیس بمال عرفا فلا اشکال و لا خلاف فی عدم جواز وقوعه احد العوضین، اذ: لا بیع الا فی ملک، و ما لم یتحقق فیه ذلک، فان کان اکل المال فی مقابله اکلا بالباطل عرفا

علیه الملک- و لذا) الّذی یصدق علیه الملک (یحرم غصبه اجماعا).

فبین الملک و المال عموم مطلق، اذ کل مال ملک و لیس کل ملک مال (و عن التذکرة انه لو تلف) مثل حبة الحنطة بید متلف (لم یضمن اصلا) و لعله لانه لیس بمال، و دلیل الضمان منصرف الی الاموال.

(و اعترضه غیر واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل) الی المالک فما معنی عدم الضمان.

(و الاولی ان یقال) لمیزان صحة البیع، و عدم صحة البیع بالنسبة الی شرط المالیة (ان ما تحقق انه لیس بمال عرفا) کالخنفساء- مثلا- (فلا اشکال و لا خلاف فی عدم جواز وقوعه احد العوضین، اذ: لا بیع الا فی ملک) کما فی النص بالإضافة الی انه اکل للمال بالباطل، اذا البائع یأکل مال المشتری بدون ان یکون اعطاه عوضا عن ثمنه (و ما لم یتحقق فیه ذلک) ای لم یتحقق انه لیس بمال، بان جهلنا کونه مالا، أم لا، الضب مثلا الّذی ینتفع به لبعض المنافع الدوائیة لکن نجهل هل انه مال عرفا، أم لا؟ (فان کان اکل المال فی مقابله اکلا بالباطل عرفا) حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۱

فالظاهر فساد المقابلة.

و ما لم یتحقق فیه ذلک فان ثبت دلیل، من: نص او اجماع علی عدم جواز بیعه، فهو و الا فلا یخفی وجوب الرجوع الی عمومات صحة البیع و التجارة و خصوص قوله علیه السلام، فی المروی عن تحف العقول و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح، من جهة من الجهات، فکل ذلک حلال بیعه، الی آخر الروایة، و قد تقدمت فی اوّل الکتاب.

اذا رای العرف ان احدا اشتراه و اعطاه ثمنا بإزائه، قال: ان اکل البائع للمال اکل بالباطل (فالظاهر فساد المقابلة) و المعاملة اذ کما انه

لو عرفنا ان الشیء لیس بمال، نعرف ان الاکل فی مقابله اکل بالباطل، کذلک اذا عرفنا انه اکل بالباطل نعرف ان الشارع لم یمض مثل هذه المعاملة.

(و ما لم یتحقق فیه ذلک) ای کونه اکلا للمال بالباطل عرفا (فان ثبت دلیل، من: نص او اجماع علی عدم جواز بیعه) کبیع العذرة التی لیس اکل المال بإزائها اکلا- بالباطل لکن ورد فی النص ثمن العذرة سحت (فهو) المتبع و لا- یصح بیعه (و الا- فلا یخفی وجوب الرجوع الی عمومات صحة البیع و التجارة) کقوله تعالی: احل الله البیع، و قوله سبحانه:

تجارة عن تراض منکم، و امثالهما (و خصوص قوله علیه السلام، فی المروی عن تحف العقول: و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح، من جهة من الجهات فکل ذلک حلال بیعه، الی آخر الروایة، و قد تقدمت) تمام الروایة (فی اوّل الکتاب) فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۲

ثم انهم احترزوا باعتبار الملکیة فی العوضین من بیع ما یشترک فیه الناس، کالماء، و الکلاء، و السموک، و الوحوش، قبل اصطیادها، بکون هذه کلها غیر مملوکة بالفعل.

و احترزوا به أیضا عن الارض المفتوحة عنوة.

و وجه الاحتراز عنها انها غیر مملوکة لملاکها علی نحو سائر الاملاک بحیث یکون لکل منهم جزء معین من عین الارض، و ان قل، و لذا لا تورث

و اذا تمت الکبری و انضمت إلیه صغری هی ان الشیء الفلانی لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات، کان اللازم صحة البیع.

(ثم انهم احترزوا باعتبار الملکیة فی العوضین من بیع ما یشترک فیه الناس، کالماء، و الکلاء، و السموک، و الوحوش) قبل حیازة الماء و الکلاء، و (قبل اصطیادها) و کذلک طیور الهواء، و اشجار الغابات، و ما اشبه ذلک (بکون هذه کلها غیر مملوکة بالفعل) و لیس احد من البائع و المشتری اولی بها من الآخر، حتی یبیعها للآخر.

(و احترزوا به أیضا) ای باشتراط الملکیة (عن الارض المفتوحة عنوة) التی فتحها المسلمون قهرا و جبرا، لا ان اهالیها الکفار صالحوا المسلمین علیها، او ما اشبه.

(و وجه الاحتراز عنها انها) ای المفتوحة عنوة (غیر مملوکة لملاکها علی نحو سائر الاملاک) و ان کان المسلمون هم مالکون لها (بحیث یکون لکل منهم جزء معین من عین الارض، و ان قل) ذلک الجزء المعین (و لذا لا تورث) الارض المفتوحة عنوة، بل هی قسم خاص من الملک، ثمره ان فوائدها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۳

و لا من قبیل الوقف الخاص علی معینین، لعدم تملکهم للمنفعة مشاعا.

و لا کالوقف علی غیر معینین، کالعلماء، و المؤمنین.

و لا- من قبیل تملک الفقراء للزکاة، و السادة للخمس، بمعنی کونهم مصارف له لعدم تملکهم لمنافعها بالقبض، لان مصرفه منحصر فی مصالح المسلمین، فلا یجوز تقسیمه

للمسلمین بنظر الحاکم الشرعی (و لا) تکون (من قبیل الوقف الخاص علی معیّنین) کالوقف الذری- مثلا-.

و ذلک (لعدم تملکهم) ای المسلمین (للمنفعة) للارض المفتوحة (مشاعا) و لو کانت من قبیل الوقف الخاص فان ثمرها کان یعود علیهم مشاعا

بل قد عرفت: ان الحاکم الشرعی یصرف نفعها إلیهم حسب الصلاح فربما یصیب احدهم، و لا یصیب الآخر او یصیب بعضهم ازید

من بعض (و لا- کالوقف علی غیر معیّنین) و ان کانوا معلومی العنوان (کالعلماء و المؤمنین) و سیأتی وجه هذا، و ما یتلوه فی قوله: لعدم تملکهم،.

(و لا- من قبیل تملک الفقراء للزکاة، و السادة للخمس، بمعنی کونهم) ای السادة و الفقراء (مصارف له) ای لکل من الزکاة و الخمس، و ان لم یجب التوزیع علیهم و التسویة بینهم (لعدم تملکهم) ای المسلمین (لمنافعها) ای منافع الارض المفتوحة عنوة (بالقبض) بخلاف الخمس و الزکاة و الوقف العام فانهم یملکون هذه الامور اذا قبضوها.

و انما قلنا: لعدم تملکهم (لان مصرفه) ای المحل الّذی یصرف فیه نفع الارض المفتوحة عنوة (منحصر فی مصالح المسلمین، فلا یجوز تقسیمه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۲۴

علیهم من دون ملاحظة مصالحهم.

فهذه الملکیة نحو مستقل من الملکیة، قد دل علیه الدلیل.

و معناها: صرف حاصل الملک فی مصالح الملاک.

ثم: ان کون هذه الارض للمسلمین مما ادعی علیه الاجماع، و دل علیه النص، کمرسلة حماد الطویلة، و غیرها و حیث جری فی الکلام ذکر بعض اقسام الارضین، فلا بأس بالاشارة اجمالا الی جمیع

أقسام الارضین و احکامها.

اشارة

فنقول- و من الله الاستعانة-: الارض اما موات، و

علیهم من دون ملاحظة مصالحهم) بخلاف ما اذا کانت المصلحة، التقسیم علیهم، فانه یقسم علیهم.

(فهذه الملکیة) للارض المفتوحة، بالنسبة الی المسلمین علی (نحو مستقل من الملکیة، قد دل علیه الدلیل) ای علی هذا النحو.

(و معناها: صرف حاصل الملک فی مصالح الملاک) و مثله لا یجوز بیعه، اذ لیس کل ملک یجوز بیعه.

(ثم: ان کون هذه الارض للمسلمین مما ادعی علیه الاجماع، و دل علیه النص) فلا یتوهم انها لیست للمسلمین و انما یصرف نمائها فی مصالحهم و ان کان ربما لا تظهر الثمرة بین الامرین (کمرسلة حماد الطویلة و غیرها) مما یأتی بعضها (و حیث جری فی الکلام ذکر بعض اقسام الارضین، فلا بأس بالاشارة اجمالا الی جمیع اقسام الارضین و احکامها)

(فنقول- و من الله الاستعانة-: الارض اما موات) لا عمارة فیها (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۲۵

اما عامرة.

و کل منهما: اما ان تکون کذلک اصلیة، او عرض لها ذلک، فالاقسام أربعة لا خامس لها.

الأول: ما یکون مواتا بالأصالة،

بان لم تکن مسبوقة بعمارة و لا اشکال و لا خلاف منافی کونها للامام علیه السلام، و الاجماع علیه محکی عن الخلاف، و الغنیة، و جامع المقاصد، و المسالک، و ظاهر جماعة اخری و النصوص بذلک مستفیضة، بل قیل انها متواترة، و هی من الانفال.

نعم: ابیح التصرف فیها بالاحیاء.

اما عامرة) و المراد بالعامرة ما کانت مشغولة بزرع، او بناء، او نهر، او ما اشبه.

(و کل منهما: اما ان تکون کذلک) مواتا او عامرة (اصلیة، او عرض لها ذلک، فالاقسام أربعة) فقط (لا خامس لها).

(الاول:) من اقسام الارضین (ما یکون مواتا بالاصالة بان لم تکن مسبوقة بعمارة و لا اشکال و لا خلاف منافی کونها للامام علیه السلام، و الاجماع علیه محکی عن الخلاف، و الغنیة، و جامع المقاصد، و المسالک و ظاهر جماعة اخری، و النصوص بذلک مستفیضة، بل قیل انها متواترة) و لا یبعد ذلک لکثرة النصوص الواردة فی هذا الباب جدا (و هی من الانفال) ای التی اعطاها اللّه لرسوله و للائمة نافلة زیادة علی ما اعطی علی قرنائهم المذکورین فی آیة الخمس.

(نعم: ابیح) من قبل الائمة علیهم السلام (التصرف فیها بالاحیاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۶

بلا عوض.

و علیه یحمل ما فی النبوی موتان الارض للّه و رسوله صلی الله علیه و آله و سلم، ثم هی لکم منی ایها المسلمون، و نحوه الآخر عادی الارض للّه و لرسوله، ثم هی لکم منّی.

و ربما یکون فی بعض الاخبار وجوب اداء خراجه الی الامام "ص "کما فی صحیحة الکابلی، قال وجدنا فی کتاب علی ان الارض للّه یورثه من یشاء

بلا عوض) للشیعة کما نص بذلک فی الاحادیث، اما غیر الشیعة ففیه کلام

(و علیه) ای علی انه ابیح لا علی الملکیة (یحمل ما فی النبوی) حیث قال صلی الله علیه و آله و سلم (موتان) علی وزن حیوان (الارض لله و رسوله صلی الله علیه و آله و سلم، ثم هی لکم منی ایها المسلمون، و نحوه) النبوی (الآخر عادی الارض لله و لرسوله، ثم هی لکم منی)

و لفظة: عادی، اما نسبة الی عاد بمعنی قدیم الارض- التی لا عمارة لها- تشبیه للارض فی القدم بقوم عاد الذین کانوا فی قدیم الزمان

و اما بمعنی ما عدا علیها الزمان بالامامة مجازا فیکون من قبیل عیشة راضیة.

(و ربما یکون فی بعض الاخبار وجوب اداء خراجه) ای اجرتها (الی الامام "ص) "و هذا لا ینافی النبوی، لان المبیح اذا اراد رد الشیء المباح، جاز له ذلک (کما فی صحیحة الکابلی، قال) علیه السلام (وجدنا فی کتاب علی) علیه السلام (ان الارض للّه یورثها من یشاء) بان یمیت قوما، و یسکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۲۷

و العاقبة للمتقین قال انا و اهل بیتی الذین اورثنا الله الارض، و نحن المتقون، و الارض کلها لنا، فمن احیی من الارض من المسلمین فلیعمرها و لیؤد خراجها الی الامام من اهل بیتی و له ما اکل منها، الخبر و مصححة عمر بن یزید، انه سئل رجل أبا عبد الله علیه السلام، عن رجل اخذ ارضا مواتا ترکها اهلها، فعمرها و اجری انهارها، و بنی فیها بیوتا، و غرس فیها نخلا، و شجرا، فقال ابو عبد الله علیه السلام: کان امیر المؤمنین علیه السلام یقول: من احیی ارضا من المؤمنین فهی له، و علیه طسقها یؤتی به الی الامام "ع "فی حال الهدنة.

الارض قوما آخر (و العاقبة للمتقین) فلیس الوارث، او الموروث له العاقبة الحسنی، و انما العاقبة الحسنی لمن کان ذا تقوی (قال) ای علی علیه السلام (انا و اهل بیتی الذین اورثنا الله الارض، و نحن المتقون، و الارض کلها لنا، فمن احیی من الارض) ای شیئا منها (من المسلمین، فلیعمرها) ای من اراد الاحیاء فلا بأس بان یعمرها (و لیؤد خراجها الی الامام من اهل بیتی، و له ما اکل منها) ای لا بأس بان یأکل منها اذا ادی خراجها الی الامام الی آخر (الخبر، و مصححة عمر بن یزید، انه سئل رجل أبا عبد الله علیه السلام، عن رجل اخذ ارضا مواتا ترکها اهلها فعمرها و اجری انهارها، و بنی فیها بیوتا، و غرس فیها نخلا، و شجرا، فقال ابو عبد الله علیه السلام: کان امیر المؤمنین علیه السلام یقول: من احیی ارضا من المؤمنین فهی له، و علیه طسقها) ای خراجها (یؤتی به الی الامام "ع "فی حال الهدنة) ای حال عدم قیام الامام بالحکومة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۲۸

فاذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی ان یؤخذ منه، الخبر.

و یمکن حملها علی بیان الاستحقاق و وجوب ایصال الطسق اذا طلب الامام "ع "لکن الائمة علیهم السلام بعد امیر المؤمنین علیه السلام حللوا شیعتهم و اسقطوا ذلک عنهم، کما یدل علیه قوله علیه السلام: ما کان لنا فهو لشیعتنا، و قوله علیه السلام فی روایة مسمع بن عبد الملک:

کلما کان فی ایدی شیعتنا من الارض فهم فیه محللون، یحل لهم ذلک الی ان یقوم قائمنا، فیجبیهم

الاسلامیة الظاهریة (فاذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی ان یؤخذ منه الخبر) لان الامام اذا قام بالامر داعی مصالح المسلمین، و شئون الحکومة فلا یترک الارض هملا بید کل مستولی علیها، بل یعمل حسب شئون الحکومة

(و یمکن حملها) ای الاخبار الدالة علی وجوب اعطاء الخراج (علی بیان الاستحقاق) ای ان الامام مستحق للطسق (و وجوب ایصال الطسق اذا طلب الامام "ع "لکن الائمة علیهم السلام بعد امیر المؤمنین علیه السلام حللوا شیعتهم و اسقطوا ذلک عنهم) و علی هذا فالمراد بحال الهدنة حال عدم ظهور الامام المهدی الّذی لم یکلف الامام علیه السلام قبل ذلک بتصفیة الارض کلیا، لیکون دین الاسلام وحده السائد فی کل الارض (کما یدل علیه) ای علی ان الائمة علیهم السلام اسقطوا ذلک عن الشیعة (قوله علیه السلام: ما کان لنا فهو لشیعتنا، و قوله علیه السلام فی روایة مسمع بن عبد الملک: کلما فی ایدی شیعتنا من الارض فهم فیه) ای فیما بایدیهم (محللون، یحل لهم ذلک الی ان یقوم قائمنا، فیجبیهم) من الجبایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۲۹

طسق ما کان فی ایدیهم، و یترک الارض فی ایدیهم، و اما ما کان فی ایدی سواهم فان کسبهم فی الارض حرام علیهم، حتی یقوم قائمنا، و یأخذ الارض من ایدیهم، و یخرجهم عنها صغرة.

نعم: ذکر فی التذکرة انه لو تصرف فی الموات احد بغیر اذن الامام کان علیه طسقها.

بمعنی جمع الاموال (طسق ما کان فی ایدیهم، و یترک الارض فی ایدیهم، و اما ما کان فی ایدی سواهم) ای سوی الشیعة (فان کسبهم فی الارض حرام علیهم، حتی یقوم قائمنا، و یأخذ الارض من ایدیهم، و یخرجهم عنها صغرة) ای و هم اذلاء الی آخر الخبر.

و لا یخفی ان هذا فی اوّل نهضة القائم علیه السلام، و الا فالدین الحق یسود البلاد کلیا، بحیث لا یبقی فی الارض من لا یوالی الامام "ع "اطلاقا.

کما ان تعاملنا معهم فی حال الغیبة بوارد الارض لا بأس به و ان کان لهم حراما.

اما من جهة التحلیل لنا و اما من جهة: الزموهم بما التزموا به، فانه شامل لما علیهم و لما لهم کما لا یخفی.

و ان کان الظاهر الابتدائی ان هذه الکلیة بالنسبة الی ما علیهم لا ما لهم.

(نعم: ذکر فی التذکرة انه لو تصرف فی الموات احد بغیر اذن الامام کان علیه طسقها) و هذا بظاهره ینافی اخبار التحلیل التی تقدم بعضها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۳۰

و یحتمل حمل هذه الاخبار المذکورة علی حال الحضور.

و الا فالظاهر عدم الخلاف فی عدم وجوب مال الامام فی الاراضی فی حال الغیبة، بل الاخبار متفقة علی انها لمن احیاها.

و سیأتی حکایة اجماع المسلمین علی صیرورتها ملکا بالاحیاء.

الثانی: ما کانت عامرة بالاصالة ای لا من معمر.

و الظاهر انه أیضا للامام علیه السلام، و کونها من الانفال، و هو ظاهر اطلاق قولهم: و کل ارض لم یجر علیها ملک مسلم، فهو للامام "ع"

(و یحتمل حمل هذه الاخبار المذکورة) ای ما دل علی وجوب اعطاء الطسق (علی حال الحضور) للامام علیه السلام، لا حتی حال الغیبة.

(و الا فالظاهر عدم الخلاف فی عدم وجوب مال الامام فی الاراضی فی حال الغیبة، بل الاخبار متفقة علی انها لمن احیاها) مما یلزم حمل اخبار الطسق علی حال الحضور، او ما اشبه من سائر المحامل، حتی لا تنافی اخبار انها لمن احیاها.

(و سیأتی حکایة اجماع المسلمین علی صیرورتها) ای اراضی الموات (ملکا بالاحیاء) لمن احیاها.

(الثانی:) من اقسام الارضین (ما کانت عامرة بالاصالة ای لا من معمر) کالمزارع الطبیعیة و اطراف الانهار، و ما اشبه.

(و الظاهر انه أیضا) کالموات (للامام علیه السلام، و کونها من الانفال) کما ذکروا ذلک مفصلا فی کتاب الخمس (و هو ظاهر اطلاق قولهم:

و کل ارض لم یجر علیها ملک مسلم، فهو للامام "ع") "اذ اطلاقه شامل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۳۱

و عن التذکرة الاجماع علیه، و فی غیرها نفی الخلاف عنه لموثقة ابان بن عثمان عن اسحاق بن عمار، المحکی عن تفسیر علی بن ابراهیم عن الصادق علیه السلام: حیث عد من الانفال کل ارض لا رب لها و نحوها المحکی عن تفسیر العیاشی عن ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام.

و لا- یخصص عموم ذلک بخصوص بعض الاخبار، حیث جعل فیها من الانفال کل ارض میتة لا رب لها، بناء علی ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز،

للعامرة بالاصل کشموله للموات.

(و عن التذکرة الاجماع علیه، و فی غیرها) ای غیر التذکرة (نفی الخلاف عنه لموثقة ابان بن عثمان عن اسحاق بن عمار، المحکی عن تفسیر علی بن ابراهیم، عن الصادق علیه السلام: حیث عد من الانفال) التی هی للامام علیه السلام (کل ارض لا- رب) ای لا مالک (لها) و من المعلوم شمول اطلاق الروایة للاراضی العامرة (و نحوها المحکی عن تفسیر العیاشی عن ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام)

(و) لا يقال: ان اطلاق هذه الاخبار يخصص بما دل على ان الارض الميتة للامام.

لانا نقول: (لا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار، حيث جعل فيها) اى فى تلك البعض (من الانفال كل ارض ميتة لا رب لها)

وجه التخصيص (بناء على ثبوت المفهوم للوصف) اى قوله: ميتة، (المسوق) ذلك الوصف (للاحتراز) فالمعنى ان الارض اذا لم تكن ميتة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٣٢

لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لان الغالب فى الارض التى لا مالك لها، كونها مواتا.

و هل يملك هذه بالحيازة وجهان، من: كونه مال الامام "ع."

و من: عدم منافاته للتملك بالحيازة، كما يملك الاموات بالاحياء مع كونه مال الامام فدخل فى عموم النبوى: من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو احق به

فليست من الانفال و بهذا المفهوم يخصص عموم خبر: ابان، و العياشى

و انما قلنا لا يخصص (لان الظاهر) من النص و الفتوى (ورود الوصف) بكونها ميتة (مورد الغالب، لان الغالب فى الارض التى لا مالك لها، كونها مواتا) فمثل هذا الوصف لا مفهوم له بالإضافة الى ما ذكروا فى الاصول:

من انه لا مفهوم اطلاقا.

(و هل يملك هذه) الارض العامرة بالاصل (بالحيازة) كما يملك الموات بالاحياء، أم لا؟ (وجهان، من: كونه مال الامام "ع)" فللانسان التصرف فيها فقط، لتحليلهم، لا انه يملكها فاذا ذهب عنها صارت ملكا لانسان آخر يتصرف فيها.

(و من: عدم منافاته للتملك بالحيازة، كما يملك الاموات بالاحياء) فالملك طولى، كما ان ملك الله، و ملك الرسول طولى أيضا، فالمتصرف يملكها (مع كونه مال الامام) طولا (فدخل فى عموم النبوى: من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو احق به) و ظاهر الاحقية الملك لان الحق تعبير عرفى شامل لا قوى الحقوق الّذى هو الملك الى اضعفها كحق الانسان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٣٣

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت

و هو ملك للمحيي فيصير ملكا له بالشروط المذكورة فى باب الاحياء، باجماع الامة، كما عن المهذب و باجماع المسلمين، كما عن التنقيح، و عليه عامة فقهاء الامصار، كما عن التذكرة لكن ببالى من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة، فلا بد من الملاحظة.

فى المسجد و المدرسة.

(الثالث) من اقسام الارضين (ما عرض له الحياة بعد الموت) كما لو عمر انسان مواتا (و هو ملك للمحيى فيصير ملكا له بالشروط المذكورة فى باب الاحياء) اى كتاب احياء الموات.

و هى أولا: ان لا يكون عليها يد مسلم.

و ثانيا: ان لا يكون حريما لعامر.

و ثالثا: ان لا يكون مشعرا للعبادة كعرفات و منى.

و رابعا: ان لا یکون مما اقطعه الامام لاحد.

و خامسا: ان لا یسبق إلیه سابق بالتحجیر (باجماع الامة، کما عن المهذب، و باجماع المسلمین، کما عن التنقیح، و علیه عامة فقهاء الامصار، کما عن التذکرة، لکن بالی من المبسوط کلام یشعر بانه یملک التصرف لا نفس الرقبة، فلا بد من الملاحظة) قال فی محکی المبسوط:

اذا حجر ارضا لم یصح بیعها، و من الناس من قال: یصح، و هو شاذ عندنا، فلا یصح بیعه لانه لا یملک رقبة الارض بالاحیاء.

و انما یملک التصرف بشرط ان یؤدی الی الامام ما یلزم علیها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۴

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة،

فان کانت العمارة اصلیة فهی مال الامام "ع "و ان کانت العمارة من معمّر، ففی بقائها علی ملک معمرها، او خروجها عنه و صیرورتها ملکا لمن عمرها ثانیا، خلاف معروف فی کتاب احیاء الموات، منشأه اختلاف الاخبار.

و عند المخالف لا یجوز لانه لا یملک بالتحجیر، مثل الاحیاء فکیف یبیع ما لا یملک، انتهی.

(الرابع) من اقسام الارضین (ما عرض له الموت بعد العمارة فان کانت العمارة اصلیة) کما لو جفت اشجار الغابة و تحولت الی ارض موات (فهی مال الامام "ع) "لانها فی حالیها حال الحیاة و حال الموت للامام (و ان کانت العمارة من معمّر، ففی بقائها علی ملک معمّرها، او خروجها عنه) بالموت (و صیرورتها ملکا لمن عمّرها ثانیا، خلاف معروف فی کتاب احیاء الموات، منشأه) ای منشأ اختلاف الاقوال (اختلاف الاخبار)

فبعض الاخبار دل علی بقائها فی ملک المعمّر الاول، کروایة سلیمان بن خالد، قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام: عن الرجل یأتی الارض فیستخرجها و یجری انهارها و یعمّرها و یزرعها، ما ذا علیه؟ قال:

الصدقة، قلت: فان کان یعرف صاحبها، قال علیه السلام: فیؤدّ إلیه حقه.

و بعض الاخبار: دل علی انها ملک للمعمّر الثانی، کصحیحة الکابلی، و فیها: فان ترکها و اخربها، فاخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها و احیاها، فهو احق بها من الّذی ترکها، فلیؤدّ خراجها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۵

[رجوع إلی القسم الثالث]

اشارة

ثم القسم الثالث: اما ان تکون العمارة فیه من المسلمین، او من الکفار فان کان من المسلمین فملکهم لا- یزول الا بناقل، او بطر و الخراب علی احد القولین.

و ان کان من الکفار، فکذلک ان کان فی دار الاسلام، و قلنا:

بعدم اعتبار الاسلام و ان اعتبرنا الاسلام کان باقیا علی ملک الامام "ع "و ان کان فی دار الکفر، فملکها یزول بما یزول به

الی الامام من اهل بیتی، و له ما اکل منها حتی یظهر القائم علیه السلام الی غیرهما من الاخبار.

(ثم القسم الثالث) و هو ما عرض له الحیاة بعد الموت (اما ان تکون العمارة فیه من المسلمین، او من الکفار فان کان من المسلمین فملکهم) للارض (لا یزول الا بناقل) کالبیع و الهبة و الارث و نحوها (او بطرو الخراب، علی احد القولین) السابقین القائل بان طرو الخراب یوجب زوال الملک.

و القول الآخر هو بقائه علی ملک السابق.

(و ان کان) العمارة (من الکفار، فکذلک) ای کما لو کانت العمارة للمسلمین (ان کان) تلک الارض (فی دار الاسلام، و قلنا: بعدم اعتبار الاسلام) فی المحیی- کما هو احد القولین- و ان کل من احیی ارضا فهی له سواء کان المحیی مسلما او کافرا (و ان اعتبرنا الاسلام) فی المحیی (کان) الارض (باقیا علی ملک الامام "ع "و ان کان) الارض المحیاة (فی دار الکفر، فملکها) ای ملک الکافر لتلک الارض (یزول بما یزول به

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۶

ملک المسلم، و بالاغتنام کسائر اموالهم، ثم ما ملکه الکافر من الارض، اما ان یسلم علیه طوعا، فیبقی علی ملکه کسائر املاکه، و اما ان لا یسلم علیه طوعا، فان بقی یده علیه کافرا، فهی أیضا کسائر املاکه تحت یده، و ان ارتفعت یده عنها، فاما ان یکون بانجلاء المالک عنها و تخلیتها للمسلمین او بموت اهلها و عدم الوارث فیصیر ملکا للامام علیه السلام، و یکون من الانفال التی لم یوجف علیها بخیل و لا رکاب،

ملک المسلم) من خراب- علی احد القولین- او نقل و انتقال (و بالاغتنام) أیضا (کسائر اموالهم) اذا غنمها المسلمون بشروط المحاربة و الجهاد (ثم ما ملکه الکافر من الارض، اما ان یسلم علیه طوعا، فیبقی علی ملکه کسائر املاکه، و اما ان لا یسلم علیه طوعا، فان بقی یده علیه) ای علی تلک الارض- و لا یخفی ان تذکیر الضمیر العائد الی الارض باعتبار من التأویل، کتقدیر المکان، او عائد الی الموصول کلفظة: ما، الّذی مصداقه الارض او ما اشبه- (کافرا) حال عن ضمیر: یده، (فهی أیضا کسائر املاکه تحت یده) فی انها ملک له، اذ الکافر یملک ما تحت یده (و ان ارتفعت یده) ای ید الکافر (عنها، فاما ان یکون بانجلاء المالک عنها) بان ترکها و اعرض عنها و ذهب الی مکان آخر (و تخلیتها للمسلمین) و حینئذ تخرج الارض عن ملکه، لان الاعراض من اسباب سقوط الملک (او بموت اهلها و عدم الوارث ف) فی کلتا الحالتین (یصیر) تلک الارض (ملکا للامام علیه السلام، و یکون من الانفال التی لم یوجف علیها بخیل و لا رکاب) الایجاف الاسراع، و الخیل الفرس، و الرکاب الابل، کنایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۷

[الأراضی المفتوحة عنوة]

و ان رفعت یده عنها قهرا و عنوة فهی کسائر ما لا ینقل من الغنیمة، کالنخل و الاشجار و البنیان للمسلمین کافة اجماعا، علی ما حکاه غیر واحد، کالخلاف و التذکرة و غیرهما، و النصوص به مستفیضة، ففی روایة ابی بردة المسئول فیها عن بیع ارض الخراج، قال علیه السلام: من یبیعها؟ هی ارض المسلمین، قلت: یبیعها الّذی فی یده، قال یصنع بخراج المسلمین ما ذا؟

ثم قال لا بأس ان یشتری حقه منها، و یحول حق المسلمین علیه.

عن عدم القهر و الغلبة و الحرب فی اخذ الارض (و ان رفعت یده عنها قهرا) بالمحاربة و ما اشبه (و عنوة) عبارة اخری عن قهر (فهی کسائر ما لا ینقل) ای غیر المنقول (من الغنیمة، کالنخل و الاشجار و البنیان للمسلمین کافة) ای جمیعا (اجماعا، علی ما حکاه) ای الاجماع (غیر واحد کالخلاف و التذکرة و غیرهما، و النصوص به مستفیضة، ففی روایة ابی بردة المسئول فیها عن بیع ارض الخراج،

قال علیه السلام: من یبیعها؟) علی نحو الاستفهام الانکاری (هی ارض المسلمین، قلت: یبیعها الّذی فی یده قال) علیه السلام (یصنع بخراج المسلمین ما ذا؟) ای ان الارض ان کانت له فالخراج لیس له، فاذا باعها فوّت الخراج علی المسلمین، فما هو مصیر الخراج؟ و هذا وجه لعدم جواز البیع.

(ثم قال) علیه السلام: (لا بأس) بالبیع (ان یشتری حقه منها) ای من الارض، فان المعمّر له حق فی العمارة (و یحول حق المسلمین) ای الخراج (علیه) ای علی المشتری، فانه انما یبیع ماله، إماما للمسلمین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۸

و لعله یکون اقوی علیها و املی بخراجهم منه.

و فی مرسلة حماد الطویلة: لیس لمن قاتل شیء من الارضین، و ما غلبوا علیه، الا ما حوی العسکر، الی ان قال و الارض التی اخذت بخیل و رکاب، فهی موقوفة متروکة فی ید من یعمرها، و یحییها و یقوم علی ما صالحهم الوالی علی قدر طاقتهم من الخراج النصف او الثلث او الثلثین علی قدر ما یکون لهم صالحا، و لا یضربهم، فاذا اخرج

فیتحول من ید الی ید.

(و لعله) ای المنتقل إلیه (یکون اقوی علیها) ای علی الارض و اعطاء الخراج اقوی من الاول المنتقل عنه (و املی) ای اکثر إملاء و اخراجا (بخراجهم) ای خراج المسلمین (منه) ای من الاول المنتقل عنه.

(و فی مرسلة حماد الطویلة: لیس لمن قاتل) الکفار (شیء من الارضین، و ما غلبوا علیه) من اموال الکفّار (الا ما حوی العسکر) من المنقول، اما غیر المنقول کالارض و البنیان و الشجر، فللمسلمین جمیعا (الی ان قال) علیه السلام (و الارض التی اخذت بخیل و رکاب، فهی موقوفة) ای محفوظة (متروکة فی ید من یعمرها، و یحییها و یقوم علی ما صالحهم الوالی) ای بمقابل الخراج الّذی یأخذه الوالی منهم (علی قدر طاقتهم من الخراج النصف) من الغلة (او الثلث او الثلثین علی قدر ما یکون لهم صالحا، و لا یضر بهم) مع مراعاة الوالی لمصلحة المسلمین أیضا، اذ الارض لهم، فاللازم مراعاة الجانبین (فاذا اخرج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۳۹

منها ما اخرج، بدأ، فاخرج منه العشر من الجمیع، مما سقط السماء، او سقی سیحا، و نصف العشر مما سقی بالدوالی، و النواضح الی ان قال فیؤخذ ما بقی بعد العشر، فیقسم بین الوالی و بین شرکائه الذین هم عمال الارض، و اکرتها، فیدفع علیهم انصبائهم علی قدر ما صالحهم علیه، و یأخذ الباقی، فیکون ذلک ارزاق اعوانه علی دین الله و فی مصلحة ما ینوبه من: تقویة الاسلام، و تقویة الدین

منها ما اخرج، بدأ، فاخرج منه العشر من الجمیع، مما سقط السماء، او سقی سیحا و نصف العشر مما سقی بالدوالی، و النواضح، الی ان قال) علیه السلام: (فیؤخذ ما بقی بعد العشر) ای الزکاة.

و المراد: ان المالک اذا اخذ حصته اخرج الزکاة مما لیس بحصته و بعد اخراج الزکاة یقسم ما لیس بحصته بین الوالی و بین العمال و الوالی حینما یأخذ حصة نفسه یصرفها فی الموارد المقررة فی الشریعة، مثلا: کان الحاصل عشرین کرا فعشرة اکرار للمالک، و العشرة الباقیة یدفع عشرها زکاة، و خمسة للعمال، و أربعة للوالی، فتأمل (فیقسم) الباقی الزائد من حصة المالک و من الزکاة (بین الوالی و بین شرکائه الذین هم عمال الارض، و اکرتها) عطف بیان لعمّال (فیدفع) المالک (علیهم انصبائهم) جمع نصیب (علی قدر ما صالحهم علیه، و یأخذ) الوالی (الباقی) بعد حصة المالک، و الزکاة، و حصة الاکرة (فیکون ذلک ارزاق اعوانه علی دین الله) ای الذین یعینونه لاقامة الدین (و فی مصلحة ما ینوبه) ای ینوب دین الله (من: تقویة الاسلام، و تقویة الدین)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۰

فی وجوه الجهاد، و غیر ذلک مما فیه مصلحة العامة لیس لنفسه من ذلک قلیل و لا کثیر، الخبر.

و فی صحیحة الحلبی، قال سئل ابو عبد الله علیه السلام عن السواد ما منزلته قال هو لجمیع المسلمین، لمن هو الیوم و لمن دخل فی الاسلام بعد الیوم، و لمن لم یخلق بعد، فقلنا: أ نشتریه من الدهاقین؟ قال لا یصلح الا ان تشتریها منهم علی ان تصیرها للمسلمین،

عطف بیان (فی وجوه الجهاد، و غیر ذلک) کبناء القناطر و المدارس و المساجد و الربط، و ما اشبه (مما فیه مصلحة العامة) ای عامة الناس و غالبهم (لیس لنفسه من ذلک) المال المأخوذ خراجا (قلیل و لا کثیر) الی آخر (الخبر).

فان هذا الخبر کالاخبار السابقة و اللاحقة، ظاهرة فی کون الارض تعود الی جمیع المسلمین، و لذا یکون ریعها و واردها لهم جمیعا.

(و فی صحیحة الحلبی، قال سئل ابو عبد الله علیه السلام عن السواد) ای ارض العراق، و کانت تسمی سواد الکثرة الزرع فیها، فان الزرع الاخضر یمیل الی السواد- کما لا یخفی- (ما منزلته) ای لمن یکون (قال) علیه السلام (هو لجمیع المسلمین، لمن هو الیوم) مسلم (و لمن دخل فی الاسلام بعد الیوم، و لمن لم یخلق بعد) من اولاد المسلمین او ممن سیسلم (فقلنا: أ نشتریه من الدهاقین) جمع دهقان معرب دهبان ای حافظ القریة- (قال) علیه السلام (لا یصلح الا ان تشتریها منهم علی ان تصیرها للمسلمین) ای یکون الاشتراء ذریعة لرفع ید الدهقان،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۴۱

فان شاء ولی الامر ان یأخذها، اخذها قلت: فان اخذها منه قال یرد علیه رأس ماله و له ما اکل من غلتها بما عمل.

و روایة ابن شریح، سألت أبا عبد الله علیه السلام عن شراء الارض من ارض الخراج، فکرهه قال: انما ارض الخراج للمسلمین، فقالوا له فانه یشتریها الرجل و علیه خراجها فقال لا بأس الا ان یستحیی من عیب ذلک

و ارجاع الارض الی حالتها الشرعیة التی هی ملک لکل المسلمین (فان شاء ولی الامر) الحاکم الاسلامی (ان یأخذها) ای الارض ممن اشتراها (اخذها) ممن اشتراها من الدهقان (قلت: فان اخذها) ولی الامر (منه) فما ذا یکون مصیر ثمنها الّذی اعطاه للدهقان؟ (قال) علیه السلام (یرد) الوالی (علیه) ای علی المشتری (رأس ماله) الّذی اشتری الارض بذلک المال (و له) ای للمشتری (ما اکل من غلتها ب) مقابل (ما عمل) فی الارض من الاصلاح، او بمقابل عمله الّذی هو: اشترائه من الدهقان، و ارجاعه الی ملک المسلمین.

(و روایة ابن شریح، سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شراء الارض من ارض الخراج، فکرهه) المراد به التحریم لان الکراهة لغة تستعمل فی المکروه و المحرم (قال: انما ارض الخراج للمسلمین، فقالوا له فانه یشتریها الرجل) ای حق الاختصاص (و علیه خراجها) للمسلمین (فقال) علیه السلام (لا بأس) بهذا الاشتراء (الا ان یستحیی من عیب ذلک) بان یعاب و یقال له کیف اشتریت ارض المسلمین؟ فلا یشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۴۲

و روایة اسماعیل بن فضل الهاشمی، ففیها و سألته عن رجل اشتری ارضا من ارض الخراج، فبنی بها او لم بین، غیر ان اناسا من اهل الذمة نزلوها هل له ان یأخذ منهم اجرة البیوت اذا ادوّا جزیة رءوسهم قال یشارطهم فما اخذ بعد الشرط، فهو حلال.

و فی خبر ابی الربیع، لا تشتر من ارض السواد شیئا، الا من کانت له ذمة،

(و روایة اسماعیل بن فضل الهاشمی، ففیها و سألته عن رجل اشتری ارضا من ارض الخراج، فبنی بها) عمارة (او لم یبن، غیر ان اناسا من اهل الذمة نزلوها) هل (له ان یأخذ منهم اجرة البیوت اذا ادوّا) الی الحاکم الاسلامی (جزیة رءوسهم) هذا الشرط لبیان انهم ذمیون و انهم یؤدون الی الحاکم الاسلامی ما علیهم من الجزئیة فلهم لهذا الشخص ان یأخذ منهم بالإضافة الی الجزیة اجرة علی الارض

(قال) علیه السلام:

(یشارطهم) شرطا علی ما یأخذ منهم، اذ اخذ اجرة غیر محددة لا تصح (فما اخذ بعد الشرط، فهو حلال) اخذها.

و الظاهر انه لو اراد ان یأخذ بدون الشرط لم یکن له الا اجرة المثل (و فی خبر ابی الربیع، لا تشتر من ارض السواد شیئا، الا من کانت له ذمة) قرء: لا ـ تشتر، بالخطاب و علیه فقوله: الا ـ من باب الالتفات و قرء: لا یشتری، و المراد بالذمة العهد و الکفالة، اما بکونهم مسلمین، او اهل ذمة من الکفار، فانهم هم الذین یشترون الارض بمعنی اشتراء حق الاختصاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۳

فانما هی فیء للمسلمین، الی غیر ذلک.

و ظاهرها کما تری، عدم جواز بیعها حتی تبعا للآثار المملوکة فیها علی ان تکون جزءا من المبیع، فیدخل فی ملک المشتری، نعم تکون للمشتری علی وجه کان للبائع، اعنی مجرد الاولویة، و عدم جواز مزاحمته اذا کان التصرف و احداث تلک الآثار باذن الامام، او باجازته و لو لعموم الشیعة،

اما الکافر الحربی، فلا.

و یمکن ان یکون المراد باهل الذمة الذین یدفعون الخراج فی مقابل الاشتراء بدون اعطاء الخراج، ثم علل علیه السلام قوله: لا تشتر، بقوله (فانما هی فیء للمسلمین) و فائدة عائدة إلیهم، فکیف یمکن ان تباع لمن لا ذمة له؟ ای لا یعطی الخراج (الی غیر ذلک) من الاخبار الدالة علی ان ارض الخراج لا یمکن بیع رقبتها.

(و ظاهرها) ای الاخبار المتقدمة (کما تری، عدم جواز بیعها) ای ارض الخراج (حتی تبعا للآثار المملوکة فیها) کالبناء و الاشجار التی عملها انسان فی الارض (علی ان تکون) الارض (جزءا من المبیع فتدخل) الارض فی ضمن الآثار (فی ملک المشتری، نعم تکون) الارض (للمشتری) للآثار (علی وجه کان للبائع، اعنی مجرد الاولویة) بهذه الارض (و عدم جواز مزاحمته) بان یأتی انسان آخر و یتصرف فی الارض (اذا کان التصرف) فی تلک الارض (و احداث تلک الآثار باذن الامام) خصوصا (او باجازته) علیه السلام (و لو لعموم الشیعة) و کذلک اذا کان التصرف فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۴

کما اذا کان التصرف بتقبیل السلطان الجائر.

او باذن الحاکم الشرعی، بناء علی عموم ولایته لامور المسلمین و نیابته عن الامام.

لکن ظاهر عبارة المبسوط، اطلاق المنع عن التصرف فیها، ببیع، و لا شراء، و لا هبة، و لا معاوضة، و لا یصح ان یبنی دورا، و منازل، و مساجد، و سقایات، و غیر ذلک من: انواع التصرف الّذی یتبع الملک، و متی فعل

تلک الارض جائزا بوجه آخر (کما اذا کان التصرف بتقبیل السلطان الجائر) ای تلقاها الشخص من السلطان، فان الائمة علیهم السلام اجازوا للشیعة التصرف المبتنی علی عمل الجائر، و ان کان عمل الجائر محرما فی نفسه.

(او) کان التقبیل (باذن الحاکم الشرعی، بناء علی عموم ولایته لامور المسلمین و نیابته عن الامام).

و قد عرفت سابقا: ان عموم الولایة هو المختار.

(لکن ظاهر عبارة المبسوط، اطلاق المنع عن التصرف فیها) ای سواء اذن السلطان او الفقیه، أم لا ـ (ببیع و لا ـ شراء، و لا هبة، و لا معاوضة، و لا یصح ان یبنی) احد فیها (دورا، و منازل، و مساجد، و سقایات) محلات سقی الماء (و غیر ذلک من: انواع التصرف الّذی یتبع الملک) ای التصرف الّذی لا یجوز الا للمالک.

و کان نظر الشیخ الی وجوب ان تبقی الارض للغلة و الزرع فقط او الاعم من ذلک و من بناء الحاکم فیها لمصلحة المسلمین عامة (و متی فعل)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۵

شیئا من ذلک، کان التصرف باطلا، و هو علی حکم الاصل.

و یمکن حمل کلامه علی صورة عدم الاذن من الامام "ع "حال حضوره.

و یحتمل إرادة التصرف بالبناء علی وجه الحیازة و التملک.

و قال فی الدروس: لا یجوز التصرف فی المفتوحة عنوة الا باذن الامام، سواء کان بالبیع او الوقف، او غیرهما.

نعم فی حال الغیبة ینفذ ذلک.

و اطلق فی المبسوط: ان التصرف فیها

الشخص (شیئا من ذلک، کان التصرف) بالعمارة و المعاملة (باطلا، و هو) یبقی (علی حکم الاصل) للمسلمین عامة، لا حرمة لهذه التصرفات فیها

(و یمکن حمل کلامه) ای کلام المبسوط (علی صورة عدم الاذن من الامام "ع "حال حضوره) و لا عن نائبه الخاص او العام، و لا عن السلطان الجائز.

(و یحتمل) ان یحمل کلام الشیخ علی (إرادة التصرف) فی الارض (بالبناء) و نحوه (علی وجه الحیازة و التملک) لا علی وجه کون الارض للمسلمین، و البناء عرضی یجب ان یؤدی الخراج الی الحاکم الاسلامی

(و قال فی الدروس: لا یجوز التصرف فی المفتوحة عنوة الا باذن الامام، سواء کان) التصرف (بالبیع او الوقف، او غیرهما) من سائر انحاء التصرف.

(نعم فی حال الغیبة ینفذ ذلک) التصرف و کانه لان الامام علیه السلام اجاز ذلک (و اطلق فی المبسوط: ان التصرف فیها) ای فی الارض المفتوحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۶

لا ینفذ.

و قال ابن ادریس: انما نبیع و نوقف تحجیرنا و بنائنا و تصرفنا، لا نفس الارض، انتهی.

و قد ینسب الی الدروس التفصیل بین زمانی الغیبة و الحضور، فیجوز التصرف فی الاول و لو بالبیع و الوقف، لا فی الثانی الا باذن الامام علیه السلام.

و کذا الی جامع المقاصد، و فی النسبة نظر، بل الظاهر موافقتهما لفتوی جماعة من جواز التصرف فیه فی زمان الغیبة، باحداث الآثار و جواز

عنوة (لا ینفذ) و اطلاقه شامل لحالی الحضور و الغیبة.

(و قال ابن ادریس: انما نبیع و نوقف تحجیرنا و بنائنا و تصرفنا) ای آثار التصرف کالبناء و ما اشبه (لا نفس الارض، انتهی) کلام الشهید.

(و قد ینسب الی الدروس التفصیل بین زمانی الغیبة و الحضور، فیجوز التصرف فی الاول) زمان الغیبة (و لو بالبیع و الوقف، لا فی الثانی) ای زمان الحضور (الا باذن الامام علیه السلام).

و لعل الوجه الاباحـة منهم علیه السـلام فی زمان الغیبة، دون زمان الحضور الّذی یکون الامام هو المرجع، و یکون کل شـیء یعمل به حسب قاعدته الاولیة.

(و کـذا) نسب هـذا التفصـیل (الی جـامع المقاصـد، و فی النسـبة) إلیهمـا (نظر، بل الظاهر) من کلاهما (موافقتهما لفتوی جماعـة) من الفقهاء (من جواز التصرف فیه فی زمان الغیبة، باحداث الآثار و جواز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۷

نقـل الارض تبعا للآثار فیفعل ذلک بالارض تبعا للآثار، و المعنی انها مملوکـة ما دام الآثار موجودة، قال فی المسالک فی شـرح قول المحقق: و لاـ یجوز بیعهـا و لاـ هبتهـا و لا وقفها انتهی: ان المراد لا یصـح ذلک فی رقبـة الارض مسـتقلة، اما فعل ذلک بها تبعا لآثار التصـرف من بنـاء و غرس و زرع و نحوهـا فجائز علی الاقوی قال: فاذا باعها بائع مع شـیء من هـذه الآثار دخلت فی المبیع علی سبیل التبع، و کذا الوقف، و غیره و یستمر کذلک

نقل الارض تبعا للآثار)

و علی هذا (ف) رأیها انه (یفعل ذلک) النقل و الانتقال (بالارض تبعا للآثار، و المعنی) التصـرف تبعا للآثار (انها مملوکة ما دام الآثار موجودة) لا انها تملک کما نسب الی الشـهید و المحقق الثانی، (قال فی المسالک فی شرح قول المحقق: و لا یجوز بیعها و لا هبتها و لاـ وقفهـا، انتهی: ان المراد لاـ یصـح ذلـک فی رقبـة الاـرض مسـتقلة) بـان تکون الاـرض بالـذات محـل هـذه الامور (اما فعل ذلک) للمتصـرف (بها) ای بالارض (تبعا لآثار التصـرف) التی اوجد تلک الآثار فی الارض (من بناء و غرس) کالاشجار (و زرع) کالحنطة و الشعیر (و نحوها) کشق الانهار، و حفر الآبار (فجائز علی الاقوی)

ثم (قال: فاذا باعها) ای الارض (بائع مع شیء من هذه الآثار دخلت) الارض (فی المبیع علی سبیل التبع) للآثار (و کذا الوقف) فانه اذا وقف دخلت الارض تبعا للاشجار و الابنیة (و غیره) کالصلح و الهبة، و سائر التصرفات الناقلة (و یستمر) التصرف (کذلک) کما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۴۸

ما دام شـیء من الآثار باقیا، فاذا ذهبت اجمع، انقطع حق المشتری، و الموقوف علیه، و غیرهما عنها، هکـذا ذکره جمع، و علیه العمل، انتهی.

نعم: ربما یظهر من عبارة الشیخ فی التهـذیب جواز البیع و الشـراء فی نفس الرقبة، حیث قال: ان قال قائل ان ما ذکرتموه انما دل علی إباحة التصرف فی هذه الارضین، و لا یدل علی صحة تملکها بالشراء و البیع، و مع عدم صحتها لا یصح ما یتفرع علیهما.

قلنا: انا قد قسّمنا الارضین علی ثلاثة اقسام ارض اسلم اهلها علیها فهی ملک لهم، یتصرفون فیها

تصـرف (مـا دام شـیء من الآثـار باقیـا، فـاذا ذهبت) الآثـار (اجمع، انقطع حـق المشـتری، و) حـق (الموقـوف علیه، و غیرهمـا عنهـا) کـالموهوب له، و المرأة اذا جعلت الاـرض صـد اقالها، و المصالـح معه الی غیر ذلک (هکـذا ذکره جمع، و علیه العمل، انتهی) کلام المسالک.

(نعم: ربما یظهر من عبارة الشـیخ فی التهـذیب جواز البیع و الشـراء فی نفس الرقبة، حیث قال: ان قال قائل ان ما ذکرتموه) من الکلام حول الارض المفتوحـة عنوة (انما دل علی إباحة التصـرف فی هذه الارضـین، و لا یدل علی صـحة تملکها بالشـراء و البیع، و مع عدم صحتها) ای البیع و الشـراء (لا یصـح ما یتفرع علیهما) من التصـرفات المالکیـة کالوقف و الصـلح و الهبـة و جعلها صداقا و جعالة و ما اشبه.

(قلنا: انا قد قسّمنا الارضین علی ثلاثة اقسام)

الاول (ارض اسلم اهلها عليها فهى ملك لهم، يتصرفون فيها)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٤٩

و ارض يؤخذ عنوة او يصالح اهلها عليها، فقد ابحنا شرائها و بيعها، لان لنا فى ذلك قسما، لانها اراضى المسلمين.

و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه.

و اما الانفال، و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء، و انما ابيح لنا التصرف فيها حسب.

ثم استدل على اراضى الخراج، برواية ابى بردة السابقة الدالة

تصرف الملاك فى املاكهم.

(و) الثانى (ارض يؤخذ) من الكفار (عنوة) و قهرا (او يصالح اهلها عليها، فقد ابحنا شرائها و بيعها، لان لنا فى ذلك قسما لانها اراضى المسلمين) و نحن مسلمون، فلنا فيها قسما، و حيث ان لنا قسما صح ان نتصرف فيها تصرف الملاك.

و المراد بالصلح الصلح على ان تكون الارض للمسلمين، لا ان تكون الارض لهم.

(و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه) اى وجه كونها لنا قسما فيها.

(و اما) القسم الثالث من الارض و هى (الانفال، و ما يجرى مجراها) من الاراضى التى هى للامام عليه السلام (فلا يصح تملكها بالشراء، و انما ابيح لنا التصرف فيها حسب) اى فقط.

(ثم استدل) الشيخ (على اراضى الخراج) و انه يجوز بيعها (برواية ابى بردة السابقة الدالة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٥٠

على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الارض.

و دليله قرينة على توجيه كلامه.

و كيف كان فما ذكروه من حصول الملك، تبعا للآثار مما لا دليل عليه ان ارادوا الانتقال.

نعم: المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف، ما دام شي‌ء من الآثار موجودا.

فالذى ينبغى ان يصرف الكلام إليه، هو بيان الوجه الّذى يجوز

على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الارض).

(و) لكن لا- يخفى ان ما ذكرناه بقولنا: نعم، غير تام، اذ: ظاهر اوّل كلام الشيخ، و ان كان يستفيد منه جواز بيع ارض الخراج، و لكن (دليله) اى دليل الشيخ، و هو رواية ابى بردة (قرينة على توجيه كلامه) و انه انما اراد البيع تبعا للآثار، لا بيع الرقبة، اذ: رواية ابى بردة لا تدل على بيع الرقبة.

(و كيف كان فما ذكروه من حصول الملك) للارض المفتوحة عنوة (تبعا للآثار، مما لا- دليل عليه، ان ارادوا الانتقال) اى انتقال الارض الى المشترى.

(نعم: المتيقن) من الادلة (هو ثبوت حق الاختصاص) فالارض تبعا للآثار تختص (للمتصرف، ما دام شي‌ء من الآثار موجودا) و فرق بين حق الاختصاص، و بين الملكية الموقتة.

(فالذى ينبغى ان يصرف الكلام إليه، هو بيان الوجه الّذى يجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٥١

التصرف معه، حتى يثبت حق الاختصاص.

فنقول: اما فی زمان الحضور و التمکن من الاستیذان، فلا ینبغی الاشکال فی توقف التصرف علی اذن الامام، لانه ولیّ المسلمین، فله نقلها عینا، و منفعة.

و من الظاهر: ان کلام الشیخ المطلق فی المنع عن التصرف محمول علی صورة عدم اذن الامام علیه السلام مع حضوره.

و اما فی زمان الغیبة، ففی عدم جواز التصرف الا فی ما اعطاه السلطان

التصرف معه) ای مع ذلک الوجه (حتی یثبت حق الاختصاص) اذ: نفس حق الاختصاص أیضا یحتاج الی دلیل.

(فنقول: اما فی زمان الحضور و التمکن من الاستیذان، فلا ینبغی الاشکال فی توقف التصرف علی اذن الامام، لانه ولی المسلمین، فله نقلها) ای الارض المفتوحة (عینا) کان یبیعها للمشتری (و منفعة) کان یؤجرها.

(و من الظاهر: ان کلام الشیخ) المتقدم (المطلق فی المنع عن التصرف) فی المفتوحة (محمول علی صورة عدم اذن الامام علیه السلام مع حضوره)

و انما نقول بهذا الظاهر: لان الفقهاء- حتی الشیخ نفسه- لا یقولون بالمنع عن التصرف مطلقا فی حال الغیبة.

(و اما فی زمان الغیبة، ففی عدم جواز التصرف) فی المفتوحة (الا فی ما اعطاه السلطان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۲

الّذی حلّ قبول الخراج و المقاسمة منه، او جوازه مطلقا، نظرا الی عموم ما دل علی تحلیل مطلق الارض للشیعة، لا خصوص الموات التی هی مال الامام علیه السلام.

و ربما یؤیده جواز قبول الخراج الّذی هو کاجرة الارض، فیجوز التصرف فی عینها مجانا.

او عدم جوازه الا باذن الحاکم الّذی هو نائب الامام.

الّذی حلّ) باذن الامام للشیعة (قبول الخراج و المقاسمة منه) الخراج المقدار الخاص المضروب علی الارض، کعشرة دنانیر کل عام، و المقاسمة الحصة الخاصة من الحاصل، کالثلث- مثلا- (او جوازه) ای التصرف (مطلقا، نظرا الی عموم ما دل علی تحلیل مطلق الارض للشیعة) الشامل ذلک الاطلاق للمفتوحة عنوة (لا خصوص الموات التی هی مال الامام علیه السلام)

و من المعلوم: ان للامام الحق لان یبیح الارض المفتوحة، لان کل شیء لهم، و الامر امرهم.

(و ربما یؤیده) ای جواز التصرف مطلقا (جواز قبول الخراج الّذی هو کاجرة الارض) ای ان یتقبل الشیعی الخراج لنفسه ما دام الامام غائبا، فلا یدفعه مع العلم ان الخراج کاصل الارض للمسلمین، فاذا جاز إباحة الامام للخراج، جاز اباحته لاصل الارض، فتأمل.

(فیجوز التصرف فی عینها) ای المفتوحة (مجانا) و بلا خراج.

(او عدم جوازه الا باذن الحاکم الّذی هو نائب الامام) فحاله حال المنسوب عنه فی صلاحیته لان یجیز، اما بدون اذنه فلا یجوز هذا مقابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۳

او التفصیل بین من یستحق اجرة هذه الارض فیجوز له التصرف فیها، لما یظهر من قوله علیه السلام للمخاطب فی بعض اخبار حلّ الخراج «و ان لک نصیبا فی بیت المال»

و بین غیره الّذی یجب علیه حق الارض.

و لذا افتی غیر واحد- علی ما حکی- بانه لا یجوز حبس الخراج و سرقته عن السلطان الجائر و الامتناع عنه.

اطلاق جواز التصرف بدون اذنه الّذی قاله به المحقق القمی و النراقی الکبیر، و ابنه، و غیرهم.

(او التفصیل بین من یستحق اجرة هذه الارض) المفتوحة کالمسلمین (فیجوز له التصرف فیها، لما یظهر من قوله علیه السلام للمخاطب فی بعض اخبار حلّ الخراج و ان لک نصیبا فی بیت المال) مما یفهم منه ان کل من له نصیب فی بیت المال جاز له ان یتصرف فیه، و المناط موجود فی الارض.

(و بین غیره الّذی یجب علیه حق الارض) فلا یجوز له التصرف الا باذن الحاکم.

(و لذا افتی غیر واحد- علی ما حکی- بانه لا یجوز حبس الخراج و سرقته عن السلطان الجائر و الامتناع عنه) ای عن اعطاء الخراج، فیدل ذلک علی ان من لا حق له فی الخراج لا یجوز له ان یتصرف فی الارض اعتباطا و بدون خراج و اذن من الحاکم الشرعی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۴

و استثنی بعضهم ما اذا دفعه الی نائب الامام "ع "او بین ما عرض له الموت من الارض المحیاة حال الفتح، و بین الباقیة علی عمارتها من حین الفتح.

فیجوز احیاء الاول لعموم ادلة الاحیاء، و خصوص روایة سلیمان بن خالد وجوه او فقها بالقواعد: الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس

(و استثنی بعضهم) من عدم جواز منعه عن الجائر صورة (ما اذا دفعه الی نائب الامام "ع "او) التفصیل (بین ما عرض له الموت من الارض المحیاة حال الفتح) الاسلامی (و بین الباقیة علی عمارتها من حین الفتح) فالعامرة بعد الخراب ملحقة بما عرض له الموت.

و الحاصل: ان المناط استمرار الحیاة، لا الحیاة حالا.

(فیجوز احیاء الاول) ای ما عرض له الموت بدون خراج (لعموم ادلة الاحیاء، و خصوص روایة سلیمان بن خالد) المتقدمة المطلقة لعمارة الارض الخربة الشاملة للمفتوحة و غیرها و نحوها، من سائر الروایات الدالة مطلقا علی احیاء الموات.

بخلاف الثانی ای الباقیة علی عمارتها، فانه للمسلمین و یجب مراجعة الحاکم الشرعی بشأنها (وجوه) مبتداء لقوله المتقدم: ففی عدم جواز الخ،.

(او فقها بالقواعد: الاحتمال الثالث) و هو عدم جواز التصرف الا باذن الامام، لانه نائب عنه علیه السلام (ثم الرابع) لما تقدم من الدلیل و ان له حقا (ثم الخامس) و هو التفصیل بین الموات و المحیاة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۵

و مما ذکرنا یعلم حال ما ینفصل من المفتوح عنوة کاوراق الاشجار و اثمارها، و اخشاب الابنیة، و السقوف الواقعة، و الطین المأخوذ من سطح الارض، و الجص، و الحجارة، و نحو ذلک، فان مقتضی القاعدة کون ما یحدث بعد الفتح من الامور المنقولة ملکا للمسلمین.

و لذا صرح جماعة- کالعلامة و الشهید و المحقق الثانی و غیرهم، علی ما حکی عنهم- بتقیید جواز رهن ابنیة الارض المفتوحة عنوة بما اذا لم تکن الآلات من تراب الارض.

و وجه الترجیح بین هذه الاقوال، قوة دلیل کل سابق علی لاحقه

(و مما ذکرنا) من الاقوال (یعلم حال ما ینفصل من المفتوح عنوة کاوراق الاشجار) الثابتة فی الاراضی المفتوحة (و اثمارها، و اخشاب الابنیة) المتخذة من الاشجار، و التی کانت فی البلاد حال الفتح (و السقوف الواقعة، و الطین المأخوذ من سطح الارض، و الجص، و الحجارة، و نحو ذلک، فان مقتضی القاعدة کون ما یحدث بعد الفتح من الامور المنقولة) کالاشجار و الاخشاب و الجص و ما اشبه

(ملکا للمسلمین) تبعا لاصل الارض،

اذ: ما یحدث من الارض تابع لاصل الارض، الا اذا کان هناک دلیل علی الفرق.

(و لذا صرح جماعة- کالعلامة و الشهید و المحقق الثانی و غیرهم، علی ما حکی عنهم- بتقیید جواز رهن ابنیة الارض المفتوحة عنوة، بما اذا لم تکن الآلات) ای آلات البناء (من تراب الارض) و الا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۶

نعم: الموجودة فیها حال الفتح للمقاتلین، لانه مما ینقل.

و حینئذ فمقتضی القاعدة: عدم صحة اخذها الا من السلطان الجائر او من حاکم الشرع مع امکان ان یقال: لا مدخل لسلطان الجور لان القدر المأذون فی تناوله منه منفعة الارض، لا اجزائها الا ان یکون الاخذ علی وجه الانتفاع، لا التملک،

حکم الآلات حکم اصل الارض فی عدم جواز رهنها، کما لا یجوز رهن اصل الارض المفتوحة.

(نعم: الموجودة فیها) ای فی الارض من الامور المنقولة کالاخشاب الواقعة، و الاوراق الساقطة، و ما اشبه (حال الفتح للمقاتلین) بعد اخراج الخمس منها (لانه) ای الموجود (مما ینقل).

(و حینئذ) ای حین کانت الآلات تابعة لاصل الارض (فمقتضی القاعدة: عدم صحة اخذها الا من السلطان الجائر) لان الامام علیه السلام اذن للشیعة فی معاملة الجائر کمعاملة العادل تسهیلا علی الشیعة (او من حاکم الشرع) لانه نائب الامام علیه السلام (مع امکان ان یقال) باختصاص الجواز بحاکم الشرع فقط.

اذ: (لا مدخل لسلطان الجور) فی الآلات (لان القدر المأذون فی تناوله) الی تناول ذلک القدر (منه) ای من سلطان الجور (منفعة الارض) بالزراعة و ما اشبه (لا اجزائها) ففی الاجزاء یرجع الی اصالة عدم الجواز، الا بالطریق الشرعی الاولی و هو الحاکم الشرعی (الا ان یکون الأخذ) للآلات من الجائر (علی وجه الانتفاع، لا التملک) مثلا:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۵۷

فیجوز.

و یحتمل کون ذلک بحکم المباحات، لعموم من سبق الی ما لم یسبق إلیه مسلم فهو احق به.

و یؤیده بل یدل علیه، استمرار السیرة خلفا عن سلف علی بیع الامور المعمولة من تربة ارض العراق، من الآجر، و الکوز، و الاوانی، و ما عمل من التربة الحسینیة.

و یقوی هذا الاحتمال

ان یأخذ الاخشاب للانتفاع بها مدة فی العروش، و ما اشبه (فیجوز) الاخذ من السلطان الجائر، لان الانتفاع باجزاء الارض کالانتفاع باصل الارض داخل فی اجازتهم علیهم السلام للشیعة فی التعامل یشأنها مع الحاکم الجائر.

(و یحتمل کون ذلک) ای الآلات لا تحتاج الی اذن الجائر، و لا اذن النائب، و لا یکون الامر خاصا بالانتفاع، لا التملک بها، بل ان تکون (بحکم المباحات، لعموم: من سبق الی ما لم یسبق إلیه مسلم فهو احق به) بعد انصراف ادلة الارض المفتوحة الی عین الارض، لا ما ینفصل منها.

(و یؤیده) ای کون الآلات من المباحات الاصلیة (بل یدل علیه، استمرار السیرة خلفا عن سلف علی بیع الامور المعمولة من تربة ارض العراق، من الآجر، و الکوز، و الاوانی، و ما عمل من التربة الحسینیة) کالسبحة و التربة، و کذلک بیع الاخشاب و الاوراق و ما اشبه

(و یقوی هذا الاحتمال) ای کون الاجزاء من المباحات من حیث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۸، ص: ۳۵۸

بعد انفصال هذه الاجزاء من الارض.

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

اشارة

و اعلم: انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية، كونه طلقا، و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، و لا الرهن الا باذن المرتهن، او اجازته، و لا أمّ الولد الا فى المواضع المستثناة.

و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك

بحيث يكون للمالك ان يفعل

الحكم (بعد انفصال هذه الاجزاء من الارض) اى ما دامت الاجزاء تكون جزء الارض لم تكن بحكم المباحات.

اما اذا انفصلت فاحتمال كونها اصبحت من المباحات قوى جدا، لان الارض المفتوحة التى حكمها عدم البيع و الشراء منصرفة عن هذه الاجزاء المنفصلة.

(و اعلم: انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد) شرط (الملكية، كونه طلقا، و فرعوا عليه) اى على اشتراط الطلقية (عدم جواز بيع الوقف) الذرى الّذى هو ملك للذرية (الا فيما استثنى) من الموارد التى ورد الدليل على جواز بيع الوقف (و لا الرهن الا باذن المرتهن) صاحب الدار مثلا، مقدما (او اجازته) مؤخرا (و لا أمّ الولد الا فى المواضع المستثناة) التى يجوز بيع أمّ الولد فيها.

فان الوقف و المرهون و أمّ الولد، و ان كانت ملكا، لكنها ليست طلقا.

(و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك، بحيث يكون) و يجوز شرعا (للمالك ان يفعل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۸، ص: ۳۵۹

بملكه ما شاء، و يكون مطلق العنان فى ذلك.

لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون اذن ذى الحق فمرجعه الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا، و هذا لا محصل له.

بملكه ما شاء، و يكون مطلق العنان فى ذلك) التصرف الّذى يشاءه و مطلق العنان تشبيه بالفرس الّذى اطلق مالكه عنانه فيذهب حيث شاء بدون مانع.

(لكن هذا المعنى) للطلق (فى الحقيقة) راجع الى عدم المانع فى الملك، فليس شرطا زائدا، اذ هو (راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، و يكون نقله) اى نقل المالك (ماضيا) و نافذا (فيه) اى فى الملك (لعدم تعلق حق به) اى بالملك (مانع عن نقله بدون اذن ذى الحق): بدون، متعلق ب: نقله، كحق أمّ الولد بذاتها، و حق الراهن بالرهن (فمرجعه) اى اشتراط طلقية الملك (الى ان من

شرط البیع ان یکون متعلقه) ای الشیء الّذی یقع علیه البیع (مما یصح للمالک بیعه مستقلا) بدون احتیاج المالک الی اخذ موافقة شخص آخر (و هذا) الشرط مما (لا محصل له) لما عرفت من ان هذا الشرط راجع الی عدم المانع، و من الواضح ان کل موضوع مشروط بعدم المانع فی ترتب الحکم علی ذلک الموضوع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۰

فالظاهر: ان هذا العنوان لیس فی نفسه شرط لیتفرع علیه عدم جواز بیع الوقف، و المرهون، و أمّ الولد، بل الشرط فی الحقیقة انتفاء کل من تلک الحقوق الخاصة، و غیرها مما ثبت منعه عن تصرف المالک، کالنذر و الخیار، و نحوهما، و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلک الحقوق

فمعنی الطلق ان یکون المالک مطلق العنان فی نقله غیر محبوس علیه لاحد الحقوق التی ثبت منعها للمالک عن التصرف فی ملکه، فالتعبیر

(فالظاهر: ان هذا العنوان) ای عنوان الطلق (لیس فی نفسه شرط لیتفرع علیه عدم جواز بیع الوقف، و المرهون، و أمّ الولد، بل الشرط فی الحقیقة انتفاء کل من تلک الحقوق الخاصة) ای الرهنیة و الوقفیة و الامیة (و غیرها) ککونه منذورا او جانیا، او ما اشبه (مما ثبت منعه) ای منع ما ثبت من الحقوق الخاصة (عن تصرف المالک، کالنذر) حیث یشترط ان لا یکون البیع منذورا (و الخیار) بان لا یکون لاجنبی خیار فی البیع (و نحوهما) کما یشترط ان لا یکون عبدا جانیا حیث یتعلق بالجانی حق المجنی علیه (و هذا العنوان) ای عنوان الطلق (منتزع من انتفاء تلک الحقوق) لا ان الطلق عنوان وجودی بنفسه.

(فمعنی الطلق)- بناء علی کونه عنوانا منتزعا- (ان یکون المالک مطلق العنان فی نقله) للمبیع (غیر محبوس علیه) ای علی المالک حبسا (ل) اجل (احد الحقوق التی ثبت منعها للمالک عن التصرف فی ملکه).

و بناء علی کون الطلقیة عنوانا منتزعا (فالتعبیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۱

بهذا المفهوم المنتزع، تمهید لذکر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسیس لشرط، لیکون ما بعده فروعا بل الامر فی الفرعیة و الاصالة بالعکس».

[الحقوق المانعة من تصرف المالک فی ملکه]

ثم: ان اکثر من تعرض لهذا الشرط لم یذکر من الحقوق الا الثلاثة المذکورة.

ثم عنونوا حق الجانی، و اختلفوا فی حکم بیعه، و ظاهران الحقوق المانعة اکثر من هذه الثلاثة، او الاربعة، و قد انهاها بعض من عاصرناه

بهذا المفهوم المنتزع) ای کونه طلقا (تمهید لذکر الحقوق المانعة عن التصرف) فی المال (لا) ان الطلق (تأسیس لشرط، لیکون ما بعده فروعا) فلیس کونه غیر مرهون فرعا علی کونه مطلقا- مثلا- (بل الامر فی الفرعیة و الاصالة بالعکس) الاصل هو کونه غیر مرهون- مثلا- و الفرع کونه طلقا، اذ: الطلق منتزع عن کونه غیر مرهون، لا کما ذکر العلامة و غیره، من: ان الاصل کونه طلق، و الفرع کونه غیر مرهون.

(ثم: ان اکثر من تعرض لهذا الشرط) ای شرط کونه طلقا (لم یذکر من الحقوق) المانعة عن الطلقیة (الا الثلاثة المذکورة) الرهن، و

أمّ الولد، و الوقف.

(ثم عنونوا حق الجانی) ای حق المجنی علیه فی العبد الجانی (و اختلفوا فی حکم بیعه) ای الجانی بدون اجازة المجنی علیه (و ظاهر ان الحقوق المانعة) من البیع (اکثر من هذه الثلاثة، او الاربعة و قد انهاها بعض من عاصرناه) و هو صاحب المقابیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۲

الی ازید من عشرین، فذکر- بعد الاربعة المذکورة فی عبارة الاکثر- النذر المتعلق بالعین قبل البیع، و الخیار المتعلق به و الارتداد، و الحلف علی عدم بیعه، و تعیین الهدی للذبح، و اشتراط عتق العبد فی عقد لازم، و الکتابة المشروطة،

(الی ازید من عشرین فذکر- بعد الاربعة المذکورة فی عبارة الاکثر-) فی، متعلق ب: المذکورة، (النذر المتعلق بالعین قبل البیع) کما لو نذر ان جاء ولده اعطی کتابه صدقة، ثم جاء ولده فان النذر تعلق بالعین قبل ان یبیعها اذ جاء ولده، اما اذا لم یتعلق النذر بعد بالعین، کما لو لم یأت ولده بعد، و اراد بیع الکتاب فهو مسئلة اخری (و الخیار المتعلق به) کما لو اشتری زید فرسا بخیار للبائع، ثم اراد بیع الفرس قبل سقوط خیار البائع (و الارتداد) بان ارتد العبد، فکان حکمه القتل فباعه مالکه (و الحلف علی عدم بیعه) بان حلف ان لا یبیع کتابه- مثلا- ثم باعه (و تعیین الهدی للذبح) بان ساق الهدی، فانه معین للذبح، ثم اراد بیعه (و اشتراط عتق العبد فی عقد لازم) کما لو اشتری العبد و اشترط علیه البائع عتقه، ثم باعه المشتری و لم یف بشرط عتقه (و الکتابة المشروطة) مقابل الکتابة المطلقة،

و الاولی ان یکاتب العبد علی مائة- مثلا- بحیث انه لو و فی الجمیع اعتق، ثم و فی العبد البعض، و قبل وفائه بالباقی باعه المولی.

اما المکاتبة المطلقة فاذا وفی العبد جزءا من المال لم یکن للمولی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۳

او المطلقة بالنسبة الی ما لم یتحرر منه، حیث ان المولی ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملکه قبل الاداء، و التدبیر المعلق علی موت غیر المولی- بناء علی جواز ذلک- فاذا مات المولی و لم یمت من علق علیه العتق، کان مملوکا للورثة، ممنوعا من التصرف فیه، و تعلق حق الموصی له بالموصی به بعد موت الموصی، و قبل قبوله- بناء علی منع الوارث من التصرف قبله- و تعلق حق الشفعة بالمال

بیعه، لانه یتحرر بمقدار وفائه من المال (او) الکتابة (المطلقة بالنسبة الی ما لم یتحرر منه) ای من العبد، کما لو وفی العبد نصف المال فاراد المولی بیع نصفه الآخر الّذی یملکه المولی بعد (حیث ان المولی ممنوع عن التصرف) فی العبد المکاتب (باخراجه عن ملکه قبل الاداء) لمال الکتابة (و التدبیر المعلق علی موت غیر المولی) کما لو قال لعبده: انت حر دبر وفاة زید (بناء علی جواز ذلک) التدبیر،

اذ: التدبیر الجائز قطعا ما کان معلقا علی موت المولی (فاذا مات المولی و لم یمت من علق علیه العتق، کان) العبد (مملوکا للورثة، ممنوعا من التصرف فیه) حتی یموت المعلق علی موته فینعتق العبد (و تعلق حق الموصی له) کزید (بالموصی به) کالکتاب (بعد موت الموصی) کمحمد (و قبل قبوله) ای الموصی له (بناء علی منع الوارث من التصرف قبله) ای قبل الموصی به، فاذا اوصی محمد ان یعطی کتابه- بعد موته- لزید ثم مات محمد، و زید لم یقبل الوصیة بعد، یمنع الورثة عن التصرف فی الکتاب حتی یرد زید الوصیة (و تعلق حق الشفعة بالمال) فانه اذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۴

فانه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالک، فللشفیع- بعد الاخذ بالشفعة- ابطالها و تغذیة الولد المملوک بنطفة سیّده فیما اذا اشتری امة حبلی، فوطئها، فاتت بالولد بناء علی عدم جواز بیعها و کونه مملوکا ولد من حر شریک فی أمه حال الوطی فانه مملوک له

لکن لیس له التصرف فیه الا بتقویمه و اخذ قیمته

هناک شریکان فی دار- مثلا- فباع احدهما حصته لزید، کان للشریک الآخر الاخذ بالشفعة، بان یأخذ الدار من المشتری و یسلمه ما دفع من الثمن الی البائع، فان المشتری ممنوع من التصرف فی النصف قبل اخذ الشریک بالشفعة، او اسقاطه لحقه (فانه) ای حق الشفعة (مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالک) ای المشتری (فللشفیع) ای الشریک (بعد الاخذ بالشفعة ابطالها) ای ابطال تلک التصرفات (و تغذیة الولد المملوک بنطفة سیده فیما اذا اشتری امة حبلی) بالشروط المذکورة فی محله من کتاب البیع (فوطئها) المشتری (فاتت) المرأة (بالولد) فان الولد تغذی بنطفة السید (بناء علی عدم جواز بیعها) ای بیع أمّ الولد (و کونه مملوکا) ای کون الولد مملوکا (ولد من حر شریک فی أمه حال الوطی) بان کان هناک شریکان فی امة، فوطئ احدهما الامة بدون اذن الشریک، فان الولد ینعقد مملوکا للشریک غیر الواطئ، لکنه لا یتمکن من بیعه الا من الشریک الواطئ (فانه) ای الولد (مملوک له) ای للشریک غیر الواطئ (لکن لیس له التصرف فیه) ای فی الولد (الا بتقویمه) ای تعیین قیمته (و اخذ قیمته) من الواطئ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۵

و تعارض السبب الملک و المزیل للملک، کما لو قهر حربی اباه و الغنیمة قبل القسمة، بناء علی حصول الملک بمجرد الاستیلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملک بلا مالک و غیر ذلک،

و لا یخفی ان قوله: و کونه مملوکا، مثال جدید لا یرتبط ب: و تغذیة الولد، الخ، (و تعارض السبب الملک) ای القهر و الغلبة (و) السبب (المزیل للملک) ای القرابة و النسب (کما لو قهر حربی اباه) و اخذه عبدا لنفسه، فان القهر یوجب الملک فیما لو کان الأب حربیا، او کان فی شریعتهم یجوز ذلک بمقتضی: الزموهم بما التزموا به،

کما ان القرابة توجب عدم الملک، لان الانسان لا یملک عمودیه.

فان تعارض السببین یوجب عدم تمکن الحربی من بیع ابیه (و الغنیمة قبل القسمة) فان المسلمین لو اغتنموا من الکفار غنیمة لکنها لم تقسم بعد بینهم، تکون الغنیمة ملکا لهم، لکن لا یجوز لاحدهم بیع حصته (بناء علی حصول الملک بمجرد الاستیلاء) علی اموال الکفار (دون القسمة) ای لیس السبب المملک القسمة، بل الاستیلاء (لاستحالة بقاء الملک بلا مالک).

هذا علة لقوله: بمجرد الاستیلاء، اذ: لو قلنا: بان الملک للمسلمین انما یحصل للقسمة، یجب ان تکون الغنیمة بدون المالک بین الاستیلاء و بین القسمة، لانها بمجرد الاستیلاء تخرج عن ملک الکفار، فاذا لم تدخل فی ملک المسلمین الا بعد القسمة، بقی الملک بلا مالک فی هذه القطعة من الزمان (و غیر ذلک) من امثلة الملک المحجور، کتعلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۶

مما سیقف علیه المتتبع،

لکنا نقتصر علی ما اقتصر علیه الاصحاب من ذکر الوقف، ثم أمّ الولد، ثم الرهن، ثم الجنایة إن شاء الله.

حق الغرماء بمال المفلس او المیّت.

و تعلق حق المضمون له بالمال، اذ: اشترط اداء الضمان منه.

و عدم تمامیة السبب المملک فی التبرعات، کالهبة قبل القبض بناء علی اشتراطه به- و عدم تمامیة السبب المملّک فی المعاوضات کالصرف قبل القبض- بناء علی اشتراطه به- (مما سیقف علیه المتتبع) فی کتب الاصحاب.

(لکنا نقتصر علی ما اقتصر علیه الاصحاب من ذکر الوقف، ثم الولد ثم الرهن، ثم الجنایة إن شاء الله) تعالی.

و قد ذكر المصنف هذه الاربعة مفصّلا و ذكر أربعة عشرة مجملا، و ذكرنا أربعة فهذه اثنان و عشرون.

لكن لا يخفى ان هناك موارد آخر داخلة اما فى كليات ذكرت كالصدقة قبل القبض.

و اما لم تذكروا لبحث فى ذلك طويل جدا و انما المذكور هنا الاربعة فقط.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۳۶۷

مسئلة لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة، و محكيا،

و لعموم قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

و رواية ابى على بن راشد، قال سألت أبا الحسن عليه السلام:

قلت جعلت فداك: انى اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى، فلما عمرتها خبرت انها وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى ما اوقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها.

و ما ورد من حكاية وقف امير المؤمنين عليه السلام، و غيره من الائمة

(مسئلة: لا- يجوز بيع الوقف اجماعا محققا) لا منقولا فقط (فى الجملة) متعلق بلا يجوز (و محكيا) عن غير واحد (و لعموم قوله عليه السلام:

الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) اى اهل الوقوف الذين يوقفون.

(و رواية ابى على بن راشد، قال سألت أبا الحسن عليه السلام:

قلت جعلت فداك: انى اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى، فلما عمرتها خبرت) بصيغة الماضى المجهول من باب التفعيل (انها وقف، فقال:

لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلة) الحاصلة من تلك الارض الموقوفة (فى ملكك، ادفعها) اى الارض او الغلة (الى ما اوقفت عليه، قلت:

لا اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها) فانها صريحة فى عدم جواز بيع الوقف، و ان البيع باطل.

(و ما ورد من حكاية وقف امير المؤمنين عليه السلام، و غيره من الائمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۳۶۸

صلوات الله عليهم اجمعين مثل ما عن ربعى بن عبد الله عن ابى عبد الله "ع "فى صورة وقف امير المؤمنين عليه السلام: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب "ع "و هو حى سوّى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع و لا توهب، حتى يرثها الله الّذى يرث السماوات و الارض، و اسكن فلانا هذه الصدقة ما عاش، و عاش عقبه، فاذا انقرضوا فهى لذوى الحاجة من المسلمين، الخبر، فان الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة، لا لشخصها.

صلوات الله عليهم اجمعين) مما يدل على ان الوقف يبقى الى الابد (مثل ما عن ربعى بن عبد الله عن ابى عبد الله "ع "فى صورة وقف امير المؤمنين عليه السلام: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب "ع "و هو حى سوّى) هذان اللفظان للتأكيد- كما لا يخفى- و سوّى لعله بمعنى مستوى العقل (تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع و لا توهب، حتى يرثها الله الّذى يرث السماوات و الارض) لعل المراد الى حين قيام الساعة (و اسكن) بالماضى اى على ابن ابى طالب عليه السلام (فلانا هذه الصدقة ما

عاش، و عاش عقبه) ای عقب فلان (فاذا انقرضوا فهی لذوی الحاجة من المسلمین) الی آخر (الخبر، فان الظاهر من الوصف) ای قوله: لاتباع و لا توهب، (کونها) ای الصفة (صفة لنوع الصدقة) ای ان کل وقف هکذا مثل قولنا بیعا صحیحا عن تراض، فان البیع الصحیح لا یکون الا عن تراض (لا لشخصها) فلیس مثل: بیعا نقدا حتی یمکن ان یکون قسم آخر من الصدقة یمکن بیعها،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۶۹

و یبعد کونها شرطا خارجا عن النوع، مأخوذا فی الشخص مع ان سیاق الاشتراط یقتضی تأخره عن رکن العقد اعنی الموقوف علیهم خصوصا مع کونه اشتراطا علیهم.

مع انه لو جاز البیع فی بعض الاحیان کان اشتراط عدمه علی الاطلاق فاسدا بل مفسدا، لمخالفته للمشروع من جواز بیعه فی بعض الموارد،

کما ان هناک بیعا آخر لیس بنقد.

(و یبعد کونها) ای الصفة المذکورة و هی: لاتباع و لا توهب، (شرطا خارجا عن النوع، مأخوذا فی الشخص) لا من مقومات الصدقة.

و هذا هو الظاهر العرفی من العبارة (مع ان سیاق الاشتراط) لو کان شرطا لا مقوما (یقتضی تأخره عن رکن العقد أعنی الموقوف علیهم) فاللازم ان یقال: صدقه لفلان بحیث لاتباع، کما یقال: بعت الدار لزید نقدا،- مثلا-.

اذ: ارکان الکلام تقدم علی الزوائد و الخصوصیات غالبا (خصوصا مع کونه) لو کان شرطا (اشتراطا علیهم) بخلاف ما لو کان مقوما للصدقة، فلیس شرطا علیهم، بل بیانا لذات الصدقة.

(مع انه لو جاز البیع فی بعض الاحیان کان اشتراط عدمه) ای عدم البیع (علی الاطلاق) حتی حین جواز البیع (فاسدا بل مفسدا) للوقف أیضا (لمخالفته) ای هذا الشرط (للمشروع من جواز بیعه فی بعض الموارد): من، متعلق بالمشروع، فان الشرط المخالف للشرع فاسد و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۰

کدفع الفساد بین الموقوف علیهم، او رفعه، او طروّ الحاجة، او صیرورته مما لا ینتفع به اصلا.

الا ان یقال: ان هذا الاطلاق نظیر الاطلاق المتقدم، فی روایة ابن راشد فی انصرافه الی البیع، لا لعذر.

مفسد علی قول، خلافا لمن لا یقول الا بفساده فی نفسه، و انه لیس بمفسد

و لا یخفی ما فی کلام المتن من الاشکال.

ثم مثل المصنف بموارد جواز البیع بقوله: (کدفع الفساد بین الموقوف علیهم) الّذی ینشأ من الوقف (او رفعه)

فالاول: فیما کان محلا لوقوع الخلاف.

و الثانی: فیما اذا وقع الخلاف بالفعل فاردنا رفعه ببیع الوقف (او طرو الحاجة) ای عرض حاجة الواقف الی البیع مما یأتی انه من موارد الاستثناء (او صیرورته) ای الوقف (مما لا ینتفع به اصلا) کما سیأتی فی المستثنیات.

(الا ان یقال: ان) الوصف لو کان شرطا لم یضر، اذ: لا یرد علیه الاشکال المتقدم اذ (هذا الاطلاق) الموجود فی الوصف- ای اطلاق انه لا یباع و لا یوهب- (نظیر الاطلاق المتقدم، فی روایة ابن راشد) حیث اطلق علیه السلام قوله: لا یجوز شراء الوقف (فی انصرافه الی البیع لا لعذر)

فاطلاق الوصف فی وقف امیر المؤمنین علیه السلام، لو کان شرطا لا مقوما لیس موجبا للاشکال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۱

مع ان هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع، او شرطا خارجيا.

مع احتمال علم الامام بعدم طروّ هذه الامور المبيحة.

و حينئذ يصح ان يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا،

(مع) ان الفرار الى كون الوصف مقوما لا شرطا، لا ينفع فى دفع الاشكال.

ف (ان هـذا التقييـد) اى تقييد عدم البيع بعدم طروّ المستثنيات (مما لا بد منه على تقدير كون الصـفة) اى: لا يباع و لا يوهب (فصـلا للنوع) من قبيل الناطق للانسان (او شرطا خارجيا) من قبيل جئنى بزيد العالم.

و انما كان هذا التقيد مما لا بد منه، اذ: على كلا التقديرين يجوز بيع الوقف فى صورة طروّ المستثنيات.

(مع) انه يمكن ان نقول: بان الوصف ب: لا يباع و لا يوهب، شـرط خارجى، و ليس يستشـكل عليه بطروّ المسـتثنيات، ل (احتمال علم الامام) امير المؤمنين عليه السلام (بعدم طروّ هذه الامور المبيحة) للبيع.

(و حينئذ) اى حين قلنا بعلم الامام عليه السـلام (يصح ان يسـتغنى بذلك) اى بعلم للامام (عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا) اذ الشـرط الّذى يعلم الشارط حصوله لا وجه لـذكره، كما لو علم الآمر بان العبـد يأتيه بزيـد العالم لم يكن يحتاج لان يقول: جئنى بزيد العالم، بل يكفى ان يقول: جئنى بزيد- بدون ذكر العالم- اذ الوصف حينئذ مستغن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۳۷۲

بخلاـف مـا لو جعـل وصـفا داخلاـ فى النوع، فان العلم بعـدم طروّ مسوغات البيع فى الشـخص، لا يغنى عن تقييـد اطلاق الوصف فى النوع- كما لا يخفى-.

عنه (بخلاـف مـا لو جعـل) القيـد (وصـفا داخلا فى النوع) كالناطق بالنسـبة الى الانسان (فان العلم بعـدم طروّ مسوغات البيع فى) هـذا (الشـخص) الخـاص من الوقف (لاـ يغنى عن تقييـد اطلاـق الوصف) الكـائن ذلك الوصف (فى) واقع (النوع) اى يقيـد لفظا، كما هو مقيد واقعا، فيقول:

جئنى بالحيوان الناطق- مثلا- (كما لا يخفى).

فتحصل: ان المصنف أولا ردّد الامر فى: لا يباع و لا يوهب، بين:

الشـرط الخـارجى، فلاـ دلالـة على ان كـل وقف كـذلك بحيث لا يباع و لا يوهب و بين: المفهوم الـداخلى، فيـدل على ان من طبيعة الوقف عدم البيع و الهبة،

ثم استدل على كون: لا يباع، مقوما- لا وصفا خارجيا- بثلاث ادلة الاول: دعواه الظهور فى كونه وصفا للنوع.

الثانى: قوله: مع ان سياق،

الثالث: قوله: مع انه لو جاز،

و قوله: الا ان يقال: جواب عن الدليل الثالث.

كما ان قوله: مع ان هذا التقييد، جواب آخر عنه.

و قوله: مع احتمال علم الامام، فهو ترق عن التساوى المستفاد مما قبله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۳۷۳

فظهر ان التمسـك بإطلاـق المنع على البيع على كون الوصف داخلاـ فى اصل الوقف كما صـدر عن بعض من عاصـرناه، لا يخلو عن نظر و ان كان الانصاف ما ذكرنا من ظهور سياق الاوصاف فى كونها اوصافا للنوع.

و مما ذکرنا ظهر: ان المانع عن بیع الوقف، امور ثلاثة حق الواقف حیث جعلها بمقتضی صیغة الوقف صدقة جاریة ینتفع بها.
و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق.

(فظهر) من قولنا: الا ان یقال الی هنا (ان التمسک بإطلاق المنع علی البیع) فی الروایة بناء (علی کون الوصف داخلا فی اصل الوقف) باستدلال ان الوصف حینئذ مقوّم للوقف و لا یکون وجود الوقف بدون هذا المقوّم، و مهما وجد المقوّم لا یجوز البیع مهما تبدلت الحالات (کما صدر عن بعض من عاصرناه لا یخلو عن نظر)

وجه الظهور: ان الاطلاق منصرف الی البیع لا لعذر، فلا ینافی البیع لعذر (و ان کان الانصاف ما ذکرنا من ظهور سیاق الاوصاف فی کونها اوصافا للنوع) لا انها اوصاف لشخص الوقف الّذی وقفه الامام علیه السلام.

(و مما ذکرنا ظهر: ان المانع عن بیع الوقف، امور ثلاثة)

الاول: (حق الواقف حیث جعلها بمقتضی صیغة الوقف صدقة جاریة ینتفع بها) فقد حوّل الواقف حقه المطلق فی هذا الملک الی حق خاص، فالتعدی عن الخصوصیة خلاف حقه المطلق فی الملک.

(و) الثانی: (حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق):

عن، متعلق ب: المتأخرة،.

و انما جاء هذا الحق لان المالک الّذی کان له حق مطلق فوّض قسما من حقه الی البطون.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۴

و التعبد الشرعی المکشوف عنه بالروایات فان الوقف متعلق لحق الله، حیث یعتبر فیه التقرب، و یکون لله تعالی عمله، و علیه عوضه و قد یرتفع بعض هذه الموانع فیبقی الباقی و قد یرتفع کلها، و سیجیء التفصیل

ثم ان جواز البیع لا- ینافی بقاء الوقف الی ان یباع، فالوقف یبطل بنفس البیع، لا بجوازه، فمعنی جواز بیع العین الموقوفة جواز ابطال وقفها الی بدل او لا إلیه

(و) الثالث: (التعبد الشرعی المکشوف عنه بالروایات فان الوقف متعلق لحق الله) فان الله تعالی قرر بقاء الشیء الموقوف کما وقفه الواقف و لذا لو تنازل الواقف و الموقوف علیه لم یتمکنا من تغییر الوقف (حیث یعتبر فیه) ای فی الوقف (التقرب، و یکون لله تعالی عمله، و علیه) سبحانه (عوضه) بل حتی اذا قلنا: ان الوقف لا یعتبر فیه القربة یکون حق الله موجودا فیه- لما تقدم- (و قد یرتفع بعض هذه الموانع) الثلاثة (فیبقی الباقی) من الموانع (و قد یرتفع کلها، و سیجیء التفصیل) لصور الارتفاع.

(ثم) انه لو جاز بیع الوقف فالوقف لا یبطل بمجرد الجواز، و انما یبطل بالبیع.

ف (ان جواز البیع لا- ینافی بقاء الوقف) علی وقفیته، بان لا ینقلب ملکا (الی ان یباع فالوقف یبطل بنفس البیع لا بجوازه) ای لا بجواز البیع (فمعنی جواز بیع العین الموقوفة جواز ابطال وقفها الی بدل) بان یشتری مکانها بدلا لها (او لا إلیه) بل یتصرف فی ثمنها، لا ان معنی جواز البیع سقوط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۵

فان مدلول صیغة الوقف- و ان اخذ فیه الدوام، و المنع عن المعاوضة علیه- الا انه قد یعرض ما یجوّز مخالفة هذا الانشاء، کما ان مقتضی العقد الجائز، کالهبة تملیک المتّهب المقتضی لتسلطه المنافی لجواز انتزاعه من یده، و مع ذلک یجوز مخالفته، و قطع سلطنته عنه فتأمل.

الوقف عن الوقفية بمجرد جواز البيع.

و تترتب على هذا الامر، انه لا يجوز تصرف ينافي الوقف قبل البيع.

و وجه ما نقول من بقاء الوقف الى حين البيع، ان ادلة الوقف قبل البيع محكمة، و انما خرج بالدليل جواز البيع فقط، و لا تلازم بين جواز البيع و السقوط عن الوقفية (فان مدلول صيغة الوقف- و ان اخذ فيه الدوام، و المنع عن المعاوضة عليه-) اى على الوقف (الا انه قد يعرض ما يجوّز مخالفة هذا الانشاء) اى إنشاء الوقف (كما ان مقتضى العقد الجائز، كالهبة تمليك) الواهب (المتّهب) اى الموهوب له (المقتضى لتسلطه) اى المتّهب على المال (المنافى لجواز انتزاعه) اى المال و:

المنافى، صفة: تمليك، (من يده) اى يد المتّهب (و مع ذلك يجوز مخالفته، و قطع سلطنته عنه) فجواز قطع السلطنة لا ينافى عدم جواز سائر التصرفات قبل قطع السلطنة، و كذلك فيما نحن فيه جواز بيع الوقف لا ينافى عدم جواز سائر التصرفات المنافية للوقف قبل البيع (فتأمل) لعله اشارة الى الفرق بين الهبة و الوقف، فنفى المعاوضات مأخوذ فى مفهوم الوقف، فاذا جازت المعاوضة- بحكم الشارع- دل ذلك على نفى الوقف، فيدل على جواز سائر الامور المنافية للوقف بخلاف الهبة،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٧٦

الا انه ذكر بعض فى هذا المقام ان الّذى يقوى فى النظر- بعد امعانه-: ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا، من التضاد.

نعم: اذا بطل الوقف اتّجه حينئذ جواز بيعه.

ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغة لبيعه و قد سبقه الى ذلك بعض الاساطين فى شرحه على القواعد، حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص

فان نفى المعاوضات ليس مأخوذا فى مفهوم الهبة- كما لا يخفى-

(الا انه ذكر بعض) و هو صاحب الجواهر (فى هذا المقام) اى مقام جواز بيع الوقف (ان الّذى يقوى فى النظر- بعد امعانه-:) اى امعان النظر (ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه) فاللازم ان نقول: بان معنى جواز بيع الوقف سقوطه عن الوقفية (بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا، من التضاد) اذ جواز البيع، و عدم جواز البيع متقابلان.

(نعم: اذا بطل الوقف اتّجه حينئذ جواز بيعه)

و لذا كان اللازم القول ببطلان الوقف قبل البيع، فالبيع يقع على ما ليس بوقف.

(ثم ذكر) الجواهر (بعض مبطلات الوقف المسوّغة لبيعه و قد سبقه الى ذلك) اى الى ان الوقف و البيع متنافيان، فلا يجوز البيع الا بعد بطلان الوقف (بعض الاساطين) كالشيخ جعفر الكبير (فى شرحه على القواعد، حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص) كقوله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٧٧

و الاجماع، بل الضرورة بان البيع و اضرابه، ينافى حقيقة الوقف لاخذ الدوام فيه، و ان نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً.

و فيه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره، و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين.

او عنها و عن بدلها،

عليه السلام: الوقوف على حسب ما وقفها اهلها (و الاجماع) المحقق فى المسألة (بل الضرورة) فان كل مسلم ليس جديد الاسلام و بعيدا عن الاحكام يعلم حرمة بيع الوقف (بان البيع و اضرابه، ينافى حقيقة الوقف) و ذلك التنافى (لاخذ الدوام فيه) اى فى الوقف (و)

ب (ان نفی المعاوضات مأخوذ فیه) فکیف یمکن البیع فی حالکونه وقفا؟ (ابتداءً) ای لا استمرارا.

اذ جواز البیع فی حال طروّ المستثنیات، ینفی کون الوقف منافیا للمعاوضات.

(و فیه) ای فی ما ذکراه الجواهر و شرح القواعد، من انتفاء الوقفیة حال جواز البیع (ان ارید من بطلانه) ای الوقف (انتفاء بعض آثاره، و) الانتفاء (هو جواز البیع المسبب عن سقوط حق الموقوف علیهم عن شخص العین) لان حق البطون اللاحقة متعلق بالعین، فاذا اجاز الشارع اسقط حق سائر البطون عن ذات العین.

و قال ان الحق متعلق بالبدل- فیما اذا وجب شراء بدله-

(او) سقوط حق الموقوف علیهم (عنها و عن بدلها) الضمیران

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۸

حیث قلنا: بکون الثمن للبطن الّذی یبیع.

فهذا لا محصل له، فضلا عن ان یحتاج الی نظر، فضلا عن امعانه و ان ارید به انتفاء اصل الوقف، کما هو ظاهر کلامه، حیث جعل المنع من البیع من مقوّمات مفهوم الوقف.

ففیه- مع کونه خلاف الاجماع، اذ لم یقل احد ممن اجاز بیع الوقف فی بعض الموارد ببطلان الوقف، و خروج

عائد ان الی: العین، یعنی: قال الشارع: ان البطون اللاحقة لا حق لهم اطلاقا (حیث قلنا: بکون الثمن) الّذی یکون بدلا عن المبیع (للبطن الّذی یبیع) و لا یجب التبدیل الی عین اخری.

(فهذا) الکلام- ای ان ارید من بطلانه- (لا محصل له، فضلا عن ان یحتاج الی نظر) و دقة (فضلا عن) احتیاجه الی (امعانه) ای امعان النظر و تعمیمه.

و انما لا محصل لهذا الکلام، اذ کل شخص یعلم ان جواز البیع، معناه: انتفاء عدم جواز البیع الّذی کان من لوازم الوقوف (و ان ارید به انتفاء اصل الوقف، کما هو ظاهر کلامه) حتی تکون العین کانها ملک صرف (حیث جعل المنع من البیع من مقوّمات مفهوم الوقف) فاذا جاز البیع ذهب المقوّم الموجب لذهاب اصل الوقف.

(ففیه- مع کونه خلاف الاجماع) اذ: الاجماع قام علی ان الوقف انما یجوز بیعه اذا طرأ المستثنیات لا انّه یسقط عن کونه وقفا (اذ لم یقل احد ممن اجاز بیع الوقف فی بعض الموارد ببطلان الوقف) رأسا (و خروج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۷۹

الموقوف عن ملک الموقوف علیه الی ملک الواقف- ان المنع عن البیع لیس مأخوذا فی مفهومه بل هو فی غیر المساجد و شبهها قسم من التملیک

و لذا یطلق علیه الصدقة و یجوز ایجابه بلفظ: تصدقت، الا ان المالک له بطون متلاحقة فاذا جاز بیعه مع الابدال کان البائع ولیا عن جمیع الملاک فی ابدال مالهم بمال آخر، و اذا جاز

الموقوف عن ملک الموقوف علیه الی ملک الواقف-) الّذی هو مقتضی بطلان الوقف.

اذ الوقف انما اسقط حقه عن الموقوفة لتکون وقفا للموقوف علیه، لا لتکون ملکا له، فاذا قلنا بزوال الوقف کان اللازم رجوعه الی الواقف (ان المنع عن البیع) هذا متعلق ب: ففیه، (لیس مأخوذا فی مفهومه) ای مفهوم الوقف، حتی یکون مقوما (بل هو) ای الوقف (فی غیر المساجد و شبهها) کالحسینیات و القناطر العامة و الربط (قسم من التملیک) فان الواقف یملک الوقف للذریة، او لطلاب العلوم، او ما اشبه.

(و لذا) الّذی هو تملیک (یطلق علیه الصدقة) فان الصدقة لا تکون الا لشخص یملک الصدقة- و فیه ما لا یخفی- (و یجوز ایجابه) ای ایجاب الوقف (بلفظ: تصدقت، الا) استثناء عن کونه تملیکا (ان المالک له) ای لهذا الملک الموقوف (بطون متلاحقة) لا البطن الاول الّذی هو الوارث، کما فی الملک الصرف (فاذا جاز بیعه مع الابدال) فیما یجوز بیع الوقف لاجل تبدیله الی عین اخری (کان البائع) بالجعل الشرعی (ولیا عن جمیع الملاک) البطون المتلاحقة (فی ابدال مالهم بمال آخر و اذا جاز)،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۰

لا معه کما اذا بیع، لضرورة البطن الموجود- علی القول بجوازه- فقد جعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببیعه لانفسهم فاذا لم یبیعوا لم یبطل.

و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحکم بجواز البیع، او لم یتفق البیع، کان الوقف علی حاله.

و لذا صرح فی جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف، و ان بلغ حدا یجوز بیعه، معللا باحتمال طروّ الیسار

بیعه (لا- معه) ای بدون الابدال، بان یأکل الثمن البائع (کما اذا بیع، لضرورة البطن الموجود- علی القول بجوازه-) کما یأتی الکلام حوله فی المستثنیات (فقد جعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببیعه لانفسهم) و هذا لیس معناه ابطال الوقف رأسا.

و علیه (فاذا لم یبیعوا لم یبطل) خلافا لشرح القواعد و الجواهر، فظاهرهما البطلان و ان لم یبیعوا.

(و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحکم بجواز البیع) فانه لا یجوز بیعه (او لم یتفق البیع) بان ارادوا بیعه، لکن المشتری لم یرغب فیه فلم یشتره، او ما اشبه ذلک من صور عدم البیع (کان الوقف) باقیا (علی حاله) وقفا.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان جواز البیع لا یوجب سقوط الوقف عن الوقفیة (صرح فی جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف، و ان بلغ حدّا یجوز بیعه، معللا) عدم الجواز (باحتمال طروّ الیسار) و الغنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۱

للموقوف علیهم عند إرادة بیعه فی دین المرتهن، اذا عرفت ان مقتضی العمومات فی الوقف عدم جواز البیع، فاعلم: ان لاصحابنا فی الخروج عن عموم المنع فی الجملة اقوال.

احدها: عدم الخروج عنه، اصلا و هو الظاهر من کلام الحلّی، حیث قال فی السرائر:- بعد نقل کلام المفید قدس سره- و الّذی یقتضیه مذهبنا انه بعد وقفه و قبضه، لا- یجوز الرجوع فیه، و لا تغییره عن وجوهه و سبله، و لا بیعه، سواء کان بیعه اعود علیهم، أم لا و سواء خرب الوقف، و لا یوجد

(للموقوف علیهم عند إرادة بیعه) ای بیع الوقف (فی دین المرتهن) و عند طروّ الیسار لا یجوز البیع، اذا فرض ان البیع کان للاضطرار.

و کیف کان، ف (اذا عرفت ان مقتضی العمومات فی الوقف عدم جواز البیع، فاعلم: ان لاصحابنا فی الخروج عن عموم المنع فی الجملة) فی بعض الموارد مع الغض عن تعداد تلک الموارد (اقوال).

(احدها: عدم الخروج عنه) ای عن عموم المنع (اصلا) و لا فی مورد واحد (و هو الظاهر من کلام الحلّی، حیث قال فی السرائر:- بعد نقل کلام المفید قدس سره- و الّذی یقتضیه مذهبنا انه بعد وقفه) ای وقف الشیء (و قبضه) لانه یشترط فی الوقف القبض (لا یجوز الرجوع فیه) ای فی ذلک الشیء- بان یرجعه ملکا- (و لا تغییره عن وجوهه و سبله) مثلا: لو وقفه علی الطلبة یجعله للفقراء (و لا بیعه، سواء کان بیعه اعود) ای انفع (علیهم) ای الموقوف علیهم (أم لا و سواء خرب الوقف، و لا یوجد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۲

من یراعیه بعمارة من سلطان و غیره، او یحصل بحیث لا یجدی نفعا، أم لا.

قال الشـهید ره بعـد نقل اقوال المجوزین، و ابن ادریس سـدّ الباب و هو نادر مع قوّته و قد ادعی فی السـرائر: عدم الخلاف فی المؤبّد قال: ان الخلاف الّذی حکیناه بین اصحابنا انما هو اذا کان الوقف علی قوم مخصوصین، و لیس فیه شرط یقتضی رجوعه الی غیرهم. و اما اذا کان الوقف علی قوم و من بعده علی غیرهم، و کان الواقف قد

من یراعیه بعمـارهٔ من سـلطان و غیره): من، متعلق ب: من یراعیه، (او یحصل) من یراعیه (بحیث لا یجـدی) ذلک الوقف (نفعا، أم لا) هذا کلام الحلّی، و ایده الشهید فی ظاهر کلامه، فانه.

(قـال الشـهید) الاول (ره بعـد نقل اقوال المجوزین و ابن ادریس سـدّ الباب) ای باب جواز البیع، فانه لم یجوزه مطلقا (و هو) ای سـد الباب (نادر) اذ لم یقل به احـد (مع قوّته) ای ان سـد الباب قوی (و قـد ادعی فی السـرائر: عدم الخلاف فی) الوقف (المؤبّد) الدائمی، فـانه لا یجوز بیعه قطعا (قال: ان الخلاف الّـذی حکیناه بین اصـحابنا) فی انه هل یجوز بیع الوقف، أم لا؟ (انما هو اذا کان الوقف علی قوم مخصوصـین، و لیس فیه) ای فی الوقف (شـرط یقتضی رجوعه) ای الشیء الموقوف (الی غیرهم) کما اذا وقف علی اولاده، و لم یقل ثم علی اولاد الاولاد- مثلا-.

(و اما اذا کان الوقف علی قوم و من بعده علی غیرهم، و کان الواقف قد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۳

اشترط رجوعه الی غیره، الی ان یرث اللّه الارض لم یجز بیعه علی وجه بغیر خلاف بین اصحابنا، انتهی.

و فیه نظر، یظهر مما سیأتی من ظهور اقوال کثیر من المجوزین فی المؤبّد.

و حکی المنع مطلقا عن الاسکافی، و فخر الاسلام أیضا، الا فی آلات الموقوف، و اجزائه التی انحصر طریق الانتفاع بها فی البیع.

قال الاسکافی علی ما حکم عنه فی المختلف: ان الموقوف رقیقا او

اشترط رجوعه) ای الشـیء الموقوف (الی غیره) ای غیر القوم، بـان قال: هو وقف علی اولادی و من بعـدهم، الی اولاد الاولاد- مثلا- (الی ان یرث اللّه الارض) کنایـهٔ عن موت البشـر جمیعا (لم یجز بیعه علی) ای (وجه) من الوجوه، بل یبقی وقفا الی الأبد (بغیر خلاف بین اصحابنا، انتهی) کلام ابن ادریس الّذی حکاه الشهید.

(و فیه نظر) ای فیمـا ذکره من ان المؤبّـد لاـ خلاـف فی انه لاـ یجـوز بیعه مطلقـا (یظهر) النظر (ممـا سـیأتی من ظهـور اقوال کـثیر من المجوزین فی المؤبد) فلیس کما ذکره فی انه لا خلاف فی عدم جواز بیع المؤبد.

(و حکی المنع مطلقا عن الاسـکافی، و فخر الاسـلام أیضا، الا فی آلات الموقوف، و اجزائه) کبواری المسـجد، و آجره الّذی هدم، و بدّل بغیره مثلا- (التی انحصر طریق الانتفاع بها) ای بتلک الآلات، و الاجزاء (فی البیع) و الّا بقیت عاطلهٔ بلا نفع اصلا.

(قال الاسکافی علی ما حکی عنه فی المختلف: ان الموقوف رقیقا او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۴

غیره لو بلغ حاله الی زوال ما سبّله من منفعته فلا بأس ببیعه و ابدال مکانه بثمنه ان امکن، او صرفه فیما کان یصرف إلیه منفعته، او رد ثمنه علی منافع ما بقی من اصل ما حبس معه، اذا کان فی ذلک صلاح، انتهی.

و قال فخر الـدین فی الایضاح فی شـرح قول والده قدس سرهما: و لو خلق حصـیر المسـجد و خرج عن الانتفاع به، او انکسـر الجذع بحیث لا ینتفع به فی غیر الاحراق، فالاقرب جواز بیعه.

غیره لو بلغ حاله الی زوال ما سبّله) و وقفه الواقف (من منفعته) بیان: ما، (فلا بأس ببیعه، و ابدال) شیء آخر (مکانه) ای مکان الوقف

(بثمنه ان امکن) الابدال (او صرفه) ای الثمن (فیما کان یصرف إلیه منفعته).

مثلا: کان الدکان الموقوف ینصرف اجاره فی اهل العلم، فان امکن بدّل ثمنه بد کان آخر، و ان لم یمکن صرف ثمنه فی اهل العلم (او رد ثمنه علی منافع ما بقی) کما لو کان هناک دکانان، بیع احدهما فصرف ثمنه لمنفعة الدکان الباقی لاجل تعمیره و ترمیمه (من اصل ما حبس معه) «من» بیان: ما بقی، و ضمیر: معه، عائد الی الوقف الّذی بیع و صار ثمنا (اذا کان فی ذلک) ای صرف ثمن الوقف المبیع فی اصلاح الوقف الباقی، و ترمیمه (صلاح، انتهی) کلام الاسکافی.

(و قال فخر الدین فی الایضاح فی شرح قول والده) العلامة (قدس سرهما: و لو خلق حصیر المسجد) ای صار بالیا (و خرج عن الانتفاع به، او انکسر الجذع بحیث لا ینتفع به فی غیر الاحراق) بان سقط عن فائدة کونه سقفا، و ما اشبه (فالاقرب جواز بیعه) انتهی کلام العلامة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج‌۸، ص: ۳۸۵

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۸۵

قال- بعد احتمال المنع ب عموم النص فی المنع- و الاصح عندی جواز بیعه و صرف ثمنه فی المماثل ان امکن، و الا ففی غیره، انتهی.

و نسبة المنع إلیهما علی الاطلاق لا بد ان یبنی علی خروج مثل هذا عن محل الخلاف.

و سیظهر هذا من عبارة الحلبی فی الکافی أیضا، فلاحظ.

(قال) فخر الدین (- بعد احتمال المنع) عن بیع ذلک أیضا (ب) سبب (عموم النص فی المنع) عن جواز بیع الوقف (- و الاصح عندی جواز بیعه و صرف ثمنه فی المماثل) بان یشتری بثمن الحصیر حصیر آخر و بثمن الجذع جذع آخر (ان امکن) صرف ثمنه فی المماثل (و الا ففی غیره) کان یشتری بثمن الجذع حصیرا مثلا (انتهی) کلام الفخر.

(و نسبة المنع) عن بیع الوقف (إلیهما) ای الی الاسکافی و الفخر (علی الاطلاق) ای قول الناسب انهما یطلقان بیع الوقف (لا بد ان یبنی) الاطلاق فی کلامهما (علی خروج مثل هذا) ای مثل الآلة و الجزء (عن محل الخلاف) اذ: لو کان الآلة و الجزء داخلا فی محل الخلاف، فهما لا یمنعان عن بیعه- کما عرفت-.

فالخلاف القائم انما هو فی بیع اصل الوقف- مطلقا- ای بکل صورة.

فجماعة یجیزوه، و جماعة- و منهم الاسکافی و الفخر- یمنعوه.

اما الآلة و الجزء فلا خلاف فی جواز بیعهما.

(و سیظهر هذا) ای المنع عن بیع الوقف مطلقا- و المراد اصل الوقف لا اجزائه و الآلة- (من عبارة الحلبی فی الکافی أیضا، فلاحظ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۳۸۶

الثانی: الخروج عن عموم المنع فی المنقطع فی الجملة خاصة، دون المؤبّد، و هو المحکی عن القاضی حیث قال فی محکی المهذب: اذا کان الشیء وقفا علی قوم و من بعدهم الی غیرهم، و کان الواقف قد اشترط رجوعه الی غیر ذلک، الی ان یرث الله تعالی الارض و من علیها، لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه.

فان کان وقفا علی قوم مخصوصین، و لیس فیه شرط یقتضی رجوعه الی غیرهم- حسب ما قدمناه- و حصل الخوف من هلاکه او

فساده او کان

عبارته، و المصنف لم ینقلها.

(الثانی) من الاقوال فی مسئلة بیع الوقف (الخروج عن عموم المنع فی المنقطع فی الجملة) لا مطلقا (خاصة، دون) الوقف (المؤبّد، و هو المحکی عن القاضی حیث قال فی محکی المهذب: اذا کان الشیء وقفا علی قوم و من بعدهم الی غیرهم، و کان الواقف قد اشترط رجوعه) ای الوقف (الی غیر ذلک) القوم ای نسلا بعد نسل، او قوما بعد قوم (الی ان یرث الله تعالی الارض و من علیها) بان لا یبقی وارث للارض، و لا وارث حی لاحد (لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه) ای طرأ ایّ طارئ.

(فان کان وقفا علی قوم مخصوصین) کاولاده فقط (و لیس فیه شرط یقتضی) ذلک الشرط (رجوعه الی غیرهم- حسب ما قدمناه-) ای لم یکن الوقف مثل الوقف المتقدم فی ذکر الواقف الطبقة التالیة للطبقة الاولی بل اطلق ذکر طبقة واحدة (و حصل الخوف من هلاکه) ای هلاک الوقف بان یضمحلّ بالمرة (او فساده) بان یطرأ علیه فساد و ان بقی اصله موجودا (او کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۷

بأربابه حاجة ضروریة یکون بیعه اصلح لهم من بقائه علیهم، او یخاف من وقوع خلف بینهم یؤدّی الی فساده، فانه حینئذ یجوز بیعه و صرف ثمنه فی مصالحهم علی حسب استحقاقهم، فان لم یحصل شیء من ذلک لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه، و لا یجوز هبة الوقف و لا الصدقة به أیضا

و حکی عن المختلف و جماعة نسبة التفصیل الی الحلبی، لکن العبارة المحکیة عن کافیه لا تساعده، بل ربما استظهر منه المنع علی الاطلاق فراجع.

بأربابه حاجة ضروریة یکون بیعه اصلح لهم من بقائه علیهم) و المراد بالارباب الموقوف علیهم (او یخاف من وقوع خلف بینهم یؤدّی) ذلک الخوف (الی فساده) و هلاک الوقف (فانه حینئذ یجوز بیعه و صرف ثمنه فی مصالحهم علی حسب استحقاقهم) فمن یستحق من الوقف الثلث، یأخذ ثلث الثمن، و من یستحق الربع یأخذ ربعه، و هکذا (فان لم یحصل شیء من ذلک) المجوز للبیع (لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه) کالتبدیل بالاحسن، و الصرف فی الافضل (و لا یجوز هبة الوقف، و لا الصدقة به أیضا) کما لا یجوز بیعه.

(و حکی عن المختلف و جماعة نسبة التفصیل) بین المؤبد، فلا یجوز بیعه، و بین غیر المؤبّد، فیجوز بیعه (الی الحلبی، لکن العبارة المحکیة عن کافیه لا تساعده) ای لا تدل علی التفصیل المذکور (بل ربما استظهر منه) ای من الحلبی فی الکافی (المنع علی الاطلاق) سواء کان الوقف مؤبدا، او غیر مؤبد (فراجع) الکافی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۸۸

و حکی التفصیل المذکور عن الصدوق و المحکی عن الفقیه انه قال بعد روایة علی بن مهزیار الآتیة: ان هذا وقف کان علیهم دون من بعدهم، و لو کان علیهم و علی اولادهم ما تناسلوا و من بعد علی فقراء المسلمین، الی ان یرث الله تعالی الارض و من علیها، لم یجز بیعه ابدا

ثم ان جواز بیع ما عدا الطبقة الاخیرة فی المنقطع لا یظهر من کلام الصدوق، و القاضی، کما لا یخفی.

(و حکی التفصیل المذکور) بین المؤبد و غیره (عن الصدوق و المحکی عن) کتاب (الفقیه انه قال بعد روایة علی بن مهزیار الآتیة: ان هذا) ای جواز البیع (وقف کان علیهم دون من بعدهم) و لذا جاز بیعه (و لو کان علیهم و علی اولادهم ما تناسلوا و من بعد) علی

تقدير انقراض الاولاد (على فقراء المسلمين، الى ان يرث الله تعالى الارض و من عليها، لم يجز بيعه ابدا).

و من المعلوم ان هذا تفصيل بين الوقف المؤبّد، و غيره.

(ثم ان جواز بيع ما عدا الطبقة الاخيرة) و هى الطبقة التى نص الواقف عليهم فى الاخير، فانه لو قال: على اولادى الصلبيين، ثم على اولادهم الصلبيين، كانت الطبقة الاخيرة اولاد الاولاد، و ما عدا الطبقة الاخيرة هم قبل الطبقة الاخيرة كالاولاد الصلبيين فى المثال (فى) الوقف (المنقطع) لا المؤبّد (لا يظهر من كلام الصدوق، و القاضى) لانهما حكما بجواز بيع الطبقة الاخيرة فقط، اما غير الطبقة الاخيرة فلم يتعرضا له (كما لا يخفى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٨٩

ثم ان هؤلاء ان كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثة الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه.

اما اذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف، او ورثته فلا وجه للحكم بجواز بيعه، و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم.

و قد حكى القول بهذين عن القاضى

(ثم ان هؤلاء) الذين اجازوا بيع الطبقة الاخيرة (ان كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثة الموقوف عليه) فلو وقف زيد داره على عمرو، ثم مات عمرو رجع الوقف الى ورثة عمرو (فللقول بجواز بيعه) بان يبيعه الطبقة الاخيرة (وجه)

(اما اذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه) و موتهم (الى الواقف، او ورثته) كورثة زيد فى المثال، لان زيدا لم يخرجه عن ملكه، الا بمقدار بقائه عند الموقوف عليه، فاذا مات الموقوف عليه، رجع الى الواقف او ورثته (فلا وجه للحكم بجواز بيعه) بان يبيعه الطبقة الاخيرة (و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم) لانه ليس عائدا إليهم.

(و قد حكى القول بهذين) القولين، اى القول بجواز بيع الطبقة الاخيرة و صرفه فى مصالحهم، و القول بعدم الجواز (عن القاضى) و كانه قال بهذين القولين فى مكانين، فقد حصل له اختلاف الرأى فى المسألة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩٠

الا ان يوجه بانه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حبسا بل هو وقف حقيقى، و تمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، و حينئذ فبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الاول، مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبّد.

لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبى المحكى عنه القول المتقدم،

و الظاهر ان الفسخ التى عندى خطاء و الصحيح: بهذا،

و المراد به: جواز بيع الطبقة الاخيرة و صرفه فى مصالحهم بقرينة قوله: (الا ان يوجه) اى القول بجواز بيع الطبقة الاخيرة لانفسهم (بانه) اى القاضى (لا يقول ببقائه) اى الوقف (على ملك الواقف) اى بعد ان وقف (حتى يكون حبسا) و يكون مالكه الواقف (بل هو وقف حقيقى، و تمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، و حينئذ) الّذى كانوا هم الملاك (فبيعهم له مع تعلق حق الواقف) الحق الّذى هو عبارة عن انه اذا انقرض الموقوف عليه عاد ملكا للواقف، انما هو (نظير بيع البطن الاول مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد) كما يقول به المشهور فى الموارد المستثناة.

فكما انه لا ينافى كونه متعلقا لحقوق البطون بيع البطن الموجود و اكل ثمنه و ذلك لاجازة الشارع كذلك فى ما نحن فيه.

(لكن هذا الوجه) الّذى وجهنا به عدم المنافاة بين بيع البطن و تعلق حق الواقف (لا يدفع الاشكال عن الحلبى المحكى عنه القول المتقدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩١

حيث انه يقول: ببقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف.

الثالث: الخروج عن عموم المنع، و الحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة.

و اما المنقطع فلم ينصّوا عليه و ان ظهر من بعضهم التعميم، و من بعضهم التخصيص، بناء على قوله برجوع المنقطع الى ورثة الواقف، كالشيخ، و سلّار قدس سرهما.

حيث انه يقول: ببقاء الوقف مطلقا) المؤبّد و غيره (على ملك الواقف) اذ كيف يمكن على هذا القول ان يبيع الملك البطن و يأكل ثمنه، مع انه ملك لغيره- الّذى هو الواقف-.

(الثالث) من موارد الاستثناء (الخروج عن عموم المنع) اى المنع عن بيع الوقف (و الحكم بالجواز) عطف على الخروج (فى) الوقف (المؤبّد فى الجملة) بشرائط خاصة.

(و اما) الوقف (المنقطع) كما لو وقف على زيد و ذريته، ثم انقطعوا (فلم ينصّوا عليه) و انّه هل يجوز بيعه، أم لا؟ (و ان ظهر من بعضهم التعميم) و ان المنقطع كالمؤبد فى جواز بيعه (و من بعضهم التخصيص) اى ان جواز البيع خاص بالوقف المؤبّد، لا المنقطع.

و انما لم يجيزوا بيع المنقطع (بناء على قوله) اى قول المخصص (برجوع المنقطع الى ورثة الواقف) فلا يجوز للموقوف عليه بيعه (كالشيخ و سلار قدس سرهما).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩٢

و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى وجوه البرّ كالسيد ابى المكارم ابن زهرة فلازمه جعله كالمؤبّد.

و كيف كان فالمناسب أوّلا نقل عبائر هؤلاء.

فنقول: قال المفيد فى المقنعة: الوقوف فى الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، الا ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم، و

(و من حكم برجوعه) اى الوقف (بعد انقراض الموقوف عليه الى وجوه البرّ) و الخيرات، فانه لا يجوز بيع الموقوف عليه بالوقف (كالسيد ابى المكارم ابن زهرة).

و قوله: و من، مبتداء خبره قوله (فلازمه) اى لازم هذا القول (جعله كالمؤبد) لا كالمنقطع اذ لا انقطاع بنظر هذا القائل، بل المؤبد يرجع الى الله بعد انقراض البشر، و هذا يرجع الى الصرف فى سبل الله تعالى بعد انقراض طبقة خاصة.

(و كيف كان) الامر، سواء قلنا بجواز البيع لكل وقف، او خصصنا الجواز بالمؤبّد (فالمناسب أوّلا نقل عبائر هؤلاء) حتى يتضح مرادهم.

(فنقول: قال المفيد فى المقنعة: الوقوف فى الاصل) الّذى شرعه الاسلام،- و هذا الاصل باق لا يجوز الخروج عنه الا بدليل خاص- (صدقات) سمّى الوقف بها فى الاحاديث لاجل ان الوقف تصديق لثواب الله كما ان سائر الصدقات كذلك (لا يجوز الرجوع فيها) بارجاع الوقف ملكا (الا ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم) اى اعانتهم (و) يمنع الشرع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩٣

التقرب الى الله بصلتهم، او يكون تغيير الشرط فى الموقوف اعود عليهم و انفع لهم من تركه على حاله.

و اذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه لم يجز له الرجوع فى شيء منه، و لا تغيير شرائطه، و لا نقله عن وجوهه و سبله.

و متى اشترط الواقف فى الوقف انه متى احتاج إليه فى حياته، لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه

(التقرب الی الله بصلتهم) کما لو انقلب الموقوف علیه کافرا حربیا، او ثائرا ضد الامام علیه السلام، او ما اشبه ذلک (او یکون تغییر الشرط فی الموقوف) بان یغیر البستان الموقوف علی الطبقة الی دور لسکناهم (اعود علیهم، و انفع لهم من ترکه علی حاله).

مثلا: کان جعل البستان دورا لسکناهم یسوی کل سنة الف دینار بینما بقائه بستانا لا یعطی فی السنة الا عشرین دینارا.

(و اذا اخرج الواقف الوقف عن یده الی من وقف علیه) کما لو سلّم المدرسة الی الطلاب (لم یجز له الرجوع فی شیء منه) بان یرجع بعضه الی نفسه (و لا تغییر شرائطه) ای الخصوصیات التی اخذها فی الوقف کان وقفه علی الذکور، ثم اراد تشریک الاناث معهم، او بالعکس (و لا نقله عن وجوهه و سبله) کان وقفه علی الطلاب، ثم اراد ان یکون وقفا علی الزوار.

(و متی اشترط الواقف فی الوقف انه متی احتاج إلیه فی حیاته، لفقر، کان له بیعه) «کان» جواب: متی، (و صرف ثمنه فی مصالحه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۹۴

جاز له فعل ذلک، و لیس لارباب الوقف بعد وفات الواقف ان یتصرفوا فیه ببیع، او هبة، او یغیروا شیئا من شروطه، الا ان یخرب الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة من سلطان، او غیره، او یحصل بحیث لا یجدی نفعا فلهم حینئذ بیعه، و الانتفاع بثمنه، و کذلک ان حصلت لهم ضرورة الی ثمنه کان لهم حله، و لا یجوز ذلک مع عدم ما ذکرنا من الاسباب و الضرورات، انتهی کلامه ره.

و قد استفاد من هذا الکلام فی غایة المراد تجویز بیع الوقف فی خمسة

جاز له فعل ذلک) عند وجود الشرط، و: اجاز، جواب: ان، (و لیس لارباب الوقف بعد وفات الواقف ان یتصرفوا فیه ببیع، او هبة، او یغیروا شیئا من شروطه) التی جعلها الواقف.

و قوله: بعد وفات الواقف قید غالبی، مثل: اللاتی فی حجورکم، و الا فلیس لهم ذلک أیضا فی حال حیاة الواقف (الا ان یخرب الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة) و اصلاح (من سلطان، او غیره) بیان: من، (او یحصل) الخراب (بحیث لا یجدی نفعا) و ان رمم، و عمر (فلهم) ای لارباب الوقف (حینئذ بیعه، و الانتفاع بثمنه، و کذلک ان حصلت لهم ضرورة الی ثمنه) کما لو اضطروا الی الثمن لعلاج مریض خطیر، او ما اشبه ذلک (کان لهم حله) ای حل الوقف بالبیع، و الانتفاع بالثمن (و لا یجوز ذلک) البیع (مع عدم ما ذکرنا من الاسباب و الضرورات، انتهی کلامه) ای المفید (ره).

(و قد استفاد من هذا الکلام فی غایة المراد تجویز بیع الوقف فی خمسة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۹۵

مواضع،

و ضم صورة جواز الرجوع، و جواز تغییر الشرط الی المواضع الثلاثة المذکورة بعد وصول الموقوف الی الموقوف علیهم، و وفات الواقف، فلاحظ و تأمل.

مواضع).

و هی: ۱- «الا ان یحدث».

۲- و «او یکون تغییر الشرط».

۳- و «و ان اشترط الواقف».

۴- و «الا ان یخرب الوقف».

۵- و «و ان حصلت لهم ضرورة».

(و ضم) الشهید (صورة جواز الرجوع، و جواز تغییر الشرط) فیما کانا قبل تمام الوقف، بالقبض و الاقباض (الی المواضع الثلاثة المذکورة بعد وصول الموقوف الی الموقوف علیهم، و وفات الواقف).

و المراد بالمواضع الثلاثة (الا ان یخرب) و «او یحصل» و «کذلک ان حصلت».

و لا یخفی ان هذا الکلام من المصنف لا ینافی ما ذکره الشهید من ان المواضع خمسة، اذ هی خمسة باعتبار، و ستة باعتبار، فتأمل (فلاحظ) کلام الشهید (و تأمل) فیه.

فان قبل تمام الوقف لا یصح جعله مستثنی، اذ الاستثناء انما یصح بعد تمام الوقف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۹۶

ثم ان العلامة ذکر فی التحریر ان قول المفید ره، بانه لا یجوز الرجوع فی الوقف الا ان یحدث- الی قوله- انفع لهم من ترکه علی حاله، متأول.

و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم یرتض بظاهره للمفید.

و قال فی الانتصار علی ما حکی عنه، و مما انفردت الامامیة به القول بان الوقف متی حصل له الخراب، بحیث لا یجدی نفعا جاز- لمن هو وقف علیه- بیعه، و الانتفاع بثمنه، و ان ارباب الوقف متی دعتهم ضرورة شدیدة الی ثمنه

(ثم ان العلامة ذکر فی التحریر ان قول المفید ره، بانه لا یجوز الرجوع فی الوقف الا ان یحدث- الی قوله- انفع لهم من ترکه علی حاله، متأول) ای الی صورة عدم الانتفاع بالوقف لخراب، او شبهه.

و الا لو صح هذا الکلام علی اطلاقه لزم صحة تغییر کل وقف.

(و لعله) ای لعل کلام العلامة فی ان کلام المفید متأول (من) جهة (شدة مخالفته للقواعد) الدالة علی عدم صحة بیع الوقف (لم یرتض بظاهره) ای بظاهر هذا الکلام (للمفید).

(و قال) السید المرتضی (فی الانتصار علی ما حکی عنه، و مما انفردت الامامیة به القول بان الوقف متی حصل له الخراب، بحیث لا یجدی نفعا جاز- لمن هو) ای الوقف (وقف علیه-) ای الموقوف علیه (بیعه) فاعل: جاز (و الانتفاع بثمنه، و ان ارباب الوقف متی دعتهم ضرورة شدیدة الی ثمنه) لا ما یسمی فی العرف بالضرورة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۳۹۷

جاز لهم بیعه، و لا یجوز لهم ذلک مع فقد الضرورة.

ثم احتج باتفاق الامامیة، ثم ذکر خلاف ابن الجنید، و رده بکونه مسبوقا و ملحوقا بالاجماع، و انه انما عول فی ذلک علی ظنون له، و حسبان و اخبار شاذة لا یلتفت الی مثلها، انتهی.

ثم قال: و اما اذا صار الوقف بحیث لا یجدی نفعا، اودعت اربابه الضرورة الی ثمنه، لشدة فقرهم، فالاحوط ما ذکرناه من جواز بیعه.

اذ الضرورة الشرعیة اخص من الضرورة العرفیة، کما لا یخفی.

فحینئذ (جاز لهم بیعه، و) لکن (لا یجوز لهم ذلک) البیع (مع فقد الضرورة)

(ثم احتج) السید (باتفاق الامامیة) علی جواز البیع فی هذه الصور (ثم ذکر خلاف ابن الجنید) و انه لا یجوز بیع الوقف اطلاقا (و رده بکونه مسبوقا و ملحوقا بالاجماع، و انه) ای ابن الجنید (انما عول فی ذلک) المنع عن البیع (علی ظنون له، و حسبان) عطف بیان للظن (و اخبار شاذة) اطلاقها یدل علی المنع عن البیع (لا یلتفت الی مثلها، انتهی) کلام السید.

(ثم قال) السید (و اما اذا صار الوقف بحیث لا یجدی نفعا، اودعت اربابه الضرورة الی ثمنه، لشدة فقرهم، فالاحوط ما ذکرناه من

جواز بيعه)

و المراد بالاحتياط الحيطة على الوقف، حتى لا يتلف- فى الاول- و الحيطة على الارباب حتى لا يقعوا فى عسر و حرج- فى الثاني-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩٨

لانه انما جعل لمنافعهم، فاذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه، و لم يبق منفعة فيه الا من الوجه الّذى ذكرناه، انتهى ره.

و قال فى المبسوط: و انما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو انه اذا خيف على الوقف الخراب، او كان بأربابه حاجة شديدة، و لا يقدرون على القيام به فحينئذ يجوز لهم بيعه، و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه، انتهى.

ثم احتج على ذلك بالاخبار، و قال سلار فيما حكى عنه: و لا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من ان يبقى و يبقوا على الحال التى وقف

(لانه) اى الوقف (انما جعل لمنافعهم، فاذا بطلت منافعهم منه) اى من الوقف (فقد انتقض الغرض عنه، و لم يبق منفعة فيه الا من الوجه الّذى ذكرناه) اى البيع (انتهى) كلام السيد (ره).

(و قال) الشيخ (فى المبسوط: و انما يملك الموقوف عليه بيعه) اى يجوز لهم بيع الوقف (على وجه) اى بعض الصور فقط (عندنا) معاشر الامامية (و هو انه اذا خيف على الوقف الخراب، او كان بأربابه حاجة شديدة، و لا يقدرون على القيام به) اى بالوقف او بما احتاجوه و اضطروا إليه، و ارجاع ضمير المذكر الى الحاجة على التأويل (فحينئذ يجوز لهم بيعه، و مع عدم ذلك) المجوز للبيع (لا يجوز بيعه، انتهى) كلام المبسوط.

(ثم احتج على ذلك) الجواز فى الصور المذكورة (بالاخبار، و قال سلار فيما حكى عنه: و لا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من ان يبقى) الوقف (و يبقوا على الحال التى وقف)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٣٩٩

فيها، او يتغير الحال، فان لم يتغير الحال، فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته، و لا تغيير شي‌ء من احواله، و ان تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على اى وجه كان، او لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة، جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع لهم، انتهى.

و قال فى الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لا يجدى نفعا، و خيف خرابه، او كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه، بدليل اجماع الطائفة، و لان غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فاذا

(فيها) اى فى تلك الحال (او يتغير الحال) اى حال الوقف او حالهم (فان لم يتغير الحال، فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف) الوقف مفعول: بيع، (و لا هبته، و لا تغيير شي‌ء من احواله، و ان تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على اى وجه كان) كما لو كان بستانا، فلم ينتفع به مع وصف بقائه بستانا، و لا امكن تبديله الى دار، او دكان، او حمام او ما اشبه، ينتفع به الموقوف عليهم (او لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة، جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع لهم) كان يشتروا مكانه بستانا آخر- مثلا- (انتهى).

(و قال فى الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لا يجدى نفعا، و خيف خرابه، او كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه، بدليل اجماع الطائفة) على جواز البيع فى هذه الصور (و لان غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فاذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ٤٠٠

لم يبق له منفعة الا على الوجه الّذى ذكرنا، جاز، انتهى.

و قال فى الوسيلة: و لا يجوز بيعه- يعنى الوقف- الا باحد شرطين، الخوف من خرابه، او حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها

القیام به، انتهی.

و قال الراوندی فی فقه القرآن علی ما حکی عنه: و انما یملک بیعه علی وجه عندنا، و هو اذا خیف علی الوقف الخراب، او کان بأربابه حاجة شدیدة.

و قال فی الجامع علی ما حکی عنه: فان خیف خرابه، او کان بهم

لم یبق له منفعة الا علی الوجه الّذی ذکرنا، جاز) البیع (انتهی).

(و قال فی الوسیلة: و لا یجوز بیعه- یعنی الوقف- الا باحد شرطین، الخوف من خرابه، او حاجة بالموقوف علیه شدیدة) صفة حاجة (لا- یمکنه معها) ای مع تلک الحاجة (القیام به) ای بشأن الوقف، فان الانسان المضطر الحال لا یتمکن من القیام بادارة الامور، او الضمیر فی به یعود الی ما یحتاجه الموقوف علیه، فالمعنی لا یمکنه مع الحاجة قیام الوقف بتلک الحاجة (انتهی).

(و قال الراوندی فی فقه القرآن علی ما حکی عنه: و انما یملک) الموقوف علیه (بیعه) ای الوقف (علی وجه) واحد من وجهین (عندنا، و هو اذا خیف علی الوقف الخراب، او کان بأربابه حاجة شدیدة).

(و قال فی الجامع علی ما حکی عنه: فان خیف خرابه، او کان بهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۱

حاجة شدیدة، او خیف وقوع فتنة لهم تستباح بها الانفس جاز بیعه، انتهی.

و عن النزهة: لا- یجوز بیع الوقف الا ان یخاف هلاکه، او یؤدّی المنازعة فیه بین اربابه الی ضرر عظیم، او یکون فیهم حاجة عظیمة شدیدة و یکون بیع الوقف اصلح لهم، انتهی.

و قال فی الشرائع و لا یصح بیع الوقف ما لم یؤد بقائه الی خرابه لخلف بین اربابه و یکون البیع اعود.

و قال فی کتاب الوقف: و لو وقع بین الموقوف علیه خلف بحیث یخشی

حاجة شدیدة، او خیف وقوع فتنة لهم) ای بینهم (تستباح بها الانفس) بالقتل و الهتک و ما اشبه (جاز بیعه، انتهی).

(و عن النزهة: لا یجوز بیع الوقف الا ان یخاف هلاکه، او یؤدّی المنازعة فیه) ای فی الوقف (بین اربابه الی ضرر عظیم، او یکون فیهم حاجة عظیمة شدیدة و یکون بیع الوقف اصلح لهم انتهی).

و الظاهر: ان کل هذه الامور مشروط عنده فی الجواز لا انها علی سبیل منع الخلو، و ذلک لظهور الواو فی الجمع.

(و قال فی الشرائع) فی کتاب البیع (و لا- یصح بیع الوقف ما لم یؤد بقائه الی خرابه لخلف بین اربابه) اذ لو لا الخلف، لقاموا جمیعا بعمارته (و یکون البیع اعود) ای انفع لهم من بقائه وقفا.

(و قال) الشرائع أیضا (فی کتاب الوقف: و لو وقع بین الموقوف علیه خلف بحیث یخشی) بسبب خلفهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۲

خرابه، جاز بیعه، و لو لم یقع خلف و لا خشی خرابه، بل کان البیع انفع لهم، قیل یجوز بیعه، و الوجه المنع، انتهی.

و مثل عبارة الشرائع فی کتابی البیع و الوقف عبارة القواعد فی الکتابین.

و قال فی التحریر: لا- یجوز بیع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، و لم یجز بیعها، و لو وقع خلف بین ارباب الوقف بحیث یخشی خرابه، جاز بیعه علی ما رواه اصحابنا.

ثم ذکر کلام ابن ادریس و فتواه علی المنع مطلقا و تنزیله قول بعض

(خرابه، جاز بیعه، و لو لم یقع خلف و لا خشی خرابه، بل کان البیع انفع لهم) لان منفعته قائما، اقل من منفعته مبیعا (قیل یجوز بیعه، و الوجه) عند المحقق (المنع، انتهی).

(و مثل عبارة الشرائع فی کتابی البیع و الوقف عبارة القواعد فی الکتابین) البیع و الوقف.

(و قال) العلامة (فی التحریر: لا یجوز بیع الوقف بحال) من الاحوال (و لو انهدمت الدار) الموقوفة (لم تخرج العرصة عن الوقف و لم یجز بیعها) بل تبقی وقفا ینتفع بها فی هذا الحال (و لو وقع خلف بین ارباب الوقف بحیث یخشی خرابه) اذا بقی علی حاله (جاز بیعه علی ما رواه اصحابنا).

(ثم ذکر کلام ابن ادریس و فتواه علی المنع مطلقا) فی جمیع الصور (و تنزیله) ای ابن ادریس (قول بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۳

الاصحاب بالجواز علی المنقطع، و نفیه الخلاف علی المنع فی المؤبد.

ثم قال: و لو قیل بجواز البیع اذا ذهب منافعه بالکلیة، کدار انهدمت و عادت مواتا، و لم یتمکن من عمارتها و یشتری بثمنه ما یکون وقفا، کان وجیها، انتهی.

و قال فی بیع التحریر: و لا یجوز بیع الوقف ما دام عامرا، و لو أدی بقائه الی خرابه جاز و کذا یباع لو خشی وقوع فتنة بین اربابه مع بقائه علی الوقف انتهی.

الاصحاب بالجواز علی) الوقف (المنقطع) کما لو وقف علی اولاده الصلبیین فقط (و نفیه) ای ابن ادریس عطف علی: تنزیله، (الخلاف علی المنع) عن البیع (فی) الوقف (المؤبد).

(ثم قال:) التحریر (و لو قیل: بجواز البیع اذا ذهب منافعه) ای منافع الوقف (بالکلیة، کدار انهدمت و عادت مواتا، و لم یتمکن من عمارتها) «من» زیادة للتأکید (و یشتری بثمنه ما یکون وقفا، کان) هذا القول (وجیها) صحیحا (انتهی).

(و قال فی بیع التحریر: و لا یجوز بیع الوقف ما دام عامرا، و لو ادی بقائه الی خرابه) لعدم من یقوم بعمارته (جاز) البیع (و کذا یباع لو خشی وقوع فتنة بین اربابه مع بقائه علی الوقف).

و المراد بالخشیة التی هی طریق عقلائی الی الواقع لا مجرد خشیة لا سند لها من العرف- کما لا یخفی- (انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۴

و عن بیع الارشاد: لا یصح بیع الوقف الا ان یخرب، او یؤدی الی الخلف بین اربابه علی رأی.

و عنه فی باب الوقف: لا یصح بیع الوقف، الا ان یقع بین الموقوف علیه خلف و یخشی به الخراب.

و قال فی التذکرة فی کتاب الوقف علی ما حکی عنه: و الوجه ان یقال: یجوز بیع الوقف مع خرابه و عدم التمکن من عمارته، او خوف فتنة بین اربابه یحصل باعتبارها فساد، انتهی.

و قال فی کتاب البیع: لا یصح بیع الوقف لنقص الملک فیه اذ القصد منه

(و عن بیع الارشاد: لا یصح بیع الوقف الا ان یخرب) و لا عامر له (او یؤدی الی الخلف بین اربابه علی رأی) بعض الفقهاء.

(و عنه) ای الارشاد (فی باب الوقف: لا یصح بیع الوقف، الا ان یقع بین الموقوف علیه خلف و یخشی به) ای بسبب الخلف (الخراب) اذ الخلاف یوجب عدم اعتنائهم لتعمیره.

(و قال فی التذکرة فی کتاب الوقف علی ما حکی عنه: و الوجه ان یقال: یجوز بیع الوقف مع خرابه و عدم التمکن من عمارته، او خوف فتنة بین اربابه یحصل باعتبارها) ای بسبب تلک الفتنة (فساد) من سفک دم او مشاحنات، او هدر اموال، او ما اشبه (انتهی).

(و قال فی کتاب البیع: لا یصح بیع الوقف لنقص الملک فیه) ای لیست للوقف ملکیة تامة بحیث یمکن بیعه (اذ القصد منه) ای من الوقف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۵

التأبید.

نعم لو کان بیعه اعود علیهم لوقوع خلف بین اربابه، و خشی تلفه، او ظهور فتنة بسببه، جوز اکثر علمائنا بیعه، انتهی.

و قال فی غایة المراد: یجوز بیعه فی موضعین خوف الفساد، بالاختلاف.

و اذا کان البیع اعود، مع الحاجة.

و قال فی الدروس: لا یجوز بیع الوقف الا اذا خیف من خرابه، او خلف اربابه المؤدی الی فساده.

و قال فی اللمعة لو أدی بقائه الی خرابه لخلف اربابه، فالمشهور الجواز انتهی.

(التأبید) ای ان یکونا ابدیا.

(نعم لو کان بیعه اعود علیهم لوقوع خلف بین اربابه، و خشی تلفه او ظهور فتنة بسببه) ای بسبب الوقف (جوز اکثر علمائنا بیعه انتهی)

(و قال: فی غایة المراد یجوز بیعه) ای الوقف (فی موضعین).

الاول: (خوف الفساد، ب) سبب (الاختلاف).

(و) الموضع الثانی (اذا کان البیع اعود) ای انفع للموقوف علیه (مع الحاجة) لهم الی ثمنه.

(و قال فی الدروس: لا یجوز بیع الوقف الا اذا خیف من خرابه، او خلف اربابه المؤدی الی فساده) ای فساد الوقف بالتلف و نحوه.

(و قال فی اللمعة لو ادی بقائه الی خرابه لخلف اربابه، فالمشهور الجواز، انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۶

و قال فی تلخیص الخلاف علی ما حکی عنه: ان لاصحابنا فی بیع الوقف اقوال متعددة، اشهرها جوازه اذا وقع بین اربابه خلف، و فتنة، و خشی خرابه و لا یمکن سد الفتنة بدون بیعه، و هو قول الشیخین و اختاره نجم الدین و العلامة، انتهی.

و قال فی التنقیح علی ما حکی عنه: اذا آل الی الخراب، لاجل الاختلاف، بحیث لا ینتفع به اصلا جاز بیعه.

و عن تعلیق الارشاد: یجوز بیعه اذا کان فساد یستباح فیه الانفس.

و عن إیضاح النافع: انه جوز بیعه اذا اختلف اربابه اختلافا یخاف معه

(و قال فی تلخیص الخلاف علی ما حکی عنه: ان لاصحابنا فی بیع الوقف اقوال متعددة، اشهرها جوازه اذا وقع بین اربابه خلف، و فتنة و خشی خرابه) من جراء تلک الفتنة (و لا یمکن سد الفتنة بدون بیعه، و هو قول الشیخین) المفید و الطوسی (و اختاره نجم الدین) المحقق (و العلامة، انتهی).

(و قال فی التنقیح علی ما حکی عنه: اذا آل) و انتهی الوقف (الی الخراب، لاجل الاختلاف، بحیث لا ینتفع به اصلا) و لو نفعا قلیلا (جاز بیعه).

(و عن تعلیق الارشاد: یجوز بیعه) ای الوقف (اذا کان) فی بقائه (فساد یستباح فیه الانفس) هتکا و دما و ما اشبه.

(و عن إیضاح النافع: انه جوز بیعه اذا اختلف اربابه اختلافا یخاف معه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۰۷

القتال، و نهب الاموال، و لم یندفع الا بالبیع، قال: فلو امکن زواله، و لو بحاکم الجور لم یجز، و لا اعتبار بخشیة الخراب و عدمه انتهی.

و مثله الکلام المحکی عن تعلیقه علی الشرائع، و قال فی جامع المقاصد بعد نسبة ما فی عبارة القواعد الی موافقة الاکثر- ان المعتمد جواز بیعه فی ثلاثة مواضع.

احدها: اذا خرب و اضمحل بحیث لا ینتفع به، کحصر المسجد اذا اندرست و جذوعه اذا انکسرت.

ثانیها: اذا حصل خلف بین اربابه یخاف منه تلف الاموال، و مستنده صحیحة علی بن مهزیار، و یشتری بثمنه فی

القتال، و نهب الاموال، و لم یندفع) هذا الفساد (الا بالبیع، قال:

فلو امکن زواله، و لو بحاکم الجور لم یجز) البیع (و لا اعتبار بخشیة الخراب و عدمه) فانه لا یجوز البیع و لو خشی الخراب (انتهی).

(و مثله الکلام المحکی عن تعلیقه علی الشرائع و قال فی جامع المقاصد بعد نسبة ما فی عبارة القواعد) المتقدمة (الی موافقة الاکثر- ان المعتمد جواز بیعه فی ثلاثة مواضع).

(احدها: اذا خرب و اضمحل بحیث لا ینتفع به، کحصر المسجد اذا اندرست) و بلی بحیث لا ینتفع به (و جذوعه اذا انکسرت) و لم ینتفع بکل قطعة منه.

(ثانیها: اذا حصل خلف بین اربابه یخاف منه تلف الاموال، و مستنده) ای البیع فیهما (صحیحة علی بن مهزیار، و یشتری بثمنه فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۴۰۸

الموضعین ما یکون وقفا علی وجه یندفع به الخلف تحصیلا لمطلوب الواقف بحسب الامکان و یتولی ذلک الناظر الخاص ان کان و الا فالحاکم.

ثالثها: اذا لحق بالموقوف علیه حاجة شدیدة و لم یکن ما یکفیهم من غلّة و غیرها، لروایة جعفر بن حنان عن الصادق علیه السلام، انتهی کلامه رفع مقامه.

و قال فی الروضة: و الاقوی فی المسألة ما دل علیه صحیحة علی ابن مهزیار عن ابی جعفر الجواد علیه السلام، من جواز بیعه اذا وقع بین اربابه خلف شدید، علّله علیه السلام بانه ربما جاء فیه تلف الاموال و

الموضعین ما یکون وقفا علی وجه یندفع به الخلف) ای لا یشتری به شیء لا ینتفع به لانه خلاف وجه البیع بل اللازم اشتراء شیء نافع (تحصیلا لمطلوب الواقف بحسب الا- مکان) فان مطلوب الواقف النفع، فاذا لم یحصل بالعین حصل بالبدل (و یتولی ذلک) التبدیل (الناظر الخاص) للوقف (ان کان) له ناظر خاص (و الا فالحاکم).

(ثالثها: اذا لحق بالموقوف علیه حاجة شدیدة و لم یکن ما یکفیهم من غلّة و غیرها، لروایة جعفر بن حنان عن الصادق علیه السلام) کما سیأتی (انتهی کلامه رفع مقامه).

(و قال فی الروضة: و الاقوی فی المسألة ما دل علیه صحیحة علی ابن مهزیار عن ابی جعفر الجواد علیه السلام، من جواز بیعه اذا وقع بین اربابه خلف شدید، علّله علیه السلام) ای جواز البیع حینئذ (بانه ربما جاء فیه تلف الاموال و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۸، ص: ۴۰۹

النفوس، و ظاهر ان خوف ادائه إلیهما و الی احدهما لیس بشرط بل هو مظنة لذلک.

قال: و لا- یجوز بیعه فی غیر ما ذکرناه و ان احتاج إلیه ارباب الوقف، و لم یکفهم غلته، او کان اعود، او غیر ذلک، مما قیل، لعدم دلیل صالح علیه، انتهی و نحوه ما عن الکفایة.

هذه جملة من کلماتهم المرئیة او المحکیة، و الظاهر: ان المراد بتأدیة بقاء الوقف الی خرابه حصول الظن بذلک الموجب لصدق الخوف

النفوس، و ظاهر) لـدی الفهم العرفی من العبـارة المـذکورة (ان خوف ادائه) ای اداء بقـاء الوقف (إلیهما) الی تلف الاموال و النفوس (والی احـدهما لیس بشـرط) فلا یلزم الخوف الفعلی (بل هو) ای الخلف (مظنـة لذلک) فان الخلف الشدید غالبا ینتهی الی المذکور، سواء خاف احد ذلک، أم لا

(قال: و لا یجوز بیعه فی غیر ما ذکرناه) من الخلف الشدید (و ان احتاج إلیه ارباب الوقف، و لم یکفهم غلته، او کان) البیع (اعود) ای انفع (او غیر ذلک، مما قیل) بجواز البیع لـدی حصول تلک الامور (لعدم دلیل صالح علیه) ای علی جواز البیع حینذاک (انتهی) کلام الروضة (و نحوه ما عن الکفایة) للسبزواری.

(هـذه جملـة من کلماتهم المرئیـة) التی رأیناها فی کتبهم (او المحکیـة و الظاهر) لـدی الفهم العرفی (ان المراد بتأدیـة بقاء الوقف الی خرابه حصول الظن بذلک) ظنّا نوعیا (الموجب) ذلک الظن (لصدف الخوف،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۱۰

لا التأدیة علی وجه القطع.

فیکون عنوان التأدیة فی بعض تلک العبارات متحدا مع عنوان خوفها و خشیتها فی بعضها الآخر.

و لذلک عبّر فقیه واحد تارة بهذا و اخری بذلک، کما اتفق للفاضـلین و الشـهید، و نسب بعضـهم عنوان الخوف الی الاکثر، کالعلامة فی التذکرة، و الی الاشهر، کما عن إیضاح النافع، و آخر، عنوان التأدیة الی الاکثر، کجامع المقاصد، او الی المشهور کاللمعة.

لا التأدیة علی وجه القطع) فلا یلزم ان نقطع انه اذا بقی ادّی البقاء الی الخراب، بل یکفی الظن النوعی لذلک.

(فیکون عنوان التأدیة فی بعض تلک العبارات متحدا مع عنوان خوفها) ای خوف التأدیة (و خشیتها فی بعضها الآخر)

(و لـذلک) الّذی یکون معنی العبـارتین واحـدا (عبّر فقیه واحـد تـارة بهـذا) ای ادائه الی خرابه (و اخری بـذلک) ای خوف ادائه الی خرابه (کما اتفق) تعـدد العبارة (للفاضـلین و الشـهید، و نسب بعضـهم عنوان الخوف الی الاکثر، کالعلامة فی التذکرة، و الی الاشـهر، کما عن إیضاح النافع، و) نسب (آخر، عنوان التأدیة الی الاکثر، کجامع المقاصد، او الی المشهور کاللمعة)

و من الواضـح: انه لو لا فهم وحـدة العبارتین «التأدیـة و خوف التأدیـة» لم یکن المشـهور هذا تارة و ذلک اخری، و لزم کذب احدی النسبتین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۱۱

فظهر من ذلـک، ان جواز البیع بظن تأدیـة بقـائه الی خرابه مما تحقق فیه الشـهرة بین المجوزین لکن المتیقن عن فتوی المشـهور، ما کان من اجل اختلاف اربابه.

اللهم الا ان یستظهر من کلماتهم، کالنصّ کون الاختلاف من باب المقدّمة و ان الغایة المجوزة هی مظنّة الخراب.

اذا عرفت ما ذکرنا، فیقع الکلام تارة فی الوقف المؤبّد، و اخری فی المنقطع.

اما الاوّل فالذی ینبغی ان یقال فیه: ان الوقف علی قسمین، احدهما: ما

(فظهر من ذلک) الّذی ذکرنا من: ان المراد بالتأدیة خوف الاداء (ان جواز البیع بظن تأدیة بقائه الی خرابه مما تحقق فیه الشـهرة بین المجوزین) بیع الوقف (لکن المتیقن عن فتوی المشهور، ما کان) الخوف (من اجل اختلاف اربابه) لا مطلق التأدیة الی الخراب.

(اللهم الا ـ ان یستظهر من کلمـاتهم، کـالنصّ) ای کما یسـتظهر من النصّ (کون الاختلاف من باب المقدّمـة) لا انه سـبب (و ان الغایة المجوزة) للبیع (هی مظنّة الخراب) سواء کان ناشئا عن الاختلاف، أم لا

(اذا عرفت مـا ذكرنـا) من ان المعيـار ظن الخراب لاـ غير (فيقع الكلاـم) فى بيع الوقف، (تـارة فى الوقف المؤبّـد، و اخرى فى) الوقف (المنقطع).

(اما الاوّل) اى المؤبّد (فالذى ينبغى ان يقال فيه: ان الوقف على قسمين، احدهما: ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۴۱۲

يكون ملكا للموقوف عليهم، فيملكون منفعته فلهم استيجاره و اخذ اجرته ممن انتفع به بغير حق،.

و الثـانى: مـا لاـ يكون ملكـا لاحـد بـل يكون فـكّ ملك، نظير التحرير، كما فى المساجـد و المـدارس و الربط، بناء على القول بعـدم دخولها فى ملك المسـلمين كما هو مـذهب جماعـة، فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سـكنه احد بغير حق، فالظاهر انه ليس عليه اجرة المثل.

يكون ملكا للموقوف عليهم، فيملكون منفعته) فان من ملك شـيئا ملك نفعه (فلهم استيجاره و اخـذ اجرته ممن انتفع به بغير حق) لانه غاصب و صاحب الملك يحق له اخذ الاجرة من الغاصب.

(و الثانى: ما لا يكون ملكا لاحـد بل يكون فكّ ملك، نظير التحرير) فى العبـد الّـذى هو فك ملك (كما فى المساجـد و المدارس و الربـط) جمع ربـاط محلّ نزول المسـافرين، سـمى رباطـا بعلامـة الحـال و المحل، اذ المسافر يربط خيله هناك (بناء على القول بعـدم دخولهـا فى ملـك المسـلمين) و الاـ هـذا أيضا كان من القسم الاول (كما هو مـذهب جماعـة) من ان الاوقاف العامـة أيضا هى ملك المسـلمين (فـان الموقوف عليهم) فى المساجـد و المـدارس و الربـط و ما اشـبه (انما يملكون الانتفاع) كان يصـلى فى المسـجد (دون المنفعة) اى ليس نفع هذه الاوقاف لاحد.

و فائدة ذلك يظهر مما ذكره بقوله: (فلو سكنه احد بغير حق، فالظاهر انه ليس عليه اجرة المثل) اطلاقا، بل لو قلنا: بان الحاكم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۴۱۳

و الظاهر: ان محل الكلام فى بيع الوقف انما هو القسم الاول و اما الثانى: فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه، لعدم الملك.

و بالجملـة: فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق، لا فيما لم يكن ملكا، و حينئـذ فلو خرب المسـجد و خربت القريـة، و انقطعت المارّة عن الطريق الّذى فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى

له ان يأخذ اجرة منه، لم تكن الاجرة للطلاب و المصلين و المسافرين لانهم لا يملكون المنفعة.

(و الظـاهر) من العناوين المتعرضـة لاختلاف ارباب الوقف و من غير العناوين من القرائن المكتنفـة بكلام الفقهاء (ان محل الكلام فى بيع الوقف انما هو القسم الاول و اما) القسم (الثانى: فالظاهر عـدم الخلاف فى عـدم جواز بيعه، لعدم الملك) و ما ليس بملك، كيف يمكن اجراء البيع عليه.

لكن لاـ يخفى ان بعض الروايـات و الكلمـات مطلقـة، و تعليلهم بـالقرب من غرض الواقف، و ما اشـبه ذلك دليل العموم، فلو صارت المدرسـة خربة لا يمكن تعميرها، او لا ينتفع بها لهجرة الطلاب من ذلك البلد، و امكن بيعها و تبديلها الى محل صالح، كان مقتضـى القاعدة:

الجواز.

(و بالجملـة: فكلاـمهم هنـا) فى بـاب بيع الوقف (فيمـا كـان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا، و حينئـذ فلو خرب المسـجد و خربت القرية، و انقطعت المارّة عن الطريق الّذى فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۴۱۴

احداث مسجد آخر، او تعمیره.

و الظاهر: عدم الخلاف فی ذلک، کما اعترف به غیر واحد.

نعم ذکر بعض الاساطین بعد ما ذکر- انه لا یصح بیع الوقف العام لا لعدم تمامیة الملک بل لعدم اصل الملک لرجوعها

احداث مسجد آخر، او تعمیره)

لکن ربما یقال: ان بقاء الحق الی هذا الحد، لا دلیل علیه، بمعنی: انه لا دلیل علی ان الانسان یملک طولا شیئا اذا محی اثره، و اذ لا یملک طولا- لانصراف الادلة الدالة علی الملک عن مثل هذا الملک الطویل- لم یکن له حق التقیید الابدی حتی بعد زوال الاثر.

و الحاصل: ان الملک امر عرفی أمضاه الشارع و الحق العرفی له امد بنظر العرف الی وقت الخراب للمدینة و القریة- مثلا- بحیث لا یبقی للملکیة مفهوم عرفی فی تلک القریة و البلدة.

فاذا کان الامر کذلک، کان اللازم ان نقول: بان الاوقاف الخاصة او العامة أیضا تابعة لهذا الامر، فلا مفهوم للوقف بعد الخراب.

(و) کیف کان: ف (الظاهر: عدم الخلاف فی ذلک) ای فی ان الوقف الّذی لیس بملک لا یجوز بیعه و تبدیله (کما اعترف به غیر واحد) و ان کان عدم الخلاف محل اشکال، صغری و کبری.

(نعم ذکر بعض الاساطین بعد ما ذکر- انه لا یصح بیع الوقف العام لا لعدم تمامیة الملک بل لعدم اصل الملک) فانها اما ملک غیر تام الملکیة، لوجود شائبة التحریر فیها، او لیست بملک اصلا (لرجوعها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۱۵

الی اللّه، و دخولها فی مشاعره- انه مع الیأس عن الانتفاع به فی الجهة المقصودة یؤجر للزراعة و نحوها مع المحافظة علی الآداب اللازمة لها ان کان مسجدا مثلا، و احکام السجلات لئلا یغلب الید فیقضی بالملک و تصرف فائدتها فیما یماثلها من الاوقاف مقدّما للاقرب و الاحوج و الافضل

ای الاوقاف العامة (الی اللّه، و دخولها فی مشاعره-) «لرجوعها» علة لقوله «لعدم اصل الملک» (انه مع الیأس عن الانتفاع به) ای بالوقف العام (فی الجهة المقصودة) کالمسجد للعبادة و المدرسة لسکنی الطلبة (یؤجر للزراعة و نحوها) من سائر الانتفاعات الممکنة (مع المحافظة علی الآداب اللازمة لها) ای لتلک الارض الموقوفة (ان کان مسجدا مثلا) کان لا یطرح فیها السماد النجس، و لا یمکث الجنب فیها و هکذا (و احکام السجلات) «احکام» من باب الافعال و السجل هو الورقة التی یکتب فیها حال البناء و الارض من انه ملک او وقف او ما اشبه (لئلا یغلب الید) لان الاولاد الذین لا یعرفون واقع هذه الارض لما رأوا اباهم یتصرف فیها یحکمون بانها ملک لابیهم، لقاعدة الید، و هکذا (فیقضی) و یحکم بسبب الید (بالملک) و انه لیس بوقف (و) اذا اوجر الوقف (تصرف فائدتها فیما یماثلها من الاوقاف) کفائدة المسجد فی المسجد و فائد المدرسة فی المدرسة، و هکذا (مقدّما للاقرب) فمسجد بینه و بین المسجد الموجر فرسخ، مقدم علی مسجد بینهما فرسخان (و الاحوج) فمسجد یحتاج الی البناء، مقدم علی مسجد یحتاج الی التبییض (و الافضل) فالمسجد الجامع، افضل من مسجد السوق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۱۶

احتیاطا.

و مع التعارض فالمدار علی الراجح.

و ان تعذر صرف الی غیر المماثل کذلک.

فان تعذر صرف فی مصالح المسلمین.

و اما غير الارض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها.

فان بقيت على حالها، و امكن الانتفاع بها فى خصوص المحل

(احتياطا) و الّا فلا دليل على مقدمية بعض من المماثل على البعض الآخر.

(و مع التعارض) فى الصفات المذكورة كما لو كان مسجد اقرب و مسجد افضل (فالمدار على الراجح) شرعا حسب الفهم العرفى من الادلة

(و ان تعذر) المماثل، لا الفاضل، و لا المفضول (صرف) نفع الوقف الخرب (الى غير المماثل) مثلا يصرف نفع المدرسة فى المسجد (كذلك) الاقرب و الاحوج و الافضل.

(فان تعذر صرف فى مصالح المسلمين) كالشوارع و القناطر و ما اشبه ذلك (و اما غير الارض من الآلات و الفرش و الحيوانات) الموقوفة لجهة خاصة، كما لو وقف حيوان لمسجد خاص، ثم باد اهل القرية و اندرست بحيث لا ينتفع بذلك المسجد (و ثياب الضرائح) للائمة مثلا، (و نحوها) كسائر أوقافها.

(فان بقيت على حالها، و امكن الانتفاع بها فى خصوص المحل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۴۱۷

الّذى اعدت له كانت على حالها.

و الا جعلت فى المماثل، و الا ففى غيره، و الا ففى المصالح، على نحو ما مرّ.

و ان تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، او ما قام مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك، فيقوم فيها احتمال

الّذى اعدت) تلك الآلات (له) لذلك المحل (كانت) وقفا (على حالها) السابق.

(و الا) يمكن الانتفاع بها فى المحلّ الموقوف له (جعلت فى المماثل) كآلة مسجد فى مسجد آخر (و الا ففى غيره) اى غير المماثل كآلة مسجد فى مدرسة (و الا ففى المصالح) للمسلمين (على نحو ما مرّ) فى الارض.

(و ان تعذر الانتفاع بها) اى بتلك الآلات فى حالكونها (باقية على حالها) انتفاعا (بالوجه المقصود منها) مثلا كان المصباح الزيتى، فجاء الكهرباء، و لا ينتفع بعد بالمصباح الزيتى، فان امكن تبديلها بالمصباح الكهربائى، فهو، و ان لم يكن الانتفاع به (او ما قام مقامه) كما لو كان الطقس حارا، و كان للمسجد مراوح حصيرية، ثم تبدل الطقس باردا، فلم ينتفع لا بالمراوح الحصيرية، و لا بالمراوح الكهربائية القائمة مقامها (اشبهت الملك بعد اعراض المالك) فان المالك اذا اعرض عن ملكه سقط عن الملكية و صارت كالاموال التى لا مالك لها.

اذ: دليل الملك لا يشمل بعد الاعراض، كما قرر فى محله (فيقوم فيها) اى فى الآلات التى لا ينتفع بها، او بما قام مقامها (احتمال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۸، ص: ۴۱۸

الرجوع الى حكم الاباحة و العود ملكا للمسلمين، ليصرف فى مصالحهم و العود الى المالك.

و مع اليأس عن معرفته يدخل فى مجهول المالك.

و يحتمل بقائه على الوقف، و يباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و تصرف مرتبا على النحو السابق، و هذا هو الاقوى كما صرح به بعضهم، انتهى.

و فيه ان اجارة الارض و بيع الآلات حسن، لو ثبت دليل على كونه ملكا للمسلمين، و لو على نحو الارض المفتوحة

الرجوع الی حکم الاباحة) الاصلیة، کالملک الّذی اعرض المالک عنه (و العود) لتلک الآلات (ملکا للمسلمین) عامة (لیصرف فی مصالحهم و العود الی المالک) و ورثته.

(و مع الیأس عن معرفته) ای المالک و ورثته (یدخل فی مجهول المالک) لانه ملک لا یعرف مالکه.

(و یحتمل بقائه) بعد عدم الانتفاع به (علی الوقف، و یباع احترازا عن التلف) اذا بقی حتی تلف (و الضرر) اذا بقی و انتقص (و لزوم الحرج) علی القائم بشأنه اذا اراد عدم تلفه و عدم تنقصه (و تصرف) فی ثمن الوقف (مرتبا علی النحو السابق) بان جعل فی المماثل، ثم فی غیر المماثل ثم فی مصالح المسلمین (و هذا هو الاقوی کما صرح به بعضهم انتهی)

(و فیه ان اجارة الارض) الموقوفة مسجدا (و بیع الآلات حسن، لو ثبت دلیل علی کونه ملکا للمسلمین، و لو) ملکیة (علی نحو الارض المفتوحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۱۹

عنوة، لکنه غیر ثابت، و المتیقن خروجه عن ملک مالکه، اما دخوله فی ملک المسلمین، فمنفی بالاصل.

نعم یمکن الحکم باباحة الانتفاع للمسلمین لاصالة الاباحة، و لا یتعلق علیهم اجرة.

ثم انه ربما ینافی ما ذکرنا من عدم جواز بیع القسم الثانی من الوقف ما ورد فی بیع ثوب الکعبة، و هبته، مثل روایة مروان بن عبد الملک، قال سألت أبا الحسن علیه السلام،

عنوة) ای ملکا لعامة المسلمین، لا ملکا علی نحو الا ملاک الفردیة (لکنه غیر ثابت، و) انما (المتیقن خروجه عن ملک مالکه) بعد ان وقفه مسجدا (اما دخوله فی ملک المسلمین، فمنفی بالاصل)

لکن یمکن ان یقال: انه یدور الامر بین ابقاء ارض المسجد بائرة و بین اجارتها لانتفاع المسلمین، و الثانی اقرب الی الادلة، فان ظاهر قوله تعالی «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَکُمُ الَّتِی جَعَلَ اللّهُ لَکُمْ قِیاماً» ان الاصل فی المال کونه قیاما للناس، فاذا تعذر کیفیة خاصة من القیام، و امکن کیفیة اخری، لزم ان یصرف المال فی الکیفیة الثانیة.

(نعم یمکن الحکم باباحة الانتفاع للمسلمین لاصالة الاباحة، و لا یتعلق علیهم اجرة) لان معنی کونه مباحا لهم ان لا اجرة علیهم.

(ثم انه ربما ینافی ما ذکرنا من عدم جواز بیع القسم الثانی من الوقف) و هو الآلات، و الفرش، و ما اشبههما (ما ورد فی بیع ثوب الکعبة، و هبته، مثل روایة مروان بن عبد الملک، قال سألت أبا الحسن علیه السلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۰

عن رجل اشتری من کسوة الکعبة ما قضی ببعضه حاجته، و بقی بعضه فی یده، هل یصلح له ان یبیع ما اراد قال علیه السلام: یبیع ما اراد و یهب ما لم یرد، و ینتفع به، و یطلب برکته، قلت: أ یکفن به المیت، قال: لا، قیل و فی روایة اخری: یجوز استعماله، و بیع نفسه.

و کذلک ما ذکروه فی بیع حصر المسجد اذا خلقت، و جذوعه اذا خرجت عن الانتفاع

عن رجل اشتری من کسوة الکعبة ما قضی ببعضه حاجته) کالتبرک، و الافتناء، و ما اشبه (و بقی بعضه فی یده، هل یصلح له ان یبیع ما اراد) مما بقی فی یده (قال علیه السلام: یبیع ما اراد و یهب ما لم یرد و) ما اراد الانتفاع به (ینتفع به، و یطلب برکته) المراد بالبرکة ما یسبب البقاء و الهناء (قلت: أ یکفن به المیت، قال: لا) و لعله لانه مخیط او ما اشبه، و یحمل علی الکراهة، و یحتمل التحریم (قیل و فی روایة اخری) فی باب ثوب الکعبة (یجوز استعماله، و بیع نفسه) ای نفس الثوب، و ذکر کلمة النفس للتأکید.

(و کذلک) ینافی ما ذکر من عدم بیع القسم الثالث (ما ذکروه فی بیع حصر المسجد اذا خلقت، و جذوعه اذا خرجت عن الانتفاع) و حینئذ فیقال: ای فرق بین المسجد، و بین حصیر المسجد، و بین ثوب الکعبة حتی تقولون بالجواز فیهما، دون نفس المسجد.

و ربما يستدل للمنع عن البيع الخيرى مطلقا مسجدا او غيره بامور خمسة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۲۱

....

الاول: قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم الوقوف على حسب ما وقفها اهلها.

الثاني: قوله عليه السلام الى ان يرث اللّه الارض، مما ظاهره الوقف الى الابد.

الثالث: ان المالك جعله مؤبّدا، فمقتضى سلطة الناس على اموالهم، البقاء الابدى.

الرابع: ان الوقف تحرير، و لا معنى لدخول ما خرج عن الملك الى الملكية كارتداد المحرّر عبدا.

الخامس: اصالة عدم صحة التصرفات وضعا، و حرمتها تكليفا استصحابا للحالة السابقة.

ثم ان مقتضى بعض هذه الادلة الاطلاق بالنسبة الى جميع اقسام الوقف، لكن خرج من ذلك الوقف الذّرى، و آلات المسجد، و ثوب الكعبة، و ما اشبه، فيبقى الباقى تحت العموم.

و لكن لا يخفى ما فى هذه الادلة.

اذ الاول: ناظر الى مقدار صلاحية المالك، و قد تقدم ان الملك ليس ابديا حتى يكون التصرف ابديا و لذا صرح الفقيه الهمدانى فى مسئلة الكفر بعدم بقاء الملك بالنسبة، البلاد التى خربت كاراضى سامراء و الكوفة و نحوهما.

فالمعنى الوقوف حسب ما وقفها اهلها بمقدار مالكية، لرقبة الارض قبل ان يوقفها.

فليس للمالك ان يوقف اكثر من ملكه امتدادا زمانيا، كما انه ليس له

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۲۲

....

ان يوقف اكثر من ملكه امتداد امكانيا، فى الهواء، او الى تخوم الارض.

و يرد على الثاني: ان الارض اذا بادت و باد اهلها ورثها اللّه سبحانه، فقول على عليه السلام: الى ان يرث اللّه الارض، يراد به الخراب لا يوم القيامة

مضافا الى ان الظاهر من هذا الكلام لدى العرف البقاء وقفا الى ذلك الوقت اذا لم يخرب و لم يبد اهله.

و منه يظهر الجواب عن الدليل الثالث و الرابع، لان التحرير انما هو فى قدر له الملك، لا فى القدر الّذى لم ينفذ ملكه فيه، فان امتداد الملك ليس الى ما بعد الخراب حتى يحق للمالك تحريره،

و الاصل لا مجال له بعد الدليل.

هذا مضافا الى ان كون بيع آلات المسجد و ثوب الكعبة من قبيل التخصيص خلاف الظاهر، بل الظاهر انه من باب التخصّص، و عدم شمول الوقف الى ما بعد هذه الحالة

مضافا الى ان استدلالهم فى بيع الوقف الذّرى بانه تبع لغرض الواقف آت فيما نحن فيه أيضا

و على هذا فبقاء ارض المسجد و الحسينية و المدرسة و ما اشبه على حالة الوقف حتى بعد الخراب و فناء الاهل، محل اشكال.

و قد تعرضنا للمسألة فى كتاب الفقه شرح العروة مسهبا.

و انما نقلنا هنا هذا التعليق الّذى كنا علقناه على المكاسب سابقا تتميما للفائدة، و ان كان خارجا عن غرض الشرح، و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۲۳

اللهم الا ان یقال: ان ثوب الکعبة، و حصیر المسجد لیسا من قبیل المسجد، بل هما مبذولان للبیت و المسجد، فیکون کسائر اموالهما.

و معلوم ان وقفیة اموال المساجد، و الکعبة من قبیل القسم الاول، و لیس من قبیل نفس المسجد، فهی ملک للمسلمین، فللناظر العام التصرف فیه بالبیع.

نعم فرق بین ما یکون ملکا طلقا کالحصیر المشتری من مال المسجد فهذا یجوز للناظر بیعه مع المصلحة، و لو لم یخرج عن حیّز الانتفاع، بل کان

و کیف کان (اللهم الا ان یقال: ان ثوب الکعبة، و حصیر المسجد لیسا من قبیل المسجد، بل هما مبذولان) بذلا، لا موقوفان اعینهما وقفا (للبیت و المسجد، فیکون) کل واحد من الثوب و الحصیر (کسائر اموالهما)

(و معلوم ان وقفیة اموال المساجد، و الکعبة من قبیل القسم الاول) و هو ملک الموقوف علیه کالوقف الذّری (و لیس من قبیل نفس المسجد) الّذی هو تحریر و فک ملک (فهی) ای ثوب الکعبة و الحصیر للمسجد (ملک للمسلمین، فللناظر العام) الّذی له ولایة علی المسلمین (التصرف فیه بالبیع)

و یبقی الکلام فی جذع المسجد، و آجره الّذی وقف مسجدا من الاول، فکیف یجوزون بیعه، و ما الفرق بینه و بین ارض المسجد.

(نعم فرق بین ما یکون ملکا طلقا) للمسجد (کالحصیر المشتری من مال المسجد، فهذا یجوز للناظر) فی شئون المسجد (بیعه مع المصلحة، و لو لم یخرج عن حیّز الانتفاع، بل) و لو (کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۴

جدیدا غیر مستعمل، و بین ما یکون من الاموال وقفا علی المسجد کالحصیر الّذی یشتریه الرجل، و یضعه فی المسجد، و الثوب الّذی یلبس البیت.

فمثل هذا یکون ملکا للمسلمین، لا یجوز لهم تغییره عن وضعه الا فی مواضع یسوغ فیها بیع الوقف.

ثم الفرق بین ثوب الکعبة، و حصیر المسجد، ان الحصیر یتصور فیه کونه وقفا علی المسلمین، و لکن یضعه فی المسجد، لانه احد وجوه انتفاعهم

جدیدا غیر مستعمل، و بین ما یکون من الاموال وقفا علی المسجد کالحصیر الّذی یشتریه الرجل، و یضعه فی المسجد، و الثوب الّذی یلبس) به (البیت) الحرام.

(فمثل هذا) القسم الثانی (یکون ملکا للمسلمین، لا یجوز لهم تغییره عن وضعه، الا فی مواضع) خاصة (یسوغ فیها بیع الوقف)

هذا، و انت خبیر بان امکان ابداء الفرق، لا یصحّح الامر، لاحتیاج الحکم الی الدلیل الشرعی، و القول باستواء الارض لغیرها، اهون من ابداء هذه الفروق و ان کان عدم ذهاب المشهور مما لم یوجب التهیب عن الفتوی بذلک.

(ثم الفرق بین ثوب الکعبة، و حصیر المسجد، ان الحصیر یتصور فیه کونه وقفا علی المسلمین، و لکن یضعه فی المسجد، لانه) ای الوضع فی المسجد (احد وجوه انتفاعهم) کما یصحّ ان یوضع فی الصحن، او الحرم، او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۵

کالماء المسبّل الموضوع فی المسجد.

فاذا خرب المسجد، او استغنی عنه جاز الانتفاع به، و لو فی مسجد آخر بل یمکن الانتفاع به، و لو فی غیره، و لو مع حاجته.

لکن یبقی الکلام فی مورد الشک مثل ما اذا فرش حصیرا فی المسجد او وضع حبّ ماء فیه.

و ان کان الظاهر فی الاول الاختصاص،

الحسینیة، او ما اشبه (کالماء المسبّل الموضوع فی المسجد) الّذی لیس الماء للمسجد، و انما یوضع فی المسجد من باب انه احد محلّات شرب الماء

(فاذا خرب المسجد، او استغنی عنه) ای عن الحصیر المذکور فی ذلک المسجد الموضوع فیه (جاز الانتفاع به، و لو فی مسجد آخر) بل و لو فی حسینیة، او ما اشبههما (بل یمکن الانتفاع به، و لو فی غیره، و لو مع حاجته) فان حاجة المسجد لا تجعل من الوقف العام خاصا.

(لکن یبقی الکلام فی مورد الشک) و ان الوقف هل هو عام حتی یصح نقله الی مسجد آخر، او خاص حتی لا یصح (مثل ما اذا فرش حصیرا فی المسجد، او وضع حبّ ماء فیه) و شککنا فی انهما خاصّان او عامّان

(و ان کان الظاهر فی الاول) ای الحصیر (الاختصاص) بالمسجد الموضوع فیه.

و ربما یقال: بان الاصل عدم الخصوصیة، اذ علمنا بالوقف، و لم نعلم بالخصوصیة، فالاصل عدمها، و لا ظهور فی البین، اذ: لو ارید ظهور حال الواضع، فأیّ ظهور هذا، و ان ارید الظهور الناشئ عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۶

و اوضح من ذلک الترب الموضوعة فیه.

و فی الثانی العموم، فیجوز التوضی منه و ان لم یرد الصلاة فی المسجد.

و الحاصل: ان الحصیر و شبهها الموضوعة فی المساجد، و شبهها یتصور فیه اقسام کثیرة، یکون الملک فیها للمسلمین و لیست من قبیل

الغلبة، فهو لیس بحیث یقاوم الاصل.

و اصالة عدم الخصوصیة محکمة علی اصالة عدم خروج الملک عن ملک مالکه، الا بنحو خاص.

و لا یقال: ان النحو الخاص متیقن، و ما عداه یحتاج الی الدلیل.

لانا نقول: الخصوصیة امر زائد یشک فیه، فالاصل عدمه.

(و اوضح من ذلک) الحصیر فی کونه ظاهرا فی الاختصاص (الترب) الحسینیة علیه السلام (الموضوعة فیه) فلا یجوز الذهاب بها الی مسجد اخر.

(و فی الثانی) ای الحب (العموم، فیجوز التوضی منه و ان لم یرد الصلاة فی المسجد) اذ: الغالب ان الناس لا یخصصون جواز التوضی بمن یرید الصلاة فی ذلک المسجد.

(و الحاصل: ان الحصیر و شبهها) کالترب، و الحب، و المراوح (الموضوعة فی المساجد، و شبهها) کالحسینیات و المدارس (یتصور فیه اقسام کثیرة یکون الملک فیها للمسلمین) کان تکون موقوفة للمسلمین، او موقوفة للمساجد، او موقوفة للبلدة، او موقوفة لتوضع فی الموقوفات، الی غیرها لا موقوفة لخصوص هذا المسجد (و لیست من قبیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۷

نفس المسجد و اضرابه.

فتعرض الاصحاب لبیعها لا ینافی ما ذکرنا.

نعم: ما ذکرنا لا یجری فی الجذع المنکسر من جذوع المسجد التی هی من اجزاء البنیان.

مع ان المحکی عن العلامة و ولده و الشهیدین و المحقق الثانی:

جواز بیعه و ان اختلفوا فی تقیید الحکم و اطلاقه کما سیجیء، الا ان نلتزم بالفرق

نفس المسجد و اضرابه) مما لا ملکیة لها لاحد.

(فتعرض الاصحاب لبیعها) ای بیع الحصیر و شبهها (لا ینافی ما ذکرنا) من ان المسجد لا یجوز اجارة ارضه، و بیعها، لانها محررة.

اذ قد عرفت الفرق بان الملک فی الآلات للمسلمین، فیجوز بیعها، بخلاف ارض المسجد.

(نعم: ما ذکرنا لا یجری) بالنسبة الی الآلات- من انها ملک للمسلمین فیجوز بیعها- (فی الجذع المنکسر من جذوع المسجد التی هی من اجزاء البنیان) فیقال انه: کیف تقول الفقهاء بجواز بیع الجذع و لا یقولون بجواز بیع ارض المسجد مع انها من باب واحد.

(مع ان المحکی عن العلامة و ولده و الشهیدین و المحقق الثانی:

جواز بیعه) «مع» من تتمة الاشکال (و ان اختلفوا فی تقیید الحکم) ببیع الجذع (و اطلاقه) فقال بعضهم بجواز بیعه مطلقا و قال آخر: بجواز بیعه فی صورة خاصة (کما سیجیء الا ان نلتزم بالفرق) بین الجذع الّذی قلنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۸

بین ارض المسجد، فان وقفها و جعلها مسجد افک ملک بخلاف ما عداها من اجزاء البنیان کالاخشاب و الاحجار، فانها تصیر ملکا للمسلمین فتأمل.

و کیف کان فالحکم فی ارض المسجد، مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا، هو ابقائها مع التصرف فی منافعها، کما تقدم عن بعض الاساطین او بدونه.

و اما اجزائه کجذوع سقفه، و آجره من حائطه المنهدم

بجواز بیعه، و (بین ارض المسجد، فان وقفها و جعلها مسجدا فک ملک) فلیست الأرض مملوکة، حتی یجوز بیعها (بخلاف ما عداها من اجزاء البنیان کالاخشاب و الاحجار، فانها تصیر ملکا للمسلمین) بجعل الواقف، فیجوز بیعها (فتأمل)

اذ: الفرق غیر تام لما نشاهده من ان البانی یوقف الجمیع: الارض و البنیان بلفظ واحد، و نیة واحدة.

فاللازم اما ان نقول: بجواز البیع فی الجمیع، و اما ان نقول: بعدم جواز البیع فی الجمیع.

(و کیف کان) الامر فی الفارق بین الارض و بین الآلات (فالحکم) الّذی یختاره المصنف (فی ارض المسجد، مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا، هو ابقائها مع التصرف فی منافعها) کان تستأجر للزرع، و نحوه (کما تقدم) الفتوی بذلک (عن بعض الاساطین، او بدونه) ای بدون التصرف فی منافعها

(و اما اجزائه کجذوع سقفه، و آجره) الواقع (من حائطه المنهدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۲۹

فمع المصلحة فی صرف عینه یجب صرف عینه فیه، لان مقتضی: وجوب ابقاء الوقوف و اجزائها علی حسب ما یوقفها اهلها، وجوب ابقائها جزءا للمسجد، لکن لا یجب صرف المال من المکلف لمئونته بل یصرف من مال المسجد، او بیت المال و ان لم یکن مصلحة فی رده جزءا للمسجد فبناء علی ما تقدم من ان الوقف فی المسجد و اضرابه فک ملک- لم یجز بیعه لفرض عدم الملک.

فمع المصلحة فی صرف عینه) عند ترمیم المسجد (یجب صرف عینه فیه) ای فی نفس المسجد (لان مقتضی: وجوب ابقاء الوقوف و اجزائها علی حسب ما یوقفها اهلها، وجوب ابقائها) ای تلک الاجزاء (جزءا للمسجد لکن لا یجب صرف المال من المکلف لمئونته) ای مئونة التعمیر، لاصالة عدم الوجوب، فاذا وقعت شرفة المسجد، لا یجب علی مکلف، اعطاء مال نفسه: لا عادة الشرفة، و هکذا (بل

یصرف من مال المسجد) اذا کان له مال، و کان التعمیر صلاحا (او بیت المال) المکون من الزکاة و سهم الامام و شبههما، لان من مصارف الزکاة سبیل الله تعالی، و من مصارف سهم الامام کل امر دینی، لقوله علیه السلام: ان الخمس عوننا علی دیننا (و ان لم یکن مصلحة فی رده) ای ردّ ذلک الجذع، او الآجر المنهدم (جزءا للمسجد- فبناء علی ما تقدم من ان الوقف فی المسجد و اضرابه فک ملک- لم یجز بیعه) «لم یجز» جواب «ان» (لفرض عدم الملک) علة لقوله «لم یجز»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۰

و حینئذ فان قلنا: بوجوب مراعاة الاقرب الی مقصود الواقف فالاقرب تعین صرفه فی مصالح ذلک، کاحراقه لآجر المسجد، و نحو ذلک کما عن الروضة، و الا صرف فی مسجد آخر، کما فی الدروس، و الا صرف فی سائر مصالح المسلمین، قیل: بل لکل احد حیازته و تملکه.

و فیه نظر، و قد الحق بالمساجد، المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة علی الطریقة المعروفة

(و حینئذ) ای حین عدم جواز بیع تلک الآلات (فان قلنا: بوجوب مراعاة الاقرب الی مقصود الواقف فالاقرب) ای الاقرب فالاقرب کمسجد آخر، و ان تعذر فمدرسة دینیة و هکذا (تعین صرفه فی مصالح ذلک) المسجد (کاحراقه) ای الجذع (لآجر المسجد، و نحو ذلک) من المنافع المربوطة بنفس ذلک المسجد (کما عن الروضة، و الّا صرف فی مسجد آخر، کما فی الدروس) لان المسجد الآخر اقرب الی مقصد الواقف (و الّا صرف فی سائر مصالح المسلمین) لانه اقرب الی نظر الواقف (قیل:

بل لکل احد حیازته و تملکه) لانه خرج من ملک المالک بالوقف، و خرج عن الوقف أیضا فیکون کسائر المباحات.

(و فیه نظر) لان المالک لم یخرجه عن ملکه مطلقا، بل اخرجه للصرف فی الخیر، فاذا لم یمکن ذلک الخیر دار الامر بین رجوعه الی المالک، او الی خیر مطلق (و قد الحق بالمساجد، المشاهد) للائمة الطاهرین، و سائر المشاهد (و المقابر) للمسلمین (و الخانات) الموقوفة فی الطرق (و المدارس، و القناطر الموقوفة علی الطریقة المعروفة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۱

و الکتب الموقوفة علی المشتغلین، و العبد المحبوس فی خدمة الکعبة و نحوها، و الاشجار الموقوفة لانتفاع المارة، و البواری الموضوعة لصلاة المصلین، و غیر ذلک مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجمیع الناس او للمسلمین، و نحوهم من غیر المحصورین لا لتحصیل المنافع بالاجارة، و نحوها، و صرفها فی مصارفها کما فی الحمامات و الدکاکین، و نحوها، لان جمیع ذلک صار بالوقف کالمباحات بالاصل اللازم ابقائها علی الاباحة

«علی» متعلق ب «الموقوفة» (و الکتب الموقوفة علی المشتغلین) او للمکتبات (و العبد المحبوس فی خدمه الکعبة، و نحوها) کالمدارس و المساجد (و الاشجار الموقوفة لانتفاع المارة، و البواری الموضوعة لصلاة المصلین، و غیر ذلک) کالحیوانات الموقوفة لجهة خاصة (مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجمیع الناس او للمسلمین و نحوهم من غیر المحصورین) کالطلاب و الفقراء (لا لتحصیل المنافع بالاجارة، و نحوها) کالمصالحة علی ان ینتفع شخص به فی مقابل اعطاء بدل (و صرفها) ای الاجرة (فی مصارفها) الخاصة المجهولة فی الوقف (کما فی الحمامات و الدکاکین و نحوها) کالدور التی توقف لاجل ان توجر، و ینتفع باجارتها الطلاب او من اشبههم.

و قوله «لا لتحصیل» عطف علی قوله «مما قصد بوقفه»

و انما قلنا: بان ما قصد بوقفه الانتفاع العام حاله حال المسجد (لان جمیع ذلک صار بالوقف کالمباحات بالاصل اللازم ابقائها علی الاباحة) للمنتفعین لا علی الاباحة للحیازة- کما لا یخفی-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۲

كالطرق العامة، و الاسواق.

و هذا كله حسن، على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات او اجزائها متلف، ففى الضمان وجهان من عموم على اليد، فيجب صرف قيمته فى بدله و من ان: ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه

(كالطرق العامة، و الاسواق)

فكما لا يجوز بيع المسجد، كذلك لا يجوز بيع هذه الامور، لعدم حصول الملكية فيها، و الملك قوام البيع، كما لا يخفى.

اما ما جعل لتحصيل المنافع، كالحمامات، فاذا سقطت عن الانتفاع جاز بيعها، لانها لم تجعل كالمباحات، بل كالملك المحبوس.

(و هذا) الكلام فى كون تلك الاشياء كالمسجد، فى عدم صحة بيعها (كله حسن، على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا) و الّا كان حالها حال الحمامات الموقوفة، لا حال المساجد، و غيرها (و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات) التى كان الوقف فيها فك ملك (او اجزائها متلف، ففى الضمان وجهان).

وجه الضمان ما ذكره بقوله: (من عموم: على اليد) الشامل للوقوف و الملك (فيجب) على المتلف (صرف قيمته فى بدله) فاذا اتلف سقف الغرفة الموقوفة وجب عليه ان يصرف مالا لتجديد السقف مثلا و هكذا.

و وجه عدم الضمان ما ذكره بقوله (و من ان: ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه) اذ: القيمة و المنفعة متلازمان، اذ لو كان الشيء واجب القيمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۳

و المفروض عدم المطالبة باجرة منافع هذه لو استوفاها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن او محرزا.

و ان الظاهر من التأدية فى حديث: اليد، الايصال الى المالك فيختص باملاك الناس.

و الاول احوط، و قوّاه بعض

على المتلف، كان واجب المنفعة عليه (و المفروض عدم المطالبة باجرة منافع هذه) الاوقاف (لو استوفاها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن او محرزا) اى مخزنا لشيء.

(و) ان قلت: فما ذا تصنعون بعموم على اليد،

قلت: (ان الظاهر من التأدية) اى: على اليد ما اخذت حتى تؤدى (فى حديث: اليد، الايصال الى المالك) لا ناظر الوقف او اربابه (فيختص باملاك الناس) فلا يشمل الحديث الاوقاف.

(و الاول) اى الضمان (احوط، و قوّاه بعض) بل هو مقتضى القاعدة، لعدم تسليم الظهور المذكور فى الحديث، و قد تقدم: ان مقتضى القاعدة الاستيفاء من المتصرف فى الوقف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۴

سيصدر قريبا جدا الجزء الثامن من اجزاء الكتاب و القسم الخامس من البيع إن شاء الله تعالى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٨، ص: ۴۳۵

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة

فی توابع الاجازة و الرد ۴
فی حکم المشتری مع الفضولی ۶
فیما لو باع الفضولی مال غیره مع مال نفسه ۸۹
فیمن لو باع من له نصف الدار و صوره ۱۰۹
فیما لو بیع ما یقبل التملک و ما لا یقبله ۱۳۹
فی اولیاء العقد ۱۴۸
فی تعیین مناصب الفقیه ۱۶۵
فی ولایة عدول المؤمنین ۲۱۴
فی جواز مزاحمة الفقیه لمثله و عدمه ۲۴۱
فی ملاحظة الغبطة للیتیم و عدمها ۲۴۹
فی اشتراط اسلام من ینتقل إلیه العبد ۲۶۷
فی عدم جواز نقل المصحف الی الکافر ۳۱۶
فی شرائط العوضین ۳۱۸
فی بیان اقسام الارضین و احکامها ۳۲۴
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۸، ص: ۴۳۶
الموضوع الصفحة
فی ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ۳۵۱
فی جواز التصرف و عدمه فی الاراضی الخراجیة ۳۵۳
فی ان من شروط العوضین کونهما طلقا ۳۵۹
فی عدم جواز بیع الوقف ۳۶۷
فی مسوغات بیع الوقف ۳۷۶
محتویات الکتاب ۴۳۵

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء التاسع

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین.

و بعد فهذا هو القسم الخامس من البیع من کتابنا (ایصال الطالب) فی شرح الکتاب (المکاسب) للشیخ الفذّ آیة الله الشیخ مرتضی الانصاری قدس سره و یشرع فی صور جواز بیع الوقف.

کتبته عسی أن یستفید به المبتدی.

و جعله اللّٰه ذخرا لیوم فاقتی.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳

[تتمة کتاب البیع]

[تتمة القول فی شرائط العوضین]

[تتمة مسألة من شروط العوضین کونه طلقا]

[تتمة مسألة لا یجوز بیع الوقف إجماعا محققا فی الجملة و محکیا]

[الوقف المؤبد]

صور جواز البیع

اشارة

اذا عرفت جمیع ما ذکرنا فاعلم ان الکلام فی جواز بیع الوقف یقع فی صور.

الأولی: أن یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه

کالحیوان المذبوح، و الجذع البالی، و الحصیر الخلق.

و الاقوی جواز بیعه، وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل کلماتهم لعدم جریان أدلّة المنع.

اما الاجماع، فواضح.

و اما قوله: لا یجوز شراء الوقف، فلانصرافه الی غیر هذه الحالة

(اذا عرفت جمیع ما ذکرنا) حول انّ ایّ وقف یباع، و ایّ وقف لا یباع (فاعلم أن الکلام فی جواز بیع الوقف یقع فی صور) الصورة (الاولی: أن یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه) و انما یمکن الانتفاع به اذا بدّل الی غیره (کالحیوان المذبوح) الّذی کان وقفا، ثم ذبح، فانه لا یمکن الانتفاع بعینه، و انما یمکن الانتفاع به اذا بیع، و اشتری بثمنه حیوان حیّ (و الجذع البالی، و الحصیر الخلق) و ما اشبه ذلک، کالآجر القدیم الّذی لا ینتفع به فی البناء

(و الاقوی جواز بیعه، وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل کلماتهم) و انما یجوز بیعه (لعدم جریان ادلّة المنع) عن بیع الوقف للمقام.

(اما) عدم جریان (الاجماع، فواضح) اذ: المشهور ذهبوا الی جواز البیع.

(و اما قوله) علیه السلام (لا یجوز شراء الوقف، فلانصرافه الی غیر هذه الحالة) اذ: المتفاهم عرفا من هذه العبارة: ان الوقف لیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴

و اما قوله علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، فلا یدل علی المنع هنا، لانه مسوق لبیان وجوب مراعاة الکیفیة المرسومة فی إنشاء الوقف.

و لیس منها عدم بیعه، بل عدم جواز البیع من احکام الوقف و ان ذکر فی متن العقد

کالملک، فلیس له اطلاق احوالی یشمل، حتی حالة عدم الانتفاع.

(و اما قوله علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، فلا یدل علی المنع هنا) ای فی باب عدم الانتفاع بالوقوف (لانه مسوق لبیان وجوب مراعاة الکیفیة المرسومة فی إنشاء الوقف) یعنی: ان الوقف یکون علی الکیفیة التی وقفها صاحب الملک، فان وقفه مسجدا او مدرسة او حسینیة، فلا یتغیر عن الکیفیة الموقوفة، کان ینقلب المسجد مدرسة، او بالعکس، و لا ربط للعبارة بالبقاء للوقوف حتی ینافی البیع للعبارة.

(و لیس منها) ای من الکیفیة (عدم بیعه) ای البیع و عدم البیع لا یرتبطان بالکیفیة (بل عدم جواز البیع من احکام الوقف) کما ان جواز بیع الشیء الّذی یشتریه المشتری، لیس داخلا فی مفهوم البیع، و انما یجوز للمشتری ان یبیعه، لان جواز البیع من احکام الملک (و ان ذکر) عدم البیع (فی متن العقد) للوقف، بان قال: وقفت وقفا لا یباع، فان الذکر فی متن العقد لا یوجب ان یدخل عدم جواز البیع فی کیفیة الوقف و مفهومه کما انه لو ذکر البائع جواز بیع المشتری لما یشتریه لم یکن ذکره لاجازة البیع موجبا لدخول جواز البیع فی مفهوم عقد البائع، بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵

للاتفاق علی انه لا فرق بین ذکره فیه، و ترکه، و قد تقدم ذلک.

و تضعیف قول من قال ببطلان العقد اذا حکم بجواز بیعه.

و لو سلم أن المأخوذ فی الوقف ابقاء العین، فانما هو مأخوذ فیه من حیث کون

هو من احکام الملک، سواء ذکره البائع، أم لم یذکره

و انما قلنا: بان ذکر عدم جواز البیع فی عقد الوقف لا یوجب دخوله فی مفهوم الوقف (للاتفاق علی انه لا فرق بین ذکره) ای عدم البیع (فیه) ای فی الوقف (و ترکه) فانه من الاحکام (و قد تقدم ذلک) و انه لا فرق بین الذکر و الترک.

(و) تقدم (تضعیف قول من قال ببطلان العقد) ای عقد الوقف (اذا حکم بجواز بیعه) لانه رای تنافیا بین جواز البیع، و بین حقیقة الوقف.

قال: فاذا جاز البیع دلّ ذلک علی بطلان الوقف، و قد رددناه هناک.

اذ عدم جواز البیع من احکام الوقف، لا من حقیقة الوقف، فکما انه اذا قلنا: بعدم جواز بیع المشتری لما اشتراه لم یکن ذلک ینافی حقیقة البیع، کذلک اذا قلنا: بجواز بیع الوقف لم یکن ذلک ینافی حقیقة الوقف

(و لو سلم ان المأخوذ فی الوقف ابقاء العین) بحیث یکون ابقاء العین داخلا فی مفهوم الوقف، لا انه حکم من احکام الوقف- کما اخترناه- (فانما هو) ای ابقاء العین (مأخوذ فیه) ای فی الوقف (من حیث کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶

المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العین، و المفروض تعذره هنا.

و الحاصل: ان جواز بیعه هنا غیر مناف لما قصده الواقف فی وقفه فهو ملک للبطون، یجوز لهم البیع اذا اجتمع اذن البطن الموجود، مع اولیاء سائر البطون، و هو الحاکم او المتولی.

و الحاصل: ان الامر دائر بین تعطیله، حتی یتلف بنفسه، و بین انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بین

المقصود) بالوقف (انتفاع البطون به) ای بالوقف (مع بقاء العین) لا من حیث أن بقاء العین من مقومات الوقف (و المفروض تعذره)

ای انتفاع البطون (هنا) فیما اذا لم یکن الوقف قابلا للانتفاع، فاذا انتفت العلة ای جهة انتفاع البطون، انتفی المعلول ای بقاء العین.

(و الحاصل: ان جواز بیعه هنا) ای فی صورة عدم الانتفاع بالعین (غیر مناف لما قصده الواقف فی وقفه) اذ: قصد الواقف البقاء ما دام ینتفع به (فهو) ای الموقوف (ملک للبطون، یجوز لهم البیع اذا اجتمع اذن البطن الموجود، مع) اذن (اولیاء سائر البطون) التی لم توجد بعد (و هو الحاکم او المتولی)

و هذا الکلام تقریب انه لا ینافی الوقف للبیع اذا سقط عن الانتفاع لان المنافی ان کان الشرع، فقد عرفت عدم شمول الادلة، و ان کان جعل الواقف، فقد عرفت ان الواقف یرید الوقف ما دام الانتفاع.

(و الحاصل: ان الامر دائر بین تعطیله، حتی یتلف بنفسه، و بین انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف) بان یبیعه و یأکل ثمنه (و بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۷

تبدیله بما یبقی و ینتفع به الکل.

و الاوّل تضییع مناف لحق اللّه، و حق الواقف، و حق الموقوف علیه و به یندفع استصحاب المنع.

مضافا الی کون المنع السابق فی ضمن وجوب العمل بمقتضی الوقف، و هو انتفاع جمیع البطون بعینه و قد ارتفع قطعا، فلا یبقی ما کان فی ضمنه.

تبدیله بما یبقی و ینتفع به الکل) من هذا البطن و سائر البطون.

(و الاول) ای تعطیله حتی یتلف (تضییع مناف لحق اللّه و حق الواقف، و حق الموقوف علیه) لان الله لا یحب فساد المال، و الواقف یرید انتفاع البطون، و البطون لهم حق فی الوقف.

(و به) ای بکونه تضییعا مناف للحقوق الثلاثة (یندفع استصحاب المنع) فلا یقال: انه کان ممنوع البیع، فاذا شککنا فی أنه هل جاز بیعه أم لا؟ کان الاصل بقاء المنع.

و انما یندفع لان التضییع حرام، فهو کالدلیل الّذی اذا جاء لم یکن مجال للاصل.

(مضافا الی) ان الاستصحاب بنفسه لا یجری لعدم بقاء الموضوع السابق، ل (کون المنع السابق) عن البیع انما کان (فی ضمن وجوب العمل بمقتضی الوقف، و هو) ای مقتضی الوقف (انتفاع جمیع البطون بعینه) ای عین الوقف (و قد ارتفع) انتفاع جمیع البطون (قطعا) لما عرفت: من انه آئل الی الخراب و عدم الانتفاع اصلا (فلا یبقی ما کان فی ضمنه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸

و اما الثانی: فمع منافاته لحق سائر البطون، یستلزم جواز بیع البطن الاول.

اذ: لا فرق بین اتلافه، و نقله.

و الثالث: هو المطلوب.

نعم: یمکن ان یقال: اذا کان الوقف مما لا یبقی بحسب استعداده العادی الی آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبدیله بما یبقی لهم، فینتهی

ای فی ضمن وجوب العمل، و مصداق «ما» المنع عن البیع.

و الحاصل: ان الممنوع، هو بیع لما ینتفع به البطون، و انتفاع البطون قد زال، فالمنع یزول، فلا مجال لاستصحاب المنع.

(و اما الثانی) و هو انتفاع البطن الموجود بالاتلاف (فمع منافاته لحق سائر البطون، یستلزم جواز بیع البطن الاول) فیثبت جواز البیع فی الجملة.

(اذ: لا فرق بین اتلافه، و) بین (نقله).

(و الثالث) و هو تبدیله بما یبقی و ینتفع به الکل (هو المطلوب) فثبت جواز البیع و التبدیل.

(نعم: یمکن ان یقال) لوجه عدم وجوب التبدیل (اذا کان الوقف مما لا یبقی بحسب استعداده العادی الی آخر البطون) کالدار، فان البناء لا یبقی لبطون متعددة (فلا وجه لمراعاتهم) ای البطون (بتبدیله بما یبقی لهم) بان تباع اذا آلت الی الخراب، و تشتری مکانها دار اخری- مثلا (فینتهی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹

ملکه الی من أدرک آخر ازمنة بقائه، فتأمل.

و کیف کان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخیص البطن الموجود فی اتلافه.

و مما ذکرنا یظهران الثمن علی تقدیر البیع لا یخص به البطن الموجود، وفاقا لمن تقدم ممّن یظهر

ملکه) ای ملک الوقف للبطون (الی من ادرک آخر ازمنة بقائه) کالبطن الثالث مثلا.

و علیه فلا حق للبطن الرابع من اوّل الامر (فتأمل) فانه اذا کان کذلک، یلزم عدم ابدیة ای وقف، و هذا خلاف ما التأموا علیه.

و لا یخفی: ان هذا الکلام مما یؤید ما ذکرناه سابقا من: ان الملکیة للواقف لیست بحیث تشمل الملک الی الابد.

و ربما یؤید هذا بما اذا وقف لسکنی اولاده و اولاد اولاده و هکذا فان الجیل الثالث البالغ عددهم خمسین مثلا لا یمکن سکناهم فیه، فالامر دائر بین البیع و تقسیم الثمن بینهم، و بین ایجار قسم من الباقین.

و الثانی خلاف ظاهر کلام الواقف فلا یبقی الا الاول، فتأمل.

(و کیف کان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخیص البطن الموجود فی اتلافه) فاللازم جواز بیعه و تبدیله.

(و مما ذکرنا یظهر ان الثمن علی تقدیر البیع لا- یخص به البطن الموجود) لان الوقف کان لجمیعهم، فکیف یکون بدل الوقف لبعضهم فقط «و ما ذکرنا» هو ان البطون لها حق فی الوقف (وفاقا لمن تقدم ممّن یظهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰

منه ذلک کالاسکافی، و العلامة، و ولده، و الشهیدین، و المحقق الثانی، و حکی عن التنقیح، و المقتصر، و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلیة ذلک.

فان المبیع اذا کان ملکا للموجودین بالفعل، و للمعدومین بالقوة کان الثمن کذلک فان الملکیة اعتبار عرفی او شرعی یلاحظها المعتبر عند تحقق اسبابها.

فکما ان الموجود مالک له فعلا ما دام موجودا بتملیک الواقف، فکذلک المعدوم

منه ذلک) ای حق البطون فی الثمن (کالاسکافی، و العلامة، و ولده، و الشهیدین، و المحقق الثانی، و حکی عن التنقیح، و المقتصر، و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلیة) ای بدلیة الثمن للوقف (ذلک) ای عدم اختصاصه للبطن الموجود فقط.

(فان المبیع) ای الوقف (اذا کان ملکا للموجودین بالفعل، و للمعدومین بالقوّة) بمعنی ان ایا منهم صار موجودا کان له حق فی الوقف (کان الثمن کذلک) للکل بالنسبة (فان الملکیة اعتبار عرفی او شرعی) بان الغی الشارع الاعتبار العرفی، و أسّس تأسیسا جدیدا (یلاحظها) أی الملکیة (المعتبر) الممضی اعتباره (عند تحقق اسبابها) التی هی اسباب بنظر المعتبر.

(فکما ان) البطن (الموجود مالک له) ای للوقف (فعلا- ما دام) البطن (موجودا بتملیک الواقف) للبطن (فکذلک) البطن (المعدوم مالک له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱

شأنا بمقتضی تملیک الواقف.

و عدم تعقل الملک للمعدوم، انما هو فی الملک الفعلی، لا الشأنی و دعوی: ان الملک الشأنی لیس شیئا محققا موجودا.

یکذبها إنشاء الواقف له کانشائه لملک الموجود فلو جاز ان تخرج العین الموقوفة الی ملک الغیر بعوض، لا یدخل فی ملک المعدوم

شأنا بمقتضی تملیک الواقف).

(و) ان قلت: کیف یعقل الملک للمعدوم.

قلت: (عدم تعقل الملک للمعدوم، انما هو فی الملک الفعلی، لا الشأنی) اذ: معنی الشأنی، انه لو وجد لملک، بالإضافة الی ان الملک اعتبار، و الاعتبار یمکن تعلقه بالموجود و بالمعدوم.

الا تری انک تقول: التناقض محال، فتحمل المحالیة علی التناقض مع ان احد طرفیه معدوم و إلا لزم وجود المتناقضین.

(و دعوی: ان الملک الشأنی لیس شیئا محققا موجودا) فلا یترتب علیه اثر حتی تقولوا ان الثمن ملک للمعدوم، ککونه ملکا للموجود.

(یکذبها) ای یکذب هذه الدعوی (إنشاء الواقف له کانشائه لملک) البطن (الموجود)

و لا یعقل إنشاء العدم ای ان المنشأ بعد الانشاء یوجد فی عالم الاعتبار، کما ان المخلوق بعد الایجاد یوجد فی عالم الموجودات (فلو جاز ان تخرج العین الموقوفة) الساقطة عن الانتفاع (الی ملک الغیر) المشتری (بعوض) یتصف ذلک العوض بانه (لا یدخل فی ملک المعدوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۲

علی نهج دخول المعوض، جاز ان تخرج بعوض، لا یدخل فی ملک الموجود.

و إلیه اشار الشهید قدس سره فی الفرع الآتی، حیث قال: انه یعنی الثمن صار مملوکا علی حد الملک الاول، اذ یستحیل ان یملک لا علی حده خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة.

و اختاره المحقق فی الشرائع فی دیة العبد الموقوف المقتول.

علی نهج دخول المعوض) ای ان دخوله شأنی کما ان دخول اهل الوقف کان شأنیا (جاز ان تخرج) العین (ب) مقابل (عوض، لا یدخل) ذلک العوض (فی ملک) البطن (الموجود).

فکما انکم تقولون ان العوض یدخل فی ملک الموجود، لانه عوض وقف لهم، کذلک یلزم ان تقولوا ان العوض یدخل فی ملک البطن المعدوم لانه عوض وقف لهم.

(و إلیه) ای الی قولنا: فلو جاز، الخ (اشار الشهید قدس سره فی الفرع الآتی، حیث قال: انه یعنی الثمن صار مملوکا) لکل البطون (علی حد الملک الاول) ای نفس الموقوفة (اذ یستحیل ان یملک) الثمن (لا علی حده) ای لا علی النحو الّذی کان الاصل مملوکا، اذ: هذا بدل و کل بدل حکمه حکم المبدل (خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة) کعبارة المفید و الانتصار، حیث ان ظاهر هما ان الثمن ملک للموجودین فقط.

(و اختاره المحقق فی الشرائع فی دیة العبد الموقوف المقتول) حیث ان العبد الموقوف لجماعة اذا قتل کانت دیته لاولئک الجماعة، و قد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳

و لعل وجه ان الوقف، ملک للبطن الموجود، غایة الامر تعلق حق البطون اللاحقة فاذا فرض جواز بیعه، انتقل الثمن الی من هو مالک

له فعلا.

و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن، و لا دليل عليه.

و مجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم اذ: لا عموم لفظيا يقتضى البدلية و التنزيل.

افتى المحقق بانها للبطن الاول الموجودين، لا لكل البطون.

(و لعل وجهه) اى وجه اختصاص الموجودين بثمن الوقف (ان الوقف، ملك للبطن الموجود، غاية الامر تعلق حق البطون اللاحقة)

اما انه ملك للبطن الموجود، فلانه لا يمكن ملك المعدوم.

و اما انه متعلق لحق البطون، فلان الواقف جعله كذلك، و الشارع امضى اعتبار الواقف (فاذا فرض جواز بيعه، انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا).

(و) ان قلت: فكيف صار حق البطون.

قلت: (لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن) أيضا (و لا دليل عليه) اى على التلازم المذكور.

(و مجرد البدلية) للثمن (لا- يوجب ترتب جميع اللوازم) كما ان الخمس بدل عن الزكاة، و لا يترتب عليه جميع اللوازم المترتبة على الزكاة (اذ:

لا عموم لفظيا يقتضى البدلية) حتى نقول: بان العموم ظاهر فى ترتب جميع الآثار (و) عموم (التنزيل) حتى فى تعلق حق البطون.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۴

بل هو بدل له فى الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه ان ما ينقل الى المشترى ان كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع- بعد انعدام البطن السابق- الى البطن اللاحق، فلا يملكه المشترى ملكا مستمرا، و ان كان هو مطلق الاختصاص المستقر الّذى لا يزول الا بالناقل، فهو لا يكون الا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو الثمن

(بل هو بدل له فى الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك)

هذا غاية ما يمكن ان يوجه به قول القائل بان الثمن للبطن الموجود فقط.

(و فيه ان ما ينقل) لعين الوقف (الى المشترى) فيما باعه البطن الموجود (ان كان هو الاختصاص الموقت) بعمر البطن الموجود (الثابت) ذلك الاختصاص (للبطن الموجود) بان لا يكون المبيع عين الوقف، بل مقدار اختصاص البائع بالوقف، كمدة عشرين سنة الّذى هو منتهى عمر البطن الموجود (لزم منه رجوع) الوقف (المبيع- بعد انعدام البطن السابق-) بالموت (الى البطن اللاحق، فلا يملكه المشترى ملكا مستمرا) بل يملكه مدة عمر البطن البائع فقط (و ان كان) النقل الى المشترى (هو مطلق الاختصاص المستقر الّذى لا- يزول الا- بالناقل) كسائر الاعيان المبيعة حتى يصبح الوقف ملكا للمشترى (فهو) اى النقل هكذا (لا يكون الا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له) اى للوقف.

و على هذا (فالثمن لهم) اى للبطون (على نحو المثمن)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۵

و مما ذكرنا تعرف ان اشتراك البطون فى الثمن، اولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الواقف، فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه، بخلاف الثمن فانه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقة.

فکما ان فی المثمن اختصاص للبطن الموجود و اختصاص للبطن المستقبل کذلک الثمن یکون له اختصاصان و لا یحق للبطن الموجود الاستئثار به لان فیه حقا لغیره أیضا.

(و مما ذکرنا) من ان نقل جمیع الاختصاصات یوجب تعلق حق البطون بالثمن أیضا (تعرف ان اشتراک البطون فی الثمن) للوقف (اولی من اشتراکهم فی دیة العبد المقتول) الّذی کان وقفا لجماعة (حیث انه) ای الثمن الّذی هو دیة (بدل شرعی) ف (یکون الحکم به) ای بکونها للبطون (متأخرا عن تلف الوقف) اذ: الشارع حکم بانه اذا مات العبد تعلقت دیته بذمة القاتل فمرتبة الدیة متأخرة عن مرتبة العبد (فجاز عقلا منع سرایة حق البطون اللاحقة إلیه) ای الی ثمن العبد الّذی هو الدیة (بخلاف الثمن) فی بیع الوقف (فانه یملکه من یملکه) ای یملک الثمن من یکون مالکا للوقف (بنفس خروج الوقف عن ملکهم) خروجا (علی وجه المعاوضة الحقیقیة) فاذا ذهب المثمن جاء الثمن بنفس ذهاب المثمن، بخلاف العبد المقتول، فان حکم الشارع بالدیة فاصل بین قتل العبد و بین تعلق الدیة بذمة القاتل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶

فلا یعقل اختصاص العوض بمن لم یختص بالمعوض.

و من هنا اتضح أیضا، ان هذا اولی بالحکم من بدل الرهن الّذی حکموا بکونه رهنا، لان حق الرهنیة متعلق بالعین، من حیث انه ملک لمالکه الاول، فجاز ان یرتفع الی بدل بارتفاع ملکیة المالک الاول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فانه لیس قائما بالعین من حیث انه ملک البطن الموجود، بل اختصاص موقت.

(فلا یعقل) فی مقام البیع (اختصاص العوض) الّذی هو الثمن (بمن لم یختص بالمعوض) ای البطن الموجود الّذی لم یختص بالوقف.

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان بدل الوقف یکون بدلا بمجرد خروج الوقف عن الملک (اتضح أیضا، ان هذا) الّذی ذکرناه من تعلق حق البطون بالثمن (اولی بالحکم) الّذی ذکرناه (من بدل الرهن الّذی حکموا بکونه رهنا)

کما لو ان کتاب زید، کان رهنا عند عمرو، فباع الکتاب بقلم، فان القلم یکون رهنا عند عمرو أیضا، فاذا کان بدل الرهن متعلقا لحق المرتهن کان بدل الوقف متعلقا للبطون بطریق اولی.

وجه الاولویة (لان حق الرهنیة متعلق بالعین، من حیث انه ملک لمالکه الاول) و هو الّذی رهن الکتاب (فجاز ان یرتفع) حق الرهن (الی بدل بارتفاع ملکیة المالک الاول) فلا یکون بدله رهنا (بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم) فی باب الوقف (فانه) ای الاختصاص (لیس قائما بالعین من حیث انه ملک البطن الموجود، بل اختصاص موقت)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷

نظیر اختصاص البطن الموجود منشأ بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فی الوجود.

و قد تبین مما ذکرنا: ان الثمن حکمه حکم الوقف فی کونه ملکا لجمیع البطون علی ترتیبهم فان کان مما یمکن ان یبقی و ینتفع منه البطون علی نحو المبدل و کانت مصلحة البطون فی بقائه

بعمر البطن المعدوم.

(نظیر اختصاص) الوقف ب (البطن الموجود منشأ) هذا الاختصاص للبطن المعدوم (بانشائه) ای بنفس الانشاء الحاصل للبطن الموجود (مقارن) ذلک الاختصاص للمعدوم (له) ای الاختصاص الحاصل للموجود (بحسب الجعل) الواقفی الّذی أمضاه الشارع، اذ: الواقف إنشاء إنشاء واحدا لهما (متأخر) الاختصاص للمعدوم (عنه) ای عن الاختصاص للموجود (فی الوجود)

و علیه: یکون بدل الوقف اولی بالحکم، من بدل الرهن، فاذا قلنا:

بان بدل الرهن یکون متعلقا لحق المرتهن، یکون بدل الوقف اولی بکونه متعلقا لحق البطن اللاحق المعدوم حالا.

(و قد تبین مما ذکرنا) فی وجه الاشکال علی کلام المحقق (ان الثمن) للوقف (حکمه حکم الوقف فی کونه ملکا لجمیع البطون علی ترتیبهم)

فالبطن الاول، مقدم علی الثانی، و الثانی مقدم علی الثالث، و هکذا (فان کان) البدل (مما یمکن ان یبقی و ینتفع منه البطون علی نحو المبدل) کأن کان بدل الدار الموقوفة بدار اخری (و کانت مصلحة البطون فی بقائه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸

ابقی و الّا ابدل مکانه ما هو اصلح.

و من هنا ظهر: عدم الحاجة الی صیغة الوقف فی البدل، بل نفس البدلیة یقتضی کونه کالمبدل.

و لذا علله الشهید فی غایة المراد بقوله: لانه صار مملوکا علی حدّ الملک الاول.

اذ یستحیل ان یملک لا علی حدّه.

ثم ان

ابقی)- بالمجهول- ای ابقی البدل (و الّا ابدل مکانه) ای مکان البدل (ما هو اصلح) و هکذا.

(و من هنا) الّذی ذکرنا، ان البدل محکوم بجمیع احکام الوقف، بمجرد کونه بدلا (ظهر: عدم الحاجة الی صیغة الوقف فی البدل، بل نفس البدلیة یقتضی کونه) ای البدل- فی کونه وقفا- (کالمبدل).

(و لذا) الّذی انه کالمبدل فی جمیع الامور (علله) ای عدم الاحتیاج الی صیغة الوقف (الشهید فی غایة المراد بقوله: لانه) ای البدل (صار مملوکا) للموقوف علیهم (علی حدّ الملک الاول) ای مثل ملکهم لاصل الوقف

(اذ یستحیل ان یملک) البدل (لا علی حدّه) لا مثل الملک الاول.

(ثم ان) مقتضی القاعدة المتقدمة من جریان جمیع آثار الوقف الاول علی البدل ان یکون الوقف البدل ممنوع التصرف فیه، و لو تبدیلا الی الاصلح، کاصل الوقف، کما ان مقتضاه أیضا ان لا یجوز التبدیل من الاصل الی البدل الّا بالمماثل مع الامکان، فالدار تبدل بالدار و ان کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹

هذا العین حیث صارت ملکا للبطون، فلهم، او لولیّهم ان ینظر فیه و یتصرف فیه بحسب مصلحة جمیع البطون، و لو بالابدال بعین اخری اصلح لهم بل قد یجب اذا کان ترکه یعد تضییعا للحقوق.

و لیس مثل الاصل ممنوعا عن بیعه، الا لعذر، لان ذلک کان حکما من احکام الوقف الابتدائی.

و بدل الوقف انما هو بدل له فی کونه ملکا للبطون، فلا یترتب علیه جمیع احکام الوقف الابتدائی.

الحمام و الدکان اصلح، و انفع مثلا.

و منه یظهر الاشکال فیما اختاره الشیخ ره بقوله: ان (هذا العین) ای البدل (حیث صارت ملکا للبطون، فلهم، او لولیّهم) اذا کان لهم ولیّ (ان ینظر فیه، و یتصرف فیه) ای فی البدل (بحسب مصلحة جمیع البطون، و لو بالابدال) لهذا البدل (بعین اخری اصلح لهم) من البدل الاول (بل قد یجب) علی الولیّ ابدال البدل ببدل آخر (اذا کان ترکه) ای ترک البدل (یعدّ تضییعا للحقوق)

کما اذا کان ایجار البدل مائة و لو بدّل کان ایجاره خمسمائة.

(و لیس) البدل (مثل الاصل) ای اصل الوقف (ممنوعا عن بیعه، إلا لعذر) حتی لا یجوز تبدیله بالاصلح (لان ذلک) ای عدم جواز التبدیل (کان حکما من احکام الوقف الابتدائی) مقابل الوقف البدلی.

(و بدل الوقف انما هو بدل له فی کونه ملکا للبطون) فقط لا فی جمیع احکام الوقف (فلا یترتب علیه) ای علی البدل (جمیع احکام الوقف الابتدائی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰

و مما ذکرنا أیضا یظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف کما هو ظاهر التذکرة، و الارشاد، و جامع المقاصد، و التنقیح و المقتصر، و مجمع الفائدة، بل قد لا یجوز، اذا کان غیره اصلح لان الثمن اذا صار ملکا للموقوف علیهم الموجودین و المعدومین، فاللازم ملاحظة مصلحتهم، خلافا للعلامة، و ولده، و الشهید، و جماعة، فاوجبوا المماثلة مع الامکان لکون المثل اقرب الی مقصود الواقف.

و فیه: مع عدم انضباط غرض الواقف اذ قد یتعلق غرضه بکون الموقوف

و قد عرفت الاشکال فی هذا الکلام.

(و مما ذکرنا) من ان البدل لیس محکوما بحکم اصل الوقف (أیضا یظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف کما هو ظاهر التذکرة، و الارشاد و جامع المقاصد، و التنقیح، و المقتصر، و مجمع الفائدة، بل قد لا یجوز) شراء المماثل (اذا کان غیره) ای غیر المماثل (اصلح) لان المماثل حینئذ یکون تضییعا.

و انما لا یجب شراء المماثل (لان الثمن اذا صار ملکا للموقوف علیهم الموجودین و المعدومین، فاللازم ملاحظة مصلحتهم) فان کانت المصلحة فی غیر المماثل، لزم شراء غیر المماثل (خلافا للعلامة، و ولده و الشهید و جماعة) آخرین (فاوجبوا المماثلة مع الامکان، لکون المثل اقرب الی مقصود الواقف) و اللازم اتباع مقصود الواقف.

(و فیه: مع عدم انضباط غرض الواقف) بانه المماثل، او غیر المماثل (اذ قد یتعلق غرضه بکون الموقوف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱

عینا خاصة، و قد یتعلق بکون منفعة الوقف مقدارا معینا من دون تعلق غرض بالعین، و قد یکون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، کما لو وقف بستانا لینتفعوا بثمرته، فبیع، فدار الامر بین ان یشتری بثمنه بستانا فی موضع لا یصل إلیهم الا قیمة الثمرة، و بین ان یشتری ملکا آخر تصل إلیهم اجرة منفعته.

فان الاول و ان کان مماثلا الا انه لیس اقرب الی غرض الواقف انه لا دلیل علی وجوب ملاحظة الاقرب الی مقصوده، انما اللازم ملاحظة مدلول کلام فی إنشاء الوقف

عینا خاصة) کالدار مثلا، فاللازم المماثل (و قد یتعلق بکون منفعة الوقف مقدارا معینا من دون تعلق غرض بالعین) کما لو کان غرضه الانتفاع بالف دینار کل سنة، و اشتری الدکان أولا لهذا الغرض، ثم صار الدکان لا ینفع بهذا القدر، و انما نفع الحمام الف دینار مثلا (و قد یکون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته) من غیر نظر الی العین، و لا الی مقدار الایجار (کما لو وقف بستانا لینتفعوا بثمرته، فبیع) البستان لاحد مجوزات البیع (فدار الامر بین ان یشتری بثمنه بستانا فی موضع لا یصل إلیهم إلا قیمة الثمرة و بین ان یشتری ملکا آخر تصل إلیهم اجرة منفعته) کالدار التی تؤجر.

(فان الاول) ای البستان (و ان کان مماثلا، الا انه لیس اقرب الی غرض الواقف) اذ: غرضه الثمرة، و هو لا یحصل فی ایّ منهما (انه) مبتدأ لقوله «و فیه» (لا دلیل علی وجوب ملاحظة الاقرب الی مقصوده انما اللازم ملاحظة مدلول کلام فی إنشاء الوقف) حتی نتبع اللّفظ فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۲

لیجری الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

فالحاصل: ان الوقف ما دام موجودا بشخصه، لا- یلاحظ فیه الا مدلول کلام الواقف و اذا بیع و انتقل الثمن الی الموقوف علیهم لم یلاحظ فیه الا مصلحتهم هذا، قال العلامهٔ فی محکی التذکرهٔ کل مورد جوزنا بیع الوقف، فانه یباع و یصرف الثمن الی جههٔ الوقف، فان امکن شراء مثل تلک العین مما ینتفع به کان اولی، و إلا جاز شراء کل ما یصح وقفه، و الا

اشتراء البدل (لیجری الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) فاذا لم یکن لکلام دلالهٔ خاصهٔ، کان البدل مطلقا، فاللازم اشتراء الاصلح، و ان لم یکن هناک اصلح جاز کل واحد من الابدال.

(فالحاصل: ان الوقف ما دام موجودا بشخصه، لا یلاحظ فیه الا مدلول کلام الواقف) فی انه یجب ان یبقی، کما قال الواقف (و اذا بیع و انتقل الثمن الی الموقوف علیهم لم یلاحظ فیه الا مصلحتهم)

و قد عرفت ان البدل بحکم کونه کالاصل یجب ان یتبع فیه کلام الواقف أیضا.

اللهم الا ان یقال: ان اللازم ملاحظهٔ قصد الواقف عرفا، من جههٔ ملاحظهٔ الموقوف علیهم، لان دلیل الوقف و التبدیل لا یستفاد منهما اکثر من ملاحظهٔ قصد الواقف (هذا، قال العلامهٔ فی محکی التذکرهٔ کل مورد جوزنا بیع الوقف، فانه یباع و یصرف الثمن الی جههٔ الوقف، فان امکن شراء مثل تلک العین) الموقوفهٔ (مما ینتفع به کان اولی، و إلا جاز شراء کل ما یصح وقفه، و الا) یمکن شراء کلما یصح وقفه لان الثمن کان قلیلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳

صرف الثمن الی الموقوف علیه، یعمل فیه ما شاء، لان فیه جمعا بین التوصل الی غرض الواقف من نفع الموقوف علیه علی الدوام، و بین النصّ الدال علی عدم جواز مخالفهٔ الواقف، حیث شرط التأبید، فاذا لم یمکن التأبید بحسب الشخص، و امکن بحسب النوع، وجب لانه موافق لغرض الواقف، و داخل تحت الاول الّذی وقع العقد علیه.

و مراعاهٔ الخصوصیهٔ الکلیهٔ یفضی الی فوات الغرض باجمعه

جدا او ان الوقف کان معرضا للسیطرهٔ علیه، من قبل الظالم، او ما اشبه (صرف الثمن الی الموقوف علیه، یعمل فیه ما شاء) کسائر امواله (لان فیه) ای فی الترتیب الّذی ذکرناه من المماثل و غیر المماثل، و الصرف فی مصلحهٔ الموقوف علیه (جمعا بین التوصل الی غرض الواقف من نفع الموقوف علیه علی الدوام، و بین النصّ الدالّ علی عدم جواز مخالفهٔ الواقف، حیث شرط التأبید) و بین الغرض الخاص للواقف فی کون الموقوفهٔ شیئا خاصا، کالدار و البستان مثلا (فاذا لم یمکن التأبید بحسب الشخص، و امکن بحسب النوع، وجب) فان امکن بحسب الصنف کالدار بدلا عن الدار، کان مقدما، و الا فالدار تبدل بالبستان مثلا (لانه موافق لغرض الواقف) فان غرضه من باب تعدد المطلوب (و داخل) البدل (تحت) الوقف (الاول الّذی وقع العقد) ای عقد الوقف (علیه)

(و) اذا اردنا (مراعاهٔ الخصوصیهٔ الکلیهٔ) لا- مراعاهٔ الکلیهٔ بما هی کلیهٔ، بل قلنا: ان اللازم بقاء العین، و الا فلا بدل لها فان ذلک (یفضی) و ینتهی (الی فوات الغرض باجمعه) و هذا خلاف تعدد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۴

و لان قصر الثمن علی البائعین یقتضی خروج باقی البطون عن الاستحقاق بغیر وجه مع انهم یستحقون من الوقف کما یستحق البطن الاول و تعذر وجودهم حال الوقف.

قال بعض علمائنا، و الشافعیهٔ: ان ثمن الوقف کقیمهٔ الموقوف اذا تلف فیصرف الثمن علی الموقوف علیهم ملکا علی رأی، انتهی.

و لا یخفی علیک مواقع الردّ و القبول فی کلامه ره

المطلوب الظاهر من حالة الواقفین المشمول لقوله صلی الله علیه و آله و سلم الوقوف الخ.

(و لان قصر الثمن علی البائعین) بان یتصرفوا فیه (یقتضی خروج باقی البطون عن الاستحقاق) الّذی قرّره الواقف لهم (بغیر وجه) اذ: لا وجه لاخراج البطون من الاستحقاق شرعا، و لا عقلا (مع) ای و الحال (انهم) ای البطون اللاحقة (یستحقون من الوقف کما یستحق البطن الاول)

(و تعذر وجودهم حال الوقف) ای عدمهم لا یوجب سقوط حقهم اذ: الحق لا یناط بالموجود لا شرعا و لا عرفا.

(و قال بعض علمائنا، و الشافعیة: ان ثمن الوقف) اذا بیع (کقیمة الموقوف اذا تلف) اذا اتلفه متلف حیث یجب علیه دفع القیمة ای ان الثمن و القیمة کلیهما فی حال واحد (فیصرف الثمن علی الموقوف علیهم ملکا علی رأی) لکنه عندنا غیر مختار لما عرفت من الدلیل (انتهی) کلام العلامة

(و لا یخفی علیک مواقع الرد و القبول فی کلامه ره) فمن مواقع الردّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵

ثم ان المتولی للبیع، هو البطن الموجود بضمیمة الحاکم القیم من قبل سائر البطون.

و یحتمل ان یکون هذا الی الناظر ان کان لانه المنصوب لمعظم الامور الراجعة الی الوقف.

الا ان یقال: بعدم انصراف وظیفته المجعولة من قبل الواقف الی التصرف فی نفس العین

- علی مذاق المصنف ره- قوله فان امکن شراء مثل تلک العین الخ، اذ: لا یجب شراء المثل عند المصنف، و قوله: و الّا جاز شراء کل ما یصح الخ اذ: لا بد من شراء الاصلح، و قوله: فاذا لم یمکن الخ فان المصنف لا یعتبر امکان التأبید، اما مواقع القبول، فسائر الاحکام التی ذکر مما یوافق المصنف ره علیهما.

(ثم ان المتولی للبیع، هو البطن الموجود بضمیمة الحاکم القیم من قبل سائر البطون) فان الحاکم قیّم علی ما لا قیّم له.

(و یحتمل ان یکون هذا الی الناظر) للوقف (ان کان) للوقف ناظر من قبل الواقف (لانه المنصوب لمعظم الامور الراجعة الی الوقف)

و انما قال: معظم الامور، لان بعض الامور الاخر راجعة الی البطون، و اذا لم یکن للوقف ناظر تصل النوبة الی الحاکم.

(الا ان یقال) فی وجه عدم تولّیه (بعدم انصراف وظیفته المجعولة من قبل الواقف الی التصرف فی نفس العین) بالبیع و ما اشبه.

و علیه: فلا حق للناظر فی بیع العین، و انما له حق فی تصدّی الشئون المربوطة بالعین ما دامت العین موجودة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶

و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف.

و یحتمل بقائها لتعلق حقه بالعین الموقوفة، فیتعلق ببدلها.

ثم انه لو لم یمکن شراء بدله و لم یکن الثمن مما ینتفع به مع بقاء عینه کالنقدین، فلا یجوز دفعه الی البطن الموجود، لما عرفت من کونه کالمبیع مشترکا بین جمیع البطون.

و حینئذ فیوضع عند امین، حتی یتمکن من شراء ما

(و الظاهر) لدی المصنف (سقوط نظارته) ای نظارة الناظر المجعولة من قبل الواقف (عن بدل الوقف) لان النظارة کانت علی العین لا علی البدل.

(و يحتمل بقائها) اى النظارة (لتعلق حقه) اى الناظر (بالعين الموقوفة، فيتعلق ببدلها) لان بدل العين فى حكم العين من جميع الجهات، الا ما خرج بالدليل، و ليست النظارة خارجة بدليل.

(ثم انه لو لم يمكن شراء بدله) فيما اذا باع الوقف (و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه) اذ لو امكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كما لو كان الثمن شاة مثلا وجب الابقاء، لانه اقرب الى مقصد الواقف (كالنقدين) فيما لم يمكن اجارتها لانتفاع المستأجر من بقائها عنده مثلا (فلا يجوز دفعه) اى الثمن (الى البطن الموجود) يتصرف فيه كما يشاء (لما عرفت من كونه) اى الثمن (كالمبيع) اى الوقف (مشتركا بين جميع البطون) فلا يمكن تخصيص بطن واحد به.

(و حينئذ، فيوضع) الثمن (عند امين، حتى يتمكن من شراء ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۷

ينتفع به، و لو مع الخيار الى مدّة.

و لو طلب ذلك البطن الموجود، فلا يبعد وجوب اجابته، و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشترى به من غير خيار.

ينتفع به) اما بدلا للوقف، او مكانا للثمن ابقاء الثمن حتى يمكن اشتراء بدل الوقف (و لو مع الخيار الى مدّة) بان يشترى بالثمن دارا بيع خيار الى سنة مثلا، ثم يفسخ متولى الثمن المعاملة بعد سنة، ليشترى بالثمن ما يمكن الانتفاع به وقفا، أو بدلا، حتى يتسنى الوقف و الاشتراء بخيار، فيما اذا كان الاشتراء كذلك اصلح، او كان الشيء المرغوب فيه لا يتوفر فى الحال الحاضر فيشترى بالثمن شيئا خيار يا حتى اذا تسنّى الشيء المطلوب، فسخ البيع، و اشترى بالثمن ذلك الشيء المطلوب.

(و لو طلب ذلك) الاشتراء الخيارى- فيما لم يمكن الاشتراء غير الخيارى- (البطن الموجود، فلا يبعد وجوب اجابته) لان للبطن حقا فى الثمن، كما ان للناظر حق النظارة، و طلبه مشروع (و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشترى به من غير خيار)

اذ لا وجه للتعطيل، فان عدم الشراء تضييع لحق البطن الموجود الّذى يطلب الشراء و ليس فيه منافاة لحق الوقف او حق البطون، بخلاف عدم الشراء، فانه تضييع لحق البطن الموجود الّذى طلبه بلا جهة.

و يحتمل عدم وجوب الاجابة، اذ البطن لم يكن له هذا الحق، فمن أين يوجد له هذا الحق؟ بعد بيع الوقف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۸

نعم لو رضى الموجود بالاتّجار به و كانت المصلحة فى التجارة جاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل.

و الربح تابع للاصل.

و لا يملكه الموجودون، لانه جزء من البيع، و ليس كالنماء الحقيقى ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف، بين عروض الخراب لكله، او بعضه فيباع البعض المخروب، و يجعل بدله ما يكون وقفا و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب

(نعم لو رضى) البطن (الموجود بالاتّجار به) اى بالثمن عوض ان يشترى به شيء خيارى (و كانت المصلحة فى التجارة، جاز) الاتجار (مع المصلحة الى ان يوجد البدل) فانه يشترى البدل و ان كان ربح البدل اقل من ربح الاتجار، لان البدل اقرب الى الوقف و الى قصد الواقف.

(و) اذا اتجر بالثمن، ف (الربح تابع للاصل) فى وجوب ابقائه.

(و لا يملكه الموجودون، لانه جزء من المبيع، و ليس كالنماء الحقيقى) الّذى هو لارباب الوقف، فكونه مسمّى بالربح اعتبارى محض، و الا فهو فى الحقيقة جزء من الثمن الّذى ربح.

(ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف، بين عروض الخراب لكله، او بعضه) لان الدليل انما دل على جواز

البیع حال الخراب، و ذلک شامل لخراب البعض، و خراب الکل علی حد سواء (ف) اذ اخرب البعض (یباع البعض المخروب و یجعل بدله ما یکون وقفا و لو صرف ثمنه) ای ثمن المبیع (فی باقیه) فیما خرب البعض (بحیث یوجب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۹

زیادهٔ منفعته، جاز مع رضا الکل، لما عرفت من کون الثمن ملکا للبطون، فلهم التصرف فیه علی ظن المصلحهٔ.

و منه یعلم جواز صرفه فی وقف آخر علیهم علی نحو هذا الوقف فیجوز

زیادهٔ منفعته، جاز) الصرف (مع رضا الکل) ای کل الموقوف علیهم، اذ لا دلیل علی ان یکون المشتری وقفا جدیدا.

و علیه فیجوز صرف الثمن سواء کان للکل او للبعض فی وقف آخر کما لو باع الدار الموقوفهٔ و صرف ثمنها فی خان موقوف مثلا (لما عرفت من کون الثمن ملکا للبطون، فلهم التصرف فیه علی ظن المصلحهٔ) ای اذا ظن انه مصلحهٔ.

و الاکتفاء بالظن انما هو لانه الغالب الّذی یعتمد علیه العقلاء اذ العلم لا یحصل غالبا کما لا یخفی.

(و منه) ای و مما ذکرنا من جواز صرف ثمن البعض المخروب فی البعض الباقی (یعلم جواز صرفه) ای الثمن (فی وقف آخر علیهم) ای علی نفس الموقوف علیهم، اما وقف آخر لغیر هم فذلک خلاف کون الوقف المبیع وقفا علیهم، اذا کان الوقف الآخر (علی نحو هذا الوقف) لا- علی وقف علیهم غیر هذا النحو، مثلا لو کان لهم ثلاثهٔ دور موقوفهٔ، داران وقف لسکناهم، و دار وقف لان ینتفعوا بایجارها، کان اللازم لدی بیع احدی الدارین ان یصرف ثمنها فی الدار الاخری التی هی للسکنی، لا الدار التی هی للایجار

و ذلک لوضوح ان الاقرب الی الدار المبیعهٔ هی الدار التی للسکنی (فیجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۰

صرف ثمن ملک مخروب فی تعمیر وقف آخر علیهم.

و لو خرب بعض الوقف، و خرج عن الانتفاع و بقی بعضه محتاجا الی عمارهٔ لا یمکن بدونها انتفاع البطون اللاحقهٔ، فهل یصرف ثمن المخروب الی عمارهٔ الباقی، و ان لم یرض البطن الموجود، وجهان آتیان فیما اذا احتاج اصلاح الوقف- بحیث لا یخرج عن قابلیهٔ انتفاع البطون اللاحقهٔ- الی صرف منفعته الحاضرهٔ التی یستحقها البطن الموجود اذا لم یشترط الواقف

صرف ثمن ملک مخروب فی تعمیر وقف آخر علیهم).

(و لو خرب بعض الوقف، و خرج عن الانتفاع) بحیث جاز بیعه (و بقی بعضه محتاجا الی عمارهٔ لا یمکن بدونها) ای بدون العمارهٔ (انتفاع البطون اللاحقهٔ، فهل یصرف ثمن المخروب الی عمارهٔ الباقی، و ان لم یرض البطن الموجود) او یتوقف ذلک علی رضایهٔ البطن الموجود، و الا یشتری به مکان آخر اذا لم یرض البطن الموجود بذلک (وجهان)

الاول: یصرف فی عمارهٔ الباقی مطلقا رضی الموجود، أم لا؟ لان الباقی اقرب الی المبیع.

الثانی: لا یصرف الا برضاهم، لانه لا فرق بین الامرین، و حیث ان الموجود هم ذوو التصرف لا یجوز التعدی عن رضاهم.

ثم ان هذین الوجهین (آتیان فیما اذا احتاج اصلاح الوقف- بحیث لا یخرج عن قابلیهٔ انتفاع البطون اللاحقهٔ- الی صرف منفعته) ای منفعهٔ الوقف (الحاضرهٔ التی یستحقها البطن الموجود اذا لم یشترط الواقف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۱

اخراج مئونهٔ الوقف عن منفعته قبل قسمته فی الموقوف علیهم.

و هنا فروع اخر یستخرجها الماهر بعد التأمل.

اخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته فی الموقوف علیهم).

اما اذا اشترط فلا اشکال فی ان صرف المنفعة فی الاصلاح مقدم علی القسمة.

و انما کان وجهان فی صورة عدم الاشتراط، لاحتمال ان المنفعة ملک لهذا البطن، فکیف یصرف فی الموقوف مع عدم رضاهم؟

و احتمال ان بقاء الوقف الّذی هو مراد الواقف مقدم علی انتفاع هذا البطن بالمنفعة الموجودة.

نعم لو دار الامر- فیما کان الوقف لبطنین فقط- بین انتفاع هذا البطن او البطن اللاحق لم یبعد تقدم هذا البطن.

(و هنا فروع اخر یستخرجها الماهر بعد التأمل) مثل انه اذا لم یف الثمن بالمماثل التام، فهل یقدم غیر المماثل الناقص.

مثلا ثمن الدار المبیعة یفی بدکان کامل او نصف دار، فایهما یقدم؟

و انه اذ کان شراء المثل صلاحا للموجودین و شراء غیره صلاحا لغیرهم، أو بالعکس، او کان احدهما اصلح للوقف و الآخر اصلح للبطون.

مثلا شراء الدکان اصلح للوقف، حیث یبقی بدون احتیاج الی تعمیر او ضریبة حکومیة، و شراء الدار اصلح للبطون حیث ان ایجارها اکثر، و هکذا من عشرات الفروع الاخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۳۲

الصورة الثانیة: ان یخرب بحیث یسقط عن الانتفاع المعتد به

بحیث یصدق عرفا انه لا منفعة فیه کدار انهدمت، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شیئا معتدا به، فان کان ثمنه علی تقدیر البیع لا یعطی به الا ما کان منفعته کمنفعة العرصة، فلا ینبغی الاشکال فی عدم الجواز.

و ان کان یعطی بثمنه ما یکون منفعته اکثر من منفعة العرصة بل یساوی منفعة الدار

(الصورة الثانیة) من الصور التی یجوز بیع الوقف فیها فی الجملة (ان یخرب بحیث یسقط عن الانتفاع المعتد به بحیث یصدق عرفا) بالحمل الشائع الصناعی (انه لا منفعة فیه) و ان کان فی الواقع و الحقیقة له منفعة قلیلة (کدار) موقوفة (انهدمت، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شیئا معتدا به) کما لو کانت اجرة الاصل مائة و اجرة العرصة خمسة مثلا (فان کان ثمنه علی تقدیر البیع) ای ان یباع (لا- یعطی به) ای بذلک الثمن (الا ما کان منفعته کمنفعة العرصة) کما انه لو بیعت العرصة اعطی بثمنها دار اجرتها خمسة دنانیر مثلا، کما هی اجرة العرصة (فلا ینبغی الاشکال فی عدم الجواز) اذ لا مبرّر للبیع اطلاقا.

(و ان کان یعطی بثمنه ما یکون منفعته اکثر من منفعة العرصة) کما لو کان ایجار الدار المشتراة بثمن العرصة عشرین، بینما ثمن العرصة خمسة (بل یساوی منفعة الدار) السابقة، کما لو کانت منفعة الدار الموقوفة مائة، و منفعة العرصة عشرین ثم اذا اشترینا بثمن العرصة دارا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۳۳

ففی جواز البیع وجهان، من عدم الدلیل علی الجواز مع قیام المقتضی للمنع و هو ظاهر المشهور، حیث قیّدوا الخراب المسوّغ للبیع بکونه بحیث لا یجدی نفعا.

و قد تقدم التصریح من العلامة فی التحریر بانه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف، و لم یجز بیعها.

اللهم الا ان یحمل النفع المنفی فی کلام المشهور علی النفع المعتدّ به بحسب حال العین.

اخری کانت منفعتها أیضا مائة (ففی جواز البیع وجهان، من عدم الدلیل علی الجواز مع قیام المقتضی للمنع) و هو حرمة بیع الوقف (و

هو ظاهر المشهور، حيث قيدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعا) و العرصة حسب الفرض لها نفع و ان كان قليلا.

(و قد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بانه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف) و هذا شاهد لعدم جواز البيع، اذ: بالانهدام لا تخرج العرصة عن كونها وقفا (و لم يجز بيعها) هذا مؤكد لما استفيد من كلامه السابق، و من ان الفائدة الجزئية كلا فائدة، فيكون بقاء الوقف خلاف غرض الواقف- و قد اسقط المصنف هذا الشق الّذى هو عدل لقوله «من عدم الدليل» لانه واضح، و لان قوله «اللهم» يشير إليه-.

(اللهم الا ان يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور) حيث اجازوا البيع فى صورة عدم النفع (على النفع المعتدّ به بحسب حال العين) اى ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴

فان الحمام الّذى يستأجر كل سنة مائة دينار، اذا صار عرصة يؤجر كل سنة خمسة دراهم او عشرة لغرض جزئى كمجمع الزبائل و نحوه يصدق عليه انه لا يجدى نفعا.

و كذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انهارها و هلاك اهلها، و لا تكون تسلب منافع اراضيها رأسا.

و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها كثيرا ما تستأجر

هذا النفع ليس يعدّ نفعا لمثل هذا العين، و ان كان هو نفع فى الجملة فى نظر الواقع و الحقيقة (فان الحمام الّذى يستأجر كل سنة مائة دينار، اذا صار عرصة يؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة) دراهم (لغرض جزئى كمجمع الزبائل و نحوه) بان تستعمل العرصة لجمع الزبائل (يصدق عليه انه لا يجدى نفعا) لان هذا ليس نفعا للحمام لا من جهة الاستعمال فى جمع الزبائل فيه و لا من حيث الاجرة.

(و كذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انهارها) يقال غار الماء و غار النهر اذ اذهب مائه (و هلاك اهلها) او نزوحهم عنها.

و قوله «بغور» خبر «خرابها» (و لا تكون تسلب منافع اراضيها) سلبا (رأسا) بحيث لا تكون لها منفعة اصلا، و مع ذلك يطلق عليها الخراب

(و يشهد لهذا) الّذى ذكرنا من صدق الخراب و ان لم ينعدم النفع الجزئى (ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها) اى الدار المنهدمة (كثيرا ما تستأجر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵

للاغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعا.

و يشمله الاجماع المدعى فى الانتصار و الغنية.

لكن الخروج بذلك عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الّذى هو حبس العين، و عموم قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف مشكل.

و يؤيد المنع: حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة

للاغراض الجزئية) فان التحرير جعل الهدم موجبا لصدق الموت على الدار مما يدل على عدم الاعتناء بالمنافع الجزئية.

و على هذا (فالظاهر دخول الصورة المذكورة) اى الصورة الثانية (فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه) اى الوقف خرابا (بحيث لا يجدى نفعا) اذ النفع القليل كلا نفع.

(و يشمله) اى ما اذا خرب حتى كان نفعه جزئيا (الاجماع المدعى فى الانتصار و الغنية) المتقدم.

(لكن الخروج بذلك) اى بالخراب الموجب للنفع الجزئى (عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الّذى هو حبس العين)

بان نجز البيع خلافا لحبس الواقف- الّذى كان له هذا الحبس- (و) عن (عموم قوله (ع): لا يجوز شراء الوقف) الشامل لصورة الخراب فى الجملة، مع بقاء الانتفاع القليل (مشكل) لانه لا وجه لهذا الخروج الا احتمال شمول ادلة الصورة الاولى للصورة الثانية.

(و يؤيد المنع: حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۳۶

المنقلعة، بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه اخر، كالتسقيف، و جعلها جسرا، و نحو ذلك.

بل ظاهر المختلف- حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى ره لفظيا حيث نزّل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به فى منفعة أخرى- الاتفاق على المنع، اذا حصل فيه انتفاع، و لو قليلا كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا.

المنقلعة) التى كانت موقوفة، فانقلعت (بناء اعلى جواز) اى امكان (الانتفاع بها) بتلك النخلة (فى وجوه اخر) غير الثمرة (كالتسقيف، و جعلها جسرا، و نحو ذلك) كالاسطوانة لحفظ السقف، مع ان هذه المنافع جزئية بالنسبة الى النخلة، فلو كانت النخلة المثمرة دينارا كانت المنقلعة مائة فلس مثلا.

(بل ظاهر المختلف- حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى ره لفظيا) فان الشيخ يجوز البيع، و الحلى يمنع.

و انما جعل العلامة النزاع بينهما لفظيا (حيث نزّل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به) اى بالوقف (فى منفعة اخرى-) و عدم تجويز الحلى على صورة الانتفاع فى الجملة (الاتفاق) خبر لقوله «ظاهر المختلف» (على المنع، اذا حصل فيه انتفاع، و لو قليلا).

اذ حمل كلام المجوز على صورة عدم الانتفاع، معناه ان لا مجوز فى صورة الانتفاع (كما يظهر) المنع فى صورة الانتفاع القليل (من التمثيل بجعله) اى النخل (جسرا) فانه انتفاع قليل جدا، و مع ذلك لم يجوز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۳۷

نعم: لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم امكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف، الى غير هذه الحالة.

و كذا حبس العين، و تسبيل المنفعة، انما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة، و الا فمجرد حبس العين و امساكه و لو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الاولى.

ثم ان الحكم المذكور جار فيما اذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر

البيع فى هذه الصورة.

(نعم: لو كان) الانتفاع (قليلا فى الغاية) اى فى غاية القلة (بحيث يلحق بالمعدوم) كما لو كان نفع بستان الفا، فصار واحدا (امكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف، الى غير هذه الحالة) اى حالة النفع القليل.

(و كذا) ظاهر كلام الواقف الّذى هو (حبس العين، و تسبيل المنفعة، انما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة، و الا) يجز البيع فى حال النفع الملحق بالعدم (فمجرد حبس العين و امساكه و لو من دون منفعة) معتد بها (لو وجب الوفاء به) اى بالحبس بان يبقى محبوسا (لمنع عن البيع فى الصورة الاولى) و هى صورة عدم المنفعة اطلاقا.

(ثم ان الحكم المذكور) اى جواز البيع، او عدم جوازه على الاختلاف المتقدم (جار فيما اذا صارت منفعة الموقوف قليلة، لعارض آخر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۳۸

غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه.

ثم انک قد عرفت فیما سبق، انه ذکر بعض ان جواز بیع الوقف لا یکون الا مع بطلان الوقف، و عرفت وجه النظر فیه.
ثم وجه بطلان الوقف فی الصورة الاولی، بفوات شرط الوقف المراعی فی الابتداء و الاستدامة و هو کون العین مما ینتفع بها مع بقاء عینها

غیر الخراب) کما لو ان القریة صارت منفورا عنها، فهجر اکثر اهلها حتی صار ایجار الدکان بعشرة بعد ان کان بالف مثلا، او وجد فی الدار دودا و ما اشبه سبّب قلة الرغبة فیها الی حدّ ما یسمی بعدم الانتفاع.
و انما نقول بجواز البیع فی هذه الصورة (لجریان ما ذکرنا) من الادلة فی جواز البیع حالة الخراب (فیه) ای فی غیر الخراب من العوارض المشابهة للخراب لوحدة للمناط.
(ثم انک قد عرفت فیما سبق، انه ذکر بعض) و هو الجواهر (ان جواز بیع الوقف لا یکون، الا مع بطلان الوقف، و عرفت وجه النظر فیه) و أنه لا وجه للقول بالبطلان، و انما البیع یوجب ابطال الوقف.
(ثم وجّه) ذلک البعض (بطلان الوقف فی الصورة الاولی) ای صورة عدم الانتفاع (بفوات شرط الوقف المراعی)- بصیغة المفعول- ای الشرط الّذی روعی (فی الابتداء و الاستدامة، و هو) ای الشرط (کون العین مما ینتفع بها مع بقاء عینها) فان هذا الشرط لو لم یکن موجودا من الابتداء لم یصح الوقف اصلا.
اذ الوقف عبارة عن حبس العین و تسبیل المنفعة، کما انه لو فقد
ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹
و فیه ما عرفت سابقا: من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحیحا لا وجه له فی الوقف المؤبّد، مع انه لا دلیل علیه.
مضافا الی انه لا دلیل علی اشتراط الشرط المذکور فی الاستدامة، فان الشرط فی العقود الناقلة یکفی وجودها حین النقل.
فانه قد یخرج المبیع عن المالیة، و لا یخرج بذلک عن ملک المشتری.

هذا الشرط فی الاثناء لم یبق مقدم الوقف فیبطل.
(و فیه ما عرفت سابقا: من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحیحا لا وجه له فی الوقف المؤبد) مقابل الوقف غیر المؤبد کما تقدم (مع أنه لا دلیل علیه) ای علی البطلان.
(مضافا الی انه لا دلیل علی اشتراط الشرط المذکور) ای الانتفاع مع بقاء العین (فی الاستدامة) و انما الدلیل خاص بالابتداء فقط (فان الشرط فی العقود الناقلة یکفی وجودها حین النقل) فقط.
(ف) مثلا (انه قد یخرج المبیع عن المالیة، و لا یخرج بذلک عن ملک المشتری)
و واضح انه یشترط النقل بالمالیة، فقد اشترطت الملکیة فی الابتداء لا فی الاستدامة.
و الحاصل: انه لا دلیل علی ان کل شرط یشترط فی الابتداء یشترط فی الاستدامة أیضا.
ثم اشار المصنف الی الاشکال فی قول الجواهر: بان اجازة الشارع
ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰
مع ان جواز بیعه لا یوجب الحکم بالبطلان، بل یوجب خروج الوقف عن اللزوم الی الجواز کما تقدم.
ثم ذکر انه قد یقال بالبطلان أیضا: بانعدام عنوان الوقف، فیما اذا وقف بستانا مثلا ملاحظا فی عنوان وقفه البستانیة، فخربت حتی خرجت عن قابلیة ذلک، فانه و ان لم تبطل منفعتها اصلا، لإمکان الانتفاع بها دارا مثلا، لکن لیس من عنوان الوقف، و

للبیع لازمها البطلان للوقف بقوله.

(مع ان جواز بیعه) ای الوقف (لا یوجب الحکم بالبطلان) ای بطلان الوقف قبل البیع (بل یوجب خروج الوقف عن اللزوم) ای لزوم البقاء (الی الجواز) ای جواز البقاء و جواز البیع، و المراد بالجواز الاعم حتی من الوجوب ای وجوب البیع (کما تقدم) الکلام فی ذلک عند نقل کلام الجواهر

(ثم ذکر) الجواهر (انه قد یقال بالبطلان) للوقف (أیضا) کبطلانه فیما اذا انعدمت فائدته او قلّت (بانعدام عنوان الوقف، فیما اذا وقف بستانا مثلا ملاحظا فی عنوان وقفه البستانیة) بان کان من باب وحدة المطلوب، لا من باب تعدّد المطلوب، فانه قد یرید الواقف اعاشة ذویه و یرید ان یکون بستانا حتی اذا لم یکن بستانا اوقفه أیضا، و قد یرید وقف البستان بما هو بستان حتی انه اذا لم یکن بستانا لم یوقفه (فخربت حتی خرجت عن قابلیة ذلک) ای کونه بستانا (فانه و ان لم تبطل منفعتها) ای البستان (اصلا، لإمکان الانتفاع بها دارا مثلا) بل و بنفس مقدار الانتفاع السابق (لکن لیس) الانتفاع الداری (من عنوان الوقف، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱

احتمال بقاء العرصة علی الوقف باعتبار انها جزء من الوقف، و هی باقیة و خراب غیرها و ان اقتضی بطلانه فیه، لا یقتضی بطلانه فیها. یدفعه ان العرصة کانت جزءا من الموقوف من حیث کونه بستانا، لا مطلقا، فهی حینئذ جزء عنوان الوقف الّذی فرض خرابه.

و لو فرض إرادة وقفها لیکون بستانا او غیره، لم یکن اشکال فی بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف.

احتمال بقاء العرصة علی الوقف) بعد بطلان کونه بستانا (باعتبار انها) ای العرصة (جزء من الوقف، و هی) ای العرصة التی هی جزء (باقیة)

(و خراب غیرها) ای غیر العرصة- کالبناء- و «خراب» مبتدأ (و ان اقتضی بطلانه) ای الوقف (فیه) ای فی العین کالبناء (لا یقتضی بطلانه) ای الوقف (فیها) ای فی العرصة، فاللازم القول بعدم بطلان الوقف.

(یدفعه) خبر «و خراب» (ان العرصة کانت جزءا من الموقوف من حیث کونه) ای الموقوف (بستانا، لا مطلقا) سواء کان بستانا او غیر بستان (فهی) ای العرصة (حینئذ) ای حین کان الوقف بعنوان کونه بستانا (جزء عنوان الوقف الّذی فرض خرابه) ای خراب ذلک العنوان و بخراب العنوان یخرب الجزء أیضا.

(و لو فرض إرادة) الواقف (وقفها) ای البستان (لیکون بستانا او غیره، لم یکن اشکال فی بقائها) ای الموقوفیة للعرصة حین ذهاب البستان (لعدم ذهاب عنوان الوقف) الّذی هو الاعم من البستان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲

و ربما یؤید ذلک فی الجملة ما ذکروه فی باب الوصیة: من انه لو اوصی بدار، فانهدمت قبل موت الموصی، بطلت الوصیة، لانتفاء موضوعها.

نعم: لو لم یکن الداریة، و البستانیة، و نحو ذلک، مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت وقفه بل کان المراد به الانتفاع به فی کل وقف علی حسب ما یقبله، لم یبطل الوقف بتغیر احواله.

(و ربما یؤید ذلک) الّذی ذکرنا من انه لو کان الوقف علی عنوان البستان بما هو بستان، ثم ذهب کونه بستانا، بطل الوقف (فی الجملة) لا کلیة، اذ لیس البابان من مقولة واحدة، و لا دلیل علی وحدة المناط فی البابین (ما ذکروه فی باب الوصیة: من انه لو اوصی بدار، فانهدمت قبل موت الموصی، بطلت الوصیة، لانتفاء موضوعها) ای الدار، فان الوصیة کالوقف فی انها لو تعلقت بشیء خاص ثم ذهب ذلک العنوان، بطلت، اذ بذهاب الموضوع یذهب الحکم.

(نعم: لو لم يكن الدارية، و البستانية، و نحو ذلك، مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت) الدارية و البستانية (وقفه) اى وقف ذلك الموقوف، بان كان فى حال الوقف دارا او بستانا- مثلا- (بل كان المراد به) اى بالدار و البستان الموقوفين (الانتفاع به) اى بالدار و البستان (فى كل وقت) و ان بقى عنوان الدارية و البستانية، أم لا، (على حسب ما يقبله) اى يقبله من الصور كالدار تقبل ان تكون بستانا، و هكذا، و بالعكس (لم يبطل الوقف بتغير احواله) لان العنوان باق، و ببقاء العنوان يبقى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۴۳

ثم ذكر ان فى عود الوقف الى ملك الواقف، او وارثه بعد البطلان او الموقوف عليه وجهين.

أقول يرد على ما قد يقال بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع، و ان اختلفوا فيه عند الخراب او خوفه لكنه غير تغير العنوان، كما لا يخفى انه

الوقف.

(ثم ذكر) الجواهر (ان فى عود الوقف الى ملك الواقف، او وارثه) اذا مات الواقف (بعد البطلان) للوقف بذهاب العنوان فيما كان مقيدا على نحو وحدة المطلوب (او) عوده الى (الموقوف عليه وجهين)

وجه لعوده الى الواقف، لانه اخرجه عن ملكه بمقدار بقاء العنوان فاذا ذهب العنوان عاد الى المالك.

و وجه لعوده الى الموقوف عليه، لانه خرج عن ملك الواقف بالوقف و صار متعلق حق الموقوف عليه، فاذا بطل الوقف كان ملكا لهم، دون الواقف، فان الواقف انقطعت علاقته عن الوقف.

(اقول) الى هنا كان كلام الجواهر، و من هنا كلام الشيخ من الايراد على الجواهر (يرد على ما قد يقال) اى قول الجواهر (بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع و ان اختلفوا فيه) اى فى البطلان او جواز البيع و الترديد لان صاحب الجواهر يقول بالبطلان و غيره يقولون بجواز البيع (عند الخراب او خوفه) اى خوف الخراب (لكنه) اى الخراب (غير تغير العنوان، كما لا يخفى انه) «انه»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۴۴

لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لانه ان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا فى قوله: وقفت هذا البستان فلا شك انه ليس الا كقوله: بعت هذا البستان، او وهبته فان التمليك المعلق بعنوان، لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان اذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و ان لم يكن فى ضمن عنوان البستان، و ليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات.

و ان اريد بالعنوان

فاعل «يرد» (لا وجه للبطلان) اى بطلان الوقف (بانعدام العنوان)

فاوّلا: اجماع على عدم البطلان.

و ثانيا: لا مقتضى له (لانه ان اريد بالعنوان) الّذى يبطل فيبطل الوقف (ما جعل مفعولا فى قوله: وقفت هذا البستان) او هذه الدار مثلا (فلا شك انه ليس الا كقوله: بعت هذا البستان، او وهبته، فان) الوقف المعلق بعنوان مثل (التمليك المعلق بعنوان، لا يقتضى دوران الملك) و الوقف (مدار العنوان، فالبستان اذا صار ملكا) للمشترى بان باعه مالكه (فقد ملك منه) اى المشترى (كل جزء خارجى) من عرصة و اشجار (و ان لم يكن فى ضمن عنوان البستان) و كذلك الوقف، و الهبة و غيرهما (و ليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات) حتى اذا تبدل العنوان يتبدل الحكم، كالحكم بالقصر المعلق على عنوان المسافر، و الحكم بوجوب النفقة المعلق على عنوان الزوجية، و هكذا.

(و ان ارید بالعنوان) الّذی قال الجواهر: ان انعدامه یوجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۵

شیء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم.

و لا بد من بیان المراد منه هل یراد ما اشترط لفظا او قصدا فی الموضوع زیادة علی عنوانه.

و اما تأیید ما ذکر بالوصیة، فالمناسب ان یقایس ما نحن فیه بالوصیة بالبستان

بطلان الوقف (شیء آخر) غیر عنوان البستانیة (فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم) فان مصطلحهم فی العنوان: ما جعل مفعولا فی قوله وقفت هذا البستان.

(و لا بد من بیان المراد منه) ای من العنوان (هل یراد ما اشترط لفظا) ای قال وقفت بشرط ان یبقی بستانا (او قصدا فی الموضوع زیادة علی عنوانه) ای عنوان الموضوع، بان قصد «بستان» الموضوع بعنوان انه بستان، لا بالاعم من البستان و غیره، الصادق ذلک الاعم علی العرصة بعد خراب البستان.

و الحاصل: ان هناک ثلاث تصورات.

الاول: «عنوان البستان»

الثانی: «البستان بشرط البستانیة شرطا لفظیا»

الثالث: «البستان المقصود کونه بحالة البستانیة»

(و اما تأیید) الجواهر (ما ذکر) من انه لو خرج البستان عن البستانیة بطل الوقف (بالوصیة) فی مثال ما لو اوصی بالدار، فانهدمت فی حیاة الموصی مما اوجب بطلان الوصیة (فالمناسب ان یقایس ما نحن فیه بالوصیة بالبستان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۶

بعد تمامها، و خروج البستان عن ملک الموصی بموته، و قبول الموصی له، فهل یرضی احد بالتزام بطلان الوصیة بصیرورة البستان عرصة.

نعم: الوصیة قبل تمامها یقع الکلام فی بقائها و بطلانها من جهات اخر.

ثم ما ذکره من الوجهین مما لا یعرف له وجه بعد اطباق کل من قال بخروج

بعد تمامها) ای تمام الوصیة (و) بعد (خروج البستان عن ملک الموصی) بصیغة الفاعل- (بموته، و قبول الموصی له) للوصیة (فهل یرضی احد) من الفقهاء (بالتزام بطلان الوصیة بصیرورة البستان عرصة) و الوقف من هذا القبیل، لا من قبیل انهدام الدار قبل موت الموصی، اذ قبل الموت لم تتم الوصیة، بخلاف انهدام البستان بعد الوقف، فانه قد تم الوقف.

(نعم: الوصیة قبل تمامها) بان لم یمت الوصی (یقع الکلام فی بقائها) ای الوصیة (و بطلانها من جهات اخر) غیر جهة انتفاء العنوان کجهة بعد الموت و قبل القبول، او جهة بعد الموت و قبل القبض و القبول، أو بعد القبض قبل القبول، ای ان الوصیة هل تبطل، أم لا؟ اذ أطرأ علیها طارئ غیر الخراب، اما من جهة الخراب بعد تمامیة الوصیة- الّذی هو المقیس علیه- فلا وجه للقول بالبطلان، فتأمل.

(ثم ما ذکره) الجواهر (من الوجهین) ای قوله «ان فی عود الوقف وجهین» (مما لا- یعرف له) ای للوجهین- و المراد وجه العود الی الواقف- (وجه، بعد اطباق کل من قال بخروج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۷

الوقف المؤبّد عن ملک الواقف علی عدم عوده إلیه ابدا.

الصورة الثالثة: ان تخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم

و الاقوى هنا: المنع و هو الظاهر من الاكثر فى مسئلة النخلة المنقلعة حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها، محتجا بانه: لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه، لان الوجه الّذى

الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه) اى الى الواقف (ابدا)

و فيه: ان عدم قول احد، لا ينفى ان له وجها وجيها كما لا يخفى، و الله العالم.

(الصورة الثالثة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة (ان تخرب) ارض الوقف (بحيث تقل منفعته) قلة عرفية، لا قلة قليلة جدا، اذ: المنصرف من القلة، القلة العرفية، و لذا قال (لكن لا الى حدّ يلحق بالمعدوم) فى نظر العرف (و الاقوى هنا: المنع) عن بيع الوقف، و ذلك لاطلاق ادلة منع بيع الوقف، و دليل الاستثناء لا يشمل هذه الصورة (و هو) المنع (الظاهر من الاكثر فى مسئلة النخلة المنقلعة) اذا كانت موقوفة، فانقلعت بسبب السيل، و نحوه فهل يجوز بيعها، أم لا؟ فان النخلة المنقلعة لها منفعة قليلة، اذ يمكن جعلها فى السقف و نحوه، و مع ذلك لم يجوز الاكثر بيعها (حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها) خلافا للاكثر (محتجا) للجواز (بانه: لا يمكن الانتفاع بها) منفعة معتدا بها عرفا، اذ منفعة النخلة الاثمار، لا جعلها فى السقف مثلا (الا على هذا الوجه) اى البيع، فلذا يجوز بيعها (لان الوجه الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۸

شرطه الواقف قد بطل، و لا يرجى عوده.

و منعه الحلّى، قائلا، و لا يجوز بيعها: بل ينتفع بها بغير البيع مستندا الى وجوب ابقاء الوقف على حاله، مع امكان الانتفاع.

و زوال بعض المنافع، لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها، و نحوه و حكى موافقته عن الفاضلين، و الشهيدين، و المحقق الثانى و اكثر المتأخرين.

شرطه الواقف) فى الانتفاع، و هو الاثمار (قد بطل، و لا يرجى عوده).

اذ: النخلة بعد الانقلاع لا تثبت فى الارض مرة ثانية لتنمو.

(و منعه) اى الجواز (الحلى، قائلا: و لا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع) فلم يبطل اثر الوقف حتى يجوز البيع (مستندا) اى ان الحلّى استند فى عدم جواز بيع الوقف (الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع) فى جعله فى السقف و نحوه.

(و) ان قلت: قد زال نفع اعطاء النخلة الثمرة.

قلت: (زوال بعض المنافع، لا- يستلزم زوال جميعها) و زوال الجميع هو ميزان جواز البيع (لإمكان التسقيف بها) اى بالنخلة (و نحوه) كجعلها جسرا، او بابا، او ما اشبه ذلك.

(و حكى موافقته) اى موافقة الحلى فى عدم جواز البيع (عن الفاضلين) المحقق، و العلامة، (و الشهيدين) الاول و الثانى (و المحقق الثانى) الكركى (و اكثر المتأخرين) عن هؤلاء العلماء، هذا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۹

و حكى فى الايضاح عن والده قدس سرهما ان النزاع بين الشيخ و الحلّى، لفظى.

و استحسنه، لان فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها

و الحلّى فرض وجود منفعته، و منع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل

الشیخ

(و) لکن (حکی) فخر المحققین ولـد العلامة (فی) کتابه (الایضاح عن والده) العلامة الحلّی (قدس سـرهما ان النزاع) فی جواز البیع و عدمه (بین الشیخ و الحلّی، لفظی) اذ الشیخ یجوز البیع، فی ما لا نفع لها اطلاقا، و الحلّی لا یجوز البیع، فیما لها نفع فی الجملة.

(و استحسنه) ای ان الایضاح استحسن نظر ولده (لان فی تعلیل الشیخ) لجواز بیع النخلة (اعترافا بسلب جمیع منافعها) هو یجوز البیع فی هذه الصورة.

(و الحلی فرض وجود منفعته) ای منفعة الوقف (و منع لذلک) لوجود المنفعة (بیعها)

فکلام المجوز فی موضوع، و کلام المانع فی موضوع آخر (و قیل) القائل صاحب المقابیس، قال فی بیان کلام العلامة و ولـده فی وجه کون النزاع بین الشیخ و الحلی لفظیا (یمکن بناء نزاعهما) الشیخ و الحلّی (علی رعایة) و ملاحظة (المنفعة المعدّ لها الوقف کما هو الظاهر من تعلیل الشیخ)

فوجه کون النزاع بینهما لفظیا ان الشیخ یقول: المنفعة المعدّ لها الوقف هی الاثمار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۰

و لا یخلو عن تأمل.

و کیف کان: فالاقوی هنا المنع.

و اولی منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب.

فلا یجوز بذلک البیع اذا قلنا بجواز بیعه، اذا کان اعود و سیجیء تفصیله.

الصورة الرابعة: [أن یکون بیع الوقف أنفع و أعود للموقوف علیه]

فحیث لا اثمار، فلا منفعة.

و الحلّی یقول: المنفعة المعدّ لها الوقف کلّ منفعة- حتی التسقیف- فحیث للنخلة منفعة التسقیف، لم یجز البیع.

(و) لکن هذا الجمع الّذی ذکره صاحب المقابیس (لا یخلو عن تأمل)

اذ الکلام فی المنفعة مطلقا، لا المنفعة المعدّ لها الوقف.

(و کیف کان) سواء کان وجه لفظیة النزاع ما ذکرناه، او ما ذکره المقابیس (فالاقوی هنا) فی قلة المنفعة (المنع) عن بیع الوقف.

(و اولی منه بالمنع) عن البیع (ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب) کما اذا بقیت النخلة قائمة لکن صار ثمرها العشر مثلا.

(فلا یجوز بذلک) ای بسبب القلّة (البیع) للنخلة (اذا قلنا بجواز بیعه) بیع الوقف (اذا کان) البیع (اعود) و انفع (و سیجیء تفصیله) فی الصورة الرابعة إن شاء الله تعالی.

(الصورة الرابعة) من الصور التی یجوز بیع الوقف فیها فی الجملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۱

ان یکون بیع الوقف انفع و اعود للموقوف علیه، و ظاهر المراد منه ان یکون ثمن الوقف ازیـد نفعا من المنفعة الحاصلة تـدریجا مـدة وجود الموقوف علیه.

و قد نسب جواز البیع هنا الی المفید، و قد تقدم عبارته، فراجع.

و زیادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الی البطن الموجود، و قد تلاحظ بالنسبة الی جمیع البطون، إذا قیل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

(ان یکون بیع الوقف انفع و اعود للموقوف علیه، و ظاهر المراد منه) ای من کونه اعود (ان یکون ثمن الوقف ازید نفعا من المنفعة الحاصلة تدریجا مدة وجود الموقوف علیه).

مثلا لو کانت الدار قائمة مدة خمسین سنة التی هی مده وجود الموقوف علیه، کان ایجارها کل سنة عشرین دینارا، فالمجموع الف دینار و لو بیعت الدار کان ثمنها خمسة آلاف و نفع خمسة آلاف اذا وضع فی التجارة، کان کل سنة خمسین دینارا مثلا.

(و قد نسب جواز البیع هنا الی المفید) بل و السید، و جملة من المتأخرین، کما فی الجواهر (و قد تقدم عبارته، فراجع) حتی تری هل تدل علی ما نسب إلیه، أم لا؟

(و زیادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الی البطن الموجود) حیث ان نفع الثمن یعطیهم کل سنة خمسین، بینما نفع الموقوفة کل سنة عشرون

(و قد تلاحظ بالنسبة الی جمیع البطون، اذا قیل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۲

و الاقوی: المنع مطلقا، وفاقا للاکثر، بل الکلی، بناء علی ما تقدم من عدم دلالة قول المفید علی ذلک.

و علی تقدیره فقد تقدم عن التحریر: ان کلام المفید متأوّل.

و کیف کان، فلا اشکال فی المنع لوجود مقتضی المنع، و هو: وجوب العمل علی طبق إنشاء الواقف.

اذ: الانفعیة حینئذ، یجب ان تلاحظ بالنسبة الی الکل، حتی یطلق علیه الانفعیة بقول مطلق، و الا فلا یطلق علیه الانفعیة الا فی الجملة.

و اما اذا لم نقل بوجوب شراء البدل، بل قلنا: بان الثمن یأکله البطن الموجود فقط، فاللازم ملاحظة الانفعیة بالنسبة إلیهم فقط.

(و الاقوی: المنع مطلقا) سواء کان انفع بالنسبة إلیهم، أم بالنسبة الی جمیع البطون (وفاقا للاکثر، بل الکل، بناء اعلی ما تقدم) قبل اسطر من قولنا «و قد تقدم عبارته فراجع» حیث ان فیه تعریضا بان عبارته لا تدلّ علی ما نسب إلیه (من عدم دلالة قول المفید علی ذلک) الّذی نسب إلیه.

(و علی تقدیره) ای تقدیر ان عبارته دالة علی البیع (فقد تقدم عن التحریر: ان کلام المفید متأول) الی صورة عدم الفائدة فی بقاء الوقف.

(و کیف کان) سواء افتی المفید بذلک، أم لا (فلا اشکال فی المنع) عن البیع (لوجود مقتضی المنع، و هو: وجوب العمل علی طبق إنشاء الواقف) و البیع و التبدیل مخالفان لانشائه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۳

و قوله علیه السلام لا یجوز شراء الوقف، و غیر ذلک.

و عدم ما یصلح للمنع عدا روایة ابن محبوب عن علی بن رئاب، عن جعفر بن حنان، قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام: عن رجل وقف غلّة له علی قرابته من ابیه، و قرابته من أمّه، و اوصی لرجل و لعقبه من تلک الغلة لیس بینه و بینه قرابة بثلاثمائة درهم فی کل سنة، و یقسّم الباقی علی قرابته من ابیه، و قرابته من أمّه، فقال علیه السّلام: جائز للذی اوصی له بذلک، قلت: أ رأیت أن لم تخرج من غلّة تلک الارض التی اوقفها الّا

(و قوله علیه السلام لا یجوز شراء الوقف) کما تقدم (و غیر ذلک) من الادلة الدالة علی المنع عن بیع الوقف.

(و عدم ما یصلح للمنع) عن المقتضی، ان یفید جواز البیع اذا کان الثمن انفع (عدا روایة ابن محبوب عن علی بن رئاب، عن جعفر بن حنان، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام: عن رجل وقف غلة له) ای ارضا ذات غلة، و انما اطلق علیها غلة، بعلاقة الحال و المحلّ

(علی قرابته من ابیه، و قرابته من أمّه، و اوصی لرجل و لعقبه من تلک الغلـة لیس بینه و بینه) ای بین الواقف و بین ذلک الرجل (قرابة بثلاثمائـة درهم فی کل سـنة، و یقسّم الباقی) بعـد الثلاثمائـة (علی قرابته من ابیه، و قرابته من أمّه) هذا تکرار کما لا یخفی (فقال علیه السـلام: جائز للذی اوصـی له بذلک) ای للرجل الّذی اوصـی له بثلاثمائة درهم فی کل سنة (قلت: أ رأیت ان لم تخرج من غلة تلک الارض التی اوقفها الّا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۴

خمسـمائة درهم، فقال علیه السـلام: أ لیس فی وصـیّته ان یعطی الّذی اوصی له من الغلة ثلاثمائة درهم، و یقسّم الباقی علی قرابته من ابیه و أمّه، قلت: نعم، قال علیه السـلام: لیس لقرابته ان یأخـذوا من الغلـة شـیئا، حتی یوفی الموصـی له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما یبقی بعـد ذلـک، قلت: أ رأیت ان مـات الّـذی اوصـی له، قـال علیه السـلام: ان مات کانت له ثلاثمائـة درهم لورثته یتوارثونها ما بقی احد منهم، فان انقطع ورثته و لم یبق منهم احـد کانت ثلاثمائـة درهم لقرابـة المیت، یرد الی ما یخرج من الوقف، ثم یقسّم بینهم یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیت الغلة قلت:

فللورثة

خمسـمائة درهم) ای ما ذا بهذه الخمسـمائة (فقال علیه السـلام: أ لیس فی وصـیّته ان یعطی الّذی اوصی له من الغلة ثلاثمائة درهم، و یقسّم البـاقی علی قرابته من ابیه و أمّه قلت: نعم) هکـذا کانت الوصـیة (قال علیه السـلام: لیس لقرابته ان یأخـذوا من الغلـة شـیئا، حتی یوفی الموصی له) ای یعطی لذلک الرجل (ثلاثمائة درهم، ثم لهم) ای للقرابة (ما یبقی بعد ذلک، قلت: أ رأیت ان مات الّذی اوصی له، قال علیه السـلام: ان مات کانت له ثلاثمائـة درهم لورثته، یتوارثونها ما) دام (بقی احد منهم، فان انقطع ورثته) بان لم یکن للرجل ورثة (و لم یبق منهم احد کانت ثلاثمائة درهم لقرابة المیت، یرد) و یرجع ذلک الثلاثمائة (الی) سائر (ما یخرج من الوقف، ثم یقسّـم بینهم) ای بین الموقوف علیهم (یتوارثون) القرابة (ذلک) المال (ما بقوا و بقیت الغلة قلت: و) هل (للورثة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۵

من قرابـة المیت ان یبیعوا الارض اذا احتاجوا، و لم یکفهم ما یخرج من الغلّة، قال: نعم، اذا رضوا کلهم، و کان البیع خیرا لهم باعوا، و الخبر المروی عن الاحتجـاج ان الحمیری کتب الی صـاحب الزمـان جعلنی الله فـداه، انه روی عن الصـادق علیه السـلام خبر مأثور، ان الوقف اذا کان علی قوم باعیانهم و اعقابهم فاجتمع اهل الوقف علی بیعه، و کان ذلک اصلح لهم ان یبیعوا، فهل یجوز ان یشتری عن بعضهم، ان لم یجتمعوا کلهم علی البیع، أم لا یجوز؟ الا ان یجتمعوا کلهم علی ذلک، و عن الوقف الّذی لا یجوز بیعه.

فاجاب علیه السلام: اذا کان الوقف علی امام المسلمین، فلا یجوز

من قرابـة المیت ان یبیعوا الارض اذا احتـاجوا) الی ثمن الارض (و لم یکفهم مـا یخرج من الغلّـة، قـال: نعم) لهم ان یبیعوا (اذا رضوا کلهم و کـان البیع خیرا لهم بـاعوا) الی آخر الخبر (و) مثله (الخبر المروی عن الاحتجـاج ان الحمیری کتب الی صاحب الزمان جعلنی الله فـداه، انه روی عن الصـادق علیه السـلام خبر مـأثور، ان الوقف اذا کـان علی قوم باعیـانهم و اعقـابهم) کالذریـة، لاـ مثل الطلبـة او المسـاکین، فـان الوقف هنـا للعنوان، لا لشـخص رقبته (فاجتمع اهل الوقف علی بیعه، و کان ذلک اصـلح لهم ان یبیعوا، فهل یجوز ان یشتری عن بعضـهم، ان لم یجتمعوا کلهم علی ذلک) البیع (و عن الوقف الّذی لا یجوز بیعه) ای سأله علیه السلام عن المسألة السابقة، و عن هذه المسألة.

(فاجاب علیه السلام: اذا کان الوقف علی امام المسلمین، فلا یجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۶

بیعه، و اذا کان علی قوم من المسلمین، فلیبع کل قوم ما یقدرون علی بیعه مجتمعین و متفرقین ان شاء الله.

دلّت علی جواز البیع، اما فی خصوص ما ذکره الراوی، و هو کون البیع اصلح، و اما مطلقا بناء علی عموم الجواب.

لکنه مقیّد بالاصلح، لمفهوم روایة جعفر.

کما انه یمکن حمل اعتبار رضی الکل فی روایة جعفر علی صورة بیع تمام الوقف لا ـ اعتباره بما فی بیع کل واحد بقرینة روایة الاحتجاج.

بیعه، و اذا کان علی قوم من المسلمین، فلیبع کل قوم ما یقدرون علی بیعه مجتمعین و متفرقین ان شاء الله) ای جائز سواء باع بعضهم او باع کلهم.

(دلّت) هذه الروایة المرویة عن الاحتجاج (علی جواز البیع، امّا فی خصوص ما ذکره الراوی، و هو کون البیع اصلح، و اما مطلقا) کبیع سائر الاملاک (بناء علی عموم الجواب) اذا لم یقیده الامام بالاصلحیة.

(لکنه) ای الجواب (مقیّد بالاصلح، لمفهوم روایة جعفر) المتقدمة التی دلّت علی اشتراط جواز البیع بکونه اصلح للموقوف علیهم.

(کما انه یمکن حمل اعتبار رضی الکل فی روایة جعفر) حیث اعتبرت رضایة الکل فی جواز البیع (علی صورة بیع تمام الوقف لا اعتباره) ای رضی الکل (بما فی بیع کل واحد) حصته الخاصة (بقرینة روایة الاحتجاج) التی قالت مجتمعین و متفرقین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۷

و یؤیّد المطلب صدر روایة ابن مهزیار الآتیة لبیع حصّة ضیعة الامام علیه السلام عن الوقف.

و الجواب اما عن روایة جعفر فبانها انما تدل علی الجواز مع حاجة الموقوف علیهم، لا لمجرد کون البیع انفع.

فالجواز مشروط بالامرین کما تقدم عن ظاهر النزهة، و سیجیء الکلام فی هذا القول بل یمکن ان یقال: ان المراد بکون البیع خیرا لهم مطلق النفع الّذی یلاحظه الفاعل، لیکون منشأ لإرادته.

فلیس مراد الامام علیه السلام: بیان اعتبار ذلک

(و یؤیّد المطلب) ای جواز بیع الوقف (صدر روایة ابن مهزیار الآتیة لبیع حصّة ضیعة الامام علیه السلام عن الوقف) بل و بعض الروایات الاخر کروایة امیر المؤمنین علیه السلام الآتیة، و غیرها.

(و الجواب اما عن روایة جعفر فبانها انما تدل علی الجواز مع حاجة الموقوف علیهم، لا لمجرد کون البیع انفع) الظاهر خصوصا من اخیر الروایة الجواز فی صورة رضایة البائع، و کون البیع انفع.

(فالجواز مشروط بالامرین) الحاجة، و کون البیع انفع (کما تقدم عن ظاهر النزهة، و سیجیء الکلام فی هذا القول) و انه هل یصح البیع فی هذا الحال، أم لا؟ (بل یمکن ان یقال: ان المراد بکون البیع خیرا لهم مطلق النفع الّذی یلاحظه الفاعل، لیکون) النفع الملحوظ (منشئا لارادته) لا ان المراد خیریة واقعیة یستحق موضوع الاعود و الانفع.

(فلیس مراد الامام علیه السلام: بیان اعتبار ذلک) ای الخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۵۸

تعبدا.

بل المراد بیان الواقع الّذی فرضه السائل یعنی اذا کان الامر علی ما ذکرت من المصلحة فی بیعه «جاز» کما یقال: اذا اردت البیع و رأیته اصلح من ترکه، فبع.

و هذا مما لا یقول به احد.

و يحتمل أيضا: ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل.

(تعبّدا) بان يكون الشارع اجاز البيع فى حالكونه خيرا واقعا.

(بل المراد بيان الواقع الّذى فرضه السائل) اى الواقع الفرضى الّذى هو رؤية الموقوف عليه كون البيع خيرا (يعنى اذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه، جاز، كما يقال: اذا اردت البيع و رأيته اصلح من تركه، فبع).

(و) الحاصل: ان الرواية ان كان معناها ان البيع اذا كان اصلح واقعا جاز، كما يقوله النزهة فى الجملة فسيأتى الكلام فيه.

و ان كان: معناها ان الموقوف عليه اذا رأى البيع اصلح ف (هذا مما لا يقول به احد) فيلزم طرح الرواية، لانها معرض عنها.

(و يحتمل أيضا: ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة) التى المّت بالموقوف عليه (التى فرضها السائل) فلا يرتبط بما نحن فيه الّذى هو كون البيع انفع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۵۹

و عن المختلف و جماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره فى المؤبّد، لاقتصاره على ذكر الاعقاب.

و فيه نظر، لان الاقتصار فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص

اذ يصح ان يقال: فى الوقف المؤبّد انه وقف على الاولاد مثلا.

و حينئذ فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل اذا كان بين المؤبّد و غيره فرق فى الحكم، فافهم.

(و عن المختلف و جماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره) اى الحديث (فى) الوقف (المؤبّد لاقتصاره على ذكر الاعقاب) فقط دون اضافة «الى ان يرث الله الارض و من عليها» مثلا.

(و فيه نظر) بل ظاهر الرواية الوقف المؤبّد (لان الاقتصار) على ذكر الاعقاب فقط (فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص) بما اريد به الاعقاب فقط لا المؤبّد.

(اذ يصح ان يقال: فى الوقف المؤبّد انه وقف على الاولاد مثلا) دون ان يقال و اولاد الاولاد، الى ان يرث الله الارض.

(و حينئذ) اى حين اقتصر على ذكر الاعقاب او الاولاد المحتمل للمؤبّد، و غيره (فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل اذا كان بين المؤبّد و غيره فرق فى الحكم) بجواز بيع غير المؤبّد، و عدم جواز بيع المؤبّد (فافهم) فانه لا وجه لهذه المحامل بعد ظهور الرواية فى المعنى الاول، و ليست معرضا عنها، فاللازم العمل بها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۶۰

و كيف كان، ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعية، اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.

و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى.

ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز، كان الثمن للبطن الاول البائع يتصرف فيه على ما شاء.

و منه يظهر وجه آخر لمخالفة

(و كيف كان) الامر فى احتمالات محامل الرواية (ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعية، اشكال)

اما ما فيها من الاشكال فهو منافاتها لادلة الوقف، و للسيرة، و ما اشبه

و اما وجه الاشکال فقد بینه بقوله (مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما یوهمه ظاهر عبارة المفید المتقدمة).

لکنک عرفت ان غیر المفید أیضا افتی بذلک.

(و مما ذکرنا یظهر الجواب عن روایة الحمیری) من الاشکال فیها، و عدم القائل أیضا، فتأمل.

(ثم لو قلنا فی هذه الصورة) ای الصورة الرابعة فیما کان البیع اعود (بالجواز، کان الثمن للبطن الاول البائع یتصرف فیه علی ما شاء) لانه ظاهر النص و الفتوی، اذ: لو لا تصرفه فأیّ فرق بین بقاء الوقف او تبدیله بالثمن.

(و منه) ای من لزوم تصرف البطن الاول (یظهر وجه آخر لمخالفة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۱

الروایتین للقواعد، فان مقتضی کون العین مشترکة بین البطون کون بدله کذلک کما تقدم من استحالة کون بدله ملکا لخصوص البائع، فیکون تجویز البیع فی هذه الصورة، و التصرف فی الثمن رخصة من الشارع للبائع فی اسقاط حق اللاحقین آنا مّا قبل البیع، نظیر الرجوع فی الهبة المتحقق ببیع الواهب، لئلا یقع البیع علی المال المشترک.

الروایتین للقواعد) المقررة فی الوقف، مما استفید من النص و السیرة (فان مقتضی کون العین مشترکة بین البطون کون بدله کذلک) مشترکا بین البطون (کما تقدم من استحالة) عرفیة (کون بدله ملکا لخصوص البائع).

اذ: کیف یمکن ان یکون المبدل ملکا لکل البطون، و البدل ملکا لخصوص بطن واحد.

و علیه (فیکون تجویز) الشارع (البیع فی هذه الصورة) ای صورة الانفعیة (و التصرف فی الثمن رخصة من الشارع للبائع فی اسقاط حق) البطون (اللاحقین آنا مّا قبل البیع).

اذ: لو بقی حقهم لم یکن للبطن ان یبیع، و کیف یبیع ما هو متعلق لحق غیره (نظیر الرجوع) من الواهب (فی الهبة المتحقق) ذلک الرجوع (ببیع الواهب) فان البیع دلیل علی ان الهبة رجعت الی الواهب آنا مّا، ثم وقع البیع علیها، اذ: لا بیع الا فی ملک.

و انما نقول انه رخصة من الشارع فی اسقاط حق اللاحقین (لئلا یقع البیع علی المال المشترک) ای الوقف الّذی هو مشترک بین البطون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۲

فیستحیل کون بدله مختصا.

الصورة الخامسة: ان یلحق الموقوف علیهم ضرورة شدیدة.

و قد تقدم عن جماعة، تجویز البیع فی هذه الصورة، بل عن الانتصار و الغنیة الاجماع علیه، و یدل علیه روایة جعفر المتقدمة.

و یرده ان ظاهر الروایة انه یکفی فی البیع عدم کفایة غلّة الارض لمئونة سنة الموقوف علیهم، کما لا یخفی، و هذا اقل مراتب الفقر الشرعی، و المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزین اعتبار الضرورة و الحاجة الشدیدة، و بینها و بین مطلق الفقر عموم

(فیستحیل) ای حتی یکون محالا (کون بدله مختصا).

وجه الاستحالة: لانه یخرج المثمن من کیس من لا یدخل فی کیسه الثمن.

(الصورة الخامسة) من الصور التی یجوز بیع الوقف فیها فی الجملة (ان یلحق الموقوف علیهم ضرورة شدیدة) احتاجوا معها الی البیع.

(و قد تقدم عن جماعة، تجویز البیع فی هذه الصورة، بل عن الانتصار) للسید (و الغنیة) لابن زهرة (الاجماع علیه، و یدل علیه روایة جعفر المتقدمة) فی الصورة الرابعة.

(و يردّه ان ظاهر الروايـة انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلّة الارض لمئونة سـنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى، و هذا اقلّ مراتب الفقر الشـرعى) و كلما اشـتدّت الحاجـة كان اظهر مصداقا للفقر الشـرعى، كما لا يخفى (و المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين) للبيع فى هذه الصورة (اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة، و بينها) اى الضرورة (و بين مطلق الفقر عموم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۶۳

من وجه، اذ قد يكون فقيرا، و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه.

و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الاوقات لمن يقدر على مئونة سنته.

فالروايـة بظاهرهـا غير معمول بهـا، مع انه قـد يقـال: ان ظـاهر الجواب جواز البيع بمجرّد رضـى الكـل، و كون البيع انفع، و لو لم يكن حاجة.

من وجه، اذ قـد يكون فقيرا، و لا يتفق له حاجـة شديـدة، بل مطلق الحاجـة) اى لا يوجد له حاجة مطلقا لا شديدة و لا قليلة (لوجدانه) اى الفقير (من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه) اى على نفسه.

(و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الاوقات لمن يقدر على مئونة سنته) كما لو اتفق له مرض، او ما اشبه.

و لكن الانصاف: ان هذا صـرف اشكال صورى، اذ: وجدان مال الفقراء لا يدفع صدق الحاجة الشديدة، و كذلك ذو الحاجة فقير فى هذا الحال.

و لو اردنا الاشكال فى الروايات بمثل هذه الاشكالات لم يبق الا اقلّ الروايات سالمة عن الاشكال.

(ف) قوله (الرواية بظاهرها غير معمول بها) محلّ منع (مع انه قد يقال: ان ظاهر الجواب) للامام عليه السلام فى رواية جعفر (جواز البيع بمجرّد رضى الكل، و كون البيع انفع، و لو لم يكن حاجة) فالرواية غير مربوطة بالصورة الخامسة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۶۴

و كيف كان: فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة، و فى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع، و عن قاعـدة وجوب كون الثمن على تقـدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنه بمصـير جمهور المتأخرين، و جماعـة من القدماء الى الخلاف بل معارضته بالاجماع المدّعى فى السرائر اشكال.

الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة او اذا كان فيه مصلحة

(و كيف كان: فلا يبقى للجواز عنـد الضـرورة الشديـدة الا الاجماعان) من الانتصار و الغنية (المعتضدان بفتوى جماعة، و فى الخروج بهما عن قاعـدة عـدم جواز البيع) الّذى هو الاصل فى كل وقف (و عن قاعـدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنه) اى دعوى الاجمـاع على الجواز (بمصـير جمهور المتأخرين، و جماعـة من القـدماء الى الخلاف) و انهم لم يجوزوا البيع، فكيف يتحقق الاجماع (بل معارضـته) اى اجماع الجواز (بالاجماع المـدّعى فى السـرائر) على عـدم جواز البيع (اشـكال) مبتداء، خبره ما تقدم من قوله «و فى الخروج بهما»

(الصورة السادسـة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيهـا فى الجملـة (ان يشترط الواقف) عنـد اجراء الصـيغة (بيعه) اى الوقف كلا- او بعضا (عند الحاجة) لنفسه او للموقوف عليهم (او اذا كان فيه) اى فى البيع (مصلحة) و لو بدون حاجة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۶۵

البطن الموجود، او جميع البطون، او عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط.

فقد اختلف کلمات العلامة، و من تأخر عنه فی ذلک.

فقال فی الارشاد: و لو شرط بیع الوقف عند حصول ضرر کالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غیره بثمنه، فالوجه الجواز، انتهی.

و فی القواعد: و لو شرط بیعه عند الضرورة کزیادة خراج و شبهه و شراء غیره بثمنه، او عند خرابه، و عطلته،

و الصلاح المشترط اما بالنسبة الی (البطن الموجود) لدی البیع (او جمیع البطون) الحاضرة و المستقبلة (او عند مصلحة خاصة) لا للبطون بل لاعتبارات اخر (علی حسب ما یشترط) الواقف.

(فقد اختلف کلمات العلامة، و من تأخر عنه فی ذلک) ای جواز البیع بالاشتراط.

(فقال فی الارشاد: و لو شرط بیع الوقف عند حصول ضرر کالخراج و المؤن من قبل الظالم) بان اراد الظالم اخذ خراج باهض و مئونة کثیرة من الوقف، فنبیعه لنتخلص من اعطاء المال للظالم (و شراء غیره بثمنه، فالوجه الجواز، انتهی) کلام الارشاد.

(و فی القواعد: و لو شرط) الواقف (بیعه) ای الوقف (عند الضرورة کزیادة خراج) من الظالم، بل او العادل أیضا (و شبهه) ای شبه الخراج کما لو عین الظالم ضریبة جدیدة ظلما، او صارت مئونة السقی و شبهه کثیرة (و شراء غیره بثمنه، او) شرط بیعه (عند خرابه، و عطلته) عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۶

او خروجه عن حد الانتفاع، او قلة نفعه، ففی صحة الشرط اشکال.

و مع البطلان ففی ابطال الوقف نظر، انتهی.

و ذکر فی الایضاح فی وجه الجواز روایة جعفر بن حنان المتقدمة قال: فاذا جاز بغیر شرط، فمع الشرط اولی.

و فی وجه المنع ان الوقف للتأبید، و البیع ینافیه

قابلیة ما وقف لاجله (او خروجه عن حد الانتفاع، او قلة نفعه، ففی صحة الشرط اشکال).

اذ المألوف من الشرط، ان یکون فی العقود، لا فی الایقاعات، کالطلاق و العتق، و الوقف شبیه بالایقاع.

(و مع البطلان) ای لو قلنا ببطلان هذا الشرط، لانه شرط فاسد (ففی ابطال) ای الشرط (الوقف نظر) للخلاف فی ان الشرط الفاسد هل هو مفسد، أم لا؟ (انتهی) کلام القواعد.

(و ذکر) فخر المحققین (فی الایضاح فی وجه الجواز) لبیع الوقف عند الشرط المذکور (روایة جعفر بن حنان المتقدمة، قال) الایضاح (فاذا جاز) بیع الوقف (بغیر شرط، فمع الشرط اولی) لانه جائز من جهة الشرط، و من جهة اصل الوقف، کما انه لو وجبت صلاة الظهر فی نفسها فمع النذر اولی، لاجتماع جهتی الوجوب فیها.

(و) ذکر الایضاح (فی وجه المنع) عن بیع الوقف مع الشرط (ان الوقف للتأبید، و البیع ینافیه) فلا یصح اشتراطه لانه خلاف مقتضی الوقف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۷

قال: و الاصح ان لا یجوز بیع الوقف بحال، انتهی.

و قال الشهید فی الدروس: و لو شرط الواقف بیعه عند حاجتهم او وقوع الفتنة بینهم، فاولی بالجواز، انتهی.

و یظهر منه ان للشرط تأثیرا، و انه یحتمل المنع من دون الشرط، و التجویز معه.

و عن المحقق الکرکی انه قال: التحقیق ان کل موضع قلنا بجواز بیع الوقف یجوز اشتراط البیع فی الوقف، اذا بلغ تلک الحالة، لانه شرط مؤکد و لیس بمناف للتأبید المعتبر فی الوقف، لانه

(قال: و الاصح ان لا یجوز بیع الوقف بحال) من الاحوال، سواء اشترط، أم لا، (انتهی) کلام الایضاح.

(و قال الشهید فی الدروس: و لو شرط الواقف بیعه عند حاجتهم) ای حاجة ارباب الوقف (او وقوع الفتنة بینهم، فاولی بالجواز) من جواز البیع بدون الاشتراط (انتهی).

(و یظهر منه) ای من کلام الدروس (ان للشرط تأثیرا) فی الجواز (و انه یحتمل المنع) عن البیع (من دون الشرط، و) یحتمل (التجویز معه) ای مع الشرط.

(و عن المحقق الکرکی انه قال: التحقیق ان کل موضع قلنا بجواز بیع الوقف) کالخراب، و الاختلاف، و نحوهما (یجوز اشتراط البیع فی الوقف، اذا بلغ) الوقف (تلک الحالة، لانه) ای الشرط المذکور (شرط مؤکد) بصیغة اسم الفاعل (و لیس بمناف للتأبید المعتبر فی الوقف لانه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۸

مقیّد واقعا بعدم حصول احد اسباب البیع.

و الا، فلا للمنافات فلا یصح حینئذ حبسا لان اشتراط شراء شیء بثمنه، یکون وقفا مناف لذلک، لاقتضائه الخروج عن المالک، فلا یکون وقفا و لا حبسا

ای التأبید فی الوقف (مقید واقعا بعدم حصول احد اسباب البیع) عن التأبید.

(و الا) نقل فی موضع بجواز البیع (فلا) یصح الاشتراط (للمنافات) بین الشرط المجوّز، و بین مقتضی الوقف الّذی هو التأبید.

و علی هذا (فلا یصح حینئذ حبسا) بمعنی انه اذا شرط فی الوقف او الحبس ان یبیعه و یشتری بثمنه ما یکون وقفا، لم یصح وقفا و لا حبسا.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۹، ص: ۶۸

اما الوقف: فلانه شرط البیع، و هو مناف للوقف.

و اما الحبس: فلانه ذکر ان یشتری بثمنه شیئا لیوقفه، و الحبس لا یکون ثمنه وقفا (لان اشتراط شراء شیء بثمنه) ای بثمن المحبوس (یکون) ذلک المشتری (وقفا مناف لذلک) الحبس اذ: الحبس لیس مؤبّدا حتی یجب ان یشتری بثمنه شیئا لیوقف مکان المحبوس (لاقتضائه) ای شرط شراء شیء بثمن الحبس لیکون وقفا (الخروج) للمال المحبوس (عن) ملک (المالک) و الحال ان الحبس لا یوجب الخروج عن الملک.

و علی هذا (فلا یکون) الموقوف المشترط بیعه و الاشتراء بثمنه (وقفا) لانه مناف لاشتراط البیع (و لا حبسا) لانه مناف لتبدیل ثمنه الی شیء آخر لیبقی وقفا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۶۹

انتهی.

اقول: یمکن ان یقال: بعد التمسّک فی الجواز بعموم الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، و: المؤمنون عند شروطهم، بعدم ثبوت کون جواز البیع منافیا لمقتضی الوقف، فلعله مناف لاطلاقه.

و لذا یجتمع الوقف مع جواز البیع عند طروّ مسوّغاته،

(انتهی).

(اقول: یمکن ان یقال: بعد التمسّک فی الجواز) ای جواز الاشتراط فی الوقف، و انه نافذ (بعموم الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) حیث دل علی ان الکیفیة التی یوقف الواقف الوقف علی تلک الکیفیة تکون نافذة، و الاشتراط من کیفیة الوقف (و: المؤمنون عند شروطهم) فانه اعم من شرط الوقف، او غیر الوقف (بعدم) متعلق ب «یقال» (ثبوت کون جواز البیع منافیا لمقتضی الوقف) اذ: الوقف عبارة عن تحبیس الاصل و تسبیل الثمرة، اما التأبید فلا (فلعله) ای الاشتراط (مناف لاطلاقه) ای اطلاق الوقف، اذ: التحبیس ظاهر فی الدوام.

(و لذا) الّذی لیس جواز البیع مناف لمقتضی الوقف (یجتمع الوقف مع جواز البیع عند طروّ مسوّغاته) و لو کان البیع منافیا للمقتضی، لم یجز البیع اصلا.

مثلا: هل یمکن بیع بدون ثمن؟

و من عدم امکان ذلک یستکشف ان عدم الثمن مناف لمقتضی البیع.

اما امکان بیع مع عدم النقدیة یستکشف منه ان النقدیة من مقتضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۷۰

فان التحقیق- کما عرفت سابقا- ان جواز البیع لا یبطل الوقف، بل هو وقف یجوز بیعه، فاذا بیع خرج عن کونه وقفا.

ثم انه لو سلّم المنافاة، فانما هو بیعه للبطن الموجود، و اکل ثمنه و اما تبدیله بوقف آخر، فلا تنافی بینه و بین مفهوم الوقف، فمعنی کونه حبسا، کونه محبوسا من ان یتصرف فیه بعض طبقات الملاک علی نحو الملک المطلق، و اما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه و تجرّده عن مسوغات

الاطلاق لا مقتضی اصل البیع (فان التحقیق- کما عرفت سابقا-) فی ردّ کلام الجواهر (ان جواز البیع، لا یبطل الوقف، بل هو) حین جواز بیعه (وقف یجوز بیعه) و هذا کاشف عن ان جواز البیع لا ینافی مقتضی اصل الوقف (فاذا بیع خرج عن کونه وقفا) لانتفاء الموضوع.

(ثم انه لو سلّم المنافاة) بین الاشتراط و بین الوقف (فانما هو) ای المنافی للوقف (بیعه للبطن الموجود، و اکل ثمنه) بان یکون المنافی اکل الثمن بعد البیع (و اما تبدیله) بعد البیع (بوقف آخر، فلا تنافی بینه) ای بین البیع الّذی یعقبه التبدیل (و بین مفهوم الوقف).

و علی هذا (فمعنی کونه) ای الوقف (حبسا، کونه محبوسا من ان یتصرف فیه بعض طبقات الملاک علی نحو الملک المطلق) بان یبعه و یأکل ثمنه (و اما حبس شخص الوقف) بان لا یباع حتی لاجل التبدیل (فهو لازم لاطلاقه) ای اطلاق الوقف (و تجرّده عن مسوّغات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۷۱

الابدال شرعیة کانت، کخوف الخراب، او بجعل الواقف، کالاشتراط فی متن العقد، فتأمل.

ثم انه روی صحیحا فی الکافی ما ذکره امیر المؤمنین علیه السلام، فی کیفیة وقف ماله فی عین ینبع، و فیه، فان اراد- یعنی الحسن علیه السلام- ان یبیع نصیبا من المال لیقضی به الدین، فلیفعل ان شاء لا حرج علیه فیه و ان شاء جعله سریّ الملک

الابدال شرعیة کانت) تلک المسوّغات للابدال (کخوف الخراب) او الخراب الفعلی (او بجعل الواقف، کالاشتراط فی متن العقد)

للواقف بـان يشترط ان يبيعه البطن متى ما عرض بعض العوارض (فتأمل) فان الظاهر ان منع الشـخص من لوازم مفهوم الوقف لا لوازم اطلاقه فالاشتراط محلّ اشكال.

(ثم انه) يـدل بعض الروايـات انه لاـ منافات بين الوقف و البيع اذا اشترط الواقف ذلـك، فقـد (روى صـحيحا فى الكافى ما ذكره امير المؤمنين عليه السـلام، فى كيفيـة وقف مـاله فى عين ينبع) و هى عين قرب المدينـة (و فيه) اى فى لفـظ وقف الامام عليه السـلام (فان اراد- يعنى الحسن عليه السـلام- ان يبيع نصـيبا من المـال) الموقوف (ليقضـى به الـدين، فليفعـل ان شـاء، لاـ حرج عليه) فانه دال على صحـة الاـشتراط (فيه) اى فى لفظ الوقف (و ان شاء) الحسن عليه السـلام (جعله) اى جعل الحسن عليه السـلام الوقف (سـرىّ الملك) السرى بالتشديد فعيل بمعنى الشريف من اضافة الصفة الى الموصوف، اى جعله ملك الشريف الّذى هو ملك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۷۲

و ان ولد علىّ و مواليهم و اموالهم الى الحسن بن على.

و ان كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبعها ان شاء و لا حرج عليه فيه فان باع، فانه يقسّم ثمنه ثلاثة اثلاث، فليجعل ثلثا فى سبيل الله، و يجعل ثلثا فى بنى هاشم و بنى المطلب،

طلق، لا قيد فيه كالانسان السرى الّذى لا عبودية و قيد فيه.

و هـذا أيضا يـدل على جواز اشتراط تبـديل الوقف الى الملك (و ان) جملة مسـتأنفة (ولد علىّ و مواليهم) اى عبيدهـم (و اموالهم الى الحسن بن على) اى انه النـاظر فى امورهم، و المكلف بقيام مصالحهم و ذلك وصايـة من الامام عليه السـلام، او بيان لان الحسن عليه السلام امام، فله ذلك.

(و ان كانت) جملة مستأنفة اخرى (دار الحسن بن على) التى سـكن الحسن عليه السلام فيها (غير دار الصدقة) بان لم يسكن فى الدار الموقوفـة (فبـدا له) اى ظهر للحسن عليه السـلام (ان يبيعهـا) اى يبيع دار الوقف، لاـنه لم يحتـج إليها، لان له دار ملكيـة هو ساكن فيها (فليبعها ان شاء).

و هذا أيضا يدل على جواز اشتراط الواقف بيع الموقوف عليه الوقف (و لا حرج عليه) اى على الحسن عليه السلام (فيه) اى فى بيع دار الصدقـة (فان باع، فانه يقسّم ثمنه) اى ثمن الدار، و تذكير الضـمير باعتبار كونها وقفا (ثلاثة اثلاث، فليجعل ثلثا فى سبيل الله، و يجعل ثلثا فى بنى هاشم و بنى المطلب،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۷۳

و ثلثا فى آل ابى طالب، و انه يضعه فيهم حيث يراه الله.

ثم قال و ان حدث فى الحسن، او فى الحسين حدث فان الآخر منهما ينظر فى بنى على، الى ان قال فانه يجعله فى رجل يرضاه من بنى هـاشم، و انه يشـترط على الّـذى يجعله إليه ان يترك هـذا المـال على اصوله، و ينفق الثمرة حيث امره من سبيـل الله، و وجهه، و ذوى الرحم من

و ثلثـا فى آل ابى طالب، و انه) اى الحسن عليه السـلام (يضـعه) اى الثلثين (فيهـم) فى آل هاشم، و مطلب، و طالب (حيث يراه الله) اى ان الاختيار بيده، لا انه يجب عليه ان يقسّم بينهم بالسويّة.

(ثم قـال) الامـام عليه السـلام (و ان حـدث فى الحسن، او فى الحسـين) المتوليين للوقف، و لهمـا النظارة طولا (حـدث) كالموت (فان الآخر منهما ينظر فى بنى على) اى يكون ناظرا عليهم، كما اذا سافر الحسن عليه السلام، فالحسين ناظر، و هكذا.

فان هذه الفقرة أيضا تدل على اختيار الحسـين عليه السلام كاختيار الحسن عليه السلام فله ان يبيع الوقف حسب التفصيل المتقدم (الى

ان قال) الامام علیه السلام (فانه) ای الثانی من الحسن و الحسین (یجعله) ای الوقف- بعد موته- (فی رجل یرضاه من بنی هاشم، و انه یشترط علی الّذی یجعله) ای الوقف (إلیه) بان یجعله متولیا علی الوقف (ان یترک هذا المال) الموقوف (علی اصوله، و ینفق الثمرة حیث امره) ای فی الموارد المقررة (من سبیل الله، و وجهه) ای ما کان لوجه الله تعالی و قربة إلیه- عطف بیان- (و ذوی الرحم من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۷۴

بنی هاشم، و بنی المطلب، و القریب و البعید، لا یباع شیء منه، و لا یوهب و لا یورث، الروایة.

و ظاهرها جواز اشتراط البیع فی الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البیع لجمیع البطون و صرف ثمنه فیما ینتفعون به.

و السند صحیح، و التأویل مشکل، و العمل اشکل.

بنی هاشم، و بنی المطلب، و القریب و البعید، لا یباع شیء منه، و لا یوهب، و لا یورث) الی آخر (الروایة) مما یدل علی ان کلام الامام فی الوقف، و ان جواز بیعه حسب شرطه علیه السلام کان خاصا بالامامین الحسن و الحسین علیهما السلام.

(و ظاهرها جواز اشتراط البیع فی الوقف لنفس البطن الموجود) الّذی هو اوّل السلسلة (فضلا عن البیع لجمیع البطون) ای للبطون المتأخرة، فانه یفهم منه بطریق اولی (و) جواز (صرف ثمنه) ای الوقف المبیوع (فیما ینتفعون به) فضلا عن تبدیله الی وقف آخر.

(و السند) للروایة (صحیح) کما عرفت (و التأویل) بانه لم یکن وقفا (مشکل) لانه خلاف ظاهر الروایة (و العمل) بها (اشکل) لان معنی الوقف بقاء العین، و هذا هو المفهوم لدی العرف الظاهر من اطلاقات ادلة الوقف.

لکن الانصاف لزوم العمل بها بعد صحة السند، و ظهور الدلالة له و عدم الاعراض.

و لو اردنا المناقشة فی الروایات بهذه المناقشات لم تبق جملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۷۵

الصورة السابعة ان یؤدی بقائه الی خرابه، علما او ظنا،

و هو المعبّر عنه بخوف الخراب فی کثیر من العبائر المتقدمة.

و الاداء الی الخراب قد یکون للخلف بین اربابه، و قد یکون لا له، و الخراب المعلوم، و المخوف قد یکون علی حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدّا به، و قد یکون علی وجه نقص المنفعة.

و اما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر

کبیرة من الروایة سلیمة، و لا وجه لذلک اطلاقا.

(الصورة السابعة) من الصور التی یجوز بیع الوقف فیها فی الجملة (ان یؤدّی بقائه الی خرابه، علما او ظنا) بان نعلم: انه اذا بقی خرب، او نظن ذلک (و هو المعبّر عنه بخوف الخراب فی کثیر من العبائر المتقدمة) بل الخوف اعمّ حتی من الوهم العقلائی، فاذا کانت سیارة من کل ثلاث سیارات تصطدم، فان احتمال اصطدام کل سیارة و هم، لانه احتمال فی مقابل احتمالی عدم الاصطدام، و مع ذلک فهو خوف عقلائی.

(و الاداء الی الخراب قد یکون للخلف بین اربابه، و قد یکون لا له) ای لا للخلف بین الارباب (و الخراب المعلوم و المخوف) منه (قد یکون علی حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدّا به) بان لا یکون له نفع یعتنی به العقلاء لمثل هذا الوقف (و قد یکون علی وجه نقص المنفعة) کما لو کان نفع بستان الف دینار، فصار مائتین و خمسین- مثلا-.

(و اما اذا فرض جواز الانتفاع به) ای بالوقف (بعد الخراب بوجه آخر)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۷۶

كانتفاعه السابق، او ازيد، فلا يجوز بيعه، الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من ان تغير عنوان الوقف يسوّغ بيعه و قد عرفت ضعفه.

و قد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع فى صورة التأدية الى الخراب، و لو لغير الاختلاف.

و من اخرى تقييد هم به.

الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال

كالانتفاع بعرصة الدار المخروبة لجعلها محلا لوقوف الاغنام للبيع- مثلا- (كانتفاعه السابق، او ازيد) بان كان ايجار العرصة كايجار الدار مائة- مثلا- او مائة و خمسين بعد ان كان ايجار الدار مائة (فلا يجوز بيعه، الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من ان تغير عنوان الوقف) كتغير الدار الى العرصة (يسوّغ بيعه) كما تقدم عن الجواهر (و قد عرفت ضعفه) اى ضعف كلام الجواهر.

(و قد عرفت) فيما تقدم (من عبائر جماعة تجويز البيع فى صورة التأدية الى الخراب، و لو لغير الاختلاف) اى خرابا ليس ناشئا من اختلاف ارباب الوقف، بل لعوارض اخر، كهجرة اهل القرية- مثلا-.

(و) عرفت (من) جماعة (اخرى تقييدهم) جواز البيع فى صورة التأدية الى الخراب (به) اى بما اذا كان ناشئا من الاختلاف، و اللّه العالم.

(الصورة الثامنة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها (أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال) بسبب الصرف فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۷۷

و النفس و ان لم يعلم او يظن بذلك، فان الظاهر من بعض العبارات السابقة، جوازه لذلك، خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: ان يؤدى الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال،

فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد يستباح منه الانفس.

و الاقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب

الشكايات، و الهدايا، و الرشوات، و ما اشبه (و النفس) بالقتال، و الاغتيال (و ان لم يعلم او يظن بذلك) بل كان صرف الاحتمال العقلائى (فان الظاهر من بعض العبارات السابقة، جوازه) اى البيع (لذلك) اى للاختلاف المؤدّى الى تلف الاموال و النفوس حكما، او احتمالا (خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب) و سيأتى الدليل على ذلك.

(الصورة التاسعة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها (أن يؤدّى الاختلاف بينهم) اى بين ارباب الوقف (الى ضرر عظيم من غير تقييد) للضرر (بتلف المال، فضلا عن) ضرر (خصوص الوقف) و سيأتى دليل هذا أيضا.

(الصورة العاشرة) من صور جواز بيع الوقف فيها (ان يلزم) من بقاء الوقف (فساد يستباح منه الانفس) قتلا، و جرحا، و ما اشبه.

(و الاقوی الجواز) لبیع الوقف (مع تأدیة البقاء الی الخراب) علما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۷۸

علی وجه لا ینتفع به نفعا یعتد به عرفا، سواء کان لاجل الاختلاف، او غیره و المنع فی غیره من جمیع الصور.

اما الجواز فی الاول فلما مرّ من الدلیل علی جواز بیع ما سقط عن الانتفاع فان الغرض من عدم البیع، عدم انقطاع شخصه فاذا فرض العلم او الظن بانقطاع شخصه فدار الامر بین انقطاع شخصه، و نوعه و بین انقطاع شخصه لا نوعه.

او ظنا، او احتمالا عقلائیا (علی وجه لا ینتفع به نفعا یعتد به عرفا، سواء کان) عدم الانتفاع (لاجل الاختلاف) المؤدّی الی الخراب (او غیره) کهجرة اهل البلد مما یؤدّی الی خراب الابنیة، لترکها، او ما اشبه ذلک (و المنع) عن البیع (فی غیره) ای غیر ما ادّی البقاء الی الخراب (من جمیع الصور).

(اما الجواز فی الاول) ای صورة اداء البقاء الی الخراب (فلما مرّ من الدلیل علی جواز بیع ما سقط عن الانتفاع).

وجه الاستدلال بذلک، ما ذکره بقوله: (فان الغرض من عدم البیع عدم انقطاع شخصه) ای شخص الوقف، و هو عبارة اخری عن بقائه (فاذا فرض العلم او الظن) المعتبر عند العقلاء فی الموضوعات، و لذا یجرون علی حسبه حتی فی الامور المهمة (بانقطاع شخصه) ای فی المستقبل، لان بقائه یؤدی الی خرابه (فدار الامر بین انقطاع شخصه و) انقطاع (نوعه) معا بان یخرب، فلا شخص، و لا بدل (و بین انقطاع شخصه لا نوعه) بان یبدل الوقف حتی یبقی فرد آخر من النوع، و لا یذهب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۷۹

کان الثانی اولی، فلیس فیه منافاة لغرض الواقف اصلا.

و اما الادلة الشرعیة فغیر ناهضة لاختصاص الاجماع.

و انصراف النصوص الی غیر هذه الصورة.

و اما الموقوف علیهم، فالمفروض اذن الموجود منهم، و قیام الناظر

النوع بالکلیة (کان الثانی) و هو انقطاع شخصه لا نوعه (اولی).

اذ هناک دلیلان علی حرمة بیع الوقف.

الاول: انه مناف لغرض الواقف، و الواقف بما کان مالکا محترم الغرض.

الثانی: الادلة الشرعیة، و کلا الدلیلین لا یجریان فی المقام.

اما الاول: لما اشار إلیه بقوله: (فلیس فیه منافاة لغرض الواقف اصلا) بل غرض الواقف المنکشف من اغراض العقلاء مثله هو بقاء النوع.

(و أما الادلة الشرعیة فغیر ناهضة) بحرمة مثل هذا البیع للتبدیل (لاختصاص الاجماع) الدالّ علی حرمة بیع الوقف بغیر هذه الصورة، لان الفقهاء بانفسهم استثنوا من حرمة البیع هذه الصورة.

(و انصراف النصوص) الدالّة علی عدم جواز بیع الوقف (الی غیر هذه الصورة) التی تؤدّی فیها البقاء الی الخراب.

(و) ان قلت: فی الوقف حق للبطون الموقوف علیهم، و البیع مناف لحقهم.

قلت: (اما الموقوف علیهم، فالمفروض اذن الموجود منهم) فی البیع (و قیام الناظر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۰

العامّ، و الخاص مقام غیر الموجود.

نعم: قـد یشـکل الامـر فیمـا لو فرض تضـرّر البطن الموجود من بیعه للزوم تعطیل الانتفاع الی زمان وجـدان البـدل او کون البـدل قلیل المنفعهٔ بالنسبهٔ الی الباقی.

و مما ذکر

العام) و هو الحاکم الشرعی (و الخاص) و هو المتولی المنصوب من قبل الواقف (مقام غیر الموجود) فیأذن فی البیع.

(نعم: قد یشکل الامر) فی بیع الوقف المؤدّی بقائه الی خرابه (فیما لو فرض تضرر البطن الموجود من بیعه) فلم یرضوا فی البیع (للزوم تعطیل الانتفاع الی زمان وجدان البدل) کما لو کان وجدان البدل یحتاج الی سنهٔ من التفتیش ففی هذه السنهٔ یتضـرر البطن الموجود حیث لاـ نفع لهم اذا بیع الوقف (او کون البـدل) الّـذی یشتری عاجلاـ لعـدم تضـرر البطن الموجود (قلیـل المنفعـهٔ بالنسـبهٔ الی) البطن (الباقی) حیث یوجب عـدم رضایـهٔ الناظر الّـذی یجب علیه ملاحظـهٔ نفع البطون اللاحقـهٔ، فانه یـدور الامر حینئذ بین الضـررین، اما ان یشتری بالثمن حالا مکان بعید حتی لا یتضـرر البطن الموجود، لکنه مسـتلزم قلهٔ المنفعهٔ فی المستقبل لعدم رغبهٔ المستأجرین فی الآتی الی مکان بعید، او یصبر حتی یوجد مکان قریب یشتری بالبدل لکنه مستلزم لعدم انتفاع البطن الموجود مدهٔ سنهٔ بالبدل.

(و مما ذکر) من ان البیع انما هو لعدم تفویت النوع بالإضافهٔ الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۱

یظهر انه یجب تأخیر البیع الی آخر ازمنهٔ امکان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فیه.

و مع فوته، ففی تقدیم البیع اشکال.

و لو دار الامر بین بیعه و الابدال به و بین صرف منفعته الحاصلهٔ

فوات الشـخص (یظهر انه یجب تأخیر البیع الی آخر ازمنـهٔ امکان البقاء) علی الوقف (مع عـدم فوات الاسـتبدال فیه) ای فی آخر ازمنهٔ البقاء.

اذ الاصل فی الوقف: الابقاء، الا اذا کان الابقاء موجبا لفوت النوع و الشخص، فانه حینئذ یجوز البیع و ذلک آخر ازمنهٔ الامکان.

(و مع فوته) ای فوت الاسـتبدال فی آخر ازمنهٔ امکان البقاء (ففی تقدیم البیع) علی آخر ازمنهٔ امکان البقاء (اشـکال) کما لو ان الفوت کان فی شـهر رمضان، فهل نقـدم البیع فی شـهر شـعبان حتی لا یفوتنا الاسـتبدال لتوفر المثل فی شـهر شـعبان، او نؤخر البیع الی شـهر رمضان تحفظا علی ابقاء الوقف، و ان فاتنا البدل حینذاک بل یبقی الثمن للموقوف علیهم لکل وجه.

وجه التأخیر فی البیع الابقاء علی شخص الوقف.

و وجه التقدیم الابقاء علی نوع الوقف.

اقول و فی العبارهٔ احتمال آخر کما لا یخفی.

(و لو دار الامر بین بیعه) ای الوقف (و الابدال به) حتی ینتفع البطن الموجود، و یبقی النوع لسائر البطون (و بین صرف منفعته الحاصلهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۲

مـدهٔ من الزمـان لتعمیره، ففی ترجیـح حق البطن الّـذی یفوته المنفعـهٔ او حق الواقف و سـائر البطون المتـأخرهٔ المتعلق بشـخص الوقف وجهان، یخلوا و لهما عن قوهٔ اذا لم یشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته

مـدهٔ من الزمـان) کایجـاره عشـر سـنوات، و اخـذ الاـجرهٔ و تعمیره بهـا (لتعمیره) حتی یبقی شـخص الوقف، و لکن لاـ ینتفع به البطن الموجود فی مدهٔ عشـر سـنوات (ففی ترجیح حق البطن) الحاضـر (الّذی یفوته المنفعهٔ) فی هذه المدهٔ، فنقول باجارته و صـرف الاجرهٔ

فی تعمیر شخص الوقف، فان الواقف اراد شخص الوقف، و البطون تعلق حقهم بشخص الوقف (المتعلق) حق الواقف، و حق البطون، (بشخص الوقف وجهان، لا یخلو اوّلهما) و هو ترجیح حق البطن الموجود بالتبدیل (عن قوة).

اذ لا وجه لضیاع حق البطن الموجود، و قد تقرر فی الفقه انه لو دار الامر بین ان یصلی الانسان الرکعة الاولی عن جلوس، او الرکعة الثانیة، کان الواجب علیه ان یصلی الرکعة الاولی قیاما.

و کذلک اذا دار بین ان یفطر اوّل یوم من شهر رمضان، او ثانی یوم منه، و هکذا.

و فی المقام لو دار الامر بین فوت نفع البطن الموجود و هو خلاف غرض الواقف، او فوت نفع البطن المتأخر، و هو خلاف غرض الواقف أیضا، یلزم ان نقدم حق البطن الموجود لانه اتباع لغرض الواقف المقدم علی غرضه بالنسبة الی البطن اللاحق (اذا لم یشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته) ای منافع نفس الوقف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۳

مقدما علی الموقوف علیه.

و قد یستدل علی الجواز فیما ذکرنا بما عن التنقیح من: ان بقاء الوقف علی حاله- و الحال هذه- اضاعة و اتلاف للمال و هو منهی عنه شرعا فیکون البیع جائزا.

و لعله اراد الجواز، بالمعنی الاعم، فلا یرد علیه انه یدل علی وجوب البیع.

و فیه ان المحرّم هو

(مقدما) حال عن الاصلاح (علی الموقوف علیه) فانه حینئذ یعمر الوقف باجرته، و لا یعطی مدة الاجارة نفعه الی البطن الموجود، و ذلک حسب شرط الواقف نفسه.

(و قد یستدل علی الجواز) ای جواز البیع (فیما ذکرنا) من اداء بقاء الوقف الی خرابه (بما عن التنقیح من: ان بقاء الوقف علی حاله) بدون بیع و تبدیل (- و الحال هذه-) ای ممّا یؤدی بقائه الی خرابه (اضاعة و اتلاف للمال، و هو) ای اتلاف المال (منهی عنه شرعا فیکون البیع جائزا) و ترتفع حرمة بیع الوقف.

(و لعله اراد) بالجواز (الجواز، بالمعنی الاعم) الشامل للوجوب أیضا مقابل الحرمة (فلا یرد علیه) ما ذکره صاحب المقابیس (انه) ای الدلیل المذکور (یدل علی وجوب البیع) فلا یناسبه قوله «فیکون البیع جائزا» بل اللازم ان یقول «فیکون البیع واجبا».

(و فیه) ای فی الاستدلال المذکور لجواز بیع الوقف (ان المحرم هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۴

اضاعة المال المسلط علیه، لا- ترک المال الّذی لا سلطان علیه الی ان یخرب بنفسه، و إلا لزم وجوب تعمیر الاوقاف المشرفة علی الخراب بغیر البیع مهما امکن مقدّما علی البیع او اذا لم یمکن البیع.

و الحاصل: ان ضعف هذا الدلیل بظاهره واضح.

و یتضح فساده علی القول بکون الثمن للبطن الموجود، لا غیر.

اضاعة المال المسلط علیه) ای الّذی کان للانسان سلطة علی ذلک المال (لا) ان المحرم (ترک المال الّذی لا سلطان) و لا تسلّط للانسان (علیه الی ان یخرب بنفسه، و الا-) فلو حرم ترک المال حتی یخرب (لزم وجوب تعمیر الاوقاف المشرفة علی الخراب بغیر البیع) ای یعمر بدون ان یباع (مهما امکن) التعمیر (مقدّما) للتعمیر (علی البیع) ابقاء اعلی شخص تلک الاوقاف (او اذا لم یمکن التعمیر بدون ان یباع فاللازم تعمیره ب (البیع) بان یباع الوقف، و یبدل الی مکان آخر، و حیث ان اللازم، و هو قوله «لزم» باطل،

فالملزوم، و هو قول المستدل- ای التنقیح- أیضا باطل.

و لا یخفی علیک ما فی کلام الشیخ من الاشکال، لعدم التلازم.

(و الحاصل: ان ضعف هذا الدلیل بظاهره واضح) الا ان یؤول الدلیل الی ما یرجع الی الدلیل السابق، من انه خلاف غرض الواقف او ما اشبه ذلک.

(و یتضح فساده) ای فساد دلیل التنقیح (علی القول بکون الثمن للبطن الموجود، لا غیر) اذا بقاء الوقف حتی ینهدم اسهل من بیعه، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۵

و یتلوه فی الضعف ما عن المختلف، و التذکرة، و المهذب، و غایة المرام، من: ان الغرض من الوقف استیفاء منافعه و قد تعذر فیجوز اخراجه عن حده تحصیلا للغرض منه، و الجمود علی العین مع تعطیلها تضییع للغرض، کما انه لو تعطل الهدی ذبح فی الحال و ان اختص بموضع، فلما تعذر مراعاة المحل ترک مراعاته لتخلص المعتذر.

اکل ثمنه، فان فی الابقاء امتدادا، و لو موقتا، و غرض الواقف بخلاف البیع و اکل ثمنه، فان فیه اذهابا له.

(و یتلوه) ای دلیل التنقیح الّذی استدل به لجواز البیع فی صورة اداء البقاء الی الخراب (فی الضعف ما عن المختلف، و التذکرة، و المهذب، و غایة المرام، من: ان الغرض من الوقف استیفاء منافعه و قد تعذر) استیفاء المنافع، لان بقائه یؤدّی الی خرابه (فیجوز اخراجه) ای الوقف (عن حدّه) بالبیع و الاستبدال (تحصیلا للغرض منه) ای من الوقف (و الجمود علی العین) هذا مبتدأ، و خبره «تضییع» بان یبقی الوقف حتی یخرب (مع تعطیلها) فی المستقبل لغرض ان بقائها یؤدّی الی خرابها (تضییع للغرض) الّذی من اجله اوجب الشارع بقاء الوقف (کما انه لو تعطّل الهدی) الّذی یساق الی الکعبة بکسر رجل، او ما اشبه، لم ینتظر به حتی یموت، بل (ذبح فی الحال) لادراک بعض الفوائد المترتبة علیه (و ان اختص) الهدی حسب التشریع (بموضع) خاص و هو مکة (فلما تعذر مراعاة المحل ترک مراعاته) بل اجاز الشارع ذبحه حیث تعطل (لتخلص المعتذر) ای تخلّصه من العطب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۶

و فیه ان الغرض من الوقف استیفاء المنافع من شخص الموقوف، لانه الّذی دل علیه صیغة الوقف و المفروض تعذره، فیسقط، و قیام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص، لکونه اقرب الی مقصود الواقف، فرع الدلیل علی وجوب اعتبار ما هو الاقرب الی غرض الواقف بعد تعذّر اصل الغرض.

فالاولی

(و فیه) ای فی هذا الدلیل الّذی ذکره المختلف و غیره (ان الغرض من الوقف استیفاء المنافع من شخص الموقوف، لانه) ای لان الاستیفاء من شخصه، هو (الّذی دلّ علیه صیغة الوقف) اذ علق الواقف الوقف بالشخص الخاص (و المفروض تعذره) ای تعذّر الاستیفاء من الشخص (فیسقط) الغرض (و قیام الانتفاع بالنوع) ببدله (مقام الانتفاع بالشخص، لکونه) ای البدل (اقرب الی مقصود الواقف، فرع) وجود (الدلیل علی وجوب اعتبار ما هو الاقرب الی غرض الواقف بعد تعذر اصل الغرض) و لیس هنا دلیل علی ذلک.

لکن الانصاف ان الاعتبار العرفی هو: ان الواقف اراد الشخص، و مع تعذره اراد النوع، و هذا الاعتبار العرفی کاف فی لزوم الاخذ به، لان الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، شامل له.

و کیف کان.

(فالاولی) عند المصنف ره، ان لا نقول: بان المقتضی للبقاء موجود، و انما هناک دلیل علی جواز البیع و التبدیل فی صورة اداء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۷

منع جریان ادلهٔ المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعهٔ راسا و جعل ذلک مؤیّدا.

و اما المنع فی غیر هـذا القسم من الصورهٔ السابعهٔ و فیما عداها من الصور اللاحقهٔ فلعموم قوله علیه السـلام: لا یجوز شـراء الوقف و لا تـدخل الغلـهٔ فی ملکـک، فـان ترک الاسـتفصال فیه عن علم المشـتری بعـدم وقـوع بیـع الوقـف علی بعض الوجوه المجوزهٔ و عـدمه الموجب لحمل فعل البائع علی

البقاء الی الخراب، بل (منع جریان ادلهٔ المنع) عن بیع الوقف (مع خوف الخراب المسـقط) ذلک الخراب (للمنفعهٔ راسا و جعل ذلک) الدلیل الّذی ذکره المختلف و غیره (مؤیّدا)

هذا کله وجه جواز البیع بالنسبهٔ الی ما ذکره المصنف بقوله «و الاقوی الجواز»

(و اما المنع) عن البیع (فی غیر هـذا القسم من الصورهٔ السابعـهٔ و فیما عـداها) ای الصورهٔ السابعـهٔ (من الصور اللاحقـهٔ) و هی الثامنهٔ و التاسعهٔ و العاشرهٔ (فلعموم قوله علیه السلام: لا یجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلهٔ فی ملکک، فان ترک الاستفصال فیه) ای فی المنع حیث ان الامام اطلق النهی عن الاشتراء، و لم یقل: ان وقع خلف بین اربابه مثلا- فاشتر، و ان لم یقع فلا تشتر.

فترک الاسـتفصال (عن علم المشتری بعـدم وقوع بیع الوقف) من الواقف (علی بعض الوجوه المجوزهٔ، و عدمه) ای عدم وجود الوجه المجوّز (الموجب) ذلک ای عدم العلم (لحمل فعل البائع علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۸

الصحهٔ- یدل علی ان الوقف ما دام له غلهٔ لا یجوز بیعه.

و کذا قوله علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

و ما دل علی انه یترک حتی یرثها وارث السماوات و الارض.

هذا کله مضافا الی الاستصـحاب فی جمیع هذه الصور، و عدم الدلیل الوارد علیه عدا المکاتبهٔ المشـهورهٔ التی انحصر تمسک کل من جوّز هذه الصور فیها، و هی مکاتبهٔ ابن مهزیار،

الصحهٔ- یدل) عدم الاستفصال (علی ان الوقف ما دام له غلهٔ) و لو قلیلا فی مقابل عدم الغلهٔ الّذی قلنا بالجواز حینئذ- (لا یجوز بیعه).

(و کذا قوله علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) فانه دالّ علی اطلاق وجوب الابقاء علیها.

(و ما دل علی انه یترک حتی یرثها وارث السماوات و الارض)

لکن یمکن ان یقال: ان هذه الادلهٔ من قبیل العناوین الاولیهٔ، لا اطلاق لها من هذه الجههٔ، و انما یجب ان نلتمس المخصص، فان وجد فهو، و الا کان اللازم البقاء علی مقتضی الوقف.

(هـذا کله مضافا الی الاستصـحاب) لوجوب ابقاء الوقف (فی جمیع هـذه الصور) السابعـهٔ و ما بعدها- لو شـککنا فی ان العوارض هل هی مزیلهٔ لحکم الوقف، أم لا؟ (و عدم الدلیل الوارد علیه) ای علی الاستصحاب (عدا المکاتبهٔ المشهورهٔ التی انحصر تمسک کل من جوّز هـذه الصور) ای الصور السابعهٔ و ما بعدها (فیها) ای فی المکاتبهٔ، اذ لا دلیل لهم سواها (و هی مکاتبهٔ ابن مهزیار) التی هی حجهٔ و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۸۹

قال کتبت الی ابی جعفر الثانی انّ فلانا ابتاع ضـیعهٔ فاوقفها و جعل لک فی الوقف الخمس، و یسألک عن رأیک فی بیع حصتک من الارض او تقویمها علی نفسه بما اشتراها او یدعها موقوفهٔ، فکتب إلیّ اعلم فلانا انی آمره ببیع حصتی من الضـیعهٔ، و ایصال ثمن ذلک إلیّ ان ذلک رایی ان شاء اللّه تعالی او یقومها علی نفسه ان کان ذلک اوفق له، فکتبت إلیه ان الرجل ذکر

معمول بها، فلا اشکال فیهما من هاتین الجهتین (قال کتبت الی ابی جعفر الثانی) و هو الجواد علیه السلام (انّ فلانا ابتاع ضیعهْ، فاوقفها و جعل لک فی الوقف الخمس) و الاربعهْ الاخماس الاخر لغیرک (و یسألک عن رایک فی بیع حصتک من الارض) لیرسل لک ثمنها (او تقویمها) ای الحصهْ (علی نفسه) حتی یشتریها هو واقف الضیعهْ (بما اشتراها) بالقیمهْ التی اشتری الارض.

فمثلا اشتری الارض بالف، فیعطیک مائتین قیمهْ الخمس (او یدعها موقوفهْ) فلا یجوز له ان یبیعها لک، و لا ان یشتریها منک (فکتب) الامام علیه السلام (إلیّ) ای و هو ابن مهزیار (اعلم فلانا) بصیغهْ الامر من باب الافعال علی وزن اکرم (انی آمره) متکلم وحدهْ من فعل المستقبل من امر یأمر (ببیع حصتی من الضیعهْ، و ایصال ثمن ذلک) المبیع (إلیّ ان ذلک رایی ان شاء الله تعالی) کلمهْ تبرک محض لا شرطیهْ، کما لا یخفی (او یقومها علی نفسه) فیشتریه هو و یرسل الثمن إلیّ (ان کان ذلک) التقویم علی نفسه (اوفق له) ای للواقف (فکتبت) ای ابن مهزیار (إلیه) ای الی ابی جعفر علیه السلام- أیضا- (ان الرجل) الواقف (ذکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۰

ان بین من وقف علیهم بقیهْ هذه الضیعهْ اختلافا شدیدا، و انه لیس یأمن ان یتفاقم ذلک بینهم بعده، فان کان تری ان یبیع هذا الوقف، و یدفع الی کل انسان منهم ما وقف له من ذلک امرته فکتب علیه السلام بخطه و اعلمه ان رأیی ان کان قد علم الاختلاف بین ارباب الوقف ان بیع الوقف امثل فلیبع، فانه ربما جاء فی الاختلاف تلف الاموال و النفوس، الخبر حیث انه یمکن الاستدلال للجواز بها فی القسم الثانی من الصورهْ السابعهْ بناء

ان بین من وقف علیهم بقیهْ هذه الضیعهْ) و هی الاربعهْ اخماس الاخر (اختلافا شدیدا، و انه لیس یأمن ان یتفاقم) و یشتد (ذلک) الاختلاف (بینهم بعده) ای بعد ان یحدث الواقف (فان کان تری) ایها الامام علیه السلام (ان یبیع) الواقف (هذا الوقف، و یدفع الی کل انسان منهم ما وقف له من ذلک امرته) ای ثمن حصته (فکتب علیه السلام بخطه و اعلمه) فعل امر من باب الافعال (ان رأیی ان کان) الواقف (قد علم) بسبب (الاختلاف بین ارباب الوقف ان بیع الوقف امثل) ای احسن (فلیبع، فانه ربما جاء فی الاختلاف تلف الاموال و النفوس) الی آخر (الخبر)

وجه الاستدلال بهذا الخبر (حیث أنه یمکن الاستدلال للجواز) ای جواز بیع الوقف (بها) ای بهذه المکاتبهْ (فی القسم الثانی من الصورهْ السابعهْ) و المراد بذلک صورهْ اداء البقاء الی الخراب فی الجملهْ، لا الخراب الکلی (بناء) علهْ للاستدلال بالخبر للقسم الثانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۱

علی ان قوله علیه السلام: فانه الخ، تعلیل لجواز البیع فی صورهْ الاختلاف و ان المراد بالمال هو الوقف فان ضمّ النفوس انما هو لبیان الضرر الآخر المترتب علی الاختلاف، لا ان المناط فی الحکم هو اجتماع الامرین کما لا یخفی، فیکون حاصل التعلیل انه کل ما کان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه.

و فیه:

(علی ان قوله علیه السلام: فانه) ربما جاء فی الاختلاف (الخ، تعلیل لجواز البیع فی صورهْ الاختلاف) ای هذا الاثر للاختلاف و هو الخراب، هو العلهْ الوحیدهْ (و ان المراد بالمال)- ای قوله علیه السلام «الاموال» (هو الوقف) لان القسم الثانی من الصورهْ السابعهْ کان مدارها صرف اداء بقائه الی الخراب فی الجملهْ (فان ضمّ) الامام علیه السلام (النفوس) الی الاموال حیث قال «تلف الاموال و النفوس» (انما هو لبیان الضرر الآخر المترتب علی الاختلاف، لا ان المناط فی الحکم) بجواز البیع (هو اجتماع الامرین) تلف الاموال و النفوس معابل یکفی تلف الاموال فقط فی الجملهْ (کما لا یخفی) اذ الظاهر: ان ذلک من باب الترقی، لا من باب مدخلیهْ الاجماع (فیکون

حاصـل التعلیـل) لجواز البیع (انه کـل ما کان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه) و لو لم یکن من جهـۀ اختلاف ارباب الوقف، و لو کان فیه تلف بعض المال.

(و فیه) انه بنـاء اعلی ما ذکرتم، لا یکون کلام العلماء الا اخصّ من الـدلیل اذ الـدلیل دل علی جواز البیع فی صورة الاحتمال، و کلام العلماء دل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۲

ان المقصود جواز بیعه اذا ادّی بقـائه الی الخراب علمـا او ظنـا، لا مجرد کونه ربما یؤدی إلیه المجامع للاحتمال المساوی او المرجوح علی ما هو الظاهر من لفظ «ربما» کما لا یخفی علی المتتبع لموارد استعمالاته.

و لـا اظن احـدا یلتزم لجواز البیع بمجرد احتمال اداء بقائه الی الخراب، لان کلمات من عبّر بهـذا العنوان- کما عرفت- بین قولهم ادّی بقائه الی خرابه، و بین قولهم یخشی او یخاف خرابه.

و الخوف- عند المشهور کما یعلم من سائر موارد

جواز البیع فی صورة العلم بالخراب او الظن، ف (ان المقصود) للعلماء (جواز بیعه اذا ادّی بقائه الی الخراب علما او ظنا، لا مجرد کونه ربمـا یـؤدی إلیه) ای الی الخراب (المجـامع) ای «ربمـا» یجتمع (للاحتمـال المسـاوی) ای یتسـاوی فی الاحتمـال الخراب و عـدمه (او المرجوح) ای ان الخراب مرجوح (علی ما هو الظاهر من لفظ «ربما») الوارد فی الروایة (کما لا یخفی علی المتتبع لموارد اسـتعمالاته) ای استعمالات «ربما»

(و لا اظن احدا یلتزم لجواز البیع بمجرد احتمال اداء بقائه الی الخراب)

و انما لا یلتزم به احد (لان کلمات من عبّر بهذا العنوان- کما عرفت-) بعضـها (بین قولهم ادّی بقائه الی خرابه، و بین قولهم یخشی او یخاف خرابه) و الخوف لا یشمل الاحتمال المتساوی، فکیف بالمرجوح.

(و) ذلک لان (الخوف- عند المشهور کما یعلم من سائر موارد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۳

اطلاقاتهم مثل قولهم یجب الافطار، و التیمم مع خوف الضرر، و یحرم السفر مع خوف الهلاک- لا یتحقق الا بعد قیام أمارة الخوف.

هـذا مع ان مناط الجواز علی ما ذکر تلف الوقف رأسا و هو القسم الاول من الصورة السابعـۀ الّذی جوزنا فیه البیع، فلا یشـمل الخراب الّذی لا یصدق معه التلف.

مع انه لا وجه- بناء اعلی عموم التعلیل- للاقتصار علی خوف خراب خصوص الوقف، بل کلما خیف تلف مال جاز بیع الوقف

اطلاقاتهم مثل قولهم یجب الافطار، و التیمم مع خوف الضرر، و یحرم السفر مع خوف الهلاک- لا یتحقق الا بعد قیام أمارة الخوف).

لکن الانصاف ان هذا الاشکال من المصنف فی غایة الاشکال، بل الظاهر من الروایة هو ما ذکره مجوز البیع.

(هذا) اشـکال علی التمسک بالروایة (مع ان) هناک اشکالا آخر، اذ (مناط الجواز) للبیع (علی ما ذکر) فی الروایة (تلف الوقف رأسا) لـانه قـال «تلف الـاموال» و الجمع المحلی باللـام یفیـد العموم، و ذلـک لـا یکون الـا بالخراب الکامل (و هو القسم الاول من الصورة السابعـۀ الّـذی جوزنا فیه البیع، فلا یشـمل الخراب) فی الجملـۀ (الّـذی لا یصـدق معه التلف) کما هو محل الکلام فی القسم الثانی من الصورة السابعۀ.

(مع انه لا وجه- بناء علی عموم التعلیل-) و ان العلۀ هی تلف المال فی الجملۀ (للاقتصار علی خوف خراب خصوص الوقف، بل کلما خیف تلف مال) یصدق علیه «تلف الاموال» (جاز بیع الوقف).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۹۴

و اما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع فى الصورة الثامنة و هى صورة وقوع الاختلاف الّذى ربما اوجب تلف الاموال و النفوس، فهو ان الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، الا ان قوله «فانه ربما الخ» مقيد بالاختلاف الخاص، و هو الّذى لا يؤمن معه من التلف، لان العلة تقيد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرمان لانه حامض.

و هذا أيضا لا يبعد القول به، فليس هذا اشكالا على التمسك بالرواية لكلام المشهور.

هذا كله تقريب الاستدلال بالمكاتبة لجواز البيع فى القسم الثانى من الصورة السابعة، و هو تلف بعض الاموال، اى ادّى البقاء الى خراب الوقف فى الجملة.

اما ادائه الى خرابه خرابا كاملا فقد تقدم عن المصنف اجازة البيع فى هذا القسم.

(و اما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع فى الصورة الثامنة و هى صورة وقوع الاختلاف) بين ارباب الوقف (الّذى ربما اوجب) ذلك الاختلاف (تلف الاموال و النفوس، فهو ان الحكم بالجواز) لبيع الوقف (معلق على الاختلاف، الا ان قوله «فانه ربما الخ» مقيد بالاختلاف الخاص، و هو) الاختلاف (الّذى لا يؤمن معه من التلف، لان العلة تقيد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرّمان لانه حامض) فانه يقيد النهى بالرمان الحامض، كما ان العلة تعمّم أيضا، فانه يستفاد منه عرفا ان كل حامض و لو لم يكن رمانا فانه محظور.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۹۵

و فيه ان اللازم على هذا تعميم الجواز فى كل مورد لا يؤمن معه من تلف الاموال و النفوس، و ان لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم فيجوز بيع الوقف، لا صلاح كل فتنة، و ان لم يكن لها دخل فى الوقف.

اللهم الا ان يدعى سوق العلة مساق التقريب لا التعليل الحقيقى حتى يعدى الى جميع موارده.

(و فيه ان اللازم على هذا) اى بناء على كون العلة مخصصة (تعميم الجواز) اى جواز البيع (فى كل مورد لا يؤمن معه من تلف الاموال و النفوس، و ان لم يكن) عدم الأمن (من جهة اختلاف الموقوف عليهم) لما عرفت من ان العلة كما تخصص، كذلك تعمم.

و السرّ ان المدار العلة، و كثيرا ما يكون بين العلة المذكورة و بين المعلول، العموم من وجه، كما بين الرمان و الحموضة (فيجوز بيع الوقف لا صلاح كل فتنة، و ان لم يكن لها) اى لتلك الفتنة (دخل فى الوقف) كما لو كان هناك فتنة بين طائفتين لا تخمد الا اذا صرفنا مالا و المال ليس عندنا الا بان نبيع الوقف.

(اللهم الا ان يدعى سوق العلة) و ذكرها (مساق التقريب) اى ان العلة تقريبية (لا التعليل الحقيقى حتى يتعدى الى جميع موارده).

و المراد بالعلة التقريبية الحكمة التى وجودها و عدمها ليسا مدارا للحكم، بل هى علة فى الجملة، مثل عدم اختلاط المياه علة للعدة، فان العدة لا تدور مدار الاختلاط.

اذ ربما كان اختلاطا و لا عدة، كما فى نكاح الامة المسبية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۹۶

لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع و هو الّذى فهمه الشهيد ره فى الروضة كما تقدم كلامه، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور، فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات

و ربما لم يكن اختلاطا و كانت عدة كما فى نكاح من علمنا ببراءة رحمها.

و علی هذا فتلف الاموال علة لبیع الوقف لکن لا کل تلف الاموال بل تلف الاموال فی صورة خاصة.

(لکن تقیید الاختلاف حینئذ) ای حین کان الاختلاف حکمة للبیع لا علة (بکونه مما لا یؤمن) بسببه من تلف الاموال و النفوس (ممنوع).

اذ الحکمة لا تلاحظ فی الحکم، بل اللازم ان نقول: ان الاختلاف سبب جواز البیع، سواء کان هناک خوف ذهاب الاموال و النفوس، أم لا.

کما نقول ان طلاق الزوج علة للعدة، سواء کان هناک اختلاط المیاه أم لا.

و الحاصل: ان کان خوف التلف علة، لزم التعمیم، و لا یقول به احد.

و ان کان حکمة، لزم ان یکون الاختلاف سببا، و لو علمنا عدم هدر الاموال و النفوس (و هو) ای عدم تقیّد الاختلاف بکونه مما لا یؤمن (الّذی فهمه الشهید ره فی الروضة کما تقدم کلامه، لکن الحکم) بجواز البیع (علی هذا الوجه) ای مجرد وجود الاختلاف بدون خوف هدر الاموال و النفوس (مخالف للمشهور، فلا یبقی حینئذ) ای حین کان فی کل من احتمال العلیة و الحکمیة اشکال (وثوق بالروایة) یمکن ان یعمل بها (بحیث یرفع الید بها) ای بسبب هذه الروایة (عن العمومات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۷

و القواعد، مع ما فیها من ضعف الدلالة، کما سیجیء إلیه الاشارة.

و مما ذکرنا یظهر تقریب الاستدلال علی الصورة التاسعة و رده.

و اما تقریب الاستدلال علی الصورة العاشرة فهو ان ضمّ تلف النفس الی تلف الاموال مع ان خوف تلف الانفس یتبعه خوف تلف المال غالبا یدل علی اعتبار بلوغ الفتنة فی الشدة الی حیث یخاف منه تلف النفس.

و القواعد، مع ما فیها من ضعف الدلالة، کما سیجیء إلیه الاشارة) ای الی وجه الضعف ای ضعف دلالتها علی کون مورد السؤال الوقف، و کذلک لم یحصل قبض، مع ان القبض شرط فی الوقف.

و هذا تمام الکلام فی الصورة الثامنة من صور بیع الوقف.

(و مما ذکرنا یظهر تقریب الاستدلال) لجواز بیع الوقف (علی الصورة التاسعة و ردّه).

اما تقریب الاستدلال: فبان یحمل «ربما» فی الروایة علی التعلیل الحقیقی، و یحمل ذکر تلف الاموال و الانفس علی المثال، للضرر العظیم.

و اما رده: فبانه یلزم جواز بیع الوقف کلما حصل الضرر، و لو لا من جهة الاختلاف و لا یلتزم بذلک القائل بالصورة التاسعة، کما لا یخفی.

(و اما تقریب الاستدلال) بهذه الروایة (علی الصورة العاشرة) و هو ان یستلزم فساد یستباح به الانفس (فهو ان ضمّ تلف النفس الی تلف الاموال) فی الروایة (مع ان خوف تلف الانفس یتبعه خوف تلف المال غالبا) اذ الغالب ان لا تتلف النفس الا و معه تلف المال (یدل علی اعتبار بلوغ الفتنة فی الشدة الی حیث یخاف منه تلف النفس).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۸

و لا یکفی بلوغها الی ما دون ذلک بحیث یخاف منه تلف المال فقط.

و فیه: ان اللازم علی هذا عدم اختصاص موجب فساد بوقوع الفتنة بین الموقوف علیهم، بل یجوز حینئذ بیع الوقف لرفع کل فتنة.

مع ان ظاهر الروایة کفایة کون الاختلاف بحیث ربما جاء فیه

فذکر تلف الاموال انما هو لاجل غلبة ملازمة تلف المال لتلف النفس لا لان لتلف المال مدخلیة فی الجواز.

(و لا یکفی بلوغها) ای الفتنة (الی ما دون ذلک) ای دون تلف النفس (بحیث یخاف منه) ای من وقوع الفتنة (تلف المال فقط).

و الحاصل: ان ذکر تلف المال من باب الملازمة، لا من باب انه موضوع، اوله مدخلیة فی الموضوع فالمعیار تلف النفس فقط.

(و فیه: ان اللازم علی هـذا) الّذی ذکرتم، من ان المناط: خوف تلف النفس (عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بین الموقوف علیهم) اذ خوف تلف النفس اعم من ذلـک (بل) لو کان المناط خوف تلف النفس (یجوز حینئـذ بیع الوقف لرفع کل فتنـة) مع انه لا یقول بذلک احد.

(مع ان ظاهر الروایة کفایة) الاحتمال.

و الفقهاء یقولون بانه لا بدّ من العلم او الظن، فالروایة اعم من المدعی- و هذا اشکال آخر-.

اما کون الروایة ظاهرة فی الاحتمال، لقوله «ربما».

و اما الفقهاء: فقد عرفت انهم قالوا بلزوم الظن او العلم.

فظاهر الروایة کفایة (کون الاختلاف بحیث ربما جاء فیه) ای فی ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۹۹

تلف الاموال و النفوس، و المقصود کما یظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التی یستباح بها الانفس.

و الحاصـل: ان جمیع الفتـاوی المتقدمـة فی جواز بیع الوقف الراجعـة الی اعتبـار اداء بقـاء الوقف علمـا، او ظنـا، او احتمالا، الی مطلق الفساد، او فساد خاص، او اعتبار الاختلاف مطلقا، او اختلاف خاص مستندة الی ما فهم اربابها من المکاتبة المذکورة.

و الاظهر فی مدلولها هو:

الاختلاف (تلف الاموال و النفوس، و المقصود) للفقهاء من الصورة العاشرة (کما یظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التی یستباح بها) ای بسبب تلک الفتنة (الانفس) قطعا، لا «ربما» کما هو ظاهر الروایة.

(و الحاصـل: ان جمیع الفتـاوی المتقدمـة فی جواز بیع الوقف الراجعـة الی اعتبـار اداء بقـاء الوقف علمـا، او ظنا، او احتمالا، الی مطلق الفسـاد) فی الامـوال و الانـفس (او فسـاد خـاص) کالفسـاد فی الانفس (او اعتبار الاختلاف مطلقا) بین ارباب الوقف لجواز البیع سواء کان قلـة المنفعـة او عدم المنفعة، او کان اختلافا فقط او اختلافا مؤدیا الی تلف الاموال و النفوس (او اختلاف خاص) یؤدی الی عدم المنفعة، او یؤدی الی تلف الاموال و النفوس (مستندة الی ما فهم اربابها) ای اصحاب تلک الفتاوی (من المکاتبة المذکورة).

(و الاظهر فی مدلولها) الّذی یجب ان نقول به لجواز بیع الوقف (هو:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۰

اناطة الجواز بالاختلاف الّذی ربما جاء فیه تلف الاموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف، لان الذیل مقیّد، و لا خصوص المؤدّی علما او ظنا لان موارد اسـتعمال لفظـة «ربما» اعم من ذلک، و لا مطلق ما یؤدّی الی المحـذور المـذکور لعـدم ظهور الـذیل فی التعلیل، بحیث یتعدّی عن مورد النصّ

اناطـة الجواز بالاختلاف الّـذی ربما جاء فیه تلف الاموال و النفوس) احتمالا عقلائیا (لا مطلق الاختلاف) الّـذی لیس فیه احتمال تلف الاموال و النفوس (لان الـذیل) للروایـة، و هو قوله علیه السـلام: فانه ربما جاء فی الاختلاف الخ (مقیّد) بصـیغة اسم الفاعل، بمعنی ان صـدر الروایـة و ان علق جواز البیع بصورة الاختلاف، لکن ظاهر الـذیل انه قیـد للاختلاف، فان علمنا انه لا ینتهی الاختلاف الی تلف مال او نفس، لم یکن وجه لبیع الوقف (و لا خصوص) الاختلاف (المؤدی علما او ظنا).

و انما قلنا: لا خصوص (لان موارد استعمال لفظة «ربما») فی ذیل الحدیث (اعم من ذلک) ای من خصوص المؤدّی علما او ظنا، فان ظاهر «ربما» انه قد یکون ذلک للعاقبة السیئة، لا انا نعلم او نظن، العاقبة السیئة (و لا مطلق ما یؤدّی الی المحذور) ای ما کان بیع الوقف لرفع کل فتنة خارجیة، و ان لم تکن تلک الفتنة من الاختلاف حول الوقف (المذکور) ای ما کان فیه تلف تلک الاموال و النفوس بان وقعت مثلا- فتنة حول امرأة، فان بعنا الوقف و قسمنا ثمنه علی اطراف النزاع لم یقع تلف مال او نفس و ان لم نبع کان خوف تلف الاموال و النفوس، فانه لا یصح بیع الوقف حینئذ (لعدم ظهور الذیل فی التعلیل، بحیث یتعدّی عن مورد النص)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۱

و ان کان فیه اشارة الی التعلیل.

و علی ما ذکرنا فالمکاتبة غیر مفتی بها عند المشهور، لان الظاهر اعتبارهم العلم او الظن باداء بقائه الی الخراب غیر الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و الانفس،

فانه ربما کان ظاهر العلة ان الحکم یدور مدارها.

و ربما کان ظاهرها ان الحکم معلق بالصدر و الذیل.

مثلا لو قال الطبیب لذی الحمّی: لا تأکل الرمان لانه حامض، فهم منه ان العلة الحموضة، و ان تحققت فی ضمن الخلّ.

و اما ان قال المؤمن انی احبّ المسجد الفلانی لانه اکبر، لم یفهم منه ان العلة الکبر و ان تحقق فی ضمن الزوجة، بل فهم منه ان العلة هو المسجد الاکبر.

و ما نحن فیه من القبیل الثانی ای ان العلة الاختلاف فی الوقف المحتمل ادائه الی تلف الاموال و النفوس (و ان کان فیه) ای فی الذیل (اشارة الی التعلیل) و ان خوف التلف علة منحصرة بدون مدخلیة کون ذلک للاختلاف فی الوقف.

(و علی ما ذکرنا) من ان جواز البیع خاص بصورة الاختلاف الّذی ربما یؤدّی الی تلف الاموال و النفوس (فالمکاتبة غیر مفتی بها عند المشهور، لان الظاهر) من کلامهم (اعتبارهم العلم او الظن باداء بقائه الی الخراب) و ذلک (غیر الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و الانفس).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۲

فتکون النسبة بین فتوی المشهور، و مضمون الروایة، عموما من وجه.

لکن الانصاف ان هذا لا یمنع من جبر ضعف دلالة الروایة، و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لان اختلاف فتاوی المشهور انما هو من حیث الاختلاف فی فهم المناط الّذی انیط به الجواز من قوله علیه السلام: ان کان قد علم

و علی هذا (فتکون النسبة بین فتوی المشهور، و مضمون الروایة، عموما من وجه) لان الاختلاف الّذی ربما جاء فیه تلف الاموال و الانفس، قد یکون مع العلم او الظن باداء بقائه الی الخراب، و قد یکون بدونه، کما ان العلم او الظن باداء بقائه الی الخراب، قد یکون مع الاختلاف الّذی ربما جاء فیه تلف الاموال و الانفس، و قد یکون بدونه.

(لکن الانصاف ان هذا) ای کون مضمون الروایة و فتوی المشهور بینهما عموما من وجه (لا یمنع من جبر ضعف دلالة الروایة، و قصور مقاومتها) «قصور» عطف علی «ضعف» ای لا یمنع من جبر القصور الّذی فی المکاتبة فانها لا تقاوم (للعمومات المانعة) عن بیع الوقف (بالشهرة) متعلق ب «جبر».

وجه «لا یمنع» ان المکاتبة معمول بها، و العمل یجبرها فتتمکن ان تقاوم ما دل علی المنع عن بیع الوقف.

و انما قلنا: لا یمنع (لان اختلاف فتاوی المشهور انما هو من حیث الاختلاف فی فهم المناط الّذی انیط به) ای بذلک المناط (الجواز)

لبیع الوقف (من قوله علیه السلام) بیان «المناط» (ان کان قد علم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۳

الاختلاف، المنضمّ الی قوله: فانه ربما جاء فی الاختلاف.

و اما دلالـة المکاتبـة علی کون مورد السؤال هو الوقف المؤبّد التامّ، فهی علی تقدیر قصورها منجبرة بالشـهرة، فیندفع بها ما یدعی من قصور دلالتها من جهات، مثل عدم ظهورها فی المؤبّد لعدم ذکر البطن اللاحق

الاختلاف، المنضمّ الی قوله: فانه ربما جاء فی الاختلاف) و انه هل المناط الامر ان معا، او الصـدر وحـده، او الذیل وحده، و الا فعلی کل حال، المشهور عملوا بهذه المکاتبة.

(و) ان قلت: ان المکاتبة لا یمکن ان یعمل بها من جهة اخری، و هی ان ظاهرها فی الوقف غیر المقبوض، و من المعلوم ان القبض اذا لم یتحقق فی الوقف لم یتحقق الوقف.

قلت (اما دلالة المکاتبة علی کون مورد السؤال هو الوقف المؤبّد) مقابل المنقطع (التامّ) مقابل غیر المقبوض (فهی) ای المکاتبة (علی تقـدیر قصورها) دالـة بعـدم دلالتها فی ان الموضوع للحکم الوقف المؤبّـِد التام (منجبرة بالشـهرة) ای ان الشـهرة تتم دلالتها، حیث ان المشـهور فهموا منها الوقف المؤبّـِد التام، و ان لم یکن فیها دلالـة علی ذلک (فیندفع بها) ای بالشـهرة (ما یدعی من قصور دلالتها من جهـات) عدیـدة، فلاـ یمکن التمسـک بهـا لجواز بیـع الوقف (مثـل عـدم ظهورهـا فی المؤبّـِد، لعـدم ذکر البطن اللاـحق) فلاـ یمکن الاستدلال بالمکاتبة لاستفادة جواز بیع الوقف المؤبّد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۴

و ظهورها فی عدم اقباض الموقوف علیهم، و عدم تمام الوقف کما عن الایضاح.

و اوضـحه الفاضـل المحـدث المجلسـی، و جزم به المحـدث البحرانی و مال إلیه فی الریاض، قال الاول فی بعض حواشـیه علی بعض کتب الاخبار انه یخطر بالبال انه یمکن حمل الخبر علی ما اذا لم یقبضهم الضیعة الموقوفة علیهم، و لم یدفعها إلیهم.

و حاصل السؤال ان الواقف یعلم

(و) مثل (ظهورها فی عدم اقباض الموقوف علیهم، و) ذلک موجب ل (عدم تمام الوقف) فلا یمکن الاسـتدلال بها، لجواز بیع الوقف المقبوض الّذی تم الوقف فیه.

و قوله: و عدم، عطف بیان لقوله «و ظهورها» (کما عن الایضاح) الاشکال فی المکاتبة بهذا الاشکال.

(و اوضـحه) ای الاشـکال (الفاضل المحـدث المجلسـی، و جزم به المحدث البحرانی) صاحب الحدائق (و مال إلیه) ای الی الاشـکال المـذکور (فی الریاض، قال الاول) ای الایضاح (فی بعض حواشیه علی بعض کتب الاخبار انه یخطر بالبال انه یمکن حمل الخبر علی ما اذا) الواقف (لم یقبضـهم) ای الموقوف علیهم (الضـیعة الموقوفة علیهم، و لم یدفعها) ای الضـیعة (إلیهم) و اذا لم یحصل القبض لم یتم الوقف فیجوز بیعه، فلا تدل المکاتبة علی جواز بیع الموقوف التام وقفه.

(و حاصل السؤال) ای سؤال الراوی فی المکاتبة (ان الواقف یعلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۵

انه اذا دفعهـا إلیهم یحصل بینهم الاختلاف، و یشـتدّ لحصول الاختلاف بینهم قبل الـدفع إلیهم فی تلک الضـیعة، او فی امر آخر، فهل یدعها موقوفة و یدفعها إلیهم؟ او یرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد، و یدفع إلیهم ثمنها ایهما افضل، انتهی موضع الحاجة.

و الانصـاف انه توجیه حسن لکن لیس فی السؤال مـا یوجب ظهوره فی ذلـک فلاـ یجوز رفع الیـد عن مقتضـی ترک الاسـتفصال فی

الجواب

انه اذا دفعها) ای الضیعة الموقوفة (إلیهم یحصل بینهم الاختلاف، و یشتدّ) الاختلاف، و انما یعلم الواقف (لحصول الاختلاف بینهم قبل الدفع إلیهم فی تلک الضیعة، او) لعلم من قرائن الاحوال حصول الاختلاف منهم (فی امر آخر، ف) سؤال الراوی فی انه (هل یدعها) ای الضیعة (موقوفة و یدفعها إلیهم، او یرجع عن الوقف).

و انما یتمکن ان یرجع عن الوقف (لعدم لزومه بعد) اذ لم یحصل القبض، و بدون القبض لا یکون الوقف لازما (و یدفع إلیهم ثمنها) تبرعا (ایّهما افضل) من الابقاء علی الوقف، او البیع و دفع الثمن (انتهی موضع الحاجة) من کلام الایضاح.

(و الانصاف انه توجیه حسن) فی حدّ ذاته (لکن لیس فی السؤال ما یوجب ظهوره) ای ظهور السؤال (فی ذلک) الّذی ذکره فی التوجیه (فلا یجوز رفع الید عن مقتضی ترک الاستفصال فی الجواب) للامام، فان الامام لم یفصّل بین صورة اقباض الوقف، و عدم الاقباض، بل اطلق الجواب بجواز البیع فیدل الجواب علی جواز البیع و لو حصل اقباض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۶

کما ان عدم ذکر البطن اللاحق لا یوجب ظهور السؤال فی الوقف المنقطع، اذ کثیرا ما یقتصر فی مقام حکایة وقف مؤبّد علی ذکر بعض البطون

فترک الاستفصال عن ذلک، یوجب ثبوت الحکم للمؤبّد.

و الحاصل: ان المحتاج الی الانجبار بالشهرة، ثبوت حکم الروایة للوقف التامّ المؤبّد، لا تعیین ما انیط به الجواز

(کما ان عدم ذکر البطن اللاحق) فی السؤال (لا یوجب ظهور السؤال فی الوقف المنقطع) حتی یقال: ان الروایة لا تدل علی جواز بیع الوقف المؤیّد، و انما یدل علی جواز بیع الوقف المنقطع، و لا اشکال فی ذلک.

و انما لا یوجب (اذ کثیرا ما یقتصر فی مقام حکایة وقف مؤبّد علی ذکر بعض البطون) و منتهی الامر انه مطلق شامل للموقت و المؤبّد.

(فترک) الامام علیه السلام (الاستفصال عن ذلک) و هل انه مؤبّد او منقطع؟ (یوجب ثبوت الحکم) بجواز البیع (للمؤبّد) أیضا، بل لنا ان نقول: ان الظاهر من الوقف کونه مؤبّدا، الا اذا دلّ دلیل علی انه موقت

(و الحاصل: ان) الشیء (المحتاج الی الانجبار بالشهرة، ثبوت حکم الروایة) بجواز البیع (للوقف التامّ المؤبّد) مقابل الوقف الناقص الّذی لیس بمقبوض، و الوقف المنقطع یعنی ان الروایة دلالتها علی جواز البیع للتام المؤبّد ضعیفة- اذ الدلیل هو عدم الاستفصال- فالشهرة تجبر ضعف الدلالة (لا) ان المحتاج الی الانجبار بالشهرة (تعیین ما انیط به الجواز) ای المیزان لجواز بیع الوقف- سواء کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۰۷

من کونه مجرّد الفتنة، او ما یؤدّی الفتنة إلیه، او غیر ذلک مما تقدم من الاحتمالات فی الفقرتین المذکورتین.

نعم تحتاج الی الاعتضاد بالشهرة من جهة اخری، و هی ان مقتضی القاعدة کما عرفت: لزوم کون بدل الوقف کنفسه مشترکا بین جمیع البطون

و ظاهر الروایة تقریره للسائل فی تقسیم ثمن الوقف علی الموجودین فلا بد اما من رفع الید عن مقتضی المعاوضة

تاما مؤبّدا أم لا؟- (من کونه) مناط الجواز (مجرّد الفتنة) و ان لم تؤدّ الی شیء (او ما یؤدّی الفتنة إلیه) من ذهاب الاموال و الانفس (او غیر ذلک مما تقدم من الاحتمالات فی الفقرتین المذکورتین) ای قوله علیه السلام: ان کان قد علم الاختلاف، و قوله علیه السلام:

فانه ربما.

و انما لا يحتاج هـذا الى الشـهرة، لان المكاتبـة دالة من هذه الجهة و انما اللازم ان نرى مدى ظهورها و كيفية دلالتها، اذ الانجبار انما يكون لضعف الدلالة، او ضعف السند، لا للدلالة الظاهرة.

(نعم تحتاج) المكاتبـة (الى الاعتضاد بالشـهرة من جهـة اخرى، و هى ان مقتضـى القاعـدة كما عرفت: لزوم كون بـدل الوقف كنفسـه مشتركا بين جميع البطون) لان الواقف جعله هكذا، و الشرع أمضاه.

(و ظاهر الروايـة) المكاتبـة (تقريره) اى الامام عليه السـلام (للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين) و هذا يحتاج الى الانجبار بالشـهرة، لان دلالة الرواية ليست من القوة بحيث تكفى لخرق القاعدة الا اذا انضـمت الشهرة إليها (فلا بد اما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۰۸

الا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنا مّا، قبل البيع لتقع المعاوضة فى مالهم.

و امـا من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس الّذى لا اشـكال فى بقائه على ملك الواقف، او على الوقف غير التام، لعـدم القبض

بان نقول: ان الوقف و ان كان لجميع البطون و مقتضـى ذلك ان بـدل الوقف أيضا يكون لجميع البطون- اذ العوض يدخل فى كيس من خرج المعوض من كيسه- الا انا نقول ان معاوضـة الوقف خارجـة عن قاعـدة المعاوضـة بـدليل المكاتبـة المنجبرة بالشـهرة (الا) ان نقول: لا نحتاج الى اخراج الوقف عن مقتضى المعاوضة (بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنا مّا، قبل البيع) فالوقف يكون- آنا مّا- للبطن الموجود فقط (لتقع المعاوضة فى مالهم).

و من المعلوم ان البدل يدخل فى كيسهم فقط حينئذ، بدون ان يكون ذلك خلاف دليل المعاوضة.

(و امـا من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس) لا الوقف المنقطع المصـطلح الّـذى وقع الخلاف فيه، فى انه هل يبقى على ملك الواقف، أم لا؟ كما سيأتى الكلام حوله (الّـذى لا اشـكال فى بقائه على ملك الواقف) و حينئـذ يحق للواقف ان يبيعه، و يعطى ثمنه للمحبوس عليهم، لانه ملكه، و لا خلاف لمقتضـى قاعدة المعاوضة فى الرواية حينئذ، كما لا يحتاج الى الالتزام بالملك الآنى (او على الوقف غير التام، لعدم القبض).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۰۹

او لعدم تحقق صيغة الوقف، و ان تحقق التوطين عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار.

و يؤيّده تصدى الواقف بنفسه للبيع الا ان يحمل على كونه ناظرا، او يقال: انه اجنبى استأذن الامام (ع) فى بيعه عليهم حسبة، بل يمكن ان يكون قد فهم الامام عليه السلام

و فيه أيضا لا خلاف لمقتضـى قاعـدة المعاوضـة، و لا حاجة الى القول بالملك الآنى (اول) القول ب (عدم تحقق صـيغة الوقف، و ان تحقـق) من المالـك (التـوطين) و البنـاء (عليه) اى على ان يكـون وقفـا (و) عليه يكون (تسـميته وقفـا) و الحـال انه ليس بوقف (بهـذا الاعتبار) اى باعتبار توطين المالك على ان يكون وقفا.

(و يؤيّـده) اى كونه بعـد ملـك الواقف، لـانه حبس، او لعـدم قراءته الصـيغة، او لعـدم اقبـاضه (تصـدى الواقف بنفسه للبيع) اذ لو كل الوقف لم يكن ملكـا للواقف بل صار ملكا للموقوف عليهم، فايـة جهـة لتصـدى الواقف لبيع ما خرج عن ملكه، و لا ربط له به، فتأمل (الا ان يحمل) تصـديه للبيع لا على كونه بعـد ملكا له، بل (على كونه) اى الواقف (ناظرا) على الوقف، و لـذا تصـدى لبيعه و ان خرج

عن ملكه بسبب الوقف التامّ (او يقال: انه) اى المالک لم يتصدّ للوقف لانه باق على ملكه، فانه (اجنبى) و انما (استأذن الامام (ع) فى بيعه عليهم حسبة) اى قربة الى اللّه تعالى، لقطع النزاع الّذى نشأ بسبب وقفه (بل يمكن ان يكون) الحديث المكاتبة غير مربوط بالوقف المؤبّد التامّ، لانه (قد فهم الامام عليه السلام) و فهمه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۱۰

من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها، مع ان المركوز فى الاذهان اشتراک جميع البطون فى الوقف، و بدله ان مورد السؤال هو الوقف الباقى على ملک الواقف، لانقطاعه، او لعدم تمامه.

و يؤيّده ان ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للامام عليه السلام هو هذا النحو أيضا الا ان يصلح هذا الخلل، و امثاله،

حجة، فيكون ما اجازه عليه السلام من بيع الوقف انما هو فى صورة عدم تمامية الوقف- و تكون المكاتبة حينئذ اجنبية من موضع الكلام الّذى هو جواز بيع الوقف- (من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها) لانه ذكره ارسال المسلمات (مع ان المركوز فى الاذهان) للمتشرعة (اشتراک جميع البطون فى الوقف، و) فى (بدله ان مورد السؤال) مفعول «فهم الامام» (هو الوقف الباقى على ملک الواقف، لانقطاعه) اى الحبس الّذى هو وقف منقطع الآخر، و لا يخرج الوقف بذلک عن ملک الواقف (او لعدم تمامه) اى لم يحصل القبض ليكون وقفا شرعيا، بل هو باق على ملک الواقف.

(و يؤيّده) هذا تأييد آخر لعدم كون مورد السؤال فى المكاتبة الوقف المصطلح (ان ظاهر صدره) اى صدر الحديث المكاتبة (المتضمن لجعل الخمس من الوقف للامام عليه السلام هو هذا النحو) اى ملكا محبوسا، لا وقفا تاما (أيضا) كما ان ظاهره ان أربعة الاخماس الاخر أيضا ملک محبوس للموقوف عليهم، لا انه وقف اصطلاحى مؤبد تامّ (الا ان يصلح هذا الخلل) فى المكاتبة، و هو ظهورها فى الملک المحبوس (و امثاله) من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۱۱

بفهم الاصحاب الوقف المؤبّد التامّ.

و يقال: انه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصّصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكلف الالتزام لسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع.

او نمنع تقرير الامام للسائل فى قسمة الثمن الى الموجودين.

و يبقى الكلام

الاشكالات الاخر التى تقدمت ورودها على المكاتبة (بفهم الاصحاب) من المكاتبة (الوقف المؤبّد) لا الحبس (التامّ) لا غير المقبوض.

(و) ثم (يقال: انه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصّصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف) بان يكون بيع الوقف مطلقا محظورا، الا فى مورد ذلک الخبر (و موجبا) عطف على مخصّصا (لتكلف الالتزام) اى لان نتكلف بان نلتزم (لسقوط حقّ اللاحقين) اى البطون اللاحقة (عن الوقف) متعلق بسقوط (عند إرادة البيع) اى عند ما يريد البطن الموجود بيع الوقف ليسقط حق البطون اللاحقة آنا ما، لانه لو لم يسقط يلزم ان يدخل العوض فى كيس البطن الموجود، بينما يخرج المعوض- و هو الوقف- من كيس كل البطون، و قد عرفت ان ذلک مستحيل.

(او) نقول: ان الخبر المكاتبة مخصص لعمومات المنع و (نمنع تقرير الامام للسائل فى قسمة الثمن الى الموجودين) فلا يلزم ان نقول بان الوقف يصبح آنا ما للموجودين- الّذى هو خلاف القاعدة-.

(و یبقی الکلام) بعد الفراغ عن الکلام فی حجیة المکاتبة فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱۲

فی تعیین المحتملات فی مناط جواز البیع، و قد عرفت الاظهر منها.

لکن فی النفس شیء من الجزم بظهوره فلو اقتصر علی المتیقن من بین المحتملات، و هو الاختلاف المؤدّی علما او ظنا الی تلف خصوص مال الوقف، و نفوس الموقوف علیهم، کان اولی.

تخصیصها لعمومات المنع، و عن الکلام حول ان الثمن للموجودین فقط او لکل البطون (فی تعیین المحتملات فی مناط جواز البیع) و انه هل هو الاختلاف المؤدّی الی تلف الاموال و النفوس او مجرد الاختلاف، او لمجرد دفع تلف الاموال و النفوس، و ان لم یکن ذلک فی الوقف فی نفسه، و انما نبیع الوقف لاطفاء فتنة خارجیة (و قد عرفت الاظهر منها) ای من هذه المحتملات عندنا.

(لکن فی النفس شیء من الجزم بظهوره) ای ظهور الاحتمال الّذی استظهرناه فان «ربما» و ان کانت کثیرا ما تستعمل فی الاحتمال و هذا هو الّذی استظهرناه بدون قید الاداء الی تلف الاموال و النفوس- الّا ان «ربما» أیضا کثیرا ما تستعمل فی مقام العلم و الظن، فلا وجه لتعیین المعنی الاول (فلو اقتصر) فی جواز بیع الوقف (علی المتیقن من بین المحتملات، و هو الاختلاف المؤدّی علما او ظنا الی تلف خصوص مال الوقف، و نفوس الموقوف علیهم، کان) الاخذ بهذا المتیقن (اولی) اذ هذه الصورة خارجة عن حرمة بیع الوقف قطعا، امّا ما عداها فیبقی علی اصالة التحریم، لانها مشمولة لعمومات المنع عن البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱۳

و الفرق بین هذا، و القسم الاول من الصورة السابعة الّذی جوزنا فیه البیع ان المناط فی ذلک القسم العلم او الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الّذی یتحقق به تلف المال و ان لم یتلف الوقف، فان الزائد من المقدار الباقی مال قد تلف، و لیس المراد من التلف فی الروایة تلف الوقف رأسا، حتی یتّحد مع ذلک القسم المتقدم اذ: لا یناسب هذا ما هو الغالب فی تلف الضیعة التی هی مورد الروایة

(و الفرق بین هذا) القسم- بناء اعلی هذا المعنی الّذی ذکرناه- (و القسم الاول من الصورة السابعة الّذی جوزنا فیه البیع) مع ان بادی الرأی یظنّ اتحاد القسمین (ان المناط فی ذلک القسم) الاوّل من الصورة السابعة (العلم او الظن بتلف الوقف رأسا) ای تلف مجموع الوقف

(و المناط هنا) فی ما نحن فیه الّذی دل علیه المکاتبة (خراب الوقف) ای تلف بعضه فقط (الّذی یتحقق به) ای بذلک الخراب (تلف المال) فی الجملة (و ان لم یتلف الوقف) کله (فان الزائد من المقدار الباقی) الّذی لم یخرب، کما اذا فرضنا ان الوقف یسوی الفا و قد خرب منه ستمائة، فان الاربعمائة باقیة، و الزائد علیها «ای الستمائة» (مال قد تلف، و) علی هذا (لیس المراد من التلف فی الروایة تلف الوقف رأسا، حتی یتّحد) هذا القسم (مع ذلک القسم المتقدم) ای القسم الاوّل من الصورة السابعة (اذ: لا- یناسب هذا) ای تلف الوقف کلّه (ما هو الغالب فی تلف الضیعة التی هی) ای الضیعة (مورد الروایة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱۴

فان تلفها غالبا بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثم ان الظاهر من بعض العبائر المتقدمة، بل المحکی عن الاکثر ان الثمن فی هذا البیع للبطن الموجود، الا ان ظاهر کلام جماعة، بل صریح بعضهم کجامع المقاصد، هو انه یشتری بثمنه ما یکون وقفا علی وجه یندفع به الخلف، تحصیلا لمطلوب الواقف بحسب الامکان.

و هذا منه قدس سره مبنی علی وجه ظهور الروایة فی تقریر السائل فی قسمة الثمن علی الموجودین

المکاتبة و انما لا یناسب التلف الکلی لمورد الروایة (فان تلفها) ای الضیعة (غالبا بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها) و ذلک بتلف البعض لا تلف الکل.

(ثم ان الظاهر من بعض العبائر المتقدمة، بل المحکی عن الاکثر ان الثمن فی هذا البیع) للوقف (للبطن الموجود) فقط (الا ان ظاهر کلام جماعة، بل صریح بعضهم کجامع المقاصد، هو انه یشتری بثمنه ما یکون وقفا علی وجه یندفع به) ای بذلک الاشتراء (الخلف) و الخلاف بین اربابه (تحصیلا لمطلوب الواقف بحسب الامکان).

اذ: مطلوب الواقف البقاء للوقف، لکن لما لم یمکن بقاء عین الوقف بیع، ثم یشتری بالثمن لکل واحد او جماعة من الموقوف علیهم قطعة خاصة حتی یرتفع الخلف.

(و هذا) الکلام (منه) ای من جامع المقاصد (قدس سره مبنی علی وجه ظهور الروایة فی تقریر السائل فی قسمة الثمن علی الموجودین) اذ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۱۵

او علی منع العمل بهذا التقریر فی مخالفة مقتضی قاعدة المعاوضة من اشتراک جمیع البطون فی البدل کالمبدل.

لکن الوجه الثانی

لو کانت الروایة ظاهرة عنده لم یکن وجه للاشتراء الّذی ذکره (او علی) ظهور الروایة فی قسمة الثمن، لکن بنائه «ره» علی (منع العمل بهذا التقریر) ای تقریر الامام لظاهر کلام السؤال من توزیع القیمة علی البطن الموجود (فی مخالفة مقتضی قاعدة المعاوضة) بین الوقف و ثمنه.

اذ مقتضاها ان یدخل الثمن فی کیس کل البطون حیث خرج المثمن من کیس الکل (من اشتراک جمیع البطون فی البدل) الّذی هو الثمن (ک) اشتراک جمیعهم فی (المبدل) الّذی هو الوقف.

(لکن الوجه الثانی) ای ما قلناه بقولنا «او علی» ای ان کان محذور المحقق الکرکی من عدم القسمة بین البطن الموجود هو کونه خلاف مقتضی المعاوضة، فکیف افتی بالقسمة بین الموجودین فقط فی صورة البیع للحاجة الشدیدة.

اذ المناط فی المسألتین- مسألة البیع للخراب و الفتنة و مسألة البیع للحاجة الشدیدة- واحد.

فانه ان امکن کون الثمن یدخل فی کیس غیر من خرج المثمن من کیسه، لزم ان نقول بالقسمة فی المسألتین.

و ان لم یمکن لزم، ان نقول بعدم القسمة فی صورة الحاجة أیضا،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۱۶

ینافی قوله باختصاص الموجودین بثمن ما یباع للحاجة الشدیدة، تمسکا بروایة جعفر، فتعیّن الاول و هو منع التقریر.

لکنه خلاف مقتضی التأمل فی الروایة.

و اما

الوقف المنقطع

و هو ما اذا وقف علی من ینقرض- بناء اعلی صحته- کما هو المعروف فاما ان نقول: ببقائه علی ملک الواقف.

و اما ان نقول بانتقاله الی الموقوف علیهم، و علی الثانی

اذ: عـدم القسـمهٔ فی المسألـهٔ الفتنـهٔ و الخراب للوقف (ینـافی قوله) ای المحقق الثـانی (باختصـاص الموجودین بثمن مـا یبـاع للحـاجهٔ الشدیدهٔ تمسکا بروایهٔ جعفر) المتقدمهٔ (فتعیّن) ان یکون مراد المحقق الوجه (الاول و هو منع التقریر) ای تقریر الامام للسائل فی قسمهٔ الثمن بین الموجودین.

(لکنه) ای منع التقریر (خلاف مقتضـی التأمل فی الروایـهٔ) اذ ظاهرها ان الامام قرّر کلام السائل، فیرد الاشـکال علی المحقق الثانی فی منعه التقسیم علی البطن الموجود.

هذا تمام الکلام فی الوقف المؤبّد، و انه هل یجوز بیعه أم لا؟

(و امـا الوقف المنقطع و هو مـا اذا وقف علی من ینقرض- بناء اعلی صـحته-) کما اذا وقف علی زیـد الّـذی لا عقب له مثلا (کما هو المعروف) ای صحهٔ الوقف المنقطع (فاما ان نقول: ببقائه علی ملک الواقف) و انما هو حبس علی الموقوف علیه لمدهٔ بقائه.

(و اما ان نقول بانتقاله الی الموقوف علیهم، و) بناء (علی الثانی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱۷

فاما ان یملکوه ملکا مستقرا بحیث ینتقل منهم الی ورثتهم عند انقراضهم

و اما ان یقال: بعوده الی ملک الواقف.

و اما ان یقال: بصیرورته فی سبیل اللّه.

فعلی الاول لا یجوز للموقوف علیهم البیع لعدم الملک، و فی جوازه للواقف مع جهالهٔ مدهٔ استحقاق الموقوف علیهم اشکال من حیث لزوم الغرر بجهالهٔ وقت استحقاق التسلیم التام علی وجه ینتفع به.

و هـو انتقـاله الی الموقـوف علیهم (فامـا ان یملکوه ملکـا مسـتقرا بحیث ینتقـل منهم الی ورثتهم عنـد انقراضـهم) الورثـهٔ الـذین لیسوا بموقوف علیهم.

(و اما ان یقال: بعوده الی ملک الواقف) عند انقراضهم.

(و اما ان یقال: بصیرورته فی سبیل اللّه) لانه انقطع عن الواقف و لم یدخل فی ملک الموقوف علیهم.

(فعلی الاول) و هو ان لا یکون ملکا للموقوف علیه بل باقیا علی ملک الواقف (لا یجوز للموقوف علیهم البیع لعدم الملک) و قد ورد: لا بیع الا فی ملک (و فی جـوازه) ای البـیع (للواقـف مع جهالـهٔ مـدهٔ اسـتحقاق الموقوف علیهم) لان الواقف لا یعلم مـتی ینقرض الموقوف علیهم حتی ینفک الملک عن الوقف (اشـکال) من انه ملکه، فیصـح له بیعه، و (من حیث لزوم الغرر) و قد نهی النبی صـلی الله علیه و آله و سـلم عن الغرر (ب) سـبب (جهالهٔ وقت استحقاق) المشتری (التسلیم) من البائع (التام) بدون تقید بکونه محبوسا (علی وجه ینتفع) المشتری (به) و هذا من اعظم اقسام الغرر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۱۸

و لذا منع الاصحاب- کما فی الایضاح علی ما حکی عنهم- بیع مسکن المطلقهٔ المعتدّهٔ بالاقراء لجهالهٔ مدهٔ العدهٔ مع کثرهٔ التفاوت.

نعم المحکی عن جماعهٔ، کالمحقق، و الشهیدین فی المسالک و الدروس، و غیرهم صحهٔ البیع فی السکنی الموقتهٔ بعمر احدهما

(و لذا منع الاصـحاب- کما فی الایضاح علی ما حکی عنهم- بیع مسکن المطلقهٔ المعتدّهٔ بالاقراء) لا المعتدهٔ بالاشهر، لانها لا تحیض، و هی فی سنّ من تحیض، فانه لا یحق لها ان تخرج من البیت الّذی طلقت فیه، و لا یحق للزوج او غیره ان یخرجها من ذلک البیت.

و المراد بالاـقراء الحیضـات، فانهـا اذ اطلقت فی طهر غیر المواقعـهٔ ثم مرت علیهـا ثلاـث حیضـات، خرجت عن العـدهٔ بمجرد الحیض

الثالث.

و من المعلوم ان الحيض يتقدم و يتأخر و ان كانت المرأة ذات عدة و انما منعوا بيع دارها (لجهالة مدة العدة) فلا يعلم المشترى وقت استحقاق الدار، و ذلك غرر يمنع عن جواز البيع (مع كثرة التفاوت) بين محتملات اوقات تحقق الحيض الثالث الموجب لخروجها عن العدّة الّذى يترتب على ذلك الخروج استحقاق المشترى لتسلّم الدار.

(نعم المحكى عن جماعة، كالمحقق، و الشهيدين فى المسالك، و الدروس، و غيرهم، صحة البيع فى السكنى) اى فيما لو اسكن المالك الدار للانسان بنحو الحبس الشرعى المذكور فى كتاب الوقف (الموقتة) تلك السكنى (بعمر احدهما) اى احد من المالك و الساكن مع ان وقت انتهاء عمر احدهما مجهول.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۱۹

بل ربما يظهر من محكى التنقيح، الاجماع عليه و لعله اما لمنع الغرر، و اما النص، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح او الحسن عن الحسين بن نعيم، قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده، قال عليه السلام: هى له و لعقبه من بعده، كما شرط، قلت فان احتاج الى بيعها يبيعها قال: نعم قلت: فينقض البيع السكنى، قال

(بل ربما يظهر من محكى التنقيح، الاجماع عليه) اى على صحة بيع السكنى، و هذا مما يؤيّد جواز بيع المالك للوقف فيما نحن فيه كهذه المسألة فى جهالة المدة الموجبة لجهالة وقت التسليم (و لعله) اى جواز بيع السكنى (اما لمنع الغرر) فان تقدم ايام، او شهور، او سنوات، لا يضر عرفا (و اما النص، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة) اصحاب الكتب الاربعة الصدوق، و الكلينى، و الشيخ (فى الصحيح، او الحسن عن الحسين بن نعيم، قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى رجل زمان حياته) اى حياة ذلك الرجل الجاعل (و لعقبه) اى عقب الجاعل (من بعده) اى بعد ان مات الجاعل- هذا حسب ما يستظهر من لفظ الرواية- (قال عليه السلام: هى) الدار (له) اى للجاعل (و لعقبه من بعده) اذ: السكنى لا تخرج الملك عن ملك الجاعل (كما شرط) الجاعل (قلت فان احتاج) الجاعل (الى بيعها) هل (يبيعها قال) عليه السلام (نعم قلت: فينقض البيع السكنى) بان يبطل السكنى فيحق ان يسلم الجاعل المسكن للمشترى بمجرد السكنى (قال)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۲۰

لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت ابى يقول: قال ابو جعفر لا ينقض البيع الاجارة، و لا السكنى، و لكن يبيعه على ان الّذى يشتريه لا يملك ما اشتراه، حتى ينقضى السكنى على ما شرط، الخبر.

و مع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة، و ولده، و المحقق الثانى و لو باعه

عليه السلام: (لا ينقض البيع السكنى).

ثم قال عليه السلام (كذلك) الّذى ذكرت لك (سمعت ابى يقول:

قال ابو جعفر) الباقر عليه السلام (لا ينقض البيع الاجارة) فان آجر زيد داره من عمرو، ثم باعها زيد من خالد، لا يوجب البيع بطلان الاجارة بل تبقى الاجارة على حالها، فاذا انقضت مدة الاجارة كان عليه ان يسلمها الى المشترى (و لا السكنى) اى لا ينقض البيع السكنى، فاذا انقضت مدة السكنى، كان للمشترى ان يتسلم الدار (و لكن يبيعه على) شرط (ان الّذى يشتريه لا يملك ما اشتراه، حتى ينقضى السكنى على) نحو (ما شرط) الى آخر (الخبر).

و هذا الخبر صريح فى ان جهالة مدة السكنى لا توجب عدم جواز البيع.

(و مع ذلك) الخبر الصريح فى جواز البيع (فقد توقف فى المسألة العلامة، و ولده، و المحقق الثانى) و ذلك لقوة الادلة الدالة على

منع البيع الغررى مما يوجب التأويل فى الرواية او رد علمها الى اهلها.

(و لو باعه) الواقف فى الوقف المنقطع، حيث قلنا بان الموقوف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏٩، ص: ١٢١

من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر

و يحتمل العدم لان معرفة المجموع المركب من ملك البائع، و حق المشترى لا يوجب معرفة المبيع.

و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه.

نعم لو انتقل الى الواقف ثم باع، صحّ جزما.

و

يبقى ملكا للواقف (من الموقوف عليه المختص) ذلك الموقوف عليه (بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه) و ان اشكلنا فى جواز بيعه للاجنبى (لعدم الغرر) فى المقام، اذ الموقوف يبقى تحت تصرف الموقوف عليه قطعه بالوقف، و قطعه بالملك.

(و يحتمل العدم) اى عدم جواز البيع أيضا، اذ هو غرر (لان معرفة المجموع المركب من ملك البائع) بعد نهاية الوقف (و حق المشترى) حال الوقف (لا يوجب معرفة المبيع) اذ لم يعرف المشترى انه فى وقت يملك المبيع.

(و كذا لو باعه) اى الواقف باع الموقوف (ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه) بان كان الوقف بحيث يصحّ ان ينقله الموقوف عليه عن نفسه الى غيره، ثم نقله الموقوف عليه و بعد ذلك باعه الواقف للمنقول إليه.

(نعم لو انتقل) الحق من الموقوف عليه (الى الواقف) نفسه، حتى اصبح الحق للواقف كما ان عين الملك له (ثم باع صحّ جزما) لانه لا غرر هنا

(و) ان قلت: يمكن ان نجوّز البيع حال كونه حقا للموقوف عليه،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏٩، ص: ١٢٢

اما مجرد رضى الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الاجنبى، لان المنفعة مال لهم، فلا ينتقل الى المشترى بلا عوض.

اللهم الا ان يكون على وجه الاسقاط لو صححناه منهم.

او يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف، و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزّعا عليهما.

و لا بدّ ان يكون ذلك

اذا هم رضوا بذلك، و ان يسلموا الملك الى المشترى.

قلت: (اما مجرد رضى الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الاجنبى) الّذى هو ليس بموقوف عليه، فى مقابل ما اذا باعه الواقف من نفس الموقوف عليهم (لان المنفعة مال لهم) اى للموقوف عليهم (فلا ينتقل الى المشترى بلا عوض) اذ: كيف يمكن ان تخرج المنفعة من كيسهم ليدخل عوضها فى كيس الواقف.

(اللهم الا ان يكون) رضى الموقوف عليهم (على وجه الاسقاط لو صححناه منهم) اى من الموقوف عليهم، بان قلنا ان لهم حق اسقاط حقهم فى الوقف.

(او) نقول: بانه (يكون المعاملة) اى بيع الوقف برضى الموقوف عليهم (مركبة من نقل العين من طرف الواقف، و نقل المنفعة) و هى حق السكنى (من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزّعا عليهما) بان يقوم الملك مسلوب المنفعة الى خمسين سنة، و يقوم منفعة الملك خمسين سنة

(و) على هذا (لا بدّ ان يكون ذلك) اى نقل العين و المنفعة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٩، ص: ١٢٣

على وجه الصلح لان غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة.

و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه: لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز، سواء اراد بيع الوقف او بيع الموقوف عليه.

كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع، و لو من دون رضى مالك الانتفاع او المنفعة

(على وجه الصلح) من المالك و الموقوف عليه بالنسبة الى المشترى، لا على وجه البيع (لان غيره) اى غير الصلح (لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما) فان البيع مبادلة مال بمال، لا مبادلة المنفعة بالمال (خصوصا مع جهالة المنفعة) فان الطرفين فى البيع يجب ان يكونا معلومين، فكيف يمكن نقل المنفعة المجهولة بالبيع، فلا بد اذا من الصلح

(و مما ذكرنا) من انه لا يصح البيع للجهالة (يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه: لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى) الوقف (المنقطع) الآخر (جاز) البيع (سواء اراد) صاحب التنقيح (بيع الوقف، او بيع الموقوف عليه) بان يبيع الواقف برضاية الموقوف عليه او يبيع الموقوف عليه برضاية الواقف.

(كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى) اى يدل على جواز الانضمام (حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع، و لو من دون رضى مالك الانتفاع او المنفعة) فانه اذا جاز بيع المالك استقلالا بدون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٩، ص: ١٢٤

نعم: لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما فى السكنى على قول- صحّ ما ذكره، لإمكان سقوط الحق بالاسقاط بخلاف المال، فتأمل.

رضى الموقوف عليه، جاز بيع المالك منضما الى رضى الموقوف عليه بطريق اولى، و مالك الانتفاع هو من قال له المالك انتفع به كالاباحة، و لا يملك المنفعة حتى يجوز له المعاوضة على المنفعة، بخلاف مالك المنفعة كالمستأجر الّذى يملك منفعة الدار مثلا.

(نعم) استثناء عما تقدم من عدم صحة بيع الواقف حتى مع رضاية الموقوف عليه (لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما فى السكنى على قول-) و القول الآخر ان السكنى حالها حال الاجارة، فكما يملك المستأجر المنفعة كذلك يملك الساكن منفعة العين (صحّ ما ذكره) التنقيح من صحة بيع المالك برضاية الموقوف عليه (لإمكان سقوط الحق بالاسقاط) فان الساكن يسقط حقه فى العين، فيكون الملك خالصا اصلا و منفعة للمالك فيصح له بيعه (بخلاف المال) فانه اذا كان مالكا للمنفعة لم يصح اسقاط الساكن حقه، لانه مال له، و المال لا يسقط (فتأمل) لانه كما يمكن اسقاط الحق يمكن اسقاط المال بمعنى المنفعة، كما نرى صحة ذلك فى باب الاجارة، فان للمستأجر ان يسقط حقه حتى يخلص الملك للمالك، و كذلك ما نحن فيه.

و يمكن ان يكون: فتأمل، اشارة الى انه لا يصح للساكن اسقاط حقه مطلقا حتى لو قلنا بانه مالك للانتفاع اذ: السكنى عقد قرره الشارع، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌٩، ص: ١٢٥

و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس ان شاء اللّه تعالى.

و على الثانى فلا يجوز البيع للواقف، لعدم الملك: و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقائه فى يدهم الى انقراضهم.

و علی الثـالث: فلاـ یجوز الـبیع للموقوف علیه، و ان اجـاز الواقف لمنافـاته لاعتبـار الواقف فی الوقف بقـاء العین کمـا لاـ یجوز أیضـا للواقف

لا دلیل علی انه یمکن للساکن او الواقف اسقاطه، فیکون لازما.

(و تمام الکلام فی هـذه المسائل) ای مسـئلة انه هل السـکنی حق الانتفاع، او ملک المنفعـة، و علی ایّ، فهل یحق للساکن اسـقاطه، أم لا؟ (فی باب السکنی و الحبس) من کتاب الوقف (ان شاء اللّه تعالی)

(و علی الثانی) و هو القول بانتقال المنقطع الی الموقوف علیهم و انهم یملکوه ملکا مسـتقرا (فلا یجوز البیع للواقف، لعـدم الملک) اذ بناء اعلی هـذا القول انتقل المال منه الی الموقوف علیه (و لا للموقوف علیه) و ان کان المال ملکا لهم (لاعتبار الواقف بقائه) ای المال (فی یدهم، الی انقراضهم) فهو کالملک المحجور.

(و علی الثـالث) و هو انتقـال المـال الی الموقوف علیه، لکن اذا انقرضوا انتقـل المـال الی الواقف (فلا یجوز البیع للموقوف علیه، و ان اجـاز الواقف) بیعهم (لمنافـاته) ای منافـات البیع (لاعتبار) ای للـذی اعتبره (الواقف فی الوقف بقاء العین) و البیع مناف للوقف المعتبر بقائه (کما لا یجوز أیضا للواقف) بیعه، و ان کان المال ینتقل إلیه حین انقراض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۲۶

الغیر المالـک فعلاـ و ان اجاز الموقوف علیه الا اذا جوزنا بیع ملک الغیر مع عـدم اعتبار مجیز له فی الحال بناء اعلی ان الموقوف علیه الّذی هو المالک فعلا لیس له الاجازة، لعدم تسلّطه علی النقل فاذا انقرض الموقوف علیه، و ملکه الواقف، لزم البیع.

ثم انه قد اورد علی القاضی قدس سره حیث

الموقوف علیه، لاـنه (الغیر المالـک فعلاـ) بل مالک فی المسـتقبل، و لا بیع الا فی ملک (و ان اجاز الموقوف علیه) الّـذی هو المالک فعلا اذ الموقوف علیه له حق السـکنی فی ملک محجور علیه و المالک المحجور علیه لا یسـتحق البیع حتی یتمکن من اجازة البیع (الا اذا جوزنا بیع ملک الغیر مع عدم اعتبار مجیز له فی الحال).

و حینئـذ یصـح للمالـک الواقف البیع، فانه بیع لملک الغیر ای الموقوف علیه، و لا مجیز فعلا اذ المالک لیس له حق الاجازة لانه لیس بماله الآن، و الموقوف علیه لیس له حق الاجازة لانه یملک العین محجورا و لا یحق له البیع حتی تکون الاجازة بیده.

و قوله «مع عـدم الـخ» انما یصحّ (بناء اعلی ان الموقوف علیه الّذی هو المالک فعلا لیس له الاجازة، لعدم تسـلّطه علی النقل) و انما له الانتفاع فقط (فاذا انقرض الموقوف علیه، و ملکه الواقف، لزم البیع) لانه وجد المجیز الآن.

(ثم انه قد اورد علی القاضی قدس سره) بالتهافت فی کلامه (حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۲۷

جوز للموقوف علیه بیع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع علی ملک الواقف.

و یمکن دفع التنافی بکونه قائلا بالوجه الثالث، من الوجوه المتقدمة و هو ملک الموقوف علیهم ثم عوده الی الواقف الا ان الکلام فی ثبوت هذا القول بین من اختلف فی مالک الموقوف فی الوقف المنقطع.

و یتضح ذلک فی مراجعة المسألة فی کتاب الوقف.

جـوز للموقـوف علیه بیع الوقـف المنقطع) و هـذا یقتضـی ان یکـون ملکـا للموقـوف علیه (مع قوله ببقـاء الوقف المنقطع علی ملک الواقف) و هذا یقتضی عدم جواز بیع الموقوف علیه.

(و یمکن دفع التنـافی) بین کلامی القاضی ره (بکونه قائلا بالوجه الثالث، من الوجوه المتقدمـة) فی الوقف المنقطع (و هو) ان یکون الموقوف (ملک الموقوف علیهم) الآن (ثم عوده الی) ملک (الواقف) بعد الانقراض، اذا بقی فی ملک الموقوف علیهم (الا ان الکلام فی ثبوت هذا القول) ای کون الوقف للموقوف علیهم ثم یرجع الی ملک الواقف (بین من اختلف فی مالک الموقوف) اذ المسلم ان هناک قولین:

قول بانه ملک الواقف.

و قول بانه ملک الموقوف علیهم من الاول الی الاخیر (فی الوقف المنقطع) اما القول الثالث ففی وجود القائل به اشکال.

(و یتضح ذلک) الاشکال فی وجود هذا القول (فی مراجعة المسألة فی کتاب الوقف).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۲۸

و علی الرابع: فالظاهر ان حکمه حکم الوقف المؤبّد، کما صرّح به المحقق الثانی- علی ما حکی عنه- لانه حقیقة وقف مؤبّد، کما لو صرح بکونه فی سبیل الله بعد انقراض الموقوف علیه الخاص.

ثم ان ما ذکرنا فی حکم الوقف المنقطع فانما هو بالنسبة الی البطن الّذی لا بطن بعده یتلقی الملک من الواقف.

و اما حکم بیع بعض البطون مع وجود من بعدهم فان قلنا: بعدم تملکهم

(و علی الرابع) و هو رجوع الوقف بعـد انقراض الموقوف علیهم الی سبیـل الله (فالظاهر ان حکمه حکم الوقف المؤبّـد، کما صرّح به المحقق الثانی- علی ما حکی عنه-)

و انمـا کـان حـاله حـال الوقف المؤبّـد (لانه حقیقـة وقف مؤبّـد) اذ ما دام الموقوف علیه موجودا فهو محجور، و بعـده أیضا محجور، لکونه فی سبیل الله، فیکون حاله (کما لو صرح بکونه فی سبیل الله بعد انقراض الموقوف علیه الخاص)

و علیه فما ذکرناه فی المؤبّد یأتی هنا أیضا.

(ثم ان مـا ذکرنـا فی حکم الوقف المنقطع) من الاـقوال و الاحتمالاـت (فانمـا هو بالنسـبة الی البطن الّـذی لا بطن بعـده) بحیث یکون البطن اللاحق (یتلقی الملک) الموقوف (من الواقف) فان بناء الفقهاء ان کل بطن یتلقی الملک من الواقف لا من البطن الّذی سبقه.

(و اما حکم بیع بعض البطون مع وجود من بعدهم) فیما علمنا بانقراضهم کبیع الأب مع وجود ابن له عقیم (فان قلنا: بعدم تملکهم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۲۹

للمنقطع، فهو کما تقدم.

و اما علی تقـدیر القول بملکهم، فحکم بیع غیر الاخیر من البطون حکم بیع بعض البطون فی الوقف المؤبّـد فیشترک معه فی المنع فی الصور التی منعنا و فی الجواز فی الصورة التی جوزنا لاشتراک دلیل المنع و الجواز.

و یتشارکان أیضا فی حکم الثمن بعد البیع.

ای البطون (ل) الوقف (المنقطع، فهو کما تقدم) من انه لا یحق له البیع.

(و اما علی تقـدیر القول بملکهم) ای مالکیة کل بطن للوقف فی زمان وجود ذلک البطن (فحکم بیع غیر الاخیر من البطون، حکم بیع بعض البطون فی الوقف المؤبّـد) کمـا تقـدم الکلاـم فیه (فیشترک) المنقطع (معه) ای مع المؤبّـد (فی المنع) عن البیع (فی الصور التی منعنا. و فی الجواز فی الصورة التی جوزنا لاشتراک دلیل المنع و الجواز) فی المؤبّد و المنقطع- فی هذه الصورة-

(و یتشارکان أیضا) المنقطع و المؤبّـد (فی حکم الثمن بعـد البیع) فما قلنا بانه تکلیف الثمن فی المؤبّـد، نقول به فی المنقطع فی هـذه الصورة و لا یخفی ان هناک فارقا بین الصورتین، فتنظیر احدهما بالآخر محل اشکال، و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۳۰

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا، صيرورة المملوكة أم ولد لسيّدها،

اشارة

فان ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة، و فى بعض الاخبار دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الاسلام، مثل ما روى من قول امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع امة ارضعت ولده، قال له خذ بيدها و قل من يشترى أمّ ولدى

(مسألة: و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا، صيرورة المملوكة أم ولد لسيّدها) بان كانت له مملوكة فاولدها (فان ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة، و فى بعض الاخبار دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الاسلام، مثل ما روى من قول امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع امة ارضعت ولده) و ليست بامّ ولد له، و انما أمّ ولد رضاعية (قال له) عليه السلام استنكارا (خذ بيدها و قل من يشترى أمّ ولدى) فاذا ثبت الحكم فى أمّ الولد الرضاعية يثبت الحكم فى أمّ الولد النسبية بطريق اولى

لكن الظاهر انه لم يقل احد بحرمة بيع أمّ الولد الرضاعية، فيكون كلام الامام من باب الانكار العرفى، لا الشرعى، فلا يثبت الحكم فى أمّ الولد الرضاعية.

و هناك فى الوسائل فى الباب الثالث و الثمانين من نكاح العبيد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۳۱

و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، او مستلزم للنقل كالرهن،

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم فى جملة من الموارد.

منها: ما جعل أمّ الولد ملكا غير طلق، كالوقف و الرهن.

و الاماء دلالة على عدم جواز البيع اذا ولدت الولد و هى امة له، لا ما اذا ولدت و هى زوجة له، و ان اشتراها بعد ذلك.

نعم فى الخبر الآتى: لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد، دلالة على حرمة البيع مطلقا.

اللهم الّا ان ينصّ بخبر الوسائل كما سيأتى (و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك) كالصلح و الهبة و جعلها بدل الاجارة، و ما اشبه ذلك (الغير المستعقب بالعتق) مقابل النقل الّذى يتعقبه العتق، كما لو باعها من ابنها، اذ الانسان لا يملك العمودين- كما قرر فى كتاب العتق- (او مستلزم للنقل) عطف على «ناقل» اى ان مثل هذا التصرف أيضا فى حكم النقل الموجب لبطلانه (كالرهن) فانه اذا لم يعط المديون دينه كان الدائن يحق له ان يبيع الوثيقة ليستوفى من ثمنها طلبه (كما يظهر) عدم جواز كل تصرف ناقل، او مستلزم للنقل (من تضاعيف) و خلال (كلماتهم فى جملة من الموارد)

(منها: ما جعل أمّ الولد ملكا غير طلق، كالوقف و الرهن) اى انهم يقولون، ان أمّ الولد ملك، و لكنهما ليس ملكا طلقا، كما ان الوقف و الرهن ملك، و لكنهما ليسا طلقا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۳۲

و قد عرفت: ان المراد من الطلق تمامیة الملک و الاستقلال فی التصرف.

فلو جاز الصلح عنها و هبتها، لم یخرج عن کونها طلقا بمجرد عدم جواز ایقاع عقد البیع علیها کما ان المجهول الّذی یصح الصلح عنه وهبته و الابراء عنه و لا یجوز بیعه، لا یخرج عن کونه طلقا.

(و قد عرفت ان المراد من الطلق تمامیة الملک، و الاستقلال فی التصرف) عطف علی تمامیة.

(فلو جاز الصلح عنها) ای عن أمّ الولد (و) جاز (هبتها لم یخرج عن کونها طلقا) فقولهم لیست بطلق دلیل علی عدم جواز الصلح عنها او هبتها، کما هو شأن کل ملک غیر طلق، کالوقف و المرهون، و لیس المراد عدم جواز بیعها فقط، اذ: (بمجرد عدم جواز ایقاع عقد البیع علیها) لا تخرج عن الطلقیة.

و الحاصل: ان قولهم انها لیست بطلق، یدل علی عدم جواز تصرف ناقل علیها، لا انه دلیل علی عدم جواز البیع فقط، بان یجوز اجراء سائر التصرفات علیها.

اذ کثیرا ما لا یجوز البیع بالنسبة الی شیء و مع ذلک لا یخرج عن الطلقیة

و إلیه اشار بقوله: (کما ان المجهول الّذی یصح الصلح عنه، و هبته و الابراء عنه) ای ابراء الذمة عن ذلک المجهول (و لا یجوز بیعه، لا یخرج عن کونه طلقا).

فمرادهم بانها لیست بطلق، انها لا یصح کل تصرف ناقل فیها، بیعا کان او غیره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۳

و منها: کلماتهم فی رهن أمّ الولد فلاحظها.

و منها: کلماتهم فی استیلاد المشتری فی زمان خیار البائع، فان المصرح به فی کلام الشهیدین فی خیار الغبن، ان البائع لو فسخ یرجع الی القیمة لامتناع انتقال أمّ الولد کذا فی کلام العلامة، و ولده، و جامع المقاصد ذلک أیضا فی زمان مطلق الخیار.

و منها: کلماتهم فی مستثنیات بیع أمّ الولد، ردّ او قبولا

(و منها: کلماتهم فی رهن أمّ الولد فلاحظها) فان ظاهرهم فی تلک الکلمات عدم صحة کل تصرف ناقل.

(و منها: کلماتهم فی استیلاد المشتری) للجاریة التی یشتریها (فی زمان خیار البائع) کما لو اشتری الانسان جاریة، و کان للبائع خیار الی سنة مثلا، ثم ان المشتری استولد الجاریة فی هذه المدة، فهل للبائع الاخذ بالخیار بمقتضی جعل الخیار لنفسه، أمّ لا یحق له؟

لان الامة صارت أمّ ولد للمشتری، فلا یمکن نقلها من ملک المشتری الی البائع حتی النقل بالخیار (فان المصرح به فی کلام الشهیدین فی خیار الغبن، ان البائع لو فسخ) و الحال ان المشتری استولد الجاریة (یرجع) البائع (الی القیمة) فیاخذ قیمة الجاریة من المشتری، لا عینها (لامتناع انتقال أمّ الولد) من المشتری الی البائع (کذا فی کلام العلامة و ولده، و جامع المقاصد ذلک أیضا) یرجع البائع الی القیمة، لا العین (فی زمان مطلق الخیار) الاقسام الاخر للخیار لا فقط خیار الغبن.

(و منها: کلماتهم فی مستثنیات بیع أمّ الولد، ردّ او قبولا) ای سواء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۴

فانها کالصریحة فی ان الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البیع.

و بالجملة فلا یبقی للمتأمل شک فی ثبوت حکم البیع لغیره من النواقل.

و مع ذلک کله فقد جزم بعض سادة مشایخنا بجواز غیر البیع من النواقل، للاصول و خلو کلام المعظم عن حکم غیر البیع، و قد عرفت ظهوره من تضاعیف کلمات المعظم فی الموارد المختلفة و مع ذلک فهو الظاهر من المبسوط

من رد ان الشیء الفلانی یکون مستثنی، أم قبل کون الشیء الفلانی مستثنی، فان ظاهرهم المنع عن مطلق الانتقال (فانها) ای کلماتهم (کالصریحة فی ان الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البیع)

(و بالجملة فلا یبقی للمتأمل) فی کلماتهم (شک فی ثبوت حکم البیع لغیره من النواقل) لا ان المنع خاص بالبیع فقط.

(و مع ذلک کله) مما عرفت من ادلة کون المنع عاما لکل ناقل (فقد جزم بعض سادة مشایخنا) یعنی سید المناهل (بجواز غیر البیع من النواقل، للاصول) ای اصالة شمول ادلة تلک النواقل لام الولد و اصالة صحة تلک النواقل، و اصالة سلطة المالک (و) ل (خلو کلام المعظم) من الفقهاء (عن حکم غیر البیع، و) لکن خلو کلام المعظم محل نظر.

اذ: (قد عرفت ظهوره) ای ظهور المنع عن النواقل (من تضاعیف) و ثنایا (کلمات المعظم فی الموارد المختلفة و مع ذلک) الظهور من التضاعیف (فهو) ای المنع (الظاهر) من کلام الآخرین (من المبسوط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۵

و السرائر، حیث قالا: اذا مات ولدها جاز بیعها، و هبتها، و التصرف فیها بسائر انواع التصرف.

و فی الایضاح قد ادعی الاجماع صریحا علی المنع عن کل ناقل، و ارسله بعضهم کصاحب الریاض، و جماعة ارسال المسلمات، بل عبارة بعضهم ظاهرة فی دعوی الاتفاق حیث قال: ان الاستیلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملک المولی الی ملک غیره، او المعرّضة لها للدخول فی ملک غیره، کالرهن علی خلاف فی ذلک

و السرائر، حیث قالا: اذا مات ولدها جاز بیعها، و هبتها، و التصرف فیها بسائر انواع التصرف) فان المفهوم من هذا الکلام: ان قبل موت الولد لا یصح سائر التصرفات فیها لا انه لا یصح خصوص البیع فقط.

(و فی الایضاح قد ادعی الاجماع صریحا علی المنع عن کل ناقل، و ارسله) ای المنع عن سائر التصرفات (بعضهم کصاحب الریاض و جماعة ارسال المسلمات) و کانه لا مخالف للمسألة اطلاقا (بل عبارة بعضهم ظاهرة فی دعوی الاتفاق) عن سائر التصرفات الناقلة (حیث قال: ان الاستیلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملک المولی) الّذی استولدها (الی ملک غیره، او) التصرفات (المعرّضة لها) ای لامّ الولد (للدخول فی ملک غیره، کالرهن) فانه و ان لم یکن ناقلا، الا انه یعرض الوثیقة کام الولد- للنقل الی ملک الدائن (علی خلاف فی ذلک) ای فی التصرف المعرّض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۶

ثم ان عموم المنع لکل ناقل، و عدم اختصاصه بالبیع، قول جمیع المسلمین.

و الوجه فیه ظهور ادلة المنع المعنونة بالبیع فی إرادة مطلق النقل فان مثل قول امیر المؤمنین فی الروایة السابقة: خذ بیدها، و قل من یشتری أم ولدی، یدل علی ان کون مطلق نقل أمّ الولد الی الغیر کان من المنکرات.

و هو مقتضی التأمّل فیما سیجیء من اخبار بیع أمّ الولد فی ثمن رقبتها و عدم جوازه فی ما سوی ذلک.

(ثم ان عموم المنع) عن نقل أمّ الولد (لکل ناقل، و عدم اختصاصه) ای اختصاص النقل (بالبیع، قول جمیع المسلمین)

(و الوجه فیه) ای فی ان علماء المسلمین کلهم قالوا بالمنع (ظهور ادلة المنع المعنونة بالبیع) ای التی ذکر فیها البیع فقط (فی إرادة مطلق النقل) «فی» متعلق ب «ظهور» (فان مثل قول امیر المؤمنین) علیه السلام (فی الروایة السابقة) فی اوّل المسألة (خذ بیدها، و قل من یشتری أم ولدی، یدل علی ان کون مطلق نقل أمّ الولد الی الغیر کان من المنکرات) اذ العرف لا یفهم من مثل هذا الکلام الا استنکار نقل الولد لا خصوص البیع- بقرینة الحکم و الموضوع-.

(و هو) ای کون الممنوع مطلق النقل لا- خصوص البیع (مقتضی التأمّل فیما سیجیء من اخبار بیع أمّ الولد فی ثمن رقبتها، و عدم جوازه) ای البیع (فی ما سوی ذلک) ای سائر الضرورات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۷

هذا، مضافا الی ما اشتهر و ان لم نجد نصّا علیه من ان الوجه فی المنع هو بقائها رجاء لانعتاقها من نصیب ولدها بعد موت سیّدها.

و الحاصل: انه لا اشکال فی عموم المنع لجمیع النواقل.

ثم ان المنع مختص بعدم هلاک الولد، فلو هلک جاز، اتفاقا، فتوی و نصّا.

و لو مات الولد، و خلف ولدا، ففی اجراء حکم الولد علیه، لاصالة بقاء المنع و لصدق الاسم

(هذا، مضافا الی ما اشتهر) بین الفقهاء (و ان لم نجد نصّا علیه من ان الوجه فی المنع) عن بیع أمّ الولد (هو بقائها) فی ملک المستولد (رجاء لانعتاقها من نصیب ولدها بعد موت سیّدها) المستولد لها، فان هذه العلة عامة شاملة للبیع و غیره.

لکن لا یخفی ان مثل هذا الاشتهار انما یکون وجها لظهور کلماتهم فی المنع عن مطلق النقل، لکنه لا یکون دلیلا.

(و الحاصل: انه لا اشکال فی عموم المنع لجمیع النواقل) لا خصوص البیع فقط (ثم ان المنع مختص بعدم هلاک الولد) و علیه (فلو هلک جاز) البیع (اتفاقا، فتوی و نصّا) اذ بارتفاع الموضوع، یرتفع الحکم، و أمّ الولد غیر صادقه الآن و المشتق لیس حقیقة فی ما انقضی خصوصا بقرینة ما تقدم من اشتهار أن المنع لاجل رجاء الانعتاق من حصّة ولدها

(و لو مات الولد، و خلف ولدا، ففی اجراء حکم الولد علیه لاصالة بقاء المنع) اذ نشکّ فی ان المنع هل ارتفع، أم لا؟ (و لصدق الاسم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۸

فیندرج فی اطلاق الادلة، و تغلیبا للحرمة.

او العدم لکونه حقیقة فی ولد الصلب، و ظهور ارادته من جملة من الاخبار و اطلاق ما دلّ من النصوص و الاجماع علی الجواز بعد موت ولدها.

او التفصیل بین کونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولی و عدمه

لانها تسمّی أمّ ولد- الآن- کما یصدق «حلائل ابنائکم» لزوجة ولد الولد (فیندرج فی اطلاق الادلة) المانعة عن بیع أمّ الولد (و تغلیبا للحرمة) اذ رأینا من موارد الشرع المختلفة ان الشارع یمیل الی المنع عن بیع الانسان، و الی إرادة عتق الانسان، و المنع عن بیع أمّ ولد الولد اقرب الی الانعتاق، لانها تعتق من نصیب حفیدها فی بعض الاحیان.

(او العدم) ای عدم اجراء حکم الولد علی ولد الولد (لکونه) ای «الولد» (حقیقة فی ولد الصلب) لا ولد الولد.

و ذلک لانصراف ولد الولد عن اطلاق لفظة «الولد» (و ظهور ارادته) ای ولد الصلب (من جملة من الاخبار) کالآتی بعضها (و) ل (اطلاق ما دلّ من النصوص و الاجماع علی الجواز) ای جواز البیع (بعد موت ولدها) فان الاطلاق شامل لما اذا کان للولد ولد، و لما اذا لم یکن للولد ولد.

(او التفصیل بین کونه) ای ولد الولد (وارثا لعدم ولد الصلب للمولی) من غیر هذه الجاریة- اذ ولد الولد یقوم مقام والده فی إرث الجدّ اذا لم یکن والده موجودا- (و عدمه) ای عدم کونه وارثا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۳۹

لمساوات الاول مع ولد الصلب فی الجهة المقتضیة للمنع وجوه، حکی أوّلها عن الایضاح، و ثالثها عن المهذب البارع، و نهایة المرام،

و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردّد.

بقى الكلام فى معنى أم الولد،

فان ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل، اذ لا يصدق الولد الا بالولادة لكن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشارفة.

و انما نفصل بهذا التفصيل (لمساوات الاول) و هو ما اذا كان ولد الولد وارثا (مع ولد الصلب فى الجهة المقتضية للمنع) و هى عتق الامة من إرث ولدها (وجوه، حكى اوّلها) و هو المنع عن البيع (عن الايضاح و ثالثها) و هو التفصيل (عن المهذب البارع، و نهاية المرام، و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردّد) فى المسألة.

و الظاهر ان الشيخ أيضا مردد و ان كان لا يبعد الجواز لان المستثنى من ادلة السلطنة صورة وجود الولد ففى ما عداه يرجع الى ادلة السلطنة

(بقى الكلام فى معنى أمّ الولد، فان ظاهر اللفظ) عند الفهم العرفى (اعتبار انفصال الحمل، اذ لا يصدق الولد الا بالولادة) فالمرأة الحامل لا تسمّى أمّ ولد (لكن المراد هنا مجازا ولدها) اى اذا كان لها ولد (و لو حملا للمشارفة) و هو مجاز يئول و يشرف الى الحقيقة، كمن اقترب المدينة يقال دخلها، و المرأة الحامل تسمّى والدة مجازا بالمشارفة- لكن لا يخفى ان المجاز خلاف القاعدة الا اذا كان له ظهور-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۴۰

و يحتمل ان يراد الولادة من الوالد دون الوالدة.

و كيف كان فلا اشكال، بل لا خلاف فى تحقق الموضوع بمجرد الحمل و يدل عليه الصحيح عن محمّد بن مارد، عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يزوّج الجارية تلد منه اولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها، ثم يبدو له فى بيعها، قال: هى امته إنشاء باع ما لم يحدث عنده حمل، و ان شاء اعتق.

(و يحتمل) ان تكون هى أمّ ولد بالحقيقة لا مجازا بالمشارفة، ب (ان يراد الولادة من الوالد دون الوالدة) فان الوالد انما يسمّى والد الانفصال المنى منه، و اذا تحقق الوالد تحققت الوالدة للتضايف بين الوالد و الوالدة، و الولد.

لكن لا يخفى ان هذا و ان كان صحيحا بالدقة، لكنه لا يصح عند الظهور العرفى، مضافا الى ان تحقق الوالدة يكون بتحقق الوالد غير تام

(و كيف كان) سواء قلنا بصدق «أمّ الولد» عرفا، أم لا (فلا اشكال، بل لا خلاف فى تحقق الموضوع) الموجب لحرمة البيع (بمجرد الحمل) و لو نطفة.

(و يدل عليه الصحيح عن محمّد بن مارد، عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يزوّج الجارية تلد منه اولادا ثم يشتريها فتمكث عنده) بعد الاشتراء (ما شاء الله) من الزمان (لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها، ثم يبدو له) اى يظهر للرجل- اى يريد- (فى بيعها، قال: هى امته إنشاء باع ما لم يحدث عنده حمل، و ان شاء اعتق) فانه دليل على ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۴۱

و فى رواية السكونى عن جعفر بن محمّد قال: قال على بن الحسين صلوات الله عليهم اجمعين فى مكاتبة يطأها مولاها فتحبل فقال عليه السلام: يردّ عليها مهر مثلها و تسعى فى رقبتها، فان عجزت فهى من امهات الاولاد.

لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرّد الحمل، نظر، لان زمان الحكم بعد تحقق السعى و العجز عقيب الحمل، و الغالب ولوج

الروح حينئذ.

الحمل مانع.

(و فى رواية السكونى عن جعفر بن محمّد قال: قال على بن الحسين صلوات الله عليهم اجمعين فى) امة (مكاتبة يطأها مولاها فتحبل) ما حكمها؟ (فقال عليه السلام: يردّ عليها مهر مثلها) لان الوطى كان حيث لا يجوز له ان يطأ، اذ المكاتبة تملك امر نفسها، و ليست كسائر الاماء الخالصة للمولى (و تسعى) هى (فى) فكّ (رقبتها) بمقتضى عقد المكاتبة (فان عجزت) عن دفع مال الكتابة (فهى) لاتباع، لانها (من امهات الاولاد) فان الظاهر: كون الحمل صار سببا لان تكون أم ولد.

(لكن فى دلالتها) اى رواية السكونى (على ثبوت الحكم بمجرّد الحمل، نظر، لان زمان الحكم) اى حكم الامام عليه السلام بانها من أمّهات الاولاد (بعد تحقق السعى و العجز) لانه عليه السلام قال «تسعى .. فان عجزت» (عقيب الحمل، و الغالب ولوج الروح حينئذ)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۴۲

ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقا، على ما صرح فى الرياض، و استظهره بعض آخر، و حكاه عن جماعة هنا و فى باب انقضاء عدة الحامل

و فى صحيحة ابن الحجاج، قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلى يطلّقها زوجها، ثم تضع سقطا تمّ او لم يتمّ، او وضعته مضغة أ تنقضى عدتها عنها؟ فقال عليه السلام: كل شي‌ء وضعته يستبين انه حمل تمّ او لم يتمّ فقد انقضت عدتها، و ان كانت

فالرواية تدل على ان كونها أمّ ولد انما تتحقق بعد ولوج الروح لا بمجرد الحمل فتأمّل.

(ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقا، على ما صرح) به (فى الرياض، و استظهره بعض آخر) المضغة حين تكون النطفة كاللحم الممضوغ، و هى بعد النطفة، و العلقة التى هى كقطعة دم منجمدة (و حكاه عن جماعة هنا) فى مسألة بيع أمّ الولد (و فى باب انقضاء عدة الحامل) بانها اذا طرحت المضغة انقضت عدتها فى باب الطلاق.

(و فى صحيحة ابن الحجاج، قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلى يطلّقها زوجها، ثم تضع سقطا تمّ) السقط (او لم يتمّ او وضعته مضغة، أ تنقضى عدتها عنها؟) اى عن المضغة، بمعنى ان تكون المضغة سببا لانقضاء العدة (فقال عليه السلام: كل شي‌ء وضعته) الحامل بحيث (يستبين) و يظهر (انه حمل) لا ما اذا لم يكن الشي‌ء الموضوع فيه ظهور الحملية، بان لم يعلم كونه مبدأ نشو ادمى، أم لا (تمّ) ذلك الشي‌ء الموضوع (او لم يتمّ، فقد انقضت عدتها و ان كانت) ذلك الشي‌ء اسقطته

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۱۴۳

مضغة الخ.

ثم الظاهر صدق الحمل على العلقة.

و قوله عليه السلام و ان كانت مضغة، تقرير لكلام السائل لا بيان لاقل مراتب الحمل- كما عن الاسكافى-.

و ح فيتجه الحكم بتحقق الموضوع بالعلقة، كما عن بعض، بل عن

المرأة (مضغة الخ).

(ثم الظاهر) عند العرف (صدق الحمل على العلقة) لان العرف يسمّون المرأة حينئذ حاملا.

(و) ان قلت: ظاهر كلام الامام «و ان كانت مضغة» ان ما دون المضغة لا يسبب سقوطها انقضاء عدتها، فيدل على انه لا يصدق عليها حامل، اذا كان ما فى بطنها علقة.

قلت: (قوله عليه السلام و ان كانت مضغة تقرير لكلام السائل) الّذى سئل عن المضغة (لا- بيان لاقل مراتب الحمل- كما عن الاسكافى-) حيث انه جعل اقل مراتب الحمل المضغة.

فكلام الامام مثل ان يسأل سائل هل تتحقق دية الانسان بقتل صبيّ له عمره عشر سنوات، فيجاب بانه يتحقق و ان كان للصبيّ عشر سنوات، فانه لا يدل على عدم الدية، فيما اذا كان العمر اقل من عشر سنوات.

(و ح فيتجه الحكم بتحقق الموضوع) أم عدم جواز بيع أمّ الولد (بالعلقة، كما عن بعض) الفتوى به (بل عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۴۴

الايضاح، و المهذب البارع الاجماع عليه، و فى المبسوط فيما اذا القت جسدا ليس فيه تخطيط، لا ظاهر و لا خفى لكن قالت القوابل انه مبدأ خلق آدمى، و انه لو بقى لخلق و تصور قال قوم انها لا تصير أمّ ولد بذلك، و قال بعضهم تصير أمّ ولد، و هو مذهبنا، انتهى.

و لا يخلو عن قوة، لصدق الحمل.

و اما النطفة فهى بمجردها لا عبرة بها ما لم تستقر فى الرحم، لعدم صدق كونها حاملا.

و على هذا الفرد ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بها فى العدة

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۹، ص: ۱۴۴

الايضاح، و المهذب البارع الاجماع عليه، و) قال الشيخ (فى المبسوط فيما اذا القت جسدا ليس فيه تخطيط) للاعضاء (لا ظاهر) للعين (و لا خفى) تعرف بدقة نظر و امعان (لكن قالت القوابل انه) اى الجسد الملقى (مبدأ خلق آدمى، و انه لو بقى) فى رحم أمه (لخلق) بالمجهول (و تصور) بالصورة (قال قوم انها لا تصير أمّ ولد بذلك، و قال بعضهم) انها (تصير أمّ ولد، و هو مذهبنا، انتهى) كلام المبسوط.

(و) هذا (لا يخلو عن قوة، لصدق الحمل) الّذى عرفت انه المناط

(و اما النطفة) قبل العلقة اى المنى الذاهب الى الرحم (فهى بمجردها لا عبرة بها) فى صدق الحمل، و صدق أمّ الولد (ما لم تستقر فى الرحم لعدم صدق كونها حاملا) بل هى من قبيل الشيء العابر.

(و على هذا الفرد) اى النطفة قبل استقرارها (ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بها فى العدة) فلو وطئها شبهة مثلا ثم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۴۵

و اما مع استقرارها فى الرحم، فالمحكى عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها، و هو الّذى قواه فى المبسوط فى باب العدة، بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة، به مستدلا بعموم الآية و الاخبار

و مرجعه الى صدق الحمل.

و دعوى: ان اطلاق الحامل مجاز بالمشارفة

قبل استقرار المنى فى الرحم سقط، لم تنقض بذلك عدة وطى الشبهة مثلا-

(و اما مع استقرارها فى الرحم، فالمحكى عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها) اى بالنطفة، فهى تكون أمّ ولد (و هو الّذى قواه فى المبسوط فى باب العدة، بعد ان نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة به) اى باسقاط النطفة المستقرة (مستدلا) لما ذكره من انقضاء

العدة بالاسقاط للنطفة (بعموم الآیة) و هی قوله تعالی «و اولات الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن» حیث یصدق انها وضعت حملها اذ الوضع اعم من الوضع التام او الناقص (و الاخبار) الدالة علی ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل.

(و مرجعه) ای مرجع استدلال الشیخ بعموم الآیة و الاخبار (الی صدق الحمل) اذ لو لا صدق الحمل لم تکن الآیة و الاخبار شاملة له.

(و دعوی: ان اطلاق الحامل) علی المرأة التی تحمل النطفة المستقرة (مجاز بالمشارفة) لانها تؤل و تشرف علی الحمل حین تکون النطفة مضغة، او ما اشبه، و لیس الصدق حقیقة، فلا تشملها الآیة و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۴۶

یکذّبها التأمل فی الاستعمالات.

و ربما یحکی عن التحریر موافقة الشیخ مع انه لم یرد فیه علی حکایة الحکم عن الشیخ.

نعم فی بعض نسخ التحریر لفظ یوهم ذلک.

نعم قوی التحریر موافقته فیما تقدم عن الشیخ فی مسألة الجسد الّذی لیس فیه التخطیط، و نسب القول المذکور الی الجامع أیضا.

الاخبار، لان المطلق یشمل الافراد الحقیقیة، لا المجازیة (یکذّبها التأمل فی الاستعمالات) فان العرف یری ان المرأة بمجرد استقرار النطفة فی رحمها حامل.

(و ربما یحکی عن التحریر موافقة الشیخ) فی صدق أمّ الولد بمجرد استقرار النطفة (مع انه لم یزد فیه) فی التحریر (علی حکایة الحکم عن الشیخ)

(نعم فی بعض نسخ التحریر لفظ یوهم ذلک) ای موافقة الشیخ بل الظاهر ان نقل الفقیه کلام الفقیه الاخر ساکتا علیه، یدل علی انه موافق له، و الّا لما ذا سکت علیه.

(نعم قوی التحریر موافقته) ای الشیخ (فیما تقدم عن الشیخ فی مسألة الجسد الّذی لیس فیه التخطیط، و نسب القول المذکور الی الجامع أیضا) فمذهب التحریر و الجامع ان الجسد أیضا اذا کان مبدأ نشو آدمی یکون موجبا لصدق أمّ الولد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۴۷

و اعلم ان ثمرة تحقق الموضوع فیما اذا القت المملوکة ما فی بطنها انما تظهر فی بیعها الواقع قبل الالقاء فیحکم ببطلانه اذا کان الملقی حملا.

و اما بیعها بعد الالقاء، فیصح بلا اشکال،

و حینئذ فلو وطئها المولی، ثم جاءت بولد تام، او غیر تام فیحکم ببطلان البیع الواقع بین اوّل زمان العلوق، و زمان الالقاء، و عن المسالک الاجماع علی ذلک فذکر صور القاء المضغة و العلقة، و النطفة فی باب العدة انما هو لبیان انقضاء العدة بالالقاء، و

(و اعلم ان ثمرة تحقق الموضوع) ای صدق أمّ الولد (فیما اذا القت المملوکة ما فی بطنها انما تظهر فی بیعها الواقع قبل الالقاء) اذ: لا ثمرة بعد الالقاء، لجواز البیع علی کل حال، سواء صدقت أمّ الولد، أم لا (فیحکم ببطلانه) ای البیع (اذا کان الملقی حملا) بان یصدق علیه انه حمل

(و اما بیعها بعد الالقاء، فیصح بلا اشکال) فانه بطریق اولی یکون مجوزا لبیعها اذا مات ولدها.

(و حینئذ) ای حین کان العلوق موجبا لصدق أمّ الولد (فلو وطئها المولی، ثم جاءت بولد تام، او غیر تام فیحکم ببطلان البیع الواقع بین اوّل زمان العلوق) ای انعقاد النطفة (و زمان الالقاء، و عن المسالک الاجماع علی ذلک)

و علی هذا (فذکر صور القاء المضغة، و العلقة، و النطفة فی باب العدة) ای عدة الطلاق، اما عدة الوفاة فانها ابعد الاجلین کما لا یخفی

(انما هو لبیان انقضاء العدة بالالقاء، و) ذکرها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۴۸

فی باب الاستیلاد لبیان کشفها عن ان المملوکة بعد الوطء صارت أمّ ولد لا ان البیع الواقع قبل تحقق العلقة صحیح الّا ان تصیر النطفة علقة.

و لذا عبر الاصحاب عن سبب الاستیلاد بالعلوق الّذی هو اللّقاح

نعم: لو فرض عدم علوقها بعد الوطی الی زمان صحّ البیع قبل العلوق.

ثم المصرح به فی کلام بعض حاکیا له عن غیره، انه لا یعتبر فی العلوق ان یکون بالوطی فیتحقق

(فی باب الاستیلاد لبیان کشفها) ای هذه الامور الثلاثة (عن ان المملوکة بعد الوطی صارت أمّ ولد، لا) لبیان (ان البیع الواقع قبل تحقق العلقة صحیح الّا ان تصیر النطفة علقة) فحینئذ لا یصح البیع.

(و لذا) الّذی مراد هم تحدید زمان صیرورتها أمّ ولد لا بیان صحة البیع قبل العلقة (عبر الاصحاب عن سبب الاستیلاد) الموجب لعدم بیع الامة (بالعلوق الّذی هو اللقاح) و استقرار النطفة، لا صیرورتها مضغة او علقة، او ما اشبه.

(نعم: لو فرض عدم علوقها بعد الوطی الی زمان) بان دخلت النطفة، و لکنها لم تستقر، لاضطراب، او ما اشبه (صحّ البیع قبل العلوق) اذ لم تستقر النطفة بعد، و کذلک لو فرض ان النطفة افرغت فی کیس اصطناعی، و بعد البیع افرغت فی الرحم- مثلا-.

(ثم المصرح به فی کلام بعض حاکیا له عن غیره، انه لا یعتبر فی العلوق ان یکون بالوطی، فیتحقق) بجذب الرحم من المحلّ الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۴۹

بالمساحقة لان المناط هو الحمل، و کون ما یولد منها ولدا للمولی شرعا فلا عبرة بعد ذلک بانصراف الاطلاقات الی الغالب، من کون الحمل بالوطی.

نعم: یشترط فی العلوق بالوطی ان یکون الوطی علی وجه یلحق الولد بالواطی، و ان کان محرما، کما اذا کانت فی حیض، او ممنوعة الوطی شرعا لعارض آخر.

افرغ فیه منی الرجل، کما یتحقق (بالمساحقة) أیضا بان یساحق الرجل امته بدون ادخال، فیعلق المنی برحمها کما یتحقق أیضا بمساحقة المرأة التی وطئها الزوج بالامة بحیث یدخل منی الرجل منها الی الامة (لان المناط هو الحمل، و کون ما یولد منها ولدا للمولی شرعا) و هذا المناط متحقق فی المساحقة (فلا عبرة بعد ذلک) ای بعد تحقق المناط (بانصراف الاطلاقات الی الغالب، من کون الحمل بالوطی) اذ هذا الانصراف بدوی، لا یوجب تغییر وجهة اللفظ.

(نعم: یشترط فی العلوق بالوطی ان یکون الوطی علی وجه یلحق الولد بالواطی، و ان کان) الوطی (محرما، کما اذا کانت) الامة (فی حیض او ممنوعة الوطی شرعا لعارض آخر) کما لو کانا فی حال الاحرام او صیام شهر رمضان، او کان ناذرا عدم الوطی، او ما اشبه ذلک.

اما اذا لم یکن الوطی علی وجه یلحق به الولد، فلا اشکال فی عدم کونه مانعا عن البیع، کما اذا زنی بامة الغیر فحبلت، ثم صارت ملکا له اذ الزنا لا ینقلب حلالا بالملکیة المستقبلة کما ان حرمة الوطی لحیض، او ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۰

اما الامة المزوّجة فوطیها زنا لا یوجب لحوق الولد.

ثم ان المشهور اعتبار الحمل فی زمان الملک، فلو ملکها بعد الحمل، لم تصر أمّ ولد، خلافا للمحکی عن الشیخ و ابن حمزة فاکتفیا

بکونها أمّ ولد قبل الملک.

و لعله لاطلاق العنوان.

و وجود العلهٔ و هی کونها فی معرض الانعتاق

اشبه، لا یوجب نفی الولد.

نعم: لو قلنا بجریان اللعان فی الامهٔ لنفی الولد کان اللازم ان لا یکون الولد للاعن، فلا بأس ببیعها.

(اما الامهٔ المزوّجهٔ) و المشترکهٔ، و المعتدهٔ، و ما اشبه (فوطیها زنا) ف (لا یوجب لحوق الولد)

نعم الوطی بالشبههٔ یوجب لحوق الولد، لکن انما یحرم ذلک اذا لم نشترط کون الولد یعلق فی ملک الواطئ کما تقدم فی بعض الروایات، او کانت مزوجهٔ فوطئها المولی شبههٔ- مثلا-.

(ثم ان المشهور اعتبار الحمل) المحرّم للبیع (فی زمان الملک، فلو ملکها بعد الحمل، لم تصر أمّ ولد، خلافا للمحکی عن الشیخ و ابن حمزهٔ فاکتفیا بکونها أمّ ولد قبل الملک) أیضا.

(و لعله لاطلاق العنوان) فان عنوان أمّ الولد، یطلق علی ما لو کان الولد سابقا علی الملک، او لاحقا بالملک.

(و وجود العلهٔ) المانعهٔ عن البیع (و هی کونها فی معرض الانعتاق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۱

من نصیب ولدها.

و یردّ الاول، منع اطلاق یقتضی ذلک، فان المتبادر من أمّ الولد، صنف من اصناف الجواری باعتبار الحالات العارضهٔ لها بوصف المملوکیهٔ، کالمدبّر و المکاتب.

و العلهٔ المذکورهٔ غیر مطردهٔ، و لا منعکسهٔ.

من نصیب ولدها) اذ: لا فرق فی ذلک بین سبق الولد علی الملک، او لحوقه.

(و یردّ الاول) ای صدق العنوان (منع اطلاق) لعنوان «أمّ الولد» (یقتضی ذلک) ای شمول العنوان لولد کان سابقا علی الملک (فان المتبادر من أمّ الولد، صنف من اصناف الجواری باعتبار الحالات العارضهٔ لها) ای للجواری (بوصف المملوکیهٔ) ای المملوکهٔ تکون أمّ ولد و غیر أمّ ولد فاذا صارت صاحبهٔ ولد، و هی لیست مملوکهٔ للاب، لم تسمّ أمّ ولد اصطلاحا (کالمدبّر و المکاتب) فانهما عنوانان للمملوک لا یصدقان علی کل مورد تحقق المعنی اللغوی لهذین اللفظین، کما اذا قال انسان لعبد غیره اوصی بان یحررک بعد وفاتی، و اعطی القائل المال لصاحب العبد لان یحرر عبده بعد ان توفی معطی المال.

(و العلهٔ المذکورهٔ) ای کون السبب لعدم البیع الانعتاق من حصهٔ ولدها (غیر مطردهٔ، و لا منعکسهٔ)

اما عدم الاطراد ای عدم جمع الافراد، فان هناک بعض امهات الاولاد تباع، کما اذا کانت الامهٔ المستولدهٔ مات قریب لها، و لا وارث للمیّت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۲

مضافا الی صریح روایهٔ محمد بن مارد المتقدمهٔ.

ثم ان المنع عن بیع أمّ الولد، قاعدهٔ کلیهٔ مستفادهٔ من الاخبار کروایتی السکونی، و محمد بن مارد المتقدمتین، و صحیحهٔ عمر بن یزید الآتیهٔ و غیرها.

و من الاجماع علی انها لا تباع، الا لامر

فانها تشری من ذلک المال، و تعتق و تعطی ما بقی من الارث فالعلة موجودة هنا و مع ذلک تباع.

و اما عدم الانعکاس ای عدم منع الاغیار فان هناک بعض امهات الاولاد لاتباع مع عدم وجود العلة- ای انها لا تعتق من نصیب ولدها- کما اذا کان ولدها مرتدا اذا المرتدّ لا یرث.

(مضافا الی صریح روایة محمد بن مارد المتقدمة) الدالّة علی عدم تحقق أمّ الولد بالعلوق قبل الملک.

(ثم) هل مقتضی القاعدة الکلیة عدم بیع أمّ الولد الا اذا دل الدلیل علی جواز البیع، أم العکس ای جواز بیع أمّ الولد الا اذا دلّ الدلیل علی عدم جواز البیع.

الظاهر الاول، ف (ان المنع عن بیع أمّ الولد، قاعدة کلیة مستفادة من الاخبار، کروایتی السکونی و محمد بن مارد المتقدمتین، و صحیحة عمر بن یزید الآتیة و غیرها) کقول امیر المؤمنین علیه السلام، خذ بیدها و قل من یشتری أم ولدی- کما تقدم-

(و من الاجماع) عطف علی «من الاخبار» (علی انها لاتباع، الا لامر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۳

یغلب ملاحظته علی ملاحظة الحق الحاصل منها باستیلاد اعنی تشبثها بالحریة.

و لذا کل من جوز البیع فی مقام لم یجوز الا بعد اقامة الدلیل الخاص فلا بد من التمسک بهذه القاعدة المنصوصة المجمع علیها، حتی تثبت بالدلیل ثبوت ما هو اولی بالملاحظة فی نظر الشارع من الحق المذکور.

فلا یصغی اذا الی منع الدلیل علی المنع کلیة، و التمسک باصالة صحة البیع من حیث قاعدة: تسلط الناس علی اموالهم، حتی یثبت

یغلب ملاحظته علی ملاحظة الحق الحاصل منها باستیلاد) ای اذا کان هناک حق یغلب علی حقها الحاصل بالاستیلاد بیعت، و الا لم تبع (اعنی تشبثها بالحریة) فان التشبث بالحریة حق لها قد حصل بالاستیلاد.

(و لذا) الّذی ذکرنا ان مقتضی القاعدة عدم الجواز، الا اذا قام الدلیل علی الجواز، ف (کل من جوز البیع فی مقام لم یجوز الا بعد اقامة الدلیل الخاص) و لو کان الاصل الجواز، الا ما خرج، احتاج المنع الی الدلیل (فلا بد من التمسک بهذه القاعدة المنصوصة) قاعدة اصالة المنع عن البیع، الا ما خرج (المجمع علیها، حتی تثبت بالدلیل ثبوت ما هو اولی بالملاحظة فی نظر الشارع من الحق المذکور) ای حقها الحاصل بالاستیلاد.

(فلا یصغی اذا) و الحال هذه (الی منع الدلیل علی المنع) ای الی کلام من یقول انه لا دلیل علی المنع عن بیع أمّ الولد (کلیة) ای المنع الکلی (و التمسک باصالة صحة البیع من حیث قاعدة: تسلط الناس علی اموالهم) فالجواز هو الاصل (حتی یثبت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۴

المخرج.

ثم ان المعروف بین العلماء ثبوت الاستثناء عن الکلیة المذکورة فی الجملة.

لکن المحکی فی السرائر عن السید قدس سره، عموم المنع، و عدم الاستثناء، و هو غیر ثابت، و علی تقدیر الثبوت، فهو ضعیف.

یرده، مضافا الی ما ستعرف من الاخبار قوله فی صحیحة زرارة، و قد سأله عن أم ولد، قال: تباع و تورث، وحدها حد الامة بناء اعلی حملها علی

المخرج) الدال علی عدم جواز البیع.

(ثم ان المعروف بین العلماء ثبوت الاستثناء عن الکلیة المذکورة) ای کلیة عدم جواز البیع (فی الجملة) فی بعض الموارد الآتیة.

(لکن المحکی فی السرائر عن السید) المرتضی (قدس سره، عموم المنع، و عدم الاستثناء) اصلا (و هو) ای کون السید قائلا بهذا القول (غیر ثابت، و علی تقدیر الثبوت، فهو ضعیف) لوجود النص و الفتوی علی الجواز فی بعض الصور.

(یرده، مضافا الی ما ستعرف من الاخبار قوله) فاعل «یرده» (فی صحیحة زرارة، و قد سأله عن أم ولد قال: تباع و تورث) ای یرثها اولیاء المولی فی مقابل انها تعتق بعد المولی (وحدها حد الامة) فان الامة و العبد فی باب الحدود و التعزیرات لها اقل من حد الحر، بمعنی انها لیست حرة حتی یکون حدها حد الاحرار (بناء علی حملها علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۵

انها قد تعرض لها ما یجوز ذلک.

و اما المواضع القابلة للاستثناء

اشارة

و قد وقع التکلم فی استثنائها لاجل وجود ما یصلح ان یکون اولی بالملاحظة من الحق فهی صور یجمعها تعلق حق للغیر بها او تعلق حقها بتعجیل العتق او تعلق حق سابق علی الاستیلاد او عدم تحقق الحکمة المانعة عن النقل.

انها قد تعرض لها ما یجوز ذلک) ای البیع بان بطل مقتضی کونها أم ولد.

(و اما المواضع القابلة للاستثناء) فهی أربعة.

الاول: البائع او غیر البائع کما اذا کان المولی مدیونا.

الثانی: لحق نفسها.

الثالث: لحق سابق علی الاستیلاد- و بین هذا و بین الاول عموم مطلق-.

الرابع: عدم تحقق الحکمة المانعة عن بیعها- کما سیأتی تفصیلها- (و قد وقع التکلم فی استثنائها) فقد ناقش بعض الفقهاء فی هذه المواضع (لاجل وجود ما یصلح ان یکون اولی بالملاحظة من الحق) ای حق الاستیلاد و «لاجل» علة ل «القابلة للاستثناء» (فهی صور یجمعها).

«۱» (تعلق حق للغیر بها) سواء کان الحق للبائع او لغیره.

«۲» (او تعلق حقها) بنفسها (بتعجیل العتق).

«۳» (او تعلق حق سابق علی الاستیلاد).

«۴» (او عدم تحقق الحکمة المانعة عن النقل) و هی کون بقائها موجبا لعتقها من حصة ولدها من إرث المولی، کما اذا کان ولدها قاتلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۶

[موارد القسم الأول أی تعلق حق للغیر بها]

فمن موارد القسم الأول ما اذا کان علی مولاها دین، و لم یکن له ما یؤدی هذا الدین.

و الکلام فی هذا المورد قد یقع فیما اذا کان الدین ثمن رقبتها.

و یقع فیما اذا کان غیر ثمنها، و علی الاول: یقع الکلام تارة بعد موت المولی، و اخری فی حال حیاته.

اما بعد الموت فالمشهور الجواز، بل عن الروضة انه موضع وفاق، و عن جماعة انه لا خلاف فيه، و لا ينافى ذلك

او كافرا، او ما اشبهه مما يمنع عن إرثه.

(فمن موارد القسم الاول) و هو تعلق حق للغير بها (ما اذا كان على مولاها دين، و لم يكن له) اى للمولى (ما يؤدى هذا الدين).

(و الكلام فى هذا المورد قد يقع فيما اذا كان الدين ثمن رقبتها) بان اشتريها المولى نسيئة، و لم يدفع الثمن، و مات، فانها تباع ليؤدى بثمنها دين البائع.

(و) قد (يقع) الكلام (فيما اذا كان) دين المولى (غير ثمنها، و على الاول) و هو ما اذا كان الدين ثمن رقبتها (يقع الكلام تارة بعد موت المولى، و اخرى فى حال حياته).

فاللازم ان نتكلم فى باب دين المولى من ثلاث جهات.

(اما بعد الموت) بان كان المولى مديونا لثمن رقبتها، و مات و لم يكن عنده شيء يؤدّى به ذلك الدين (فالمشهور الجواز) لبيعها (بل عن الروضة انه موضع وفاق، و عن جماعة انه لا خلاف فيه، و لا ينافى ذلك) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۵۷

مخالفة السيد فى اصل المسألة، لانهم يريدون نفى الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع أمّ الولد، او القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبتها فى مقابل صورة حياة المولى المختلف فيها.

و كيف كان فلا اشكال فى الجواز فى هذه الصورة لا لما قيل من قاعدة: تسلط الناس على اموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة الى المنع فى خصوص هذا المال، بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح

دعوى عدم الخلاف (مخالفة السيد) المرتضى (فى اصل المسألة) اى اصل مسألة جواز بيع أمّ الولد، لانه لا يجوز البيع مطلقا (لانهم) اى المدعون للاتفاق (يريدون نفى الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع أمّ الولد) مطلقا، سواء فى ثمن رقبتها، او غير ثمن رقبتها (او القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبتها) فقط (فى مقابل صورة حياة المولى المختلف فيها) فان بعض المجوزين للبيع فى حالة موت المولى، لم يجوز البيع فى حالة حياة المولى.

(و كيف كان) سواء اعتبرنا خلاف السيد ضارا بدعوى اللاخلاف، أم غير ضاربه (فلا اشكال فى الجواز) لبيع أمّ الولد (فى هذه الصورة) اى صورة دين المولى لثمن رقبتها بعد موت المولى (لا لما قيل من قاعدة: تسلط الناس على اموالهم).

و انما قلنا «لا لما ..» (لما عرفت من انقلاب القاعدة) فى باب أمّ الولد (الى المنع فى خصوص هذا المال) اى أمّ الولد (بل لما رواه المشايخ الثلاثة) الكلينى، و الصدوق، و الشيخ (فى الصحيح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۵۸

عن عمر بن يزيد، قال: قلت لابى ابراهيم عليه السلام، أسألك عن مسألة، فقال عليه السلام: سل، قلت: لم باع امير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه امهات الاولاد؟ قال عليه السلام: فى فكاك رقابهن، قلت فكيف ذلك قال: ايما رجل اشترى جارية، فاولدها، و لم يؤدّ ثمنها، و لم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ منها ولدها و بيعت و أدّى ثمنها، قلت: فتباع فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام: لا و فى رواية اخرى لعمر بن يزيد، عن ابى الحسن عليه السلام قال سألته عن أمّ الولد تباع فى الدين قال: نعم، فى ثمن رقبتها، و مقتضى اطلاقها بل اطلاق الصحيحة- كما قيل-

---

عن عمر بن يزيد، قال: قلت لابى ابراهيم عليه السلام، أسألك عن مسألة، فقال عليه السلام: سل، قلت: لم باع امير المؤمنين صلوات

اللّه و سلامه علیه امهات الاولاد؟ قال علیه السلام: فی فکاک رقابهن، قلت فکیف ذلک) ای کیف یکون الامر حتی یکون البیع جائزا (قال: ایما رجل اشتری جاریهٔ، فاولدها، و لم یؤدّ ثمنها، و لم یدع من المال ما یؤدّی عنه) ثمن الجاریهٔ (اخذ منها ولدها، و بیعت، و ادّی ثمنها، قلت ف) هل (تباع فیما سوی ذلک من دین قال علیه السلام: لا و فی روایهٔ اخری لعمر بن یزید، عن ابی الحسن علیه السلام، قال سألته عن) بیع (أمّ الولد) هل (تباع فی الدین؟ قال: نعم، فی ثمن رقبتها و) لا یخفی ان (مقتضی اطلاقها) لانها لم تقید البیع بما بعد موت المولی (بل اطلاق الصحیحهٔ- کما قیل-) ان لها اطلاقا یشمل حالتی الحیاهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۵۹

ثبوت الجواز مع حیاهٔ المولی، کما هو مذهب الاکثر، بل لم یعرف الخلاف فیه صریحا، نعم: تردد فیه الفاضلان و عن نهایهٔ المرام، و الکفایهٔ ان المنع نادر، لکنه لا یخلو عن قوهٔ.

و ربما یتوهم القوهٔ من حیث توهم تقییدها بالصحیحهٔ السابقهٔ بناء علی اختصاص الجواز فیها بصورهٔ موت المولی، کما یشهد به قوله علیه السلام فیها و لم یدع من المال الخ، فیدل علی نفی الجواز عما سوی هذا الفرد.

و الموت و ان کان الظاهر انه لا اطلاق لها، لظاهر قوله «و لم یدع من المال».

اما القائل بالإطلاق، فکانه فهم ان القید غالبی لا انه قید احترازی (ثبوت الجواز) لبیع الامهٔ (مع حیاهٔ المولی، کما هو مذهب الاکثر، بل لم یعرف الخلاف فیه صریحا، نعم: تردد فیه الفاضلان) المحقق و العلامهٔ (و عن نهایهٔ المرام، و الکفایهٔ) للسبزواری (ان المنع) قول (نادر، لکنه لا یخلو عن قوهٔ) التقویهٔ من النهایهٔ و الکفایهٔ- لا من المصنف کما لا یخفی-.

(و ربما یتوهم القوهٔ من حیث توهم تقییدها) ای روایهٔ عمر بن یزید (بالصحیحهٔ السابقهٔ) ای صحیحهٔ عمر أیضا (بناء اعلی اختصاص الجواز فیها) ای فی الصحیحهٔ (بصورهٔ موت المولی) فالروایهٔ مقیدهٔ بالصحیحهٔ (کما یشهد به) ای بان الصحیحهٔ خاصهٔ بصورهٔ الموت (قوله علیه السلام فیها) ای فی الصحیحهٔ (و لم یدع من المال الخ، فیدل) هذا القید (علی نفی الجواز عما سوی هذا الفرد) و هو حالهٔ حیاهٔ المولی، و انما یکون هذا القید فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۰

اما لورودها فی جواب السؤال عن موارد بیع امهات الاولاد، فیدل علی الحصر.

و اما لان نفی الجواز فی ذیلها فیما سوی هذه الصورهٔ یشمل بیعه فی الدین مع حیاهٔ المولی.

و اندفاع التوهم بکلا وجهیه واضح.

الصحیحهٔ احترازیا.

(اما لورودها فی جواب السؤال عن موارد بیع امهات الاولاد، فیدل علی الحصر) لانه حینئذ فی مقام التحدید، و مقام التحدید دال علی الحصر.

(و اما لان نفی الجواز فی ذیلها) حیث قال الراوی: قلت فتباع فیما سوی ذلک من دین؟ قال لا (فیما سوی هذه الصورهٔ) ای صورهٔ موت المولی (یشمل بیعه فی الدین مع حیاهٔ المولی) فحیاهٔ المولی خارجهٔ عن جواز البیع، اما مفهوما، و اما منطوقا.

(و اندفاع التوهم بکلا وجهیه واضح).

اما اندفاع التوهم الاول، فلان الکلام لیس فی موارد جواز بیع أمّ الولد مطلقا حتی یکون التقیید ذا مفهوم، و انما الکلام فی مورد بیع امیر المؤمنین علیه السلام أمّهات الاولاد.

و اما اندفاع التوهم الثانی: فلان قوله «فیما سوی ذلک» کما یحتمل ان یکون المراد منه سوی حالهٔ الموت- فیکون له مفهوم بعدم

الجواز فی حالة الحیاة- کذلک یحتمل ان یکون المراد منه سوی حالة الدین المتعلق برقبتها، فیشمل حالة الحیاة و الموت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۱

نعم: یمکن ان یقال فی وجه القوة بعد الغضّ عن دعوی ظهور قوله تباع، الظاهر فی الدین فی کون البائع غیر المولی فیما بعد الموت ان النسبة بینها و بین روایة ابن مارد المتقدمة، عموم من وجه.

و لا یخفی علیک عدم وضوح اندفاع التوهم لما یرد علی الاندفاعین من الاشکال.

(نعم: یمکن ان یقال فی وجه القوة) ای قوة اختصاص جواز البیع بما بعد الموت (بعد الغضّ) و الاغماض (عن دعوی ظهور قوله: تباع، الظاهر فی الدین فی کون البائع غیر المولی) «فی» متعلق ب «ظهور» (فیما بعد الموت) ای کون البیع بعد الموت.

و انما کان ظاهرا فی ذلک، لان «تباع» بصیغة المجهول یدل علی مجهولیة البائع، و لو کان البائع المولی لم یکن وجه للاتیان به مجهولا، بل مقتضی الکلام ان یقول «بیعه».

و انما قال «بعد الغض» لانه لو أردنا ان نأخذ بهذا الظاهر، و لم نغض عنه، یکون هذا منافیا لروایة ابن مارد، لا اعم من وجه، اذ ظاهر روایة ابن مارد البیع فی حال الحیاة، لانه قال «إنشاء باعها» فان کان ظاهر «تباع» فی هذه الروایة: البیع بعد الموت، تکون النسبة بین الروایتین التنافی و المباینة، لا العموم من وجه (ان النسبة بینها) ای بین صحیحة عمر (و بین روایة ابن مارد المتقدمة، عموم من وجه).

اذ الصحیحة شاملة لحالة الموت و الحیاة، لکنها خاصة بثمن الرقبة.

و روایة ابن مارد شاملة لثمن الرقبة و غیره، لکنها خاصة بحالة الحیاة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۲

فیرجع الی اصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع علیها.

نعم ربما یمنع عموم القاعدة علی هذا الوجه بحیث یحتاج الی المخصص.

فیقال بمنع الاجماع فی محل الخلاف، سیما مع کون المخالف جل المجمعین بل کلهم الا نادر.

و حینئذ فالمرجع الی قاعدة: سلطنة الناس علی اموالهم.

(ف) فی مورد الاجتماع و هو ثمن الرقبة فی حال الحیاة، حیث تجتمع الروایتان، و احداهما یجوز البیع، و الاخری تمنع البیع (یرجع الی اصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع علیها) و هی قاعدة المنع عن بیع أمّ الولد، الا ما خرج.

(نعم ربما یمنع عموم القاعدة علی هذا الوجه) ای عموما یشمل حتی مثل حالة المولی فیما لو اراد ان یبیعها فی دین نفسها (بحیث تحتاج) القاعدة المانعة (الی المخصص) لجواز بیعها فی هذه الصورة.

(فیقال) فی وجه شمول القاعدة لهذه الصورة (بمنع الاجماع) علی عدم جواز البیع (فی محل الخلاف) و هو صورة حیاة المولی (سیما مع کون المخالف) ای الّذی یجوز البیع- مخالفا للمنع عن بیعها فی هذه الصورة- (جل المجمعین بل کلهم الا نادر) فکیف یتحقق الاجماع علی المنع فی هذه الصورة.

(و حینئذ) ای حین منع الاجماع (فالمرجع) فی صورة حیاة المولی (الی قاعدة: سلطنة الناس علی اموالهم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۳

لکن التحقیق خلافه، و ان صدر هو عن بعض المحققین لان المستفاد من النصوص و الفتاوی: ان استیلاد الامة یحدث لها حقا مانعا عن نقلها الا اذا کان هناک حق اولی منه بالمراعات.

و ربما توهم معارضة هذه القاعدة وجوب اداء الدین، فیبقی قاعدة السلطنة، و اصالة بقاء جواز بیعها فی ثمن رقبتها قبل الاستیلاد.

و لا يعارضها اصالة بقاء المنع حال الاستيلاد، قبل العجز عن ثمنها،

و عليه فيجوز بيع الامة فى ثمن رقبتها.

(لكن التحقيق خلافه، و ان صدر هو عن بعض المحققين) و هو صاحب المقابيس كما قيل (لان المستفاد من النصوص و الفتاوى: ان استيلاد الامة يحدث لها حقا مانعا عن نقلها الا اذا كان هناك حق اولى منه) اى من حقها (بالمراعات) و لم يعلم ان الحق فى حال حياة المولى اولى من حقها.

(و ربما توهم معارضة هذه القاعدة) اى قاعدة حق الامة مع حق (وجوب اداء الدين) الّذى هو حق للبائع فيتساقطان (فيبقى قاعدة السلطنة) للمولى على ماله (و) قاعدة (اصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبتها قبل الاستيلاد) «قبل» ظرف «لجواز» اى استصحاب الجواز، فيرجع إليهما فيجوز بيعها.

(و لا يعارضها) اى لا يعارض اصالة نقل بقاء جواز البيع (اصالة بقاء المنع حال الاستيلاد، قبل العجز عن ثمنها).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۶۴

لان بيعها قبل العجز ليس بيعها فى الدين كما لا يخفى.

و يندفع اصل المعارضة بان ادلة وجوب اداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية.

و الشرعية،

فهنا استصحابان، استصحاب المنع الّذى كان قبل العجز، و استصحاب الجواز الّذى كان قبل الاستيلاد.

لكن استصحاب المنع لا يعارض استصحاب الجواز (لان بيعها قبل العجز ليس بيعا فى الدين) فتبدل الموضوع بالنسبة الى المنع، فالمرأة قبل العجز غير المرأة بعد العجز.

و الدليل انما دلّ على عدم الجواز فى صورة عدم العجز، بان لم يكن بيعها لاجل الدين، فاذا تبدل الموضوع لم يكن مجال لاستصحاب المنع، و يبقى استصحاب جواز البيع قبل الاستيلاد بلا معارض (كما لا يخفى) هذا كلام من اجاز البيع حال الحياة.

(و يندفع) هذا التوهم الّذى توهمه مجيز البيع حال الحياة (اصل المعارضة) اى التعارض بين قاعدة حق المستولدة فى نفسها المانع عن بيعها، و بين قاعدة وجوب اداء الدين (بان ادلة وجوب اداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية) فاذا لم يكن للانسان قدرة عقلية، لم يجب اداء الدين.

(و) القدرة (الشرعية) فانه اذا قدر عقلا لكنه كان مالكا للمستثنيات لم يجب شرعا بيعها و اداء الدين من ثمنها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۶۵

و قاعدة المنع ينفى القدرة الشرعية كما فى المرهون، و الموقوف.

فالاولى فى الانتصار لمذهب المشهور ان يقال: برجحان اطلاق رواية عمر بن يزيد على اطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها فى ثمن رقبتها، كما يشهد به قوله عليه السلام: فتمكث عنده ما شاء اللّه لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها، ثم يبدو له فى بيعها،

(و قاعدة المنع) المستفادة من ان لها حقا فى نفسها بمجرد الاستيلاد (ينفى القدرة الشرعية) فان الشارع اذا قال: لا تبع الشيء الفلانى، فانه لا قدرة للانسان على اداء الدين فحاله كما لو كان مديونا و له وقف، فان منع الشارع عن بيع الوقف، يمنع عن كونه قادرا على اداء الدين.

اذا لا معارضة بين القاعدتين، و انما المقدم منهما قاعدة المنع (كما فى المرهون و الموقوف) فان ملك الانسان لهما، لا يوجب جواز

بیعها فی اداء الدین.

(فالاولی فی الانتصار لمذهب المشهور) القائلین بجواز بیع أمّ الولد فی حال حیاة المولی (ان یقال: برجحان اطلاق روایة عمر بن یزید) الدالة علی الجواز (علی اطلاق روایة ابن مارد) و ان کان بینهما عموم من وجه (الظاهر) ذلک الاطلاق فی روایة ابن مارد (فی عدم کون بیعها فی ثمن رقبتها، کما یشهد به) ای عدم کون البیع فی ثمن الرقبة (قوله علیه السلام: فتمکث عنده ما شاء الله لم تلد منه شیئا بعد ما ملکها، ثم یبدو له فی بیعها).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۶

مع ان ظاهر البداء فی البیع ینافی الاضطرار إلیه لاجل ثمنها.

و بالجملة فبعد منع ظهور سیاق الروایة فیما بعد الموت، لا اشکال فی رجحان دلالتها علی دلالة روایة ابن مارد علی المنع کما یظهر بالتأمل.

مضافا الی اعتضادها بالشهرة المحققة، و المسألة محل اشکال.

ثم علی المشهور من الجواز فهل یعتبر فیه عدم ما یفی به الدین،

و قوله: الظاهر، اشارة الی وجه رجحان اطلاق روایة عمر علی روایة ابن مارد

هذا (مع ان ظاهر البداء فی البیع) حیث قال علیه السلام:

یبدو له فی بیعها (ینافی الاضطرار إلیه) ای الی البیع (لاجل ثمنها) و الا لعبر بانه اضطر.

و هذا وجه اخر لتقدیم روایة عمر علی روایة ابن مارد.

(و بالجملة فبعد منع ظهور سیاق الروایة) ای روایة عمر (فیما بعد الموت، لا اشکال فی رجحان دلالتها علی دلالة روایة ابن مارد علی المنع) متعلق ب «دلالة» (کما یظهر بالتأمل).

و وجهه ما ذکرناه، مما اشار إلیه بقوله «الظاهر فی عدم کون بیعها .. الخ».

(مضافا الی اعتضادها) ای روایة عمر الصحیحة (بالشهرة المحققة) القائلة بجواز البیع حال حیاة المولی (و المسألة) بعد (محل اشکال) لو لا الشهرة.

(ثم علی المشهور من الجواز) ای جواز بیع المولی امته المستولدة لاداء دین رقبتها اذا لم یجد المولی ما یؤدی به دینها (فهل یعتبر فیه) ای فی الجواز (عدم) وجدان المولی (ما یفی به الدین،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۷

و لو من المستثنیات، کما هو ظاهر اطلاق کثیر، او مما عداها کما عن جماعة الاقوی هو الثانی، بل لا یبعد ان یکون ذلک مراد من اطلق، لان الحکم بالجواز فی هذه الصورة فی النص و الفتوی مسوق لبیان ارتفاع المانع عن بیعها من جهة الاستیلاد، فتکون ملکا طلقا، کسائر الاملاک التی یؤخذ

و لو من المستثنیات، کما هو ظاهر اطلاق کثیر)

فاللازم ان لا یکون للمولی ای شیء، لا من مستثنیات الدین، و لا من غیر المستثنیات حتی یجوز له بیع المستولدة (او مما عداها) ای ما عدا المستثنیات، فاذا کان عنده المستثنیات، و لم یکن عنده غیرها، جاز بیعها، لان المستثنیات لا تباع فی الدین، فوجودها غیر ضارّ بجواز بیع المستولدة (کما عن جماعة الاقوی هو الثانی) فیجوز بیعها و ان کان عنده المستثنیات (بل لا یبعد ان یکون ذلک) ای «عدم وجود ما عدا المستثنیات» (مراد من اطلق) و قال: یجوز البیع اذا لم یکن عند المولی شیء.

فمراده ب «شیء» ما عدا المستثنیات.

و انما قلنا «الاقوی الثانی» (لان الحکم بالجواز) ای جواز بیع المستولدة (فی هذه الصورة) ای صورة بیعها لاجل اداء دین رقبتها (فی النص و الفتوی مسوق لبیان ارتفاع المانع عن بیعها من جهة الاستیلاد) ای ان الاستیلاد اوجب مانعا عن بیعها، فاذا لم یکن للمولی شیء یؤدی به ثمنها ارتفع المانع و جاز البیع (فتکون) الامة فی هذا الحال الّذی ارتفع المانع (ملکا طلقا، کسائر الاملاک التی یؤخذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۸

المالک بیعها من دون بیع المستثنیات.

فحاصل السؤال فی روایة عمر بن یزید انه هل تباع أمّ الولد فی الدین؟ علی حد سائر الاموال التی تباع فیه.

و حاصل الجواب تقریر ذلک فی خصوص ثمن الرقبة فیکون ثمن الرقبة بالنسبة الی أمّ الولد، کسائر الدیون بالنسبة الی سائر الاموال

المالک) ای یجب علی المالک (بیعها من دون بیع المستثنیات) ای من دون ان یؤخذ المالک ببیع المستثنیات.

و ان شئت قلت: المستفاد من دلیل المستثنیات، ان الشارع لم یعتبرها ما لا یؤدی به الدین، فهذا المولی لا مال له- و ان کان له المستثنیات-.

و اذا لم یکن له مال صدق علیه قوله علیه السلام «و لم یدع من المال ما یؤدی عنه»

(فحاصل السؤال، فی روایة عمر بن یزید انه هل تباع أمّ الولد فی الدین؟ علی حد) و مثل (سائر الاموال التی تباع فیه) ای فی الدین و من المعلوم ان المستثنیات لا تباع فی الدین.

(و حاصل الجواب تقریر ذلک) ای جواز البیع (فی خصوص ثمن الرقبة فیکون ثمن الرقبة بالنسبة الی أمّ الولد) لا کلّ دین علی المولی (کسائر الدیون) التی تجوّز بیع مال المولی (بالنسبة الی سائر الاموال) للمولی.

فالفارق فقط: هو ان بیع أمّ الولد فی دین رقبتها و بیع سائر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۶۹

و مما ذکرنا یظهر: انه لو کان نفس أمّ الولد مما یحتاج إلیه المولی للخدمة فلا تباع فی ثمن رقبتها، لان غایة الامر کونها بالنسبة الی الثمن کجاریة اخری یحتاج إلیها.

و مما ذکرنا یظهر الوجه فی استثناء الکفن و مئونة التجهیز، فاذا کان للمیت

الاموال فی کل دین.

اما لزوم ان یکون خارجا من المستثنیات فهذا مشترک بین أمّ الولد و غیر أمّ الولد، ای لا تباع المستثنیات لا فی دین رقبة أمّ الولد، و لا فی دین آخر من سائر دیون المولی.

(و مما ذکرنا) من ان وجود المستثنیات لا یضرّ بجواز بیع أمّ الولد (یظهر: انه لو کان نفس أمّ الولد مما یحتاج إلیه المولی للخدمة، فلا تباع فی ثمن رقبتها) بل یبقی الدین علی المولی حتی یؤدی من مکان آخر.

نعم تباع بعد موت المولی (لان غایة الامر فی) حال احتیاج المولی إلیها (کونها) ای أمّ الولد (بالنسبة الی الثمن) ای ثمن نفسها (کجاریة اخری یحتاج) المولی (إلیها)

فکما لا تباع تلک الجاریة لاداء ثمن أمّ الولد، کذلک لا تباع أمّ الولد لاداء ثمن نفسها.

(و مما ذکرنا) من ان أمّ الولد تباع، و لا تباع مستثنیات الدین (یظهر الوجه فی استثناء الکفن و مئونة التجهیز) الواجبة (فاذا کان للمیّت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۰

كفن، و أمّ ولد بیعت فی الدین، دون الكفن، اذ یصدق ان المیّت لم یدع ما یؤدی عنه الدین عداها لان الكفن لا یؤدّی عنه الدین.

ثم انه لا فرق بین كون ثمنها بنفسه دینا للبائع، او استدان الثمن، و اشتری به.

اما لو اشتری فی الذمة ثم استدان ما اوفی به البائع، فلیس بیعها بیعها فی ثمن رقبتها بل ربما تامل فی ما قبله، فتأمل.

كفن، و أمّ ولـد) و كان المیّت مدیونا لثمنها (بیعت) أمّ الولد (فی الدین دون الكفن) بل یكفن به المیّت (اذ یصدق ان المیّت لم یدع ما یؤدی عنه الدین عداها) ای عدا أمّ الولد (لان الكفن لا یؤدّی عنه الدین) فحاله حال المستثنیات.

(ثم انه لا ـ فرق) فی بیع أمّ الولـد فی ثمن رقبتهـا (بین كون ثمنها بنفسه دینا للبائع) بان اشتراها بالذّمـة (او اسـتدان الثمن، و اشتری به) لصدق الدلیل الدالّ علی انه ثمن لنفسها.

(اما لو اشتری) الامة (فی الذمة ثم استـدان ما اوفی به البائع ف) هل تباع، أم لا؟ یحتمل العدم، لانه (لیس بیعها فی ثمن رقبتها) بل فی دین آخر علی المشتری لانسـان آخر غیر البـائع (بـل ربمـا تأمـل فی) جواز بیعهـا فی صورة (مـا قبله) ای اذا اسـتدان الثمن و اشتری به (فتأمل) اذ یصـدق فی جمیع الصورة انه دین رقبـة الامـة، حتی اذا دار الدین دورات متعددة، كما لو اشتری الامة فی الذمة ثم اسـتدان دارا و باعها، و ادّی بثمنها ثمن الامة- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۹، ص: ۱۷۱

و لا فرق بین بقاء جمیع الثمن فی الذمة، او بعضه و لا بین نقصان قیمتها عن الثمن او زیادتها علیه.

نعم لو امكن الوفاء ببیع بعضها اقتصر علیه كما عن غایة المراد التصریح به.

و لو كان الثمن مؤجّلا، لم یجز للمولی بیعها قبل حلول الاجل و ان كان مأیوسا عن الاداء عند الاجل.

(و لا فرق) فی جواز بیعها (بین بقاء جمیع الثمن فی الذمة، او بعضه) كما لو اشتری الامة بمائة و نقد منها تسعین، و بقی عشرة فی ذمته لاطلاق النص و الفتوی (و لا بین نقصان قیمتها عن الثمن او زیادتها علیه) كما لو نقصت قیمـة الامـة الآن عن قیمتها التی اشتریت بها، فكانت قیمتها وقت الاشتراء مائة، و الآن تسوی خمسین، او بالعكس.

(نعم لو امكن الوفاء ببیع بعضـها اقتصـر علیه) لان الاصل عـدم الجواز الا بمقدار الضـرورة بعد ما علمنا من الشارع نفرة عن بیعها (كما عن غایـة المراد التصـریح به) و هل انه لو امكن ایجارها او عملها حتی یوفر الثمن جاز البیع أم لا؟ احتمالان، من: اطلاق الادلـة، و من العلة المذكورة من الاقتصار بمقدار الضرورة.

ثم لو امكن بیعها ممن تنعتق علیه و من غیره، فهل یقدم الاول أمّ هما متساویان؟ احتمالان.

(و لو كان الثمن مؤجّلا لم یجز للمولی بیعها قبل حلول الاجل و ان كان) المولی (مأیوسا عن الاداء عند الاجل) اذ الضرورات تقدر

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۹، ص: ۱۷۲

و فی اشتراط مطالبة البائع، او الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلّم.

او الفرق بین رضاه بالتأخیر، و اسقاطه لحق الحلول، و ان لم یسقط بذلك و بین عدم المطالبة فیجوز فی الثانی دون الاول.

وجوه، احوطها الاول.

و مقتضی الاطلاق الثانی.

بقدرها.

لكن لو خاف عدم الاشتراء عند الاجل، او خاف موت الجاریة اذا صبر علیها الی ذلك الوقت، او خاف نقص قیمتها بما لا یتمكن سدّ

البقیة احتمل جواز البیع، لاطلاق الادلة المجوزة.

(و فی اشتراط مطالبة البائع) فی جواز البیع (او الاکتفاء باستحقاقه) ای استحقاق البائع الثمن (و لو امتنع) البائع (عن التسلّم) للمال- و لو وصلیة-.

(او الفرق بین رضاه) ای البائع (بالتأخیر و اسقاطه لحق الحلول و ان لم یسقط) الحق (بذلک) ای بالاسقاط (و بین عدم المطالبة فیجوز) البیع (فی الثانی دون الاول)

(وجوه، احوطها الاوّل) ای اشتراط مطالبة البائع.

(و مقتضی الاطلاق الثانی) اذ اطلاق الادلة المجوزة شامل لجمیع صور الاستحقاق.

اللهم الا ان یقید بدلیل: الضرورات تقدر بقدرها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۳

و لو تبرع متبرع بالاداء فان سلّم الی البائع، برئت ذمة المشتری و لا یجوز بیعها.

و ان سلّم الی المولی، او الورثة ففی وجوب القبول نظر.

و کذا لو رضی البائع باستسعائها فی الاداء.

و لو دار الامر بین بیعها ممن ینعتق علیه، او بشرط العتق و بیعها من غیره ففی وجوب تقدیم الاول وجهان.

(و لو تبرع متبرع بالاداء) لثمن الجاریة (فان سلّم) الثمن (الی البائع، برئت ذمة المشتری، و لا یجوز بیعها) حینئذ لانتفاء الموضوع الموجب لانتفاء الحکم.

(و ان سلّم) الثمن (الی المولی، او) الی (الورثة) بعد موت المولی (ففی وجوب القبول نظر) اذ القبول نوع اکتساب، و لم یدل الدلیل علی انه یجب الاکتساب لاداء الثمن.

(و کذا لو رضی البائع باستسعائها فی الاداء) بان لا یبیعها المولی، و انما تسعی هی لاداء ثمنها، فانه لا دلیل علی انه یجب علی المولی القبول.

بل اطلاق ادلة جواز البیع یدل علی عدم وجوب الاستسعاء.

(و لو دار الامر بین بیعها ممن ینعتق علیه) کالعمودین (او) بیعها (بشرط العتق) بان کان هناک مشتر یشتریها و یشترط علیه ان یعتقها و مشتر آخر لا یقبل هذا الشرط (و بیعها من غیره) الّذی لا یعتقها و لا تنعتق علیه (ففی وجوب تقدیم الاول وجهان) من اطلاق الادلة، فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۴

و لو ادی الولد ثمن نصیبه انعتق علیه و حکم الباقی یعلم من مسائل السرایة.

و لو ادّی ثمن جمیعها، فان اقبضه البائع فکالمتبرع و ان کان بطریق الشراء ففی وجوب قبول ذلک علی الورثة نظر، من الاطلاق و من الجمع بین حقی الاستیلاد و الدّین.

یجب، و من ان العتق اقرب الی میل الشارع و رغبته فیجب.

(و لو ادی الولد ثمن نصیبه) بعد موت المولی الوالد، بان ادّی ثمن المقدار الّذی یرثه منها- علی تقدیر الارث- (انعتق علیه) لان الولد لا یملک اباه او أمه (و حکم الباقی) الّذی لم ینعتق (یعلم من مسائل السرایة) فان بناء العتق علی التغلیب.

فربما نقول بذلک فاللازم حینئذ عتق الامة کلا، و السعی فی ثمن الباقی.

و ربما لا نقول بذلک فاللازم بیع الباقی و اداء باقی الثمن للبائع.

(و لو ادّی) ولدها (ثمن جمیعها، فان اقبضه البائع فکالمتبرع) تنعتق هی (و ان کان بطریق الشـراء) بان اراد الولد شـراء أمه من المولی، او الورثـة (ففی وجوب قبول ذلک علی الورثة نظر، من الاطلاق) ای اطلاق الادلة الدالة علی ان المولی او الورثة یجوز لهم البیع لکل من أرادوا فلا یجب علیهم بیعها من ولدها لتنعتق (و من الجمع بین حقی الاستیلاد) المقتضـی لحبلها بحیث تنعتق (و الدّین) المقتضـی لبیعها لاداء ثمنها الی البائع، فاللازم علی هذا بیعها من ولدها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۵

و لو امتنع المولی من اداء الثمن من غیر عذر فلجواز بیع البائع لها مقاصّة مطلقا او مع اذن الحاکم وجه.

و ربما یستوجبه خلافه لان منع البیع لحق أمّ الولد، فلا یسقط بامتناع المولی.

و لظاهر الفتاوی.

و تغلیب جانب الحریة و فی الجمیع نظر

(و لو امتنع المولی من اداء الثمن) لهـا (من غیر عـذر) بـان کان متمکنا، و لکنه لم یؤدّ عصـیانا (فلجواز بیع البائع لها مقاصّـة) لاخـذ ما یطلبه (مطلقا) و لو بدون اذن الحاکم الشرعی (او مع اذن الحاکم وجه).

اذ من المحتمل لزوم استیذان الحاکم فی کل مقاصّة فهنا یجب أیضا.

و من المحتمل عدم وجوب استیذانه مطلقا فهنا لا یجب أیضا.

(و ربمـا یسـتوجبه) ای یقـال الاـوجه (خلاـفه) ای عـدم جواز بیع أمّ الولـد مقاصّـة، حتی باذن الحاکم (لان منع البیع) انما هو (لحق أمّ الولد، فلا یسقط بامتناع المولی) لانه لٰا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ.

(و لظاهر الفتاوی) الدالة علی انه لاتباع الا فی ثمن نفسها فی صورة عدم المولی.

(و) ل (تغلیب جانب الحریة) المقتضی لعدم جواز مقاصّة البائع من نفس أمّ الولد (و فی الجمیع نظر).

اذ یرد علی الاول: ان حق البائع مقدم علی حقی أمّ الولد و المولی.

و علی الثانی: ان الفتاوی انما هی فی صورة اقدام المولی للاعطاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۶

و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها فی عقد مساومتها و ان کان صلحا.

و فی الحاق الشرط المذکور فی متن العقد بالثمن، کما اذا اشترط الانفاق علی البائع مدة معینة اشکال.

و علی العدم لو فسخ البائع

اما صورة عدم اقدامه فلا وجه، لسقوط حق البائع.

و علی الثالث: انه لا دلیل بتغلیب جانب الحریة مطلقا حتی فی امثال هذه المسألة، هذا.

و لکن للقائل فی المسألـة مجال واسع (و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها فی عقد مساومتها) ای حین ارید التبادل و انتقالها الی المولی الجدید (و ان کان) العقد (صلحا) لوضوح ان لیس المراد الاشتراء بما هو اشتراء، بل العرف یری ان الاشتراء فرد من افراد الکلّی.

(و فی الحاق الشـرط المذکور) ای الشـرط الّذی یذکر (فی متن العقد بالثمن، کما اذا اشترط الانفاق علی البائع مدة معینة) فی ضـمن اشترائها، کما لو اشتراها بمائة بشـرط ان ینفق علی البائع سـنة کاملة مما یوجب ان یخسر المشتری مائة اخری أیضا، فلم یکن للمشتری هـذه المائـة، فهل له ان یبیع الامة لسد هذه النفقة (اشـکال) من انه کالثمن فیجوز البیع، و من ان المال الآتی علی ذمة المشتری بسبب

الشرط لا یسمی ثمنا، فلا یجوز البیع.

(و علی العدم) بان قلنا: ان الشرط لا یلحق بالثمن، فلا یجوز للمشتری بیعها (لو فسخ البائع) حیث رأی ان المشتری بالشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۱۷۷

فان قلنا: بعدم منع الاستیلاد من الاسترداد بالفسخ استردت.

و ان قلنا: بمنعه عنه فینتقل الی القیمة.

و لو قلنا بجواز بیعها حینئذ فی اداء القیمة، امکن القول بجواز استردادها، لان المانع عنه هو عدم انتقالها، فاذا لم یکن بدّ من نقلها لاجل القیمة، لم یمنع علی ردّها الی البائع، کما لو بیعت علی البائع فی

(ف) هل یتمکن البائع من فسخ المعاملة و استرداد الامة و قد استولدها المشتری، أم لا؟ احتمالان.

ف (ان قلنا: بعدم منع الاستیلاد من الاسترداد بالفسخ) فی کل مکان کان للبائع الفسخ (استردت) بعد ان فسخ البائع المعاملة.

(و ان قلنا: بمنعه) ای الاستیلاد (عنه) ای عن الاسترداد (فینتقل الی القیمة) فاذا لم یف المشتری بالشرط، و فسخ البائع، اخذ القیمة من المشتری، لکن لما کان المشتری غیر قادر علی اعطاء القیمة کان له ان یبیع الجاریة، و یصدق انها بیعت فی ثمن رقبتها.

(و لو قلنا بجواز بیعها حینئذ فی اداء القیمة) لدلالة النص و الفتوی علیه (امکن القول بجواز استردادها) فاذا فسخ البائع استردها من دون حاجة الی القول باسترداد القیمة و بیعها، لرد المشتری القیمة الی البائع (لان المانع عنه) ای عن الاسترداد (هو عدم انتقالها) من ملک المشتری الّذی اولدها (فاذا لم یکن بدّ) و علاج (من نقلها لاجل القیمة، لم یمنع عن ردّها الی البائع) اذ لا فرق بین الانتقالین (کما لو بیعت علی البائع فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۱۷۸

ثمن رقبتها.

هذا مجمل القول فی بیعها فی ثمنها.

و اما بیعها فی دین آخر.

فان کان مولاها حیا، لم یجز اجماعا علی الظاهر المصرح به فی کلام بعض.

و ان کان بعد موته، فالمعروف من مذهب الاصحاب المنع أیضا، لاصالة بقاء المنع فی حال الحیاة.

ثمن رقبتها).

(هذا مجمل القول فی بیعها فی ثمنها).

و هناک فروع اخر اضرب عنها المصنف «ره» و السکوت عنها اجمل، لان المسألة خارجة عن محل الاستیلاد فعلا، و ان کانت فی زمن وجود العبید و الاماء من اکثر المسائل دورا، و الله المستعان.

(و اما بیعها فی دین آخر) کما لو کان المولی مدیونا لاجلها، او لاجل غیرها، مثلا کان مدیونا فی نفقات شفائها من المرض، او نفقات نفس المولی.

(فان کان مولاها حیا، لم یجز اجماعا علی الظاهر المصرح به) ای بالاجماع (فی کلام بعض) لان الکلی المذکور فی الروایات المانع عن بیعها شامل لهذا الفرد أیضا.

(و ان کان بعد موته، فالمعروف من مذهب الاصحاب المنع أیضا، لاصالة بقاء المنع فی حال الحیاة) «فی» متعلق ب «المنع» ای استصحاب المنع الی ما بعد الموت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۷۹

و لاطلاق روایتی عمر بن یزید المتقدمتین منطوقا و مفهوما.

و بهما یخصّص ما دل بعمومه علی الجواز، مما یتخیل صلاحیته لتخصیص قاعدة المنع عن بیع أمّ الولد، کمفهوم مقطوعة یونس فی أمّ ولد لیس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها، و لم یعتقها، هل یجوز لاحد تزویجها؟ قال: لا، لا یحل لاحد تزویجها الا بعتق من الورثة

و ان کان لها ولد، و لیس علی المیّت دین، فهی للولد، و اذا ملکها الولد عتقت بملک

(و لاطلاق روایتی عمر بن یزید) الصحیحة، و غیرها (المتقدمتین) فی مسألة البیع فی ثمن نفسها (منطوقا و مفهوما)

فان الصحیحة کانت صریحة فی عدم جواز البیع فی سائر الموارد و الروایة کانت دالّة بالمفهوم.

(و بهما یخصّص ما دل بعمومه علی الجواز، مما یتخیل صلاحیته لتخصیص قاعدة المنع عن بیع أمّ الولد) و ما یتخیل صلاحیة، هو (کمفهوم مقطوعة یونس فی أم ولد لیس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها، و لم یعتقها، هل یجوز لاحد تزویجها؟ قال: لا، لا یحل لاحد تزویجها الا بعتق من الورثة)

المراد التزویج بدون رضایة الورثة، فان ذلک لا یصح الا بعد عتقها اما تزویجها باجازة الموالی ای الورثة فان ذلک لا یحتاج الی العتق

(و ان کان لها ولد، و لیس علی المیّت دین، فهی للولد) من باب إرثه عن والده (و اذا ملکها الولد) بالارث (عتقت ب) مجرد (ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸۰

ولدها لها، و ان کانت بین شرکاء، فقد عتقت من نصیبه و تستسعی فی بقیة ثمنها خلافا للمحکی عن المبسوط، فجوّز البیع حینئذ مع استغراق الدین.

و الجواز ظاهر اللّمعتین، و کنز العرفان، و الصیمری، و لعل وجه تفصیل الشیخ: ان الورثة لا یرثون مع الاستغراق، فلا سبیل الی انعتاق أمّ الولد الّذی

ولدها لها، و ان کانت) الامة (بین شرکاء، فقد عتقت من نصیبه) ای نصیب ولدها، کما لو کان المشترک فیها ولدها، و ورثة آخرین للمولی (و تستسعی) الامة (فی بقیة ثمنها) ای بقایا ثمن رقبتها، فان مفهوم قوله علیه السلام «و لیس علی المیت دین» انه لو کان علیه دین، لم تکن هی للولد، بل تصرف فی الدین.

و هذا مطلق شامل لما یکون الدین فی ثمن رقبتها، او کان فی جهة اخری (خلافا للمحکی عن المبسوط، فجوّز البیع حینئذ) ای حین کان المولی مدیونا لدین آخر غیر ثمن رقبتها (مع استغراق الدین) بان کان الدین مثلا الفا، او اکثر، و ثمنها الفا.

(و الجواز ظاهر اللّمعتین، و کنز العرفان، و الصیمری، و لعل وجه تفصیل الشیخ) بین الدین المستغرق فیجوز بیعها، و بین الدین غیر المستغرق، فلا یجوز بیعها (ان الورثة لا یرثون مع الاستغراق) ای استغراق الدین لثمن الامة (فلا سبیل الی انعتاق أمّ الولد) اذ المال یبقی فی ملک المیت، و ینتقل الی الدیان لا الی الورثة (الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸۱

هو الغرض من المنع عن بیعها.

و عن نکاح المسالک: ان الاقوی انتقال الترکة الی الوارث مطلقا

و ان منع من التصرف بها علی تقدیر استغراق الدین فینعتق نصیب الولد منها کما لو لم یکن دین، و یلزمه اداء قیمة النصیب من ماله

و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك

صفة «انعتاق» (هو الغرض من المنع عن بيعها) اذ لو لا قصد الانعتاق فبایّ سبب آخر يمنع بيعها.

و هذا بخلاف ما اذا لم يكن الدين مستغرقا، كما لو كان الدين الفا، و الامة بالف و مائة، فانه يكون لولدها نصيب، و بذلك النصيب تنعتق منها بقدر حصته، فلا يجوز البيع لان بناء الحرية على التغليب و اللازم ان تستسعى فى بقية الثمن.

(و عن نكاح المسالك: ان الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا) سواء كان الدين مستغرقا، أم لا؟

(و ان منع من التصرف بها) اى بالتركة (على تقدير استغراق الدين) كسائر الاملاك المحجورة على اربابها (فينعتق نصيب الولد منها) اى من الامّ المستولدة (كما لو لم يكن دين، و يلزمه) اى الولد (اداء قيمة النصيب من ماله) لان المفروض ان المال كله يجب ان يصرف فى الدّيان.

(و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك) فيقال: بان مقتضى القاعدة ما ذكره الشيخ من: انه مع استغراق الدين لا سبيل لانعتاق أمّ الولد،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۸۲

أوّلا بان المستفاد مما دلّ على انها تعتق من نصيب ولدها، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب، من غير ان يقوّم عليه اصلا.

و انما الكلام فى باقى الحصص ان لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمّه هل تقوم عليه، او تسعى هى فى اداء قيمتها.

لا- كما قاله المسالك من انه مع الاستغراق أيضا تنعتق الامّ (أوّلا بان المستفاد مما دلّ على انها تعتق من نصيب ولدها، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب، من غير ان يقوّم عليه اصلا)

فالولد اذا كان مستحقا للنصيب، بان لم يكن الدين مستغرقا اعتقت أمّ الولد من نصيبه.

اما اذا لم يكن له نصيب بل كان اللازم ان يعطى الولد المال بالنتيجة- لم يشمله: دليل انعتاق الامّ من حصته.

(و انما الكلام فى باقى الحصص) اذا كان نصيب الامّ من الولد ربعها مثلا، فثلاثة الارباع الباقية كيف تكون فى ما (ان لم يف نصيبه) اى نصيب الولد من الارث (من جميع التركة بقيمة أمّه) «بقيمة» متعلق ب «لم يف» (هل تقوم) الحصص الباقية كالثلاثة ارباع فى المثال (عليه) اى على الولد حتى يجب عليه اعطاء قيمة ثلاثة الارباع (او تسعى هى فى اداء قيمتها) الباقية.

و الحاصل: انه لا كلام فى صورة استغراق الدين، و انما الكلام فى صورة كون الدين غير مستغرق، مما يسبب عدم وفاء نصيب الولد بقيمة الامّ كاملة، او لم يكن دين، لكن كانت قيمة الامّ اكثر من نصيب الولد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۸۳

و ثانيا: بان النصيب اذا نسب الى الوارث فلا يراد منه، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين، و سائر ما يخرج من الاصل و المقصود منه النصيب المستقر الثابت، لا النصيب الّذى يحكم بتملك الوارث له تفصّيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثا: ان ما ادعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما

(و ثانيا: بان النصيب) للولد (اذا نسب الى الوارث) بان قبل نصيب الوارث (فلا يراد منه، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين، و) بعد اداء (سائر ما يخرج من الاصل) كالكفن، و ما اشبه (و المقصود منه النصيب المستقر الثابت) الّذى يبقى للاخير فى ملك الوارث (لا) ان المراد ب (النصيب الّذى يحكم بتملك الوارث له) و يقال: بانه ملك للوارث- لا لانه ملك حقيقة- بل (تفصّيا) و تخلصا (من لزوم بقاء الملك بلا مالك) اذ لو كان الدين مستغرقا فالمال بالنتيجة للديان، لكن لا مالك له فعلا الا الوارث، اذ الميّت ليس قابلا للملك، و الديان لا يملكون المال تلقيا من الميّت، بل لا بدّ من القول بان الورثة هم المالكون، لكنه محجور عليهم.

و انما نقول بـذلک حتی لا یلزم بقاء الملک بـدون المالک، فمثل هذا المال لیس للولد فیه نصـیب واقعی حتی یشـمله قولهم: ان الام تعتق من نصیب الولد.

(و ثالثا: ان ما ادعاه) المبسوط (من الانعتاق علی الولد بمثل هذا الملک) المحجور الّذی لیس فیه للولد نصیب واقعی (مما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸۴

لم ینصّ علیه الاصحاب، و لا دلّ علیه دلیل معتبر.

و ما یوهمه الاخبار، و کلام الاصحاب من اطلاق الملک فالظاهر ان المراد به غیر هذا القسم.

و لذا لا یحکم بانعتاق العبد الموقوف علی من ینعتق علیه بناء اعلی صحة الوقف، و انتقال الموقوف الی الموقوف علیه.

لم ینصّ علیه الاصحاب، و لا دلّ علیه دلیل معتبر) فکیف یقال: بعتق الامّ من هذا الملک.

(و) ان قلت: هذا ملک، فیشمله الاخبار و الفتوی.

قلت: (ما یوهمه الاخبار، و کلام الاصحاب من اطلاق الملک) علی هذا المال الّذی خلفه المیّت (فالظاهر ان المراد به غیر هذا القسم) من الملک المحجور.

فقول الاصـحاب: بـان الام تنعتق من ملـک الولـد، لاـ یراد به الاـ الملـک الطلق، لاـ الملـک المحجور- کالترکـة فیمـا اذا کان الـدین مستغرقا-

(و لذا) الّذی لا یشـمل الملک فی کلام الاصـحاب، و الاخبار للملک المحجور (لا یحکم بانعتاق العبد الموقوف علی من ینعتق علیه) فیما اذا وقف مالک العبـد عبده علی ولد العبد- مثلا- فان الأب لو صار ملکا للولد ینعتق علیه، لکن اذا لم یکن ملکا محجورا کما فی المثال حیث ان العبـد وقف (بناء اعلی صـحة الوقف) ای صـحة وقف العبد علی ابنه مثلا (و انتقال الموقوف الی الموقوف علیه) اما لو لم نقل بصحة مثل هذا الوقف، او قلنا بصحته لکن قلنا: بانه لا ینتقل الموقوف الی الموقوف علیه، خرج ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸۵

و رابعـا: انه یلزم علی کلاـمه انه متی کـان نصـیب الولـد من اصـل الترکـة باجمعها یساوی قیمـة أمه، تقوم علیه سواء کان هناک دین مستغرق أم لا:

و سواء کان نصیبه الثابت فی الباقی بعد الدیون، و نحوها یساوی قیمتها، أم لا:

و کـذلک لو سـاوی نصـیبه من الاصل، نصـفها، او ثلثها، او غیر ذلک، فانه یقوم نصـیبه علیه کائنا ما کان، و یسـقط من القیمـة نصـیبه الباقی

عن التمثیل به.

(و رابعا: انه یلزم علی کلامه) ای کلام المبسوط (انه متی کان نصیب الولد من اصل الترکة باجمعها) ای تمام الترکة (یساوی قیمة أمه تقوم) الام (علیه) ای علی الولد (سواء کان هناک) علی المیّت (دین مستغرق) للترکة (أم لا) بل الدین لا یستغرق.

(و) حین کـان الـدین غیر مسـتغرق (سواء کان نصـیبه الثابت فی الباقی) من الترکـة (بعـد الـدیون، و نحوها) ای نحو الـدیون کالکفن (یساوی قیمتها، أم لا)

(و کـذلک) هـذا عطف علی قوله «یساوی قیمـة أمه» (لو ساوی نصـیبه) ای الولد (من الاصل، نصـفها، او ثلثها) ای نصف قیمة الامّ او ثلث قیمـة الاـم (او غیر ذلک) کما لو کان ربعها، او ثلثیها- الی غیر ذلک من النسب الکسـریة- (فانه یقوم نصـیبه علیه) ای علی الولد (کائنا ما کان) النصیب (و یسقط من القیمة نصیبه الباقی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۸۶

الثابت ان كان له نصيب، و يطلب بالباقى.

و هذا مما لا يقوله احد من الاصحاب، و ينبغى القطع ببطلانه

الثابت ان كان له نصيب) باق ثابت، بان كان الدين غير مستغرق (و يطلب) الولد (بالباقى) الّذى هو ازيد من نصيبه.

(و هذا مما لا يقوله احد من الاصحاب، و ينبغى القطع ببطلانه)

و الحاصل: ان الصور اربع، لان نصيب الولد اما يساوى قيمة أمه أو لا يساوى.

و فى صورة التساوى الدين اما مستغرق، او غير مستغرق.

و فى صورة الدين غير مستغرق اما نصيبه الثابت فى الباقى يساوى قيمتها، او لا.

(۱) نصيب الولد يساوى قيمة أمه و الدين مستغرق.

(۲) نصيب الولد يساوى قيمة أمه و الدين غير مستغرق، لكن نصيب الولد الثابت فى الباقى يساوى قيمتها.

(۳) نصيب الولد لا يساوى قيمة أمه و الدين غير مستغرق لكن نصيب الولد الثابت فى الباقى لا يساوى قيمتها.

(۴) نصيب الولد لا يساوى قيمة أمّه و الا مثلة على ذلك.

(۱) نصيب الولد خمسون و الدين مائة و قيمتها خمسون، و قد خلف الميّت ولدين و تركته مائة، فان نصيب الولد و هو خمسون يساوى عشر قيمة الامة لكن الدين مستغرق.

(۲) الصورة السابقة باستثناء كون الدين خمسين «لا مائة» و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۸۷

....

باستثناء كون قيمتها خمسا و عشرين «لا خمسين» فان نصيب الولد ليس اقل من قيمة أمه، و الدين ليس بمستغرق، و نصب الولد الثابت فى الباقى «بعد اخراج الدين» يساوى قيمتها اذ يبقى للولد بعد الدين خمس و عشرون، و ذلك يساوى قيمتها.

(۳) نصيب الولد خمسون و الدين خمسون، و قيمتها ثلاثون، فان نصيب الولد الباقى لا يساوى قيمتها، اذ نصيبه الباقى خمسة و عشرون، و قيمتها اكثر من ذلك بخمسة.

(۴) نصيب الولد خمسون و الدين خمسون، و قيمتها مائة، فان نصيب الولد لا يساوى قيمة أمه بل قيمة الام اكثر، و هذه صور الاقسام.

نصيب الولد يساوى قيمة أمه لا يساوى (۴)

الدين مستغرق (۱) ليس الدين بمستغرق

نصيبه الثابت فى الباقى يساوى قيمتها (۲) لا يساوى (۳)

ثم ان مرجع الوجوه الثلاثة الاول التى أوردها صاحب المقابيس على الشهيد الى الاشكال فى انه لا دليل على ان الولد يعتق أمه من مال آخر غير ماله الّذى ورثه.

و مرجع الوجه الرابع الى انه تلزم الغرامة على الولد و ذلك خلاف الاجماع، فالدليل موجود على بطلان هذا الوجه.

هذا حاصل كلام المقابيس على الشهيد فى المسالك انتصار الكلام المبسوط، قال الشيخ فى صدد ردّ المقابيس انتصارا للشهيد الثانى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۸۸

و یمکن دفع الاول بان المستفاد من ظاهر الادلة انعتاقها من نصیب ولدها، حتی مع الدین المستغرق، فالدین غیر مانع من انعتاقها علی الولد.

لکن ذلک لا ینافی اشتغال ذمة الولد، قهرا بقیمة نصیبه.

او وجوب بیعها فی القیمة جمعا بین ما دل علی الانعتاق علی الولد

(و یمکن دفع الاول) ای ما ذکر بقوله «أولا» (بان المستفاد من ظاهر الادلة) الدالة علی ان أمّ الولد تعتق من نصیب ولدها (انعتاقها من نصیب ولدها، حتی مع الدین المستغرق، فالدین) علی المولی الأب (غیر مانع من انعتاقها علی الولد) و ذلک لاطلاق دلیل ان الوالد ینعتق من مال ولده.

(لکن ذلک) الانعتاق من نصیب الولد (لا ینافی اشتغال ذمة الولد، قهرا بقیمة نصیبه) بان یعطی قیمة ما یصیبه من الارث، فاذا کان نصیب الولد مائة- من الارث- و کانت قیمة الامّ مائة انعتقت الامّ فی مقابل نصیب الولد، و کان علی الولد ان یعطی مائة للذین یطلبون من ابیه حیثما کان الدین مستغرقا.

(او وجوب بیعها فی القیمة) بان یعطی الولد قیمة نصیبه، فاذا لم یتمکن من اداء قیمة النصیب، بیعت أمّ الولد لاداء دین الولد الّذی رکبه من جراء انعتاق أمّه.

و انما نقول: بانعتاق الامّ من جانب، و وجوب اعطاء الولد قیمة نصیبه من جانب آخر (جمعا بین ما دل علی الانعتاق علی الولد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۸۹

الّذی یکشف عنه اطلاق النهی عن بیعها.

و بین ما دلّ علی ان الوارث لا یستقر له ما قابل نصیبه من الدین علی وجه یسقط حق الدّیان.

غایة الامر سقوط حقهم عن عین هذا المال الخاص، و عدم کونه کسائر الاموال التی یکون للوارث الامتناع عن اداء مقابلها، و دفع عینها الی الدّیان فیکون لهم اخذ العین

الّذی یکشف عنه) ای عن الانعتاق علی الولد (اطلاق النهی عن بیعها) فان الاطلاق شامل لما اذا کان علی المولی دین مستغرق او لم یکن علیه دین مستغرق.

(و بین ما دلّ علی ان الوارث لا یستقر له ما قابل نصیبه من الدین) استقرارا (علی وجه یسقط حق الدّیان)

فالدلیل الاول- ای الاطلاق- یقول بالانعتاق.

و الدلیل الثانی «- ای ما دل علی ان الوارث لا یستقر.» یدل علی اشتغال ذمة الولد بقیمة نصیبه.

(غایة الامر) فی تقدیم حق انعتاق الام علی حق الدیان (سقوط حقهم) ای الدیان (عن عین هذا المال الخاص) ای أمّ الولد (و عدم کونه) ای أمّ الولد (کسائر الاموال التی یکون للوارث الامتناع عن اداء مقابلها، و) یکون له (دفع عینها الی الدیان) بل علی الوارث ان یعطی مقابل هذا المال «ای أمّ الولد» الی الدیان، و تنعتق أمّ الولد من حصته فی الارث (فیکون لهم) ای للدّیان (اخذ العین) ای أمّ الولد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۰

اذا امتنع الوارث من اداء ما قابل العین.

و الحاصل ان مقتضی النهی عن بیع أمّ الولد فی دین غیر ثمنها بعد موت المولی عدم تسلط الدیان علی اخذها، و لو مع امتناع الولد عن فکها بالقیمة.

و عدم تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين ابيه.

و لازم ذلک انعتاقها على الولد.

(اذا امتنع الوارث من اداء ما قابل العين) اى قيمة أمّ الولد و هذا اشارة الى ما ذكره قبلا «او وجوب بيعها فى القيمة»

(و الحاصل) من الجمع بين دليلى حق أمّ الولد، و حق الدّيان (ان مقتضى النهى عن بيع أمّ الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى) و انما قال «غير ثمنها» لانه تقدم انه يجوز بيعها فى ثمن رقبتها اذا كان الدين مستغرقا بان لم يكن للمولى ما يؤدّى به ثمن الامة (عدم تسلط الدّيان على اخذها) اى اخذ أمّ الولد من باب دينهم (و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة) بان امتنع من اعطاء قيمة الامّ للدّيان لتنفک الامّ.

(و عدم) عطف على «عدم» (تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين ابيه) لان دليل الانعتاق مانع عن دفعها.

(و لازم ذلک) اى لازم عدم تسلط الديان، و لا الولد على رقبة الامة (انعتاقها على الولد) قهرا من نصيبه من الارث.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۹۱

فيتردد الامر حينئذ بين سقوط حق الديان عما قابلها من الدين، فتكون أمّ الولد نظير مئونة التجهيز التى لا يتعلق حق الديان بها.

و بين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على من: تتلف فى ملكه، و تنعتق عليه و هو الولد.

و بين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها، فتسعى فيها.

و بين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم ان يؤجروها مدة طويلة يفى

(فيتردد الامر) فى شأنها و شأن الديان (حينئذ) اى حين عدم حق الديان فى اخذها، و عدم حق الولد فى اعطائها (بين سقوط حق الديان عما قابلها من الدين) فيكون حال الميت كانه لا أم ولد له، فاللازم تقسيم الديان بقية التركة بالنسبة (فتكون أمّ الولد نظير مئونة التجهيز التى لا يتعلق حق الديان بها) اى بام الولد- اصلا-.

(و بين ان يتعلق حق الديان بقيمتها) اى قيمة أمّ الولد- لا عينها- تعلقا (على من تتلف) أمّ الولد (فى ملكه، و تنعتق عليه)

«و تنعتق عطف على» من «تتلف» و المراد ب «من» و بضمير «ملكه» «عليه»: الولد.

و لذا قال (و هو الولد) بان يأخذ الديان قيمة الامّ من الولد.

(و بين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها، فتسعى) هى بعد عتقها (فيها) اى فى قيمة نفسها.

(و بين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم ان يؤجروها مدة طويلة يفى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۱۹۲

اجرتها بدينهم، كما قيل يتعلق حق الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلّس.

و لا اشكال فى عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الامر بين الوجهين الاخيرين، فتنعتق على كل حال

و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا الى التأمّل.

اجرتها بدينهم) او يصالحوا عن اجرتها، او ما اشبه ذلک (كما قيل يتعلق حق الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلّس) فاذا افلس انسان و حجر عليه الحاكم باع امواله، و وزعها فى الديان، لكنه لا يبيع أم ولده، و انما يؤجرها اجارة طويلة بمقدار قيمتها و يوزع الاجرة على الديان.

(و) حيث دار الامر بين ان لا يتعلق بها حق الديان اصلا كالتجهيز- و بين ان يتعلق على احد الوجوه المذكورة، ف (لا اشكال فى عدم

جواز رفع الید عما دل علی بقاء حق الدیان متعلقا بالترکة)

اذ لا وجه لذلک بعد اطلاق الادلة (فیدور الامر بین الوجهین الاخیرین) ای ان یتعلق حق الدیان علی الولد، و ان یتعلق حق الدیان علی نفسها، اما برقبتها، او بمنافعها (فتنعتق) أمّ الولد (علی کل حال) سواء قلنا بهذا الوجه، او بذلک.

(و یبقی الترجیح بین الوجهین محتاجا الی التأمل)

اذ یحتمل ان یتعلق الحق علی نفسها لانه لَا تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ.

و یحتمل ان یتعلق الحق علی ولدها، لانه المکلف بعتقها فیما اذا کان له نصیب، فیسحب الحکم الی صورة ما لم یکن له نصیب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۳

و مما ذکرنا یظهر اندفاع الوجه الثانی.

فان مقتضی المنع عن بیعها مطلقا، او فی دین غیر ثمنها استقرار ملک الوارث علیها.

و منه یظهر: الجواب عن الوجه الثالث

(و مما ذکرنا) فی دفع الاشکال الاول (یظهر اندفاع الوجه الثانی) القائل بان المراد «نصیب الولد» فی قولهم «تعتق الام من نصیب الولد» انما هو النصیب الّذی یکون له بعد اداء الدین، لا ان المراد النصیب الّذی امکن ان یکون له اذا لم یکن علی المیت دین.

(فان مقتضی المنع عن بیعها) ای ما دل علی المنع من بیع أمّ الولد (مطلقا) سواء فی دین رقبتها، او دین غیر رقبتها (او فی دین غیر ثمنها)- بان قلنا: بانه یجوز بیعها فی دین رقبتها، و انما لم یجز ان تباع فی دین غیر رقبتها- (استقرار ملک الوارث علیها) ای ان الوارث الّذی هو الولد- ثابت ملکه لها، بمعنی انها ملک للولد من نصیب الولد، فلا یمکن ان تباع.

و بمجرد ان صارت ملکا للولد اعتقت، فاذا کان هناک دین مستغرق او غیر مستغرق- للمولی المیت- یجب ان یعالج ذلک الدین، اما بتغریم الولد، او تغریم أمّ الولد فی سعیها، او فی عملها بان تؤجر و تعطی الاجرة للدیان- کما تقدم-.

(و منه یظهر: الجواب عن الوجه الثالث) القائل بان الولد لا یملک الامّ بالارث، اذا کان علی المولی دین مستغرق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۴

اذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الدیان بعینها علی ان یکون لهم اخذها عند امتناع الوارث من الاداء فلا مانع عن انعتاقها.

و لا جامع بینها و بین الوقف الّذی هو ملک للبطن اللاحق، کما هو ملک للبطن السابق.

و اما ما ذکره رابعا فهو انما ینافی الجزم

و اذا لم یملکها الولد لم تنعتق (اذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الدیان بعینها) تعلقا (علی ان یکون لهم اخذها عند امتناع الوارث من الاداء) اذ هی متشبثة بالحریة (فلا مانع) بعد هذا الثبوت (عن انعتاقها).

اذ المانع عن الانعتاق انما هو حق الدّیان.

فاذا قلنا بانه لاحق لهم فیها، کان اللازم القول بالانعتاق.

(و) القول: بانها کالوقف غیر تام، اذ (لا جامع بینها) ای الامة (و بین الوقف الّذی هو ملک للبطن اللاحق، کما هو ملک للبطن السابق) فان تعلق حق البطن اللاحق بالعبد الموقوف، مانع عن انعتاق العبد علی البطن السابق- اذا کان البطن السابق ولدا للعبد الموقوف-.

و هنا لیس کذلک، اذ الدیان لا حقّ لهم فی الامة المستولدة حتی یوجب حقهم عدم صحة انعتاق الامة علی ولدها.

(و اما ما ذکره رابعا) القائل: بان لازم انعتاقها اعطاء الولد لثمنها فی کل الصور، و هذا ما لا یقول به احد (فهو انما ینافی الجزم) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۵

بکون قیمتها بعد الانعتاق متعلقا بالولد.

اما اذا قلنا: باستسعائها فلا یلزم شیء.

فالضابط حینئذ انه تنعتق علی الولد ما لم یتعقبه ضـمان من نصـیبه فان کان مجموع نصیبه او بعض نصیبه یملکه مع ضمان اداء ما قابله من الدین،

ان نجزم (بکون قیمتها بعد الانعتاق) ای بعد ان انعتقت (متعلقا بالولد) اذ یلزم منه ما لا یقول به احد- کما تقدم-.

(اما اذا قلنا: باستسـعائها) ای بانها تسـعی لاداء قیمتها، او قلنا: بانها تؤجر و یصرف بدل ایجارها فی ثمنها (فلا یلزم شیء) من القول بما یخالف الاجماع.

(فالضابط حینئذ) ای حین قلنا: باستسعائها (انه تنعتق علی الولد ما لم یتعقبه) ای یتعقب عتقه (ضمان من نصیبه) بان لم یضمن الولد ان یعطی شیئا من کیسه او بعض نصـیبه ای لم یجب العتق ان یعطی الولـد تمام ثمنها، او بعض ثمنها، و ذلک بان کان الارث الّذی ورثه الولـد یکفی بانعتاقهـا، بان لم یکن الـدین علی المولی بحیث یوجب انعتاق أمّ الولـد خسارة علی الولـد (فان کان مجموع نصـیبه) ای نصیب الولد (او بعض نصیبه) بحیث (یملکه) الولد (مع ضمان اداء ما قابله من الدین)

مثلا: کانت أمّ الولد مائة، و لا نصیب للولد- لکون الدین مستغرقا-

او کان نصیبه من الارث خمسین، لکون الدین ذهب بنصف حصة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۶

کان ذلک فی رقبتها.

و ممّا ذکرنا یظهر أیضا انه لو کان غیر ولـدها أیضا مسـتحقا لشـیء منها بالارث لم یملک نصـیبه مجانا، بل اما ان یـدفع الی الدیان ما قابل

الولد- مثلا- حتی اذا ارید ان یکون الانعتاق من نصیب الولد، لزم علی الولد ان یؤدی و یضمن المائة او الخمسین الّذی یقابل ثمن أمّ الولد (کان ذلک)- ای ما قابل- ف «ذلک» راجع الی الموصول- ای «ما»- (فی رقبتها) کلّا- کالمائة- او بعضا کالخمسین.

و قوله «فان کان» شرط، و قوله «کان ذلک» جزاء.

و حاصل هذا الکلام: ان الولد لا یخسر شیئا، بل الخسارة علیها و علیه فلا یلزم ما ذکره صاحب المقابیس فی اشکاله الرابع من انه یلزم من خسارة الولد خلاف الاجماع.

(و ممـا ذکرنا) من ان الولـد لا یخسـر، و انما الخسارة علی نفس أمّ الولـد فی سـعیها (یظهر أیضا انه لو کان غیر ولـدها أیضا مسـتحقا لشـیء منها بالارث) کما لو مات الأب، و خلّف الجاریـة فقط، و کان وارثه ولـدین مثلا- حیث ان الجاریة تنصف بینهما، و کان علی المولی دین یستغرق کل الامة، فان الامة تعتق و تکلف الامة باعطاء دین الدیان (لم یملک نصیبه) و کذلک «یدفع» بالمجهول ای لم تملک أمّ الولـد نصـیب سائر الورثـة (مجانا) حتی یکون عتقها ضـررا علی غیر ولدها حتی یجب علی الولد الثانی ان یعطی من کیسـه نصف الدین (بل اما ان یدفع الی الدیان) و هو الوارث الّذی سبب انعتاق أمّ الولد ذهاب نصیبه (ما قابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۷

نصیبه فتسعی أمّ الولد کما لو لم یکن دین فینعتق نصیب غیر ولدها علیه مع ضمانها او ضمان ولدها قیمة حصته التی فکها من الدیان.

و اما ان یخلی بینها و بین الدیان، فتنعتق أیضا علیهم

نصیبه) ای نصیب ذلک الدیان (فتسعی أمّ الولد) لاداء ذلک النصیب من الدین (کما لو لم یکن دین)

فکما کان یحصل الولد الاخر علی نصیبه اذا لم یکن دین من سعی أمّ الولد.

کذلک یحصل الدیان- الآن- علی دینهم من سعی أمّ الولد، فالتشبیه ب «کما» لاجل افادهٔ وجوب سعی أمّ الولد فی الحالتین (فینعتق نصیب غیر ولدها) «غیر الولد» کالولد الثانی فی المثال (علیه) ای علی غیر الولد، بمعنی ان الولد الثانی یخسر عین الامهٔ، اذ الانعتاق انما یکون من باب السرایهٔ رغما علی الولد الثانی، و لکن الانعتاق لا یوجب خسارهٔ الولد الثانی، بل (مع ضمانها) ای أمّ الولد بان تسعی لاداء حصهٔ الولد الثانی (او ضمان ولدها) بان یکون الضمان علی ولدها (قیمهٔ حصته) ای حصهٔ غیر ولدها، فالضمیر مصداقه «الولد الثانی» فی مثالنا (التی فکها من الدیان) فان المفروض ان الولد الثانی اعطی الدیان ما کان علیه- فی قبال حصته من الارث- ای اعطی نصف قیمهٔ الامهٔ، و الامهٔ اعتقت، فاللازم ان یأخذ الولد حصته حتی لا یخسر شیئا (و اما ان یخلی بینها) ای بین أمّ الولد (و بین الدیان فتنعتق أیضا علیهم) ای علی الدّیان، لانهم لا یتمکنون من استملاکها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۸

مع ضمانها، او ضمان ولدها ما قابل الدین لهم.

و اما حرمان الدیان عنها عینا و قیمهٔ وارث الورثهٔ لها و اخذ غیر ولدها قیمهٔ حصته منها، او من ولدها و صرفها فی غیر الدین فهو باطل لمخالفته لادلهٔ ثبوت حق الدیان من غیر ان یقتضی النهی

فی قبال دینهم (مع ضمانها) فی سعیها (او ضمان ولدها ما قابل الدین لهم) اذ لا وجه لخسارهٔ الدیان.

فاما ان نقول: انها تضمن، لان الحریهٔ کانت فی کیسها.

و اما نقول: ان ولدها یضمن، لانه سبب حریتها و خسارهٔ الدیان، اذ لو لا هذا الولد لم تتحرر الامهٔ حتی لا یتمکن الدیان من استرقاقها فی قبال دینهم.

(و اما) بفتح الهمزهٔ- و جوابه فهو باطل- (حرمان الدیان عنها) ای عن هذه الامهٔ (عینا و قیمهٔ) بان نقول: بانه لیس لهم، لا عینها و لا قیمتها (وارث الورثهٔ لها) بان ترث الورثهٔ للامهٔ لکنها لما اعتقت کان نصیب ولدها ضررا علی الولد، اما نصیب سائر الورثهٔ، فالامهٔ او الولد مکلف باعطائهم نصیبهم (و) ذلک، ب (اخذ غیر ولدها) من سائر الورثهٔ (قیمهٔ حصته) ای حصهٔ غیر ولدها (منها) بان تسعی هی لسدّ القیمهٔ (او من ولدها) بان یکون مکلفا باعطاء القیمهٔ لسائر الورثهٔ (و صرفها) ای سائر الورثهٔ یصرفون القیمهٔ التی اخذوها (فی غیر الدین) ای سائر شئونهم الشخصیهٔ (فهو باطل) جواب «اما» (لمخالفته لادلهٔ ثبوت حق الدیان) و لما ذا یذهب حق الدیان هدرا (من غیر ان یقتضی النهی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۱۹۹

عن التصرف فی أمّ الولد لذلک.

و مما ذکرنا یظهر ما فی قول بعض من اورد علی ما فی المسالک بما ذکرناه ان الجمع بین فتاوی الاصحاب و ادلتهم مشکل جدّا حیث انهم قیدوا الدین

عن التصرف فی أمّ الولد لذلک) ای لحرمان الدیان.

فان الجمع بین النهی عن التصرف فی أمّ الولد، و بین حق الدیان، ان یأخذ الدیان القیمهٔ اما منها، او من ولدها، لا ان یبطل حقهم.

(و مما ذکرنا) من الجمع بین حق أمّ الولد، و حق الدیان، بسقوط حق الدیان عن عینها، و ثبوت حقهم فی قیمتها، اما علی نفسها، او علی ولدها (یظهر ما فی قول بعض من اورد علی ما فی المسالک بما ذکرناه) و المورد صاحب المقابیس (ان الجمع) مقول القول

(بین فتاوی الاصحاب و ادلتهم، مشکل جدّا)

اذ ادلتهم تقتضی غیر قولهم، اذ دلیلهم یقول: بان حق الدیان یسقط- بمقتضی ان الامهٔ تنعتق فان لازم انها تعتق سقوط حقهم- و هم لا یقولون بسقوط حق الدیّان، لانهم یقولون: بان سقوط حق الدیان من العین فقط.

و قوله «حیث» بیان من صاحب المقابیس لفتاوی الاصحاب حتی یظهر ان فتاواهم تخالف دلیلهم (حیث انهم قیدوا الدین) الّذی اذا کان علی المولی کان علی الامهٔ السعی، لفکه، او علی ولدها ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۰

بکونه ثمنا، و حکموا بانها تعتق علی ولدها من نصیبه و انّ ما فضل عن نصیبه ینعتق بالسرایهٔ، و تسعی فی اداء قیمته.

و لو قصدوا ان أمّ الولد، او سهم الولد، مستثنی من الدین کالکفن عملا بالنصوص المزبورهٔ فله وجه.

الا انهم لا یعدون ذلک من المستثنیات

یدفعه (بکونه ثمنا) لها، اما سائر الدیون فلیس علی الامهٔ او ولدها اداء تلک الدیون (و حکموا بانها تعتق علی ولدها من نصیبه) ای نصیب الولد (و انّ ما فضل عن نصیبه) کما لو کان نصیبه نصف الامهٔ (ینعتق بالسرایهٔ، و تسعی) الامهٔ (فی اداء قیمته) فاذا کان هذا فتوی الاصحاب و ادلتهم تقتضی سقوط حق الدیان، کان بین دلیلهم و فتواهم تخالفا

(و) ان قلت: لا- تخالف بین الفتوی و الدلیل، اذ فتواهم بوجوب سعی الامهٔ، او ولدها لاداء الدین انما هو حسب وجوب اداء دیون المیّت، و دلیلهم الدال علی سقوط حق الدیان یراد به سقوطه عن الامهٔ لان الامهٔ المستولدهٔ کالکفن.

قلت: (لو قصدوا ان أمّ الولد) کلا فیما اذا کانت کلها من سهم الولد (او سهم الولد) منها فیما اذا کانت بعضها من سهم الولد (مستثنی من الدین، کالکفن، عملا بالنصوص المزبورهٔ) حتی انها تفرض کانها لم تکن، فتوافق فتواهم دلیلهم، اذ دلیلهم سقوط حق الدیان، و فتواهم استثناء أمّ الولد کالکفن (فله وجه) اذ لا یلزم التخالف بین الدلیل و الفتوی

(الا انهم لا یعدون ذلک) ای أمّ الولد (من المستثنیات) من الدین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۱

و لا ذکر فی النصوص صریحا، انتهی.

و انت خبیر بان النصوص المزبورهٔ لا تقتضی سقوط حق الدیان کما لا یخفی.

و منها: تعلق کفن مولاها بها

علی ما حکاه فی الروضهٔ ذلک بشرط عدم کفایهٔ بعضها له بناء علی ما تقدم

(و لا ذکر فی النصوص صریحا) بتصریح اسم أمّ الولد، کما صرحت النصوص باسم الکفن (انتهی) کلام صاحب المقابیس.

(و انت خبیر بان النصوص المزبورهٔ) التی دلت علی عدم تعلق حق الدیان بامّ الولد (لا تقتضی سقوط حق الدیان) رأسا عن عین أمّ الولد، و عن قیمتها، بل انما دلت علی سقوط حقهم عن عینها، و ذلک لا ینافی ثبوت حقهم فی قیمتها- فتسعی هی او ولدها فی اداء حق الدیان-.

فلا یکون بین فتوی المشهور، و بین دلیلهم تنافیا، اذ فتواهم تعلق حق الدیان بقیمتها، و دلیلهم سقوط حقهم عن عینها، و لا نحتاج الی تکلف ان نجعل أمّ الولد کالکفن (کما لا یخفی) و المسألهٔ تحتاج الی کثیر من التأمّل و الله العالم.

(و منها: تعلق کفن مولاها بها) بان لا یکون کفن و لا مال غیر المستولدهٔ (علی ما حکاه فی الروضهٔ ذلک بشرط عدم کفایهٔ بعضها)

ای بعض الامة (له) ای للكفن، بان كان ثمن الكفن مستغرقا لقيمة الامة.

و انما نقول: باستثناء هذه الصورة عن منع بيع الامة (بناء اعلى ما تقدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۲۰۲

نظيره فى الدين، من ان المنع لغاية الارث و هو مفقود مع الحاجة الى الكفن.

و قد عرفت ان هذه حكمة غير مطردة و لا منعكسة.

و اما بناء على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع ان الكفن يتقدم على الدين

فبيعها له اولى، بل اللازم ذلك أيضا، بناء على حصر

نظيره فى الدين) الّذى كان على المولى (من ان المنع) عن بيع الامة (لغاية الارث) اى لاجل ان يرث ولدها، فتتحرر هى من إرث ولدها (و هو) اى المنع لغاية الارث (مفقود مع الحاجة الى الكفن) اذ الكفن لا يبقى محلا للارث اذا الكفن مقدم على الارث.

(و) لكن هذا الاستثناء فيه اشكال.

اذ (قد عرفت) فى مسألة الدين (ان هذه) الحكمة: اى المنع عن البيع لاجل الارث (حكمة غير مطردة) فلا يشمل كل الافراد (و لا منعكسة) فلا تمنع الاغيار.

(و اما بناء على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين) اى سائر ديون المولى (مع ان الكفن يتقدم على الدين) فالقياس هكذا، الكفن مقدم على الدين و الدين مقدم على حق الامة، فالكفن مقدم على حق الامة.

(فبيعها) اى أمّ الولد (له) اى للكفن (اولى) من بيعها فى سائر الديون (بل اللازم ذلك) اى بيعها فى الكفن (أيضا، بناء على حصر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۲۰۳

الجواز فى بيعها و ثمنها على ما تقدم من ان وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها، لا يعلم عن بيعها.

فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد، و الا لصرف مقابله فى ثمنها و لم تبع.

و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من: ان هذا القول مأخوذ من القول

الجواز فى بيعها و ثمنها) و ان لم نقل بجواز البيع فى غير الثمن.

بناء (على ما تقدم من ان وجود مقابل الكفن) فى تركة المولى.

كما اذا ترك المولى جارية و دينارا، و الدينار كان مقابل الكفن اى تكون قيمة الكفن دينارا- (الممكن صرفه) اى صرف ذلك المقابل (فى ثمنها) اى ثمن الكفن (لا يعلم عن بيعها) اى بيع أمّ الولد فى دين رقبتها، فان الدينار لا يعطى للدين لتسلم أمّ الولد.

(فيعلم من ذلك) اى من عدم صرف المال فى الدين، بل يحفظ للكفن، و تباع الامة (تقديم الكفن على حق الاستيلاد، و الا) يكن الكفن مقدما على حق الاستيلاد (لصرف مقابله) اى مقابل الكفن- و هو الدينار فى المثال- (فى ثمنها) اى ثمن الامة الّذى كان المولى مديونا له (و لم تبع) الامة.

(و من ذلك) الّذى ذكرناه، من انه تباع الامة فى ثمن رقبتها، و لا يعطى المال الّذى عند المولى لدين الامة بل يشترى بذلك المال الكفن (يظهر النظر فيما قيل من: ان هذا القول) اى قول جواز بيع الامة فى الكفن (مأخوذ من القول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۲۰۴

بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب.

و توضيحه: انه اذا كان للميت المديون أم ولد، و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت، و حق بايع أمّ الولد، و حق أمّ الولد،

فاذا ثبت عدم سقوط حق بایع أمّ الولد دار الامر بین اهمال حق المیت بترک الکفن،

و اهمال حق أمّ الولد ببیعها.

فاذا حکم بجواز بیع أمّ الولد حینئذ

بجواز بیعها فی مطلق الدین المستوعب) بمعنی انه ان لم نقل بذلک بل قلنا: بان جواز بیعها انما هو فی مجرد ثمن نفسها، لزم ان نقول:

بانها لاتباع فی الکفن.

(و توضیحه) ای توضیح قولنا «یظهر» (انه اذا کان للمیت المدیون أم ولد، و مقدار ما یجهز به) کالدینار- فی المثال- (فقد اجتمع هنا حق المیت) بان یکفّن (و حق بایع أمّ الولد) فی ثمن رقبتها (و حق أمّ الولد) فی انفکاکها (فاذا ثبت عدم سقوط حق بایع أمّ الولد) لشمول اطلاق الادلة له، بان کان الواجب اداء قیمة أمّ الولد (دار الامر بین اهمال حق المیت) بان یعطی الدینار- فی المثال- للبائع و تعتق الامة، و لا یکفن المیت.

و الاهمال انما هو (بترک الکفن) کما عرفت (و اهمال حق أمّ الولد ببیعها) لیؤدی حق البائع و یکفّن المیت بالدینار.

(فاذا حکم بجواز بیع أمّ الولد حینئذ) ای حین دار الامر بین اهمال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۵

بناء علی ما تقدم فی المسألة السابقة، کان معناه تقدیم حق المیت علی حق أمّ الولد.

و لازم ذلک تقدیمه علیها مع عدم الدین و انحصار الحق فی المیت و أمّ الولد.

اللهم الا ان یقال: لما ثبت بالدلیل السابق تقدیم دین ثمن أمّ الولد علی حقها، و ثبت بعموم النص تقدیم الکفن علی الدین، اقتضی الجمع بینهما

حق المیت او حق أمّ الولد (بناء علی ما تقدم فی المسألة السابقة، کان معناه تقدیم حق المیت علی حق أمّ الولد)

و منه یستکشف: انه کلما دار الامر بین حق أمّ الولد، او حق المیت قدم حق المیت.

(و لازم ذلک تقدیمه) ای حق المیت (علیها) ای علی حق أمّ الولد (مع عدم الدین) علی المیت (و) ذلک فی صورة (انحصار الحق فی المیت، و أمّ الولد) بان دار الامر بین ان لا یکفّن المیت، او تباع أمّ الولد.

(اللهم الا ان یقال) فی وجه تقدیم حق أمّ الولد (لما ثبت بالدلیل السابق تقدیم دین ثمن أمّ الولد) بان کان المیت مدیونا لثمن أمّ الولد (علی حقها) ای حق أمّ الولد، لان أمّ الولد تباع فی الدین (و ثبت بعموم النص) الدال علی تقدیم الکفن علی کل شیء (تقدیم الکفن علی الدین، اقتضی الجمع بینهما) ای بین دلیل تقدیم دین ثمنها و تقدیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۶

تخصیص جواز صرفها فی ثمنها بما اذا لم یحتج المیت الی الکفن بنفسه او لبذل باذل، او بما اذا کان للمیت مقابل الکفن، لان مقابل الکفن غیر قابل للصرف فی الدین فلو لم یکن غیرها، لزم من صرفها فی الثمن تقدیم الدین علی الکفن

الکفن (تخصیص جواز صرفها) ای صرف الامة (فی ثمنها) بان تباع و یعطی ثمنها للبائع (بما اذا لم یحتج المیت الی الکفن بنفسه) بان کان له کفن (او لبذل باذل) للکفن.

و علیه: فاذا لم یکن للمیت کفن و لا بذل باذل، لزم صرف ثمنها فی الکفن، لتقدم الکفن علی الدین (او) تخصیص جواز الصرف

(بما اذا کان للمیت مقابل الکفن) ای مال یمکن ان یشتری به الکفن (لان مقابل الکفن غیر قابل للصرف فی الدین) اذا الکفن مقدم علی الدین، کما عرفت (فلو لم یکن غیرها) بان لم یکن للمولی غیر الامة و لا کفن له (لزم من صرفها فی الثمن) ای ثمن نفسها (تقدیم الدین علی الکفن)

و قد عرفت: ان الکفن مقدم علی الدین.

و الحاصل: ان هنا دلیلین، بینهما عموم من وجه، دلیل تقدیم الکفن علی الدین و هو خاص بالکفن و عام یشمل صورة کون الدین ثمن رقبتها أم لا.

و دلیل بیعها لصرف ثمنها فی رقبتها فانه خاص بکون الدین ثمن رقبتها، و عام یشمل صورة الاحتیاج الی الصرف فی الکفن أم لا.

فیجتمعان فی صورة الاحتیاج الی صرفها فی الکفن مع کون الدین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۷

اما اذا لم یکن هناک دین و تردد الامر بین حقها و حق مولاها المیت فلا دلیل علی تقدیم حق مولاها لیخصص به قاعدة: المنع عن بیع أمّ الولد، عدا ما یدعی من قاعدة: تعلق حق الکفن بمال المیت.

لکن الظاهر اختصاص تلک القاعدة بما اذا لم یتعلق به حق سابق مانع من التصرف فیه و الاستیلاد من ذلک الحق.

و لو فرض

ثمن رقبتها.

لکن حیث عرفنا من الخارج اهمیة الکفن و انه مقدم علی کل شیء، لزم ان تخصص جواز صرفها فی ثمن رقبتها بما اذا لم یبق المیت بدون الکفن و الا لزم تقدیم الکفن علی صرفها فی ثمن رقبتها، فتأمل.

(اما اذا لم یکن هناک دین) علی المولی (و تردد الامر بین حقها) بان تعتق من نصیب ولدها (و حق مولاها المیت) بان تباع فی الکفن (فلا دلیل علی تقدیم حق مولاها) فی الکفن علی حقها فی الحریة (لیخصص به) ای بذلک الدلیل (قاعدة: المنع عن بیع أمّ الولد، عدا ما یدعی من قاعدة: تعلق حق الکفن بمال المیت) فیقدم الکفن علی حقها

(لکن الظاهر) من دلیل الکفن لدی الفهم العرفی (اختصاص تلک القاعدة) ای قاعدة تعلق حق الکفن (بما اذا لم یتعلق به) ای بمال المیت (حق سابق) علی حق الکفن (مانع من التصرف فیه) ای فی المال (و الاستیلاد من) قبیل (ذلک الحق) السابق لانه سابق علی الکفن.

(و لو فرض) انا لم نقل بتقدم حق الاستیلاد علی حق الکفن، بان

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۹، ص: ۲۰۸

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۸

تعارض الحقین، فالمرجع الی اصالة فساد بیعها قبل الحاجة الی الکفن، فتأمل.

نعم: یمکن ان یقال: نظیر ما قیل فی الدین، من ان الولد یرث نصیبه، و ینعتق علیه، و یتعلق بذمته مئونة التجهیز او تستسعی أمه و لو بایجار نفسها فی مدة و اخذ الاجرة قبل العمل، و صرفها فی التجهیز و المسألة محل اشکال.

قلنا: ب (تعارض الحقین) و تساقطهما، لزم ان نلتمس دلیلا آخر (فالمرجع الی اصالة فساد بیعها قبل الحاجة الی الکفن)
فاذا شک فی انه هل انقلب البیع صحیحا بعد الحاجة الی الکفن، أم لا-؟ کان استصحاب الفساد محکما (فتامل) اذ لا- مجال للاستصحاب لتبدل الموضوع و انما یکون المرجع اصالة صحة البیع.
(نعم: یمکن ان یقال) فی باب تعارض حق الاستیلاد و حق الکفن (نظیر ما قیل فی الدین) اذا تعارض مع حق الاستیلاد (من ان الولد یرث نصیبه، و ینعتق علیه، و یتعلق بذمته) ای ذمة الولد (مئونة التجهیز) للمیت (او تستسعی أمه) ای أمّ الولد (و لو بایجار نفسها فی مدة، و اخذ الاجرة قبل العمل) فیما اذا توقف الکفن علی اخذ الاجرة قبل العمل، و الا فلو تمکنت من ان تعطی نفسها متعة- مثلا- مقدار ساعة لتحصل ثمن الکفن لم یحتج الامر الی التقیید بکون اخذ الاجرة قبل العمل (و صرفها فی التجهیز) للمیت (و المسألة محل اشکال) من قوة حق الحریة، و من قوة دلیل الکفن بعد ان لم یکن دلیل علی کون
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۰۹

و منها ما اذا جنت علی غیر مولاها فی حیاته.

اما بعد موته فلا اشکال فی حکمها، لانها بعد موت المولی تخرج عن التشبث بالحریة، اما الی الحریة الخالصة، او الرقیة الخالصة.
و حکم جنایتها عمدا انه ان کانت فی مورد ثبت القصاص، فللمجنی علیه القصاص نفسا کان او طرفا.

التجهیز بذمة الولد، او فی سعیها باجارة، او نحوها.
(و منها) ای من موارد بیع أمّ الولد و انتقالها عن مولاها (ما اذا جنت علی غیر مولاها) فان الجنایة توجب ان یکون للمجنی علیه حق استرقاق الجانی (فی حیاته) ای فی حیاة المولی.
(اما بعد موته) بان جنت بعد ان مات المولی (فلا اشکال فی حکمها) ای حکم أمّ الولد (لانها بعد موت المولی تخرج عن التشبث) و التعلق (بالحریة، اما الی الحریة الخالصة) فیما اذا اعتقت من نصیب ولدها فتکون الجنایة جنایة حر، لا جنایة عبد (او الرقیة الخالصة) فیما اذا بیعت فی ثمن رقبتها، او ما اشبه، فانها مملوکة حینئذ و تکون جنایتها من جنایة العبد، فتأمل.
(و حکم جنایتها عمدا انه) ای الشأن (ان کانت) الجنایة (فی مورد ثبت القصاص، فللمجنی علیه) او ذویه (القصاص نفسا کان) بان قتلت نفسا فلذوی المقتول ان یقتلوها (او طرفا) کما لو فقئت عین انسان، فللمجنی علیه ان یفقأ عینها.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۰
و له استرقاقها کلا، او بعضا علی حسب جنایتها فیصیر المقدار المسترق منها ملکا طلقا.
و ربما تخیل بعض انه یمکن ان یقال: ان رقبتها للمجنی علیه لا تزید علی رقبتها للمالک الاول لانها تنتقل إلیه علی حسب ما کانت عند الاول.
ثم ادعی انه یمکن ان یدعی ظهور ادلة المنع خصوصا صحیحة عمر بن یزید المتقدمة، فی عدم بیع أمّ الولد مطلقا.

(و له) ای المجنی علیه (استرقاقها کلا) اذا کانت الجنایة بحیث تکون مستوعبة لثمنها کلّا (او بعضا) اذا کانت الجنایة بقدر بعض ثمنها (علی حسب جنایتها) و بمقدار الجنایة (فیصیر المقدار المسترق منها ملکا طلقا) للمجنی علیه او ذویه.
(و ربما تخیل بعض) و هو صاحب الجواهر (انه یمکن ان یقال:
ان رقبتها) ای أمّ الولد (للمجنی علیه) اذ تنتقل الامة إلیه بالاسترقاق (لا تزید علی رقبتها للمالک الاول) ای المالک الّذی استولدها.
فکما ان الاول لا یحق له ان یبیعها، کذلک المالک الثانی، فهی رق محجور عند الاول و عند الثانی (لانها تنتقل إلیه) ای الی المالک

الثانی (علی حسب ما کانت عند الاول) فهی تنتقل فی حالکونها محجورة

(ثم ادعی) صاحب الجواهر (انه یمکن ان یدعی ظهور ادلة المنع) عن بیع أمّ الولد (خصوصا صحیحة عمر بن یزید المتقدمة فی عدم بیع أمّ الولد مطلقا) «فی» متعلق ب «ظهور»

و معنی مطلقا، انها سواء کانت عند المالک الاول، او المالک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۱

و الظاهر ان مراده بامکان القول المذکور مقابل امتناعه عقلا و الا فهو احتمال مخالف للاجماع و النص الدال علی الاسترقاق الظاهر فی صیرورة الجانی رقا خالصا.

و ما وجه به هذا الاحتمال من انها تنتقل الی المجنی علیه علی حسب ما کانت عند الاول فیه:

الثانی.

(و) لکن او رد الشیخ علی الجواهر، بان (الظاهر ان مراده بامکان القول المذکور) حیث «یمکن ان یدعی» (مقابل امتناعه عقلا) ای ان هذا القول لیس بممتنع عقلا (و الا) یرد الاحتمال العقلی (فهو احتمال مخالف للاجماع و النص)

فلیس الاحتمال احتمالا من الادلة و الظواهر (الدال علی الاسترقاق) ای استرقاق المجنی علیه للعبد الجانی،.

و قوله «الدال» صفة للاجماع و النص، باعتبار کل واحد، مثل قوله «فانظر الی طعامک و شرابک لم یتسنه» (الظاهر) ذلک الاسترقاق (فی صیرورة الجانی رقا خالصا) لا رقا محجورا بحیث لا یتمکن المجنی علیه من نقله و انتقاله.

(و ما وجه) صاحب الجواهر (به) الضمیر عائد الی «ما» (هذا الاحتمال) ای احتمال کونه محجورا عند المجنی علیه (من انها تنتقل الی المجنی علیه علی حسب ما کانت عند الاول)

فکما کانت محجورة عند الاول، کذلک تکون محجورة عند الثانی (فیه:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۲

انه لیس فی النص، الا الاسترقاق، و هو جعلها رقّا له، کسائر الرقیق لا انتقالها عن المولی الاول إلیه حتی یقال: انه انما کان علی نحو الّذی کان للمولی الاوّل.

و الحاصل ان المستفاد بالضرورة من النص و الفتوی: ان الاستیلاد یحدث للامة حقا علی مستولدها، یمنع من مباشرة بیعها، و من البیع لغرض عائد علیه، مثل قضاء دیونه، و کفنه، علی خلاف فی ذلک

انه لیس فی النص، الا الاسترقاق) ای النص الدال علی ان للمجنی علیه استرقاق العبد الجانی (و هو) ای الاسترقاق- لغة و عرفا- (جعلها رقّا له، کسائر الرقیق، لا انتقالها عن المولی الاول إلیه) ای الی المجنی علیه (حتی یقال: انه) ای الانتقال (انما کان علی نحو الّذی کان للمولی الاول) بالإضافة الی الفرق بین المولی الاول و الثانی.

فانها مستولدة للمولی الاول و لیست کذلک للثانی.

کما انها اذا بیعت لدین او کفن، لم تکن عند المولی الثانی بمنزلتها عند المولی الاول.

(و الحاصل) فی رد الجواهر القائل بانها محجورة عند الثانی (ان المستفاد بالضرورة) و البداهة (من النص و الفتوی: ان الاستیلاد یحدث للامة حقا علی مستولدها، یمنع) ذلک الحق (من مباشرة بیعها و من البیع لغرض عائد علیه) ای الی المولی- و ذلک بعد موته- (مثل قضاء دیونه، و کفنه) ای کفن المولی (علی خلاف فی ذلک) فی ان حق الاستیلاد هل یمنع عن البیع لاجل الدین و الکفن، أم لا؟- کما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۱۳

و ان كانت الجنايـة خطأ، فالمشـهور انها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها، او دفع ما قابل الجناية منها الى المجنى عليه، و بين ان يفديها باقلّ الامرين على المشهور او بالارش،

تقدم نقل الخلاف- هذا كله فيما اذا كانت جناية المستولدة عمدا.

(و ان كانت الجنايـة خطأ، فالمشـهور انها) اى أمّ الولد (كغيرها من المماليك) الخالصة الملكية (يتخير المولى بين دفعها) الى المجنى عليه ليسترقهـا (او دفع ما قابل الجنايـة منها الى المجنى عليه) فان كانت الجنايـة تسوى نصـفها، دفع المولى نصـفها او ثلثها دفع ثلثها و هكذا.

و قوله «او» للتفصـيل اى دفعها فيما كانت الجنايـة مسـتوعبة و دفع بعضـها فيما اذا لم تكن الجنايـة مسـتوعبة (و بين ان يفـديها) باعطاء الفديـة الى المجنى عليه (باقـلّ الامـرين) من قيمتهـا و قيمـة الجنايـة، مثلاـ اذا فقئت عينـا واحـدة لانسان- و من المعلوم ان قيمـة العين الواحدة خمسمائة دينار-.

فان كانت قيمة الامة أربعمائة اعطى المولى أربعمائة- لانه لا يجنى الجانى اكثر من قيمته-.

و ان كانت قيمـة الامـة سـتمائة دفع خمسـمائة فقط، و هـذا معنى اقل الامرين (على المشـهور) فى ان المولى مخيّر بين اقل الامرين (او بالارـش) عطف على اقـل الاـمرين- بمعنى انه ليس اقـل الامرين، بل الارش، اى قيمـة الجنايـة من غير فرق بين ان تكون اقل من قيمة الامة او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۱۴

على ما عن الشيخ و غيره.

و عن الخلاف و السرائر، و استيلاد المبسوط: انه لا خلاف فى ان جنايتها تتعلق برقبتها لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سيدها بلا خلاف، الا من ابى ثور فانه جعلها فى ذمتها تتبع بها بعد العتق، و هو مخالف لما فى الاستيلاد من المبسوط.

و ربما يوجه بإرادة نفى الخلاف بين العامة.

اكثر او مساويا- (على ما عن الشيخ و غيره) فانهم لم يخيروا المولى بين دفع ما قابل الجناية منها، او اعطاء اقل الامرين بل قالوا بدفع ما قابل الجناية، او الارش.

(و عن الخلاـف و السـرائر، و استيلاـد المبسوط: انه لاـ خلاف فى ان جنايتها تتعلق برقبتها) بمعنى عـدم الخلاف فى انها تنتقل بسـبب الجنايـة و ليس حق الاستيلاد مانعا عن انتقالها (لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سـيدها بلا خلاف، الا من ابى ثور) من العامة (فـانه) اى أبـا ثور (جعلها) اى جنايتها (فى ذمتها تتبع بها) و تؤخـذ قيمـة الجنايـة من الامـة (بعـد العتق، و) لا يخفى ان (هو) اى ما فى ديات المبسوط (مخالف لما فى الاستيلاد من المبسوط) اذ كون الجناية عليها مخالف لكون الجناية على سيّدها.

(و ربمـا يوجه) الجمع بين كلامى المبسوط (بإرادة نفى الخلاف) فى باب الـديات (بين العامـة) بقرينـة اسـتثناء ابى ثور و المراد بباب الاستيلاد عدم الخلاف بين الخاصة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۱۵

و ربما نسب إليه الغفلة، كما عن المختلف.

و الاـظهر ان المراد بكونها على سـيدها عود خسارة جنايتها على السـيد فى مقابل عـدم خسارة المولى لا من عين الجانى، و لا من مال آخر.

و کونها فی ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق، و لیس المراد وجوب فدائها.

و علی هذا أیضا

(و ربما نسب إلیه) ای الی الشیخ (الغفلة) فی دعواه عدم الخلاف تارة هکذا، و تارة هکذا (کما عن المختلف) فانه قال: ان الشیخ غفل حیث ادعی عدم الخلاف، مرة هکذا، و مرة هکذا.

(و الاظهر) انه لا تنافی بین کلامی الشیخ، ف (ان المراد بکونها) ای الخسارة (علی سیدها) لیس انها لیست فی رقبتها، بل بمعنی (عود خسارة جنایتها علی السید فی مقابل عدم خسارة المولی) اصلا (لا من عین الجانی، و لا من مال آخر)

اذ المولی علی ای تقدیر خاسر، سواء اخذت عین الامة، او اخذت قیمة الجنایة من المولی، بدلیل انه مقابل کلام ابی ثور الّذی لا یجعل الجنایة علی المولی اطلاقا.

(و کونها) ای الجنایة، عطف علی «عدم» (فی ذمة نفسها تتبع بها) ای تتبع الامة بتلک الخسارة (بعد العتق، و لیس المراد وجوب فدائها) حتی یقع التنافی بین کلامی الشیخ.

(و علی هذا) یعنی کون الخسارة بالنتیجة من کیس السیّد (أیضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۶

یحمل ما فی روایة مسمع، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: أمّ الولد جنایتها فی حقوق الناس علی سیدها و ما کان من حقوق الله فی الحدود فان ذلک فی بدنها.

فمعنی کونها علی سیدها: ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجنایة شیئا.

و مثلها ما ارسل عن علی علیه السلام، فی المعتق عن دبر، فهو من الثلث و ما جنی هو و أمّ الولد، فالمولی ضامن لجنایتهم.

و المراد من جمیع ذلک خروج دیة الجنایة من مال المولی المردد بین ملکه

یحمل) کما حمل کلام الشیخ (ما فی روایة مسمع، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: أمّ الولد جنایتها فی حقوق الناس علی سیدها) بمعنی ان الخسارة تقع علی السید اما فی عین الامة، او فی خسارة المولی لقیمة الجنایة (و ما کان من حقوق الله فی الحدود) کما اذا زنت، او سرقت (فان ذلک فی بدنها) یجری علیها الحد.

(فمعنی کونها علی سیدها: ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجنایة شیئا) حتی یتبع بها بعد العتق.

(و مثلها ما ارسل عن علی علیه السلام، فی المعتق عن دبر) ای من قال له المولی: انت حر دبر وفاتی (فهو من الثلث) لانه کالوصیة (و ما جنی هو) ای المدبّر (و أمّ الولد فالمولی ضامن لجنایتهم)

(و المراد من جمیع ذلک) کلام الشیخ و الروایات (خروج دیة الجنایة من مال المولی المردد) ذلک المال للمولی (بین ملکه) ای ملکه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۷

الجانی او ملک آخر.

و کیف کان فاطلاقات حکم جنایة مطلق المملوک سلیمة عن المخصص

و لا یعارضها أیضا اطلاق المنع عن بیع أمّ الولد لان ترک فدائها و التخلیة بینها، و بین المجنی علیه لیس نقلا لها، خلافا للمحکی عن موضع من المبسوط، و المهذب، و المختلف من تعیین الفداء علی السید

المولی الّذی هو (الجانی) بنفسه، بان یسترقه المجنی علیه (او ملک آخر) للمولی.

(و کیف کان فاطلاقات حکم جنایة مطلق المملوک سلیمة عن المخصص) فی باب أمّ الولد.

فما دل علی ان المولی یخیر او المجنی علیه یخیّر بین جعل الجنایة فی نفس العبد الجانی، او فی مال آخر للمولی یشمل ما لو کان الجانی أم ولد أیضا.

اذ لا مخصص لتلک الادلة یوجب خروج أمّ الولد عن هذا الحکم بان یجب اعطاء الجنایة من مال آخر للمولی.

(و لا یعارضها) ای لا یعارض اطلاقات حکم جنایة مطلق المملوک (أیضا) ای کما لم یکن هناک مخصص لها (اطلاق المنع عن بیع أمّ الولد) و انما لا یعارض (لان ترک) المولی (فدائها) بان لم یعط قیمة جنایتها من ماله (و التخلیة بینها، و بین المجنی علیه لیس نقلا لها) حتی یشملها دلیل المنع عن نقل أمّ الولد (خلافا للمحکی عن موضع من المبسوط، و المهذب، و المختلف من تعیین الفداء علی السید) و انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۸

و لعله للروایتین المؤیدتین بان استیلاد المولی هو الّذی ابطل احد طرفی التخییر فتعین علیه الآخر بناء علی انه لا فرق بین ابطال احد طرفی التخییر بعد الجنایة، کما لو قتل، او باع عبده الجانی و بین ابطاله قبلها کالاستیلاد الموجب لعدم تأثیر اسباب الانتقال فیها.

و قد عرفت معنی الروایتین.

و المؤید مصادرة

لیس فی رقبتها.

(و لعله للروایتین) روایة مسمع و المرسلة (المؤیدتین بان استیلاد المولی هو الّذی ابطل احد طرفی التخییر) ای الاسترقاق، لانها لا تنقل (فتعین علیه) ای علی المولی الطرف (الآخر) و هو الفداء (بناء علی انه لا فرق بین ابطال احد طرفی التخییر) ای الاسترقاق (بعد الجنایة کما لو قتل، او باع عبده الجانی) فانه مکلف بدفع الفداء الی المجنی علیه (و بین ابطاله قبلها) ای قبل الجنایة (کالاستیلاد الموجب لعدم تأثیر اسباب الانتقال) کالجنایة التی هی من اسباب الانتقال (فیها) ای فی الامة متعلق ب «عدم»

(و) لکن لا یخفی ما فی هذا الکلام، اذ (قد عرفت معنی الروایتین) بمعنی ان نتیجة الخسارة علی المولی اما فی عین مملوکة، او فی کیسه الخاص، لا ان معنا هما الانحصار بالفداء.

(و المؤیّد) الّذی ذکروه (مصادرة) ای الاستدلال بالمطلوب علی المطلوب، فان کون استیلاد المولی ابطل احد طرفی التخییر اوّل الکلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۱۹

لا یبطل به اطلاق النصوص.

و منها: ما اذا جنت علی مولاها، بما یوجب صحة استرقاقها لو کان المجنی علیه غیر المولی،

فهل تعود ملکا طلقا، ب جنایتها علی مولاها فیجوز له التصرف الناقل فیها، کما هو المحکی عن الروضة عن بعض.

و عدّها السیوری من صور الجواز، أم لا کما هو المشهور، اذ لم یتحقق بجنایتها علی مولاها الا جواز الاقتصاص منها.

و اما الاسترقاق فهو تحصیل للحاصل.

(لا یبطل به) ای بمثل هذا المؤیّد الّذی هو مصادرة (اطلاق النصوص) الواردة فی باب العبد الجانی، و ان للمجنی علیه استرقاقه.

(و منها) ای من اسباب جواز انتقال أمّ الولد (ما اذا جنت علی مولاها بما یوجب صحة استرقاقها لو کان المجنی علیه غیر المولی) کما لو اعمت عینی المولی مثلا (فهل تعود) الامة (ملکا طلقا، ب) سبب (جنایتها علی مولاها فیجوز له التصرف الناقل فیها) کان یبیعها مثلا (کما هو المحکی عن الروضة عن بعض) العلماء.

(و عدها) ای الجنایة علی مولاها (السیوری من صور الجواز) ای جواز نقل الامة المستولدة (أم لا) تعود ملکا طلقا (کما هو المشهور، اذ لم یتحقق بجنایتها علی مولاها الا جواز الاقتصاص منها) کان یعمی المولی عینیها قصاصا فی المثال السابق.

(و اما الاسترقاق) بان یسترقها المولی (فهو تحصیل للحاصل) اذ لا یعقل رقیة ثانیة علیها بعد رقیتها الاولی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۲۰

و ما یقال: فی توجیهه من ان الاسباب الشرعیة تؤثر بقدر الامکان فاذا لم تؤثر الجنایة الاسترقاق امکن ان یتحقق للمولی اثر جدید، و هو استقلال جدید فی التصرف فیها.

مضافا: الی ان استرقاقها لترک القصاص کفکاک رقابهن الّذی انیط به الجواز فی صحیحة ابن یزید المتقدمة.

(و ما یقال: فی توجیهه) ای توجیه الاسترقاق (من ان الاسباب الشرعیة) کالاسباب العقلیة (تؤثر بقدر الامکان)

کما انه لو کان کل واحد من السهمین قاتلا، و ضرب بسهم فتأخر موته ساعة، ثم ضرب بسهم ثان عجل هذا السهم الثانی موته، بدون ان یکون سببا مستقلا لعدم معقولیة اجتماع علتین فی معلول واحد.

کذلک اذا صارت یده نجسة بالدم الّذی یکتفی فی غسله بالمرة، ثم تنجست بالبول الّذی یحتاج الی المرتین، اثّر البول نجاسة زائدة بان احتاجت الید الی غسلتین.

و علیه (فاذا لم تؤثر الجنایة) علی المولی (الاسترقاق) لانه لا قابلیة للمملوک ان تتضاعف مملوکیته (امکن ان یتحقق للمولی اثر جدید، و هو استقلال) للمولی (جدید فی التصرف فیها) اذ لم یکن له استقلال قبل الجنایة، بحکم کونها أم ولد.

(مضافا: الی ان استرقاقها لترک القصاص کفکاک رقابهن الّذی انیط به) ای بفک الرقاب (الجواز فی صحیحة ابن یزید المتقدمة)

ای کما انه اذا کان المولی مدیونا فی رقبتها جاز بیعها، لفک رقبتها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۲۱

مضافا الی ان المنع عن التصرف لاجل التخفیف لا یناسب الجانی عمدا.

فمندفع بما لا یخفی.

عن الثمن الّذی علی المولی، کذلک اذا کانت جانیة، جاز فک رقبتها عن القصاص بالاسترقاق.

و الحاصل: ان فک رقبتها عن القصاص «حتی لا یقتص منها» مثل فک رقبتها عن الثمن «ببیعها و اداء دین رقبتها» فکما یجوز الثانی یجوز الاول.

(مضافا الی ان المنع عن التصرف) فی الامة الجانیة بان یمنع المولی، فلا یجوز له بیعها (لاجل التخفیف) علیها، لکونها أم ولد (لا یناسب) هذا التخفیف (الجانی عمدا) اذ الجانی عمدا یؤخذ بالشدة، لا باللطف و التخفیف.

(فمندفع) خبر «ما یقال» (بما لا یخفی)

اما کون الاسباب الشرعیة تؤثر بقدر الامکان فهو صحیح، لکن المنصرف من ادلة استرقاق المجنی علیه للجانی، اذا کان المجنی علیه اجنبیا لا ما اذا کان مولی للجانی، و اما ان ترک القصاص کفکّ الرقبة تباع الامة فی کلیهما، ففیه اشکال اذ النص دل علی بیعها لاجل اعطاء ثمنها فقیاس الاسترقاق علی البیع، و قیاس فکها من القصاص علی فکها من الدین مع الفارق.

و اما ان کون المنع عن البیع لاجل التخفیف، فهو و ان کان مسلما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۲۲

و اما الجنایهٔ علی مولاها خطأ، فلا اشکال فی انها لا یجوز التصرف فیها، کما لا یخفی.

و روی الشیخ فی الموثق عن غیاث عن جعفر عن ابیه، عن علی علیه السلام، قال: أمّ الولد اذا قتلت سیدها خطأ فهی حرّهٔ لا سعایهٔ علیها.

و عن الشیخ و الصدوق باسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن ابیه صلوات الله علیهما: ان أمّ الولد اذا قتلت سیدها خطاء فهی حرّهٔ لا سبیل علیها و ان قتلته عمدا قتلت به.

لکنه حکمهٔ، و لا دلیل علی انه علهٔ تامهٔ حتی یدور الحکم مداره، و الا فاذا اخذت أمّ الولد فی الزنا او فی سائر المعاصی لزم ان یقال: بجواز بیعها، لانها تؤخذ بالشدهٔ لا باللطف.

(و اما الجنایهٔ علی مولاها خطاء فلا اشکال فی انها لا یجوز التصرف فیها، کما لا یخفی)

(و روی الشیخ فی الموثق عن غیاث، عن جعفر عن ابیه عن علی علیه السلام، قال: أمّ الولد اذا قتلت سیدها خطأ فهی حرّهٔ) یعنی من نصیب ولدها (لا سعایهٔ علیها) لا قصاصا و لا بقاء فی العبودیهٔ.

(و عن الشیخ و الصدوق باسناد هما عن وهب من وهب، عن جعفر، عن ابیه صلوات الله علیهما: ان أمّ الولد اذا قتلت سیدها خطأ فهی حرّهٔ لا سبیل علیها و ان قتلته عمدا قتلت به) یعنی اذا لم یعف الولی، ثم ان عفی اعتقت من نصیب ولدها اذ القاتل لا یرث، اما ولد القاتل فیرث.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۲۳

و عن الشیخ عن حماد عن جعفر علیه السلام عن ابیه علیه السلام اذا قتلت أمّ الولد مولاها سعت فی قیمتها.

و یمکن حملها علی سعیها فی بقیهٔ قیمتها، اذ اقصر نصیب ولدها و عن الشیخ فی التهذیب و الاستبصار: الجمع بینهما بغیر ذلک فراجع.

و منها: ما اذا جنی حرّ علیها

(و عن الشیخ عن حماد عن جعفر علیه السلام عن ابیه علیه السلام) قال: (اذا قتلت أمّ الولد مولاها سعت فی قیمتها)

و حیث ان السعی لا وجه له ظاهرا، لانها ان کانت ذات ولد اعتقت من نصیب ولدها، و ان مات ولدها بقیت فی الرقیهٔ حملها الشیخ المرتضی و غیره علی محامل، کما قال ره.

(و یمکن حملها علی سعیها فی بقیهٔ قیمتها، اذ اقصر نصیب ولدها) کما لو کان نصیب ولدها من الارث بمقدار نصف قیمتها، فانها تسعی لاداء النصف الآخر من القیمهٔ.

(و عن الشیخ فی التهذیب، و الاستبصار: الجمع بینهما بغیر ذلک، فراجع)

فحمل الخبر الاخیر فی محکی التهذیب علی کون القتل شبه عمد، فان کان حرا سعی فی اداء الدیهٔ و محکی الاستبصار حمله علی صورهٔ موت الولد، و کون السعی علی جههٔ الجواز.

(و منها) ای من موارد جواز بیع أمّ الولد (ما اذا جنی حرّ علیها)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۲۴

بما فیه دیتها فانها لو لم تکن مستولدة، کان للمولی التخییر بین دفعها الی الجانی و اخذ قیمتها، و بین امساکها و لا شیء له، لئلا یلزم الجمع بین العوض و المعوض.

ففی المستولدة یحتمل ذلک.

و یحتمل ان لا یجوز للمولی اخذ القیمة، لیلزم منه استحقاق الجانی للرقبة.

جنایة دون القتل- کما لا یخفی- (بما فیه دیتها) کان فقئت عینیها، او صلمت اذنیها، او ما اشبه (فانها لو لم تکن مستولدة، کان للمولی التخییر بین دفعها الی الجانی و اخذ قیمتها) لا الدیة (و بین امساکها و لا شیء له) ای للمولی من الدیة.

و انما نقول بهذا التخییر (لئلا یلزم الجمع بین العوض و المعوض) اذ لو ابقاها المولی لنفسه و اخذ الدیة، لزم ان یکون المولی جمع بین الامة و بین قیمتها، هذا هو الحکم فی المملوک غیر المستولدة- کما ذکره جمع من الفقهاء-.

(ففی المستولدة یحتمل ذلک) التخییر أیضا فیکون قد جاز نقل أمّ الولد

(و یحتمل ان) لا یحق للمولی اعطائها و اخذ قیمتها، بل علیه الشق الثانی من التخییر ای الابقاء علیها بدون اخذ شیء.

ف (لا یجوز للمولی اخذ القیمة) و اعطائها (لیلزم منه) ای من اخذ المولی للقیمة (استحقاق الجانی للرقبة) و یکون سببا لنقل أمّ الولد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۲۵

و اما احتمال منع الجانی عن اخذها و عدم تملکه لها بعد اخذ الدیة منه فلا وجه له لان الاستیلاد یمنع عن المعاوضة او ما فی حکمها، لا عن اخذ العوض بعد اعطاء المعوض بحکم الشرع.

و المسألة من اصلها موضع اشکال، لعدم لزوم الجمع بین العوض و المعوض، لان الدیة عوض شرعی عما فات بالجنایة، لا عن رقبة العبد

(و اما احتمال منع الجانی عن اخذها) ای اخذ الامة (و عدم تملکه لها) ای ان الجانی لا یملک الامة «و عدم» عطف علی «منع» (بعد اخذ) مولاها (الدیة منه) ای من الجانی (فلا وجه له)

لانه أولا جمع بین العوض و المعوض عند المولی.

و ثانیا (لان الاستیلاد یمنع عن المعاوضة) کالبیع (او ما فی حکمها) کالصلح علی المستولدة بشیء (لا عن اخذ) الجانی (العوض) و هی الامة (بعد اعطاء) الجانی (المعوّض) و هو الدیة (بحکم الشرع) متعلق ب «اخذ» هذا.

(و) لکن (المسألة من اصلها موضع اشکال، لعدم لزوم الجمع بین العوض و المعوض) فیما اذا اخذ المولی الدیة (لان الدیة عوض شرعی عما فات بالجنایة، لا) انها عوض (عن رقبة العبد) و إلا لزم عدم جواز اخذ الدیة فیما لم تکن مستوعبة للقیمة أیضا.

اذ کما لا یجوز الجمع بین العوض و المعوض، کذلک لا یجوز الجمع بین المعوض و بعض العوض هذا.

ثم کیف یمکن ان تکون الجنایة بلا غرامة اصلا بعد شمول الادلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۲۶

و تمام الکلام فی محله.

و منها: ما اذا لحقت بدار الحرب، ثم استرقت،

حکاه فی الروضة و کذا لو اسرها المشرکون، ثم استعادها المسلمون، فکانه فیما اذا اسرها غیر مولاها، و لم یثبت کونها امة المولی الا بعد القسمة،

للحر و العبد على حدّ سواء.

و لو اشكل بهذا الاشكال فى العبد لزم مثله فى الحرّ فانه كيف يجوز للانسان ان يأخذ الف دينار- مثلا- قيمة نفسه فيما اذا اعمى الجانى عينيه و الحال ان نفسه باقية لم تزهق (و تمام الكلام فى محله) فى باب الجناية على العبد.

(و منها) اى من موارد جواز بيع أمّ الولد (ما اذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت) اذ لحوقها بدار الحرب يوجب رفع عصمة الاسلام بتوابعه منها (حكاه فى الروضة، و كذا لو اسرها المشركون، ثم استعادها المسلمون، فكأنه) اى كان اطلاق هذا الكلام مقيد بثلاثة شروط.

الاول: (فيما اذا اسرها غير مولاها) اذ لو كان الّذى اسرها هو مولاها لم يكن وجه لان تكون قسمة بين المسلمين، بل حالها حال ما اذا اخذ الكافر الحربى عباءة زيد ثم استعادها زيد منه، فان تملك الحربى لمال المسلم لا يسبب خروج المال عن ملك المسلم.

الثانى: (و لم يثبت كونها امة المولى الا بعد القسمة) اى بعد ان قسم الامام الغنائم، اذ لو ظهر انها امة لانسان مسلم لم يجز قسمتها لما تقدم فى الشرط الاول.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۲۲۷

و قلنا بان القسمة لا تنقض و يغرم الامام قيمتها لمالكها.

لكن المحكى عن الاكثر و المنصوص انها ترد على مالكها، و يغرم قيمتها للمقاتلة.

و منها: ما اذا خرج مولاها عن الذمة،

و ملكت امواله التى هى منها

و منها: ما اذا كان مولاها ذميا، و قتل مسلما،

فانه يدفع هو و امواله الى اولياء المقتول.

الثالث: (و قلنا بان القسمة) التى اجراها الامام او نائبه (لا تنقض و يغرم الامام قيمتها لمالكها) من بيت المال، حيث ان غرامات الامام على بيت المال فانه لو لم تجتمع هذه الشروط الثلاثة لم يكن وجه لانتقال أمّ الولد عن ملك مولاها.

(لكن المحكى عن الاكثر) عدم تمامية الشرط الثالث (و) ذلك لان (المنصوص انها) بعد القسمة (ترد على مالكها، و يغرم) الامام من بيت المال (قيمتها للمقاتلة) اى المجاهدين الذين وقعت أمّ الولد فى سهمهم.

(و منها) اذا كانت امة لذمى فى (ما اذا خرج مولاها عن الذمة، و ملكت) بالمجهول اى ملك المسلمون (امواله التى هى) أمّ الولد (منها) اى من تلك اموال، اذ لو خرج الذمى عن الذمة صارت امواله مباحة لكل المسلمين، و من هذا القبيل لو خرج المعاهد عن المعاهدة.

(و منها) اى من صور جواز بيع أمّ الولد (ما اذا كان مولاها ذميا، و قتل مسلما، فانه يدفع هو و امواله) التى هى منها (الى اولياء المقتول)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۲۲۸

هذا ما ظفرت به من موارد القسم الاول، و هو ما اذا عرض لام الولد حق للغير اقوى من الاستيلاد.

و اما القسم الثانى: و هو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولى بالمراعات من حق الاستيلاد.

فمن موارده ما اذا اسلمت و هی أمة ذمّی

فانها تباع علیه بناء علی ان حق اسلامها المقتضی لعدم سلطنة الکافر علیها اولی من حق

بل ینبغی ان یعـد من هـذا القسم أیضا ما اذا کان الکافر فی دینه جواز بیع أمّ الولد، لقاعدة: الزموهم بما التزموا به، التی تطابق النص و الاجماع علیها.

(هـذا ما ظفرت به من موارد القسم الاول) الّذی یجوز فیه بیع أمّ الولد او نقلها بسائر انحاء النقل (و هو ما اذا عرض لام الولد حق للغیر اقوی من الاستیلاد) فان حق الغیر یقدم علی حق الاستیلاد.

(و اما القسم الثانی: و هو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولی بالمراعات من حق الاستیلاد)

(فمن موارده ما اذا اسلمت و هی امة ذمّی)

و انما لم یذکر مطلق الکافر، اذ لو کان للمسـلمین سـلطة علیه لزم محاربته بحکم: ان الکافر الحربی یحارب حتی یسلم، او یعطی الذمة فلا مجال لجبره علی بیع أم ولده، فتأمل (فانها تباع علیه) ای علی الذمّی (بناء علی ان حق اسـلامها المقتضـی لعدم سـلطنة الکافر علیها اولی من حق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۲۹

الاستیلاد المعرض للعتق.

و لو فرض تکافؤ دلیلهما کان المرجع: عمومات صـحة البیع، دون قاعـدة: سـلطنة الناس علی اموالهم، المقتضـیة لعدم جواز بیعها علیه، لان المفروض ان: قاعدة السـلطنة، قد ارتفعت بحکومة ادلة نفی سـلطنة الکافر علی المسـلم، فالمالک لیس مسلطا قطعا و لا حق له فی عین الملک جزما.

الاستیلاد المعرض للعتق) فـان علـة البیع الموجبـة لخلاصـها من الکـافر موجودة الآـن، فلاـ وجه للصبر حتی یموت الکـافر و یؤثر حق الاستیلاد اثره فی ذلک الوقف.

(و لو فرض تکافؤ) و تعادل (دلیلهما) دلیل الاستیلاد، و دلیل عدم سلطة الکافر علی المؤمن، بحیث لم یکن احدهما مقدما علی الآخر (کان) اللازم القول بتساقطهما.

و حینئذ، ف (المرجع: عمومات صـحة البیع) مثل: احل الله البیع و تجارة عن تراض (دون قاعدة: سلطنة الناس علی اموالهم، المقتضیة) قاعدة السلطنة (لعدم جواز بیعها) ای الامة (علیه) ای علی الکافر.

و انما نقول: بان المرجع عمومات صحة البیع (لان المفروض ان:

قاعدة السـلطنة قد ارتفعت بحکومة ادلة نفی سـلطنة الکافر علی المسـلم، فالمالک) الکافر (لیس مسلطا) علی المسلمة (قطعا، و لا حق له) ای للکافر (فی عین الملک) ای ذات المسلمة (جزما)

فدلیل السلطنة ساقط، و یبقی التعارض بین دلیل الاستیلاد، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۰

انما الکلام فی تعارض حقی أمّ الولد من حیث کونها مسلمة فلا یجوز کونها مقهورة بید الکافر،

و من حیث کونها فی معرض العتق، فلا یجوز اخراجها من هذه العرضة.

و الظاهر ان الاول اولی للاعتبار و حکومة قاعدة نفی السبیل علی جل القواعد.

دلیل عدم سلطة الکافر علی المسلم.

(انما الکلام فی تعارض حقی أمّ الولد من حیث کونها مسلمة فلا یجوز کونها مقهورة بید الکافر) المقتضی لجواز بیعها الآن.

(و من حیث کونها فی معرض العتق، فلا یجوز اخراجها من هذه العرضة) لانها لو بیعت الآن، فاذا مات الکافر المولی لها لم تعتق.

(و الظاهر) من الادلة (ان الاول) ای دلیل عدم السبیل (اولی)

أوّلا (للاعتبار) فان الاسلام له من الشرف ما یوجب ان لا یبقی مسلم تحت کافر اطلاقا، حتی اذا سبب خروجه عن ملکیة الکافر ضررا مستقبلا علیه.

مثلا: لو اوجب بیع المسلم علی الکافر ان لا یکون للامة زوج و هی بحاجة إلیه لان المشتری لها من الکافر الآن امرأة و لا یوجد رجل یشتریها

(و) ثانیا: ل (حکومة قاعدة نفی السبیل) و هی قوله تعالی:

وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا (علی جل القواعد) کقاعدة:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۱

و لقوله صلی الله علیه و آله: الاسلام یعلو و لا یعلی علیه.

و مما ذکرنا ظهر انه لا وجه للتمسک باستصحاب المنع قبل اسلامها لان الشک انما هو فی طروّ ما هو مقدم علی حق الاستیلاد.

و الاصل عدمه، مع

السلطنة، و قاعدة: تجارة عن تراض، و قاعدة الزوجیة، فانه لو اسلمت الزوجة لم تبق فی حبالة زوجها الکافر، و قاعدة: لا ضرر، فیما اذا اوجب خروج المسلم عن تحت الکافر ضررا الی غیرها من القواعد.

(و) رابعا: (لقوله صلی الله علیه و آله: الاسلام یعلو و لا یعلی علیه) فان بقائها حتی تعتق عند موت الکافر موجب لکون الاسلام، قد علی علیه.

(و مما ذکرنا) من تقدیم دلیل نفی السلطنة علی المؤمن، علی حق الاستیلاد (ظهر انه لا وجه للتمسک باستصحاب المنع) عن بیعها (قبل اسلامها) بان یقال: انها حال کفرها لم یجز بیعها، لانها أم ولد فاذا اسلمت و شککنا فی جواز بیعها، کان مقتضی الاستصحاب العدم.

وجه الظهور: وجود الادلة الاجتهادیة کما عرفت، فلا مجال للاصل العملی.

اما وجه القائل بالاستصحاب ما ذکره بقوله: (لان الشک انما هو فی طروّ ما هو مقدم علی حق الاستیلاد) بان یقال: هل طرأ- بسبب الاسلام- علی هذه المرأة ما هو مقدم علی حق الاستیلاد، أم لا؟

(و الاصل عدمه) ای عدم الطروّ، فیستصحب عدم جواز البیع (مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۲

امکان معارضة الاصل بمثله، لو فرض فی بعض الصور تقدم الاسلام علی المنع عن البیع.

و مع امکان دعوی ظهور: قاعدة المنع، فی عدم سلطنة المالک، و تقدیم حق الاستیلاد علی حق الملک، فلا ینافی تقدیم حق آخر لها علی هذا الحق.

و منها: ما اذا عجز مولاها عن [عن نفقتها]

امکان معارضة الاصل بمثله)

هذا ردّ آخر، لاستصحاب المنع عن بیعها، بان یقال: هناک استصحابان، استصحاب یدل علی جواز البیع، و استصحاب یدل علی عدم جواز البیع، فیتساقط الاصلان و یرجع الی عموم حق الاسلام (لو فرض فی بعض الصور تقدم الاسلام علی المنع عن البیع) کما لو اسلمت قبل العلوق، ثم علق الولد بها، فانها قبل العلوق کانت جائزة البیع، و نشک فی ان علوقها هل صار سببا للمنع عن بیعها، الاصل العدم.

(و) هناک ردّ ثالث لاصالة عدم جواز البیع، و هو ما اشار إلیه بقوله: (مع امکان دعوی ظهور: قاعدة المنع، فی عدم سلطنة المالک) فالمالک لیس مسلطا علی البیع (و تقدیم حق الاستیلاد علی حق الملک) «و تقدیم» عطف علی «عدم سلطنة» (فلا ینافی) هذا المنع (تقدیم حق آخر لها) ای للامة و هو حق الاسلام (علی هذا الحق) و هو حق الاستیلاد فالاستیلاد مقدم علی الملک و الاسلام مقدم علی الاستیلاد.

(و منها) ای من اقسام القسم الثانی (ما اذا عجز مولاها عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۳

نفقتها، و لو فی کسبها، فتباع علی من ینفق علیها، علی ما حکی عن اللمعة و کنز العرفان، و ابی العباس، و الصیمری، و المحقق الثانی، و قال فی القواعد لو عجز عن الانفاق علی أمّ الولد امرت بالتکسب، فان عجزت انفق علیها من بیت المال، و لا یجب عتقها، و لو کانت الکفایة بالتزویج، وجب.

و لو تعذر الجمیع ففی البیع اشکال، انتهی.

نفقتها، و لو فی کسبها) بان لم یف کسب الامة لسدّ نفقاتها (فتباع علی من ینفق علیها، علی ما حکی) الجواز فی هذه الصورة (عن اللمعة، و کنز العرفان، و ابی العباس، و الصیمری، و المحقق الثانی، و قال فی القواعد) ذکر المصنف کلام القواعد للاشارة الی انه مخالف بجواز بیعها فی هذه الصورة (لو عجز) المولی (عن الانفاق علی أمّ الولد امرت) بصیغة المجهول (بالتکسب) لتستعیش من کسبها (فان عجزت) عن الکسب الکافی (انفق علیها من بیت المال) لانه معدّ لمصالح المسلمین و لسدّ حاجات الفقراء (و لا یجب) علی المولی (عتقها) و ان کان العتق موجبا لسدّ حاجاته (و لو کانت الکفایة) لمعیشتها (بالتزویج، وجب) لوجوب سدّ حاجاته علی المولی بکیفیة محلّلة و الزواج من تلک الکیفیات.

(و لو تعذر الجمیع) من الکسب و بیت المال و التزویج (ففی البیع اشکال) من انه: بیع أم ولد فلا یجوز و من انه: لمصلحتها و سدّ حاجاتها فیجوز (انتهی) کلام العلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۴

و ظاهره عدم جواز البیع مهما امکن الانفاق من مال المولی او کسبها او مالها او عوض بضعها او وجود من یؤخذ بنفقتها او بیت المال، و هو حسن و مع عدم ذلک کله فلا یبعد المنع عن البیع أیضا،

و فرضها کالحرّ فی وجوب سدّ رمقها کفایة علی جمیع من اطلع علیها و لو فرض عدم ذلک أیضا،

او کون ذلک ضررا عظیما علیها فلا یبعد الجواز لحکومة ادلة: نفی الضرر و لان رفع هذا عنها اولی من تحملها ذلک رجاء ان تنعتق من نصیب

(و ظاهره عدم جواز البیع مهما امکن الانفاق) و لو بغیر الطرق التی ذکرها (من مال المولی، او کسبها، او مالها) ان کان لها مال (او

عوض بضعها) بالزواج (او وجود من یؤخذ) شرعا (بنفقتها) کالعمودین مثلا (او بیت المال، و هو) ای کلام العلامة (حسن، و مع عدم ذلک کله فلا یبعد المنع عن البیع أیضا) ای کما یمنع عن البیع فی صورة وجود احد الامور المذکورة.

(و) لا یبعد (فرضها کالحرّ فی وجوب سدّ رمقها کفایة) ای وجوبا کفائیا (علی جمیع من اطلع علیها) ای علی حالها (و لو فرض عدم ذلک أیضا) احتمل جواز اخذها بالقوة کعام المجاعة.

(او کون ذلک ضررا عظیما علیها) بحیث یکون دلیل: لا ضرر مقدما علی دلیل: عدم بیعها (فلا یبعد الجواز لحکومة ادلة: نفی الضرر) علی ادلة عدم جواز البیع (و لان رفع هذا) الضرر (عنها) ای عن المستولدة (اولی من تحملها ذلک) الضرر (رجاء ان تنعتق من نصیب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۵

ولدها مع جریان ما ذکرنا اخیرا فی الصورة السابقة من احتمال ظهور ادلة المنع فی ترجیح حق الاستیلاد علی حق مالکها لا علی حقها الآخر فتدبر.

و منها: بیعها علی من تنعتق علیه،

علی ما حکی من الجماعة

ولدها) فی المستقبل هذا.

و هناک وجه آخر لجواز البیع أیضا، اشار إلیه بقوله: (مع جریان ما ذکرنا اخیرا فی الصورة السابقة) بقولنا «فلا ینافی تقدیم حق آخر لها علی هذا الحق» (من احتمال ظهور ادلة المنع فی ترجیح حق الاستیلاد علی حق مالکها)

فحق الاستیلاد مقدم علی قاعدة: سلطنة المالک (لا علی حقها الآخر) ای حق نفس المستولدة، و «الآخر» صفة «حقها»

و المراد بحقها الاخر- هنا- حق سد حاجاتها (فتدبر)

فان دلیل الاستیلاد قوی جدّا، فلا یمکن تقدیم حق آخر لها علی حق الاستیلاد.

نعم لتقدیم: لا ضرر وجه قوی، لکن ذلک فیما اذا توقف دفع الضرر بالبیع، و الا فان امکن بما دون البیع- و لو بالرهن و ما اشبه- کان ما دون البیع مقدما.

(و منها) ای من صور القسم الثانی بان یکون لنفسها حق اولی بالمراعات من حق الاستیلاد (بیعها علی من تنعتق علیه) کالعمودین، الآباء و الابناء (علی ما حکی من الجماعة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۶

المتقدم إلیهم الاشارة، لان فیه تعجیل حقها، و هو حسن، لو علم ان العلة حصول العتق.

فلعل الحکمة انعتاق خاص.

اللهم الا ان یستند الی ما ذکرنا اخیرا فی ظهور ادلة المنع: او یقال: ان هذا عتق فی الحقیقة.

و یلحق بذلک بیعها بشرط العتق.

فلو لم یف المشتری

المتقدم إلیهم الاشارة) اللمعة، و کنز العرفان الخ (لان فیه) ای فی هذا البیع (تعجیل حقها) بالعتق (و هو حسن، لو علم ان العلة) فی عدم جواز بیعها (حصول العتق) بعد موت المولی.

(فلعل الحکمة انعتاق خاص) لسبب إرث الولد، لان الشارع لاحظ خدمتها الکاملة للمولی، ثم عتقها اجلالا لحق الامومة، و هذا غیر

حاصل فی البیع للعمودین.

(اللهم الا ان یستند) لجواز بیعها ممن ینعتق (الی ما ذکرنا اخیرا فی ظهور ادلة المنع) فی ترجیح حق الاستیلاد علی حق مالکها لا علی حقها الآخر (او یقال: ان هذا) البیع ممن ینعتق علیه (عتق فی الحقیقة) فلا یمنعه ادلة المنع عن بیع المستولدة.

(و یلحق بذلک) ای ببیعها ممن ینعتق علیه (بیعها بشرط العتق) لانه عتق لها فی الحقیقة.

(فلو لم یف المشتری) بان لم یعتقها عمدا، او لموت، او نحوه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۷

احتمل وجوب استردادها کما عن الشهید الثانی.

و یحتمل اجبار الحاکم، و العدول للمشتری علی الاعتاق.

او اعتاقها علیه قهرا.

و کذلک بیعها ممن اقرّ بحریتها.

و یشکل بانه ان علم المولی صدق المقرّ لم یجز له البیع و اخذ الثمن

(احتمل وجوب استردادها) علی البائع (کما عن الشهید الثانی)

اذ انما جاز البیع لاجل العتق، فاذا لم تعتق لزم ابطال البیع.

(و یحتمل اجبار الحاکم) للمشتری بالعتق، لان الحاکم ولی المخالف للشرع (و) اجبار (العدول) من المؤمنین، اذا لم یوجد الحاکم الشرعی و نائبه، فان الولایة بعد الحاکم لعدول المؤمنین و قوله:

(للمشتری) متعلق «بالاجبار» (علی الاعتاق)

(او) یحتمل (اعتاقها علیه قهرا) بان تنعتق أمّ الولد علی المشتری عتقا تلقائیا، بلا احتیاج الی اعتاق المشتری لها، لان «المؤمنون عند شروطهم» یفید الوضع.

(و کذلک) حال (بیعها ممن اقرّ بحریتها) اذ بمجرد الدخول فی ملک المقرّ تنعتق هی علیه.

(و یشکل) بیعها ممن تنعتق علیه حسب اقراره بحریتها (بانه ان علم المولی صدق المقرّ) بانها حرة (لم یجز له البیع و اخذ الثمن) اذ البیع بنظر المشتری باطل، فکیف یأخذ المولی الثمن منه.

و قد تحقق فی موضعه انه لا یمکن ان یکون بیع باطلا من جانب، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۳۸

فی مقابل الحر.

و ان علم بکذبه لم یجز أیضا، لعدم جواز بیع أمّ الولد.

و مجرد صیرورتها حرة علی المشتری فی ظاهر الشرع- مع کونها ملکا له فی الواقع و بقائها فی الواقع علی صفة الرقیة للمشتری- لا یجوّز البیع، بل الحریة الواقعیة و ان تأخرت اولی من الظاهریة و ان تعجلت.

و منها ما اذا مات قریبها، و خلف ترکة، و لم یکن له وارث سواها فتشتری من مولاها

صحیحا من جانب آخر.

فاخذ الثمن (فی مقابل الحر) غیر جائز.

(و ان علم بكذبه لم يجز أيضا، لعدم جواز بيع أمّ الولد) اذ فى الواقع انها لا تتحرر بمجرد اقرار المشترى بانها حرة.
(و مجرد صيرورتها حرة على المشترى فى ظاهر الشرع- مع كونها ملكا له فى الواقع) ان صح البيع، لانه اذا صح البيع صارت ملكا للمشترى واقعا (و بقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشترى-) اذا الاقرار لا يغير الواقع عن واقعه (لا يجوّز البيع، بل الحرية الواقعية و ان تأخرت) حتى موت المولى (اولى من) الحرية (الظاهرية، و ان تعجلت) اولوية لازمة لا اولوية راجحة- كما لا يخفى-.
(و منها) اى من صور القسم الثانى (ما اذا مات قريبها، و خلف تركة، و لم يكن له وارث سواها، فتشترى) الامة المستولدة (من مولاها
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۳۹
للعتق، و ترث قريبها و هو مختار الجماعة السابقة، و ابن سعيد فى النزهة، و حكى عن العمانى، و عن المهذّب اجماع الاصحاب عليه، و بذلك يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع.
مضافا الى ظهورها فى رفع سلطنة المالك، و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل يباع عليه لو امتنع.

[موارد القسم الثالث أى تعلق حق سابق على الاستيلاد]

اشارة

و من موارد القسم الثالث: و هو ما يكون الجواز

للعتق) اى لان تعتق (و) بعد العتق (ترث قريبها) اذ العبد لا يرث (و هو مختار الجماعة السابقة) اللمعة، و كنز العرفان الخ (و ابن سعيد فى النزهة، و حكى عن العمانى، و عن المهذّب اجماع الاصحاب عليه، و بذلك) اى بالاجماع (يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع) عن بيع أمّ الولد.
اذ الامر دائر بين تقديم اخبار الارث الدالة على ان العبد يشترى و يعتق و يرث.
و بين تقديم اخبار المنع عن بيع أمّ الولد، و الاجماع يرجّح الاول، و ان كان بين الطائفتين عموم من وجه.
(مضافا الى) وجود وجه آخر لتقديم اخبار الارث، و هو (ظهورها) اى اخبار المنع عن البيع (فى رفع سلطنة المالك) على المستولدة (و المفروض هنا) فى مسئلة اشترائها (عدم كون البيع باختياره) اى اختيار المالك (بل يباع عليه لو امتنع) عن البيع.
(و من موارد القسم الثالث) من اقسام بيع أمّ الولد (و هو ما يكون الجواز
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۴۰
لحق سابق على الاستيلاد

ما اذا كان علوقها بعد الرهن

فان المحكى عن الشيخ، و الحلّى، و ابن زهرة، و المختلف، و التذكرة، و اللمعة و المسالك، و المحقق الثانى، و السيورى، و ابى العباس و الصيمرى:
جواز بيعها حينئذ.
و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن بالاستيلاد اللاحق بعد تعارض ادلة حكم الرهن و ادلة المنع عن بيع أمّ الولد فى دين غير ثمنها.
خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير، فالمنع مطلقا

لحق سابق على الاستيلاد ما اذا كان علوقها بعد الرهن) بان رهن المولى امته غير الحامل، ثم اجاز له المرتهن ان يواقعها، فواقعها فحبلت (فان المحكى عن الشيخ، و الحلّى، و ابن زهرة، و المختلف، و التذكرة، و اللمعة و المسالك و المحقق الثانى، و السيورى، و ابى العباس، و الصيمرى: جواز بيعها حينئذ) اى حين كان الحق سابقا على الاستيلاد.

(و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن) السابق (بالاستيلاد) متعلق بالبطلان، اى لم يبطل بسبب الاستيلاد (اللاحق بعد تعارض ادلة حكم الرهن) المقتضية لجواز البيع (و ادلة المنع عن بيع أمّ الولد فى دين غير ثمنها) و اذا تساقطا كان اللازم الرجوع الى استصحاب جواز البيع.

(خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير، فالمنع مطلقا) و ان الرهن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۴۱

و عن الشهيد فى بعض تحقيقاته: الفرق بين وقوع الوطى باذن المرتهن، و وقوعه بدونه.

و عن الارشاد و القواعد التردّد، و تمام الكلام فى باب الرهن.

و منها: ما اذا كان علوقها بعد افلاس المولى، و الحجر عليه،

و كانت فاضلة عن المستثنيات فى اداء الدين، فتباع حينئذ كما فى القواعد، و اللمعة، و جامع المقاصد، و عن المهذب، و كنز العرفان، و غاية المرام

لا يقتضى جواز البيع.

(و عن الشهيد) الاول (فى بعض تحقيقاته: الفرق بين وقوع الوطى) من الراهن (باذن المرتهن) فلا يجوز البيع (و وقوعه) اى الوطى (بدونه) اى بدون اذن المرتهن، فيجوز البيع.

(و عن الارشاد و القواعد التردد) فى المسألة (و تمام الكلام فى باب الرهن) و لو شك و لم يجر الاستصحاب كان اللازم الرجوع الى عمومات المنع.

(و منها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) و حملها (بعد افلاس المولى، و) بعد (الحجر عليه، و) قد (كانت) الامة (فاضلة عن المستثنيات فى اداء الدين) اذ الحجر انما يوجب بيع الزائد عن المستثنيات، اما ما كان من المستثنيات فانه لا يباع لاجل الديّان (فتباع) الامة المستولدة (حينئذ) اى حين وجود الشرطين الحجر، و كونها زائدة عن المستثنيات (كما فى القواعد، و اللمعة، و جامع المقاصد و) حكى أيضا (عن المهذب، و كنز العرفان، و غاية المرام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۴۲

لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها.

و لا دليل على بطلانه بالاستيلاد، و هو حسن، مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالاعيان.

اما لو لم يثبت الا الحجر على المفلّس فى التصرف و وجوب بيع الحاكم امواله فى الدين، فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه، فتأمل، و تمام الكلام فى باب الحجر إن شاء الله

لما ذكر) فى باب الرهن (من سبق تعلق حق الديان بها) على حق الاستيلاد.

و الحق السابق يمنع من الحق اللاحق الا اذا ثبت ان اللاحق اقوى.

(و لا دليل على بطلانه) اى بطلان حق الديان (بالاستيلاد، و هو حسن، مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالاعيان) اذ تكون الامة

بنفسها حینئذ متعلقة لحق الغرماء، و هو حق سابق.

(اما لو لم یثبت) من ادلـة الحجر (الا الحجر علی المفلّس فی التصـرف) فی امواله (و وجوب بیع الحاکم امواله فی الـدین) لا ان امواله صارت متعلقة لحق الغرماء (فلا یؤثر) الحجر (فی دعوی اختصاصها بما هو قابل للبیع فی نفسه، فتأمل).

لعله اشـارة الی ان القول: بـان الحجر انمـا هو حجر عن التصـرف لاـ عبـارة عن تعلق حق الغرمـاء بالاموال، لا ینفع فی دفع البیع عن أمّ الولـد، اذ المنع عن التصـرف لیس الا مقدمـة لاجل البیع، و الا فما وجه الحجر لو لم یرد بیع الشـیء المحجور (و تمام الکلام فی باب الحجر إن شاء الله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۴۳

تعالی.

و منها: ما اذا کان علوقها بعد جنایتها.

و هذا فی الجنایة التی لا یجوز البیع لو کانت الجنایة لا حقة بل تلزم المولی بالفداء.

و اما لو قلنا: بان الجنایة اللاحقة أیضا ترفع المنع، لم تکن فائدة فی فرض تقدیمها.

تعالی).

(و منهـا) ای من موارد القسم الثـالث (مـا اذا کـان علوقهـا) و حملهـا (بعـد جنایتها) فان حق الجانی المتعلق باسترقاقها مقـدم علی حق الاستیلاد.

(و هـذا) المورد انما ینفع (فی الجنایة التی لا یجوز البیع) لام الولد فی تلک الجنایة (لو کانت الجنایة لاحقة) و هی التی یتخیر المولی بین الفداء و اعطائها (بل تلزم المولی بالفداء) فان هذه الجنایة لو کانت بعد الاستیلاد کان علی المولی الفداء.

اما لو کانت قبل الاستیلاد کان المولی مخیرا بین الفداء و بین اعطائها.

(و اما لو قلنا: بان الجنایـة اللاحقة) علی الاستیلاد (أیضا) کالجنایة السابقة (ترفع المنع) عن البیع (لم تکن فائدة فی فرض تقدیمها) ای تقدیم الجنایة، لانها أولا و اخیرا علی حد سواء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۴۴

و منها: ما اذا کان علوقها فی زمن خیار بایعها،

فان المحکی عن الحلی جواز استردادها مع کونها ملکا للمشتری.

و لعله لاقتضاء الخیار ذلک، فلا یبطله الاستیلاد، خلافا للعلامـة، و ولـده، و المحقق، و الشـهید الثانیین، و غیرهم فحکموا بانه اذا فسـخ رجع بقیمة أمّ الولد و لعلّه لصیرورتها منزلة التالف.

و الفسخ بنفسه لا یقتضی الا جعل العقد من زمان الفسخ کان لم یکن.

(و منهـا) ای من صور القسم الثـالث (مـا اذا کـان علوقهـا فی زمن خیـار بایعهـا) بـان باع البائع الامـة و جعل لنفسه الخیار مـدة، ثم ان المشتری احبلها فی زمن الخیار (فان المحکی عن الحلّی جواز استردادها مع کونها) الآن (ملکا للمشتری).

و انما قال «مع کونها» لافادة انها تنتقل، حتی لا یتوهم انها لم تصبح ملکا للمشتری، فلیس من باب انتقال أمّ الولد.

(و لعله) ای جواز النقـل عن ملـک المشتری بعـد الاستیلاـد (لاقتضـاء الخیـار ذلـک) الاسترداد (فلا یبطله الاستیلاد) لان حق المشتری

سابق على الاستيلاد (خلافا للعلامـة، و ولده، و المحقق، و الشـهيد الثانيين، و غيرهم فحكموا بانه اذا فسخ) البائع (رجع بقيمة أمّ الولد) لا الى عينها (و لعلّه لصيرورتها) بعد ان اصبحت أم ولد (منزلة التالف).

(و) ان قلت: ان الفسخ يقتضى رد العين و هى موجودة الآن.

قلت: (الفسخ بنفسه) مع قطع النظر عن لوازمه المترتبة عليه (لا يقتضى الا جعل العقد من زمان الفسخ) لا من اوّل العقد (كان لم يكن)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۴۵

و اما وجوب رد العين فهو من احكامه لو لم يمتنع عقلا، او شرعا، و المانع الشرعى كالعقلى.

نعم: لو قيل ان الممنوع انما هو نقل المالك، او النقل من قبله لديونه.

اما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره فلم يثبت فلا مانع شرعا من

و لذا فالنماء فى ما بين العقد و الفسخ للمالك الثانى.

و لو كان الفسخ ابطالا من حين العقد، كان اللازم ان يكون النماء للمالك الاول.

(و امـا وجوب رد العين فهو من احكامه) اى احكام الفسـخ، لا انه نفس الفسـخ (لو لم يمتنع) رد العين (عقلا) كما لو كان تالفا حقيقة (او شـرعا) كما فى المقام، حيث ان أمّ الولـد لا يمكن ان تنتقل من ملك مولاها الّذى احبلها (و المانع الشـرعى كالعقلى) فى انه يمنع عن الاحكام الشرعية المترتبة لو لا المانع.

(نعم: لو قيـل ان الممنوع انما هو نقل المالك) لام الولـد (او النقل من قبله) اى قبل المالك (لـديونه) كما لو بيعت فى ديون المالك، حيث تقدم انه لا يصح.

(اما الانتقال عنه) اى عن المالك، لا باختيار المالك، و لا لاجل المالك (بسـبب يقتضـيه الدليل) فى حال كون ذلك السـبب (خارج عن اختياره)- صفة بسبب- (فلم يثبت) منع ذلك الانتقال (فلا مانع شرعا من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۴۶

استرداد عينها.

و الحاصل: ان منع الاستيلاد عن استرداد بايعها لها يحتاج الى دليل مفقود.

اللهم الا ان يدعى ان الاستيلاد حق لام الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه، او لحق غيره.

الا ان يكون للغير حق اقوى، او سابق يقتضى انتقالها، و المفروض

استرداد عينها) بعد الفسخ.

و انما قال المصـنف «نعم لو قيل» اشـعارا بضـعف هذا القيل، لانه يفهم حق الامة من دليل «لا تباع» فلا فرق بين ان يكون سـبب النقل، المولى، او غيره، و عليه فاللازم على المولى دفع القيمة.

(و الحاصل: ان منع الاستيلاد عن استرداد بايعها) اى بائع الامة (لها يحتاج) المنع (الى دليل مفقود) اذ مقتضـى القاعدة: ان يكون للبائع حق الاسترداد.

(اللهم الا ـ ان يـدعى ان الاستيلاـد حق لام الولـد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه) اى لاجل حق المولى بان يكون حق المولى سببا للانتقال كما اذا كان المولى مديونا (او لحق غيره) اى غير المولى، كما اذا كان لحق ذى الخيار- فى المثال-

(الا ـ ان يكون للغير حق اقوى) و لو كـان حقـا حادثـا بعـد الاستيلاـد (او) حق (سـابق) كحق طـالب ثمن الامـة (يقتضـى) ذلـك الحق (انتقالها) اى الامة (و المفروض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۲۴۷

ان حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق.

بل يقتضى انتقالها مع الامكان شرعا، و المفروض ان تعلق حق أمّ الولد مانع شرعا كالعتق و البيع، على القول بصحتهما فى زمان الخيار، فتأمل.

و منها: ما اذا كان علوقها بعد اشتراط اداء مال الضمان منها،

ان حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق) اى فى جميع الصور.

(بل يقتضى انتقالها مع الامكان شرعا) اذ بدون الامكان لا يحكم الشارع بالانتقال (و المفروض ان تعلق حق أمّ الولد مانع شرعا) عن الانتقال (كالعتق و البيع، على القول بصحتهما فى زمان الخيار).

فكما انه اذا كان للبائع الخيار فاعتقه المشترى فى زمن الخيار، او باعه المشترى فى زمان الخيار لم يكن للبائع بعد الفسخ رد العين بل له ان يسترد القيمة.

كذلك اذا احبلها المشترى لم يكن للبائع ردها بل يسترد قيمتها (فتأمل) اذ عدم حق للبائع فى الاسترداد اوّل الكلام، فالاستدلال به مصادرة.

(و منها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) اى حملها (بعد اشتراط اداء مال الضمان منها) كما اذا باع زيد لعمرو شيئا فاخذ عمرو خالدا ضامنا للثمن، و قال خالد انى أؤدّى مال الضمان من هذه الجارية، فانه اذا احبلها المولى بعد ذلك كان الضمان سابقا على الاستيلاد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۲۴۸

بناء على ما استظهر الاتفاق عليه، من جواز اشتراط الاداء من مال معين فيتعلق به حق المضمون له.

و حيث فرض سابقا على الاستيلاد فلا يزاحم به على قول محكى فى الروضة.

و منها: ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة، اذا كان النذر مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطى،

ثم حصل بعده، بناء على ما ذكروه من خروج المنذور كونها

(بناء على ما استظهر) اى قال بعض الفقهاء انه الظاهر (الاتفاق عليه من جواز اشتراط الاداء من مال معين) بمعنى انه لا يشترط ان يكون الضمان فى الذمة (فيتعلق به) اى بهذا المال المعين (حق المضمون له) الّذى هو زيد.

(و حيث فرض) ان حق المضمون له (سابقا على الاستيلاد فلا يزاحم) الاستيلاد (به) اى بهذا الحق (على قول محكى فى الروضة) مقابل قوله آخر، و هو ان حق الاستيلاد اقوى، فلا فرق بين ان يكون الحق الآخر سابقا او لاحقا.

(و منها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة، اذا كان النذر مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطى، ثم حصل بعده) كما اذا نذر ان جاء ولده اعطى امته صدقة ثم احبلها قبل مجيء الولد، ثم جاء الولد، و انما يجوز استيلادها قبل حصول النذر، و تخرج عن ملكه بعد حصوله (بناء على ما ذكروه من خروج المنذور كونها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۲۴۹

صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق و بعد حصول الشرط فى المعلق، كما حكاه صاحب المدارك عنهم فى باب الزكاة.

و یحتمل کون استیلادها کاتلافها فیحصل الحنث و یستقر القیمة، جمعا بین حقی أمّ الولد و المنذور له.

و لو نذر التصدق بها فان کان مطلقا، و قلنا: بخروجها عن الملک بمجرد ذلک کما حکی عن بعض فلا حکم للعلوق.

صدقة عن ملک الناذر بمجرد النذر فی) النذر (المطلق) کما لو نذر ان تکون جاریته صدقة (و بعد حصول الشرط فی) النذر (المعلق) کمثال نذر الصدقة بمجیء الولد (کما حکاه صاحب المدارک عنهم فی باب الزکاة) فقبل مجیء الولد، حیث ان الامة له جاز استیلادها، و بعد مجیء الولد خرجت الجاریة عن ملک الناذر الی الجهة المنذورة لها.

(و یحتمل کون استیلادها کاتلافها) حیث انها خرجت عن قابلیة الانتقال عن ملک الناذر (فیحصل الحنث) لانه اتلف متعلق النذر (و یستقر) علی الناذر (القیمة) بان یصرف قیمتها الی الجهة المنذورة (جمعا بین حقی أمّ الولد) کی تبقی مقدمة للعتق (و المنذور له) حیث انه اذا تعذرت العین اعطی البدل.

(و لو نذر التصدق بها) ای بالامة- قبل الاستیلاد- نذر مطلقا (فان کان) نذرا (مطلقا، و قلنا: بخروجها عن الملک بمجرد ذلک) النذر (کما حکی عن بعض) کما تقدم (فلا حکم للعلوق) یوجب تحریم الانتقال عن ملک الناذر، اذ العلوق انما حصل فی ملک الغیر، لا فی ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۰

و ان قلنا: بعدم خروجها عن ملکه، احتمل تقدیم حق المنذور له فی العین، و تقدیم حق الاستیلاد، و الجمع بینهما بالقیمة.

و لو کان معلقا فوطئها قبل حصول الشرط صارت أم ولد، فاذا حصل الشرط وجب التصدق بها، لتقدم سببه.

و یحتمل انحلال النذر لصیرورة التصدق مرجوحا بالاستیلاد، مع الرجوع الی القیمة

الناذر.

(و ان قلنا: بعدم خروجها عن ملکه) ای ملک الناذر، و انما صارت متعلق حق الغیر فقط (احتمل تقدیم حق المنذور له فی العین) فلا حکم للاستیلاد (و تقدیم حق الاستیلاد) فلا حکم للنذر (و الجمع بینهما) ای بین الحقین (بالقیمة) بان تبقی العین لحق الاستیلاد، و یجب علی الناذر دفع القیمة فی جهة النذر لحق النذر.

(و لو کان) النذر (معلقا) کما لو نذر ان جاء ولده فهی صدقة لزید (فوطئها قبل حصول الشرط) کمجیء الولد فی المثال (صارت أم ولد، فاذا حصل الشرط) بان جاء الولد (وجب التصدق بها) ای بالمستولدة (لتقدم سببه) ای سبب التصدق، و هو النذر علی الاستیلاد.

(و یحتمل انحلال النذر) و بطلانه لسبب الاستیلاد (لصیرورة التصدق مرجوحا بالاستیلاد) اذ المستولدة لا تخرج عن ملک المستولد، و قد شرطوا ان یکون متعلق النذر راجحا (مع الرجوع الی القیمة) ای انحلال غیر تام، بل انحلال فی العین فقط، بان تعطی قیمة الامة لجهة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۱

او بدونه، و تمام الکلام یحتاج الی بسط تام لا یسعه الوقت.

و منها: ما اذا کان علوقها من مکاتب مشروط ثم فسخت کتابته، فللمولی ان یبیعها،

علی ما حکاه فی الروضة عن بعض الاصحاب، بناء علی ان مستولدته أم ولد بالفعل غیر معلق علی عتقه،

الصدقة (او بدونه) ای بدون الرجوع الی القیمة (و تمام الکلام یحتاج الی بسط تام لا یسعه الوقت) المعد للاشارة الی مسائل الاستیلاد

اذا تعارضت مع حقوق اخری.

و لا یخفی ان القسم و العهد کذلک مع ادنی تفاوت.

(و منها) ای من مسائل صور القسم الثالث (ما اذا کان علوقها) و حملها (من مکاتب مشروط) و هو ما اذا قال المولی لعبده: انت حر اذا اعطیت کذا دینارا- مثلا- بشرط ان تکمل المبلغ، مقابل المکاتب المطلق الّذی یکون حرّا کل مقدار اعطی فی مقابله.

مثلا: اذا کان مال المکاتبة مائة فاعطی عشرة حرر عشرة، بخلاف ما اذا کان مکاتبا مشروطا فانه لا یحرر جزء منه الا بعد اعطاء تمام المائة (ثم فسخت کتابته) لتأخیر اداء مال الکتابة مثلا کان الشرط اداء مال الکتابة الی سنة فلم یؤدّ (فللمولی ان یبیعها، علی ما حکاه فی الروضة عن بعض الاصحاب).

و انما یکون هذا من المستثنیات (بناء علی ان مستولدته) ای امة المکاتب (أم ولد بالفعل) قبل الحریة للمکاتب (غیر معلق علی عتقه) فکون الامة أم ولد، لا تتوقف علی عتق الواطئ، بل لو کان الواطئ عبدا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۲

فلا یجوز له بیع ولدها.

و القسم الرابع و هو ما کان ابقائها فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق،

لعدم توریث الولد من ابیه، لاحد موانع الارث، او لعدم ثبوت النسب من طرف الام و الأب واقعا لفجور،

صدقت أمّ الولد علی الحامل منه (فلا یجوز له بیع ولدها).

و انما نشترط هذا الشرط، لانه اذا قلنا: بان صدق أمّ الولد تتوقف علی حریة الواطئ- حریة فعلیة، و لا تکفی الحریة الاقتضائیة- لم تصدق أمّ الولد فی المقام، اذ الواطئ لیس حرا فعلا حال الاستیلاد، فاذا لم تتحقق أمّ الولد، لا یکون هذا من المستثنیات.

و انما یحتمل وجوب الحریة الفعلیة للواطی فی صدق أمّ الولد، لانه اذا لم یکن حرا لم یرث الولد حتی تکون أمّ الولد فی معرض الحریة.

اذ من المعلوم: ان الام تعتق من نصیب الولد من الارث و العبد لا یرث، فتأمل.

(و القسم الرابع) من صور الاستثناء عن بیع أمّ الولد (و هو ما کان ابقائها) ای أمّ الولد (فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق، لعدم توریث الولد من ابیه، لاحد موانع الارث) کالکفر و العبودیة (او لعدم ثبوت النسب من طرف الام و الأب واقعا) قید «لعدم ثبوت النسب» (لفجور) فان ولد الزنا لا یرث اباه و لا أمه.

و انما ذکرنا «الام و الأب» لانه ان کانت الزانیة الام فقط، لم تصبح أم ولد شرعا، و ان کان الزانی الأب فقط، لم یرث الولد منه حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۳

او ظاهرا باعتراف.

ثم انا لم نذکر فی کل مورد من موارد الاستثناء الا قلیلا من کثیر ما یتحمله الکلام، فیطلب تفصیل کل واحد من مقامه.

تنعتق منه أمه من نصیبه من الارث (او ظاهرا) و ان کان النسب موجودا واقعا (باعتراف) او لعان، او جهل، او ما اشبه.

کما لو قال الأب: انه لیس بولده.

او لا عن المرأة بما یسبب نفی الولد منه ان صح لعان الامة- مثلا-.

او جهل بان الولد له و لم یکن اثبات شرعی، فانه لا یرث حینئذ ظاهرا و ان کان ولده واقعا و کان وارثا فی الحقیقة فتأمل.

(ثم انا لم نذکر فی کل مورد من موارد الاستثناء الا ـ قلیلا ـ من کثیر ما یتحمله الکلام، فیطلب تفصیل کل واحد من مقامه) اذ المستثنیات متوقفة علی تنقیح المباحث فی باب النذر، و الحجر، و الرهن، و المکاتبة، و غیرها، کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۲۵۴

مسئلة و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا، کونه مرهونا،

فان الظاهر بل المقطوع به الاتفاق علی عدم استقلال المالک فی بیع ملکه المرهون و حکی عن الخلاف اجماع الفرقة، و اخبارهم علی ذلک.

و قد حکی الاجماع عن غیره أیضا و عن المختلف فی باب تزویج الامة المرهونة انه ارسل عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: ان الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف.

(مسألة) مربوطة بشرائط العوضین التی منها کون الملک طلقا (و من اسباب خروج الملک عن کونه طلقا، کونه مرهونا، فان الظاهر) من کلام الفقهاء (بل المقطوع به الاتفاق علی عدم استقلال المالک فی بیع ملکه المرهون و حکی عن الخلاف اجماع الفرقة، و اخبارهم علی ذلک) عدم جواز بیع المرهون.

(و قد حکی الاجماع عن غیره أیضا و عن المختلف فی باب تزویج الامة المرهونة انه ارسل عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: ان الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف).

و اطلاقه یشمل البیع کسائر التصرفات فلا اشکال و لا کلام من هذه الناحیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۲۵۵

و انما الکلام فی ان بیع الراهن هل یقع باطلا من اصله او یقع موقوفا علی الاجازة؟ او سقوط حقه باسقاطه، او بالفک.

فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غیرهم، الاول، الا ان صریح الشیخ فی النهایة، و ابن حمزة فی الوسیلة، و جمهور المتأخرین عدا شاذ منهم، هو کونه موقوفا، و هو الاقوی، للعمومات السلیمة عن المخصص لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة

(و انما الکلام فی ان بیع الراهن هل یقع باطلا من اصله او یقع موقوفا علی الاجازة) من المرتهن (او) موقوفا علی (سقوط حقه) ای حق المرتهن (باسقاطه) بان یقول المرتهن: اسقطت حقی عن الرهن، او اسقطت العین، و تلقائیا یسقط الرهن (او بالفک) باداء الراهن مال المرتهن حتی تنفک الوثیقة «التی هی الرهن».

(فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غیرهم، الاول) ای ان البیع یقع باطلا (الا ان صریح الشیخ فی النهایة، و ابن حمزة فی الوسیلة، و جمهور المتأخرین عدا شاذ منهم، هو کونه) ای البیع (موقوفا) لا باطلا (و هو الاقوی) فلا یبطل البیع من رأسه (للعمومات السلیمة عن المخصص) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و: أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ، و ما اشبه.

و ما دلّ علی المنع عن تصرف الراهن و المرتهن لا یصلح مخصصا للعمومات (لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة) ذلک المعقد.

و المراد بالمعقد اللفظ الّذی انصب علیه الاجماع.

مثلا لو قال: «الراهن ممنوع عن التصرف اجماعا کانت الجملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۲۵۶

فی المنع عن التصرف، هو الاستقلال، کما یشهد به عطف المرتهن علی الراهن، مع ما ثبت فی محله من وقوع تصرف المرتهن

موقوفا، لا باطلا.

و علی تسلیم الظهور فی بطلان التصرف رأسا.

فهی موهونة بمصیر جمهور المتأخرین علی خلافه.

معقدا» (فی المنع عن التصرف، هو الاستقلال) بان یکون البیع نافذا بلا حاجة الی اذن او فک.

و ذلک لمناسبة الحکم و الموضوع، فان العرف یری ان المنع من جهة حق المرتهن فاذا اجاز و سقط حقه فلا منع (کما یشهد به) ای بکون المنع انما هو فیما اذا کان مستقلا (عطف المرتهن علی الراهن).

قالوا: الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف (مع ما ثبت فی محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا) علی اجازة الراهن (لا باطلا) من رأسه.

(و علی) تقدیر (تسلیم الظهور) لعبارة «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (فی بطلان التصرف رأسا) بلا توقف علی الاجازة او فک، بل لا تنفع الاجازة و الفک فی التصحیح.

(فهی) ای البطلان الناشئ من الظهور المذکور (موهونة بمصیر جمهور المتأخرین علی خلافه).

و کیف یمکن ان یقال: الشیء الفلانی له ظاهر کذا، و الحال ان الفقهاء ذوی الفهم الثاقب لم یفهموا هذا الظهور.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۷

هذا کله مضافا الی ما یستفاد من صحة نکاح العبد بالاجازة، معللا بانه: لم یعص الله، و انما عصی سیده،

اذ المستفاد منه ان کل عقد کان النهی عنه لحق الآدمی یرتفع المنع و یحصل التأثیر بارتفاع المنع، و حصول الرضا، و لیس ذلک کمعصیة الله اصالة فی ایقاع العقد التی لا یمکن ان یلحقها رضی الله تعالی.

هذا کله مضافا الی فحوی ادلة صحة الفضولی

(هذا کله مضافا الی ما یستفاد من صحة نکاح العبد بالاجازة) من المولی (معللا بانه: لم یعص الله، و انما عصی سیده) ای لیست معصیة کشرب الخمر، و الا فعصیان المولی عصیان لله تعالی أیضا «فاذا اجاز» المولی «جاز» النکاح.

(اذ المستفاد منه) ای من هذا التعلیل (ان کل عقد کان النهی عنه لحق الآدمی) لا لان الله ابطله، کالربا (یرتفع المنع) عن ذلک العقد (و یحصل التأثیر) للعقد (بارتفاع المنع، و) ب (حصول الرضا) من ذی الحق (و لیس ذلک کمعصیة الله اصالة فی ایقاع العقد) «فی» متعلق بمعصیة، ای ان اصل العقد لیس معصیة (التی لا یمکن ان یلحقها رضی الله تعالی) فبیع المرهون أیضا کذلک.

(هذا کله) وجه الاستدلال لصحة بیع المرهون (مضافا الی فحوی ادلة صحة الفضولی) ای المناط الموجود فی صحة الفضولی موجود فی المقام، بل الصحة هنا اولی، لان الفضولی یفقد رضی المالک و الاستناد إلیه- فان الاستناد لازم فان معنی قوله تعالی: بالعقود، عقود کم- و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۸

لکن الظاهر من التذکرة ان کل من ابطل عقد الفضولی ابطل العقد هنا.

و فیه نظر لان من استند فی البطلان فی الفضولی الی مثل قوله (ص):

لا بیع الا فی ملک، لا یلزمه البطلان هنا.

بل الاظهر ما سیجیء عن إیضاح النافع من: ان الظاهر وقوف هذا العقد، و ان قلنا ببطلان الفضولی.

و قد ظهر من ذلک ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان متمسکا بظاهر الاجماعات و الاخبار المحکیة علی

فی المقام یفقد الرضا فقط فلو قلنا بصحة الفضولی کان المقام اولی بالصحة.

(لکن الظاهر من التذکرة ان کل من ابطل عقد الفضولی ابطل العقد هنا) فی الرهن.

(و فیه نظر) اذ لو قلنا ببطلان الفضولی لم یلزم البطلان هنا (لان من استند فی البطلان فی الفضولی الی مثل قوله (ص): لا بیع الا فی ملکک، لا یلزمه البطلان هنا) اذ المفروض ان المرهون ملکک للبائع.

(بل الاظهر ما سیجیء عن إیضاح النافع من: ان الظاهر وقوف هذا العقد) ای عقد بیع الرهن، علی الاجازة من المرتهن (و ان قلنا ببطلان الفضولی).

(و قد ظهر من ذلک) الّذی ذکرناه من ان مقتضی الادلة الصحة بشرط اجازة المرتهن (ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان) لبیع الراهن (متمسکا بظاهر الاجماعات و الاخبار المحکیة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۵۹

المنع و النهی قال: و هو موجب للبطلان و ان کان لحق الغیر اذ العبرة بتعلق النهی بالعقد کالأمر خارج منه.

و هو کاف فی اقتضاء الفساد کما اقتضاه فی بیع الوقف، و أمّ الولد، و غیرهما مع استوائهما فی کون سبب النهی حق الغیر.

المنع) عن البیع (و النهی) عنه (قال: و هو) ای کل من المنع و النهی (موجب للبطلان) لان الاوامر و النواهی المتعلقة بالعقود تقتضی الوضع (و ان کان) کل من المنع و النهی (لحق الغیر) لا لحق الله تعالی (اذ العبرة) فی البطلان (بتعلق النهی بالعقد) نهیا (کالأمر خارج منه).

اذ النهی قد یکون لامر خارج، کالنهی عن البیع وقت النداء من یوم الجمعة فانه لا یقتضی الفساد، و لذا قالوا بصحة المعاملة و ان کان المتعامل آثما، لان النهی خارج عن ذات المعاملة.

و قد یکون النهی لامر داخل کالنهی عن بیع المجهول، فانه یوجب البطلان، و النهی فی المقام من هذا القبیل.

(و هو) ای النهی لا لامر خارج (کاف فی اقتضائه الفساد) بالنسبة الی المعاملة (کما اقتضاه) ای النهی، للفساد (فی بیع الوقف، و) بیع (أمّ الولد، و غیرهما) کالمجهول (مع استوائهما) ای بیع الرهن، و بیع أمّ الولد و الوقف (فی کون سبب النهی حق الغیر) فکما یبطل بیع الوقف و أمّ الولد کذلک یبطل بیع المرهون.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۰

ثم اورد علی نفسه بقوله: فان قلت: فعلی هذا یلزم بطلان عقد الفضولی و عقد المرتهن، مع ان کثیرا من الاصحاب ساووا بین الراهن و المرتهن فی المنع، کما دلت علیه الروایة، فیلزم بطلان عقد الجمیع او صحته.

فالفرق تحکم. قلنا: ان التصرف المنهی عنه ان کان انتفاعا بمال الغیر فهو محرم، و لا تحل له الاجازة المتعقبة.

(ثم اورد علی نفسه بقوله: فان قلت: فعلی هذا) الّذی ذکرتم من بطلان بیع الرهن لان فیه حقا للغیر (یلزم بطلان عقد الفضولی و عقد المرتهن) لان فی المرهون حقا للراهن (مع ان کثیرا من الاصحاب ساووا بین الراهن و المرتهن فی المنع) فاذا بطل عقد الراهن لزم بطلان عقد المرتهن (کما دلت علیه) ای التساوی بین الراهن و المرتهن (الروایة) حیث قال صلی الله علیه و آله: الراهن و المرتهن ممنوعان (فیلزم بطلان عقد الجمیع او صحته) ای صحة عقد الجمیع.

(فالفرق) بین الراهن بالبطلان، و بین المرتهن و الفضولی بالصحة (تحکم. قلنا: ان التصرف المنهی عنه) علی ثلاثة اقسام:

الانتفاع، و العقد الاستقلالی، و غیر الاستقلالی و الفضولی لا یقصد الاستقلال و المرتهن لا یقصد الاستقلال صحیح و الراهن حیث

انه یقصد الاستقلال- بحکم ان المال ماله- باطل، فالفارق الاستقلال و عدم الاستقلال (ان کان انتفاعا بمال الغیر) کالجلوس فی دار الناس بغیر اذنهم (فهو محرم، و لا تحل له الاجازة المتعقبة) و انما فائدة الاجازة المتعقبة ارتفاع الضمان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۱

و ان کان عقدا او ایقاعا، فان وقع بطریق الاستقلال لا علی وجه النیابة عن المالک.

فالظاهر انه کذلک، کما سبق فی الفضولی.

و الا فلا یعد تصرفا یتعلق به النهی، فالعقد الصادر عن الفضولی قد یکون محرما.

و قد لا یکون کذلک.

و کذا الصادر عن المرتهن، ان وقع بطریق الاستقلال المستند الی البناء علی ظلم الراهن و غصب حقه، او الی زعم التسلط علیه بمجرد الارتهان

(و ان کان عقدا او ایقاعا، فان وقع بطریق الاستقلال لا علی وجه النیابة عن المالک) کما لو باع الغاصب لنفسه.

(فالظاهر انه کذلک) باطل أیضا، و محرم (کما سبق فی الفضولی).

(و الا) یقع بطریق الاستقلال (فلا یعد) ذلک التصرف (تصرفا یتعلق به النهی، فالعقد الصادر عن الفضولی قد یکون محرما) اذا وقع استقلالا لا علی وجه النیابة عن المالک.

(و قد لا یکون کذلک) ای محرما، و ذلک فیما اذا وقع نیابة عن المالک.

(و کذا) العقد (الصادر عن المرتهن، ان وقع بطریق الاستقلال المستند الی البناء علی ظلم الراهن و غصب حقه) بان باع لنفسه، و اراد التصرف فی الزائد عن مقابل الدین (او الی زعم التسلط علیه) ای الی المرهون (بمجرد الارتهان،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۲

کان منهیا عنه.

و ان کان بقصد النیابة عن الراهن فی مجرد اجراء الصیغة، فلا یزید عن عقد الفضولی، فلا یتعلق به نهی اصلا.

و اما المالک فلما حجر علی ماله برهنه و کان عقده لا یقع الا مستندا الی ملکه، و انحصار المالکیة فیه و لا معنی لقصده النیابة، فهو منهی عنه، لکونه تصرفا مطلقا، و منافیا للحجر الثابت علیه.

فیتخصص العمومات بما ذکر.

کان منهیا عنه) و باطلا.

(و ان کان بقصد النیابة عن الراهن فی مجرد اجراء الصیغة) و ایقاع العقد (فلا یزید عن عقد الفضولی، فلا یتعلق به) ای بهذا العقد (نهی اصلا) و لا یکون باطلا.

(و اما) وجه البطلان فی عقد (المالک) الراهن (فلما حجر علی ماله برهنه) ای بسبب ان رهنه (و کان عقده لا یقع الا مستندا الی ملکه) ای انه انما یوقع العقد علی المرهون، لانه ماله (و انحصار المالکیة فیه) عطف علی مستندا (و لا معنی لقصده النیابة) اذ المال ماله (فهو منهی عنه، لکونه تصرفا مطلقا) لم یؤخذ فیه رضی المرتهن، مع ان المرتهن ذو حق فی المال (و منافیا للحجر الثابت علیه) ای علی المال، او علی تصرف الراهن.

(فیتخصص العمومات) الدالة علی صحة البیع، مثل: احل الله البیع، و: الناس مسلطون علی اموالهم (بما ذکر) من انه مال محجور.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۳

و مجرد الملک لا یقضی بالصحة اذ الظاهر- بمقتضی التأمل- ان الملک المسوّغ للبیع هو ملک الاصل، مع ملک المتصرف فیه.
و لذا لم یصح البیع فی مواضع وجد فیها سبب الملک، و کان ناقصا، للمنع عن التصرف.
ثم قال: و بالجملة، فالذی یظهر بالتتبع فی الادلة، ان العقود ما لم تنته الی المالک فیمکن وقوعها موقوفة علی اجازته.

(و مجرد الملک) للراهن (لا- یقضی بالصحة) للعقد الواقع علیه (اذ الظاهر) من النص و الفتوی (- بمقتضی التأمل-) فی الادلة (ان الملک المسوّغ للبیع هو ملک الاصل، مع ملک المتصرف فیه) ای ان یملک المتصرف اصل الشیء، و ان یملک التصرف فی ذلک الشیء.
فلو ملک الاصل و لکنه لم یملک التصرف فیه- بان کان محجورا علیه- لم یصح التصرف.
(و لذا) الّذی یشترط الصحة بملک التصرف (لم یصح البیع فی مواضع وجد فیها) ای فی تلک المواضع (سبب الملک، و) لکنه (کان ناقصا، للمنع عن التصرف) «للمنع» متعلق ب «ناقصا» کالصبی و المفلس و المالک للوقف الخاص، و أمّ الولد، و هکذا.
(ثم قال) المعاصر (و بالجملة، فالذی یظهر بالتتبع فی الادلة، ان العقود ما لم تنته الی المالک) بان کان العاقد غیر المالک کالفضولی (فیمکن وقوعها موقوفة علی اجازته) کما یظهر من روایة عروة البارقی و روایات نکاح العبید و غیرها.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۴
و اما اذا انتهت الی اذن المالک، او اجازته، او صدرت منه و کان تصرفه علی وجه الاصالة فلا تقع علی وجهین، بل تکون فاسدة، او صحیحة لازمة اذا کان وضع العقد علی اللزوم.
و اما التعلیل المستفاد من الروایة المرویة فی النکاح من قوله علیه السلام: لم یعص الله و انما عصی سیده الخ، فهو جار فیمن لم یکن له مال، کما ان العبد لا یملک من نفسه، و اما المالک المحجور علیه، فهو عاص

(و اما اذا انتهت) العقود (الی اذن المالک، او اجازته) الاذن السابق علی العقد، و الاجازة لاحقة علیه (او صدرت) العقود (منه) ای من المالک مباشرة (و کان تصرفه علی وجه الاصالة) عطف بیان علی «صدرت منه» (فلا تقع علی وجهین) متزلزلا و مراعی، بان تکون صحیحة تارة و فاسدة اخری (بل تکون فاسدة) اذا لم یکن هناک الشرائط المعتبرة فی العقود (او صحیحة لازمة) اذا توفرت الشرائط (اذا کان وضع العقد علی اللزوم) شرط لقوله «لازمة» کالبیع و نحوه، لاخراج مثل الهبة، حیث ان صحتها لا تلازم لزومها.
(و اما التعلیل المستفاد من الروایة المرویة فی النکاح من قوله علیه السلام: لم یعص الله و انما عصی سیده الخ، ف) هذا لا یدل علی ان الراهن لم یعص الله ببیعه، و انما عصی المرتهن ذی الحق، فاذا اجاز المرتهن جاز، اذ (هو) ای التعلیل (جار فیمن لم یکن له مال، کما ان العبد لا یملک) العقد (من نفسه، و اما المالک) الّذی یملک من نفسه کالراهن (المحجور علیه، فهو عاص
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۵
للّه تعالی بتصرفه، و لا یقال: انه عصی المرتهن لعدم کونه مالکا، و انما منع الله من تفویت حقه بالتصرف.
و ما ذکرناه جار فی کل مالک متمول لامر نفسه اذا حجر علی ماله لعارض، کالفلس، و غیره، فیحکم بفساد الجمیع.
و ربما یتجه الصحة فیما اذا کان الغرض من الحجر رعایة مصلحة کالشفعة

للّه تعالی بتصرفه) اذ الله سبحانه لم یأذن لهذا التصرف (و لا یقال:
انه عصی المرتهن) کما قیل فی العبد انه عصی سیده (لعدم کونه مالکا) ای المرتهن لیس بمالک (و انما منع الله من تفویت حقه) ای حق المرتهن (بالتصرف) ای تصرف الراهن فی المال، فهو منع من الله ابتداءً، لا انه منع اللّه تابع لعصیان المرتهن، کما کان فی العبد،

حیث ان منع الله له کان تابعا لمنع السید.

(و ما ذکرناه) من ان التصرف فی مال نفسه المتعلق لحق الغیر فاسد (جار فی کل مالک متول لامر نفسه) ممن کان محجورا علی ماله (اذا حجر علی ماله لعارض، کالفلس) فانه اذا تصرف المفلس کان تصرفه باطلا، لا انه محتاج الی اجازة الغرماء (و غیره) کالمریض فی ازید من الثلث، علی قول (فیحکم بفساد الجمیع) ای جمیع تصرفات المالک المحجور.

(و ربما یتجه الصحة فیما اذا کان الغرض من الحجر رعایة مصلحة کالشفعة) کالشریک الّذی یبیع حقه من غیر الشریک، فان المبیع محجور لمصلحة الشریک، لکن تصرفه نافذ و لیس بباطل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۶

فالقول بالبطلان هنا کما اختاره اساطین الفقهاء، هو الاقوی، انتهی.

و یرد علیه بعد منع الفرق فی الحکم بین بیع ملک الغیر علی وجه الاستقلال.

و بیعه علی وجه النیابة.

و منع اقتضاء مطلق النهی لا لامر خارج للفساد.

أولا: ان نظیر ذلک یتصور فی بیع الراهن، فانه

و کیف کان (فالقول بالبطلان هنا) فی بیع الراهن (کما اختاره اساطین الفقهاء، هو الاقوی) التفریع لاصل مسألة بیع الراهن لا ل «ربما» (انتهی) ای کلام المعاصر فی وجه بطلان بیع الراهن.

(و یرد علیه بعد منع الفرق فی الحکم) بالصحة (بین بیع ملک الغیر علی وجه الاستقلال) کما یفعله الغاصب و الجاهل بان المبیع مال الناس، بل یزعم انه مال نفسه.

(و) بین (بیعه علی وجه النیابة) عن المالک، کما یفعله الفضول، بل مقتضی القاعدة صحة کلیهما کما تقدم فی باب بیع الفضولی.

(و) بعد (منع اقتضاء مطلق النهی لا لامر خارج للفساد).

اذ النهی اذا کان ارشاد یا اقتضی الفساد.

اما اذا کان مولویا لم یکن مقتضیا للفساد کما حقق فی الاصول فی باب ان النهی عن المعاملة هل یقتضی الفساد، أم لا؟

(أولا: ان نظیر ذلک) ای بیع الفضولی متوقعا للاجازة و عدمها تارة، و بیعه استقلالا تارة اخری (یتصور فی بیع الراهن، فانه) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۷

قد یبیع رجاء لاجازة المرتهن، و لا ینوی الاستقلال، و قد یبیع جاهلا بالرهن، او بحکمه، او ناسیا، و لا حرمة فی شیء من ذلک.

و ثانیا: ان المتیقن من الاجماع و الاخبار علی منع الراهن کونه علی نحو منع المرتهن، علی ما یقتضیه عبارة معقد الاجماع و الاخبار اعنی قولهم: الراهن و المرتهن ممنوعان، و معلوم ان المنع فی المرتهن انما هو علی وجه لا ینافی وقوعه موقوفا.

الراهن (قد یبیع رجاء الاجازة المرتهن، و لا ینوی الاستقلال، و قد یبیع جاهلا بالرهن) موضوعا (او بحکمه) و انه لا یجوز له البیع الا باجازة المرتهن (او ناسیا) للموضوع او الحکم (و لا حرمة فی شیء من ذلک) ای البیع جهلا بالموضوع او الحکم، او نسیانا لهما.

و اذ لا حرمة لا فساد، فان المستشکل اراد ان یستدل علی الفساد بالحرمة، و لذا رده الشیخ بهذا الرد.

(و ثانیا: ان المتیقن من الاجماع و الاخبار علی منع الراهن) عن التصرف (کونه) استقلالا، لا فضولة رجاء الاجازة، فهو (علی نحو منع المرتهن) فی کونه ممنوعا استقلالا، لا برجاء الاجازة (علی ما یقتضیه عبارة معقد الاجماع و الاخبار اعنی) بالمعقد (قولهم: الراهن و المرتهن ممنوعان، و معلوم ان المنع) عن التصرف (فی المرتهن، انما هو علی وجه) الاستقلال، ف (لا- ینافی وقوعه) ای البیع من

المرتهن (موقوفا) کما یقع البیع من المرتهن موقوفا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۸

و حاصله یرجع الی منع العقد علی الرهن و الوفاء بمقتضاه علی سبیل الاستقلال، و عدم مراجعة صاحبه فی ذلک.

و اثبات المنع ازید من ذلک یحتاج الی دلیل، و مع عدمه، یرجع الی العمومات.

و اما ما ذکره من منع جریان التعلیل فی روایات العبد فیما نحن فیه مستندا الی الفرق بینهما، فلم اتحقق الفرق بینهما

(و حاصله یرجع الی منع العقد علی الرهن و الوفاء) بعد ذلک (بمقتضاه) بان تسلیم المال الی المشتری (علی سبیل الاستقلال، و عدم مراجعة صاحبه) ای صاحب الرهن- و هو المالک- (فی ذلک) الوفاء بمقتضی العقد.

(و اثبات المنع) عن التصرف (ازید من ذلک) ای ازید من التصرف الاستقلالی- بان یکون التصرف المتوقف علی اجازة الراهن أیضا ممنوعا (یحتاج الی دلیل) مفقود (و مع عدمه) ای عدم الدلیل (یرجع الی العمومات) الدالة علی صحة الفضولی.

و اذا تحقق الامر فی المرتهن کان الراهن مثله فی جواز التصرف علی نحو الفضولیة و التوقف علی اجازة الطرف الآخر.

(و اما ما ذکره) المعاصر (من منع جریان التعلیل فی روایات العبد فیما نحن فیه) ای بیع الراهن، و هو قوله «و اما التعلیل المستفاد» (مستندا) فی منعه (الی الفرق بینهما) بین نکاح العبد، و بین بیع الراهن (فلم اتحقق الفرق بینهما).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۶۹

بل الظاهر کون النهی فی کل منهما لحق الغیر، فان منع الله- جل ذکره- من تفویت حق الغیر ثابت فی کل ما کان النهی عنه لحق الغیر من غیر فرق بین بیع الفضولی، و نکاح العبد، و بیع الراهن.

و اما ما ذکره من المساوات بین بیع الراهن و بیع الوقف و أمّ الولد.

ففیه ان الحکم فیهما تعبد.

و لذا لا یؤثر الاذن السابق فی صحة البیع.

اذ کل منهما لیس معصیة ذاتیة کشرب الخمر، بل عصیان، لانه تصرف فی حق الغیر، فاذا اجاز الغیر «ذی الحق» جاز (بل الظاهر کون النهی فی کل منهما) ای من نکاح العبد، و بیع الراهن (لحق الغیر، فان منع الله- جل ذکره- من تفویت حق الغیر ثابت فی کل ما کان النهی عنه لحق الغیر) لا لاجل امر ذاتی حاصل فی نفس المنهی عنه (من غیر فرق بین بیع الفضولی، و نکاح العبد، و بیع الراهن) و سائر معاملات الفضول، کإجارته، و مضاربته، و مزارعته، و مساقاته، و غیرها.

(و اما ما ذکره من المساوات بین بیع الراهن و بیع الوقف و أمّ الولد) فکما لا یصح هذین، لا یصح بیع الراهن.

(ففیه ان الحکم فیهما) بیع الوقف و أمّ الولد (تعبد) لامر ذاتی فیهما.

(و لذا لا یؤثر الاذن السابق) من مالک أمّ الولد، و مالک الوقف (فی صحة البیع) بخلاف بیع الرهن حیث لا نهی ذاتی فیه، و لذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۰

فقیاس الرهن علیه فی غیر محله.

و بالجملة: فالمستفاد من طریقة الاصحاب، بل الاخبار: ان المنع من المعاملة اذا کان لحق الغیر الّذی یکفی اذنه السابق لا یقتضی الابطال رأسا، بل انما یقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الاثر علیه مستقلا من دون مراجعة ذی الحق.

و یندرج فی ذلک الفضولی، و عقد الراهن، و المفلس، و المریض، و عقد الزوج لبنت اخت زوجته، او اخیها،

یؤثر اذن المرتهن السابق فی صحة البیع.

(فقیاس الرهن علیه) علی بیع الوقف و أمّ الولد (فی غیر محله).

(و بالجملة: فالمستفاد من طریقة الاصحاب) التی تظهر من کلامهم فی باب الفضولی و غیره (بل الاخبار: ان المنع من المعاملة اذا کان لحق الغیر الّذی یکفی) فی رفع المنع (اذنه السابق) بان کان المحذور فقط عدم اذن ذی الحق (لا یقتضی) اجراء المعاملة بدون الاذن السابق (الابطال) للمعاملة (رأسا) سواء اجاز بعد ذلک ذو الحق، أم لا (بل انما یقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الاثر علیه) ای علی ذلک التعامل، اذ اراد العامل ترتیب الاثر (مستقلا من دون مراجعة ذی الحق) لا سابقا و لا لاحقا.

(و یندرج فی ذلک) ای فی الّذی قلنا انه یستفاد من طریقة الاصحاب (الفضولی، و عقد الراهن، و المفلس، و المریض، و عقد الزوج لبنت اخت زوجته، او) بنت (اخیها) ای ادخال امرأة علی عمتها او خالتها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۱

و للامة علی الحرة، و غیر ذلک.

فان النهی فی جمیع ذلک انما یقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا، و هو صیرورته سببا مستقلا لآثاره من دون مدخلیة رضاء غیر المتعاقدین.

و قد یتخیل وجه آخر لبطلان البیع هنا بناء علی ما سیجیء من:

ان ظاهرهم کون الاجازة هنا کاشفة، حیث انه یلزم منه کون مال غیر الراهن

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۹، ص: ۲۷۱

(و للامة علی الحرة، و غیر ذلک) کعقد المرتهن.

فان الفضولی یحتاج الی اجازة ذی الحق، و المفلس الی الغرماء و المریض فیما زاد عن الثلث الی الورثة، و عقد المرأة الی اجازة العمة الخالة و الزوجة الحرة.

(فان النهی فی جمیع ذلک انما یقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا) «عرفا» قید «للمقصود» (و هو) ای المقصود (صیرورته) ای العقد (سببا مستقلا لآثاره) ای آثار العقد (من دون مدخلیة رضاء غیر المتعاقدین) فان هنا لرضی ذی الحق «الّذی هو غیر المتعاقدین» مدخلا، فان المتعاقدین هما الراهن و المشتری، و لرضی المرتهن مدخل، و هکذا فی سائر الموارد التی ذکرناها.

(و قد یتخیل وجه آخر لبطلان البیع هنا) فی بیع الراهن.

و هذا الوجه انما یکون (بناء علی ما سیجیء من: ان ظاهرهم کون الاجازة هنا کاشفة) لا ناقلة، و هذا الوجه هو (حیث انه یلزم منه) ای من کون بیع الراهن صحیحا (کون مال غیر الراهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۲

- و هو المشتری- رهنا للبائع.

و بعبارة اخری الرهن و البیع متنافیان فلا یحکم بتحققهما فی زمان واحد، اعنی ما قبل الاجازة.

و هذا نظیر ما تقدم فی مسألة: من باع شیئا ثم ملکه، من انه علی تقدیر صحة البیع، یلزم کون الملک لشخصین فی الواقع.

- و هو المشتری-) اذ المال بمجرد البیع ینتقل الی المشتری- بناء علی کشف اجازة المرتهن من سبق انتقال المال، من حین البیع- (رهنا للبائع) ای لفائدة البائع، اذ البائع هو المدیون.

(و بعبارة اخری الرهن و البیع متنافیان) اذ الرهن یقتضی بقاء الوثیقة فی ملک الراهن لیقتص منه المرتهن، اذا لم یعط الراهن دینه و البیع معناه انه لا یملک الراهن الوثیقة (فلا یحکم بتحققهما فی زمان واحد، اعنی ما قبل الاجازة) من المرتهن.

(و هذا نظیر ما تقدم فی مسألة: من باع شیئا ثم ملکه، من) الاشکال فی صحة مثل هذا البیع، ف (انه علی تقدیر صحة البیع، یلزم کون الملک لشخصین فی الواقع) بناء علی الکشف، اذ لو باع زید مال ابیه یوم الخمیس ثم ملکه یوم الجمعة بسبب موت الأب، فان بین الخمیس و الجمعة المال للاب، لانه المالک، و للابن لان ملکیة یوم الجمعة للابن یکشف عن صحة البیع فی یوم الخمیس.

فکما ان هما متنافیین، کذلک فی ما نحن فیه البیع و الرهن متنافیان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۳

و یدفعه ان القائل یلتزم بکشف الاجازة عن عدم الرهن فی الواقع.

و الا لجری ذلک فی عقد الفضولی أیضا لان فرض کون المجیز مالکا للمبیع نافذا الاجازة، یوجب تملک مالکین لملک واحد قبل الاجازة.

و اما ما یلزم فی مسألة: من باع شیئا ثم ملکه، فلا یلزم فی مسألة اجازة المرتهن.

(و یدفعه) ای اشکال التنافی بین الرهن و البیع (ان القائل) بصحة بیع الراهن (یلتزم بکشف الاجازة عن عدم الرهن فی الواقع) فان معنی الاجازة ان المرتهن رفع الید عن کون دینه فی مقابل الوثیقة، بل اکتفی بان یکون له دین علی الراهن بدون الوثیقة.

(و الا) فلو جری هذا الاشکال فی باب بیع الراهن (لجری ذلک) الاشکال (فی عقد الفضولی أیضا) مع ان المعاصر لا یستشکل فی عقد الفضولی (لان فرض کون المجیز مالکا للمبیع نافذ الاجازة، یوجب تملک مالکین) المجیز و المشتری (لملک واحد قبل الاجازة) المجیز لانه المالک واقعا، و المشتری لان الاجازة کاشفة عن صحة البیع من حین البیع.

(و اما ما یلزم) من الاشکال (فی مسألة: من باع شیئا ثم ملکه، فلا یلزم فی مسألة اجازة المرتهن) اذ اشکال «من باع» فی لزوم ان یکون لشیء واحد مالکان.

و من المعلوم ان المرتهن لیس مالکا حتی یلزم وجود مالکین علی ملک واحد فیما بین العقد و الاجازة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۴

نعم یلزم فی مسألة افتکاک الرهن، و سیجیء التنبیه علیه إن شاء اللّه تعالی.

ثم ان الکلام فی کون الاجازة من المرتهن کاشفة، او ناقلة هو الکلام فی مسئلة الفضولی.

و محصله ان مقتضی القاعدة النقل، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الکشف.

و القول بالکشف هناک یستلزمه

(نعم یلزم) الاشکال (فی مسألة افتکاک الرهن) لانه بین العقد و الاجازة یجب ان یکون المال رهنا و لا رهنا.

اذ بمقتضی انه مرهون فهو رهن، و بمقتضی ان الاجازة کاشفة عن ملک المشتری من حین العقد یلزم ان لا یکون رهنا، و هما متنافیان (و سیجیء التنبیه علیه إن شاء اللّه تعالی) هذا.

(ثم ان الکلام فی کون الاجازة من المرتهن) لبیع الراهن (کاشفة) عن صحة البیع من حین العقد (او ناقلة) من حین الاجازة (هو

الکلام فی مسئلة الفضولی).

فمن قال بالکشف هناک، یقول بالکشف هنا.

و من قال بالنقل هناک، یقول بالنقل هنا.

(و محصله ان مقتضی القاعدة) التی تقدم تقریرها فی باب الفضولی (النقل، الا ان الظاهر من بعض الاخبار، هو الکشف).

(و) من المعلوم: ان (القول بالکشف هناک) فی باب الفضولی (یستلزمه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۵

هنا بالفحوی، لان اجازة المالک اشبه بجزء المقتضی، و هی هنا من قبیل رفع المانع.

و من اجل ذلک جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن، مع ان الایقاعات عندهم لا تقع مراعاة.

و

ای الکشف (هنا) فی باب بیع الراهن (بالفحوی) و الاولویة، لان البائع فی باب الفضولی لیس مالکا، و فی باب الراهن البائع مالک (لان اجازة المالک اشبه بجزء المقتضی) فی باب الفضولی، فقبل الاجازة لم یتم المقتضی (و هی) ای اجازة المرتهن (هنا) فی باب الرهن (من قبیل رفع المانع) بعد وجود المقتضی.

و من المعلوم: ان المقتضی ان لم یتم، کان معناه عدم وجود العلة، بخلاف ما اذا تم المقتضی، و لکنه کان مانعا عن التأثیر.

و لذا فالصحة هنا اولی من الصحة فی باب الفضولی.

فالقول بالکشف فی باب الرهن اولی من القول بالکشف فی باب الفضولی.

(و من اجل ذلک) الّذی ذکرنا ان باب الرهن اولی بالصحة من باب الفضولی (جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن، مع ان الایقاعات) التی منها العتق (عندهم لا تقع مراعاة) بالاجازة.

(و) ان قلت: لیس ذلک لاجل اولویة باب الرهن من باب الفضولی بل لاجل بناء العتق علی التغلیب، بمعنی انه مهما وجدت رائحة العتق حصل العتق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۷۶

الاعتذار عن ذلک- ببناء العتق علی التغلیب، کما فعله المحقق الثانی فی کتاب الرهن فی مسئلة عفو الراهن عن جنایة الجانی علی العبد المرهون- مناف لتمسکهم فی العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة قدس سره فی تلک المسألة قد جوز العفو مراعی بفک الرهن.

هذا اذا رضی المرتهن بالبیع، و اجازه.

قلت هذا غیر تام، اذ (الاعتذار عن ذلک) ای عن وقوع العتق الفضولی فی باب الرهن (- ببناء العتق علی التغلیب، کما فعله المحقق الثانی فی کتاب الرهن فی مسئلة عفو الراهن عن جنایة الجانی علی العبد المرهون-) اذ ربما تکون هذه الجنایة موجبة لسقوط العبد عن الوثیقة الکاملة، کما اذا کان الدین مائة و کان العبد یسوی مائة، و بعد ان فقئت عیناه بواسطة جنایة الجانی کانت قیمته خمسین دینارا- مثلا- فاذا عفی الراهن عن الجانی کان معناه اسقاط الرهن عن الوثیقة الکاملة.

فهذا الاعتذار (مناف لتمسکهم فی العتق بعمومات العتق) لا بانه من باب التغلیب، و «مناف» خبر «الاعتذار» (مع ان العلامة قدس سره فی تلک المسألة قد جوز العفو مراعی بفکّ الرهن) فان انفک الرهن کان عفو المالک فی محله، و الا لم یکن لعفوه أثر اذ هو عفو فی حق الغیر.

(هذا) الّذی ذکرناه من بیع الراهن، و انه صحیح کالفضولی، و لیس باطلا- کما ادعاه المعاصر- (اذا رضی المرتهن بالبیع، و اجازه).

انما قال «و اجازه» لان الرضی الباطنی لا ینفع بدون الاجازة المظهرة له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۲۷۷

اما اذا اسقط حق الرهن ففی کون الاسقاط کاشفا، او ناقلا، کلام یأتی فی افتکاک الرهن او ابراء الدین.

ثم انه لا اشکال فی انه لا ینفع الردّ بعد الاجازة، و هو واضح و هل ینفع الاجازة بعد الرد؟ وجهان من: ان الرد فی معنی عدم رفع الید عن حقه، فله اسقاطه بعد ذلک و لیس ذلک کردّ بیع الفضولی لان المجیز هناک فی معنی احد المتعاقدین.

(اما اذا اسقط حق الرهن) بان خرجت الوثیقة عن کونها وثیقة، و رجعت الی مالکها مطلقة بدون تعلق بها (ففی کون الاسقاط کاشفا) حتی یکون البیع واقعا من حال العقد (او ناقلا) حتی یکون البیع حاصلا من حال اسقاط حق الرهن (کلام یأتی فی افتکاک الرهن او ابراء الدین) الّذی کان الرهن بإزائه، بان أبرأ المرتهن الدین الّذی له علی الراهن.

(ثم انه لا اشکال فی انه لا ینفع الرد) من المرتهن، لمعاملة الراهن (بعد الاجازة) فان اجاز المرتهن ثم استثنی و اراد الردّ لم ینفع رده (و هو واضح) اذ الاجازة اوجبت صحة العقد اللازم، و بعد انعقاد العقد لیس مجال لرده (و هل ینفع الاجازة بعد الرد؟) کما لو سمع المرتهن ان الراهن باع، فقال رددت، ثم اراد اجازته (وجهان).

وجه المنع (من: ان الردّ فی معنی عدم رفع الید عن حقه، فله اسقاطه) ای اسقاط الرد- بان یرفع الید عن حقه- (بعد ذلک، و لیس ذلک) الردّ فی المقام (کردّ بیع الفضولی) حیث تقدم انه لا مجال للاجازة بعد ذلک (لان المجیز هناک) فی بیع الفضولی (فی معنی احد المتعاقدین)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۲۷۸

و قد تقرر ان ردّ احد العاقدین مبطل لانشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا فان المرتهن اجنبی له حق فی العین.

و من: ان الایجاب المؤثر انما یتحقق برضاء المالک و المرتهن، فرضاء کل منهما جزء مقوّم للایجاب المؤثر.

فکما ان ردّ المالک فی الفضولی مبطل للعقد بالتقریب المتقدم.

کذلک رد المرتهن، و هذا

و الاجازة قائمة مقام احد رکنی العقد.

(و قد تقرر ان ردّ احد العاقدین مبطل لانشاء العاقد الآخر) فلو قال البائع بعت، فقال المشتری، لم اشتر، فانه یبطل قول البائع «بعت» و لو قبل الاشتراء بعد ذلک، لعدم تحقق «العقود» فلا یشمله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (بخلافه) ای الرد (هنا) فی باب الرهن (فان المرتهن اجنبی) و انما (له حق) فقط (فی العین) و انما الراهن هو المالک فاذا اسقط حقه اثر العقد اثره.

(و) وجه ان الرد موجب لعدم فائدة فی اسقاطه (من: ان الایجاب المؤثر انما یتحقق برضاء المالک و المرتهن) لان لهما معا الحق فی الملک (فرضاء کل منهما جزء مقوّم للایجاب المؤثر) فایهما لم یتحقق لم یتحقق النقل و الانتقال.

(فکما ان ردّ المالک فی الفضولی مبطل للعقد بالتقریب المتقدم) اذ لا یتحقق صدق: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(کذلک رد المرتهن) یوجب عدم الانعقاد، و ان اجاز بعد ذلک (و هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۹، ص: ۲۷۹

هو الاظهر من قواعدهم.

ثم ان الظاهر: ان فک الرهن بعد البیع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلک، کما صرح به فی التذکرة، و حکی عن فخر

الاسلام، و الشهید فی الحواشی و هو الظاهر عن المحقق، و الشهیدین الثانیین.

و یحتمل عدم لزوم العقد بالفک، کما احتمله فی القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط، او الابراء، او بغیرهما، نظرا الی ان

هو الاظهر من قواعدهم) و ان کان العرف یری عدم البأس بالقبول بعد الرد.

(ثم ان الظاهر: ان فک الرهن بعد البیع بمنزلة الاجازة) فاذا باع الراهن ثم- قبل ردّ المرتهن- فک الرهن کان البیع صحیحا (لسقوط حق المرتهن) الّذی کان مانعا عن نفوذ البیع (بذلک) الفکّ (کما صرح به فی التذکرة، و حکی عن فخر الاسلام، و الشهید فی الحواشی و هو الظاهر عن المحقق، و الشهید الثانیین) صاحب جامع المقاصد و شرح اللمعة.

(و یحتمل عدم لزوم العقد بالفک) للرهن (کما احتمله فی القواعد، بل) لا ینفع فی تصحیح البیع (مطلق السقوط) لحق المرتهن (الحاصل) ذلک السقوط (بالاسقاط) بان اسقط المرتهن حقه فی الرهن (او الابراء) بان أبرأ الراهن من الدین اصلا (او بغیرهما) کما لو صالح عن حقه بشیء مثلا، او ورث الراهن المرتهن.

و انما قال هؤلاء: بعدم فائدة الابراء و نحوه فی لزوم البیع (نظرا الی ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۰

الراهن تصرف فیما فیه حق المرتهن، و سقوطه بعد ذلک لا یؤثر فی تصحیحه.

و الفرق بین الاجازة و الفک ان مقتضی ثبوت الحق له، هو صحة امضائه للبیع الواقع فی زمان حقه، و ان لزم من الاجازة سقوط حقه، فیسقط حقه بلزوم البیع.

و بالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن فی الرهن حال وجود حقه اعنی حال العقد بما یوجب سقوط حقه نظیر اجازة المالک،

الراهن تصرف فیما فیه حق المرتهن، و سقوطه) ای حق المرتهن (بعد ذلک) التصرف (لا یؤثر فی تصحیحه) ای تصحیح البیع.

(و) ان قلت: فلما ذا تقولون بانه اذا اجاز المرتهن، کان البیع نافذا؟ و ایّ فرق بین الاجازة و بین الفک؟

قلت: (الفرق بین الاجازة و الفک ان مقتضی ثبوت الحق له) ای للمرتهن (هو صحة امضائه للبیع الواقع فی زمان حقه، و ان لزم من الاجازة سقوط حقه) ای حق المرتهن، و «ان» وصلیة، ای لا- منافات بین وجود الحق للمرتهن سابقا علی الاجازة، و سقوط حقه بالاجازة (فیسقط حقه بلزوم البیع) الحاصل ذلک اللزوم بالاجازة.

(و بالجملة فالاجازة) من المرتهن (تصرف من المرتهن فی الرهن حال وجود حقه اعنی حال العقد) ای عقد الراهن علی المرهون، اذ المرتهن له الحق فی المرهون حال عقد الراهن علیه (بما) متعلق ب «تصرف» (یوجب سقوط حقه) فهو (نظیر اجازة المالک) للفضولی.

اذ کلا من المرتهن و المالک صاحب حق فی المال الواقع علیه العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۱

بخلاف الاسقاط، او السقوط بالابراء، او الاداء، فانه لیس فیه دلالة علی مضی العقد حال وقوعه.

فهو اشبه شیء ببیع الفضولی، او الغاصب لنفسهما ثم تملکهما.

و قد تقدم الاشکال فیه عن جماعة، مضافا الی استصحاب عدم اللزوم الحاکم علی عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء علی ان هذا العقد غیر لازم قبل السقوط، فیستصحب حکم الخاص.

(بخلاف الاسقاط) ای اسقاط حق المرتهن فی المال المرهون (او السقوط) لحقه (بالابراء، او الاداء، فانه لیس فیه دلالة علی مضی

العقد حال وقوعه) ای وقوع العقد.

(فهو) ای عقد الراهن ثم سقوط حق المرتهن (اشبه شیء ببیع الفضولی، او الغاصب لنفسهما) لا للمالك (ثم تملكهما) للمال.

(و قد تقدم الاشكال فیه عن جماعة) لان حق المالك حال العقد لم یسقط باجازة من المالك، فهو بیع لمال الغیر من دون اجازته (مضافا الی استصحاب عدم اللزوم) فیما اذا باع الراهن ثم سقط حقه، فان البیع قبل سقوط حقه لم یكن لازما، فاذا شك فی اللزوم، كان استصحاب عدم اللزوم محكما (الحاكم علی عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اذ المعنی (عقودكم) و سابقا لم یكن عقودكم، فاذا شك فی انه صار بالاسقاط عقودكم، أم لا، كان استصحاب العدم محكما (بناء علی ان هذا العقد) ای عقد الراهن (غیر لازم قبل السقوط) لحق المرتهن (فیستصحب حكم الخاص) ای كون الراهن ممنوعا من التصرف الّذی خصص عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۹، ص: ۲۸۲

و لیس ذلك محل التمسك بالعام، اذ لیس فی اللفظ عموم زمانی، حتی یقال: ان المتیقن خروجه، هو العقد قبل السقوط فیبقی ما بعد السقوط داخلا فی العام.

و یؤید ما ذكرناه بل یدل علیه ما یظهر من بعض الروایات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سیده بمجرد عتقه، ما لم یتحقق

(و لیس ذلك محل التمسك بالعام) ای: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (اذ لیس فی اللفظ) ای «لفظ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (عموم زمانی) بان یقال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، شامل لكل عقد، و لكل زمان، فبیع الراهن یجب الوفاء به فی كل زمان حین العقد و بعد العقد قبل السقوط، و بعد العقد بعد السقوط، خرج من هذا العام الزمانی حال العقد و قبل السقوط- لتخصیص «الراهن ممنوع من التصرف» لهذا العام- فیبقی بعد السقوط داخلا فی عموم: اوفوا.

لكن هذا التمسك بالعموم الزمانی غیر تام، اذ لیس فی «اوفوا» عموم زمانی (حتی یقال: ان المتیقن خروجه، هو العقد قبل السقوط) ای سقوط حق المرتهن (فیبقی ما بعد السقوط داخلا فی العام) ای العموم الزمانی المستفاد من «اوفوا».

(و یؤید ما ذكرناه) من عدم فائدة سقوط حق المرتهن فی تصحیح بیع الراهن (بل یدل علیه ما یظهر من بعض الروایات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سیده بمجرد عتقه) فانه لو تزوج بدون اذن السید ثم اعتق، لم ینفعه العتق فی صحة النكاح، مع انه ملك امره حالا (ما لم یتحقق

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۹، ص: ۲۸۳

الاجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السید مع علمه بالنكاح هذا.

و لكن الانصاف: ضعف الاحتمال المذكور من جهة: ان عدم تأثیر بیع المالك فی زمان الرهن لیس الا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم علی حق المالك، بتسلیط المالك.

فعدم الأثر لیس لقصور فی المقتضی، و انما هو من جهة المانع.

فاذا زال أثر المقتضی.

الاجازة) من السید (و لو) كانت الاجازة (بالرضا المستكشف) ذلك الرضا (من سكوت السید مع علمه بالنكاح هذا).

(و لكن الانصاف: ضعف الاحتمال المذكور) ای احتمال عدم نفوذ عقد الراهن، بعد ان سقط حق المرتهن (من جهة: ان عدم تأثیر بیع المالك فی زمان الرهن لیس الا- لمزاحمة حق المرتهن) اذ حق المرتهن یحول دون نفوذ عمل الراهن المالك (المتقدم) ذلك الحق (علی حق المالك ب) سبب (تسلیط المالك) المرتهن علی ماله.

و من المعلوم: ان المالك اذا سلط احدا علی ماله تسلیطا لازما، لم یكن له ان یرجع عن ذلك التسلیط، و لذا یقدّم تسلیطه المرتهن

على سلطة نفسه على نفس المال.

(فعدم الأثر) اى أثر معاملة الراهن و بيعه (ليس لقصور فى المقتضى) اى ملكية المالك الراهن (و انما هو من جهة المانع) و هو حق المرتهن.

(فاذا زال) المانع (أثّر المقتضى) الّذى هو الملك و لا يتوقف على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۸۴

و مرجع ما ذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفادة من نحو:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: الناس مسلطون على اموالهم، و نحو ذلك عامة.

و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الّذى هو اسبق.

فاذا زال المزاحم وجب تأثير السبب.

و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب،

اجازة المرتهن.

(و مرجع ما ذكرنا) من عدم الاحتياج الى اذن المرتهن، بعد سقوط حقه (الى ان ادلة سببية البيع) للنقل و الانتقال (المستفادة) تلك السببية (من نحو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: الناس مسلطون على اموالهم و نحو ذلك) نحو: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (عامة) تشمل كل زمان و مكان و غيرهما من سائر المزايا و الخصوصيات.

(و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الّذى هو) اى حق المرتهن (اسبق) من حق الراهن فى البيع.

(فاذا زال المزاحم وجب تأثير السبب) الّذى هو الملكية بدون شرط او قيد.

(و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع) بان يقال: ما دام الملك مرهونا كان البيع متوقفا على اجازة المرتهن.

فاذا فك الرهن نشك فى انه هل زال التوقف، أم لا؟ فالاصل بقاء التوقف.

و انما لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع (للعلم بمناط المستصحب)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۸۵

و ارتفاعه.

فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

و اما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق، لان المانعية عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده، قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح.

و هو حق المرتهن (و) العلم ب (ارتفاعه) اذ بعد الفك لاحق المرتهن.

(فالمقام من باب وجوب العمل بالعام) الّذى هو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و نحوه (لا من مقام استصحاب حكم الخاص) الّذى هو كون الراهن ممنوعا من التصرف (فافهم) اذ ان صحة البيع بعد الفك لا ينافى توقف البيع على الاجازة، لانه كان تصرفا فى المال الّذى للمرتهن حق فيه و سقوط حق المرتهن- فى حال البيع- بالفك خلاف الاستصحاب.

(و اما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده) حيث تقدم ان ظاهر بعض الروايات عدم فائدة تحريره فى اللزوم اذا لم يجوزه السيد (فهو قياس مع الفارق، لان المانعية عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده، قصور تصرفاته) اى العبد (عن الاستقلال فى التأثير).

فذلک من باب عدم المقتضی (لا مزاحمة حق السید لمقتضی النکاح) حتی یکون من باب وجود المانع.

و ما نحن فیه من باب وجود المانع، لا من باب عدم المقتضی- کما تقدم-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۶

اذ لا منافات بین کونه عبدا، و کونه زوجا.

و لاجل ما ذکرنا لو تصرف العبد لغیر السید ببیع او غیره، ثم انعتق العبد، لم ینفع فی تصحیح ذلک التصرف هذا.

و لکن مقتضی ما ذکرنا سقوط حق الرهانة بالفک، او الاسقاط، او الابراء، او غیر ذلک،

(اذ لا منافات بین کونه عبدا، و کونه زوجا) اذ الزوجیة خصوصا فی مثل المتعة لا تنافی حق المولی اطلاقا.

و هذا دلیل علی انه انما لا ینفذ النکاح لعدم تمامیة المقتضی.

(و لاجل ما ذکرنا) من ان تصرف العبد لعدم المقتضی لا لوجود المانع، و لذا لا ینفع عتقه فی تصحیح زواجه السابق- فی حال کونه عبدا- (لو تصرف العبد) تصرفا منافیا لحق السید (لغیر السید) بان کان التصرف لاجنبی (ببیع او غیره، ثم انعتق العبد، لم ینفع) العتق (فی تصحیح ذلک التصرف) اذ التصرف- حال وقوعه- کان فی حق المولی، و العتق لا یوجب تقلّب ذلک التصرف من کونه فی حق المولی، الی کونه تصرفا جائزا (هذا) وجه عدم صحة قیاس بیع الراهن بنکاح العبد.

(و لکن مقتضی ما ذکرنا) من کون الفک موجبا لعدم الاحتیاج الی اجازة المرتهن «کون» خبر «مقتضی» (سقوط حق الرهانة بالفک، او الاسقاط) ای اسقاط المرتهن لکون الشیء رهنا عنده، و ان کان لم یسقط دینه (او الابراء) ای ابراء الدین فیسقط الرهن تبعا (او غیر ذلک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۷

ناقلا- و مؤثرا من حینه، لا- کاشفا عن تأثیر العقد من حین وقوعه، خصوصا بناء علی الاستدلال علی الکشف بما ذکره جماعة ممن قارب عصرنا، من ان مقتضی مفهوم الاجازة امضاء العقد من حینه، فان هذا غیر متحقق فی افتکاک الرهن.

فهو نظیر بیع الفضولی، ثم تملکه للمبیع حیث انه لا یسع القائل بصحته الا التزام تأثیر العقد من حین انتقاله عن ملک

کالصلح علی الدین، او علی حقه فی الرهن- مثلا- (ناقلا) خبر «کون» (و مؤثرا من حینه) ای حین الابراء (لا کاشفا عن تأثیر العقد من حین وقوعه) اذ المانع عن نفوذ البیع الآن- حین الابراء- ارتفع، فالآن یؤثر العقد اثره.

اما قبل ذلک فوجود المانع یمنع عن تأثیر العقد، لا تأثیرا حال وقوع العقد، و لا تأثیرا عند الفک، کشفا (خصوصا) قید «لا کاشفا» (بناء علی الاستدلال علی الکشف بما ذکره جماعة ممن قارب عصرنا، من ان: مقتضی مفهوم الاجازة امضاء العقد من حینه) لا معناها امضاء العقد من حین الاجازة.

و انما قلنا «خصوصا» (فان هذا) ای الامضاء من حین العقد (غیر متحقق فی افتکاک الرهن) اذ حال العقد لو نفذ البیع لزم ان یکون ملک المشتری رهنا فی مقابل دین البائع.

(فهو) ای بیع الرهن (نظیر بیع الفضولی، ثم تملکه للمبیع) ای تملک الفضولی لما باعه، کما لو باع مال ابیه ثم ورثه من الأب (حیث انه لا یسع القائل بصحته الا التزام تأثیر العقد من حین انتقاله عن ملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۸

المالک الاول، لا- من حین العقد، و إلا- لزم فی المقام کون ملک الغیر رهنا لغیر مالکه، کما یلزم فی تلک المسألة کون المبیع لمالکین فی زمان واحد لو قلنا بکشف الاجازة للتأثیر من حین العقد هذا.

و لکن ظاهر کل من قال: بلزوم العقد، هو القول بالکشف.

و قد تقدم عن القواعد فی مسئلة عفو الراهن عن الجانی علی المرهون ان الفک یکشف عن صحته.

المالک الاول) کزمان موت الأب (لا من حین العقد، و الا) فلو قلنا بالکشف (لزم فی المقام) ای بیع الراهن الرهن، ثم فک الرهن (کون ملک الغیر رهنا لغیر مالکه) اذ معنی الکشف انه من حین العقد «حال کونه رهنا» للمشتری و الحال ان المدیون للمرتهن هو البائع (کما یلزم) علی الکشف (فی تلک المسألة) ای مسألة: من باع ثم ملک (کون المبیع لمالکین فی زمان واحد) الأب لانه المالک قبل ان یموت، و المشتری من الابن، لغرض ان الموت کشف عن الانتقال من حین العقد (لو قلنا بکشف الاجازة للتأثیر) فی النقل و الانتقال (من حین العقد هذا) ما یقتضیه القواعد.

(و لکن ظاهر کل من قال: بلزوم العقد) ای عقد الراهن اذا اجاز المرتهن (هو القول بالکشف) فیرد علیهم الاشکال المتقدم، و هو لزوم ان یکون ملک المشتری رهنا بالدین البائع، و هذا خلاف قواعد الرهن.

(و قد تقدم عن القواعد فی مسئلة عفو الراهن عن الجانی علی المرهون) «علی» متعلق ب «الجانی» (ان الفک) للرهن (یکشف عن صحته)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۸۹

و یدل علی الکشف أیضا ما استدلوا به علی الکشف فی الفضولی من ان العقد سبب تام الی آخر ما ذکره فی الروضة، و جامع المقاصد.

ثم ان لازم الکشف- کما عرفت فی مسألة الفضولی- لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن و المشتری فلا یجوز له فسخه بل، و لا ابطاله بالاذن للمرتهن فی البیع.

ای صحة العفو، و هذا مؤیّد للکشف أیضا.

(و یدل علی الکشف أیضا) ای کون فک الرهن کاشفا عن الانتقال من حین العقد (ما استدلوا به علی الکشف فی) بیع (الفضولی من ان العقد سبب تام) فهو یؤثر اثره (الی آخر ما ذکره فی الروضة، و جامع المقاصد).

و هنا فی باب الرهن أیضا یستدل بنفس الدلیل.

و الجواب عنه ان العقد غیر المقترن بالاجازة من ذی الحق لیس سببا تاما، فاذا لحقت الاجازة صار المسبب تاما و فی هذا الحال یؤثر اثره.

(ثم ان لازم الکشف- کما عرفت فی مسألة الفضولی- لزوم العقد قبل اجازة المرتهن) لزوما (من طرف الراهن) البائع (و المشتری) لانهما اجریا العقد، فلا شأن لهما فی الفسخ، کما ان المشتری فی بیع الفضولی، لو اشتری من الفضولی، لم یکن له حق فی الفسخ، و انما الامر متوقف علی اجازة المالک فقط (فلا یجوز له) ای للراهن (فسخه) ای العقد (بل، و لا ابطاله) ابطالا- لا بالفسخ- بل (بالاذن للمرتهن فی البیع) اذ لا فرق بین الفسخ و الابطال فی انه لیس من حق البائع بعد ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۰

نعم یمکن ان یقال: بوجوب فکه من مال آخر، اذ لا یتم الوفاء بالعقد الثانی الا بذلک.

فالوفاء بمقتضی الرهن غیر مناف للوفاء بالبیع.

و یمکن ان یقال: انه انما یلزم الوفاء بالبیع بمعنی عدم جواز نقضه و اما دفع حقوق الغیر و سلطنته فلا یجب، و لذا لا یجب علی من باع مال الغیر لنفسه

خرج المال من يده ببيعه له.

(نعم يمكن ان يقال) انه اذا لم يحق للراهن الاذن للمرتهن بالبيع، و كان مديونا له، كان اللازم تدارك الدين (بوجوب فكه) اى الرهن (من مال آخر، اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى) اى عقد البيع (الا بذلك) اى بفك الرهن من مال آخر.

(فالوفاء بمقتضى الرهن) بان يبقى المال مرهونا (غير مناف للوفاء بالبيع) بان يفك الرهن من مال آخر، و يعطى المرهون الى المشترى جمعا بين الحقين-.

(و يمكن ان يقال: انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه) فلا يجوز للبائع الراهن ان ينقض البيع الّذى اوقعه المرهون (و اما دفع حقوق الغير) بان يفك المال حتى يرتفع حق المرتهن من المرهون «المبيع» (و سلطنته) عطف على «حق» اى دفع سلطنة الغير اى سلطنة المرتهن على المال (فلا يجب، و لذا) الّذى لا يجب دفع حق الغير (لا يجب على من باع مال الغير لنفسه) كالغاصب، او الجاهل بانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۹۱

ان يشتريه من مالكه، و يدفعه إليه- بناء على لزوم العقد بذلك-.

و كيف كان، فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن،

مال غيره، ثم علم بعد ان باعه (ان يشتريه من مالكه، و يدفعه إليه) اى الى المشترى.

و لو كان دفع حق الغير واجبا مقدمة للوفاء بالعقد وجب اشتراء الغاصب و الجاهل.

و اما عدم الوجوب فى المقام، فلانه لم يقل به احد، و لم يدل عليه دليل (- بناء على لزوم العقد بذلك-) اى باشتراء الغاصب و دفعه الى المشترى.

و اما اذا لم نقل بلزوم العقد بذلك، و قلنا: ان الغاصب اذا اشترى المال من المالك، لم يلزم العقد الّذى احدثه مع المشترى، فاوضح فى عدم لزوم الاشتراء، اذ اىّ دليل لوجوب الاشتراء و الحال انه لا يترتب عليه لزوم، و لا يمكن ان يترتب جواز على لزوم- فى امثال المقام- اى ان الشارع يلزم الانسان بان يأتى بشيء حتى يرتب الشارع على ذلك الشى امرا جائزا، بحيث ان شاء فعله الملتزم عليه و ان شاء لم يفعله.

(و كيف كان، فلو امتنع) البائع الراهن عن فك الرهن بمال آخر (فهل يباع عليه) الرهن، بان يبيعه المرتهن لاستيفاء حقه، و هذا معنى (لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك) بيع الرهن اذا لم يؤدّ الراهن الدين (و ان لزم من ذلك) اى بيع المرتهن المال (ابطال بيع الراهن) الّذى باع المال للمشترى فضولة- بدون اذن المرتهن-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۹۲

لتقدم حق المرتهن او يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر، جمعا بين حقى المشترى و المرتهن، اللازمين على الراهن البائع وجهان.

و مع انحصار المال فى المبيع، فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن.

(لتقدم حق المرتهن) على حق المشترى فيبطل حق المشترى بسبب حق المرتهن (او يجبر الحاكم الراهن على فكه) اى الدين (من مال آخر) دون المرهون.

و انما يجبر (جمعا بين حقى المشترى و المرتهن) لاقتضاء الرهن ذلك و هو الجمع بين الحقين.

فکونه رهنا یقتضی فکه، و کونه مبیعا یقتضی الوفاء بالبیع للمشتری (اللازمین علی الراهن البائع) لانه راهن و باع (وجهان) خبر «فهل یباع».

(و مع انحصار المال) ای مال الراهن (فی المبیع) بان لم یکن له مال آخر یمکن اداء دین الراهن منه (فلا اشکال فی تقدیم حق المرتهن) علی حق المشتری، لتقدمه الزمانی، فان البیع وقع علی ما فیه حق للغیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۳

مسئلة اذا جنی العبد عمدا بما یوجب قتله، او استرقاق کله، او بعضه.

فالاقوی صحة بیعه وفاقا للمحکی عن العلامة، و الشهید، و المحقق الثانی، و غیرهم، بل فی شرح الصیمری انه المشهور، لانه لم یخرج، باستحقاقه للقتل، او الاسترقاق عن ملک مولاه، علی ما هو المعروف عمن عدا الشیخ فی الخلاف کما سیجیء.

(مسئلة: اذا جنی العبد عمدا بما یوجب قتله، او استرقاق کله) کما لو قتل انسانا (او) استرقاق (بعضه) کما اذا جرح بما قیمته مثلا عشرة، و الحال ان العبد قیمته مائة.

(فالاقوی صحة بیعه) من مولاه (وفاقا للمحکی عن العلامة، و الشهید و المحقق الثانی، و غیرهم، بل فی شرح الصیمری انه المشهور، لانه) ای العبد (لم یخرج، ب) سبب (استحقاقه للقتل، او الاسترقاق) من جانب المجنی علیه (عن ملک مولاه) «عن» متعلق ب «لم یخرج» (علی ما هو المعروف) من عدم خروجه عن ملک مولاه (عمن عدا الشیخ فی الخلاف کما سیجیء) فانه قال بخروجه عن ملک مولاه.

و اذا قلنا بهذا القول لم یصح بیعه للمولی اذ لیس بماله- فی هذا الحال-.

(و) ان قلت: انه و ان لم یخرج عن ملک مولاه، لکنه متعلق حق المجنی علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۴

تعلق حق المجنی علیه به، لا یوجب خروج الملک عن قابلیة الانتفاع به.

و مجرد امکان مطالبة اولیاء المجنی علیه له فی کل وقت بالاسترقاق او القتل، لا یسقط اعتبار مالیته.

و علی تقدیر تسلیمه فلا ینقص ذلک عن بیع مال الغیر فیکون موقوفا علی افتکاکه عن القتل و الاسترقاق، فان افتک لزم، و الا بطل

قلت: (تعلق حق المجنی علیه به) ای بالعبد (لا یوجب خروج الملک) الّذی هو العبد (عن قابلیة الانتفاع به) بان ینتفع به مولاه ببیع او ما اشبه، لاستصحاب بقاء حق الانتفاع.

(و مجرد امکان مطالبة اولیاء المجنی علیه) فیما اذا قتل ولیهم (له) ای للعبد (فی کل وقت) مطالبة (بالاسترقاق او القتل، لا یسقط اعتبار مالیته) لمولاه، حتی یقال: بانه لیس بعد الجنایة بمال، لانه فی معرض التلف- اذ لیس کل معرض تلف موجب للخروج عن المالیة-.

(و علی تقدیر تسلیمه) ای تسلیم انه لیس بمال للمولی الآن- بعد الجنایة- (فلا ینقص ذلک) ای سقوطه عن المالیة (عن بیع مال الغیر) فضولة.

فکما یجوز بیع مال الغیر متوقفا علی اجازته، کذلک یجوز بیع هذا العبد متوقفا علی اجازة اولیاء المجنی علیه (فیکون) بیع المولی للعبد الجانی (موقوفا) فی لزومه (علی افتکاکه عن القتل و الاسترقاق) اما بهبة اولیاء المجنی علیه، او باعطاء مولی العبد البدل لهم، او

نحو ذلک (فان افتک) العبد (لزم) البیع الّذی اجراه المولی علیه (و الا) یفتک (بطل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۵

البیع من اصله.

و یحتمل ان یکون البیع غیر متزلزل، فیکون تلفه من المشتری فی غیر زمن الخیار، لوقوعه فی ملکه،.

غایة الامر ان کون المبیع عرضة لذلک، یوجب الخیار مع الجهل کالمبیع الارمد اذا عمی، و المریض اذا مات بمرضه.

البیع من اصله) ای بطلانا من حین العقد لا من حین تبین عدم الافتکاک او من حین القتل او الاسترقاق.

(و یحتمل ان یکون البیع) من المولی (غیر متزلزل، فیکون تلفه من المشتری فی غیر زمن الخیار) بان یخسر المشتری.

اما فی زمن الخیار فانه من مال البائع، اذ التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، کما دل علیه النص و الفتوی، و یأتی تفصیله فی باب الخیارات إن شاء الله تعالی.

و انما یکون تلفه من المشتری (لوقوعه) ای التلف (فی ملکه) لا فی ملک البائع.

(غایة الامر) فی عدم تحمل المشتری للتلف (ان کون المبیع عرضة لذلک) ای فی معرض التلف (یوجب الخیار) للمشتری (مع الجهل) بانه عرضة للتلف، لانه مال ناقص (کالمبیع الارمد) الّذی بعینه رمد (اذا عمی، و المریض اذا مات بمرضه) و کان المشتری جاهلا، فان له الخیار فی الفسخ و الرجوع الی ثمنه، و عدم الفسخ حتی یکون التلف من کیسه لا من کیس البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۶

و یرده ان المبیع اذا کان متعلقا لحق الغیر، فلا یقبل ان یقع لازما لادائه الی سقوط حق الغیر، فلا بد اما ان یبطل، و اما ان یقع مراعی.

و قد عرفت: ان مقتضی عدم استقلال البائع فی ماله، و مدخلیة الغیر فیه، وقوع بیعه مراعی لا باطلا.

و بذلک یظهر الفرق بین ما نحن فیه، و بین بیع المریض الّذی یخاف علیه من الموت، و الارمد الّذی یخاف علیه من العمی الموجب للانعتاق.

(و یرده) ای یرد الاحتمال المذکور (ان المبیع اذا کان متعلقا لحق الغیر، فلا یقبل) البیع (ان یقع لازما لادائه) ای اللزوم (الی سقوط حق الغیر، فلا بد اما ان یبطل) من اصله (و اما ان یقع مراعی) باجازة الغیر.

(و قد عرفت: ان مقتضی عدم استقلال البائع فی ماله) ای العبد الجانی- فی المقام- (و مدخلیة الغیر فیه) و هو اولیاء المجنی علیه (وقوع بیعه) ای المالک (مراعی) باجازة الاولیاء (لا باطلا) لانه مقتضی الجمع بین الحقین.

(و بذلک) الّذی ذکرنا من وجود حق الغیر فی العبد الجانی (یظهر الفرق بین ما نحن فیه، و بین بیع المریض الّذی یخاف علیه من الموت، و) العبد (الارمد الّذی یخاف علیه من العمی الموجب) ذلک العمی (للانعتاق) فان العبد اذ اعمی او اقعد انعتق، کما تقرر فی کتاب العتق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۲۹۷

فان الخوف فی المثالین لا یوجب نقصانا فی سلطنة المالک مانعا عن نفوذ تملیکه منجزا، بخلاف تعلق حق الغیر.

اللهم الا ان یقال: ان تعلق حق المجنی علیه لا یمنع من نفوذ تملیکه منجزا، لان للبائع سلطنة مطلقة علیه، و کذا للمشتری.

و لذا یجوز التصرف لهما فیه من دون مراجعة ذی الحق.

غایة الامر ان له التسلط علی ازالة ملکهما بالاتلاف، او التملک.

(فان الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنة المالك) فى حال كون ذلك النقصان (مانعا عن نفوذ تمليكه) العبد للغير تمليكا (منجزا بخلاف تعلق حق الغير) بالعبد فانه مانع عن نفوذ تمليك المالك تمليكا منجزا.

(اللهم الا ـ ان يقال: ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تمليكه) اى تمليك البائع للعبد الجانى تمليكا (منجزا، لان للبائع سلطنة مطلقة عليه) اى على العبد الجانى، اذ السلطنة المطلقة التى كانت قبل الجناية لم يسقطها شىء (و كذا للمشترى) اذا اشتراه، سلطنة مطلقة عليه.

(و لذا) الّذى للبائع و المشترى سلطنة مطلقة (يجوز التصرف لهما فيه) اى فى العبد (من دون مراجعة ذى الحق) الّذى هو ولى المجنى عليه.

(غاية الامر) رعاية لحق المجنى عليه (ان له التسلط على ازالة ملكهما) اى ملك البائع و المشترى (بالاتلاف) بان يقتل العبد قصاصا (او التملك) بان يسترقه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۹۸

و هذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى، و عدم استقرار الملك.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير و حق المجنى عليه غير المانع فعلا.

غاية الامر انه مانع شأنا.

و كيف كان فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف: البطلان، فانه قال فيما حكى عنه: اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولاه بغير اذن المجنى عليه، فان كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع، و ان كانت جنايته توجب الارش

(و هذا) الحق للمجنى عليه (لا يقتضى وقوع العقد مراعى) باجازة المجنى عليه (و عدم استقرار الملك) «و عدم» عطف «وقوع».

(و بما ذكرنا) من السلطنة المطلقة للبائع فى العبد الجانى (ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير) فلا يجوز للمالك ان يبيع المرهون الاعلى نحو الفضولى (و) بين (حق المجنى عليه) فى العبد الجانى (غير المانع فعلا) قبل الاتلاف و الاسترقاق.

(غاية الامر انه مانع شأنا) لان المجنى عليه الاخذ بحقه.

(و كيف كان) سواء قلنا بان تصرف المالك فى العبد لازم، او مراعى (ف) هو خلاف الشيخ، اذ (قد حكى عن الشيخ فى الخلاف: البطلان) لبيع العبد الجانى (فانه قال فيما حكى عنه: اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولاه بغير اذن المجنى عليه، فان كانت جنايته توجب القصاص) كما لو كان قاتلا (فلا يصح البيع، و ان كانت جنايته توجب الارش) كما لو صلم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۲۹۹

صحّ، اذا التزم مولاه الارش ثم استدل بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لانه قد باع منه ما لا يملكه، فانه حق للمجنى عليه.

و اما اذا وجب عليه الارش صح، لان رقبته سليمة، و الجناية ارشها فقد التزمه السيد فلا ـ وجه يفسد البيع، انتهى و قد حكى عن المختلف انه حكى عنه فى كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا، حيث قال: اذا كان عبد قد جنى جناية فانه لا يجزى عتقه من الكفارة، و ان كان خطاء، جاز ذلك و استدل باجماع الفرقة، فانه لا خلاف بينهم انه اذا كانت جنايته

اذن انسان (صح) البيع (اذا التزم مولاه الارش ثم استدل) لعدم الصحة فى الفرع الاول (بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لانه) اى المولى (قد باع منه) اى من هذا العبد (ما لا يملكه) و انما لا يملكه المولى (فانه) اى العبد (حق للمجنى عليه) و لا يصح بيع حق الغير.

(و اما اذا وجب عليه الارش) فقط (صح) البيع (لان رقبته) اى العبد (سليمة) اذ ليس على رقبته قصاص (و الجناية ارشها) «ارشها» بدل

الاشتمال من «الجنایة» (فقد التزمه السید) و بعد ذلک لا حق للمجنی علیه فی العبد (فلا وجه یفسد البیع، انتهی و قد حکی عن المختلف انه حکی عنه فی کتاب الظهار: التصریح بعدم بقاء ملک المولی علی الجانی عمدا، حیث قال: اذا کان عبد قد جنی جنایة فانه لا یجزی عتقه عن الکفارة) الواجبة علی المظاهر (و ان کان) جنی (خطاء، جاز ذلک) ای عتقه (و استدل باجماع الفرقة، فانه لا خلاف بینهم انه اذا کانت جنایته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۰

عمدا ینتقل ملکه الی المجنی علیه.

و ان کان خطأ فدیة ما جناه علی مولاه، انتهی.

و ربما یستظهر ذلک من عبارة الإسکافی المحکیة عنه فی الرهن، و هی ان من شرط الرهن ان یکون الرهن مثبتا لملکه ایاه غیر خارج بارتداد، او استحقاق الرقبة، جنایته عن ملکه انتهی.

و ربما یستظهر البطلان من عبارة الشرائع أیضا فی کتاب القصاص حیث قال: اذا قتل العبد حرا عمدا، فاعتقه مولاه صح و لم یسقط القود.

عمدا ینتقل ملکه) ای العبد (الی المجنی علیه) فلا یصح عتقه فی ظهار او غیره.

(و ان کان خطأ فدیة ما جناه علی مولاه) و لذا یصح عتقه (انتهی).

(و ربما یستظهر ذلک) ای عدم بقاء ملک المولی علی الجانی عمدا (من عبارة الاسکافی المحکیة عنه فی) باب (الرهن، و هی) ای العبارة هذه (ان من شرط الرهن ان یکون الرهن مثبتا) ای ثابتا غیر متزلزل، و ذلک (لملکه) ای الراهن (ایاه) للمرهون (غیر خارج) العبد الّذی یریدان یرهنه (بارتداد، او) ب (استحقاق الرقبة) بان یکون العبد للغیر (ب) سبب (جنایته) ای العبد (عن ملکه) متعلق ب «خارج» (انتهی) کلام الاسکافی.

(و ربما یستظهر البطلان) لرهن العبد الجانی عمدا (من عبارة الشرائع أیضا فی کتاب القصاص: حیث قال: اذا قتل العبد) انسانا (حرا عمدا، فاعتقه مولاه صح) العتق (و لم یسقط القود) ای حق القصاص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۱

و لو قیل لا یصح لئلا یبطل حق المولی من الاسترقاق کان حسنا، و و کذا بیعه و هبته، انتهی.

لکن یحتمل قویا ان یکون مراده بالصحة وقوعه لازما غیر متزلزل، کوقوع العتق، لانه الّذی یبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعی بافتکاکه عن القتل و الاسترقاق.

لولی المجنی علیه.

(و لو قیل لا یصح) العتق (لئلا یبطل حق المولی من الاسترقاق) اذ حق المولی اذا سقط عنه بالعتق لم یتمکن ولی المیت من استرقاق العبد، و الحال انه مخیر بین القصاص و الاسترقاق، فکیف یجوز ان یفعل المولی فعلا یوجب سقوط حق الاسترقاق؟

فهذا القول (کان حسنا، و کذا بیعه و هبته) ای لا یجوز ان (انتهی).

عبارة الشرائع.

(لکن یحتمل قویا ان یکون مراده بالصحة)- فی البیع و الهبة- ای الصحة التی نفاها الشرائع (وقوعه لازما غیر متزلزل، کوقوع العتق) فان ظاهر عطفهما علیه، انهما مثله فی اللزوم.

فکما ان العتق لا یکون متزلزلا، کذلک البیع و الهبة (لانه) ای اللازم منهما، هو (الّذی یبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعی) و

متزلزلا (بافتکاکه عن القتل و الاسترقاق) «بافتکاکه» متعلق «بمراعی».

فالشرائع لا ینفی وقوع البیع و امثاله حتی یقال «یظهر من عبارة الشرائع البطلان» و انما ینفی وقوع البیع و امثاله لازما، بل یقول هو بان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۲

و کیف کان فالظاهر من عبارة الخلاف: الاستناد فی عدم الصحة الی عدم الملک، و هو ممنوع، لاصالة بقاء ملکه.

و ظهور لفظ الاسترقاق فی بعض الاخبار فی بقاء الملک.

نعم فی بعض الاخبار ما یدل علی الخلاف.

البیع مراعی، فان فکه المولی صح البیع، و الا کان للمجنی علیه ان یقتل او یسترق.

و الحاصل ان الشرائع ناف للّزوم لا اصل البیع، فلیس هو فی عداد القائلین بالبطلان.

(و کیف کان) سواء کان الشرائع قائلا بالبطلان، او بالصحة (فالظاهر من عبارة الخلاف: الاستناد فی عدم الصحة الی عدم الملک) یعنی ان العبد حیث یخرج بالجنایة عن ملک المولی الی ملک المجنی علیه، لا- یصح اجراء معاملة علیه (و هو ممنوع) ای عدم الملک.

أولا: (لاصالة بقاء ملکه) فان شککنا هل ان العبد یخرج عن ملک المولی بالجنایة، أم لا؟ کانت اصالة بقاء الملک محکمة.

(و) ثانیا: ل (ظهور لفظ الاسترقاق) و ان للمجنی علیه استرقاق العبد الجانی (فی بعض الاخبار فی بقاء الملک) لمولاه، اذ لو انتقل العبد بمجرد الجنایة الی المجنی علیه، لم یکن معنی للاسترقاق، و ان خرج عن ملک المولی و لم یدخل فی ملک احد لزم بقاء الملک بدون المالک.

(نعم فی بعض الاخبار ما یدل علی الخلاف) ای عدم الملک للمولی بعد جنایة العبد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۳

و یمکن ان یکون مراد الشیخ بالملک: السلطنة علیه، فانه ینتقل الی المجنی علیه.

و یکون عدم جواز بیعه من المولی مبنیا علی المنع عن بیع الفضولی المستلزم للمنع عن بیع کل ما یتعلق به حق للغیر ینافیه السلطنة المطلقة من المشتری علیه کما فی الرهن.

لکن لعل الظاهر منها کون مال العبد الی ذلک، لانه مقتضی الجمع بین ظاهر لفظ الاسترقاق و بین ظاهر بعض الاخبار المنافیة لذلک.

(و یمکن ان یکون مراد الشیخ) بخروج العبد عن ملک المولی، بالجنایة (بالملک) المنفی (السلطنة) من المولی (علیه) ای علی العبد.

ای لا سلطنة للمولی علی العبد سلطنة مطلقة، کما قبل الجنایة (فانه) ای الشأن (تنتقل) السلطنة (الی المجنی علیه) و ان بقی الملک للمولی- علی حاله-.

(و یکون عدم جواز بیعه من المولی)- علی ما ذکره الشیخ- (مبنیا علی المنع عن بیع الفضولی) مطلقا (المستلزم) ذلک المنع عن بیع الفضولی (للمنع عن بیع کل ما یتعلق به حق للغیر ینافیه) ای ینافی ذلک الحق (السلطنة المطلقة من المشتری علیه) ای علی المنع.

و الحاصل: ان الشیخ لا- یقول بعدم الملک، و انما یقول بعدم الملک المطلق، فلیس الشیخ- علی هذا- مخالفا للمشهور (کما فی الرهن). فان حق المرتهن یوجب عدم سلطنة الراهن سلطنة مطلقة، لا انه یوجب عدم ملک الراهن اصلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۴

مسئلة اذا جنی العبد خطاء صح بیعه علی المشهور،

بل فی شرح الصیمری انه لا خلاف فی جواز بیع الجانی اذا کانت الجنایة خطأ، او شبه عمد و یضمن المولی اقل الامرین من قیمته، و دیة الجنایة.

و لو امتنع کان للمجنی علیه اولویة انتزاعه، فیبطل البیع.

و کذا لو کان المولی معسرا

(مسألة: اذا جنی العبد خطأ صح بیعه علی المشهور، بل فی شرح الصیمری انه لا خلاف فی جواز بیع الجانی اذا کانت الجنایة خطأ) محضا، کما اذا وقع من السطح، فقتل انسانا (او شبه عمد) کما اذا اراد ان یرمی الغزال، فاصاب السهم انسانا (و یضمن المولی اقل الامرین من قیمته) ای قیمة العبد (و دیة الجنایة)

فاذا کانت القیمة مائة و الدیة مائة و خمسین، ضمن المائة فقط- لما ذکروا فی بابه: من ان الجانی لا یجنی علی اکثر من قیمته-.

و اذا کان العکس کانت علیه دیة الجنایة، و هی مائة، کما هو واضح

(و لو امتنع) من اعطاء اقل الامرین (کان للمجنی علیه اولویة انتزاعه) و لا یحق للمشتری الممانعة، لانه اولی من المشتری (فیبطل البیع) اذ هو مال تعلق به حق المجنی علیه فلا یکون بیعه مستقرا.

(و کذا لو کان المولی معسرا) لا یتمکن من اداء بدل الجنایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۵

فللمشتری الفسخ مع الجهالة، لتزلزل ملکه ما لم یفدیه المولی، انتهی.

و ظاهره انه اراد نفی الخلاف عن الجواز قبل التزام السید، الا ان المحکی عن السرائر و الخلاف: انه لا یجوز، الا اذا افداه المولی، او التزم بالفداء، الا انه اذا باع ضمن.

و الا وفق بالقواعد ان یقال: بجواز البیع، لکونه ملکا لمولاه.

و تعلق حق الغیر لا یمنع عن ذلک، لان کون المبیع مال الغیر، لا یوجب بطلان البیع رأسا، فضلا عن تعلق حق الغیر.

(فللمشتری الفسخ) للبیع (مع الجهالة) بحال العبد (لتزلزل ملکه) للعبد (ما لم یفدیه المولی) فللمشتری خیار العیب (انتهی) شرح الصیمری.

(و ظاهره انه اراد نفی الخلاف عن الجواز) لبیع العبد الجانی (قبل التزام السید) الفدیة (الا ان المحکی عن السرائر و الخلاف: انه لا یجوز) البیع (الا اذا افداه المولی) بان اعطی الفدیة و فک رقبة العبد (او التزم بالفداء) و ان لم یفد فعلا (الا انه اذا باع ضمن) الفدیة.

(و الا وفق بالقواعد ان یقال: بجواز البیع).

و المراد بالقواعد ما بینه بقوله: (لکونه ملکا لمولاه) فیشمله قوله: احل الله البیع، و تجارة عن تراض، و الناس مسلطون، و ما اشبه.

(و تعلق حق الغیر) ای المجنی علیه بهذا العبد (لا یمنع عن ذلک) البیع (لان کون المبیع مال الغیر) کما فی الفضولی (لا یوجب بطلان البیع رأسا) کما تقدم فی مبحث الفضولی (فضلا عن تعلق حق الغیر) و العمدة شمول الادلة لهما ای للفضولی و لمتعلق حق الغیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۶

و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنی علی اصلهما من بطلان الفضولی و ما اشبهه من کل بیع یلزم من لزومه بطلان حق الغیر، کما یؤمی إلیه استدلال الحلی علی بطلان البیع قبل التزامه.

و ضمانه بانه قد تعلق برقبة الجانی، فلا یجوز ابطاله.

و مرجع هذا المذهب الی انه لا واسطة بین لزوم البیع و بطلانه.

(و لعل ما عن الخلاف و السرائر) من البطلان فی بیع العبد الجانی (مبنی علی اصلهما من بطلان الفضولی، و ما اشبهه من کل بیع یلزم من لزومه) ای من لزوم ذلک البیع (بطلان حق الغیر) سواء کان المبیع ما لا للغیر، او متعلقا لحق الغیر (کما یؤمی إلیه) ای الی هذا الاصل (استدلال الحلی علی بطلان البیع قبل التزامه).

(و ضمانه) ای التزام المولی بالفدیة عن العبد الجانی، و ضمانه لاعطاء الفدیة- و ضمانه: عطف بیان- (بانه) ای الحق للمجنی علیه (قد تعلق برقبة الجانی، فلا یجوز) للمولی (ابطاله) ای هذا الحق، بسبب البیع.

(و مرجع هذا المذهب) للحلی، و للشیخ (الی انه لا واسطة بین لزوم البیع و بطلانه).

فالبیع اما باطل، و اما لازم، لانه لو کان هناک واسطة و هی البیع الجائز لم یصح القول بان البیع یوجب بطلان الحق.

اذ یرد هذا الاستدلال «حینئذ» بانه لا یلزم البیع ابطال الحق، لان البیع جائز، و مع فرض الجواز لا یبطل الحق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۷

فاذا صح البیع ابطل حق الغیر.

و قد تقدم غیر مرة انه لا مانع من وقوع البیع مراعی باجازة ذی الحق او سقوط حقه فاذا باع المولی فیما نحن فیه قبل اداء الدیة، او اقل الامرین علی الخلاف، وقع مراعی، فان فداه المولی او رضی المجنی علیه بضمانه فذاک، و الا انتزعه المجنی علیه من المشتری.

و علی هذا فلا یکون البیع موجبا الضمان البائع حق المجنی علیه.

(فاذا صح البیع ابطل حق الغیر) هذا تفریع علی قوله «انه لا واسطة» ای لازم عدم الواسطة، اما بطلان البیع، و اما بطلان حق الغیر.

(و) لکن عدم الواسطة غیر صحیح اذ (قد تقدم غیر مرة انه لا مانع من وقوع البیع مراعی باجازة ذی الحق) کالمجنی علیه- فی المثال- (او سقوط حقه) بمسقط آخر (فاذا باع المولی فیما نحن فیه قبل اداء الدیة او اقل الامرین) من قیمة العبد و الدیة (علی الخلاف) فی انه ما ذا یجب علی المولی (وقع) البیع (مراعی) فی النفوذ (فان فداه المولی او رضی المجنی علیه بضمانه) ای ضمان المولی بان التزم بان یعطی الفدیة، و ان لم یعطها بعد (فذاک) لان البیع حینئذ یکون لازما حیث ینتقل الحق من العبد (و الا) بان لم یفده المولی و لم یضمنه (انتزعه المجنی علیه من المشتری) لغرض کون البیع مراعی.

(و علی هذا) الّذی ذکرناه (فلا یکون البیع) للعبد الجانی (موجبا لضمان البائع حق المجنی علیه) بل انه فداه او کان هناک مسقط آخر،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۸

قال فی کتاب الرهن من القواعد: و لا یجبر السید علی فداء الجانی و ان رهنه او باعه، بل یتسلط المجنی علیه، فان استوعبت الجنایة القیمة بطل الرهن، و الّا ففی المقابل، انتهی.

لکن ظاهر العلامة فی غیر هذا المقام هو: ان البیع بنفسه التزام بالفداء.

فهو، و الا کان للمجنی علیه حق انتزاع العبد من المشتری.

(قال) العلامة (فی کتاب الرهن من القواعد: و لا یجبر السید علی) اعطاء (فداء) العبد (الجانی و ان رهنه) السید (او باعه، بل یتسلط المجنی علیه) بین اخذ الفداء و بین اخذ نفس العبد، فان اعطاه المولی الفدیة فهو، و الّا جاز له انتزاع العبد (فان استوعبت الجنایة القیمة) ای قیمة العبد کما لو کانت الجنایة مائة و القیمة مائة و خمسین (بطل الرهن، و الّا ف) البطلان للرهن و البیع (فی المقابل)

للجنایة فقط ای فی المائة فی المثال- و هی تعادل ثلثی العبد-.

اما الثلث الثالث فلا وجه للبطلان لان البیع و الرهن وقعا فی مال المولی، بلا مانع.

نعم اذا کان المشتری و المرتهن جاهلین بالواقع، کان لهما خیار تبعض الصفقة (انتهی) کلام العلامة، و انما نقل المصنف هذا الکلام تأییدا لفتواه.

(لکن ظاهر العلامة فی غیر هذا المقام هو: ان البیع) من المولی للعبد الجانی (بنفسه التزام) من المولی (بالفداء) فالمولی یجبر علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۰۹

و لعل وجهه انه یجب علی المولی حیث تعلق- بالعبد و هو مال من امواله و فی یده- حق یتخیر المولی فی نقله عنه، الی ذمته ان یوفی حق المجنی علیه، اما من العین او من ذمته فیجب علیه اما تخلیص العبد من المشتری بفسخ او غیره.

و اما ان یفدیه من ماله، فاذا امتنع المشتری من رده و المفروض عدم سلطنة البائع علی اخذه قهر اللزوم الوفاء بالعقد، وجب علیه دفع الفداء.

دفع الفدیة.

(و لعل وجهه) ای وجه کون البیع التزاما بالفداء (انه) ای الفداء (یجب علی المولی حیث تعلق-) فاعله «حق» الآتی (بالعبد و هو) ای العبد (مال من امواله و فی یده- حق) فاعل «تعلق» یتصف ذلک الحق بانه (یتخیر المولی فی نقله) ای ذلک الحق (عنه) ای عن العبد (الی ذمته) بان یعطی الفداء (ان یوفی) فاعل «یجب» (حق المجنی علیه، اما من العین او من ذمته) بان یعطی نفس العبد فی مقابل الجنایة او یعطی مالا آخر اداء لما فی ذمته (فیجب علیه) ای علی المولی (اما تخلیص العبد من المشتری) بعد ان باعه المولی (بفسخ او غیره) فیفسخ فی ما اذا کان له خیار، او یستقیل المشتری و ذلک لیعطی عین العبد الی المجنی علیه.

(و اما ان یفدیه من ماله، فاذا امتنع المشتری من رده و المفروض عدم سلطنة البائع علی اخذه) ای العبد من المشتری (قهرا).

و انما لا یتسلط علی اخذه قهرا (للزوم الوفاء بالعقد، وجب علیه دفع الفداء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۰

و یرد علیه ان فداء العبد غیر لازم قبل البیع.

و بیعه لیس اتلافا له حتی یتعین علیه الفداء.

و وجوب الوفاء بالبیع لا یقتضی الا رفع یده لا رفع ید الغیر بل هذا اولی بعدم وجوب الفک من الرهن الّذی تقدم فی آخر مسألته الخدشة فی وجوب

لانه اذا تعذر احد الامرین البدلین وجب البدل الآخر.

(و یرد علیه) ای علی هذا الوجه الّذی استوجهنا به کلام العلامة القائل بوجوب اعطاء البدل علی المولی (ان فداء العبد غیر لازم قبل البیع) ای قبل ان یبعه المولی، بل یکون للمولی ان یعطی نفس العبد او ان یفدیه.

(و بیعه لیس اتلافا له) و محوا له من الوجود (حتی یتعین علیه الفداء) بحجة انه احد البدلین.

(و) ان قلت: انه یجب علی المولی الوفاء بالبیع، فکیف یمکن ان یعطی نفس العبد للمجنی علیه بعد ان باعه.

قلت: (وجوب الوفاء بالبیع لا یقتضی الا رفع یده) ای ان یرفع المولی یده من العبد وفاء للبیع (لا رفع ید الغیر) الّذی هو المجنی علیه، فان: اوفوا، توجه الی البائع، لا- الی الّذی له حق فی المبیع (بل هذا) ای العبد الجانی (اولی بعدم وجوب الفک) ای لا یجب علی المولی فکه بالفداء، بل له ان لا یفکه حتی یأخذه المجنی علیه، فیبطل البیع (من الرهن الّذی تقدم فی آخر مسألته) ای مسألة الرهن

(الخدشة فی وجوب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۱

الفک علی الراهن بعد بیعه، لتعلق الدین هناک بالذمة و تعلق الحق هنا بالعین، فتأمل.

ثم ان المصرح به فی التذکرة، و المحکی عن غیرها: ان للمشتری فک العبد.

و حکم رجوعه الی البائع، حکم قضاء الدین عنه

الفک علی الراهن بعد بیعه) فاذا باع الراهن الرهن، لم یجب علیه ان یعطی الدین، بل له ان لا یعطیه حتی یأخذ المرتهن حقه من نفس المرهون.

و انما ما نحن فیه اولی (لتعلق الدین هناک) فی باب الرهن (بالذمة) و انما العین وثیقة (و تعلق الحق هنا بالعین) اذ الجنایة تتعلق برقبة الجانی، فاذا لم یجب الفک فیما تعلق بالذمة لم یجب الفک فیما تعلق بالعین بطریق اولی.

فاذا کان الدین فی ذمة المولی و مع ذلک لم یجب علیه اعطائه، کان الاولی عدم لزوم اعطاء الفداء- الّذی لم یتعلق بذمة المولی- (فتأمل) اذ البیع بمنزلة التلف کما ذکروه فی غیر مورد.

فقول المصنف «و بیعه لیس اتلافا له» محل اشکال.

(ثم ان المصرح به فی التذکرة، و المحکی عن غیرها: ان للمشتری فک العبد) بان یعطی ثمن الجنایة لیبقی له العبد.

(و حکم رجوعه الی البائع) بان یرجع المشتری الی البائع، و یأخذ منه ما اداه الی المجنی علیه (حکم قضاء الدین عنه) فان الانسان اذ اقضی دین المدین، فان کان باجازة منه، جاز له الرجوع إلیه و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۲

و اخذ ما اداه من المدیون، و ان لم یکن باذن منه لم یکن المدیون مجبورا فی اداء ما اداه الدافع.

و فی ما نحن فیه هکذا، فانه اذا کان المشتری دفع قیمة الجنایة باذن البائع، کان له الرجوع إلیه، و الا لم یکن له ذلک، و فی المسألة موارد للمناقشة، کما لا یخفی و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۳

مسئلة الثالث من شروط العوضین، القدرة علی التسلیم،

اشارة

فان الظاهر الاجماع علی اشتراطها فی الجملة، کما فی جامع المقاصد، و فی التذکرة انه اجماع، و فی المبسوط الاجماع علی عدم جواز بیع السمک فی الماء و لا الطیر فی الهواء.

و عن الغنیة: انه انما اعتبرنا فی المعقود علیه ان یکون مقدورا علیه تحفظا مما لا یمکن فیه ذلک، کالسمک فی الماء، و الطیر فی الهواء.

فان ما هذه حاله لا یجوز بیعه.

(مسألة: الثالث من شروط العوضین، القدرة علی التسلیم، فان الظاهر الاجماع علی اشتراطها) ای القدرة علی التسلیم- فی صحة البیع-

(فی الجملة) لا مطلقا، کما سیأتی تفصیله (کما فی جامع المقاصد و فی التذکرة: انه اجماع، و فی المبسوط الاجماع علی عدم جواز بیع السمک فی الماء) کالنهر و البحر، لا مثل الحوض و ما اشبه (و لا الطیر فی الهواء) غیر الممکن اخذه عرفا.

(و عن الغنیة: انه انما اعتبرنا فی المعقود علیه ان یکون مقدورا علیه) بان یقدر البائع علی تسلیمه (تحفظا) و لاجل الاخراج (مما لا یمکن فیه ذلک) ای مقدورا (کالسمک فی الماء، و الطیر فی الهواء) و ما اشبههما.

(فان ما هذه حاله) بان لم یقدر البائع علی تسلیمه (لا یجوز بیعه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۴

بلا خلاف، و استدل فی التذکرة علی ذلک بانه نهی النبی صلی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر، و هذا غرر.

و النهی هنا یوجب الفساد اجماعا، علی الظاهر المصرح به فی موضع من الایضاح.

و اشتهار الخبر بین الخاصة و العامة یجبر ارساله.

بلا خلاف، و استدل فی التذکرة علی ذلک) ای عدم صحة بیع ما لا یقدر علی تسلیمه (بانه نهی النبی صلی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر) و فی حدیث آخر نهی النبی صلی اللّه علیه و آله عن الغرر.

و المراد اما «الخدیعة» اذا کان الغرر متعدیا.

و اما الخطر و الضرر و الغفلة، و ما اشبه، اذا کان الغرر لازما (و هذا غرر) لان بیع ما لم یعلم حاله، و انه هل یتمکن المشتری من الوصول إلیه، أم لا یعد فی عداد «الغرر» عرفا؟.

(و النهی هنا) فی باب المعاملات (یوجب الفساد اجماعا) و لیس مثل النهی عن البیع وقت النداء (علی الظاهر) من النهی فی المعاملة لا لامر خارج، فان العرف یستفیدون من النهی: الفساد (المصرح به فی موضع من الایضاح) فدلالة الخبر علی الفساد، لا بأس بها.

(و) اما السند، ف (اشتهار الخبر بین الخاصة و العامة) فی کتب الفتاوی، و بعض کتب الاخبار (یجبر ارساله) لان الشهرة تکشف عن ان المشهور وجدوا ما یوجب حجیته و لذا استندوا إلیه، بعد ان علمنا انهم لا یفتون الا علی طبق الخبر الموثق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۵

اما کون ما نحن فیه غررا فهو الظاهر من کلمات کثیر من الفقهاء و اهل اللغة، حیث مثلوا للغرر ببیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء.

مع ان معنی الغرر علی ما ذکره اکثر اهل اللغة صادق علیه.

و المروی عن امیر المؤمنین علیه السلام: انه عمل ما لا یؤمن معه من الضرر.

هذا کله بالنسبة الی الکبری، و ان البیع الغرری فاسد.

و (اما) بالنسبة الی الصغری و ان مثل ما نحن فیه من صغریات الغرر، ف (کون ما نحن فیه غررا فهو الظاهر من کلمات کثیر من الفقهاء و اهل اللغة، حیث مثلوا للغرر ببیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء) هذا وجه الاستدلال بکلمات الفقهاء و اللغویین.

(مع ان معنی الغرر علی ما ذکره اکثر اهل اللغة) ای المعنی للفظ «الغرر» (صادق علیه) ای علی بیع السمک فی الماء.

فاهل اللغة بعضهم صرح بهذا المثال و الی هذا اشار بقوله «الفقهاء و اهل اللغة».

و بعضهم ذکر للغرر معنی ینطبق علی المقال، و الی هذا اشار بقوله «ذکره اهل اللغة».

(و) کذلک یصدق علیه (المروی عن امیر المؤمنین علیه السلام: انه) ای الغرر (عمل ما لا یؤمن معه من الضرر).

و من المعلوم ان بیع الطیر و السمک، من هذا القبیل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۳۱۶

و فی الصحاح الغرة الغفلة، و الغار الغافل، و اغره ای اتاه علی غرة منه، و اغتر بالشی‌ء ای خدع به، و الغرر الخطر، و نهی رسول اللّه صلی الله علیه و آله عن بیع الغرر، و هو مثل بیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء، الی ان قال: و التغریر حمل النفس علی الغرر، انتهی و عن القاموس ما ملخصه: غره غرا و غرورا، و غرة بالکسر فهو مغرور، و غریر کامیر خدعه و اطمعه فی الباطل، الی ان قال: غرر بنفسه تغریرا، و تغرة ای عرضها للهلکة، و الاسم الغرر محرکة، الی ان قال: و الغار الغافل،

(و فی الصحاح الغرة الغفلة، و الغار الغافل) و هذا بمعنی اللازم، اما بمعنی المتعدی فالغار هو المغفل، لانه یقال غره، فهو غار و ذلک مغرور (و اغره ای اتاه علی غرة منه) ای غفلة (و اغتر بالشی‌ء ای خدع به، و الغرر الخطر) کانه معنی آخر للغرر، غیر الغفلة (و نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر، و هو مثل بیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء) و مثلهما بیع الوحش فی الصحراء (الی ان قال:) الصحاح (و التغریر حمل النفس علی الغرر، انتهی، و عن القاموس ما ملخصه: غره غرا و غرورا)- ای له مصدر ان- (و غره بالکسر) ای ان اصله غرره علی وزن حسبه (فهو مغرور، و غریر کامیر) بمعنی (خدعه و اطمعه فی الباطل، الی ان قال:) القاموس (غرر بنفسه تغریرا) من باب التفعیل (و تغرة) مصدر آخر (ای عرضها للهلکة، و الاسم) ای اسم المصدر (الغرر) علی وزن ضرر (محرکة) الوسط (الی ان قال: و الغار الغافل) اذا کان من اللازم، اما اذا کان من المتعدی فهو المغفل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۳۱۷

و اغتر غفل، و الاسم الغرة بالکسر، انتهی.

و عن النهایة بعد تفسیر الغرة بالکسر، بالغفلة: انه نهی عن بیع الغرر، و هو ما کان له ظاهر یغر المشتری، و باطن مجهول، و قال الازهری: بیع الغرر ما کان علی غیر عهدة و لا ثقة.

و یدخل فیه البیوع التی لا یحیط بکنهها المتبایعان من کل مجهول و قد تکرر فی الحدیث، و منه حدیث مطرف ان لی نفسا واحدة، و انی لا کره ان اغرر بها ای احملها علی غیر ثقة، و به سمی

(و اغتر غفل، و الاسم) ای اسم المصدر (الغرة بالکسر انتهی) کلام القاموس.

(و عن النهایة) لابن اثیر (بعد تفسیر الغرة بالکسر، بالغفلة: انه نهی) ای الرسول صلّی اللّه علیه و آله (عن بیع الغرر، و هو ما کان له ظاهر یغر المشتری) و یخدعه (و باطن مجهول) لا یوافق ظاهره (و قال) اللغوی (الازهری: بیع الغرر ما کان علی غیر عهدة) فلا یتعهد البائع جودة الجنس و صحته (و لا ثقة) من المشتری بان البائع لا یغش و لا یخدع

(و یدخل فیه) ای فی بیع الغرر (البیوع التی لا یحیط بکنهها المتبایعان من کل مجهول) کما اذا کان الثمن او المثمن مجهولا جنسا او قدرا او وصفا (و قد تکرر) لفظ الغرر (فی الحدیث، و منه حدیث مطرف ان لی نفسا واحدة) فاذا عطبت و هلکت فلیس لی بدلها، و لذا لا اتمکن من الاستهانة بهذه النفس (و انی لاکره ان اغرر بها ای احملها علی غیر ثقة) بان اعمل شیئا لا اثق بانه هل یوجب الهلاک او النجاة؟ (و به) ای بسبب ان الشیطان یحمل الانسان علی ما لا یوثق بعواقبه (سمی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۳۱۸

الشیطان غرورا، لانه یحمل الانسان علی محابه و وراء ذلک ما یسوئه انتهی. و قد حکی أیضا عن الاساس، و المصباح، و المغرب و الجمل، و المجمع تفسیر الغرر بالخطر، ممثلا له فی الثلاثة الاخیرة ببیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء، و فی التذکرة ان اهل اللغة فسروا بیع الغرر بهذین.

و مراده من التفسیر التوضیح بالمثال.

و لیس فی المحکی عن النهایة

الشیطان غرورا) بفتح الغین، کما قال سبحانه «وَ لَا یَغُرَّنَّکُمْ بِاللّهِ الْغَرُورُ»* ای الشیطان الّذی یغش الانسان (لانه یحمل الانسان علی محابّه) ای الّذی یحبه الانسان من شهوات الدنیا (و وراء ذلک ما یسوئه) ای ما یسبب الإساءة الی الانسان، و عذابه من العقاب المعد فی الآخرة (انتهی و قد حکی أیضا عن الاساس، و المصباح، و المغرب و الجمل، و المجمع) ای مجمع البحرین (تفسیر الغرر بالخطر، ممثلا له) ای للغرر (فی الثلاثة الاخیرة) المغرب و الجمل و المجمع (ببیع السمک فی الماء، و الطیر فی الهواء، و فی التذکرة ان اهل اللغة فسروا بیع الغرر بهذین) ای السمک و الطیر.

(و مراده) ای التذکرة (من التفسیر) فی قوله «فسروا» (التوضیح بالمثال) ای وضحوا التفسیر بهذا المثال، لا ان المثال تفسیر حقیقة، کما لا یخفی.

(و لیس فی) التفسیر (المحکی عن النهایة) حیث فسر الغرر ب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۱۹

منافات لهذا التفسیر، کما یظهر بالتأمل.

و بالجملة فالکل متفقون علی اخذ الجهالة فی معنی الغرر، سواء تعلق الجهل باصل وجوده، أم بحصوله فی ید من انتقل إلیه أم بصفاته کما او کیفا.

و ربما یقال: ان المنساق من الغرر المنهی عنه: الخطر، من حیث الجهل بصفات المبیع و مقداره لا مطلق

«ظاهر یغر المشتری» (منافات لهذا التفسیر) بالسمک و الطیر.

وجه المنافات، انهما لیس لهما ظاهر یغر المشتری.

و انما لا- منافات (کما یظهر بالتأمل) اذ الطیر و السمک أیضا لهما ظاهر یغر المشتری، فان المشتری یزعم انه یتمکن من الوصول الی الطیر و السمک فرخصها غالبا، بسبب غرره و خدعته، فاذا اقدم و اشتری تبین له انه لا یتمکن من الحصول علیهما، فیذهب ماله بدون بدل.

(و بالجملة فالکل متفقون علی اخذ الجهالة فی معنی الغرر، سواء تعلق الجهل باصل وجوده) کما لو اشتری شیئا لا یعلم انه موجود، أم لا (أم) الجهل (بحصوله فی ید من انتقل إلیه) کالسمک و الطیر حیث لا یعلم هل انه یتمکن من اخذهما، أم لا؟ (أم بصفاته؟ کمّا) کما لا یعلم انه منّ او منّین (او کیفا) کما لا یعلم بانه جیّد او ردّی مما تتفاوت فیه الرغبات.

(و ربما یقال: ان المنساق من الغرر المنهی عنه: الخطر، من حیث الجهل بصفات المبیع و مقداره) ای لا یعلم کیفه او کمّه (لا مطلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۲۰

الخطر الشامل لتسلیمه و عدمه، ضرورة حصوله فی بیع کل غائب خصوصا اذا کان فی بحر و نحوه، بل هو اوضح شیء فی بیع الثمار، و الزرع، و نحوهما.

و الحاصل: ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة فی مبیع مجهول الحال بالنسبة الی التسلم و عدمه، خصوصا بعد جبره

الخطر الشامل لتسلیمه و عدمه) فلا یشمل الغرر مثل بیع الطیر فی الهواء و السمک فی الماء، اذ اعلم المشتری وصفهما و کمهما.

و انما لا- یشمل الغرر الجهل بالتسلیم (ضرورة حصوله) ای الجهل بالتسلیم (فی بیع کل غائب) کما اذا باعه مالا له فی بلد آخر (خصوصا اذا کان فی بحر و نحوه) من المواضع التی یکثر العطب فیها، فانه یصح هذا البیع بلا اشکال، مع انه مجهول التسلیم.

فلو كـان الغرر شاملا لكل مجهول التسـليم، لزم بطلان بيع كل غائب لكن بيع الغائب ليس باطلا، فليس بيع مجهول التسـليم باطلا (بل هو) اى الجهل بالقـدرة على التسـليم (اوضـح شـيء فى بيع الثمار، و الزرع) كالقت و الخضـروات (و نحوهما) كورق التوت و الحناء، فانه غالبا لا يعلم الانسان هل تحصل آفة لا يتمكن البائع بسببها من التسليم أم لا تحصل؟

(و الحاصل: ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة) اى القاء المشترى ماله فى الخطر (فى مبيع مجهول الحال) جهلا (بالنسبة الى التسلم) حيث لا يعلم انه هل يقدر على تسلم المتاع، أم لا؟ (و عدمه) اى عدم التسلم (خصوصا بعد جبره) اى فيما لو لم يقدر على التسلّم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۱

بالخيار لو تعذر.

و فيه ان الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشترى اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله.

فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين.

و احتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله

(بالخيار لو تعذر) التسلّم.

و عليه: فالغرر خاص بالجهل الكمّى او الكيفى، لا الجهل من حيث التسلّم و عدم التسلّم.

(و فيه ان) الغرر شامل لجهل التسلم أيضا اذا (الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشترى) و عدم حصوله فى يده (اعظم من الجهل بصفاته) اى صفات المبيع (مع العلم بحصوله) و بعد كون اللفظ عاما.

(فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين) اى بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، فان المثال نص فى شمول الغرر لما تعذر تسليمه.

(و) ان قلت: لعلهم انما مثلوا بالمثالين لان الطير و السمك فى الماء مجهولان من حيث الصفات اذ الانسان لا يعلم صفات السمك فى الماء و لا الطير فى الهواء و ان شاهدهما من بعيد فالمثال لاجل الجهل بصفات المبيع لا لاجل عدم القدرة على التسليم.

قلت: (احتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۲

فى يده، يدفعه ملاحظة اشتهار التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم، لا للجهالة بالصفات.

هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم.

كما يظهر من الانتصار: حيث قال فيما حكى عنه: و مما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق، مع الضميمة و لا يشترى وحده، الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشترى و خالف باقى الفقهاء فى ذلك، و

اى المبيع (فى يده، يدفعه ملاحظة اشتهار التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم، لا للجهالة بالصفات).

و من الظاهر: ان تمثيل هؤلاء، و هؤلاء بالمثالين من باب واحد، لا ان تمثيل الفقهاء من باب الجهل بحصوله، و تمثيل اللغويين من باب الجهل بصفاته.

(هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم) فلا بدّ ان يشمل النبوى القدرة على التسليم، اذ ما يستفيده العرف من روايته لا بدّ و ان يكون هو ظاهر الرواية بحكم: وَ مٰا أَرْسَلْنٰا مِنْ رَسُولٍ إِلّٰا بِلِسٰانِ قَوْمِهِ.

(كما يظهر من الانتصار: حيث قال فيما حكى عنه: و مما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق، مع الضميمة، و لا يشترى وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشترى، و خالف باقى الفقهاء) من العامة (فى ذلك، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۲۳

ذهبوا الی انه لا یجوز بیع الآبق علی کل حال الی ان قال: و یقول مخالفونا فی منع بیعه علی انه بیع غرر، و ان نبینا نهی عن بیع الغرر الی ان قال و هذا لیس بصحیح، لان هذا البیع یخرجه عن ان یکون غررا انضمام غیره إلیه، انتهی. و هو صریح فی استدلال جمیع العامة بالنبوی، علی اشتراط القدرة علی التسلیم.

و الظاهر اتفاق اصحابنا أیضا علی الاستدلال به کما یظهر للمتتبع، و سیجیء فی عبارة الشهید التصریح به.

و کیف کان فالدعوی المذکورة مما لا یساعدها اللغة

ذهبوا الی انه لا یجوز بیع الآبق علی کل حال) و لو مع الضمیمة (الی ان قال) الانتصار (و یقول مخالفونا فی منع بیعه علی انه بیع غرر، و ان نبینا نهی عن بیع الغرر الی ان قال) السید (و هذا) ای کونه بیع غرر (لیس بصحیح، لان هذا البیع یخرجه عن ان یکون غررا انضمام غیره) ای غیر الآبق، و انضمام فاعل «یخرجه» (إلیه) ای الی الآبق (انتهی. و هو صریح فی استدلال جمیع العامة بالنبوی علی اشتراط القدرة علی التسلیم) فلیس الغرر خاصا بالجهل بالصفات.

(و الظاهر) من تعرضهم للمسألة فی کل کتاب رایناه (اتفاق اصحابنا أیضا علی الاستدلال به) ای بالنبوی (کما یظهر للمتتبع، و سیجیء فی عبارة الشهید التصریح به) ای بهذا الاستدلال.

(و کیف کان فالدعوی المذکورة) ای «و احتمال ارادتهم الخ» (مما لا یساعدها اللغة) لانهم ذکروا مثال الغرر ببیع الطیر و السمک مستدلین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۲۴

و لا العرف و لا کلمات اهل الشرع.

و ما ابعد ما بینه و بین ما عن قواعد الشهید ره: حیث قال: الغرر ما کان له ظاهر محبوب، و باطن مکروه، قال بعضهم و منه قوله تعالی: متاع الغرور، و شرعا هو جهل الحصول، و مجهول الصفة فلیس غررا، و بینهما عموم و خصوص من وجه،

بعضهم بالنبوی (و لا العرف) لانهم یرون الغرر شاملا للجهل بالحصول أیضا (و لا کلمات اهل الشرع) کما عرفت عن الانتصار و غیره.

(و ما ابعد ما بینه) ای «و احتمال ارادتهم» (و) ما (بین ما عن قواعد الشهید ره: حیث قال: الغرر ما کان له ظاهر محبوب، و باطن مکروه، قال بعضهم) ای فسّر الغرر بهذا التفسیر بعض (و منه قوله تعالی: متاع الغرور) ای ان الدنیا متاع ظاهره یغرّ الانسان و یخدعه و باطنه عذاب و عقاب (و شرعا هو) ای الغرر (جهل الحصول) فخصص الشهید الغرر بما جهل حصوله اما ما جهل صفاته فلم یر الشهید ان الغرر یشمله و اما المجهول الذات و المعلوم الحصول (و مجهول الصفة) المعلوم الصفة (فلیس غررا و بینهما) ای الغرر و الجهل (عموم و خصوص من وجه).

و لا یخفی ان للجهل اقساما، کالجهل بالجنس «هل هو حیوان او لیس بحیوان».

و النوع «هل هو انسان أم لا؟».

و الصنف «هل هو زنجی أم لا؟».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۲۵

لوجود الغرر بدون الجهل فی العبد الآبق، اذا کان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن، و وجود الجهل بدون الغرر فی المکیل و الموزون و المعدود اذا لم یعتبر.

و قد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدرى اذهب، أم فضة، أم نحاس أم صخر؟ و يوجدان معا فى العبد الآبق المجهول الصفة.

و الشخص «هل هو زيد أم لا؟».

و العدد اى الكمّ «هل عشرة أم تسعة؟» و الكيف «هل هو ابيض أم لا؟» الى غيرها من انواع الجهالات (لوجود الغرر) الحصولى (بدون الجهل) فى الصفات (فى العبد الآبق، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن) وصفا يزيل الجهالة به (و وجود الجهل) الوصفى (بدون الغرر) الحصولى (فى المكيل و الموزون و المعدود) كالجص و الحنطة و البيض (اذا لم يعتبر) باحد الثلاثة، بان باعه اعتباطا، فان القدر و العدد مجهول لكن لا غرر فى حصوله، لغرض ان البائع يسلّمه و الجنس حاضر.

(و قد يتوغل) الايغال الدخول فى الشيء الى اواخره كالايغال فى الصحراء، و فى البئر، و ما اشبه (فى الجهالة كحجر لا يدرى اذهب أم فضة، أم نحاس، أم صخر) و هذا من مجهول الصفات (و يوجدان) و هذا مادة الاجتماع فى «العموم من وجه» الحاصل بين الجهل و الغرر (معا) الجهل الحصولى و الجهل الوصفى (فى العبد الآبق المجهول الصفة) فانه غرر و جهل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۶

و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود، كالعبد الآبق المجهول الوجود.

و تارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود.

و بالجنس كحب لا يدرى ما هو و سلعة من سلع مختلفة.

و بالنوع كعبد من عبيد.

و بالقدر ككيل لا يعرف قدره.

و البيع الى مبلغ السهم.

و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين.

(و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود، كالعبد الآبق المجهول الوجود) بان احتملنا انه مات و فنى.

(و تارة بالحصول كالعبد الآبق) المجهول الحصول (المعلوم الوجود).

(و) تارة (بالجنس كحب لا يدرى ما هو) حنطة أم دخن، و المراد الجنس المنطقى (و سلعة من سلع مختلفة) كما لا يدرى حطب او قماش او ذهب.

(و) تارة (بالنوع كعبد من عبيد) و المراد هنا الصنف او الشخص.

(و) تارة (بالقدر ككيل لا يعرف قدره) هل يأخذ منا، أم منا و نصفا؟

(و) تارة (البيع) للارض (الى مبلغ السهم) اذ لا يدرى ان السهم كم يذهب، فلا يدرى اذرع الارض المبيعة.

(و) تارة (بالعين) اى الشخص (كثوب من ثوبين مختلفين) فانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۷

و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح عند بعض الاصحاب و لو اشترط ان يبدو الصلاح لا محالة، كان غررا عند الكل كما لو اشترط صيرورة الزرع سنبلا.

و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر فى العوضين و هو ممتنع اجماعا.

جهل بالعين.

(و) تارة يتعلق الجهل و الغرر (بالبقاء) بان لا يعلم هل يبقى المبيع الى وقت التسليم، أم لا؟ (كبيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح عند بعض الاصحاب) حيث قالوا ببطلان البيع.

و بدو الصلاح فى كل ثمرة بحسبها، ففى العنب قبل التحصرم، و فى التمر قبل الاحمرار و الاصفرار، و فى الحبوب قبل انعقاد الحب، و هكذا (و لو اشترط) المشترى على البائع (ان يبدو الصلاح لا محالة) بان يقول: انا اشترى منك بشرط ان يبدو صلاحه فى المستقبل (كان) البيع (غررا عند الكل) من جهة انه مجهول الحصول، و مجهول البقاء، لانه لا يعلم هل تبقى الثمرة، أم لا؟ و لا يعلم على تقدير البقاء، هل يبدو صلاحها، أم لا؟ بخلاف ما اذا لم يشترط، فانه جهل بالبقاء فقط و هو غرر عند البعض (كما لو اشترط صيرورة الزرع سنبلا) فانه لا يعلم هل يصير سنبلا، أم لا؟ و هو غرر.

(و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر فى العوضين) كما اذا لم يعلم انه عبد، او امة، حمار او فرس، و هكذا، كما تقدم فى بعض الامثلة (و هو ممتنع اجماعا) فاذا باع كذلك بطل البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۸

و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كاسّ الجدار و قطن الجبّة و هو معفو عنه اجماعا، و نحوه اشتراط الحمل.

و قد يكون مرددا بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة، و المضاربة، و الثمرة قبل بدو الصلاح

(و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته) اى قلة الغرر (كاسّ الجدار) الموجود فى الارض، فان الغالب عدم التحقيق عنه هل هو من آجر جيد، او آجر ردّى.

نعم: يلزم ان يكون حسب المتعارف مما يتسامح به العرف اما لو كان اسس بيت رفيع من الطين كان غررا (و قطن الجبّة) اى القطن الّذى يوجد فى داخل الجبّة، فانه لا يعلم قدره، و لا يعلم هل هو جيّد، اوردى (و هو) اى الغرر بهذا المقدار الجزئى (معفو عنه اجماعا) فلا يبطل البيع بجهالته (و نحوه اشتراط الحمل) فانه غرر معفو عنه، اذ لا يعلم انه هل يكمل، او يسقط، و هل ذكر او انثى، الى غيرها من جهات الجهل.

(و قد يكون) الغرر (مرددا بينهما) اى بين المتسامح فيه و غير المتسامح فيه (و هو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة و المضاربة) فانه ان كان جزافا زائدا لا يتسامح فيه و يوجب الغرر، كما اذا لم يعلم ان المال عشرة او مائة و ان كان جزافا فى الجملة بحيث يتسامح فيه عرفا، فانه لا يوجب الغرر.

كما اذا تردد بين ان يكون عشرة مثاقيل او تسعة و نصف، فان الدراهم و الدنانير السابقة كانت تحك بكثرة التداول حتى تنقص فى الجملة (و الثمرة قبل بدو الصلاح) اذ بعضها يبدو صلاحها متأخرا و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۲۹

و الآبق لغير ضميمة، انتهى، و فى بعض كلامه تأمل، ككلامه الآخر فى شرح الارشاد، حيث ذكر فى مسألة تعين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة، تعينها غرر، فيكون منهيا عنه.

اما الصغرى فلجواز عدمها او ظهورها مستحقة فينفسخ البيع.

بعضها متقدما (و الآبق لغير ضميمة) فانه قد يكون الضميمة به بالا يوجب رفع الغرر، كما اذا باع عليه كبريت مع الآبق و قد يوجب التسامح، كآبق و عبد حاضر (انتهى) كلام الشهيد (و فى بعض كلامه تأمل).

كتخصيصه الغرر بالجهل بالحصول، مع انك قد عرفت ان الغرر اعم.

و كالتهافت بين اوّل كلامه الّذى خصص الغرر بالجهل بالحصول، و بين آخر كلامه الّذى جعل الغرر اعم من الجهل بالحصول و

الجهل بالصفات و ما اشبه، الى غير ذلک (ک) التأمل فى (کلامه الآخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا) فاذا باع شيئا بدينار كان الدينار كليا، اما اذا عينه فى دينار خاص تعين.

فانهم (قالوا) مفعول «ذكر» (يعنى المخالفين من العامة، تعينها) بان يبيع بدينار شخصى- مثلا- (غرر، فيكون منهيا عنه) فلا يصح البيع اذا كان الثمن شخصيا.

(اما الصغرى) و ان التعيين غرر (فلجواز عدمها) اى ان ينعدم الامر الشخصى، بان يتلف الدينار (او ظهورها مستحقة) كان يظهر ان الدينار للغير (فينفسخ البيع) و هذا غرر و جهالة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۰

و اما الكبرى فظاهرة، الى ان قال قلنا: ان نمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه و بخ عليه، و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه، انتهى.

فان مقتضاه انه لو اشترى الآبق، او الضالّ المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا، لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل، رجاء النفع الكثير.

(و اما الكبرى) و هى كون الغرر منهى عنه (فظاهرة) لان الغرر منهى عنه فى النص و الفتوى (الى ان قال) الشهيد فى جواب الاشكال (قلنا: ان نمنع الصغرى) و ان البيع الشخصى غرر (لان الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف) فان العرف لا يقدمون على الغرر (بحيث لو تركه) اى ترک الاجتناب عن الغرر (و بخ عليه) و قيل له لما ذا اقدمت على هذه المعاملة الغررية (و ما ذكره) العامة من ان البيع الشخصى غرر (لا يخطر ببال) انه غرر (فضلا عن اللوم عليه) اى فضلا من ان يلام مرتكب هذا البيع (انتهى) كلام الشهيد.

(فان مقتضاه) اى مقتضى كلامه: ان الغرر احتمال مجتنب عنه (انه لو اشترى الآبق، او الضال المرجو الحصول بثمن قليل) كما لو اشترى عبدا قيمته مائة بدينار- مثلا- (لم يكن غررا، لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل، رجاء النفع الكثير) فلا يلام العاقل عليه، فلا يكون غررا- بهذا الميزان الّذى ذكره الشهيد- مع انه غرر قطعا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۱

و كذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر، بالجهل بالصفة، و كذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فان ذلک كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا.

فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع فى المعاملات، و ليس منوطا، بالنهى من العقلاء ليخص

(و كذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس) فان المشترى لا يلام على ذلک عند العرف، مع انه غرر و ممنوع عنه شرعا.

و انما تكون هذه المعاملة غررا (بناء على المعروف من تحقق الغرر ب) سبب (الجهل بالصفة) فان الجهل بكونه ذهبا او نحاسا جهل بالصفة (و كذا شراء مجهول المقدار) كما اذا لم يعلم انه منّ او نصف منّ (بثمن المتيقن منه) بثمن نصف منّ (فان ذلک كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه) و لم يشتر (اعتذارا بكونه خطرا) و مع ان العقلاء يرغبون فيه فهو غرر، فليس الميزان للغرر ما ذكره الشهيد بقوله «لان الغرر احتمال مجتنب عنه الخ».

(فالاولى) ان يقال: (ان هذا النهى) عن الغرر- و لو كان غررا محبوبا للعرف- (من الشارع) تعبدى.

و ذلک (لسدّ باب المخاطرة) اى الاقدام على الخطر (المفضية الى التنازع فى المعاملات، و ليس) الغرر المحرم (منوطا ب) ما اذا كان هناک (النهى من العقلاء ليخصّ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۲

مورده بالسفهاء او المتسفهة.

ثم انه قد حكى عن الصدوق فى معانى الاخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة، و بيع الحصاة بكونها غررا مع انه لا جهالة فى بعضها، كبيع المنابذة- بناء على ما فسره به- من انه قول احدهما لصاحبه انبذ إلىّ الثوب، او انبذه أليك، فقد وجب البيع، و بيع الحصاة بان يقول: اذا نبذت الحصاة

مورده) اى مورد الضرر (بالسفهاء او المتسفهة) اى الذين هم عقلاء، و لكن يعملون اعمال السفهاء.

و الحاصل: ان الغرر الشرعى اعم من الغرر العرفى، فربما لا يكون هناك غرر عرفا، و لكن الشارع يراه غررا.

(ثم انه قد حكى عن الصدوق فى) كتاب (معانى الاخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا) و لذا ابطلها الشارع (مع انه لا جهالة فى بعضها، كبيع المنابذة- بناء على ما فسره) الصدوق (به-) ضمير فسره يعود الى «بيع المنابذة» و ضمير «به» عائد الى «ما» و مصداقه «المعنى» (من انه قول احدهما) اى احد المتعاملين (لصاحبه انبذ الى الثوب، او انبذه أليك).

الاول يقوله المشترى، و الثانى يقوله البائع (فقد وجب) بهذا النبذ (البيع، و) مثل (بيع الحصاة) عطف على «بيع المنابذة» (بان يقول: اذا نبذت الحصاة) على الثوب الّذى اريده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۳

فقد وجب البيع.

و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

و كيف كان فلا اشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور، الا انه اخص من المدعى، لان ما يمتنع تسليمه عادة- كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

(فقد وجب البيع) بهذا النبذ للحصاة.

و بيع الملامسة هو ان يجعلا ايجاب البيع لمس المتاع.

(و لعله كان) الامر فى هذه المعاملات (على وجه خاص يكون فيه خطر) و الا فبهذا التفسير الّذى ذكرناه لا غرر فى شيء من ذلك، و ان كان له وجه بطلان من جهة اخرى، و هو انه لا عقد فى هذه المعاملات اذا قلنا ببطلان المعاطات.

و انما الكلام فى قول الصدوق بان هذه المعاملات غررية، و لذا هى باطلة.

و لعل المراد بالوجه الخاص ان يكون تعيين المبيع بالنبذ و اللمس و القاء الحصاة بدون معرفة الخصوصيات قبل النبذ و اللمس و الالقاء كان يقول المشترى ارم الحصاة على هذه الاثواب فباى ثوب وصلت يكون ذلك الثوب لى بهذا الثمن فانه مجهول.

و كذلك اذا كان النبذ و اللمس على مجهول، فانه من قبيل القمار (و الله العالم).

(و كيف كان) سواء صدق الغرر فى بيع المنابذة و اخويه، أم لا.

(فلا اشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور) نهى النبى صلى اللّه عليه و آله عن الغرر (الا انه) اى النبوى (اخص من المدعى، لان ما يمتنع تسليمه عادة- كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۴

نحوه ليس فى بيعه خطر، لان الخطر انما يطلق فى مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفا.

لكن هذا الفرد يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة.

و كون اكل الثمن فى مقابله اكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا

نحوه) كالطير فى الهواء الّذى يمتنع وصول اليد إليه، و الوحش الفار فى الصحراء (ليس فى بيعه خطر) حتى يصدق الغرر (لان الخطر انما يطلق فى مقام يحتمل السلامة، و لو) احتمالا (ضعيفا).

و من المعلوم: ان الغريق الممتنع خروجه لا- يحتمل فيه السلامة حتى يسمّى خطرا مثلا- الانسان المريض المحتمل سلامته و صحته يسمى مخطورا، اما المتيقن موته لا يسمى مخطورا.

و كيف كان فالاستدلال بالنبوى لبطلان بيع الغريق غير تام، اذ النبوى لا يشمله (لكن هذا الفرد) الغريق- مثلا- (يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة).

و المعاملات السفهائية باطلة، لقوله تعالى: وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِياماً، و لان المنصرف من ادلة المعاملة هى العقلائية منها، لا حتى السفهائية.

(و كون اكل الثمن فى مقابله اكلا للمال بالباطل) فيشمله قوله تعالى: و لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ، بل يشمله مناط الغرور، اذ لو كان المخطور مخطورا، فالمتيقن عدم الوصول إليه يكون مخطورا بطريق اولى (بل لا يعد ما لا عرفا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۵

و ان كان ملكا، فيصح عتقه، و يكون لمالكه لو فرض التمكن منه، الا انه لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا.

و لذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

و من المعلوم: ان البيع مبادلة مال بمال (و ان كان ملكا) و قد ذكروا فى موضعه ان الملك اعمّ من المال، فحبة الحنطة ملك و ليست بمال (فيصح عتقه) فى العبد الآبق- و هذا من توابع الملك، اذ لا عتق الا فى ملك- (و يكون لمالكه لو فرض التمكن منه) بل هو الآن لمالكه، فاذا تمكن انسان آخر منه لا يصح له التصرف فيه لانه مال الناس (الا انه) اى كونه ملكا له آثار خاصة (لا ينافى سلب صفة التموّل عنه عرفا).

فان العرف لا يراه ماله، فلا مالية له شرعا، اذ الشرع علق احكامه على ما كان مالا عرفا، الا ما خرج بالدليل مما يراه العرف مالا، و لا يراه الشرع كالخمر و الخنزير عند اهلهما.

(و لذا) الّذى ليس بمال (يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك) فمن سبب اباق العبد او اطلاق الطير يجب عليه ان يعطى للمالك تمام قيمته (فيملكه) اى التمام (مع بقاء العين على ملكه) اى ملك المالك (على ما هو ظاهر المشهور) فاذا كسر الشخص اناء انسان، كانت اجزاء الاناء للمالك مع انه يجب على الكاسر ان يعطى للمالك تمام قيمة الاناء، و لو لم تكن الاجزاء المكسورة ملكا لم يكن لها اختصاص بالمالك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۶

ثم: انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر.

منها: ما اشتهر عن النبى صلّى اللّه عليه و آله من قوله صلّى اللّه عليه و آله: لا تبع ما ليس عندك، بناء على ان كونه عنده لا يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب، و السلف، اجماعا، فهى كناية لا عن مجرد الملك لان المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام.

و لا عن مجرد السلطنة عليه، و القدرة على تسليمه، لمنافاته لتمسك

(ثم: انه ربما یستدل علی هذا الشرط) ای شرط القدرة علی التسلیم (بوجوه اخر).

(منها: ما اشتهر عن النبی صلّی اللّه علیه و آله) فی کتب الفتاوی (من قوله صلّی اللّه علیه و آله: لا تبع ما لیس عندک، بناء علی ان کونه عنده) المفهوم من الحدیث، و انه یشترط ان یکون المبیع عند البائع (لا یراد به الحضور) و الوجود الآن عند البائع (لجواز بیع الغائب) الّذی لیس بحاضر عند البائع (و السلف) الّذی لیس بموجود الآن (اجماعا، فهی) ای الکون عند البائع، و التأنیث باعتبار الخبر ای «کنایة» (کنایة لا- عن مجرد الملک) ای لا- تبع ما لا تملک (لان المناسب حینئذ) ای حین کان المراد مجرد الملک (ذکر لفظة اللام) بان یقول: لا تبع ما لیس لک، لا ان یقول «ما لیس عندک».

(و) أیضا کنایة (لا عن مجرد السلطنة علیه، و القدرة علی تسلیمه) حالا او مستقبلا، حتی یکون المعنی: لا تبع ما لا تقدر علی تسلیمه؛ و لا سلطنة لک علیه (لمنافاته) ای هذا المعنی (لتمسک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۳۷

العلماء من الخاصة و العامة بها علی عدم جواز بیع العین الشخصیة المملوکة للغیر، ثم شرائها من مالکها، خصوصا اذا کان وکیلا عنه فی بیعه، و لو من نفسه، فان السلطنة و القدرة علی التسلیم حاصلة هنا، مع انه مورد الروایة عند الفقهاء فتعین ان یکون کنایة

العلماء من الخاصة و العامة بها) ای بهذه الروایة (علی عدم جواز بیع العین الشخصیة المملوکة للغیر، ثم شرائها من مالکها) ای ان العلماء قالوا لا یجوز للانسان ان یبیع لعمرو دار زید، ثم یشتری الدار و یعطیها لعمرو.

و استدلوا لعدم جواز ذلک بقوله صلّی اللّه علیه و آله «لا تبع ما لیس عندک».

و هذا الاستدلال دلیل علی انه لیس معنی هذه الروایة «لا تبع ما لا سلطنة لک علیه لا حالا و لا بعدا» اذ لو کان معناها هذا، لزم عدم صحة الاستدلال المذکور، اذ البائع فی المثال یکون له سلطة علی الدار فیما بعد البیع (خصوصا اذا کان) البائع فی المثال (وکیلا عنه) ای عن المالک (فی بیعه، و لو) بیعا (من) قبل (نفسه) کما لو قال مالک الدار للبائع: بع الدار و لو لنفسک.

و انما قلنا خصوصا (فان السلطنة و القدرة علی التسلیم حاصلة هنا) للبائع، لان المالک سلطه علی المال (مع انه مورد الروایة عند الفقهاء) و انه لا یصح البیع، لانه من بیع ما لیس عنده.

و حیث ان الروایة لم تکن کنایة عن ذلک و لا ذاک (فتعین ان یکون کنایة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۳۸

عن السلطنة التامة الفعلیة التی تتوقف علی الملک مع کونه تحت الید، حتی کانه عنده، و ان کان غائبا.

و علی ایّ حال فلا بد من اخراج بیع الفضولی عنه بأدلته، او بحمله

ای یکون لفظ «عندک» کنایة (عن السلطنة التامة الفعلیة التی تتوقف علی الملک مع کونه تحت الید، حتی کانه) ای المال (عنده) ای عند البائع (و ان کان) المال (غائبا) فی بلد آخر مثلا.

و الحاصل: ان المحتملات المردودة فی الروایة ثلاثة.

الاول:- «لا تبع ما لا تملک».

الثانی:- «لا تبع ما لا سلطة لک علیه لا حالا و لا مستقبلا».

الثالث:- «لا تبع ما لیس حاضرا».

اذ الاول: یقتضی ان یقول: «لا تبع ما لیس لک».

و الثانی یقتضی صحة بیع ما لیس له حالا و یکون له مستقبلا، مع ان العلماء استدلوا بهذه الروایة علی بطلان هذا البیع.

و الثالث: يقتضى بطلان بيع السلف، و الحال انه صحيح قطعا، اذ فالمعنى: لا تبع ما لا قدرة لك على تسليمه، فاذا كانت له قدرة على التسليم بان كان مالكا و تحت يده حتى كانه عنده، جاز بيعه.

(و على اىّ حال) ايّا كان معنى الرواية، فانها تشمل البيع الفضولى (فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه) اى عن هذا الحديث (ب) سبب (ادلته) الدالة على صحة البيع الفضولى (او بحمله) اى حمل:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۳۹

على النهى المقتضى لفساده، بمعنى عدم وقوعه لبايعه لو اراد ذلك.

و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن.

و اما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف فى تلك الازمنة من بيع الشىء غير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه الى المشترى.

لا- تبع، فى الحديث (على النهى المقتضى لفساده) اى فساد البيع، لا النهى المقتضى للحرمة- مع صحة البيع- من قبيل «ذروا البيع» حيث قالوا بالحرمة و الصحة (بمعنى عدم وقوعه) اى البيع (لبايعه) الفضول (لو اراد) البائع (ذلك) اى كون البيع لنفسه.

و قوله و على اى حال، دفع اشكال مقدر، و هو انه كيف فسر.

ثم الحديث يبقى عليه اشكال انه كيف لا يصح بيع ما ليس عنده، و الحال انا نرى صحة بيع الفضول، مع ان الفضول ليس عنده المال.

و الجواب، ان بيع الفضول اما تخصيص للحديث، او تخصص.

(و كيف كان) الامر (فتوجيه الاستدلال بالخبر) اى: لا تبع ما ليس عندك (على ما نحن فيه ممكن) عرفا، اى ظاهر، و المراد بما نحن فيه- اشتراط القدرة على التسليم-.

(و اما الايراد عليه) اى على الاستدلال بهذا الحديث لما نحن فيه (بدعوى ان المراد به) اى بما ليس عندك (الاشارة الى ما هو المتعارف فى تلك الازمنة) ازمنة صدور الرواية (من بيع الشىء غير المملوك، ثم تحصيله بشرائه و نحوه) اى نحو الشراء كالصلح، و الاستيهاب (و دفعه الى المشترى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۰

فمدفوع: بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، و ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۹، ص: ۳۴۰

نعم يمكن ان يقال: ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى، بل النبوى الأول أيضا فساد البيع، بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر، و تحقق كونه عنده.

و لو ابيت الا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

فليس الحديث مربوطا بالقدرة على التسليم، كما هو مناط الاستدلال.

(فمدفوع: بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد) بل لفظه عام (و ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد).

فان المورد لا يخصص كما ذكروا فى الاصول، الا اذا كان المورد من القوة بحيث يوجب الانصراف الصارف للظهور العرفى و كيف يمكن ادعاء مثل ذلك هنا.

(نعم يمكن ان يقال: ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى) لا تبع ما ليس عندك (بل النبوى الأول أيضا) نهى النبى عن الغرر (فساد البيع) الّذى لا يقدر البائع على تسليمه، لانه غرر، و لأنه ليس عنده (بمعنى عدم كونه) اى البيع (علة تامة لترتب الأثر المقصود).

فالحديثان ارشاد الى عدم اللزوم (فلا ينافى) عدم العلية التامة (وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر، و تحقق كونه عنده) فاذا زال الغرر، بان قدر بعد ذلك على التسليم، و صدق انه عنده، لزم البيع، و إلا بطل.

(و لو ابيت الا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۱

رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، و بين اخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع، و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرقّ، او سفه، او فلس، فان البائع فى هذه الموارد

رأسا) و ان العقد الّذى لا يقدر العاقد على تسليمه فاسد، لا انه مراعى (المنافية) تلك اللغوية (لوقوعه) اى العقد (مراعى) و متزلزلا (دار الأمر بين) ان نقول بأن الظاهر للحديثين، و ان كان الفساد الا انه لا بد ان نصرفها الى إرادة كون العقد مراعى.

و بين ان نقول بابقاء الظاهر على ظاهره، لكن نخرج من هذا الظاهر بعض المعاملات التى هى غرر، و ليست عنده و مع ذلك قالوا بصحتها.

و لكن التخصيص خلاف الظاهر- الظاهر الآبى عن التخصيص- فلا بد من القول بصرف الظاهر الى إرادة كون العقد مراعى، و هذا مراده بقوله: دار الأمر بين (ارتكاب خلاف هذا الظاهر) الّذى هو الفساد، و خلافه كونه «مراعى» (و بين) القول بهذا الظاهر، و لكن (اخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع، و بيع العبد الجانى عمدا) الّذى هو متعلق حق المجنى عليه، و لا يعلم هل يرضى بالبدل أم لا؟ فبيعه غرر و يصدق عليه انه ليس عنده- (و بيع) الشخص (المحجور) عليه (لرقّ) اذ العبد لا يجوز له ان يتصرف فى ماله الا باجازة سيده (او سفه) فان معاملته متوقفة على اجازة الولى (او فلس) فان معاملة المفلّس متوقفة على اجازة الغرماء (فان البائع فى هذه الموارد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۲

عاجز شرعا من التسليم، و لا رجحان لهذه التخصيصات، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضال و المحجور عن غير اباق مراعى بامكان التسليم، و احتمله فى التذكرة

عاجز شرعا من التسليم، و) حيث دار الأمر بين خلاف الظاهر، و بين هذه التخصيصات، نقول: (لا رجحان لهذه التخصيصات) كما تقدم، فاللازم ان نقول بالأول- اى خلاف الظاهر- (فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء) البائع (التمكن منه) اى من التسليم (مراعى بالتمكن منه) حال عن «بيع كل ما» (فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به) «فى» متعلق بالتمكن.

اما اذا كان التمكن فى زمان فات الانتفاع المعتد به، فهذا موجب لعدم وقوع البيع.

اذ البيع انما هو للانتفاع، فاذا كانت القدرة فى زمان لا منفعة فيه اصلا، او فات الانتفاع المعتد به، فلا بيع.

(و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضال) الّذى ضلّ و ضاع (و المحجور) الّذى استولى عليه انسان و جحده و هو مال هذا الانسان البائع (عن غير اباق) بان يكون العبد غير آبق بل ضالا او محجورا (مراعى بامكان التسليم) من البائع، بان تمكن البائع من وجدان الضال و اخذ المحجور (و احتمله) اى الجواز العلامة (فى التذكرة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۳

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر، بمعنى عدم تأثيره رأسا، كما عرفت من الايضاح.

و منها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين الى صاحبه، فيجب ان يكون مقدور الاستحالة التكليف الممتنع.

و يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة.

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء) الذين افتوا به فى مختلف المسائل (اتفاقهم على فساد بيع الغرر، بمعنى عدم تأثيره رأسا، كما عرفت من الايضاح) لا صحة البيع و لو فى الجملة.

(و منها) اى من الادلة التى اقيمت على اشتراط صحة العقد بالقدرة على التسليم (ان لازم العقد) عرفا و شرعا (وجوب تسليم كل من المتبايعين) البائع و المشترى (العوضين) البائع للمثمن، و المشترى للثمن (الى صاحبه، فيجب ان يكون) التسليم (مقدورا لاستحالة التكليف الممتنع) اذ: اما لا يجب التسليم و هو خلاف «اللازم» المذكور، او يجب بدون القدرة عليه، و هذا تكليف بغير المقدور و هو باطل.

(و يضعف) هذا الاستدلال (بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا) سواء كان العاقد متمكنا من التسليم، أم لا (منعنا الملازمة) فمن اين؟ ان لازم العقد وجوب التسليم، بل ورد فى الشرع بعض الموارد التى يصح العقد، و لا يجب التسليم، كبيع الآبق مع الضميمة، و العرف لا يرى بذلك بأسا، خصوصا اذا كان هناك غرض فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۴

و ان اريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن، كما لو تجدّد العجز بعد العقد.

و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب.

ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط.

بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه، كما لو كان مقصود المشترى اشتراء والده الآبق لا يعتق، او كان مقصوده عتق الآبق كفارة او شبهها.

(و ان اريد مطلق وجوبه) اى وجوبا فى الجملة (فلا ينافى كونه) اى الوجوب فى الجملة (مشروطا بالتمكن، كما لو تجدّد العجز بعد العقد) فان العقد صحيح، و مع ذلك لا يجب التسليم، لان العجز موجب لعدم وجوب غير المقدور، اما خيار المشترى حينئذ فهو كلام آخر، اذ كلا منافى صحة العقد، و انها ليست مشروطة بتمكن التسليم.

(و قد يعترض) ما ذكرناه من ان الوجوب فى الجملة لا ينافى كون الوجوب مقيدا بالتمكن (باصالة عدم تقييد الوجوب) اى وجوب التسليم «بالتمكن» بل يجب التسليم مطلقا، حتى اذا لم يتمكن كان البيع باطلا و هذا الأصل عبارة عن ما هو اللازم عقلا و شرعا- كما تقدم-.

(ثم يدفع) هذا الاعتراض (بمعارضته) اى اصل وجوب التسليم، بدون قيد باشتراط القدرة (باصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط) صحته بالقدرة على التسليم.

خرج من هذا الأصل المورد الّذى علمنا باشتراط الصحة بالتمكن من التسليم، و بقيت صورة عدم القدرة خارجة، فاصالة صحة البيع محكمة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۴۵

و فى الاعتراض و المعارضة نظر واضح، فافهم.

و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه و لا يتم الا بالتسليم.

(و فی الاعتراض) ای قوله «قد یعترض» (و المعارضة) ای قوله «ثم یدفع» (نظر واضح).

اما فی الاعتراض: فلانه یرید بنفی تقید التمکن اثبات اطلاق الوجوب و هذا اصل مثبت.

و اما فی المعارضة: فلأنه یرید باصالة عدم اعتبار القدرة اثبات ان البیع سبب تام، و هذا أیضا اصل مثبت (فافهم) بأنه اذا ارید بالأصل: الاصل العملی، کان الاشکال علی الاعتراض و المعارضة واردا.

اما لو ارید من الأصل: الاطلاق، یعنی ان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یفید الوجوب المطلق، و لا یتوجه الی العاقد الا بعد امکان التسلیم، فلا یلزم التسلیم لو لم یتمکن.

و لم یرد علیه اشکال لزوم کون الأصل مثبتا.

و ان شئت قلت: ان «اوفوا» یقول: ف بعقدک، سواء قدرت علی التسلیم، أم لا.

(و منها) ای من الادلة علی اشتراط القدرة علی التسلیم (ان الغرض من البیع انتفاع کل منهما) البائع و المشتری (بما یصیر إلیه) من المثمن الی المشتری، و الثمن الی البائع (و لا یتم) الغرض (الا بالتسلیم) فمع عدم امکان التسلیم لا یحصل الغرض، و اذا لم یحصل الغرض لم یصح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۴۶

و یضعفه منع توقف مطلق الانتفاع علی التسلیم.

بل منع عدم کون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسلیم، لا الانتفاع المطلق.

و منها ان بذل الثمن علی غیر المقدور سفه، فیکون ممنوعا و اکله اکلا بالباطل.

البیع.

(و یضعفه) أولا: (منع توقف مطلق الانتفاع علی التسلیم).

لامکان ان یرید البائع جعل الثمن- غیر المقدور علی تسلّمه- حقّا له علی الغاصب مثلا.

و امکان ان یرید المشتری جعل المثمن «العبد الآبق» معتوقا لاداء نذر، او کفارة، او ما اشبه.

(بل) یرد علیه ثانیا: (منع عدم کون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسلیم، لا الانتفاع المطلق) الممکن بدون التسلیم.

و ثالثا: بأن تخلف الغرض لا محذور فیه اذا کان علی نحو الداعی.

الا تری ان صاحب الضیف اذا اشتری خبزا للضیف، ثم ذهب الضیف لم یکن له ارجاع الخبز و ان کان قد تخلف غرضه.

(و منها) ای من الأدلة علی اشتراط القدرة علی التسلیم (ان بذل) المشتری (الثمن علی غیر المقدور سفه، فیکون ممنوعا) لأن المعاملة السفهائیة باطلة (و) یکون (اکله) ای البائع للثمن (اکلا) للمال (بالباطل) فیشمله قوله تعالی «لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ»*.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۴۷

و فیه: ان بذل المال القلیل فی مقابل المال الکثیر المحتمل الحصول لیس سفها، بل ترکه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم.

ثم ان ظاهر معاقد الاجماعات- کما عرفت- کون القدرة شرطا کما هو کذلک فی التکالیف، و قد اکد الشرطیة فی عبارة الغنیة المتقدمة حیث حکم بعدم جواز بیع ما لا یمکن فیه التسلیم، فینتفی المشروط عند انتفاء

(و فیه: ان بذل المال القلیل فی مقابل المال الکثیر المحتمل الحصول) کما لو اشتری العبد الآبق الّذی ثمنه الحقیقی الف، بعشرة (لیس

سفها، بل ترکه) ای ترک البیع (اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه)

و لذا تری العقلاء یغامرون بأنفسهم و أموالهم فی المخاطر رجاء حصولهم علی اموال کثیرة (فافهم) اذ تختلف مراتب الاحتمال، فاطلاق الجواز کاطلاق المنع، کلاهما محل مناقشة.

(ثم ان ظاهر معاقد الاجماعات- کما عرفت-) فی اوّل المسألة (کون القدرة) علی التسلیم (شرطا) فی صحة البیع (کما هو کذلک القدرة شرط (فی التکالیف).

فکما انه لا تکلیف بدون القدرة، کذلک لا صحة للبیع بدون القدرة علی التسلیم (و قد اکد الشرطیة) للقدرة (فی عبارة الغنیة المتقدمة حیث حکم بعدم جواز بیع ما لا یمکن فیه التسلیم).

و الظاهر من عدم الجواز عدم الجواز وضعا، و عدم جواز ترتیب الاثر تکلیفا (فینتفی) البیع (المشروط) بالقدرة علی التسلیم (عند انتفاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۴۸

الشرط.

و مع ذلک کله فقد استظهر بعض من تلک العبارة ان العجز مانع لا ان القدرة شرط.

قال و یظهر الثمرة فی موضع الشک.

الشرط) ای القدرة علی التسلیم.

(و مع ذلک کله فقد استظهر بعض) و هو الجواهر (من تلک العبارة) ای عبارة الغنیة (ان العجز) عن التسلیم (مانع، لا ان القدرة شرط) لصحة البیع.

(قال) الجواهر (و تظهر الثمرة) فی ان القدرة شرط، او العجز مانع (فی موضع الشک).

اذ: لو کانت القدرة شرطا، فاذا شککنا فی القدرة کان الأصل عدمها، و یلزم القول بعدم صحة البیع.

اما لو کان العجز مانعا، فاذا شککنا وجود المانع کان اللازم تحکیم اطلاقات: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ما اشبه، حتی یثبت المانع، و یلزم القول بصحة البیع.

و کذلک فی کل مورد دار امر الضدین بین ان یکون احدهما شرطا، او الآخر مانعا.

مثلا: لو کان الغصب مانعا و شک فیه استصحب عدم الغصب، و لزم القول بصحة الصلاة المأتی بها فی موضع مشکوک الغصبیة.

اما لو کانت الاباحة شرطا، فمع الشک فی الاباحة لا یمکن الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۴۹

ثم ذکر اختلاف الأصحاب فی مسألة الضال و الضالة و جعله دلیلا علی ان القدر المتفق علیه ما اذا تحقق العجز.

و فیه مع ما عرفت: من ان صریح معاقد الاجماع خصوصا عبارة الغنیة المتأکدة بالتصریح بالانتفاء عند الانتفاء هی شرطیة القدرة ان العجز امر عدمی، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا او نوعا او جنسا ان یقدر،

بصحة الصلاة، اذ الشرط یحتاج الی العلم و الاحراز.

(ثم ذکر) الجواهر (اختلاف الأصحاب فی مسألة) بیع (الضال و الضالة) هل یجوز أو لا؟ (و جعله) ای الاختلاف (دلیلا علی ان القدر المتفق علیه) ای الّذی اتفق العلماء علی بطلان البیع فیه، فیما لا قدرة للمالک علی تسلیمه (ما اذا تحقق العجز) عن التسلیم، و لا یعم صورة الشک.

فالمورد الّذی اختلف العلماء فی انه هل یصح البیع، أم لا؟ کبیع الضال و الضالة، هو ما اذا شک فی امکان التسلیم.

و المورد الّذى اتفقوا على انه لا يصح البيع، هو ما اذا علم بعدم امكان التسليم، مع جعل العجز فى المقامين مانعا، لا ان القدرة شرطا.

(و فيه مع ما عرفت: من ان صريح معاقد الاجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة) تلك العبارة (بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء) اى لا بالانتفاء عند الوجود (هى شرطية القدرة) «هى» خبر «ان صريح» (ان العجز امر عدمى، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا او نوعا او جنسا ان يقدر) اى ان العجز عدم ملكة.

و قد تقرر فى موضعه ان عدم الملكة قد ينسب الى الصنف الّذى من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵۰

فكيف يكون مانعا، مع ان المانع هو الأمر الوجودى الّذى يلزم من وجوده العدم.

ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا فى صورة الشك الموضوعى او الحكمى، و لا فى غيرهما

شأنه الملكة، و قد ينسب الى النوع و قد ينسب الى الجنس.

مثلا عدم اللحية بالنسبة الى زيد عدم ملكة، لأن صنفه و هو الانسان الأبيض، او نوعه و هو مطلق الانسان، او جنسه و هو الحيوان، من شأنه ان يكون ملتحيا.

فعدم القدرة من شخص، شأن صنفه او نوعه او جنسه القدرة، يكون عدم ملكة.

فالأول: كالعاقد البائع ماله، و الثاني: كالعاقد المعاوض، و الثالث: كمطلق العاقد الشامل للوكيل أيضا.

و اذا كان العجز عن التسليم امرا عدميا (فكيف يكون) العجز (مانعا) عن صحة البيع (مع ان المانع هو الأمر الوجودى الّذى يلزم من وجوده العدم) كالحدث فى الصلاة، فانه يسمى مانعا، لأنه يلزم من وجوده عدم الصلاة.

فقول الجواهر ان العجز من التسليم مانع، لا ان القدرة شرط، لا وجه له.

(ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه) اى على عدم القدرة، لأنه عدم مضاف (لا ثمرة فيه).

فقول الجواهر «و يظهر الثمرة فى موضع الشك» لا وجه له (لا فى صورة الشك الموضوعى او) الشك (الحكمى، و لا فى غيرهما).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵۱

فانا اذا شككنا فى تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها، او لا معه فالأصل عدمها

فالشك الموضوعى هو ما اذا كانت الشبهة مصداقية، كما لو شككنا فى ان القدر الخارج من ادلة الصحة «بسبب العجز عن التسليم» هو ما اذا تعذر التسليم، او الأعم منه و من التعسّر، كما اذا كان العبد فى مكان لا يعلم انه يتعذر او يتعسّر الوصول إليه.

و الشك الحكمى هو ما اذا علمنا حال الموضوع كالعجز غير المستمر مثلا و شك فى حكمه من جهة الشك فى ان الخارج من ادلة الصحة و هو العاجز، هل قيّد بالاستمرار كى لا يخرج العجز غير المستمر، أم لم يقيد بالاستمرار كى يخرج؟

و الشك غيرهما هو ما اذا كانت الشبهة مفهومية، كما لو شككنا فى ان العبد الآبق فى مكان يتعسر الوصول إليه هل يصدق عليه القدرة، أم لا؟

للشك فى ان مفهوم القدرة هو الاعم من عدم التعذر، و عدم التعسر او خاص بعدم التعذر.

و انما قلنا: بعدم الثمرة (فانا اذا شككنا فى تحقق القدرة و العجز) و هل ان البائع فى صورة تعسر الوصول الى المبيع، قادر او عاجز؟- و هذا يراد به الشك الموضوعى- (مع سبق القدرة) بان كان العبد فى مكان سهل التناول ثم صار فى مكان آخر صعب التناول (فالأصل بقائها) اى القدرة (او لا معه) اى لا مع سبق القدرة، بان كان العبد فى مكان متعذر التناول، ثم صار فى مكان متعسر التناول (فالأصل عدمها)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵۲

اعنى العجز سواء جعل القدرة شرطا او العجز مانعا.

و اذا شككنا فى ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر، او العجز فى الجملة.

او شككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر- كما حكى- أم خصوص التعذر

اى عدم القدرة (اعنى العجز) اى تجرى اصالة العجز (سواء جعل القدرة شرطا او العجز مانعا).

اذ الاستصحاب كما يحقق الشرط يحقق المانع.

فاذا شك الانسان فى الوضوء و كان سابقا متوضئا او استصحب، تحقق الشرط.

و اذا شك فى ان الدم الخارج من الداخل حتى يكون مانعا من الصلاة- على القول بأن دم القروح الداخلة ليس معفوا عنه- أم من الخارج، و كان سابقا يجرى الدم من الداخل، كان مقتضى الاستصحاب الحكم بالمانعية.

(و اذا شككنا) و هذا للشك الحكمى (فى ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر، او العجز فى الجملة) و لو لم يكن مستمرا، كما لو كان وقت البيع عاجزا عن التسليم، لكنه بعد ذلك يرتفع العجز و يتمكن من التسليم، لغرض ان العبد يندم و يرجع عن الإباق او الضالة توجد.

(او شككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر) بان كان الوصول الى البيع متعسرا (- كما حكى-) هذا التفسير للعجز (أم خصوص التعذر) و هذا مثال للشك الموضوعى المفهومى.

اذ الشك فى الموضوع قد يكون مصداقيا، و قد يكون مفهوميا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵۳

فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا.

و الحاصل: ان التردد بين شرطية الشى‌ء و مانعية مقابله انما يصح و يثمر فى الضدين، مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه كالعلم و الجهل

مثلا: اذا قال المولى اكرم العلماء فقد يكون الشك «فى ان زيدا عالم أم لا؟ من جهة انا لا نعلم هل قرء النحو أم لا؟» و هذا شك موضوعى من جهة الشبهة المصداقية، و قد يكون الشك «فى ان زيدا عالم أم لا من جهة انا لا نعلم هل قارى النحو يسمى عالما أم لا؟ مع انا نعلم انه لو كان يسمى عالما» و هذا شك موضوعى من جهة الشبهة المفهومية (فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا).

ففرق صاحب الجواهر بين شرطية القدرة، و مانعية العجز ليس كما ينبغى.

(و الحاصل: ان التردد بين شرطية الشى‌ء و مانعية مقابله انما يصح و يثمر فى الضدين، مثل الفسق و العدالة) فاذا كانت العدالة شرطا- و لم تحرز عدالة زيد- لم تصح الصلاة خلفه، لعدم احراز الشرط، و اما اذا كان الفسق مانعا، و لم تحرز العدالة و لا الفسق، صحت الصلاة خلفه، لاصالة عدم المانع- الّذى هو الفسق- (لا فيما نحن فيه) اى القدرة و العجز (كالعلم و الجهل) مما كان بينهما عدم و ملكة كما لو شك بين اشتراط القدرة و بين مانعية العجز، فلا ثمرة تترتب على كون القدرة شرطا او العجز مانعا، لعدم جريان اصالة عدم المانع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۵۴

و اما اختلاف الاصحاب فى مقابلة مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك فى القدرة و العجز و مبنيا على كون القدرة شرطا او

العجز مانعا کما یظهر من

مثلا: لا یجری اصل عدم العجز لان العجز معناه عدم القدرة، فاصل عدمه معناه اصل عدم، عدم القدرة و النفی فی النفی اثبات، فمعناه اصل القدرة و هذا الأصل غیر صحیح، لعدم حالة سابقة للقدرة- حسب الفرض-.

(و اما اختلاف الاصحاب فی مقابلة مسألة الضال و الضالة) الّذی جعله الجواهر مدرکا لنفسه (فلیس لشک المالک) البائع (فی القدرة و العجز) ای لأجل کون المالک شاکا فی قدرته علی التسلیم او عجزه (و) لیس (مبنیا علی کون القدرة شرطا او العجز مانعا).

فان الجواهر قال: ان اختلاف الأصحاب فی صحة بیع الضال و الضالة مبنی علی صورة شک المالک فی انه قادر أم عاجز عن تسلیم المبیع؟ مع البناء علی مانعیة العجز لا شرطیة القدرة.

یعنی ان الأصحاب بنائهم علی ان العجز مانع، ثم قالوا لو شک المالک فی انه قادر او عاجز، هل یصح بیعه للضال، أم لا؟

فاختلافهم فی هذه الصورة «صورة شک المالک» مبنی علی بنائهم مانعیة العجز «لا شرطیة القدرة».

و المصنف یقول لیس کلام الأصحاب و اختلافهم علی حسب ما ذکره الجواهر (کما یظهر) انه «لیس لشک المالک الخ» (من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۵۵

ادلتهم علی الصحة و الفساد بل لما سیجیء عند التعرض لحکمها.

ثم ان العبرة فی الشرط المذکور انما هو فی زمان استحقاق التسلیم، فلا- ینفع وجودها حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التسلیم، کما لا یقدح عدمها قبل الاستحقاق

ادلتهم علی الصحة) فیمن قال: ان بیع الضال و الضالة صحیح (و الفساد) فی من قال: ان البیع فاسد، فادلتهم علی الفساد حدیث نفی الغرر، و الاجماع المدعی علی الفساد و ادلتهم علی الصحة المناقشة فی دلیلی الفساد و قولهم بشمول المطلقات لبیع الضال و الضالة (بل لما سیجیء عند التعرض لحکمها) و انه هل هو صحیح أم فاسد؟ عند قول المصنف «و اما الضال».

(ثم ان العبرة فی الشرط المذکور) ای القدرة علی التسلیم- و هذا الکلام رجوع الی اصل مسألة اشتراط القدرة علی التسلیم فی صحة البیع، بعد ان تمّت المناقشة لکلام صاحب الجواهر (انما هو فی زمان استحقاق التسلیم) فاللازم قدرة البائع علی تسلیم البیع و قدرة المشتری علی تسلیم الثمن عند الوقت المحدد للتسلیم (فلا- ینفع وجودها) ای القدرة (حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التسلیم).

مثلا: کان قادرا علی التسلیم یوم الجمعة عند اجراء العقد، لکنه کان عاجزا یوم السبت حال اشتراط التسلیم.

و انما نقول باعتبار القدرة حال استحقاق التسلیم، لانه المنصرف من النص و الفتوی (کما لا یقدح عدمها) ای عدم القدرة (قبل الاستحقاق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۵۶

و لو حین العقد و یتفرع علی ذلک عدم اعتبارها اصلا اذا کانت العین فی ید المشتری.

و فیما لم یعتبر التسلیم فیه رأسا کما اذا اشتری من ینعتق علیه فانه ینعتق بمجرد الشراء، و لا- سبیل لأحد علیه و فیما اذا لم یستحق التسلیم بمجرد العقد، اما لاشتراط تأخیره مدة.

و اما لتزلزل العقد، کما اذا اشتری فضولا، فانه لا یستحق التسلیم الا بعد اجازة المالک فلا یعتبر القدرة علی التسلیم قبلها.

للتسلیم (و لو) کان عدم القدرة (حین العقد و یتفرع علی ذلک) ای اعتبار القدرة حین الاستحقاق (عدم اعتبارها) ای القدرة (اصلا اذا

کانت العین فی ید المشتری) و ذلک لأن التسلیم حاصل.

(و) کذلک لا یعتبر القدرة علی التسلیم (فیما لم یعتبر التسلیم فیه رأسا کما اذا اشتری من ینعتق علیه) مثلا اشتری الولد اباه (فانه ینعتق بمجرد الشراء، و لا سبیل لأحد) لا البائع و لا المشتری (علیه) لأن الحر لا سبیل لأحد علیه (و فیما اذا لم یستحق التسلیم بمجرد العقد، اما لاشتراط تأخیره) ای التسلیم (مدة) من الزمان کسنة مثلا.

(و اما لتزلزل العقد، کما اذا اشتری فضولا، فانه لا یستحق التسلیم الا بعد اجازة المالک) فانه فی هذین الموردین لا یستحق التسلیم عند العقد (فلا یعتبر القدرة علی التسلیم قبلها) ای قبل الاجازة.

و لا یخفی ان عطف «و فیما اذا لم یستحق» علی سابقه محل مناقشة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۵۷

لکن یشکل- علی الکشف- من حیث انه لازم من طرف الأصیل فیتحقق الغرر بالنسبة إلیه اذا انتقل إلیه ما لم یقدر علی تحصیله.

نعم هو حسن فی الفضولی من الطرفین.

و مثله بیع الرهن قبل اجازة المرتهن او فکه،

(لکن یشکل) عدم القدرة علی التسلیم قبل الاجازة بناء (- علی الکشف-) ای القول بأن الاجازة کاشفة (من حیث انه) ای العقد (لازم من طرف الأصیل) علی ما تقدم فی باب الفضولی انه لو باع الفضول شیئا لمشتر اصیل، کان البیع لازما من طرف المشتری و ان کان متزلزلا من طرف البائع.

و علی انه لازم من طرف الاصیل (فیتحقق الغرر بالنسبة إلیه) ای الی الاصیل (اذا انتقل إلیه ما لم یقدر علی تحصیله) و هذا غرر و خطر.

(نعم هو) ای عدم اعتبار القدرة علی التسلیم (حسن) بناء علی النقل، اذ لم ینتقل الی المشتری المبیع الا بعد الاجازة فلا غرر.

کذلک حسن (فی الفضولی من الطرفین) اذ لم یکن البیع لازما من ایّ طرف، فلا غرر لا للبائع و لا للمشتری، و انما الانتقال و النقل بعد الاجازة.

(و مثله) ای مثل الفضولی (بیع) الراهن (الرهن قبل اجازة المرتهن او فکه) ای فک الرهن، فانه إن کان المشتری اصیلا فهو مثل الفضولی من طرف واحد و ان کان المشتری فضولیا فهو مثل الفضولی من الطرفین، اذ عمل الراهن فضولی، و ان کان فرق بینه و بین الفضولی فی البیع، بان الفضول فی البیع لا علاقة له بالمال، و الراهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۵۸

بل و کذا لو لم یقدر علی تسلیم ثمن السلم لأن تأثیر العقد قبل التسلیم فی المجلس موقوف علی تحققه، فلا یلزم غرر.

الفضولی له علاقة بالمال، لکن هذا الفرق لا یوجب تفاوتا بینهما من حیث ما نحن فیه (بل و کذا لو لم یقدر) ای لا تعتبر القدرة (علی تسلیم ثمن السلم).

السلم هو ان یبیع الانسان المتاع لیعطیه فی المستقبل و یأخذ الثمن حالا فانه لا تعتبر القدرة حال العقد (لأن تأثیر العقد) فی النقل و الانتقال (قبل التسلیم) للثمن (فی المجلس) اذ یعتبر فی السلم تسلیم الثمن فی المجلس (موقوف) ذلک التأیید (علی تحققه) ای تحقق التسلیم (فلا یلزم غرر) لو لم یقدر علی التسلیم.

اذ قبل التسلیم لا یتحقق الانتقال اصلا، اذ التسلیم جزء من اجزاء العقد فی بیع الصرف و السلم، و الغرر انما یتحقق اذا تم العقد و لم یقدر علی الشرط- الّذی هو التسلیم- فعدم التسلیم فی باب الصرف مثل عدم القبول.

فکما انه اذا اجری البائع الایجاب و لم یجر المشتری القبول لم یکن غرر، اذ المنهی عنه العقد الغرری، و لا عقد فی المقام، کذا اذا حصل الایجاب و القبول فی باب السلم، و لم یحصل التسلیم لم یکن غرر، اذ المنهی عنه العقد الغرری، و لا عقد فی المقام، فان من مقومات عقد السلم التسلیم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۵۹

و لو تعذر التسلیم بعد العقد رجع الی تعذر الشرط.

و من المعلوم: ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غیر قادح، بل لا یقدح العلم بتعذره فیما بعده فی تأثیر العقد اذا اتفق حصوله فان الشروط المتأخرة لا یجب احرازها حال العقد، و لا العلم بتحققها فیما بعد. و الحاصل:

(و لو تعذر التسلیم) للثمن فی باب السلم (بعد العقد) بأن کان التسلیم مقدورا حال العقد، و تعذر بعد ان اجریا الایجاب و القبول (رجع الی تعذر الشرط) لا الی عدم تحقق العقد.

(و من المعلوم: ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد) «حال» ظرف ل «تعذر» ای ان الشرط اذا کان متأخرا، لکن هذا الشرط تعذر حال العقد (غیر قادح) اذ حال العقد لا یشترط هذا الشرط، و انما یشترط الشرط بعد العقد، لفرض انه شرط متأخر (بل لا یقدح) و لا یضر (العلم بتعذره) ای الشرط (فیما بعده) ای بعد العقد، بأن علم حال العقد، انه لا یتمکن من التسلیم- الّذی هو شرط- بعد العقد (فی تأثیر العقد) الجار متعلق ب «لا- یقدح» (اذا اتفق حصوله) ای الشرط حال بعد العقد (فان الشروط المتأخرة لا یجب احرازها حال العقد) فلا یشترط فی صحة العقد ان یتمکن العاقد من التسلیم- تمکنا حال العقد- (و لا) یشترط (العلم بتحققها) ای الشروط (فیما بعد) ای العقد.

(و الحاصل) ان التسلیم فی بعض العقود من شرط العقد، و فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۶۰

ان تعذر التسلیم مانع فی بیع یکون التسلیم من احکامه، لا من شروط تأثیره.

و السر فیه ان التسلیم فیه جزء الناقل فلا یلزم غرر من تعلقه بغیر المقدور.

و بعبارة اخری الاعتبار بالقدرة علی التسلیم بعد تمام النقل

بعض العقود من احکام العقد، فالتسلیم فی بیع الصرف و السلم من شرط العقد بحیث ان حال التسلیم حال جزء العقد، و التسلیم فی سایر البیوع من احکام البیع المترتبة علی البیع و (ان تعذر التسلیم مانع) عن الصحة (فی بیع یکون التسلیم من احکامه، لا من شروط تأثیره) اذ الصحة ترتفع بسبب المانع.

اما اذا کان التسلیم شرطا، فالصحة لا تأتی اصلا حتی یقال بأنها ارتفعت- فان العقد لم یتحقق اصلا-.

(و السر فیه) ای فی ان التعذر للتسلیم مانع فی مثل البیوع العادیة، لا فی مثل العرف و السلم، و ضمیر «فیه» راجع الی «الحاصل» (ان التسلیم فیه) ای فی ما کان التسلیم شرطا، لا حکما- کالصرف و السلم (جزء الناقل) اذ المشروط عدم، عند عدم شرطه (فلا یلزم غرر من تعلقه) ای تعلق الناقل- و هو العقد- (بغیر المقدور) بخلاف ما اذا کان التسلیم حکما، فان العقد قد تم، فهو غرری اذا لم یقدر علی التسلیم.

(و بعبارة اخری) لتوضیح ان تعذر التسلیم فی السلم لیس غرریا، بخلاف البیع العادی (الاعتبار بالقدرة علی التسلیم بعد تمام النقل) فی سائر البیوع، فاذا لم یقدر کان البیع غرریا، اما فی الصرف و السلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۶۱

و لهذا لا یقدح کونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض ان المبیع بعد تحقق الجزء الأخیر من الناقل و هو القبض حاصل فی ید المشتری.

فالقبض مثل الاجازة- بناء علی النقل- و اولی منها- بناء علی الکشف-.

فالنقل لا یتحقق الا بالتسلیم.

فعدم التسلیم یوجب عدم البیع، لا انه یوجب کون البیع غرریا.

(و لهذا) الّذی ذکرنا من ان الاعتبار بالقدرة انما هو بعد تمام النقل (لا یقدح کونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده) ای بعد القبول (و المفروض ان المبیع بعد تحقق الجزء الأخیر من الناقل و هو القبض) فی باب الصرف و السلم (حاصل فی ید المشتری) بخلاف سائر البیوع فان المبیع بعد تحقق الجزء الأخیر من الناقل- و الجزء الأخیر هو القبول- لیس حاصلا فی ید المشتری.

(فالقبض) فی باب الصرف و السلم (مثل الاجازة) فی بیع الفضولی (- بناء علی النقل-).

فکما ان الاجازة متممة، و لیست امرا خارجا عن الناقل، کذلک القبض فی الصرف و السلم (و اولی منها) ای من الاجازة (- بناء علی الکشف-) اذ الاجازة- بناء علی الکشف- لا شأن لها فی الناقلیة، و انما هی کاشفة محضة عن تحقق النقل سابقا، بخلاف القبض فان له مدخلا فی النقل بحیث لولاه لم یکن نقل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۶۲

و کذلک الکلام فی عقد الرهن فان اشتراط القدرة علی التسلیم فیه بناء علی اشتراط القبض- انما هو من حیث اشتراط القبض، فلا یجب احرازه حین الرهن و لا العلم بتحققه بعده.

فلو رهن ما یتعذر تسلیمه ثم اتفق حصوله فی ید المرتهن اثر العقد اثره، و سیجیء الکلام فی باب الرهن.

اللهم الا ان یقال: ان المنفی فی النبوی

(و کذلک الکلام فی عقد الرهن) فلا یقدح فی صحة المعاملة عدم القدرة علی التسلیم بأن عقد للرهن ما لا یقدر علی تسلیمه (فان اشتراط القدرة علی التسلیم فیه) ای فی عقد الرهن (- بناء علی اشتراط القبض-) ای قبض المرتهن للعین المرهونة (انما هو) ای اشتراط القدرة (من حیث اشتراط القبض) فالقدرة علی التسلیم لاجل شرطیة القبض (فلا یجب احرازه) ای هذا الشرط، ای لا یجب ان یکون قادرا علی التسلیم (حین الرهن و لا العلم بتحققه) ای هذا الشرط و هو القدرة (بعده) ای بعد عقد الرهن.

(فلو رهن ما یتعذر تسلیمه) کما لو کان طیرا فی الهواء (ثم اتفق حصوله فی ید المرتهن) بأن أخذ الطیر (اثّر العقد اثره، و سیجیء الکلام فی باب الرهن) و انه لا یشترط القدرة و لا العلم بالقدرة، حال الرهن ان شاء الله تعالی.

(اللهم الا ان یقال) فی وجه اشتراط القدرة علی التسلیم فی بیع الصرف و السلم و الرهن (ان المنفی فی النبوی) القائل لا غرر مضمون «نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر» و فی حدیث آخر «عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۶۳

هو کل معاملة یکون بحسب العرف غررا فالبیع المشروط فیه القبض کالصرف و السلم، اذا وقع علی عوض مجهول قبل القبض او غیر مقدور، غرر عرفا، لأن اشتراط القبض فی نقل العوضین شرعی لا عرفی، فیصدق الغرر و الخطر عرفا و ان لم یتحقق شرعا، اذ قبل التسلیم لا انتقال، و بعده لا خطر.

الغرر» (هو کل معاملة یکون بحسب العرف غررا) سواء کان الغرر الدقی أم لم یکن (فالبیع المشروط فیه القبض کالصرف و السلم،

اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض) «قبل» ظرف «للمجهول» بأن كان الثمن مجهولا- لم يعلم انه دينار أم درهم- مثلا- (او غير مقدور) بان كان العوض طيرا فى الهواء- و لا- يخفى ان غير المقدور هو محل البحث، لا- المجهول، و انما ذكر المجهول من باب التنظير و التقريب الى الذهن- (غرر عرفا) و انما كان غررا عرفا (لأن اشتراط القبض فى نقل العوضين) اى النقل و الانتقال (شرعى لا عرفى) فانه لو كان عرفيا لم يكن غررا، اذا العرف كان يرى ان النقل لم يحدث قبل القبض، فأين الغرر فى امر لم يتحقق بعد، اما حيث كان العرف يرى ان العقد هو سبب النقل، و لا يرى القبض الا امرا خارجا، يرى حصول الغرر فى هذه المعاملة المتحققة بمجرد العقد (فيصدق الغرر و الخطر عرفا) فهو منهى عنه (و ان لم يتحقق) الغرر (شرعا، اذ قبل التسليم لا انتقال) فان الشارع يرى ان متمم علة الانتقال القبض، و قوله «اذ» علة «لم يتحقق» و حيث انه لا انتقال فلا امر يوجب الغرر (و بعده) اى بعد التسليم (لا خطر) فمن اين يأتى الغرر و الخطر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۴

لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا.

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه، لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه.

اللهم الا ان يمنع الغرر العرفى

(لكن النهى) فى «لا- غرر» (و الفساد) للبيع اذ النواهى فى المعاملات تدل على الفساد اذا لم تكن نهيا عن الخارج، و مثال النهى الخارجى «و ذروا البيع» حيث قالوا بصحة البيع (يتبعان بيع الغرر عرفا) لا بيع الغرر شرعا.

(و من هنا) حيث ان الغرر المنهى عنه هو العرفى لا- الشرعى (يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه، لا-) ان باع (عن المالك ما لا يقدر على تسليمه) فانه و ان كان النقل لم يتم بعد، اذ هو متوقف على اجازة المالك، فلا غرر شرعا، لكنه غرر عرفى، فيكون منهيا عنه و فاسدا.

و هذا بخلاف ما اذا باع عن المالك، و المالك قادر على التسليم، فان البائع الحقيقى- و هو المالك قادر على التسليم- و الاعتبار بالبائع الحقيقى لا بمجرى صيغة العقد، و لذا لا يشترط تمكن الوكيل فى اجراء العقد، من التسليم، بل الميزان تمكن المالك.

(اللهم) رجوع الى ان عدم القدرة على التسليم فى باب الصرف و السلم، لا يوجب الغرر، فيصح البيع، اذا قدر بعد تمام العقد على التسليم (الا ان يمنع الغرر العرفى) فلا يبطل بيع الصرف و السلم، اذا لم يكن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۵

بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر فان العرف اذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا، و هكذا، فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة،

المشترى قادرا على التسليم- حال العقد- اى لا يبطلان من جهة الغرر (بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا) انما هو (على وجه لا يلزم منه خطر).

اذ الشارع قبل القبض لا يعترف بالمعاملة- لأن جزءا منها «و هو القبض» لم يتحقق بعد- فلا غرر من جهة انه لا معاملة، و بعد القبض- حيث تتم المعاملة- لا- خطر (فان العرف اذا اطلعوا على انعتاق) العبد الآبق (القريب) للمشترى، بأن كان العبد أبا للمشترى- مثلا- (بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا).

و عليه: فالعرف انما يحكم بالخطر لجهالته بالموازين الشرعية، اما اذا اطلع عليها لم يحكم بالخطر، فكما ان العرف يرى خطرا فى شراء العبد الآبق، لكن اذا اطلع على ان الشارع يحكم بعدم تمامية المعاملة قبل القبض، يرى انه لا خطر، لأنه لا معاملة متحققة (و هكذا) فى

كل مورد عرف العرف الميزان الشـرعى الّذى لا يوجب الخطر، اضرب عن رؤيته التى كان يراها بأنه خطر (فالمناط صدق الغرر عرفا) لا عرفا مطلقا، بل (بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة).

فان رأى العرف ان الشارع رتب الأثر على المعاملة رأى ان فيه خطرا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۶

فتأمل.

ثم ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال- فى إيضاح النافع- ان القدرة على التسليم من مصالح المشترى فقط لا انها شرط فى أصل صحة البيع، فلو قدر على التسلم

و ان رأى ان الشارع لم يرتب الأثر على المعاملة- كالصرف و السلم قبل القبض- لم ير فيه خطرا، اذ لا خطر فيما لا اثر له (فتأمل) فأن العرف يرى الخطر، لأنه انما يرى موازين نفسه، لا الموازين الشرعية، و الا كانت الا حالة فى الموازين الى العرف توجب الدور، اذ معنى العرف حينئذ كان هو الشرع، فيكون الا حالة من الشرع الى العرف الّذى يراد به الشرع أيضا.

و بهذا- اى بقوله فتأمل- انتهى المصنف الى ان بيع الصرف و السلم فيما لا قدرة حال البيع على التسليم يكون غررا موجبا للبطلان، و ان قدر المشترى على التسليم بعد العقد، و سلّم الثمن لأن المعاملة الغررية باطلة، و ان خرجت بعد ذلك عن كونها غررية.

(ثم ان الخلاف فى اصل المسألة) اى مسألة اشتراط القدرة على التسليم (لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال- فى إيضاح النافع- ان القدرة على التسليم من مصالح المشترى فقط) لأنه الّذى ينتفع به، بالنسبة الى المثمن (لا انها شرط فى أصل صحة البيع، فلو قدر) المشترى (على التسلم) و اخذ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۷

صح البيع، و ان لم يكن البائع قادرا عليه، بل لو رضى مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز، و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه.

نعم: اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل

المثمن بنفسه (صح البيع، و ان لم يكن البائع قادرا عليه) اى على التسليم (بل لو رضى) المشترى بالابتياع (مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز) البيع (و ينتقل) المبيع (إليه) اى الى المشترى بعد ان صح البيع (و لا يرجع) المشترى (على البائع).

و احتمال الرجوع انما هو (لعدم القدرة) اى لا يحق للمشترى ان يرجع الى البائع بأخذ ثمنه منه بحجة ان البائع لا يقدر على تسليم المبيع بأن يفسخ المعاملة (اذا كان البيع على ذلك) اى مبنيا على ان البائع لا يكلف بالتسليم، و «اذا» شرط ل «لا يرجع» (مع العلم) بأنه لا يقدر على التسليم، و «مع العلم» توضيح لقوله «على ذلك» او ان المراد «اذا كان البيع على غير المقدور تسليمه مع علم المشترى» (فيصح بيع المغصوب و نحوه) اذا علم المشترى ذلك، و نحوه المغصوب كالملقى فى مكان لا يصل البائع إليه.

(نعم: اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا) لا ان البائع لا يتمكن عليه مع تمكن الغير، بل لا يتمكن كل احد كالشىء الملقى فى البحر مثلا (لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل) و قد قال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۸

و ربما احتمل امكان المصالحة عليه.

و من هنا يعلم ان قوله «يعنى المحقق فى النافع» لو باع الآبق منفردا لم يصح، انما هو مع عدم رضى المشترى، او مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا.

و لو اراد غير ذلک فهو غير مسلّم، انتهى.

و فيه ما عرفت من الاجماع و لزوم الغرر غير المندفع بعلم المشترى

تعالى: لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل.

(و ربما احتمل امكان المصالحة عليه) لأن مبنى المصالحة على التسامح، و لذا لا يشترط فيه ما يشترط فى سائر المعاملات.

(و من هنا) الّذى ذكرنا ان القدرة على التسليم ليست شرطا (يعلم ان قوله «يعنى المحقق فى النافع» لو باع الآبق منفردا لم يصح، انما هو) اى كونه لم يصح (مع عدم رضى المشترى، او مع عدم علمه) بأنه آبق، و عدم الرضى بمعنى كونه مكرها على البيع (او كونه) اى الآبق (بحيث لا يتمكن منه عرفا) لا ان البائع فقط لا يتمكن منه، و «لا يتمكن» بصيغة المجهول.

(و لو اراد) المحقق (غير ذلک) الّذى ذكرناه (فهو غير مسلم، انتهى).

(و فيه ما عرفت من الاجماع) على عدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه (و لزوم الغرر غير المندفع) ذلک الغرر (بعلم المشترى) فان علم المشترى بان البائع لا يقدر على التسليم، لا يرفع الغرر.

و انما الغرر ليس مندفعا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۶۹

لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه، الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة، فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشترى، و فيه ما فيه.

ثم ان الظاهر- كما اعترف به بعض الاساطين- ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع، و انما المقصد الأصلى هو التسلّم.

و من هنا لو كان المشترى قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الاسكافى، و العلامة و كاشف الرموز، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و

(لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه) كما ان الشارع نهى عن الربا و لا يؤثر فيه رضا المعطى و عدم رضاه (الا ان يجعل الغرر هنا) فى باب البيع (بمعنى الخديعة، فيبطل) الغرر «فاعل» المعاملة (فى موضع تحققه) اى الموضع الّذى كان فيه خديعة (و هو عند جهل المشترى) اذ عند علمه لا يسمى خديعة (و فيه ما فيه) اذ ليس الغرر بمعنى الخديعة كما قلناه سابقا.

(ثم ان الظاهر- كما اعترف به بعض الاساطين- ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط) اى عند ما نشترط القدرة على التسليم (الا بالتبع) لشرط آخر- هو شرط واقعى- (و انما المقصد الأصلى هو التسلّم) اى اخذ المشترى للمال.

(و من هنا) الّذى ليس التسليم شرطا بل التسلم (لو كان المشترى قادرا دون البائع كفى فى الصحة) للبيع (كما عن الاسكافى، و العلامة و كاشف الرموز، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۷۰

عن ظاهر الانتصار: ان صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلّمه مما انفردت به الامامية، و هو المتجه، لأن ظاهر معاقد الاجماع بضميمة التتبع فى كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر، و غيره مختص بغير ذلک.

و منه يعلم أيضا انه لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يد احدهما عند استحقاق المشترى للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقا للفاضلين، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و غيرهم.

نعم عن نهاية الاحكام: احتمال العدم

عن ظاهر الانتصار) للسید المرتضی (ان صحة بیع الآبق علی من یقدر علی تسلمه مما انفردت به الامامیة) فیتبین انه اجماع (و هو) ای کفایة القدرة علی التسلّم (المتجه، لان ظاهر معاقد الاجماع بضمیمة التتبع فی کلماتهم و استدلالاتهم بالغرر، و غیره) ککونه اکلا للمال بالباطل (مختص بغیر ذلک) ای غیر صورة تمکن المشتری من التسلّم، اذ لو قدر المشتری علی التسلّم لم یکن غرر، و لا اکل للمال بالباطل.

(و منه یعلم أیضا) ای مما ذکرنا من عدم اشتراط التسلیم (انه لو لم یقدر احدهما) البائع او المشتری (علی التحصیل) للمتاع (لکن یوثق بحصوله فی ید احدهما عند استحقاق المشتری للتسلیم، کما لو) باع الطائر فی الهواء فیما لو (اعتاد الطائر العود) بعد ساعة مثلا (صح، و فاقا للفاضلین، و الشهیدین، و المحقق الثانی، و غیرهم) اذ لا غرر و لا اکل للمال بالباطل، و لا اجماع علی البطلان حینئذ.

(نعم عن نهایة الأحکام: احتمال العدم) ای عدم صحة بیع الطائر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۱

بسبب انتفاء القدرة فی الحال علی التسلیم، و ان عود الطائر غیر موثوق به، اذ لیس له عقل باعث.

و فیه ان العادة باعثة کالعقل، مع ان الکلام علی تقدیر الوثوق و لو لم یقدر علی التحصیل و تعذر علیهما الا بعد مدة مقدرة عادة و کانت مما لا یتسامح فیه، کسنة او ازید ففی بطلان البیع، لظاهر الاجماعات المحکیة، و لثبوت الغرر او صحته لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا.

و لذا حکم مدعیه بالصحة هنا

المعتاد للعود (بسبب انتفاء القدرة فی الحال) ای حال البیع (علی التسلیم، و ان عود الطائر غیر موثوق به، اذ لیس له) ای للطائر (عقل باعث) علی العود حتی یعتمد علی عقله.

(و فیه ان العادة باعثة) علی العود (کالعقل) الّذی هو باعث علی العود (مع ان الکلام علی تقدیر الوثوق) فقوله «غیر موثوق به» خارج عن مفروض المسألة (و لو لم یقدر) البائع و المشتری (علی التحصیل) للمبیع (و تعذر علیهما الا بعد مدة مقدرة عادة) حیث یمکن التحصیل بعد ذلک المدة (و کانت) تلک المدة (مما لا یتسامح فیه، کسنة او ازید) مثلا (ففی بطلان البیع لظاهر الاجماعات المحکیة) علی عدم صحة بیع ما لا یقدر علی تسلیمه (و لثبوت الغرر) عرفا (او صحته) للاطلاقات و عدم تمامیة وجهی البطلان، من الاجماع و الغرر (لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا).

(و لذا حکم مدعیه) ای مدعی الاجماع (بالصحة هنا) فی صورة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۲

و الغرر منفی مع العلم بوجوب الصبر علیه الی انقضاء مدة کما اذا اشترط تأخیر التسلیم مدة، وجهان، بل قولان، تردد فیهما فی الشرائع، ثم قوی الصحة، و تبعه فی محکی السرائر، و المسالک، و الکفایة و غیرها.

نعم للمشتری الخیار مع جهله بفوات منفعة الملک علیه مدة.

و لو کان مدة التعذر غیر مضبوطة عادة، کالعبد المنفذ الی هند لأجل حاجة لا یعلم زمان قضائها، ففی الصحة اشکال، من حکمهم بعدم جواز بیع مسکن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسلیم العین.

التمکن بعد مدة (و الغرر منفی مع العلم) من المشتری (بوجوب الصبر علیه) ای علی تسلم المتاع (الی انقضاء مدة) کسنة مثلا (کما اذا اشترط تأخیر التسلیم مدة) فانه لا غرر (وجهان، بل قولان) خبره ما تقدم من قوله «ففی بطلان البیع» (تردد فیهما فی الشرائع، ثم قوی

الصحة، و تبعه فی محکی السرائر، و المسالک، و الکفایة، و غیرها).

(نعم) اذا قلنا بالصحة کان (للمشتری الخیار مع جهله بفوات منفعة الملک علیه مدة) اما مع العلم فلا، اذ هو اقدم علی ذلک.

(و لو کان مدة التعذر) ای تعذر التسلیم (غیر مضبوطة عادة، کالعبد المنفذ الی هند لأجل حاجة لا یعلم زمان قضائها) سنة او اکثر او اقل (ففی الصحة) ای صحة البیع (اشکال، من حکمهم بعدم جواز بیع مسکن المطلقة المعتدة بالاقراء) لأنه لا یعلم فی کم مدة تنقضی الاقراء الثلاثة بخلاف المعتدة بالاشهر، لانها فی سن من تحیض و لا تحیض.

و انما اشکلوا فی ذلک (لجهالة وقت تسلیم العین) ففی المقام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۳

و قد تقدم بعض الکلام فیه فی بیع الواقف للوقف المنقطع.

ثم ان الشرط هی القدرة المعلومة للمتبایعین، لأن الغرر لا یندفع بمجرد القدرة الواقعیة.

و لو باع ما یعتقد التمکن، فتبین عجزه فی زمان البیع و تجددها بعد ذلک، صح، لأن المناط القدرة و لو لم یتجدد بطل.

و المعتبر هو الوثوق

أیضا کذلک.

و من انه لا یعد غررا، حیث یعلم المشتری بذلک، لکن الاشکال لما کان اقرب فی نظر المصنف لم یتعرض الی وجه الصحة.

(و قد تقدم بعض الکلام فیه) ای فی صورة جهالة المدة (فی بیع الواقف للوقف المنقطع) فراجع.

(ثم ان الشرط) ای شرط القدرة علی التسلیم (و هی القدرة المعلومة للمتبایعین، لأن الغرر لا یندفع بمجرد القدرة الواقعیة) التی یجهلها المتعاقدان.

(و لو باع ما یعتقد التمکن، فتبین عجزه فی زمان البیع) ای کان عاجزا، و کان عجزه فی نفس زمان البیع، لا انه حدث العجز بعد ذلک (و تجددها) ای القدرة (بعد ذلک، صح) لأن المناط القدرة وقت التسلیم، و هی حاصلة (و لو لم یتجدد) القدرة (بطل) لأنه بیع ما لا یقدر علی تسلیمه، و زعمه انه قادر لا یصحح الشرط الواقعی المفقود.

(و المعتبر) فی صحة البیع بالإضافة الی القدرة الواقعیة (هو الوثوق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۴

فلا یکفی مطلق الظن، و لا یعتبر الیقین.

ثم لا اشکال فی اعتبار قدرة العاقد، اذا کان مالکا، لا ما اذا کان وکیلا فی مجرد العقد، فانه لا عبرة بقدرته کما لا عبرة بعلمه.

و اما لو کان وکیلا فی البیع و لوازمه بحیث یعد الموکل اجنبیا عن هذه المعاملة، فلا اشکال فی کفایة قدرته.

و هل یکفی قدرة الموکل؟ الظاهر نعم مع علم المشتری بذلک اذا علم

بالقدرة علی التسلیم (فلا یکفی مطلق الظن) لأن الظن لا یوجب رفع اسم الغرر (و لا یعتبر الیقین) اذ یرفع الغرر العرفی بالوثوق، فلا یحتاج الی ازید من ذلک.

(ثم لا اشکال فی) اشتراط (اعتبار قدرة العاقد، اذا کان) العاقد (مالکا، لا ما اذا کان وکیلا فی مجرد العقد، فانه لا عبرة بقدرته کما لا عبرة بعلمه) بخصوصیات المبیع.

اذ هو آلة محض، و الأدلة المشترطة للعلم و القدرة منصرفة عن مثل الآلة، کما انه کذلک فی باب النکاح و الاجارة و غیرهما.

(و اما لو کان وکیلا فی البیع و لوازمه بحیث یعد الموکل اجنبیا عن هذه المعاملة) کالوکیل المفوض الّذی هو یبیع و یشتری بدون

علم الموکل اصلا، و انما بوکالهٔ له للوکیل فحسب (فلا اشکال فی کفایهٔ قدرته) لأنه المنصرف من الأدلهٔ حیث ان عمل الوکیل هنا هو عمل الأصیل.

(و هل تکفی قدرهٔ الموکل) بدون قدرهٔ الوکیل المفوض (الظاهر نعم مع علم المشتری بذلک) بأن الموکل قادر (اذا علم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۵

بعجز العاقد.

فان اعتقد قدرته لم یشترط علمه بذلک.

و ربما قید الحکم بالکفایهٔ بما اذا رضی المشتری بتسلیم الوکیل و رضی المالک برجوع المشتری علیه.

بعجز العاقد).

و انما قلنا بعلم المشتری بقدرهٔ الموکل، لما تقدم من ان الشرط هو القدرهٔ المعلومهٔ لا القدرهٔ الواقعیهٔ.

و انما قلنا باشتراط العلم بعجز العاقد- و هذا شرط لعلم المشتری بأن الموکل قادر- یعنی ان المشتری اذا علم بأن العاقد عاجز، و ان الموکل قادر، کفی فی رفع الغرر، اذ المعیار قدرهٔ واقعیهٔ علی التسلیم، و علم المشتری بتلک القدرهٔ الواقعیهٔ، و کلا الأمرین حاصلان.

(فان اعتقد) المشتری (قدرته) ای الموکل علی التسلیم (لم یشترط علمه بذلک) ای بعجز القاصد، اذ تکفی الاعتقاد بالقدرهٔ، مع وجود القدرهٔ الواقعیهٔ، و کلاهما حاصل.

(و ربما قید) و المقید العلامهٔ الطباطبائی کما حکی (الحکم بالکفایهٔ) ای بکفایهٔ قدرهٔ الموکل، مضافا الی ان الحکم مقید بعلم المشتری (بما اذا رضی المشتری بتسلیم الوکیل) فقدرهٔ الموکل مشروطهٔ بثلاثهٔ امور:

الأوّل: علم المشتری.

و الثانی: رضی المشتری بتسلیم الوکیل.

(و) الثالث: (رضی المالک برجوع المشتری علیه) ای علی المالک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۶

و فرع علی ذلک رجحان الحکم بالبطلان فی الفضولی، لأن التسلیم المعتبر من العاقد غیر ممکن قبل الاجازهٔ.

و قدرهٔ المالک انما تؤثر لو بنی العقد علیها، و حصل التراضی بها حال البیع لأن بیع المأذون لا یکفی فیه قدرهٔ الآذن مطلقا بل مع الشرط المذکور،

(و فرع علی ذلک) التقیید المذکور (رجحان الحکم بالبطلان) ای بطلان المعاملهٔ (فی الفضولی، لأن التسلیم المعتبر من العاقد غیر ممکن قبل الاجازهٔ) من المالک.

فان التسلیم الّذی یعتبره الشارع تسلیما، هو التسلیم المقارن لرضی المالک، و العاقد الفضولی لا یتمکن من هذا التسلیم قبل ان یجیز المالک العقد.

(و) ان قلت: للمالک قدرهٔ علی التسلیم.

قلت: القدرهٔ وحدها لا تکفی فی الصحهٔ، اذ (قدرهٔ المالک انما تؤثر) فی صحهٔ العقد (لو بنی العقد علیها) بأن عقد اعتمادا علی قدرهٔ المالک (و حصل التراضی بها) ای بتلک القدرهٔ (حال البیع) و لیس الفضولی کذلک.

و الحاصل ان الشرط الثالث مفقود فی الفضولی (لأن بیع المأذون) ای الوکیل- مثلا- (لا یکفی فیه) ای فی کون ذلک البیع صحیحا (قدرهٔ الآذن مطلقا) سواء بنی العقد علی تلک القدرهٔ، أم لا (بل مع الشرط المذکور) ای مبنیا علی قدرهٔ المالک.

فان الانسان الوکیل قد یبیع مال الموکل باعتبار انه وکیل عنه، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۷

و هو غیر متحقق فی الفضولی.

و البناء علی القدرة الواقعیة باطل، اذ الشرط هی القدرة المعلومة دون الواقعیة، الی ان قال: و الحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد، و بعدها ان وجدت لم تنفع.

بالبناء علی قدرة المالک، و قد یبیع مال الموکل باعتبار کونه غاصبا، بمعنی انه لا یرید اعطاء الثمن للمالک، و انما یقصد ان المثمن مال نفسه، و ان الثمن عائد الی کیس نفسه- کالوکیل اذا نوی الغصب- (و هو) ای اشتراط رضی المالک برجوع المشتری إلیه (غیر متحقق فی الفضولی) اذ المالک لم یجوز البیع فکیف یرضی برجوع المشتری إلیه؟ و اذا رضی بالبیع خرج عن کونه فضولیا.

(و) ان قلت: تکفی فی صحة الفضولی القدرة الواقعیة للمالک.

قلت: (البناء علی القدرة الواقعیة باطل، اذ الشرط) لصحة المعاملة (هی القدرة المعلومة) للمشتری المبنی علیها البیع (دون) القدرة (الواقعیة، الی ان قال: و الحاصل ان القدرة) علی التسلیم (قبل الاجازة لم توجد).

اذ المعتبر القدرة المبنی علیها المبیع، و هذه القدرة تتوقف علی رضی المالک، فاذا لم یحصل رضی المالک لم تکن قدرة علی التسلیم:

«التسلیم المثمر» فان التسلیم بدون رضی المالک لم یکن تسلیما مثمرا شرعا (و بعدها) ای بعد الاجازة (ان وجدت) القدرة (لم تنفع) لأن القدرة معتبرة حین العقد لا بعد العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۸

ثم قال: لا- یقال انه قد یحصل الوثوق للفضولی بارضاء المالک و انه لا یخرج عن رأیه فیتحقق له بذلک القدرة علی التسلیم حال العقد، لان هذا الفرض یخرج الفضولی عن کونه فضولیا لمصاحبة الاذن للبیع.

غایة الأمر حصوله بالفحوی، و شاهد الحال، و هما من انواع الاذن

(ثم قال: لا- یقال انه قد یحصل الوثوق للفضولی بارضاء المالک، و انه) ای المالک (لا- یخرج عن رأیه فیتحقق له) ای للفضولی (بذلک) ای بسبب هذا الوثوق (القدرة علی التسلیم حال العقد) فلیس قدرة بعد العقد- کی تقولوا انها لا تنفع-.

لأنا نقول: صورة الوثوق لیست فضولیا و کلامنا فی الفضولی (لان هذا الفرض) ای فرض وثوق الفضولی (یخرج الفضولی عن کونه فضولیا)

و انما یخرج (لمصاحبة الاذن للبیع) و کلما صحب البیع الاذن من المالک لم یکن فضولیا.

(غایة الأمر) لیس اذنا صریحا، بل (حصوله بالفحوی، و) ب (شاهد الحال، و هما) ای الفحوی و شاهد الحال (من انواع الاذن)

و المراد من الفحوی: ما یظهر من الکلام بقرائن لفظیة، التی منها الأولویة المستفادة من الکلام، مثلا «لا تقل لهما أفّ» تدل دلالة لفظیة باللزوم العرفی علی «لا تضربهما»

و المراد بشاهد الحال القرائن العقلیة الموجودة عند التکلم، او ما اشبه.

مثلا: شاهد الحال یدل علی ان الصدیق لا یمنع من دخول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۷۹

فلا تکون فضولیا و لا یتوقف صحته علی الاجازة، و لو سلمنا بقائه علی الصفة فمعلوم ان القائلین بصحته الفضولی لا یقصرون الحکم

على هذا الفرض

و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى، ثم فى تفريع الفضولى، ثم فى الاعتراض الّذى ذكره، ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمّل، بل نظر،

الصديق فى داره و ان لم يكن هناك كلام (فلا تكون) المعاملة (فضوليا) لأنها ما لا اذن فيها (و لا يتوقف صحته على الاجازة، و لو سلمنا بقائه) اى الفضولية (فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولى لا يقصرون الحكم) بصحة الفضولى (على هذا الفرض) اى فرض الوثوق برضى المالك.

و على هذا يلزم بطلان الفضولى فى صورة عدم الوثوق برضى المالك و على الأول يلزم بطلان كل فضولى- لعدم القدرة على التسليم- مع ان المشهور قائلون بصحة الفضولى مطلقا.

(و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى) اى عدم كفاية قدرة المالك الموكل على التسليم و اعتبار رضى المشترى بتسليمه فى كفاية قدرته (ثم فى تفريع الفضولى) اى لو كانت قدرة الوكيل على التسليم معتبرة، فيلزم بطلان الفضولى (ثم فى الاعتراض الّذى ذكره) بقوله: لا يقال (ثم فى الجواب عنه أولا) بقوله: لأن هذا الفرض الخ (و ثانيا) بقوله: و لو سلمنا (تأمّل، بل نظر)

اما الاول: فلأن المعتبر فى الفضولى قدرة المالك على التسليم و لو مجردة عن التراضى، لعدم دليل على هذا التقييد و شمول العمومات و ارتفاع الغرر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۰

فتدبر.

و اما التفريع عليه فلأن اعتبار القدرة فى الوكيل لا يلازم اعتبارها فى الفضولى، لأن العاقد الوكيل كالأصيل بخلاف الفضولى.

و اما فى الاعتراض فلأنه مبنى على صحة المبنى، و قد عرفت الاشكال فيه.

و اما فى الجواب الأول فلأن الوثوق بالرضا لا يخرج المعاملة عن كونها فضولية، كما تقدم الكلام فيه فى مبحث الفضولى.

و اما فى الجواب الثانى فلأنه موقوف على المبنى و قد عرفت الاشكال فيه (فتدبر)

اذ بعض الاشكالات التى أوردها على القائل ليس بوارد.

مثلا: التلازم بين الوكيل العاقد و الفضولى حاصل بل الأولوية فلأنه اذا بطل معاملة الوكيل المفوض مع انه وكيل، فالأولى بطلان معاملة الفضولى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۱

مسئلة لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا،

كما فى التذكرة، بل اجماعا كما عن الخلاف، و الغنية، و الرياض، و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف، و مع احتماله بيع غرر منفى اجماعا، نصا و فتوى، خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا- و لعله الاسكافى- حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشترى الآبق وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشترى، او يضمنه البائع انتهى، و

(مسألة: لا يجوز بيع) العبد (الآبق منفردا) بأن يبيعه بدون ضم ضميمة (على المشهور بين علمائنا، كما فى التذكرة، بل اجماعا كما عن

الخلاف، و الغنیة، و الریاض، و بلا خلاف کما عن کشف الرموز)

لا یخفی ان مقتضـی التدرج الی الأقوی تقدیم «بلا خلاف» عن «اجماعا» (لأنه مع الیأس عن الظفر) بالعبد الآبق یکون (بمنزلة التالف) فأکل المال فی مقابله اکل بالباطل (و مع احتماله) ای احتمال الظفر (بیع غرر، منفی) ای لا یصح بیع الغرر (اجماعا نصا و فتوی)

و لو قال «نصا و فتوی اجماعا» لعله کان ألیق (خلافا لما حکاه فی التذکرة عن بعض علمائنا- و لعله الاسکافی- حیث ان المحکی عنه انه لا یجوز ان یشتری الآبق وحده الا اذا کان بحیث یقدر علیه المشتری) و ان لم یقدر علیه البائع (او یضمنه البائع) بأنه ان لم یقدر علی تسلیمه ردّ الثمن الی المشتری، و معنی هذا صحة البیع فی الجملة (انتهی، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۸۲

قد تقدم عن الفاضل القطیفی فی إیضاح النافع: منع اشتراط القدرة علی التسلیم.

و قد عرفت ضعفه، لکن یمکن ان یقال بالصحة فی خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فی باب العتق خصوصا مع تقیید الاسکافی بصورة ضمان البائع، فانه یندفع به الغرر عرفا لکن سیأتی ما فیه.

فالعمدة الانتفاع بعتقه، و له وجه لو لا النص الآتی، و الاجماعات المتقدمة.

قد تقدم عن الفاضل القطیفی فی إیضاح النافع: منع اشتراط القدرة علی التسلیم) فی مطلق المعاملات، و علیه فبیع الآبق لا بأس به فی نظره.

(و قد عرفت ضعفه، لکن یمکن ان یقال بالصحة فی خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فی باب العتق) و هو انتفاع عظیم مرغوب فیه.

لکن یمکن ان یستشکل فیه بأنه لو صح- بناء علی امکان العتق- للزم ان یقال: بأنه لا یلزم العلم بخصوصیات العبد أیضا، لامکان الانتفاع بالمجهول فی باب العتق، و لا یقول بذلک أحد (خصوصا) نقول بصحة بیع الآبق (مع تقیید الاسکافی بصورة ضمان البائع، فانه یندفع به الغرر عرفا) و اذ لا غرر، صح البیع (لکن سیأتی ما فیه) ای فی اندفاع الغرر بالضمان.

(فالعمدة) فی وجه الجواز- لو قیل به- (الانتفاع بعتقه، و له وجه) وجیه (لو لا النص الآتی، و الاجماعات المتقدمة) هذا أولا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۸۳

مع ان قابلیة المبیع لبعض الانتفاعات لا یخرجه عن الغرر.

و کما لا یجوز جعله مثمنا لا یجوز جعله منفردا ثمنا، لاشتراکها فی الأدلة.

و قد تردد فی اللمعة فی جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و ان قرّب اخیرا المنع منفردا.

و لعل الوجه الاستناد فی المنع عن جعله مثمنا الی النص و الاجماع الممکن دعوی اختصاصهما بالمثمن دون

(مع ان قابلیة المبیع لبعض الانتفاعات) کالعبد الآبق للعتق فقط دون سائر الانتفاعات الکثیرة التی یکون العبد قابلا لها (لا یخرجه عن الغرر) و الا لجاز کل بیع غرری لأنه قابل لبعض الانتفاعات.

(و) لا یخفی انه (کما لا یجوز جعله) ای الآبق (مثمنا) کذلک (لا یجوز جعله منفرد اثمنا، لاشتراکهما فی الأدلة)

و الفرق ان العبد قد یعتبر مثمنا، فیقال: بعتک هذا العبد بدینار، و قد یعتبر ثمنا، فیقال: بعتک هذه الدار بهذا العبد، و العلامة دخول الباء.

(و قد تردد فی اللمعة فی جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و ان قرّب اخیرا المنع منفردا) ای منع بیع منفردا بدون ضمیمة.

(و لعل الوجه) ای وجه تردیده فی الثمن (الاستناد فی المنع عن جعله مثمنا الی النص و الاجماع الممکن دعوی اختصاصهما بالمثمن) فیبقی الثمن بلا مانع، فیشمله دلیل صحة جعل کل مال ثمنا (دون) استناده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۴

نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق.

و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المجحود، مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم.

الى (نفى الغرر) اى ان الشهيد لا يستدل على منع جعل الآبق مثمنا بنهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر (الممكن منعه) حتى فى المثمن.

و انما يمكن منعه (ب) سبب (جواز الانتفاع به فى العتق)

و الحاصل: انه استند الى النص و الاجماع، و هما ظاهر ان فى المثمن، و لم يستند الى دليل نفى الغرر، حتى يقال: ان الغرر منفى فى المثمن فكيف بالثمن؟ و تكون النتيجة جواز جعل الآبق ثمنا.

(و يؤيده) اى انه استند الى النص و الاجماع فى المنع عن جعله مثمنا، لا- الى نفى الغرر (حكمه) اى الشهيد (بجواز بيع الضال و المجحود) الّذى جحده الغاصب، فليس للمالك قدرة عليه (مع خفاء الفرق بينهما) اى الضال و المجحود (و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم) فلو كان دليله فى نفى الغرر للزم القول بعدم الجواز فى الضال و المجحود أيضا.

ثم ان المصنف قال «مع خفاء» و لم يقل «مع عدم الفرق»

و لعل وجهه ان الآبق متنقل فيصعب الوصول إليه، بخلاف الضال فانه اسهل من حيث الوصول إليه، و المجحود يمكن الوصول إليه بسهولة بندم الجاحد، بخلاف الآبق فانه غالبا لا يرجع، فتأمّل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۵

و نظير ذلك ما فى التذكرة حيث ادعى أوّلا: الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثم قال: و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا الى ان قال: و قال بعض علمائنا: بالجواز، و حكاه عن بعض العامة أيضا، ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا، او اشتراطه الضميمة فان

(و نظير ذلك) اى نظير ما فى اللمعة من الفرق بين بيع الآبق، و بيع الضال مع خفاء الفرق.

و انما كان كلام التذكرة مثل كلام اللمعة لأنه فى بيع الآبق افتى بالبطلان، و فى بيع الضال تردد، و نقل فيه قولين (ما فى التذكرة حيث ادعى أوّلا: الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم)

و انما يشترط القدرة (ليخرج البيع عن كونه بيع غرر) اذ ما لا قدرة للانسان على تسليمه يكون بيعه غرريا.

(ثم قال: و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا) بدون ضمّ ضميمة (الى ان قال: و قال بعض علمائنا: بالجواز، و حكاه) اى الجواز (عن بعض العامة أيضا، ثم ذكر الضال) و انه هل يجوز بيعه، أم لا؟ (و لم يحتمل فيه إلا- جواز البيع منفردا، او اشتراط الضميمة) اى يحتمل ان يجوز بيعه منفردا، و يحتمل ان يجوز بيعه مع الضميمة.

و انما قلنا: كلام التذكرة نظير كلام اللمعة فى خفاء الفرق (فان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۶

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر.

و التوجيه يحتاج الى تأمل.

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث).

الفقرة الأولى: دعوى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم.

و الفقرة الثانية: وقوع النزاع فى انه هل يصح بيع الآبق منفردا، أم لا؟

و الفقرة الثالثة: تردده فى جواز بيع الضال منفردا (ظاهر) اذ لو كانت القدرة شرطا اجماعا، فكيف اختلف الأصحاب فى بيع الآبق؟ و كيف تردد هو فى بيع الضال؟ مع انه لا قدرة فيهما.

ثم كيف فرق بين الآبق و الضال بجعل المشهور عدم جواز بيع الآبق، و جعل بيع الضال مورد تردد.

(و التوجيه يحتاج الى تأمل).

اذ يمكن ان يقال: لا تنافى بين ادعاء الاجماع على اشتراط القدرة «و هى الكبرى» و بين الاختلاف فى بيع الآبق و تردده فى بيع الضال «و هى الصغرى» و ذلك للاشكال فى كون المثالين من مصاديق الكبرى.

اذ المراد ببعض العلماء المجوزين لبيع الآبق «الاسكافى» و ذلك اجاز فى صورة ضمان البائع، فلا غرر.

و الاجماع على القدرة انما كان لأجل انه بدونها غرر.

و اما تردده فى الضال فلأن المستند للمجمعين يمكن ان يكون نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر، و فى بيع الضال لا غرر- لما تقدم فى كلام اللمعة من الفرق بين الآبق و الضال-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۷

و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه؟ فيعتبر فيه القدرة على التسليم، وجهان، بل قولان، من عمومات الصلح، و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسّر معرفته بل مطلقا

و اختصاص الغرر المنفى بالبيع.

و من هذا ظهر زيف التنافى الثانى الّذى اشرنا إليه بقولنا: «ثم كيف فرق الخ» و ذلك لأنك قد عرفت الفرق بين الآبق و الضال، فتأمل.

(و كيف كان فهل يلحق بالبيع) فى اعتبار القدرة على التسليم (الصلح عما يتعذر تسليمه) كما لو صالح عن عبده الآبق (فيعتبر فيه القدرة على التسليم) أم لا يلحق بالبيع، فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم (وجهان، بل قولان).

وجه عدم الاعتبار (من عمومات الصلح، و ما علم من التوسع فيه) فان مبنى الصلح على التساهل و التسامح (لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسّر معرفته).

كما اذا علم زيد ان لعمرو على ذمته حقا، لكنه لم يعلم ان حقّه حق ملك، او حق تحجير، او حق دعوى فى مسألة قضاء، او غيرها، فانه يصح لزيد ان يصالح عمروا عن حق عمرو عليه، بدينار مثلا (بل مطلقا) حتى اذا لم يتعذر، و لا يتعسر معرفة المصالح عنه.

(و) ان قلت: دليل لا غرر، يشمل الصلح أيضا.

قلت: الظاهر (اختصاص الغرر المنفى بالبيع) اذ الحديث نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر، هذا هو وجه عدم اعتبار القدرة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۳۸۸

و من ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتى انهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالاجارة، و المزارعة، و المساقات، و الجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى صلّى اللّه عليه و آله انه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم يبن على المسامحة من الصلح.

و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه

فی باب الصلح.

(و) اما وجه اعتبار القدرة (من ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتى انهم يستدلون به) اى بأن الغرر موجب للبطلان (فى غير المعاوضات كالوكالة) فاذا كانت الوكالة غررية كانت باطلة، كما لو قال: وكلت فى القيام بشأن مجهول من شئونى (فضلا عن المعاوضات كالاجارة، و المزارعة، و المساقات، و الجعالة) فاللازم ان يكون الصلح أيضا كذلك، اذا كان غرريا يكون باطلا (بل قد يرسل فى كلماتهم) و الخبر مذكور فى مستدرك الوسائل (عن النبى صلّى اللّه عليه و آله انه نهى عن الغرر و قد رجّح بعض الاساطين) التفصيل ب (جريان الاشتراط) اى اشتراط عدم الغرر (فيما لم يبن على المسامحة من الصلح) فالمصلح المبنى على المسامحة لا غرر فيه، و الصلح غير المبنى على المسامحة فيه الغرر.

(و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه) كرهن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۳۸۹

على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه.

و اما الضال و المجحود، و المغضوب، و نحوها مما لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقا لجماعة، للغرر المنفى المعتضد بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، الا ان يوهن بتردد مدعيه- كالعلامة فى التذكرة- فى صحة بيع الضال منفرد او يمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع

الآبق (على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن).

اما على القول باشتراط القبض فى الرهن فلا يصح مطلقا لأن شرط القبض مفقود (جواز الصلح عليه) بأن يقوم الصلح مقام الرهن، و حيث ان الرهن الغررى لا يصح، نجعل مكان الرهن الصلح، لان الصلح الغررى لا بأس به، هذا تمام الكلام فى بيع الآبق الّذى عنونا المسألة به.

(و اما الضال و المجحود، و المغصوب، و نحوها) كالمدفون فى مكان مجهول (مما لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز) اى عدم جواز بيعها (وفاقا لجماعة) من الفقهاء (للغرر المنفى المعتضد) دليل نفى الغرر (بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، الا ان يوهن) الاجماع (بتردد مدعيه- كالعلامة فى التذكرة- فى صحة بيع الضال منفردا).

و اذا كان الأمر اجماعا كيف يتردد عليه (و يمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه) بأن كان الضال عبدا مثلا و اراد المشترى ان يعتقه (بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۳۹۰

و اما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد اقدم عليه.

و جهالته غير مضرة، مع امكان العلم بتلك المدة، كضالة يعلم انها لو لم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك

فانه لا يخلو الأمر عن ثلاثة لأنه اما ان يجد الضال فورا، او بعد مدة او لا يجد اصلا.

اما اذا وجده- بعد العقد فورا- فلا غرر.

و اما اذا لم يجده فالتلف قبل القبض من مال مالكه فلا غرر أيضا على المشترى.

و اما اذا وجده بعد مدة، فان فوائده فى تلك المدة و ان خسرها المشترى لكنه هو الّذى اقدم على هذه الخسارة و الانسان اذا اقدم على الضرر، لم يكن ينفيه دليل: لا ضرر.

و الى هذا أشار بقوله:

(و اما فوات منفعته) ای منفعة المبیع (مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد اقدم علیه) المشتری.

(و) ان قلت: لا نقول بالبطلان من جهة الضرر حتی تقولوا، انه بنفسه قد اقدم علی هذا الضرر، بل انه باطل من حیث الجهالة بتلک المدة.

قلت: (جهالته) ای جهالة ذلک الضرر (غیر مضرة، مع امکان العلم بتلک المدة، کضالة یعلم انها لو لم توجد بعد ثلاثة ایام فلن توجد بعد ذلک) فان المدة و ان کانت مجهولة، لکنها آئلة الی العلم، و لا دلیل علی بطلان مثل هذه الجهالة، و انما الجهالة الموجبة للبطلان الجهالة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۱

و کذا فی المغصوب و المنهوب.

و الحاصل: انه لا غرر عرفا بعد فرض کون الیأس عنه فی حکم التلف المقتضی لانفساخ البیع من اصله.

و فرض عدم تسلط البائع علی مطالبته بالثمن لعدم تسلیم المثمن فانه لا خطر حینئذ فی البیع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التی یفوت الانتفاع بالبیع فیها، هذا.

المطلقة (و کذا) الکلام (فی) بیع (المغصوب و المنهوب) فیصح بیعها.

(و الحاصل: انه لا غرر عرفا بعد فرض کون الیأس عنه فی حکم التلف المقتضی لانفساخ البیع من اصله).

فمع وجد انه لا غرر، و مع عدم الوجد ان یبطل البیع، فلا غرر أیضا.

(و) ان قلت: الثمن یبقی مدة عند البائع، حتی یتبین البطلان و هذا ضرر علی المشتری.

قلت: هذا غیر صحیح بعد (فرض عدم تسلط البائع علی مطالبته) ای مطالبة المشتری (بالثمن) و انما لا یحق له المطالبة (لعدم تسلیم المثمن) اذ لا یحق لکل من الطرفین تسلیم ما بیده الا مقارنا لتسلیم الاخر ما عنده (فانه لا خطر حینئذ فی البیع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التی یفوت الانتفاع بالبیع فیها) ای فی تلک المدة، و هذا عبارة اخری عما ذکره بقوله «مع امکان العلم بتلک المدة الخ» (هذا) غایة ما یقال فی صحة بیع الضال و نحوه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۲

و لیکن یدفع جمیع ما ذکر ان المنفی فی حدیث الغرر- کما تقدم هو ما کان غررا فی نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحکام الشرعیة الثابتة للبیع.

و لذا قوینا فیما سلف جریان نفی الغرر فی البیع المشروط تأثیره شرعا بالتسلیم.

و

(و لیکن یدفع جمیع ما ذکره) من الاستدلال لصحة البیع (ان المنفی فی حدیث الغرر- کما تقدم-) تفسیر الحدیث (هو ما کان غررا فی نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحکام الشرعیة الثابتة للبیع) کوجوب التسلیم و نحوه.

(و لذا) الّذی ذکرنا من «قطع النظر عن الأحکام الخ» (قوینا فیما سلف جریان نفی الغرر فی البیع المشروط تأثیره شرعا بالتسلیم) کالصرف و السلم،

فان بعضا قالوا، لا غرر فی الصرف و السلم، لأنه قبل التسلیم لا یتحقق البیع، و بعد التسلیم لا غرر.

فأجبنا عنهم بأن المناط الصدق العرفی، و العرف یری وجود الغرر قبل التسلیم، و ان التسلیم من الأحکام الشرعیة، فالبیع غرر، و کلما کان غرریا، کان باطلا.

(و) نقول: بمثـل ذلک فی باب الضال و المجحود، فانه و ان کان المبیع قبل القبض فی ضـمان البائع لما ورد من ان التلف قبل القبض من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۳۹۳

من المعلوم: ان بیع الضال و شبهه لیس محکوما علیه فی العرف بکونه فی ضمان البائع بل یحکمون- بعد ملاحظهٔ اقدام المشتری علی شرائه بکون تلفه منه فی الانفساخ بالتلف حکم شرعی عارض للبیع الصحیح الّذی لیس فی نفسه غررا عرفا.

و مما ذکر یظهر انه لا یجدی فی رفع الغرر الحکم بصحهٔ البیع مراعی بالتسلیم. فان تسلم قبل مدهٔ لا یفوت

مال مالکه، الا ان هذا من الأحکام الشرعیهٔ، و الا فالعرف یری وقوع البیع و ان البیع غرری، فیشمله دلیل: نفی الغرر.

اذ (من المعلوم: ان بیع الضـال و شـبهه) کالمجحود (لیس محکوما علیه فی العرف بکونه فی ضـمان البائع) بل هـذا حکم شـرعی (بل یحکمون بعـد ملاحظهٔ اقدام المشتری علی شـرائه) ای شـراء الضال- مثلا- (بکون تلفه منه) ای من المشتری (فی الانفساخ ب) سـبب (التلف حکم شـرعی عـارض للبیع الصـحیح الّـذی لیس فی نفسه غررا عرفـا) فلا ربط له برفع الغرر مما هو بیع غرری، کبیع الضال، و علیه فیشمله دلیل: نفی الغرر.

(و مما ذکر) من انه بیع غرری عرفا، فیشمله دلیل نفی الغرر (یظهر انه لا یجدی فی رفع الغرر الحکم بصحهٔ البیع مراعی بالتسلیم).

و اراد القائل بهذا رفع الضـرر عن المشتری، لأنه ان سـلّم لا ضـرر و لا غرر فالبیع صحیح، و ان لم یسلّم حیث کان الضرر و الغرر کان البیع باطلا.

(فان تسلم) المشتری المتاع (قبل مدهٔ) مدیدهٔ بحیث (لا یفوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۳۹۴

الانتفاع المعتد به و الا تخیر بین الفسخ و الامضاء، کما اسـتقر به فی اللمعهٔ، فان ثبوت الخیار حکم شـرعی عارض للبیع الصحیح الّذی فرض فیه العجز عن تسلّم المبیع، فلا ینـدفع به الغرر الثابت عرفا فی البیع المبطل له لکن قد مرت المناقشهٔ فی ذلک بمنع اطلاق الغرر علی مثل هذا بعد اطلاعهم علی الحکم الشرعی اللاحق للمبیع

الانتفاع المعتد به) کان البیع صـحیحا (و الا تخیر بین الفسخ و الامضاء) فان فسخ فلا بیع، و ان امضـی فقد اقدم هو علی ضرر نفسه، و الانسان لو اقدم علی ضرر نفسه لم یشمله دلیل: لا ضرر و لا ضرار (کما استقر به فی اللمعهٔ) ای قال الأقرب الحکم بصحهٔ البیع مراعی.

و انمـا لاـ یجـدی هـذا الکلاـم من اللمعـهٔ (فـان ثبوت الخیـار حکم شـرعی عارض للبیع الصـحیح الّـذی فرض فیه) ای فی ذلک البیع الصـحیح (العجز عن تسـلّم) المشتری (المبیع) یعنی اذا لم یکن البیع غرریا ثبت فیه الخیار فیما اذا عجز المشتری علی تسلم المبیع (فلا یندفع به) ای بالخیار (الغرر الثابت عرفا فی البیع المبطل) ذلک الغرر (له) ای لذلک البیع.

هـذا و (لکن قـد مرت المناقشهٔ فی ذلک) ای فی کون ان نفی الغرر بالنسـبهٔ الی ما کان غررا فی نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحکام الشرعیهٔ (بمنع اطلاق الغرر علی مثل هذا) الغرر العرفی (بعد اطلاعهم علی الحکم الشرعی اللاحق للمبیع).

فان المبیع بأحکامه الشرعیهٔ اللاحقهٔ له اما غرر او لیس بغرر، لا ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۹، ص: ۳۹۵

من ضمانه قبل العلم، و من عدم التسلط علی مطالبته الثمن فافهم.

و لو فرض اخـذ المتبایعین لهـذا الخیار فی متن العقـد، فباعه علی ان یکون له الخیار اذا لم یحصل المبیع فی یده الی ثلاثهٔ أیام، امکن جوازه لعدم الغرر حینئذ عرفا.

المبیع مجردا عن الأحکام الشرعیة اما غرر و اما لیس بغرر (من ضمانه قبل العلم، و من عدم التسلط علی مطالبته الثمن) «من» بیان «الحکم الشرعی» ای ان العرف یری انه هل یضمن شرعا المبیع قبل التسلیم؟

فان کان مضمونا علی البائع، لا یری انه غرر، و ان لم یکن مضمونا یری انه غرر، و کذلک یری العرف هل انه یسلط المشتری علی المطالبة فهو غرر، او لا یسلط فهو غرر (فافهم) فان العرف یری الغرر و ان عرف الحکم الشرعی.

و حیث ان الظاهر من ادلة نفی الغرر، الغرر العرفی، فلیس المناط فیه الغرر الشرعی، کسائر الموضوعات التی علق علیها الأحکام اثباتا او نفیا.

(و لو فرض اخذ المتبایعین لهذا الخیار) ای خیار الفسخ اذا لم یسلم البائع المبیع فی مدة لا یفوت الانتفاع المعتد به (فی متن العقد، فباعه علی ان یکون له) ای للمشتری (الخیار اذا لم یحصل المبیع فی یده الی ثلاثة أیام، امکن جوازه) ای جواز البیع (لعدم الغرر حینئذ) ای حین هذا الشرط (عرفا) اذ المشتری یعلم انه اما ان یحصل بیده المال خلال الثلاثة او یبقی ثمنه کما کان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۶

و لذا لا یعد بیع العین غیر المرئیة الموصوف بالصفات المعینة من بیع الغرر، لأن ذکر الوصف بمنزلة اشتراطه فیه الموجب للتسلط علی الرد.

و لعله لهذا اختار فی محکی المختلف تبعا للاسکافی- جواز بیع الآبق اذا ضمنه البائع، فان الظاهر منه اشتراط ضمانه.

و عن حاشیة الشهید ظهور المیل إلیه و

(و لذا) الّذی ذکرنا بأنه لا غرر عرفا (لا یعد بیع العین غیر المرئیة الموصوف بالصفات المعینة) الرافعة للغرر عرفا (من بیع الغرر) و ان احتمل عدم وجود تلک الصفات فی المبیع (لان ذکر الوصف بمنزلة اشتراطه) ای الوصف (فیه) ای فی البیع.

فلا فرق بین ان یقول: بعتک الدابة، بشرط أن تکون بیضاء سمینة، او ان یقول: بعتک الدابة البیضاء السمینة (الموجب) ذلک الاشتراط (للتسلط علی الرد) اذا لم یجد المشتری الوصف کما قال البائع.

(و لعله لهذا) الّذی ذکرنا من انه لا غرر عرفا اذا جعل المشتری الخیار لنفسه لمدة معینة (اختار فی محکی المختلف- تبعا للاسکافی- جواز بیع الآبق اذا ضمنه البائع) بأن قال: ان جاء فلک، و ان لم یجیء فأنت لست مسئولا و انا ضامن له (فان الظاهر منه) ای من هذا الکلام الّذی ذکره المختلف و الاسکافی (اشتراط ضمانه) ای ان البائع یشترط ضمان نفسه فیما اذا لم یأت الآبق.

(و عن حاشیة الشهید ظهور المیل إلیه) ای الی کلام المختلف (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۷

ان کان قد یرد علی هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل.

ان کان قد یرد علی هذا) الکلام الّذی ذکره المختلف (عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان) اذ الغرر أمر عرفی و هو صادق هنا (فتأمل) حیث ان الغرر انما یکون اذا کان الثمن فی الخطر، و لا خطر فی مقام الاشتراط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۸

مسئلة یجوز بیع الآبق مع الضمیمة فی الجملة

کما عن الانتصار، و کشف الرموز، و التنقیح، بل بلا خلاف کما عن الخلاف حاکیا فیه کما عن الانتصار اطباق العامة علی خلافه.

و ظاهر الانتصار خروج البیع بالضمیمة عن کونه غررا حیث حکی احتجاج العامة بالغرر فانکره مع الضمیمة، و فیه اشکال.

و الأولی لنا التمسک قبل الاجماعات المحکیة المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد فی مخالفتهم

(مسألة: یجوز بیع الآبق مع الضـمیمة فی الجملة) فی مقابل السلب الکلی (کما عن الانتصار، و کشف الرموز، و التنقیح، بل بلا خلاف کمـا عن الخلاف) لشیخ الطائفة (حاکیا فیه) ای فی الخلاف (کما) حکی أیضا (عن الانتصار) للسید المرتضی (اطباق العامة علی خلافه) و انه لا یجوز بیع الآبق.

(و ظاهر الانتصار خروج البیع بالضـمیمة عن کونه غررا) فلیس هذا اسـتثناء عن عدم جواز بیع الغرر، و انما هو تخصّص (حیث حکی الانتصـار (احتجاج العامـة) لعـدم الجواز (بالغرر) و انه بیع غرری (فانکره) ای کونه غررا اذا کان المبیع الآبق (مع الضـمیمة، و فیه) ای فی کلام الانتصار (اشکال) لأنه غرر عرفا فهو من باب التخصیص، لا من باب التخصص.

(و الأولی لنا التمسک قبل الاجماعات المحکیة المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد فی مخالفتهم) من العامة و «جعل» بصیغة المجهول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۳۹۹

بصحیحة رفاعة النخاس قال: قلت: لأبی الحسن علیه السلام، أ یصلح ان اشتری من القوم الجاریة الآبقة و اعطیهم الثمن، و أطلبها انا؟ قال علیه السـلام: لا یصـلح شـرائها الا ان تشتری منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانـة و هـذا المتاع بکـذا و کذا درهما، فان ذلک جائز، و موثقة سماعة عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل قد یشتری العبد و هو آبق عن اهله، قال علیه السلام: لا یصـلح الا ان یشتری معه شـیئا، فیقول اشتری منک هـذا الشـیء و عبـدک بکذا و کذا درهما، فان لم یقدر علی العبد کان الّذی نقده فیما اشتری معه.

اشارة الی قوله علیه السـلام: خـذ ما خالف العامـة فان الرشـد فی خلافهم (بصـحیحة رفاعـة النخاس) بالخاء المعجمة، و هو بائع العبید (قال:

قلت: لأبی الحسن علیه السـلام، أ یصـلح ان اشتری من القوم الجاریـة الآبقـة و اعطیهم الثمن، و أطلبها) ای الجاریـة (انا) کیما اجـدها واردها من الإباق (قال علیه السـلام: لا یصـلح شـرائها الا ان تشتری منهم ثوبا او متاعا) معها (فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلأنه و هـذا المتاع بکـذا و کـذا درهما، فان ذلک) البیع لها مع الضـمیمة (جائز، و موثقـة سـماعة عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام فی الرجل قد یشتری العبد و هو آبق عن اهله قال علیه السلام: لا یصلح الا ان یشتری معه شیئا) آخر (فیقول اشتری منک هذا الشیء و عبدک بکذا و کذا درهما) فانه یصح (فان لم یقدر علی العبد کان الّذی نقده فیما) ای فی مقابل ما (اشتری معه) فلا یذهب ثمنه هباء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰۰

و ظاهر السؤال فی الأولی.

و الجواب فی الثانیة الاختصاص بصورة رجاء الوجدان و هو الظاهر أیضا من معاقد الاجماعات المنقولة.

فالمـأیوس- عـادة- من الظفر به الملحق بالتالف لا یجوز جعله جزءا من المبیع، لأن بـذل جزء من الثمن فی مقابله لو لم یکن سـفها او اکلا للمال بالباطل، لجاز جعله ثمنا یباع به مستقلا، فالمانع عن استقلاله

(و ظاهر السؤال فی) الروایة (الأولی) حیث قال «و اطلبها انا».

(و الجواب فی) الروایة (الثانیة) حیث قال علیه السـلام: «فان لم یقدر» (الاختصاص) لجواز البیع مع الضـمیمة (بصورة رجاء الوجدان و

هو الظاهر أيضا من معاقد الاجماعات المنقولة) اذ لو لا رجاء الوجدان لم يكن وجه لطلبها، و لا وجه لقوله عليه السلام: فان لم يقدر، فانك لا تقول ان لم تقدر على تحريك هذا الجبل، و انما تقول «ان» اذا كان محتملا للأمرين.

(فالمأيوس- عادة- من الظفر به الملحق بالتالف) عرفا (لا يجوز جعله جزءا من المبيع).

و انما لا يجوز (لأن بذل) المشترى (جزء من الثمن فى مقابله) اى مقابل الآبق المأيوس منه (لو لم يكن سفها) و المعاملة السفهائية باطلة (او اكلا للمال بالباطل) فيشمله قوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (لجاز جعله ثمنا) اى جعل ذلك الجزء (يباع به) اى بهذا الجزء الآبق (مستقلا) اذا (فالمانع عن استقلاله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۰۱

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهى عن الغرر السليم عن المخصص.

نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط، و نحوه و أيضا الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها،

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع) و ذلك (للنهى عن الغرر السليم عن المخصص).

لكن ربما يقال: ان كان الاستدلال بالحديث فلا دلالة فيه اذ ما ذكر من الدلالة ضعيف للغاية و ان كان ربما يلتفت إليه بعد الالفات، و الغرر لو كان موجبا لم يكن فرق بين البيع مستقلا او تبعا، و كثيرا ما لا يجوز بيع الشيء مستقلا و يجوز تبعا، كما لو جهل مقدار الجزء و علم مقدار الكل، او جهل ثمن الجزء و علم ثمن الكل، فانه لا يصح بيع الجزء و يصح بيع الكل.

(نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط، و نحوه) على نحو الشرط الّذى ذكرنا فى المسألة السابقة انه يجوز بيع الآبق وحده مع الشرط- لأنه ليس بغرر-.

و المراد بنحو الشرط جعل مدة الظفر بالآبق محل انصباب العقد فقد يقول اشترى منك الثوب و الآبق «المأيوس عن وجدانه» بشرط انه اذا لم اجده فلى الفسخ، و قد يقول اشترى منك العبد الّذى اجده الى مدة كذا (و أيضا) كما استظهرنا رجاء الوجدان، فى صحة بيع الآبق مع الضميمة (الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها) فيصح حينئذ بيع العبد الآبق مع الضميمة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۰۲

و اما صحة بيعها منفردة، فلا يظهر من الرواية، و لا يكفى ضم المنفعة الا اذا فهمنا من قوله: فان لم يقدر، الى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن، فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال او كناية عن نقل مال او حق عليه مع الآبق، لئلا يخلو الثمن عن المقابل،

(و اما صحة بيعها) اى الضميمة (منفردة، فلا يظهر من الرواية، و لا يكفى ضم المنفعة) الى الآبق، كأن يقول: بعتك الآبق و منفعة هذه الدار سنة بكذا دينارا، اذ المنفعة لا يصح بيعها مجردة، فان البيع مبادلة مال بمال، و قد تقدم ان المال هو العين، لا المنفعة (الا اذا فهمنا من قوله: فان لم يقدر، الى آخر الرواية تعليل الحكم) بالجواز مع الضميمة (بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن) سواء يصح بيع الضميمة منفردة كالعين- أم لا- كالمنفعة (فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال) فان الامام عليه السلام: انما قال لفظ «الاشتراء» بالنسبة الى الضميمة باعتبار كون «ما يشترى» مقابلا للثمن، لا باعتبار لزوم صدق «الاشتراء» حتى يوجب خروج مثل «المنفعة» مما لا يصح شرائه (او) ان لفظ «الاشتراء» فى الرواية (كناية عن نقل مال او حق عليه) اى على البائع، اى جعل حق للمشترى على نفسه، نقلا (مع الآبق، لئلا يخلو الثمن عن المقابل) البيع سبب للنقل، و الكناية ذكر السبب و إرادة المسبب، فقد ذكر الامام عليه السلام بيع الثوب و أراد مطلق النقل، لأن النقل مسبب عن البيع، و الفرق بين «المثال» و «الكناية» ان فى الكناية يلزم السببية و المسببية، و ليس كذلك المثال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۰۳

فتأمل.

ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشترى الا انه لو بقى على اباقه و صار فى حكم التالف لم يرجع على البائع بشىء و ان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن

فلو قال اكرم زيدا- و اراد العالم، لا خصوص زيد- كان زيد مثالا، لا كناية، اذ ليس زيد سببا لسائر العلماء، بخلاف ما لو قال: بع الثوب، و اراد نقله بأى وجه كان، لا خصوص البيع- فانه يصلح ان يكون كناية اذ البيع سبب النقل، فالقائل جعله كناية عن مطلق النقل (فتأمل) فانه كيف نحمل الشراء على العموم- كناية او مثالا- و ظاهر اللفظ يأباهما و لا دليل من الخارج على إرادة الاعم.

(ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشترى) اذا اشتراه مع الضميمة (الا انه لو بقى على اباقه و صار فى حكم التالف) كان لم يعلم اين هو؟ و مضت مدة طويلة (لم يرجع على البائع بشىء) لأن المشترى هو الّذى اقدم على مثل هذا المال، و قد اجازه الشارع (و ان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن).

فان القاعدة تقول: التلف قبل القبض من مال مالكه «ان» وصلية اى انا نقول بالقاعدة المذكورة، الا فى هذا المقام (فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر) المشترى (على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و و الثمن) بأن كان الثمن كلا فى مقابل الضميمة فقط، فليس الآبق مبيعا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۰۴

ليكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق فى يده كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز، من ان الآبق ما دام ابقاء، ليس مبيعا فى الحقيقة و لا جزء مبيع، مع انه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرنا، بل معناها انه لا يرجع المشترى بتعذر الآبق الّذى هو فى حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف

اصلا (ليكون) تفريع على كون المعاوضة بين الضميمة فقط و الثمن (المعاوضة على المجموع) الآبق و الضميمة (مراعاة) و معلقة (لحصول الآبق فى يده) اى يد المشترى، فان حصل الآبق فى يد المشترى كان الثمن بإزاء المجموع و ان لم يحصل كان الثمن بإزاء الضميمة فقط (كما يوهمه) اى كون المعاوضة مراعاة (ظاهر المحكى عن كاشف الرموز).

و حاصل كلام كاشف الرموز (من ان الآبق ما دام آبقا، ليس مبيعا فى الحقيقة و لا جزء مبيع).

و انما ننفى هذا الكلام، لأن الظاهر من بيع الآبق مع الضميمة ان الآبق جزء، سواء تمكن المشترى عليه، أم لا (مع انه) اى كاشف الرموز (ذكر بعد ذلك) اى بعد هذا الكلام (ما يدل على إرادة ما ذكرنا) من انه صار ملكا للمشترى فان بقى على اباقه لم يرجع المشترى على البائع بشىء جزما، لقاعدة «التلف قبل القبض من مال مالكه» (بل معناها) اى معنى الرواية (انه لا يرجع المشترى ب) سبب (تعذر الآبق) التعذر (الّذى هو فى حكم التلف) التلف (الموجب للرجوع) الى البائع، اذا تلف المثمن قبل القبض (بما) اى بمقدار من الثمن (يقابله التالف) الضمير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۰۵

بما يقابله من الثمن.

و لو تلف قبل اليأس ففى ذهابه على المشترى اشكال.

و لو تلفت الضميمة قبل القبض، فان كان بعد حصول الآبق فى اليد فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة،

عائد الی «ما» و «بما» متعلق ب «الرجوع» (بما یقابله من الثمن) متعلق ب «لا یرجع» ای لا یرجع المشتری «بما یقابل التالف من الثمن» و إن کان مقتضی القاعدة «الرجوع بما یقابله التالف».

(و لو تلف) الآبق (قبل الیأس) من الظفر به (ففی ذهابه علی المشتری اشکال) بل یحتمل ان یکون ذاهبا علی البائع لقاعدة: التلف قبل القبض من مال مالکه.

و انما نحتمل هذا، لأنه ان کان تلف بعد الیأس، کان ذاهبا من کیس المشتری قطعا، حیث ان المشتری هو الّذی أقدم علی ذلک، اما اذا تلف قبل الیأس، فالمشتری لم یقدم علی ذلک، فتشمله قاعدة: التلف قبل القبض.

(و لو تلفت الضمیمة قبل القبض) کما لو باع الآبق و کتابا ثم تلف الکتاب قبل ان یقبضه (فان کان) تلف الضمیمة (بعد حصول الآبق فی الید) بان حصل المشتری علی العبد ثم تلف الکتاب عند البائع (فالظاهر الرجوع) ای رجوع المشتری (بما قابله الضمیمة) ای بالمقدار من الثمن الّذی یقابل الکتاب.

فان کان الثمن مائة و مقابل الکتاب عشرة رجع المشتری الی البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰۶

لا مجموع الثمن، لأن الآبق لا یوزع علیه الثمن ما دام آبقا لا بعد الحصول فی الید، و کذا لو کان بعد اتلاف المشتری له مع العجز عن التسلّم کما لو ارسل إلیه طعاما مسموما لأنه بمنزلة القبض.

و ان کان قبله ففی انفساخ البیع فی الآبق تبعا للضمیمة

بعشرة فقط (لا مجموع الثمن) فلا یحق للمشتری ان یقول للبائع اعطنی کل المائة.

و انما یتوهم حقه فی الرجوع الی کل الثمن بحجة ان الآبق لیس مقابلا للثمن، و انما مقابل الثمن الکتاب فقط، فاذا تلف الکتاب کان للمشتری ان یأخذ کل الثمن.

و انما نرد هذا التوهم (لأن الآبق لا یوزع علیه الثمن ما دام آبقا لا بعد الحصول فی الید) فاذا حصل الآبق فی الید وزع علیه الثمن فیکون تسعون من الثمن فی مقابل العبد، و عشرة فی مقابل الکتاب، فاذا تلف الکتاب کان للمشتری حق الرجوع الی عشرة فقط (و کذا) لا یرجع المشتری الی مجموع الثمن لو تلف الضمیمة (لو کان) تلف الضمیمة (بعد اتلاف المشتری له) ای للآبق (مع العجز عن التسلّم) ای تسلم الآبق (کما لو ارسل) المشتری (إلیه) ای الی العبد (طعاما مسموما) فقتله (لأنه) ای اتلافه (بمنزلة القبض) فان المتلف ضامن.

(و ان کان) تلف الضمیمة (قبله) ای قبل الحصول الآبق فی الید (ففی انفساخ البیع فی الآبق تبعا للضمیمة) لأن المصحح لبیع الآبق هو الضمیمة، فاذا فسدت الضمیمة بتلفها من ملک البائع، انفسخ بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰۷

او بقائه بما قابله من الثمن وجهان، من ان العقد علی الضمیمة اذا صار کأن لم تکن تبعه العقد علی الآبق لأنه کان سببا فی صحته.

و من انه کان تابعا له فی الحدوث فاذا تحقق تملک المشتری له، فاللازم من جعل الضمیمة کأن لم یعقد علیها رأسا، هو انحلال المقابلة الحاصلة بینه، و بین ما یخصه من الثمن لا الحکم الآخر الّذی کان یتبعه فی الابتداء

الآبق، لأنه صار بدون ضمیمة (او بقائه) ای بیع الآبق (بما قابله من الثمن) کالتسعین فی المثال (وجهان).

وجه الانفساخ (من ان العقد علی الضمیمة اذا صار کأن لم تکن) بسبب تلفه قبل القبض (تبعه العقد علی الآبق) فی الانفساخ (لأنه) ای

البیع علی الضمیمة (کان سببا فی صحته) ای فی صحة بیع الآبق.

(و) وجه عدم الانفساخ (من انه) ای الآبق (کان تابعا له) ای لبیع الضمیمة (فی الحدوث فاذا تحقق تملک المشتری له) ای الضمیمة.

ای انه اذا تحقق تملک المشتری للضمیمة، کان بیع الآبق تابعا له فی الحدوث (فاللازم من جعل الضمیمة کأن لم یعقد علیها رأسا) و ذلک فیما اذا تلف قبل القبض (هو انحلال المقابلة الحاصلة بینه) ای بین الضمیمة- و تذکیر الضمیر باعتبار «المتاع» مثلا- (و بین ما یخصه من الثمن) کالعشرة فی المثال، و علیه فلا یبطل البیع بالنسبة الی الآبق (لا الحکم الآخر) ای عدم صحة البیع بالنسبة الی الآبق (الّذی کان) ذلک الحکم الآخر (یتبعه) ای یتبع الضمیمة (فی الابتداء) حتی یقال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰۸

لکن ظاهر النص انه لا یقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا، و لا یوضع له شیء منه ابدا علی تقدیر عدم الظفر به.

و من هنا ظهر حکم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضمیمة فقط، لاشتراط خیار یخص بها.

انه کما اذا لم تکن الضمیمة فی الابتداء کان بیع الآبق باطلا، کذلک اذا لم تکن الضمیمة بعد ذلک بأن تلفت الضمیمة.

(لکن) الظاهر انه لو تلف الکتاب کان للمشتری الحق فی ان یسترجع کل الثمن.

اذ (ظاهر النص انه لا یقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا، و لا یوضع) ای لا یطرح (له) ای للآبق (شیء منه) ای من الثمن (ابدا علی تقدیر عدم الظفر به) ای بالآبق.

و علیه فاذا کان الثمن کله فی مقابل الکتاب و تلف الکتاب، کان للمشتری الرجوع فی المائة دینار کله، لا فی العشرة فقط.

(و من هنا) الّذی ذکرنا حکم تلف الضمیمة قبل القبض (ظهر حکم ما لو فرض فسخ العقد)- لا الانفساخ بسبب تلف الضمیمة، کما کان هو الفرع السابق- (من جهة الضمیمة فقط، لاشتراط خیار یخص بها) ای بالضمیمة.

کما لو قال: اشتریت منک الآبق و الکتاب بمائة، ولی خیار فسخ الکتاب، ثم فسخ الکتاب، فان فیه احتمالین:

احتمال انفساخ کل العقد، او العقد بالنسبة الی الکتاب فقط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۰۹

نعم لو عقد علی الضمیمة فضولا و لم یجز مالکها، انفسخ العقد بالنسبة الی المجموع.

ثم لو وجد المشتری فی الآبق عیبا سابقا اما بعد القدرة علیه او قبلها کان له الرجوع بارشه کذا قیل.

(نعم لو عقد) البائع (علی الضمیمة فضولا) بأن باع زید عبده الآبق و کتاب عمرو بمائة و (لم یجز مالکها، انفسخ العقد بالنسبة الی المجموع) لأن العقد بالنسبة الی المجموع لم یتحقق اصلا، و عقد الآبق فقط لا یصح.

(ثم لو وجد المشتری فی الآبق عیبا سابقا) علی العقد (اما بعد القدرة علیه) ای علی الآبق (او قبلها) ای قبل القدرة (کان له الرجوع بارشه) ای ارش العیب (کذا قیل).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۰

مسئلة المعروف انه یشترط العلم بالثمن قدرا،

فلو باع بحکم احدهما بطل اجماعا، کما عن الخلاف، و التذکرة، و اتفاقا، کما عن الروضة، و حاشیة الفقیه للسلطان، و فی السرائر، فی مسألة البیع بحکم المشتری ابطاله بان کل مبیع لم یذکر فیه الثمن فانه باطل، بلا خلاف بین المسلمین، و الأصل فی ذلک حدیث: نفی الغرر المشهور بین المسلمین.

و یؤیده التعلیل فی روایة حماد بن میسرة عن

(مسألة: المعروف) بین الفقهاء (انه یشترط العلم بالثمن قدرا) کأن یعلما ان الثمن عشرة او مائة مثلا (فلو باع) البائع المتاع (بحکم احدهما) کأن قال: بعتک الکتاب بأی مقدار شئت انا، او شئت انت (بطل) البیع (اجماعا، کما عن الخلاف، و التذکرة، و اتفاقا، کما عن الروضة، و حاشیة) من لا یحضره (الفقیه للسلطان، و) قال ابن ادریس (فی السرائر، فی مسألة البیع بحکم المشتری ابطاله) ای انه قال: بأن البیع باطل (ب) سبب (ان کل مبیع لم یذکر فیه الثمن فانه باطل، بلا خلاف بین المسلمین، و الأصل فی ذلک) ای ان الدلیل فی وجه البطلان (حدیث: نفی الغرر، المشهور بین المسلمین) اذ البیع المجهول ثمنه غرر قطعا، و النهی الوارد فی الحدیث یستفاد منه الوضع لا التکلیف.

(و یؤیده) ای البطلان (التعلیل فی روایة حماد بن میسرة عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۱

جعفر عن ابیه علیهما السلام انه کره ان یشتری الثوب بدینار غیر درهم لانه لا یدری کم الدینار من الدرهم.

لکن فی صحیحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة قال سألت أبا عبد الله علیه السلام، فقلت له: ساومت رجلا بجاریة له فباعنیها بحکمی فقبضتها منه، ثم بعثت إلیه بألف درهم، فقلت له: هذه الف درهم حکمی، علیک ان تقبلها فأبی ان یقبلها منّی و قد کنت مسستها قبل ان ابعث إلیه بألف درهم، فقال علیه السلام: اری ان تقوم

جعفر عن ابیه علیهما السلام انه کره ان یشتری الثوب بدینار غیر درهم لانه لا یدری کم الدینار من الدرهم) اذ الدینار و الدرهم- فی ازمنة الروایات- کانا یختلفان نسبة، فربما کان قیمة الدرهم عشر قیمة الدینار و ربما اقل او اکثر.

(لکن فی صحیحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة) و انه یصح البیع اذا او کل الثمن بحکم احد المتبایعین (قال سألت أبا عبد الله علیه السلام فقلت له: ساومت رجلا بجاریة له) بأن اشتری الجاریة منه (فباعنیها بحکمی) ای بقیمة اعینها أنا (فقبضتها) ای الجاریة (منه) ای من الرجل (ثم بعثت إلیه بالف درهم، فقلت له: هذه الف درهم حکمی، علیک ان تقبلها فأبی ان یقبلها منّی) لان قیمتها کان فی نظر البائع اکثر من الألف (و قد کنت مسستها) وطئت الجاریة (قبل ان ابعث إلیه بألف درهم) فما ذا اصنع؟ (فقال علیه السلام: اری ان تقوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۲

الجاریة بقیمة عادلة فان کان قیمتها اکثر مما بعثتها إلیه کان علیک ان ترد ما نقص من القیمة، و ان کان قیمتها اقل مما بعثت إلیه فهو له قال قلت: أ رأیت ان اصبت بها عیبا بعد ان مسستها قال: لیس علیک ان تردها علیه و لک ان تأخذ قیمة ما بین الصحة و العیب لکن التأویل فیها متعین لمنافاة ظاهرها

الجاریة بقیمة عادلة) هی قیمة مثلها فی العرف (فان کان قیمتها اکثر مما بعثتها إلیه) کما لو کان الف و خمسمائة مثلا (کان علیک ان ترد ما نقص من القیمة) بأن تعطیه الخمسمائة زیادة علی الألف (و ان کان قیمتها اقل) کما لو کان ستمائة مثلا (مما بعثت إلیه) کالألف فی المثال (فهو له) یحتمل ان یکون المراد من «فهو» الأقل.

و یحتمل ان یراد الألف.

اما الأول: فلأنه القیمة العادلة.

و اما الثانی: فلانه المقدار الّذی قصده المشتری، و قد علق الامر علی قصده فهو اللازم لا الاقل (قال قلت: أ رأیت) اخبرنی (ان اصبت

بها عیبا بعد ان مسستها) فهل لی ان اردها؟ و استرجع الألف؟ (قال لیس علیک) ای لیس لک (ان تردها علیه) لان الوطی یمنع الرد (و لک ان تأخذ قیمة ما بین الصحة و العیب) ای الأرش، فلو کانت قیمة الصحیحة الفا و المعیبة ثمانمائة، فله ان یسترد مأتین (لکن التأویل فیها متعین)

و انما یجب التأویل (لمنافاة ظاهرها) ای ظاهر لزوم القیمة العادلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۳

لصحة البیع و فساده.

فلا یتوهم جواز التمسک بها لصحة هذا البیع، اذ لو کان صحیحا لم یکن معنی لوجوب قیمة مثلها بعد تحقق البیع بثمن خاص.

نعم هی محتاجة الی ازید من هذا التأویل بناء علی القول بالفساد

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۹، ص: ۴۱۳

و ظاهر انه لا یحق له ردها بالعیب (لصحة البیع و فساده) ای ان هذه الروایة ظاهرها ینافی کون البیع صحیحا، و ینافی کون البیع فاسدا. اما انه ینافی کون البیع صحیحا، لانه ان کان صحیحا لم یکن وجه للقیمة العادلة، اذ معنی الصحة کون اللازم القیمة المسماة لا المثل، و ان کان فاسدا لم یکن وجه لعدم تمکن المشتری من ارجاع الجاریة حال کونها معیبة لانه ان کان البیع فاسدا کان المشتری قد وطی جاریة الغیر فعلیه ان یردها و یرد اجرة الوطی.

(فلا یتوهم جواز التمسک بها) ای بهذه الروایة (لصحة هذا البیع) ای البیع الّذی یکون مجهول الثمن (اذ لو کان صحیحا لم یکن معنی لوجوب قیمة مثلها بعد تحقق البیع بثمن خاص) بل اللازم القیمة المسماة- و هی القیمة التی علقت علی إرادة المشتری، و قد اراد اعطاء الألف-.

(نعم هی) الروایة (محتاجة الی ازید من هذا التأویل) الّذی ذکرناه فی حال فرض کون البیع صحیحا (بناء علی القول بالفساد)

اذ: بناء علی الصحة یمکن توجیه الروایة بان الثمن اذا کان بنظر احدهما جاز.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۴

بان یراد من قوله «باعنیها بحکمی» قطع المساومة علی ان اقوّمها علی نفسی بقیمتها العادلة فی نظری حیث ان رفاعة کان نخاسا یبیع و یشتری الرقیق فقومها رفاعة علی نفسه بألف درهم، اما معاطاة و اما مع إنشاء الایجاب وکالة، و القبول اصالة، فلما مسها و بعث الدراهم لم یقبلها المالک، لظهور غبن له فی البیع و ان رفاعة مخطئ فی القیمة

اما بناء علی الفساد، لا یمکن توجیه الروایة بانه کیف لم یجوّز له الامام علیه السلام ارجاع الجاریة فی صورة العیب؟ مضافا الی ان الفساد مخالف لقوله: «باعنیها» و قوله: «لو لم یقبلها» و قوله: «ان کان قیمتها اکثر فعلیک ان ترد» (بأن یراد) هذا متعلق بقوله «التأویل فیها متعین» او قوله «ازید من هذا التأویل»- فان مفاد العبارتین واحد- (من قوله «باعنیها بحکمی» قطع المساومة) و القرار بینی و بین البائع (علی ان اقومها علی نفسی بقیمتها العادلة فی نظری) بان و کله فی المعاملة، لا ان البائع اجری المعاملة.

و من المعلوم: ان الموکل لا تلزم معرفته بمقدار الثمن فیما اذا کان الوکیل مفوضا (حیث ان رفاعة کان نخاسا) النخاس هو الّذی (یبیع و یشتری الرقیق) ای العبید (فقومها رفاعة علی نفسه بألف درهم اما معاطاة) بان لم یجر الایجاب و القبول (و اما مع إنشاء الایجاب

وکالة) عن صاحب الجاریة (و القبول اصالة) عن نفسه (فلما مسها و بعث الدراهم) الألف (لم یقبلها) ای الدراهم (المالک، لظهور غبن له) ای للمالک (فی البیع، و ان رفاعة مخطئ فی القیمة) اذ المنصرف من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۵

او لثبوت خیار الحیوان للبائع علی القول به.

و قوله علیه السلام: ان کان قیمتها اکثر، فعلیک ان ترد ما نقص اما ان یراد به لزوم ذلک علیه من باب ارضاء المالک اذا اراد امساک الجاریة حیث ان المالک لا حاجة له فی الجاریة، فیسقط خیاره ببذل التفاوت

امثال هذه الوکالات التقویم بالقیمة العادلة، لا قیمة اعتباطیة.

(او) لم یقبلها المالک- لا لتخطئة رفاعة فی القیمة- بل (لثبوت خیار الحیوان) الشامل للحیوان الانسی أیضا (للبائع علی القول به) ای بوجود خیار الحیوان فی العبید أیضا.

(و) ان قلت: اذا کان الرد من باب الخیار، بأن فسخ المالک المعاملة فکیف قال الامام علیه السلام «علیک ان ترد ما نقص»؟ اذ: مع الفسخ لا بیع، فلا یکلّف المشتری برد الناقص؟

قلت: (قوله علیه السلام: ان کان قیمتها اکثر، فعلیک ان ترد ما نقص) لا ینافی الفسخ بالخیار، لانه (اما ان یراد به) ای بوجوب ردّ الناقص (لزوم ذلک) الرد (علیه) ای علی المالک (من باب ارضاء المالک اذا اراد) المشتری (امساک الجاریة)

و انما یمسک المشتری الجاریة بعد فسخ المعاملة، و رجوعها الی المالک (حیث ان المالک لا حاجة له فی الجاریة، فیسقط خیاره) ای المالک (ببذل التفاوت) بین القیمة الواقعیة، و بین القیمة التی عینها المشتری.

فالمعنی انّک ایّها المشتری اسقط خیار البائع بسبب اعطائه التفاوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۶

و اما ان یحمل علی حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد و تعین علیه قیمتها اذا فسخ البائع.

و قد یحمل علی صورة تلف الجاریة.

و ینافیه قوله فیما بعد: فلیس علیک ان تردها انتهی.

و کیف کان فالحکم بصحة البیع بحکم المشتری، و انصراف الثمن

فمعنی «علیک ان ترد» ان ذلک علیک اذا اراد البائع الفسخ، و اردت انت ارضاء المالک لئلا یفسخ.

(و اما ان یحمل علی حصول الحبل) فی الجاریة (بعد المس) لان المشتری وطئها (فصارت أم ولد و تعین علیه قیمتها اذا فسخ البائع)

کما لو اشتری جاریة و کان للبائع خیار الفسخ، فانه لو احبلها المشتری لم یکن للبائع اخذها اذا فسخ البیع، بل اللازم ان یأخذ القیمة اذا فسخ، لان أمّ الولد لا تنتقل.

(و قد یحمل) حملا ثالثا- ای قوله علیک ان ترد- (علی صورة تلف الجاریة) فان ذا الخیار اذا فسخ المعاملة، و قد تلف قبل ذلک المتاع، کان لذی الخیار اخذ القیمة.

(و) لکن هذا الحمل غیر تام.

اذ (ینافیه قوله فیما بعد: فلیس علیک ان تردها انتهی) اذ ظاهر هذه الفقرة وجود الجاریة حیّة.

(و کیف کان فالحکم بصحة البیع) الّذی کان ثمنه معلقا (بحکم المشتری، و انصراف الثمن)- فی مثل هذا البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۷

الی القیمة السوقیة لهذه الروایة- کما حکی عن ظاهر الحدائق ضعیف و اضعف منه ما عن الاسکافی من تجویز قول البائع: بعتک بسعر ما بعت و یکون للمشتری الخیار.

و یرده ان البیع فی نفسه اذا کان غررا فهو باطل، فلا یجبره الخیار

(الی القیمة السوقیة) فلا یحق للمشتری ان یحکم باقل، و لا حق للبائع ان یرید الاکثر،

فالحکم بالصحة (لهذه الروایة- کما حکی عن ظاهر الحدائق) الفتوی به (ضعیف) لما عرفت من انها مخالفة للنص و الفتوی.

(و اضعف منه ما عن الاسکافی من تجویز قول البائع: بعتک بسعر ما بعت) سابقا.

کما لو باع البائع من هذا الجنس بسعر خاص لجماعة من الناس، فیقول للمشتری: بعتک بمثل السعر الّذی بعته به قبلا، فیما اذا لم یعلم المشتری ذلک السعر، اما اذا علم فلا اشکال فی الصحة.

و یحتمل ان یکون المراد ب «بعت» الثانی «اشتریت» ای أبیعک بالسعر الّذی اشتریته بذلک السعر (و یکون للمشتری) اذا علم الثمن (الخیار) فی الفسخ و الامضاء، و کانه جعل الخیار قدرا کالخسارة المشتری و ندمه اذا رأی الثمن غالیا.

(و یرده ان البیع فی نفسه اذا کان غررا فهو باطل، فلا یجبره الخیار) بالإضافة الی ان الخیار یحتاج الی دلیل، و هو مفقود فی المقام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۸

و اما بیع خیار الرؤیة فذکر الاوصاف فیه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، کما تقدم عند حکایة قول الاسکافی فی مسألة القدرة علی التسلیم.

(و) ان قلت: فکیف تقولون بصحة البیع فیما اذا لم یره المشتری؟ و اشتراه بالاوصاف، فانه أیضا غرر، لکنه یجبر بخیار الرؤیة.

قلت: (اما بیع خیار الرؤیة فذکر الاوصاف فیه) یکون (بمنزلة اشتراطها) ای اشتراط تلک الاوصاف (المانع) ذلک الاشتراط (عن حصول الغرر، کما تقدم عند حکایة قول الاسکافی فی مسألة القدرة علی التسلیم) فلا یکون هناک غرر، بخلاف المقام.

فصحة البیع هناک و جبره بخیار الرؤیة لا توجب القول بصحة البیع هنا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۱۹

مسئلة العلم بقدر المثمن کالثمن شرط باجماع علمائنا

کما عن التذکرة، و عن الغنیة العقد علی المجهول باطل بلا خلاف، و عن الخلاف: ما یباع کیلا فلا یصح بیعه جزافا و ان شوهد، اجماعا، و فی السرائر: ما یباع وزنا فلا یباع کیلا بلا خلاف.

و الاصل فی ذلک ما تقدم من النبوی المشهور و فی خصوص الکیل و الوزن خصوص الاخبار المعتبرة منها صحیحة الحلبی فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم

(مسألة العلم بقدر المثمن) کیلا، او وزنا، او عدا، او ذرعا، او ما اشبه (ک) العلم بقدر (الثمن شرط) فی صحة البیع (باجماع علمائنا کما عن التذکرة، و عن الغنیة العقد علی المجهول) المقدار (باطل بلا خلاف، و عن الخلاف) لشیخ الطائفة (ما یباع کیلا فلا یصح بیعه جزافا) بلا کیل (و ان شوهد، اجماعا، و فی السرائر: ما یباع وزنا فلا یباع کیلا بلا خلاف) و مراده ما اذا لم یکن الکیل طریقا الی الوزن و دلیلا علیه

(و الاصل فی ذلک) ای الدلیل علی اعتبار العلم بقدر المثمن (ما تقدم من النبوی المشهور) نهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر

الشامل للزوم العلم بالمثمن کیلا و وزنا، و عدا، و غیرها (و فی خصوص الکیل و الوزن) لا سائر خصوصیات المثمن (خصوص الاخبار المعتبرة منها صحیحة الحلبی فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا) هو وعاء من القطن، او شبهه (بکیل معلوم) بأن کان ذلک العدل کیلا معلوما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۰

ثم ان صاحبه قال للمشتری: ابتع منّی هذا العدل الآخر بغیر کیل، فان فیه مثل ما فی الآخر الّذی ابتعته، قال علیه السلام: لا یصلح الا بکیل، قال علیه السلام، و ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فانه لا یصلح مجازفة هذا مما یکره من بیع الطعام.

و فی روایة الفقیه فلا یصح بیعه مجازفة.

و الایراد علی دلالة الصحیحة بالاجمال او باشتمالها علی خلاف المشهور من عدم تصدیق البائع

(ثم ان صاحبه) ای البائع (قال للمشتری: ابتع منّی هذا العدل الآخر بغیر کیل، فان فیه) ای فی هذا العدل (مثل ما فی الآخر الّذی ابتعته) ای اشتریته (قال علیه السلام: لا یصلح الا بکیل)

ثم (قال علیه السلام، و) کل (ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فانه لا یصلح مجازفة) بلا معرفة القدر (هذا) البیع بدون العلم بالکیل (مما یکره من بیع الطعام)

و المراد بالکراهة: التحریم، لانها تستعمل فیه لغة و عرفا و ان کان فی اصطلاح المتشرعة یغلب استعمالها فی الکراهة مقابل التحریم.

(و فی روایة الفقیه) قال علیه السلام: (فلا یصح بیعه مجازفة) و هذا اصرح من ذلک.

(و الایراد علی دلالة الصحیحة بالاجمال) لانه لا یعلم انه هل المراد ب «سمیت فیه کیلا» ما من شانه یکال، او ما سمی البائع فیه الکیل (او باشتمالها علی خلاف المشهور من عدم تصدیق البائع) و الحال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۱

غیر وجیه لان الظاهر من قوله: سمیت فیه کیلا؛ انه یذکر فیه الکیل فهی کنایة عن کونه مکیلا فی العادة.

اللهم الا ان یقال: ان توصیف الطعام بکونه کذلک الظاهر فی التنویع مع انه لیس من الطعام ما لا یکال، و لا یوزن الا فی مثل الزرع قائما یبعد إرادة هذا المعنی فتأمل.

و اما الحکم بعدم تصدیق البائع فمحمول

ان البائع مصدق فیما یقول، لانه ذو الید.

فهذا الایراد (غیر وجیه، لان الظاهر من قوله: سمیت فیه کیلا، انه یذکر فیه الکیل) ای انه من الامور المکیلة (فهی) ای عبارة الامام علیه السلام (کنایة عن کونه مکیلا فی العادة) فلا اجمال فیه.

(اللهم الا ان یقال: ان توصیف الطعام بکونه کذلک) ای مکیلا (الظاهر فی التنویع) و ان الطعام علی نوعین نوع یذکر فیه الکیل و نوع لا یذکر فیه الکیل (مع انه لیس من الطعام ما لا یکال، و لا یوزن الا فی مثل الزرع) کالنعناع، و الکراث، و ما اشبههما (قائما، یبعد إرادة هذا المعنی) ای کونه مکیلا بل المراد التسمیة فیما یصح بیعه بلا کیل فلا تکون الروایة دلیلا علی مسألتنا (فتأمل) اذ کون الطعام اما مکیلا او موزونا یوجب حمل «سمیت» علی التوضیح لا التنویع فیکون الوصف من قبیل «و لا طائر یطیر بجناحیه» فتکون الروایة دلیلا لاشتراط الکیل فی المکیلات.

(و اما الحکم بعدم تصدیق البائع) و انه خلاف المشهور (فمحمول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۲

علی شرائه سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم یطمئن بتصدیقه، لا شرائه علی انه القدر المعین الّذی اخبر به البائع فان هذا لا یصدق علیه الجزاف.

قال فی التذکرة لو اخبره البائع بکیله ثم باعه بذلک الکیل صح عندنا و قال فی التحریر لو اعلمه بالکیل فباعه بثمن سواء زاد او نقص لم یجز.

و اما نسبته الکراهة الی

علی شرائه) ذلک العدل (سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم یطمئن) المشتری (بتصدیقه، لا) انه محمول علی (شرائه علی انه القدر المعیّن الّذی اخبر به البائع)

و انما نحمل الروایة علی ذلک المعنی لا هذا المعنی (فان هذا) ای لو اشتری باعتبار القدر المعین (لا یصدق علیه الجزاف)

فتسمیة الامام ایاه مجازفة شاهدة علی إرادة الحمل الاول- ای علی شرائه سواء زاد او نقص- و یدل علی کفایة الشراء بکلام البائع کلمات الفقهاء.

(قال فی التذکرة لو اخبره البائع بکیله ثم باعه بذلک الکیل صح عندنا) و ان لم یکل الآن.

(و قال فی التحریر لو اعلمه بالکیل فباعه بثمن) دون ان یکون البیع لذلک القدر، بل (سواء زاد او نقص لم یجز) لانه مجهول و غرر.

(و اما نسبته) ای الامام علیه السلام فی الروایة السابقة (الکراهة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۳

هذا البیع، فلیس فیه ظهور فی معنی المصطلح یعارض ظهور لا یصلح و لا یصح فی الفساد.

و فی الصحیح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال سألته عن شراء الطعام و ما یکال و یوزن بغیر کیل و لا وزن، فقال علیه السلام: اما ان تأتی رجلا فی طعام قد کیل او وزن تشتری منه مرابحة، فلا بأس ان اشتریته منه، و لم تکله او لم تزنه اذا اخذه المشتری الاول بکیل او وزن و قلت له عند البیع انی اربحک کذا و کذا، و دلالتها اوضح من الاولی

هذا البیع، فلیس) مضرا بما نقوله من البطلان.

اذ: لیس (فیه) ای فی لفظ الکراهة (ظهور فی معنی المصطلح) فی کلام المتشرعة، فی المرجوح، (یعارض ظهور لا یصلح و لا یصح) فی الروایة (فی الفساد) حتی یقال: بأنه یجمع بین اللفظین یکون مثل هذا البیع مکرها.

(و فی الصحیح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال سألته عن شراء الطعام و ما یکال و یوزن) فیما اذا اشتری (بغیر کیل و لا وزن فقال علیه السلام: اما ان تأتی رجلا فی طعام قد کیل او وزن، تشتری) قبل ذلک (منه مرابحة) بأن فتعطیه ثمنا اکثر من الثمن الّذی اشتراه بذلک الثمن، کما لو اشتری الطعام بثمانین فتعطیه مائة (فلا بأس ان اشتریته منه، و لم تکله او لم تزنه اذا اخذه المشتری الاول) ای البائع لک، او البائع للبائع- مثلا- (بکیل او وزن، و قلت له) ای للبائع (عند البیع انی اربحک کذا و کذا، و دلالتها اوضح من الاولی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۴

و روایة ابان عن محمد بن حمران، قال قلت: لابی عبد الله علیه السلام اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله، فصدقناه و اخذناه بکیله قال علیه السلام: لا بأس، قلت: أ یجوز ان ابیعه کما اشتریته بغیر کیل؟ قال علیه السلام: اما انت فلا تبعه حتی تکیله دلت علی عدم جواز البیع بغیر کیل الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتری.

و فحوی روایة ابی العطار و فیها: قلت فاخرج الکر، و الکرین

اذ مفهوم الحدیث: انه اذا لم یکن کیل او وزن ففیه البأس و ظاهر البأس البطلان، اذ هو المنصرف من اللفظ عند الاطلاق فی باب المعاملات.

(و روایة ابان عن محمد بن حمران، قال قلت: لابی عبد الله علیه السلام: اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله، فصدقناه و اخذناه بکیله) بدون ان نکیله من جدید (قال علیه السلام: لا بأس، قلت:

أ یجوز ان ابیعه کما اشتریته بغیر کیل؟ قال علیه السلام: اما انت فلا تبعه حتی تکیله)

فان هذه الروایة (دلت علی عدم جواز البیع بغیر کیل، الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتری)

و الظاهر من «اما انت الخ» الکراهة، و وجهها ان المشتری لا یعلم کون کلام البائع صادقا قطعا، و لذا ینبغی له الاحتیاط فی عدم البیع حتی یکیله هو لیأمن من تبعات المعاملة.

(و فحوی روایة ابی العطار، و فیها: قلت فاخرج الکر، و الکرین)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۵

فیقول الرجل اعطنیه بکیلک، فقال علیه السلام: اذا ائتمنک فلا بأس به و مرسلة ابن بکیر عن رجل سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری الجص فیکیل بعضه و یأخذ البقیة بغیر کیل، فقال: اما ان یأخذ کله بتصدیقه، و اما ان یکیله کله، فان المنع من التبعیض المستفاد منه ارشادی محمول علی انه ان صدقه فلا حاجة الی کلفة کیل البعض، و الا فلا یجزی کیل البعض.

الکر کیل خاص یعادل الفا و مأتا رطل بالعراقی، کما فی باب ماء الکر (فیقول الرجل) المشتری (اعطنیه بکیلک) الّذی کلت انت بدون حاجة الی کیل جدید (فقال علیه السلام: اذا ائتمنک) فی قولک: انه کذا کرا (فلا بأس به) فان مفهومه البأس فی صورة عدم الائتمان فکیف بصورة عدم الکیل اصلا بأن یبیعه جزافا (و مرسلة ابن بکیر عن رجل سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری الجص فیکیل بعضه و یأخذ البقیة بغیر کیل) هل یجوز ذلک، أم لا؟ (فقال: اما ان یأخذ کله بتصدیقه) بدون کیل، لانه اذا صدقة لم یحتج الی کیل البعض (و اما ان یکیله کله) اذا لم یصدّقه فی کیله، و هذا شبه ارشاد، و الا فانه اذا صدقه جاز ان یأخذ بعضه کیلا و بعضه باخباره.

و لذا قال المصنف (فان المنع من التبعیض المستفاد منه) ای من الحدیث (ارشادی محمول علی انه ان صدقة فلا حاجة الی کلفة کیل البعض، و الا) یصدقه (فلا یجزی کیل البعض)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۲۶

و یحتمل الروایة الحمل علی استیفاء المبیع بعد الاشتراء.

و کیف کان ففی مجموع ما ذکر من الاخبار، و ما لم یذکر مما فیه ایماء الی المطلب، من حیث ظهوره فی کون الحکم مفروغا عنه عند السائل و تقریر الامام کما فی روایة کیل ما لا یستطاع عده، و غیرها، مع ما ذکر من الشهرة المحققة، و الاتفاقات المنقولة کفایة فی المسألة.

(و یحتمل الروایة) احتمالا خارجا عما نحن فیه ب (الحمل علی استیفاء المبیع بعد الاشتراء) بانه اذا اشتری مثلا کرّا کلیا فاراد الاستیفاء کان الاستیفاء بالکیل، فتکون الروایة خارجة عن محل کلامنا.

(و کیف کان) سواء قلنا بعدم دلالة بعض هذه الاخبار او دلالتها (ففی مجموع ما ذکر من الاخبار، و ما لم یذکر مما فیه ایماء الی المطلب) ای وجوب الکیل او الوزن، إیماء (من حیث ظهوره) ای ظهور ما فیه الایماء (فی کون الحکم) بلزوم الکیل و الوزن (مفروغا

عنه عنـد السائل و تقرير الامام) اى لم يردعه الامام بان يقول: لا حاجة الى الكيل و الوزن (كما فى رواية كيل ما لا يسـتطاع عده) فعن ابى عبـد الله عليه السـلام: انه سـأل عن الجوز لاـ نسـتطيع ان نعـده، فيكـال بمكيال، ثم يعـد ما فيه، ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به (و غيرها) مما ذكر فى الوسائل و المسـتدرك فى كتاب التجارة (مع ما ذكر من الشهرة المحققة) بين الفقهاء (و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسألة) و لو نوقش فى مثل هذه المسألة، لكانت اغلب المسائل قابلة للمناقشة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۴۲۷

ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى و ان كانت حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع فى الغرر، كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

(ثم ان ظـاهر اطلاـق جميع مـا ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصـى) حتى اذا لم يكن فى معاملـة غرر جاز البيع بـدون الكيل و الوزن.

كما ان حكم العدّة ليس منوطا باختلاط المياه.

و حكم غسل الجمعة ليس منوطا بوساخة بدن المغتسل، و هكذا.

نعم هناك بعض الاحكام تدور مدار الشخصـيات كالضـرر، و العسـر و الحرج، فانه لو كان استعمال الماء ضررا لجميع من فى المدينة الا لهـذا الشـخص لم يجز لهذا التيمم، و ان جاز لسائر من فى المدينة (و ان كانت حكمته) اى حكمة ايجاب الكيل و الوزن (سد باب المسامحة المفضية) تلك المسامحة- الحاصلة بعدم الكيل و الوزن- (الى الوقوع فى الغرر)

و معنى الحكمـة ان الشـارع لاحظ انه لو اباح البيع بـدون كيل او وزن، لوقع كثير من الناس فى الغرر، و بهـذه الملاحظـة شـرّع الحكم للعموم.

و انما لم يخصص الحكم بمن يقع فى الغرر، لانه ان خصص الحكم بهم لوقع من يزعم عدم الغرر، فى الغرر لان بعض الناس يزعم انه لا غرر فيقدم على المعاملة، فيقع فى الغرر (كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۹، ص: ۴۲۸

الشروط فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشرط.

فحينئـذ فيعتبر التقـدير بالكيـل، و الوزن، و ان لم يكن فى شـخص المقـام غرر كمـا لو باع مقـدارا من الطعام بما يقابله فى الميزان من جنسه او غيره المتساوى له فى القيمة فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين

الشـروط) كالعلم بجنس المبيع (فى بعض المعاملات) كالبيع- دون الصـلح- (رفع المنازعة المتوقعة) تلك المنازعة (عند اهمال ذلك الشرط) و حينئذ يشترط ذلك الشرط، و ان علمنا بعدم المنازعة.

و انما يشترط، لان المنازعة اخذت حكمة لا علة.

و اما معرفة ان الحكم تابع للعلة او الحكمة، فمنوطة بلسان الدليل كما لا يخفى.

(فحينئذ) اى حين كان اعتبار الكيل و الوزن حكمة لا علة (فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن، و ان لم يكن فى شخص المقام غرر، كما لو باع) البائع (مقـدارا من الطعام) كالحنطـة (بما يقابله فى الميزان من جنسه) كما لو اراد هـذا الحنطة البغدادية و ذاك الحنطة الشـمالية، فبـدّل احـدهما حنطته بالآخر، بان ملاء كفتى الميزان حنطـة متقابلة (او غيره) كما لو باع الحنطة بالسـكر (المتساوى له فى القيمة) فيما كانت القيمتان متساويتين (فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع) وجود (الجهل بمقدار كل من العوضين) لانهما لا يعرفان ان المقدار كيلو، او كيلو ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۲۹

لانه مساو للآخر فى المقدار.

و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير، كفى، كما فى الفرض المزبور.

و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع.

و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله، كما لو دفع

(ل) انهما يعلمان ب (انه مساو للآخر فى المقدار) و مع ذلك لا يجوز.

(و) لكن (يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار) اى اطلاقات كلمات الفقهاء، و الاخبار الدالة على اشتراط الكيل و الوزن (على المورد الغالب، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير) اى الكيل و الوزن (فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير، كفى، كما فى الفرض المزبور) و هو مقابلة الجنسين فى كفتى الميزان، او الجنس الواحد مثلا، و كما اذا كان قيمة السكر نصف قيمة الحنطة، فاخذ مقدار من الحنطة و اعطى ضعفه سكرا مثلا.

(و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع) فانه لا يحتاج الى الكيل و الوزن لانصراف الاطلاقات عن مثل ذلك.

(و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله، كما لو دفع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۳۰

فلسا و اراد به دهنا لحاجة فان الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز لما تراضيا عليه من التخمين.

و لا منافات بين كون الشىء من جنس المكيل و الموزون، و عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالجنتين و الثلاثة من الحنطة، او لكثرته كزبرة الحديد، كما نبه عليه فى القواعد، و شرحها و حاشيتها.

و مما ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فانها و ان كانت من الموزون.

فلسا و اراد به دهنا لحاجة فان الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين).

(و) ان قلت: كيف يمكن ان يكون الشىء مكيلا و موزنا؟ و لا يكون الميزان و المكيال موضوعين لمثل ذلك الشىء و هل هذا الا تهافت؟

قلت: (لا منافات بين كون الشىء من جنس الكيل و الموزون و عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة) فان معنى كونه مكيلا كون جنسه كذلك و معنى عدم وضع الكيل له عدم وضع الكيل لهذا الشخص- كما عرفت فى المثال- (او لكثرته كزبرة الحديد كما نبه عليه فى القواعد، و شرحها و حاشيتها) و ان كان جنس الحديد مما يكال.

(و مما ذكرنا) من انصراف الاطلاقات عن بعض الموارد الموجب ذلك الانصراف لعدم وجوب الوزن (يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فانها و ان كان من الموزون) لكونه نحاسا او نحوه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۹، ص: ۴۳۱

و لذا صرح فى التذكرة بوقوع الربا فيها، الا انها عند وقوعها ثمنا حكمها كالمعدود فى ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها فهى كالقليل و الكثير من الموزون الّذى لا يدخله الوزن.

و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد فى هذا الزمان، و كذا الدرهم و الدينار الخالصان

فانهما و ان كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا اجماعا.

الا ان ذلک لا ينافى جواز جعلهما عوضا من

(و لـذا صـرح فى التـذكرة بوقوع الربا فيها) لان المكيل و الموزون يـدخله الربا (الا انها عند وقوعها ثمنا) لا بدلا فى باب الربا، كما لو اعطى فلسا فى مقابل فلسـين، فانه فى باب الربا يعتبر التساوى فى الوزن (حكمها كالمعـدود فى ان معرفـة مقـدار ماليتها لا يتوقف على وزنهـا) بـل يجوز جعله ثمنـا بـدون ان يعرف كم له من الوزن (فهى كالقليـل و الكثير من الموزون الّـذى لا يـدخله الوزن) فلا يحتاج التعامل بها الى الوزن.

(و كـذا شـبه الفلوس من المسـكوكات المركبة من النحاس و الفضة) او المركبة من غيرهما من سائر الفلزات، او ما اشـبه الفلز (كأكثر نقود بغداد فى هذا الزمان) بل و فى زماننا أيضا (و كذا الدرهم) الفضّى (و الدينار) الذهبى (الخالصان فانهما و ان كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا اجماعا) حيث ان المكيل و الموزون يدخل فيهما الربا و الذهب و الفضة من الموزونات.

(الا ان ذلک) اى كونهما موزونا (لا ينافى جواز جعلهما عوضا من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۴۳۲

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلک اصلا.

و يؤيد ذلک جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة اغلبهم بوزنها.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلک اصلا)

و الظاهر ان اعتبار الكيل و الوزن من جهة لزوم الغرر فى صورة عدمهما، فاذا انتفى الغرر لم يشمله دليل لزوم الكيل و الوزن.

(و يؤيـد ذلک) الّـذى ذكرنا من عـدم لزوم معرفة الوزن فى المسـكوكات و ان كانت من الموزونات (جريان سـيرة الناس) المتشـرعة (على المعاملة بهما) اى بالدرهم و الدينار (من دون معرفة اغلبهم بوزنها) و السيرة متصلة الى زمان المعصوم.

فـان النقود فى زمنهم عليهم السـلام لم تكن معلومـة الوزن لـاغلب النـاس، و مع ذلـک لم يرد دليـل يـدل على لزوم الوزن، بـل كافوا يتعاملون بها بدون ردع من الائمة عليهم السـلام و لا ارشاد منهم عليهم السـلام بل تقريرهم كما فى قصة الامام الباقر حيث امر بضرب السكة.

و من المعلوم: انه لو كان لا يجوز التعامل الا بمعرفة الوزن لكان اللازم البيان، فعدم الدليل دليل العدم.

(نعم يعتبرون) النـاس (فيهما) اى فى الـدرهم و الـدينار (عـدم نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضـعهما) اى الوضع الّـذى قرره ضارب السكة لهما عند وضع السكة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۹، ص: ۴۳۳

من حيث تفاوت قيمتها بذلک، فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب.

و من هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه غشّا و خيانة، و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود، و شـبهها حيث ان نقصان الوزن لا يؤثر فى قيمتها، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه.

و الى ما ذكرنا من الفرق اشير فى صحيحة ابن عبد الرحمن، قال

و انما يعتبرون عـدم النقص (من حيث تفاوت قيمتها) اى المسـكوكات (بذلک) النقص (فالنقص فيهما عندهم) اى عند الناس (بمنزلة

العیب) فاذا کان وزن الدینار المتعارف مثقالا، ثم کان انقص من ذلک کان معیبا.

نعم لا یبعد عدم اعتبار نقص قلیل جدّا مما یسببه التداول، اذ التداول الکثیر یوجب حک بعض الذهب.

(و من هنا) الّذی ان النقص عیب (لا یجوز اعطاء الناقص منهما) ای من الدرهم و الدینار (لکونه غشّا و خیانة، و بهذا) ای بعدم اعتبار النقص فی الدرهم و الدینار (یمتاز الدرهم و الدینار عن الفلوس السود و شبهها) من المسکوکات التی لیست ذهبا و فضة (حیث ان نقصان الوزن لا یؤثر فی قیمتها) ای الفلوس (فلا بأس باعطاء ما یعلم نقصه) نقصا یتسامح بمثله و ذلک لان مالیة الدرهم و الدینار بالوزن، بخلاف الفلوس و نحوها فمالیّتها بالسکة، و هذا انما هو فی القدیم، اما فی الحال الحاضر فالغالب ان المالیة للنقود الفضیة أیضا بالسکة.

(و الی ما ذکرنا من الفرق اشیر فی صحیحة ابن عبد الرحمن، قال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۴

قلت: لابی عبد الله علیه السلام، اشتری الشیء بالدراهم، فاعطی الناقص الحبة و الحبتین، قال علیه السلام: لا حتی تبینه، ثم قال: الا ان تکون هذه الدراهم الاوضاحیة التی تکون عندنا عددا.

و بالجملة فإناطة الحکم بوجوب معرفة وزن المبیع و کیله، مدار الغرر الشخصی قریب فی الغایة الی ان الظاهر کونه مخالفا لکلمات الاصحاب فی موارد کثیرة.

قلت: لابی عبد الله علیه السلام، اشتری الشیء بالدراهم، فاعطی) الدرهم (الناقص) بمقدار (الحبة و الحبتین، قال علیه السلام: لا حتی تبینه) للآخذ (ثم قال: الا ان تکون هذه الدراهم الاوضاحیة التی تکون عندنا عددا) ای ما کان اعتباره بالعد- لقیمة السکة- لا ما کان اعتباره بالوزن لعدم قیمة السکة.

و الدراهم الاوضاحیة کانت دراهم مغشوشة، یتعامل الناس بها باعتبار السکة، لا باعتبار الوزن بخلاف الدراهم الفضیة فان التعامل بها کان لاجل الوزن و لم یکن للسکة فیها اعتبار.

(و بالجملة فإناطة الحکم بوجوب معرفة وزن المبیع و کیله، مدار الغرر الشخصی)

فکلما وجد الغرر الشخصی لم یجز البیع بلا کیل او وزن.

و کلما لم یوجد الغرر الشخصی جاز البیع بدون الکیل و الوزن (قریب فی الغایة الی ان الظاهر کونه) ای کون المناط ذلک (مخالفا لکلمات الاصحاب فی موارد کثیرة) بل ظاهرهم ان الغرر اخذ علی نحو الحکمة لا العلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۵

ثم ان الحکم فی المعدود و وجوب معرفة العدد فیه حکم المکیل و الموزون بلا خلاف ظاهر.

و یشیر إلیه بل یدل علیه تقریر الامام علیه السلام فی الروایة الآتیة المتضمنة لتجویز الکیل فی المعدود المتعذر عدّه.

و یظهر من المحکی عن المحقق الأردبیلی المناقشة فی ذلک بل المیل الی منعه.

و جواز بیع المعدود مشاهدة و یرده روایة الجواز الآتیة.

(ثم ان الحکم فی المعدود) کالجوز و البیض (و وجوب معرفة العدد فیه حکم المکیل و الموزون بلا خلاف ظاهر) فلا یجوز بیع البیض اعتباطا بدون معرفة عدده.

(و یشیر إلیه) ای الی اعتبار العدد (بل یدل علیه تقریر الامام علیه السلام فی الروایة الآتیة المتضمنة لتجویز الکیل فی المعدود) الکثیر (المتعذر عده) فانه لو لا اعتبار العد لم یکن وجه للزوم الکیل فیما اذا تعذر العد.

(و یظهر من المحکی عن المحقق الاردبیلی المناقشة فی ذلک) ای فی لزوم العد فی المعدود (بل المیل الی منعه) ای منع لزوم العد (و جواز بیع المعدود مشاهدة) و ذلک لعدم الدلیل فی المعدود فیجوز الاخذ بإطلاق عدم الاشتراط فیما اذا لم یکن غررا (و یرده روایة الجواز الآتیة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۶

و المراد بالمعدودات ما یعرف مقدار مالیتها باعدادها کالجوز و البیض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب.

و عدّ العلامة البطیخ و الباذنجان فی المعدودات، حیث قال فی شروط السلم من القواعد: و لا یکفی فی السلم و صحة العد فی المعدودات بل لا بد من الوزن فی البطیخ و الباذنجان و الرمان و انما اکتفی بعدها فی البیع للمعاینة انتهی.

و قد صرح فی التذکرة بعدم الربا فی البطیخ و الرمان اذا کان رطبا

(و المراد بالمعدودات ما یعرف مقدار مالیتها باعدادها) جمع عدد (کالجوز و البیض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب) فان مقدار المالیة فی هذه الثلاثة لا تعرف بالعدد بل بالمشاهدة.

(وعد العلامة البطیخ و الباذنجان فی المعدودات حیث قال فی شروط السلم من القواعد: و لا یکفی فی السلم و صحة العد فی المعدودات) فیما اذا باعها سلما.

و بیع السلم هو ان یعطی المشتری الثمن لیأخذ المثمن بعد مدة من الزمان (بل لا بدّ من الوزن فی البطیخ و الباذنجان و الرمان) قال (و انما اکتفی بعدها) و جاز العد بدون الوزن (فی البیع للمعاینة) ای لاجل کونها تشاهد، فاذا فقدت المشاهدة- کما فی العلم- وجب التعیین بالوزن (انتهی) کلام العلامة.

(و قد صرح فی التذکرة بعدم الربا فی البطیخ و الرمان اذا کان رطبا) ای فاکهة مقابل ما اذا جفّ حبّ الرمان لاجل الامراق و یسمی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۷

لعدم الوزن، و ثبوته مع الجفاف، بل یظهر منه کون القثاء و الخوخ و المشمش أیضا غیر موزونة و کل ذلک محل تأمل لحصول الغرر احیانا بعدم الوزن، فالظاهر ان تقدیر المال عرفا فی المذکورات بالوزن لا بالعدد کما فی الجوز و البیض.

بالفارسیة «اناردان» (لعدم الوزن) فانه لا یعتبر الوزن عرفا فیهما، لتعارف بیعهما- فی زمن العلامة «ره»- عدا (و ثبوته) ای الوزن (مع الجفاف) فی حب الرمان و فی البطیخ أیضا، فانه یتعارف فی بعض البلاد تجفیف البطیخ أیضا (بل یظهر منه) ای من العلامة (کون القثاء) بالفارسیة «خیار» (و الخوخ و المشمش أیضا غیر موزونة، و کل ذلک) ای عدم اعتبار الوزن فی الامثلة التی ذکرها العلامة (محل تأمل لحصول الغرر احیانا بعدم الوزن، فالظاهر) عند الشیخ «ره» (ان تقدیر المال عرفا فی المذکورات) فی کلام العلامة (بالوزن لا بالعدد کما) ان التقدیر بالعد (فی الجوز و البیض) لکن الظاهر، الاعتبار بالبلد الّذی یباع فیه کما ذکروا فی باب الربا.

و الغرر الجزئی مثل الغرر فی الجوز و البیض غیر مانع و لو شک فی لزوم الوزن فالاصل العدم لاطلاق: احل الله البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۸

قریبا جدا سیصدر الجزء التاسع من الکتاب و القسم السادس من البیع إن شاء الله تعالی.

الناشر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۳۹

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحة

المقدمة ۲

الصورة الاولی من جواز بیع الوقف ۳

الصورة الثانیة من جواز بیع الوقف ۳۲

الصورة الثالثة من جواز بیع الوقف ۴۷

الصورة الرابعة من جواز بیع الوقف ۵۰

الصورة الخامسة من جواز بیع الوقف ۶۲

الصورة السادسة من جواز بیع الوقف ۶۴

الصورة السابعة من جواز بیع الوقف ۷۵

الصورة الثامنة من جواز بیع الوقف ۷۶

الصورة التاسعة و العاشرة من جواز بیع الوقف ۷۷

فی عدم جواز بیع أمّ الولد ۱۳۰

فی معنی أمّ الولد ۱۳۹

فی الموارد القابلة لاستثناء بیع أمّ الولد ۱۵۵

فی الموارد المستثناة من عدم جواز بیع أمّ الولد ۱۷۹

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۹، ص: ۴۴۰

الموضوع الصفحة فی اسباب خروج الملک عن کونه طلقا ۲۵۴

فی ما اذا جنی العبد عمدا یجوز بیعه ۲۹۳

فی ما اذا جنی العبد خطأ یجوز بیعه ۳۰۴

فی ان القدرة علی التسلیم شرط فی العوضین ۳۱۳

فی ثمرة التردد بین شرطیة الشیء و مانعیة مقابله ۳۵۳

فی جواز بیع العبد الآبق منفردا ۳۸۱

فی جواز بیع العبد الآبق مع الضمیمة ۳۹۸

فی اشتراط العلم بمقدار الثمن ۴۱۰

فی اشتراط العلم بمقدار المثمن ۴۱۹

محتویات الکتاب ۴۳۹

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء العاشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمد و آله الطیبین الطاهرین، و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین من

الآن الی یوم الـدین و بعـد فهذا هو القسم السادس من البیع و الجزء العاشـر من کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) یشـرع فی: مناط اعتبار تقدیر المبیع فی المکیل و الموزون، و المعدود.

وفقنا الله لاتمام سائر الاجزاء تباعا.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳

[تتمة کتاب البیع]

[تتمة القول فی شروط العوضین]

[تتمة مسألة العلم بقدر المثمن کالثمن شرط بإجماع علمائنا]

مسئلة: [التقدیر بغیر ما یتعارف التقدیر به]

لو قلنـا بـأن المنـاط فی اعتبار تقـدیر المبیع فی المکیل و الموزون و المعـدود بما یتعارف التقـدیر به، هو حصول الغرر الشخصـی، فلا اشکال فی جواز تقدیر کل منهما بغیر ما یتعارف تقدیره به، اذا انتفی الغرر بذلک، بل فی کفایة المشاهدة فیها من غیر تقدیر اصلا.

لکن تقدم ان ظاهر الأخبار الواردة فی هذا الباب اعتبار التقدیر

(مسألـة: لو قلنا بأن المناط فی اعتبار تقـدیر المبیع فی المکیل و الموزون و المعدود) و المذروع کالأثواب (بما یتعارف التقدیر به، هو حصول الغرر الشخصـی) و ان الشارع انما اوجب التقـدیر بالکیل و نحوه حتی یرفع الغرر، لا لتعبـد خاص (فلا اشـکال فی جواز تقدیر کل منهما) أی من الثلاثـة، بل الأربعـة (بغیر ما یتعارف تقـدیره به) کأن یکال الموزون او یوزن المعـدود بل تحویل احدها الی الآخر ربما کان ابعد من الغرر، فان المعدود لو وزن کان اکثر ضبطا (اذا انتفی الغرر) لا بما اذا لم ینتف کما اذا عد المکیل او کیل المذروع (بـذلک) ای التقـدیر بغیر ما یتعارف به (بل فی) جواز (کفایـة المشاهـدة فیها) ای فی الثلاثة (من غیر تقدیر اصـلا) اذ کثیرا ما توجب المشاهدة رفع الغرر.

(لکن تقـدم) فی المسألـة السابقـة (ان ظـاهر الأخبـار الـواردة فی هـذا البـاب) حیث هی ناصـة فی التقـدیر بمـا تعـارف، و اذا لم تکن خصوصیة الصدر تنبیه الی العلة ای ان العلة نفی الغرر (اعتبار التقدیر) المعین کالمکیل کیلا، و الموزون وزنا، لا احدهما بالآخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴

من غیر ملاحظـة الغرر الشخصـی لحکمـة سـد بـاب الغرر المؤدّی الی التنـازع المقصود رفعه من اعتبـار بعض الخصوصـیات فی اکـثر المعاملات، زیادة علی التراضی الفعلی حال المعاملة.

و حینئذ فیقع الکلام و الاشکال فی تقدیر بعض المقدرات بغیر ما تعارف فیه.

(من غیر ملاحظـة الغرر الشخصـی) حتی یکون التقدیر (لحکمة سد باب الغرر المؤدّی الی التنازع) بین المتبایعین (المقصود رفعه) ای رفع التنازع (من اعتبار بعض الخصوصـیات فی اکثر المعاملات) «من» متعلق ب «المقصود» (زیادة علی التراضـی الفعلی حال المعاملة) فانه لم یعتبر الشارع الرضا فقط، و انما لاحظ خصوصیات اخر، و لذا فلیست الحکمة سدّ باب الغرر فقط، حتی یقال: بأنه حیث لا غرر،

لا اشکال فی جواز تقدیر المکیل بالوزن و بالعکس، و هکذا.

(و حینئذ) ای حین قلنا ان الغرر نوعی لا شخصی، و لیس المناط فی اعتبار الکیل و الوزن، ان لا یغر احد المتبایعین، بل یجب تقدیر کل شیء بحسبه، و ان لم یکن غرر فی تقدیره بنحو آخر- کتقدیر المکیل بالوزن، مثلا- (فیقع الکلام و الاشکال فی تقدیر بعض المقدرات بغیر ما تعارف فیه).

اما لو قلنا بأن الغرر شخصی فلا کلام و لا اشکال، اذ المناط حینئذ عدم الغرر الشخصی.

فکلما تحقق عدم الغرر الشخصی جاز التقدیر بالمخالف، کتقدیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۵

فنقول:

مسئلة: لو اخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور.

اشارة

و عبارة التذکرة مشعرة بالاتفاق علیه، و یدل علیه غیر واحد من الأخبار المتقدمة.

و ما تقدم فی صحیحة الحلبی الظاهرة فی المنع عن ذلک محمول علی صورة ایقاع المعاملة غیر مبنیة علی المقدار المخبر به و ان کان الأخبار

(مسألة: لو اخبر البائع بمقدار المبیع) او اخبر المشتری بمقدار الثمن.

فهل اخباره أمارة تعبدیة حتی یصح الاعتماد علی اخباره حتی مع عدم الظن بصدقه.

او أمارة عرفیة حتی لا یصح، و الشارع امضی هذه الامارة العرفیة.

ربما قالوا بالثانی، لقوله علیه السلام نعم: اذا ائتمنک، فتأمل (جاز الاعتماد علیه علی المشهور) بین الفقهاء.

(و عبارة التذکرة مشعرة بالاتفاق علیه، و یدل علیه غیر واحد من الأخبار المتقدمة) کخبر محمد بن حمران و غیره مما تقدم.

(و ما تقدم فی صحیحة الحلبی الظاهرة فی المنع عن ذلک) ای عن الاعتماد علی اخبار البائع حیث قال علیه السلام: لا یصلح الا بکیل (محمول) جمعا بینه و بین الروایات المجوزة.

اما علی الکراهة او (علی صورة ایقاع المعاملة غیر مبنیة علی المقدار المخبر به) فالبیع یکون مجازفة (و ان کان الأخبار) ای اخبار البائع بمقدار کیله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۲

داعیا إلیها فانها لا تخرج بمجرد ذلک عن الغرر، و قد تقدم عن التحریر ما یوافق ذلک.

[هل یعتبر کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار]

ثم ان الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار، کما یشهد به الروایات المتقدمة.

فلو لم یفد ظنا فاشکال.

من بقاء الجهالة الموجبة للغرر.

و من عدم تقییدهم الاخبار

(داعیا إلیها) ای الی المعاملة.

و فرق بین الداعی و بین الابتناء فانک قد تشتری الخبز بداعی انه جاءک الضیف، و قد تشتر به مبنیا و مشروطا بوجود الضیف عندک (فانها) ای المعاملة (لا تخرج بمجرد ذلک) الداعی بدون الابتناء (عن الغرر و قد تقدم عن التحریر ما یوافق ذلک) الّذی ذکرنا من البطلان، اذا لم یکن بنحو الابتناء.

(ثم ان الظاهر اعتبار کون الخبر) ای خبر البائع بمقدار الکیل و الوزن (طریقا عرفیا للمقدار، کما یشهد به الروایات المتقدمة) کقوله علیه السلام:

اذ ائتمنک.

(فلو لم یفد) الأخبار (ظنا) عرفیا بکلام البائع، و اخباره بمقدار المبیع (فاشکال) فی الاعتماد علی اخباره.

(من بقاء الجهالة الموجبة للغرر) فاللازم عدم صحة البیع.

(و من عدم تقییدهم) ای الفقهاء (الاخبار) ای اخبار البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۳

بافادة الظن و لا المخبر بالعدالة.

و الاقوی- بناء علی اعتبار التقدیر و ان لم یلزم الغرر الفعلی- هو الاعتبار.

نعم لو دار الحکم مدار الغرر کما فی صحة المعاملة ایقاعها مبنیة علی المقدار المخبر به و ان کان مجهولا.

و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلک المقدار

(بافادة الظن) حتی یکون طریقا عرفیا بل اطلقوا قبول قول البائع (و لا) تقییدهم (المخبر بالعدالة) حتی یکون طریقا شرعیا فلم یقولوا یجب ان یکون المخبر عادلا.

(و الأقوی- بناء علی اعتبار التقدیر و ان لم یلزم الغرر الفعلی-) لما تقدم من ان التقدیر انما وضع لحکمة الغرر، لا لعلة الغرر، فیمکن ان لا یکون هناک غرر، و مع ذلک یجب التقدیر، فالاقوی (هو الاعتبار) للوثوق و الظن بصدق المخبر لان التقدیر لا یقوم مقامه الا الوثوق و الظن عرفا فبدونهما یکون کالشیء بدون تقدیر.

(نعم) ان کان المعیار فی لزوم التقدیر تجنب الغرر لم یلزم الوثوق اذا لم یکن هناک غرر عرفی.

ف (لو دار الحکم مدار الغرر کما فی صحة المعاملة ایقاعها) ای المعاملة (مبنیة علی المقدار المخبر به) ای الّذی اخبر به البائع (و ان کان مجهولا) عند المشتری حیث لا یعلم هل یصدق البائع، أم لا؟

(و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلک المقدار) الّذی یخبر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۴

فان ذلک لیس بادون من بیع العین الغائبة علی اوصاف مذکورة فی العقد، فیقول بعتک هذه الصبرة علی انها کذا و کذا صاعا.

و علی کل تقدیر الحکم فیه بالصحة فلو تبین الخلاف.

فاما ان یکون بالنقیصة، و اما ان یکون بالزیادة

[ثبوت الخیار للمشتری لو تبین الخلاف بالنقیصة]

فان کان بالنقیصة تخیر المشتری بین الفسخ و بین الامضاء

به البائع.

اذ العرف لا یری غررا فی ذلک حینئذ، لأنه یری ان المتاع ان کان ناقصا اخذ المشتری المقدار الناقص من البائع، فمن این یأتی الغرر؟

(فان ذلک) البیع المبنی علی اخبار البائع (لیس بادون من بیع العین الغائبة علی اوصاف مذکورة فی العقد) مع عدم اشتراط الوثوق بکلام البائع.

فکما یجوز بیع العین الغائبة و لا غرر، فکذلک یجوز بیع الشیء المقدر علی انه کذا و کذا قدرا (فیقول) البائع (بعتک هذه الصبرة علی انها کذا و کذا صاعا) فأی فرق فی رفع الغرر بین الوصف و بین ذکر المقدار؟

(و علی کل تقدیر الحکم فیه) ای فی التقدیر بدون الظن بکلام البائع (بالصحة فلو تبین الخلاف) ای خلاف ما قال البائع.

(فاما ان یکون بالنقیصة، و اما ان یکون بالزیادة) کما لو کان الاخبار بانه مائة، ثم تبین انه مائة و عشرة او تسعین (فان کان) الخلاف (بالنقیضة) بان ظهر تسعین فی المثال (تخیر المشتری بین الفسخ و بین الامضاء).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۵

بل فی جامع المقاصد احتمال البطلان، کما لو باعه ثوبا علی انه کتان، فبان قطنا، ثم رده بکون ذلک من غیر الجنس و هذا منه، و انما الفائت الوصف.

لکن یمکن ان یقال مغایرة الموجود الخارجی لما هو عنوان العقد حقیقة مغایرة حقیقة لا یشبه مغایرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراکهما

بالنسبة، فیسترد عشرة دنانیر من الثمن الّذی کان مائة دینار مثلا (بل فی جامع المقاصد) ذهب الی اکثر من التخییر- فی مقابل صحة البیع و لزومه- ب (احتمال البطلان، کما لو باعه ثوبا علی انه کتان، فبان قطنا) لان المبیع لیس مقصود او المقصود لیس مبیعا (ثم رده) الی البطلان (بکون ذلک) البطلان فی مثال الکتان و القطن (من غیر الجنس) اذ القطن غیر الکتان (و هذا) ما نحن فیه و هو ما کان انقص (منه) ای من الجنس (و انما الفائت) فی المقام (الوصف) ای الانضمام، لانه باع التسعین منضما الی العشرة، و الحال انه لیس بمنضم.

(لکن یمکن ان یقال) تأییدا للبطلان فی المقام، بأنه لیس من فقد الوصف.

ف (مغایرة الموجود الخارجی) ای التسعین (لما هو عنوان العقد) ای المائة (حقیقة) فان التسعین یغایر المائة حقیقة (مغایرة حقیقیة) فهو من قبیل القطن و الکتان (لا یشبه مغایرة الفاقد للوصف لواجده) ای واجد الوصف کالمغایرة بین العبد الکاتب و العبد غیر الکاتب فیما اذا باعه العبد باعتبار انه کاتب فبان انه لیس بکاتب (لاشتراکهما)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۶

فی اصل الحقیقة، بخلاف الجزء و الکل، فتأمل فان المتعین الصحة و الخیار.

ثم انه قد عبر فی القواعد عن ثبوت هذا الخیار للبائع مع الزیادة، و للمشتری مع النقیصة بقوله تخیّر المغبون.

فربما تخیّل بعض تبعا لبعض ان هذا لیس من خیار فوات الوصف او الجزء، معللا بأن خیار الوصف انما یثبت مع التصریح باشتراط الوصف فی العقد.

ای فاقد الوصف و واجده (فی اصل الحقیقة) کالعبدیة- فی المثال- (بخلاف الجزء و الکل) فان التسعین لیس حقیقة المائة (فتأمل) اذ

لیس اختلاف الجزء و الکل اختلافا فی الحقیقة، بل فی الزیادة، و النقصان فقط (فان المتعین الصحة) فی بیع الناقص باسم الزائد (و الخیار) کما تقدم.

(ثم انه قد عبر فی القواعد عن ثبوت هذا الخیار للبائع مع الزیادة) فی المال کما لو باع باعتبار انه مائة متر، فظهر مائة و عشرة امتار (و للمشتری مع النقیصة) کما لو باع باعتبار انه مائة متر فظهر تسعین مترا (بقوله تخیّر المغبون) منهما.

(فربما تخیّل بعض تبعا لبعض) آخر (ان هذا لیس من خیار فوات الوصف، او) فوات (الجزء) حیث عبّر العلامة عن هذا الخیار بلفظ الغبن (معللا) بأنه لیس من خیار فوات الوصف (بان خیار الوصف انما یثبت مع التصریح باشتراط الوصف فی العقد).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۷

و یدفعه تصریح العلامة فی هذه المسألة من التذکرة بانه لو ظهر النقصان رجع المشتری بالناقص.

و فی باب الصرف من القواعد بأنه لو تبین المبیع علی خلاف ما اخبر البائع تخیر المشتری بین الفسخ و الامضاء، بصحة معینة من الثمن.

و تصریح جامع المقاصد فی المسألة الاخیرة بابتنائها علی المسألة المعروفة و هی ما لو باع متساوی الاجزاء

کما لو قال: اشتری منک عبدا کاتبا، ثم ظهر العبد امیّا لیس بکاتب و لیس ما نحن فیه کذلک اذ لم یشترط الوصف فی العقد.

(و یدفعه تصریح العلامة فی هذه المسألة من التذکرة، بانه لو ظهر النقصان) فی المبیع (رجع المشتری بالناقص).

و من المعلوم ان هذا التصریح ینافی کونه من باب الغبن، لأن الخیار فی الغبن الفسخ لا النقصان.

فبقرینة قوله: «بالناقص» نفهم ان المراد بالغبن فی کلام القواعد لیس الغبن الاصطلاحی.

(و فی باب الصرف من القواعد) صرح (بانه لو تبین المبیع علی خلاف ما اخبر البائع تخیر المشتری بین الفسخ و الامضاء بحصة معینة من الثمن)

و من المعلوم: ان خیار الغبن لیس کذلک، اذ لیس الامضاء بحصة من الثمن.

(و) کذلک (تصریح جامع المقاصد فی المسألة الاخیرة) ای مسألة الصرف (بابتنائها علی المسألة المعروفة، و هی ما لو باع متساوی الاجزاء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۸

علی انه مقدار معین، فبان اقل.

و من المعلوم: ان الخیار فی تلک المسألة اما لفوات الوصف، و اما لفوات الجزء علی الخلاف الآتی.

و اما التعبیر بالمغبون فلیشمل البائع علی تقدیر الزیادة، و المشتری علی تقدیر النقیصة نظیر تعبیر الشهید فی اللمعة عن البائع و المشتری فی بیع العین الغائبة برؤیتها السابقة مع تبین الخلاف، حیث قال تخیر

کالصبرة، لا کالحیوان (علی انه مقدار معین، فبان اقل)

کما لو باع الصبرة علی انها مائة من، فبان تسعین منّا.

(و من المعلوم: ان الخیار فی تلک المسألة) المعروفة (اما لفوات الوصف، و اما لفوات الجزء) لا من باب الغبن (علی الخلاف الآتی) من انه خیار فوات الوصف، او خیار فوات الجزء.

(و) ان قلت: فلم عبر العلامة ب «المغبون» فی کلامه السابق؟

قلت: (اما) ذلک (التعبیر بالمغبون فلیشمل البائع علی تقدیر الزیادة) بان باع مائة و اعطی مائة و عشرة (و المشتری علی تقدیر النقیصة)

بان اشتری مائة فظهر تسعین.

فکذلک (نظیر تعبیر الشهید فی اللمعة عن البائع و المشتری فی بیع العین الغائبة) بیعا مستندا (برؤیتها السابقة) بان کان المشتری رآها ثم بنی علی تلک الرؤیة فاشتراها او کان البائع رأی الثمن «فیما کان عینا» فاخذ الثمن باعتبار تلک الرؤیة السابقة (مع تبین الخلاف حیث قال تخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۶۹

المغبون منهما.

و اما ما ذکره من ان الخیار انما یثبت فی تخلف الوصف اذا اشترط فی متن العقد، ففیه ان ذلک فی الاوصاف الخارجة التی لا یشترط اعتبارها فی صحة البیع، ککتابة العبد و خیاطته.

و اما الملحوظ فی عنوان المبیع بحیث لو لم یلاحظ لم یصح البیع کمقدار معین من الکیل، او الوزن، او العد، فهذا لا یحتاج الی ذکره فی متن العقد فان هذا اولی من وصف

المغبون منهما) مع العلم انه لیس من خیار الغبن.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱۰، ص: ۶۹

و انما عبّر بهذا التعبیر، لاجل ان یشمل اللفظ کلا من البائع و المشتری.

(و اما ما ذکره) المستشکل (من ان الخیار انما یثبت فی تخلف الوصف اذا اشترط فی متن العقد، ففیه) ان هذا علی اطلاقه لیس بتام، ف (ان ذلک فی الاوصاف الخارجة التی لا یشترط اعتبارها فی صحة البیع، ککتابة العبد و خیاطته) فان بیع العبد صحیح، سواء کان کاتبا أم لا.

(و اما الملحوظ فی عنوان المبیع) حیث انصب علیه (بحیث لو لم یلاحظ، لم یصح البیع کمقدار معین من الکیل، او الوزن، او العد) کما لو قال: بعتک کذا کیلا، و کذا حقة، او کذا عددا (فهذا) الملحوظ فی عنوان المبیع (لا یحتاج الی ذکره فی متن العقد) بعد ذکره فی عنوان المبیع (فان هذا) الملحوظ فی عنوان المبیع (اولی من وصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۰

الصحة الّذی یغنی بناء العقد علیه عن ذکره فی العقد فان معرفة وجود ملاحظة الصحة لیست من مصححات العقد، بخلاف معرفة وجود المقدار المعین.

و کیف کان فلا اشکال فی کون هذا الخیار خیار التخلف.

و انما الاشکال فی ان المتخلف فی الحقیقة هل هو جزء المبیع؟ او وصف من اوصافه.

الصحة الّذی یغنی بناء العقد علیه) «بناء» فاعل «یغنی».

فان المتبایعین یبنیان علی ان یکون کل من المثمن و الثمن صحیحا، و یعقدان العقد بناء علی هذا الوصف (عن ذکره) ای وصف الصحة (فی العقد) «عن» متعلق ب «یغنی».

فکما انه لا یشترط ذکر وصف الصحة فی العقد، فکذلک لا یشترط ذکر المقدار کیلا او وزنا او عدا بعد صبّ العقد علیه.

و انما قلنا «اولى» (فان معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد) فانه اذا باع غير الصحيح كان المشترى خيار العيب، لا ان العقد فاسد (بخلاف معرفة وجود المقدار المعين) فانها من مصححات العقد، لعدم جواز بيع الجزاف.

(و كيف كان) الأمر (فلا اشكال فى كون هذا الخيار) اى خيار تخلف المقدار عما بنيا عليه (خيار المتخلف) لا خيار الغبن.

(و انما الاشكال فى ان المتخلف فى الحقيقة هل هو جزء المبيع) حتى يكون الامضاء- اذا اراد ذو الخيار امضاء العقد- ببعض الثمن (او وصف من اوصافه) حتى يكون الامضاء بتمام الثمن، اذ الأوصاف لا تقابل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٧١

فلذلك اختلف فى ان الامضاء هل هو بجميع الثمن؟ او بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الاجزاء الى المعدوم.

و تمام الكلام فى موضع تعرض الأصحاب للمسألة.

[كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع فهو بإخبار البائع]

ثم ان فى حكم اخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقا عرفيا الى مقدار المبيع، و اوقع العقد بناء عليه كما اذا جعلنا الكيل فى المعدود و الموزون طريقا الى عده او وزنه.

بالأثمان، و انما الاجزاء تقابل بالاثمان.

(فلذلك) الاختلاف فى ان المتخلف جزء او وصف (اختلف) الفقهاء (فى ان الامضاء هل هو بجميع الثمن) هذا، لاختلاف الوصف (او بحصة منه) اى من الثمن (نسبتها) اى نسبة تلك الحصة (إليه) اى الى الثمن (كنسبة الموجود من الاجزاء الى المعدوم).

فاذا كان المقدار مائة و الثمن مائة دينار، ثم ظهر المبيع تسعين كان البائع استحق تسعين دينارا فقط.

(و تمام الكلام) فى ان هذا الخيار خيار تخلف الجزء او الوصف (فى موضع تعرض الأصحاب للمسألة) إن شاء الله تعالى.

(ثم ان فى حكم اخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف).

و كذلك اخبار المشترى بهما فيما اذا كان مكيلا او موزونا (كل ما يكون طريقا عرفيا الى مقدار المبيع و اوقع العقد بناء عليه) اى على ذلك المقدار (كما اذا جعلنا الكيل فى المعدود و الموزون طريقا الى عده او وزنه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٧٢

مسئلة قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و ان لم يمسحا.

و لو مسحا كان احوط لتفاوت الغرض فى ذلك و تعذر ادراكه بالمشاهدة، انتهى.

و فى التذكرة لو باع مختلف الاجزاء مع المشاهدة، صح كالثوب و الدار، و الغنم

كما اذا حسبنا مائة بيضة و كلناها بكيل، ثم جعلنا ذلك الكيل علامة و طريقا لمائة بيضة، او اذا وزنا حقة من الحنطة ثم افرغناها فى كيل ثم جعلنا ذلك الكيل علامة و طريقا لحقة من الحنطة.

(مسألة) فى ذكر مصاديق اختلف فى انها هل تحتاج الى التقدير أم لا؟ (قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة) و الرؤية فقط (و ان لم يمسحا) بأن لم يذرع الثوب، و لا الأرض.

(و لو مسحا کان احوط) و ابعد عن الغرر.

و انما کان احوط (لتفاوت الغرض فی ذلک) ای فی المقدار، فانه ربما یتعلق الغرض بالف متر و ذلک ما لا یعرف بالمشاهدة.

نعم ربما لا یکون الغرض الا مقدار فی الجملة و ذلک مما لا یحتاج الی المسح و الذرع (و تعذر ادراکه) ای المقدار (بالمشاهدة) فقط (انتهی) کلام الشرائع.

(و) قال (فی التذکرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة، صح) و ذلک (کالثوب، و الدار، و الغنم) بخلاف متفق الاجزاء، کالحنطة و الشعیر، و المراد: الثوب المخیط او مطلق القماش، باعتبار ان فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۳

اجماعا، و صرح فی التحریر بجواز بیع قطع الغنم، و ان لم یعلم عددها.

اقول یشکل الحکم بالجواز فی کثیر من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالبا مع جهل اذرع الثوب و عدد قطیع الغنم.

و الاعتماد فی عددها علی ما یحصل تخمینا بالمشاهدة عین المجازفة.

و بالجملة اذا فرضنا ان مقدار مالیة الغنم قلة و کثرة یعلم بالعدد فلا فرق بین الجهل بالعدد فیها، و بین الجهل بالمقدار فی المکیل و

الزمن السابق کان القماش مختلف الاجزاء باعتبار النسج و الجنس المنسوج، بخلاف هذه الأزمنة التی یکون الجنس بکیفیة واحدة من جهة المکائن (اجماعا، و صرح) العلامة (فی التحریر بجواز بیع قطیع الغنم و ان لم یعلم عددها) و هذا غیر ما تقدم من بیع فرد واحد من الغنم.

(اقول یشکل الحکم بالجواز) بدون التقدیر (فی کثیر من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالبا مع جهل) البائع او المشتری، ب (اذرع الثوب و عدد قطیع الغنم).

(و) ان قلت: لا جهل و لا غرر لوجود المشاهدة.

قلت: (الاعتماد فی عددها علی ما یحصل تخمینا بالمشاهدة عین المجازفة) و المجازفة جهل و غرر، فیشمله قوله صلّی اللّه علیه و آله: لا غرر.

(و بالجملة اذا فرضنا ان مقدار مالیة الغنم) او الثوب او الارض (قلة و کثرة) کمائة دینار، و الف دینار (یعلم بالعدد) و انه مائة شاة او مائة و عشرة، و کذلک یعلم بالمسح و الذرع (فلا فرق بین الجهل بالعدد فیها) ای فی الغنم (و بین الجهل بالمقدار فی المکیل و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۴

الموزون و المعدود.

و کذا الحکم فی عدد الاذرع و الطاقات فی الکرابیس و الجریان فی کثیر من الأراضی المقدرة عادة بالجریب.

نعم ربما یتفق تعارف عدد خاص فی اذرع بعض طاقات الکرابیس.

لکن الاعتماد علی هذا من حیث کونه طریقا الی عدد الاذرع نظیر

الموزون و المعدود).

فأی فرق بین المقامین حتی تقولون بجواز الأول دون الثانی، اذ الغرر موجود فیهما معا.

(و کذا الحکم فی عدد الاذرع و الطاقات) و الطاقة عدة ذراع (فی الکرابیس) جمع کرباس، و هو نوع من القماش.

و کذلک فی سائر اقسام القماش (و) عدد (الجریان) جمع جریب، و هو مقدار خاص من الأرض (فی کثیر من الأراضی المقدرة عادة بالجریب) بخلاف بعض الأراضی، حیث ان العادة جرت علی بیعها بدون ملاحظة کمیة الجربان، و لا یلزم من البیع غرر.

(نعم ربما يتفق تعارف عـدد خاص فى اذرع بعض طاقات الكرابيس) فمثل كل طاقـة مائـة ذرع، و مثل هـذه الطاقـة يجوز بيعها بـدون تقدير الأذرع.

(لكن الاعتماد على هذا) المبيع بدون الذرع (من حيث كونه طريقا الى عدد الاذرع) و قد تقدم انه يكفى الطريق الى الكيل و الوزن و العدد، فكيف بمثل الطاقة و نحوها، حيث لا نص على لزوم الذرع.

و انما نقول: به من باب رفع الغرر (نظير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۷۵

اخبار البائع.

و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة.

و تظهر الثمرة فى ثبوت الخيار.

اذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة الى ما حصل التخمين به من المشاهدة الا اذا كان النقص عيبا.

اخبار البائع) الّذى جعل طريقا.

(و ليس هـذا) الّذى كان طريقا الى الذرع (معنى كفاية المشاهدة) كما ادعاه المحقق و العلامة، بل معناه الاكتفاء بالطريق عن التحقيق عن المقدار.

(و تظهر الثمرة) بين كون المشاهدة حينئذ اصلا او طريقا (فى ثبوت الخيار) للمشترى للأرض و القطيع و الطاقة- مثلا-.

(اذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الاذرع) القلة (بالنسبة الى ما حصل التخمين به من المشاهدة).

مثلا: المشاهدة ادّت الى ان الطاقة مائة ذراع تخمينا، ثم ظهرت الطاقة تسعين ذراعا.

فانه- بناء على الطريقية- يكون للمشترى الخيار.

اما بناء على كفاية المشاهدة فى نفسـها فلا خيار، لأنه قد حصـلت المشاهدة التى هى معيار الصحة (الا اذا كان النقص عيبا) استثناء من «لا يثبت» اى لا يكون خيار النقص، و انما يكون خيار العيب فى صورة بلوغ النقص الى حد عدّ فى العرف نقصا، فان كفاية المشاهدة لا تنافى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۷۶

او اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولا و عرضا.

و بالجملـة: فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصـى اذ لم يرد هنا نص بالتقـدير ليحتمل اناطـة الحكم به و لو لم يكن غرر كما اسـتظهرناه فى المكيل و الموزون، فافهم.

وجود الخيار اذا ظهر المبيع معيبا، كما اذا شاهد دارا فاشتراها ثم ظهرت ان بنائها من حجر رخو لا يصلح للبناء- مثلا-.

(او اشترط عـددا خاصا من حيث الـذراع) فى الطاقـة (طولا) كمائـة متر مثلا (و عرضا) كأن يكون عرض الطاقـة مترين مثلا فان كفاية المشاهدة لا تنافى خيار الاشتراط.

(و بالجملـة: فالمعيار هنا) فى مورد كفايـة المشاهدة و عدم كفايتها كالأرض، و القطيع، و القماش (دفع الغرر الشخصـى) فان كان فى البيع بالمشاهدة غرر عرفا لم يجز، لشمول اطلاق دليل نفى الغرر، له و ان لم يكن غرر جاز.

و انما قلنا: بأن المناط الغرر (اذ لم يرد هنا نص بالتقـدير) اى نصا يوجب تقـدير هـذه الأشـياء بالعدد، و الأذرع (ليحتمل اناطة الحكم) بالجواز و عدم الجواز (به) اى بذلك التقدير (و لو لم يكن غرر) بدون ذلك التقدير (كما اسـتظهرناه) اى ان المناط ليس الغرر و انما

الکیل و الوزن (فی المکیل و الموزون) حیث قلنا انه یلزم الکیل و الوزن للأدلة الخاصة، و ان لم یکن غرر بدون الکیل و الوزن (فافهم) حیث احتمل ان الکیل و الوزن أیضا من باب نفی الغرر، لا انه تعبد شرعی و ان لم یکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۷

مسئلة بیع بعض من جملة متساویة الاجزاء،

اشارة

کصاع من صبرة مجتمعة الصیعان

غرر، فانها فرق بین المکیل و الموزون، و بین المذروع و المعدود فی ان اللازم ان لا یکون هناک غرر، و اللّه العالم.

(مسألة) اصول البیع علی ثلاثة اقسام:

الأول: بیع الفرد.

الثانی: بیع الکسر.

الثالث: بیع الکلی.

و الأول: اما ان یبیع فردا معینا کهذا الکتاب، و قد یبیع احد فردین بلا تعیین، کان یبیع احد کتابین،

و الثانی: اما ان یکون کسرا محدودا مثل ان یقول: ابیعک عشر هذه الصبرة و هی عشر کیلوات، و اما ان یکون کسرا غیر محدود، مثل ان یقول: ابیعک عشر هذه الصبرة.

و الثالث: اما ان یکون کلیا فی الذمة مثل ان یقول: ابیعک کیلوا، و اما ان یکون کلیا فی الخارج مثل ان یقول: ابیعک کیلوا من هذه الصبرة و اما ان یکون کلیا مشروطا ان یدفعه من صبرة خارجیة هذه هی اصول الاقسام.

و هناک اقسام فرعیة یأتی الکلام علی جملة منها: (بیع بعض من جملة متساویة الاجزاء، کصاع من صبرة مجتمعة الصیعان) الصبرة عبارة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۸

او متفرقتها، او ذراع من کرباس، او عبد من عبدین، و شبه ذلک یتصور علی وجوه.

الأول: ان یرید بذلک البعض کسرا واقعیا من الجملة مقدرا بذلک العنوان،

فیرید بالصاع- مثلا- من صبرة تکون عشرة اصوع عشرها و من عبد من العبدین نصفهما.

و لا اشکال فی صحة ذلک.

و لا فی کون المبیع مشاعا فی الجملة.

عن کمیة من الحنطة و نحوها (او متفرقتها) کما لو کان الف کیلو من الحنطة فی عشرة امکنة (او ذراع من کرباس) یشتمل علی کمیة من الاذرعة (او عبد من عبدین، و شبه ذلک) من الامثلة، (یتصور علی وجوه)

(الاول: ان یرید بذلک البعض) الّذی باعه (کسرا واقعیا من الجملة) ای جملة الصبرة (مقدرا بذلک العنوان) کعنوان الصاع مثلا (فیرید) البائع (بالصاع- مثلا- من صبرة) هی عبارة عن جملة (تکون عشرة اصوع عشرها) عشرها مفعول «یرید» و هذا فی مقابل ان

یرید صاعا علی نحو الکلی فی المعین (و) یرید (من) بیع (عبد من العبدین) یملکهما البائع (نصفهما) لا علی نحو الواحد المردد.

(و لا اشکال فی صحهٔ ذلک) البیع.

(و) کذلک (لا) اشکال (فی کون المبیع مشاعا فی الجملهٔ) ای فی المجموع لان البائع و المشتری قصدا ذلک، فان العقود تتبع القصود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۷۹

و لا فرق بین اختلاف العبدین فی القیمهٔ و عدمه.

و لا بین العلم بعدد صیعان الصبرهٔ و عدمه، لان الکسر مقدر بالصاع، فلا یعتبر العلم بنسبته الی المجموع، هذا.

و لکن قال فی التذکرهٔ و الاقرب انه لو قصد الاشاعهٔ فی عبد من عبدین او شاهٔ من شاتین بطل، بخلاف الذراع من الارض، انتهی.

و لم یعلم وجه الفرق الا منع ظهور الکسر المشاع من لفظ العبد و الشاهٔ

(و لا فرق بین اختلاف العبدین فی القیمهٔ) کما لو کان احدهما مائهٔ و الآخر سبعین (و عدمه) کما لو کان کل واحد منهما مائهٔ -مثلا-.

(و) کذلک (لا) فرق (بین العلم بعدد صیعان الصبرهٔ) کما لو علم انها عشرهٔ (و عدمه) کما لو لم یعلم انها عشرهٔ او عشرین (لان الکسر مقدر بالصاع) فانه اشتری مقدارا مشاعا من الصبرهٔ یساوی صاعا، و لم یشتر عشرا، او ما اشبه حتی یلزم العلم بالمجموع (فلا یعتبر العلم بنسبته) ای نسبهٔ المبیع (الی المجموع، هذا) هو مقتضی القاعدهٔ.

(و لکن قال فی التذکرهٔ و الاقرب انه لو قصد الاشاعهٔ فی عبد من عبدین او شاهٔ من شاتین بطل) البیع (بخلاف) ما لو باع (الذراع من الارض) فانه یصح (انتهی)

(و لم یعلم وجه الفرق) اذ لو بطل المشاع بطل فیهما، و لو صح فیهما (الا) ان یکون کلام العلامهٔ فی باب الظهور اللفظی.

و ذلک ب (منع ظهور الکسر المشاع من لفظ العبد و الشاهٔ) بان یکون الظاهر بیع الفرد المردد، بخلاف ذراع الارض فانه ظاهر فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۸۰

الثانی ان یراد به بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه من الافراد المتصورهٔ فی المجموع،

اشارهٔ

نظیر تردد الفرد المنتشر بین الافراد.

و هذا یتضح فی صاع من الصیعان المتفرقهٔ.

و لا اشکال فی بطلان ذلک مع اختلاف المصادیق فی القیمهٔ کالعبدین المختلفین

الکسر المشاع.

و ذلک لان الظاهر من «العبدین» احدهما، لا النصف المشاع منهما.

و علی هذا فلا یخالف العلامهٔ ما ذکرناه من صحهٔ المشاع حتی فی العبدین و الشاتین.

(الثانی): من صور بیع البعض (ان یراد به) ای یبیع البعض فی الجملهٔ (بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه من الافراد المتصورهٔ فی المجموع، نظیر تردد الفرد المنتشر بین الافراد)

فکما انه لو قال: جئنی برجل، یکون الرجل منتشرا بین الرجال، کذلک اذا قال: بعتک صاعا، فلیس المراد الکسر المشاع، بل المراد

الفرد المنتشر القابل الانطباق علی کل صاع صاع.

(و هذا) القسم (یتضح فی صاع من الصیعان المتفرقة) کما لو کان هنا صاع و هنا صاع و هکذا فقال: بعتک احدی هذه الاصوع.

(و لا اشکال فی بطلان ذلک) البیع (مع اختلاف المصادیق فی القیمة کالعبدین المختلفین) قیمة بان کان احدهما مائة و الاخر تسعین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۸۱

لانه غرر لان المشتری لا یعلم بما یحصل فی یده منهما.

و اما مع اتفاقهما فی القیمة کما فی الصیعان المتفرقة فالمشهور أیضا کما فی کلام بعض المنع، بل فی الریاض نسبته الی الاصحاب، و عن المحقق الاردبیلی قدس سره أیضا نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعیین احد طرفیه الی الاصحاب.

و استدل علی المنع بعضهم بالجهالة التی تبطل معها البیع اجماعا

(لانه غرر) و قد فهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر (لان المشتری لا یعلم بما یحصل فی یده) هل من قیمته مائة؟ او من قیمته سبعون؟ کما ان البائع أیضا یجهل ذلک (منهما) ای من العبدین، و کذلک اذا کان احد الصاعین یسوی مائة فلس و الآخر سبعین فلسا مثلا.

(و اما مع اتفاقهما فی القیمة کما فی الصیعان المتفرقة) مع کون الجمیع من جنس واحد (فالمشهور أیضا کما فی کلام بعض) نسبته الی الشهرة (المنع، بل فی الریا و نسبته الی الاصحاب، و عن المحقق الاردبیلی قدس سره أیضا نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس) حاضر (مشاهد) یراه الطرفان (من غیر تعیین احد طرفیه) هذا الطرف من الکرباس او ذاک الطرف (الی الاصحاب).

و لا یخفی: ان بیع الکرباس کذلک مثل بیع الصاع فی کلام الریاض.

(و استدل علی المنع بعضهم بالجهالة) للمبیع (التی تبطل معها) ای مع تلک الجهالة (البیع اجماعا) اذ یجهل کل من البائع و المشتری عین المبیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۸۲

و آخر بأن الابهام فی البیع مبطل له لا من حیث الجهالة.

و یؤیده انه حکم فی التذکرة- مع منعه عن بیع احد العبدین المشاهدین المتساویین- بانه لو تلف احدهما فباع الباقی و لم یدر أیهما هو

(و) استدل (آخر بان الابهام فی البیع مبطل له) من حیث هو ابهام (لا من حیث الجهالة).

و الفرق بین الابهام و الجهالة واضح، و یظهر بأن الابهام لا واقع له یطابقه المبهم، بخلاف الجهالة فانه فی الواقع معلوم، لکن فی الظاهر مجهول.

مثلا: بیع العبد من العبدین مبهم و لیس مجهولا، اذ «عبد من عبدین» لا واقع له، بخلاف ما اذا تلف عبد من عبدی زید، فانه مجهول لانه واقع علی احدهما مجهول لدی زید.

و مثله لو قال «طلقتک» لاحدی زوجتیه، او قال «اعتقک» لاحد عبدیه ثم جهل انه طلق هندا او فاطمة و انه اعتق کافورا او فیروزا، فان هذا من الجهالة.

اما لو قال «طلقتک احدا کما» او «اعتقت احدکما» فانه مبهم و لذا قال بعض الفقهاء فی باب «القرعة لکل امر مشکل» انه لا یشمل المبهم و انما یشمل المجهول.

(و یؤیده) ای کون البطلان من جهة الابهام (انه حکم فی التذکرة مع منعه عن بیع احد العبدین المشاهدین) بصیغة المفعول

(المتساويين) قيمة (- بانه لو تلف احدهما فباع الباقى و لم يدر أيهما هو)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۳

صح خلافا لبعض العامة.

و ثالث: بلزوم الغرر.

و رابع: بان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج.

و «احدهما على سبيل البدل» غير قابل لقيامه به لانه امر انتزاعى من امرين معينين.

و يضعف الاول بمنع المتقدمتين

الباقى المبيع (صح).

و ذلك لان البيع فى الاول مبهم و فى صورة التلف مجهول (خلافا لبعض العامة) حيث قال بالبطلان فى صورة الابهام أيضا.

(و) استدل (ثالث: بلزوم الغرر) و الغرر قد يراد به الجهالة، و يراد به الابهام، و قد يراد به الاعم.

(و) استدل (رابع: بان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج) كالسواد و البياض، و الابوة و البنوة.

(و «احدهما على سبيل البدل» غير قابل لقيامه به) اى بالمحل (لانه امر انتزاعى من امرين معينين) فان كل شىء هو هو، لا انه هو او غيره مثل زيد، زيد لا انه زيد او عمرو.

و من المعلوم ان زيدا له وجود و عمروا له وجود لكن لا وجود ل «زيد او عمرو» (و يضعف) الدليل (الاول) اى كونه مجهولا (بمنع المقدمتين)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۴

لان الواحد على سبيل البدل غير مجهول، اذ لا تعين له فى الواقع حتى يجهل.

و المنع عن بيع المجهول- و لو لم يلزم غرر- غير مسلم.

نعم وقع فى معقد بعض الاجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين.

الصغرى هو «الواحد المردد مجهول» و الكبرى «كل مجهول لا يصح بيعه»

اما منع الصغرى، ف (لان الواحد على سبيل البدل غير مجهول) اى ليس مجهولا (اذ لا تعين له فى الواقع حتى يجهل) فان «مجهول» يطلق على ماله واقع و لكنا نجهل ذلك الواقع، كما اذا طلق واحدة من زوجتيه- معينة عند صيغة الطلاق- ثم جهل هل ان التى اوقع عليها الطلاق فاطمة او هند.

اما اذا طلق «احداهما مرددا» فلا يقال لها مجهولة، اذ لا واقع لها، بل هى مبهمة.

فقول المستدل «ان الواحد المردد مجهول» غير تام.

(و) اما منع الكبرى، فلذلك لان (المنع عن بيع المجهول) اى لا يجوز بيع المجهول (- و لو لم يلزم غرر-) «لو» وصلية (غير مسلم)،- خبر المنع- فان المجهول الموجب للضرر لا يجوز، لا كل مجهول.

(نعم وقع فى معقد بعض الاجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المتقدمتين) «ما» فاعل «وقع» اى صدق الصغرى و الكبرى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۵

ففى السرائر- بعد نقل الرواية التى رواها فى الخلاف على جواز بيع عبد من عبدين- قال ان ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه

الامة باسرها مناف لأصول مذهب اصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم لأن المبيع اذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، انتهى.

و عن الخلاف فی باب السلم انه لو قال: اشترى منك احد هذين العبدين، او هؤلاء العبيد لم يصح الشراء دليلنا انه بيع مجهول فيجب ان لا يصح، و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبدين.

و لأنه لا دليل على صحة ذلك فی الشرع.

(ففى السرائر- بعد نقل الرواية التى رواها فی الخلاف على جواز بيع عبد من عبدين- قال) صاحب السرائر (ان ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الامة باسرها مناف لأصول مذهب اصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم لأن المبيع اذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، انتهى).

فانه يظهر منه ان «هذا من المجهول» و «المجهول باطل» و هما الصغرى و الكبرى اللتين ناقشنا فيهما.

(و عن الخلاف فی باب السلم انه لو قال: اشترى منك احد هذين العبدين، او هؤلاء العبيد لم يصح الشراء).

ثم قال: (دليلنا) على عدم صحة الشراء (انه بيع مجهول فيجب ان لا يصح، و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبدين) و بيع الغرر لا يصح.

(و لأنه لا دليل على صحة ذلك فی الشرع).

و كلما لا دليل على صحته لا يصح، لأن الشارع يجب ان يمضيه، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۶

و قد ذكرنا هذه المسألة فی البيوع، و قلنا: ان اصحابنا رووا جواز ذلك فی العبدين فان قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم نقس غيرهما عليهما انتهى.

و عبارته المحكية فی باب البيوع هى انه روى اصحابنا انه اذا اشترى عبدا من عبدين على ان للمشترى ان يختار ايهما شاء، انه جائز، و لم يرووا فی الثوبين شيئا.

ثم قال: دليلنا اجماع الفرقة، و قوله صلّى اللّه عليه و آله: المؤمنون عند شروطهم،

لا امضاء.

(و قد ذكرنا هذه المسألة فی البيوع، و قلنا: ان اصحابنا رووا جواز ذلك فی العبدين) اذا باع احدهما (فان قلنا بذلك) اى بالجواز (تبعنا فيه الرواية و لم نقس غيرهما عليهما) اى لم نجوز فی غير بيع العبدين فكأنه دليل استثنائى عن القاعدة (انتهى) كلام الخلاف.

(و عبارته المحكية فی باب البيوع هى انه روى اصحابنا انه اذا اشترى عبدا من عبدين على ان للمشترى ان يختار ايهما شاء، انه جائز) هذا البيع (و لم يرووا فی الثوبين) اللذين يشترى احدهما (شيئا) يدل على الجواز.

(ثم قال: دليلنا) على جواز بيع احد العبدين- اى الدليل الموجب للاحتجاج على العامة او الخاصة الذين ينكرون رواية الجواز- (اجماع الفرقة، و قوله صلّى اللّه عليه و آله: المؤمنون عند شروطهم) فان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۷

انتهى.

و سيأتى أيضا فی كلام فخر الدين ان عدم تشخيص المبيع من الغرر الّذى يوجب النهى عنه الفساد اجماعا.

و ظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة و كون مثلها قادحة اتفاقا مع فرض عدم نص، بل قد عرفت رد الحلّى للنص المجوز بمخالفته لاجماع الامة.

و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثانى من وجوه المنع، اعنى كون الابهام مبطلا.

البيع نوع من الشرط (انتهى) كلام الشيخ.

(و سيأتى أيضا فى كلام فخر الدين ان عدم تشخيص المبيع من الغرر الّذى يوجب النهى عنه) فى قوله نهى النبى عن الغرر (الفساد اجماعا).

(و) انت خبير بأن (ظاهر هذه الكلمات) من الشيخ و ابن ادريس و الفخر (صدق الجهالة)- و هى الصغرى- (و كون مثلها قادحة) و هى الكبرى- (اتفاقا) اى يقدح بالاجماع (مع فرض عدم نص) قيد، ل «قادحة» (بل قد عرفت رد الحلّى) فى السرائر (للنص المجوز) لمثل هذا البيع (بمخالفته لاجماع الامة) هذا تمام الكلام فى الدليل الأول الّذى اقاموه لبطلان بيع عبد من عبدين- مرددا-.

(و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول)- و هى «كل مجهول لا يصح بيعه»- (يظهر حال الوجه الثانى من وجوه المنع، اعنى كون الابهام مبطلا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۸

و اما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر، مع فرض اتفاق الافراد فى الصفات الموجبة لاختلاف القيمة.

و لذا يجوز الاسلاف فى الكلى من هذه الافراد مع ان الانضباط فى السلم آكد.

و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة، و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعا.

تقرير الدليل «ان بيع احد عبدين مبهم» و «كل مبهم لا يصح بيعه».

و الجواب انه «كل مبهم لا يصح بيعه» غير تام.

(و اما الوجه الثالث) من اوجه المنع، و هو انه غرر، و نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر (فيرده منع لزوم الغرر، مع فرض اتفاق الافراد) كالعبدين، او كصاعين من صبرة (فى الصفات الموجبة) تلك الصفات (لاختلاف القيمة).

اما الاختلاف فى صفات لا توجب اختلاف القيمة فليست مهمة عند العرف.

(و لذا) الّذى لا يلزم الغرر مع اتفاق الافراد فى الصفات المهمة (يجوز الاسلاف) اى بيع السلف (فى الكلى من هذه الافراد).

كما لو قال: بعتك صاعا من الصبرة المشاهدة (مع ان الانضباط فى المسلم آكد) لأنه غير موجود الآن، فاذا صح السلم فيه صح بيع احد الفردين المشاهدين، لأنه كما لا غرر فى السلم، لا غرر هنا.

(و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة، و لا فرق بينهما) بين الصاع الكلى و بين احد شيئين (من حيث الغرر قطعا) فاذا جاز

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۸۹

و لذا ردّ فى الايضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى برجوعه الى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعا.

و اما الرابع فبمنع احتياج صفة الملك الى موجود خارجى فان الكلى المبيع سلما او حالا مملوك للمشترى، و لا وجود لفرد منه فى الخارج بصفة كونه مملوكا للمشترى.

بيع الصاع الكلى، جاز بيع احد شيئين.

(و لذا ردّ فى الايضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى) اى فيما لو كان الصاع المبيع كليا (برجوعه الى عدم تعيين المبيع) لأن الكلى ليس معينا (الموجب للغرر المفسد اجماعا).

فاذا قلنا بجواز الصاع الكلى- كما هو المشهور- يلزم ان نقول بجواز بيع احد شيئين.

و الحاصل: انه لا غرر مع عدم اختلاف الشیئین.

(و اما) الوجه (الرابع) من الوجوه التی استدل بها لعدم جواز بیع احد شیئین، و حاصله انه لا مصداق «لأحدهما» (فبمنع احتیاج صفة الملک) ای الملک الّذی هو صفة (الی موجود خارجی) تقوم هذه الصفة بذلک الموجود، فالبیع لیس واقعا علی مفهوم «احدهما» بل علی الذات واحدهما مرآت کالبیع الواقع علی الکلی بما هو مرآت للأفراد (فان الکلی المبیع سلما او حالا) کما لو قال: بعتک مائة رطل من تمر بعد ستة اشهر او فی الحال (مملوک للمشتری، و لا- وجود لفرد منه فی الخارج بصفة کونه مملوکا للمشتری) اذ قبل اعطاء البائع ایاه لیس ملکا للمشتری، و لذا یجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۰

فالوجه ان الملکیة امر اعتباری یعتبره العرف و الشرع او احدهما فی موارده و لیست صفة وجودیة متأصلة کالحموضة و السواد.

و لذا صرحوا بصحة الوصیة بأحد الشیئین، بل احد الشخصین، و نحوهما.

لأصحابها التصرف فیها بکل انواع التصرف بدون الاحتیاج الی اجازة المشتری کما لا یخفی.

(فالوجه ان الملکیة امر اعتباری یعتبره العرف و الشرع) کالشیء المبیع الّذی یعده العرف و الشرع مملوکا للمشتری (او احدهما) کالعرف فی مثل البیع الربوی الّذی لا- یراه الشارع مملوکا للمشتری، و انما یراه العرف فقط، او کالشرع فیما لو حاز الانسان ارضا مباحة بالأصل، فإن الشرع یراها ملکا له دون العرف الّذی یری انه لا بدّ و ان یشتریها من الدولة (فی موارده) ای موارد الملک خارجا (و لیست) الملکیة (صفة وجودیة متأصلة کالحموضة و السواد) حتی تحتاج الی محل خارجی.

(و لذا) الّذی ذکرنا انه لا یحتاج الی محل وجودی (صرحوا بصحة الوصیة بأحد الشیئین، بل احد الشخصین، و نحوهما) کاحدی الجهتین.

مثل ان یقول: اعطوا زیدا- بعدی- اما هذه الدار، و اما هذا البستان.

او یقول: اعطوا هذه الدار اما لزید او لعمرو.

او یقول: انفقوا هذا الدرهم فی هذا المسجد او هذه الحسینیة، و هکذا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۱

فالانصاف کما اعترف به جماعة، اولهم المحقق الاردبیلی: عدم دلیل معتبر علی المنع.

قال فی شرح الارشاد علی ما حکی عنه، بعد ان حکی عن الاصحاب المنع عن بیع ذراع من کرباس من غیر تقیید کونه من ای الطرفین، قال و فیه تأمل، اذا لم یقم دلیل علی اعتبار هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضیا علی ذراع من هذا الکرباس من ایّ طرف اراد المشتری، او من ای جانب کان من الأرض فما المانع بعد العلم بذلک

(فالإنصاف کما اعترف به) ای بأنه الانصاف او الضمیر راجع الی المطلب الّذی سیأتی (جماعة، اولهم المحقق الاردبیلی: عدم دلیل معتبر علی المنع) عن بیع احد الشیئین.

(قال فی شرح الارشاد علی ما حکی عنه بعد ان حکی عن الأصحاب المنع عن بیع ذراع من کرباس من غیر تقیید کونه) ای الذراع (من ای الطرفین) ای من طرفی الکرباس رأسه او آخره- و الحاصل فیما کان المبیع مرددا- (قال) شارح الارشاد (و فیه) ای فی المنع عن ذلک (تأمل، اذا لم یقم دلیل علی اعتبار هذا المقدار من العلم) فلا دلیل علی لزوم ان یعلم البائعان الطرف المبیع من الکرباس (فانهما) ای البائعان (اذا تراضیا علی ذراع من هذا الکرباس من ایّ طرف اراد المشتری او من ای جانب کان من الأرض) کما لو باعه جریبا من الأرض المعینة، و لکنه لم یعین هل ان الجریب من اوّل الأرض او آخرها، و کانا متساویین فی نظر العرف (فما المانع) من

صحة البیع (بعد العلم بذلک) الذراع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۲

انتهی.

فالدلیل هو الاجماع لو ثبت.

و قد عرفت من غیر واحد نسبته الی الأصحاب، قال بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد بعد حکم المصنف بصحة بیع الذراع من الثوب و الارض الراجع الی بیع الکسر المشاع.

قال و ان قصدا معینا من عین او کلیا لا علی وجه الاشاعة بطل لحصول الغرر بالابهام فی الأول.

و الجریب الکلی (انتهی).

اذا (فالدلیل) علی المنع عن بیع المردد (هو الاجماع لو ثبت) الاجماع، اذ قد عرفت الاشکال فی سائر الأدلة.

(و قد عرفت من غیر واحد نسبته) ای عدم الجواز (الی الأصحاب، قال بعض الاساطین فی شرحه علی القواعد بعد حکم المصنف) العلامة «ره» (بصحة بیع الذراع من الثوب و الارض الراجع) ذلک البیع (الی بیع الکسر المشاع) لا الکلی فی المعین.

(قال و ان قصدا معینا من عین) ای فردا مرددا فهو معین ککونه کیلوا مثلا، و من غیر تعیین لأنه مردد بین هذا و ذاک (او کلیا لا علی وجه الاشاعة) ای کلیا فی المعین (بطل) البیع (لحصول الغرر ب) سبب (الابهام فی الأول).

و قد عرفت ان الابهام عبارة عمالا واقع له، مثل قوله «بعتک احد الشیئین» حیث لا واقع «لأحد الشیئین» فی مقابل «الجهالة» التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۳

و کونه بیع المعدوم.

و باختلاف الأغراض فی الثانی غالبا فیلحق به النادر.

و للاجماع المنقول فیه الی ان قال: و الظاهر- بعد امعان النظر

لها واقع مجهول لدی الانسان، کما لو قال: «بعتک هذا الثوب» ثم اختلط الثوب فی اثواب.

(و کونه بیع المعدوم) عطف علی «بالابهام».

و انما کان بیع المعدوم لأنه لا مصداق «لأحدهما» فی الخارج- کما تقدم-.

(و ب) سبب (اختلاف الأغراض فی الثانی) ای کلیا لا علی وجه الاشاعة (غالبا) فان الأغراض تختلف فی کون الذراع اوّل الأرض او آخرها، او اوّل الکرباس او آخره، لاختلاف خصوصیات الارض و الکرباس.

و اذا اختلف الاغراض فی الشیء المبیع و لم یعین المصداق الخارجی کان غررا فیشمله نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن الغرر (فیلحق به النادر) فانه و ان کان فی هذا الموضع الخاص- کالکرباس- او هذا البائع و المشتری الخاص، لا اختلاف فی الغرض، لکن کون الشیء مما یختلف فیه الغرض بحسب العرف کاف فی کونه غررا فلا یجوز حتی فی هذا المورد الخاص.

(و للاجماع المنقول فیه) ای فی هذا المورد، فانه قام الاجماع علی بطلان بیع الکلی، لا علی وجه الاشاعة (الی ان قال: و الظاهر) من الأدلة (- بعد امعان النظر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۴

و نهایة التتبع- ان الغرر الشرعی لا یستلزم الغرر العرفی، و بالعکس.

و ارتفاع الجهالة فی الخصوصیة قد لا یثمر مع حصولها فی اصل الماهیة.

و لعل الدائرة فی الشرع اضیق و ان کان بین المصطلحین عموم و خصوص من وجهین.

و نهایة التتبع– ان الغرر الشرعی لا- یستلزم الغرر العرفی، و بالعکس) الغرر العرفی لا یستلزم الغرر الشرعی، فبین الغررین عموم من وجه.

(و ارتفاع الجهالة فی الخصوصیة قد لا یثمر مع حصولها فی اصل الماهیة).

فان اصل ماهیة «الکلی لا علی وجه الاشاعة» مجهولة، لانها لا تشخص لها فی الخارج، و کلما لا یکون له تشخص فی الخارج فهو مجهول فهذا الجهل یمنع من بیع الکلی و ان لم تکن جهالة فی خصوص هذا البیع بمعنی عدم اعتناء الطرفین المتبایعین بالخصوصیات الخارجیة.

و لا یخفی التواء العبارة کما لا یخفی انها عبارة اخری عن قوله السابق «فیلحق به النادر».

(و لعل الدائرة) للغرر (فی الشرع اضیق) فان بیع المکیل بدون الکیل اعتمادا علی مشاهدة دقیقة لا غرر فیه عرفا، لکنه ممنوع شرعا لانه غرر شرعی– علی ما تقدم– (و ان کان بین المصطلحین) اصطلاح الشارع فی الغرر، و اصطلاح العرف فیه (عموم و خصوص من وجهین) ای عموم من وجه و خصوص من وجه– فالتثنیة باعتبار العموم و الخصوص–.

فقد یکون غرر شرعی دون عرفی کالمثال السابق ای بیع المکیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۵

و فهم الاصحاب مقدم، لانهم ادری بمذاق الشارع و اعلم انتهی.

و لقد اجاد حیث التجاء الی فهم الاصحاب فی ما یخالف العمومات.

«فرع» علی المشهور من المنع لو اتفقا علی انهما ارادا غیر شائع لم یصح البیع،

لاتفاقهما علی بطلانه.

بالمشاهدة الدقیة.

و قد یکون غرر عرفی دون شرعی کبیع الآبق مع الضمیمة.

و قد یجتمعان کبیع المکیل بدون الکیل جزافا.

(و فهم الاصحاب) لعدم جواز بیع الفرد المردد (مقدم) علی مقتضی اطلاقات الادلة بجواز مثل هذا البیع (لانهم ادری بمذاق الشارع و اعلم) فاذا فهموا الخاص من العام– مثلا– دلّ ذلک علی ان هناک کانت قرینة علی الخصوصیة صارت مجهولة لدینا (انتهی) کلام شارح القواعد.

(و لقد اجاد حیث التجاء الی فهم الاصحاب فی ما یخالف العمومات) فان المنع عن بیع الفرد المردد یخالف العمومات المجوزة، نحو: أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ، و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لکنه نقول بالمنع لفهم الاصحاب من العمومات غیر هذا البیع.

«فرع» علی عدم جواز بیع الفرد المردد (علی المشهور من المنع) عن بیع المردد (لو اتفقا علی انهما ارادا) حین البیع مرددا (غیر شائع) ای غیر الکسر المشاع (لم یصح البیع، لاتفاقهما علی بطلانه) فلا بیع بینهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۶

و لو اختلفا فادعی المشتری الاشاعة، فیصح البیع، و قال البائع اردت معینا ففی التذکرة الاقرب قبول قول المشتری عملا باصالة الصحة و اصالة عدم التعیین، انتهی.

و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى احد المعينين.

اما معه فالمتبع هو الظاهر و اصالة الصحة لا تصرف الظواهر.

و اما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها

(و لو اختلفا فادعى المشترى) ارادتهما (الاشاعة، فيصح البيع، و قال البائع) بل (اردت معينا) غير مشاع، اى الفرد المردد (ففى التذكرة الاقرب قبول قول المشترى عملا باصالة الصحة، و اصالة عدم التعيين) اى عدم الفرد المردد، فانه اذا وقع بيع ثم اختلفا فى الصحة و العدم كان القول قول الّذى يدعى الصحة، كما انه اذا علمنا باصل وجود الماهية و لم نعلم بالخصوصية الفردية كان الاصل عدم وجود الخصوصية الفردية (انتهى) كلام صاحب التذكرة.

(و هذا) الكلام الّذى ذكره التذكرة (حسن لو لم يتسالما على) اجراء (صيغة ظاهرة فى احد المعينين) المشاع و المردد.

(اما معه) بان كانت الصيغة ظاهرة فى المردد (فالمتّبع هو الظاهر) عندنا لان الظاهر حجة (و اصالة الصحة لا تصرف الظواهر) الا اذ اعلمنا ان الطرفين ارادا غير هذا الظاهر.

(و اما اصالة عدم التعيين) التى ذكرها العلامة (فلم اتحققها) لانها ليست اصلا عمليا، و لا من الاصول العقلائية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۹۷

و ذكر بعض من قارب عصرنا انه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الاشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر.

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق فى الافراد المتصورة فى تلك الجملة.

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثانى- كما حققه- فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثانى بما اذا فرق الصيعان و قال: بعتك احدها، ان

(و ذكر بعض من قارب عصرنا انه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الاشاعة) اى ظهور فى الفرد المردد- الموجب للبطلان- (كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفه) عن ذلك الظهور، فنقول بأن مرادهما الاشاعة، و ان كان ظاهر لفظهما الفرد المردد (و فيه نظر).

اذ حمل الفعل على الصحة «اصل» و الظهور «دليل اجتهادى» و الأصل لا يتمكن ان يقاوم الدليل الاجتهادى و الله العالم.

(الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق فى الافراد المتصورة فى تلك الجملة) فالتشخص الموجود فى كل فرد فرد ليس مبيعا، و انما المبيع، هو الطبيعة الكلية.

(و الفرق بين هذا الوجه) الثالث (و الوجه الثانى- كما حققه-) اى الفرق (فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثانى) اى الوجه الثانى (بما اذا فرق) البائع (الصيعان) كل صاع فى مكان (و قال: بعتك احدها) حيث ان المبيع هنا فرد مردد، و بعبارة اخرى الطبيعة مع تشخصها الفردى (ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۹۸

المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملا على الغرر.

و فى هذا الوجه امر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة، و يوجد به.

المبيع) «ان» خبر «و الفرق» (هناك) فى الوجه الثانى (واحد من الصيعان المتميزة) خارجا (المتشخصة) بالتشخصات الفردية (غير معين) فهو بيع المبهم (فيكون بيعه مشتملا على الغرر) اذ لا يعرف البائع ان ايها باع، و لا يعرف المشترى ان ايها اشترى.

(و فى هذا الوجه) الثالث (امر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه) و انما يكون تميزه بالتعيين (و يتقوم) ذلك المبيع (بكل واحد من

صیعان الصبرة، و یوجد) ذلک الکلی المبیع (به) ای بکل واحد.

و الحاصل: ان المبیع فی الثانی الطبیعة مع الخصوصیة الفردیة و فی القسم الثالث الطبیعة بدون الخصوصیة الفردیة.

و تظهر الثمرة فی موارد: منها: ان فی القسم الثانی یلزم تعیین المبیع بالقرعة بخلاف القسم الثالث، اذ فی القسم الثانی ان احدها بیع، بخلاف القسم الثالث فان المنتشر بیع، و من المعلوم ان القرعة لا مجال لها فی المنتشر، و کذلک لو تلف احدها کان مجال للقرعة فی القسم الثانی دون القسم الثالث.

و منها: ان المبیع فی القسم الثانی جزئی، و فی القسم الثالث کلی.

و منها: انه لا یمکن للبائع اعطاء نصفی فردین فی المردّد، بخلاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۹۹

و مثله ما لو قسم الارباع و باع ربعا منها من غیر تعیین.

و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل علی واحد منها مشاعا، لأنه حینئذ امر کلی.

فان قلت: المبیع فی الاولی أیضا امر کلی.

قلنا: لیس کذلک بل هو واحد من تلک الصیعان المتشخصة مبهم

ما لو باع الکلی، فانه یتمکن من اعطاء فرد او نصفی فردین، و ثلاثة اثلاث افراد ثلاثة، و هکذا.

و منها غیر ذلک مما لا یخفی.

(و مثله) ای مثل القسم الثانی (ما لو قسم ال) صبرة (ارباع و باع ربعا منها من غیر تعیین) فان المبیع حینئذ امر مبهم لأنه باع الصحة الکلیة مع التشخص.

(و لو باع ربعا قبل القسمة) بأن کانت الأرباع مجتمعة فقال: بعتک ربعا من هذه الصبرة (صح) البیع (و تنزل علی واحد منها) ای من تلک الأرباع المجتمعة (مشاعا) لأنه باع الطبیعة المجردة (لأنه) ای المبیع (حینئذ) ای حین کانت الارباع مجتمعة (امر کلی) اذ لا تشخص فردی فی البین حتی یکون المبیع الطبیعة مع التشخص.

(فان قلت: المبیع فی الاولی) ای الفرد المنتشر (أیضا امر کلی) لأنه یمکن تطبیقه علی کل فرد فرد من الصیعان ذات الأفراد المتمیزة.

(قلنا: لیس کذلک) ای لیس امرا کلیا (بل هو) ای المبیع (واحد من تلک الصیعان المتشخصة) فان الطبیعة بقید التشخص مبیع- کما فرض- (مبهم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۰

بحسب صورة العبارة فیشبه الأمر الکلی، و بحسب الواقع جزئی غیر معین، و لا معلوم.

و المقتضی لهذا المعنی هو تفریق الصیعان و جعل کل واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلا علی شخصی غیر معلوم، فصار کبیع احد الشیاه، واحد العبید.

و لو قال بعتک صاعا من هذه شایعا فی جملتها لحکمنا بالصحة انتهی.

لاحتماله هذا الفرد و هذا الفرد (بحسب صورة العبارة) لأن البائع، قال: ابیعک احدها (فیشبه الأمر الکلی، و) لکنه (بحسب الواقع جزئی غیر معین، و لا معلوم) لأنه قابل الانطباق لکل فرد فرد.

(و المقتضی لهذا المعنی) ای الشیء الّذی اقتضی ان یکون المبیع جزئیا مبهما- لا- کلیا- (هو تفریق الصیعان) ای کون کل صاع منحازا- فی مقابل ان تکون الصیعان فی محل واحد مجتمعة- (و جعل کل واحد منها) ای من تلک الصیعان (برأسه) ای فی محل

خاص (فصار اطلاق احدها) ای بیع احد الصیعان (منزلا علی شخصی) لا کلی (غیر معلوم) لأنه قابل الانطباق لکل صاع صاع (فصار کبیع احد الشیاه، واحد العبید) مما هو شخص مبهم و لیس کلیا.

(و لو قال) البائع (بعتک صاعا من هذه) الصیعان المتمیزة (شایعا فی جملتها) بأن کانت الطبیعة مبیعة لا الفرد (لحکمنا بالصحة) فیکون البیع حینئذ کلیا لا جزئیا کما لا یخفی (انتهی) کلام جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۱

و حاصله: ان المبیع مع التردید جزئی حقیقی، فیمتاز عن المبیع الکلی الصادق علی الافراد المتصورة فی تلک الجملة.

و فی الایضاح ان الفرق بینهما هو الفرق بین الکلی المقید بالوحدة و بین الفرد المنتشر.

(و حاصله: ان المبیع مع التردید) کالصیعان المتمیزة (جزئی حقیقی، فیمتاز عن المبیع الکلی الصادق علی الافراد المتصورة فی تلک الجملة) من الصبرة فیما کانت الصیعان مجتمعة.

(و فی الایضاح) قال: (ان الفرق بینهما) ای بین القسم الثانی و القسم الثالث (هو الفرق بین الکلی المقید بالوحدة، و بین الفرد المنتشر) ففی الصیعان المتمیزة المبیع فرد منتشر، و فی الصبرة المجتمعة المبیع کلی مقید بالوحدة.

فالفرق ان الوحدة قد تکون قیدا، و قد تکون جزءا.

و هذا الفرق غیر الفرق السابق و الفارق فی الکلی، حیث ان الفرق السابق، کان یقول: ان المبیع کلی محض بدون ان تکون الشخصیة جزءا او قیدا.

و هذا الفرق، یقول: ان المبیع کلی مقید، اما بالنسبة الی الفرد المنتشر.

فکلا الفارقین یقول: بشیء واحد.

و الحاصل ان الفارقین انما یختلفان بالنسبة الی الکلی، هل هو کلی محض او کلی مقید؟ اما بالنسبة الی الفرد المنتشر فلا فرق بین الفارقین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۲

ثم الظاهر صحة بیع الکلی بهذا المعنی، کما هو صریح جماعة، منهم الشیخ، و الشهیدان، و المحقق الثانی، و غیرهم بل الظاهر عدم الخلاف فیه و ان اختلفوا فی تنزیل الصاع من الصبرة علی الکلی، او الاشاعة.

لکن یظهر مما عن الایضاح وجود الخلاف فی صحة بیع الکلی و ان منشأ القول بالتنزیل علی الاشاعة، هو بطلان بیع الکلی بهذا المعنی.

و الکلی الّذی یجوز بیعه هو ما یکون فی الذمة.

(ثم الظاهر صحة بیع الکلی بهذا المعنی) بأن یبیع طبیعة کلیة (کما هو صریح جماعة، منهم الشیخ، و الشهیدان و المحقق الثانی، و غیرهم) لشمول عمومات البیع له (بل الظاهر عدم الخلاف فیه) ای فی ان هذا النوع صحیح (و ان اختلفوا فی تنزیل الصاع من الصبرة علی الکلی، او الاشاعة).

فاذا کان کلیا، کان اللازم تسلیم البائع المبیع الی المشتری و لو تلف کل الصبرة الا مقدار الصاع الّذی باعه و لو کان مشاعا.

فاذا تلف صاع، انقسم التالف علی البائع و المشتری بالنسبة، لأن المال مشترک بینهما، الی غیر ذلک من الفروق بین الکلی و الاشاعة.

(لکن یظهر مما عن الایضاح وجود الخلاف فی صحة بیع الکلی) فی المعین (و ان منشأ القول بالتنزیل علی الاشاعة) فیما لو قال: بعتک صاعا من هذه الصبرة (هو بطلان بیع الکلی بهذا المعنی) ای الکلی فی المعین.

(و الكلى الّذى يجوز بيعه هو ما يكون) كليا (فى الذمة).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۳

قال فى الايضاح فى ترجيح التنزيل على الاشاعة انه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين، و هو الغرر الّذى يدل النهى عنه على الفساد اجماعا و لأن احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح.

و لا بعينه هو المبهم، و ابهام المبيع مبطل.

و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة الى ما فى الايضاح من لزوم الابهام و الغرر، و اخرى: الى عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة

(قال فى الايضاح فى ترجيح التنزيل) اى تنزيل كلام البائع (على الاشاعة) دون الكلى (انه لو لم يكن) المبيع (مشاعا لكان غير معين).

و اذا كان غير معين (فلا يكون معلوم العين، و هو الغرر الّذى يدل النهى عنه) اى عن الغرر (على الفساد اجماعا) لأن النهى عن المعاملة يقتضى الوضع اى الفساد (و لأن احدهما بعينه) فيما كان هناك صاعان، و قال: بعتك كلى الصاع منهما (لو وقع البيع عليه) فهو (ترجيح من غير مرجح) و ذلك باطل لان معناه وجود المعلول بدون العلة.

(و) لو وقع البيع على احدهما (لا بعينه) يكون (هو المبهم، و ابهام المبيع مبطل) للبيع، لأنه غرر و الأدلة دلت على لزوم تعيين المبيع.

(و تبعه) اى الايضاح فى عدم صحة الكلى، و صحة الاشاعة فقط (بعض المعاصرين مستندا تارة الى ما فى الايضاح من لزوم الابهام و الغرر) و مثله مبطل.

(و اخرى: الى عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة) اى ملك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۴

لا على وجه الاشاعة.

و ثالثة: باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة.

و يرد الأول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم فى الكلى؟

و الثانى بأنه معهود فى الوصية و الاصداق، مع انه لم يفهم مراده من

الكلى فى الذمة فلا بأس به، لأنه وارد فى الشرع كثيرا (لا على وجه الاشاعة) اى الكلى غير المشاع.

(و ثالثة: باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة) فاذا قال: ابيعك ثمرة هذا البستان، ثمرة هذا البستان، الا عشرة ارطال منها، فإنها لى، كان المستثنى مشاعا، لا كليا.

و لو صح بيع الكلى كان اللازم ان يقول: ان المستثنى كلى لا مشاع لأن الظاهر من الاستثناء الكلى، لا الاشاعة-.

(و يرد الأول ما عرفت) سابقا (من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم) الغرر (فى الكلى) اذ الفرد المنتشر أقرب الى الغرر، و مع ذلك يقولون بصحة المنتشر، فكيف يمكن ان يقال بالغرر فى الكل الّذى هو أبعد من الغرر.

(و) يرد (الثانى بأنه) اى الكلى (معهود فى الوصية و الاصداق) فاذا اوصى بالكلى او اصدق المرأة الكلى، جاز بلا اشكال (مع) انه يرد عليه ثانيا ب (انه لم يفهم مراده من) عدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۵

المعهودية، فان انواع الملك، بل كل جنس لا يعهد تحقق احدها فى مورد الآخر الا ان يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكية الكلى المشترك بين افراد موجودة فيكفى فى رده النقض بالوصية و شبهها.

هذا كله، مضافا الى صحيحة الاطنان الآتية فان موردها اما بيع الفرد

(المعهودية، فان انواع الملك) الكلى و الجزئى و الخارجى و الذمى و المختص و المشاع و غيرها (بل كل جنس) من الأجناس الحقيقية كالانسان و البقر و الغنم، او الاعتبارية كالملكية و الزوجية و الرقية (لا يعهد تحقق احدها فى مورد الآخر).

فالملك الكلى ليس ملكا جزئيا، و لا العكس، و الانسان ليس بقرا و لا العكس، و هكذا.

و عليه: فلا يمكن ان يكون الملك الكلى فى هذا المورد معهودا فى مكان آخر (الا ان يراد منه) اى عدم المعهودية (عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكية الكلى المشترك بين افراد موجودة).

و اذا لم يكن مورد يقينى فكيف يقال بالكلى فى بيع الصاع من الصبرة (فيكفى فى رده النقض بالوصية) كما لو قال: «اعطوا فلانا صاعا من صبرتى على وجه الكلية» فانه صحيح بلا اشكال (و شبهها) كالصداق- كما تقدم-.

(هذا كله، مضافا الى صحيحة الاطنان الآتية) فانها على بعض الاحتمالات يراد بها بيع الكلى (فان موردها اما بيع الفرد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۶

المنتشر، و اما بيع الكلى فى الخارج، و اما الثالث فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

المنتشر، و اما بيع الكلى فى الخارج) فهى على احد الاحتمالين تكون نقضا لكلام المعاصر (و اما) الرد على (الثالث فسيأتى الكلام فيه إن شاء اللّه تعالى).

و قد عرفت مما تقدم ان الاحتمالات اربع: احدها المفهومى، و احدها المصداقى، و الكلى فى المعين و الاشاعة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۷

مسئلة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع؟

اشارة

او على الوجه الثالث و هو الكلى بناء على المشهور من صحته، وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و جماعة.

و استدل له فى جامع المقاصد: بأنه السابق الى الفهم.

(مسألة: لو باع صاعا من صبرة) مجتمعة (فهل ينزل) المبيع (على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع) فاذا كانت الصبرة عشرة اصوع، كان المبيع العشر، بحيث صار المشترى شريكا للبائع فى عشر المال.

(او على الوجه الثالث و هو الكلى بناء على المشهور من صحته) اى صحة الكلى- اما الوجه الثانى و هو المردد فقد عرفت بطلانه- (وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و جماعة) آخرين.

(و استدل له فى جامع المقاصد بأنه) اى الوجه الثانى هو (السابق الى الفهم) من اللفظ.

و لعل وجهه: ان الوجه الأول يحتاج الى مئونة زائدة و هى فرض شيوع الصاع فى كل جزء من اجزاء الصبرة و هذا خلاف المتبادر الى الذهن.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۸

و بروایة یزید بن معاویة عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن رجل اشتری عشرة آلاف طن من انبار، بعضه علی بعض من اجمة واحدة، و الانبار فیه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعتک من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتری: قد قبلت و اشتریت و رضیت، فاعطاه المشتری من ثمنه الف درهم و وکل من یقبضه، فاصبحوا و قد وقع فی القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن، و بقی عشرة آلاف طن، فقال علیه السلام العشرة آلاف طن التی بقیت هی للمشتری، و العشرون التی احترقت من مال البائع.

و یمکن دفع الأول بأن مقتضی الوضع فی قوله صاعا من صبرة

(و بروایة یزید بن معاویة عن ابی عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری عشرة آلاف طن من انبار، بعضه علی بعض من اجمة واحدة، و الانبار فیه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعتک من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتری: قد قبلت و اشتریت و رضیت، فاعطاه المشتری من ثمنه الف درهم) او دینار (و وکل من یقبضه، فاصبحوا و قد وقع فی القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن، و بقی عشرة آلاف طن) فلمن هذه العشرة؟ (فقال علیه السلام العشرة آلاف طن التی بقیت هی للمشتری، و العشرون التی احترقت) هی (من مال البائع) انتهی الحدیث.

(و یمکن دفع الأول) ای الانصراف الّذی ادعاه المحقق الثانی (بأن مقتضی الوضع فی قوله) بعتک (صاعا من صبرة) بالتنوین فی «صاعا»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۰۹

هو الفرد المنتشر الّذی عرفت سابقا ان المشهور بل الاجماع علی بطلانه.

و مقتضی المعنی العرفی هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حینئذ الاشاعة، لأن المقدار المذکور من مجموع الصبرة مشاع فیه.

و اما الروایة فهی أیضا ظاهرة فی الفرد المنتشر، کما اعترف به فی الریاض.

لکن الانصاف ان العرف یعاملون فی البیع المذکور معاملة الکلی

الظاهر فی التنکیر و معناه «الطن الواحد» و هو ظاهر فی الاشاعة (هو الفرد المنتشر) لا الاشاعة (الّذی عرفت سابقا ان المشهور بل الاجماع علی بطلانه).

لکن ربما یقال: ان الظاهر هو الفرد المنتشر فیما اذا لم یکن صبرة مجتمعة فان الظاهر هو الکلی فی المعین فیما اذا کانت الصبرة مجتمعة.

(و مقتضی المعنی العرفی هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حینئذ الاشاعة).

و الفرق بین الکلی فی المعین ان الخصوصیات الفردیة لیست جزءا من المبیع، بخلاف الفرد المنتشر فان الخصوصیات جزء.

و انما قلنا: ان الظاهر الاشاعة (لأن المقدار المذکور) ای الصاع (من مجموع الصبرة مشاع فیه) ای فی هذا الشیء المجتمع و هو الصبرة.

(و اما الروایة ف) نقول (هی أیضا ظاهرة فی الفرد المنتشر، کما اعترف به فی الریاض) لا الکلی فی المعین، کما قاله المحقق الثانی.

(لکن الانصاف ان العرف یعاملون فی البیع المذکور معاملة الکلی) فی المعین، لا الاشاعة، و لا الفرد المنتشر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۰

فیجعلون الخیار فی التعیین الی البائع، و هذه أمارة فهمهم الکلی.

و اما الروایة، فلو فرضنا ظهورها فی الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها علی الکلی، لأجل القرینة الخارجیة.

و تدل علی عدم الاشاعة من حیث الحکم ببقاء المقدار المبیع و کونه مالا للمشتری

(فیجعلون الخیار فی التعیین) من ایّ موضع شاء اعطائه وفاء المقدار الصاع (الی البائع، و هذه) ای جعل الاختیار فی التعیین الی البائع (أمارة فهمهم الکلی) اذ لو کان اشاعة، لزم ان یکون الاختیار بیدهما کما هو مقتضی سائر اقسام الشرکة.

اما مسألة احتمال الفرد المنتشر فقد عرفت الاجماع علی خلافها.

(و اما الروایة، فلو فرضنا ظهورها فی الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها) ای الروایة (علی الکلی) فی المعین (لأجل القرینة الخارجیة) و هی الاجماع علی بطلان الفرد المنتشر.

فالأمر دائر بین الفرد المنتشر الباطل اجماعا، و الاشاعة و هو خلاف جواب الامام علیه السلام حیث انها لو کانت مشاعة کان التالف منهما لا من البائع فقط، فبقی الکلی فی المعین فقط.

(و تدل) القرینة الخارجیة (علی عدم الاشاعة) فی الروایة (من حیث الحکم ببقاء المقدار المبیع و کونه) ای الباقی (مالا للمشتری) اذ لو کان مشاعا لکان الباقی مشترکا بینهما.

و قوله «کونه» عطف علی «بقاء» ای من حیث الحکم بکونه مالا للمشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۱

فالقول الثانی لا یخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول، و ان حکاه فی الایضاح قولا.

ثم انه یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا أمور.

أحدها: کون التخییر فی تعیینه بید البائع

لأن المفروض ان المشتری لم یملک الا الطبیعة المعراة عن التشخص الخاص فلا یستحق علی البائع خصوصیة، فاذا طالب بخصوصیة زائدة علی الطبیعة، فقد طالب بما لیس حقا له، و هذا جار فی کل من ملک کلیا فی الذمة،

و علی هذا (فالقول الثانی) و هو الکلی- فی مقابل القول الأول بالاشاعة- (لا یخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول، و ان حکاه) ای الأول (فی الایضاح قولا).

و لا یخفی ان هذا فیما اذا لم تکن قرینة داخلیة او خارجیة علی الاشاعة، و الا کان مقتضی القرینة الاشاعة.

(ثم انه یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا) لا مشاعا (امور).

(احدها: کون التخییر فی تعیینه) ای تعیین المبیع (بید البائع لأن المفروض ان المشتری لم یملک الا الطبیعة المعراة عن التشخص الخاص) فانه هو مقتضی الکلی (فلا یستحق) المشتری (علی البائع خصوصیة، فاذا طالب) المشتری (بخصوصیة زائدة علی الطبیعة) کما لو قال: اعطنی من هذا الطرف من الصبرة دون الطرف الآخر (فقد طالب بما لیس حقا له) فلا تجب اجابته علی البائع (و هذا) ای کون الاختیار بید البائع (جار فی کل من ملک کلیا فی الذمة) کما لو ملک عمرو من زید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۲

او فی الخارج، فلیس لما لکه اقتراح الخصوصیة علی من علیه الکلی.

و لذا کان اختیار التعیین بید الوارث اذا اوصی المیت لرجل بواحد من متعدد یملکه المیت کعبد من عبیده و نحو ذلک الا انه قد جزم المحقق القمی فی غیر موضع من اجوبة مسائله بأن الاختیار فی التعیین بید المشتری، و لم یعلم له وجه مصحح.

منا من الحنطة فی ذمة زید (او فی الخارج) کالکلی فی المعین (فلیس لمالکه) ای مالک الکلی (اقتراح الخصوصیة علی من علیه

الکلی) کزید فی المثال.

(و لذا) الّذی لیس المالک الکلی الاختیار (کان اختیار التعیین بید الوارث اذا اوصی المیت لرجل بواحد من متعدد یملکه المیت کعبد من عبیده) او صاع من صبرته (و نحو ذلک) من افراد الفرد المنتشر و الکلی فی المعین.

نعم: لو کانت الوصیة علی نحو الاشاعة کان الرجل شریکا للوارث کما لا یخفی (الا انه قد جزم المحقق القمی فی غیر موضع من اجوبة مسائله) فی کتاب جامع الشتات (بأن الاختیار فی التعیین بید المشتری، و لم یعلم له وجه مصحح).

و لعله لکونه صاحب الحق فیجب ان یقبل ما یطابق حقه، فاذا لم یقبل شیئا لم یتعین ان یکون ذلک الشیء غیر المقبول حقا له.

و یؤیده: تجارة عن تراض، فان عدم رضی المشتری، یوجب ان لا یکون عن تراض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۳

فیا لیته قاس ذلک علی طلب الطبیعة حیث ان الطالب- ملک الطبیعة علی المأمور و استحقها منه- لم یجز له بحکم العقل مطالبة خصوصیة دون اخری.

و کذلک مسألة التملیک کما لا یخفی.

و اما علی الاشاعة.

کما یمکن ان یکون الوجه أیضا ان المشتری لم یشتر الکلی بما هو کلی، اذ لا تحقق له فی الخارج، بل الکلی بما هو متشخص فهو ذو حق فی التشخص أیضا فیجب ان یکون انطباق ذلک الکلی علی هذا الشخص برضاه، و الا لم یکن مؤدیا حقّه، فتأمل.

(فیا لیته قاس ذلک) ای طلب المشتری مع البائع (علی طلب) المولی (الطبیعة) من العبد کما لو قال له اعط صاعا من الحنطة للفقیر (حیث ان الطالب) و هو الفقیر- فی المثال- (- ملک الطبیعة علی المأمور) المکلف بالاعطاء (و استحقها) ای الطبیعة (منه) ای من المأمور (- لم یجز له بحکم العقل مطالبة خصوصیة دون اخری) بل الخصوصیة بید المأمور.

فاذا قاس القمی «ره» ما نحن فیه بطلب الطبیعة، ظهر له ان الخصوصیة لیست داخلة فی المبیع، فلیس للمشتری حق فی ان یطلب خصوصیة دون اخری.

(و کذلک) ای مثل الطلب (مسألة التملیک) ای مسألتنا (کما لا یخفی).

(و اما علی الاشاعة) بأن باعه الطبیعة المشاعة، لا الکلی فی المعین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۴

فلا اختیار لأحدهما لحصول الشرکة فیحتاج القسمة الی التراضی.

و منها انه لو تلف بعض الجملة و بقی مصداق الطبیعة انحصر حق المشتری فیه،

لأن کل فرد من افراد الطبیعة و ان کان قابلا لتعلق ملکه به بخصوصه، الا انه یتوقف علی تعیین مالک المجموع و اقباضه.

فکلما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلیة ملکیته للمشتری فعلا فینحصر فی الموجود.

(فلا اختیار لأحدهما) من البائع و المشتری، بل یلزم رضاهما معا (لحصول الشرکة) بین البائع و المشتری (فیحتاج القسمة الی التراضی) منهما معا.

(و منها انه لو تلف بعض الجملة) التی کان المبیع فی ضمنها (و بقی مصداق الطبیعة) سواء کان بمقدار المبیع، او اقل، کما لو اشتری صاعا من عشرة اصوع، فتلف تسعة او تسعة و نصف (انحصر حق المشتری فیه، لأن کل فرد من افراد الطبیعة و ان کان قابلا لتعلق

ملکه) ای ملک المشتری (به) ای بـذلک الفرد (بخصوصه، الا ـانه یتوقف) تعلق حق المشتری بهـذا دون ذاک (علی تعیین مـالک المجموع و اقباضه) للمشتری.

(فکلما تلف) من الصبرة- مثلا- (قبل اقباضه) قبل ان یقبض المالک حق المشتری (خرج عن قابلیة ملکیته للمشتری فعلا) اذ: لا یمکن ان یکون التالف ملکا للمشتری و الحال انه لم یقبضه بعد (فینحصر) ملک المشتری (فی الموجود).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۵

و هـذا بخلاف المشاع فـان ملک المشتری فعلا ـ ثـابت فی کل جزء من المال من دون حاجة الی اختیار، و اقباض، فکلما یتلف من المال، فقد تلف من المشتری جزء بنسبة حصته.

و منها انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا کلیا آخر،

فالظاهر انه اذا بقی صاع واحد کان للأول، لأن الکلی المبیع ثانیا انما هو سار فی مال البائع، و هو ما عدا الصاع من الصبرة

(و هـذا) الحکم انمـا هو فی المبیع الکلی (بخلاف المشاع) کمـا لو اشتری عشر عشـرة اصوع (فـان ملک المشتری فعلا) قبل القبض (ثابت فی کل جزء من المال من دون حاجة) فی ثبوت ملک المشتری (الی اختیار، و اقباض).

و علیه (فکلما یتلف من المال، فقد تلف من المشتری جزء بنسـبة حصـته) فاذا تلف عشـر المال فقد تلف عشر حصة المشتری اذا کان مال المشتری فی المجموع عشـرا، مثلا اذا کان المال مائة من و کانت للمشتری عشـرة، ثم تلف عشـرة، هل تلف من المشتری واحد و تلف من البائع تسعة؟ و هکذا.

(و منها انه لو فرضـنا ان البائع بعـد ما باع صاعا من الجملـة باع من شـخص آخر صاعا کلیا آخر، فالظاهر) من دلیل الاختصاص للصاع الأـخیر بهـذا المشتری (انه اذا بقی صـاع واحـد کـان للأول) و لا ـ یکون للثـانی، و لا ـ مجال للقرعـة، و لا لقاعـدة العـدل و الانصاف بالتنصیف (لأن الکلی المبیع ثانیا انما هو سار فی مال البائع، و هو ما عدا الصاع من الصبرة) «هو» راجع الی «مال البائع»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۶

فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جمیع ما کان الکلی فیه ساریا فقد تلف المبیع الثانی قبل القبض.

و هذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة.

[صور إقباض الکلی]

ثم اعلم: ان المبیع انمـا یبقی کلیا ما لم یقبض، و اما اذا قبض فان قبض منفردا عما عـداه کان مختصا بالمشتری، و ان قبض فی ضـمن الباقی بأن اقبضه البائع مجموع الصبرة، فیکون بعضة وفاء، و الباقی امانة حصلت

(فاذا تلف ما عدا الصاع) بأن بقی صاع فقط (فقد تلف جمیع ما کان الکلی فیه ساریا).

و علیه (فقد تلف المبیع الثانی قبل القبض) و التلف قبل القبض من مال مالکه.

(و هـذا بخلاـف ما لو قلنا بالاشاعـة) فان الباقی یکون علی ثلاثـة اقسام، قسم للمالک، و قسم للمشتری الأول، و قسم للمشتری الثانی، کل بنسبة حصته الی اصل المال.

ففی المثال السابق اذا بقی عشرة من المائة کان لکل واحد من المشتریین واحد، و للمالک ثمانیة.

(ثم اعلم: ان المبیع انمـا یبقی کلیـا مـا لم یقبض، و امـا اذا قبض فان قبض منفردا عما عـداه) کان قبض المشتری للواحـد من العشـرة،

واحدا (کان مختصا بالمشتری، و ان قبض فی ضمن الباقی) کان قبض المشتری للواحد من العشرة، کل العشرة (بأن اقبضه البائع مجموع الصبرة، فیکون بعضه) الخاص بالمشتری (وفاء، و الباقی امانة حصلت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۷

الشرکة لحصول ماله فی یده، و عدم توقفه علی تعیین و اقباض حتی یخرج التالف عن قابلیة تملک المشتری له فعلا، و ینحصر حقه فی الباقی فحینئذ حساب التالف علی البائع، دون المشتری ترجیح بلا مرجح، ف یحسب علیهما.

و الحاصل: ان کل جزء معین قبل الاقباض قابل لکونه کلا.

الشرکة) «حصلت» جواب «ان».

و انما تحصل الشرکة و الاشاعة، و لا تبقی علی الکلیة (لحصول ماله فی یده) ای حصول مال المشتری فی ید المشتری (و عدم توقفه علی تعیین و اقباض حتی یخرج التالف عن قابلیة تملک المشتری له) ای لذلک التالف (فعلا، و) حتی (ینحصر حقه) ای حق المشتری (فی الباقی)

و علی هذا (فحینئذ) یکون (حساب التالف علی البائع، دون المشتری ترجیح بلا مرجح، ف) اذا اردنا ان لا یکون ترجیح بلا مرجح یجب ان (یحسب) التالف (علیهما) البائع و المشتری بالنسبة.

اللهم الا ـ ان یقال: ان حصول المال فی ید المشتری لا یوجب الانقلاب عن الکلیة الی الاشتراک، لکون الانقلاب خلاف الاصل من غیر دلیل.

و حینئذ فاللازم اما ان یکون التلف من البائع کالسابق، او القرعة، او قاعدة العدل و الانصاف.

(و الحاصل) فی الاستدلال علی کون التالف منهما بعد الاقباض للجمیع (ان کل جزء معین قبل الاقباض قابل لکونه کلا) فیما اذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۸

او بعضا، ملکا فعلیا للمشتری.

و الملک الفعلی له حینئذ هو الکلی الساری، فالتالف المعین غیر قابل لکون جزئه محسوبا علی المشتری، لان تملکه لمعین موقوف علی اختیار البائع و اقباضه، ف یحسب علی البائع، بخلاف التالف بعد الاقباض، فان تملک المشتری لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الاقباض

فنسبة کل جزء معین من الجملة الی کل من

الجزء المعین بقدر مال المشتری کصاع- مثلا- (او بعضا) فیما اذا کان اکثر من مال المشتری، کصاعین- مثلا- فیما اذا کان ملک المشتری صاع واحد فقط (ملکا فعلیا للمشتری) بان یحصل الاقباض حتی یحصل الملک الفعلی.

(و) علیه ف (الملک الفعلی له) ای للمشتری (حینئذ) ای حین لم یقبض (هو الکلی الساری) فی مجموع الصبرة (فالتالف المعین) کما اذا تلف صاعان من صبرة قدرها عشرة اصوع (غیر قابل لکون جزئه محسوبا علی المشتری، لان) المشتری لم یملک شیئا معینا الآن، اذ (تملکه) ای المشتری (لمعین) خارجی (موقوف علی اختیار البائع و اقباضه، ف) اذ تلف شیء قبل القبض (یحسب) التالف (علی البائع، بخلاف التالف بعد الاقباض، فان تملک المشتری لمقدار منه) و هو الصاع مثلا، فیما اذا کان المشتری اشتری صاعا واحدا (حاصل فعلا لتحقق الاقباض) الّذی هو شرط حصول الملک فعلا.

(فنسبة کل جزء معین من الجملة) ای کل الصبرة (الی کل من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۱۹

البائع و المشتری علی حد سواء.

نعم لو لم یکن اقباض البائع للمجموع علی وجه الایفاء بل علی وجه التوکیل فی التعیین، او علی وجه الامانة حتی یعین البائع بعد ذلک کان حکمه حکم ما قبل القبض،

[لو باع ثمرة شجرات و استثنی منها أرطالا معلومة]

هذا کله مما لا اشکال فیه.

و انما الاشکال فی انهم ذکروا فیما لو باع ثمرة شجرات، و استثنی منها ارطالا معلومة

البائع و المشتری علی حد سواء).

و علیه فیکون التالف منهما معا بالنسبة.

(نعم لو لم یکن اقباض البائع للمجموع) الی المشتری للجزء (علی وجه الایفاء) ای ان البائع حین اعطی المشتری کل الصبرة لم یقصد ان یقبضه الجزء- المملوک للمشتری- إیفاء لحق المشتری (بل علی وجه التوکیل فی التعیین) بأن قال له: خذ هذا المجموع، و انت وکیل فی ان تعین مال نفسک من بین المجموع (او علی وجه الامانة) بأن قال: له هذه الجملة امانة عندک، حتی آتی لا قسم- مثلا- (حتی یعین البائع بعد ذلک) مال المشتری «حتی» غایة «للأمانة» (کان حکمه) ای حکم ما بعد القبض (حکم ما قبل القبض، هذا کله مما لا اشکال فیه) عند المصنف، و ان اشکل فی کلا الشقین من کون التالف من مال المشترک فی صورة الاعطاء للمجموع وفاء، من کون مال البائع فی صورة الاعطاء امانة.

(و انما الاشکال فی انهم ذکروا فیما لو باع ثمرة شجرات، و استثنی منها ارطالا معلومة) کما لو قال: بعتک ثمرة هذه الأشجار باستثناء عشرة

انه لو خاست الثمرة سقط من المستثنی بحسابه.

و ظاهر ذلک تنزیل الارطال المستثناة علی الاشاعة.

و لذا قال فی الدروس: ان فی هذا الحکم دلالة علی تنزیل الصاع من الصبرة علی الاشاعة.

و حینئذ یقع الاشکال فی الفرق بین المسألتین حیث ان مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق علی تنزیلها علی الاشاعة، و المشهور هنا

ارطال، فانها لی (انه لو خاست الثمرة) بعضا (سقط من المستثنی بحسابه) فاذا خاست نصف الثمرة سقط من الأرطال خمسة، و هکذا.

(و ظاهر ذلک) القول من الفقهاء (تنزیل الأرطال المستثناة علی الاشاعة) فان المال المشاع یحسب علی الطرفین.

اما لو کان کلیا فی المعین کان اللازم عدم تضرر البائع صاحب الارطال.

(و لذا) الّذی ذکرنا ان ظاهر کلامهم هنا حکمهم بالاشاعة (قال فی الدروس: ان فی هذا الحکم) بالسقوط من المستثنی بحسابه (دلالة علی تنزیل الصاع من الصبرة) فی مسألتنا- ای ما لو باع صاعا کلیا- (علی الاشاعة).

(و حینئذ) ای حین کان السقوط من الارطال بحساب الخیس (یقع الاشکال فی الفرق بین المسألتین) مسألة الارطال، و مسألة الاصوع (حیث ان مسألة) الارطال فی صورة (الاستثناء) لها عن المبیع (ظاهرهم الاتفاق علی تنزیلها علی الاشاعة، و المشهور هنا) فی مسألة

التنزیل علی الکلی، بل لم یعرف من جزم بالاشاعة.

و ربما یفرق بین المسألتین بالنص فیما نحن فیه علی التنزیل علی الکلی.

و هو ما تقدم من الصحیحة المتقدمة.

و فیه ان النص ان استفید منه حکم القاعدة لزم التعدی عن مورده الی مسألة الاستثناء او بیان الفارق.

الاصوع (التنزیل علی الکلی، بل لم یعرف من جزم بالاشاعة) هنا، مع ان الظاهر ان المسألتین من واد واحد.

(و ربما یفرق بین المسألتین) مسألة الارطال و مسألة الصیعان (بالنص فیما نحن فیه) مسألة الصیعان (علی التنزیل علی الکلی) و الا فمقتضی القاعدة الشرکة و الاشاعة.

(و) النص (هو ما تقدم من الصحیحة المتقدمة) و هی صحیحة اطنان القصب.

(و فیه) ان هذا الفارق لیس بتام.

اذ: (ان النص ان استفید منه حکم القاعدة) و انه کلما کان هناک مال خرج منه بعضه کان ذلک البعض علی نحو الکلی، لا علی نحو الاشاعة (لزم التعدی عن مورده) ای مورد النص (الی مسألة الاستثناء) ای الارطال، لأن مسألة الارطال أیضا صغری من صغریات القاعدة (او بیان الفارق) بین الارطال و بین الاصوع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۲

و خروجها عن القاعدة- و ان اقتصر علی موردها- لم یتعد الی غیر مورده حتی فی البیع الا بعد ابداء الفرق بین موارد التعدی، و بین مسألة الاستثناء.

و بالجملة: فالنص بنفسه لا یصلح فارقا مع البناء علی التعدی عن مورده الشخصی.

و اضعف من ذلک الفرق بقیام الاجماع علی الاشاعة فی مسألة الاستثناء،

(و خروجها) ای مسألة الارطال (عن القاعدة- و ان اقتصر علی موردها-) ای مورد الصحیحة (لم یتعد الی غیر مورده) ای غیر مورد النص- و هو الاطنان من القصب- (حتی فی البیع) کما لو کان المبیع امنان من الحنطة لا اطنان من القصب.

ان قلت: نتعدی الی بعض الموارد کالبیع، لا بعض الموارد الأخر کمسألة الارطال؟

قلت: لا- یصح هذا الفرق (الا بعد ابداء الفرق بین موارد التعدی و بین مسألة الاستثناء) فلم تتعدون من القصب الی الحنطة؟ و لا تتعدون الی استثناء الارطال، مع انهما من واد واحد.

(و بالجملة: فالنص بنفسه لا یصلح فارقا) بین الأرطال و الصیعان (مع البناء علی التعدی عن مورده الشخصی) نعم اذا لم نقل بالتعدی صح النص فارقا.

(و اضعف من ذلک) الفارق (الفرق بقیام الاجماع علی الاشاعة فی مسألة الاستثناء)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۳

لأنا نقطع بعدم استناد المجمعین فیها الی توقیف بالخصوص.

و أضعف من هذین الفرق بین مسألة الاستثناء و مسألة الزکاة، و غیرهما مما یحمل الکلی فیها علی الاشاعة، و بین البیع باعتبار القبض فی لزوم البیع و ایجابه علی البائع.

فمع وجود فرد یتحقق فیه البیع یجب دفعه الی المشتری.

ای استثناء الأرطال و لو لا الاجماع، لکان اللازم ان نقول مسألة الأرطال أیضا یجب ان تکون من باب الکلی.

و انما كان هذا الفارق اضـعف (لأنا نقطع بعدم اسـتناد المجمعين فيها) اى فى مسألة الاسـتثناء (الى توقيف بالخصوص) بل قالوا ذلك عن ما رواه دليلا لذلك، فاللازم النظر فى مستندهم، فان الاجماع محتمل الاستناد ليس بحجة.

(و اضـعف من هذين) الفارقين (الفرق بين مسألة الاسـتثناء و مسألة الزكاة، و غيرهما) كمسألة الخمس (مما يحمل الكلى فيها) اى فى تلـك المسائـل (على الاشاعـة، و بين الـبيع باعتبـار القبض) الجـار متعلق ب «الفرق» (فى لزوم البيع و ايجـابه) اى بايجـاب القبض البيع (على البائع).

فحيث ان الزكـاة و الارطال لا تحتاجان الى القبض، و البيع يحتاج الى القبض كانت المسألتان من باب الاشاعـة و مسألـة البيع من باب الكلى.

(فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع) كالأطنـان الباقيـة من القصب (يجب دفعه الى المشترى) بكامله بـدون اشتراك البائع للمشترى- حتى يكون من باب الاشاعة-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۴

اذ هو شبه الكلى فى الذمة.

و فيه مع ان ايجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاة و الاستثناء

(اذ هو) اى الكلى فى المعين (شـبه الكلى فى الذمـة) حيث انه يجب على صاحب الذمـة اعطاء الفرد الموجود الى المشترى، بـدون ان يكون شريكا له، اذ تلف مال صاحب الذمة لا يوجب تحمل المشترى لبعض ذاك التالف.

و حاصل هـذا الفرق: ان الزكاة و الأرطال لا يحتاجان الى القبض فى ملكيـة مسـتحق الزكاة و الأرطال، بل المال الزكوى و الثمرة ذات الأرطـال المسـتثناة من الآن- و قبل القبض- مشترك بين صاحب المال و بين مسـتحق الارطال و مسـتحق الزكاة، فاذا ذهب من المال شىء ذهب منهما معا، لا من صاحب المال فقط بخلاف المال فى باب البيع، فان كل المال للمالك.

و انما يكون مالا للمشترى اذا قبض المشترى لحصته، فاذا لم يحصل القبض و تلف شىء من المال يكون التالف من ملك البائع فقط، هذا أولا.

و ثانيـا: ان الفـارق بين الارطـال و الزكـاة، و بين الـبيع، هو ان القبض يوجب اللزوم فى الـبيع دون الارطـال و الزكـاة، فـان اللزوم فيهما حاصل، و ان لم يقبض صاحب الزكاة و مالك الثمرة.

(و فيه مع ان ايجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاة و الاستثناء).

اذ كما يجب قبض المبيع كذلك يجب قبض الزكاة و الأرطال، فلا يكون الايجاب فارقا لوجود الايجاب فى المسائل الثلاث.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۵

ان ايجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه، اذ مع عدم بقائه كلا او بعضا ينفسخ البيع فى التالف.

و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الاشاعة.

فنفى الاشاعة بوجوب الاقباض لا يخلو عن مصادرة كما لا يخفى.

و اما مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له اصلا فى الفرق.

و (ان ايجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه، اذ مع عـدم بقائه كلا) بأن تلف كل المبيع (او بعضا) بأن تلف بعض المبيع (ينفسـخ البيع فى التالف) لقاعدة ان التلف قبل القبض من مال مالكه.

(و الحكم بالبقـاء) اى حكمنـا بأن مال المشترى باق- و لم يكن جزءا من التالف- (يتوقف على نفى الاشاعـة) اذ لو كان المال مشاعا،

لکان التالف منهما معا لا من البائع وحده.

(ف) اذا اردتم اثبات (نفی الاشاعة ب) دلیل (وجوب الاقباض) کان هذا الاستدلال (لا یخلو عن مصادرة) و جعل المدعی دلیلا، فان «وجوب القبض» متوقف علی «عدم التلف» و «عدم التلف» متوقف علی «الاشاعة».

فاذا ارید اثبات «عدم الاشاعة» من «وجوب القبض» دار (کما لا یخفی) هذا کله رد لقوله «و ایجابه علی البائع».

(و اما مدخلیة القبض فی اللزوم) الّذی جعله القائل فارقا بین البیع، و بین مسألة الارطال و الزکاة (فلا دخل له اصلا فی الفرق) فان المال لو کان مشترکا بینهما لزم ان یکون التالف منهما، سواء کان مالکیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۶

و مثله فی الضعف: لو لم یکن عینه ما فی مفتاح الکرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض، فیلزم علی البائع تسلیم المبیع منها و ان بقی قدره، فلا ینقص المبیع لأجله بخلاف الاستثناء فان التلف فیه بعد القبض.

و المستثنی بید المشتری امانة علی الاشاعة بینهما فیوزع الناقص علیها.

و لهذا لم یحکم بضمان المشتری هنا، بخلاف البائع هناک،

احدهما للمال علی نحو اللزوم، أم لا.

(و مثله فی الضعف: لو لم یکن) هذا الفارق (عینه) ای عین الفارق السابق (ما فی مفتاح الکرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة) المبیع صاع منها (قبل القبض ف) لم یکن التالف مربوطا بالمشتری اصلا، بل (یلزم علی البائع تسلیم) الصاع (المبیع منها) ای من الصبرة (و ان بقی) من الصبرة (قدره) ای فقط قدر المبیع.

و علیه (فلا ینقص المبیع) من المشتری (لأجله) ای لأجل التلف (بخلاف الاستثناء) فی الأرطال (فان التلف فیه) یکون (بعد القبض) فان المالک البائع للثمرة الّذی استثنی لنفسه ارطالا کان قابضا للارطال.

(و المستثنی) ای الارطال (بید المشتری امانة علی الاشاعة بینهما) الأرطال مشاعا للبائع، و ما بقی مشاعا للمشتری (فیوزع الناقص علیها) بالنسبة.

(و لهذا) الّذی کانت الأرطال امانة بید المشتری (لم یحکم بضمان المشتری هنا) فی باب الارطال (بخلاف البائع هناک) فی الصاع من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۷

انتهی.

و فیه- مع ما عرفت- من ان التلف من الصبرة قبل القبض انما یوجب تسلیم تمام المبیع من الباقی بعد ثبوت عدم الاشاعة فکیف یثبت به انه ان ارید من کون التلف فی مسألة الاستثناء بعد القبض، انه بعد قبض المشتری.

ففیه انه موجب لخروج البائع عن ضمان ما یتلف من مال المشتری

الصبرة، حیث انه لو تلف المال کلا کان ضامنا لحصة المشتری.

و قد ظهر ان الفارق السابق کان یفرق بین مسألتی الارطال و الزکاة و بین مسألة البیع بالایجاب و اللزوم.

و هذا الفارق بینهما ما یقبض، و کلا الفارقین قریب المخرج و لذا قال المصنف «لو لم یکن عینه» (انتهی) کلام مفتاح الکرامة.

(و فیه- مع ما عرفت-) فی جواب الفارق السابق (من ان التلف من الصبرة قبل القبض انما یوجب تسلیم تمام المبیع من الباقی بعد ثبوت عدم الاشاعة) بین البائع و المشتری (فکیف یثبت) عدم الاشاعة (به) ای بوجوب تسلیم تمام المبیع، لما عرفت من انه دور و

مصادرة (انه) هذا جواب مفتاح الکرامة، مربوط به «فیه» (ان ارید من کون التلف فی مسألة الاستثناء بعد القبض، انه بعد قبض المشتری) ای ارید بالقبض قبض المشتری، و «انه» نائب «ارید».

(ففیه انه) ای قبض المشتری (موجب لخروج البائع عن ضمان ما یتلف من مال المشتری).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۸

و لا کلام فیه و لا اشکال، و انما الاشکال فی الفرق بین المشتری فی مسألة الصاع و البائع فی مسألة الاستثناء.

حیث ان کلا منهما یستحق مقدارا من المجموع لم یقبضه مستحقه، فکیف یحسب نقص التلف علی احدهما دون الآخر، مع اشتراکهما فی عدم قبض حقهما الکلی.

و ان ارید من کون التلف بعد القبض

اذ: المشتری لما اخذ البستان فلا ضمان علی البائع، فان التلف قبل القبض من مال مالکه، لا التلف بعد القبض (و لا کلام فیه و لا اشکال، و انما الاشکال فی الفرق بین المشتری فی مسألة الصاع) حیث تقولون انه لو تلف المال بید البائع لا ینقص من المشتری شیء (و) بین (البائع فی مسألة الاستثناء) حیث تقولون انه لو تلف المال بید المشتری کان البائع أیضا یرد علیه النقص، مع ان البائع لم یتسلّم ارطاله، کما لم یتسلم المشتری فی مسألة الصاع صیعانه.

(حیث ان کلا منهما) البائع فی الارطال و المشتری فی الصیعان (یستحق مقدارا من المجموع) مجموع الصبرة و مجموع الثمرة (لم یقبضه مستحقه، فکیف یحسب نقص التلف علی احدهما) البائع فی الارطال (دون الآخر) المشتری فی الصیعان (مع اشتراکهما) ای البائع و المشتری (فی عدم قبض حقهما الکلی) فاللازم اما اشتراکهما فی النقص او عدم اشتراکهما فیه.

(و ان ارید من کون التلف بعد القبض) فی مسألة استثناء الارطال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۲۹

ان الکلی الّذی یستحقه البائع قد کان فی یده بعد العقد، فحصل الاشتراک، فاذا دفع الکلی الی المشتری، فقد دفع مالا مشترکا، فهو نظیر ما اذا دفع البائع مجموع الصبرة الی المشتری، فالاشتراک کان قبل القبض.

ففیه ان الاشکال بحاله، اذ یبقی سؤال الفرق بین قوله: بعتک

قبض البائع.

بمعنی (ان الکلی الّذی یستحقه البائع قد کان فی یده بعد العقد فحصل الاشتراک) بسبب بیع البائع الثمرة للمشتری (فاذا دفع) البائع (الکل) من حصة نفسه و حصة المشتری (الی المشتری، فقد دفع مالا مشترکا، فهو نظیر ما اذا دفع البائع) للصیعان (مجموع الصبرة الی المشتری) حیث ان الصبرة فی هذا الحال تکون مشترکة بین البائع و المشتری (فالاشتراک کان قبل القبض).

و حاصل الفرق ان الصاع لم یکن مقبوضا للمشتری، فاذا تلف شیء لم یذهب من کیس المشتری، و الرطل کان مقبوضا للبائع فاذا تلف شیء ذهب من کیس البائع.

(ففیه ان الاشکال) فی الفارق بین المسألتین (بحاله، اذ یبقی سؤال الفرق) بین المسألتین، لأنا لا نسلم ان کون المال بید البائع- فی مسألة الثمرة- یعد قبضا للبائع، بل قبض البائع انما یتحقق اذا سلّمه المشتری ارطاله.

اذ: ما هو الفرق (بین قوله: بعتک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۰

صاعا من هذه الصبرة، و بین قوله: بعتک هذه الصبرة او هذه الثمرة إلا صاعا منها.

و ما الموجب للاشتراک فی الثانی دون الأول؟ مع کون مقتضی الکلی عدم تعیین فرد منه او جزء منه لمالکه الا بعد اقباض مالک الکل الّذی هو المشتری فی مسألة الاستثناء.

فان کون الکل بید البائع المالک للکلی لا یوجب الاشتراک، هذا.

صاعا من هذه الصبرة) فی مسألة الصیعان (و بین قوله: بعتک هذه الصبرة او هذه الثمرة الا صاعا منها) فی مسألة الارطال.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱۰، ص: ۱۳۰

(و ما الموجب للاشتراک) بین البائع و المشتری- حیث یکون التالف منهما- (فی الثانی) استثناء ارطال من الثمرة (دون الأول) بیع صاع من الصبرة (مع کون مقتضی) بیع (الکلی) فی الصاع او استثناء الکلی فی الثمرة (عدم تعیین فرد منه) فیما لو قال المالک: بعتک الصبرة الا صاعا (او جزء منه لمالکه) فیما لو قال المالک: بعتک الثمرة إلا عشرا منها- فی مسألة الارطال- (الا بعد اقباض مالک الکل الّذی هو المشتری فی مسألة الاستثناء) مال المالک البائع له.

اذ قبل ان یسلّمه المشتری ثمرته کانت الثمرة المملوکة للمالک البائع کلیا غیر مقبوض.

(ف) ان قلت: کیف تقولون ان المالک البائع لم یقبض الثمرة؟ و الحال ان کل المال کان بیده قبل ان یسلّمه للمشتری؟

قلت: (ان کون الکل بید البائع المالک للکلی) فی مسألة الارطال (لا یوجب الاشتراک، هذا) کله تزییف للفرق بین الارطال و الاصوع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۱

مع انه لم یعلم من الأصحاب فی مسألة الاستثناء الحکم بعد العقد بالاشتراک، و عدم جواز تصرف المشتری الا باذن البائع کما یشعر به فتوی جماعة، منهم: الشهیدان، و المحقق الثانی، بأنه لو فرط المشتری وجب اداء المستثنی من الباقی.

و یمکن ان یقال

(مع انه لم یعلم من الأصحاب فی مسألة الاستثنا) للارطال (الحکم بعد العقد) ببیع الثمرة (بالاشتراک) بین البائع و المشتری (و عدم جواز تصرف المشتری) فی الثمرة (الا باذن البائع).

مع ان مقتضی کلام مفتاح الکرامة بالاشتراک، انه لا یجوز للمشتری التصرف فی الثمرة- کما هو کذلک فی کل مال مشترک- بخلاف ما اذا قلنا بأن حق البائع فی الثمرة من باب الکلی فانه یجوز للمشتری التصرف (کما یشعر به) ای بجواز تصرف المشتری الملازم لعدم الاشتراک (فتوی جماعة، منهم: الشهیدان، و المحقق الثانی، بأنه لو فرط المشتری) فتلف بعض الثمرة (وجب) علی المشتری (اداء المستثنی من الباقی) فان هذا الکلام ظاهر فی کون حق البائع کلیا، لا مشترکا.

اذ لو کان مشترکا، لم یلزم المشتری الا باداء المثل او القیمة.

و من المعلوم: ان المثل لا ینحصر فی الباقی بل یمکن اعطاء المثل من مکان آخر، فقولهم بوجوب الاداء من الباقی دلیل علی انهم یرون ان حق البائع فی المال من باب الکلی فی المعین، لا من باب الاشتراک.

(و یمکن ان یقال) فی الفرق بین مسألة الارطال التی جعلوها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۲

ان بناء المشهور فی مسألة استثناء الارطال ان کان علی عدم الاشاعة قبل التلف و اختصاص الاشتراک بالتالف دون الموجود کما ینبئ عنه فتوی جماعة منهم: بأنه لو کان تلف البعض بتفریط المشتری کان حصة البائع فی الباقی.

مشترکة، و بین مسألة الاصوع التی جعلوها کلیا، ان وجه الاشتراک فی باب الارطال، ان لکل من البائع و المشتری قدر کلی «البائع کلی عشرة ارطال» و «المشتری کلی تسعین رطلا»- فیما اذا کان فی البستان مائة رطل مثلا، فاذا تلف شیء لم یکن تلفه من صاحب هذا الکلی اولی من تلفه من صاحب ذلک الکلی فاللازم ان نقول: بأن التالف منهما-.

و هذا حاصل قول المصنف «و ان کان بنائهم» ذکرناه فقط لتقریب ذهن الطالب الی حاصل الجواب.

و کیف کان، نقول فی بیان الفارق بین مسألتی الأرطال و الاصوع (ان بناء المشهور فی مسألة استثناء الارطال ان کان علی عدم الاشاعة) ای عدم الاشتراک (قبل التلف) للثمرة (و اختصاص الاشتراک بالتالف دون الموجود) یعنی «ان الموجود من الثمرة کلی» و «التالف منهما مشترک».

و بناء علی هذا یرد سؤال الفرق بین مسألتی الارطال و الاصوع سؤالا فی نصف مسألة الارطال، و النصف هو حال التلف فقط (کما ینبئ عنه) ای عن اختصاص الاشتراک بالتالف دون الموجود (فتوی جماعة منهم بأنه لو کان تلف البعض بتفریط المشتری کان حصة البائع فی الباقی) فانه ظاهر فی ان کون الثمرة مشترکة انما هو بعد التلف، لا قبل التلف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۳

و یؤیده استمرار السیرة- فی صورة استثناء الارطال المعلومة من الثمرة- علی استقلال المشتری فی التصرف، و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشرکاء.

فالمسألتان مشترکتان فی التنزیل علی الکلی، و لا فرق بینهما الا فی بعض ثمرات التنزیل علی الکل، و هو حساب التالف علیهما.

و لا یحضرنی وجه واضح فهذا الفرق، الا دعوی ان المتبادر من الکلی المستثنی

(و یؤیده) ای یؤید عدم الاشتراک فی حال وجود الثمرة (استمرار السیرة) من المتدینین (- فی صورة استثناء الارطال المعلومة من الثمرة علی استقلال المشتری فی التصرف، و) علی (عدم المعاملة مع البائع معاملة الشرکاء) و لو کان فی حال الوجود مشاعا مشترکا لم یکن وجه لهذه السیرة.

(فالمسألتان) جواب «ان کان علی عدم الاشاعة» ای مسألة الارطال و مسألة الاصوع (مشترکتان فی التنزیل علی الکلی) فمال المشتری فی الصبرة کلی، و مال البائع فی الثمرة کلی (و لا فرق بینهما) ای بین المسألتین (الا فی بعض ثمرات التنزیل علی الکل، و) ذلک البعض الفارق (هو حساب التالف علیهما) ای علی البائع و المشتری، فان حساب التالف علیهما خلاف مسألة الکلی، و انما هو من مقتضی الاشاعة.

(و لا یحضرنی وجه واضح لهذا الفرق) بین حالة وجود الثمرة فحصة البائع کلی، و حالة تلف الثمرة فحصة البائع علی نحو الاشاعة (الا دعوی ان المتبادر من الکلی المستثنی) للبائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۴

هو الکلی الشائع فیما یسلم للمشتری، لا مطلق الموجود وقت البیع.

و ان کان بنائهم علی الاشاعة من اوّل الأمر امکن ان یکون الوجه فی ذلک ان المستثنی کما یکون ظاهر فی الکلی، کذلک یکون عنوان المستثنی منه الّذی انتقل الی المشتری، بالبیع کلیا، بمعنی انه ملحوظ

(هو الکلی الشائع فیما یسلم للمشتری) یعنی انه اذا قال: بعتک الثمرة باستثناء عشرة ارطال، کان ظاهر هذا الکلام «استحقاقی لعشرة ارطال مما یبقی بعد التلف، لا عشرة ارطال من التالف و الباقی».

و علیه: فانما یجب علی البائع تدارک التالف مما یبقی، لا لعدم الاشاعة، بل المال مشاع، و انما یرفع الید عن بعض ثمرات الاشاعة «و هی کون التلف منهما» لأجل التبادر، (لا مطلق الموجود) من الثمرة (وقت البیع) «لا» عطف علی «هو الکلی الشائع».

فتحصل: ان الاشکال هو «لما ذا قال المشهور بالاشاعة فی الارطال، و بالکلی فی الصاع؟».

و الجواب: «ان المشهور قالوا بالکلی فی الارطال أیضا قبل التلف و انما قالوا بالاشاعة بعد التلف، لأجل التبادر» فتأمل.

(و ان کان بنائهم علی الاشاعة من اوّل الأمر) حتی قبل التلف (امکن ان یکون الوجه فی ذلک) فی الصیعان و الارطال (ان المستثنی) من الارطال (کما یکون ظاهرا فی الکلی، کذلک یکون عنوان المستثنی منه) ای الّذی کان للمشتری- کتسعین رطل فی المثال المتقدم- (الّذی انتقل الی المشتری، ب) سبب (البیع) أیضا (کلیا، بمعنی انه ملحوظ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۵

بعنوان کلی یقع علیه البیع.

فمعنی، بعتک هذه الصبرة إلا صاعا منها: بعتک الکلی الخارجی الّذی هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو کلی کنفس الصاع.

فکل منهما مالک لعنوان کلی، فالموجود مشترک بینهما، لان نسبة کل جزء منه الی کل منهما علی نهج سواء.

فتخصیص احدهما به ترجیح من غیر مرجح و کذا التالف

بعنوان کلی یقع علیه البیع) فلکل من البائع و من المشتری، فی «الارطال» الکلی.

(فمعنی بعتک هذه الصبرة إلا صاعا منها)- و هی مسألة الارطال کمالا یخفی- (بعتک الکلی الخارجی) ای فی المعین، مقابل الکلی الذمی (الّذی هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو) ای المستثنی منه (کلی کنفس الصاع) المستثنی- فی مثال الارطال-.

(فکل منهما) البائع و المشتری، فی مسألة الارطال (مالک لعنوان کلی) المشتری لتسعین رطل کلی، و البائع لعشرة ارطال کلی- فی المثال السابق- (فالموجود مشترک بینهما، لان نسبة کل جزء منه) ای من الموجود (الی کل منهما) ای البائع و المشتری (علی نهج سواء)

(ف) اذا تلف البعض کان (تخصیص احدهما) من البائع و المشتری (به) ای بالموجود (ترجیح من غیر مرجح).

و لذا نقول: بکون التلف یکون منهما و الموجود یکون لهما (و کذا التالف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۶

نسبته إلیهما علی السواء فیحسب علیهما.

و هذا بخلاف ما اذا کان المبیع کلیا، فان مال البائع لیس ملحوظا بعنوان کلی فی قولنا: بعتک صاعا من هذه الصبرة، اذ لم یقع موضوع الحکم فی هذا الکلام حتی یلحظ بعنوان کلی کنفس الصاع.

فان قلت: ان مال البائع بعد بیع الصاع لیس جزئیا حقیقیا متشخصا فی الخارج، فیکون کلیا کنفس الصاع.

نسبته إلیهما علی السواء فیحسب علیهما) لقاعدة العدل و الانصاف.

(و هذا بخلاف ما اذا کان المبیع کلیا) فی مسألة صاع الصبرة (فان مال البائع لیس ملحوظا بعنوان کلی فی قولنا: بعتک صاعا من هذه الصبرة، اذ لم یقع) مال البائع (موضوع الحکم فی هذا الکلام) ای فی قوله: بعتک صاعا (حتی یلحظ) مال البائع (بعنوان کلی کنفس الصاع) الّذی وقع موضوع الحکم فکان کلیا.

و علیه فاذا تلف شیء کان من مال البائع، لا من البائع و المشتری معا.

اذ الکلی الّذی هو للمشتری باق فلا وجه لورود التلف علیه.

(فان قلت) فی کلتا مسألتی الصاع و الرطل مال کل من البائع و المشتری کلی، فلیس مالهما کلیا فی مسألة الأرطال فقط، لا مسألة الصاع، فأیضا لا فرق بین المسألتین (ان مال البائع بعد بیع الصاع لیس جزئیا حقیقیا متشخصا فی الخارج، فیکون) مال البائع أیضا (کلیا کنفس الصاع) الّذی للمشتری، و مقتضی ذلک انه اذا تلف بعضه یکون منهما، لا من البائع فقط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۷

قلت: نعم، و لکن ملکیة البائع له لیس بعنوان کلی حتی یبقی ما بقی ذلک العنوان، لیکون الباقی- بعد تلف البعض- مصداقا لهذا العنوان، و عنوان الصاع علی نهج سواء، لیلزم من تحصیصه بأحدهما الترجیح من غیر مرجح، فیجیء الاشتراک، فاذا لم یبق إلا صاع، کان الموجود مصداقا لعنوان ملک المشتری، فیحکم بکونه مالکا له، و لا یزاحمه بقاء عنوان ملک البائع،

(قلت: نعم) لیس مال البائع جزئیا حقیقیا (و لکن ملکیة البائع له) ای للمال و هی الاصوع الباقیة (لیس بعنوان کلی) مثل ان یکون کلی تسعة اصوع مال البائع، کما ان کلی الصاع الواحد مال المشتری (حتی یبقی) مال البائع (ما بقی ذلک العنوان) الکلی (لیکون الباقی- من المال (بعد تلف البعض-) کما لو تلف صاع مثلا- (مصداقا لهذا العنوان) ای عنوان مال البائع و هو تسعة اصوع مثلا (و عنوان الصاع) و هو مال المشتری (علی نهج سواء، لیلزم من تخصیصه) ای العنوان (بأحدهما) بأن نقول: هذا الباقی خاص بالمشتری او بالبائع- ای بالنسبة الی صاع منه فیما لو تلف صاع فقط- (الترجیح من غیر مرجح).

و حیث یستحیل الترجیح من غیر مرجح (فیجیء الاشتراک) ای لیس هکذا.

و علی هذا (فاذا لم یبق إلا صاع، کان الموجود مصداقا لعنوان ملک المشتری، فیحکم بکونه) ای المشتری (مالکا له) ای للباقی (و لا یزاحمه) ای لا یزاحم عنوان ملک المشتری (بقاء عنوان ملک البائع) لأن ملک البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۸

فتأمل، هذا ما خطر عاجلا بالبال، و قد او کلنا تحقیق هذا المقام الّذی لم یبلغ إلیه ذهنی القاصر الی نظر الناظر البصیر الخبیر الماهر عفی اللّه عن الزلل فی المعاثر.

[أقسام بیع الصبرة]

قال فی الروضة- تبعا للمحکی عن حواشی الشهید- ان اقسام بیع الصبرة عشرة، لأنها اما ان یکون معلومة المقدار، او مجهولته

لا عنوان له حتی یزاحم عنوان ملک المشتری.

و الحاصل: انه کلما کان هناک عنوانان، عنوان للبائع و عنوان للمشتری، کان بینهما الاشتراک، کما فی استثناء الارطال.

اذ للبائع عنوان «الارطال» و للمشتری عنوان «الکلی الا الأرطال».

و کلما کان هناک عنوان واحد لم یکن اشتراک، فیقدم صاحب العنوان الواحد لدی التزاحم کما فی مسألة الاصوع، فان للمشتری عنوان «مالکیة الصاع» و لیس للبائع عنوان «مالکیة الاصوع الباقیة» (فتأمل).

اذ کیف تقولون: بأنه لا عنوان للبائع فی الاصوع، و له العنوان فی استثناء الارطال (هذا ما خطر عاجلا بالبال) فی الفرق بین الاصوع و بین الارطال (و قد اوکلنا تحقیق هذا المقام الّذی لم یبلغ إلیه ذهنی القاصر) أوکلناه (الی نظر الناظر البصیر الخبیر الماهر عفی اللّه عن الزلل فی المعاثر) ای محلات السقوط و الزلل.

(قال فی الروضة) شرح اللمعة (- تبعا للمحکی عن حواشی الشهید-) الأول (ان اقسام بیع الصبرة عشرة، لأنها) ای الصبرة (اما ان یکون معلومة المقدار) کعشرة اصوع مثلا (او مجهولته) کأن لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۳۹

فان کانت معلومة «۱» صح بیعها اجمع «۲» و بیع جزء منها معلوم مشاع «۳» و بیع مقدار کقفیز تشتمل علیه «۴» و بیعها کل قفیز بکذا «۵» لا بیع کل قفیز منها بکذا.

یعلم هل انها عشرة او عشرون؟ (فان کانت معلومة «۱» صح بیعها اجمع «۲» و بیع جزء منها معلوم مشاع) صفتان ل «جزء» کالعشر مثلا («۳» و بیع مقدار کقفیز تشتمل) تلک الصبرة (علیه) اذ لا یصح بیع عشرین قفیز مثلا فیما اذا کانت الصبرة عشرة فقط («۴» و بیعها کل قفیز بکذا) بأن یبیع کل الصبرة کل قفیز بدرهم- مثلا- فیکون المبیع، الکلی، و لکن هو فی قوة عشرة بیوع، و قالوا فی مثله بأن کل بیع له حکمه الخاص، مثلا اذا باع العباءة و القباء بدرهمین فله صورتان:

الأولی: ان یبیعهما، بیعا واحدا، و حینئذ یکون العیب فی احدهما مثلا- موجبا لردهما لا لرد احدهما.

الثانیة: ان یبیعهما بیعین لکن فی صیغة واحدة- کما لو زوج بنت زید لعمرو و بنت خالد لبکر بلفظ واحد، فانهما نکاحان لکن اللفظ واحد، و لذا یکون فی حکم نکاحین مستقلین- و حینئذ یکون العیب فی احدهما- مثلا- موجبا لرده فقط، لا لردهما («۵» لا) انه یجوز (بیع کل قفیز منها بکذا) بدون ان یکون مقدار المبیع معلوما، حتی انه لا یعلم هل باع قفیزا او قفیزین او اکثر؟ لأنه مجهول، و قد قالوا انه لو قال: آجرتک الدار سنة کل شهر بدینار صح، و لو قال: آجرتک کل شهر بدینار لم یصح، لأنه لا یعلم کم شهرا آجرها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۰

و المجهولة کلها باطلة، الا الثالث و هو بیع مقدار معلوم تشتمل الصبرة علیه، و لو لم یعلم باشتمالها علیه.

فظاهر القواعد و المحکی عن حواشی الشهید، و غیرهما عدم الصحة و استحسنه فی الروضة، ثم قال: و لو قیل: بالاکتفاء بالظن باشتمالها علیه کان متجها.

و المحکی عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة، قال فیها و ان نقصت

(و) الصور الخمسة الاخری و هی الصبرة (المجهولة) المقدار بأن لم یعلم هل انها عشرة اصوع او اکثر او اقل؟ (کلها باطلة، الا الثالث و هو بیع مقدار معلوم) کقفیز (تشتمل الصبرة علیه) اذ المبیع معلوم حینئذ فلا وجه للقول ببطلان البیع بالنسبة إلیه (و لو) باع مقدارا (لم یعلم باشتمالها) ای الصبرة (علیه) کما لو باع عشرة اصوع و لم یعلم هل ان الصبرة تحتوی علی عشرة اصوع، أم لا؟

(فظاهر القواعد و المحکی عن حواشی الشهید، و غیرهما عدم الصحة) للجهالة (و استحسنه) ای عدم الصحة (فی الروضة، ثم قال: و لو قیل: بالاکتفاء بالظن باشتمالها) ای الصبرة و «باشتمال» متعلق ب «الظن» (علیه) ای علی ذلک المقدار المبیع (کان متجها) لاعتبار الظن بالموضوعات عند العقلاء و الشارع لم یردع عن ذلک.

(و المحکی عن ظاهر الدروس، و اللمعة: الصحة، قال فیها) ای فی اللمعة (و ان نقصت) الصبرة عن القدر المقرر بیعه، کما لو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۱

تخیر بین اخذ الموجود منها بحصة الثمن، و بین الفسخ لتبعض الصفقة.

و ربما یحکی عن المبسوط و الخلاف خلافه، و لا- یخلو عن قوة، و ان کان فی تعیینه نظر لا لتدارک الغرر بالخیار لما عرفت- غیر مرة- من ان الغرر انما یلاحظ فی البیع مع قطع النظر عن الخیار

اشتراها علی انها عشرة اصوع بعشرة دراهم، فظهرت تسعة اصوع (تخیر) المشتری (بین اخذ الموجود منها) و هی التسعة (بحصة من الثمن) نسبتها الی اصل الثمن کنسبة السلعة الموجودة الی السلعة التی قرروها عند البیع فیعطی تسعة دراهم فی المثال (و بین الفسخ لتبعض الصفقة) فان احد اقسام الخیار تبعض الصفقة.

(و ربما یحکی عن المبسوط و الخلاف خلافه) و هو انه اذا لم یعلم باشتمال الصبرة علی المقدار المقرر لم یصح البیع (و لا یخلو) عدم الصحة (عن قوة، و ان کان فی تعیینه) ای البطلان، و الضمیر راجع الی «خلافه» (نظر).

اذ: یحتمل ان یکون صحیحا، و الحاصل انا نقوی البطلان، و ان کنا نحتمل الصحة أیضا.

و انما نحتمل الصحة التی اشرنا إلیها بقولنا «و ان کان فی تعیینه نظر» (لا لتدارک الغرر بالخیار) فان بعضا قالوا بالصحة و استدلوا لذلک بأنه لا محذور فیه الا الضرر و الضرر یتدارک بالخیار.

و انما قلنا «لا لتدارک» (لما عرفت- غیر مرة- من ان الغرر انما یلاحظ فی البیع مع قطع النظر عن الخیار) ای یلزم ان نری هل البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۲

الّذی هو من احکام العقد، فلا یرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

و ان قیل عدم العلم بالوجود من اعظم افراد الغرر.

قلنا: نعم اذا بنی العقد علی جعل الثمن فی مقابل الموجود، و اما اذا بنی علی توزیع الثمن علی مجموع المبیع غیر معلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا.

بنفسه غرری أم لا؟ اما رفع الغرر بالخیار فهو لا یستوجب ان یکون البیع غیر غرری (الّذی هو من احکام العقد) المترتبة علی العقد (فلا یرتفع به) ای بالخیار (الغرر الحاصل عند العقد) فان العقد یلزم أن یکون صحیحا حتی یأتی علیه الخیار فاذا کان العقد غرریا، لم یکن صحیحا، فلا خیار، فلا یمکن ان تستند الصحة للعقد علی الخیار (بل لمنع الغرر) فان الظن باشتمال الصبرة علی المقدار المقرر کاف فی ان لا یسمی غرریا عند العرف.

(و ان قیل عدم العلم بالوجود) ای بوجود المقدار المقرر کعشرة اصوع مثلا (من اعظم افراد الغرر).

(قلنا: نعم) انه غرر (اذا بنی العقد علی جعل الثمن) کلا- (فی مقابل) المقدار (الموجود، و اما اذا بنی علی توزیع الثمن علی مجموع المبیع غیر معلوم الوجود بتمامه) «غیر» صفة «المبیع» و ضمیر «بتمامه» راجع الی «المبیع» (فلا غرر عرفا).

لکن الانصاف انه لو فتح هذا الباب لزم غضّ النظر عن بعض ما هو مسلم انه غرر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۳

و ربما یحتمل الصحة مراعی یتبین اشتمالها علیه.

و فیه: ان الغرر ان ثبت حال البیع لم ینفع تبین الاشتمال.

هذا، و لکن الاوفق بکلماتهم فی موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتمال، او الظن الّذی یتعارف الاعتماد علیه، و لو کان من جهة استصحاب الاشتمال.

و اما الرابع: مع الجهالة و هو بیعها کل قفیز بکذا، فالمحکی عن جماعة المنع.

(و ربما یحتمل الصحة مراعی یتبین اشتمالها) ای الصبرة (علیه) ای علی المقدار المقرر، فان کانت مشتملة صح البیع، و إلا بطل.

(و فیه: ان الغرر ان ثبت حال البیع لم ینفع تبین الاشتمال) و ان لم یثبت لم یضر تبین عدم الاشتمال.

(هذا، و لکن الاوفق بکلماتهم فی موارد الغرر عدم الصحة) لأن الغرر یطلق علی الجهالة، و ان لم توجب ضررا و خطرا، و مثله موجود

فی المقام (الا مع العلم بالاشتمال) بأن یعلم ان الصبرة مشتمله علی عشرة اصوع مثلا (او الظن الّذی یتعارف الاعتماد علیه، و لو کان) ذلک الظن (من جهة استصحاب الاشتمال) او الظن العرفی بالمقدار، لأنه حینئذ لا یسمی غررا عرفا.

(و اما الرابع: مع الجهالة) بالمقدار (و هو بیعها) ای الصبرة کلا (کل قفیز بکذا) فی حال انه لا یعلم انها عشرة او تسعة مثلا (فالمحکی عن جماعة المنع).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۴

و عن ظاهر اطلاق المحکی عن عبارتی المبسوط و الخلاف انه لو قال: بعتک هذه الصبرة کل قفیز بدرهم، صح البیع.

قال فی الخلاف: لأنه لا مانع منه، و الأصل جوازه، و ظاهر اطلاقه یعم صورة الجهل بالاشتمال.

و عن الکفایة نفی البعد عنه، اذ المبیع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما یمکن ان یعرف بأن یکال الصبرة و یوزع الثمن علی قفزاتها.

قال و له نظائر

(و عن ظاهر اطلاق المحکی عن عبارتی المبسوط و الخلاف انه لو قال: بعتک هذه الصبرة کل قفیز بدرهم) بأن کان البیع للجمیع لکن بهذه الصورة (صح البیع).

(قال فی الخلاف: لأنه لا مانع منه) ای من هذا البیع (و الأصل جوازه) لأنه مشمول لأدلة: الوفاء بالعقود، و: تجارة عن تراض، و ما اشبه (و ظاهر اطلاقه) الجواز (یعم صورة الجهل بالاشتمال) بأن لم یعلم کم اصوع القفیز.

(و عن الکفایة نفی البعد عنه) ای قال لا یبعد جوازه (اذ المبیع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما یمکن ان یعرف بأن یکال الصبرة و یوزع الثمن علی قفزاتها) فاذا کانت القفزان عشرة کان الثمن عشرة دراهم، و ان کانت تسعة کان الثمن تسعة دراهم.

(قال و له نظائر) کما لو آجر الدار کل غرفة بدینار، او ساقی البستان کل نخلة بدرهم، او جعل لمن وجد عبیده کل عبد بعشرة دنانیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۵

ذکر جملة منها فی التذکرة، و فیه نظر.

(ذکر جملة منها فی التذکرة، و) لکن (فیه نظر) لمنع کفایة المشاهدة فی ما یکال او یوزن او یعد او یذرع، و المعرفة اللاحقة بالمقدار لا ترفع الغرر السابق، و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۶

مسئلة اذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها

اشارة

فان اقتضت العادة تغیرها عن صفاتها السابقة الی غیرها المجهول عند المتبایعین فلا یصح البیع، الا بذکر صفات تصحح بیع الغائب، لأن الرؤیة القدیمة غیر نافعة و ان اقتضت العادة بقائها علیها.

فلا اشکال فی الصحة و لا خلاف أیضا الا من بعض الشافعیة.

و ان احتمل الأمر ان جاز الاعتماد علی اصالة عدم

(مسألة: اذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها) ای علی ذلک العین- و المراد بالعین الشیء، و لذا ارجع ضمیر المذکر إلیه-

(فان اقتضت العادة تغیرها) ای العین (عن صفاتها السابقة الی غیرها المجهول) ذلک التغیر (عند المتبایعین) کما لو کانت شاة رآها قبل سنة، فانه من المعلوم ان الشاة تتغیر فی هذه المدة، ربما الی الکبر و السمن الزائد عن المقدار المحتمل (فلا یصح البیع، الا بذکر صفات تصحح) تلک الصفات ذکرها (بیع الغائب، لأن الرؤیة القدیمة) مع التغیر (غیر نافعة) للعلم و لرفع الجهالة (و ان اقتضت العادة بقائها) ای العین (علیها) ای علی تلک الصفات السابقة کما لو باع دارا او کتابا شاهده قبل شهر مثلا.

(فلا اشکال فی الصحة و لا خلاف أیضا الا من بعض الشافعیة) فان ذلک لا یعد غررا، فیشمله دلیل جواز البیع من غیر معارض.

(و ان احتمل الأمر ان) التغیر و عدمه (جاز الاعتماد علی اصالة عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۷

التغیر و البناء علیها فی العقد، فیکون نظیر اخبار البائع بالکیل و الوزن لأن الاصل من الطرق التی یتعارف التعویل علیها و لو فرضناه فی مقام لا یمکن التعویل علیه لحصول أمارة علی خلافه.

فان بلغت قوة الظن حدا یلحقه بالقسم الأول، و هو ما اقتضی العادة تغیره لم یجز البیع، و إلا جاز مع ذکر تلک الصفات، لا بدونه،

التغیر) و هی اصل موضوعی (و البناء علیها) ای علی هذه الاصالة (فی العقد، فیکون) الاعتماد علی الأصل (نظیر اخبار البائع بالکیل و الوزن) فلا یکون البیع غررا (لأن الأصل من الطرق التی یتعارف التعویل علیها) شرعا و عرفا (و لو فرضناه) ای الأصل (فی مقام لا یمکن التعویل علیه لحصول أمارة علی خلافه).

کما لو کانت الدار المشاهدة سابقا علی شاطئ البحر، و قد زاد الماء بحیث علمنا انه غیر اکثر الدور، الا ما شذّ.

(فان بلغت قوة الظن) علی خلاف الأصل (حدّا یلحقه بالقسم الاول و هو ما اقتضی العادة تغیره).

فکما ان اصل عدم التغیر لا یجری مع مخالفة العادة، کذلک لا یجری مع وجود أمارة الخلاف (لم یجز البیع) لأنه غرر عرفا (و الا) تبلغ قوة الظن الی حد الجهالة الملحق له بالقسم الأول (جاز، مع ذکر تلک الصفات) لبناء البیع علیها (لا بدونه) ای بدون ذکر الصفات.

و المراد بالذکر اللفظی او البنائی، و ذلک مثل بناء المتبایعین علی صحة المبیع، و عدم کونه معیبا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۸

لانه لا ینقص عن الغائب الموصوف الّذی یجوز بیعه بصفات لم یشاهد علیها.

بل یمکن القول بالصحة فی القسم الاول اذا لم یفرض کون ذکر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا.

لکن هذا کله خارج عن البیع بالرؤیة القدیمة.

و کیف کان: فاذا باع او اشتری برؤیة قدیمة، فانکشف التغیّر، تخیّر المغبون و هو البائع، ان تغیر الی صفات زادت فی مالیته، و

و انما یجوز بیعه مع الصفات (لانه لا ینقص عن الغائب الموصوف الّذی یجوز بیعه بصفات لم یشاهد) ذلک الموصوف، و «یشاهد» علی صیغة المجهول (علیها) ای علی تلک الصفات، ففی المقام اولی لانه شاهد سابقا.

(بل یمکن القول بالصحة) للبیع (فی القسم الاول) و هو ما اقتضی العادة تغیّره، لکن الصحة مع ذکر الصفات (اذا لم یفرض کون ذکر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا) اذ یکون حینئذ من بیع المجهول

(لکن هذا) الّذی ذکرناه من الظن بتغیّر الصفات، او ذکر الصفات او ما اشبه (کله خارج عن البیع بالرؤیة القدیمة) الّذی موضوعه عدم اعتیاد تغیّر الصفات، و عدم ذکر الصفات.

(و کیف کان: فاذا باع او اشتری برؤیة قدیمة، فانکشف التغیّر، تخیر المغبون) فی قبول البیع او رفضه (و) المغبون (هو البائع، ان تغیر

الی صفات زادت فی مالیته) کما لو صارت الشاة سمینة (و) تخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۴۹

المشتری ان نقصت عن تلک الصفات، لقاعدة الضرر.

و لان الصفات المبنی علیها فی حکم الصفات المشروطة فهی من قبیل تخلف الشرط کما اشار إلیه فی نهایة الاحکام، و المسالک، بقولهما الرؤیة بمثابة الشرط فی الصفات الکائنة فی المرئی، فکل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فی الشرط، انتهی.

و توهّم ان الشروط اذا لم تذکر فی متن العقد، لا عبرة بها فما نحن فیه من قبیل ما لم یذکر من الشروط فی متن العقد.

(المشتری ان نقصت عن تلک الصفات) کما لو صارت الشاة هزیلة.

و انما نقول بتخیّر المغبون (لقاعدة الضرر) فان لزوم البیع ضرری فقاعدة: لا ضرر، رافعة للزوم.

(و لان الصفات المبنی علیها) ای التی بنی البیع علی تلک الصفات (فی حکم الصفات المشروطة) فی البیع (فهی) ای فالرؤیة تخلفها (من قبیل تخلف الشرط)

فکما ان تخلف الشرط یوجب الخیار، کذلک تخلف الرؤیة (کما اشار إلیه فی نهایة الاحکام، و المسالک، بقولهما الرؤیة بمثابة الشرط فی الصفات الکائنة) تلک الصفات (فی المرئی، فکل ما فات منها) ای من تلک الصفات (فهو بمثابة التخلف فی الشرط، انتهی) کلامهما.

(و توهم ان الشروط اذا لم تذکر فی متن العقد، لا عبرة بها) ای بتلک الشروط (فما نحن فیه) من الاشتراء برؤیة قدیمة ثم وجدانه قد تغیرت صفاته (من قبیل ما لم یذکر من الشروط فی متن العقد) فلا یوجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۰

مدفوع بأن الغرض من ذکر الشروط فی العقد، صیرورتها مأخوذة فیه، حتی لا یکون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد و الصفات المرئیة سابقا حیث ان البیع لا یصح الا مبنیا علیها کانت دخولها فی العقد اولی من دخول الشرط المذکور علی وجه الشرطیة.

تخلفها خیارا.

(مدفوع بأن الغرض من ذکر الشروط فی) متن (العقد، صیرورتها) ای صیرورة الشروط (مأخوذة فیه) ای فی العقد (حتی لا یکون العمل بالعقد بدونها) ای بدون تلک الشروط (وفاء بالعقد) لأن الشروط، اصبحت کجزء العقد، فاذا لم یوف بها کان العقد لم یوف به

(و الصفات المرئیة سابقا) «سابقا» ظرف «للمرئیة» (حیث ان البیع لا یصح إلا مبنیا علیها) ای علی تلک الصفات (کانت دخولها فی العقد اولی) لأنها مع عدمها یبطل البیع، اما الشرط فلا یبطل البیع بتخلفه (من دخول الشرط المذکور علی وجه الشرطیة).

اعلم ان الشرط فی المعاملة التی یتعلق به الغرض علی أربعة اقسام، لأنه اما نوعی، او شخصی.

و کل منهما اما ان یذکر فی العقد، أم لا.

فالشرط النوعی اذا تخلف بطل العقد سواء کان مذکورا فی العقد، أم لا.

و الشرط الشخصی ان ذکر و تخلف کان من باب خیار الشرط، و ان لم یذکر کان من باب تخلف الداعی، و ذلک یوجب بطلانا، لا خیارا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۱

و لذا لو لم یبن البیع علیها و لم یلاحظ وجودها فی البیع، کان البیع باطلا.

فالذکر اللفظی انما یحتاج إلیه فی شروط خارجة، لا یجب ملاحظتها فی العقد.

و احتمل فی نهایة الأحکام: البطلان.

و لعله لأن المضی علی البیع، و عدم نقضه عند تبین الخلاف ان کان وفاء بالعقد، وجب، فلا خیار.

و ان لم یکن وفاء لم یدل دلیل علی جوازه.

(و لـذا) الّـذی ذکر من ان دخولها فی العقـد اولی (لو لم یبن البیع علیها) بل اشتری عین الغائبـة بدون علم بصـفاتها، و بدون بناء علی الرؤیة السابقة (و لم یلاحظ وجودها فی البیع، کان البیع باطلا) لأنه من باب بیع المجهول و من باب الغرر.

(فالـذکر اللفظی) للشـرط (انمـا یحتاج إلیه فی شـروط خارجـة، لا یجب ملاحظتها فی العقـد) کاشتراط ان یخیط البائع ثوب المشتری مثلا.

(و احتمل فی نهایة الأحکام: البطلان) فیما اذا اشتری برؤیة قدیمة، ثم ظهر التغیر، فی مقابل ما تقدم من القول بالخیار.

(و لعله) ای البطلان (لأن المضـی علی البیع، و عدم نقضه عند تبین الخلاف) بتغیر الصفة القدیمة المرئیة (ان کان وفاء بالعقد، وجب) العقد (فلا خیار) لدلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و ان لم یکن وفاء) لأن المقصود غیر المبیع (لم یدل دلیل علی جوازه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۲

و بعبارة اخری: العقد اذا وقع علی الشیء الموصوف انتفی متعلقه بانتفاء صفته، و الا فلا وجه للخیار مع اصالة اللزوم.

و یضـعفه: ان الأوصاف الخارجـة عن حقیقة المبیع اذا اعتبرت فیه عند البیع، اما ببناء العقد علیها و اما بذکرها فی متن العقد لا یعد من مقومات للعقد کما انها لیست من مقومات المبیع ففواتها فوات حق للمشتری، ثبت بسببه الخیار دفعا لضرر الالتزام بما لم یقدم علیه.

ای جواز و نفوذ هذا العقد، فاللازم القول بالبطلان.

(و بعبـارة اخری) لوجه البطلـن (العقـد اذا وقع علی الشـیء الموصوف) بالصـفة المرئیـة سابقا (انتفی متعلقه) ای متعلق العقـد (بانتفاء صفته) ای صفة المتعلق، کما انه اذا اشتری العبد المقید بکونه کاتبا، فظهر انه لیس بکاتب، فان العبد غیر الکاتب لیس متعلقا للعقد (و الا) ینتفی المتعلق (فلا وجه للخیار مع اصالة اللزوم) فی العقد بدلیل:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و الحاصل: ان العقد بین لازم و باطل، فلا وجه للخیار.

(و یضعفه: ان الأوصاف الخارجة عن حقیقة المبیع) لا الأوصاف الداخلة، کما لو باع الحیوان بشرط کونه ناطقا، او بوصف کونه ناطقا (اذا اعتبرت فیه) ای فی المبیع (عند البیع، اما ببناء العقد علیها) و ان لم تذکر عند البیع (و اما بذکرها فی متن العقد لا یعد من مقومات للعقـد) مثل الایجاب و القبول حتی ان تخلفها یوجب البطلان (کما انها لیست من مقومات المبیع) کناطقیة الحیوان (ففواتها) ای تلک الأوصاف (فوات حق للمشتری ثبت بسببه الخیار دفعا لضرر الالتزام بما لم یقدم) المشتری (علیه) فلا یتم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۳

و تمام الکلام فی باب الخیارات إن شاء اللّه تعالی.

فرعان:

الأول لو اختلفا فی التغییر، فادعاه المشتری

ففی المبسوط و التـذکرة، و الایضـاح، و الـدروس، و جامع المقاصـد، و المسالک تقـدیم قول المشتری، لأن یـده علی الثمن کما فی الـدروس و هو راجع الی ما فی المبسوط، و السـرائر من: ان المشتری هو الّـذی ینتزع منه الثمن و لا ینتزع منه الا باقراره، او ببینته تقوم

علیه،

کلام القائل اما ان البیع لازم، و اما ان البیع باطل.

(و تمام الکلام فی باب الخیارات إن شاء اللّه تعالی) و انه کیف یحدث الخیار.

و حاصله: ان لزوم البیع ضرری، فدلیل: لا ضرر، یرفع اللزوم، لا اصل البیع حتی یکون باطلا.

(فرعان: الأول لو) اشتری شیئا برویة سابقة، ثم (اختلفا فی التغییر فادعاه المشتری) و انکره البائع (ففی المبسوط، و التذکرة، و الایضاح، و الدروس، و جامع المقاصد، و المسالک تقدیم قول المشتری) فله الحق فی الفسخ (لأن یده علی الثمن) فالأصل ان له الحق فی ان لا یدفع الثمن.

و الحاصل: انه یشک فی انه هل وجب علیه اعطاء الثمن أم لا؟

فالأصل عدم وجوب الاعطاء (کما فی الدروس) الاستدلال بهذا الدلیل (و هو راجع الی ما فی المبسوط، و السرائر من: ان المشتری هو الّذی ینتزع منه الثمن و لا ینتزع منه الا باقراره، او ببینته تقوم علیه) و لا اقرار و لا بینة، اذ لو جاء البائع ببینته لعدم التغیر، او اعترف نفس المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۴

انتهی.

و تبعه العلامة أیضا فی صورة الاختلاف فی اوصاف المبیع الموصوف اذا لم یسبقه برؤیة، حیث تمسک باصالة براءة ذمة المشتری من الثمن، فلا یلزمه ما لم یقربه، او یثبت بالبینة.

و لأن البائع یدعی علمه بالمبیع علی هذا الوصف الموجود و الرضا به، و الأصل عدمه کما فی التذکرة، و لأن الأصل عدم وصول حقه إلیه کما فی

بأنه لم یتغیر، کان لازما علیه اعطاء الثمن.

اما حیث لا یوجد ان فله الحق فی عدم اعطاء الثمن (انتهی).

(و تبعه العلامة أیضا فی صورة الاختلاف) بین البائع و المشتری (فی اوصاف المبیع الموصوف) الّذی وصفه البائع (اذا لم یسبقه برؤیة) بأن اشتری المشتری شیئا یذکر البائع اوصافه بدون ان یراه قبل ذلک (حیث تمسک) العلامة لخیار المشتری (باصالة براءة ذمة المشتری من الثمن، فلا یلزمه) اعطاء الثمن (ما لم یقربه، او یثبت بالبینة) و معنی البراءة الالزام لا اصل الاعطاء، لأن المفروض ان له الخیار، و مع الخیار لا الزام، و ان صح ان لا یلزم و لکن یجوز الاعطاء.

(و لأن البائع یدعی علمه) ای المشتری (بالمبیع علی هذا الوصف الموجود و الرضا به) ای ان المشتری راض بهذا الوصف (و الأصل عدمه) ای عدم علم المشتری بهذا الوصف و عدم الرضا به (کما فی التذکرة) الاستدلال بهذا الأصل.

(و لأن الأصل عدم وصول حقه) ای المشتری (إلیه کما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۵

جامع المقاصد.

و یمکن ان یضعف الأول بأن ید المشتری علی الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحیح ید امانة.

غایة الأمر انه یدعی سلطنته علی الفسخ، فلا ینفع تشبثه بالید.

الا ان یقال: ان وجود الناقل لا یکفی فی سلطنة البائع علی الثمن بناء علی ما ذکره العلامة فی احکام الخیار من التذکرة و لم ینسب

خلافه الا الی بعض الشافعیة- من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن فی مدة الخیار، و ان تسلّم الآخر.

جامع المقاصد) هذا غایة ما استدل لخیار المشتری اذا لم تکن للبائع بیّنة.

(و یمکن ان یضعف الأول) و هو ان المشتری هو الّذی ینتزع منه الثمن (بأن ید المشتری علی الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحیح) اذ لا یدعی المشتری بطلان الناقل (ید امانة) فاللازم ان یعطی الثمن.

(غایة الأمر انه یدعی سلطنته) ای سلطنة المشتری (علی الفسخ، فلا ینفع) فی دعواه سلطنته علی الفسخ (تشبثه بالید) اذ الید لا تثبت الفسخ.

(الا ان یقال: ان وجود الناقل) للثمن و هو العقد (لا یکفی فی سلطنة البائع علی الثمن).

و انما لا یکفی (- بناء علی ما ذکره العلامة فی احکام الخیار من التذکرة و لم ینسب خلافه) ای خلاف ما ذکره (الا الی بعض الشافعیة- من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن فی مدة الخیار، و ان تسلّم الآخر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۶

و حینئذ فالشک فی ثبوت الخیار یوجب الشک فی سلطنة البائع علی اخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا اصالة عدم سبب الخیار لو تم کما سیجیء.

و الثانی: مع معارضته باصالة عدم علم المشتری بالمبیع علی وصف آخر حتی یکون حقا له یوجب الخیار بأن الشک فی علم المشتری بهذا الوصف.

فمثلا اذ اسلم البائع الحیوان الی المشتری لم یجب علی المشتری تسلیم الثمن الی البائع فی الثلاثة ایام التی للمشتری الخیار فیها.

(و حینئذ) ای حین کان لم یجب التسلیم فی مدة الخیار (فالشک فی ثبوت الخیار) للمشتری المدعی تغیر المبیع (یوجب الشک فی سلطنة البائع علی اخذ الثمن).

و علی هذا: (فلا مدفع لهذا الوجه) الدال علی انه یحق للمشتری عدم تسلیم الثمن (الا اصالة عدم سبب الخیار لو تم) هذا الاصل (کما سیجیء).

(و) یضعف (الثانی) و هو اصالة عدم علم المشتری بهذه الأوصاف (مع معارضته باصالة عدم علم المشتری بالمبیع علی وصف آخر).

مثلا: البائع یقول: انک تعلم ان الشاة کانت مهزولة، و المشتری یقول انی کنت اعلم انها سمینة فاصالة عدم علم المشتری بالسمنة معارض باصالة عدم علم المشتری بالهزال (حتی یکون) العلم بوصف آخر (حقا له یوجب الخیار) لأنه اذا کان المشتری یعلم بوصف آخر «غیر الوصف الموجود الآن» کان ذلک موجبا لحقه فی الخیار (بأن الشک فی علم المشتری بهذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۷

الوصف.

و علمه بغیره مسبب عن الشک فی وجود غیر هذا الوصف سابقا فاذا انتفی غیره بالأصل الّذی یرجع إلیه اصالة عدم تغیر المبیع لم یجر اصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و الثالث

الوصف) الموجود الآن، کالهزال فی المثال.

(و) ادعاء (علمه بغيره) اى غير هذا الوصف (مسبب عن الشك فى وجود غير هذا الوصف سابقا).

فمثلا ـ الشك فى علم المشترى بهزالها السابق تابع للشك فى الهزال سابقا، لأنه اذا لم تكن مهزولة سابقا لم يعقل ان يكون المشترى عالما بأنها مهزولة، اذ العلم فرع المعلوم (فاذا انتفى غيره) او غير هذا الوصف الموجود حالا - و المفروض ان الوصف الموجود حالا الهزال - (بالأصل) لاصالة عدم السمن سابقا (الّذى يرجع إليه) اى الى هذا الاصل (اصالة عدم تغير المبيع).

فان اصالة عدم تغيير المبيع ناشئة عن اصالة عدم وجود وصف فى السابق يخالف هذا الوصف الموجود حالا (لم يجر اصالة عدم علمه) اى المشترى (بهذا الوصف) الموجود حالا «و هو وصف الهزال».

و ان شئت قلت: ان اصالة عدم التغيير مقدم على سائر الأصول، فاذا تحقق الموضوع وجب عليه اعطاء الثمن.

(و) يضعف (الثالث) و هو اصالة عدم وصول حق المشترى إليه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۸

بأن حق المشترى من نفس العين قد وصل إليه قطعا، و لذا يجوز له امضاء العقد.

و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود، غير ثابت فعليه الاثبات.

و المرجع اصالة لزوم العقد.

و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع، هذا.

و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على

(بأن حق المشترى من نفس العين قد وصل إليه قطعا، و لذا) الّذى وصل حقه إليه (يجوز له امضاء العقد) فانه لو لم يصل إليه حقه لم يجز له امضاء العقد، اذ لا يمكن امضاء عدم الواصل.

(و ثبوت حق له) اى للمشترى (من حيث الوصف المفقود) بأن يقال ان الوصف مفقود، فللمشترى حق على البائع حيث لم يسلم إليه ماله (غير ثابت) ان للمشترى حقا اذا لم يعلم التغير (فعليه) اى للمشترى (الاثبات) فى ان له هذا الحق.

(و) لدى الشك فى انه هل وصل حقه أم لا؟ (المرجع اصالة لزوم العقد) فانه كلما شك فى ان العقد لازم أو لا، كان المرجع اللزوم، لقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا ما خرج بالدليل.

(و لأجل ما ذكرنا) من الأدلة الدالة على عدم استقامة قول المشترى (قوى بعض تقديم قول البائع هذا) تمام الكلام حول ادلة الجانبين.

(و يمكن بناء المسألة) مسألة حصول التغير فى المبيع عما شاهده المشترى عليه، أم لا (على ان بناء المتبايعين حين العقد على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۵۹

الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة، هل هو كاشتراطها فى العقد، فهى كشروط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك.

و لهذا لا ـ يحصل من فقدها الاخيار لمن اشترطت له، و لا ـ يلزم بطلان العقد، او انها مأخوذة فى نفس المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد.

و لذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه

الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة) بنائها على تلك الأوصاف (هل هو) اى البناء (كاشتراطها) اى اشتراط تلك الأوصاف (فى العقد) فكأنه قال اشترى منك الشاة المشروطة بكونها سمينة (فهى كشروط مضمرة فى نفس المتعاقدين) كشرط السلامة (كما عرفت عن النهاية و المسالك).

(و لهذا) ای لکونها کالشروط المضمرة (لا یحصل من فقدها) ای فقد هذه الشروط (الاخیار لمن اشترطت له، و لا یلزم) من فقدها (بطلان العقد) لأن الشرط کما حقق فی محله التزام فی التزام، فاذا فقد الالتزام بالشرط، لا یلزم فقدان الالتزام بأصل العقد (او انها) ای الشروط (مأخوذة فی نفس المعقود علیه، بحیث یکون المعقود علیه هو الشیء المقید) فلم یشتر المشتری الشاة بشرط السمن، و انما اشتری الشاة السمینة، فیکون السمن من قبیل الناطق فیما لو اشتری الحیوان الناطق حیث انه لو تبین غیر ناطق بطل العقد.

(و لذا) الّذی هو قید، و لیس شرطا (لا یجوز الغائها) ای الأوصاف الملحوظة حین المشاهدة (فی المعقود علیه) اذ معنی الالغاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۰

کما یجوز الغاء غیرها من الشروط.

فعلی الاول یرجع النزاع فی التغیر و عدمه، الی النزاع فی اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود علی البائع و عدمه و الأصل مع البائع.

و بعبارة اخری: النزاع فی ان العقد وقع علی الشیء الملحوظ فیه الوصف المفقود، أم لا.

لکن الانصاف ان هذا البناء

الجهالة.

و من المعلوم ان الجهالة بالمبیع توجب بطلان البیع (کما یجوز الغاء غیرها) ای غیر الأوصاف الملحوظة لدی المشاهدة (من الشروط) کما لو شرط ان یکون العبد کاتبا ثم الغی هذا الشرط.

(فعلی الأول) و هی ان الأوصاف کالشروط (یرجع النزاع) بین المشتری المدعی للتغیر، و البائع المنکر له (فی التغیر و عدمه، الی النزاع فی اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود علی البائع و عدمه) «علی» متعلق ب «الاشتراط».

ای هل اشترط المشتری «السمنة» خلاف «الهزال» الموجود فی الشاة الآن- مثلا- أم لم یشترط (و الأصل مع البائع) لأن الأصل عدم الشرط.

(و بعبارة اخری: النزاع وقع فی ان العقد وقع علی الشیء الملحوظ فیه الوصف المفقود) کالسنة (أم لا) و من المعلوم ان الأصل عدم خصوصیة لحاظ الوصف.

(لکن الانصاف ان هذا البناء) من المتبایعین علی الأوصاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۱

فی حکم الاشتراط من حیث ثبوت الخیار.

لکنه لیس شیئا مستقلا حتی یدفع عند الشک بالأصل، بل المراد به ایقاع العقد علی العین الملحوظ کونه متصفا بهذا الوصف، و لیس هنا عقد علی العین و التزام بکونه متصفا بذلک الوصف، فهو قید ملحوظ فی المعقود علیه، نظیر الأجزاء لا شرط ملزم فی العقد، فحینئذ یرجع النزاع الی وقوع

المشاهدة سابقا (فی حکم الاشتراط) لا فی حکم القید الموجب لبطلان العقد اذا لم یکن القید (من حیث ثبوت الخیار) فاذا لم توجد الأوصاف کان للمشتری الخیار فی الفسخ و الامضاء.

(لکنه) ای هذا البناء (لیس شیئا مستقلا حتی یدفع عند الشک) فی انه هل بنی أم لا؟ (بالاصل) ای باصالة عدم البناء (بل المراد به) ای بهذا البناء (ایقاع العقد علی العین الملحوظ کونه متصفا بهذا الوصف) المفقود.

فالبناء قید یوجب عدمه البطلان، لا انه شرط یوجب عدمه الخیار، (و لیس هنا عقد علی العین و التزام بکونه) ای المبیع (متصفا بذلک الوصف) کالسمنة فی المثال، حتی یکون من قبیل التزام فی التزام، و بفقد احد الالتزامین یبقی الالتزام الآخر (فهو) ای البناء (قید

ملحوظ فى المعقود عليه، نظير الاجزاء) حيث ان انتفاء الجزء عبارة اخرى عن انتفاء المقدم الموجب للبطلان (لا شرط ملزم فى العقد، فحينئذ) اى حين كان الوصف قيدا كالجزء لا شرطا (يرجع النزاع) بين المشترى المدعى و البائع المنكر (الى وقوع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۲

العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه، و الأصل عدمه.

و دعوى معارضته، باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود، ليثبت الجواز.

مدفوعة بان عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع الا بعد اثبات وقوع العقد على العين غير المقيدة، باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة.

العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود) الشاة الهزيلة (حتى يلزم الوفاء و عدمه) اى ان العقد لم يقع على الشيء الموجود (و الأصل عدمه) اى عدم وقوع العقد على الشيء الموجود، لأن انطباق العقد على هذا الشيء الموجود مسبوق بالعدم.

(و دعوى معارضته) اى معارضة اصل عدم وقوع العقد على الشيء الموجود (باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود) «فالأصل عدم وقوع العقد على الهزيل» «و الأصل عدم وقوع العقد على الشاة المقيدة بالسمنة» فيتساقط الأصلان و يرجع الى دليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (ليثبت الجواز) و النفوذ لهذا العقد.

(مدفوعة بان عدم وقوع العقد على العين المقيدة).

هذا الأصل غير تام، فلا يتمكن ان يتعارض مع اصل عدم وقوع العقد على الهزيل (لا يثبت جواز العقد الواقع) و نفوذه (الا بعد اثبات وقوع العقد على العين غير المقيدة، ب) سبب (باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۳

و هو غير جائز، كما حقق فى الأصول.

و على الثانى: يرجع النزاع الى رجوع العقد و التراضى على الشيء المطلق، بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه، و الاصل مع المشترى.

و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد

«باصالة» متعلق ب «اثبات» (و هو) اثبات «عدم العقد على السمين» ل «وقوع العقد على الهزيل» (غير جائز، كما حقق فى الأصول) لأنه اصل مثبت فان الأصول انما تثبت آثارها الشرعية لا الآثار العقلية و العادية.

و من المعلوم ان عدم الوقوع على السمين لازمه غير الشرعى الوقوع على الهزيل، لا لازمه الشرعى، فاذا كان الأصل غير تام لا يتمكن ان يعارض الأصل التام كما لا يخفى.

(و على الثانى) و هو ان الشروط مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد (يرجع النزاع) فى التغيير و عدمه (الى رجوع العقد و التراضى على الشيء المطلق) كمطلق الشاة (بحيث يشمل) العقد (الموصوف بهذا الوصف الموجود) كالهزال (و عدمه) اى عدم رجوع العقد على الشيء المطلق، فالمشترى يدعى عدم الرجوع الى الشيء المطلق بل المقيد بالسمنة، و البائع يدعى رجوع العقد على الشيء المطلق (و الأصل مع المشترى) لأن المشترى ينكر الاطلاق، و الأصل عدم الاطلاق فى متعلق العقد.

(و دعوى معارضته) اى اصل عدم الاطلاق (باصالة عدم وقوع العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۴

علی الشیء الموصوف بالصفهٔ المفقودهٔ.

مدفوعـهٔ: بـأنه لا یلزم من عـدم تعلقه بـذاک، تعلقه بهـذا حتی یلزم علی المشتری الوفاء به فالزام المشتری بالوفاء بالعقـد موقوف علی ثبوت تعلق العقد بهذا، و هو غیر ثابت، و الأصل عدمه.

و قد تقرر فی الأصول ان نفی احد الضدین بالأصل، لا یثبت الضد الآخر لیترتب

علی الشیء الموصوف بالصفهٔ المفقودهٔ) کالسمینهٔ- فی المثال-.

(مدفوعهٔ: بأنه لا یلزم من عدم تعلقه) ای العقد (بذاک) ای بالمقید بالسـمنهٔ (تعلقه) ای العقد (بهذا) ای بالموجود، کالهزیل، لما تقدم من ان نفی احد الضدین لا یثبت الضد الآخر.

فاصالهٔ عدم اللیل لا یثبت النهار.

و اصالهٔ عدم اللحیهٔ لا یثبت الامردیهٔ (حتی یلزم علی المشتری الوفاء به) ای بهذا العقد المتعلق بالمطلق.

و الحاصل: «اصالـهٔ عدم تعلق العقد بالسـمین» لا اثر شـرعی له حتی یجری فلا یجری، و اذا لم یجر کان اصل عدم اطلاق متعلق العقد محکما، و هو اصل فی جانب المشتری (فالزام المشتری بالوفاء بالعقـد موقوف علی ثبوت تعلق العقـد بهـذا) الموجود حالا (و هو) ای تعلق العقـد بهذا الموجود (غیر ثابت) للشک فی انه هل تعلق العقد بهذا الموجود او تعلق بشـیء آخر (و الاصل عدمه) ای عدم التعلق بهذا الموجود.

(و قد تقرر فی الأصول ان نفی احد الضدین بالأصل، لا یثبت الضد الآخر لیترتب

علیه حکمه.

و بما ذکرنا یظهر فساد التمسک باصالهٔ اللزوم حیث ان المبیع ملک المشتری، و الثمن ملک البائع اتفاقا.

و انما اختلافهما فی تسلط المشتری علی الفسخ فینفی بما تقدم من قاعدهٔ اللزوم.

توضیح الفساد

علیه حکمه) ای حکم الضد الآخر.

مثلا: اذا ترتب علیه النهار وجوب الصـیام، و شـککنا فی انه هل الآن لیل او نهار، فاصالـهٔ عـدم اللیل لا تثبت وجود النهار، لیترتب علیه وجوب الصیام.

(و بمـا ذکرنـا) من عـدم جریـان الاصـل لانه مثبت (یظهر فساد التمسک) لاثبات العقـد (باصالـهٔ اللزوم) فان الاصل فی العقود، اللزوم (حیث ان المبیع ملک المشتری، و الثمن ملک البائع اتفاقا) حیث ان العقد اذا جری اقتضی ذلک.

(و انما اختلافهما) ای البائع و المشتری (فی تسـلط المشتری علی الفسـخ) فان المشتری یـدعی ان له حق الفسـخ حیث تغیر المبیع عما شاهده علیه سابقا، و البائع ینکر ذلک (فینفی) تمکن المشتری علی الفسخ (بما تقدم من قاعدهٔ اللزوم).

(توضیح الفساد) لهذا التمسک، ان اصل اللزوم مسببی عن اصل تعلق العقد بهذا الموجود، و الاصل المسببی لا یجری ما دام یجری

ان الشک فی اللزوم و عدمه من حیث الشک فی متعلق العقد.

فانا نقول: الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتی یثبت اللزوم و هو وارد علی اصالهٔ اللزوم.

و الحاصل: ان هنا امرین

الاصل السببی.

مثلا: اذا شککنا فی ان الید النجسة التی غمست فی الماء المشکوک الکریة الّذی کان سابقا کرا، هل طهرت، أم لا؟ فانه لا یجری اصل بقاء النجاسة فی الید بعد جریان اصل کریة الماء، لان الشک فی بقاء النجاسة مسبب عن الشک فی بقاء الکریة.

فاذا جری اصل بقاء الکریة لم یبق وجه الشک فی نجاسة الید، و فی المقام هکذا.

ف (ان الشک فی اللزوم و عدمه) مسببی، لانه (من حیث الشک فی متعلق العقد) و ان العقد هل تعلق بهذا الموجود، او تعلق بشاة سمینة.

(فانا نقول: الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتی یثبت اللزوم) فان اللزوم فرع التعلق بهذا الموجود (و هو) ای اصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود (وارد علی اصالة اللزوم) لان اصل اللزوم مسبب، و الاصل السببی دائما وارد علی الاصل المسببی.

(و الحاصل: ان هنا امرین) یمکن اجراء الاصل فیهما، لکن احدهما: لا حالة سابقة له، و الثانی مثبت، و من المعلوم ان الاصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۷

احدهما: عدم تقیید متعلق العقد بذلک الوصف المفقود، و اخذه فیه و هذا الاصل ینفع فی عدم الخیار، لکنه غیر جار، لعدم الحالة السابقة.

و الثانی: عدم وقوع العقد علی الموصوف بذاک الوصف المفقود و هذا جار، غیر نافع نظیر الشک فی کون الماء المخلوق دفعة کرا من اصله فان اصالة عدم کریته نافعة غیر جاریة.

انما یجری اذا کانت له حالة سابقة و لم یکن مثبتا.

(احدهما: عدم تقیید متعلق العقد بذلک الوصف، المفقود، و) عدم (اخذه) ای الوصف المفقود کالسمنة (فیه) ای فی متعلق العقد (و هذا الاصل) لو جری (ینفع فی عدم الخیار) لانه لو اخذ الوصف و فقد کان للمشتری الخیار (لکنه غیر جار، لعدم الحالة السابقة) لانه لم یکن فی وقت، عقد بمتعلق بدون الوصف- قطعا- ثم شک فی انه هل وصف أم لا؟

(و الثانی: عدم وقوع العقد علی الموصوف بذلک الوصف المفقود) کالسمنة فی الشاة- مثلا- (و هذا جار، غیر نافع)

و ان شئت قلت: اصالة عدم الوصف لا حالة سابقة له، و اصالة عدم الموصوف له حالة سابقة، لکنه مثبت.

و هذان الاصلان (نظیر الشک فی کون الماء المخلوق دفعة کرا) خبر «کون» (من اصله) ای حین خلقته (فان اصالة عدم کریته نافعة) فی عدم تطهیر الشیء فیه، لکنه (غیر جاریة) لانه لا حالة سابقة له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۸

و اصالة عدم وجود الکر جاریة غیر نافعة، فی ترتب آثار القلة علی الماء المذکور فافهم و اغتنم.

و بما ذکرنا یظهر حال التمسک بالعمومات المقتضیة للزوم العقد

(و اصالة عدم وجود الکر) بان یقال: لم یکن فی هذا المکان کر سابقا، فنشک فی انه هل وجد فیه، أم لا؟ فالاصل عدم الوجود، فهذه الاصالة (جاریة) لکنها (غیر نافعة، فی ترتب آثار القلة علی الماء المذکور) لانها مثبتة لانکم تریدون ترتیب القلة علی هذا الاصل، و الکریة و القلة ضدان لا یترتب احدهما علی عدم الآخر لیترتب علی الضد الّذی یراد اثباته آثاره الشرعیة (فافهم و اغتنم) حیث ان الامر دقیق.

(و بما ذکرنا) من تقدیم اصالة عدم اللزوم علی اصالة اللزوم (یظهر) انه لا مجال للتمسک بعمومات اللزوم، مثل «لا تاکلوا اموالکم».

وجه الظهور ان الاصل العملی یثبت موضوع المخصص للعام، فهنا «عام یقول بلزوم العقد» و «خاص یقول بالخیار لمن لم یصل حقه إلیه کاملا»

فاذا کان «الاصل عدم وصول الحق الی المشتری» قدّم هذا الاصل علی عموم الوفاء بالعقد مثلا- اذا قال المولی «اکرم العلماء الا الجهال» فانه «باصالة جهالة زید» یثبت موضوع المخصص فیقدم علی عموم اکرم العلماء فیما لو شک فی ان زیدا هل صار عالما، أم لا؟

و کیف کان فقد ظهر بما ذکرنا (حال التمسک بالعمومات المقتضیة للزوم العقد) فیما اذا شککنا هل کانت الشاة سمینة سابقا فللمشتری حق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۶۹

الحاکمة علی الاصول العملیة المتقدمة، مثل ما دل علی حرمة: اکل المال الا ان تکون تجارة عن تراض، و عموم: و لا یحل مال امرئ مسلم الا- عن طیب نفسه، و عموم الناس مسلطون علی اموالهم، بناء علی انها تدل علی عدم تسلط المشتری علی استرداد الثمن من البائع، لان المفروض صیرورته ملکا، اذ لا یخفی علیک ان هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحکم ادلة الخیار

الخیار، لزوال الوصف، أم لم تکن سمینة فلا حق له فی الخیار (الحاکمة) تلک العمومات (علی الاصول العملیة المتقدمة) کاصل عدم وقوع العقد علی الشاة الهزیلة.

و انما یقدم العام علی الاصل، لان الاصل اصیل حیث لا دلیل.

فالعمومات (مثل ما دل علی حرمة: اکل المال الا ان تکون تجارة عن تراض، و عموم: و لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه، و عموم:

الناس مسلطون علی اموالهم) الی غیرها من العمومات (بناء علی انها تدل علی عدم تسلط المشتری علی استرداد الثمن من البائع) اذ الاسترداد لیس تجارة عن تراض، و الثمن اصبح مال البائع، فلا یحل للمشتری و البائع مسلط علی الثمن (لان المفروض صیرورته) ای الثمن (ملکا) للبائع.

و انما قلنا: ظهر بطلان هذا التمسک (اذ لا یخفی علیک ان هذه العمومات مخصصة)- بصیغة المفعول- (قد خرج عنها) ای عن هذه العمومات (بحکم ادلة الخیار) الدالة علی انه اذا فات الوصف کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۰

المال الّذی لم یدفع عوضه الّذی وقع المعاوضة علیه الی المشتری.

فاذا شک فی ذلک، فالاصل عدم دفع العوض، و هذا هو الّذی تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه فان عدم وصول حقه إلیه یثبت موضوع خیار تخلف الوصف.

فان قلت:

للمشتری الخیار فی ابطال العقد (المال) ای الثمن (الّذی لم یدفع عوضه) ای المثمن، فالعوض (الّذی وقع المعاوضة علیه) لم یدفع (الی المشتری) فاذا لم یدفع البائع المثمن الی المشتری کان للمشتری الخیار فی فسخ العقد و استرداد الثمن.

(فاذا شک فی ذلک) ای فی انه هل دفع البائع المثمن أم لا؟- و ذلک للشک فی ان المثمن هل هو السمینة أم الهزیلة؟- (فالاصل عدم دفع العوض) ای عوض مال المشتری، و هو المثمن (و هذا) الاصل (هو الّذی تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه)

و انما یقدم هذا الاصل علی عمومات اللزوم، لان هذا الاصل یثبت موضوع المخصص (فان) اصل (عدم وصول حقه) ای المشتری

(إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف) فلا مجال للتمسک بعمومات اللزوم.

(فان قلت) انکم قلتم: يجب الوفاء بالعقد، الا اذا لم يدفع عوض مال المشترى إليه، و الاصل عدم دفع عوضه إليه، فللمشترى الخيار، و هـذا غير تام، فان الخارج من وجوب الوفاء الثمن الّذى لم ينطبق مثمنه على ما دفع الى المشترى، فاذا شـككنا فى هذا اى «الثمن الّذى الخ»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۱

لا دليل على كون الخارج عن العمومات المـذكورة معنونا بالعنوان المـذكور بل نقول: قـد خرج من تلك العمومات: المال الّذى وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع.

فاذا شک فى ذلک، فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

قلت:

كان الاصل عدمه فالعمومات محكمة، لانه اذا شک فى الخاص كان عموم العام محكّما.

و الحاصل: انه (لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة) اى عمومات الوفاء بالعقد (معنونا بالعنوان المذكور) اى عنوان «ما اذا لم يدفع عوض مال المشترى إليه» حتى يجرى الاصل: لعدم وصول عوضه إليه (بل نقول: قد خرج من تلک العمومات: المال الّذى وقع المعاوضـة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع) كالثمن الّذى وقع المعاوضة بينه و بين الشاة السـمينة التى لا تنطبق على الهزيلة، و التى دفعت الى المشترى.

(فـاذا شـک فى ذلـک) اى فى كـون الثمن وقع المعاوضـة بينه و بين السـمينة (فالاصـل عـدم وقوع المعاوضـة المـذكورة) فلاـ يحكم بالمستثنى، و يحكم عمومات الوفاء بالعقد.

(قلت) «كون المثمن موصوفا بصـفة منطبقـة على الشاة المسلّمة الى المشترى» اذا شک فيه، كان الاصل عـدمه، فاذا لم ينطبق المسـلم على الموصوف، كان للمشترى الخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۲

السبب فى الخيار و سـلطنة المشترى على فسـخ العقـد، و عـدم وجوب الوفاء به عليه، هو عدم كون العين الخارجة منطبقة على ما وقع العقد عليه.

و بعبارة اخرى هو عـدم وفاء البائع بالعقـد بـدفع العنوان الّذى وقع العقد عليه الى المشترى لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية كما ان السبب فى لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها الى ملک المشترى.

فان (السبب فى الخيار) للمشترى (و سلطنة المشترى على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به) اى بالعقد (عليه) اى على المشترى (هو) عائد الى السبب (عدم كون العين الخارجة) كالشاة الهزيلة (منطبقة على ما وقع العقد عليه) كالشاة السمينة.

(و بعبـارة اخرى) السبب فى الخيار (هو عـدم وفاء البائع بالعقـد) بان لم يف (بـدفع العنوان) السـمينة (الّـذى وقع العقـد عليه) اى على ذلک العنوان (الى المشترى) متعلق ب «دفع» (لا) ان السبب الخيار، هو (وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية).

فسبب الخيار عـدمى، لا وجودى (كما ان السـبب فى لزوم العقـد) وجودى، و هو تحقق (مقتضاه) اى مقتضـى العقد (من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها) اى على تلک الصفات (الى ملک المشترى)

و انما قال «كما» لبيان ان سـبب اللزوم حيث كان وجوديا يكون سـبب الخيار عـدميا و لو كان سـبب الخيار وجوديا لكان سـبب اللزوم عدميا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۳

و الاصل موافق للاول، و مخالف للثانی.

مثلا: اذا وقع العقد علی العین علی انها سمینة، فبانت مهزولة، فالموجب للخیار هو انه لم ینتقل إلیه فی الخارج ما عقد علیه و هو السمین لا وقوع العقد علی السمین، فان ذلک لا یقتضی الجواز.

و انما المقتضی للجواز عدم انطباق العین الخارجیة علی متعلق العقد.

و من المعلوم: ان عدم الانطباق هو المطابق للاصل عند الشک.

لان الخیار و اللزوم مختلفان من حیث السبب.

فاذا کان سبب احدهما عدمیا دل علی ان سبب الآخر وجودی.

و اذا کان سبب احدهما وجودیا دل علی ان سبب الآخر عدمی.

(و الاصل موافق للاول) و هو عدم کون وفاء البائع بالعقد، (و مخالف للثانی) و هو وقوع العقد علی ما لا یطابق.

(مثلا: اذا وقع العقد علی العین علی انها سمینة، فبانت مهزولة، فالموجب للخیار هو انه لم ینتقل إلیه) ای الی المشتری (فی الخارج) فی مقابل الانتقال فی عالم العقد و الالتزام (ما عقد علیه، و هو السمین لا) ان السبب للخیار (وقوع العقد علی السمین، فان ذلک) وقوع العقد علی السمین (لا یقتضی) الخیار ای (الجواز) للعقد- فی مقابل اللزوم-.

(و انما المقتضی للجواز عدم انطباق العین الخارجیة) و هی الهزیلة (علی متعلق العقد) و هی السمینة.

(و من المعلوم: ان عدم الانطباق هو المطابق للاصل عند الشک) اذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۴

فقد تحقق مما ذکرنا صحة ما تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه.

و کذا صحة ما فی التذکرة من اصالة عدم التزام المشتری بتملک هذا الموجود، حتی یجب الوفاء بما الزم.

نعم: ما فی المبسوط، و السرائر، و الدروس من اصالة بقاء ید المشتری علی الثمن، کانه لا یناسب اصالة اللزوم،

الاصل عدم الحادث، فان الحادث وجود، و اذا شک فیه کان الاصل عدمه، بخلاف الامر الوجودی فانه لا اصل فیه الا الاستصحاب فیما کان فی السابق موجودا.

(فقد تحقق مما ذکرنا) صحة جریان بعض الاصول، و عدم صحة جریان بعض الاصول الاخر.

مثل (صحة ما تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه) لانه قبل تسلمه الهزیلة لم یصل حقّه إلیه، فاذا تسلم الهزیلة و شککنا فی وصول حقه إلیه، فالاصل العدم.

(و کذا صحة ما فی التذکرة من اصالة عدم التزام المشتری بتملک هذا) الهزیل (الموجود، حتی یجب الوفاء بما الزم) اذ انما یلزم الوفاء بما التزمه الانسان، لا بأی شیء آخر.

(نعم: ما فی المبسوط، و السرائر، و الدروس من اصالة بقاء ید المشتری علی الثمن، کانه لا یناسب اصالة اللزوم) فیما لو شک فی العقود، فانه لو شک فی العقد کان اصل اللزوم محکما- کما حقق فی محله- و اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۵

بل یناسب اصالة الجواز عند الشک فی لزوم العقد، کما یظهر من المختلف فی باب السبق و الرمایة، و سیأتی تحقیق الحال فی باب الخیار.

و اما دعوى: و ورود اصالة عدم تغيّر المبيع على الاصول المذكورة لان الشك فيها مسبب عن الشك فى تغيّر المبيع.

تحقق اللزوم بالاصل فلا وجه لاصالة بقاء يد المشترى على الثمن، لان اصل اللزوم حاكم على اصل بقاء يد المشترى (بل يناسب اصالة الجواز)

اى لو قلنا: انه لو شك فى العقد كان مقتضى القاعدة اصالة الجواز كان يتفرع على هذا الاصل اصالة بقاء يد المشترى على الثمن.

لكنا لا نقول باصالة الجواز (عند الشك فى لزوم العقد) بل نقول باصالة اللزوم، لقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و غيره فكل عقد شك فى انه لازم او جائز، نقول بانه لازم حتى يدل دليل خارجى على انه جائز نقول بانه لازم حتى يدل دليل خارجى على انه جائز (كما يظهر) ان الاصل الجواز- خلافا لما ذكرنا- (من المختلف فى باب السبق و الرماية و سيأتى تحقيق الحال) فى ان الاصل فى العقود اللزوم او الجواز (فى باب الخيار) إن شاء الله تعالى.

(و اما دعوى: و ورود اصالة عدم تغيّر المبيع على الاصول المذكورة) اى سواء كانت الاصول الدالة على لزوم البيع، او الاصول الدالة على جوازه (لان الشك فيها) اى فى تلك الاصول (مسبب عن الشك فى تغيّر المبيع).

اذ لو جرى اصل عدم التغيير لم يكن مجال، لا لاصل اللزوم و لا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۶

فهى مدفوعة مضافا الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف فى زمان المشاهدة، كما اذا علم بكونها سمينة و انها صارت مهزولة و لا يعلم انها فى زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا فحينئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة،

لاصل الجواز، فان الشك فى ان البيع لازم، أم لا، ناش من الشك فى ان المبيع تغير عما شوهد عليه سابقا أم لا.

و من المعلوم: انه لو جرى الاصل فى السبب لم يكن مجال لجريان الاصل فى المسبب، سواء كان اصلا موافقا للاصل السببى او مخالفا له كما حقق فى الاصول.

(فهى مدفوعة) و وجه الدفع ما يأتى بعد اسطر بقوله: «ان مرجع اصالة الخ» (مضافا الى منع جريانه) اى جريان اصل عدم تغيّر المبيع (فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف) البائع و المشترى (فى زمان المشاهدة) كما لو كانت سمينة يوم الجمعة، و كان يوم المشاهدة يوم السبت، و كان يوم البيع الاحد (كما اذا علم بكونها سمينة) فى الجمعة (و انها صارت مهزولة) قطعا- كما فى الحال- (و لا يعلم انها فى زمان المشاهدة) يوم السبت هل انها (كانت باقية على السمن) حتى يكون العقد وقع على السمين (أولا؟) حتى يكون العقد وقع على المهزول، فلا يكون للمشترى حق.

(فحينئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة) كما فى كل حادثين نعلم تاريخ احدهما، و لا نعلم تأريخ الآخر، فان الاصل تأخر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۷

فالاصل تأخّر التغيّر، لا عدمه الموجب للزوم العقد ان مرجع اصالة عدم تغيّر المبيع الى عدم كونها حين المشاهدة سمينة.

و من المعلوم: ان هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير اصالة عدم وقوع العقد على السمين.

نعم لو ثبت بذلك الاصل هزالها عند المشاهدة و تعلق العقد بالمهزول

مجهول التاريخ، فانه يستصحب عدم الهزال عن المشاهدة «التى كانت يوم السبت».

(فالاصل تأخّر التغيّر، لا عدمه) اى عدم التغيير (الموجب) اصل عدم التغيير (للزوم العقد) بالإضافة الى هذا الاشكال (ان مرجع اصالة عدم تغيّر المبيع الى عدم كونها) اى الشاة (حين المشاهدة سمينة) لان الشك فى التغيير ناش عن الشك فى السمن حال المشاهدة فاذا

لم یکن سمن لم یکن تغییر، و اذا کان سمن کان تغییرا.

(و من المعلوم: ان هذا) عدم کونها حین المشاهدة سمینة (بنفسه لا یوجب لزوم العقد) لانه مثبت، اذ لازم عدم السمن حال العقد وقوع العقد علی الهزیل، و من المعلوم ان الاصل لا یثبت اللوازم العقلیة، و العرفیة (نظیر اصالة عدم وقوع العقد علی السمین) فان هذا الاصل لا یثبت وقوع العقد علی الهزیل الموجب للزوم العقد.

(نعم لو ثبت بذلک الاصل) ای باصل «عدم وقوع العقد علی السمین» او اصل «عدم کونها حین المشاهدة سمینة» (هزالها عند المشاهدة و تعلق العقد) «تعلق» عطف علی «هزالها» (بالمهزول،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۸

ثبت لزوم العقد.

و لکن الاصول العدمیة فی مجاریها لا یثبت وجود اضدادها.

هذا کله مع دعوی المشتری النقص الموجب للخیار.

و لو ادعی البائع الزیادة الموجبة لخیار البائع، فمقتضی ما ذکرنا فی طرف المشتری تقدیم قول البائع، لان الاصل عدم وقوع العقد علی هذا الموجود حتی یجب علیه الوفاء به.

ثبت لزوم العقد) لان البائع سلّم الی المشتری ما وقع العقد علیه.

(و لکن الاصول العدمیة فی مجاریها) ای کان المجری عدمیا کاصل عدم السمن- فیما نحن فیه- (لا یثبت وجود اضدادها) کالهزال فی المقام-.

(هذا کله) اذا کان التغییر المختلف، فیه (مع دعوی المشتری النقص الموجب للخیار) بان ادعی انها کانت حین المشاهدة سمینة، و الا هی هزیلة.

(و لو ادعی البائع الزیادة الموجبة لخیار البائع) کما لو ادعی انها کانت هزیلة عند المشاهدة و الآن صارت سمینة (فمقتضی ما ذکرنا فی طرف المشتری) ای اصالة عدم وقوع العقد علی الهزیل الموجود الآن حتی یلزم علی المشتری الوفاء به (تقدیم قول البائع، لان الاصل عدم وقوع العقد علی هذا الموجود) السمین (حتی یجب علیه) ای علی البائع (الوفاء به).

فان القاعدة تقتضی ان یکون الاصل مع مدعی التغییر، بائعا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۷۹

و ظاهر عبارة اللمعة تقدیم قول المشتری هنا و لم یعلم وجهه.

«الثانی» لو اتفقا علی التغیّر بعد المشاهدة و وقوع العقد علی الوصف المشاهد،

و اختلفا فی تقدم التغیّر علی المبیع لیثبت الخیار و تأخره عنه علی وجه لا یوجب الخیار،

او مشتریا.

نعم اذا ادعی البائع الهزال لمصلحة، کما لو ارتفع السعر، فهو یرید بطلان البیع لم یکن القول قوله، لان نقص المبیع لا یوجب خیار البائع و انما یوجب خیار المشتری، فاذا لم یرد المشتری ان یأخذ بالخیار لم یکن للبائع فسخ المعاملة.

(و ظاهر عبارة اللمعة تقدیم قول المشتری هنا) فی باب ادعاء البائع الزیادة (و لم یعلم وجهه).

و لعله لان البیع وقع علی هذا المبیع بالذات، و لم یعلم زیادته، فالاصل عدم الزیادة فلا مقتضی لاختیار البائع فی الفسخ، فتأمل.

الفرع «الثانی» من الفرعین (لو اتفقا علی التغیّر) و ان المبیع تغیّر (بعد المشاهدة) کما لو کان حال المشاهدة سمینا ثم اتفقا علی انه هزل بعد ذلک (و وقوع العقد علی الوصف المشاهد، و اختلفا فی تقدم التغیر علی المبیع لیثبت الخیار) للمشتری (و تأخره) ای التغیر (عنه) ای عن البیع (علی وجه لا یوجب الخیار).

مثلا: المشاهدة یوم الجمعة و البیع یوم الأحد فقال البائع کان التغیر فی الاثنین، و قال المشتری بل کان فی السبت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۰

تعارض کل من اصالة عدم تقدم البیع و التغیر علی صاحبه، و حیث ان مرجع الاصلین الی اصالة عدم وقوع البیع حال السمن مثلا، و اصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البیع.

و الظاهر انه لا یترتب علی شیء منهما الحکم بالجواز و اللزوم، لان اللزوم من احکام وصول ما عقد علیه، و انتقاله الی المشتری.

و اصالة بقاء السمن لا یثبت وصول السمین.

و قوله «علی وجه» اشارة الی ان بعض التغییرات بعد البیع أیضا یوجب الخیار کما لو کان قبل القبض او فی زمن الخیار، فان التلف قبل القبض من مال مالکه، و التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له (تعارض کل من اصالة عدم تقدم البیع) علی التغیر (و) عدم تقدم (التغیر) علی البیع (علی صاحبه) فان کلا من البیع و التغییر صاحب للآخر (و حیث ان مرجع الاصلین) المذکورین (الی اصالة عدم وقوع البیع حال السمن مثلا) هذا هو اصل تأخر البیع (و اصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البیع) هذا هو اصل تأخر السمن.

(و الظاهر انه لا یترتب علی شیء منهما) ای من الاصلین المذکورین (الحکم بالجواز) و الخیار (و اللزوم، لان اللزوم من احکام وصول ما عقد علیه، و انتقاله الی المشتری) لا من آثار بقاء السمن الی ما بعد البیع.

(و اصالة بقاء السمن) الی ما بعد البیع (لا یثبت وصول السمین) لانه مثبت، و الاصل المثبت لیس بحجة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۱

کما ان اصالة عدم وقوع البیع حال السمن لا ینفیه.

فالمرجع الی اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه، کما فی المسألة السابقة.

الا ان الفرق بینهما هو ان الشک فی وصول الحق هناک ناش عن الشک فی نفس الحق.

و هنا ناش عن الشک فی وصول الحق المعلوم.

(کما ان اصالة عدم وقوع البیع حال السمن لا ینفیه) ای لا ینفی وصول السمین، لانه أیضا مثبت.

(فالمرجع) بعد سقوط الاصل الحاکم السببی لتعارضه باصل مثله (الی) الاصل المسببی، و هو (اصالة عدم وصول حق المشتری إلیه، کما فی المسألة السابقة) ای الفرع الاول الّذی کان اختلافهما فی التغییر و عدمه.

(الا ان الفرق بینهما) ای بین المسألة السابقة و هذه المسألة (هو ان الشک فی وصول الحق هناک) الی المشتری (ناش عن الشک فی نفس الحق) و انه هل حصل تغییر اصلا، أم لم یحصل تغییر؟

(و هنا) فی الفرع الثانی (ناش عن الشک فی وصول الحق المعلوم) لانهما متفقان علی التغییر، و انما الشک فی تقدمه علی البیع او تأخره عنه

فمثلا: قد نشک فی ان حق زید دینار او درهم، و قد نشک فی ان حقه الّذی هو درهم قطعا هل وصل إلیه، أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۲

و بعبارة اخری: الشک هنا فی وصول الحق، و هناک فی حقه الواصل، و مقتضی الاصل فی المقامین عدم اللزوم.

و من ذلک یعلم الکلام فیما لو کان مدعی الخیار هو البائع، بان اتفقا علی مشاهدته مهزولا، و وقوع العقد علی المشاهد، و حصل السمن و اختلفا فی تقدمه علی البیع لیثبت الخیار للبائع، فافهم و تدبر، فان المقام لا یخلو عن اشکال و اشتباه.

(و بعبارة اخری: الشک هنا) فی الفرع الثانی (فی وصول الحق و هناک) فی الفرع الاول (فی حقه الواصل، و مقتضی الاصل فی المقامین عدم اللزوم) لاصالة عدم وصول الحق.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا فی مسألة الشک فی هزال الشاة بعد سمنه حتی یکون للمشتری الخیار و عدمه (یعلم الکلام فیما لو کان مدعی الخیار هو البائع، بان اتفقا علی مشاهدته) ای الحیوان (مهزولا، و) اتفقا علی (وقوع العقد علی المشاهد، و) انه بعد ذلک (حصل السمن و) لکن (اختلفا فی تقدمه علی البیع لیثبت الخیار للبائع) لانه باع الزائد و هو مغبون، او تأخره عن البیع لیکون السمن انما زاد فی ملک المشتری فلا خیار للبائع.

فان اصالة عدم وصول حق البائع إلیه «من الثمن» یقتضی الخیار بعد سقوط الاصول السببیة من الجانبین، مثل الکلام الّذی تقدم فی المشتری (فافهم و تدبر، فان المقام لا یخلو عن اشکال و اشتباه).

و یظهر من ذلک ما لو ادعی کل واحد الخیار لنفسه و انکره الآخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۳

و لو وجد المبیع تالفا بعد القبض فیما یکفی فی قبضه التخلیة، و اختلفا فی تقدم التلف علی البیع و تأخره.

فالاصل بقاء ملک المشتری علی الثمن، لاصالة عدم تأثیر البیع.

و قد یتوهم جریان اصالة صحة البیع هنا للشک فی بعض شروطه و هو وجود المبیع.

و فیه

لا دعاء المشتری تغیر المثمن، و ادعاء البائع تغیر الثمن.

(و لو وجد المبیع تالفا بعد القبض) بان قبض المشتری التالف (فیما یکفی فی قبضه التخلیة) کالدار والد کان (و اختلفا فی تقدم التلف علی البیع) فلا حق للبائع فی الثمن (و تأخره) حتی یکون الضرر من کیس المشتری.

(فالاصل) مع المشتری و لا یلزم علیه تسلیم الثمن الی البائع.

لاصالة (بقاء ملک المشتری علی الثمن، لاصالة عدم تأثیر البیع) فی النقل و الانتقال، اذ بیع التالف لا یؤثر شیئا.

(و قد یتوهم) ان الاصل مع البائع، فیقال: ب (جریان اصالة صحة البیع هنا) فی الشک فی کون التلف قبل البیع أم بعده (للشک فی بعض شروطه) ای شروط البیع (و هو وجود المبیع) فانه کلما شک فی شرط من شروط البیع بعد العقد، کان اللازم اجراء اصالة الصحة، کما لو عقدا، ثم شکّا فی انهما کانا مختارین او بالغین حال العقد أم لا، و هکذا فان الاصل الصحة.

(و فیه) انه یعتبر فی جریان اصالة الصحة امران:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۴

ان صحة العقد عبارة عن کونه بحیث یترتب علیه الاثر شرعا فاذا فرضنا انه عقد علی شیء معدوم فی الواقع فلا تأثیر له عقلا فی تملیک العین، لان تملیک المعدوم لا علی قصد تملیکه عند الوجود و لا علی قصد تملیک بدله مثلا او قیمته غیر معقول.

الاول: ثبوت ارکان العقد.

و الثانی: ان یکون بحیث لو لا الصحة، لزم صدور القبیح من الفاعل المسلم و فی المسألة یفقد الشرط الثانی، لانه اذا قلنا بعدم صحة

العقد لم يلزم صدور القبيح.

اذ القبيح انما هو اجراء العقد على المعدوم مع علم مجرى العقد، اما مع جهله فلا قبيح فى البين.

و لذا لا تجرى اصالة الصحة فى مسألتنا، ف (ان صحة العقد عبارة عن كونه) اى العقد (بحيث يترتب عليه الأثر شرعا) و من المعلوم ان غير المعقول لا- يترتب عليه الاثر شرعا (فاذا فرضنا انه عقد على شيء معدوم) كالدار التى صارت خربة (فى الواقع) و ان جهل المتبايعان كونه معدوما (فلا تأثير له عقلا فى تمليك العين) المعدوم.

و حيث لا اثر عقلا لا يكون اثر شرعا (لان تمليك المعدوم لا على قصد تمليكه عند الوجود) كما لو ملك ثمرة البستان و هى الآن معدومة لكن بقصد تمليكها عند ما وجدت، فان ذلك جائز، كما لا يخفى (و لا على قصد تمليك بدله مثلا) فى المثلى (او قيمته) فى القيمى (غير معقول) اذ لا ملك اصلا حتى يصلح لان يملك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۵

و مجرد انشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجهل بالحال

فاذا شككنا فى وجود العين حال العقد، فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم، لان التمليك الحقيقى غير متحقق.

و الصورى و ان تحقق لكنه ليس بفاسد، اذ اللغو فاسد عرفا، اى قبيح اذا صدر عن علم بالحال.

(و مجرد انشائه) اى الملك (باللفظ) بدون قصد النقل و الانتقال (لغو عرفا يقبح مع العلم) بانه معدوم (دون الجهل بالحال) اذ لا يلزم الانسان عن فعل شيء هو جاهل بواقعه، و يظن صحته.

(فاذا شككنا فى وجود العين حال العقد) و عدم وجود العين (فلا يلزم من الحكم بعدمه) اى بعدم وجود العين حال العقد (فعل فاسد من المسلم) حتى ينفى ذلك باصالة الصحة، و يلزمه صحة العقد (لان التمليك الحقيقى غير متحقق) فيما اذا حكمنا بعدم وجود العين حال العقد

(و) التمليك (الصورى و ان تحقق) خارجا (لكنه ليس بفاسد، اذ اللغو فاسد عرفا، اى قبيح اذا صدر عن علم بالحال) و المفروض ان المتعاقدين لا يعلمان بالحال.

و الحاصل: ان فعل المسلم يحمل على الصحة فيما اذا كان عدم حمله على الصحة يوجب حمله على القبيح، لكن المقام ليس كذلك، فان عدم حمله على الصحة يوجب حمله على الجهل لا على القبيح، فلا اصل صحة فى المقام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۶

و بالجملة: الفاسد شرعا الّذى تنزه عنه فعل المسلم، هو التمليك الحقيقى المقصود الّذى لم يمضه الشارع، فافهم، هذا.

فانه قد غفل عنه بعض فى مسألة الاختلاف فى تقديم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه فى البيع، و تأخيره عنه.

حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن، لان الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن، كان فاسد العدم مصادفته محلا يؤثر فيه.

(و بالجملة: الفاسد شرعا الّذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقى المقصود الّذى لم يمضه الشارع) و لا تمليك حقيقى هنا بناء على كون المبيع معدوما حال البيع (فافهم: هذا) الشرط لجريان اصالة الصحة

(فانه قد غفل عنه بعض) الفقهاء (فى مسألة الاختلاف فى تقديم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه فى البيع) للعين المرهونة (و تأخيره) اى البيع (عنه) اى عن الاذن.

كما لو رهن زيد داره عند عمرو، فاراد زيد بيع الدار قبل فكّها، فاستأذن عمروا، فاذن له عمرو، و باعها زيد، فاختلفا بعد ذلك فى ان البيع هل حصل قبل ان يرجع عمرو عن اذنه حتى يكون البيع صحيحا او حصل البيع بعد ان رجع عمرو عن اذنه حتى يكون البيع

باطلا؟

(حیث تمسک) هـذا البعض (باصالـة صـحة الرجوع عن الاذن) و ثمرتها بطلان البیع (لان الرجوع) عن الاذن (لو وقع بعـد بیع الراهن، کان) الرجوع (فاسدا) لانه لا اثر لهذا الرجوع (لعدم مصادفته) ای الرجوع (محلا یؤثر فیه) فان تأثیر الرجوع انما هو قبل البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۷

نعم لو تحققت قابلیة التأثیر عقلا او تحقق الانشاء الحقیقی عرفا و لو فیما اذا باع بلا ثمن، او باع ما هو غیر مملوک کالخمر، و الخنزیر، و کالتالف شرعا، کالغریق، و المسروق او معدوم قصد تملّکه عند وجوده کالثمرة المعدومة او قصد تملیک بدله مثلا او قیمة.

کما لو باع ما اتلفه زید علی عمرو، او صالحه

و وجه الخطأ فی کلام هذا البعض انه لو لم نقل بالصحة فی الرجوع لم یکن الرجوع قبیحا، اذ الرجوع مع الجهل بالبیع غیر قبیح، و انما الرجوع مع العلم قبیح فاذا لم یقبح الرجوع لم یجر اصل الصحة فی الرجوع

(نعم لو تحققت) شـرائط الحمل علی الصـحة بان ثبت ارکان العقد و ثبت قبح خلاف الصـحة، ثم شککنا فی ان العقد هل هو صحیح او فاسد؟

لزم الحمل علی الصحة، تنزیها لفعل المسلم عن القبیح.

و علی هـذا فلو تحققت (قابلیة التأثیر عقلا) بأن لم یکن المتعلق للعقد معدوما غیر قابل للوجود اصـلا (او تحقق الانشاء الحقیقی) و هو الانشاء بقصـد النقل، لا کالانشاء الهازل (عرفا و لو فیما اذا باع بلا ثمن، او باع ما هو غیر مملوک) ای بلا مثمن (کالخمر، و الخنزیر، و ک) ما لو باع (التالف شـرعا، کالغریق، و المسـروق) فانهما باقیان واقعا، لکن للشارع حکم بأنهما تالفان (او) باع ما هو (معـدوم قصـد تملّکه) «قصد» فعل ماضی (عند وجوده کالثمرة المعدومة) فی الحال (او قصد تملیک بدله مثلا) فی المثلی (او قیمة) فی القیمی.

(کما لو باع) عمرو (ما اتلفه زید علی عمرو، او) لم یبع لکن (صالحه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۸

ایاه بقصـد حصول اثر الملک فی بدله تحقق مورد الصـحة و الفساد فاذا حکم بفساد شـیء من ذلک، ثم شک فی ان العقد الخارجی منه أم من الصحیح، حمل علی الصحیح.

او صالـح عمرو (ایاه) ذلک الشـیء المتلف (بقصـد حصول اثر الملک فی بدله) ای بدل المتلف، بان یأخذ المشتری بدل المتلف من المتلف مثلا کان البـدل او قیمـة (تحقق) جواب «لو تحققت» (مورد الصـحة و الفساد) لانه اذا لم یکن صـحیحا کان اما لعـدم، او کان العقد کعدم الثمن او عدم المثمن.

و اما لانه قبیح- کبیع الغریق و المسروق- شرعا.

(فاذا حکم بفساد شـیء من ذلک، ثم شک فی ان العقـد الخارجی) الّذی اوقعه المتعاقـدان (منه) ای من ذلک القسم الفاسـد (أم من الصحیح، حمل) العقد (علی الصحیح).

و تفصیل الکلام فی جریان اصالة الصحة و عدم الجریان موکول الی محلّه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۸۹

مسئلة لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة، فیما یختلف قیمته باختلاف ذلک

کما فی کل وصف یکون کذلک.

اذ لا فرق فی توقف رفع الغرر علی العلم بین هذه الاوصاف و بین تقدیر العوضین بالکیل، و الوزن، و العدّ یغنی الوصف عن

(مسألة): قد یختبر الشیء لاستعلام الصحة و الفساد، و هذا الاختبار لیس بلازم، لجواز الاعتماد علی اصالة الصحة.

و قد یختبر لاجل استعلام حالة ما یختلف قیمته، و ان الشیء من ایّ قسم هور.

و هذا الاختبار لازم، فانه (لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة، فیما یختلف قیمته باختلاف ذلک) ای باختلاف کل واحد من هذه الصفات الثلاث.

مثلا: العسل الّذی طعمه اجود، او لونه اصفی، او رائحته ازکی یکون اغلی قیمة (کما فی کل وصف یکون کذلک) کالرقة، و السخانة، و الخشونة، و النعومة، و هکذا.

(اذ لا فرق فی توقف رفع الغرر علی العلم بین هذه الاوصاف) المذکورة بحیث لو لا العلم بها کان غررا (و بین تقدیر العوضین بالکیل و الوزن و العد)

فکما یجب العلم بهذه الثلاثة لرفع الغرر، کذلک یجب العلم بسائر الاوصاف التی یتوقف رفع الغرر علی العلم بها (و یغنی الوصف عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۰

الاختبار فیما ینضبط من الاوصاف، دون ما لا ینضبط، کمقدار الطعم و الرائحة و اللون و کیفیاتها فان ذلک مما لا یمکن ضبطه الا باختبار شیء من جنسه، ثم الشراء علی ذلک النحو من الوصف، مثل ان یکون الاعمی قد رای قبل العمی لؤلؤة، فبیع منه لؤلؤة اخری علی ذلک الوصف.

و کذا الکلام فی الطعم و الرائحة لمن کان مسلوب الذائقة و الشامّة

الاختبار فیما ینضبط من الاوصاف).

فاذا کان اللون الوردی مثلا معیارا فی شیء، کفی ان یقول البائع ان لونه وردی، و لا یحتاج الی الرؤیة لارتفاع الغرر حینئذ بالوصف (دون ما لا ینضبط، کمقدار الطعم و الرائحة و اللون) ای کمیاتها (و کیفیاتها).

مثلا: مقدار کیلو من الماء قد یصب فیه مقدار ربع کیلو من السکر، و قد یصب فیه مقدار نصف کیلو هذا من جهة الکم فی الحلاوة.

و قد یصب فیه السکر الخوزی الّذی له طعم احسن و قد یصب فیه السکر المأخوذ من السلق الّذی له طعم ادون (فان ذلک مما لا یمکن ضبطه الا باختبار شیء من جنسه، ثم الشراء علی ذلک النحو) المعلوم (من الوصف).

و ذلک (مثل ان یکون الأعمی قد رای قبل العمی لؤلؤة فبیع منه لؤلؤة اخری علی ذلک الوصف).

(و کذا الکلام) فی باب المقایسة (فی الطعم و الرائحة لمن کان مسلوب الذائقة و الشامة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۱

نعم لو لم یرد من اختبار الاوصاف الّا استعلام صحته و فساده، جاز شرائها بوصف الصحة کما فی الدبس و الدهن مثلا، فان المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض انواع الفواکه و الروائح التی تختلف قیمتها باختلاف طعمها، و رائحتها.

و لا یقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها و فسادها.

حیث انه کان قد اختبر قبل فقده لهما العسل فعرف منه طعما خاصا و رائحة خاصة، و بعد فقده للحاستین یشتری بنحو ذلک الوصف

الّذی اختبره قبل ذهاب حاسته.

و کذا لو ذهب حس لمسه، فاشتری الحریر- مثلاـ- الّذی له ملمس مثل ملمس الحریر الّذی سبق ان اختبره حال وجدانه لحاسة اللمس.

(نعم لو لم یرد من اختبار الاوصاف الّا استعلام صحته و فساده، جاز شرائها بوصف الصحة) لجواز الاعتماد علی اصالة الصحة فی کل الاشیاء، سواء ذکر ذلک فی العقد، او کان التبانی العرفی علیه و لذا یرد الفاسد و لو لم یشترط فی متن العقد (کما فی الدبس و الدهن مثلا، فان المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما) غالبا.

و الا فکثیرا ما یکون المقصود الخصوصیات الزائدة (بخلاف بعض انواع الفواکه) کالتوت و البرتقال (و الروائح) العطرة (التی تختلف قیمتها باختلاف طعمها، و رائحتها) فان البرتقال لو کان حلوا کانت له قیمة مرتفعة، بینما اذا کان مائلا الی الحموضة کانت قیمته اقل.

(و لا یقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها او فسادها) الا نادرا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۲

و اطلاق کلمات الاصحاب فی جواز شراء ما یراد طعمه و رائحته بالوصف محمول علی ما اذا ارید الاوصاف التی لها دخل فی الصحة لا الزائدة علی الصحة التی یختلف بها القیمة، بقرینة تعرضهم بعد هذا البیان جواز شراءها من دون اختبار و لا وصف، بناء علی اصالة الصحة.

(و) ان قلت: انتم قلتم بوجوب الاختبار بالنسبة الی ما تختلف قیمته باختلاف الطعم و الرائحة، و هذا ینافی اطلاق الاصحاب جواز الوصف و عدم لزوم الاختبار.

قلت: (اطلاق کلمات الاصحاب فی جواز شراء ما یراد طعمه و رائحته بالوصف) لا یراد به الاطلاق الشامل لما یختلف قیمته باختلاف الطعم و الرائحة.

بل الاطلاق (محمول علی ما اذا ارید الاوصاف التی لها دخل فی الصحة) تلک الاوصاف التی لا یلزم الاختبار بالنسبة إلیها بل یکفی فیها الوصف (لا) الاوصاف (الزائدة علی الصحة التی یختلف بها القیمة) کطعم البرتقال فی المثال السابق.

و انما نحمل اطلاق الاصحاب علی ذلک (بقرینة تعرضهم بعد هذا) الاطلاق (لبیان جواز شراءها من دون اختبار و لا وصف، بناء علی اصالة الصحة).

فالمراد بالاوصاف فی اطلاقهم السابق، الاوصاف التی لها مدخلیة فی الصحة، لا مطلق الاوصاف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۳

و کیف کان فقد قوّی فی السرائر عدم الجواز اخیرا، بعد اختبار جواز بیع ما ذکرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعی علیه الاجماع فی الغنیة

قال: یمکن ان یقال: ان بیع العین المشاهدة المرئیة لا یجوز ان یکون بالوصف لانه غیر غائب، فیباع مع خیار الرؤیة بالوصف فاذا لا بدّ من شمّه و ذوقه، لانه حاضر مشاهد غیر غائب یحتاج الی الوصف و هذا قوّی

(و کیف کان فقد قوّی فی السرائر) بالنسبة الی الاوصاف التی لها مدخلیة فی الصحة، هل انها یجب الاختبار فیها، أم یکفی الوصف و المشاهدة؟ (عدم الجواز اخیرا، بعد اختبار جواز بیع ما ذکرنا) ما یراد بذکر الاوصاف فیه اختبار الصحة و الفساد (بالوصف وفاقا للمشهور المدعی علیه الاجماع فی الغنیة).

(قال: یمکن ان یقال: ان بیع العین المشاهدة المرئیة لا یجوز ان یکون بالوصف).

عبارة المصنف فيها غموض، و المراد ان السرائر فرق بين بيع عين غائبة، فيجوز بيعها بالوصف، و بين بيع عين حاضرة فلا يجوز الا بالاختبار

و انما اوجب الاختبار فى العين الحاضرة (لانه) اى المبيع (غير غائب، فيباع) اى حتى يجوز ان يباع (مع خيار الرؤية) بيعا (بالوصف) بدون الاختبار (فاذا) حيث ان المبيع ليس غائبا (لا بدّ من شمّه و ذوقه لانه) اى المبيع (حاضر مشاهد غير غائب) حتى (يحتاج الى الوصف، و هذا) اى وجوب الاختبار فى المبيع الحاضر و عدم الاكتفاء بالوصف و ان كفى الوصف فى المبيع الغائب- (قوّى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۴

انتهى.

و يضعفه ان المقصود من الاختبار رفع الغرر، فاذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما.

بل الاقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف، بناء على اصالة الصحة، وفاقا للفاضلين و من تأخر عنهما، لانه اذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره فى الحقيقة يرجع الى ذكر وصف الصحة و من المعلوم انه غير معتبر فى البيع اجماعا بل يكفى بناء المتعاقدين

انتهى) كلام السرائر.

(و يضعفه) اى يضعف الزام السرائر الاختبار فى العين الحاضرة (ان المقصود من الاختبار رفع الغرر، فاذا فرض رفعه) اى الغرر (بالوصف كان الفرق) الّذى ذكره السرائر (بين الحاضر) حيث اوجب اختباره (و الغائب) الّذى اكتفى فيه بالوصف (تحكما) لانه فرق بلا فارق.

(بل الاقوى جواز بيعه) اى المبيع الحاضر (من غير اختبار و لا وصف بناء على اصالة الصحة) فانها اصل عقلائى قرره الشارع و أمضاه (وفاقا للفاضلين) المحقق و العلامة (و من تأخر عنهما، لانه اذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه) اى مع الوصف (فذكره) اى الوصف (فى الحقيقة يرجع الى ذكر وصف الصحة، و من المعلوم انه) اى ذكر وصف الصحة (غير معتبر فى البيع اجماعا) فان الانسان اذا اراد ان يشترى شيئا، لا يلزم ان يشترط الصحة بل شرط الصحة موجود سواء ذكره، أم لا (بل يكفى بناء المتعاقدين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۵

عليه، اذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب.

و اما رواية محمد بن العيص عن الرجل يشترى ما يذاق، أ يذوقه قبل ان يشترى؟ قال عليه السلام: نعم، فليذقه و لا يذوقن ما لا يشترى فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه.

ثم انه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة

عليه) اى على وصف الصحة، و ان لم يكن له ذكر لفظى، فاذا تخلف هذا الوصف بل ظهر المبيع او الثمن معيبا غير صحيح، كان له خيار العيب (اذا لم يصرح البائع) فى طرف المثمن، و المشترى فى طرف المثمن (بالبراءة من العيوب) فانه لا خيار حينئذ اذا ظهر الشيء معيبا.

اللهم الا اذا كان عيبا يوجب عدم اسم المبيع اصلا، كما لو اشترى بيضا و ذكر البراءة من العيوب، ثم ظهر فيه سواد كالرماد لكثرة بقائه، و جفاف ما فيه، و اسوداده مثلا.

(و اما رواية محمد بن العيص) الظاهر منها وجوب الاختبار فلا تدل على مراد الحلى (عن الرجل يشترى ما) من شأنه ان (يذاق)

كالـدبس و السـمن (أ يـذوقه قبل ان يشترى؟ قال عليه السـلام: نعم، فليذقه و لا يذوقن ما لا يشترى، ف) لا علاقة لها بما نحن فيه، بل الامر فيها فى مقام توهم الحظر، فلا يدل على الوجوب.

اذ: (السؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه) بقرينة و لا يذوقن ما لا يشترى.

(ثم انه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة) اى مسألة وجوب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ١٩۶

الى المفيد، و القاضى، و سلار، و ابى الصلاح، و ابن حمزة.

قال فى المقنعة كل شـىء من المطعومات و المشـمومات يمكن للانسان اختباره من غير افساد له كالادهان المختبرة، بالشمّ، و صنوف الطيب و الحلوات المذوقـة، فـانه لاـ يصـح بيعه بغير اختبـار فـان ابتيع بغير اختبـار كان البيع باطلا، و المتبايعان فيه بالخيار، فان تراضـيا بذلك لم يكن به بأس، انتهى.

و عن القاضى: انه لا يجوز بيعه الا بعد ان يختبر، فان بيع من غير اختبار

الاختبار، حيث انما ذكرنا عـدم الوجوب (الى المفيـد، و القاضـى، و سـلار و ابى الصـلاح، و ابن حمزة) و لننقل عبائرهم لنرى مقـدار دلالة كلامهم على ما نسب إليهم.

(قال فى المقنعـة كل شـىء من المطعومات و المشـمومات يمكن للانسان اختباره من غير افساد له) لا مثل الدابوعـة و البطيخ حيث ان الاختبار يفسـدهما لوجوب شـقهما (كالادهان المختبرة بالشمّ، و صـنوف الطيب، و الحلوات المذوقة، فانه لا يصح بيعه بغير اختبار فان ابتيع بغير اختبار كان البيع باطلا، و المتبايعان فيه بالخيار).

الظاهر من الخيار ان مراده من البطلان بطلان اللزوم لا بطلان اصل العقـد (فان تراضـيا بـذلك) الشـىء غير المختبر، و لم يبطلاه بخيار الفسخ (لم يكن به بأس، انتهى) كلام المفيد فى المقنعة.

(و عن القاضى: انه لا يجوز بيعه الا بعد ان يختبر، فان بيع من غير اختبار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ١٩٧

كان المشترى مخيرا فى رده له على البائع.

و المحكى عن سـلار، و ابى الصـلاح، و ابن حمزة اطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار، من غير تعرض لخيار المتبايعين، كالمفيد، او للمشترى، كالقاضى!

ثم المحكى عن المفيد، و سلار ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة.

و عن النهاية و الكافى: ان بيعه جائز على شرط الصحة او البراءة من العيوب.

كان المشترى مخيرا فى رده) اى رد المشترى (له) اى للمبيع (على البائع) و هذا أيضا كالمفيد ظاهره الصحة مع الخيار.

(و المحكى عن سـلار، و ابى الصـلاح، و ابن حمزة اطلاـق القول بعـدم صـحة البيع من غير اختبـار فيمـا لاـ يفسـده الاختبـار، من غير تعرض) منهم (لخيار المتبايعين، كالمفيد) الّذى قال بخيار المتبايعين (او) الخيار (للمشترى، كالقاضى!) كما تقدم عبارتهما.

(ثم المحكى عن المفيـد، و سـلار ان ما يفسده الاختبار) كالبطيخ مثلا و البيض (يجوز بيعه بشـرط الصـحة) بان يذكر هذا الشـرط فى متن العقد.

(و عن النهايـة و الكـافى: ان بيعه جـائز على شـرط الصـحة، او البراءة من العيوب). بـان يقول البـائع: بعتـك هـذا على شـرط ان يكون صحيحا، او يقول: بعتك و انى برىء من كل عيب فيه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۸

و عن القاضی: لا یجوز بیعه الا بشرط الصحة، و البراءة من العیوب

قال فی محکی المختلف- بعد ذکر عبارة- القاضی: ان هذه العبارة توهم اشتراط احد القیدین اما الصحة او البراءة من العیوب، و لیس بجید، بل الاولی انعقاد البیع، سواء شرط احدهما او خلی عنهما او شرط العیب و الظاهر انه انما صار الی الایهام من عبارة الشیخین

(و عن القاضی: لا یجوز بیعه الا بشرط الصحة، و البراءة من العیوب) فالنهایة و الکافی شرطا الجواز باحدهما.

و القاضی صرح بعدم الجواز الا باحدهما.

و الامران یرجعان الی نتیجة واحدة.

فلو قلت: ادخل الدار علی شرط ذکر اسم الله، او قلت: لا تدخل الدار الا مع اسم الله، کان المؤدّی واحدا.

(قال فی محکی المختلف- بعد ذکر عبارة- القاضی: ان هذه العبارة توهم اشتراط احد القیدین) فی صحة بیع ما یفسده الاختبار (اما الصحة او البراءة من العیوب، و لیس) هذا الحکم (بجید، بل الاولی انعقاد البیع، سواء شرط احدهما او خلی عنهما) بان لم یشترط احدهما (او شرط العیب) بان قال: ابیعک بشرط ان یکون معیوبا، فلا یحق لک الارجاع بالعیب.

شیرازی، سید محمد حسینی، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۱۰، ص: ۱۹۸

ثم قال المختلف: (و الظاهر انه) ای القاضی (انما صار الی الایهام) ای توهم اشتراط صحة البیع بذکر احد الشرطین اشتراط الصحة او البراءة (من) جهة (عبارة الشیخین

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۱۹۹

حیث قالا: انه جاز علی شرط الصحة، او بشرط الصحة.

و مقصودهما ان البیع بشرط الصحة او علی شرط الصحة جائز لا ان جوازه مشروط بالصحة او البراءة، انتهی.

اقول: و لعله لنکتة بیان ان مطلب الشیخین لیس وجوب ذکر الوصف فی العقد کما عبّر فی القواعد فیما یفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة

حیث قالا: انه جاز علی شرط الصحة) کما عبّر به المفید فی المقنعة (او بشرط الصحة) کما عبّر عنه الشیخ فی النهایة.

فتوهم القاضی من عبارتهما، لزوم ذکر الشرط فی متن العقد، و اضاف من نفسه ذکر «البراءة»

و الحاصل: ان العلامة یرید ان یقول: ان القاضی توهم من کلام المفید و الشیخ لزوم ذکر الشرط فی متن العقد.

(و) الحال ان الشیخین لا یرید ان ذکر الشرط فی متن العقد بل (مقصودهما ان البیع بشرط الصحة او علی شرط الصحة جائز، لا ان جوازه) ای جواز البیع (مشروط بالصحة او البراءة، انتهی) کلام العلامة

ثم ان الفرق بین «بشرط الصحة» و بین «علی شرط الصحة» لفظی، و الا فالمراد بهما واحد.

(اقول: و لعله لنکتة بیان ان مطلب الشیخین) المفید و الطوسی (لیس وجوب ذکر الوصف) ای وصف الصحة (فی العقد کما عبّر فی القواعد فیما یفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة) و لم یعبر «بشرط الصحة»

و قوله «عبر» خبر «لعله» و «لنکتة» علة لهذا التعبیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۰

لکن الانصاف: ان الظاهر من عبارتی المقنعة و النهایة، و نحوهما هو اعتبار ذاکر الصحة فی العقد، کما یظهر بالتدبر فی عبارة المقنعة من اولها الی آخرها و عبارة النهایة هنا هی عبارة المقنعة بعینها فلاحظ.

و ظاهر الکل کما تری اعتبار خصوص الاختبار فیما لا یفسده، کما تقدم من الحلی، فلا یکفی ذکر الاوصاف فضلا عن الاستغناء عنها باصالة السلامة.

ای ان تعبیر العلامة ب «جاز» لاجل بیان هذه النکتة، و هو ان هذا الشرط جائز و لیس بواجب.

(لکن الانصاف: ان الظاهر من عبارتی المقنعة و النهایة، و نحوهما) ممن ذکر «شرط الصحة» (هو اعتبار ذکر الصحة فی العقد، کما یظهر) انه یرید الاشتراط، لا مجرد الجواز (بالتدبر فی عبارة المقنعة من اولها الی آخرها، و عبارة النهایة هنا) فی هذه المسألة (هی عبارة المقنعة بعینها، فلاحظ) فلیس الامر کما ذکره المختلف، بل کما ذکره القاضی هذا.

(و ظاهر الکل کما تری اعتبار خصوص الاختبار فیما لا یفسده) الاختبار کالعسل و السمن (کما تقدم من الحلی) فی السرائر (فلا یکفی ذکر الاوصاف فضلا عن الاستغناء عنها) ای عن الاوصاف (باصالة السلامة) بأن لا یختبر و لا یذکر الاوصاف، بل یکتفی باصل السلامة المعتمد لدی العقلاء فی المعاملات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۱

و یدل علیه ان هؤلاء اشترطوا فی ظاهر عبائرهم المتقدمة: اشتراط الوصف او السلامة من العیوب فیما یفسده الاختبار، و ان فهم فی المختلف خلاف ذلک.

لکن قدمنا ما فیه، فینبغی ان یکون کلامهم فی الامور التی لا تنضبط خصوصیة طعمها و ریحها بالوصف.

(و یدل علیه) ای علی اشتراط الاختبار، و لا- یکتفی بالوصف، و لا- بأصل السلامة- فیما لا یفسده الاختبار- (ان هؤلاء اشترطوا فی ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف او السلامة من العیوب فیما یفسده الاختبار) البطیخ و البیض (و ان فهم فی المختلف خلاف ذلک) من عبائرهم، فانه فهم جواز الاشتراط، لا ان الاشتراط شرط فی صحة البیع.

(لکن قدمنا ما فیه) ای فی کلام المختلف، حیث قلنا «لکن الانصاف الخ» (فینبغی ان یکون کلامهم) ای «وجوب الاختبار» (فی الامور التی لا تنضبط خصوصیة طعمها و ربحها بالوصف).

و الحاصل: انهم ذکروا فیما یفسده، اشتراط الوصف او السلامة و: فیما لا یفسده ذکروا «الاختبار» فینبغی ان یکون الاختبار «فیما لا ینضبط» اذ الاوصاف المنضبطة کالصحة مثلا، لا یحتاج الی الاختبار بل یکفی الوصف فعدم اکتفائهم بالوصف فیما لا یفسده دلیل علی ان مرادهم بالاختبار الامور التی لا تنضبط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۲

و الظاهر ان ذلک فی غیر الاوصاف التی یدور علیها السلامة من العیب، الا ان تخصیصهم الحکم بما لا یفسده الاختبار کالمشاهد علی ان المراد بالاوصاف التی لا یفسد اختبارها ما هو مناط السلامة.

کما ان مقابله و هو ما یفسد الشیء باختباره کالبیض و البطیخ کذلک غالبا.

و یؤیده حکم القاضی بخیار المشتری

(و الظاهر ان ذلک) ای عدم الانضباط (فی غیر الاوصاف التی یدور علیها السلامة من العیب).

وجه الظهور: ان الاوصاف التی تدور علیها الصحة منضبطة (الا ان تخصیصهم الحکم) ای وجوب الاختبار (بما لا یفسده الاختبار کالمشاهد علی) خلاف ما ذکرنا- لانا ذکرنا ان مرادهم «الامور التی لا تنضبط» حیث قلنا فینبغی .. الخ- فهو دلیل علی (ان المراد بالاوصاف التی لا یفسد اختبارها ما هو مناط السلامة) ای المنضبطة.

(کما ان مقابله) ای مقابل «ما لا یفسد باختباره» (و هو ما یفسد الشیء باختباره کالبیض و البطیخ کذلک) ما هو مناط السلامة (غالبا)

(و یؤیده) ای یؤید ان المراد بالاوصاف الاوصاف الدخیلة فی الصحة، لا الاوصاف الزائدة علی الصحة التی تختلف بها القیمة (حکم القاضی بخیار المشتری) و لم یقل خیارهما مع انه لو کان المراد: الاوصاف الزائدة، لم یختص الخیار بالمشتری، بل کان الخیار تارة للبائع، و تارة للمشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۳

و کیف کان فان کان مذهبهم تعیین الاختبار فیما لا ینضبط بالاوصاف فلا خلاف معهم منا و لا من الاصحاب و ان کان مذهبهم موافقا للحلّی بناء علی إرادة الاوصاف التی بها قوام السلامة من العیب، فقد عرفت انه ضعیف فی الغایة.

ثم ان قول المصنف «الا ان تخصیصهم» هو فی مقابل قوله «فینبغی ان یکون کلامهم».

و حاصل کلام المصنف فی هاتین الجملتین ان مراد الشیخین و القاضی غامض، اذ فی کلامهم بعض الشواهد علی ان مرادهم «بالاوصاف» وصف السلامة، و بعض الشواهد علی ان مرادهم «بالاوصاف» الاوصاف الزائدة علی السلامة.

(و کیف کان) الامر فی ما یستظهر من عبائرهم (ف) الّذی ینبغی ان نقول: (ان کان مذهبهم) ای مذهب الشیخین و القاضی (تعیین الاختبار فیما لا ینضبط بالاوصاف) ای الاوصاف الزائدة- مقابل وصف الصحة فانه ینضبط عرفا- (فلا خلاف معهم) ای مع الثلاثة (منا و لا من الاصحاب) لان الکل یشترطون الوصف الزائد علی الصحة (و ان کان مذهبهم موافقا للحلّی) بلزوم ذکر وصف الصحة فی المعاملة (بناء علی إرادة) الحلّی من الاوصاف الواجب ذکرها (الاوصاف التی بها) ای بتلک الاوصاف (قوام السلامة من العیب، فقد عرفت انه ضعیف فی الغایة) بل ما جرت علیه سیرة العقلاء و المتشرعة عدم ذکر وصف الصحة اصلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۴

و ان کان مذهبهم عدم کفایة البناء علی اصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و ان کان ذکر الوصف کافیا عن الاختبار فقد عرفت ان الظاهر من حالهم و حال غیرهم، عدم التزام ذکر الاوصاف الراجعة الی السلامة من العیوب فی بیع الاعیان الشخصیة.

و یمکن ان یقال بعد منع جریان اصالة السلامة فی الاعیان

(و ان کان مذهبهم عدم کفایة البناء علی اصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و ان کان ذکر الوصف کافیا عن الاختبار) ای انهم یرون عدم لزوم ذکر وصف الصحة، لکنهم یقولون بلزوم احد الامرین، اما الاختبار و اما الوصف (فقد عرفت ان الظاهر من حالهم) ای حال الشیخین و القاضی (و حال غیرهم، عدم التزام ذکر الاوصاف الراجعة الی السلامة من العیوب فی بیع الاعیان الشخصیة) و ان کان یلزم ذکر الاوصاف الراجعة الی السلامة بالنسبة الی الکلی، فانهم بالنسبة الی بیع العین الشخصیة یکتفون باصالة السلامة.

(و یمکن ان یقال) بالفرق بین الاوصاف المقومة کالحموضة للخل، و بین الاوصاف غیر المقوّمة کسائر اقسام السلامة، و ذلک بوجوب ذکر الوصف فی الاول دون الثانی.

و ربط عبارة المصنف هکذا «یمکن ان یقال .. ان السلامة من العیب الخاص متی ما کانت مقصودة علی جهة الرکنیة ... فلا بد من احراز السلامة .. و متی ما کانت مقصودة لا علی هذا الوجه لم تجب احرازها»

و الحاصل: انما نقول (بعد منع جریان اصالة السلامة فی الاعیان)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٠٥

لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء الا فيما اذا كان الشك فى طرو المفسد، مع ان الكلام فى كفاية اصالة السلامة عن ذكر الاوصاف اعمّ، و لا من الشرع لعدم الدليل عليه

الشخصية- مقابل الكلى- (لعدم الدليل عليها) اى على اصالة السلامة (لا) الدليل (من بناء العقلاء) اذ لا بناء للعقلاء على اصالة السلامة (الا فيما اذا كان الشك فى طرو المفسد) بان كان الشىء سابقا صحيحا، ثم شك فى انه هل فسد أم لا؟ فانهم فى مثل هذا المقام- فقط- يجرون اصل السلامة (مع ان الكلام) اى كلامنا- فى عدم الاحتياج الى ذكر وصف السلامة- (فى كفاية اصالة السلامة عن ذكر الاوصاف) الدخيلة فى السلامة (اعمّ) من طروّ المفسد، او من كون الفساد من اوّل الامر.

و الحاصل: ان الاستدلال ببناء العقلاء، لاصالة السلامة من قبيل كون الدليل اخص من المدعى.

اذ: المدّعى جريان اصالة السلامة مطلقا، و الدليل بناء العقلاء و هو خاص بما اذا شك فى طروّ المفسد، مع علمنا بانه كان من اوّل الامر صحيحا.

فالاستدلال من قبيل الاستدلال ل «ان كل انسان ابيض» بان «زيدا ابيض» (و لا) الدليل (من الشرع لعدم الدليل عليه) فانه لم ترد آية او رواية تدل على انه كلما شك فى ان الشىء سالم، أم لا يكون الاصل السلامة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٠٦

ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة على جهة الركنية للمال كالحلاوة فى الدبس، و الرائحة فى الجلاب، و الحموضة فى الخل، و غير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالية فلا بد فى دفع الغرر من احراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات،

و قوله «لا- من الشرع» عطف على «لا من بناء العقلاء» (ان السلامة) متعلق ب «يمكن ان يقال» (من العيب الخاص) مقابل السلامة من العيوب التى اشترطت السلامة منها، زائدة على السلامة عن العيوب الخاصة فانه قد يشترط ان يكون الخل حامضا- بان لا يكون فاسدا- و هذا هو السلامة من العيب الخاص، و قد يشترط ان يكون الخل شديد الحموضة- بان لا يكون حامضا عاديا- و هذا هو السلامة من العيب الزائد، الّذى تصوره المشترى عيبا، و ان لم يكن عيبا فى الواقع، اذ الحموضة العادية- بعدم الحموضة الزائدة- ليست عيبا- فتدبر-

ف (متى ما كانت) السلامة من العيب الخاص (مقصودة على جهة الركنية للمال كالحلاوة فى الدبس، و الرائحة فى الجلاب و الحموضة فى الخل، و غير ذلك) كالاسهال فى السقمونيا، و القبض فى نواة الخوخ- مثلا- (مما يذهب بذهابه) اى بذهاب ذلك الوصف (معظم المالية).

اما اذا ذهب كل المالية فلا معاملة فى الحقيقة حتى يكون الكلام فى خصوصياتها (فلا بد) جواب «متى» (فى دفع الغرر من احراز السلامة) فى المبيع (من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٠٧

و حيث فرض عدم اعتبار اصالة السلامة، فلا- بد من الاختبار، او الوصف، او الاعتقاد بوجودها لامارة عرفية مغنية عن الاختبار و الوصف.

و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب احرازها نعم لما كان الاطلاق منصرفا الى الصحيح، جاء الخيار عند تبين العيب،

الحلاوة و الرائحة و الحموضة (و حیث فرض عدم اعتبار) ذکر (اصالة السلامة) حال البیع (فلا بد من الاختبار، او الوصف) بان یصفه البائع بانه حلو، او حامض، او ذو رائحة طیبة (او الاعتقاد بوجودها) ای وجود تلک الاوصاف (لامارة عرفیة مغنیة عن الاختبار و الوصف) کان یری الذباب علی الدبس و البعوض علی الخل- مثلا- فمن شرط الوصف او الاختبار انما نظر الی هذا القسم.

(و متی) عطف علی «متی ما کانت مقصودة علی جهة الرکنیة» (ما کانت مقصودة لا علی هذا الوجه) ای الرکنیة (لم تجب احرازها) ای احراز السلامة لانه لا یلزم غرر من عدم تلک الاوصاف الزائدة، مثلا لو لم یکن الخل شدید الحموضة لم یکن موجبا للغرر.

فان قلت اذا لم یکن غرر من عدم الوصف الزائد فلما ذا یکون للمشتری الخیار؟ اذا لم یجد الوصف المذکور فیما اذا کان المتعارف فی الخل حموضة شدیدة.

قلت: (نعم لما کان الاطلاق) ای اطلاق الخل فی ما کان الغالب شدید الحموضة- مثلا- (منصرفا الی الصحیح) و هو شدید الحموضة فی المثال- (جاء الخیار عند تبین العیب) بقلة الحموضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۸

فالخیار من جهة الانصراف.

نظیر انصراف الاطلاق الی النقد، لا النسیئة، و انصراف اطلاق الملک فی المبیع الی غیر مسلوب المنفعة مدة یعتد بها لا من جهة الاعتماد فی احراز الصحة، و البناء علیها علی اصالة السلامة.

و بعبارة اخری: الشک فی بعض العیوب قد لا یستلزم الغرر ککون الجاریة ممن لا تحیض فی سن الحیض و مثل هذا لا یعتبر احراز السلامة عنه

(فالخیار من جهة الانصراف) الی الصحیح.

(نظیر انصراف الاطلاق الی النقد لا النسیئة، و) نظیر (انصراف اطلاق الملک فی المبیع) فیما لو باع الدکان- مثلا- (الی غیر مسلوب المنفعة مدة یعتد بها) کما لو کان الدکان موجرا مدة سنة، فان المشتری اذا لم یعلم بالایجار، و اشتری الدکان کان له خیار الفسخ (لا) ان الخیار هنا (من جهة الاعتماد فی احراز الصحة، و البناء علیها علی اصالة السلامة).

فلیس وجود الخیار دلیلا علی وجود الغرر، فان الخیار قد یکون لاجل الغرر، و قد یکون لاجل ان المنصرف من البیع خلاف المتاع المسلّم الی المشتری، و ان لم یکن غرر.

(و بعبارة اخری: الشک فی بعض العیوب قد لا یستلزم الغرر، ککون الجاریة ممن لا تحیض فی سن الحیض و مثل هذا) العیب (لا یعتبر احراز السلامة عنه) عند المعاملة.

فلو اشتراها و هو لا یعلم انها تحیض او لا تحیض، لم یکن بالاشتراء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۰۹

و قد یستلزمه الغرر، ککون الجاریة خنثی و کون الدابة لا تستطیع المشی، او الرکوب و الحمل علیه، و هذه مما یعتبر احراز السلامة عنها

و حیث فرض عدم احرازها بالاصل فلا بد من الاختبار او الوصف، هذا.

و یؤید ما ذکرنا من التفصیل ان بعضهم کالمحقق فی النافع، و العلامة فی القواعد، عنون المسألة بما کان المراد طعمه او ریحه، هذا.

بأس.

نعم: اذا ظهرت لا تحیض کان له خیار الفسخ.

(و قد یستلزمه) ای یستلزم بعض العیوب (الغرر، ککون الجاریة خنثی و کون الدابة لا تستطیع المشی، او) لا تستطیع (الرکوب و الحمل علیه، و هذه) العیوب (مما یعتبر احراز السلامة عنها) لانه لو لم تحرز السلامة عنها کان البیع غررا، و قد نهی الشارع عنه.

(و حیث فرض عدم احرازها بالاصل) لما تقدم من انه لا اصل عقلائی و لا اصل شرعی (فلا بد من الاختبار او الوصف، هذا) هو حاصل التفصیل الّذی اخترناه من قولنا: و یمکن ان یقال، الی هنا.

(و یؤید ما ذکرنا من التفصیل) بین قسمی العیب (ان بعضهم کالمحقق فی النافع، و العلامة فی القواعد، عنون المسألة) ای مسألة وجوب الاختبار و الوصف (بما کان المراد طعمه او ریحه).

و من المعلوم: ان المراد من هذا العنوان ما یکون السلامة اخذت فیه علی وجه الرکنیة، فهو یفرق بین سلامة تکون رکنا، و بین سلامة لا تکون رکنا- کما ذکرناه- (هذا) غایة الکلام فی وجه التفصیل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۰

و لکن الانصاف: ان مطلق العیب اذا التفت إلیه المشتری و شک فیه فلا بد فی رفع الغرر من احراز السلامة عنه اما بالاختبار، و اما بالوصف و اما بالإطلاق اذا فرض قیامه مقام الوصف،

اما لاجل الانصراف.

و اما لاصالة السلامة من غیر تفرقة بین العیوب اصلا فلا بد اما من کفایة الاطلاق فی الکل للاصل و الانصراف

(و لکن الانصاف: ان مطلق العیب) سواء کانت السلامة رکنا، أم لا (اذا التفت إلیه المشتری و شک فیه) کما لو شک فی ان الجاریة تحیض او شک فی انها خنثی (فلا بد فی دفع الغرر من احراز السلامة عنه) ای عن ذلک العیب (اما بالاختبار، و اما بالوصف، و اما بالإطلاق) کاطلاق الخل المنصرف الی المتعارف، و الجاریة المنصرف الی التی لیست بخنثی، و لا بفاقدة الحیض (اذا فرض قیامه) ای الاطلاق (مقام الوصف)

و انما نقول بوجوب احراز السلامة فی مطلق العیوب الرکنیة و غیرها

(اما لاجل الانصراف) الی الصحیح من قسمی العیوب.

(و اما لاصالة السلامة من غیر تفرقة بین العیوب اصلا) فلا یخص لزوم احراز السلامة بالعیوب الرکنیة دون غیرها.

و حیث لزم احراز السلامة فی جمیع اقسام العیوب (فلا بد اما من کفایة الاطلاق) ای اطلاق المبیع بدون وصف و اختبار (فی الکل) بدون فرق بین ان یکون الشک فی السلامة من فقد الحیض، او من فقد الأنوثة- بان کانت خنثی- (للاصل) الّذی هو السلامة (و الانصراف)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۱

و اما من عدم کفایته فی الکل نظرا الی انه لا یندفع به الغرر الا اذا حصل منه الوثوق حتی انه لو شک فی ان هذا العبد صحیح، او انه اجذم لم یجز البناء علی اصالة السلامة اذا لم یفد الوثوق، بل لا بدّ من الاختیار او وصف کونه غیر اجذم، و هذا و ان کان لا یخلو عن وجه الا انه مخالف لما یستفاد من کلماتهم فی غیر موضع، من عدم وجوب اختیار غیر ما یراد طعمه او ریحه من حیث سلامته من العیوب، و عدمها

ای انصراف الجاریة مثلا، الی ذات الآلة الواحدة، و التی تحیض.

(و اما من عدم کفایته) ای الاطلاق (فی الکل)

و انما نقول بعدم الکفایة فی الکل (نظرا الی انه لا یندفع به) ای بالإطلاق- بدون وصف او اختبار- (الغرر، الا اذا حصل منه) ای من

الاطلاق (الوثوق) بالصحة من قسمی العیب .. عدم الکفایة (حتی انه لو شک فی ان هذا العبد صحیح، او انه اجذم لم یجز البناء علی اصالة) الصحة، و (السلامة اذا لم یفد) الاصل (الوثوق، بل لا بدّ) فی رفع الغرر (من الاختبار او وصف کونه غیر اجذم، و هذا) عدم الکفایة فی الکل الا مع الوثوق (و ان کان لا یخلو عن وجه) لان رفع الغرر متوقف علیه (الا انه) ای عدم الکفایة فی الکل (مخالف لما یستفاد من کلماتهم فی غیر موضع) ای مواضع متعددة من الفقه (من عدم وجوب اختبار غیر ما یراد طعمه او ریحه) لا- یجب الاختبار (من حیث سلامته من العیوب، و عدمها) ای عدم السلامة، و هذا یؤید التفصیل الّذی ذکرناه هذا تمام الکلام فی وجوب الوصف و الاختبار علی مختلف الاقوال، و الله العالم بحقیقة الحال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۲

مسئلة یجوز ابتیاع ما یفسده الاختبار من دون اختبار اجماعا علی الظاهر.

و الاقوی عدم اشتراط الصحة فی العقد، و کفایة الاعتماد علی اصالة السلامة کما فیما لا یفسده الاختبار.

خلافا لظاهر جماعة تقدم ذکرهم من اعتبار اشتراط الصحة، او البراءة من العیوب، او خصوص احدهما.

(مسألة: یجوز ابتیاع ما یفسده الاختبار) کالبطیخ و البیض (من دون اختبار اجماعا، علی الظاهر) ای حسب ما یظهر من کلمات الفقهاء انهم مجمعون، و لیس الاجماع قطعیا.

(و الاقوی عدم اشتراط الصحة فی العقد) فلا یلزم ان یشترط المشتری ان یکون البیض صحیحا- مثلا- (و کفایة الاعتماد علی اصالة السلامة کما فیما لا یفسده الاختبار) کالعسل و الدهن.

فکما یجوز الاعتماد فیهما علی اصل السلامة بدون الاختبار، کذلک یجوز الاعتماد علی الاصل فیما یفسده الاختبار.

(خلافا لظاهر جماعة تقدم ذکرهم من اعتبار اشتراط الصحة، او البراءة من العیوب) تخییرا بینهما فیما اذا اراد بیع ما یفسده الاختبار (او خصوص احدهما) ای تعیینا.

فان بعضهم قالوا: باشتراط خصوص اشتراط الصحة.

و بعضهم قالوا: باشتراط خصوص البراءة من العیوب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۳

و قد عرفت تأویل العلامة فی المختلف لعبارتی المقنعة و النهایة الظاهرتین فی ذلک و ارجاعها الی ما اراده- من قوله فی القواعد: جاز بیعه بشرط الصحة- من انه مع الصحة- یمضی البیع، و لا معها یتخیر المشتری.

و عرفت ان هذا التأویل مخالف للظاهر، حتی ان قوله فی القواعد ظاهر فی اعتبار شرط الصحة.

و لذا قال فی جامع المقاصد: و کما یجوز بیعه بشرط الصحة، یجوز

(و قد عرفت تأویل العلامة فی المختلف لعبارتی المقنعة و النهایة الظاهرتین فی ذلک) فی لزوم الاشتراط، فان العلامة قال مرادهما جواز اشتراط الصحة او البراءة، لا انه یجب احد الامرین (و ارجاعهما) ای عبارتی المقنعة و النهایة (الی ما اراده) العلامة بنفسه (- من قوله فی القواعد: جاز بیعه بشرط الصحة- من انه) «من» بیان «ما اراده» (مع الصحة- یمضی البیع، و لا معها) بان ظهر المتاع غیر صحیح (یتخیر المشتری) بین الفسخ و الامضاء.

(و عرفت) فی المسألة السابقة (ان هذا التأویل مخالف للظاهر) من کلام المقنعة و النهایة (حتی ان قوله) ای العلامة بنفسه (فی

القواعد) و هو: جاز بیعه بشرط الصحهٔ (ظاهر فی اعتبار شرط الصحهٔ) لا ان شرط الصحهٔ جائز- کما اوّله القواعد-.

(و لـذا) الّـذی قلنا من ان العبارهٔ المـذکورهٔ ظاهرهٔ فی اللزوم، لا فی الجواز (قال فی جامع المقاصـد: و کما یجوز بیعه بشـرط الصـحهٔ، یجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۴

بیعه مطلقا.

و کیف کان فاذا تبین فساد المبیع فان کان قبل التصـرف فیه بالکسـر و نحوه فان کان لفاسـده قیمـهٔ کبیض النعامـهٔ و الجوز، تخیر بین الرد و الارش.

و لو فرض بلوغ الفسـاد الی حیث لا یعـد الفاسـد من افراد ذلک الجنس عرفا، کالجوز الاجوف الّـذی لا یصـلح الا للاحراق، فیحتمل قویا بطلان البیع

بیعه مطلقا) بـدون البراءهٔ و بـدون اشتراط الصـحهٔ، و لو لم یکن ظاهر «بشـرط الصـحهٔ» لزم هـذا الشـرط لم یکن وجه لان یقابله جامع المقاصد بقوله: یجوز بیعه مطلقا.

(و کیف کان) الامر سواء کان ظاهر عبارهٔ المقنعـهٔ و النهایـهٔ، ما ذکره العلامـهٔ، او ما ذکرناه (فاذا تبین فساد المبیع) کما لو ظهر البیض فاسـدا (فان کان قبل التصـرف فیه بالکسـر و نحوه) کسـلق البیض او جعله تحت الدجاجـهٔ للافراخ (فان کان لفاسده قیمهٔ) قبل کسـره (کبیض النعامـهٔ و الجوز) لمـا لهمـا من تجمیـل الرفوف بوضـعهما فیهـا (تخیر) المشتری (بین الرد و الـارش) التفـاوت بین الصـحیح و الفاسـد- ان کان هناک تفاوت- (و لو فرض بلوغ الفساد الی حیث لا یعد الفاسد من افراد ذلک الجنس عرفا، کالجوز الاجوف الّذی لا یصلح الا للاحراق، فیحتمل قویا بطلان البیع) اذ لیس هذا الموجود هو المقصود بالبیع و ان کان مشترکا معه فی الصورهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۵

ان لم یکن لفاسده قیمهٔ، تبین بطلان البیع، لوقوعه علی ما لیس بمتمول.

و ان کان تبین الفساد بعد الکسر، ففی الاول تبین الارش خاصهٔ، لمکان التصرف.

و یظهر من المبسوط قوله بانه لو کان تصرفه علی قدر یستعلم فیه فساد المبیع لم یسقط الرد.

و المراد بالارش تفاوت ما بین صحیحه و فاسده غیر المکسور لان

(و ان لم یکن لفاسده قیمهٔ) قبل الکسر (تبین بطلان البیع لوقوعه) ای البیع (علی ما لیس بمتمول) اذ لا قیمهٔ له حسب الفرض، هذا کله صورتا تبین الفساد قبل الکسر.

(و ان کان تبین الفساد بعد الکسـر، ففی الاول) و هو ما کان لفاسده قیمهٔ (تبین الارش خاصهٔ، لمکان التصرف) فان الشیء اذا تصرف فیه المشتری، ثم ظهر معیبا، لا یحق له ان یرده، بل له حق الارش فقط

(و یظهر من المبسوط قوله بانه لو کان تصـرفه) فی الفاسد (علی قدر یستعلم فیه فساد المبیع) و صحته، کما لو ثقب البیض بالابرهٔ مثلا (لم یسقط الرد) لانه لا یعد تصرفا.

فان التصرف المسقط للرد منصرف عن هذا التصرف الجزئی.

(و) کیف کان، ف (المراد بالارش تفاوت ما بین صحیحه و فاسده غیر المکسور).

فالصحیح مثلا عشرهٔ، و الفاسد تسعهٔ فالارش عبارهٔ عن واحد (لان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۶

الکسر نقص حصل فی ید المشتری.

و منه یعلم ثبوت الارش أیضا و لو لم یکن لمکسوره قیمة لان العبرة فی التمول بالفاسد غیر المکسور، و لا عبرة بخروجه، بالکسر عن التمول

و یبطل البیع فی الثانی اعنی ما لم یکن لفاسده قیمة وفاقا للمبسوط و السرائر، و ظاهر من تأخر عنهما، و ظاهرهم بطلان البیع من رأس

الکسر نقص حصل فی ید المشتری) فلا یتحمله البائع.

(و منه) ای مما ذکرنا من ان ملاحظة الارش تکون قبل الکسر- لا بعد الکسر- (یعلم ثبوت الارش أیضا و لو لم یکن لمکسوره قیمة) کما لو کان لصحیحه عشرة، و لفاسده قبل الکسر واحد، و لا شیء لمکسوره اصلا، فانه یستحق من البائع رد تسعة، لان، الواحد الّذی ذهب بالکسر کان بفعل المشتری، فلا یحق له ان یسترده من البائع (لان العبرة فی التمول) ای المالیة (بالفاسد غیر المکسور) و التفاوت تسعة- فی المثال- (و لا عبرة بخروجه، ب) سبب (الکسر عن التمول) اطلاقا، لانه بفعل المشتری.

اللهم الا ان یقال: ان المشتری مغرور، و المغرور یرجع الی من غرّ، فله ان یسترد من البائع کل العشرة.

(و یبطل البیع فی الثانی) هذا عطف علی «ففی الاول تعیّن الارش خاصة» (اعنی ما لم یکن لفاسده قیمة) لانه لم یأخذ مالا من البائع فکیف یعطیه شیئا من الثمن؟ (وفاقا للمبسوط و السرائر، و ظاهر من تأخر عنهما، و ظاهرهم بطلان البیع من رأس) حتی ان البیع غیر منعقد من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۷

کما صرح به الشیخ، و الحلی، و العلامة فی التذکرة مستدلین بوقوعه علی ما لا قیمة له کالحشرات،

و هو صریح جملة ممن تأخر عنهم، و ظاهر آخرین عدا الشهید فی الدروس، فان ظاهره انفساخ البیع من حین تبین الفساد لا من اصله

و جعل الثانی احتمالا، و نسبه الی ظاهر الجماعة، و لم یعلم وجه ما اختاره.

و لذا نسب فی الروضة خلافه الی الوضوح، و هو کذلک.

الاول (کما صرح به الشیخ و الحلی، و العلامة فی التذکرة مستدلین) للبطلان (بوقوعه علی ما لا قیمة له کالحشرات) التی لا یصح بیعها لانها لا قیمة لها.

(و هو) ای بطلان البیع من رأس (صریح جملة ممن تأخر عنهم، و ظاهر آخرین عدا الشهید فی الدروس، فان ظاهره انفساخ البیع من حین تبین الفساد) ای فساد المبیع الّذی لیس لفاسده قیمة (لا من اصله) بان لم ینعقد البیع من رأس، کما قال اولئک (و جعل) الشهید (الثانی) و هو البطلان من رأس (احتمالا و نسبه) الی البطلان من رأس (الی ظاهر الجماعة، و لم یعلم وجه ما اختاره) من الفساد من حین تبین الفساد.

(و لذا) الّذی ان کلامه لیس ظاهر الوجه (نسب فی الروضة خلافه) ای خلاف کلام الشهید، و الخلاف هو البطلان من رأس (الی الوضوح و هو کذلک) ای واضح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۸

فان الفاسد الواقعی ان لم یکن من الاموال الواقعیة کان العقد علیه فاسدا، لان اشتراط تحول العوضین واقعی لا علمی.

و ان کان من الاموال الواقعیة فان لم یکن بینه و بین الصحیح تفاوت فی القیمة، لم یکن هنا ارش، و لا رد، بل کان البیع لازما و قد تلف المبیع بعد قبضه.

(فان الفاسد الواقعی ان لم یکن من الاموال الواقعیة) فی نظر الواقع (کان العقد علیه فاسدا، لان اشتراط تحول العوضین) ای کونهما مالا (واقعی) یدور مدار الواقع (لا علمی) بحیث ان الانسان اذا علم المالیة، کان مالا، و اذا علم عدم المالیة لا یکون مالا.

(و ان کان من الاموال الواقعیة فان لم یکن بینه و بین الصحیح تفاوت فی القیمة) کما لو کان بیض النعامة فاسده و صحیحه بقیمة واحدة لکن الغالب شرائه للأکل فاشتراه له ثم تبین فساده بعد أن کسره- مثلا- (لم یکن هنا ارش) لعدم التفاوت (و لا رد)

اللهم الا اذا کان غیر مقصود للمشتری لان مقصود الّذی صب علیه القبول هو الصحیح، لانه اراد ان یأکله، فان له حق الرد حینئذ، بل هو مردود من اصله، لانه غیر مبیع.

نعم: اذا کان الأکل علی نحو الداعی لم یکن وجه للرد لان تخلف الداعی لا یوجب ردا (بل کان البیع لازما و قد تلف) بسبب الکسر (المبیع بعد قبضه) لان تساوی قیمة صحیح البیض، و فاسده انما هو لأجل المنظر حیث یقتنی بیض النعام لاجل منظره، فاذا کسر بطلت هذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۱۹

و ان کان بینه و بین الصحیح الواقعی تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بین الصحیح و الفاسد من الثمن، لا جمیع الثمن.

اللهم الا ان یقال: انه مال واقعی الی حین تبین الفساد فاذا اسقط عن المالیة- لامر سابق علی العقد و هو فساده واقعا- کان فی ضمان البائع فینفسخ البیع حینئذ.

بل یمکن ان یقال: بعدم الانفساخ، فیجوز له الامضاء فیکون

الفائدة و تلف البیض.

(و ان کان بینه) ای بین الفاسد (و بین الصحیح الواقعی تفاوت فاللازم) بعد الکسر (هو استرجاع نسبة تفاوت ما بین الصحیح و الفاسد من الثمن، لا) استرجاع (جمیع الثمن) لان المشتری اخذ شیئا له مالیة فی الجملة.

(اللهم الا ان یقال) فی توجیه کلام الشهید الاول القائل بان الفسخ من حین الکسر، لا البطلان من اوّل الامر (انه مال واقعی الی حین تبین الفساد) بالکسر (فاذا اسقط عن المالیة- لامر سابق علی العقد و هو) ای ذلک الامر (فساده واقعا- کان فی ضمان البائع) من باب ان المشتری مغرور، و المغرور یرجع الی من غرّ، و الغار له هو البائع (فینفسخ البیع حینئذ) ای حین تبین الفساد.

(بل یمکن ان یقال: بعدم الانفساخ) بعد الکسر أیضا اذ المکسور أیضا له مالیة او فیه حقیّة، فان المالک یتعلق حقه بالمکسور، و ان لم یکن المکسور مالا (فیجوز له) ای للمشتری (الامضاء) و عدم الفسخ (فیکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۰

المکسور ملکا له، و ان خرج عن المالیة، بالکسر، و حیث ان خروجه عن المالیة لامر سابق علی العقد کان مضمونا علی البائع.

و تدارک هذا العیب اعنی فوات المالیة لا یکون الا بدفع تمام الثمن، لکن سیجیء ما فیه من مخالفة القواعد و الفتاوی.

و فیه وضوح کون مالیته عرفا و شرعا من حیث الظاهر.

و اما اذا انکشف الفساد حکم بعدم المالیة الواقعیة من اوّل الامر

المکسور ملکا له، و ان خرج عن المالیة، ب) سبب (الکسر، و) لکن اذا امضی کان له ان یأخذ تمام الثمن.

و ذلک (حیث ان خروجه) ای المکسور (عن المالیة) ای عدم المالیة له (لامر سابق علی العقد) و هو الفساد (کان مضمونا علی البائع).

(و تدارک هذا العیب) السابق علی العقد (اعنی فوات المالیة) ای عدمها (لا یکون الا بدفع تمام الثمن، لکن سیجیء ما فیه) ای ما فی

«یمکن ان یقال» (من مخالفة القواعد و الفتاوى).

(و فيه) اى فى تصحيح كلام الشهيد من ان تبين الفساد يوجب ذهاب المالية، و الا فهو قبل التبين مال واقعى (وضوح كون ماليته عرفا و شرعا من حيث الظاهر) اى يزعم انه له مالية، لا ان له مالية واقعية.

(و اما اذا انكشف الفساد حكم) عليه (بعدم المالية الواقعية من اوّل الامر) قبل البيع.

فهو مثل ان يتخيل ان المائع خل، ثم تبيّن انه خمر، فانه لا يسقط عن المالية بالتبين، و انما ينكشف عن انه لم يكن مالا من اوّل الامر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٢١

مع انه لو كان مالا واقعا، العيب حادث فى ملك المشترى، فان العلم مخرج له عن المالية، لا كاشف، فليس هذا عيبا مجهولا.

و لو سلم فهو كالارمد يعمى بعد الاشتراء، و المريض يموت مع ان فوات المالية يعد تلفا، لا عيبا.

بانكشاف كونه خمرا (مع انه لو كان مالا واقعا) الى حين العلم، و بالعلم تسقط ماليته- كما هو ظاهر كلام الشهيد- ف (العيب) ليس حادثا فى ملك البائع، حتى يكون مكلّفا بالتدارك، بل هو (حادث فى ملك المشترى، فان العلم مخرج له عن المالية) حسب الفرض (لا كاشف) عن عدم المالية السابقة (فليس هذا عيبا مجهولا) حتى يكون خسارته على البائع.

(و لو سلم) ان العلم لا- يوجب وجود العلم، بل كاشف عن العيب السابق، نقول أيضا البائع ليس ضامنا له (فهو) اى هذا العيب مثله (كالارمد يعمى بعد الاشتراء، و المريض يموت) فان الخسارة على المشترى.

اذ: التلف قبل القبض من مال مالكه، و التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

اما التلف بدون هذين العنوانين فهو من كيس المالك الحالى (مع ان فوات المالية) بالكسر (يعد تلفا، لا عيبا) فليس من قبيل اخذ الارش حتى يكون للمشترى استرجاع جميع الثمن، مع البيض المكسور، فانه جمع بين العوض و المعوض و لا يخفى ما فى بعض هذه الايرادات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٢٢

ثم ان فائدة الخلاف تظهر فى ترتب آثار ملكية المشترى الثمن الى حين تبين الفساد.

و عن الدروس و اللمعة انها تظهر فى مئونة نقله عن الموضع الّذى اشتراه فيه الى موضع اختباره، فعلى الاول على البائع، و على الثانى على المشترى، لوقوعه فى ملكه.

و فى جامع المقاصد الّذى يقتضيه النظر انه ليس له

من النظر.

(ثم ان فائدة الخلاف) فى كون الانفساخ من حين التبين كما ذكره الشهيد، او ان العقد باطل من اصله كما نقوله نحن (تظهر فى ترتب آثار ملكية المشترى الثمن الى حين تبين الفساد) لان البيع ان كان فاسدا من اصله فثمر الثمن و نتاجه للمشترى، و ان فسد من حين التبين كان نتاج الثمن للبائع.

و كذلك تظهر فى فوائد المثمن، فلو اوجر البيض للاقتناء مدة فاذا كان البيع فاسدا كانت الاجرة للبائع، و الا كانت للمشترى.

(و عن الدروس و اللمعة انها) اى فائدة الخلاف (تظهر فى مئونة نقله عن الموضع الّذى اشتراه) المشترى (فيه) اى فى ذلك الموضع (اى موضع اختباره، فعلى الاول) اى الفساد من اصل البيع تكون المئونة (على البائع، و على الثانى) اى الفساد من حين التبين (على المشترى لوقوعه) اى النقل (فى ملكه) اى ملك المشترى.

(و فى جامع المقاصد الّذى يقتضيه النظر انه ليس له) اى للمشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۳

رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضى.

و تبعه الشهيد الثانى، قال: لانه نقله بغير امره فلا يتّجه الرجوع عليه بها.

و كون المشترى هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرّم انّما يتّجه مع الغرور.

و هو منفى هنا، لاشتراكهما

(رجوع على البائع بها) اى بالمئونة (لانتفاء المقتضى) للرجوع الى البائع- حتى على القول بالبطلان من اوّل الامر، خلافا لما تقدم عن الشهيد الاول-.

(و تبعه الشهيد الثانى، قال: لانه) اى المشترى (نقله) اى المتاع (بغير امره) اى امر البائع (فلا يتّجه الرجوع عليه) اى على البائع (بها) اى بالمئونة.

(و) ان قلت: للمشترى حق الرجوع الى البائع بمئونة النقل، لانه مغرور، و المغرور يرجع الى من غرّ.

قلت: (كون المشترى هنا كجاهل استحقاق المبيع) فيما اذا باع البائع مال الغير، و كان المشترى جاهلا بان المال ليس للبائع (حيث رجع) المشترى الى البائع (بما غرم) فيما اذا كان جاهلا بان المال حق للغير، ليس بتام، ل (انّما يتّجه مع الغرور) بان كان البائع غاشا و المشترى مخدوعا.

(و هو) اى الغرور (منفى هنا) فى بيع الشىء الفاسد (لاشتراكهما)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۴

فى الجهل، انتهى.

و اعترض عليه بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار.

و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الاساطين، و هو كونه على البائع على التقديرين.

و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد

البائع و المشترى (فى الجهل، انتهى) لفرض ان كليهما لا يعلمان بالفساد، فلا يصدق على البائع «من غرّ» لان ظاهره التغرير عمدا.

و قوله «و كون المشترى» مبتداء و «انه يتجه» خبره.

(و اعترض عليه) اى على هذا الجواب الّذى مضمونه ان المشترى ليس مغرورا (بان الغرور لا يختص بصورة علم الغار)

و لذا لو قدم زيد الى عمرو طعام بكر، بعنوان انه طعام نفسه، فاكله عمرو جاهلا، كان قرار الضمان على زيد، لانه غارّ، و ان كان زيد جاهلا و قد ظن بأن الطعام لنفسه.

(و هنا) اى فى مئونة النقل (قول ثالث نفى عنه العبد بعض الاساطين و هو كونه على البائع على التقديرين) اى تقدير الفساد من اوّل الامر، و تقدير الفساد من حين التبين.

و ذلك لان البائع غارّ فى الصورتين فالمشترى يرجع إليه.

(و هو) اى هذا القول (بعيد على تقدير الفسخ من حين تبيّن الفساد).

اذ: على هذا التقدير يكون المشترى قد نقل مال نفسه، فلما ذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۵

هذا كله فى مئونة النقل من موضع الاشتراء الى موضع الكسر.

و اما مئونة نقله من موضع الکسر لو وجب تفریغه منه لمطالبة مالکه، و لکونه مسجدا و مشهدا.

فان کان المکسور مع عدم تموله ملکا نظیر حبة الحنطة، فالظاهر انه علی البائع علی التقدیرین، لأنه بعد الفسخ ملکه.

و اما لو لم یکن قابلا للتملک، فلا یبعد مؤاخذة المشتری به،

یأخذ مئونة النقل من البائع الأجنبی عن المتاع- حسب الفرض-؟

(هذا کله فی مئونة النقل من موضع الاشتراء الی موضع الکسر).

(و اما مئونة نقله من موضع الکسر لو وجب تفریغه) ای تفریغ موضع النقل (منه) ای من هذا الشیء الفاسد المکسور (لمطالبة مالکه) ای مالک ذلک الموضع بالتفریغ (و لکونه) ای ذلک الموضع (مسجدا) فیحرم اشغاله بما یزاحم المصلین (او مشهدا) فانه فی حکم المسجد، من جهة تحریم اشغاله بما یزاحم ما وقف لأجله.

(فان کان المکسور مع عدم تموله ملکا نظیر حبة الحنطة) حیث انها ملک، و لیس بمال (فالظاهر انه) ای التفریغ (علی البائع علی التقدیرین) تقدیر کون الکسر کاشفا عن عدم الملک من الأول، او موجبا لعدم الملک من الحال (لأنه) ای المکسور (بعد الفسخ بالکسر (ملکه) ای ملک البائع فان المالک هو المسئول عن الأمور المرتبطة بملکه.

(و اما لو لم یکن قابلا للتملک) بأن لم یر العرف فیه حتی حق الاختصاص (فلا یبعد مؤاخذة المشتری به) ای بانواع المحل منه، لأنه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۶

و فی رجوعه علی البائع ما تقدم فی مئونة نقله الی موضع الکسر.

ثم: ان المحکی فی الدروس عن الشیخ و اتباعه: انه لو تبرأ البائع من العیب فیما لا قیمة لمکسوره صح.

قال: و یشکل انه اکل مال بالباطل.

و تبعه الشهید، و المحقق الثانیان، و قد تصدی بعض لتوجیه صحة اشتراط البراءة، بما حاصله: منع بطلان البیع و ان استحق

السبب القریب لاشغال المکان، فیکون حاله حال من القی النفایات فی مکان محترم، کالمسجد و المشهد، فانه مسئول بتنحیته عن ذلک المکان (و فی رجوعه) ای المشتری (علی البائع) فی مئونة النقل (ما تقدم فی مئونة نقله الی موضع الکسر) من کونه غارا للمشتری، و المغرور یرجع الی من غرّ، او لیس المقام من الغرور لأن البائع أیضا جاهل بالحال.

(ثم: ان المحکی فی الدروس عن الشیخ و اتباعه: انه لو تبرأ البائع من العیب فیما لا قیمة لمکسوره) کبیض الدجاج- مثلا- (صح) البیع و التبری، فاذا ظهر فاسدا لم یکن شیء علی البائع.

(قال: و یشکل) ان یکون البیع صحیحا، ب (انه اکل مال بالباطل) فان البائع الّذی یأکل الثمن لم یعط الی المشتری مالا حتی یستحق هذا الثمن.

(و تبعه الشهید و المحقق الثانیان) فی ان اکل البائع حینئذ للثمن اکل للمال بالباطل (و قد تصدی بعض لتوجیه صحة اشتراط البراءة) من العیب (بما حاصله: منع بطلان البیع و ان استحق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۷

المشتری مجموع الثمن، من باب الارش المستوعب، فان الارش غرامة اوجبها الشارع بسبب العیب، لا انه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثمن.

و لذا یسقط بالاسقاط.

و لا یتعین علی البائع الاعطاء من نفس الثمن

المشتری مجموع الثمن، من باب الارش المستوعب) للثمن.

و انما یکون البیع صحیحا، لأن الارش المستوعب لیس ثمنا مردودا الی المشتری، حتی یقال: کیف یمکن صحة البیع؟ مع کون الثمن یرجع بجمیعه الی المشتری (فان الارش غرامة اوجبها الشارع بسبب العیب) کالارش فی الانسان الحیّ، اذا تعدی علیه، فانه لیس ثمنا اذ الحر لا یثمن (لا انه) ای الارش (جزء من الثمن استحق) هذا الجزء (بسبب فوات ما قابله من المثمن) حتی یکون صحة البیع موجبة لجمع الثمن و المثمن لدی المشتری.

(و لذا) الّذی کان الارش غرامة لا ثمنا (یسقط بالاسقاط).

فاذا قال المشتری: اسقطت عنک ایها البائع الارش، سقط عنه.

و لو کان الارش ثمنا لم یکن وجه لسقوطه، اذ لا معنی لاسقاط الانسان ملک نفسه.

و من المعلوم: ان الاسقاط غیر الاعراض عن الملک، فلا یقال: کما یمکن الاعراض یمکن الاسقاط.

(و) لذا أیضا (لا یتعین علی البائع الاعطاء) ای اعطاء المشتری (من نفس الثمن) و لو کان جزءا من الثمن وجب ارجاعه من نفسه، لأن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۸

لیسقط بالتبری.

و لیس هذا کاشتراط عدم البیع فی عقد البیع، اذ المثمن یتحقق علی حسب معاملة العقلاء، و لم یعلم اعتبار ازید من ذلک فی صحة البیع

البائع لم یملک هذا المقدار منه فی مقابل عدم تملک المشتری لجزء من المثمن حیث ان الارش غرامة و لیس جزءا من الثمن (لیسقط) الارش (بالتبری) ای ما لو تبرأ البائع من العیب.

(و) ان قلت: اذا کان المبیع فاسدا بحیث لا یملک اصلا و تبرأ البائع من العیب، و قلتم بصحة التبری، لزم ان یصح اشتراط البائع عدم المثمن اصلا، و من المعلوم انه لا یصح عدم المثمن فکذلک لا یصح التبری من العیب فی صورة عدم المالیة للمبیع؟

قلت: (لیس هذا کاشتراط عدم المبیع فی عقد البیع) بان یقول البائع: بعتک هذا الکتاب بدینار بشرط ان لا یکون الکتاب ملکا لک.

و انما لیس التبری کاشتراط عدم المبیع (اذ المثمن) فی مسألة التبری (یتحقق علی حسب معاملة العقلاء) اذ العقلاء یرون وجود الثمن عند المعاملة- اذ البیض موجود فعلا و هو مثمن یری العقلاء صحة ایقاع البیع علیه- (و لم یعلم اعتبار ازید من ذلک) ای من تحقق المثمن عند المعاملة (فی صحة البیع).

و المراد بالازید هی المالیة الواقعیة التی هی ازید من المالیة العقلائیة عند المعاملة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۲۹

فمع فرض رضاه بذلک، یکون قادما علی بذل ماله علی هذا النحو.

نعم لو لم یشترط استحق الرجوع بالارش المستوعب.

و لعله لذا لم یعبروا بالبطلان و ان ذکر المحقق و غیره الرجوع بالثمن.

و فهم منه جماعة بطلان البیع، لکنه قد یمنع بعدم خروجه عن المالیة، و ان لم یکن له قیمة

(فمع فرض رضاه) ای المشتری (بذلک) ای باشتراط براءة البائع (یکون قادما علی بذل ماله علی هذا النحو) ای نحو یکون فساد المبیع غیر موجب لاستحقاقه الرجوع.

و الانسان اذا اقدم على تلف ماله لم يكن له الرجوع، كما لو اعطى الانسان طعامه للضيف فانه لا يحق له ان يرجع الى المال.

(نعم لو لم يشترط) البائع البراءة من الثمن (استحق الرجوع بالارش المستوعب) لكل الثمن، لأنه مال معيب، فله الارش.

(و لعله لذا) الّذى ذكرنا من انه مستحق للارش- و ان كان مستوعبا- و ذلك بصحة البيع (لم يعبروا بالبطلان) اذ لا وجه للبطلان بعد وجود شرائط صحة العقد فيه (و ان ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن) الظاهر من لفظ الثمن البطلان، لكنهم ارادوا الارش المستوعب.

(و فهم منه) اى من لفظ الثمن (جماعة بطلان البيع، لكنه) اى الفهم المذكور (قد يمنع) لأن الثمن اعم من الارش، فلا يفيد ذكر الثمن البطلان فان ذكر العام لا يدل على الخاص، فلا بطلان (ب) سبب (عدم خروجه) اى المبيع الّذى لا قيمة له (عن المالية، و ان لم يكن له قيمة) لبقاء الحق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٣٠

و هو اعم من بطلان البيع، انتهى محصله.

و فيه مواقع للنظر، فان المتعرضين للمسألة بين مصرح ببطلان البيع، كالشيخ فى المبسوط، و الحلى فى السرائر، و العلامة فى التذكرة معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له، و بين من صرح برجوع المشترى بتمام الثمن الظاهر فى البطلان فان الرجوع بعين الثمن، لا يعقل من دون البطلان

فى مكسوره (و هو) اى الثمن (اعم من بطلان البيع) لإمكان ان يستحق المشترى تمام الثمن لبطلان البيع، او يستحقه بعنوان الارش (انتهى محصله) اى محصل ما ذكره البعض لتوجيه صحة اشتراط البراءة.

(و فيه مواقع للنظر، فان المتعرضين ل) هذه (المسألة بين مصرح ببطلان البيع) فيما لم يكن لمكسوره قيمة (كالشيخ فى المبسوط، و الحلّى فى السرائر، و العلامة فى التذكرة، معللين ذلك بأنه لا يجوز) و لا ينفذ (بيع ما لا قيمة له، و بين من صرح برجوع المشترى بتمام الثمن الظاهر فى البطلان).

و الظهور لا ينافى امكان معنى آخر، لكن الاعتبار بالظاهر فى دلالة الألفاظ، و ليست الأدلة اللفظية كالأدلة العقلية، حيث يوجب الاحتمال فى الدليل العقلى بطلان الاستدلال.

و ما ذكروا من «ان الاحتمال يبطل الاستدلال» انما هو فى الأدلة العقلية، كما لا يخفى (فان الرجوع بعين الثمن، لا يعقل من دون البطلان) اذ لو كان ارشا لم يجب ان يكون عين الثمن بل جاز ما يكون قيمة للثمن و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٣١

و يكفى فى ذلك ما تقدم من الدروس من ان ظاهر الجماعة البطلان من اوّل الأمر، و اختار قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد فعلم ان لا قول بالصحة مع الارش.

بل ظاهر العلامة ره فى التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث انه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمة له و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال و قال بعضهم بفساد البيع، لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة.

مساويا له، و المراد عدم المعقولية حسب الظاهر الشرعى، لا عدم المعقولية حقيقة، كما لا يخفى.

(و يكفى فى ذلك) اى فى ان مرادهم البطلان (ما تقدم من الدروس من ان ظاهر الجماعة) اى الفقهاء (البطلان من اوّل الأمر، و اختار) الدروس (قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد) لا من اوّل الأمر (فعلم ان لا قول بالصحة مع الارش) لانهم كلا قائلون بالفساد اما من اوّل الأمر او من حين التبين.

(بل ظاهر العلامة ره فی التذکرة عدم هذا القول) ای الصحة و الارش (بین المسلمین حیث انه بعد حکمه) ای العلامة (بفساد البیع معللا بوقوع العقد علی ما لا قیمة له) فکأنه العقد بلا مثمن اصلا (و حکایة ذلک) البطلان (عن بعض الشافعیة قال) العلامة (و قال بعضهم) ای بعض الشافعیة (بفساد البیع، لا لهذه العلة) ای علة انه لا قیمة له (بل لأن الرد ثبت علی سبیل استدراک الظلامة)- و هی عبارة عن الارش-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۲

و کما یرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبیع کذلک یرجع بکل الثمن عند فوات کل المبیع، و یظهر فائدة الخلاف فی ان القشور الباقیة بمن یختص حتی یجب علیه تطهیر الموضع عنها، انتهی هذا.

مع انه لا- مجال للتأمل فی البطلان- بناء علی ما ذکرنا من القطع بأن الحکم بمالیة المبیع هنا شرعا و عرفا حکم ظاهری، و تمول العوضین واقعا شرط واقعی لا علمی.

(و کما یرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبیع) کما لو کانت القیمة مائة و کان ناقصا بما یساوی عشرة، فان المشتری یرجع الی العشرة (کذلک یرجع) المشتری (بکل الثمن عند فوات کل المبیع).

و من المعلوم: ان ظاهر هذا الکلام البطلان عند الکل، اذ لا قائل بالصحة.

ثم قال العلامة (و یظهر فائدة الخلاف) بین البطلان، و بین الصحة و استحقاق تمام الثمن من باب الارش (فی ان القشور الباقیة بمن یختص) بالبائع لبطلان البیع، او بالمشتری لصحة البیع و استحقاقه الارش (حتی یجب علیه تطهیر الموضع عنها) ای من تلک القشور (انتهی) کلام العلامة (هذا) وجه الاشکال فی القول باستحقاق الارش.

(مع انه لا مجال للتأمل فی البطلان- بناء علی ما ذکرنا من القطع-) ای انا نقطع (بأن الحکم بمالیة المبیع هنا) فی بیع ما لیس لمکسوره الفاسد قیمة (شرعا و عرفا حکم ظاهری، و تمول العوضین) ای کونها مالا (واقعا) و حقیقة لا ظاهرا و خیالا (شرط واقعی لا علمی) فلیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۳

و لذا لم یتأمل ذو مسکة فی بطلان بیع من بان حرا او ما بان خمرا، و غیر ذلک، اذ انکشاف فقد العوض مشترک بینهما.

ثم ان الجمع بین عدم خروجه عن المالیة و بین عدم القیمة لمکسوره مما لم یفهم فلعله اراد الملکیة.

من قبیل نجاسة البدن فی الصلاة بل من قبیل عدم الطهارة عن الحدث فی الصلاة، فانه اذا فقد الشرط الواقعی بطل الشیء واقعا و ظاهرا.

اما اذا فقد الشرط العلمی فان علم الانسان بالفقد کان باطلا، و الا کان صحیحا.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان الشرط الواقعی اذا کان مفقودا اوجب البطلان حقیقة (لم یتأمل ذو مسکة) من لفهمه امساک عن الانسیاق وراء الأوهام (فی بطلان بیع من بان حرا او ما بان خمرا) لفقد المالیة فیهما.

فلو باعهما جاهلا بظن انّه عبد و انها خلّ کان البیع باطلا (و غیر ذلک) من امثلة عدم المالیة.

و انما قسنا ما نحن فیه بالحر و الخمر (اذ انکشاف فقد العوض) ای المثمن (مشترک بینهما) ای بین ما نحن فیه و بین الخمر و الحر.

(ثم ان الجمع بین عدم خروجه) ای البیض الفاسد (عن المالیة، و بین عدم القیمة لمکسوره، مما لم یفهم) للتلازم بین عدم المالیة و عدم القیمة.

(فلعله اراد) ب «المالیة» (الملکیة) الشاملة لمثل حبة الحنطة.

حیث انهم ذکروا ان بین الأمرین عموما مطلق اذ کل مال للانسان ملک له، و لیس کل ملک للانسان له مالیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۴

مضافا الی ان الارش المستوعب للثمن لا یخلو تصوره عن اشکال، لأن الارش کما صرحوا به تفاوت ما بین قیمتی الصحیح و المعیب.

نعم ذکر العلامة فی التذکرة، و التحریر، و القواعد ان المشتری للعبد الجانی عمدا یتخیر مع الجهل بین الفسخ، فیسترد الثمن او طلب الارش.

فان استوعب الجنایة القیمة کان الارش جمیع الثمن أیضا.

(مضافا الی ان الارش المستوعب للثمن لا یخلو تصوره عن اشکال) و ان کان ممکن عقلا (لأن الارش کما صرحوا به تفاوت ما بین قیمتی الصحیح و المعیب) و الاستیعاب لیس تفاوتا و انما هو کل الثمن.

(نعم) یمکن ان یتصور بما (ذکر) ه (العلامة فی التذکرة، و التحریر و القواعد) من (ان المشتری للعبد الجانی عمدا) ای کانت جنایته عمدیة و اذا جنی العبد عمدا تخیر المجنی علیه بین استرقاقه، و بین اخذ دیة الجنایة من مولاه (یتخیر) المشتری (مع الجهل) بأن العبد جان عمدی (بین الفسخ، فیسترد الثمن) ای یأخذ الثمن من مولاه (او طلب الارش) من المولی.

(فان استوعب الجنایة القیمة) بأن کانت جنایة العبد بمقدار قیمته.

مثلا کانت جنایته علی عین واحدة من حر، و قیمته خمسمائة دینار (کان الارش جمیع الثمن أیضا) ای کما کان له استرداد کل الثمن فی صورة الفسخ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۵

و قد تصدی جامع المقاصد لتوجیه عبارة القواعد فی هذا المقام بما لا یخلو عن بعد، فراجع.

و کیف کان فلا اجد وجها لما ذکره.

و اضعف من ذلک ما ذکره بعض آخر من منع حکم الشیخ و اتباعه بصحة البیع و اشتراط البائع علی المشتری البراءة من العیوب.

و زعم ان معنی اشتراط البراءة فی کلامهم اشتراط المشتری علی البائع البراءة من العیوب، فیکون مراد فالاشتراط الصحة.

(و قد تصدی جامع المقاصد لتوجیه عبارة القواعد فی هذا المقام) بأنه کیف یمکن ان یکون الارش تمام الثمن؟ (بما لا یخلو عن بعد فراجع).

(و کیف کان) الأمر (فلا اجد وجها لما ذکره) ذلک البعض الّذی اراد توجیه کلام الشیخ.

(و اضعف من ذلک) التوجیه الّذی تقدم لکلام الشیخ (ما ذکره بعض آخر من منع حکم الشیخ و اتباعه) ای حکمهم (بصحة البیع) ای انهم لا یقولون بصحة البیع (و اشتراط البائع علی المشتری البراءة من العیوب).

(و زعم) هذا البعض (ان معنی اشتراط البراءة فی کلامهم) ای کلام الشیخ و اتباعه (اشتراط المشتری علی البائع البراءة من العیوب) بأن یقول المشتری: انی اشترط علیک ان لا یکون فی المبیع عیب (فیکون) اشتراط المشتری (مراد فالاشتراط الصحة) ای اشتراط المشتری علی البائع صحة المبیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۶

و انت خبیر بفساد ذلک بعد ملاحظة عبارة الشیخ و الاتباع، فان کلامهم ظاهر، او صریح فی ان المراد براءة البائع من العیوب، لا المشتری.

نعم: لم اجد فی کلام الشیخین، و المحکی عن غیرهما تعرض لذکر هذا الشرط فی خصوص ما لا قیمة لمکسوره.

ثم انه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءة من العيوب غير المخرجة عن المالية أيضا بلزوم الغرر، فان بيع ما لا يعلم صحته و فساده

(و انت خبير بفساد ذلك) الزعم (بعد ملاحظة عبارة الشيخ و الاتباع، فان كلامهم ظاهر، او صريح فى ان المراد براءة البائع من العيوب، لا) براءة (المشترى).

(نعم) يمكن ان يقال: ان الاشكال ليس واردا على الشيخ من جهة اخرى، و هى انى (لم اجد فى كلام الشيخين، و المحكى عن غيرهما تعرض لذكر هذا الشرط) براءة البائع من عيوب المبيع (فى خصوص ما لا قيمة لمكسوره).

و لعل ظاهر كلامهم ما لمكسوره قيمة، فلا يرد عليهم اشكال الارش المستوعب، هذا كله فى اشتراط البراءة من العيب المستوعب للثمن.

(ثم انه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءة من العيوب غير المخرجة عن المالية) كما لو كان معيبا بما يوجب سقوط ثلث المالية- مثلا- (أيضا) كما لا يصح اشتراط البراءة من العيوب المخرجة (بلزوم الغرر) متعلق ب «يستشكل» (فان بيع ما لا يعلم صحته و فساده) سواء لم يعلم احدهما، او كلاهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۷

لا يجوز، الا بناء على اصالة الصحة و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب و عدمها.

و قد صرح العلامة، و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية فى العين الغائبة.

و سيجيء توضيحه فى باب الخيارات ان شاء الله تعالى.

(لا يجوز، الا بناء على اصالة الصحة و اشتراط البراءة).

ينافى اصالة الصحة، لأنه (كان بمنزلة البيع من غير اعتداد) و اعتناء (بوجود العيوب و عدمها) اى عدم العيوب.

(و) يؤيد هذا الاشكال: انه (قد صرح العلامة، و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية فى العين الغائبة) لأنه يوجب الغرر و ما نحن فيه مثل ذلك.

(و سيجيء توضيحه) اشكالا و جوابا (فى باب الخيارات ان شاء اللّه تعالى) و انه لا اشكال فى مثل هذا الاشتراط فى الجملة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۸

مسئلة المشهور من غير خلاف يذكر، جواز بيع المسك فى فأره،

و الفأر بالهمزة، قيل جمع فأرة كتمر و تمرة.

و عن النهاية انه قد لا يهمز تخفيفا.

و مستند الحكم: العمومات غير المزاحمة بما يصلح للتخصيص.

عدا توهم النجاسة المندفعة فى باب النجاسات، بالنص و الاجماع.

او توهم جهالته

(مسألة) فى بعض فروع البيع (المشهور من غير خلاف يذكر، جواز بيع المسك فى فأره) و هى الجلدة التى فيها المسك (و الفأر بالهمزة قيل جمع فأرة كتمر و تمرة).

و الظاهر انه جنس لا جمع، و الفارق بین الجنس و الفرد، التاء.

(و عن النهایة انه قد لا یهمز تخفیفا) فان الهمزة اثقل من الألف.

(و مستند الحکم) بالجواز (العمومات) الدالة علی الجواز (غیر المزاحمة بما یصلح للتخصیص) بأن یدل علی عدم الجواز فی هذا الموضع الخاص، فالعام هو المحکم.

(عدا توهم النجاسة).

حیث ان الجلد جزء من الحیوان غیر المذکی- فیما اذا فرض انفصال الفأر عن الحیوان قبل تذکیته- فهو نجس، و لا یجوز بیع نجس العین (المندفعة فی باب النجاسات، بالنص و الاجماع) علی ان الفأر لیس کذلک.

(او توهم جهالته) اذ لا یعرف ان المسک فی الفأر صحیح او فاسد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۳۹

بناء علی ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة فی دفع الغرر.

و یندفع بما تقدم من بناء العرف علی الأصل فی نفی الفساد.

و بناء الأصحاب علی عدم التزام الاختبار فی الأوصاف التی تدور معها الصحة.

لکنک خبیر بأن هذا کله حسن، لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد.

(بناء علی ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة فی دفع الغرر) و ذلک ما تقدم فی المسألة السابقة.

و انما قلنا: بناء، لأنه اذا لم یبن علی ذلک جاز الاعتماد علی اصالة الصحة، فلم یکن فی بیع الفأرة اشکال.

(و یندفع) احتمال الجهالة (بما تقدم من بناء العرف علی الأصل) ای اصل الصحة (فی نفی الفساد) فلا وجه لاحتمال عدم العبرة باصالة الصحة.

(و) من (بناء الأصحاب علی عدم التزام الاختبار فی الأوصاف التی تدور معها) ای مع تلک الاوصاف (الصحة) فیما اذا کانت تلک الأوصاف، کان الشیء صحیحا و الا کان فاسدا.

(لکنک خبیر بأن هذا کله) ای بناء العرف و بناء الأصحاب (حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد).

فان اصل الصحة المعتبر عرفا و شرعا ینفی الغرر المحتمل من جهة الفساد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۰

و اما الغرر من جهة تفاوت افراد الصحیح الّذی لا یعلم الا بالاختبار فلا رافع له.

نعم قد روی فی التذکرة مرسلا عن الصادق علیه السلام جواز بیعه.

لکن لم یعلم إرادة ما فی الفأرة.

و کیف کان، فاذا فرض انه لیس له اوصاف خارجیة یعرف بها الوصف الّذی له دخل فی القیمة، فالأحوط ما ذکروه من فتقه بادخال خیط فیها بابرة، ثم اخراجه و شمّه.

(و اما الغرر من جهة تفاوت افراد الصحیح الّذی لا یعلم) ذلک التفاوت (الا بالاختبار) اذ: المسک علی اقسام مختلفة جدا یتفاوت ثمن بعضها من بعض (فلا رافع له) اذ اصل الصحة انما هو فی مقابل الفساد، لا فی مقابل الجهل بأنه ایّ قسم من اقسام الصحیح.

(نعم قد روی فی التذکرة مرسلا عن الصادق علیه السلام جواز بیعه) فاذا ثبت هذا الدلیل الخاص کان محکما علی قاعدة لزوم العلم.

(لکن لم یعلم إرادة ما فی الفأرة) مجهولا، لاحتمال کون الروایة بصدد بیان جواز بیع المسک، لدفع توهم عدم الجواز من جهة انه

نجس، فلا دلالة فیها لما نحن فیه.

(و کیف کان، فاذا فرض انه لیس له) ای للمسک فی داخل الفأرة (اوصاف خارجیة) ظاهرة علی الفأرة (یعرف بها) ای بتلک الأوصاف الخارجیة (الوصف الّذی له دخل فی القیمة، فالأحوط ما ذکروه من فتقه بادخال خیط فیها بابرة، ثم اخراجه و شمّه) و ذلک لأنه بدون هذا العمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۱

ثم لو شمّه، و لم یرض به، فهل یضمن هذا النقص الداخل علیه من جهة الفتق لو فرض حصوله فیه و لو بکونه جزءا اخیر السبب النقص، بأن فتق قبله بادخال الخیط و الابرة مرارا، وجه مبنی علی ضمان النقص فی المقبوض بالسوم.

مجهول و موجب للغرر، و قد نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله: عن بیع الغرر.

و انما جعله احوط لا فتوی، لاحتمال الکفایة بالظاهر لاکتفاء العرف بها فی اکثر الأحیان.

(ثم لو) فعل ذلک الاختبار، و (شمّه، و لم یرض به، فهل یضمن) المختبر (هذا النقص الداخل علیه من جهة الفتق لو فرض حصوله) ای النقص (فیه) ای فی المسک بسبب هذا الاختبار (و لو) کان النقص (ب) سبب (کونه) ای هذا الاختبار (جزءا اخیرا لسبب النقص، بأن فتق قبله) ای قبل هذا الاختبار من زید مثلا (بادخال الخیط و الابرة مرارا) فتراکمت الاختبارات و سببت نقصها (وجه) لا بأس به (مبنی علی ضمان النقص فی المقبوض بالسوم) و هو ان یقبض الانسان المتاع، لاجل ان یشتریه، فینقص المتاع فی ید المشتری بدون تعد او تفریط، فهل یضمن المشتری النقص؟ لأنه نقص حصل فی یده، فیشمله: علی الید ما اخذت حتی تؤدی، أو لا یضمن، لأنه ید امانة، و لیس علی الأمین الا الیمین.

فما قلناه: فی المقبوض بالسوم نقول به هنا فی مسألة ادخال الابرة فی فأرة المسک، لأن المسألتین من واد واحد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۲

فالاولی ان یباشر البائع ذلک، فیشم المشتری الخیط.

ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف، و هو کذلک.

و صرح بعدم جواز بیع البیض فی بطن الدجاج للجهالة، و هو حسن، اذا لم یعرف لذلک الدجاج فرد معتاد من البیض من حیث الکبر و الصغر.

(فالاولی) تفادیا عن هذا الاشکال (ان یباشر البائع ذلک) الاختبار (فیشم المشتری الخیط) او یقول البائع مقدما: ان المشتری برئ من النقص.

(ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف، و هو کذلک) لمعلومیة اللؤلؤ غالبا عند اهله، فلا یستلزم البیع الجهالة، فیشمله دلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و شبهه.

(و صرح) العلامة (بعدم جواز بیع البیض فی بطن الدجاج للجهالة، و هو) ای عدم الجواز (حسن، اذا لم یعرف لذلک الدجاج فرد معتاد من البیض من حیث الکبر و الصغر) و الا کان مقتضی القاعدة الجواز لأنه لا جهالة فی ذلک اذا کان الفرد المعتاد معلوما.

نعم: لو باع کل ما تبیضه هذه الدجاجة فی مدة معینة و لم یعلم العدد، لم یکن ذلک جائزا، للجهالة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۳

مسئلة لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم إلیه و عدمه،

لأن ضم المعلوم إليه لا يخرجه عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولا، اذ لا نعنى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا.

و يتفرع على ذلك انه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و

(مسألـة: لا فرق فى عـدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عـدمه) كما لو باع ما فى يـده- من الجنس المجهول- وحده، او مع القلم المعلوم- مثلا- (لأن ضم المعلوم إليه لا يخرجه عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولا).

ان قلت: كيف يكون المجموع مجهولا، و الحال ان بعض أجزائه معلوم.

قلت: (اذ لا نعنى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا) بل جهالة بعض الأجزاء كافية فى جهالة المبيع، المانعة عن صحة ايقاع البيع عليه فان النتيجة تابعة لأخس المقدمتين.

و ان شئت قلت: ان الظاهر من ادلة لزوم معلومية المبيع ان يكون كل أجزاؤه معلوما، فاذا صار بعض الاجزاء مجهولا لم تشمله: ادلة الصحة.

(و يتفرع على ذلک) لزوم العلم بـالبيع (انه لاـ يجوز بيع سـمک الآجام) جمع اجمـة محل القصب و الماء (و لو كان) ذلک السـمک (مملوكا لجهالته) اى السمک (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢۴۴

ان ضم إليه القصب او غيره.

و لا اللبن فى الضرع، و لو ضم إليه ما يحلب منه، او غيره على المشهور، كما فى الروضة، و عن الحدائق، و خص المنع جماعة بما اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال، او منضما الى المعلوم.

و جوّزوا بيعه اذا كـان تابعا للمعلوم، و هو المحكى عن المختلف و شرح الارشـاد لفخر الاسلام، و المقتصر، و استحسنه المحقق و الشهيد الثانيان، و لعل المانعين لا يريدون الا ذلک

ان ضم إليه القصب او غيره) من الاشياء المعلومة.

(و لاـ) يجوز بيع (اللبن فى الضـرع، و لو ضم إليه مـا يحلب منه) اى مـا كـان موجودا فى الخـارج (او غيره) من الامور المعلومـة (على المشهور، كما فى الروضة، و) حكى (عن الحدائق) الشهرة (و خص المنع جماعة بما اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال، او منضما الى المعلوم) بان المقصود الاولى المجهول، او كان كل واحد من المعلوم و المجهول مقصودين بالانضمام.

(و جوزوا بيعه) اى المجهول (اذا كـان تابعـا للمعلوم) كمن يشترى الـدار، فان اساسـها مجهول لـديه، و مع ذلک يجوز البيع، لانه تابع لهيكل الدار الخارجى (و هو المحكى عن المختلف، و شرح الارشاد لفخر الاسلام، و المقتصر، و استحسنه المحقق، و الشهيد الثانيان، و لعل المانعين) عن بيع المجهول (لا يريدون) المنع (الا ذلک) المجهول التابع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢۴۵

نظرا الى ان جهالـة التـابع لاـ يوجب الغرر، و لا صـدق اسم المجهول على المبيع عرفا، حتى ينـدرج فى اطلاق ما دل من الاجماع على عـدم جواز بيع المجهول فان اكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول، خلافا للشـيخ فى النهاية، و ابن حمزة فى الوسـيلة، و المحكى عن الاسكافى، و القاضـى بـل فى مفتاح الكرامـة، ان الحاصل من التتبع ان المشـهور بين المتقـدمين هو الصـحة، بل عن الخلاف، و الغنية الاجماع فى مسألة السمک و اختاره من

فالمانع أيضا يجوّز بيع المجهول اذا كان تابعا (نظرا الى ان جهالـة التابع لا يوجب الغرر) فلا مانع منه (و) كـذلك (لا) يوجب (صـدق اسم المجهول على المبيع عرفـا) فلاـ يقال عنـد العرف: ان المبيع مجهول (حتى ينـدرج) المجهول التابع (فى اطلاق ما دلّ من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول).

اذ المنصـرف من المجهـول فى ادلـة المنع، المجهول المقصود بالاصـل، او بالضـميمة (فـان اكـثر المعلومـات بعض أجزائهـا مجهول) كاشتراء الدار و الدكان و البسـتان و الحمام فان اسمها و عروق اشجارها مجهولة، و كذلك الاجناس فان خصوصيات اللون و الجنس و الطعم و الرائحة فيها مجهولة، و هكذا (خلافا للشـيخ فى النهاية، و ابن حمزة فى الوسيلة، و المحكى عن الاسكافى، و القاضى بل فى مفتاح الكرامة، ان الحاصل من التتبع ان المشـهور بين المتقدمين هو الصحة) اذا كان المبيع مجهولا (بل عن الخلاف، و الغنية الاجماع فى مسألة السمك) فى الآجام (و اختاره من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۶

المتأخرين المحقق الاردبيلى، و صاحب الكفايـة، و المحـدث العاملى، و المحدث الكاشانى، و حكى عن ظاهر غاية المراد، و صـريح حواشيه على القواعد، و حجتهم على ذلك الاخبار المستفيضة الواردة فى مسألتى السمك و اللبن و غيرهما.

ففى مرسـلة البزنطى- التى ارسالها كوجود سـهل فيها سـهل- عن ابى عبـد الله عليه السـلام قال: اذا كانت اجمة ليس فيها قصب اخرج شيئا من سمك، فباع و ما فى الاجمة.

و رواية معاوية بن عمار، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال:

المتـأخرين المحقق الاردبيلى، و صاحب الكفايـة، و المحـدث) الحرّ (العاملى، و المحـدث الكاشانى، و حكى عن ظاهر غايـة المراد و صريـح حواشـيه على القواعـد، و حجتهم) اى المجـوزين (على ذلـك) الجواز (الاخبـار المسـتفيضة الواردة فى مسـألتى السـمك) فى الآجام (و اللبن) فى الضرع (و غيرهما).

(ففى مرسـلة البزنطى- التى ارسالهـا كوجود سـهل فيها سـهل-) فان البزنطى من اصـحاب الاجماع، و سـهل من مشايـخ الاجازة، فكلا الامرين لا يضـرّان بحجية الرواية و صـحة العمل بها خصوصا و ان المشهور بين المتقدمين العمل بها (عن ابى عبد الله عليه السلام قال: اذا كـانت اجمـة ليس فيهـا قصب) و المراد بالاجمـة هنـا الماء النزيز (اخرج) المالك للأجمـة (شـيئا من سـمك) ليكون معلوما (فباع) المخرج (و ما فى الاجمة) فانه من ضم المعلوم الى المجهول

(و رواية معاوية بن عمار، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۷

لا بأس بأن يشترى الآجام، اذا كان فيها قصب.

و المراد شـراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة و اللاحقة و رواية ابى بصـير عن ابى عبد الله عليه السـلام فى شراء الاجمة ليس فيها قصب، انما هى ماء قال تصيد كفا من سمك، تقول: اشترى منك هذا السمك، و ما فى هذه الاجمة بكذا و كذا.

و موثقـة سـماعة عن ابى عبد الله عليه السـلام- كما فى الفقيه- قال سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضـرع، قال عليه السـلام لا، الا ان يحلب لك فى سكرجة

لا بأس بان يشترى الآجام اذا كان فيها قصب) لان القصب معلوم، فبيع السمك مع القصب يكون من باب ضم المعلوم الى المجهول.

(و المراد) بهذه الرواية (شـراء ما فيها) من السـمك (بقرينة الرواية السابقة، و اللاحقة، و رواية ابى بصـير عن ابى عبد الله عليه السـلام، فى شراء الاجمة ليس فيها قصب) بل (انما هى ماء) فقط، هل يجوز أم لا؟

(قال: تصید کفا من سمک، تقول: اشتری منک هذا السمک، و ما فی هذه الاجمة بکذا و کذا) فان ذلک جائز.

(و موثقة سماعة عن ابی عبد الله علیه السلام- کما فی الفقیه- قال سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع، قال علیه السلام لا، الا ان یحلب لک فی سکرجة) بضم السین و الکاف و الراء المشددة اناء صغیر یکال فیه اللبن.

و ظاهر الحدیث املاء السکرجة باللبن لا حلب قلیل من اللبن فیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۸

فتقول: اشتر منّی هذا اللبن الّذی فی الاسکرجة و ما فی ضروعها بثمن مسمّی، فان لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی السکرجة، و علیها تحمل صحیحة العیص بن القاسم، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل له نعم، نبیع البانها بغیر کیل، قال: نعم حتی ینقطع، او شیء منها بناء علی ان المراد بیع اللبن الّذی فی الضرع بتمامه او بیع شیء منه محلوب فی الخارج، و ما بقی فی الضرع بعد حلب شیء منه.

- کما لا یخفی- (فتقول: اشتر منّی هذا اللبن الّذی فی الاسکرجة و ما فی ضروعها) ای ضروع الحیوانات (بثمن مسمّی، فان لم یکن فی الضرع شیء کان) المبیع (ما فی السکرجة، و علیها تحمل صحیحة العیص بن القاسم، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل له نعم، نبیع البانها بغیر کیل، قال: نعم حتی ینقطع) ای البان الضرع الی ان ینتهی (او شیء منها).

وجه الدلالة (بناء علی ان المراد) من «حتی ینقطع» (بیع اللبن الّذی فی الضرع بتمامه).

و المراد ب (او) شیء منها (بیع شیء منه محلوب فی الخارج و ما بقی فی الضرع بعد حلب شیء منه).

کما لو حلب مقدار الثلث، ثم باع المحلوب، او باع الثلثین فی الضرع، فان کلیهما عبارة عن «بیع شیء منه».

اما اذا کان المراد الحلب، ثم الکیل و البیع حتی یتم، او الحلب ثم الکیل بمقدار خاص قبل ان یتم کل ما فی الضرع، فلیس فی الخبر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۴۹

و فی الصحیح الی ابن محبوب عن ابی ابراهیم الکرخی، قال قلت:

لابی عبد الله علیه السلام، ما تقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مائة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا درهما؟ قال: لا بأس ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف.

و موثقة اسماعیل بن الفضل الهاشمی، عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل یتقبل بخراج الرجال و جزیة رءوسهم و خراج النخل، و الشجر و الآجام، و المصائد، و السمک و الطیر، و هو لا یدری، لعله لا یکون شیء

دلالة علی المقصود هنا.

(و فی الصحیح الی ابن محبوب عن ابی ابراهیم الکرخی قال قلت:

لابی عبد الله علیه السلام، ما تقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مائة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا درهما؟) فانه ضم الصوف المعلوم الی الحمل المجهول (قال: لا بأس ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف) فلا یکون ثمنه بلا مقابل.

(و موثقة اسماعیل بن الفضل الهاشمی، عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل یتقبل بخراج الرجال و جزیة رءوسهم) عطف تفسیر لخراج الرجال، و المراد اهل الکتاب بأن یشتری الشخص من سلطان المسلمین جزیة اهل الکتاب الساکنین فی بعض المناطق بکمیة من المال، ثم یذهب هو فیجبی خراج الرءوس (و خراج النخل، و الشجر، و الآجام، و المصائد) ای الصحاری التی فیها تصاد الحیوانات البریة (و السمک و الطیر) یشتری کل ذلک من السلطان (و) الحال (هو لا یدری لعله لا یکون شیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۰

من هذا ابدا، او یکون، أ یشتریه و فی ایّ زمان یشتریه؟ و یتقبل به، قال علیه السلام اذا علم من ذلک شیئا واحدا انه قد ادرک، فاشتره و تقبل به

و ظاهر الأخیرین کموثقة سماعة ان الضمیمة المعلومة انما تنفع من حیث عدم الوثوق بحصول المبیع لا من حیث جهالته، فانّ ما فی الاسکرجة غیر معلوم بالوزن و الکیل.

من هذا ابدا) فی تلک البلاد و الصحاری و المیاه، بان لا یکون کتابی و لا صید و ما اشبههما (او) قد (یکون) شیء (أ یشتریه و فی ایّ زمان یشتریه) قبل ادراک اوقات الخراج، او فی حین الادراک.

مثلا: الجزیة تؤخذ کل عام فی شهر محرم، أ یشتری الجزیة قبل محرم؟ او فی شهر محرم؟ (و یتقبل به) عطف تفسیر (قال علیه السلام اذا علم من ذلک شیئا واحدا انه قد ادرک، فاشتره و تقبل به) فان الظاهر ان بیع المجهول اذا کانت له ضمیمة معلومة کان جائزا.

(و ظاهر الأخیرین ک) ظاهر (موثقة سماعة ان الضمیمة المعلومة انما تنفع من حیث عدم الوثوق بحصول المبیع، لا من حیث جهالته) لقوله علیه السلام «ان لم یکن فی بطونها حبل» و قوله «لعله لا یکون شیء من هذا ابدا» (فان ما فی الاسکرجة غیر معلوم بالوزن و الکیل) فلیس من باب ضم المعلوم الی المجهول.

اقول: لکنک عرفت ان الظاهر من الروایة ملاء السکرجة و هی کیل معلوم فلا یصح الاستدلال بهذه الروایة، لاجل جواز بیع المجهول اذا ضم الی المعلوم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۱

و کذا المعلوم الحصول من الاشیاء المذکورة فی روایة الهاشمی.

مع ان المشهور کما عن الحدائق: المنع عن بیع الاصواف علی ظهور الغنم، بل عن الخلاف، علیه الاجماع.

و القائلون بجوازه استدلوا بروایة الکرخی، مع منعهم عن مضمونها من حیث ضم ما فی البطون الی الاصواف

(و کذا المعلوم الحصول من الاشیاء المذکورة فی روایة الهاشمی) فان الشیء الواحد المعلوم حصوله، حیث قال علیه السلام «اذا علمت من ذلک شیئا واحدا» غیر معلوم الخصوصیات، فلیس اجازة الامام علیه السلام للاشتراء فی صورة وجود واحد معلوم الحصول، من باب ضم المجهول الی المعلوم، بل من باب ضم المعلوم الحصول المجهول القدر الی المجهول الحصول و هذه مسألة اخری.

(مع) ان روایة ابن محبوب أیضا یمکن الاستدلال بها علی المقصود ف (ان المشهور کما عن الحدائق: المنع عن بیع الاصواف علی ظهور الغنم، بل عن الخلاف، علیه) ای علی المنع (الاجماع) فالاجماع و الشهرة یمنعان من العمل بهذه الروایة.

(و القائلون بجوازه) و هم غیر المشهور (استدلوا بروایة الکرخی، مع منعهم عن مضمونها من حیث ضم ما فی البطون الی الاصواف) اذ: فی الروایة مخالفتان للقاعدة.

الاولی: جواز بیع المجهول مع الضمیمة- و قد قال بهذا جمع غیر مشهور-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۲

فتبین ان الروایة لم یقل احد بظاهرها.

و مثلها فی الخروج عن مسألة ضم المعلوم الی المجهول روایتا ابی بصیر و البزنطی، فان الکف من السمک لا یجوز بیعه، لکونه من الموزون و لذا جعلوه من الربویات.

و

الثانیة: جواز بیع ما لا یعلم وجوده اذا انضم الی معلوم الوجود، و هذا لم یقل به احد.

(فتبین ان الروایـة) للکرخی (لم یقـل احـد بظاهرهـا) فـان هـذه الروایـات الثلاثـة لا یمکن الاسـتدلال بها لمسألتنا التی عنونّاها فی اوّل المسألة.

(و مثلها فی الخروج عن مسألة ضم المعلوم الی المجهول روایتا ابی بصـیر و البزنطی، فان الکف من السمک) الّذی اعتبر فی الروایتین معلومـا فیکون مجوّزا لبیع المجهول (لاـ یجوز بیعه) بنفسه (لکونه) غیر موزون الآـن فی الکف، و الحال انه (من الموزون) فبیعه منفرد الا یجوز حسب القاعدة.

(و لذا) الّذی انه موزون (جعلوه من الربویات)

و من المعلوم: ان الربا انما هو فی المکیل و الموزون لا فی الاشیاء التی تباع اعتباطا.

(و) ان قلت: فکیف اجزتم بیع سمک الآجام، و الحال انه موزون و لا یدخله الوزن فی الاجمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۳

لاـ ینـافی ذلـک تجویز بیع سـمک الآجام اذا کانت مشاهـدة لاحتمال ان لا یعتبر الوزن فی بیع الکثیر منه کالـذی لا یـدخل فی الوزن لکثرته کزبرة الحدید بخلاف القلیل منه.

و اما روایـة معاویة بن عمار، فلا دلالة فیها علی بیع السـمک الا بقرینة روایتی ابی بصیر و البزنطی اللتین عرفت حالهما فتامل، ثم علی تقدیر الدلالة

قلت: (لاـ ینـافی ذلـک) الّـذی ذکرنـا من ان السـمک موزون (تجویز بیع سـمک الآجـام اذا کانت مشاهـدة) یراها الانسان فی الجملة (لاحتمـال ان لاـ یعتبر الوزن فی بیع الکثیر منه کالـذی لاـ یـدخل فی الوزن لکثرته) دائما (کزبرة الحدیـد، بخلاف القلیل منه) ای من السمک.

(و اما روایة معاویة بن عمار، فلا دلالة فیها علی بیع السمک الا بقرینة روایتی ابی بصیر و البزنطی اللتین عرفت حالهما).

و اذا سـقطتا سـقطت عن الدلالـة أیضـا (فتأمـل) فانا اذا لم نقل بدلالـة هـذه الروایات، فعلی ایّ شـیء تحمل؟ و هل یمکن طرحها بعد صحة السند و وضوح الظهور فیها و عمل المشهور بها؟

منتهی الأمر ان الروایات تدل علی ازید مما عنونّا المسألة به.

و ذلک لـدلالتها علی جواز ضم المعلوم الی المجهول من حیثین، حیث الجهل بالوجود و حیث الجهل بالمقـدار و من جهتین جهة ان المعلوم غیر موزون مع انه موزون عادة، و جهة ان المعلوم موزون الآن کما فی روایة السکرجة.

(ثم علی تقدیر الدلالة) فی هذه الروایات، ان ارید العمل بها فی مواردها فلا تنفع القاعدة الکلیة، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۴

ان ارید انتزاع قاعدة منها و هی جواز ضم المجهول الی المعلوم، و ان کان المعلوم غیر مقصود بالبیع الا حیلة لجواز نقل المجهول.

فلا دلالة فیها علی ذلک.

و لم یظهر من العاملین بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضـهم بل کلّهم خلافه فانا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بیع کل مجهول من حیث الوصف او التقدیر بمجرد ضم شیء معلوم إلیه کما یشهد به تتبع کلماتهم.

و ان ارید الاقتصار علی مورد النصوص، و هو بیع سمک الآجام و لبن الضرع و ما فی

(ان اريد انتزاع قاعدة منها و هى جواز ضم المجهول الى المعلوم، و ان كان المعلوم غير مقصود بالبيع الا حيلة) و توصلا (لجواز نقل المجهول) «لجواز» متعلق ب «حيلة».

(فلا دلالة فيها) اى فى هذه الروايات (على ذلك) الّذى يراد انتزاعه من القاعدة الكلية.

(و لم يظهر من العاملين بها) اى بهذه الروايات (التزام هذه القاعدة) الكلية (بل المعلوم من بعضهم، بل كلّهم خلافه، فانا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف) كما لو لم يعلموا ان الدابة ذكر او انثى، و السمك جيد او ردىء (او التقدير) كما لو لم يعلموا كيله او وزنه (بمجرد ضم شىء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم) حيث انهم لا يقولون بذلك.

(و ان اريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۵

البطون مع الاصواف فالامر سهل على تقدير الاغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة، المجمع عليها بين الكل، من عدم جواز بيع المجهول مطلقا.

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم و اصله من العلامة، قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع، لا يصح بيعه و ان انضم الى المعلوم و يجوز مع الانضمام الى معلوم، اذا كان تابعا انتهى.

و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه، الا ان مرادهم من المقصود، و التابع غير واضح

البطون مع الاصواف) بالكيفية التى ذكرت فى الروايات (فالامر سهل على تقدير الاغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة، المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقا).

و انما يسهل الامر لوجود النصوص الظاهرة و عمل المشهور بها.

اما على تقدير عدم الاغماض فلا اشكال أيضا، لانها ليست قاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، حتى لا تتمكن هذه النصوص من تخصيصها- كما لا يخفى-

(بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم) بين كون المعلوم تابعا، او متبوعا او مساويا للمجهول (و اصله) اى اصل هذا التفصيل (من العلامة قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و ان انضم) ذلك المجهول (الى المعلوم) اذا كان المجهول اصلا او مساويا (و يجوز) بيعه (مع الانضمام الى معلوم اذا كان) المجهول (تابعا، انتهى).

(و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه، الا ان مرادهم من المقصود) فى قولهم «اذا كان مقصودا» (و التابع) فى قولهم «اذا كان تابعا» (غير واضح)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۶

و الّذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع و بالمقصود ما كان جزءا.

قال فى القواعد- فى باب الشرط فى ضمن البيع- لو شرط ان الامة حامل او الدابة كذلك صح اما لو باع الدابة و حملها، و الجارية و حملها بطل لان كل ما لا يصح بيعه منفرد الا يصح جزءا من المقصود و يصح تابعا، انتهى.

و فى باب ما يندرج فى المبيع، قال السادس العبد، و لا يتناول ماله الّذى ملكه مولاه، الا ان يستثنيه المشترى ان قلنا ان العبد يملك. فينتقل الى المشترى

(و الّذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع) كما لو قال: بعتك هذه الدار بشرط هذه النخلة التى هى خارجها (و بالمقصود ما كان جزءا) للمبيع.

(قال فی القواعد- فی باب الشرط فی ضمن البیع- لو شرط) المشتری علی البائع (ان الامة حامل، او الدابة کذلک) حامل (صح اما لو باع الدابة و حملها و الجاریة و حملها بطل) بان کان الحمل جزء المبیع (لان کل ما لا یصح بیعه منفرد الا یصح جزءا من المقصود و لکن (یصح تابعا) ای بعنوان الشرط و نحوه (انتهی) کلام القواعد.

(و فی باب ما یندرج فی المبیع قال السادس العبد) اذا باعه المولی (و لا یتناول) لفظ «العبد» (ماله الّذی ملکه مولاه) فلا یملک المشتری اموال العبد اذا اشتری العبد (الا ان یستثنیه المشتری) بان یقول: اشتری العبد منک و ما یملکه (ان قلنا ان العبد یملک) و ان قلنا بعدم ملک العبد اصلا فلا مجال لهذه المسألة اصلا (ف) اذا شرط المشتری انتقال مال العبد مع العبد إلیه (ینتقل) المال (الی المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۷

مع العبد و کان جعله للمشتری ابقاء له علی العبد فیجوز ان یکون مجهولا او غائبا

اما اذا احلنا تملکه، و باعه و ما معه، صار جزءا من المبیع، فیعتبر فیه شرائط البیع، انتهی.

و بمثل ذلک فی الفرق بین جعل المال شرطا، و بین جعله جزءا صرح فی التذکرة فی فروع مسألة تملک العبد و عدمه معللا بکونه مع الشرط کماء الآبار و اخشاب السقوف.

مع العبد، و کان جعله) ای المال (للمشتری ابقاء له علی العبد) ای ان العبد یستمر فی مالکیته للمال (فیجوز ان یکون) المال (مجهولا او غائبا) بخلاف ما اذا بیع المال مستقلا، فانه یلزم ان یکون معلوما.

و المراد بالغائب عدم الاحتیاج الی القبض فیما یتوقف البیع فیه الی القبض فی المجلس، او نحو ذلک.

(اما إذا احلنا تملکه) ای قلنا: بان ملک العبد محال (و باعه و ما معه، صار) المال (جزءا من المبیع) لا تابعا، کالمسألة السابقة (فیعتبر فیه) ای فی مال العبد (شرائط البیع، انتهی) کلام العلامة.

(و بمثل ذلک فی الفرق بین جعل المال شرطا، و بین جعله جزءا) و ان الاول لا یحتاج الی توفر شرائط البیع فی المال، دون الثانی فانه یشترط فیه توفر شرائط البیع (صرح فی التذکرة فی فروع مسألة تملک العبد و عدمه) ای ان العبد هل یملک، أم لا؟ (معللا) الفرق و عدم لزوم توفر الشرائط فی الشرط (بکونه) ای المال (مع الشرط، کماء الآبار و اخشاب السقوف) فان المشتری للدار، لا یلزم ان یعلم بمقدار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۵۸

و قال فی التذکرة أیضا- فی باب شروط العوضین- لو باع الحمل مع أمّه جاز اجماعا.

و فی موضع من باب الشرط فی العقد: لو قال: بعتک هذه الدابة و حملها، لم یصح عندنا، لما تقدم من ان الحمل لا یصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزءا.

و قال أیضا: و لو باع الحامل و یشترط للمشتری الحمل، صح، لانه تابع کاساس الحیطان، و ان لم یصح ضمه فی البیع مع الام،

ماء البئر الموجودة فی الدار، و لا خصوصیة اخشاب السقف، بخلاف ما اذا اراد ان یشتری الماء و الخشب- مثلا-.

(و قال فی التذکرة أیضا- فی باب شروط العوضین- لو باع الحمل مع أمه جاز اجماعا) لانه تابع، فهو کالشرط و لیس جزءا.

(و) قال (فی موضع من باب الشرط فی العقد: لو قال: بعتک هذه الدابة و حملها، لم یصح عندنا) معاشر الشیعة، او المراد عند نفس العلامة (لما تقدم من ان الحمل لا یصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزءا) لانه مجهول، و المجهول لا یصح بیعه مستقلا بالشراء و لا جزءا من المبیع.

(و قـال) العلامـة (أيضا: و لو باع الحامل و يشترط للمشترى الحمل، صـح، لانه تابع كاساس الحيطان) فان المشترى لا يعلم كم مقـدار الاساس، و ما كيفيته، و لكنه حيث صار تابعا لشراء الدار، و ما اشبه، صح بيعه، و لم يضره الجهل (و ان لم يصح ضمه) اى الحمل (فى البيع مع الام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٥٩

للفرق بين الجزء و التابع.

و قال فى موضع آخر: لو قال: بعتك هذه الشياه و ما فى ضرعها من اللبن لم يجز عندنا.

و قال فى موضع آخر: لو باع دجاجة ذات بيضة و شرطها، صح، و ان جعلها جزءا من البيع، لم يصح.

و هذه كلها صريحة فى عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية، من غير فرق بين تعلق الغرض الداعى بالمعلوم او المجهول.

و قد ذكر هذا المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسئلة اشتراط دخول

للفرق بين الجزء) فيلزم العلم به (و التابع) فلا يلزم العلم به.

(و قال فى موضع آخر: لو قال: بعتك هذه الشياه و ما فى ضرعها من اللبن) بجعل اللبن جزءا (لم يجز عندنا).

(و قـال فى موضع آخر: لو باع دجاجـة ذات بيضـة و شـرطها) اى شـرط ان تكون البيضـة الموجودة فى باطن الدجاجـة ملكا للمشترى (صح) البيع (و ان جعلها جزءا من البيع، لم يصح) انتهت عبارات العلامة.

(و هـذه) العبـارات (كلهـا صـريحة فى عـدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئيـة) مما ينافى ما تقـدم من ظاهر الروايات الدالـة على الجواز (من غير فرق بين تعلق الغرض الداعى) الى الاشتراء (بالمعلوم او المجهول).

(و قد ذكر هذا) اى عدم الجواز (المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسئلة اشتراط دخول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٦٠

الزرع فى بيع الارض، قـال: و ما قـد يوجـد فى بعض الكلام من ان المجهول ان جعل جزءا من المبيع لا يصـح، و ان اشترط، صـح، و نحو ذلك فليس بشىء، لأن العبارة لا اثر لها، و المشروط محسوب من جملة المبيع.

و لانه لو باع الحمل و الام، صح البيع، و لا يتوقف على بيعها و اشتراطه، انتهى.

و هو

الزرع فى بيع الارض) بـان يبيع الارض و زرعها على نحو الجزئيـة او الشـرطية (قال) المحقق (و ما قـد يوجـد فى بعض الكلام من ان المجهول ان جعـل جزءا من المبيع لاـ يصـح، و ان اشترط) المجهول فى البيع بـان كـان تابعـا، لا جزءا (صـح) البيع (و نحو ذلك) من العبارات الدالة على الفرق بين الجزء و الشرط (فليس بشىء، لان العبارة) بجعل لفظ الشرط مكان لفظ الجزء، عند المعاملة (لا اثر لها، و المشروط) أيضا (محسوب من جملة المبيع) فاللازم العلم به.

ثم ما ذكره البعض: من انه لو جعل الحمل جزءا لم يصح البيع أيضا غير تام.

(و) ذلـك (لانـه لو بـاع الحمـل و الام، صـح البيع، و لا يتوقف على بيعها) اى بيع الام (و اشتراطه) اى اشتراط الحمل، يعنى لا يتوقف صحة بيع الام على اشتراط الحمل، بل يصح بيع الام و ان جعل الحمل جزءا (انتهى) كلام جامع المقاصد.

(و هو) اى ما ذكره المحقق الثانى من انه يشترط فى الشرط أيضا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٦١

الظاهر من الشـهيدين فى اللمعـة و الروضـة حيث اشترطا فى مال العبد المشـروط دخوله فى بيعه اسـتجماعه لشـروط البيع، و قد صـرح

الشيخ فى مسئلة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال.

و عن الشهيد لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه و لا التفصى من الربا ان قلنا انه يملك، و ان احلنا ملكه اشترط.

قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع، فالاقوى

المعلومية- خلافا للعلامة- هو (الظاهر من الشهيدين فى اللمعة، و الروضة حيث اشترطا) الشهيدان (فى مال العبد المشروط دخوله) اى دخول ذلك المال (فى بيعه) اى فى بيع العبد (استجماعه لشروط البيع، و قد صرح الشيخ) أيضا (فى مسئلة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال).

(و) لكن (عن الشهيد) الاول، عكس ذلك، و انه لا يشترط العلم حتى فى صورة جعل مال العبد جزءا لا شرطا.

ف (لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه) اى علم المشترى بمقدار المال و خصوصياته (و لا التفصى من الربا) كما لو كان عند العبد اوقية من الذهب فاشتراهما المشترى بأوقيتين.

و انما صح الاشتراء للعبد و ماله (ان قلنا انه يملك، و ان احلنا ملكه) بان قلنا: ان ملك العبد محال (اشترط) علم المشترى بمال العبد كما و كيفا، و عدم لزوم الربا.

(قال) الشهيد (فى الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع، فالاقوى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۲

الصحة لانه بمنزلة الاشتراط.

و لا يضر الجهالة، لانه تابع، انتهى، و اختاره جامع المقاصد.

ثم التابع فى كلام هؤلاء يحتمل ان يراد به ما يعد فى العرف تابعا، كالحمل مع الام، و اللبن مع الشاة، و البيض مع الدجاج، و مال العبد معه، و الباغ فى الدار، و القصر فى البستان و نحو ذلك مما نسب البيع عرفا الى المتبوع، لا إليهما معا، و ان فرض تعلق الغرض الشخصى بكليهما فى بعض الاحيان، بل بالتابع خاصة كما قد يتفق

الصحة لانه بمنزلة الاشتراط) فكما يصح الشرط كذلك يصح الجزء.

(و لا تضر الجهالة) بالحمل (لانه) اى الحمل (تابع) و جهالة التابع ليست بضارة (انتهى، و اختاره جامع المقاصد) هذه جملة من كلماتهم التى عرفت انها على ثلاثة اقسام تجويز التابع و الجزء، و عدم تجويزهما، و تجويز التابع دون الجزء.

(ثم التابع فى كلام هؤلاء يحتمل ان يراد به ما يعد فى العرف تابعا، كالحمل مع الام، و اللبن مع الشاة، و البيض مع الدجاج، و مال العبد معه) اى مع العبد (و الباغ) اى الكرم شجرة العنب (فى الدار، و القصر) اى الدار الموجودة (فى البستان، و نحو ذلك) من التوابع (مما نسب البيع عرفا الى المتبوع) فيقال: اشترى الشاة و الدجاج، و هكذا (لا إليهما معا) فلا يقال: اشترى الشاة و الحمل، و هكذا (و ان فرض تعلق الغرض الشخصى بكليهما) التابع و المتبوع (فى بعض الاحيان) «ان» وصلية (بل) و ان تعلق الغرض الشخصى (بالتابع خاصة) فى بعض الاحيان (كما قد يتفق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۳

فى حمل بعض افراد الخيل، و هذا هو الظاهر من كلماتهم فى بعض المقامات، كما تقدم عن الدروس، و جامع المقاصد من صحة بيع الام، و حملها، لان الحمل تابع.

قال فى جامع المقاصد فى شرح قوله المتقدم فى القواعد و يجوز مع الانضمام الى معلوم، اذا كان تابعا ان اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة فى بيع دابة اخرى.

الا ان یقال التبعیة انما یتحقق مع الام، لانه حینئذ بمنزلة بعض اجزائها.

بعض افراد الخیل، و هـذا) ای کون مرادهم بالتابع، ما یعـد فی العرف تابعا (هو الظاهر من کلماتهم فی بعض المقامات، کما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد من صحة بیع الام و حملها، لان الحمل تابع) عرفا.

(قال فی جامع المقاصد فی شـرح قوله المتقدم فی القواعد و یجوز مع الانضمام الی معلوم، اذا کان تابعا) قال (ان اطلاق العبارة یشمل ما اذا شـرط حمل دابـة فی بیع دابـة اخری) کما لو کان لزیـد دابتان، إحداهما حامل: ثم باع الحامل و شـرط المشتری علیه فی ضـمن البیع اعطاء الحمل له أیضا.

(الا ان یقال) لا یشـمل اطلاق العبارة هـذا الفرد لان (التبعیـة انما یتحقق مع الام، لانه) ای الحمل (حینئذ) ای حین بیعه مع الام (بمنزلة بعض اجزائها) ای اجزاء الام.

اما اشتراط الحمل مع غیر الام فلا یصح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۴

و مثله زخرفة جدران البیت، انتهی.

و فی التمثیل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الکلام فی المقام، الا ان یرید مثال الاجزاء، لا مثال التابع.

لکن هـذا ینافی ما تقـدم من اعتبارهم العلم فی مال العبد، وفاقا للشـیخ ره، مع ان مال العبد تابع عرفی، کما صرح به فی المختلف فی مسئلة بیع العبد و اشتراط ماله.

(و مثله) ای الدابة فی صحة بیع الحمل تابعا لها (زخرفة جدران البیت) فانها تصح تابعا للبیت، و لا تصح تابعا لبیت آخر.

اذ المراد بالزخرفة لیس مجرد النقش، بل الاجزاء من خشب و فضة و ما اشبه مما یزخرف بها البیت (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و فی التمثیل) بزخرفة البیت (نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الکلام فی المقام).

اقول: الظاهر ان المصـنف ره لم یعط المثال حقه، و الا فالارتباط بین المثالین- علی ما ذکرنا- ظاهر (الا ان یرید مثال الاجزاء، لا مثال التابع) لان الزخرفة جزء من البیت، و لیست تابعة له.

(لکن هـذا) ای کون مرادهم بالتابع ما یعد فی العرف تابعا: و انه لا یلزم العلم به (ینافی ما تقدم من اعتبارهم العلم فی مال العبد، وفاقا للشـیخ ره) فان التابع لو کان مستثنی عن اشتراط العلم به، فلم ذکروا لزوم العلم بمال العبد فیما اذا اراد ان یشتریه مع ماله؟ (مع ان مال العبد تابع عرفی، کما صرح به فی المختلف فی مسئلة بیع العبد و اشتراط ماله)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۵

و یحتمـل ان یکون مرادهم التـابع بحسب قصـد المتبـایعین، و هو ما یکون المقصود بالبیع غیره، و ان لم یکن تابعا عرفیا، کمن اشتری قصب الآجام، و کان فیها قلیل من السمک، او اشتری سمک الآجام و کان فیها قلیل من القصب.

و هذا أیضا قد یکون کذلک بحسب النوع، و قد یکون کذلک بحسب الشخص، کمن اراد السمک القلیل لاجل حاجة لکن لم یتهیأ له شرائه الا فی

للمشتری.

(و یحتمـل ان یکون مرادهم) بالتـابع- لاـ التـابع العرفی، کمـا هو الاحتمـال السابق- بل (التابع بحسب قصـد المتبایعین، و هو ما یکون المقصود بـالبیع غیره، و ان لم یکن تابعـا عرفیـا، کمن اشتری قصب الآجـام، و کـان فیهـا قلیـل من السـمک) فـان السـمک لیس تابعا

للقصب الا ان المشترى حيث كان قصده من الاشتراء القصب كان السمك تابعا فى قصده (او اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب) و هذان المثالان فيما اذا اشترى السمك او القصب، و الا لم يكن الآخر تابعا له، كما لا يخفى.

(و هذا) المعنى للتابع (أيضا) كالمعنى السابق (قد يكون كذلك بحسب النوع) كما ان النوع اذا اشترى القصب لم يقصد السمك القليل (و قد يكون كذلك) المقصود غيره (بحسب الشخص، كمن اراد السمك القليل) فلم يكن السمك خارجا عن قصده.

و انما اراد السمك (لاجل حاجة لكن لم يتهيأ له شرائه) اى شراء السمك (الا فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۶

ضمن قصبة الاجمة.

و الاول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سماعة المتقدمة على ما اذا كان المحلوب يقارب الثمن، و يصير اصلا و الّذى فى الضرع تابعا.

ضمن قصبة الاجمة) فان القصد فى البيع و الشراء منصب على القصب، و ان كان المشترى اراد السمك أيضا.

و لا يخفى ما فى مقابلة النوع و الشخص- فى العبارة- من الاشكال.

لانه ان اراد فى العبارة «عدم القصد» فيرد عليه ان الشخص مقصود.

و ان اراد فى العبارة «القصد» فيرد عليه ان النوع غير مقصود.

اللهم الا ان يريد ان كون الشيء تابعا حسب قصد المتعاملين، قد يكون تابعا حسب قصد نوع المتعاملين و قد يكون تابعا حسب قصد شخص المتعاملين.

و الثانى كمن اراد السمك القليل، فتأمل.

(و) المعنى (الاول) للتابع و هو مراعاة الفرض النوعى (هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه) بان يبيع المحلوب و الموجود فى الضرع معا (حيث حمل) العلامة (رواية سماعة المتقدمة على ما اذا كان المحلوب يقارب الثمن، و يصير اصلا) للبيع نوعا (و الّذى فى الضرع تابعا).

فان المراد بذلك التابع النوعى، لا انه تابع شخصى- كما هو المعنى الثانى للتابع-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۷

و قال فى مسألة بيع ما فى بطون الانعام مع الضميمة و المعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعا، صح البيع، كما لو باعه الام و حملها، او باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن و ضم الحمل، فهذا لا بأس به و الا كان باطلا.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۱۰، ص: ۲۶۷

و اما الاحتمال الثانى اعنى مراعاة الغرض الشخصى للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهدا، الا ثبوت الغرر، على تقدير تعلق الغرض الشخصى بالمجهول، و انتفائه على تقدير تعلقه بالمعلوم، و يمكن تنزيل اطلاقات عبارات المختلف عليه

(و قال) العلامة (فى مسألة بيع ما فى بطون الانعام مع الضميمة) قال: (و المعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعا، صح البيع، كما لو باعه الام و حملها) فان الحمل مقصود حينئذ، و لكن ليس اصلا، بل تابعا نوعا (او باعه) اى باع البائع للمشترى (ما يقصد مثله)- اى المثمن

الّذی یکون مقصود للناس- (بمثل الثمن) کما لو اعطاه الشاة بدینار، و قال:

المقصود عرفا من الشاة المقابل بالدینار هو المبیع لک ایها المشتری (و ضم الحمل) الی المثمن (فهذا لا بأس به) فانه قصد التابع (و الا) یقصد تبعیة الحمل (کان باطلا) لان الحمل مجهول، فجعله مثمنا یوجب جهالة المبیع.

(و اما الاحتمال الثانی اعنی مراعاة الغرض الشخصی للمتبایعین، فلم نجد علیه شاهدا) و دلیلا (الا ثبوت الغرر، علی تقدیر تعلق الغرض الشخصی بالمجهول، و انتفائه) ای الغرر (علی تقدیر تعلقه بالمعلوم:

و یمکن تنزیل اطلاقات عبارات المختلف علیه) ای علی الغرض الشخصی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۸

کما لا یخفی.

و ربما احتمل بعض، بل استظهر ان مرادهم بکون المعلوم مقصودا و المجهول تابعا کون المقصود بالبیع ذلک المعلوم بمعنی الاقدام منهما- و لو لتصحیح البیع-

---

(کما لا یخفی).

(و ربما احتمل بعض) و هو صاحب الجواهر (بل استظهر) ای قال ان الظاهر من کلامهم (ان مرادهم بکون المعلوم مقصودا، و المجهول تابعا) لیصح بیع المجهول، ان یکون التبانی من المتبایعین و المجعول فی مقابل الثمن هو الشیء المعلوم، و یکون الشیء المجهول تابعا له و منزلا منزلته، و ان لم یکن کذلک بحسب العرف و بحسب غرض المتعاقدین و بحسب الظاهر من لفظ العقد.

فاذا قال البائع: بعتک القصب بضمیمة السمک- و کان غرضهما من الاشتراء فی الواقع للقصب- رأی العرف ان المبیع هو القصب، و کان القصب غرض المتعاقدین، و کان القصب هو الظاهر من اللفظ، الا ان التبانی حیث کان علی جعل السمک مبیعا، کان البیع باطلا، لانه مجهول.

و علیه فلیس المعیار العرف، و لا الغرض، و لا اللفظ و انما التبانی و الجعل.

فمراد هم بکون المعلوم مقصود او المجهول تابعا (کون المقصود بالبیع ذلک المعلوم) لا المجهول (بمعنی الاقدام منهما- و لو لتصحیح البیع-)

ای ان هذا الاقدام لیس لان الغرض الاولی هو المعلوم، بل لاجل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۶۹

علی ان المبیع المقابل بالثمن هذا المعلوم الّذی هو و ان سمی ضمیمة، لکنه المقصود فی تصحیح البیع.

قال و لا ینافیه کون المقصود بالنسبة الی الغرض، ما فیه الغرر، نظیر ما یستعمله بعض الناس فی التخلص من المخاصمة،

ان یکون البیع صحیحا- حیث یعلمان بانه اذا جعلا المجهول مقابلا للمثمن بطل الثمن- (علی ان المبیع المقابل بالثمن) هو (هذا المعلوم) «علی» متعلق ب «الاقدام» (الّذی هو) «مبتدأ» (و ان سمی) فی العبارة (ضمیمة، لکنه المقصود فی تصحیح البیع) «لکنه» بمنزلة «الخبر».

فالغرض مثلا السمک، لکنه حیث کان مجهولا، و علما ان السمک لو جعل مثمنا بطل البیع، تحایلا بجعل القصب «فی لفظ العقد» مثمنا.

(قال) الجواهر (و لا ینافیه) ای لا ینافی کون البیع صحیحا اذا اوقع البیع علی المعلوم، و ان کان الغرض الاصلی لهما من المبایعة الشیء المجهول (کون المقصود بالنسبة الی الغرض) ای کون الغرض المقصود حقیقة (ما فیه الغرر) لانه مجهول.

و انما لا ینافی، لان المعیار فی المعاملات ما انصب علیه العقد لا ما کان الغرض المحرک للعقد.

فاذا کان الغرض المحرک لعقد هذه الامرأة التصرف فی مالها و تحصیل الجاه المتعلق بها، لم یکن ذلک داخلا فی عقد النکاح المنصب علیها.

فالامر فی المقام (نظیر ما یستعمله بعض الناس فی التخلص من المخاصمة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۰

بعد ذلک فی الّذی یراد بیعه لعارض من العوارض بایقاع العقد علی شیء معین معلوم لا نزاع فیه، و جعل ذلک من التوابع و اللواحق لما عقد علیه البیع.

فلا یقدح حصوله و عدم حصوله کما او فی إلیه فی ضمیمة الآبق، و ضمیمة الثمر علی الشجر، و ضمیمة ما فی الضروع، و ما فی الآجام،

المحتملة (بعد ذلک) ای بعد العقد (فی الّذی یراد بیعه) «فی» متعلق ب «یستعمله» (لعارض من العوارض) «لعارض» متعلق ب «المخاصمة».

ای لاجل التجنب من المخاصمة المحتملة التی تحصل لعارض من العوارض (بایقاع العقد) متعلق ب «التخلص» (علی شیء معین معلوم لا نزاع فیه، و جعل ذلک) المحتمل التخاصم فیه (من التوابع و اللواحق لما عقد علیه البیع) «لما» متعلق ب «اللواحق».

(فلا یقدح حصوله) ای ذلک الشیء المقصود اصالة (و عدم حصوله) لا یقدح بعد ان جعل تابعا (کما اومی إلیه) الی التخلص عن المشکلة بجعل الشیء المقصود تابعا (فی ضمیمة الآبق) لشیء آخر و حسب البیع علی ذلک الشیء الآخر، مع ان الآبق هو المقصود بالبیع (و ضمیمة الثمر علی الشجر) لشیء آخر حیث ان مقدار الثمن لیس معلوما، فلا یصح بیعه الا منضما الی شیء آخر (و ضمیمة ما فی الضروع) من اللبن (و ما فی الآجام) من السمک الی شیء آخر لیصح بیع لبن الضرع، و سمک الآجام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۱

انتهی.

و لا یخفی انه لم یوجد عبارة من عبائرهم تقبل هذا الحمل الا ان یرید بالتابع: جعل المجهول شرطا و المعلوم مشروطا.

فیرید ما تقدم عن القواعد و التذکرة و لا اظن إرادة ذلک من کلامه بقرینة استشهاده باخبار الضمیمة فی الموارد المتفرقة،

و الحاصل ان التخلص من مشکلة عدم صحة البیع لاجل جهل المبیع یحصل بجعل المجهول تابعا.

کما ان التخلص من مشکلة عدم حصول العبد الآبق الموجب للتخاصم یحصل بجعل العبد ضمیمة- و فی کلا الامرین المقصود الاصل التابع و الضمیمة-.

و انما جعل الشارع هذین الطریقین، لاجل الخلاص من الاشکال الوارد لو حسب العقد علی المجهول و علی الآبق ابتداءً (انتهی) کلام الجواهر.

(و لا یخفی انه لم یوجد عبارة من عبائرهم تقبل هذا الحمل) بان یراد بالتابع: التابع فی الجعل و البناء، لا التابع عرفا او فرضا (الا ان یرید) الجواهر (بالتابع: جعل المجهول شرطا) لا جزءا (و المعلوم مشروطا) فعبائرهم تحتمل هذا المعنی للتابع.

(فیرید ما تقدم عن القواعد و التذکرة و لا اظن إرادة ذلک) المعنی ای الشرط (من کلامه) ای کلام الجواهر (بقرینة استشهاده) ای الجواهر (باخبار الضمیمة فی الموارد المتفرقة) الحمل و اللبن و الملک فانها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۲

و الاوفق بالقواعد ان یقال: اما الشرط و الجزء فلا فرق بینهما من حیث لزوم الغرر بالجهالة.

و اما قصد المتبایعین بحسب الشخص

اجزاء و لیست شروطا.

(و الاوفق بالقواعد) فی باب الضمیمة المجهولة کالسمک القلیل فی صورة بیع القصب و السمک (ان یقال: اما الشرط و الجزء فلا فرق بینهما من حیث لزوم الغرر ب) سبب (الجهالة).

فلا فرق بین ان یقول: بعتک هذا القصب بشرط ان یکون السمک معه، او: بعتک هذا القصب و السمک، اذ کما یضر جهالة الجزء، کذلک یضر جهالة الشرط، لان کلیهما موجب للغرر، و قد نهی النبی صلی الله علیه و آله عن بیع الغرر.

الا ـ تری انه لو قال: بعتک هذا الکتاب و شیئا، او قال: بعتک هذا الکتاب بشرط اعطائک شیئا، کان کلاهما غررا فی نظر العرف و الواقع.

(و اما قصد المتبایعین بحسب الشخص) بان یکون قصدهما فی هذه المعاملة کون المجهول تابعا، و الحال انه لیس بتابع فی العرف مثلا یشتری البستان و یقصد ان القصر الموجود فی ضمنه الّذی تساوی قیمته قیمة البستان- مثلا- تابع له، فان هذا القصد بالتبعیة شخصی، اذ لیس النوع یقصد تبعیة مثل هذا القصر، بل یقصد الجزئیة و الضمیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۳

فالظاهر انه غیر مؤثر فی الغرر وجود او عدما.

لان الظاهر من حدیث الغرر من کلماتهم عدم مدخلیة قصد المتبایعین فی الموارد الشخصیة بل و کذلک قصدهما بحسب النوع علی الوجه الّذی ذکره فی المختلف من کون قیمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول.

(فالظاهر انه) ای القصد الشخصی (غیر مؤثر فی الغرر وجودا و عدما).

فوجود هذا القصد لا یرفع الغرر، و عدم هذا القصد لا یوجب الغرر بل الغرر موجود سواء قصد التبعیة، أم لا.

(لان الظاهر من حدیث الغرر من کلماتهم) ای الظاهر من کلماتهم التی استفادوها من حدیث الغرر (عدم مدخلیة قصد المتبایعین فی الموارد الشخصیة) بل الغرر امر واقعی یحصل اذا تم سببه، سواء کان قصد المتبایعین الجزئیة للشیء المجهول، او الشرطیة (بل و کذلک) لا مدخلیة للغرر وجود او لا عدما (قصدهما) ای المتبایعین (بحسب النوع علی الوجه الّذی ذکره فی المختلف من کون قیمة المعلوم) کالبستان (تقارب الثمن المدفوع له) ای للمعلوم (و للمجهول).

کما لو دفع مائة و کان کل واحد من البستان و القصر التابع له، یساوی تسعین دینارا.

فان القصد عرفا ان کان القصر تابعا للبستان، لا یوجب ان لا یکون الامر غررا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۴

و اما التابع العرفی فالمجهول منه و ان خرج عن الغرر عرفا الا ان المجعول منه جزءا، داخل ظاهرا فی معقد الاجماع علی اشتراط العلم بالمبیع المتوقف علی العلم بالمجموع.

نعم لو کان الشرط تابعا عرفیا، خرج عن بیع الغرر.

و عن معقد الاجماع علی اشتراط کون المبیع معلوما فیقتصر علیه

و اما قوله «علی الوجه» فذلک لاجل اخراج التابع العرفی الّذی لا یرتبط بالقصد.

(و اما التابع العرفی) الّذی لا یندرج فی المبیع عرفا لکنه تابع عرفا فی مقابل ما سیأتی مما یندرج عرفا- (فالمجهول منه) ای من هذا التابع (و ان خرج عن الغرر عرفا، الا ان المجعول منه) ای من هذا التابع (جزءا) بان اعطی الثمن فی مقابل المبیع الّذی هو عبارة عن التابع و المتبوع (داخل ظاهرا فی معقد الاجماع علی اشتراط العلم بالمبیع المتوقف) ذلک العلم بالمبیع (علی العلم بالمجموع) من التابع و المتبوع

(نعم لو کان الشرط تابعا) بان شرط التابع، و لم یجعل التابع جزءا (عرفیا، خرج عن بیع الغرر) لما تقدّم انه فی الجزء لیس بغرر فکیف فی الشرط.

(و عن معقد الاجماع علی اشتراط کون المبیع معلوما) اذ لا اجماع علی لزوم کون الشرط- أیضا- معلوما.

و انما الاجماع علی معلومیة المبیع و المبیع لا یشمل الجزء (فیقتصر) فی عدم لزوم معرفة التابع (علیه) ای علی ما اذا کان شرطا، و لم یکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۵

هذا کله فی التابع من حیث جعل المتبایعین.

و اما التابع للمبیع الّذی یندرج فی المبیع، و ان لم ینضم إلیه حین العقد و لم یخطر ببال المتبایعین.

فالظاهر عدم الخلاف، و الاشکال فی عدم اعتبار العلم به الا اذا استلزم غررا فی نفس المبیع.

یوجب الغرر.

فتحصل ان الاقسام ثلاثة:

الاول- الجزء و الشرط الموجب جهلهما الغرر و هذا یلزم العلم بهما

الثانی:- الجزء الّذی لا یوجب جهله الغرر، و هذا أیضا یلزم العلم به لاطلاق الاجماع الدال علی لزوم معلومیة المبیع.

الثالث: الشرط الّذی لا- یوجب جهله الغرر، و هذا لا- یلزم العلم به لانه لیس بغرر، و لا جزء من المبیع، حتی یمنع عنه دلیل الغرر او دلیل لزوم العلم باجزاء المبیع.

(هذا کله فی التابع من حیث جعل المتبایعین) بان جعله المتبایعان تابعا.

(و اما التابع للمبیع الّذی یندرج) بنفسه (فی المبیع، و ان لم ینضم إلیه حین العقد) ذلک التابع بل (و لم یخطر ببال المتبایعین) کالبیضة فی بطن الدجاجة و اللبن فی ضرع الشاة.

(فالظاهر عدم الخلاف، و) عدم (الاشکال فی عدم اعتبار العلم به) ای بذلک التابع (الا اذا استلزم) عدم العلم بالتابع (غررا فی نفس المبیع)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۶

اذ الکلام فی مسألة الضمیمة من حیث الغرر الحاصل فی المجموع، لا الساری من المجهول الی المعلوم فافهم.

کما اذا کان الطیر یوزن عند البیع، فعدم العلم بالبیض یوجب ان لا یعلم ان هذا الطیر الّذی وزنه ربع، الآن هل هو ربع فی الواقع لصغر البیضة التی فی بطنها، او انه ربع الّا شیء معتد به لکبر البیضة التی فی بطنها.

و انما قیدنا الغرر بکونه «فی نفس المبیع» (اذ الکلام فی مسألة الضمیمة من حیث الغرر الحاصل فی المجموع) فلا یعلم کم لحم الطیر، کما لا یعلم کم وزن البیضة (لا) الغرر (الساری من المجهول الی المعلوم)

فانه ربما یکون غرریا بذاته.

و ربما یکون غرریا لانه منضم الی شیء، ذلک الشیء غرری، کما لو ضم کیلوا من السکر الی شیء فی العلبة، فالسکر لیس غرریا بذاته، و انما سری إلیه الغرر بواسطة جهالة ما فی العلبة (فافهم) حیث انه لا فرق فی ایجاب الغرر البطلان، بین ان یکون الغرر فی ذات الشیء او ان یکون ساریا من شیء آخر الی المبیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۷

مسئلة یجوز ان یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیادة و النقیصة، علی المشهور،

بل لا خلاف فیه فی الجملة، بل عن فخر الاسلام التصریح بدعوی الاجماع.

قال فیما حکی عنه: نص الاصحاب علی انه یجوز الاندار للظروف، بما یحتمل الزیادة و النقیصة، فقد استثنی من المبیع امر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبیع، الا فی هذه الصورة، فانه لا یبطل اجماعا انتهی.

(مسألة: یجوز ان یندر) ای یستثنی (لظرف ما یوزن مع ظرفه) کالدهن الّذی یوزن مع القربة الّذی هو فیها (مقدار) نائب فاعل «یندر» (یحتمل الزیادة و النقیصة) مثلا: یوزن الدهن مع القربة عشر کیلوات، ثم یستثنی للقربة مقدار کیلو فی حین انه یحتمل ان تکون القربة اکثر من کیلو او اقل منه (علی المشهور، بل لا خلاف فیه فی الجملة، بل عن فخر الاسلام التصریح بدعوی الاجماع) علی ذلک.

(قال فیما حکی عنه: نص الاصحاب علی انه یجوز الاندار للظروف بما یحتمل الزیادة و النقیصة، فقد استثنی من المبیع امر مجهول) و هو الظرف المجهول المقدار (و استثناء المجهول مبطل للبیع).

فلو قال: بعتک هذا الکیلو إلا شیئا منه بطل، لانه یوجب الجهل بمقدار المبیع (الا فی هذه الصورة) صورة الاندار (فانه لا یبطل اجماعا انتهی) کلام فخر الاسلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۸

و الظاهر: ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبیع، و لو من اوّل الامر، بل الاستثناء الحقیقی من المبیع یرجع الی هذا أیضا.

ثم ان الاقوال فی تفصیل المسألة ستة الاول: جواز الاندار بشرطین کون المندر متعارف الاندار عند التجار و عدم العلم بزیادة ما یندره و هو للنهایة، و الوسیلة و عن غیرهما.

(و الظاهر: ان اطلاق الاستثناء) علی الاندار و الحال انه خارج من اوّل الامر، لا انه داخل أولا ثم یخرج (باعتبار خروجه) ای الظرف (عن المبیع، و لو) خروجا (من اوّل الامر) لا خروجا بعد الدخول (بل الاستثناء الحقیقی من المبیع یرجع الی هذا) المعنی- و هو الخروج من اوّل الامر- (أیضا) فلیس هناک شیء یدخل فی المبیع ثم یخرج منه، فلیس الاستثناء هنا لفظ مجازی.

(ثم ان الاقوال فی تفصیل المسألة) ای مسألة الاندار (ستة).

القول (الاول: جواز الاندار بشرطین).

الاول: (کون المندر متعارف الاندار عند التجار) کقربة الدهن و العسل.

(و) الثانی: (عدم العلم بزیادة ما یندره) کان یجعل القربة کیلوا و الحال انه یعلم انها نصف کیلو.

اما العکس بان یندر اقل و الحال انه یعلم انها کیلوا و نصفا، فلا بأس به (و) هذا القول (هو للنهایة، و الوسیلة و) حکی (عن غیرهما) أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۷۹

الثانی: عطف النقیصـة علی الزیادة فی اعتبار عدم العلم بها، و هو للتحریر، الثالث: اعتبار العادة مطلقا، و لو علم الزیادة او النقیصة و مع عدم العادة فی ما یحتملهما و هو لظاهر اللمعة، و صریح الروضة، الرابع:

التفصـیل بین ما یحتمل الزیادة و النقیصـة فیجوز مطلقا، و ما علم الزیادة فالجواز بشـرط التراضـی، الخامس: عطف العلم بالنقیصة علی الزیادة

القول (الثانی: عطف النقیصـة علی الزیادة فی اعتبار عدم العلم بها) فانه لا یصح اسـتثناء كیلو للقربة اذا علم انها نصف كیلو، او اذا علم انها كیلوا و نصفا (و هو للتحریر) للعلامة.

القول (الثالث: اعتبار العادة مطلقا) فكل مقـدار اعتاد العرف علی اسـتثنائه للقربـة صـح اسـتثنائه (و لو علم الزیادة او النقیصـة) فاذا كان المعتـاد اسـتثناء كیلو للقربـة جـاز، و ان علم ان القربـة كیلو و نصف، او نصف كیلو مثلا (و مع عـدم العادة) فی اسـتثناء مقـدار خاص للقربة یجوز الاستثناء (فی ما یحتملهما) ای یستثنی كیلوا، و ان احتمل ان القربة فی الواقع كیلو و نصف، او نصف كیلو و هذا القول (و هو لظاهر اللمعة، و صریح الروضة) للشهیدین الاول و الثانی.

القول (الرابع: التفصـیل بین ما یحتمل الزیادة و النقیصـة فیجوز مطلقا) سواء تراضـیا، أم لا (و ما علم الزیادة) كان یجعل القربـة كیلوا و الحال انه یعلم انها نصف كیلو (فالجواز بشرط التراضی) بین المتبایعین و نسب هذا الی المشهور بین الفقهاء.

القول (الخامس) هو الرابع مع (عطف العلم بالنقیصة علی الزیادة)

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۰

و هو للمحقق الثانی ناسبا له الی كل من لم یذكر النقیصة، السادس:

اناطة الحكم بالغرر.

ثم ان صـورة المسألـة: ان یوزن مظروف مع ظرفه فیعلم انه عشـرة ارطـال، فـاذا اریـد بیع المظروف فقـط- كمـا هو المفروض- و قلنـا: بكفایة العلم بوزن المجموع، و عدم اعتبار العلم بوزن المبیع منفردا- علی ما هو مفروض المسألة و معقد الاجماع المتقدم-.

بان قال: و ما علم الزیادة و النقیصة (و هو للمحقق الثانی ناسبا له الی كل من لم یذكر النقیصة) و كانه اكتفی باحد الطرفین من الآخر كقول الشاعر:

دعانی إلیها القلب انی لامره مجیب، فلا ادری ارشد طلابها

ای: أم غی.

القول (السادس: اناطة الحكم بالغرر) فان كان الاندار غررا لم یجز، و إلا جاز.

(ثم ان صورة المسألـة: ان یوزن مظروف مع ظرفه) كان یوزن الـدهن مع القربـة (فیعلم انه) ای المظروف و الظرف معا (عشـرة ارطال، فـاذا اریـد بیع المظروف فقط- كما هو المفروض-) لا بیع الظرف و المظروف معا (و قلنا: بكفایـة العلم بوزن المجموع، و عـدم اعتبار العلم بوزن المبیع منفردا- علی ما هو مفروض المسألـة و معقـد الاجماع المتقـدم-) و بكون ذلك اسـتثناء من لزوم العلم بكیل و وزن المكیل و الموزون.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۱

فتارة یباع المظروف المذكور جملة بكذا، و حینئذ فلا یحتاج الی الاندار، لان الثمن و المثمن معلومان بالفرض.

و اخری یبـاع علی وجه التسـعیر، بـان یقول: بعتكه كـل رطـل بـدرهم فیجیء مسألـة الانـدار، للحاجـة الی تعیین مـا یسـتحقه البائع من الدراهم.

و یمکن ان یحرر المسألة علی وجه آخر، و هو: انه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف، و قلنا: بعدم لزوم، العلم بوزن المظروف منفردا فاندار ای مقدار للظرف یجعل وزن المظروف فی حکم المعلوم.

(فتارة یباع المظروف المذکور جملة بکذا) بدون ان یعلم وزنه الحقیقی، و هل انه تسعة ارطال او ثمانیة- مثلا-؟ فیما شک فی ان القربة رطل او رطلان (و حینئذ) ای حین باع المظروف جملة (فلا یحتاج الی الاندار، لان الثمن و المثمن معلومان بالفرض) فالثمن: الدینار، و المثمن: المظروف جملة.

(و اخری یباع علی وجه التسعیر، بان یقول) بعد ان وزنهما فکان عشرة ارطال (بعتکه کل رطل بدرهم، فیجیء) هنا (مسألة الاندار، للحاجة الی تعیین ما یستحقه البائع من الدراهم) فانه ان کان ثمانیة ارطال استحق ثمانیة دراهم، و ان کان تسعة، استحق تسعة دراهم.

(و یمکن ان یحرر المسألة علی وجه آخر، و هو: انه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف) عشرة ارطال- مثلا- (و قلنا: بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفردا) للاجماع المتقدم، و غیره (فاندار ای مقدار للظرف) رطلا او رطلین (یجعل وزن المظروف فی حکم المعلوم) لان المظروف یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۲

و هل هو منوط بالمعتاد بین التجار و التراضی؟ او بغیر ذلک.

فالکلام فی تعیین المقدار المندر لاجل احراز شرط صحة بیع المظروف بعد قیام الاجماع علی عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدیر، او باخبار البائع.

و الی هذا الوجه ینظر بعض الاساطین، حیث اناط المقدار المندر بما لا یحصل معه غرر.

حینئذ ثمانیة او تسعة.

(و هل هو) ای المقدار الّذی یندره للظرف (منوط بالمعتاد بین التجار و التراضی) کما لو اعتادوا اندار رطل مثلا (او بغیر ذلک) کالذی تراضیا علیه، و ان کان مخالفا للمعتاد بین التجار.

(فالکلام) حینئذ- بعد الفراغ عن صحة الاندار فی الجملة- (فی تعیین المقدار المندر)- بصیغة المفعول- (لاجل احراز شرط صحة بیع المظروف، بعد قیام الاجماع علی عدم لزوم العلم بوزنه) ای وزن المظروف (بالتقدیر) بان یکال او یوزن، و «بالتقدیر» متعلق ب «وزنه» (او باخبار البائع) عطف علی «بالتقدیر» لما تقدم من ان اخبار البائع بالکیل و الوزن طریق الی التقدیر- الّذی یجب ان یکون بالنسبة الی المکیل و الموزون-

(و الی هذا الوجه) ای کون الوجه فی الاندار، احراز شرط صحة بیع المظروف- فی مقابل ان یکون الاندار لاجل تعیین الثمن- (ینظر بعض الاساطین، حیث اناط المقدار المندر)- بالفتح- (بما لا یحصل معه غرر).

فان هذا یلائم کون الاندار لاجل احراز شرط صحة بیع المظروف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۳

و اعترض علی ما فی القواعد، و مثلها من اعتبار التراضی فی جواز اندار ما یعلم زیادته بان التراضی لا یدفع غررا، و لا یصحح عقدا.

و تبعه فی ذلک بعض اتباعه، و یمکن ان یستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حیث فرع استثناء المجهول من المبیع علی جواز الاندار.

اذ لو لم یعلم المقدار، کان غررا- و هذا هو الوجه الثانی- اما الوجه الاول، و هو: کون الاندار لاجل تعیین الثمن، فلذلک لا یرتبط

بالغرر.

ثم ان المراد بما لا یحصل معه الغرر هو المقدار المتعارف انداره.

(و اعترض) هذا البعض (علی ما فی القواعد، و مثلها) من سائر الکتب (من اعتبار التراضی فی جواز اندار ما یعلم زیادته) «من» بیان «ما فی القواعد» (بان التراضی لا یدفع غررا، و لا یصحح عقدا) و إلا جاز عدم الکیل و الوزن مطلقا فی کل مکیل و موزون، بان یتراضی الطرفان بالمقدار المجهول فی ازاء ثمن معلوم.

فاللازم عدم الغرر فی المقدار المندر أیضا کما یلزم عدم الغرر فی کل مکیل و موزون.

(و تبعه) ای تبع بعض الاساطین (فی ذلک) ای کون وجه الاندار احراز شرط صحة بیع المظروف (بعض اتباعه، و یمکن ان یستظهر هذا الوجه) ای کون الاندار لاجل صحة بیع المظروف (من عبارة الفخر المتقدمة) فی اوّل المسألة (حیث فرع استثناء المجهول من المبیع) ای المجهول وزنه (علی جواز الاندار).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۴

اذ علی الوجه الاول یکون استثناء المجهول متفرعا علی جواز بیع المظروف بدون الظرف المجهول، لا علی جواز اندار مقدار معین.

اذ الاندار حینئذ لتعیین الثمن، فتأمل.

و کیف کان فهذا الوجه مخالف لظاهر کلمات الباقین، فان جماعة منهم- کما عرفت من الفاضلین و غیرهما- خصّوا اعتبار التراضی بصورة العلم بالمخالفة، فلو کان الاندار

(اذ علی الوجه الاول) و هو کون الاندار لاجل تعیین الثمن (یکون استثناء المجهول متفرعا علی جواز بیع المظروف بدون الظرف المجهول) قدره (لا) انه متفرع (علی جواز اندار مقدار معین).

(اذ الاندار حینئذ) ای حین کان لاجل تعیین الثمن (لتعیین الثمن) لا لاجل صحة بیع المظروف (فتأمل).

اذ لا فرق فی کون الاندار لاجل صحة بیع المظروف، او لاجل تعیین الثمن فی انه یتفرع علیه استثناء المجهول من المبیع.

فان الامر فی کلیهما مجهول، منتهی الامر قد یکون الجهل بالمثمن و قد یکون الجهل بالثمن، فالاستثناء صالح لان یتفرع علی ایّ منهما.

(و کیف کان) سواء استظهر هذا الوجه من کلام الفخر، أم لا (فهذا الوجه) ای کون الاندار لاجل صحة بیع المظروف (مخالف لظاهر کلمات الباقین، فان جماعة منهم- کما عرفت من الفاضلین) المحقق و العلامة (و غیرهما- خصّوا اعتبار التراضی) لمقدار الاندار (بصورة العلم بالمخالفة) و ان القدر المندر للقربة مخالف للقدر الواقعی لها (فلو کان الاندار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۵

لاحراز وزن المبیع و تصحیح العقد لکان معتبرا مطلقا.

اذ لا معنی لإیقاع العقد علی وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض.

لاحراز وزن المبیع و تصحیح العقد لکان) الاندار (معتبرا مطلقا) لا فی صورة العلم بالمخالفة فقط.

(اذ لا معنی لایقاع العقد علی وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض) فانه اذا کان الاندار لاجل تصحیح العقد لا یصح ان یقال: یعتبر التراضی فی صورة المخالفة فقط، بل اللازم الاحتیاج الی التراضی حتی فی صورة الجهل بالمخالفة.

فانه لا یصح عقد الا بالتراضی، لقوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ.

اما اذا کان الاندار لاجل تعیین ما یستحقه البائع من المشتری، صح تخصیص اعتبار التراضی بصورة العلم بالمخالفة.

اذ على هـذا العقـد، صـحيح قبل الانـدار، و لاجل ان العقـد صـحيح قبل الانـدار، وجب على المشترى ايفاء حق البائع بتمامه فى مقابل المثمن الّذى اخذه من البائع، و وجب على البائع عدم اخذ الزائد عما يستحقه من الثمن من المشترى.

و الانـدار انما يكون حينئـذ لاجل تعيين حق البائع، فاذا علم مخالفـۀ المنـدر لمقدّر الظرف، فلا بد من التراضـى، و اما اذا لم يعلم، فلا يلزم التراضى، لان العقد صحيح حسب الفرض.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٨۶

و قد صـرح المحقق، و الشـهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضـى مع العلم بالزيادۀ او النقيصۀ، بان الاندار من دون التراضـى تضييع لمال احدهما.

و لا يخفى: انه لو كان اعتبار الاندار قبل العقد، لتصـحيحه، لم يتحقق تضييع المال، لان الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف، سواء فرض زائدا او ناقصا.

و اشتغال ذمۀ المشترى بازيد مما يدفعه الى البائع غير معلوم، فيرجع الى اصالۀ البراءۀ.

و كذلك اشتغال ذمۀ البائع بازيد مما يدفعه الى المشترى.

(و قد صرح المحقق، و الشهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضى) بين البائع و المشترى (مع العلم بالزيادۀ او النقيصۀ) بين الظرف و القدر المندر (بان الاندار من دون التراضى تضييع لمال احدهما) و هو الّذى اعطى الازيد و اخذ الاقل.

(و لا يخفى: انه لو كان اعتبار الانـدار قبل العقـد، ل) اجل (تصـحيحه) اى تصـحيح العقد، و لم يكن اعتباره لاجل تعيين الثمن بعد ان كان العقـد صـحيحا (لم يتحقق تضـييع المال) فى صورۀ العلم بالمخالفـۀ بين القدر المندر، و بين الظرف (لان الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف، سواء فرض زائدا) عن الثمن (او ناقصا) عنه.

و هـذا بخلاف ما لو اريـد الوجه الاول و كان اعتبار الانـدار بعد العقد لتعيين الثمن، لان الثمن وقع حينئذ فى مقابل قدر خاص، فزيادۀ الثمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٨٧

هـذا مع انه اذا فرض كون اسـتقرار العادۀ على انـدار مقـدار معين يحتمل الزيادۀ و النقيصـۀ، فالتراضـى على الزائـد عليه او الناقص عنه يقينـا، لاـ يوجب غررا، بل يكون كاشتراط زيادۀ مقـدار على المقـدار المعلوم غير قادح فى صـحۀ البيع، مثلا: لو كان المجموع عشـرۀ ارطال، و كان المعتاد اسقاط رطل للظرف، فاذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلا، فكانه شرط للمشترى ان لا يحسب عليه رطلا.

عن ذلك القدر الخاص او نقصانه عنه، تضييع للمال الّذى اخذ الانقص، و اعطى الازيد- سواء كان بائعا او مشتريا-.

(هـذا) وجه لاجل ان المشـهور ارادوا بالاندار لاجل التسـعير، لا لاجل تصـحيح العقد (مع) انه هناك وجه آخر يدل على ذلك أيضا، ف (انه اذا فرض كون اسـتقرار العـادۀ على انـدار مقـدار معين يحتمـل الزيـادۀ) على المقـدار الواقعى (و النقيصـۀ) كانـدار رطل، بينما يحتمل ان يكون قدر الظرف واقعا نصف رطل او رطلين مثلا (فالتراضـى على الزائد عليه) اى على مقدار العادۀ (او الناقص عنه) زيادۀ او نقصا (يقينـا، لاـ يوجب غررا) فلاـ وجه لاناطـۀ الحكم بـالغرر، اذ لاـ غرر اصـلا (بـل يكون) التراضـى بالزائـد يقينا، او الناقص يقينا (كاشتراط زيادۀ مقـدار على المقـدار المعلوم) اما زيادۀ الثمن، او زيادۀ المثمن (غير قادح) خبر «يكون» (فى صـحۀ البيع، مثلا: لو كان المجموع) من الظرف و المظروف (عشـرۀ ارطـال و كـان المعتاد) بين الناس (اسـقاط رطل للظرف، فاذا تراضـيا على ان ينـدر للظرف رطلا، فكانه) اى البائع (شرط للمشترى ان لا يحسب عليه رطلا) لان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٢٨٨

و لو تراضیا علی اندار نصف رطل، فقد اشترط علی المشتری جعل ثمن تسعة ارطال و نصف ثمنا للتسعة.

فلا معنی للاعتراض علی من قال: باعتبار التراضی فی اندار ما علم زیادته او نقیصته، بان التراضی لا یدفع غررا، و لا یصحح عقدا.

و کیف کان فالظاهر هو الوجه الاول، فیکون دخول هذه المسألة فی فروع مسئلة تعیین العوضین من حیث تجویز بیع المظروف بدون

البائع اعطی المشتری تسعة ارطال من الدهن، و اخذ منه ثمن ثمانیة ارطال.

(و لو تراضیا علی اندار نصف رطل، فقد اشترط) البائع (علی المشتری جعل ثمن تسعة ارطال و نصف ثمنا للتسعة) لان المشتری اخذ تسعة ارطال فقط، و اعطی ثمن تسعة ارطال و نصف.

(فلا معنی للاعتراض علی من قال: باعتبار التراضی فی اندار ما علم زیادته او نقیصته، بان التراضی لا یدفع غررا، و لا یصحح عقدا) اذ لا غرر علی هذا فی البین، و لا وجه لعدم صحة العقد.

(و کیف کان) سواء قال المشهور، او لم یقل (فالظاهر) عندنا (هو الوجه الاول) و هو ان الاندار لاجل التسعیر، لا لاجل تصحیح العقد (فیکون دخول هذه المسألة) ای مسئلة الاندار (فی فروع مسئلة تعیین العوضین) حیث یلزم ان یکون المعوض معلوم المقدار لیعطی المشتری من الثمن بمقدار ذلک المعوض، فاذا کان المثمن تسعة ارطال اعطی تسعة دراهم لا اکثر و لا اقل، فیما اذا کان کل رطل بدرهم (من حیث تجویز بیع المظروف بدون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۸۹

ظرفه المجهول، کما عنون المسألة بذلک فی اللمعة، بل نسبه فی الحدائق إلیهم، لا من حیث اندار مقدار معین للظرف المجهول وقت العقد و التواطی علی ایقاع العقد علی الباقی بعد الاندار.

و ذکر المحقق الاردبیلی ره فی تفسیر عنوان المسألة ان المراد:

انه یجوز بیع الموزون بان یوزن مع ظرفه ثم یسقط من المجموع مقدار الظرف تخمینا، بحیث یحتمل کونه مقدار الظرف، لا ازید و لا انقص، بل و ان تفاوت لا یکون

ظرفه المجهول) قدر ذلک المظروف، فکانه استثناء عن لزوم تعیین المعوض (کما عنون المسألة بذلک) کون المعوض مجهولا (فی اللمعة بل نسبه فی الحدائق إلیهم، لا من حیث اندار مقدار معین للظرف المجهول وقت العقد) «وقت» ظرف «للمجهول» (و التواطی) عطف علی «اندار» (علی ایقاع العقد علی الباقی بعد الاندار) و قوله: لا من حیث، عبارة اخری عن: الوجه الثانی الّذی نفاه المصنف سابقا، و هو ان یکون الاندار لاجل صحة العقد، لا لاجل التسعیر بعد الصحة.

(و ذکر المحقق الاردبیلی ره فی تفسیر عنوان المسألة) ای مسئلة الاندار (ان المراد: انه یجوز بیع الموزون بان یوزن مع ظرفه ثم یسقط من المجموع) ای مجموع الظرف و المظروف- کعشرة ارطال مثلا- (مقدار الظرف تخمینا) کرطل- مثلا- (بحیث یحتمل کونه) ای المقدار الساقط (مقدار الظرف) «مقدار» خبر «کون» (لا ازید و لا انقص، بل و ان تفاوت) المقدار الواقعی عن المقدار الساقط (لا یکون) التفاوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۰

الا بشیء یسیر متساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقی مع الظرف الی البائع، انتهی.

فظاهره الوجه الاول الّذی ذکرنا.

حیث جوز البیع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الاندار لاجل تعیین الباقی الّذی یجب علیه دفع ثمنه.

و فی الحدائق- فی مقام الرد علی من الحق النقصیة بالزیادة فی اعتبار عدم العلم بها- قال: ان

(الا بشیء یسیر متساهل به عادة، ثم) بعد الاندار (دفع ثمن الباقی مع الظرف الی البائع، انتهی) کلام المقدس الاردبیلی.

(فظاهره الوجه الاول الّذی ذکرنا) و ارتضیناه نحن و هو کون الاندار لاجل التسعیر، لا الوجه الثانی الّذی هو کون الاندار لاجل صحة العقد.

(حیث جوز) المقدس (البیع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الاندار لاجل تعیین الباقی) و لاجل التسعیر، فالاندار لیس لتصحیح البیع، و انما لاجل التسعیر بعد صحة البیع (الّذی یجب علیه دفع ثمنه)

اذ لو لم یعلم المشتری مقدار المظروف لم یتمکن ان یدفع العوض الکامل بدون زیادة و لا نقیصة.

(و فی الحدائق-) أیضا ما یظهر منه ان الاندار لاجل التسعیر- کما ارتضیناه- لا لاجل صحة العقد، فانه (فی مقام الرد علی من الحق النقیصة بالزیادة، فی اعتبار عدم العلم بها-) ای کما لا یعتبر العلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۱

قال: ان الاندار حق للمشتری، لانه قد اشتری مثلا مائة منّ من السمن فی هذه الظروف فالواجب قیمة المائة المذکورة، و له اسقاط ما یقابل المظروف من هذا الوزن، انتهی.

و هذا الکلام و ان کان مؤیدا لما استقربناه فی تحریر المسألة، الا ان جعل الاندار حقا للمشتری، و التمثیل بما ذکره لا یخلو عن نظر، فان المشتری لم یشتر مائة منّ من السمن فی هذه الظروف لان التعبیر بهذا

بالزیادة کذلک لا- یعتبر العلم بالنقیصة (قال: ان الاندار حق للمشتری لانه قد اشتری مثلا مائة منّ من السمن فی هذه الظروف)- کالقرب المجهولة المقدار مثلا- (فالواجب) علیه، اعطاء (قیمة المائة المذکورة، و له) ای للمشتری (اسقاط ما یقابل المظروف من هذا الوزن) فالاندار لاجل حق المشتری حتی لا یعطی ازید من قیمة المتاع للبائع (انتهی) کلام الحدائق.

(و هذا الکلام و ان کان مؤیدا لما استقر بناه فی تحریر المسألة) من ان الاندار لاجل التسعیر بعد صحة العقد، لا لاجل صحة العقد، لانه اثبت الحق للمشتری، و الحق للمشتری لا یکون الا بعد صحة العقد، فالاندار یکون بعد صحة العقد، لا لاجل صحة العقد (الا ان جعل الاندار حقا للمشتری) فی کلام الحدائق (و التمثیل بما ذکره) «لانه قد اشتری مثلا ... الخ» (لا یخلو عن نظر).

(ف) وجه النظر (ان المشتری لم یشتر مائة منّ من السمن فی هذه الظروف)- کما قاله الحدائق- (لان التعبیر بهذا) ای ان المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۲

- مع العلم بعدم کون ما فی هذه الظروف مائة من- لغو، بل المبیع فی الحقیقة ما فی هذه الظروف التی هی مع المظروف مائة منّ.

فان باعه بثمن معین فلا حاجة الی الاندار، و لا حق للمشتری و ان اشتراه علی وجه التسعیر بقوله: کل منّ بکذا.

فالاندار انما یحتاج إلیه لتعیین ما یستحقه البائع علی المشتری من

اشتری مائة منّ (- مع العلم) من المشتری (بعدم کون ما فی هذه الظروف مائة من- لغو) ای کیف یشتری ما یعلم انه لیس بذلک القدر، کان یشتری ثلاثة تفاحات بعنوان کونها أربعة.

فکلام صاحب الحدائق تام لکن تمثیله غیر صحیح (بل المبیع فی الحقیقة) فی مثال الحدائق (ما فی هذه الظروف) من الدهن (التی هی) ای الظروف (مع المظروف مائة منّ) لان ما فی الظروف مائة منّ.

(فان باعه) ای باع البائع ما فی الظروف فقط- الّذی هو اقل من مائة منّ- (بثمن معین) کمائة دینار (فلا حاجة الی الاندار).

اذ الاندار ان کان لاجل تصحیح البیع، فالبیع مفروض الصحة فی کلام الحدائق.

و ان كان لاجل التسعير، فالمفروض ان المشترى لم يشتر كل منّ بكذا، بل اشترى المجموع بمائة درهم مثلا (و لا حق للمشترى) فى الاندار (و ان اشتراه على وجه التسعير بقوله: كل منّ بكذا) لا انه اشترى الجملة بكذا.

(فالاندار انما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشترى من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۳

الثمن.

فكيف يكون الواجب قيمة المائة، كما ذكره المحدث.

و قد علم مما ذكرنا ان الاندار- الّذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن- انما هو لتعيين حق البائع، و ليس حقا للمشترى.

و اما الاخبار فمنها: موثقة حنان قال سمعت معمّر الزيات، قال:

قلت لابى عبد اللّه عليه السلام: انا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان، لمكان

الثمن) «من» بيان «ما يستحقه».

(فكيف) يقول الحدائق: (يكون الواجب) على المشترى اعطاء (قيمة المائة، كما ذكره المحدث) البحرانى، فبين مطلب الحدائق و مثاله تهافت.

(و قد علم مما ذكرنا ان الاندار- الّذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج)- صفة الظرف- (عن المبيع) «عن» متعلق ب «الخارج» (بوزن-) متعلق ب «تخمين» (انما هو) اى الاندار (لتعيين حق البائع) حتى يعلم كم يطلب من المشترى من الثمن (و ليس) الاندار (حقا للمشترى) كما ذكره الحدائق.

(و اما الاخبار) الدالة على الاندار بالإضافة الى الاجماع المتقدم (فمنها: موثقة حنان قال سمعت معمر الزيات، قال: قلت لابى عبد اللّه عليه السلام: انا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب) البائع (لنا النقصان، لمكان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۴

الزقاق، فقال له: ان كان يزيد و ينقص، فلا بأس، و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه.

قيل: و ظاهره عدم اعتبار التراضى.

اقول: المفروض فى السؤال هو التراضى، لان الحاسب هو البائع او وكيله، و هما مختاران و المحسوب له هو المشترى.

و التحقيق

الزقاق) فهل ذلك جائزا، أم لا؟ (فقال له) عليه السلام (ان كان يزيد) تارة (و ينقص) اخرى، فالزقاقة التى اسقط لها رطل مثلا تارة تكون رطلا و نصفا و اخرى نصف رطل- مثلا- (فلا بأس) بهذا الاندار (و ان كان يزيد و لا ينقص) بان كان المندر يزيد على الواقع، فمثلا ينقص رطلا و الحال انه رطل و نصف مثلا (فلا تقربه) اى لا تقرب هذا الابتياع.

(قيل: و ظاهره) اى ظاهر هذا الحديث (عدم اعتبار التراضى) اى يجوز الاندار و ان لم يرض المشترى بذلك، لان الامام لم يقيد ذلك بالتراضى.

(اقول) ليس الامر كذلك بل (المفروض فى السؤال هو التراضى لان الحاسب هو البائع، او وكيله).

و من المعلوم ان الحاسب راض، لان الحساب و تقدير الكمية بيده فان شاء زاد و ان شاء نقص (و هما مختاران) فى قدر الحساب (و المحسوب له) اى لنفعه (هو المشترى) و المنتفع دائما راض.

(و التحقيق) انه لا اطلاق فى كلام الامام حول اعتبار التراضى و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۵

ان مورد السؤال صحة الاندار مع ابقاء الزقاق للمشترى بلا ثمن او بثمن مغاير للمظروف، او مع ردها الى البائع من دون وزن لها فان السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه، فلا اطلاق فيه يعم صورة عدم التراضى.

و يؤيده النهى

عدمه، اذ جهة الكلام امر آخر.

و قد تحقق فى الاصول ان الكلام لو كان منصبا الى ناحية خاصة، لم يكن له اطلاق من ناحية اخرى.

مثلا: لو قال سبحانه: فَكُلُوا مِمّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ، لم يكن له اطلاق من حيث جواز اكل محرمات الذبيحة و اكل موضع عضّ الكلب.

ف (ان مورد السؤال صحة الاندار مع ابقاء الزقاق للمشترى بلا ثمن) بان يقدر الثمن و الزق مائة حقة بمائة دينار، ثم يطرح للزقاق عشرا فيأخذ البائع تسعين دينارا فى مقابل الدهن و يبقى الزقاق للمشترى (او بثمن مغاير للمظروف) كان يكون عشر حقق الزقاق بدينار واحد (او مع ردها) اى الزقاق (الى البائع من دون وزن لها) بان لا توزن الزقاق، و انما يقدر لها عشر حقق- بالاندار- (فان السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه) اى على ايّ من الثلاثة «ابقاء الزقاق للمشترى بلا ثمن، او مع الثمن، أو ردها» (فلا اطلاق فيه) اى فى كلام الامام عليه السلام (يعمّ صورة عدم التراضى).

(و يؤيده) اى يؤيد كون الكلام فى صورة رضاية الطرفين (النهى)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۶

عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فان النهى عنه ليس ارتكابه بغير تراض فافهم.

فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضى، مثل رواية على بن ابى حمزة، قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك، نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، قال: اذا كان ذلك

الّذى نهاه الامام عليه السلام بقوله: و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه، (عن ارتكابه) اى ارتكاب الاندار (مع العلم بالزيادة) بان يعلم انه ليس ناقصا عن المقدار المندر قطعا، و انما يحتمل ان يكون ازيد، كما لو اندر عشر و احتمل ان يكون احد عشر- مثلا- (فان النهى عنه ليس ارتكابه) اى ارتكاب المنهى (بغير تراض) اذ هما راضيان، و انما ينهى الامام عن ذلك نهيا شرعيا، كما لو نهى عن القمار، فان ظاهر النهى انهما راضيان، و انما هنا نهى شرعى فى البين (فافهم) اذ النهى اعم عن التراضى و عدم التراضى، كما نهى عن الربا، مع ان معطى الربا دائما لا يرضى، و انما تلجئه الضرورة الى ذلك.

(فحينئذ) اى حين قلنا: ان الرواية السابقة لا اطلاق لها من حيث التراضى و عدمه (لا يعارضها ما دل على صحة ذلك) اى الاندار (مع التراضى، مثل رواية على بن ابى حمزة، قال: سمعت معمّر الزيات يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام، قال: جعلت فداك، نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، قال: اذا كان ذلك)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۷

عن تراض منكم، فلا بأس، فان الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضى فى ذلك، و عدم المانع منه شرعا، فيشبه التراضى، العلة التامة غير المتوقفة على شىء.

و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر، المحكى عن قرب الاسناد، عن اخيه موسى عليه السلام، عن الرجل يشترى المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق،

الطرح (عن تراض منکم، فلا بأس).

اما وجه توهم المعارضة بین تلک الروایة و هذه الروایة، ان تلک الروایة کان منطوقها الصحة، سواء رضی، أم لا، و هذه الروایة مفهومها عدم الصحة اذ لا رضی (فان الشرط فیه) و هو قوله علیه السلام: اذا کان ذلک عن تراض منکم، (مسوق لبیان کفایة التراضی فی ذلک) الاندار (و عدم المانع منه شرعا، فیشبه) هذا (التراضی، العلة التامة غیر المتوقفة علی شیء) آخر فاذا لم یکن رضی، فلا علة للصحة.

و لا یخفی ان قوله: فان الشرط، علة للمنفی، و هو المعارضة لا النفی ای «لا معارضة».

(و نحوه) ای نحو الخبر السابق (اشتراط التراضی فی خبر علی بن جعفر، المحکی عن قرب الاسناد، عن اخیه موسی علیه السلام، عن الرجل یشتری المتاع وزنا فی الناسیة و الجوالق) الناسیة- بالنون و الیاء-: الخابیة، یوضع فیها الحب لیحفظ فی مدة طویلة.

و سمی ناسیة: بعلاقة الضد، لانه بمعنی المنسیة، اذ ینسی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۸

فنقول: ادفع الناسیة رطلا او اکثر من ذلک یحل ذلک البیع؟

قال اذا لم یعلم وزن الناسیة و الجوالق، فلا بأس، اذا تراضیا.

ثم ان قوله علیه السلام: ان کان یزید و ینقص، فی الروایة الاولی یحتمل ان یراد به الزیادة و النقیصة فی هذا المقدار المندر فی شخص المعاملة، بمعنی زیادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق، او نقصانه عنه، او بمعنی انه یزید فی بعض الزقاق، و ینقص فی بعض آخر و ان یراد

ما فیه لطول المدة التی یلهی فی تلک المدة عن الحب الّذی فیها.

و قرء الباسنة- بالباء و النون- و هو نوع من الجوالق.

و الجوالق عبارة عن الخرجین معرب جوال (فنقول: ادفع الناسیة رطلا او اکثر من ذلک یحل ذلک البیع) «یحل» استفهام ای هل یحل هکذا بیع.

(قال اذا لم یعلم وزن الناسیة و الجوالق، فلا بأس، اذا تراضیا) فانه لا یعارض الحدیث السابق الّذی ادعی الاطلاق فیه.

(ثم ان قوله علیه السلام: ان کان یزید و ینقص، فی الروایة الاولی) و هی موثقة حسان (یحتمل ان یراد به الزیادة و النقیصة فی هذا المقدار المندر فی شخص) هذه (المعاملة، بمعنی زیادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق) بان اندر عشرة ارطال لعشرة ازقة، و قد کان ما اندره ازید من الزقاق، لان الزقاق احد عشر (او نقصانه) مجموع ما اندر (عنه) ای عن مجموع الزقاق (او بمعنی انه یزید فی بعض الزقاق، و ینقص فی بعض آخر) کما لو اندر لکل زق رطلا، و کان زق رطلا و نصفا، و زق نصف رطل (و ان یراد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۲۹۹

به الزیادة و النقیصة فی نوع المقدار المندر فی نوع هذه المعاملة، بحیث قد یتفق فی بعض المعاملات الزیادة، و فی بعض اخری النقیصة.

و هذا هو الّذی فهمه فی النهایة حیث اعتبر ان یکون ما یندر للظروف مما یزید تارة و ینقص اخری، و نحوه فی الوسیلة.

و یشهد للاحتمال الاوّل رجوع ضمیر یزید و ینقص الی مجموع النقصان المحسوب لمکان الزقاق.

به الزیادة و النقیصة فی نوع المقدار المندر فی نوع هذه المعاملة) لا شخص المقدار المندر فی شخص هذه المعاملة (بحیث قد یتفق

فی بعض المعاملات الزیادهٔ، و فی بعض اخری النقیصهٔ).

مثلا: بیع مائهٔ رطل فی عشرهٔ ازقهٔ، و اندار عشرهٔ ارطال للزقاق، قد یتفق زیادهٔ الزقاق علی عشرهٔ ارطال و قد یتفق نقصها عن عشرهٔ ارطال.

(و هذا) المعنی، و هو النوع، (هو الّذی فهمه فی النهایهٔ حیث اعتبر ان یکون ما یندر للظروف مما یزید تارهٔ و ینقص اخری، و نحوه فی الوسیلهٔ) لابن حمزهٔ.

(و یشهد للاحتمال الاول) ای زیادهٔ مجموع ما اندر لمجموع الزقاق و نقصانه عنه (رجوع ضمیر یزید و ینقص الی مجموع النقصان المحسوب لمکان الزقاق) مع کون مورد الزیادهٔ عین مورد النقصان شخصا لا نوعا.

فان السائل قال: فیحسب لنا النقصان لمکان الزقاق، فقال الامام "ع "ان کان یزید و ینقص فلا بأس فقد ارجع الضمیر فی «یزید و ینقص» الی «النقصان».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۰

و للثانی عطف النقیصهٔ علی الزیادهٔ بالواو الظاهر فی اجتماع نفس المتعاطفین، لا احتمالهما.

و للثالث ما ورد فی بعض الروایات: من انه ربما یشتری الطعام من اهل السفینهٔ، ثم یکیله فیزید، قال علیه السلام: و ربما نقص، قلت: و ربما نقص،

و من المعلوم: ان النقصان للمجموع، لا لبعض الزقاق.

(و) یشهد (للثانی) ای یزید فی بعض الزقاق و ینقص فی بعض آخر (عطف النقیصهٔ) فی کلام الامام علیه السلام (علی الزیادهٔ بالواو الظاهر فی اجتماع نفس المتعاطفین) ای الزیادهٔ و النقصان، ای انهما مجتمعان فی محل واحد.

و من المعلوم: ان الاجتماع لا یکون الا بان یکون بعض الزقاق زائدا علی القدر المندر، و بعض الزقاق ناقصا عن المقدار المندر.

مثلا: اندر لکل زق رطلا فکان زق رطلا و نصفا، و زق آخر نصف رطل (لا احتمالهما) اذ ظاهر الواو الجمع، لا احتمال هذا او ذاک.

فاذا قال: جاء زید و عمرو، کان الظاهر مجیئهما معا، لا مجیء زید او عمرو.

(و) یشهد (للثالث) ای یزید تارهٔ فی نوع المعاملهٔ و ینقص تارهٔ فی نوع المعاملهٔ.

مثلا: اذا طرح عشرهٔ ارطال لعشرهٔ ازقهٔ، فقد یزید الارطال فی معاملهٔ، و قد ینقص الارطال فی معاملهٔ اخری (ما ورد فی بعض الروایات من انه ربما یشتری الطعام من اهل السفینهٔ، ثم یکیله فیزید، قال علیه السلام: و ربما نقص، قلت: و ربما نقص،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۱

قال علیه السلام: فاذا نقص ردوا علیکم، قلت لا، قال علیه السلام: لا بأس.

فیکون معنی الروایهٔ انه اذا کان الّذی یحسب لکم زائدا مرهٔ و ناقصا اخری، فلا بأس بما یحسب و ان بلغ ما بلغ، و ان زاد دائما.

فلا یجوز الا بهبهٔ، او ابراء من الثمن،

قال علیه السلام: فاذا نقص ردوا علیکم) ای هل ان اهل السفینهٔ یردون النقص علیکم (قلت لا، قال علیه السلام:) اذا (لا بأس).

فان ظاهر هذه الروایهٔ الزیادهٔ فی معاملهٔ، و النقیصهٔ فی معاملهٔ اخری، لا فی معاملهٔ واحدهٔ.

و حیث ان مساق الروایات واحد لزم حمل سائر الروایات- و منها الروایهٔ الاولی- علی هذا المعنی أیضا.

(فیکون معنی الروایهٔ) الاولی التی نحن بصدد تفسیرها (انه اذا کان الّذی یحسب) البائع (لکم) من القدر المندر (زائدا مرهٔ) فی معاملهٔ (و ناقصا) مرهٔ (اخری، فلا بأس بما یحسب) البائع من اندار عشرهٔ ارطال مثلا، فی مائهٔ رطل من الدهن (و ان بلغ) الزائد و الناقص (ما

بلغ، و ان زاد دائما) بان اندر عشرة ارطال و الحال ان قدر الزقاق خمسة ارطال مثلا.

(فلا يجوز) الاندار (الا بهبة) من المشترى (او ابراء من الثمن) بان يبرأ المشترى البائع من الثمن الّذى اخذه زائدا على حقه.

و الهبة غير الابراء لان لكل واحد منهما، آثارا خاصة، فالهبة يمكن الرجوع فيها فى غير صورة لزوم الهبة، و الابراء لا يمكن الرجوع فيه، الى غيرها من الاحكام التى تختلف بسببها الهبة من الابراء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۲

او مع التراضى بناء على عدم توقف الشق الاوّل عليه.

و وقوع المحاسبة من السمسار

و هنا الهبة تكون فيما اذا كانت العين موجودة.

و الابراء اذا كانت العين تالفة (او مع التراضى) من الجانبين (بناء على عدم توقف الشق الأوّل عليه) اى على التراضى «بناء» قيد «للتراضى» اى ان الجواز مع التراضى متوقف على امرين:

الامر الاول: عدم توقف الشق الاول عليه، فان فى الرواية شقين الاول: يزيد و ينقص، و الثانى يزيد فقط.

و مقتضى المقابلة بينهما فى كلام الامام عليه السلام بالجواز فى الاول، و عدم الجواز فى الثانى: ان الاول صحيح بدون التراضى، و انما يحتاج الثانى الى التراضى.

و على هذا: فعدم جواز الاندار،- فيما زاد دائما- انما هو فيما اذا لم يكن تراض، اما اذا كان تراض، فيجوز الاندار، و ان زاد دائما- هذا فى صورة الزيادة دائما-.

اما صورة «يزيد و ينقص» كما هو الشق الاول، فلا يحتاج الى التراضى خلافا لصاحب الجواهر، كما تقدم عنه، حيث انه يرى لزوم التراضى، فى الشق الأول.

(و) الامر الثانى (وقوع المحاسبة من السمسار) حتى يكون الاندار بدون رضاية الطرفين، ثم يجىء التراضى بعد ذلك، فاذا كان الاندار ازيد دائما لم يجز، الا اذا رضى الطرفان، فان المحاسبة من السمسار غالبا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۳

بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت.

و كيف كان فالذى يقوى فى النظر، هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة، لاصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشترى من الثمن.

لكن العمل بالاصل، لا يوجب ذهاب حق احدهما عند انكشاف الحال.

(بمقتضى العادة) فى المبايعات (من غير اطلاع صاحب الزيت) فاذا زاد دائما، لم يجز، الا اذا تراضيا بعد ذلك.

(و كيف كان) الاحتمالات الثلاثة المتطرقة فى قوله عليه السلام «يزيد و ينقص» (فالذى يقوى فى النظر، هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة، لاصالة عدم زيادة المبيع عليه) اى على «ما يحتمل» فاذا اندرنا للظرف عشرة ارطال، كان الاصل: عدم زيادة الدهن على العشرة (و عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشترى من الثمن) هذا عطف بيان لقوله «لاصالة».

(لكن) لا يخفى ان (العمل بالاصل، لا يوجب ذهاب حق احدهما) البائع او المشترى (عند انكشاف الحال) بان كان الظرف ازيد من عشرة ارطال، او انقص.

فان فى صورة زيادة الظرف يأخذ المشترى بعض الثمن.

و فی صورة زيادة الدهن يأخذ البائع ثمن دهنه الزائد.

فان الأصل اصيل، حيث لا دليل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۴

و اما مع العلم بالزيادة او النقيصة، فان كانت هناك عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها.

و لعله مراد من لم يقيد بالعلم.

و مع الجهل بها او عدمها، فلا يجوز الا مع التراضی، لسقوط

كما ان اصل الطهارة لا يوجب سقوط حكم النجاسة اذا انكشف الحال بان الشیء نجس، هذا كله مع الجهل بالزيادة و النقيصة.

(و اما مع العلم بالزيادة او النقيصة، فان كانت هناك عادة تقتضيه) ای تقتضی هذا المقدار من الاندار، كما لو اعتادوا اندار عشرة امنان لمائة منّ من الدهن (كان العقد واقعا عليها) ای علی تلك العادة (مع علم المتبايعين بها) ای بتلك العادة، فانه يقع العقد علی هذا الدهن الموجود، سواء كان ازيد من تسعين منا او اقل منه.

و المفروض ان كليهما عالم بالامر فلا وجه للبطلان.

(و لعله) ای لعل صورة العلم بالزيادة او النقيصة فيما اذا كانت هناك عادة متبعة (مراد من لم يقيد) العادة (بالعلم).

يعنی ان من قال: ان كانت هناك عادة، فلا بأس بالزيادة او النقيصة، اراد صورة ما اذا علما بتلك العادة، لانه لو لم يعلما بتلك العادة لا يصح، الا مع التراضی- كما سيجیء-.

(و مع الجهل بها) ای بالعادة، بان جهلا ان هناك عادة، و ان كانت عادة واقعا (او عدمها) ای عدم العادة اصلا (فلا يجوز) التعامل (الا مع التراضی، لسقوط) «اللام» متعلق ب «التراضی» ای يرضيان بان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۵

حق من له الحق سواء تواطيا علی ذلك فی متن العقد بان قال: بعتك ما فی هذه الظروف كل رطل بدرهم، علی ان يسقط لكل ظرف كذا، فهو هبة له، او تراضيا عليه بعده باسقاط من الذمة، او هبة للعين.

هذا كله

يسقط (حق من له الحق).

سقوط حق البائع، فيما اذا كان الدهن اكثر، و حق المشتری اذا كان الدهن اقل (سواء تواطيا علی ذلك) ای علی سقوط حق من له الحق (فی متن العقد بان قال: بعتك ما فی هذه الظروف كل رطل بدرهم، علی ان يسقط لكل ظرف كذا) عشر رطل- مثلا- فهو بمنزلة قولك: علی ان تزيدنی علی كل عشرة رطلا (فهو هبة له، او تراضيا عليه) ای علی سقوط حق من له الحق (بعده) ای بعد العقد (باسقاط من الذمة) فيما اذا كان الدهن اقل، فان المشتری الّذی اعطی ثمن تسعين رطلا و الحال انه قبض خمسة و ثمانين رطلا- مثلا-، يطلب من البائع ثمن خمسة ارطال، فيسقطه عن ذمة البائع (او هبة للعين) فيما اذا كان الدهن اكثر، فان البائع اعطی خمسة و تسعين رطلا، و اخذ ثمن تسعين فقط، فانه يهب للمشتری الخمسة الاخر، هذا.

و يحتمل ان يراد بالعبارة انه لو كان الدهن الزائد او الثمن الزائد موجودا، و هبة صاحبه للطرف الآخر، و لو كانا متلفين أبرأ صاحبه ذمة الآخر عن الشیء المتلف.

(هذا كله) ثلاثة احكام لثلاثة صور:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۶

مع قطع النظر عن النصوص.

و اما مع ملاحظتها فالمعول علیه روایة حنان المتقدمة الظاهرة فی اعتبار الاعتیاد من حیث ظهورها فی کون حساب المقدار الخاص متعارفا.

و اعتبار عدم العلم بزیادة المحسوب عن الظروف بما لا یتسامح به

---

(۱) عدم العلم بالزیادة او النقیصة.

(۲) العلم بالزیادة او النقیصة و وجود العادة و علم المتبایعین بالعادة.

(۳) الصورة الثانیة و لکن مع عدم العادة او الجهل بالعادة، و قد عرفت احکام کل صورة (مع قطع النظر عن النصوص) اذ ما ذکرنا من احکام الصور الثلاثة، انما هی بمقتضی الاصول الاولیة، و الادلة العامة.

(و اما مع ملاحظتها) و ان فی المقام نصوصا خاصة (فالمعول علیه روایة حنان المتقدمة الظاهرة فی) صحة الاندار، ب (اعتبار الاعتیاد) بان تکون هناک عادة عند الناس فی الاندار المذکور لدی بیع المظروف فی ظرفه (من حیث ظهورها) ای ظهور الروایة (فی کون حساب المقدار الخاص) للظرف (متعارفا).

و انما عول علی هذه الروایة فقط، للمناقشة فی سند سائر الروایات.

(و اعتبار عدم العلم بزیادة المحسوب) کالعشرة التی یسقطها لاجل الظرف- فی المثال السابق- (عن الظروف) بان لا یعلم ان الظروف خمسة مثلا (بما لا یتسامح به) کخمسة.

اما اذا علم ان المحسوب اکثر من الظرف بقدر عشر رطل مثلا،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۷

فی بیع کل مظروف بحسب حاله.

و کان الشیخ ره فی النهایة فهم ذلک من الروایة فعبر بمضمونها، کما هو دابه فی ذلک الکتاب.

و حیث ان ظاهر الروایة جواز الاندار واقعا، بمعنی عدم وقوعه

فذلک غیر مهم، لانه یتسامح بمثله عرفا (فی بیع کل مظروف بحسب حاله)

فان التسامح العرفی یختلف فی الاشیاء المختلفة.

مثلا فی الدهن یتسامح بمثل: مثقال.

اما فی الذهب، فلا یتسامح حتی بقیراط، و هکذا.

ثم لا یخفی: ان ما ذکره المصنف فی مفاد الروایة مخالف لما ذکره من مقتضی القاعدة بوجهین.

الاول: ان مفاد الروایة اعتبار الاعتیاد و الجهل بالزیادة و النقیصة و مقتضی القاعدة کفایة احدهما فی صحة الاندار.

الثانی: عدم الجواز مع العلم بالزیادة مع وجود العادة المعلومة بل لا بدّ من رضی جدید، غیر الرضا المعاملی، بکونه له، و اما بحسب القاعدة فیجوز کما تقدم.

(و کان الشیخ ره فی النهایة فهم ذلک من الروایة) ای الّذی ذکرناه فی معنی روایة حنان (فعبر بمضمونها) ای مضمون الروایة (کما هو) ای التعبیر بمضمون الروایات (دابه فی ذلک الکتاب) ای النهایة.

(و حیث ان ظاهر الروایة) روایة حنان (جواز الاندار) جوازا (واقعا بمعنی عدم وقوعه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۸

مراعی بانکشاف الزیادة و النقیصة علمنا بها کذلک.

فیکون مرجع النهی عن ارتکاب ما علم بزیادته، نظیر ما ورد من النهی عن الشراء بالموازین الزائدة عما یتسامح به.

فان ذلک یحتاج الی هبة جدیدة

مراعی بانکشاف الزیادة و النقیصة) حتی اذا انکشف خلاف القدر المندر یکون الاندار باطلا (علمنا بها) ای بالروایة (کذلک) ای بنحو ان الاندار یکفی واقعا، سواء انکشف الخلاف، أم لا.

(فیکون مرجع النهی عن ارتکاب) الاندار فی (ما علم بزیادته) کما لو علمنا ان الظرف خمسة، فاندرنا له عشرة- مثلا- انما هو (نظیر ما ورد من النهی عن الشراء بالموازین الزائدة عما یتسامح به) «عما» متعلق «بالزائدة» و «به» متعلق ب «یتسامح».

و المراد بالموازین الزائدة التی یکون الحجر فیها ازید من حق المشتری.

مثلا: حق المشتری «حقة» لکن المیزان یعطیه حقة و نصفا.

و قوله «نظیر» خبر «یکون المرجع» ای کما انه لو کان المیزان زائدا فاعطی البائع ازید من حق المشتری، احتاج الامر الی هبة جدیدة من البائع بالنسبة الی المقدار الزائد، کذلک اذا علمنا بان الظرف خمسة فاندر البائع له عشرة، بان اعطی المشتری ازید من حقة، احتاج الی هبة جدیدة بالنسبة الی الزائد.

(فان ذلک) الزائد (یحتاج الی هبة جدیدة) للمقدار الزائد عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۰۹

و لا یکفی اقباضها من حیث کونها حقا للمشتری هذا کله.

مع تعارف اندار ذلک المقدار، و عدم العلم بالزیادة.

و اما مع عدم القیدین فمع الشک فی الزیادة و النقیصة و عدم العادة یجوز الاندار، لکن مراعی بعدم انکشاف احد الامرین.

و معها یجوز

حق المشتری (و لا یکفی اقباضها) ای اقباض الزیادة (من حیث کونها) ای الزیادة (حقا للمشتری) «من» متعلق «باقباضها».

و انما لا یکفی، لانه ازید من حق المشتری، فلم یکن مالا للمشتری بالمعاملة السابقة، و علیه یحتاج الی هبة جدیدة لیصیر ماله بالهبة (هذا کله) تمام الکلام.

(مع تعارف اندار ذلک المقدار) کاندار عشرة للظرف، و الحال انه خمسة واقعا (و عدم العلم بالزیادة) ای بزیادة القدر المندر عن القدر الواقعی للظرف.

(و اما مع عدم القیدین) التعارف و عدم العلم، بان کان تعارف و علم، او کان عدم علم و عدم تعارف، فلیس مدلولا للروایة.

و لذا یجب ان نتبع القاعدة فی صورة عدم القیدین (فمع الشک فی الزیادة و النقیصة و عدم العادة) بان لم تکن عادة باندار عشرة و شککنا هل ان العشرة ازید من القدر الواقعی للظرف، أم لا؟ (یجوز الاندار، لکن مراعی بعدم انکشاف احد الامرین) الزیادة او النقیصة.

(و معها) ای مع وجود العادة و العلم بالزیادة و النقیصة (یجوز)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۰

بناء علی انصراف العقد إلیها، لکن فیه تامل، لو لم یبلغ حدا یکون کالشرط فی ضمن العقد، لان هذا لیس من افراد المطلق حتی ینصرف- بکون العادة صارفة- له

الانـدار کـذلک، کما لو کانت عادة بانـدار عشـرة لکن علمنا ان الوزن الواقعی للظرف خمسة او خمسة عشـر مثلا (بناء علی انصـراف العقد إلیها) ای الی العادة، فان من یعقد علی مائة من من السمن، ینصرف عقده الی المتعارف الّذی هو ما فی الظرف، سواء کان ازید من التسعین او اقل، و لذا یصح، العقد اذ العقود تتبع القصود (لکن فیه) ای فی الجواز (تأمل).

اذ کیف یبیع المالک خمسة و ثمانین باسم تسعین.

او کیف یأخـذ المشتری خمسـة و تسـعین بعنوان تسـعین (لو لم یبلغ) وجود العادة (حدا یکون کالشـرط فی ضـمن العقد) فکان البائع اشترط ان کلمـا کـان انقص من الـدهن، کـان ذاهبـا من کیس المشتری، و المشتری اشترط ان کلمـا کـان ازیـد علی التسـعین کان له مجانا- مثلا-.

و انما تأملنا فی الامر (لان هذا) الفرد الزائد او الناقص (لیس من افراد المطلق) الّذی هو تسعون منا مثلا (حتی ینصرف) المطلق (- ب) سبب (کون العادة صارفة- له) ای لهذا الفرد «و له» متعلق ب «ینصرف».

فان الانصراف انما یکون الی بعض الافراد، لا الی ما لیس بفرد.

مثلا: لو کانت العادة اطلاق لفظ السـید علی عالم کبیر، فاذا اطلق لفظ السـید کان منصـرفا إلیه، لا انه ینصرف الی انسان غیر سید، لان غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۱

ثم الظاهر ان الحکم المـذکور غیر مختص بظروف السـمن و الزیت، بل یعم کل ظرف، کما هو ظاهر معقـد الاجماع المتقدم عن فخر الدین ره و عبارة النهایة و الوسیلة، و الفاضلین و الشهیدین، و المحقق الثانی.

و یؤیده الروایة المتقدمة عن قرب الاسـناد، لکن لا یبعد ان یراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بیع الشیء فیه و عدم تفریغه منه، کقواریر الجلاب و العطریات، لا مطلق الظرف اللغوی اعنی الوعاء.

السید لیس فردا اصلا، فکیف یمکن ان یشمله لفظ السید.

(ثم الظاهر) من کلام الفقهاء و الفهم العرفی للروایات (ان الحکم المذکور) فی باب الاندار (غیر مختص بظروف السـمن و الزیت، بل یعم کل ظرف، کما هو ظاهر معقـد الاجماع المتقدم عن فخر الدین ره، و عبارة النهایة، و الوسـیلة، و الفاضـلین) المحقق و العلامة (و الشهیدین، و المحقق الثانی) صاحب جامع المقاصد.

(و یؤیـده الروایـة المتقدمـة عن قرب الاسـناد) لانه ذکر الناسـیة و الجوالق (لکن لا یبعـد ان) التعمیم بالنسبة الی الظروف لیس تعمیما یشـمل کل ظرف، بل (یراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بیع الشـیء فیه و عـدم تفریعه) ای الشـیء (منه) ای من ذلک الظرف (کقواریر الجلاب و العطریات، لا مطلق الظرف اللغوی اعنی الوعاء) لکل ما کان، حتی اوعیة اللبن و الخاثر، و ما اشبه.

و انما نقول بهـذا القـدر من التعمیم فقط، لان المشابه العرفی لظرف السـمن و الزیت هو مثل هـذا الظرف المتعارف بیع الشـیء فیه، لا مطلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۲

و یحتمل العموم، و هو ضعیف.

نعم یقوی تعدیة الحکم الی کل مصاحب للمبیع یتعارف بیعه معه، کالشمع فی الحلیّ المصوغة من الذهب و الفضة، و کذا للمظروف الّذی یقصد ظرفه بالشراء اذا کان وجوده فیه تبعا له، کقلیل من الدبس فی الزقاق

و اما تعدیة الحکم الی کل ما ضمّ الی المبیع مما لا یراد بیعه معه، فمما لا ینبغی احتماله.

الظرف.

(و یحتمل العموم) لکل ظرف بشهادة روایة الناسیة و الجوالق (و هو ضعیف) اذ لا تصلح روایة قرب الاسناد للاستناد لضعفها- کما تقدم-.

(نعم یقوی تعدیة الحکم) ای حکم الاندار (الی کل مصاحب للمبیع یتعارف بیعه) ای بیع ذلک المصاحب (معه) ای مع المبیع، و ذلک لفهم العرف عدم خصوصیة لظرف السمن و الدهن (کالشمع) الداخل (فی الحلیّ المصوغة من الذهب و الفضة) کما اذا باع الذهب و اندر مثقالا- مثلا- للشمع الموجود فیه (و کذا) یقوی تعدی حکم الاندار (للمظروف الّذی یقصد ظرفه بالشراء اذا کان وجوده) ای المظروف (فیه) ای فی الظرف (تبعا له) ای للظرف (کقلیل من الدبس فی الزقاق) فانه یجوز ان یبیع الزقاق وزنا، ثم یندر لقلیل الدبس الّذی فیه.

(و اما تعدیة الحکم الی کل ما ضمّ الی المبیع مما لا یراد بیعه معه) کآنیة اللبن، و ما اشبه (فمما لا ینبغی احتماله)، اذ لیس وجه لتعدی الحکم من الادلة الخاصة الی هذا، مع ان العرف لا یعرف المشابهة بینهما فاللازم الرجوع فی ذلک الی القواعد العامة و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۳

مسئلة یجوز بیع المظروف مع ظرفه الموزون معه، و ان لم یعلم الا بوزن المجموع علی المشهور

بل لم یوجد قائل بخلافه من الخاصة، الا ما ارسله فی الروضة، و نسب فی التذکرة الی بعض العامة، استنادا الی ان وزن ما یباع وزنا غیر معلوم، و الظرف لا یباع وزنا، بل لو کان موزونا لم ینفع مع جهالة وزن کل واحد.

(مسألة) تناسب المسألة السابقة (یجوز بیع المظروف مع ظرفه الموزون معه، و ان لم یعلم) ای کل من البائع و المشتری (الا بوزن المجموع، علی المشهور) کما لو باع زقا من الدهن وزنهما رطلان، لکن لا یعلم هل وزن الدهن رطل او رطل و نصف؟- مثلا- (بل لم یوجد قائل بخلافه) ای خلاف الجواز (من الخاصة، الا ما ارسله) الشهید الثانی (فی الروضة، و نسب فی التذکرة الی بعض العامة، استنادا) فی المنع (الی ان وزن ما یباع وزنا غیر معلوم) «غیر معلوم» خبر «ان وزن» و «وزنا» تمییز «لما یباع» (و الظرف لا یباع وزنا) فما یجب ان یوزن لم یوزن، و ما لا یلزم وزنه وزن (بل لو کان) الظرف (موزونا) فی نفسه کما لو فرض انه صنع ظرفا من الخبز، و ملأه دهنا- کما یعتاد مثل ذلک فی ازمنتنا هذه- (لم ینفع) وزن المجموع فی صحة البیع (مع جهالة وزن کل واحد) من الظرف و المظروف.

اذ الظاهر من ادلة وزن ما یوزن، ان یوزن کل جنس علی حده، فلو وزن الحنطة و العسل رطلا مثلا، لم ینفع فی جواز البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۴

و اختلاف قیمتهما.

فالغرر الحاصل فی البیع الجزاف حاصل هنا.

و الّذی یقتضیه النظر، اما فیما نحن فیه مما جوز شرعا بیعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضما، اذ لم یحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط.

و اما فی غیره

(و اختلاف قیمتهما) عطف علی «جهالة» و هذا سبب آخر، فان اختلاف القیمة أیضا یوجب العلم بقدر کل واحد منهما، و الا لزم الغرر.

(فالغرر الحاصل فی البیع الجزاف) الّذی منع عنه الشارع، لانه غرر (حاصل هنا) فی بیع الظرف و المظروف معا.

(و الّذی یقتضیه النظر، اما فیما نحن فیه) من بیع الظرف و المظروف (مما یجوز شرعا بیعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه) ای وزن المظروف کما تقدم فی مسألة الاندار- (فالقطع بالجواز) لبیعه (منضما) الی الظرف (اذ لم یحصل من الانضمام) الی الظرف (مانع) من جواز البیع (و لا ارتفع شرط).

و عدم الجواز منفردا اولی من عدم الجواز منضما، فاذا جاز منفردا جاز منضما بطریق اولی.

و الحاصل: نقول بالجواز هنا لمناط مسئلة الاندار.

(و اما) جواز البیع منضما (فی غیره) ای غیر ما نحن فیه- و ما نحن فیه هو بیع الظرف و المظروف-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۵

من احد المنضمین اللّذین لا یکفی فی بیعه منفردا معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصی.

کما لو باع سبیکة من ذهب مردّد بین مائة مثقال و الف، مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنهما الفی مثقال.

فان الاقدام علی هذا البیع اقدام علی ما فیه خطر یستحق لاجله اللوم من العقلاء.

و اما مع انتفاء الغرر الشخصی و انحصار المانع

و المراد بیع شیئین موزونین منضما احدهما الی الآخر بحیث لا یعلم وزن کل واحد منفردا (من احد المنضمین اللّذین لا یکفی فی بیعه منفردا معرفة وزن المجموع) کما لو کان الدهن مخلوطا مع الخبز حیث لا یکفی فی بیع کل واحد من الدهن و الخبز الا معرفة کمیته بذاته، فلا یکفی معرفة وزنهما معا (فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصی) لا الغرر النوعی بمعنی ان یکون الغرر فی شخص هذه المعاملة.

(کما لو باع سبیکة من ذهب مردّد بین مائة مثقال و الف، مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنهما الفی مثقال) ای کان وزن مجموع الذهب و الرصاص الفین مع جهالة ان الذهب مائة و الرصاص الف و تسعمائة، او ان کلا منهما الف، فانه غرر بلا اشکال.

(فان الاقدام علی هذا البیع اقدام علی ما فیه خطر یستحق لاجله اللوم) و المذمة (من العقلاء) و مثله باطل لانه مشمول لقوله: نهی النبی عن الغرر.

(و اما مع انتفاء الغرر الشخصی و انحصار المانع) فی بیع مجموع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۶

فی النص الدال علی لزوم الاعتبار بالکیل و الوزن، و الاجماع المنعقد علی بطلان البیع اذا کان المبیع مجهول المقدار فی المکیل و الموزون فالقطع بالجواز.

لان النص و الاجماع انما دلّ علی لزوم اعتبار المبیع، لا کلّ جزء منه.

و لو کان احد الموزونین یجوز بیعه منفردا، مع معرفة وزن المجموع دون الآخر کما لو فرضنا جواز بیع الفضة المحشی بالشمع، و عدم جواز بیع الشمع کذلک، فان فرضنا الشمع تابعا لا یضر جهالته،

الظرف و المظروف (فی النص الدال علی لزوم الاعتبار بالکیل و الوزن، و) فی (الاجماع المنعقد علی بطلان البیع اذا کان المبیع مجهول المقدار) و البطلان (فی المکیل و الموزون، فالقطع بالجواز) لبیع الظرف و المظروف، اذ لا نص و لا اجماع هنا یدلان علی

المنع.

(لان النص و الاجماع انما دل) اى كل واحد منهما- من قبيل و انظر الى طعامك و شرابك لم يتسنه- (على لزوم اعتبار المبيع) بمجموعه كيلا او وزنا (لا) اعتبار (كل جزء منه) و لذا جرت السيرة على خلط بعض الموزونات كالسدر و الخطمى، و الازهار الصدرية، و الدبس و الشيرج، و غيرها ثم كيل المجموع او وزن مع انه لا اطلاع بمقدار كل واحد على حدة.

(و لو كان احد الموزونين يجوز بيعه منفردا، مع معرفة وزن المجموع دون الآخر) هذا عطف على قوله «من احد المنضمين الذين لا يكفى فى بيعه منفردا» (كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع، و عدم جواز بيع الشمع كذلك) اى بدون الوزن (فان فرضنا الشمع تابعا لا يضر جهالته)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۷

و الا فلا.

ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور.

إحداها: ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا، فيقسط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج الى التقسيط.

فاذا قيل قيمة الظرف درهم، و قيمة المظروف تسعة، كان للظرف عشر الثمن،

لما تقدم فى بعض المباحث من ان جهالة التابع غير ضارة، كجهالة اساس البناء، و قطن الجبة، و ما اشبه.

اذ ادلة الوزن ظاهرها وزن الشيء الّذى يباع مستقلا، لا تابعا (و الا) يكن تابعا (فلا) يجوز بيعه، لان جهالته مضرة.

(ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور).

(إحداها: ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا، فيقسط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج الى التقسيط).

كما لو تبين ان الظرف ملك لانسان آخر فاحتيج الى توزيع الثمن بعد ان اجاز البيع صاحب الظرف.

(فاذا قيل قيمة الظرف درهم، و قيمة المظروف تسعة، كان للظرف عشر الثمن).

و عليه: فاذا باعهما بخمسة كان للظرف نصف درهم، و للمظروف أربعة و نصف، و هكذا.

لان النسبة هى العشر حسب الفرض.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۸

الثانية ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا فيحتاج الى اندار مقدار للظرف، و يكون قيمة الظرف ما بقى بعد ذلك.

و هذا فى معنى بيع كل منهما منفردا، الثالثة: ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا، على ان يكون التسعير للظرف و المظروف.

الصورة (الثانية ان يبيعه) اى المظروف (مع ظرفه بكذا) درهما (على ان كل رطل من المظروف بكذا) درهما (فيحتاج الى اندار مقدار للظرف، و يكون قيمة الظرف ما بقى بعد ذلك) كما تقدم فى مسئلة الاندار.

(و هذا فى معنى بيع كل منهما منفردا) لانه باع المظروف بكذا و اندر للظرف كذا مقدارا و باعه بكذا.

الصورة (الثالثة: ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا) درهما (على ان يكون التسعير للظرف و المظروف).

و اذا اردنا توضيح الفرق نقول: نفرض ان الدهن ثمانية ارطال و ان الظرف رطلان، و ان القيمة المشترى بها عشرة دراهم.

ففى الصورة الاولى و هى النسبة، لو فرضنا ان القيمة الواقعية للدهن نصف درهم، و القيمة الواقعية للظرف درهم يكون للدهن «۳/ ۲» درهم و للظرف «۳/ ۱ ۳» درهم.

و فی الصورة الثانیة و هی الاندار یکون تسعة دراهم للدهن، و درهم واحد للظرف.

و فی الصورة الثالثة و هی اشتراء الظرف و المظروف معا یکون ثمانیة دراهم للدهن، و درهمان للظرف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۱۹

و طریقة التقسیط لو احتیج إلیه کما فی المسالک ان یوزن الظرف منفرد او ینسب الی الجملة و یؤخذ له من الثمن بتلک النسبة.

و تبعه علی هذا غیر واحد.

و مقتضاه: انه لو کان الظرف رطلین و المجموع عشرة اخذ له خمس الثمن.

و الوجه فی ذلک ملاحظة الظرف و المظروف شیئا واحدا، حتی انه

(و طریقة التقسیط) للدهن و الظرف (لو احتیج إلیه) ای الی التقسیط فی الصورة الثالثة (کما) ذکر التقسیط (فی المسالک) بان ظهر الظرف مثلا ملکا للغیر، فارید اعطائه ثمنه، بعد ان اجاز المعاملة الفضولیة مثلا (ان یوزن الظرف منفردا) کرطلین فی المثال السابق (و ینسب الی الجملة) و هی عشرة ارطال فی المثال السابق (و یؤخذ له) ای للظرف (من الثمن) و هی عشرة دراهم (بتلک النسبة) ای نسبة الرطلین الی عشرة ارطال.

(و تبعه) ای الشهید (علی هذا) النوع من التقسیط (غیر واحد) من الفقهاء.

(و مقتضاه: انه لو کان الظرف رطلین و المجموع) من الظرف و المظروف (عشرة) ارطال (اخذ له خمس الثمن) کدرهمین فی المثال، لان الاثنین خمس العشرة.

(و الوجه فی ذلک) ای فی التوجیه الّذی ذکره المسالک لاجل التقسیط (ملاحظة الظرف و المظروف شیئا واحدا، حتی انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۰

یجوز ان یفرض تمام الظرف کسرا مشاعا من المجموع لیساوی ثمنه من المظروف.

فالمبیع کل رطل من هذا المجموع، لا من المرکب من الظرف و المظروف، لانه اذا باع کل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا، وزع الدرهم علی الرطل و المظروف بحسب قیمة مثلهما.

فاذا کان قیمة خمس الرطل المذکور الّذی هو

یجوز ان یفرض تمام الظرف کسرا مشاعا).

فالظرف خمس المبیع- فی المثال-.

و المظروف أربعة اخماس المبیع (من المجموع) من الظرف و المظروف (لیساوی ثمنه) ای ثمن الظرف (من) ثمن (المظروف).

فکما ان رطلین من الدهن بدرهمین، کذلک رطلان من الظرف بدرهمین، لفرض ان الظرف و المظروف شیء واحد.

(فالمبیع کل رطل من هذا المجموع) ثمانیة وحدات من الدهن، و وحدتان من الظرف ای ان کل رطل بدرهم، سواء کان رطل دهن او رطل ظرف (لا) ان المبیع هو کل رطل (من المرکب من الظرف و المظروف) بحیث یکون کل رطل عشرة اجزاء، جزءان من المظروف و ثمانیة اجزاء من الظرف (لانه اذا باع کل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا، وزع الدرهم علی الرطل و المظروف بحسب قیمة مثلهما) ای مثل الرطل و مثل المظروف.

(فاذا کان قیمة خمس الرطل المذکور) ظرفا و مظروفا (الّذی هو)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۱

وزن الظرف الموجود فیه مساویا لقیمة أربعة الاخماس التی هی مقدار المظروف الموجود، فکیف یقسط الثمن علیه اخماسا؟

ذلک الخمس (وزن الظرف الموجود فیه) المظروف (مساویا لقیمة أربعة الاخماس التی هی مقدار الموجود) فی خمس الرطل (فکیف یقسط الثمن علیه) ای علی کل من الظرف و المظروف (اخماسا) بل اللازم توزیع الثمن انصافا، نصف لخمس الرطل و هو الظرف و نصف لاربعة اخماس الرطل و هو المظروف.

و لتوضیح المسألة: نقول انک اذا خلطت حقتین من الدهن قیمة کل حقة عشرة دراهم بثمان حقق من الدبس، قیمة کل حقة درهمان و نصف، اصبح قیمة کل حقة من المخلوط أربعة دراهم.

ثم انک قد تبیع حقة بأربعة دراهم من المجموع و هنا یتساوی الدبس و الدهن فی القیمة حتی اذا فرضنا ان الدهن تبخر کان للمشتری ان یأخذ منک خمس أربعة دراهم لان خمس الحقة بطل و فنی.

و قد تبیع حقة بأربعة دراهم من المرکب، و هنا یکون قیمة الدهن و هو الخمس مساویا لقیمة الدبس، و هو: أربعة اخماس، حتی اذا تبخّر الدهن، کان للمشتری ان یأخذ منک درهمین نصف أربعة دراهم- الثمن- لانه یتساوی قیمة الخمس من الدهن مع قیمة الاربعة الاخماس من الدبس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۲

[تنبیهات البیع]

مسألة المعروف بین الاصحاب تبعا لظاهر تعبیر الشیخ بلفظ ینبغی استحباب التفقه فی مسائل الحلال و الحرام

المتعلقة بالتجارات لیعرف صحیح العقد من فاسده، و یسلم من الربا، و عن إیضاح النافع انه قد یجب، و هو ظاهر عبارة الحدائق أیضا، و کلام المفید فی المقنعة أیضا لا یأبی الوجوب، لانه بعد ذکر قوله تعالی: لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله تعالی: أَنْفِقُوا مِنْ طَیِّباتِ ما کَسَبْتُمْ وَ مِمّا أَخْرَجْنا

(مسألة: المعروف بین الاصحاب تبعا لظاهر تعبیر الشیخ بلفظ ینبغی، استحباب التفقه فی مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات لیعرف صحیح العقد من فاسده).

مثلا: اعطاء العوضین فی المجلس فی بیع الصرف موجب لصحة العقد، و عدم الاعطاء فی المجلس یوجب بطلان العقد (و یسلم من الربا) الّذی قد یقع فیه الجاهل، و هو یظن انه حلال و انصاف.

مثلا اذا بدل حقة من الحنطة الجیدة قیمتها عشرة بحقتین ردیئتین قیمة کل حقة خمسة، فانه یظن صحة المعاملة للتعادل بین الواحد و الاثنین فی القیمة و الحال انه ربا (و عن إیضاح النافع انه قد یجب) التفقه (و هو) ای الوجوب (ظاهر عبارة الحدائق أیضا، و کلام المفید فی المقنعة أیضا لا یأبی الوجوب، لانه) ای المفید ره (بعد ذکر قوله تعالی: لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) مِنْکُمْ (و قوله تعالی: أَنْفِقُوا مِنْ طَیِّباتِ ما کَسَبْتُمْ، وَ: مِمّا أَخْرَجْنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۳

لَکُمْ مِنَ الْأَرْضِ، وَ لا تَیَمَّمُوا الْخَبِیثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ، قال: فندب الی الانفاق من طیب الاکتساب، و نهی عن طلب الخبیث للمعیشة و الانفاق، فمن لم یعرف فرق ما بین الحلال من المکتسب و الحرام، لم یکن مجتنبا للخبیث من الاعمال، و لا کان علی ثقة فی تفقه من طیب الاکتساب.

و قال تعالی أیضا: ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا، وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ

لَکُمْ مِنَ الْأَرْضِ) ای من طیب الکسب کثمن التجارة لا ـ بدل القمار و من طیب النباتات کالحنطة لا ـ کالحنظل (وَ لا تَیَمَّمُوا) ای لا تقصدوا (الْخَبِیثَ مِنْهُ) ای من الکسب، و مما اخرجنا من الارض (تُنْفِقُونَ، قال: فندب الی الانفاق من طیب الاکتساب، و نهی عن طلب الخبیث للمعیشة) ای المعیشة بالخبیث (و الانفاق).

کانه ره فهم من قوله: وَ لا تَیَمَّمُوا جملة.

و من قوله: مِنْهُ تُنْفِقُونَ، جملة اخری، و لذا ذکر المعیشة و الانفاق.

و لکن ظاهر الآیة الانفاق فقط (فمن لم یعرف فرق ما بین الحلال من المکتسب و الحرام، لم یکن مجتنبا للخبیث من الاعمال) کالبیوع المحرمة لفقدها لشروط العوضین او شروط المتعاقدین (و لا کان علی ثقة فی تفقه من طیب الاکتساب) فانه لا یوثق بمن لا یعرف، کما لا یوثق بدواء من لا یعرف الطب.

(و قال تعالی أیضا: ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا) کلاهما اکتساب، فکلاهما حلال (و) الحال انه یوجد فرق بینهما، فقد (أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۴

وَ حَرَّمَ الرِّبا.

فینبغی ان یعرف البیع المخالف للربا، لیعلم بذلک ما احل اللّه، و حرم من المتاجر و الاکتساب، و جاءت الروایة عن امیر المؤمنین علیه السلام: انه کان یقول: من اتّجر بغیر علم، فقد ارتطم فی الربا، ثم ارتطم ثم قال: قال الصادق علیه السلام: من اراد التجارة، فلیتفقه فی دینه، لیعلم بذلک ما یحل له مما یحرم علیه، و من لم یتفقه فی دینه، ثم اتّجر تورط فی الشبهات، انتهی. اقول: ظاهر کلامه ره الوجوب، الا ان تعبیره بلفظ «ینبغی» ربما یدعی ظهوره فی الاستحباب.

وَ حَرَّمَ الرِّبا) لانه یوجد فساد الاموال، و غیر ذلک من علة التحریم.

(فینبغی ان یعرف) المتعرض للتجارة (البیع المخالف للربا، لیعلم بذلک) العرفان (ما احل اللّه، و حرم من المتاجر و الاکتساب) قال: (و جاءت الروایة عن امیر المؤمنین علیه السلام: انه کان یقول: من اتّجر بغیر علم، فقد ارتطم فی الربا، ثم ارتطم) یقال: ارتطم الحمار فی الوحل، اذا دخل فیه فلم یقدر ان یخرج (ثم قال: قال الصادق علیه السلام: من اراد التجارة، فلیتفقه فی دینه لیعلم بذلک ما یحل له مما یحرم علیه، و من لم یتفقه فی دینه، ثم اتّجر تورط فی الشبهات) ای المعاملة المشتبهة التی لا ـ یعلم حلّها من حرامها (انتهی) کلام المفید فی المقنعة.

(اقول: ظاهر کلامه ره) حیث قال «و نهی» (الوجوب، الا ان تعبیره بلفظ «ینبغی» ربما یدعی ظهوره فی الاستحباب) لان ظاهر ینبغی فی کلامنا ذلک، و ان کان قد یستعمل: لا ینبغی، حتی فی المستحیل، مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۵

الا ـ ان الانصاف ان ظهوره لیس بحیث یعارض ظهور ما فی کلامه فی الوجوب من باب المقدمة، فان معرفة الحلال و الحرام واجبة علی کل احد بالنظر الی ما یبتلی به من الامور.

و لیس معرفة جمیعها مما یتعلق بالانسان وجوبها فورا دفعة، بل

«وَ ما یَنْبَغِی لِلرَّحْمنِ أَنْ یَتَّخِذَ وَلَداً».

(الا ان الانصاف ان ظهوره) ای ظهور: ینبغی، فی الاستحباب (لیس بحیث یعارض ظهور ما فی کلامه فی الوجوب من باب المقدمة)

لترک المحرمات.

اذ ظاهر کلامه انه بـدون التفقه یقع الانسان فی الحرام، و من المعلوم ان مقدمـة ترک الحرام واجب عقلی (فان معرفة الحلال و الحرام واجبة علی کل احد) و انما یجب (بالنظر) ای بملاحظة (الی ما یبتلی به) الضمیر عائد الی «ما» (من الامور) بیان «ما».

(و) ان قلت: کل عمل یعمله الانسان و لا یعلم انه حرام لم یکن معاقبا علیه، لاجرائه اصل البراءة عن التکلیف فی هذا الامر.

قلت: بل کل فعل اراد الانسان ان یعمله و احتمل ان یکون حراما، او احتمل انه شـیء آخر یریـد ان یفعلهما حرام، فاذا لم یتعلم و کان واقعا حراما کان معاقبا عقلا و شرعا.

اذ (لیس معرفـة جمیعهـا) ای جمیع الاحکام (مما یتعلق بالانسان وجوبها فورا دفعـة) بان یجب ان یترک جمیع الاعمال و یشـتغل بتعلم الاحکام لیل نهار حتی یستوعبها (بل) الواجب التعلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۶

عنـد الالتفات الی احتمال الحرمـة فی فعل یریـد ان یفعله، او عند إرادة الاقدام علی افعال یعلم بوجود الحرام بینها، فانه معاقب علی ما یفعله من الحرام لو ترک التعلم، و ان لم یلتفت عند فعله الی احتمال تحریمه.

فـان التفاته السابق و علمه بعـدم خلوّ ما یریـد مزاولتها من الافعال من الحرام، کاف فی حسن العقاب، و الا لم یعاقب اکثر الجهال علی اکثر المحرمات، لانهم یفعلونها

(عند الالتفات الی احتمال الحرمة فی فعل یرید ان یفعله، او عند إرادة الاقدام علی افعال یعلم بوجود الحرام بینها).

کما لو اراد معاملة مضاربیة، احتمل انها محرمة.

او اراد ان یبیع و یشتری فی عدة معاملات علم بان واحدها حرام.

اما الوجوب فی الاول، فلانه مقتضی التدین بالدین بالإضافة الی العلم الاجمالی الکبیر.

و اما الوجوب فی الثانی فلانه مقتضـی العلم الاجمالی الصـغیر بالإضافـة الی انه مقتضـی التـدین بالـدین (فانه معاقب علی ما یفعله من الحرام لو ترک التعلم، و ان لم یلتفت عند فعله الی احتمال تحریمه) اذ:

لا یشترط عند العقلاء العلم الآن حال الفعل.

(فـان التفـاته السـابق و علمه) السـابق (بعـدم خلوّ ما یریـد مزاولتها من الافعال) بیان «ما» (من الحرام) متعلق ب «خلو» (کاف فی حسـن العقـاب، و الاـ) فلو لم یکن ذلـک العلم کافیـا فی حسن العقـاب (لم یعـاقب اکثر الجهـال علی اکثر المحرمـات، لاـنهم یفعلونهـا) ای المحرمات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۷

و هم غیر ملتفتین الی احتمال حرمتها عند الارتکاب.

و لذا اجمعنا علی ان الکفار یعاقبون علی الفروع.

و قد ورد ذم الغافل المقصر فی معصیته فی غیر واحد من الاخبار.

ثم لو قلنا بعدم العقاب علی فعل المحرم الواقعی الّذی یفعله من

(و هم غیر ملتفتین الی احتمال حرمتها عند الارتکاب).

و انما استحسن عقابهم علمهم السابق.

و حیث ان الشارع لم یحدث طریقة جدیدة تخالف طریقة العقلاء فاللازم ان نقول: بانه أیضا کسائر العقلاء فی الثواب و العقاب.

(و لـذا) الّـذی ذکرنـا ان العلم السابق کاف فی باب العقاب و ان کان حال العمل غافلا (اجمعنا) نحن الشـیعة (علی ان الکفار یعاقبون علی الفروع) مع وضوح انهم حـال العمـل غالبـا غـافلون و انمـا اسـتحسن عقـابهم علمهم السابق بانهم مکلفون بتکالیف الـدین الّـذی رفضوه عنادا.

(و قد ورد ذم الغافل المقصـر فی معصـیته) «فی» متعلق ب «المقصـر» (فی غیر واحد من الاخبار) فانه ورد انه یقال للانسان یوم القیامة: هلا عملت؟ فیقول: یا ربّ لم اکن اعلم، فیقال له: هلا تعلمت؟

و ورد أیضا انه غسل مجدور فمات، فقال علیه السلام: قتلوه قتلهم الله هلّا یمّموه، الی غیرها.

و قد عقد السید الشبّر لهذا بابا مستقلا فی کتابه مصابیح الانوار فراجع.

(ثم لو قلنا بعدم العقاب علی فعل المحرم الواقعی الّذی یفعله) الجاهل (من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۸

غیر شعور، کما هو ظاهر جماعة تبعا للاردبیلی ره من عدم العقاب علی الحرام المجهول حرمته عن تقصیر، لقبح خطاب الغافل، فیقبح عقابه.

لکن وجوب تحصیل العلم و ازالة الجهل واجب علی هذا القول، کما اعترفوا به.

و الحاصـل: ان التزام عـدم عقـاب الجاهل المقصـر لا علی فعل الحرام و لا علی ترک التعلم، الا اذا کان حین الفعل ملتفتا الی احتمال تحریمه،

غیر شعور، کما هو ظاهر جماعة تبعا ل) المقدس (الاردبیلی «ره» من عدم العقاب علی الحرام المجهول حرمته عن تقصیر) «عن» متعلق بالمجهول.

مستدلا (ل) عدم العقاب، ب (قبح خطاب الغافل، فیقبح عقابه).

اما قبح الخطاب فلفرض انه غافل، و الغافل لیس اهلا لان یخاطب.

و اما قبح عقابه فلان العقاب تابع للخطاب، فاذا قبح الخطاب قبح العقاب.

(لکن وجوب تحصـیل العلم) بالاحکام (و ازالـة الجهل واجب علی هـذا القول) ای قول الاردبیلی (کما اعترفوا) المقدس و اتباعه (به) ای بوجوب تحصیل العلم.

فالجاهل له عقاب قطعا، اما علی ترک التعلم، کما یقوله المقدس، و اما علی ترک الاحکام، کما یقوله المشهور.

(و الحاصل: ان التزام عدم عقاب الجاهل المقصـر لا علی فعل الحرام) «علی» متعلق ب «عقاب»- کما یقوله المشهور- (و لا علی ترک التعلم) کما یقوله المقدس و اتباعه (الا اذا کان حین الفعل ملتفتا الی احتمال تحریمه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۲۹

لا یوجـد له وجه بعـد ثبوت ادلـة التحریم، و وجوب طلب العلم علی کلّ مسـلم، و عـدم تقبیـح عقاب من التفت الی وجود الحرام فی افراد البیع التی یزاولها تدریجا علی ارتکاب الحرام فی هذا الاثناء، و ان لم یلتفت حین إرادة ذلک الحرام.

ثم ان المقام

لا یوجـد له وجه) صـحیح، و ان امکن ان یوجه بان التعلم واجب مقـدمی فلا عقاب علی ترکه، و الحرام ان عوقب به یکون عقابا بلا خطـاب، و ذلـک لیس بجـائز عقلا، فلا عقاب علی ذات الحرام، و لا علی مقـدمته (بعـد ثبوت ادلـة التحریم) الدالـة علی ان المعاملة الکذائیة محرمة- کالربا- مثلا (و وجوب طلب العلم علی کل مسلم).

فامّا ان نقول: الطلب واجب و على تركه العقاب، كما قاله المقدس.

و اما ان نقول فعل الحرام حرام لوجود الادلة الشاملة للعالم و الجاهل، كما قال المشهور (و) بعد (عدم تقبيح) العقلاء (عقاب من التفت الى وجود الحرام فى افراد البيع التى يزاولها تدريجا) فان التاجر يعلم ان بعض معاملاته التى يعاملها فى تمام السنة مخالف لقوانين الشريعة (على ارتكاب الحرام فى هذا الاثناء) «على» متعلق ب «تقبيح» اى ان العقل لا يقبح العقاب، و مقتضى الشرع- كما عرفت- العقاب، فكيف يمكن ان نقول بعدم العقاب؟ (و ان لم يلتفت) الى كون المعاملة حراما (حين إرادة ذلك الحرام) «ان» وصلية ب «و عدم تقبيح».

(ثم ان المقام) و هو مقام اجراء المعاملة التى لا يعلم تصحيح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۰

يزيد على غيره بان الاصل فى المعاملات الفساد.

فالمكلف اذا اراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل فى يده من اموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهرا الاقدام على كل تصرف منها بمقتضى اصالة عدم انتقاله إليه الا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة.

و يمكن ان يكون فى قوله عليه السلام: التاجر فاجر، و الفاجر فى النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق، اشارة الى

الشارع لها (يزيد على غيره) من سائر المحرمات التى يرتكبها الجاهل (بان الاصل فى المعاملات الفساد) لانه قبل المعاملة لم يكن المثمن للمشترى و لا الثمن للبائع، فلو شك فى ان المعاملة هل اوجبت الانتقال أم لا؟ فالاصل عدم الانتقال.

(فالمكلف اذا اراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل فى يده من اموال الناس) ثمنا كانت، او مثمنا، او نحوهما (على وجه العوضية) كعوض المبيع، او عوض الاجارة، او ما اشبه (يحرم عليه ظاهرا الاقدام على كل تصرف منها) اما واقعا، فان كانت المعاملة مطابقة للشريعة حلت و الا حرمت (بمقتضى أصالة عدم انتقاله) اى المال (إليه) اى الى المكلف الّذى يريد التصرف و «بمقتضى» متعلق ب «يحرم» (الا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة).

(و يمكن ان يكون فى قوله عليه السلام: التاجر فاجر، و الفاجر فى النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق) و المراد بالاخذ و العطاء كل نقل و انتقال و ان لم يكن اخذ و عطاء خارجى، كما هو ظاهر (اشارة الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۱

هذا المعنى بناء على ان الخارج من العموم ليس الا من علم باعطاء الحق و اخذ الحق.

فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة فى هذا المقام شرعى، لنهى الشارع عن التصرف فى مال، لم يعلم انتقاله إليه، بناء على اصالة عدم انتقاله إليه.

و فى غير هذا المقام.

هذا المعنى) الّذى ذكرناه من اصالة الفساد (بناء على ان الخارج) اى «الا من ...» (من العموم) «التاجر فاجر» (ليس الا من علم باعطاء الحق و اخذ الحق) لا ان يكون الخارج آخذ الحق و معطيه واقعا سواء علم بانه حق، أم لا.

لكن الانصاف: ان تقييد المستثنى بالعلم خلاف ظاهر هذا الدليل كما هو خلاف سائر ادلة الاحكام.

(فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة فى هذا المقام) اى مقام إرادة التصرف فى مال، كان سابقا للغير، فى باب المعاملات (شرعى) لا ان الوجوب مقدمى- حتى لا يكون فى تركه العقاب- (لنهى الشارع عن التصرف فى مال، لم يعلم انتقاله إليه) اذ الشك فى صحة المعاملة معناه عدم العلم بانتقال المال الى المتعاملين من الآخر (بناء على اصالة عدم انتقاله) اى المال (إليه) اى الى الثالث، و قوله

«بناء» متعلق ب «نهى الشارع».

(و فى غير هذا المقام) كما لو اراد التصرف فى مال نفسه الّذى نقله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۲

عقلى مقدمى لئلا يقع فى الحرام.

و كيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر، محل نظر، بل الاولى وجوبه عليه عقلا- و شرعا، و ان كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط.

و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة، و المعاملات الفاسدة كذلك

الى الغير بناقل لا يعلم انه هل هو ناقل صحيح، أم لا؟ (عقلى مقدمى لئلا يقع فى الحرام) اذ بعد اجراء المعاملة المشكوكة الصحة يعلم الثالث ان التصرف فى مال نفسه، او مال طرفه حرام.

(و كيف كان، فالحكم) الّذى تقدم عن جميع الفقهاء (باستحباب التفقه للتاجر، محل نظر، بل الاولى وجوبه عليه عقلا و شرعا، و ان كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط).

بل ربما يقال: ان وجوب معرفة باقى المحرمات أيضا عقلى و شرعى اذ تكرر فى الشريعة الامر بالتفقه و نحوه، و الظاهر منه الوجوب.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۱۰، ص: ۳۳۲

اللهم الا ان يقال: ان ظاهر أوامر التفقه: الارشاد، لبداهة انه لو فعل المحرم جهلا تقصيرا لم يكن هناك عقابان.

(و يمكن توجيه كلامهم) اى المشهور القائلين باستحباب التفقه فى مسائل التجارة (بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك) الدقيقة.

فان من المسائل ما هى واضحة، تعرف بادنى معرفة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۳

و يطلع على موارد الشبهة، و المعاملات غير الواضحة الصحة، فيجتنب عنها فى العمل، فان القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية المذكورة فى المعاملات.

و من المسائل ما هى دقيقة، لا تعرف الا بالتفقه و البحث و التنقيب (و يطلع على موارد الشبهة) و انها هل هى من الحرام، أم لا؟ مثلا: هل ان الربا فى الورق حلال، باعتبار انه معدود، او حرام باعتبار انه مقابل الذهب، او نحوه مما هو مكيل او موزون، او باعتبار ان علة حرمة الربا و هى فساد الاموال- كما فى الحديث- موجودة هنا أيضا (و) يطلع على (المعاملات غير الواضحة الصحة) لاحتمال دخولها فى معاملة صحيحة قطعا، او فاسدة كالمعاطات و بيع الفضولى- مثلا- (فيجتنب عنها فى العمل، فان) معرفة هذه الامور مستحبة.

اذ (القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى، لا الفروغ الفقهية المذكورة فى المعاملات).

اذ الظاهر من الادلة ان الانسان مكلف بان يتعلم حسب المتعارف و بالمقدار المتعارف للسيرة، فان الرسول صلّى اللّه عليه و آله، و الائمة و اصحابهم الاخيار لم يكونوا ينهكون الناس فى تعليم المسائل ليل نهار و كل المسائل الجليلة و الدقيقة، و لذا يحتمل ان

یکون: رفع ما لا یعلمون ناظرا الی هـذا، و انه من اخذ فی التعلم حسب المتعارف ثم جهل اشیاء کما هو اکثر الناس منذ زمان الرسول صلی الله علیه و آله الی هذا الیوم– لم یکن مکلفا بتلک الاشیاء او معاقبا علیها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۴

و یشهد للغایة الاولی قوله علیه السلام– فی مقام تعلیل وجوب التفقه–: ان الربا اخفی من دبیب النملة علی الصفا.

و للغایة الثانیة قول الصادق علیه السلام فی الروایة المتقدمة: من لم یتفقه ثم اتجر تورط فی الشبهات.

لکن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ.

و قد حکی توجیه کلامهم بما ذکرنا عن غیر واحد، و لا یخلو عن وجه،

(و یشهد للغایة الاولی) و هی قولنا «لیطلع علی مسائل الربا الدقیقة» (قوله علیه السلام– فی مقام تعلیل وجوب التفقه–: ان الربا اخفی من دبیب النملة علی الصفا) و هی الصخرة الملساء.

(و للغایة الثانیة) و هی قولنا «و یطلع علی موارد الشبهة» (قول الصادق علیه السلام فی الروایة المتقدمة: من لم یتفقه ثم اتجر تورط فی الشبهات).

فالتفقه، لاجل معرفة المسائل الدقیقة، و عدم التورط فی الشبهات

و من الواضح: ان ذلک لیس بواجب، اذ الواجب هو المقدار المتعارف من المسائل التی یعتاد المتدین تعلمها.

(لکن ظاهر صدره) ای صدر الحدیث (الوجوب، فلاحظ) لانه علیه السلام قال: «فلیتفقه» و ظاهر الامر الوجوب.

(و قد حکی توجیه کلامهم) ای کلام المشهور القائلین باستحباب التفقه (بما ذکرنا) ای تعلم المسائل الدقیقة (عن غیر واحد) من الفقهاء (و لا یخلو) هذا التوجیه (عن وجه،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۵

فی مقام التوجیه.

ثم ان التفقه فی مسائل التجارة لما کان مطلوبا للتخلص عن المعاملات الفاسدة التی اهمها الربا، الجامعة بین اکل المال بالباطل و ارتکاب الموبقة الکذائیة لم یعتبر فیه کونه عن اجتهاد، بل یکفی فیه التقلید الصحیح.

فلا

فی مقام التوجیه) و ان کان فیه نظر واقعا– عند المصنف–.

اذ یجب تعلم کل المسائل المبتلی بها، سواء کانت هذه المسألة مبتلی بها أم لا.

(ثم ان التفقه فی مسائل التجارة لما کان مطلوبا) للشارع علی وجه الوجوب، او الاستحباب (للتخلص عن المعاملات الفاسدة التی اهمها الربا، الجامعة) صفة الربا– و بیان علة لکونها اهم مما عداها– (بین اکل المال بالباطل) لان الزائد مال المعطی، فاکل الآخذ له اکل للمال بالباطل (و ارتکاب الموبقة الکذائیة) التی هی اعظم من الزنا، فالعمل بنفسه حرام، و المال الّذی یأخذه اکله حرام آخر، بخلاف نحو بیع المجهول مثلا فان المعاملة لیست محرمة، و انما ترتیب الاثر علی المعاملة محرم، ف (لم یعتبر فیه) ای فی التفقه (کونه عن اجتهاد، بل یکفی فیه التقلید الصحیح).

(فلا) یمکن ان یقال: ان ظاهر ادلة التفقه کونه عن اجتهاد، و ذلک مما یوجب فناء العمر، فلا یتمکن الانسان من التجارة، فکیف یمکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۶

تعارض بین ادلة التفقه هنا و ادلة تحصیل المعاش.

نعم: ربما اورد فی هذا المقام- و ان کان خارجا عنه- التعارض بین ادلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات، و انواع المعاملات المتوقف علی الاجتهاد، و بین ادلة طلب الاکتساب و الاشتغال فی تحصیل المال،

الجمع بین التفقه و بین التجارة.

و اذا لم یمکن یلزم اما عدم التفقه و اما عدم التجارة، و ذلک خلاف ظاهر الادلة الدالة علی وجوب تفقه التجار.

اذ لا- (تعارض بین ادلة التفقه هنا) فی باب الربا و التجارة- بخلاف ادلة التفقه فی سائر الاماکن التی ظاهرها الاجتهاد، لا الاعم من الاجتهاد و التقلید- (و) بین (ادلة تحصیل المعاش).

لکن الظاهر من ادلة التفقه فی کل مکان- الا اذا کانت هناک قرینة خاصة- الاعم من الاجتهاد و التقلید، لان کلیهما تفهم لاحکام الله تعالی عن طریقه المتعارف.

(نعم: ربما اورد فی هذا المقام) بالمناسبة (- و ان کان خارجا عنه-) ای خارجا عن ما نحن فیه: «المقام» (التعارض بین ادلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات، و انواع المعاملات) الشاملة للنکاح و توابعه، و الحدود و الشهادات و غیرها، فان المعاملة قد تطلق فی قبال العبادة و یراد بها سائر ابواب الفقه (المتوقف) ذلک الطلب (علی الاجتهاد، و بین ادلة طلب الاکتساب و الاشتغال فی تحصیل المال،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۷

لاجل الانفاق علی من ینبغی ان ینفق علیه، و ترک القاء کلّه علی الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فان الاخبار من الطرفین کثیرة یکفی فی طلب الاکتساب ما ورد: من انه اوحی اللّه تعالی الی داود علی نبینا و آله و علیه السلام: یا داود انک نعم العبد لو لا انک تأکل من بیت المال و لا تعمل بیدک شیئا، فبکی علیه السلام اربعین صباحا، ثم الآن اللّه تعالی له الحدید، و کان یعمل کل یوم درعا و یبیعه بالف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستین درعا، فباعها و استغنی عن بیت المال، الحدیث.

لاجل الانفاق علی من ینبغی ان ینفق علیه) من واجبی النفقة، و الا فاستحباب الانفاق لا یعارض وجوب التعلم (و ترک القاء کلّه علی الناس) عطف علی «طلب الاکتساب» فقد قال صلّی اللّه علیه و آله: ملعون من القی کلّه علی الناس (الموجب) القاء الکل (لاستحقاق اللعن، فان الاخبار من الطرفین) ادلة طلب العلم، و ادلة طلب الاکتساب (کثیرة) جدا، و (یکفی فی) باب (طلب الاکتساب ما ورد: من انه اوحی اللّه تعالی الی داود علی نبینا و آله و علیه السلام: یا داود انک نعم العبد لو لا انک تأکل من بیت المال و لا تعمل بیدک شیئا، فبکی علیه السلام اربعین صباحا، ثم الآن اللّه تعالی له الحدید، و کان یعمل کل یوم درعا و یبیعه بالف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستین درعا، فباعها و استغنی عن بیت المال، الحدیث).

لکن الظاهر ان هذا الحدیث لا یمکن الاستدلال به، لان الأنبیاء و سائر الذین هم اسوة للناس، یلزم علیهم الافراط فی طرف الزهد عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۳۸

و ما ارسله فی الفقیه عن الصادق علیه السلام: لیس منا من ترک دنیاه لآخرته، او آخرته لدنیاه، و ان العبادة سبعون جزءا افضلها طلب الحلال.

الدنیا حتی یعتدل الناس فان الناس اعتادوا ان ینظروا الی کبارهم فکلما عمل الکبیر یتبعونه فی قدر اوطئ فیما اذا کان العمل شاقا، خلافا للنفس، فاذا اکل الکبیر اکلا معتادا اکل الناس کثیرا، و اذا زهد، اکل الناس معتادا، و هکذا، و هذا هو سر تجنب الأنبیاء عن

الـدنيا مع ان الـدنيا الطيبـة خلقت لعباد الله الصالحين الـذين من افضـلهم الأنبياء و الائمـة عليهم السـلام و فی كلام لامير المؤمنين عليه السلام المذكور فی نهج البلاغة «حيث قال له ذلک الانسان الّذی ترک عائلته و تزهد:

اريد الاقتداء بک» دلالة علی ما ذكرنا.

و الی هذا أيضا يشير السعدی فی ابياته الفارسية

اگر ز باغ رعيت ملک خورد سيبی بر آورند غلامان او درخت از بيخ به نيم بيضه كه سلطان جفا روا دارد زنند لشگريانش هزار مرغ به سيخ

و علی هذا فكون داود عليه السلام كذلک لا يدل علی كون سائر الناس كذلک.

(و ما ارسله فی الفقيه عن الصادق عليه السلام: ليس منا من ترک دنياه لآخرته، او آخرته لدنياه).

و فيه أيضا نظر، اذ طلب العلم و الاستعاشة من بيت المال ليس تركا للـدنيا لاجل الآخرة، بل هو تحصـيل الـدنيا و الآخرة (و ان العبادة سبعون جزءا افضلها طلب الحلال).

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج‌۱۰، ص: ۳۳۹

و اما الاخبار فی طلب العلم و فضله فهی اكثر من ان يذكر، و اوضح من ان يحتاج الی الذكر.

و ذكر فی الحـدائق ان الجمع بينهمـا باحـد وجهين، احـدهما- و هو الاـظهر بين علمائنـا- تخصـيص اخبـار وجوب طلب الرزق باخبار وجوب طلب العلم، و يقال: بوجوب ذلک علی غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و افادته.

و فيه أيضا نظر، اذ طلب الحلال بالعلم من افضل اقسام طلب الحلال.

الاـ تری: ان المعلم و الطـالب و المؤلف و الخطيب يعـدون فی نظر النـاس من الـذين يطلبون الحلاـل و لا يعـدون كلا علی الناس، اذ اعملوا بوظائفهم العلمية و الارشادية.

(و اما الاخبار فی طلب العلم و فضله فهی اكثر من ان يذكر، و اوضح من ان يحتاج الی الذكر) و التوضيح.

(و ذكر فی الحـدائق ان الجمع بينهمـا باحـد وجهين، احـدهما:- و هو الاـظهر بين علمائنا- تخصـيص اخبار وجوب طلب الرزق باخبار وجوب طلب العلم) فطـالب العلم لاـ يجب عليه تحصـيل الرزق (و يقـال) علی هـذا (بوجوب ذلـک) ای طلب الرزق (علی غير طـالب العلم المستقل) مقابـل طـالب العلم فی الجملـة لتعلم مسـائله العمليـة (تحصـيله و اسـتفادته و تعليمه و افـادته) بان نصب نفسه للتعلم و التعليم و الافادة و الاستفادة كطلاب العلوم الدينية و المدرسين لهذه العلوم.

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج‌۱۰، ص: ۳۴۰

قال: و بهذا الوجه صـرح الشهيد الثانی قدس سره، فی رسالته المسماة بمنية المريد، فی آداب المفيد و المستفيد، حيث قال- فی جملة شرائط العلم-، و ان يتوكل علی اللّه، و يفوض امره إليه، و لا يعتمد علی الاسـباب، فيتوكل عليها، فيكون وبالا عليه، و لا علی احد من خلق اللّه تعالی، بل يلقی مقاليد امره الی اللّه تعالی ظهر له من نفحات قدسه، و لحظات انسه

(قـال) الحـدائق (و بهـذا الوجه) عن الجمع (صـرح الشـهيد الثـانی قـدس سـره، فی رسالته المسـماة بمنيـة المريـد، فی آداب المفيـد و المستفيد) و قد وفق اللّه تعالی شارح هذا الكتاب تلخيص كتاب المنية تسهيلا علی الطالب، و طبعه ضمن مجموعة كتاب «المقدمات».

و من اللازم علی طلاب العلوم الدينيـة دراسـة هذا الكتاب «الاصل» و الاسـتفادة منه و تطبيقه فی حياتهم العملية (حيث قال- فی جملة شرائط العلم-، و ان يتوكـل) الطـالب (علی اللّه، و يفـوض امره إليه، و لاـ يعتمـد علی الاسـباب، فيتوكـل عليهـا، فيكـون) تـوكله علی الاسـباب (وبالاـ عليه، و لاـ) يتوكـل (علی احـد من خلق اللّه تعـالی، بل يلقی مقاليـد امره) جمع مقلاد بمعنی المفتاح (الی اللّه تعالی،

يظهر له) اى للطالب (من نفحات قدسه) القدس «النزاهة» و «النفحة» الرائحة الطيبة، فكانه سبحانه ينفخ فى ذلك الانسان روحا طيبا نزيها عن الاعوجاج و الانحراف و المشاكل و المصاعب (و لحظات انسه) فيكون للانسان حالات لحظة فلحظة- اذ لا تدوم مثل هذه الحالات طويلا- يأنس فيها باللّه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۱

ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده، و قد ورد فى الحديث عن النبى: ان اللّه تعالى قد تكفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره، بمعنى ان غيره محتاج الى السعى على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا يكلف بذلك، بل بالطلب و كفاه مئونة الرزق ان احسن النية و اخلص القربة.

و عندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته ما لا يعلمه الا الله من حسن صنع الله تعالى و جمل ما اشتغلت بالعلم، و هو مبادئ عشر

تعالى و ينقطع عن الخلق و لهذه الحالات لذة لا توصف (ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده، و قد ورد فى الحديث عن النبى: ان اللّه تعالى تكفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره).

الظاهر ان «ما» فى «عما» نافية، اى عن الشىء الّذى لم يضمنه لغيره، و حذف الموصول استثقالا للجمع بين «ما» الموصولة و «ما» الزائدة (بمعنى ان غيره محتاج الى السعى على الرزق حتى يحصل له) غالبا (و طالب العلم لا يكلف بذلك) الطلب (بل) كلف (بالطلب) للعلم (و كفاه مئونة الرزق ان احسن النية) بان تكون نيته لله تعالى (و اخلص القربة) اى شرع فى العلم بعزم خالص لله تعالى، دون طلب الجاه او المال او ما اشبه.

(و عندى) اى الشهيد الثانى صاحب المنية (فى ذلك) الّذى ذكرت من ان الله يرسل رزق اهل العلم (من الوقائع ما لو جمعته) بلغ (ما لا يعلمه الا الله من حسن صنع الله تعالى) بى (و جمل) مئونتى مدة (ما اشتغلت بالعلم، و هو مبادئ عشر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۲

الثلاثين و تسعمائة الى يومنا هذا، و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة و بالجملة ليس الخبر كالعيان.

الثلاثين و تسعمائة) اى اوائل هذا العلم (الى يومنا هذا) الّذى أؤلف فيه المنية (و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة، و بالجملة ليس الخبر كالعيان).

اذ السامع يحتمل الصدق و الكذب، اما المرائى فلا يحتمل الكذب اصلا.

اقول: لا يخفى انه قد خلط الامر على بعض الطلاب الذين لم يدركوا حقيقة الروايات، و حقيقة كلام علمائنا الاخيار كالكلام المتقدم، فلم يميزوا بين التحصيل المأمور بتركه، و التحصيل المأمور بفعله، و هذا هو سبب ما يعانيه غالب طلاب العلوم الدينية من الفقر و المسكنة.

و كيف يمكن ان يقال: ان اللّه ضمن لاهل العلم ارزاقهم و غير اهل العلم هم المكلفون بتحصيل الرزق، ثم ان من ضمنه اللّه أسوأ حالا من غيره؟

أ ليس هذا لاجل عدم فهم المقصود من الضمان؟ ان الادلة الدالة على ان اللّه سبحانه ضمن لاهل العلم ارزاقهم، مثل الادلة الدالة على ان اللّه ضمن الارزاق لمن عداهم، كقوله سبحانه: إِنَّ اللّهَ هُوَ الرَّزّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ و قوله سبحانه: نَحْنُ قَسَمْنا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيٰاةِ الدُّنْيا، و قوله سبحانه: وَ الَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَ يَسْقِينِ، و قوله تعالى: وَ مٰا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلّا عَلَى اللّهِ رِزْقُهٰا، او نحو ذلك كقوله سبحانه: وَ مَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۳

....

اللّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ، الی غیرها.

و من المعلوم: انه لا یصح لاجل ذلک الجلوس و انتظار ان یأتی الرزق من السماء، بل معنی ذلک ان ینظر الانسان الی القوی الخارجة من ارادته، کما ینظر الی القوی الداخلة تحت امره، فلا یزعم کالمادیین انه یعمل کل شیء و انه لا خالق للکون، فان امور الکون و منها الرزق لها جهتان.

جهة مربوطة باللّه تعالی هی تهیئة الاسباب و الوسائل و القوی.

و جهة مربوطة بالانسان هی العمل و الکد و التحصیل و الاکتساب.

فالمادیون یزعمون ان الامر مربوط بهم تماما من دون مدخلیة من عداهم.

و الواقع ان الامر مربوط بالجهتین.

اما اختصاص اهل العلم بان اللّه ضمن ارزاقهم مع ان الکل کذلک کما یستفاد من الآیات المتقدمة و غیرها، فهی اشارة الی امر طبیعی أیضا- و من المعلوم ان هذا الامر الطبیعی أیضا من صنع اللّه تعالی کما ان الزراعة من صنع الله تعالی فی قوله: أَ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزّارِعُونَ؟- و هو ان اللّه سبحانه جعل العلم بحیث یمیل إلیه الناس و یوفرون لاهل العلم الرزق، و یعطونهم المنح و هذه حقیقة لا شک فیها کما هو المشاهد منذ زمان الرسول صلّی اللّه علیه و آله الی هذا الیوم و لیس معنی ذلک ان یترک اهل العلم تحصیل الرزق و الاکتساب لیعیشوا عیشة ذلیلة متواضعة، فان الرسول صلّی اللّه علیه و آله و الأئمة الطاهرین علیهم السلام افضل اسوة، و قد کانوا یکدون و یکدحون و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۴

....

یتاجرون و یشترون البساتین و یعملون فیها لاجل معایشهم، فهل تری انهم لم یدرکوا معنی حدیث ان اللّه ضمن لاهل العلم ارزاقهم، و نحن ادرکناه؟

و هذه المقدمة الطویلة انما ذکرناها، و ان کانت خارجة عن وضع الشرح.

أولا لبیان الخطاء فی فهم بعض الطلاب الّذی یسبب هذا الخطاء انحراف معیشتهم عن المتعارف، و یسبب لهم کل ذلة و مشکلة.

ففی الحدیث الفقر سواد الوجه فی الدارین.

و فی حدیث آخر: نعم العون علی الدین الغنی، و هذا هو سبب عدم رغبة الناس فی الانخراط بهذا لمسلک مع اذعانهم بان اهل العلم المتدینین اقرب الی ثواب الله و رحمته.

و ثانیا:- لتحریض اهل العلم لعلاج هذه المشکلة التی کلما بقیت یکون امر اهل العلم علی نفس المنوال السابق من انحطاط المعیشة و الاهانة الاجتماعیة و فی المثل: الکرامة الاقتصادیة توجب الکرامة الاجتماعیة، و ما احسنه من مثل، و العلاج بسیط بسیط جد المن اراد العلاج.

و هو أولا: بتخصیص قسم من الوقت للاکتساب و لو الاکتسابات السهلة کالخیاطة و نحوها.

و ثانیا: بتکوین الاوقاف التی تدربا لارباح.

و ثالثا: بایجاد لجان جمع الحقوق و التبرعات تحت نظام دقیق و مراقبة کافیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۵

و روی شیخنا المقدم محمد بن یعقوب الکلینی قدس سره، باسناده الی الحسین بن علوان، قال: کنا فی مجلس، نطلب فیه العلم و قد نفدت نفقتی فی بعض الاسفار، فقال لی بعض اصحابی من تؤمل لما قد نزل بک؟ فقلت: فلانا، فقال: اذا و اللّه لا تسعف بحاجتک، و لا تبلغ املک و لا تنجح طلبتک.

و رابعا: بجعل بعض المال فی التجارات بعنوان المضاربة و نحوها.

و خامسا: بإلقاء بعض الکل علی اموال الدولة الی غیرها، و هذا کله سهل بالنسبة الی المفکرین العاملین الحازمین، و الکلام فی المقام طویل جدا، نکتفی بهذا القدر الماعا الی فهم الاخبار و المشکلة و حلها و اللّه الموفق.

(و روی شیخنا المقدم محمد بن یعقوب الکلینی قدس سره، باسناده الی الحسین بن علوان، قال: کنا فی مجلس، نطلب فیه العلم و قد نفدت نفقتی فی بعض الاسفار، فقال لی بعض اصحابی من تؤمل لما قد نزل بک؟ فقلت: فلانا، فقال: اذا و اللّه) حیث تؤمل فلانا (لا تسعف) بصیغة المجهول (بحاجتک) ای لا تقضی حاجتک (و لا تبلغ املک، و لا تنجح طلبتک).

اقول قبل تمام الحدیث ان کان مراد ذلک المؤمل الامل بذلک الانسان دون اللّه تعالی، فکلام صاحبه صحیح، و ان کان المراد الامل الّذی امر اللّه به من تطلب الاشیاء عن اسبابها، فکلام صاحبه غیر صحیح.

و الحدیث الّذی استدل به الصاحب غیر دال علی ذلک، بل الاستدلال بهذا الحدیث اشبه ما یکون بمن قعد عن الزراعة، لقوله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۶

قلت: و ما علمک رحمک الله؟ قال ان أبا عبد الله علیه السلام حدثنی انه قرء فی بعض کتبه ان الله تبارک و تعالی یقول: و عزتی و جلالی و مجدی و ارتفاع مکانی علی عرشی لاقطعن امل کل مؤمل غیری بالیأس، و لأکسونه ثوب المذلة عند الناس،

سبحانه: أَمْ نَحْنُ الزّارِعُونَ، و من قعد عن الاکتساب لقوله تعالی: إِنَّ اللّهَ هُوَ الرَّزّاقُ، و من قعد عن الذهاب الی الطبیب لقوله تعالی: وَ إِذا مَرِضْتُ فَهُوَ یَشْفِینِ.

(قلت: و ما علمک رحمک الله؟ قال ان أبا عبد الله علیه السلام حدثنی انه قرء فی بعض کتبه ان الله تبارک و تعالی یقول: و عزتی و جلالی و مجدی) ای عظمتی و سؤددی (و ارتفاع مکانی) المعنوی (علی عرشی) ای سلطنتی، او المراد العرش الجسمانی الّذی هو محل تشریفی کما ان الکعبة محل تشریف اللّه فی الارض (لاقطعن امل کل مؤمل غیری بالیأس، و لأکسونه ثوب المذلة عند الناس).

لا یقال: کیف هذا، و نری ان الملحدین لا تقطع آمالهم، الا بقدر ما تقطع آمال المؤمنین، بل اقل، و لا ذلة لهم، بل کثیرا ما ذلة المؤمنین اکثر.

لانه یقال: اما المراد الأمل مطلقا و العزة مطلقا ای فی الدنیا و الآخرة، فان امل الملحد الوصول الی حاجته المسعدة له، و هنا یقطع لان الحاجة لا تسعده فی الآخرة، فهو یسعد یوما و یشقی الف یوم و المؤمن یشقی یوما و یسعد الف یوم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۷

و لأنحینه من قربی، و لأبعدنه من وصلی، أ یأمل غیری فی الشدائد؟ و الشدائد بیدی و یرجو غیری، و یقرع باب غیری و بیدی مفاتیح الابواب، و هی مغلقة، و بابی مفتوح لمن دعانی، فمن ذا الّذی أمّلنی لنوائبه فقطعته

فیصح ان یقال: قطع امل الکافر، و لم یقطع امل المؤمن- بالحمل الشائع- و هکذا بالنسبة الی المذلة فی الدنیا و فی الآخرة.

و اما المراد من هذا، الاقتضاء لا العلیة.

و من المعلوم ان المؤمنین اذا عملوا بمقتضیات الاسلام، یکونون أعلی من الکفار، فیقطع امل الکفار و یؤتی امل المسلمین، فان اغلب

الادلة من باب المقتضیات، لا العلة التامة، نحو قوله: الشفاء فی تربته و استجابة الدعاء تحت قبته.

و ذلک کما نقول: الدواء الفلانی ینفع المرض الفلانی، فانه من باب المقتضی، لا العلة التامة (و لأنحینه من قربی) ای قرب الشرف، لان الله سبحانه: لا مکان له (و لأبعدنه من وصلی) فلا اصله بالخیر و السعادة (أ یأمل غیری فی الشدائد) استفهام انکار (و) الحال ان (الشدائد) حلها (بیدی و یرجو غیری، و یقرع باب غیری) ای یفکر فی ان یذهب الی الناس لحل مشکلته، و کشف کربته، و دفع شدته (و بیدی مفاتیح الابواب، و هی مغلقة، و بابی مفتوح لمن دعانی) کنایة عن ان الله سبحانه یسمع الدعاء کل وقت، و یجیب کل وقت، لا- کالملوک الذین لهم وقت خاص فی فتح ابوابهم، و الاستماع الی الشکاوی، و حلهم لمشاکل الناس، و اعطائهم حاجاتهم (فمن ذا الّذی أمّلنی لنوائبه فقطعته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۸

دونها و من ذا الّذی رجانی لعظیمة فقطعت رجائه منی، جعلت آمال عبادی عندی محفوظة فلم یرضوا بحفظی،

دونها).

و لا یخفی ان المراد الامل من طرقه، لا مجرد الامل بدون قرع الطرق، فان الدنیا دار الاسباب.

و علی هذا فالمراد: الامل الّذی هو فی مورده، فالامل بان یرد اللّه ید المقطوع الید امل فی غیر مورده.

ان قلت: اذا فما هو الفرق بین الآمل الّذی یطرق الابواب فی الامل، و بین غیر الآمل، کالملحد الّذی یطرق الابواب فی مورد الامل.

قلت الفرق ان المؤمل اعتقد ما هو الواقع، اذ الامور بید اللّه تعالی و الاسباب اسباب مجردة، بخلاف غیر المؤمل، فانه اخطأ الواقع.

الا تری: انه لو کان هناک شخصان اعتقد احدهما بان هذا القصر الّذی سوف یبنی، یبنیه انسان قادر عالم، و الآخر اعتقد ان هذا القصر یبنیه حیوان اعجم، مثلا فرس مربوط هناک، کان الاول مصیب و الآخر مخطأ.

و لا فرق بینهما فی النتیجة و هی ان القصر سوف یبنی بالإضافة الی التأثیر الواقعی للآمل، حیث یلطف اللّه سبحانه بالذی أمّله اکثر من غیره، و ان کان تعالی «یعطی من لم یسأله و من لم یعرفه تحننا منه و رحمة» (و من ذا الّذی رجانی لعظیمة) ای مهمة عظیمة (فقطعت رجائه منی، جعلت آمال عبادی عندی محفوظة) ای حفظا لأؤدّیها إلیهم (فلم یرضوا بحفظی) بل وجهوها الی غیری، کالانسان الّذی لا یرضی بحفظ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۴۹

و ملأت سماواتی ممن لا یمل من تسبیحی، و أمرتهم ان لا یغلقوا الابواب بینی و بین عبادی فلم یثقوا بقولی، الم یعلم من طرقته نائبة من نوائبی انه لا- یملک کشفها احد غیری، الا- من بعد اذنی، فما لی اراه لاهیا عنی اعطیته بجودی ما لم یسألنی، ثم انتزعته منه فلم یسألنی ردّه و سئل غیری، أ فترانی ابدأ بالعطایا قبل المسألة؟ ثم اسئل فلا اجیب سائلی، أ بخیل

امین، فیأخذ ماله منه لیؤدیه الی انسان غیر امین (و ملأت سماواتی ممن لا- یملّ من تسبیحی) ای الملائکة (و أمرتهم ان لا یغلقوا الابواب بینی، و بین عبادی) کنایة عن وصول الحاجات إلیه تعالی بالطرق العادیة، مع الغض عن انه تعالی عالم بکل شیء بدون الوصول من طریق السماء (فلم یثقوا بقولی) و ظنوا ان ابواب الدعاء مغلقة (الم یعلم من طرقته نائبة من نوائبی) النوائب تنسب الی اللّه تعالی.

اما التکوینیة کالزلازل و الفیضانات و الامراض، فواضح، و اما الجور، و الظلم و نحوهما فلان الله تعالی یترک الجائر لیفعل ذلک، کما یقال:

افسد الأب الابن اذا ترکه لیعمل ما یشاء، و ترکه سبحانه للظالمین انما هو للامتحان و الاختبار (انه لا یملک کشفها احد غیری، الا من

بعد اذنی فما لی) بعد هذا (اراه لاهیا) غافلا (عنی اعطیته بجودی) لا باستحقاقه (ما لم یسألنی) من الحیاة، و سائر النعم (ثم انتزعته منه فلم یسألنی ردّه) ای رد ذلک الجود الّذی انتزعته (و سئل غیری) ان یرد النعمة علیه (أ فترانی ابدأ بالعطایا قبل المسألة) ای قبل السؤال (ثم اسئل) بصیغة المجهول (فلا اجیب سائلی، أ بخیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۰

انـا؟ فیبخلنی عنـدی، او لیس الجود و الکرم لی؟ او لیس العفو و الرحمـهٔ بیـدی؟ او لیس انـا محـل الآمـال؟ فمن یقطعهـا دونی؟ أ فلا یستحی المؤملون ان یؤملوا غیری؟ فلو ان اهل سماواتی و اهل ارضی أمّلوا جمیعا ثم اعطیت کل واحـد منهم مثل ما أمّل الجمیع، ما انتقص من ملکی، مثل عضو ذرهٔ، و کیف ینقص ملک انا قیمه؟

انا) استفهام انکار (فیبخلنی) ای ینسبنی الی البخل بما (عندی، ا و لیس الجود و الکرم لی؟ ا و لیس العفو و الرحمهٔ بیدی؟ ا و لیس انا محـل الآمـال) کـان الانسـان المؤمـل محـلّ لنزول الامـل فیه من بـاب تشبیه المعقول بالمحسوس (فمن یقطعها) ای یقضـیها، او یردها (دونی؟) فانه سبحانه مسبب الاسباب، و معطی الخیرات (أ فلا یستحی المؤملون ان یؤملوا غیری؟ فلو ان اهل سماواتی و اهل ارضی أمّلوا جمیعا) کل واحـد آمالا (ثم اعطیت کل واحـد منهم مثل ما أمّل الجمیع، ما انتقص من ملکی، مثل عضو ذرهٔ) ای نملـهٔ (و کیف ینقص ملک انا قیمهٔ) القائم بامره.

فـان من الواضـح: انه سبحانه یخلق الاشـیاء بکلمـهٔ «کن» بل بالارادهٔ المجردهٔ، و لو خلق ملائین الملائین من مثل الکون لم ینقص منه شیء، لان ذاته و قدرته غیر متناهیهٔ.

و قد قال علماء الفلک ان الشمس اکبر من الارض بمقدار ملیون و ثلاثمائهٔ الف مرهٔ.

و قالوا ان بعض الکواکب العادیهٔ اکبر من الشمس ستین ملیون مرهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۱

فیا بؤسا للقانطین من رحمتی، و یا بؤسا لمن عصانی و لم یراقبنی، انتهی الحدیث الشریف، و انتهی کلام شیخنا الشهید ره.

قال فی الحـدائق: و یـدل علی ذلک باصـرح دلالهٔ ما رواه فی الکافی، باسناده الی ابی اسحاق السبیعی، عمن حدثه، قال سـمعت امیر المؤمنین علیه السـلام یقول: ایهـا النـاس ان کمـال الـدین طلب العلم و العمل به، الا و ان طلب العلم اوجب علیکم من طلب المال، ان المـال مقسوم مضـمون لکم قـد قسـمه عادل بینکم و ضـمنه لکم، و سـیفی لکم، و العلم مخزون عنـد اهله و قـد امرتم بطلبه من اهله، فاطلبوه.

(فیا بؤسا للقانطین من رحمتی، و یا بؤسا لمن عصانی و لم یراقبنی، انتهی الحـدیث الشـریف) و قد عرفت عدم دلالته علی عدم العمل و الاکتساب (و انتهی کلام شیخنا الشهید ره).

(قـال فی الحـدائق: و یـدل علی ذلـک باصـرح دلالـهٔ) ای ان اخبـار طلب العلم مخصـص لاخبـار طلب المال و الاکتساب (ما رواه فی الکافی، باسـناده الی ابی إسـحاق السبیعی، عمن حـدثه، قال سـمعت امیر المؤمنین علیه السـلام یقول: ایها الناس ان کمال الدین طلب العلم و العمـل به) الظـاهر ان المراد بالـدین الاعتقـاد، و لـذا فـالعلم و العمـل من مکملاته (الا و ان طلب العلم اوجب علیکم من طلب المال).

و ذلک ل (ان المال مقسوم مضمون لکم قد قسمه عادل بینکم و ضمنه لکم، و سیفی لکم) من وفی یفی، و السین للاستقبال (و العلم مخزون عند اهله و قد امرتم) بصیغهٔ المجهول (بطلبه من اهله، فاطلبوه) الی آخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۲

الخبر.

قال و یؤکد ما رواه فی الکافی بسنده عن ابی جعفر علیه السلام، قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: یقول اللّه عز و جل: و عزتی و جلالی و کبریائی و نوری و عظمتی و علوّی و ارتفاع مکانی، لا یؤثر عبد هوای علی هواه الا استحفظته ملائکتی، و کفلت السماوات و الارضین رزقه، و کنت له من وراء تجارة کل تاجر.

(الخبر).

فان معنی: الاوجبیة ان العلم مقدم علی المال.

و لعل المراد بالحدیث: ان المال له طرق مسلوکة یطلبه غالب الناس من طرقه، فینالون المقدار المعلوم فی علم اللّه المسمی بالمقسوم.

اما العلم فالغالب لیسوا فی فکر تحصیله و لذا هو اثقل مئونة، فیحتاج الی طلب اکثر، و الا فلا شبهة فی ان کل واحد من العلم و المال مقسوم، و ان کل واحد منهما یحتاج الی الطلب.

(قال) الحدائق (و یؤکد) ای تخصیص اخبار طلب العلم لاخبار طلب الرزق (ما رواه فی الکافی بسنده عن ابی جعفر علیه السلام، قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: یقول الله عز و جل: و عزتی و جلالی و کبریائی و نوری و عظمتی و علوّی و ارتفاع مکانی) المکانة المعنویة ای السیادة و السیطرة (لا یؤثر) و لا یقدم (عبد هوای) او امری (علی هواه الا استحفظته ملائکتی) ای طلبت منهم ان یحفظوه (و کفلت السماوات و الارضین رزقه، و کنت له من وراء تجارة کل تاجر) فکان مادة التجار قلیلة، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۳

فتأتیه الدنیا و هی راغمة، انتهی کلامه.

و انت خبیر بان ما ذکره الحدائق من کلام الشهید ره و ما ذکره من الحدیث القدسی لا ارتباط له بما ذکره، من رفع التنافی بین ادلة الطرفین.

لان ما ذکر من التوکل علی اللّه، و عدم ربط القلب لغیره لا ینافی الاشتغال بالاکتساب.

و لذا کان امیر المؤمنین صلوات اللّه علیه، و علی اخیه، و زوجته، و ولدیه،

مادة تجارته من جانبی، و هی لا تنضب ابدا (فتأتیه الدنیا و هی راغمة) ای شاءت أم ابت (انتهی کلامه) ای کلام الحدائق.

(و انت خبیر بان ما ذکره الحدائق من کلام الشهید ره و ما ذکره من الحدیث القدسی) المنسوب الی اللّه تعالی (لا ارتباط له بما ذکره) الحدائق (من رفع التنافی بین ادلة الطرفین) ادلة طلب العلم، و ادلة طلب المال.

(لان ما ذکر من التوکل علی اللّه، و عدم ربط القلب لغیره لا ینافی الاشتغال بالاکتساب) بل الاکتساب نوع من التوکل و ربط القلب بالله لان المتوکل الحقیقی هو الّذی یعتمد علی کلام من توکل علیه، و یعمل حسب امره و ارشاده.

(و لذا کان امیر المؤمنین صلوات اللّه علیه، و علی اخیه) الرسول صلّی اللّه علیه و آله (و زوجته) الصدیقة الطاهرة علیها السلام (و ولدیه) الحسن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۴

و ذریته جامعا بین اعلی مراتب التوکل و اشدّ مشاق الاکتساب، و هو الاستقاء لحائط الیهودی.

و لیس الشهید أیضا فی مقام ان طلب العلم افضل من التکسب و ان کان افضل، بل فی مقام ان طالب العلم اذا اشتغل بتحصیل العلم، فلیکن منقطعا عن الاسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطین و الحاصلة من الموقوفات للمدارس، و اهل العلم، و الموجودة الحاصلة غالبا للعلماء و المشتغلین من معاشرة السلطان و اتباعه

و الحسین علیهما السلام (و ذریته) الطاهرة الائمة علیهم السلام (جامعا بین اعلی مراتب التوکل و اشد مشاق الاکتساب، و هو الاستقاء لحائط الیهودی) ای بستانه، کما رواه فی البحار و غیره، بل و کذلک اشتغل الرسول صلّی اللّه علیه و آله و جملة من الأنبیاء، کما لا یخفی.

(و لیس الشهید أیضا) خلافا لظاهر نسبة الحدائق إلیه (فی مقام ان طلب العلم افضل من التکسب و ان کان افضل) حتی یستشهد الحدائق بکلامه دلالة علی ما ذکره من الجمع بین اخبار طلب العلم و طلب المال (بل فی مقام ان طالب العلم اذا اشتغل بتحصیل العلم، فلیکن منقطعا عن الاسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطلاب العلوم) الدینیة (من الوظائف المستمرة من السلاطین) الجائرین، و غیرهم (و) الوظائف (الحاصلة من الموقوفات للمدارس، و اهل العلم، و الموجودة الحاصلة غالبا للعلماء و المشتغلین من معاشرة السلطان و اتباعه) «من»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۵

و المراودة مع التجار و الاغنیاء و العلماء الذین لا ینتفع منهم، الا بما فی ایدیهم من وجوه الزکوات و رد المظالم و الاخماس و شبه ذلک، کما کان متعارفا فی ذلک الزمان بل فی کل زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سببا للمعیشة من الجهات التی ذکرناها.

و بالجملة: فلا شهادة فیما ذکر من کلام الشهید، من اوله الی آخره، و ما اضاف إلیه من الروایات فی الجمع المذکور اعنی تخصیص ادلة

متعلق «بالاسباب الظاهرة» ای لا یعاشر السلطان و اتباعه لاجل تحصیل المعیشة (و المراودة مع التجار و الاغنیاء و العلماء الذین لا ینتفع منهم، الا بما فی ایدیهم) ای العلماء الذین لا ینتفع بعلمهم و تقواهم، و انما ینتفع بما فی ایدیهم (من وجوه الزکوات و رد المظالم و الاخماس و شبه ذلک).

و الحاصل: یرید الشهید ان لا یتملق طالب العلم للذین فی ایدیهم الدنیا، لیستدرجوه الی الآثام و ترک التقوی (کما کان متعارفا فی ذلک الزمان) ای زمان الشهید (بل فی کل زمان، فربما جعل) طالب العلم (الاشتغال بالعلم بنفسه) ای جعل نفس الاشتغال (سببا للمعیشة من الجهات التی ذکرناها) «من» متعلق «بالمعیشة».

(و بالجملة: فلا شهادة فیما ذکر) الحدائق (من کلام الشهید، من اوله الی آخره، و ما اضاف إلیه من الروایات فی الجمع المذکور) فی کلام الحدائق بین ادلة طلب العلم و بین ادلة الاکتساب، و الجمع (اعنی تخصیص ادلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۶

طلب الحلال بغیر طالب العلم.

ثم انه لا اشکال فی ان کل من طلب العلم و طلب الرزق ینقسم الی الاحکام الاربعة او الخمسة.

و لا ریب ان المستحب من احدهما لا یزاحم الواجب، و لا الواجب الکفائی الواجب العینی.

طلب الحلال بغیر طالب العلم) کما عرفت عدم ظهور هذا الجمع.

(ثم) ان الوجه الثانی من وجوه الجمع بین ادلة طلب العلم و ادلة طلب المال بالاکتساب هو ما ذکره الحدائق أیضا و قد نقله المصنف بادنی تفاوت.

ف (انه لا اشکال فی ان کل من طلب العلم و طلب الرزق ینقسم الی الاحکام الاربعة) باستثناء المباح (او الخمسة) الواجب و المستحب و المباح و المکروه و الحرام.

و الواجب منهما قد یکون عینیا و قد یکون کفائیا، فالجمع بین دلیلی طلب العلم و طلب المال انما هو فی صورة التعارض، و ذلک انما یکون بتقدیم احد الدلیلین علی الآخر، اذا کان احدهما اقوی، و الا فالتخییر لان الباب من التزاحم لا التعارض.

(و لا ریب ان المستحب من احدهما) طلب العلم او المال (لا یزاحم الواجب) من دلیل الآخر (و لا) یزاحم (الواجب الکفائی) منهما (الواجب العینی).

فاذا کان طلب المال واجبا عینیا لاجل قوته و قوت عیاله، و طلب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۷

و لا اشکال أیضا فی ان الاهم من الواجبین المعینین مقدم علی غیره.

و کذا الحکم فی الواجبین الکفائیین، مع ظن قیام الغیر به.

و قد یکون کسب الکاسب مقدمة لاشتغال غیره بالعلم فیجب او یستحب، مقدمة.

بقی الکلام فی المستحب من الامرین

العلم واجبا کفائیا لوجود من یقوم به، قدّم المکلف طلب المال.

(و لا اشکال أیضا فی ان الاهم من الواجبین المعینین مقدم علی غیره) فاذا کان کل من طلب العلم و طلب المال واجبا عینیا، و لکن المال اهم من جهة انه لو لم یحصله مات جوعا، قدّم طلب المال علی طلب العلم.

(و کذا الحکم) کالواجب العینیین (فی الواجبین الکفائیین) بان کلّا من طلب المال و طلب العلم واجب، کفائیا (مع ظن قیام الغیر به) فانه یقدم الا هم منهما، کما لو ظن قیام بعض طلبة العلوم الدینیة بالعلم او ظن قیام اخیه بالانفاق علی ابیه و أمه.

(و قد یکون کسب الکاسب مقدمة لاشتغال غیره بالعلم) مثل کسب الأب للانفاق علی ولده الّذی هو یطلب العلم (فیجب) الکسب اذا کان طلب ولده للعلم واجبا (او یستحب) اذا کان طلب ولده للعلم مستحبا لوجود اهل العلم بقدر الکفایة (مقدمة) فان مقدمة الواجب واجبة، و مقدمة المستحب مستحبة.

(بقی الکلام فی المستحب من الامرین) طلب المال و طلب العلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۸

عند فرض عدم امکان الجمع بینهما.

و لا ریب فی تفاوت الحکم بالترجیح باختلاف الفوائد المرتبة علی الامرین.

فرب من لا یحصل له باشتغاله بالعلم، الّا شیء قلیل لا یترتب علیه کثیر فائدة، و یترتب علی اشتغاله بالتجارة فوائد کثیرة.

منها: تکفل احوال المشتغلین من ماله، او مال اقرانه من التجار المخالطین معه

(عند فرض عدم امکان الجمع بینهما) و کذلک فیما کان کل منهما واجبا عینیا، بدون ان یکون احدهما اهمّ.

(و لا ریب فی تفاوت الحکم بالترجیح) ای ترجیح العلم علی المال او العکس (باختلاف الفوائد المرتبة علی الامرین) علی تحصیل العلم و علی تحصیل المال.

فاذا کانت الفوائد المرتبة علی المال اهم، کان تحصیل المال آکد.

و اذا کانت الفوائد المرتبة علی العلم اهمّ کان تحصیل العلم آکد.

(فرب من)- ای انسان- (لا یحصل له باشتغاله بالعلم الّا شیء قلیل) من العلم (لا یترتب علیه کثیر فائدة) ککونه هادیا لعشرة مثلا (و) الحال انه (یترتب علی اشتغاله بالتجارة فوائد کثیرة) کاقامة عمود الاسلام مثلا.

(منها) ای من تلک الفوائد- من باب المثال- (تکفل احوال المشتغلین من ماله، او مال اقرانه من التجار المخالطین معه) فان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۵۹

علی وجه الصلة، او الصدقة الواجبة و المستحبة، فیحصل بذلک ثواب الصدقة، و ثواب الاعانة الواجبة او المستحبة علی تحصیل العلم.

و رب من یحصل بالاشتغال مرتبة عالیة من العلم یحیی بها فنون علم الدین، فلا یحصل له من کسبه الا قلیل من الرزق.

فانه لا اشکال فی ان اشتغاله بالعلم و الاکل من وجوه الصدقات

التاجر یسمع کلام مخالطه التاجر اکثر مما یسمع کلام اهل العلم- غالبا- (علی وجه الصلة) «علی» متعلق ب «تکفل» ای القربة المطلقة (او الصدقة الواجبة) کالزکاة (و المستحبة) کزکاة التجارة، و حق الجذاذ و ما اشبه (فیحصل) هذا الّذی ترک العلم لطلب الکسب (بذلک) ای بتحصیله للمال الّذی هو مقدمة الصدقة و الاعانة (ثواب الصدقة) لانه تصدق بماله صدقة واجبة او مستحبة (و ثواب الاعانة) علی تحصیل العلم (الواجبة) تلک الاعانة، لوجوب اعانة اهل العلم فیه کان تحصیل العلم واجبا (او المستحبة) فیما کانت الاعانة مستحبة (علی تحصیل العلم) «علی» متعلق ب «الاعانة»

(و رب) ما یکون الامر بالعکس فیکون تحصیل العلم اهم من تحصیل المال و ذلک فی (من یحصل بالاشتغال) بطلب العلم (مرتبة عالیة من العلم یحیی بها) ای بسبب تلک المرتبة العالیة (فنون علم الدین، فلا یحصل له من کسبه الا قلیل من الرزق) مما لا یوجب توسعة علی نفسه او علی غیره.

(فانه لا اشکال فی ان اشتغاله بالعلم و الاکل من وجوه الصدقات)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۰

ارجح.

و ما ذکر من حدیث داود علی نبینا و آله و علیه السلام فانما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالکسب بشیء من وظائف النبوة، و الرئاسة العلمیة.

و بالجملة فطلب کل من العلم و الرزق اذا لوحظ المستحب منهما من حیث النفع العائد الی نفس الطالب کان طلب العلم ارجح.

الواجبة او المستحبة (ارجح).

(و) ان قلت: لا اشکال فی ان اشتغال داود علیه السلام بالعلم کان افضل من اکتسابه لما یترتب علی علم و عمل داود من الفوائد الجمة بالتدریس و التوجیه و البناء لاسس الدین فلما ذا امر بالکسب و ترک الاکل من بیت المال.

قلت: (ما ذکر من حدیث داود علی نبینا و آله و علیه السلام فانما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالکسب بشیء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمیة) و لذا رجح الکسب فی حقه من الاکل من بیت المال.

و قد تقدم منّا ما یکون وجها لذلک فراجع.

(و بالجملة فطلب کل من العلم و الرزق اذا لوحظ المستحب منهما) لا الواجب (من حیث النفع العائد الی نفس الطالب) کما لو دار بین ان یعرف مسائل اکثر، او یوسع علی نفسه برزق اکثر (کان طلب العلم ارجح) لما فیه من الثواب العظیم، و الاجر الجسیم، و خیر الدنیا و الآخرة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۱

و اذا لوحظ من جهة النفع الواصل الی الغیر کان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل.

فثبت من ذلک کله ان تزاحم هذین المستحبین، کتزاحم سائر المستحبات المتنافیة کالاشتغال بالاکتساب او طلب العلم غیر الواجبین

مع المسير الى الحج المستحب، او الى مشاهد الائمة عليهم السلام او مع السعى فى قضاء

(و اذا لوحظ) المستحب منهما (من جهة النفع الواصل الى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل)
فربما كان تحصيل المال سببا لاضعاف النفع الواصل بسبب العلم مثلا: اذا حصل العلم كان انسانا مفيدا هاديا و اذا حصل المال انفقه لادخال عشرات الناس فى طلب العلم الذين يكونون هداة دعاة الى الحق.
(فثبت من ذلك كله ان تزاحم هذين المستحبين، كتزاحم سائر المستحبات المتنافية).
فان باب المستحبات باب التزاحم لا باب التعارض، لوجود الملاك فى كل واحد منهما، و ان لم يتمكن المكلف من الجمع بينهما، كوجود الملاك فى انقاذ كل من الغريقين، و ان لم يتمكن المكلف من انقاذ كليهما (كالاشتغال بالاكتساب) المستحب (او طلب العلم) المستحب اعنى (غير الواجبين) فيما اذا تزاحم احدهما (مع المسير الى الحج المستحب، او الى مشاهد الائمة عليهم السلام او مع السعى فى قضاء
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٣٦٢
حوائج الاخوان الّذى لا يجامع طلب العلم، او المال الحلال، الى غير ذلك مما لا يحصى.

حوائج الاخوان) السعى (الّذى لا يجامع طلب العلم، او) لا يجامع طلب (المال الحلال، الى غير ذلك مما لا يحصى) من الامثلة كالتزاحم بين قراءة القرآن و قراءة الدعاء، او بين قراءة القرآن و القيام بصلاة نافلة، او بين الذهاب الى المشهد او الذهاب الى صلة رحم مستحبة و هكذا.
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٣٦٣

مسئلة لا خلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية،

و اختلفوا فى حرمته و كراهته، فعن التقى و القاضى و الحلى و العلامة فى المنتهى:
الحرمة، و هو المحكى عن ظاهر الدروس، و حواشى المحقق الثانى، و عن الشيخ، و ابن زهرة لا يجوز، و أوّل فى المختلف عبارة الشيخ بالكراهة، و هى- اى الكراهة- مذهب الاكثر، بل عن إيضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم، و عن نهاية الاحكام تلقى الركبان مكروه عند اكثر علمائنا، و ليس حراما اجماعا.

(مسألة) تلقى الركبان عبارة عن ان يذهب الانسان خارج المدينة مثلا- ليتلقى الذين جاءوا من الخارج لبيع بضائعهم او اشتراء بضائع فيشترى منهم بقيمة ارخص، او يبيع لهم (لا خلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية) متعلق بالمرجوحية (و اختلفوا فى حرمته و كراهته، فعن التقى و القاضى و الحلى و العلامة فى المنتهى: الحرمة و هو) اى القول بالحرمة (المحكى عن ظاهر الدروس، و حواشى المحقق الثانى، و عن الشيخ، و ابن زهرة) التعبير بلفظ؛ (لا يجوز، و اوّل فى المختلف عبارة الشيخ)- و هى لفظة: لا يجوز- (بالكراهة، و هى اى الكراهة- مذهب الاكثر، بل عن إيضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم، و عن نهاية الاحكام تلقى الركبان مكروه عند اكثر علمائنا، و ليس حراما اجماعا).
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٠، ص: ٣٦٤
و مستند التحريم ظواهر الاخبار، منها: ما عن منهال القصاب، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: لا تلقّ فان رسول الله نهى عن التلقى، قلت: و ما حدّ التلقى، قال: ما دون غدوة او روحة.

قلت و کم الغدوة و الروحة، قال: أربعة فراسخ.

قال ابن ابی عمیر و ما فوق، فذلک فلیس بتلقّ.

اقول: لا تنافی بین قوله «اکثر» و قوله «اجماعا» اذ: الکراهة أیضا غیر ثابتة عند البعض، لانه لم یتکلم عن هذه المسألة أصلا فالتحریم منفی قطعا، اما الکراهة فقد ذکرها الاکثر.

(و مستند التحریم ظواهر الاخبار، منها: ما عن منهال القصاب، قال: قال ابو عبد الله علیه السلام: لا تلقّ) فعل نهی من «تلقی یتلقی» و اصله «تتلق» حذف احدی تاءیه مثل «تنزل» فوزنه «لا تتصرف» من باب «التفعّل» (فان رسول الله نهی عن التلقی، قلت: و ما حدّ التلقی) ای المسافة التی ان ذهب الانسان الی تلک المسافة یسمی تلقیا (قال: ما دون غدوة او روحة) ای بمقدار المشی صباحا، و المشی عصرا، فانه اذا کان اکثر من ذلک لا یسمی تلقیا، لانه سفر لاکتساب المعیشة، فهذا المقدار و ما دونه یسمی تلقیا.

(قلت و کم الغدوة و الروحة، قال: أربعة فراسخ) لان المسافر یسافر فی نهار یوم ثمانیة فراسخ، فللصباح أربعة، و للعصر أربعة.

(قال ابن ابی عمیر و ما فوق، فذلک فلیس بتلق) لما عرفت من انه سفر، و السفر للتجارة مستحب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۵

و فی خبر عروة لا یتلقی احدکم تجارة خارجا من المصر و لا یبیع حاضر لباد، و المسلمون یرزق الله بعضهم من بعض.

و فی روایة اخری لا تلق و لا تشتر ما یتلقی، و لا تأکل منه.

و ظاهر النهی عن الاکل: کونه لفساد المعاملة، فیکون اکلا بالباطل، و لم یقل به الا الاسکافی.

(و فی خبر عروة لا یتلقی احدکم تجارة خارجا من المصر، و لا یبیع حاضر لباد) بان یذهب لیبیع لاهل البدو، الذین یقصدون البلد للاشتراء منه.

و علیه: فالمراد بالتلقی هنا الذهاب للاشتراء منهم فقط (و المسلمون یرزق الله بعضهم من بعض) فاذا جاء اهل البدو الی السوق اربحوا المسلمین جمیعا، اما اذا خرج بعض للبیع لهم و الاشتراء منهم اختصت الفوائد بالخارج فقط، و یحرم السائرون من الانتفاع باهل البادیة.

(و فی روایة اخری لا تلق و لا تشتر ما یتلقی) ای ما اشتری بالتلقی (و لا تأکل منه) مما یتلقی.

(و ظاهر النهی عن الاکل: کونه لفساد المعاملة، فیکون اکلا بالباطل) لا ان المال یکون حراما کحرمة الخمر و الخنزیر (و لم یقل به) ای بکونه اکلا للمال بالباطل (الا الاسکافی).

اما غیره فیقولون بالحرمة التکلیفیة، کالبیع وقت النداء لا الفساد وضعا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۶

و عن ظاهر المنتهی: الاتفاق علی خلافه، فتکون الروایة مع ضعفها مخالفة لعمل الاصحاب، فتقصر عن افادة الحرمة و الفساد.

نعم: لا بأس بحملها علی الکراهة لو وجد القول بکراهة الاکل مما یشتری من المتلقی و لا بأس به حسما لمادّة التلقی.

و مما ذکرنا: یعلم ان النهی فی سائر الاخبار أیضا محمول علی الکراهة، لموافقته للاصل، مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور.

ثم ان حد التلقی أربعة فراسخ، کما فی کلام

(و عن ظاهر المنتهی: الاتفاق علی خلافه) ای خلاف الاسکافی (فتکون الروایة) الناهیة عن اکل ما یتلقی (مع ضعفها) سندا (مخالفة لعمل الاصحاب، فتقصر عن افادة الحرمة) للتلقی (و الفساد) للمعاملة

(نعم: لا ـ بأس بحملها) ای الروایة بالنسبة الی الاکل (علی الکراهة لو وجد القول بکراهة الاکل مما یشتری من المتلقی)- المتلقی بصیغة اسم الفاعل- (و لا بأس به) ای بالقول بالکراهة (حسما لمادّة التلقی)

فان المتلقی اذا علم بان الناس لا یأکلون ما تلقاه یکون ذلک رادعا له عن التلقی، فالشارع بهذه الملاحظة کرّه اکل ما یأخذ المتلقی.

(و مما ذکرنا: یعلم ان النهی فی سائر الاخبار أیضا محمول علی الکراهة، لموافقته) ای عدم التحریم (للاصل، مع ضعف الخبر) ای جنس الخبر الدال علی النهی (و مخالفته للمشهور) فان المشهور الکراهة و عدم التحریم، کما تقدم.

(ثم ان حد التلقی) المکروه او المحرّم (أربعة فراسخ، کما فی کلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۷

بعض، و الظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود، لان الظاهر زوال المرجوحیة، اذا کان أربعة فراسخ، و قد تبعوا بذلک مرسلة الفقیه و روی ان حدّ التلقی روحة، فاذا بلغ الی أربعة فراسخ فهو جلب.

فان الجمع بین صدرها و ذیلها لا یکون إلا بإرادة خروج الحدّ عن المحدود.

کما ان ما فی الروایة السابقة، ان حده ما دون غدوة، او روحة محمول علی دخول الحد فی المحدود.

بعض، و الظاهر ان مرادهم خروج الحد) ای رأس أربعة فراسخ الموجب للقصر و الافطار (عن المحدود) الّذی هو: أربعة فراسخ، و انما نقول بخروج الحد (لان الظاهر زوال المرجوحیة، اذا کان) التلقی رأس (أربعة فراسخ، و قد تبعوا بذلک) الذین قالوا بان رأس أربعة فراسخ خارج عن الکراهة (مرسلة الفقیه) حیث قال (و روی ان حدّ التلقی روحة، فاذا بلغ الی أربعة فراسخ فهو جلب) ای جلب للطعام و الجلب مستحب، کما لا یخفی.

(فان الجمع بین صدرها) حدّ التلقی روحة و هو الظاهر فی الاربعة (و ذیلها) فاذا بلغ أربعة (لا ـ یکون إلا بإرادة خروج الحد عن المحدود)

فرأس الاربعة لیس محکوما بحکم نفس الاربعة.

(کما ان ما فی الروایة السابقة) حیث قال (ان حده ما دون غدوة، او روحة محمول علی دخول الحد)- ای ما دون- (فی المحدود) ای فی الکراهة، لان المستثنی من الکراهة، رأس الأربعة لا ما دون الاربعة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۸

لکن قال فی المنتهی: حدّ علمائنا التلقی بأربعة فراسخ، فکرهوا التلقی الی ذلک الحد فان زاد علی ذلک کان تجارة و جلبا، و هو ظاهر لان بمضیه و رجوعه یکون مسافرا، و یجب علیه القصر، و یکون سفرا حقیقیا، الی ان قال: و لا نعرف بین علمائنا خلافا فیه، انتهی.

و التعلیل بحصول السفر الحقیقی یدل علی مسامحة فی التعبیر.

(لکن قال فی المنتهی: حدّ علمائنا التلقی بأربعة فراسخ، فکرهوا التلقی الی ذلک الحد) ای الی الاربعة (فان زاد علی ذلک کان تجارة و جلبا) و لیس ذلک بمکروه، بل مستحب (و هو ظاهر) ای کون الزائد تجارة و لیس تلقّیا (لان بمضیه و رجوعه یکون مسافرا، و یجب علیه القصر، و یکون سفرا حقیقیا، الی ان قال) المنتهی (و لا نعرف بین علمائنا خلافا فیه، انتهی).

و الاشکال علی المنتهی: ان ظاهره ان رأس الاربعة داخل فی المحدود، فیکره التلقی الی رأس أربعة فراسخ، بان کان الرأس داخلا و هذا خلاف ما ذکرناه سابقا من ان رأس الاربعة لیس بمکروه، لانه سفر

و انما نستظهر هذا من المنتهی، لانه بعد ذلک قال: فان زاد علی ذلک.

(و التعلیل) فی کلام المنتهی (بحصول السفر الحقیقی) حیث قال لان بمضیّه الخ (یدل علی مسامحة فی التعبیر) ای فی قوله: فان زاد، اذ: التعلیل یدل علی انه: سواء کان رأس الاربعة، او زائدا، لم یکن تلقّیا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۶۹

و لعل الوجه فی التحدید بالاربعة ان الوصول علی الاربعة بلا زیادة و نقیصة نادر، فلا یصلح ان یکون ضابطا لرفع الکراهة.

اذ: لا یقال انه وصل الی الاربعة، الا اذا تجاوز عنها و لو یسیرا فالظاهر انه لا اشکال فی اصل الحکم، و ان وقع اختلاف فی التعبیر فی النصوص و الفتاوی.

ثم انه لا اشکال فی اعتبار القصد، اذ بدونه لا یصدق عنوان التلقی

(و لعل الوجه فی التحدید بالاربعة) فی کلام العلامة حیث قال:

التلقی بأربعة، (ان الوصول علی الاربعة بلا زیادة و نقیصة نادر) جدّا (فلا یصلح) الاربعة (ان یکون ضابطا لرفع الکراهة) بان نقول: ان الکراهة الی ما دون الاربعة، فاذا وصل الی الاربعة ارتفعت الکراهة

(اذ: لا یقال) عرفا (انه وصل الی الاربعة، الا اذا تجاوز عنها) ای عن الاربعة (و لو) تجاوزا (یسیرا).

و کیف کان (فالظاهر انه لا اشکال فی اصل الحکم) و هو ان رأس الاربعة لیس مکروها (و ان وقع اختلاف فی التعبیر) حیث یظهر من بعض التعابیر: ان رأس الاربعة داخل فی الکراهة.

و من بعض التعابیر ان رأس الاربعة لیس داخلا فی الکراهة (فی النصوص و الفتاوی).

(ثم انه لا اشکال فی اعتبار القصد) بان یقصد الانسان انه یخرج الی خارج البلد، لیتلقی البد و القادمین (اذ بدونه) ای بدون القصد (لا یصدق عنوان التلقی،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۰

فلو تلقی الرکب فی طریقه ذاهبا او جائیا لم یکره المعاملة معهم.

و کذا فی اعتبار قصد المعاملة من المتلقی، فلا یکره لغرض آخر.

و لو اتفقت المعاملة، قیل ظاهر التعلیل فی روایة عروة المتقدمة اعتبار جهل الرکب بسعر البلد.

و فیه: انه مبنی علی عدم اختصاص القید بالحکم الاخیر.

فلو تلقی الرکب فی طریقه) فی حال کون المتلقی (ذاهبا) الی خارج البلد (او جائیا) من الخارج الی البلد (لم یکره المعاملة معهم) ای مع الرکب.

(و کذا) لا اشکال (فی اعتبار قصد المعاملة من المتلقی) حین خروجه، فانه یکره اذا قصد الخروج و قصد التعامل (فلا یکره لغرض آخر) بان یقصد التلقی للتعرف علی احوال اقاربه مثلا.

(و لو اتفقت المعاملة) بعد ذلک، بان رأی عندهم جنسا حسنا فاشتراه- مثلا-.

ثم انه (قیل ظاهر التعلیل فی روایة عروة المتقدمة) ای قوله «المسلمون یرزق الله بعضهم من بعض» (اعتبار جهل الرکب بسعر البلد) اذ لو کانوا جاهلین یبیعون متاعهم بارخص، فاهل البلد ینتفعون بهذا التفاوت، فاذا اشتری منهم المتلقی لا یرزق اهل البلد.

(و فیه: انه) ای هذا الاستظهار (مبنی علی عدم اختصاص القید) ای قوله علیه السلام «المسلمون یرزق الله الخ» (بالحکم الاخیر) ای لا یبیع حاضر لباد، لا ان القید مربوط بالحکمین ای «لا یتلقی» و «لا یبیع»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۱

فیحتمل ان تکون العلة فی کراهة التلقی مسامحة الرکب فی المیزان بما لا یتسامح به المتلقی او مظنة حبس المتلقین ما اشتروه، او ادخاره عن اعین الناس و بیعه تدریجا، بخلاف ما اذا اتی الرکب، و طرحوا امتعتهم فی الخانات و الاسواق، فان له اثرا بیّنا فی امتلاء اعین الناس خصوصا الفقراء وقت الغلاء اذا اتی بالطعام.

و السر: انه لو کان القید مربوطا بحکمین، کان المعنی «لا یتلقی» لان المسلمین یرزق الله بعضهم من بعض.

و ظاهر الخبر حینئذ اعتبار جهل الرکب، لان علمهم بسعر البلد لا یلائم التعلیل ب: یرزق الله- کما لا یخفی-.

(فیحتمل ان) یکون القید مختصا بالحکم الاخیر فقط، ف (تکون العلة فی کراهة التلقی مسامحة الرکب فی المیزان) فیعطون ازید من القدر المعین، مثلا یعطی الرکب عوض الحقة حقة و نصفا (بما لا یتسامح به) ای بمثل ذلک التسامح (المتلقی) فان هذا التسامح سبب النهی، سواء علم الرکب بسعر البدو، أم لا (او مظنة حبس المتلقین ما اشتروه او) لاجل (ادخاره) ای ادخار المتلقین المتاع (عن اعین الناس و بیعه تدریجا) مما لا یسبب الرفاه (بخلاف ما اذا اتی الرکب، و طرحوا امتعتهم فی الخانات و الاسواق، فان له) ای لمجیئهم و طرح امتعتهم فی الخانات (اثرا بیّنا فی امتلاء اعین الناس خصوصا الفقراء) فی (وقت الغلاء اذا اتی بالطعام) فان له اثرا فی ایجاد الرفاه و الطمأنینة، فالعلم بالسعر لا یرفع الکراهة لان علة الکراهة لیست الجهل، بل إرادة الشارع ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۲

و کیف کان فاشتراط الکراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة.

ثم انه لا فرق بین اخذ المتلقی بصیغة البیع، او الصلح، او غیرهما.

نعم لا بأس باستیهابهم و لو باهداء شیء إلیهم.

و لو تلقاهم لمعاملات اخر، غیر شراء متاعهم فظاهر الروایات عدم المرجوحیة.

الرکب بانفسهم یأتون و یبیعون الطعام.

(و کیف کان) سواء کانت علة کراهة تلقی الرکبان مسامحة الرکب، او مظنة حبس المتلقین (فاشتراط الکراهة) للتلقی (بجهلهم) ای الرکب (بسعر البلد) کما قاله بعض (محل مناقشة) و اشکال.

(ثم انه لا فرق بین اخذ المتلقی) المتاع من الرکب (بصیغة البیع او الصلح، او غیرهما) من انواع المبادلة.

و ذلک لما یستفاد من التعلیل، فان رزق بعض المسلمین عن بعض انما یکون اذا جاء الرکب الی البلد- کما عرفت-.

(نعم لا بأس باستیهابهم) ای طلب الهبة من الرکب (و لو باهداء شیء إلیهم) لکن ذلک فیما اذا اتفق.

اما اذا اتخذناه دیدنا لاجل التخلص من تبعة تلقی الرکبان، فالظاهر انه لا یکفی، اذ: العلة المتقدمة فی الروایة عامة.

(و لو تلقاهم لمعاملات آخر، غیر شراء متاعهم) کالتعامل معهم بالنسبة الی اراضیهم الزراعیة، مزارعة، او مساقاة، او اعطاء الدین لهم او اخذه منهم او ما اشبه ذلک (فظاهر الروایات عدم المرجوحیة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۳

نعم لو جعلنا المناط ما یقرب من قوله علیه السلام: المسلمون یرزق الله بعضهم من بعض، قوی سرایة الحکم الی بیع شیء منهم و ایجارهم المساکن و الخانات.

کما انه اذا جعلنا المناط فی الکراهة کراهة غبن الجاهل کما یدل علیه النبوی العامی: لا تلقوا الجلّب.

لان العلة لا تشمل امثال هذه المعاملات، کما اذا تلقاهم لاجل التزویج منهم، او إلیهم، او لاجل حل مشاکلهم، او ما اشبه ذلک.

الا اذا کانت هذه الامور ابواب رزق الناس حتی ان المتلقی یحول دون ارتزاق الناس منهم.

(نعم لو جعلنا المناط) فی مرجوحیة التلقی (ما یقرب من قوله علیه السلام: المسلمون یرزق الله بعضهم من بعض، قوی سرایة الحکم) بمرجوحیة التلقی (الی بیع شیء منهم) بان یکون المتلقی بائعا لهم (و ایجارهم المساکن و الخانات) و اصلاح شئون دوابهم لان کل ذلک مانع عن ارتزاق اهل البلد بهم.

نعم: لا اشکال فی عدم کراهة التلقی اذا کان اهل القریة کلهم یتلقون الرکب فیما اذا کانت القریة صغیرة، کما فی بعض القری.

(کما انه اذا جعلنا المناط فی الکراهة کراهة غبس الجاهل).

فالشارع انما کرّه التلقی، لانهم جهال فیغبنهم المتلقون (کما یدل علیه) ای علی هذا المناط (النبوی العامی) الوارد من طریق العامة (لا تلقوا الجلّب) جمع جالب، مثل طلّب جمع طالب، و هو من یجلب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۴

فمن تلقاه و اشتری منه فاذا اتی السوق فهو بالخیار، قوی سرایة الحکم الی کل معاملة توجب غبنهم کالبیع و الشراء منهم متلقیا، و شبه ذلک.

لکن الاظهر، هو الاول.

و کیف کان فاذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش کان لهم الخیار.

و قد یحکی عن الحلی ثبوت الخیار و ان لم یکن غبن و لعله لاطلاق النبوی المتقدم

الطعام الی المدینة (فمن تلقاه و اشتری منه فاذا اتی) الجلب (السوق) و رأی ان المشتری غبنه (فهو بالخیار قوی سرایة الحکم) بکراهة التلقی (الی کل معاملة توجب غبنهم کالبیع و الشراء منهم) سواء کان المعامل معهم (متلقیا و شبه ذلک) بان لم یکن متلقیا.

کما لو ذهب الی الصید فرأی الرکب، فاشتری منهم.

(لکن الاظهر، هو الاول) اذ النبوی العامی لا یمکن ان یکون مستندا لمثل هذا الحکم.

(و کیف کان) الامر، سواء کان بعض المذکورات داخلا فی التلقی أم لا (فاذا فرض جهلهم بالسعر فثبت) بسبب الجهل (لهم الغبن الفاحش)

اما الغبن الجزئی، فقد قرر فی موضعه انه لا یوجب الخیار (کان لهم الخیار) لاطلاق ادلة الغبن.

(و قد یحکی عن الحلی) فی السرائر (ثبوت الخیار) لهم فی ابطال البیع (و ان لم یکن غبن، و لعله لاطلاق النبوی المتقدم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۵

المحمول علی صورة تبین الغبن بدخول السوق و الاطلاق علی القیمة.

و اختلفوا فی کون هذا الخیار علی الفور او التراخی، علی قولین سیجیء ذکر الاقوی منهما فی مسئلة خیار الغبن ان شاء الله.

لکنه لا- یمکن الاعتماد علیه سندا، لانه عامی، و الحکم بالخیار خلاف الاصل، لوجوب الوفاء بکل عقد الا ما خرج بالدلیل، لقوله تعالی:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بالإضافة الی ضعف الدلالة.

اذ کیف الاستدلال بالخبر (المحمول) بقرینة الفهم العرفی (علی صورة تبین الغبن بدخول السوق) «بدخول» متعلق ب «تبین» (و الاطلاع علی القیمة) عطف علی «بدخول».

(و اختلفوا فی کون هذا الخیار) فی مورد ثبوته (علی الفور) العرفی لا- بالدقة العقلی کما لا یخفی (او التراخی، علی قولین، سیجیء

ذکر الاقوی منهما) و انه الفور العرفی (فی مسئلة خیار الغبن ان شاء الله).

ثم ان ظاهر النص و الفتوی: ان الرکب اذ لا یریدون دخول البلد لا بأس بتلقیهم، کما اذا کانوا جالبین شیئا لا یشتریه الا جماعة خاصة، و کلهم خرجوا، کما اذا جلبوا الذهب الّذی لا یشتریه الا الصاغة و قد خرجوا کلهم لم یکن بذلک بأس، و لا یشترط فی الکراهة البلد، بل الجلب الی اصحاب الخباء أیضا کذلک ای یکره تلقیهم، للمناط.

و هناک فروع کثیرة اضربنا عنها، لانها خارجة عن الشرح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۶

مسئلة یحرم النجش علی المشهور،

کما فی الحدائق بل عن المنتهی و جامع المقاصد: انه محرم اجماعا، لروایة ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال رسول اللّه: الواشمة و الموتشمة، و الناجش و المنجوش ملعونون علی لسان محمد.

و فی النبوی المحکی عن معانی الاخبار: لا تناجشوا و لا تدابروا قال:

و معناه ان یزید الرجل فی ثمن السلعة و هو لا یرید

(مسألة) تقدمت هذه المسألة فی المکاسب المحرمة و کان تکرارها غفلة (یحرم النجش علی المشهور، کما فی الحدائق) نسبته الی الشهرة (بل عن المنتهی و جامع المقاصد: انه محرم اجماعا، لروایة ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال رسول الله: الواشمة و الموتشمة) الوشم غرز الابر فی مکان من الجسم ثم صب شیء من اللون فی المکان المغروز لاجل الزینة: و یقال له بالفارسیة «خال»

(و الناجش و المنجوش ملعونون علی لسان محمد).

و ظاهر اللعن التلازم مع الحرمة، و ان لم یکن ملازما عقلیا و لا ملازما فی کثیر من الروایات التی وردت بلفظ اللعن، نحو لعن الله من اکل زاده وحده، و من رکب الفلاة وحده، و من نام فی سطح بدون محجر.

(و فی النبوی المحکی عن معانی الاخبار: لا تناجشوا و لا تدابروا، قال:) الصدوق (و معناه ان یزید الرجل فی ثمن السلعة و هو لا یرید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۷

شرائها لیسمع غیره، فیزید بزیادته، و الناجش خائن، و التدابر الهجران انتهی کلام الصدوق.

و الظاهر: ان المراد بزیادة الناجش مواطاة البائع المنجوش له.

شرائها) و انما یزید (لیسمع غیره، فیزید) ذلک الغیر (بزیادته) ای بسبب زیادة هذا.

قال الصدوق: (و الناجش خائن) لانه قسم من الخیانة عرفا (و التدابر) المنهی عنه فی الحدیث (الهجران، انتهی کلام الصدوق).

و لا یبعد ان یکون ذلک فیما اذا لم یکن الناجش قاصدا الاحسان، بان کان مال یتیم، او ما اشبه، و اذا لم یزد هو لا یصل الی قیمته المعتادة.

(و الظاهر: ان المراد بزیادة الناجش مواطاة البائع المنجوش له) صفة البائع، ای یواطی الناجش البائع فی الامر.

لکن لا یخفی ما فی هذا الاستظهار، بل الاطلاق محکم، فاذا کان لم یواط لکن الناجش کان عدوا لمن یرید اشترائه فزاد لاجل تضریر المشتری کان داخلا فی النجش.

و انما استظهر المصنف ره هذا لما هو معلوم من حالة الدلالین فی سوق الهرج، من انهم یزیدون لاجل ایصال القیمة الی القیمة العادلة بدون تواطؤ.

لكن قد عرفت وجه خروج هذه الصورة عن الاطلاق، فلا وجه لاخراجها بسبب آخر ليس الحديث ظاهرا فيه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۸

....

ثم انه لو زاد بقصد الاشتراء ثم بدا له، لم يكن ناجشا.

و الظاهر عدم الفرق- بعد استفادة المناط- بين ان يكون بيعا او شراء او مساقاة، او مزارعة، او جعالة، او رهنا، او غيرها.

كما ان الظاهر من المناط المستفاد عرفا: ان النكاح أيضا كذلك.

فاذا قال اب البنت: انى ازوجها ممن يزيد فى المهر- مثلا- كان من يزيد بدون إرادة الزواج ناجشا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۷۹

مسئلة: اذا دفع انسان الى غيره مالا، ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم

و لم يحصل للمدفوع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع، كمال الامام او ردّ المظالم المدفوع الى الحاكم فله صور.

إحداها: ان يظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالاخذ منه،

(مسألة: اذا دفع انسان الى غيره مالا، ليصرفه فى قبيل) اى جماعة (يكون المدفوع إليه) المال (منهم) اى من أولئك القبيل.

كما اذا دفع زيد الى فقير مالا ليصرفه فى الفقراء (و لم يحصل للمدفوع إليه ولاية على ذلك المال من دون) الولاية التى اعطاها (الدافع) إليه

كما لو كان المال لزيد، و اراد اعطائه صدقة، اذ الآخذ لا ولاية له على اموال الناس.

اما اذا كان للمدفوع إليه ولاية على ذلك المال (كمال الامام او ردّ المظالم المدفوع الى الحاكم) الشرعى.

اذ الحاكم له ولاية على هذين المالين من دون الولاية التى اكتسبها من الدافع، فهو مسألة اخرى.

و الحاصل: ان المدفوع إليه قد تكون له الولاية، و قد لا تكون له الولاية، و الكلام الآن فيما اذا لم تكن للمدفوع إليه الولاية (فله صور)

(إحداها: ان يظهر) الدافع (قرينة على عدم جواز رضاه بالاخذ منه) اى باخذ المدفوع إليه من المال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۰

كما اذا عين له منه مقدارا قبل الدفع او بعده.

و لا اشكال فى عدم الجواز، لحرمة التصرف فى مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.

الثانية: ان تظهر قرينة حالية او مقالية على جواز اخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع الى غيره، او انقص او ازيد

اما صريحا كان يقول: اعط كل هذه المائة للفقراء و لا تأخذ منه شيئا

و اما ظهورا (كما اذا عين له) اى للمدفوع إليه (منه) اى من ذلك المال (مقدارا قبل الدفع او بعده) كما اذا قال له: اعطيك مائة، عشرة لك، و البقية للفقراء.

او اعطاه او لا المائة، ثم قال ذلك، فان تخصيصه قدرا من المال للآخذ ظاهر فى ان الدافع لا يريد ان يأخذ ازيد من ذلك القدر.

(و لا اشكال) فى هذه الصورة (فى عدم الجواز، لحرمة التصرف فى مال الناس على غير الوجه المأذون فيه) الا اذا علمنا بان الامر على

نحو الخطاء فی التطبیق.

کما انه یرید ان یکون لکل فقیر فی غایهٔ الفقر عشرون، و لکل فقیر عادی عشرهٔ، و شخّص ان المدفوع إلیه فقیر عادی و لذا جعل له عشرهٔ فانه یحتمل ان یجوز له ان یأخذ العشرهٔ الاخری، حینئذ.

(الثانیهٔ) من الصور (ان تظهر قرینهٔ حالیهٔ او مقالیهٔ علی جواز اخذه منه) ای اخذ المدفوع إلیه من المال (مقدارا مساویا لما یدفع الی غیره، او انقص او ازید) کارادته اعطاء عشرهٔ لکل فقیر، و عشرهٔ او خمسهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۱

و لا اشکال فی الجواز حینئذ الا انه قد یشکل الامر فیما لو اختلف مقدار المدفوع الی الاصناف المختلفهٔ کان عین للمجتهدین مقدارا، و للمشتغلین مقدارا، و اعتقده الدافع، بعنوان یخالف معتقد المدفوع إلیه

و التحقیق هنا مراعاهٔ معتقد المدفوع إلیه ان کان عنوان الصنف علی وجه الموضوعیهٔ.

کان یقول: ادفع الی کل مشتغل کذا، و الی کل مجتهد کذا، و خذ انت ما یخصک

عشر لنفس المدفوع إلیه.

(و لا اشکال فی الجواز حینئذ) لان المالک سلطه علی ماله (الا انه قد یشکل الامر فیما لو اختلف مقدار المدفوع الی الاصناف المختلفهٔ کان عین) الدافع (للمجتهدین مقدارا) کان قال اعط کل مجتهد عشرهٔ (و للمشتغلین مقدارا) کخمسهٔ مثلا (و اعتقده الدافع، بعنوان یخالف معتقد المدفوع إلیه) کان اعتقد الدافع ان المدفوع إلیه مشتغل، و اعتقد المدفوع إلیه ان نفسه مجتهد، فهل یجوز له ان یأخذ عشرهٔ أم لا.

(و التحقیق هنا مراعاهٔ معتقد المدفوع إلیه ان کان عنوان الصنف) الّذی عنونه المعطی (علی وجه الموضوعیهٔ) بان یکون الموضوع للمقدار هو العنوان وحده من غیر مدخلیهٔ لاعتقاد الدافع.

(کان یقول) الدافع (ادفع الی کل مشتغل کذا) خمسهٔ (و الی کل مجتهد کذا) عشرهٔ (و خذ انت ما یخصک) و قد کان معتقدا انه مشتغل و الحال ان المدفوع إلیه یعلم نفسه مجتهدا من غیر فرق بین ان یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۲

و ان کان علی وجه الداعی، بان کان عنوان الصنف داعیا الی تعیین ذلک المقدار، کان المتّبع اعتقاد الدافع، لان الداعی انما یتفرع علی الاعتقاد، لا الواقع.

الثالثهٔ: ان لا یقوم قرینهٔ علی احد الامرین

اعتقاد المدفوع إلیه انقص او ازید.

(و ان کان) عنوان الصنف (علی وجه الداعی، بان کان عنوان الصنف داعیا الی تعیین ذلک المقدار، کان المتبع اعتقاد الدافع) فلا یجوز للآخذان یعمل حسب اعتقاد نفسه (لان الداعی انما یتفرع علی الاعتقاد، لا الواقع).

فان الانسان اذا اعتقد شیئا حدث فیه الداعی علی عمل خاص سواء کان اعتقاده مطابقا للواقع، أم لا.

مثلا: اذا اعتقد بان ضیوفه یبقون الی وقت الغذاء، حدث فیه الداعی الی اشتراء الطعام لهم، سواء بقی الضیوف فی الواقع أم ذهبوا قبل وقت الغذاء.

و علیه فاذا اشتری الطعام لم یکن له ان یرده علی صاحب الطعام اذا علم بانهم لا یبقون.

اما اذا کان الاشتراء متفرعا علی واقع بقائهم، کان کلا اشتراء.

نعم فی صورة الداعی اذا شرط، او بنی البیع علی بقاء الضیوف، کان له فسخ المعاملة حین تبین عدم بقائهم.

(الثالثة) من الصور (ان لا تقوم قرینة علی احد الامرین) اخذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۳

و یطلق المتکلم و قد اختلف فیه کلماتهم، بل کلمات واحد منهم.

فالمحکی عن وکالة المبسوط و زکاة السرائر، و مکاسب النافع، و کشف الرموز و المختلف، و التذکرة، و جامع المقاصد: تحریم الاخذ مطلقا.

و عن النهایة، و مکاسب السرائر، و الشرائع، و التحریر، و الارشاد و المسالک، و الکفایة: انه یجوز له الاخذ منه ان اطلق، من دون زیادة علی غیره.

و نسبه فی الدروس الی الاکثر، و فی الحدائق الی المشهور و فی

المدفوع إلیه من المال، او عدم اخذه من المال (و یطلق المتکلم) الدافع، الکلام بحیث یمکن ان یحمل الاطلاق علی کلا الامرین (و قد اختلف فیه کلماتهم بل کلمات) فقیه (واحد منهم) فافتی مرة بفتیا، و مرة اخری بفتیا مخالفة للاولی.

(فالمحکی عن وکالة المبسوط و زکاة السرائر، و مکاسب النافع، و کشف الرموز و المختلف، و التذکرة، و جامع المقاصد: تحریم الاخذ) ای اخذ الدافع من هذا المال المدفوع إلیه (مطلقا) فی مقابل التفصیل الآتی.

(و عن النهایة، و مکاسب السرائر، و الشرائع، و التحریر، و الارشاد و المسالک، و الکفایة: انه یجوز له الاخذ منه) ای من المال (ان اطلق) الدافع الکلام اخذا بقدر من سواه (من دون زیادة علی غیره) فاذا اعطی کل واحد دینارا لم یجز له اخذ دینارین لنفسه.

(و نسبه فی الدروس الی الأکثر و) نسبه (فی الحدائق الی المشهور و فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۴

المسالک هکذا شرط کل من سوّغ له الاخذ.

و عن نهایة الاحکام، و التنقیح، و المهذب البارع، و المقنعة الاقتصار علی نقل القولین.

و عن المهذب البارع: حکایة التفصیل بالجواز ان کان الصیغة بلفظ- ضعه فیهم- او ما أدّی معناه و المنع ان کانت بلفظ- ادفعه-

و عن التنقیح عن بعض الفضلاء: انه ان قال: هو للفقراء جاز، و ان

المسالک) قال (هکذا) ای الاخذ بقدر غیره (شرط کل من سوّغ له الاخذ) قالوا لانه یتعارض ظهور «اعطه للعالم» مثلا فی المغایرة بین المعطی و المعطی له مع الظهور العرفی، فی ان العالم تمام الموضوع، لکن الثانی مقدم علی الاول، و لذا یجوز ان یأخذ المدفوع إلیه من المال.

(و عن نهایة الاحکام، و التنقیح، و المهذب البارع، و المقنعة الاقتصار علی نقل القولین) القول بجواز الاخذ، و القول بعدم جواز الاخذ

(و عن المهذب البارع: حکایة التفصیل بالجواز) ای جواز اخذ المدفوع إلیه من المال (ان کان الصیغة) التی قالها الدافع (بلفظ ضعه فیهم- او ما أدّی معناه) ای مثل هذا المال لهم، او عائد إلیهم (و المنع ان کانت) الصیغة (بلفظ- ادفعه-) إلیهم لانه لا ظهور للصیغة الاولی فی المغایرة بین الدافع و المدفوع، بخلاف الصیغة الثانیة.

(و عن التنقیح عن بعض الفضلاء: انه ان قال) المعطی (هو للفقراء جاز) ان یأخذ هو منه (و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۵

قال: اعطه للفقراء، فان علم فقره لم یجز، اذ لو اراده، لخصّه، و ان لم یعلم جاز.

احتج القائل بالتحریم مضافا الی ظهور اللفظ فی مغایرة المأمور بالدفع للمدفوع إلیهم المؤیّد بما قالوه فی من وکلته امرأة ان یزوجها من شخص، فزوجها من نفسه.

او وکله فی شراء شیء فاعطاه من عنده، مصححة

قال: اعطه للفقراء، فان علم) الدافع (فقره) ای فقر المدفوع إلیه (لم یجز) اخذه منه (اذ لو اراده) الدافع بان اراد ان یأخذ المدفوع إلیه من المال (لخصّه) ای ذکره لفظیا، بان قال: اعطه للفقراء و خذ انت حصة منه، حیث انک فقیر (و ان لم یعلم) الدافع فقر المدفوع إلیه (جاز) ان یأخذ المدفوع إلیه بعض المال.

(احتج القائل بالتحریم) ای تحریم اخذ المدفوع منه من المال (مضافا الی ظهور اللفظ) ای لفظ- ادفعه- (فی مغایرة المأمور بالدفع للمدفوع إلیهم).

فان الظاهر لدی العرف: ان المأمور واسطة محضة، لا انه واسطة و آخذ- معا- (المؤیّد) هذا الظهور، و «المؤید» بصیغة اسم المفعول (بما قالوه فی من وکلته امرأة ان یزوجها من شخص فزوجها من نفسه) حیث یبطل الزواج، لان ظاهر التوکیل ان تزوّج من رجل غیر الوکیل.

(او وکله فی شراء شیء فاعطاه) الوکیل (من عنده) ب (مصححة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۶

ابن الحجاج المستندة فی التحریر، الی مولانا الصادق علیه السلام، و ان اضمرت فی غیره قال سألته عن رجل اعطاه رجل مالا لیصرفه فی محاویج، او فی مساکین، و هو یحتاج، أ یأخذ منه لنفسه؟ و لا یعلمه هو.

قال علیه السلام لا یأخذ شیئا، حتی یأذن له صاحبه.

و احتج المجوزون بان العنوان المدفوع إلیه شامل له.

و الفرض الدفع الی هذا العنوان من غیر ملاحظة لخصوصیة الغیر،

ابن الحجاج) متعلق ب «احتج» (المستندة فی) کتاب (التحریر، الی مولانا الصادق علیه السلام، و ان اضمرت فی غیره) ای دونوها فی سائر الکتب مضمرة بدون اسناد الی الامام علیه السلام (قال سألته عن رجل اعطاه رجل مالا لیصرفه فی محاویج، او فی مساکین و هو) ای الآخذ (یحتاج، أ یأخذ منه لنفسه؟ و لا یعلمه هو) بان یأخذ الآخذ بعض المال و لا یعلم صاحب المال بانه اخذ بعض ماله.

(قال علیه السلام لا یأخذ شیئا، حتی یأذن له صاحبه).

و ظاهره النهی التحریمی، المستتبع للوضع أیضا، فان النهی فی المالیات ظاهره الوضع، و انه لو اخذ کان ضامنا.

(و احتج المجوزون) لاخذ المدفوع إلیه (بان العنوان المدفوع إلیه) ای الّذی جعله الدافع معیارا للدفع إلیه، کالمسکین و الفقیر مثلا- (شامل له) ای للمدفوع إلیه بنفسه، لان الفرض انه مسکین مثلا

(و الفرض الدفع الی هذا العنوان من غیر ملاحظة لخصوصیة الغیر) فانه لا خصوصیة فی انطباق لفظ المسکین ان یکون الآخذ غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۷

و اللفظ و ان سلّم عدم شموله له لغة الا ان المنساق عرفا صرفه الی کل من اتصف بهذا العنوان.

فالعنوان موضوع لجواز الدفع، یحمل علیه الجواز.

نعم: لو کان المدفوع إلیهم اشخاصا خاصة، و کان الداعی علی الدفع اتصافهم بذلک الوصف لم یشمل المأمور.

و الروایهٔ معارضهٔ بروایات اخر، مثل ما عن الکافی فی

المدفوع إلیه (و اللفظ) و هو قول المعطی: اعطه للمساکین (و ان سلم عدم شموله له) ای للمدفوع إلیه (لغهٔ) لان الظاهر المغایرهٔ بین المعطی و هو الآخذ و المعطی له (الا ان المنساق عرفا) بقرینهٔ فهم العرف عدم خصوصیهٔ لمسکین خاص (صرفه الی کل من اتصف بهذا العنوان) کعنوان المسکین فی المثال.

(فالعنوان موضوع لجواز الدفع) ف (یحمل علیه) ای علی هذا العنوان (الجواز) ای جواز الدفع.

و الحاصل: ان القرینهٔ العرفیهٔ قائمهٔ علی عدم خصوصیهٔ مسکین دون مسکین، و حیث ان الآخذ مسکین أیضا، جاز له ان یأخذ من المال

(نعم: لو کان المدفوع إلیهم اشخاصا خاصهٔ) بان کان الموضوع هو الشخص، لا العنوان (و کان الداعی علی الدفع) إلیهم (اتصافهم بذلک الوصف) کوصف المسکنهٔ فی المثال (لم یشمل) العنوان (المأمور) الّذی اعطی له المال لیوزعه.

(و الروایهٔ) الناهیهٔ (معارضهٔ بروایات اخر، مثل ما عن الکافی فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۸

الصحیح عن سعد بن یسار، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام الرجل یعطی الزکاهٔ یقسّمه فی اصحابه، أ یأخذ منه شیئا؟ قال علیه السلام: نعم

و عن الحسین بن عثمان فی الصحیح او الحسن بابن هاشم فی رجل اعطی مالا یفرقه ممن یحل له، أ یأخذ شیئا لنفسه؟ و ان لم یسم له، قال: یأخذ منه لنفسه مثل ما یعطی غیره.

الصحیح عن سعد بن یسار، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام الرجل یعطی الزکاهٔ یقسمه فی اصحابه، أ یأخذ منه شیئا؟) و الاتیان بضمیر المذکر لعوده الی المال المفهوم من لفظ «الزکاهٔ» (قال علیه السلام نعم) یأخذ منه.

(و عن الحسین بن عثمان فی الصحیح او الحسن) و کونه حسنا لا صحیحا (ب) سبب وجود (ابن هاشم) فی السند.

لکنا حققنا فی الرجال انه من طراز الصحیح، کما ذکره الفقیه الهمدانی ره أیضا فی مصباح الفقیه (فی رجل اعطی مالا) لرجل حتی (یفرقه ممن یحل له) ذلک المال کان اعطاه زکاهٔ لیفرقها فی الفقراء، او اعطاه سهم سادهٔ لیفرقه فی السادهٔ مثلا (أ یأخذ) المدفوع إلیه (شیئا لنفسه؟ و ان لم یسم له) ای لم یسم الآخذ نفسه للدافع بان لم یقل له انی آخذ بعضه لنفسی، او المراد لم یسمّ الدافع، اسم المدفوع إلیه (قال:

یأخذ منه لنفسه مثل ما یعطی غیره).

و الظاهر من لفظ المثل، المثلیهٔ فی الکمیهٔ، فاذا اعطی غیره دینارا اخذ لنفسه دینارا أیضا، لا المثلیهٔ فی الاخذ، فلیس المعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۸۹

و صحیحهٔ ابن الحجاج، قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یعطی الرجل الدراهم یقسمها و یضعها فی مواضعها، و هو ممن یحل له الصدقهٔ، قال علیه السلام: لا بأس ان یأخذ لنفسه کما یعطی غیره، و لا یجوز له ان یأخذ اذا امره ان یضعها فی مواضع مسماهٔ، الا باذنه.

و الّذی ینبغی ان یقال:

یأخذ لنفسه کما یعطی لغیره حتی یکون المأخوذ من حیث الکمیهٔ مهملا فی الروایهٔ.

(و صحیحة ابن الحجاج، قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یعطی الرجل الدراهم) ل (یقسمها و یضعها فی مواضعها و هو) ای الآخذ للدراهم (ممن یحل له الصدقة) فهل یجوز له ان یأخذ من تلک الدراهم؟ (قال علیه السلام) نعم (لا بأس ان یأخذ لنفسه کما یعطی غیره، و لا یجوز له ان یأخذ) لنفسه (اذا امره ان یضعها) الدراهم (فی مواضع مسماة، الا) آخذا (باذنه) فانه لا یجوز التعدی عن نصّ المعطی.

(و الّذی ینبغی ان یقال) انه ان کان هناک ظهور فی احد الامرین ای الاخذ و عدم الاخذ، فالمتبع هو الظهور فیما لم یکن هناک علم بعدم إرادة المعطی الظاهر.

و ان لم یکن هناک ظهور فاللازم ان لا یأخذ الدافع لنفسه شیئا لاصالة حرمة التصرف فی مال الغیر.

فهناک ثلاثة امور، العلم و هو متبع مطلقا، ثم الظهور العرفی، و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۰

اما من حیث دلالة اللفظ الدال علی الاذن فی الدفع و الصرف فان المتبع الظهور العرفی، و ان کان ظاهرا بحسب الوضع اللغوی فی غیره.

کما ان الظهور الخارجی الّذی یستفاد من القرائن الخارجیة مقدم علی الظهور العرفی الثابت للفظ المجرد عن تلک القرائن.

أیضا متبع مطلقا، ثم اصالة حرمة التصرف فی مال الغیر هذا فی مقام الثبوت.

اما مقام الاثبات فالظاهر: ان الغالب وجود القرائن الدالة علی إرادة العنوان المنطبق علی الاخذ أیضا.

(اما من حیث دلالة اللفظ الدال علی الاذن فی الدافع) الی العنوان المأخوذ موضوعا کعنوان المسکین مثلا (و الصرف) للمال فیهم (فان المتبع الظهور العرفی و ان کان) اللفظ (ظاهرا بحسب الوضع اللغوی فی غیره) فقول المعطی ادفع المال الی المساکین ظاهره اللغوی کون الدافع غیر المدفوع إلیه

اما ظهوره العرفی انه یخص المسکین، سواء کان الآخذ او غیره.

(کما ان الظهور الخارجی) المستفاد بمعونة الخارج، لا المستفاد من نفس الکلام الملقی الی العرف (الّذی یستفاد من القرائن الخارجیة) کاستفادة ان المراد بالمسکین، فی المثال، مسکین الشیعة، لا مطلق المساکین، و القرینة کون المعطی شیعیا لا یلائم ذوق السنة مثلا (مقدم علی الظهور العرفی الثابت للفظ المجرد عن تلک القرائن).

و سرّ تقدیم بعض هذه الصور علی بعض، هو العرف المحکم فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۱

ثم ان التعبد فی حکم هذه المسألة لا یخلو عن بعد.

فالاولی حمل الاخبار المجوزة علی ما اذا کان غرض المتکلم صرف المدفوع فی العنوان المرسوم له، من غیر تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر.

و حمل الصحیحة المانعة السابقة.

باب الظهورات، بدلیل: مٰا أَرْسَلْنٰا مِنْ رَسُولٍ إِلّٰا بِلِسٰانِ قَوْمِهِ، و دلیل:

انا معاشر الأنبیاء امرنا ان نکلم الناس علی قدر عقولهم.

(ثم ان التعبد فی حکم هذه المسألة) بان یترک قاعدة: الناس مسلطون علی اموالهم، فلا یکون لتعیین المعطی اثر اصلا.

فمثلا: المعطی یرید اعطاء ماله للمساکین، و لا یرید اعطاء شیء منه للآخذ، لکن الشارع یتعبد بجواز اخذ المعطی له المال، او

بالعکس (لا یخلو عن بعد) اذ التعبد خلاف المستفاد من ظاهر الروایات الواردة فی المسألة التی ظاهرها ان الامام علیه السلام یرید بیان اتباع الظهور العرفی الکاشف عن قصد المعطی.

(فالاولی) تعینیا (حمل الاخبار المجوزة) لاخذ المعطی له شیئا من المال (علی ما اذا کان غرض المتکلم) المعطی (صرف المدفوع فی العنوان المرسوم له) ای العنوان الّذی رسمه، و بیّنه للمعطی له کعنوان المسکین، مثلا- (من غیر تعلق الغرض) ای غرض المعطی (بخصوص فرد دون) فرد (آخر) اما اذا تعلّق غرضه بما عدا المعطی له، فلا یجوز له الاخذ منه.

(و حمل الصحیحة المانعة السابقة) عن اخذ المعطی له من المال شیئا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۲

علی ما اذا لم یعلم الآمر بفقر المأمور، فامرها بالدفع الی مساکین علی وجه یکون المسکنة داعیا الی الدفع، لا موضوعا.

و لما لم یعلم المسکنة فی المأمور لم یحصل داع علی الرضا بوصول شیء من المال إلیه.

ثم علی تقدیر المعارضة، فالواجب الرجوع الی ظاهر اللفظ لان الشک بعد

(علی ما اذا لم یعلم الآمر) ای المعطی (بفقر المأمور، فامرها بالدفع الی مساکین علی وجه یکون المسکنة داعیا الی الدفع، لا موضوعا) اذ لو کان موضوعا جاز اخذ المعطی له أیضا، لتحقق الموضوع الّذی تعلق به امر الدافع.

(و لما لم یعلم) المعطی (المسکنة فی المأمور) المدفوع إلیه (لم یحصل داع علی الرضا بوصول شیء من المال إلیه).

و الحاصل: ان یکون تعیینه علی وجه التقیید لا علی وجه الخطاء فی التطبیق، هذا هو الجمع الّذی اختاره المصنف.

و جمع بعض آخر الروایتین بحمل الناهیة علی الکراهة، اذ کون الروایات علی القاعدة خلاف ما ذکروه من اصالة التأسیس فی الروایات، فانه علی ما ذکره المصنف تکون الروایات تأکیدا لا تشریعا.

(ثم علی تقدیر المعارضة) بین الروایات (فالواجب الرجوع الی ظاهر اللفظ) الّذی قاله الدافع، لان الروایات تتساقط بعد المعارضة کما هی القاعدة فی الحجتین المتعارضتین علی ما ذکروا (لان الشک بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۳

تکافؤ الاخبار فی الصارف الشرعی عن الظهور العرفی.

و لو لم یکن للفظ ظهور فالواجب بعد التکافؤ الرجوع الی المنع.

اذ لا یجوز التصرف فی مال الغیر الا باذن من المالک او الشارع.

تکافؤ الاخبار فی الصارف الشرعی عن الظهور العرفی) فان ظاهر کلام المتکلم یتّبع ما لم یکن هناک صارف شرعی یوجب حمل کلامه علی خلاف ظاهره.

فاذا کان هناک صارف شرعی، فالمتبع هو ظهور کلامه لاصالة حجیة الظهور.

(و) اما (لو لم یکن للفظ ظهور) عرفی (فالواجب بعد التکافؤ) بین الروایات (الرجوع الی المنع) فلا یأخذ آخذ المال منه لنفسه شیئا.

(اذ لا یجوز التصرف فی مال الغیر الا باذن من المالک او الشارع) و المفروض فقد کلیهما فالمتبع أوّلا، الروایة، ثم الظهور العرفی، ثم المنع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۴

مسئلة: احتکار الطعام

اشارة

و هو- کما فی الصحاح و عن المصباح- جمع الطعام، و حبسه یتربص به الغلاء لا خلاف فی مرجوحیته.

و قد اختلف فی حرمته فعن المبسوط، و المقنعة، و الحلبی فی کتاب المکاسب و الشرائع، و المختلف: الکراهة.

و عن کتب الصدوق و الاستبصار، و السرائر، و القاضی، و التذکرة و التحریر، و الایضاح و الدروس و جامع المقاصد، و الروضة: التحریم

و عن التنقیح، و المیسیة تقویته، و هو الاقوی بشرط عدم باذل الکفایة

(مسألة: احتکار الطعام و هو- کما فی الصحاح و عن المصباح- جمع الطعام) و لو جمعا قلیلا (و حبسه) عن البیع و نحوه (یتربص به الغلاء) بفتح الغین (لا خلاف فی مرجوحیته) «لا خلاف» خبر «احتکار»

(و قد اختلف فی حرمته) و کراهته (فعن المبسوط، و المقنعة، و الحلبی فی کتاب المکاسب و الشرائع، و المختلف: الکراهة) مطلقا.

(و عن کتب الصدوق و الاستبصار، و السرائر، و القاضی، و التذکرة و التحریر، و الایضاح، و الدروس و جامع المقاصد، و الروضة: التحریم) مطلقا.

(و عن التنقیح، و المیسیة تقویته) ای قالا: الاقوی التحریم (و هو الاقوی) لکن لا مطلقا بل (بشرط عدم باذل الکفایة) فان کان هناک تاجر یبذل الطعام بقدر کفایة الناس لم یحرم علی هذا التاجر الاحتکار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۵

لصحیحة سالم الحناط، قال: قال لی ابو عبد الله علیه السلام: ما عملک؟ قلت حنّاط و ربما قدمت علی نفاق و ربما قدمت علی کساد فحبست، قال علیه السلام: فما یقول من قبلک فیه، قلت: یقولون یحتکر، قال یبیعه احد غیرک، قلت: ما ابیع انا من الف جزء جزءا قال علیه السلام لا بأس،

و الا حرم علیه.

و انما نقول: بالتحریم فی هذه الصورة (لصحیحة سالم الحنّاط، قال: قال لی ابو عبد الله علیه السلام: ما عملک؟ قلت حنّاط) ابیع الحنطة (و ربما قدمت علی نفاق) یقال نفق السوق اذا راج (و ربما قدمت علی کساد فحبست) ای حبست الطعام عن البیع.

و الظاهر ان المراد بالنفاق و الکساد وجود الطعام کثیرا و عدم وجوده کثیرا، لا ان المراد رواج السوق و کساده.

و انما استظهرنا ذلک، بقرینة «فحبست»

و یمکن ان یراد کساد السوق عن الاشتراء فاحبس الطعام حتی یروج، لکن هذا الاحتمال بعید (قال علیه السلام: فما یقول من قبلک) من فی بلدک من فقهاء العامة (فیه) ای فی هذا الحبس (قلت: یقولون یحتکر).

و یمکن ان یکون المراد ب «من قبلک» الناس، ای فما یسمیه الناس (قال) ع، هل (یبیعه احد غیرک، قلت) نعم، فانی (ما ابیع انا من الف جزء جزءا) فهناک تجار کثیرون یبیعون الطعام نسبتی إلیهم، اقل من نسبة الواحد الی الألف (قال علیه السلام: لا بأس) اذا بهذا الحبس،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۶

انما کان ذلک رجل من قریش، یقال له حکیم بن حذام و کان اذا دخل الطعام المدینة اشتراه کلّه، فمرّ علیه النبی صلی الله علیه و آله، فقال له یا حکیم بن حذام ایاک ان تحتکر.

فان الظاهر منه ان علة عدم البأس وجود الباذل، فلو لاه حرم.

و صحیحة الحلبی عن ابی عبد الله علیه السلام: انه سئل عن الحکرة، فقال: انما الحکرة ان یشتری طعاما، و لیس فی المصر طعام غیره فتحتکره، فان کان فی المصر طعام غیره

لانه لیس احتکارا، و (انما کان ذلک) الاحتکار المنهی عنه المشهور عن النبی صلی الله علیه و آله: غیر مثل هذا الّذی انت فیه، اذ کان (رجل من قریش، یقال له حکیم بن حذام، و کان اذا دخل الطعام المدینة اشتراه کلّه، فمرّ علیه النبی صلی اللّه علیه و آله، فقال له یا حکیم بن حذام ایاک ان تحتکر) و لست انت ایها السائل مثل حکیم.

(فان الظاهر منه) ای من جواب الامام علیه السلام باجازة حبسه الطعام (ان علة عدم البأس وجود الباذل) للطعام، فلا یبقی الناس بلا طعام (فلو لاه) ای الباذل (حرم) الحبس، و هذا هو سبب ما فصلناه فی المسألة.

(و صحیحة الحلبی عن ابی عبد الله علیه السلام: انه سئل)- بصیغة المجهول- (عن الحکرة) بالضم، ای الاحتکار (فقال: انما الحکرة ان یشتری طعاما، و لیس فی المصر طعام غیره) ای غیر هذا الطعام (فتحتکره، فان کان فی المصر طعام غیره) ای غبر الطعام الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۷

فلا بأس ان یلتمس بسلعتک الفضل.

و زاد فی الصحیحة المحکیة عن الکافی، و التهذیب قال: و سألته عن الزیت قال: ان کان عند غیرک، فلا بأس بامساکه.

و عن امیر المؤمنین علیه السلام فی نهج البلاغة فی کتابه الی مالک الاشتر، فامنع من الاحتکار فان رسول الله صلی الله علیه و آله منع منه و لیکن البیع بیعا سمحا فی موازین عدل لا یجحف بالفریقین، البائع و المبتاع.

عندک (فلا بأس ان یلتمس) و تطلب (بسلعتک الفضل) و الزیادة.

(و زاد فی الصحیحة المحکیة عن الکافی و التهذیب) هذه الجملة (قال: و سألته عن الزیت) هل یجوز احتکاره، أم لا؟ (قال: ان کان عند غیرک، فلا بأس بامساکه).

و المراد عند غیرک ممن یبیع، و الا فمجرد العندیة لا یوجب عدم البأس، و ذلک لوضوح ان الحکمة عدم خلو السوق.

(و عن امیر المؤمنین علیه السلام فی نهج البلاغة فی کتابه الی مالک الاشتر) حین ولاه مصر (فامنع من الاحتکار فان رسول الله صلی الله علیه و آله منع منه) و ظاهر المنع النهی التحریمی (و لیکن البیع بیعا سمحا) مقابل التصعب فی المعاملة.

و هذا امر ارشادی بدلیل القرائن الخارجیة (فی موازین عدل) لا- موازین ناقصة (لا- یجحف) و لا یضر المیزان (بالفریقین البائع و المبتاع) ای المشتری فان کان المیزان غیر مستقیم، فاما ان یزید فیجحف بالبائع،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۸

فمن قارف حکرة بعد نهیک ایاه، فنکّل به و عاقب غیر اسراف.

و صحیحة الحلبی، قال سألته علیه السلام عمن یحتکر الطعام، و یتربص به هل یصلح ذلک؟ قال: ان کان الطعام کثیرا یسع الناس فلا بأس به، و ان کان الطعام قلیلا لا یسع الناس فانه یکره ان یحتکر، و ترک الناس لیس لهم طعام.

فان الکراهة فی کلامهم علیهم السلام، و ان کان یستعمل فی المکروه و الحرام، الا ان فی

او ینقص فیجحف بالمشتری (فمن قارف) و ارتکب (حکرة بعد نهیک ایاه) لان نهیه موجب لوصول الحکم و قبل الوصول لا عقاب فانه: رفع ما لا یعلمون (فنکل به) التنکیل العقاب المخزی (و عاقب فی غیر اسراف) فی العقاب مما یرتکبه السلطان لاجل التشفی و

اطفاء الغیظ.

(و صحیحة الحلبی، قال سألته علیه السلام عمن یحتکر الطعام و یتربص به) ای ینتظر به الزیادة (هل یصلح ذلک؟) و یجوز أم لا؟ (قال:

ان کان الطعام کثیرا یسع الناس) حتی اذا احتکر هذا تمکن الناس من شراء الطعام من غیره (فلا بأس به، و ان کان الطعام قلیلا لا یسع الناس) فان احتکر، وقع الناس فی ضیق (فانه یکره ان یحتکر، و ترک الناس لیس لهم طعام) و الکراهة یراد بها التحریم فی هذا المقام بالقرینة الخارجیة.

(فان الکراهة فی کلامهم علیهم السلام، و ان کان یستعمل فی المکروه و الحرام) و علیه یکون اللفظ مجملا فیرجع فیه الی أصالة الجواز (الا ان فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۳۹۹

تقییدها بصورة عدم باذل غیره،- مع ما دل علی کراهة الاحتکار مطلقا- قرینة علی إرادة التحریم.

و حمله علی تاکد الکراهة أیضا مخالف لظاهر یکره کما لا یخفی.

و ان شئت قلت: ان المراد بالبأس فی الشرطیة الاولی التحریم،

تقییدها) ای الکراهة (بصورة عدم باذل غیره) حیث ان الظاهر من هذا الحدیث انه «ان کان باذل فلا یکره» و «ان لم یکن باذل فیکره». و حیث نعلم من الخارج کراهة الاحتکار و لو کان هناک باذل فاللازم ان نحمل الکراهة علی الحرمة، حتی یستقیم الشقین، و یکون المعنی ان کان باذل لا یحرم، و ان لم یکن باذل یحرم (- مع ما دل علی کراهة الاحتکار مطلقا-) سواء کان باذل، أم لا (قرینة علی إرادة التحریم) من الکراهة.

(و) ان قلت: یمکن ان یکون التقسیم باعتبار شدة الکراهة فی صورة عدم البذل و اصل الکراهة فی صورة البذل.

قلت: (حمله) ای «یکره» فی الروایة (علی تاکد الکراهة أیضا مخالف لظاهر یکره) ای ظاهر اصل الکراهة، لا تأکیدها.

و حیث لا تخص الکراهة بصورة واحدة، فاللازم حمل «یکره» علی معنی الحرمة (کما لا یخفی) بادنی تأمل.

(و ان شئت قلت) فی بیان وجه حملنا للفظ «یکره» فی الروایة علی التحریم (ان المراد بالبأس فی الشرطیة الاولی) فی قوله علیه السلام «فلا بأس به» (التحریم) ای لا تحریم فیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۰

لان الکراهة ثابتة فی هذه الصورة أیضا فالشرطیة الثانیة کالمفهوم لها.

و یؤیّد التحریم ما عن المجالس، بسنده عن ابی مریم الانصاری، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: ایما رجل اشتری طعاما فحبسه اربعین صباحا، یرید به الغلاء للمسلمین ثم باعه و تصدق بثمنه، لم یکن کفارة لما صنع و فی السند بعض بنی فضال

و الظاهر ان الروایة مأخوذة من کتبهم التی قال العسکری علیه السلام

(لان الکراهة ثابتة فی هذه الصورة) الاولی (أیضا) فلا یمکن ان یراد بالبأس الکراهة (فالشرطیة الثانیة کالمفهوم لها) ای للشرطیة الاولی و مفهوم انه لا حرمة، یقتضی ان تکون فیه الحرمة.

(و یؤیّد التحریم) للاحتکار، لا الکراهة (ما عن المجالس، بسنده عن ابی مریم الانصاری، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: ایما رجل اشتری طعاما فحبسه اربعین صباحا یرید به الغلاء للمسلمین) اذ الاحتباس انما یکون لرجاء الغلاء

(ثم باعه و تصدق بثمنه، لم يكن كفارة لما صنع).

و انما كان مؤيدا أولا: لضعف السند.

و ثانيا: لان الكفارة لا تدل على التحريم، اذ كثيرا ما ثبتت الكفارة لما ليس بمكروه، فكيف بالحرام كما فى باب الحج و غيره، نعم له ظهور عرفى (و فى السند بعض بنى فضال) الذين كانوا منحرفين.

(و الظاهر) من ان لهم كتبا (ان الرواية) المذكورة (مأخوذة من كتبهم التى قال العسكرى عليه السلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۱

عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا، و ذروا ما رأوا، ففيه دليل على اعتبار ما فى كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم فى السند.

و قد ذكرنا ان هذا الحديث اولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الاجماع الّذى ادعاه الكشى، على تصحيح ما يصح عن جماعة.

عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا و ذروا ما راوا) فان فساد رأيهم و عقيدتهم لا يوجب سقوطهم عن الوثاقة، لكن لا يخفى ما فى هذا الظهور الّذى ادعاه المصنف (ففيه) اى فى كلام العسكرى عليه السلام (دليل على اعتبار ما فى كتبهم، فيستغنى بذلك) اى بالاعتبار المستفاد من كلام الامام عليه السلام (عن ملاحظة من قبلهم فى السند).

لكن ربما يقال: ان المراد بالرواية ترك عقيدتهم، فاخذ رواياتهم لا يراد به كل رواياتهم بل رواياتهم بالموازين الشرعية.

و الحاصل: انه موجبة جزئية، فلا يدل على حجية كل رواياتهم.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۱۰، ص: ۴۰۱

(و قد ذكرنا) فى بعض المناسبات (ان هذا الحديث) عن العسكرى عليه السلام (اولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء) اى قبل بنى فضّال: اى الوسائط بينهم و بين الائمة عليهم السلام (من الاجماع) متعلق ب «اولى» (الّذى ادعاه الكشى، على تصحيح ما يصح عن جماعة) هم ثمانية عشر، حيث اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنهم، فلا ينظر فى الراوى الّذى بينهم و بين الامام.

و انما كان اولى لان الاجماع غير معلوم كبرى و صغرى، بخلاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۲

و يؤيّده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ و رام من انه ارسل عن النبى صلى الله عليه و آله عن جبرئيل عليه السلام، قال: اطلعت على النار، فرأيت فى جهنم واديا، فقلت يا مالك لمن هذا؟ قال: لثلاثة المحتكر، و المدمنين للخمر، و القوادين.

و مما يؤيّد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه، فان الزامه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرما اذ الالزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة: سلطنة الناس على اموالهم.

الحديث الوارد عن العسكرى فانه حجة، لكنك قد عرفت ضعف دلالته

(و يؤيده) اى تحريم الاحتكار (أيضا ما عن الشيخ الجليل) جد سيد بن طاوس ره (الشيخ ورام) صاحب المجموعة المعروفة.

و لا يخفى ان نقله عن الحسن البصرى و نحوه غير ضارّ، فان الحكمة ضالة المؤمن يأخذها اين وجدها (من انه ارسل عن النبى صلى

الله علیه و آله عن جبرئیل علیه السلام، قال: اطلعت علی النار، فرأیت فی جهنم وادیا، فقلت یا مالک لمن هـذا؟) الوادی (قال: لثلاثـة: المحتکر و المدمنین للخمر، و القوادین) فان عد المحتکر فی عداد الخمار و القواد و توعیده بالنار دلیل التحریم.

لکن لما کانت الروایة مرسلة کانت مؤیدة، و لم تکن دلیلا کما لا یخفی

(و ممـا یؤیّـد التحریم مـا دل علی وجوب البیع علیه، فان الزامه بـذلک) ای بالبیع (ظاهر فی کون الحبس محرما) لا مکروها (اذ الالزام علی ترک المکروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة: سلطنة الناس علی اموالهم) اذ ظاهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۳

ثم ان کشف الابهام عن اطراف المسألة یتم ببیان امور.

الأول: فی مورد الاحتکار،

فان ظاهر التفسیر المتقدم عن اهل اللغة، و بعض الاخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام.

السلطنة: انه لا یجبر علی البیع، و الا لم تکن سلطنة الا اذا کان هناک معارض للسلطنة، و لیس المعارض امرا لا اقتضائیا، کالمکروه، بل امرا اقتضائیا کالحرام.

و انما کان هذا مؤیّدا، لا دلیلا، اذ لا تلازم عقلا و لا شرعا بین وجوب البیع، و بین حرمة الحبس.

اما عقلا: فلانه قد تحقق فی موضعه انه لیس ضد کل شیء محکوما بضد حکم ذلک الشیء، فاذا کان شرب الخمر حراما، لم یکن ترک الشرب واجبا، و إلا لزم ان یکون الشارب آتیا بحرام، و تارکا لواجب، و الحال انه لیس کذلک.

و امـا شـرعا: فلان تخصیص قاعـدة السـلطنة لمصـلحة، لا یلزم منه حرمـة الحبس، کما ان المجنون یباع ماله لصـلاح حاله و لیس بقاء المال عنده حراما

(ثم ان کشف الابهام عن اطراف المسألة) ای مسألة الاحتکار (یتم ببیان امور)

الامر (الاول: فی مورد الاحتکار) و ان ای شیء یقع متعلقا للاحتکار المحرم او المکروه (فان ظاهر التفسیر المتقدم عن اهل اللغة، و بعض الاخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام) کقوله «عمن یحتکر الطعام» و غیره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۴

و فی روایة غیاث بن ابراهیم لیس الحکرة الا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزبیب و عن الفقیه زیادة الزیت.

و قد تقدم فی بعض الاخبار المتقدمة دخول الزیت أیضا.

و فی المحکی عن قرب الاسناد بروایة ابی البختری، عن علی علیه السلام قال: لیس الحکرة الا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزیت و السمن.

و عن الخصال فی روایة السکونی، عن جعفر، عن ابیه، عن آبائه علیهم السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: الحکرة فی ستة اقسام: الحنطة و الشعیر و التمر و الزیت و الزبیب و السمن.

(و فی روایـة غیـاث بن ابراهیم لیس الحکرة الا ـ فی الحنطـة و الشـعیر و التمر و الزبیب و) روی (عن الفقیه زیـادة الزیت) علی الاـربعة المذکورة.

(و قد تقدم فی بعض الاخبار المتقدمة دخول الزیت أیضا) ففی الزیت روایتان.

(و فی المحکی عن قرب الاسناد بروایة ابی البختری، عن علی علیه السلام قال: لیس الحکرة الا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزیت و السمن)

و لعل السمن اعم من الزیت لان الزیت للزیتون فقط، و السمن کل دهن، سواء کان من الحیوان، او من الشجر.

(و عن الخصال فی روایة السکونی، عن جعفر، عن ابیه، عن آبائه علیهم السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: الحکرة فی ستة اقسام: الحنطة و الشعیر و التمر و الزیت و الزبیب و السمن).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۵

ثم ان ثبوته فی الغلات الاربع بزیادة السمن لا خلاف فیه ظاهرا، و عن کشف الرموز، و ظاهر السرائر دعوی الاتفاق علیه، و عن مجمع الفائدة نفی الخلاف فیه.

و اما الزیت فقد تقدم فی غیر واحد من الاخبار و لذا اختاره الصدوق و العلامة فی التحریر حیث ذکر: ان به روایة حسنة، و الشهیدین، و المحقق الثانی و عن إیضاح النافع ان علیه الفتوی.

و اما الملح فقد ألحقه بها فی المبسوط، و الوسیلة، و التذکرة، و نهایة

و لا منافاة بین مفهوم الروایة الحاصرة فی اربع او خمس، و بین غیرها لتقید المفهوم بمنطوق ما ذکر فیها الزائد.

(ثم ان ثبوته فی الغلات الاربع بزیادة السمن لا خلاف فیه ظاهرا، و عن کشف الرموز، و ظاهر السرائر دعوی الاتفاق علیه، و عن مجمع الفائدة نفی الخلاف فیه).

(و اما الزیت) و المراد به خصوص ما یؤخذ من الزیتون لا دهن النبات مطلقا (فقد تقدم فی غیر واحد من الاخبار) ذکره (و لذا اختاره) ای اختار انه یتعلق به الحکرة (الصدوق و العلامة فی التحریر حیث ذکر) العلامة (ان به روایة حسنة، و الشهیدین و المحقق الثانی) الکرکی (و عن إیضاح النافع ان علیه الفتوی) فاللازم القول به، للنص و الاجماع المدعی و کفی بهما دلیلا فی المسألة

(و اما الملح فقد ألحقه بها) ای بالاجناس السابقة فی تعلق الاحتکار به (فی المبسوط، و الوسیلة، و التذکرة، و نهایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۶

الاحکام، و الدروس، و المسالک و لعله لفحوی التعلیل الوارد فی بعض الاخبار من حاجة الناس.

الثانی: [ما هو حد الاحتکار]

روی السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام: ان الحکرة فی الخصب اربعون یوما، و فی الغلاء و الشدة ثلاثة ایام، فما زاد علی الاربعین یوما فی الخصب فصاحبه ملعون، و ما زاد فی العسرة علی ثلاثة ایام فملعون.

و یؤیدها ظاهر روایة المجالس المتقدمة.

الاحکام، و الدروس، و المسالک و لعله) ای قولهم بالالحاق (لفحوی التعلیل الوارد فی بعض الاخبار من حاجة الناس) و الملح مما یحتاج إلیه الناس.

و لکن فیه، لو قلنا بهذا الفحوی لزم الحاق کل شیء و لا خصوصیة للملح کما لا یخفی.

الامر (الثانی: روی السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام: ان الحکرة فی الخصب اربعون یوما، و فی الغلاء و الشدة ثلاثة ایام، فما زاد علی الاربعین یوما فی الخصب) و السعة (فصاحبه) ای المحتکر (ملعون، و ما زاد فی العسرة علی ثلاثة ایام فملعون) بمعنی انه یحق له الاحتکار الی اربعین او الی ثلاثة اما الزائد علیهما فلا یجوز.

(و یؤیدها) ای یؤید روایهٔ السکونی (ظاهر روایهٔ المجالس المتقدمهٔ) حیث قال صلی الله علیه و آله: فحبسه اربعین صاحا، الظاهر منه انه فی حال الرخص و السعهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۷

و حکی عن الشیخ، و محکی القاضی، و الوسیلهٔ العمل بها.

و عن الدروس: ان الاظهر تحریمه مع حاجهٔ الناس و مظنتها لزیادهٔ علی ثلاثهٔ ایام فی الغلاء، و اربعین فی الرخص، للروایهٔ انتهی

و اما تحدیده بحاجهٔ الناس، فهو حسن، کما عن المقنعهٔ و غیرها و یظهر من الاخبار المتقدمهٔ.

و اما ما ذکره من حمل روایهٔ السکونی

(و حکی عن الشیخ، و محکی القاضی، و الوسیلهٔ العمل بها) ای بروایهٔ السکونی.

(و عن الدروس: ان الاظهر تحریمه) ای الاحتکار (مع حاجهٔ الناس و مظنتها) ای العلم بالحاجهٔ او الظن بالحاجهٔ (الزیادهٔ علی ثلاثهٔ ایام فی الغلاء، و اربعین فی الرخص، للروایهٔ) «الزیادهٔ» متعلق ب «تحریمه» ای تحریمه زیادهٔ.

و یمکن تفسیر العبارهٔ بغیر هذا المعنی، و علی ای حال فهی غیر مستقیمهٔ (انتهی) کلام الدروس.

(و اما تحدیده) ای تحدید الاحتکار المحرّم (بحاجهٔ الناس، فهو حسن، کما عن المقنعهٔ و غیرها) سواء کان اقل من ثلاثهٔ، او اکثر من الاربعین.

(و یظهر) هذا التحدید (من الاخبار المتقدمهٔ) کصحیحهٔ الحلبی و غیرها.

(و اما ما ذکره من حمل روایهٔ السکونی) المحددهٔ بالثلاثهٔ و بالاربعین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۸

عن بیان مظنهٔ الحاجهٔ فهو جیّد، و منه یظهر عدم دلالتها علی التحدید بالعددین تعبدا.

الثالث: [عدم حصر الاحتکار فی شراء الطعام بل مطلق جمعه و حصره]

مقتضی ظاهر صحیحهٔ الحلبی المتقدمهٔ- فی بادی النظر- حصر الاحتکار فی شراء الطعام.

لکن الاقوی التعمیم بقرینهٔ تفریع قوله: فان کان فی المصر طعام.

(عن بیان مظنهٔ الحاجهٔ) ای ان المظنون ان الناس یحتاجون الی الطعام خلال ثلاثهٔ ایام فی الشدهٔ، و خلال اربعین یوما فی الرخص و لذا ذکرهما الامام علیه السلام، لا ان لهذین العددین خصوصیهٔ فالامر دائر مدار الحاجهٔ لا مدار الأیّام (فهو جید، و منه) ای من هذا الحمل (یظهر عدم دلالتها) ای روایهٔ السکونی (علی التحدید بالعددین) ثلاثهٔ، و اربعین (تعبدا) بل هو طریق الی الحاجهٔ.

الامر (الثالث: مقتضی ظاهر صحیحهٔ الحلبی المتقدمهٔ) حیث قال ان یشتری طعاما (- فی بادی النظر-) بدون التأمّل فی القرائن الخارجیهٔ، و المناسبات المغروسهٔ فی اذهان العرف (حصر الاحتکار فی شراء الطعام) لوجود لفظ «یشتری».

(لکن الاقوی التعمیم) شراء کان او غیر شراء (بقرینهٔ تفریع قوله:

فان کان فی المصر طعام) مما یدل علی ان المعیار عدم العسر علی الناس بسبب حفظه للطعام.

و من المعلوم: ان وجود العسر و عدم العسر غیر مرتبطین بشراء المحتکر الطعام او زرعه له ارادته ایاه- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۰۹

و یؤید ذلک ما تقدم من تفسیر الاحتکار فی کلام اهل اللغهٔ بمطلق جمع الطعام و حبسه، سواء کان بالاشتراء او بالزرع و الحصاد و

الاحراز الا ان یراد جمعه فی ملکه.

و یؤیّد التعمیم تعلیل الحکم فی بعض الاخبار، بان یترک الناس لیس لهم طعام.

و علیه فلا فرق بین ان یکون ذلک

(و یؤید ذلک) ای التعمیم و عدم اختصاص الاحتکار بالشراء فقط (ما تقدم من تفسیر الاحتکار فی کلام اهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه) لا بخصوص الاشتراء (سواء کان) الجمع و الحبس (بالاشتراء او بالزرع و الحصاد، و الاحراز) ای الحفظ (الا ان یراد جمعه فی ملکه) ای کلام اهل اللغة فی تفسیر الاحتکار «بانه جمع الطعام» عام شامل لکل قسم مما ذکرنا، الا ان یراد بالجمع فی کلامهم «جمعه» ای جمع الطعام ما فی ملک الحابس، بالاشتراء، فانه حینئذ لا یشمل جمیع اقسام الجمع.

لکن هذه الإرادة خلاف ظاهر لفظ «الجمع» الشامل لکل اقسام الجمع.

(و یؤید التعمیم) ای عموم الاحتکار لکل اقسام الجمع، إرثا کان او زرعا، او اشتراء، او غیرها (تعلیل الحکم) بالنهی (فی بعض الاخبار، بان یترک الناس لیس لهم طعام) اذ فی تلک الاقسام یکون الناس لیس لهم طعام.

(و علیه)- بناء علی التعمیم- (فلا فرق بین ان یکون ذلک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۰

من زرعه، او من میراث، او یکون موهوبا له، او کان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقی الطعام لا یحتاج إلیه المالک، فحبسه متربصا للغلاء

الرابع: اقسام حبس الطعام

کثیرة لان الشخص، اما ان یکون قد حصل الطعام لحبسه، او لغرض آخر، او حصل له من دون تحصیل له

و الحبس اما ان یراد منه نفس تقلیل الطعام اضرارا بالناس فی انفسهم او یرید به الغلاء و هو

الاحتکار و الحبس (من زرعه، او من میراث، او یکون) الطعام (موهوبا له) ای للمحتکر (او کان قد اشتراه لحاجة) شخصیة (فانقضت الحاجة و بقی الطعام لا یحتاج إلیه المالک، فحبسه متربصا) و منتظرا (للغلاء).

لکن الظاهر ان یکون الطعام کثیرا، لا ما اذا کان مثل حقة او منّ او ما اشبه، فانه لا یسمی فی العرف احتکارا.

الامر (الرابع: اقسام حبس الطعام کثیرة) کلها او جلها داخلة فی الاحتکار (لان الشخص، اما ان یکون قد حصل الطعام لحبسه، او لغرض آخر) ثم حبسه، کما اذا حصله للضیافة ثم زاد عن الضیافة، او لم یضف و بقی الطعام فحبسه (او حصل له من دون تحصیل له) کما اذا انتقل إلیه بالارث.

(و الحبس اما ان یراد منه) ای یرید المحتکر من حبسه الطعام (نفس تقلیل الطعام اضرارا بالناس فی انفسهم) بان لا یکون لهم طعام فیمرضوا و یهزلوا جوعا.

(او یرید به الغلاء) للطعام حتی یبیعه باکثر (و هو) احتکار یوجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۱

اضرارهم من حیث المال.

او یرید به عدم الخسارة من رأس ماله و ان حصل ذلک لغلاء عارضی لا یتضرر به اهل البلد، کما یتفق و ورود عسکر و زوار فی البلاد، و توقفهم یومین او ثلاثة فیحدث للطعام عزة لا تضر باکثر اهل البلد.

و قد يريد بالحبس، لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضا آخرا.

(اضرارهم من حيث المال) و ان لم يكن اضرارا بدنيا لهم.

(او يريد به) اى بالاحتكار (عدم الخسارة من رأس ماله) كما لو اشترى الطعام غاليا فاذا باع الآن تضرر، و ان احتكر حتى عز الطعام ليشترى منه برأس المال، فلا يتضرر هو، و لا يخسر من رأس ماله (و ان حصل ذلك) الغلاء- يترقبه المحتكر- و «ان» وصلية (لغلاء عارضى لا يتضرر به اهل البلد، كما يتفق ورود عسكر و زوار فى البلاد، و توقفهم يومين او ثلاثة) مثلا (فيحدث للطعام عزة لا تضر تلك العزة (باكثر اهل البلد) فانه احتكار أيضا لصدقه عرفا فيتبعه الحكم الشرعى بالتحريم او الكراهة.

(و قد يريد بالحبس، لغرض آخر) و هو ما تقدم من قولنا: او لغرض آخر، (المستلزم) ذلك الحبس (للغلاء) فان الحبس يستلزم الغلاء ايّاما كان الغرض (غرضا آخرا) اى غير غرض الاضرار.

فالتقسيم المستفاد من كلام المصنف هكذا:

«۱» تحصيل الطعام.

«۲» حصوله بدون تحصيل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۲

هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه.

و قد يحبس انتظار الأيّام الغلاء من دون حصول الغلاء، بحبسه، بل لقلة الطعام آخر السنة، او لورود عسكر او زوار ينفد الطعام ثم حبسه

و التحصيل (۱) قد يكون للحبس (۲) و قد يكون لغرض آخر غير الحبس و التحصيل للحبس أولا: قد يكون لغرض الاضرار، و ثانيا: قد يكون للحفاظ على رأس المال و عدم الخسارة.

و التحصيل لغرض آخر غير الحبس، قد يقصد به الاضرار، و قد لا يقصد به الاضرار.

فالاقسام على هذا خمسة.

(۱) الحصول «۲» «۳».

و التحصيل بقسميه «۴» «۵».

و التحصيل لغرض آخر بقسميه.

و الاوجه ان يقال: فى الرابع و الخامس، ان التحصيل لا للحبس قد يوجب ضررا، و قد لا يوجب ضررا، فتأمل.

(هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه) بان حصل الغلاء فعلا.

(و قد يحبس انتظار الأيّام الغلاء من دون حصول الغلاء، ب) سبب (حبسه، بل لقلة الطعام آخر السنة، او لورود عسكر او زوار ينفد الطعام).

و الحاصل ان الحبس قد يكون سببا للغلاء الآن، و قد يكون شى‌ء آخر سببا للغلاء (ثم حبسه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۳

لانتظار ايام الغلاء، قد يكون للبيع بازيد من قيمة الحال.

و قد يكون لحب اعانة المضطرين، و لو بالبيع عليهم و الارفاق بهم

ثم حاجة الناس قد يكون لاكلهم، و قد يكون للبذر، او علف الدواب، او الاسترباح بالثمن، و عليك فى استخراج احكام هذه الاقسام

و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

لانتظار ايام الغلاء، قد يكون للبيع بازيد من قيمة الحال) فالحبس لاجل الاستفادة.

(و قد يكون لحب اعانة المضطرين، و لو بالبيع عليهم و الارفاق بهم) فانه يعلم ان سائر التجار لا يبيعون للمضطرين دينا، و لا يرفقون بهم، فهو يحتكر لاجل عمل انسانى نبيل، لا لاجل الاستفادة و الاضرار.

(ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم، و قد يكون للبذر) الّذى يحتاجون إليه للزرع من اجل العام الآتى (او علف الدواب، او الاسترباح بالثمن) فان الكسبة يشترون الطعام من التجار، لاجل الاسترباح، فاذا لم يعطهم التجار الطعام، وقف استرباحهم و احتاجوا بل ربما افتقروا (و عليك فى استخراج احكام هذه الاقسام و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام).

اذ بعض الاقسام مستحب، كالحفظ لاجل الارفاق بالفقراء.

و بعضها: مكروه كالحفظ لاجل عدم الخسارة فيما لا يكون اضرارا بالناس.

و بعضها: حرام كالحفظ لاجل الاضرار بالناس و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۴

الخامس: الظاهر عدم الخلاف- كما قيل- فى اجبار المحتكر على البيع

حتى على القول بالكراهة بل عن المهذب البارع: الاجماع عليه و عن التنقيح كما فى الحدائق، عدم الخلاف فيه و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب.

و لذا ذكرنا ان ظاهر ادلة الاجبار: تدل على التحريم، لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة

الامر (الخامس: الظاهر) من الفقهاء و الادلة العامة التى هى مستند الفقهاء (عدم الخلاف- كما قيل-) اى قيل بعدم الخلاف و نحن أيضا استظهرنا عدم الخلاف (فى اجبار المحتكر على البيع حتى على القول بالكراهة) اى كراهة الاحتكار (بل عن المهذب البارع: الاجماع عليه و عن التنقيح كما فى الحدائق) اذ الحدائق نقل عن التنقيح (عدم الخلاف فيه) اى فى اجبار المحتكر (و هو) اى الاجماع (الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب) فان الجبر انما هو على الواجب، فاذا لم يكن الاحتكار حراما، باى دليل نقول بوجوب البيع عليه و انه يجبر على البيع؟ انما الدليل هو الاجماع.

(و لذا) الّذى يكون تلازم بين الاجبار و بين وجوب البيع- اى حرمة الاحتكار- (ذكرنا ان ظاهر ادلة الاجبار: تدل على التحريم) اذ لو لم يكن الاحتكار حراما، لم يكن تركه واجبا، و اذا لم يكن تركه واجبا لم يكن وجه لاجبار المحتكر على البيع (لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة) المستفادة من الادلة الشرعية، و ان لم يكن خلاف العقل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۵

نعم لا يسعر عليه اجماعا، كما عن السرائر و زاد وجود الاخبار المتواترة.

و عن المبسوط عدم الخلاف فيه.

و لكن عن المقنعة انه يسعر عليه بما يراه الحاكم.

و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد انه يسعّر عليه ان اجحف بالثمن، لنفى الضرر.

و انما نقول انه ليس خلاف العقل، لإمكان ان لا يكون شيء لازما على زيد، و لكن يكون اجباره لازما على الحاكم.

نعم لا يعقل ان يكون شيء واحد لازما على انسان و غير لازم على نفس ذلك الانسان.

(نعم لا يسعر عليه) اى لا يجبره الحاكم بالسعر الخاص (اجماعا كما عن السرائر، و زاد) السرائر (وجود الاخبار المتواترة) على عدم جواز التسعير عليه.

(و عن المبسوط عدم الخلاف فيه) اى فى انه لا يسعّر عليه.

(و لكن عن المقنعة) للمفيد ره (انه يسعّر عليه بما يراه الحاكم) صلاحا من التسعير.

(و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد انه يسعّر عليه ان اجحف بالثمن) كما لو اراد الشيء الّذى قيمته دينار، بعشرة دنانير مثلا (لنفى الضرر) فلا يحق ان يضرّ المشترين، فاذا اراد ضررهم جعل الحاكم له سعرا خاصا حتى يأخذ امام اضراره.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۶

و عن الميسى، و الشهيد الثانى: انه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهى عن التسعير و الجبر بنفى الاضرار.

خاتمة: و من أهم آداب التجارة، الإجمال فى الطلب، و الاقتصاد فيه.

(و عن الميسى، و الشهيد الثانى: انه يؤمر بالنزول) عن القيمة الزائدة التى يريدها (من دون تسعير).

و انما قالوا بذلك، (جمعا بين النهى عن التسعير) فى الروايات فلا- يسعّر عليه- (و) بين (الجبر بنفى الاضرار) اى يجبر ان لا يضر بالمشترين.

فالجبر له بنفى اضرار الناس، يقتضى ان يؤمر بالنزول عن سعره الغالى.

(خاتمة: و من اهم آداب التجارة) فان للتجارة آدابا كثيرة ذكرت فى الوسائل و المستدرك، و بعض منها فى الشرائع، و الجواهر، و شرح اللمعة، و غيرها (الاجمال فى الطلب) بان يطلب الرزق بالتجارة طلبا جميلا لا ينافى العفة و المروءة، و يناسب جمال الرجل فى الدنيا و الآخرة (و الاقتصاد فيه) اى القصد و التوسط، فلا يعمل عمل الحريص الّذى لا يبالى بالحلال و الحرام، و لا يترك الكسب و التجارة لظن محاذير و إرادة القناعة كما هو شأن المفرطين و المفرّطين.

و ليس المراد بالاقتصاد عدم الاهتمام بالتجارة و البقاء متوسط المال و العمل، بل اللازم الاهتمام حتى يكون ارقى التجار و اعظمهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۷

ففى مرسلة ابن فضال، عن رجل عن ابى عبد الله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع، و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها، و ليكن انزال نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف، و ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف، و تكسب ما لا بدّ للمؤمن منه ان

مالا ان تمكن.

ففى الحديث: نعم العون على الدين الغنى.

و فى احاديث كثيرة امر الامام عليه السلام: من ترك الكسب لانه استغنى، بالرجوع الى الكسب، و الا لذهب بعض عقله فراجع كتاب التجارة من الوسائل و المستدرك.

(ففى مرسلة ابن فضال، عن رجل عن ابى عبد الله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع) الّذى يضيع الكسب، او الاهل، او الرزق، و انما يكتسب اكتسابا منقطعا بدون اهتمام (و دون طلب الحريص) الّذى لا- يبالى، احلالا اكتسب أم حراما؟ و يستغرق فى الكسب فلا يهتم بامور دنياه و لا بامور آخرته (الراضى بدنياه، المطمئن إليها) صفتان للحريص، فان الراضى بالدنيا لا يهتم

بامور الآخرة (و لیکن انزال نفسک من ذلک) الکسب (منزلة المنصف) الّذی یتوسط فی الامور (المتعفف) الّذی یعف عن الحرام و عن مساقط المروءة (و ترفع نفسک عن منزلة الواهن) فلا تری فی کسبک واهنا متکاسلا (الضعیف) فی العمل و الاکتساب (و تکسب ما لا بد للمؤمن منه) لاجل ادارة اموره و شئونه (ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۸

الذین اعطوا المال ثم لم یشکروا، لا مال لهم.

و فی صحیحة الثمالی، عن ابی جعفر (ع) قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله- فی حجة الوداع- الا ان روح الامین نفث فی روعی انه لن یموت نفس حتی یستکمل رزقها، فاتقوا الله و اجملوا فی الطلب، و لا یحملنکم استبطاء شیء من الرزق ان تطلبوه بشیء من معصیة الله فان الله تبارک و تعالی قسّم الارزاق فی خلقه حلالا و لم یقسمها حراما فمن

الذین اعطوا المال ثم لم یشکروا) شکرا بالقلب و اللسان و العمل.

و الشکر العملی هو الکسب بحق، و وضع المال فی موضعه (لا مال لهم) فانهم لا یستفیدون فائدة المال، لا دنیا و لا آخرة.

(و فی صحیحة الثمالی، عن ابی جعفر (ع) قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله- فی حجة الوداع- الا ان روح الامین) جبرئیل علیه السلام (نفث فی روعی) و القی فی ذهنی وحیا (انه لن یموت نفس حتی یستکمل رزقها) فکل انسان یأتیه رزقه (فاتقوا الله و اجملوا فی الطلب) فلا تمدوا ایدیکم الی الحرام، و لا تعملوا عملا ینافی جمالکم الدینی و الدنیوی (و لا یحملنکم استبطاء شیء من الرزق) و انه ابطئ و لم یأتکم عاجلا (ان تطلبوه بشیء من معصیة الله)

مثلا- یری انه لا یحصل الرزق بالحلال، فیکتسب بالخمر و الخنزیر (فان الله تبارک و تعالی قسّم الارزاق فی خلقه حلالا) فجعل بقدر الناس الرزق الحلال (و لم یقسمها حراما) بان یکون الرزق الحلال لعشرة مثلا، و الحال ان نفوس البشر عشرون- مثلا- (فمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۱۹

اتقی الله و صبر، اتاه الله برزقه من حلّه، و من هتک حجاب الستر و عجّل فاخذه من غیر حلّه، قصّر به من رزق الحلال، و حوسب علیه یوم القیامة.

و عن ابی عبد الله علیه السلام: انه کان امیر المؤمنین علیه السلام کثیرا ما یقول: اعلموا علما یقینا ان الله عز و جل لم یجعل للعبد و ان اشتد جهده، و عظمت حیلته و کثرت مکایدته، ان یسبق ما سمی له فی الذکر الحکیم

اتقی الله و صبر، اتاه الله برزقه من حله) اذا اتی بالموازین، و اکتسب و اجتهد (و من هتک حجاب الستر) فاخذ فی الاکتساب المحرّم (و عجّل) لتحصیل الرزق (فاخذه من غیر حلّه، قصّر به) ای بسبب ذلک الحرام (من رزق الحلال) فان مالک اما ان تصرفه فی الاکتساب المحلل، و اما ان تصرفه فی الاکتساب المحرّم.

و من المعلوم: ان صرفه فی الاکتساب المحرّم یوجب عدم تمکنک من صرفه فی الحلال (و حوسب علیه یوم القیامة) حساب مرتکبی الحرام.

(عن ابی عبد الله علیه السلام: انه کان امیر المؤمنین علیه السلام کثیرا ما یقول: اعلموا علما یقینا ان الله عز و جل لم یجعل للعبد و ان اشتد جهده، و عظمت حیلته) ای معرفة علاجه للامور (و کثرت مکایدته) اسالیب عمله (ان یسبق) و یتقدم (ما سمی له فی الذکر الحکیم) بان یحتوی علی اکثر مما سمی.

مثلا: ان الله سبحانه جعل الاسباب الممکنة للوصول الی المال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۰

و لم يحل بين العبد فى ضعفه و قلة حيلته ان يبلغ ما سمى له فى الذكر الحكيم، ايها الناس انه لن يزداد امرئ نقير الحذفة و لم ينقص امرئ نقير الحمقة.

فالعالم بهذا العامل به

اسبابا خاصا اذا استعمل الانسان حصل على مليون دينار فان الانسان مهما عمل لا يمكن ان يحصل اكثر من المليون، لان الله سبحانه لم يجعل للانسان فى ذكره المحكم فى اللوح المحفوظ اكثر من ذلك (و لم يحل بين العبد فى ضعفه و قلة حيلته ان يبلغ ما سمى له فى الذكر الحكيم) فان الانسان بالاسباب المجعولة من قبله سبحانه، يصل الى غاية الممكن، اذا عمل و اكتسب.

و الحاصل: ان الاسباب التكوينية، و الاعمال التى تصدر من الانسان كلاهما دخيلان فى البلوغ الى حدّ معين، فلا يتمكن الانسان من تجاوز ذلك الحدّ، كما لا يمنع الانسان شىء عن الوصول الى الاسباب الكونية و الاعمال الممكنة، فكل قادر بقدرته و بمقتضى ظروفه و طاقاته (ايها الناس انه لن يزداد امرئ نقير الحذفة) ان الاسباب و الاعمال لا يمكن تجاوزهما (و لم ينقص امرئ نقير الحمقة) لان كلا بقدر الاسباب المهيئة له و الاعمال الصادرة منه يؤتى إليه رزقه و النقير هى النقرة الصغيرة فى ظهر نواة التمر.

(فالعالم بهذا) الّذى ذكرت من ان بقدر الاسباب الكونية و الاعمال الصادرة من الانسان يكون الرزق (العامل به) فيأخذ بالاسباب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۱

اعظم الناس راحة فى منفعته، و العالم بهذا التارك له اعظم الناس شغلا فى مضرته.

و رب منعم عليه مستدرج بالاحسان إليه.

و رب مغرور فى الناس مصنوع له فابق ايها الساعى من سعيك، و

(اعظم الناس راحة فى منفعته) انه انتفع براحة قلب (و العالم بهذا التارك له) بان طلب ما لا اسباب كونية مقدرة له (اعظم الناس شغلا) و اشتغالا (فى مضرته) فى اضرار نفسه، لانه يكون دائما مكسور القلب مضطرب النفس.

(و) لا يغرنكم ان ترون بعض الناس منعّمين، فتتحسّرون مكانتهم ف (رب منعم عليه)- بصيغة المفعول- (مستدرج بالاحسان إليه) اى ان الله يستدرجه و يطلبه الى النار درجة درجة، انه ان كان فقيرا لم يرتكب زنا و لا خمرا و لا فتنة اما و قد استغنى فانه يصرفه فى الحرام فيقترب من الهلاك الابدى درجة درجة، كما قال سبحانه: سَنَسْتَدْرِجُهُمْ مِنْ حَيْثُ لا يَعْلَمُونَ*.

(و رب مغرور فى الناس) يرونه الناس مغرورا، لانه يتوكل و لا يطلب الحرام (مصنوع له) قد صنع الله له اسباب الرزق و السيادة، فلا تقولوا فلان مغرور لا يحتال و لا يدخل مداخل الحرام لاكتساب الرزق- كما ان الناس اعتادوا ان يقولوا ذلك- (فابق ايها الساعى من سعيك) لا تسع كل السعى بحيث تترك امور دينك و دنياك، لاجل الرزق و الاكتساب بل توسط و اذ كل شىء حقه (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۲

اقصر من عجلتك، و انتبه من سنة غفلتك، و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه (ص)

و فى رواية عبد الله بن سليمان، قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان الله عز و جل وسع فى ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء و تعلموا ان الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة.

و فى مرفوعة سهل بن زياد، انه قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه رزقه و كم من مقتصد

اقصر من عجلتك، و انتبه من سنة غفلتك) السنة بالكسر و التخفيف اوّل النوم، كما قال تعالى: لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لا نَوْمٌ (و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه ص) من ان الرزق مقسوم، كما قال سبحانه: نَحْنُ قَسَمْنا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَياةِ الدُّنْيا، و غيرها

من الآیات و الروایات.

(و فی روایة عبد اللّه بن سلیمان، قال سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: ان اللّه عز و جل وسع فی ارزاق الحمقی لیعتبر العقلاء) لا- یخفی ان الامر علی نحو الموجبة الجزئیة لا ان مراد الامام علیه السلام ان کل احمق کذلک، کما هو واضح (و تعلموا ان الدنیا لیس ینال ما فیها بعمل و لا حیلة) فان ما فی الدنیا اشیاء کثیرة و لا ینال الانسان ما یشتهی منها بعمل او علاج بل ینال الّذی جعل اللّه له اسبابا کونیة خاصة، اذا عمل الانسان حسب مقتضی تلک الاسباب.

(و فی مرفوعة سهل بن زیاد، انه قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام: کم من متعب نفسه مقتر علیه رزقه) ای رزقه قلیل (و کم من مقتصد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۳

فی الطلب قد ساعدته المقادیر.

و فی روایة علی بن عبد العزیز، قال: قال ابو عبد اللّه علیه السلام ما فعل عمر بن مسلم، قلت: جعلت فداک: اقبل علی العبادة، و ترک التجارة، فقال: ویحه أ ما علم ان تارک الطلب لا تستجاب له دعوته، ان قوما من اصحاب رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله لما نزل قوله تعالی: وَ مَنْ یَتَّقِ اللّٰهَ یَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَ یَرْزُقْهُ مِنْ حَیْثُ لٰا یَحْتَسِبُ اغلقوا الابواب و

فی الطلب قد ساعدته المقادیر) لانه عمل حسب الاسباب الکونیة بخلاف الاول لعدم توفر الاسباب له، او عدم سلوکه حسب الاسباب.

(و فی روایة علی بن عبد العزیز، قال: قال ابو عبد اللّه علیه السلام ما فعل عمر بن مسلم، قلت: جعلت فداک: اقبل علی العبادة و ترک التجارة، فقال: ویحه) کلمة ردع و زجر (أ ما علم ان تارک الطلب لا تستجاب له دعوته).

اما المراد کل دعاء له، لان اللّه یستجیب الدعاء لمن عمل بأوامره و من جملة اوامره طلب الرزق و الاکتساب فقد قال سبحانه: إِنَّمٰا یَتَقَبَّلُ اللّٰهُ مِنَ الْمُتَّقِینَ.

و اما المراد دعائه فی اعطائه سبحانه الرزق له کما ورد فی الحدیث بمضمون ان اللّه لا یستجیب دعاء طلب الرزق ممن لا یکتسب (ان قوما من اصحاب رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله لما نزل قوله تعالی: وَ مَنْ یَتَّقِ اللّٰهَ یَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَ یَرْزُقْهُ مِنْ حَیْثُ لٰا یَحْتَسِبُ) الی اخر الآیة (اغلقوا الابواب و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۴

اقبلوا علی العبادة، و قالوا قد کفینا فبلغ ذلک النبی صلی اللّه علیه و آله فارسل إلیهم، فقال لهم: ما دعاکم الی ما صنعتم؟ فقالوا یا رسول اللّه (ص) تکفل اللّه تعالی لنا بارزاقنا، فاقبلنا علی العبادة، فقال صلی اللّه علیه و آله: انه من فعل ذلک لم یستجب له، علیکم بالطلب.

و قد تقدم روایة انه لیس منا من ترک آخرته لدنیاه، و لا من ترک دنیاه لآخرته.

و تقدم أیضا حدیث داود علی نبینا و آله و علیه السلام و علی جمیع انبیائه الصلاة

اقبلوا علی العبادة، و قالوا قد کفینا) زعما بان التقوی توجب درّ الرزق علی الانسان، و زعموا ان معنی التقوی العبادة فقط (فبلغ ذلک النبی صلی اللّه علیه و آله، فارسل إلیهم، فقال لهم: ما دعاکم الی ما صنعتم؟

فقالوا یا رسول اللّه (ص) تکفّل اللّه تعالی لنا بأرزاقنا، فاقبلنا علی العبادة) و ترکنا الاکتساب (فقال صلی اللّه علیه و آله: انه من فعل ذلک لم یستجب له) لانه ترک شرط الاستجابة- کما ذکرنا- (علیکم بالطلب) و الروایات بهذا المضمون کثیرة.

(و قد تقدم روایة انه لیس منا من ترک آخرته لدنیاه، و لا من ترک دنیاه لآخرته).

و فی الآیة الکریمة: وَ مِنْهُمْ مَنْ یَقُولُ رَبَّنا آتِنا فِی الدُّنْیا حَسَنَةً وَ فِی الْآخِرَةِ حَسَنَةً، وَ قِنا عَذابَ النّارِ، أُولئِکَ لَهُمْ نَصِیبٌ مِمّا کَسَبُوا (و تقدم أیضا حدیث داود علی نبینا و آله و علیه السلام و علی جمیع انبیائه الصلاة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۵

و السلام، بعد الحمد لله الملک العلام علی ما انعم علینا بالنعم الجسام التی من اعظمها الاشتغال بمطالعة و کتابة کلمات اولیائه الکرام التی هی مصابیح الظلام، للخاص و العام.

و السلام، بعد الحمد لله الملک العلام علی ما انعم علینا بالنعم الجسام) جمع جسیم، بمعنی: عظیم (التی من اعظمها) ای من اعظم النعم (الاشتغال بمطالعة و کتابة کلمات اولیائه الکرام التی هی مصابیح) جمع مصباح ای انوار الله فی (الظلام للخاص و العام).

سبحان ربک رب العزة عما یصفون، و سلام علی المرسلین، و الحمد لله رب العالمین، و الصلاة و السلام علی محمد، و آله الطیبین الطاهرین

الی هنا تمّ شرح کتاب البیع من کتاب المکاسب للشیخ الفذ آیه الله الشیخ مرتضی الانصاری قدس سره.

و سیتلوه کتاب الخیارات ان شاء الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۶

قریبا جدّا بعونه تعالی سیصدر القسم الاول من کتاب (الخیارات) و هو الجزء الحادی عشر من کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۷

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحة

مقدمة المؤلف ۲

فی تعیین المناط فی المکیل و الموزون و المعدود ۳

فی جواز الاعتماد باخبار البائع بمقدار المبیع ۶۱

فی انه هل یحتاج البیع الی المشاهدة أم لا ۷۲

فی اقسام البیع ۷۷

فی التفریع علی عدم جواز بیع الفرد المردد ۹۵

فی ما لو باع صاعا من صبرة ۱۰۷

فی الاستغناء بالمشاهدة فی الزمان السابق عن الوصف ۱۴۶

فی لزوم الاختبار فیما تختلف به القیمة ۱۸۹

فی جواز ابتیاع ما یفسده الاختبار من دون اختبار ۲۱۲

فی جواز بیع المسک فی فأره ۲۳۸

فی عدم جواز بیع المجهول مع الضمیمة ۲۴۳

فی الاندار و نقل الاقوال فیه ۲۷۷

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۰، ص: ۴۲۸

الموضوع الصفحة فی جواز بیع المظروف مع الظرف الموزون معه ۳۱۳
فی استحباب التفقه فی مسائل التجارات ۳۲۲
فی الاخبار الدالة علی الحث فی طلب العلم ۳۳۹
فی مرجوحیة تلقی الرکبان ۳۶۳
فی حرمة النجش ۳۷۶
فی ما اذا دفع الانسان ما لا لیصرف فی قبیل ۳۷۹
فی الاحتکار ۳۹۴
محتویات الکتاب ۴۲۷

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الحادی عشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین و صلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و لعنة اللّه علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الاول من کتاب الخیارات و الجزء الحادی عشر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّه الانصاری قدس سره.

و یشرع فی المعنی اللغوی للخیار.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مالٌ وَ لا بَنُونَ إِلّا مَنْ أَتَی اللّهَ بِقَلْبٍ سَلِیمٍ.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین.

القول فی الخیار، و اقسامه، و احکامه،

مقدمتان.

الأولی: الخیار لغة: اسم مصدر من الاختیار

غلب فی کلمات جماعة من المتأخرین فی ملک فسخ العقد.

(الحمد لله رب العالمین و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین).

(القول فی الخیار، و اقسامه، و احکامه، مقدمتان).

المقدمة (الاولی: الخیار لغة) ای فی معناه اللغوی مقابل الاصطلاح الفقهی الدارج فی باب المعاملات، فانه اخص من المعنی اللغوی

(اسم مصدر من الاختیار) فالاختیار مصدر، معناه الفعل المنسوب الی الفاعل و اسم المصدر هو الهیئة الحاصلة من المصدر، فلیس فیه الانتساب الی الفاعل، مثل الاغتسال و الغسل، و التوضی و الوضوء (غلب) استعمال الخیار (فی کلمات جماعة من المتأخرین فی ملک فسخ العقد).

فاذا قیل: فلان له الخیار- مثلا- یراد به انه یملک ملکا شرعیا فسخ ما عقد.

و قوله «غلب» اشارة الی ان معنی الخیار اصطلاحا لیس نقلا من معناه اللغوی الی المباین بل نقل الی بعض افراده.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴

علی ما فسره به فی موضع من الایضاح فیدخل ملک الفسخ فی العقود الجائزة و فی عقد الفضولی، و ملک الوارث ردّ العقد علی ما زاد علی الثلث، و ملک العمة و الخالة لفسخ العقد علی بنت الأخ و الاخت و ملک الامة المزوجة من عبد فسخ العقد اذا اعتقت و ملک کل من الزوجین للفسخ بالعیوب.

و انما قلنا «غلب» (علی ما فسره) ای الخیار (به) ای بملک فسخ العقد (فی موضع من) کتاب (الایضاح) الّذی هو لولد العلامة فخر المحققین.

و جماعة من المتأخرین أخذوا هذا التفسیر منه و اذا کان معنی الخیار اصطلاحا «ملک فسخ العقد» الّذی هو اخص من «ملک الاختیار فی العقد، و فی غیر العقد» فان هذا هو معناه لغة (فیدخل) فیه (ملک) الانسان (الفسخ فی العقود الجائزة) کالهبة غیر اللازمة (و فی عقد الفضولی) حیث ان المالک له الفسخ (و ملک الوارث ردّ العقد) الّذی عقده مورثه (علی ما زاد علی الثلث) فی عقد الوصیة فان الوصیة عقد یعقده المورث، فاذا زاد علی الثلث کان للوارث ان یرده فی الزائد علی الثلث اذ لیس للمیت ان یوصی باکثر من الثلث، الا مع اجازة الوارث (و ملک العمة و الخالة لفسخ العقد علی بنت الأخ و الاخت).

فاذا کانت العمة مثلا زوجة لزید، فتزوج زید بنت اختها او بنت اخیها کان للزوجة ان تفسخ هذا العقد (و ملک الامة المزوجة من عبد فسخ العقد) ای عقد النکاح (اذا اعتقت) و ملک الزوج فی المتعة فسخ النکاح (و ملک کل من الزوجین للفسخ) ای فسخ عقد النکاح (بالعیوب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۵

و لعل التعبیر بالملک للتنبیه علی ان الخیار من الحقوق، لا من الاحکام فیخرج ما کان من قبیل الاجازة و الرد لعقد الفضولی، و التسلط علی فسخ العقود الجائزة،

فاذا کان الرجل معیوبا بعیوب مذکورة فی کتاب النکاح، کان للزوجة الفسخ.

و اذ کانت المرأة معیوبة بعیوب کذلک کالرتق، کان للرجل الفسخ.

و قوله (فیدخل) اشکال علی من فسر الخیار فی باب المعاملات «بملک فسخ العقد» لانه یدخل فی هذا التعریف الامور المذکورة، مع انها لیست مرتبطة بباب المعاملات، فیکون تعریف الخیار بذلک من التعریف بالاعم، و ذلک لا یجوز لانه یلزم ان یکون التعریف جامعا مانعا

و قوله: (و لعل التعبیر بالملک) جواب عن الاشکال المذکور، فان لفظ «الملک» فی تفسیر الخیار (للتنبیه علی ان الخیار من الحقوق) الّذی یملکه الانسان بجعل الله له ذلک (لا من الاحکام) الّذی لیس للانسان.

مثلا: إباحة شرب الماء للانسان حکم من الله، فلیس للانسان ان یقول: انی اسقطت هذا الحکم، لانه لا یملکه.

اما حق القسم للزوجة فانه ملک لها، و لذا کان لها ان تسقطها.

و قد ذكرنا تفصيل الفرق بين الحق و الحكم فى موضع آخر من هذا الكتاب (فيخرج ما كان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولى، و) كذا (التسلط على فسخ العقود الجائزة) فلا تدخل هذه الامور فى التعريف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۶

فان ذلك من الاحكام الشرعية، لا من الحقوق.

و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط.

و

السابق للخيار (فان ذلك) اى «ما كان من قبيل الاجازة و الرد» و «التسلط» (من الاحكام الشرعية، لا من الحقوق) و كلما لم يكن من الحقوق لم يكن «ملكا».

(و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط) مع ان الحق يورث، لانه مشمول لقوله «ما تركه الميت فلو فلوارثه».

و كذلك الحق يسقط بالاسقاط، فللمرأة ان تسقط حقها فى القسم.

و ليس كذلك الاحكام الشرعية، مثلا: لكل انسان ان يسلم على اخيه المسلم، و هذا ليس بشيء يرثه الانسان عن مورثه، كما انه ليس قابلا للاسقاط بان يقول المسلّم او المسلّم عليه اسقط هذا الحق.

و كذلك «الاجازة و الرد فى العقد الفضولى» ليس للمالك ان يقول اسقطت هذا الحق حتى يصبح و لا حقّ له فى الاجازة و الرد، كما انه اذا مات لا يرثه وارثه و انما وارثه له الاجازة و الرد، لانه صار مالكا، و قد وقع العقد الفضولى على ماله، فله- استقلالا لا إرثا- ان يجيز او يرد.

و كذا بالنسبة الى «التسلط على فسخ العقود الجائزة» فانه ليس للواهب ان يقول: اسقطت حقى فى الفسخ، فانه لا يسقط حقه بذلك، كما انه اذا مات كان لوارثه هذا الحق استقلالا لا لانه كان لمورثه فورثه.

(و) حيث قد عرفت ورود الاشكال على تعريف الخيار «بانه ملك فسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۷

قد يعرف بانه ملك اقرار العقد و ازالته.

و يمكن الخدشة فيه، بانه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، اذ القدرة لا تتعلق باحد الطرفين.

و ان اريد منه الزام العقد، و جعله غير قابل لان يفسخ.

العقد» فاعلم انه (قد يعرف) الخيار (بانه ملك اقرار العقد و ازالته).

و هذا التعريف ادخل فيه لفظة «اقرار العقد» حيث لم يكن فى التعريف السابق.

(و يمكن الخدشة فيه، ب) ان هذه الزيادة غير تامة، ف (انه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله) و الابقاء هو (بترك الفسخ) مع ان له الفسخ (فذكره مستدرك) اى غير محتاج إليه (لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه).

فاذا قال «يملك الفسخ» كان معناه، و «يملك الابقاء».

فالتعريف السابق كان شاملا لذلك (اذا القدرة لا تتعلق باحد الطرفين) و الا كان جبرا.

الا ترى ان «الانسان لا بد و ان يكون فى الحيّز».

و لا يصح ان يقال: انه «يقدر ان يكون فيه».

اما اذا کان «یمکنه البقاء و الذهاب» قیل انه یقدر علی البقاء.

(و ان ارید منه) ای من «اقرار العقد» (الزام العقد و جعله غیر قابل لان یفسخ) ای «الخیار ملک الزام العقد و ازالته».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۸

ففیه ان مرجعه الی اسقاط حق الخیار فلا یؤخذ فی تعریف نفس الخیار

مع ان ظاهر الالزام فی مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فینتقض بالخیار المشترک فان لکل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا.

(ففیه ان مرجعه) ای مرجع «الزام العقد» (الی اسقاط حق الخیار).

اذ الالزام معناه ذلک (فلا یؤخذ) ای (اسقاط حق الخیار) (فی تعریف نفس الخیار) لانه تعریف الشیء بالنفس، و ذلک یستلزم الدور الباطل.

و لا فرق فی ذلک بین ان یؤخذ نفس الشیء فی تعریف نفسه، کان تقول: الانسان شیء له الانسانیة، او ان یؤخذ ما لا یفهم الا بنفس الشیء ای ما یکون مرجعه ذلک الشیء المعرّف- کما فی محل الکلام، فالزام العقد عبارة اخری عن «اسقاط حق الخیار».

(مع) انه یلزم اشکال ثان علی تعریف الخیار بانه «ملک اقرار العقد و ازالته» و هو (ان ظاهر الالزام) الواقع فی تعریف الخیار (فی مقابل الفسخ) لانه قال «الزام العقد و ازالته» حسب ما قلنا من ان الاقرار، مرجعه الالزام (جعله لازما مطلقا).

و علی هذا المعنی «للالزام» (فینتقض) تعریف الخیار «بإلزام العقد و ازالته» (بالخیار المشترک) بین البائع و المشتری (فان لکل منهما الزامه من طرفه) فقط (لا مطلقا) حیث یصبح العقد لازما، فهذا الفرد من الخیار خارج عن التعریف المذکور، مع انه داخل فی اقسام الخیار.

و الحاصل: ان هذا التعریف معناه «ان البائع- مثلا- له ان یلزم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۹

ثم ان ما ذکرناه من معنی الخیار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق فی کلمات المتأخرین، و الا فاطلاقه فی الاخبار، و کلمات الاصحاب علی سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولی، و سلطنة الرجوع فی الهبة و غیرهما من افراد السلطنة شایع.

و ان یفسخ» مع ان فی الخیار المشترک لیس للبائع ان یلزم العقد الزاما مطلقا بل له ان یلزمه الزاما من جانبه فقط.

(ثم ان ما ذکرناه من معنی الخیار) بالتعریفین المذکورین (هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق) ای عند اطلاق لفظ الخیار (فی کلمات المتأخرین).

و من هذا التبادر تولد التعریفان المذکوران (و الا) فلیس لفظ الخیار خاصا بهذین المعنیین (فاطلاقه فی الاخبار، و کلمات الاصحاب) غیر المتأخرین (علی سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولی، و سلطنة الرجوع فی الهبة) الجائزة (و غیرهما من افراد السلطنة) مثل سلطنة العمة و الخالة فی فسخ نکاح بنت الاخ، و بنت الاخت و سائر انواع السلطنة (شایع).

و هذا الشائع هو المعنی اللغوی للخیار و المتبادر منه عند العرف العام.

و قد تحقق بهذه المقدمة الاولی تعریف الخیار الاصطلاحی فی باب المعاملات.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰

الثانیة: ذکر غیر واحد- تبعا للعلامة فی کتبه- ان الاصل فی البیع اللزوم.

اشارة

قال فی التذکرة: الاصل فی البیع اللزوم لان الشارع وضعه مفیدا لنقل الملک، و الاصل الاستصحاب.

و الغرض تمکن کل من المتعاقدین من التصرف فیما صار إلیه، و انما یتم باللزوم لیأمن من نقض صاحبه علیه

المقدمة (الثانیة) فی بیان ان الاصل فی البیع: هل اللزوم، او الجواز؟

فقد (ذکر غیر واحد) من الفقهاء (- تبعا للعلامة فی کتبه- ان الاصل فی البیع اللزوم).

(قال فی التذکرة: الاصل فی البیع اللزوم).

و ذلک (لان الشارع وضعه) ای البیع (مفید النقل الملک) من البائع الی المشتری فی المثمن، و بالعکس فی الثمن (و الاصل الاستصحاب) ای بقاء النقل المذکور اذا شک فی انه هل رجع الملکین الی البائعین بالفسخ، أم لا.

(و) هناک وجه آخر لاصالة اللزوم، و هو ان (الغرض) من البیع (تمکن کل من المتعاقدین من التصرف فیما صار إلیه، و انما یتم) هذا الغرض (باللزوم) ای بان یکون البیع لازما.

و انما یتم الغرض باللزوم (لیأمن من نقض صاحبه علیه).

اذ ادلة اللزوم تمکن لکل طرف نقض البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۱

انتهی.

[معانی الأصل]

اشارة

اقول: المستفاد من کلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لارادة معان

الأول: الراجح،

احتمله فی جامع المقاصد مستندا فی تصحیحه الی الغلبة.

و فیه انه ان اراد غلبة الافراد، فغالبها ینعقد جائزا، لاجل خیار المجلس، او الحیوان، او الشرط.

و الغرض دلیل لمّی علی کون البیع وضع لازما (انتهی) کلام العلامة

(اقول: المستفاد من کلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لارادة معان) بعضها صحیح و بعضها غیر صحیح.

المعنی (الاول: الراجح) فقولهم الاصل: اللزوم، ای الراجح اللزوم (احتمله) ای هذا المعنی للاصل (فی جامع المقاصد) و هو تألیف المحقق الثانی فی حال کون المحقق (مستندا فی تصحیحه الی الغلبة) ای استدل لکون الراجح اللزوم بان الغالب فی البیع اللزوم.

(و فیه) ان لا نسلّم صحة الاصل بهذا المعنی، ل (انه ان اراد غلبة الافراد) ای غالب افراد البیع لازم (ف) فیه ان (غالبها ینعقد جائزا) لا لازما (لاجل خیار المجلس، او الحیوان، او الشرط).

فان خیار المجلس فی کل بیع الا نادرا.

و خیار الحیوان فی کل بیع حیوان الا نادرا.

و خیار الشرط فی کل بیع شرط فیه، و هو کثیر جدا.

فکیف یدعی ان غالب افراد البیع لازم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲

و ان اراد غلبة الازمان.

فهی لا تنفع فی الافراد المشکوکة.

مع انه لا یناسب ما فی القواعد من قوله: و انما یخرج من الاصل لامرین ثبوت خیار، او ظهور عیب.

(و ان اراد) بالغلبة (غلبة الازمان) فانه بعد انقضاء المجلس، و ثلاثة ایام فی الحیوان، و مدة الشرط فی خیار الشرط، یکون البیع لازما فزمان اللزوم اکثر من زمان الخیار.

(فهی) ای اصالة اللزوم (لا تنفع فی الافراد المشکوکة) من البیع، فی انها هل هی لازمة، او لیست بلازمة فعلیه فلا فائدة للاصل المذکور.

فانهم انما ذکروه للاستناد إلیه فی الافراد المشکوکة.

نعم ینفع الاصل بهذا المعنی «غلبة الازمان» فی الزمان المشکوک فیه، هل انه لازم فیه البیع، أم لا.

(مع انه) ای ما ذکره جامع المقاصد من کون المراد بالاصل الراجح (لا یناسب ما فی القواعد من قوله: و انما یخرج من الاصل لامرین ثبوت خیار، او ظهور عیب).

و انما لا یناسب، لان ظاهر کلامه استثناء فردین من افراد البیع، و هما البیع الخیاری و البیع اذا کان فیه عیب فیعرف من المستثنی ان المستثنی منه الافراد لا الا زمان، لانه اذا اراد استثناء الزمان لقال: انما یخرج من الاصل زمانان، زمان الخیار و زمان العیب، و لم یقل «لامرین».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۳

الثانی: القاعدة المستفادة من العمومات التی یجب الرجوع إلیها عند الشک فی بعض الافراد، او بعض الاحوال.

و هذا حسن، لکن لا یناسب ما ذکره فی التذکرة فی توجیه الاصل.

الثالث: الاستصحاب،

و مرجعه الی اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

المعنی (الثانی) من المعانی المحتملة للاصل ان یراد بقولهم «الاصل اللزوم» (القاعدة المستفادة من العمومات) مثل: احل الله البیع، و: الا ان تکون تجارة عن تراض (التی یجب الرجوع إلیها عند الشک فی بعض الافراد، او بعض الاحوال).

فاذا شککنا هل ان هذا البیع لازم او جائز، رجعنا الی تلک العمومات لنستفید منها ان هذا لازم.

و کذا اذا شککنا فی ان هذا البیع اللازم فی الجملة هل هو فی هذا الحال أیضا لازم او جائز، رجعنا الی العمومات لنستفید منها ان البیع فی هذا الحال أیضا لازم، حیث ان مقتضی تلک العمومات اللزوم.

(و هذا) المعنی للاصل (حسن) لانه تام (لکن لا یناسب ما ذکره فی التذکرة فی توجیه الاصل).

و ذلک لان صاحب التـذکرة فسـر الاصل «بالاستصـحاب» و «بالغرض» و هما غیر ما فسره هـذا «بالقاعدة». و لا یخفی: ان عدم تفسـیر التذکرة للاصل «بالقاعدة» لا یضر، اذ القاعدة فی نفسها صحیحة.

المعنی (الثالث) من معانی الاصل (الاستصحاب، و مرجعه الی اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴

احدهما، و هذا حسن.

الرابع: المعنی اللغوی

بمعنی ان وضع البیع و بنائه عرفا و شرعا علی اللزوم، و صیرورة المالک الاول کالاجنبی.

و انما جعل الخیار فیه حقا خارجیا لاحدهما، او لهما یسـقط بالاسـقاط و بغیره و لیس البیع کالهبة التی حکم الشارع فیها بجواز رجوع الواهب بمعنی کونه حکما شرعیا له اصلا و بالذات، بحیث لا یقبل الاسقاط.

احدهما).

لکن هـذا لا یثبت اصل اللزوم، و انما یثبت بقاء اللزوم، اذا شک فیه بعـد ان علم لزوم العقـد سابقا (و هذا حسن) أیضا، و ان کان هذا اصلا عملیا بینما کان المعنی الثانی اصلا اجتهادیا.

المعنی (الرابع المعنی اللغوی) فان اللغوی اذا قال: الاصل فی الشـیء کذا، اراد ان وضـعه علی کذا (بمعنی ان وضع البیع و بنائه عرفا و شرعا علی اللزوم، و صیرورة المالک الاول) للمثمن و للثمن (کالاجنبی).

و انما جاء بالکاف لافادة انه لیس اجنبیا بحتا بل صار اجنبیا.

(و انمـا جعـل الخیـار فیه) ای فی البیع (حقـا خارجیـا) خارج عن حقیقـة البیع (لاحـدهما، او لهما، یسـقط) حق الخیار (بالاسـقاط) اذا اسـقطاه (و بغیره) کانقضاء المجلس فی خیار المجلس، و انقضاء الثلاثـة فی خیار الحیوان (و لیس البیع کالهبـة التی حکم الشارع فیها بجواز رجوع الواهب بمعنی کونه حکما شرعیا له اصلا و بالذات، بحیث لا یقبل الاسقاط).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵

و من هنـا ظهران ثبوت خیـار المجلس فی اوّل ازمنـة انعقـاد البیع لا ینافی کونه فی حـدّ ذاته مبنیا علی اللزوم، لان الخیار حق خارجی قابل للانفکاک.

نعم لو کـان فی اوّل انعقـاده محکوما شـرعا بجواز الرجوع، بحیث یکون حکما فیه لاحقا مجعولا قابلا للسـقوط، کان منافیا لبنائه علی اللزوم.

و من هذا عرف کیف الخیار فی البیع حق، و فی الهبة حکم.

و انه کیف فی الهبة داخل فی حقیقتها، و فی البیع خارج عن حقیقته.

(و من هنا) حیث تبین ان الخیار لیس داخلا فی حقیقـة البیع (ظهر ان ثبوت خیار المجلس فی اوّل ازمنة انعقاد البیع لا ینافی کونه) ای البیع (فی حدّ ذاته مبنیا علی اللزوم).

و انما ظهر (لان الخیار) فی البیع (حق خارجی قابل للانفکاک) فهو عرضـی لا ذاتی، بخلاف الهبـة فان خیارها داخل فی ذاتها، و لـذا لا یکون قابلا للانفکاک.

(نعم لو کـان) البیع (فی اوّل انعقاده محکوما شـرعا بجواز الرجوع، بحیث یکون) جواز الرجوع (حکما فیه) ای فی البیع (لاحقا) بـذاته

(مجعولا) شرعا (قابلا للسقوط) بانقضاء المجلس (كان) جواز الرجوع (منافيا لبنائه على اللزوم).

لان البناء على اللزوم لا يجتمع مع حكم الشارع بجواز الرجوع.

و الحاصل: ان جواز الرجوع خارج عن حقيقة البيع، لاحق له بقاسر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۶

فالاصل هنا كما قيل نظير قولهم: ان الاصل فى الجسم الاستدارة فانه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى

و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لاجل خيار المجلس الا ان يريد ان الاصل بعد ثبوت خيار المجلس

بخلاف الهبة فان جواز الرجوع فيها داخل فى حقيقة الهبة، و لذا كان الاصل فى البيع اللزوم و الاصل فى الهبة الجواز.

(فالاصل) اى اصل اللزوم (هنا) فى البيع (كما قيل) فى تنظيره (نظير قولهم: ان الاصل فى الجسم الاستدارة).

و وجه هذا الاصل لان احد الاطراف المحيطة بالجسم ليس اولى بامتداد الجسم فيه من الاطراف الاخر، فاذا تساوت الجوانب كان امتداد الجسم فى كل الجوانب على حد سواء، و مثل هذا الجسم لا يكون الا مستديرا (فانه) اى هذا الاصل (لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى) مثل ضغط الهواء، او جاذبية الارض او تمديد اشعة الشمس لما يقبل الصعود، او غير ذلك.

(و مما ذكرنا) من ان المراد بالاصل البيع بنفسه لا بملاحظة القاسر الخارجى (ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية) للسيد الصدر (حيث انكر هذا الاصل) اصالة لزوم البيع (لاجل خيار المجلس) فانه ظهران خيار المجلس من باب القاسر الخارجى، لا انه داخل فى حقيقة البيع (الا ان يريد) الوافية (ان الاصل) اى الاستصحاب (بعد ثبوت خيار المجلس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۷

بقاء عدم اللزوم، و سيأتى ما فيه.

بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل الا بامرين ثبوت خيار، او ظهور عيب، فان ظاهره ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع انه من اسباب الخيار، و توجيهه بعطف الخاص على العام- كما فى جامع المقاصد- غير ظاهر

بقاء عدم اللزوم) فكلامه يكون خارجا عن مبحثنا (و سيأتى ما فيه) اى فى الاستصحاب الّذى ادعاه.

(بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل) اى اصالة اللزوم (الا بامرين ثبوت خيار، او ظهور عيب) فان لفظة «خيار» و ان كانت نكرة مفردة، الا ان اطلاقه يشمل ايّ خيار كان، فلا يقال انه ليس عموم حتى يشمل كل الخيارات (فان ظاهره) بمقتضى العطف (ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار مع انه) اى ظهور العيب- لا العيب نفسه- كما يأتى تحقيقه فى خيار العيب (من اسباب الخيار).

(و) ان قلت: لا بأس بذلك لانه من عطف الخاص على العام و هو كثير فى كلماتهم.

قلت: (توجيهه بعطف الخاص على العام- كما فى جامع المقاصد- غير ظاهر) لانه لو، قال «اسباب الخيار و ظهور العيب» لكان من عطف الخاص على العام، فان ظهور العيب سبب من اسباب الخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۸

اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار، بل عطف على نفسه، و هو مباين له، لا اعم.

نعم قد يساعد عليه ما فى التذكرة.

(اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار، بل عطف على نفسه) اى نفس الخيار (و هو) اى ظهور العيب (مباين له) اى للخيار (لا اعم) منه فلم يكن من عطف الخاص على العام.

فان الخيار اسم مصدر من الاختيار، كما تقدم و ظهور العيب سبب هذا الخيار، لا انه من اقسامه.

فالعطف من قبيل ان يقول «الاحتراق و النار» حيث ان النار سبب الاحتراق، لا انه من افراده.

(نعم قد يساعد عليه) اى على ما ذكره جامع المقاصد «من انه عطف الخاص على العام».

و لا يخفى: ان فى عبارة المصنف احتمالات اظهرها ما نذكره (ما فى التذكرة) فان التذكرة حيث لم يرد عطف الخاص على العام، اضاف قيد «من غير نقص الخ» فصار هكذا «المخرج عن اصل اللزوم خيار من غير نقص و خيار من نقص».

و لكن لا بد من تقدير شىء اذا اردنا ان يكون عطف الخاص على العام مثل لفظ «السبب» فى المعطوف عليه، فتكون عبارة القواعد هكذا «لا يخرج من هذا الاصل الا بامرين، ثبوت سبب خيار، او ظهور عيب».

و الحاصل: ان المصنف لم يجب عن الاشكال الّذى اورده على جامع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۹

من قوله: و انما يخرج عن الاصل بامرين.

احدهما ثبوت الخيار لهما، او لاحدهما من غير نقص فى احد العوضين بل للتروى خاصة.

و الثانى ظهور عيب فى احد العوضين، انتهى.

و حاصل التوجيه على هذا

المقاصد، و انما ايّد صحة نظر جامع المقاصد بكلام التذكرة، حيث ان فى كلام التذكرة لا عطف للخاص على العام قطعا، و لمكان زيادة قيد «من غير نقص» فبهذه القرينة يمكن تصحيح كلام المحقق الثانى ان عبارة القواعد من عطف الخاص على العام، و لو كان ذلك العطف بمعونة تقدير شيء «السبب» كما عرفت.

و كيف كان فيوجه كلام المحقق بما فى التذكرة (من قوله: و انما يخرج عن الاصل) اصالة اللزوم (بامرين).

(احدهما ثبوت الخيار لهما، او لاحدهما من غير نقص فى احد العوضين) يكون جعل الخيار شرعا كخيار المجلس، او بجعلهما كخيار الشرط (بل للتروى) فى المعاملة (خاصة) حتى اذا بدا له رأى فى ابطال المعاملة تمكن من ابطالها.

(و الثانى ظهور عيب فى احد العوضين) فالخيار لاجل النقص (انتهى) كلام التذكرة.

(و حاصل التوجيه) لكلام جامع المقاصد فى قوله انه من عطف الخاص على العام (على هذا) الّذى ذكرناه من ان قول التذكرة يساعد توجيه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۰

ان الخروج عن اللزوم لا يكون الا بتزلزل العقد لاجل الخيار.

و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتا باصل الشرع، او بجعل المتعاقدين، لا لاقتضاء نقص فى احد العوضين.

و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص احد العوضين.

جامع المقاصد لکلام القواعد (ان الخروج عن) اصالة (اللزوم) فی العقد (لا یکون الا بتزلزل العقد) تزلزلا (لاجل الخیار).

(و المراد) ای مراد القواعد (بالخیار فی المعطوف علیه) و هو قوله:

ثبوت خیار، او ظهور عیب (ما کان ثابتا باصل الشرع) کخیار المجلس و الحیوان (او بجعل المتعاقدین) کخیار الشرط (لا) ان الخیار (لاقتضاء نقص فی احد العوضین).

و قد عرفت انه لا بد من تقدیر محذوف أیضا حتی یستقیم عطف «ظهور» علی «خیار».

(و) المراد (بظهور العیب) فی المعطوف (ما کان الخیار لنقص احد العوضین).

فحیث جاء فی التذکرة بعبارة توجب تقابل الخیار للعیب، کان و لا ـ بدّ و ان تکون عبارة القواعد بحیث یکون «العیب» من افراد «الخیار» لانه لم یأت فی عبارة القواعد تقید «من غیر نقص» فی المعطوف علیه، هذا حاصل ما یقال فی توجیه کلام جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۱

لکنه مع عدم تمامه تکلف فی عبارة القواعد مع انه فی التذکرة ذکر فی الامر الاول الّذی هو الخیار فصولا سبعة، بعدد اسباب الخیار و جعل السابع منها خیار العیب، و تکلم فیه کثیرا.

و مقتضی التوجیه ان یتکلم فی الامر الاول فیما عدا خیار العیب.

(لکنه مع عدم تمامه) لانک عرفت لزوم تقدیر شیء فی المعطوف علیه و الا لم یستقم عطف الخاص علی العام (تکلف فی عبارة القواعد).

اذ توجیه کلام القواعد بما ذکرناه یوجب تقدیر بعض الاشیاء فیها مثل «ثبوت خیار من غیر نقص».

و هنا اشکال ثالث فی التوجیه المذکور، و هو انه اذا اراد التذکرة جعل العیب مقابلا ـ للخیار کما ذکر فی التوجیه فلما ذا جمع کل الخیارات التی منها العیب فی الامر الاول؟

و الی هذا الاشکال اشار بقوله: (مع انه فی التذکرة ذکر فی الامر الاول الّذی هو الخیار فصولا سبعة، بعدد اسباب الخیار) کالمجلس و الحیوان و الشرط و غیرها (و جعل السابع منها خیار العیب، و تکلم فیه کثیرا).

(و) الحال ان (مقتضی التوجیه) الّذی ذکر بان العیب فی قبال الخیار (ان یتکلم فی الامر الاول فیما عدا خیار العیب).

فتحصل ان فی التوجیه ثلاث اشکالات.

الاول: ان کلتا عبارة التذکرة و القواعد بحاجة الی تقدیر لفظ «السبب».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲

و یمکن توجیه ذلک بان العیب، سبب مستقل لتزلزل العقد فی مقابل الخیار فان نفس ثبوت الارش بمقتضی العیب- و ان لم یثبت خیار الفسخ-

---

الثانی: ان عبارة القواعد بحاجة الی تقدیر «من غیر نقص فی احد العوضین».

الثالث: ان مقتضی التوجیه عدم ذکر «العیب» فی عبارة التذکرة فی الامر الاول، مع ان العلامة ذکر «العیب» فی عبارة التذکرة فی الامر الاول، هذا تمام الکلام فی توجیه کلام جامع المقاصد لکلام القواعد مع رد التوجیه المذکور.

(و یمکن توجیه ذلک) ای توجیه ظاهر العطف فی کلام القواعد.

و حاصل التوجیه (بان) القواعد انما عطف «العیب» علی «الخیار» للفرق بینهما، فان الخیار یزلزل کل العقد؛ فان شاء اخذ کله، و ان شاء ترک کله و العیب یزلزل کل العقد و یزلزل جزئه فان شاء اخذ بکل المعیب فی قبال کل الثمن، و ان شاء ترک کل المعیب ای

فسخ، و ان شاء اخذ بجزء الثمن ای الارش.

و هـذا الاختیار الثلاثی انما هو فیما اذا لم یسـقط حق فسـخه، و اما اذا سـقط حق فسـخه بقی له خیار ثان و هو ان یأخذ جزء الثمن ای الارش او یترک کله.

ف (العیب، سـبب مسـتقل لتزلزل العقـد فی مقابـل الخیـار) اذ یتزلزل العقـد و ان لم یکن خیار، کما بیناه فی قولنا: و اما اذا سـقط حق فسخه الخ (فان نفس ثبوت الارش بمقتضی العیب- و ان لم یثبت خیار الفسخ-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳

موجب لاسترداد جزء من الثمن.

فالعقـد بالنسـبة الی جزء من الثمن متزلزل قابـل لا بقائه فی ملک البائع، و اخراجه عنه، و یکفی فی تزلزل العقـد ملک اخراج جزء مما ملکه البائع بالعقد عن ملکه.

و ان شئت قلت: ان مرجع ذلک الی ملک فسخ العقد الواقع علی مجموع العوضین من حیث المجموع.

و نقض مقتضاه

موجب لاسترداد جزء من الثمن) ای الارش:

(فالعقـد بالنسـبة الی جزء من الثمن متزلزل قابـل لابقـائه فی ملـک البائع) بان یعرض عنه المشتری (و) قابل ل (اخراجه عنه) بان یأخذ المشتری الارش (و یکفی فی تزلزل العقـد ملک) المشتری- ای قـدرته- ل (اخراج جزء مما ملکه البائع بالعقد عن ملکه) «عن» متعلق ب «اخراج».

و انما قال «فالعقد» لبیان ان کلا «الخیار» «و العیب» داخلان فی عنوان قول القواعد «لا یخرج من هذا الاصل». ای اصل اللزوم.

و الحاصل ان تزلزل کل العقد فی «الخیار» و تزلزل جزئه فی «العیب» کلیهما خارج عن اصل اللزوم.

(و ان شـئت قلت: ان مرجع ذلـک) ای خیـار العیب فی صورة لم یملـک المشتری الفسـخ (الی ملک فسـخ العقـد الواقع علی مجموع العوضین من حیث المجموع) لا ملک فسخ کل العقد.

(و) ذلک لان للمشتری (نقض مقتضاه) ای مقتضی المجموع من حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴

من تملـک کـل من مجموع العوضـین فی مقابـل الآـخر، لکنه مبنی علی کون الاـرش جزءا حقیقیـا من الثمن، کمـا عن بعض العامـة، لیتحقق انفساخ العقد بالنسبة إلیه عند استرداده.

و قد صرح العلامة فی کتبه بانه لا یعتبر فی الارش کونه جزءا من الثمن بل له ابداله لان الارش غرامة

المجموع.

و فسّر المقتضی بقوله: (من تملک کل من مجموع العوضین فی مقابل الآخر) فالعقد اقتضی ان کل الثمن صار مقابل کل المثمن، و خیار العیب فیما لم یکن خیار الفسخ- یعطی المشتری الحق فی ان یرفع المجموع من حیث المجموع باسترداد بعض الثمن لیکون کل المثمن فی قبـال بعض الثمن (لکنه) ای هـذا التوجیه (مبنی علی کون الاـرش جزءا حقیقیـا من الثمن) حتی یکون خیـار العیب اختیـار الفسـخ فی بعض المعاملة و ان لم یکن له خیار فسخ الکل (کما عن بعض العامة) حیث قالوا ان الارش جزء من الثمن (لیتحقق انفساخ العقـد بالنسـبة إلیه) ای بالنسـبة الی هـذا الجزء المردود- المسـمی بالارش- (عنـد استرداده) ای استرداد هـذا الجزء عند اخذ المشتری بخیار العیب.

(و) لکن هذا المبنی «کون الارش جزءا» غیر تام.

و ذلک لانه (قد صرح العلامة فی کتبه بانه لا یعتبر فی الارش) الّذی یأخذه المشتری (کونه جزءا من الثمن) بعینه (بل له) ای للبائع (ابداله) فیعطی البائع مقدار النقص من غیر الثمن (لان الارش غرامة) لا انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵

و حینئذ فثبوت الارش لا یوجب تزلزلا فی العقد.

ثم ان الاصل بالمعنی الرابع انما ینفع مع الشک فی ثبوت خیار فی خصوص البیع، لان الخیار حق خارجی یحتاج ثبوته الی الدلیل.

بعض الثمن.

(و حینئذ) ای حین کان الارش غرامة (فثبوت الارش لا یوجب تزلزلا فی العقد).

اقول: لکن الظاهر عرفا المنزل علیه اطلاقات الشارع ان الارش جزء فان الصحیح کان یسوی مائة و المعیب تسعین، و حیث ان المشتری اعطی مائة کان له ان یسترد عشرة، اما ان للبائع ابداله فلانه لا یهم العرف المقرر للعقود عین المال، و لذا لا یعدون من الخیانة تبدیل الامانة النقدیة الی غیرها، کما هو الشائع عند الصرافین و نحوهم، و انما الخیانة ان لا یرد کل الامانة او بعضها، و کذا فی سائر موارد تبدیل النقد کما اذا اعطاه مائة لیوصلها خمسا فانه ان اعطی مائة فقد عمل بما امر، و ان لم تکن ما اعطاها عین المائة التی اخذها، و الشارع انما امضی ما هو المتعارف عند العرف.

(ثم ان الاصل بالمعنی الرابع) المتقدم (انما ینفع) فی خصوص البیع لا فی سائر العقود.

ف (مع الشک فی ثبوت خیار فی خصوص البیع) یرجع الی اصالة اللزوم (لان الخیار) المجعول فی البیع (حق خارجی) لیس داخلا فی ماهیة البیع (یحتاج ثبوته الی الدلیل).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶

اما لو شک فی عقد آخر من حیث اللزوم و الجواز، فلا یقتضی ذلک الاصل لزومه، لان مرجع الشک حینئذ الی الشک فی الحکم الشرعی.

و اما الاصل بالمعنی الاول، فقد عرفت عدم تمامیته.

و اما بمعنی الاستصحاب، فیجری فی البیع و غیره اذا شک فی لزومه و جوازه

[أدلة أصالة اللزوم]

و اما بمعنی القاعدة فیجری فی البیع و غیره.

فاذا شک فی وجود الخیار تمسک بالاصل لاثبات عدمه.

(اما لو شک فی عقد آخر) کالاجارة مثلا شکا (من حیث اللزوم و الجواز فلا یقتضی ذلک الاصل) بالمعنی الرابع (لزومه).

و انما لا یقتضی الاصل لزومه (لان مرجع الشک حینئذ) ای حین لا اصل لزوم فی تلک المعاملة (الی الشک فی الحکم الشرعی) و انه هل جعل الشارع هذه المعاملة لازمة، أم لا؟

نعم یمکن ان یقال: ان کل معاملة کان بناء العرف علی لزومها، یمکن اجراء اصل اللزوم فیها بضمیمة ان الشارع أمضاه حیث سکت عنها و لم یردعها کما هو مقتضی قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیره.

(و اما الاصل بالمعنی الاول) ای الراجح (فقد عرفت عدم تمامیته) فلا کلام فی انه یشمل کل العقود او خصوص عقد البیع.

(و اما) الاصل (بمعنی الاستصحاب، فیجری فی البیع و غیره اذا شک فی لزومه و جوازه) فاذا کانت المعاملة لازمة، ثم شک فی انقلابها جائزة، کان مقتضی الاستصحاب بقائها علی اللزوم.

(و اما بمعنی القاعدة فیجری فی البیع و غیره).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷

لان اکثر العمومات الدالة علی هذا المطلب یعم غیر البیع.

و قد اشرنا فی مسألة المعاطات إلیها و نذکرها هنا تسهیلا علی الطالب.

فمنها: قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، دل علی وجوب الوفاء بکل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد، کما فسر به فی صحیحة ابن سنان المرویة فی تفسیر علی بن ابراهیم.

و ذلک (لان اکثر العمومات الدالة علی هذا المطلب) ای اللزوم (یعم غیر البیع) کما یعم نفس البیع أیضا.

(و قد اشرنا فی مسألة المعاطات إلیها) ای الی تلک العمومات (و نذکرها) ای تلک العمومات (هنا تسهیلا علی الطالب) مع اضافة فوائد.

(فمنها) ای من تلک العمومات الدالة علی اللزوم الشاملة لکل المعاملات (قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فانه (دل علی وجوب الوفاء بکل عقد) لان «العقود» جمع محلی باللام، و قد ثبت انه یفید العموم

(و المراد بالعقد مطلق العهد) سواء کان بین الخالق و المخلوق و لذا قال سبحانه: فَاسْتَبْشِرُوا بِبَیْعِکُمُ الَّذِی بایَعْتُمْ، و قال: مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْرِی نَفْسَهُ ابْتِغاءَ مَرْضاتِ اللّهِ، او کان بین المخلوق و المخلوق مثل المعاملات، و هذا العموم یقتضی لزوم کل عهد الا ما خرج، مثل العقود الجائزة و الاحکام المستحبة (کما فسر) العقد (به) ای بالعهد (فی صحیحة ابن سنان المرویة فی تفسیر علی بن ابراهیم).

لکن لا یخفی ان العهد فی معناه العرفی اعم من وجه من العقد، فاذا عاهد الله ان یفعل کذا لا یسمی عقدا، و اذا عقد قلبه علی محبة فلان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۸

او ما یسمی عقدا لغة و عرفا.

و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فی نفسه بحسب الدلالة اللفظیة نظیر الوفاء بالنذر.

فاذا دل العقد مثلا علی تملیک العاقد ماله من غیره وجب العمل بما

لا یسمی عهدا، و اذا تعاقدا علی عدم اعتداء احدهما علی الآخر سمی عقدا و عهدا.

و لعل المصنف انما فسره بالعهد لاخراج مثل عقد القلب (او ما یسمی عقدا لغة و عرفا) و هذا اصح من الاول.

و لا یستشکل بانه یستلزم الدور لانه اخذ نفس الشیء فی تعریف نفسه لانه یرد بان العقد لغة و عرفا معناه واضح، فتفسر الآیة الکریمة حیث لا یعلم ان المراد بالعقد فی الآیة معنی شرعی غیر معناه لغة و عرفا، او المراد به معناه لغة و عرفا هذا کله بالنسبة الی الموضوع ای «العقود».

(و) اما بالنسبة الی الحکم، ای «اوفوا» ف (المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فی نفسه) من دون نظر الی قرائن خارجیة تصرف اللفظ عن ظاهره (بحسب الدلالة اللفظیة) «الجار» متعلق ب «اقتضاه» «فاوفوا بالعقد» (نظیر الوفاء بالنذر).

فکما ان معنی «الوفاء» بالنذر العمل بمقتضی النذر کذلک فی المقام.

(فـاذا دل العقـد مثلاـ) فی عقـد البیع (علی تملیـک العاقـد مـاله من غیره) «من» للبیـان، فلاـ یقال: ان «التملیک الی الغیر» لا «من الغیر» (وجب العمل بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹

یقتضیه التملیک من ترتیب آثار ملکیهٔ ذلک الغیر له.

فاخذه من یده بغیر رضاه و التصرف فیه کذلک نقض لمقتضی ذلک العقد فهو حرام.

فاذا حرم بإطلاق الآیـهٔ جمیع ما یکون نقضا لمضـمون العقد و منها التصـرفات الواقعهٔ بعد فسخ المتصـرف من دون رضاء صاحبه کان هذا لازما مساویا للزوم العقد، و عدم انفساخه

یقتضیه التملیک من ترتیب آثار ملکیهٔ ذلک الغیر له) ای مالکیهٔ الغیر للمال.

(ف) مثلا: ان (اخذه) ای المال (من یده بغیر رضاه و التصرف فیه کذلک) بغیر رضاه (نقض لمقتضی ذلک العقد).

نعم اذا کان برضاه و لم یکن مما حرمه الشارع لم یکن نقضا.

و قیـد «و لم یکن ممـا حرمه الشـارع» لاجل انه اذا کان برضاه، لکن کان مما حرمه الشارع لم یجز، فانه و ان لم یکن خلاف مقتضـی العقد الا انه حرام خارجا، کما اذا رضی بوطی امته و الحال ان المولی المشتری وطئها، و لم تنقض عدتها، الی غیر ذلک من الامثلهٔ.

و کیف کان (ف) الاخذ و التصـرف بغیر رضاه (هو حرام، فاذا حرم ب) سـبب (اطلاق الآیهٔ) حیث اطلقت التحریم ل (جمیع ما یکون نقضا لمضـمون العقـد و منها) ای من تلک الافراد المندرجـهٔ تحت «الجمیع» (التصـرفات الواقعـهٔ بعـد فسخ المتصـرف من دون رضاء صاحبه) ای الطرف الثانی للعقد (کان هذا) التحریم (لازما مساویا للزوم العقد، و) ل (عدم انفساخه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۰

بمجرد فسخ احدهما فیستدل بالحکم التکلیفی علی الحکم الوضعی اعنی فساد الفسخ من احدهما بغیر رضا الآخر.

و هو معنی اللزوم، بل قد حقق فی الاصول ان لا معنی للحکم الوضعی الا ما انتزع من الحکم التکلیفی.

و مما ذکرنا

بمجرد فسـخ احـدهما) «فـاوفوا» و هو حکم تکلیفی مسـاو «لفساد الفسـخ» و هو حکم وضـعی (فیسـتدل بالحکم التکلیفی) اوفوا (علی الحکم الوضعی اعنی فساد الفسخ من احدهما) البائع او المشتری (بغیر رضا الآخر).

(و) هـذا ای فساد الفسخ (هو معنی اللزوم) اذ لا نقصد باللزوم الا ان العقد لا یفسخ (بل قد حقق فی الاصول) کما ذکره المصـنف فی الرسائل (ان لا معنی للحکم الوضعی الا ما انتزع من الحکم التکلیفی).

فاذا جاز الوطی و وجبت النفقهٔ مثلا کان نکاحا دائما.

و اذا جاز بدون وجوب النفقهٔ کان متعهٔ.

و اذا جاز التصرف فی انسان بمختلف انواع التصرف کان رقا.

و اذا حرمت الصلاهٔ فیه و حرم استعماله فی الاکل و الشرب کان نجاسهٔ الی غیر ذلک.

و هذا المعنی- و هو ان لا یکون حکمان وضـعی و تکلیفی، بل الاول منتزع من الثانی- هو الّذی یقتضـیه الاعتبار، و ان کان المصنف ره بنفسه لم یلتزم بذلک، کما یظهر من بعض ما ذکره فی الفقه.

(و مما ذکرنا) من معنی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و انه مستلزم للحکم الوضعی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۱

ظهر ضعف ما قیل من ان معنی وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما یقتضیه من لزوم و جواز فلا یتم الاستدلال به علی اللزوم.

توضیح الضعف ان اللزوم و الجواز من الاحکام الشرعیة للعقد، و لیسا من مقتضیات العقد فی نفسه مع قطع النظر عن حکم الشارع.

بلزوم العقد (ظهر ضعف ما قیل) و القائل المختلف، و المیرزا القمی فی اجوبة مسائله (من) انه لا دلالة فی الآیة علی اللزوم، ل (ان معنی وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما یقتضیه) العقد (من لزوم و جواز) لان العقد لازم کالبیع و جائز کالهبة.

فاذا قال «اوف به» کان معناه التزم بما اقتضاه العقد، فلا دلالة ل «اوفوا» علی ان العقد لازم (فلا یتم الاستدلال به) ای بأوفوا (علی اللزوم) بل اللازم معرفة ان العقد لازم او جائز من الخارج.

(توضیح الضعف ان) العقد معناه التبادل و ان المثمن دخل فی حوزة المشتری، و ان الثمن دخل فی حوزة البائع- فی البیع مثلا- و الآیة تقول: اوف بهذا المعنی.

و (اللزوم و الجواز من الاحکام الشرعیة للعقد، و لیسا من مقتضیات العقد فی نفسه مع قطع النظر عن حکم الشارع).

اذ بعد انتقال کل طرف من المثمن و الثمن قد یکون جائز الفسخ، و قد لا یکون جائز الفسخ.

و اذا کان معنی العقد «التبادل» فقط و قال «اوفوا» التزم به کان ذلک مساویا للزوم العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۲

نعم هذا المعنی اعنی وجوب الوفاء بما یقتضیه العقد فی نفسه یصیر بدلالة الآیة حکما شرعیا للعقد مساویا للزوم.

و اضعف من ذلک ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآیة علی اللزوم مع الاعتراف باصل الدلالة

(نعم هذا المعنی اعنی وجوب الوفاء بما یقتضیه العقد فی نفسه) «فی نفسه» فی مقابل «ما یلحقه» من جواز و لزوم بحکم الشارع (یصیر بدلالة الآیة)- اوفوا- (حکما شرعیا للعقد مساویا للزوم) کما تقدم بیانه.

فالعلامة یقول ان معنی الآیة «العقد کیف کان- من جواز و لزوم- اوف به» فلا دلالة فی الآیة علی اللزوم.

و المصنف یرده بان معنی الآیة «العقد اوف به» و لیس فی الآیة «کیف کان».

اذ «الجواز و اللزوم» لاحقان بالعقد لا انهما داخلان فی حقیقته.

و حیث انهما لاحقان «فاوف» یدل علی ان «اللزوم» لاحق بالعقد

(و اضعف من ذلک) ما قد یقال: من ان المستفاد من الآیة «اللزوم» لکن بتقریب ان «اوفوا» معناه حکم وضعی و حکم تکلیفی، و حکمه الوضعی هو اللزوم.

فان (ما) ذکر (نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآیة علی اللزوم).

وجه الدلالة ما ذکرناه من دلالة الآیة علی الحکم التکلیفی، و یتبعه الحکم الوضعی (مع الاعتراف) ای مع اعتراف هذا القائل غیر المتفطن (باصل الدلالة) للآیة علی اللزوم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۳

لمتابعة المشهور.

و هو ان المفهوم من الآیة عرفا حکمان، تکلیفی و وضعی.

و قد عرفت ان لیس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکما وضعیا.

و من ذلک یظهر لک الوجه فی دلالة قوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» علی اللزوم فان حلیة البیع التی لا یراد منها إلا حلیة جمیع التصرفات المترتب علیه

و انما اعترف (لمتابعة المشهور) القائلين بدلالة الآية على اللزوم.

(و هو) اى ما ذكره اشتباها (ان المفهوم من الآية عرفا حكمان، تكليفى و وضعى).

(و) وجه ضعف هذا الكلام ما (قد عرفت) من (ان ليس المستفاد منها) اى من الآية (الا حكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا).

اللهم الا ان يكون القائل اراد بدلالة الآية نتيجة الدلالة لا دلالتها على الحكمين فى عرض واحد.

(و من ذلك) اى من وجه الاستدلال بآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على لزوم العقد مطلقا (يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» على اللزوم).

فان حلية البيع معناها حلية جميع التصرفات حتى بعد فسخ احدهما و ذلك مستلزم لكونه لازما (فان حلية البيع التى لا يراد منها الا حلية جميع التصرفات المترتب عليه) اى على البيع، كالتصرف فيه باللبس و السكنى و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴

- التى منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضاء الآخر- مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ، و كونه لغوا غير مؤثر.

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض.

الهبة و الاجارة و الاكل و غيرها فى طول الزمان (- التى منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر-).

لان للحلية عمومين، عموم بالنسبة الى انحاء التصرف، و عموم بالنسبة الى الازمنة التالية لعقد البيع.

و قوله (مستلزمة) خبر ل «فان حلية البيع» (لعدم تأثير ذلك الفسخ) الواقع من احدهما (و كونه) اى الفسخ (لغوا غير مؤثر).

و قوله «التى لا يراد منها» هو فى قبال احتمال ان يراد ان «عقد البيع حلال» مقابل ان «عقد الربا حرام» فلا دلالة فيه على حلية التصرف بانحاء التصرف، و فى كل زمان بعد العقد لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

(و منه) اى من الاستدلال بآية حلية البيع (يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض) قال: لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ.

اقول: بل يمكن الاستدلال بالمستثنى منه أيضا، فان اكل المال بعد الفسخ من احدهما بدون رضى الآخر، اكل للمال بالباطل.

و ذلك يستلزم لزوم العقد بالتقريب المتقدم و سيأتى بيانه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵

فانه يدل على: ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ احدهما من دون رضاء الآخر.

فدلالة الآيات الثلاث على اصالة اللزوم على نهج واحد.

لكن يمكن ان يقال:

(فانه يدل على: ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ احدهما من دون رضاء الآخر) فاذا حلّ التصرف بقول مطلق كان معناه عدم تأثير الفسخ و ذلك مستلزم للزوم التجارة- على التقريب المتقدم-.

(فدلالة الآيات الثلاث) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (على اصالة اللزوم على نهج واحد) كما عرفت.

(لكن يمكن ان يقال) باختلاف الدلالة بين الآية الاولى، و بين الآيتين الاخيرتين، فان «الوفاء» فى الآية الاولى معناه الابقاء و عدم النقض، فالآية بنفسها تدل على بقاء العقد فى كل الازمان المتأخرة عن العقد، و ذلك بخلاف الآيتين الاخيرتين.

فانه بعد الفسخ يشك فى حلية التصرف، و اذا شك فى حليته لم يمكن التمسك ب «احل الله» لفرض انه شك فى الحلية، فهو من

قبیل الشک فی «ان زیدا عالم، أم لا» فانه مع هذا الشک لا یمکن التمسک ب «اکرم العلماء» فی وجوب اکرامه.

و علیه «فآیة الحلّ» لا اطلاق فیها، بحیث یشمل ما بعد الفسخ- اذا شک فی ان الفسخ مؤثر أم لا- بل نحتاج لا تمام دلالة الآیة الی الاستصحاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶

انه اذا کان المفروض الشک فی تأثیر الفسخ فی رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآیتین الاخیرتین، لم یمکن التمسک فی رفعه الا بالاستصحاب و لا ینفع الاطلاق.

و منها قوله تعالی: وَ لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ، دل علی حرمة الاکل بکل وجه یسمی باطلا عرفا.

فنقول ان الآیة دالة علی حلیة التصرفات قبل الفسخ، و اذا وقع الفسخ نشک فی انه بقی الحل، أم لا، فنستصحب بقاء الحلّ.

ف (انه اذا کان المفروض الشک فی تأثیر الفسخ فی رفع الآثار الثابتة) تلک الآثار (ب) سبب (اطلاق الآیتین الاخیرتین) أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ، و تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ (لم یمکن التمسک فی رفعه) ای فی رفع الشک (الا بالاستصحاب) لبقاء الآثار (و لا ینفع الاطلاق) لان الاطلاق مشکوک فیه، فتأمل.

(و منها: قوله تعالی: وَ لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ) فانه (دل علی حرمة الاکل بکل وجه یسمی باطلا عرفا).

فان الالفاظ العرفیة تحمل کلام الشارع علی معانیها العرفیة، الا اذا کان للشارع زیادة او نقیصة، فاذا قال الشارع «البیع» کان لا بد و ان یرید به معناه العرفی، بمقتضی «مٰا أَرْسَلْنٰا مِنْ رَسُولٍ إِلّٰا بِلِسٰانِ قَوْمِهِ» و بمقتضی (نحن معاشر الأنبیاء امرنا ان نکلم الناس علی قدر عقولهم) و لاصالة عدم النقل.

نعم اذا رأینا ان الشارع قال: ان الربا لیس ببیع، او قال ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۷

و موارد ترخیص الشارع لیس من الباطل، فان اکل المارّة من ثمرة الاشجار التی تمرّ بها باطل، لو لا اذن الشارع الکاشف عن عدم بطلانه.

و کذلک الاخذ بالشفعة و الخیار، فان رخصة الشارع فی الاخذ بهما یکشف عن ثبوت حق لذوی الخیار و الشفعة

«العقد الفلانی بیع» و الحال ان العرف یراه غیر بیع، لا بد و ان نطیع ما اصلحه الشارع من زیادة او نقیصة.

(و) لذا کان (موارد ترخیص الشارع لیس من الباطل) و ان رآه العرف باطلا- (فان اکل المارّة من ثمرة الاشجار التی تمرّ بها) مما یسمی بحق المارّة (باطل) عرفا (لو لا اذن الشارع الکاشف عن عدم بطلانه) فان مولی الموالی قد اذن فیه.

(و کذلک الاخذ بالشفعة و الخیار) الخیار الّذی لا یراه العرف مثل خیار المجلس و خیار الحیوان.

و اما الخیار الّذی یراه العرف کالشرط و العیب فقد تطابق العرف و الشرع علی انه لیس بباطل (فان رخصة الشارع فی الاخذ بهما یکشف عن ثبوت حق لذوی الخیار و الشفعة) قرره الشارع فهو لیس بباطل و ان رآه العرف باطلا.

هذا کله فی ما هو باطل عرفا لیس بباطل شرعا، و عکسه کذلک ای ما لیس بباطل عرفا لکنه باطل شرعا مثل بیع الخمر و الخنزیر و لعب القمار و الربا فان الشارع حکم ببطلان هذه العقود و بهذا الحکم الحق بالباطل ما لا یراه العرف باطلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸

و ما نحن فیه من هذا القبیل، فان اخذ مال الغیر و تملکه من دون اذن صاحبه باطل عرفا.

نعم لو دل الشارع علی جوازه کما فی العقود الجائزة بالذات او بالعارض، کشف ذلک عن حق للفاسخ متعلق بالعین.

و فی کلا الموضعین «ما ابطله الشارع و ما حکم بانه لیس باطلا» یلزم اتباع الشارع و ترک المعنی العرفی.

اما فیما سواهما فالمتبع التحدید العرفی لانه المخاطب.

(و ما نحن فیه) و هو فسخ احد المتعاقدین من دون رضـی الآخر (من هذا القبیل) ای مما یراه العرف باطلا و لم یحکم الشارع بصـحته (فـان اخـذ مال الغیر و تملکه من دون اذن صاحبه) و من دون رضاه (باطل عرفا) و لو کان ذلک المال قبل العقـد للفاسـخ، لان العقد قطع هذه العلقة قطعا غیر قابل للفسخ من طرف واحد.

(نعم لو دل الشـارع علی جوازه) ای جواز اخـذ مـال الغیر (کمـا فی العقود الجـائزة بالـذات) کالهبـة و ان رآها العرف عقـدا لازما (او بالعـارض) کما فی البیع بالنسـبة الی خیاری المجلس و الحیوان و ان رآها العرف عقـدا لازما (کشف ذلک) ای کشف دلالـة الشارع علی جوازه (عن حق للفاسخ متعلق بالعین) یقتضـی ذلک الحق امکان استرداده ضـمن الشـروط المقررة شـرعا، مثل ما اذا لم یتصرف الموهوب له فی الهبة و مثل ما اذا کان التصرف فی الثلاثة فی خیار الحیوان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹

و مما ذکرنا یظهر وجه الاستدلال بقوله صلی الله علیه و آله و سلم:

لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه.

و منها قوله علیه السلام: الناس مسلطون علی اموالهم

(و مما ذکرنا) فی دلالة آیة «لا تأکلوا» علی اللزوم (یظهر وجه الاسـتدلال) للزوم العقد (بقوله صـلی الله علیه و آله و سلم: لا یحل مال امرئ مسـلم الا عن طیب نفسه) فانه بعـد الفسـخ من جانب واحد لا طیب لنفس الجانب الآخر- الّذی هو صاحب المال- فلا یحل ماله للفاسـخ و الشارع لم یبین انه حلال فی المقام- باب العقود- فلا بـد من اتباع العرف فی القول بعـدم الحلیـة، فیدل هذا الحدیث أیضـا علی اصالة اللزوم.

ثم ان لفظ «مسـلم» فی الحدیث من جهة ان المسـلم هو الآخذ بکلام الرسول صـلی الله علیه و آله و سلم المتبع لتعالیمه، و الا فلا یحل مال ای انسان- غیر مهدور المال- الا بطیب نفسه، کما دلت علیه الادلة الثلاثة، فهو مثل اصل حمل فعل المسـلم علی الصـحیح، مع ان الاصل حمل فعل کل احد علی الصحیح الا ما خرج بالدلیل.

(و منها قوله علیه السـلام: الناس مسلطون علی اموالهم) و کلمة «انفسهم» بعد «اموالهم» فی بعض الکتب الفقهیة- فی بیان القاعدة- من باب الاصطیاد، لا انه مذکور فی النص.

فقد استفید من قوله تعالی «النَّبِیُّ أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» وجود الولایة للانسان علی نفسه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰

فان مقتضی السلطنة التی امضاها الشارع ان لا یجوز اخذه من یده و تملکه علیه من دون رضاه.

و لذا استدل المحقق فی الشرائع علی عدم جواز رجوع المقرض فیما اقرضه بان فائدة الملک التسلط، و نحوه العلامة فی بعض کتبه.

و الحاصل ان جواز العقد الراجع الی تسلط الفاسخ علی تملک ما انتقل عنه و صار مالا لغیره، و اخذه منه بغیر رضاه

و کذلک من ادلة اخر، مثل قوله صـلی الله علیه و آله و سـلم «الست اولی بکم من انفسکم» و مثل: اصالة حلّ کل تصرف الا ما خرج بالدلیل، الی غیر ذلک.

و کیف کان (فان مقتضـی السلطنة التی امضاها الشارع ان لا یجوز اخذه) ای اخذ ماله (من یده، و تملکه) رغما (علیه من دون رضاه)

و ان کان المال قبل جریان العقد للفاسخ.

(و لذا) الّذی ذکرنا من دلالة هذا الحدیث علی اصالة اللزوم (استدل المحقق فی الشرائع علی عدم جواز رجوع المقرض فیما اقرضه بان) المال بعد ان اقرض صار ملکا للمقترض، و (فائدة الملک التسلط) المانع عن استرجاعه (و نحوه) استدل (العلامة فی بعض کتبه) و کان اخذه من المحقق.

(و الحاصل ان جواز العقد) و عدم لزومه (الراجع) صفة «جواز» فان مرجع جواز العقد (الی تسلط الفاسخ علی تملک ما انتقل عنه و صار مالا لغیره) لسبب العقد السابق علی الفسخ (و اخذه منه بغیر رضاه) عطف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۴۱

مناف لهذا العموم.

و منها قوله صلی الله علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم.

و قد استدل به علی اللزوم غیر واحد، منهم المحقق الاردبیلی قدّس سرّه بناء اعلی ان الشرط مطلق الالزام و الالتزام و لو ابتداءً من غیر ربط بعقد آخر، فان العقد علی هذا شرط فیجب الوقوف عنده، و یحرم

علی «تملک» (مناف لهذا العموم) ای عموم الناس مسلطون علی اموالهم فان المال بعد الانتقال صار ملکا للمنتقل إلیه، فلا حق للمنتقل علیه فی ارجاع المال الی نفسه، و هذا هو معنی اللزوم.

(و منها قوله صلی الله علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم) کأنّ الشرط مکان، و المؤمن ساکن هناک.

و حیث ان الشرط امر معنوی، فاللازم ان یراد ب «عند» الوفاء بالشرط، و انه امر ایجابی تکلیفا و وضعا.

(و قد استدل به علی اللزوم) ای لزوم العقد (غیر واحد، منهم المحقق الاردبیلی قدّس سرّه).

لکن للاستدلال بهذا الحدیث للزوم العقد (بناء علی ان الشرط مطلق الالزام) من جانب المشترط (و الالتزام) من جانب المشروط علیه (و لو ابتداءً).

فکل عقد شرط (من غیر ربط) فی تحقق مسمّی «الشرط» (بعقد آخر) بان یکون الشرط عبارة عن الالزام، و الالتزام فی ضمن عقد و نحوه (فان العقد علی هذا) البناء (شرط فیجب الوقوف عنده، و یحرم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۴۲

التعدی عنه.

فیدل علی اللزوم بالتقریب المتقدم فی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لکن لا یبعد منع صدق الشرط فی الالتزامات الابتدائیة، بل المتبادر عرفا هو الالزام التابع کما یشهد به موارد استعمال هذا اللفظ، حتی فی مثل قوله علیه السلام فی دعاء التوبة: و لک یا ربّ شرطی ان لا اعود فی مکروهک و عهدی ان اهجر جمیع معاصیک.

التعدی عنه) حسب قوله صلی الله علیه و آله و سلم «عند شروطهم».

(فیدل) هذا الحدیث (علی اللزوم) لکل عقد (بالتقریب المتقدم فی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

فان العاقد اذا فسخ بدون رضی الطرف الآخر، فقد تخلف عن کونه «عند شرطه» هذا.

و (لکن لا یبعد منع صدق الشرط فی الالتزامات الابتدائیة) التی لا تکون ضمن عقد و نحوه (بل المتبادر عرفا هو الالزام التابع).

فاذا قال: بینی و بین زید شرط، فهم منه وجود شرط فی ضمن عقد حتی اذا فسره بانه «عقد» قال له العرف انه لیس بشرط (کما یشهد به) ای بالتبادر (موارد استعمال هذا اللفظ) ای لفظ الشرط (حتی فی مثل قوله) ای السجاد (علیه السلام فی دعاء التوبة: و لک یا ربّ

شرطی ان لا اعود فی مکروهک، و عهدی ان اهجر جمیع معاصیک) فانه لا یراد به الشرط الابتدائی- کما ربما یزعم- بل معناه ان الله یغفر له بهذا الشرط، و الغفران معاملة بین طرفین تطهیر من الله یعقبه تطهّر من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۳

و قوله علیه السلام فی اوّل دعاء الندبة: بعد ان شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنیا کما لا یخفی علی من تأمّلها.

مع ان کلام بعض اهل اللغة علی ما ادعیناه من الاختصاص.

ففی القاموس، الشرط: الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه.

العبد.

(و قوله علیه السلام فی اوّل دعاء الندبة: بعد ان شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنیا) فانه شرط فی ضمن قبولهم و تقریبهم، فهم علیهم السلام طلبوا قبول الله لهم، و الله قبل بهذا الشرط (کما لا یخفی علی من تأمّلها) ای تأمّل موارد استعمال هذا اللفظ.

لکن ربما یقال: ان کون الشرط فی ضمن عقد و نحوه لازم الوفاء یدل بالفحوی علی ان العقد بنفسه لازم الوفاء، هذا.

مع ان بعض المحشّین اشکل علی الشیخ بانه قبل فی مبحثی المعاطات و الشروط ان الشرط مطلق الالتزام، فبین کلامیه ره تدافع.

و کیف کان فما ذکره هنا اظهر.

و ما ابعد ما بینه و ما بین کلام المحقق الیزدی فی حاشیته، حیث قال ان هذه الروایة من اقوی الادلة علی اللزوم.

(مع ان کلام بعض اهل اللغة) موافق (علی ما ادعیناه من الاختصاص) ای اختصاص لفظ الشرط بما اذا کان فی ضمن عقد و نحوه فلا یشمل الالتزام بالبدوی.

(ففی القاموس الشرط) هو (الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۴

و منها: الاخبار المستفیضة فی ان البیعین بالخیار ما لم یفترقا، و انه اذا افترقا وجب البیع، و انه لا خیار لهما بعد الرضا.

فهذه جملة من العمومات الدالة علی لزوم البیع عموما، او خصوصا.

و علی هذا فلا دلالة لقوله صلی الله علیه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم، علی اصالة اللزوم و ان استند إلیه بعض.

(و منها) ای من الادلة علی اصالة اللزوم فی البیع (الاخبار المستفیضة) الواردة (فی ان البیعین بالخیار ما لم یفترقا، و انه اذا افترقا وجب البیع) وجب ای لزم، و منه الوجوب التکلیفی، بل و عنه «فاذا وجبت جنوبها» ای لزمت بالسقوط علی الارض قبال حال الحیاة، فان الحیوان ما دام حیا یتحرک و یمشی، فاذا مات سقط.

و ذلک فان الاستقراء و المناط دلا علی ان اللفظ المشترک بین معان لا یکون الا اذا کانت بین تلک المعانی جهة مشترکة، او کانت کلها داخلة تحت کلّی واحد (و انه لا خیار لهما بعد الرضا).

فان صریح هذه الروایات انه بعد الافتراق لا خیار.

و المراد بالرضا هو الافتراق بقرینة الفقرة السابقة، لا الرضا بالمعاملة حتی یقال: انه یتنافی مع خیار المجلس.

(فهذه) الادلة التی ذکرناها من الآیات و الروایات (جملة من العمومات الدالة علی لزوم البیع عموما) بحیث یشمل غیر البیع، مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (او خصوصا) فلا یشمل الا البیع، مثل احل الله البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۵

و قد عرفت ان ذلک مقتضی الاستصحاب أیضا.

و ربما یقال: ان مقتضی الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالک عن العین.

فان الظاهر من کلماتهم عدم انقطاع علاقهٔ المالک عن العین التی له فیها الرجوع.

و هذا الاستصحاب حاکم علی

(و قد عرفت ان ذلک) اللزوم (مقتضی الاستصحاب أیضا).

فانه اذا شککنا هل ان بالفسخ رجع کل مال الی صاحبه، کان اصل بقاء الملک فی حوزهٔ مالکه محکما و هذا هو اصل بقاء الاثر.

(و ربما یقال: ان مقتضی الاستصحاب عدم انقطاع علاقهٔ المالک) الاول قبل البیع (عن العین) و عدم انقطاع العلاقهٔ لا ینافی الملک مثل ما اذا وهب، فان الموهوب صار ملکا للموهوب له و مع ذلک لم تنقطع علاقهٔ الملک عن الواهب و لذا یتمکن من استرجاعه.

(فان الظاهر من کلماتهم عدم انقطاع علاقهٔ المالک عن العین التی له فیها) ای فی تلک العین (الرجوع).

و انما قید بقوله «التی» لانه اذا لم یکن له فیها الرجوع فالعلاقهٔ منقطعهٔ بلا اشکال.

و علیه فاحتمال عدم الانقطاع کاف فی جریان الاستصحاب.

(و هذا الاستصحاب) ای استصحاب عدم انقطاع العلاقهٔ (حاکم علی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۶

الاستصحاب المتقدم المقتضی للزوم.

و ردّ بانه ان ارید بقاء علاقهٔ الملک، او علاقهٔ یتفرع علی الملک،

الاستصحاب المتقدم المقتضی للزوم).

فان الشک فی زوال الاثر بالفسخ- الّذی هو مجری استصحاب عدم الزوال- متفرع عن الشک فی بقاء العلاقهٔ، فاذا استصحب بقاء العلاقهٔ لم یکن مجال للشک فی عدم زوال الاثر کما هو الشأن فی کل استصحابین احدهما سببی و الآخر مسبّبی.

(و ردّ ب) ان استصحاب العلاقهٔ غیر تام اطلاقا لعدم تمامیهٔ ارکان الاستصحاب فیه.

فان الاستصحاب یحتاج الی یقین سابق، و شک لاحق، فاذا ارید جریان استصحاب العلاقهٔ، کان لا بد «من یقین سابق بوجود العلاقهٔ» و «شک لاحق فی بقاء العلاقهٔ».

فنقول ان ارید من العلاقهٔ السابقهٔ «علاقهٔ الملک» فقد زالت قطعا، فلا شک لاحق.

و ان ارید من العلاقهٔ السابقهٔ «علاقهٔ اعادهٔ العین» «فلا یقین سابق» للقطع بعدم وجودها قبل البیع، لان اعادهٔ العین الی الملک لا تجتمع مع الملک الموجود قبل البیع، و ذلک لتوقف «الاعادهٔ» علی «الخروج عن الملک» و قبل البیع لا خروج، فلا علقهٔ للاعادهٔ.

و الحاصل (انه ان ارید بقاء علاقهٔ الملک، او علاقهٔ یتفرع علی الملک) اذا ملک الانسان شیئا تفرعت منه علاقات، مثل علاقهٔ المعار له حیث یحق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۷

فلا ریب فی زوالها بزوال الملک.

و ان ارید بها سلطنهٔ اعادهٔ العین فی ملکه، فهذه علاقهٔ یستحیل اجتماعها مع الملک و انما تحدث بعد زوال الملک لدلالهٔ دلیل.

فاذا فقد الدلیل، فالاصل عدمها.

و ان ارید بها العلاقهٔ التی کانت فی مجلس البیع، فانها تستصحب

له التصرف فی العاریهٔ، فان علاقهٔ التصرف فی العاریهٔ لیست علاقهٔ ملک و انما هی علاقهٔ متفرعهٔ عن الملک (فلا ریب فی زوالها

بزوال الملک) لانه لا ملک فلا علاقة ملک، و لا علاقة متفرعة علی الملک.

(و ان ارید بها) ای بالعلاقة المستصحبة (سلطنة) المالک السابق (اعادة العین فی ملکه، فهذه) لا حالة سابقة لها لان هذه (علاقة یستحیل اجتماعها مع الملک).

اذ المملوک لیس خارجا عن الملک، حتی یعاد الی الملک (و انما تحدث) هذه العلاقة علی فرض حصولها (بعد زوال الملک).

و انما تحدث هذه العلاقة (لدلالة دلیل) ای اذا کان هناک دلیل مثل ما دلّ علی الخیار فانه یزول ملک ذی الخیار، لکن تحدث علاقة امکان اعادته الی الملک.

(فاذا فقد الدلیل) علی حدوث هذه العلاقة (فالاصل عدمها).

(و) ان قلت: الدلیل موجود و هو ما دل علی خیار المجلس.

قلت: (ان ارید بها العلاقة التی کانت فی مجلس البیع فانها تستصحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۸

عند الشک، فیصیر الاصل فی البیع بقاء الخیار کما یقال: الاصل فی الهبة بقاء جوازها بعد التصرف فی مقابل من جعلها لازمة بالتصرف.

ففیه مع عدم جریانه فیما لا خیار فیه فی المجلس، بل مطلقا بناء اعلی ان الواجب هنا الرجوع فی زمان الشک الی عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا الاستصحاب

عند الشک، فیصیر الاصل فی البیع بقاء الخیار).

و هذا الاصل مقدم علی اصالة اللزوم- ای استصحابه- لما عرفت من ان بین الاصلین السببیة و المسببیة، فیکون اصل بقاء الخیار فی البیع (کما یقال: الاصل فی الهبة بقاء جوازها بعد التصرف) فللواهب استرجاعها و ان تصرف الموهوب له فیها (فی مقابل من جعلها) ای الهبة (لازمة بالتصرف).

لکن لا یخفی ان التمسک بالاصل فی الهبة اذا لم یکن دلیل اجتهادی یدل علی اللزوم بالتصرف- کما هو المشهور-.

(ففیه) جواب «و ان ارید بها».

أولا (مع عدم جریانه) ای عدم جریان استصحاب الخیار (فیما لا خیار فیه فی المجلس) کما اذا اوقعا البیع بشرط عدم خیار المجلس فانه لا خیار حینئذ حتی یستصحب.

و ثانیا: (بل) عدم جریان استصحاب الخیار (مطلقا) و ان کان خیار المجلس موجودا (بناء علی) ان خیار المجلس لا یستصحب، ل (ان الواجب هنا الرجوع فی زمان الشک الی عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا الاستصحاب)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۹

انه لا یجدی بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخیار مع الافتراق.

فیبقی ذلک الاستصحاب سلیما عن الحاکم، فتأمل.

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فیه]

ثم انه یظهر من المختلف فی مسألة: ان المسابقة لازمة

فانه لا مجال للاصل العملی مع وجود الدلیل الاجتهادی مثل عموم «اوفوا» فی المقام.

و ثالثا: (انه) لا مجال للاستصحاب مع قطع النظر عن الاشکالین السابقین.

اذ (لا یجدی) تمامیة ارکان الاستصحاب (بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخیار مع الافتراق) حیث قال علیه السلام: فاذا افترقا وجب البیع.

(ف) ان سقط استصحاب الخیار (یبقی ذلک الاستصحاب) ای استصحاب بقاء الأثر- بعد الفسخ- (سلیما عن الحاکم) علیه (فتأمل).

اذ لو فرض وجود الدلیل الاجتهادی من عموم او نصّ کما ذکر فی الجوابین الثانی و الثالث لم یبق مجال لاستصحاب اللزوم او استصحاب الخیار.

و علیه فالجوابان الثانی و الثالث لا موقع لهما، کما ان الجواب الاول أیضا لا موقع له.

اذ مورد الکلام تعیین الاصل العملی المقتضی للجواز فی البیع لو خلی و نفسه، مع قطع النظر عن الطوارئ التی منها ایقاع البیع بشرط عدم الخیار.

(ثم انه یظهر من) العلامة فی (المختلف فی مسألة: ان المسابقة لازمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۵۰

او جائزة، ان الاصل عدم اللزوم، و لم یرده من تأخر عنه، الا بعموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و لم یکن وجه صحیح لتقریر هذا الاصل.

نعم هو حسن فی خصوص المسابقة و شبهه مما لا یتضمن تملیکا او تسلیطا لیکون الاصل بقاء ذلک الأثر و

او جائزة، ان الاصل عدم اللزوم).

و هذا مناف لما ذکرناه من اصالة لزوم العقود، و الحال ان المسابقة عقد (و لم یرده من تأخر عنه، الا- بعموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

مع انک عرفت ان سائر الاطلاقات بل الاستصحاب أیضا تدل علی اللزوم، فاللازم رده بها أیضا، لا بخصوص «اوفوا».

(و) لذا ف (لم یکن وجه صحیح لتقریر هذا الاصل) الّذی ذکره و ان کان له وجه غیر تام هو اصالة الجواز فی کل العقود، بتقریب ان اللزوم صفة اضافیة، فاذا لم نعلم بها کان الاصل عدمها، کما اذا علمنا اصل جواز شیء و لم نعلم وجوبه، فان الاصل یقتضی عدم الوجوب.

لکن هذا الاصل غیر صحیح فی العقود، لما عرفت من اصالة اللزوم فی کل عقد.

(نعم هو) ای اصل الجواز (حسن فی خصوص المسابقة و شبهه) کالمزارعة، و الجعالة علی زرع ارض مباحة، او تحصیل ضالة و ما اشبه (مما لا یتضمن تملیکا او تسلیطا) فانه اذا لم یکن تملیک کما فی البیع و لا تسلیط کما فی الاجارة فلا أثر فی الخارج (لیکون الاصل بقاء ذلک الأثر و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۵۱

عدم زواله بدون رضاء الطرفین.

[إذا شک فی عقد أنه من مصادیق العقد اللازم أو الجائز]

ثم ان ما ذکرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم، انما هو فی الشک فی حکم الشارع باللزوم.

و یجری أیضا فی ما اذا شک فی عقد خارجی انه من مصادیق العقد اللازم او الجائز

عدم زواله بدون رضاء الطرفين).

و حيث لا أثر، فالاصل عدم اللزوم.

نعم بعد مجىء: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و شبهه يرتفع الاصل، فلا يريد المصنف ان يقول: انه الآن لا لزوم للعقود، لكن يريد بيان الاصل مع قطع النظر عن الدليل.

و مع ذلك يرد عليه ان كل عقد لا بدّ و ان يؤثر اثرا و ان لم يكن تسليطا و لا تمليكا، و اذا كان هناك اثر، فالاصل بقاء الاثر، و عدم ارتفاعه بفسخ احدهما بدون رضاء الآخر.

و عليه فلا فرق فى جميع العقود بان الاصل فيها اللزوم.

(ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم، انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم).

كما اذا لم نعلم هل ان البيع لازم أم لا- مثلا-.

(و يجرى) اصل اللزوم (أيضا فى ما اذا شك فى عقد خارجى انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز).

كما اذا شك فى انه هل وهب المال لزيد حتى يكون له ارجاعه او انه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٥٢

بناء على ان المرجع فى الفرد المردّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم.

و اما بناء على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر، و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين

باعه منه، اوشك فى انه هل زيد الموهوب له رحمه حتى لا يكون له ارجاع المال، او انه ليس برحمه حتى يكون له ارجاعه منه، فان الاصل فى كل هذه المقامات اللزوم (بناء على ان المرجع فى المردّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم) اى بناء على جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

فان: «كل عقد الاصل فيه اللزوم» عام، و «الهبة الى غير ذى الرحم الاصل فيه الجواز» مخصص لذلك العام، فاذا كانت شبهة فى فرد هل انه من العام او من المخصص يتمسك فيه بالعام، لانه علم دخوله فى العام و شك فى خروجه- بالتخصيص- من العام.

(و اما بناء على خلاف ذلك) كما هو المحقق، و انه لا يتمسك بالعام فى الشبهة المصداقية (فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل بمعنى استصحاب الأثر، و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين).

لان الاثر ثبت و لا نعلم زواله، فالاصل بقائه.

و هذا غير اصالة اللزوم المستفادة من الكتاب و السنة- كما تقدم-.

نعم هو الاستصحاب الّذى ذكرناه سابقا بقولنا فى المتن «و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٥٣

الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز.

كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة، فان الاصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزة.

(الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز) او اللازم.

فانه لا تصل النوبة حينئذ الى الاصل الحكمى الّذى هو استصحاب الأثر، و ان كان الاصل الحكمى مطابقا للاصل الموضوعى فى افادة

اللزوم

(كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة، فان الاصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزة).

فان الهبة له رجوع فيها- اذا لم تكن من اقسام الهبة اللازمة، كالهبة بذى الرحم- و الصدقة لا رجوع فيها فانه ما كان لله لا رجعة فيه.

لكن كون الفارق بين الامرين قصد القربة، مشكل، بل الظاهر ان الفارق، العنوان المقصود عند العطاء.

فاذا قصد الهبة كانت هبة، و ان قصد القربة.

و لذا قالوا ان الهبة اذا كانت بقصد القربة لم يكن له رجوع فيها.

و كيف كان فمثال آخر لوجود الاصل الموضوعى انه لو شك فى ان من اعطاه الهبة هل هو رحمه أم لا.

فان اصالة عدم كونه رحما- كما قرّر فى مسألة اصالة عدم القرشية فى المرأة المشكوك حيضها- حاكم على استصحاب الاثر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٥۴

لكن الاستصحاب المذكور انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم.

و اما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه، و فى الهبة فلا.

بل يرجع فى اثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه.

فاذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة التى هى من آثار

(لكن) لا يخفى ان (الاستصحاب المذكور) اى استصحاب الأثر (انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم) فيجعل العقد لازما.

(و اما تعيين العقد اللازم) بان يقول: الاستصحاب انه صدقة لا هبة فى المثال المتقدم- (حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد) التخلص من نذر كان نذره «بان يتصدق» فيعين بالاستصحاب ان ما اعطاه صدقة فبرئت ذمته مثلا.

و كما اذا شك فى ان المعاملة التى حدثت بينه و بين زيد، هل انها كانت بيعا او هبة فاستصحب الاثر، و اريد بهذا الاستصحاب (تعيين البيع عند الشك فيه، و فى الهبة فلا) يمكن ذلك لان الاصل لا يثبت كما قرر فى الاصول (بل يرجع فى اثر كل عقد) من العقود المشكوكة شكافى ان ما عقده هل هو هذا او ذاك (الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه) اى بالنسبة الى ذلك العقد.

(ف) مثال الشك بين البيع و الهبة اذا شك فى اللزوم اجرى اصالة اللزوم الّذى هو من آثار البيع، و (اذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض) من جهة احتمال كونه بيعا (حكم بالبراءة التى هى من آثار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ۵۵

الهبة.

و اذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم: على اليد ان كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة.

الهبة).

و لا منافات اذ قد حقق فى الاصول انه يمكن التفكيك فى آثار الاصول فاذا شك فى ان الماء الّذى توضأ به، هل كان طاهرا او نجسا- و لم يكن اصل موضوعى يعين احدهما- فيده طاهرة، لاصالة الطهارة، و هو محدث لاصالة الحدث، فانه لا تنافى فى مقام الظاهر بين الاصلين، و ان كانت منافات بينهما فى الواقع، و انه ان كان الماء نجسا فيده نجسة و هو محدث، و ان كان الماء طاهرا فيده طاهرة، و هو متوضئا.

(و اذا شك فى الضمان) فى ما اذا دار العقد بين الهبة و بين البيع (مع فساد العقد) حيث تجرى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» (حكم بالضمان لعموم: على اليد) ما اخذت، فان عمومه شامل للمقام.

لانه اذا كانت المعاملة صحيحة كانت تقتضى الضمان، لعموم على اليد، فكذلك اذا كانت المعاملة فاسدة (ان كان هو) اى عموم: على اليد (المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة).

لان مع هذا العموم لا يبقى مجال لاصل البراءة، اذ لا مجال للاصل العملى مع وجود الدليل الاجتهادى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۵۶

و ان كان المستند دخوله فى ضمان العين او قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا لها، كان الاصل البراءة أيضا.

(و ان كان المستند) فى الضمان بالعقود الفاسدة (دخوله) اى الانسان الّذى عامل دخل (فى ضمان العين).

و قد تقدم فى باب «ما يضمن بصحيحه» ان الانسان لو دخل فى الضمان كان ضامنا، فالاصل البراءة «جواب و ان كان المستند».

و انما كان مجرى البراءة على هذا التقدير لانه لا يعلم انه دخل فى المعاملة بالضمان اذا المعاملة لو كانت هبة فاخذها لم يدخل فيها بالضمان (او) كان المستند هو «ما ذكرناه أولا: اى عموم على اليد» لكن (قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم) اى عموم: على اليد (مانع عن الرجوع إليه) اى الى عموم: على اليد (فيما احتمل كونه مصداقا لها) اى للهبة.

اذ بعد خروج الهبة عن عموم: على اليد، اذا شك فى فرد انه هبة خارجة عن العموم او معاملة داخلة فى العموم لا يمكن التمسك بالعموم لاجل اثبات الضمان لانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية (كان الاصل البراءة أيضا).

كما كان الاصل البراءة فى الصورة السابقة، حيث قلنا «حكم بالبراءة»

و الحاصل: انه اذا كان العقد فاسدا، و تردد فى انه هل كان بيعا او هبة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۵۷

....

فان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة على اليد، ففيه احتمالان.

الاول: الضمان لعموم: على اليد.

الثانى: البراءة، لانه لا يمكن التمسك بالعموم حيث ان الهبة خارجة عن عموم: على اليد.

فاذا تمسكنا بالعموم مع احتمال ان العقد هبة، كان من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

و ذلك لا يجوز فليس المرجع حينئذ العموم، بل البراءة اذ لما فقد الدليل الاجتهادى كان المرجع: الاصل العملى.

و ان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة ان الشخص دخل فى العقد بانيا على ضمان العين، فالمرجع البراءة، للاصل بعد ان لم يكن دليل على انه ضامن بهذا البناء، اذ البناء لا يجعل الانسان ضامنا، اذا لم يكن دليل شرعى على الضمان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۵۸

القول فى اقسام الخيار

اشارة

و هى كثيرة، الا ان اكثرها متفرقة و المجتمع فيها فى كل كتاب سبعة، و قد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك حتى ان المذكور فى اللمعة مجتمعا أربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها.

و نحن نقتفی اثر المقتصر علی السبعة کالمحقق و العلامة قدس سرهما، لان ما عداها لا یستحق عنوانا مستقلا، اذ لیس له احکام مغایر لسائر انواع الخیار فنقول و بالله التوفیق

(القول فی اقسام الخیار، و هی کثیرة الا ان اکثرها متفرقة) فی کتب الفقهاء حیث ذکرت بمناسبة المسائل المتفرقة فی مختلف ابواب المعاملات (و المجتمع فیها) ای فی باب الخیارات (فی کل کتاب) فقهی (سبعة و قد انهاها بعضهم الی ازید من ذلک حتی ان المذکور فی اللمعة) و شرحه (مجتمعا) فی باب الخیارات (أربعة عشر، مع عدم ذکره لبعضها) أیضا فهی فی نفس الامر اکثر من أربعة عشر.

(و نحن نقتفی اثر المقتصر علی السبعة، کالمحقق) فی غیر الشرائع اذ فیه اقتصر علی خمسة (و العلامة قدس سرهما).

و انما نتبع هؤلاء (لان ما عداها) ای ما عدا السبعة (لا یستحق عنوانا مستقلا) فنذکرها فی ضمن هذه السبعة (اذ لیس له احکام مغایر لسائر انواع الخیار) فهی تبع للمذکور منها فی الاحکام، و ان کان لها اسامی اخر (فنقول و بالله التوفیق) و هو المستعان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۵۹

الأول: فی خیار المجلس

اشارة

فالمراد بالمجلس، مطلق مکان المتبایعین حین البیع.

و انما عبّر بفرده الغالب.

و اضافة الخیار إلیه لاختصاصه، و ارتفاعه بانقضائه الّذی هو الافتراق

(الاول: فی خیار المجلس، فالمراد بالمجلس، مطلق مکان المتبایعین حین البیع) و ان لم یکن مجلس اصطلاحا، کما اذا عاملا و هما یمشیان.

و الظاهر انه یشمل و لو کان احدهما بعیدا عن الآخر، کما اذا عاملا بواسطة التلفون او اللاسلکی.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۱، ص: ۵۹

و ذلک لاطلاق الادلة، و الانصراف الی المتعارف فی زمن الروایات غیر مهم بعد ان کان انصرافا بدویا، و مثله لا یمنع الاطلاق، و لو فرض منع الاطلاق، فلا اشکال فی وجود المناط.

(و) کیف کان ف (انما عبّر) بالمجلس، مع انه یشمل کل مکان و ان لم یکن مجلسا من باب التعبیر (بفرده الغالب).

(و) لا یخفی ان (اضافة الخیار إلیه) حیث قیل «خیار المجلس» من جهة انه یکفی فی الاضافة، او فی مناسبة کما قیل «کوکب الخرقاء» (لاختصاصه) ای الخیار بکون المتعاقدین فی المجلس (و ارتفاعه) ای الخیار (بانقضائه) ای ذهاب المجلس الّذی وقع فیه العقد.

فالانقضاء (الّذی هو) عبارة عن (الافتراق) هو ان یبتعد احدهما عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۰

و لا خلاف بین الامامیة فی ثبوت هذا الخیار، و النصوص به مستفیضة.

و الموثق الحاکی لقول علی علیه السلام: اذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب، مطروح، او مأوّل.

و لا فرق بین اقسام البیع و انواع المبیع.

نعم سیجیء استثناء اشخاص المبیع کالمنعتق علی المشتری.

الآخر (و لا خلاف بین الامامیة فی ثبوت هذا الخیار) فی الجملة (و النصوص به مستفیضة) فوق الآحاد، و دون التواتر.

(و) اما (الموثق الحاکی لقول علی علیه السلام: اذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب) مما ظاهره انه لا خیار، فهو (مطروح) لانه لا یقاوم المستفیضة (او مأوّل) ای ثبت البیع، مقابل انه «بالقول و نحوه قبل الصفق» لا بیع، لا ان المراد به وجوب البیع و عدم الخیار.

(و لا فرق) فی ثبوت هذا الخیار (بین اقسام البیع) من النقد، و النسیئة، و السلف (و انواع المبیع) من بیع الحیوان و غیره الی غیر ذلک من الاقسام.

(نعم سیجیء استثناء بعض اشخاص المبیع) فانه لا خیار فیها (کالمنعتق علی المشتری) فاذا اشتری الانسان اباه مثلا انعتق فورا فلیس له خیار المجلس، و کذلک المنعتق علی البائع اذا جعل الأب- مثلا- ثمنا.

و قد اشرنا فی اوّل المبحث الی هذا الاستثناء، بقولنا «فی الجملة».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۱

و تنقیح مباحث هذا الخیار و مسقطاته یحصل برسم مسائل.

[مسائل فی خیار المجلس]

مسألة: لا اشکال فی ثبوته للمتبایعین، اذا کانا اصیلین،

و لا فی ثبوته للوکیلین فی الجملة و هل یثبت لهما مطلقا خلاف.

قال فی التذکرة: لو اشتری الوکیل، او باع، او تعاقدا لوکیلان تعلق الخیار بهما و بالموکلین، مع حضورهما فی المجلس.

و الا فبالوکیلین، فلو مات الوکیل فی المجلس و الموکل غائب انتقل الخیار إلیه.

(و تنقیح مباحث هذا الخیار و مسقطاته یحصل برسم مسائل) و الله الموفق.

(مسألة: لا اشکال فی ثبوته) ای خیار المجلس (للمتبایعین، اذا کانا اصیلین) کما اذا کانا مالکین (و لا فی ثبوته للوکیلین) و الولیین (فی الجملة) کما سیأتی وجه کونه فی الجملة (و هل یثبت لهما مطلقا) فیه (خلاف).

(قال) العلامة (فی التذکرة: لو اشتری الوکیل، او باع، او تعاقد الوکیلان) بان کان کلا طرفی العقد وکیلا (تعلق الخیار بهما) لانهما «البیعان» فیشملهما قوله علیه السلام «البیعان بالخیار» (و بالموکلین مع حضورهما فی المجلس) لانهما المالکان، و قد جعل الخیار لمصلحتهما.

(و الا) یکون الموکلان حاضرین فی المجلس (ف) الخیار یتعلق (بالوکیلین) فقط (فلو) کان الموکل غائبا حال البیع، و (مات الوکیل فی المجلس و الموکل غائب) بعد (انتقل الخیار إلیه) ای الی الموکل الغائب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۲

لان ملکه اقوی من ملک الوارث.

و للشافعیهٔ قولان، احدهما انه یتعلق بالموکل و الآخر انه یتعلق بالوکیل، انتهی.

اقول: و الاولی ان یقال:

اما اذا حضر الموکل بعد البیع و قبل موت الوکیل، فکون الخیار للموکل اظهر (لان ملکه) ای الموکل الغائب (اقوی من ملک الوارث).

و قد ثبت انه اذا مات البائع المورث انتقل الخیار الی وارثه- کما سیأتی الکلام فیه- و ذلک یدل بالفحوی الی انتقاله الی المالک اذا مات الوکیل.

(و للشافعیهٔ قولان) فی مسألهٔ بیع الوکیل و الموکل غائب (احدهما انه) ای الخیار (یتعلق بالموکل) لانه المالک (و الآخر انه یتعلق بالوکیل) لانه البائع (انتهی) کلام التذکرهٔ.

(اقول: و الاولی) و الاقرب الی الواقع.

و المراد القرب لا- ان الطرف الآخر أیضا قریب من الواقع (ان یقال) بالتفصیل بین الوکیل فی مجرد اجراء العقد فلا- خیار له و بین الوکیل المفوض فله الخیار.

اما خیار الوکیل المفوض، فلانه بیع، فیشمله الدلیل.

و اما عدم خیار الوکیل فی اجزاء العقد فلامور أربعهٔ.

الاول: ان ذیل الخیار منصرف عن مثل هذا الوکیل.

الثانی: ان ظاهر قوله «بالخیار» انه سلطنهٔ ارجاع ما خرج عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۳

ان الوکیل ان کان وکیلا- فی مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخیار لهما وفاقا لجماعهٔ منهم المحقق و الشهید الثانیان لان المتبادر من النص غیرهما و ان عممناه لبعض افراد الوکیل و لم نقل بما قیل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحکم الغلبهٔ الی خصوص العاقد المالک

ملکه الی ملکه، و الوکیل لم یخرج شیء عن ملکه.

الثالث: ان سیاق خیار الحیوان و خیار المجلس واحد فقد ذکرا معا فی بعض الروایات.

و حیث ان خیار الحیوان لیس للوکیل فیه اجراء الصیغهٔ، کذلک لیس له خیار المجلس بدلیل وحدهٔ السیاق.

الرابع: ما سیأتی من «الحکمهٔ» ف (ان الوکیل ان کان وکیلا فی مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخیار لهما) ای للوکیلین او للوکیل، لما ذکر و للاصیل، لانه لیس بحاضر فی مجلس العقد، فلا یشمله الدلیل (وفاقا لجماعهٔ منهم المحقق و الشهید الثانیان).

و ذلک لوجوه ثلاثهٔ.

الاول: (لان المتبادر من النص غیرهما) فالاصل عدم الخیار لهما (و ان عممناه) ای النص (لبعض افراد الوکیل) کالوکیل المستقل- کما سیأتی- «و ان» وصلیهٔ (و لم نقل بما قیل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه) ای النص (بحکم الغلبهٔ) حیث ان الغالب مباشرهٔ المالکین للعقد فذلک سبب لانصراف النص (الی خصوص العاقد المالک) حتی ان النص لا یشمل الوکیل المستقل أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۴

مضافا الی ان مفاد ادلة الخیار اثبات حق و سلطنة لکل من المتعاقدین علی ما انتقل الی الآخر، بعد الفراغ عن تسلّطه علی ما انتقل إلیه. فلا یثبت بها هذا التسلط لو لم یکن مفروغا عنه فی الخارج.

الا تری انه لو شک المشتری فی کون المبیع ممن ینعتق علیه لقرابة او یجب صرفه لنفقة، او

و قوله «و لم نقل» عطف علی «و ان عممناه».

الثانی: (مضافا الی ان مفاد ادلة الخیار اثبات حق و سلطنة لکل من المتعاقدین) فله سلطة (علی ما انتقل الی الآخر) بحیث یتمکن من استرداده (بعد الفراغ عن تسلّطه علی ما انتقل إلیه) فان البائع مسلط علی ردّ العین الی ملکه بعد وضوح انه مسلّط علی الثمن الّذی هو الآن فی ملکه.

(فلا یثبت بها) ای بادلة الخیار (هذا التسلط) علی الاسترداد (لو لم یکن) التسلط علی ما انتقل إلیه (مفروغا عنه فی الخارج).

و الحاصل ان تسلط الشخص علی الاسترداد فرع تسلطه علی ردّ ما فی یده، او الوکیل فی مجرد اجراء العقد لا سلطة له علی ردّ ما انتقل الی موکله، فلا سلطة له علی استرداد ما خرج عن ملک موکله.

(الا ـ تری) مثال لبیان انه اذا لم یکن للوکیل البائع سلطة علی ردّ ما فی یده لم یکن له استرداد ما خرج منه (انه لو شک المشتری فی کون المبیع ممن ینعتق علیه لقرابة) لتردد العبد بین کونه أبا للمشتری، و بین کونه اجنبیا عنه (او) شک فی انه هل (یجب صرفه) ای ما اشتراه (لنفقة او) هل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۵

اعتاقه لنذر، فلا یمکن الحکم بعدم وجوبه لادلة الخیار بزعم اثباتها للخیار المستلزم لجواز ردّه علی البائع و عدم وجوب عتقه.

هذا مضافا الی ملاحظة بعض اخبار هذا الخیار المقرون فیه بینه و بین خیار الحیوان الّذی لا یرضی الفقیه بالتزام ثبوته للوکیل فی اجراء الصیغة

یجب (اعتاقه لنذر) و نحو النذر (فلا یمکن الحکم بعدم وجوبه) ای بعدم وجوب العتق و الصرف مستندا فی الحکم بعدم الوجوب (لادلة الخیار) فیقول انه لیس بواجب (بزعم اثباتها) ای الادلة (للخیار المستلزم لجواز ردّه علی البائع، و عدم وجوب عتقه).

فکما ان الخیار فی المثال لا یکون دلیلا علی عدم وجوب العتق کذلک دلیل الخیار لا یکون مستندا لجواز ردّ الوکیل.

و وجه الجامع بین ما نحن فیه و المثال ان فی کلیهما یشک فی انه هل له رده أم لیس له رده.

و کما ان دلیل الخیار لا یقول فی المثال ردّ العبد، کذلک دلیل الخیار لا یقول فی ما نحن فیه ایها الوکیل ردّ ما انتقل الی موکلک، و اذا لم یقدرا علی الردّ لم یقدرا علی استرداد ما فی ید الطرف الآخر.

(هذا) تمام الکلام فی الوجه الثانی.

الثالث: (مضافا الی ملاحظة بعض اخبار هذا الخیار) ای خیار المجلس (المقرون فیه) ای فی ذلک الخبر (بینه) ای بین خیار المجلس (و بین خیار الحیوان الّذی لا ـ یرضی الفقیه بالتزام ثبوته) ای ثبوت خیار الحیوان (للوکیل فی اجراء الصیغة) فان خیار الحیوان جعل لحکمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۶۶

فان المقام و ان لم یکن من تعارض المطلق و المقید، الا ان سیاق الجمیع یشهد باتحاد المراد من لفظ المتبایعین مع ان ملاحظة حکمة الخیار تبعد ثبوته للوکیل المذکور

انه اذا لم یرده المشتری تمکن من رده، و ای علاقة لهذا بالوکیل فی اجراء العقد.

(ف) ان قلت: جمع الخیارین فی صحیحة ابن مسلم حیث قال علیه السلام «المتبایعان بالخیار، ثلاثة ایام فی الحیوان، و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا» لا یدل علی وحدة حکمهما، لانه لو سلم ان الصحیحة- بقرینة السیاق- دلت علی ان خیار المجلس للموکل فقط، لکن مطلقات خیار المجلس الشاملة للوکیل أیضا علی حالها، و تلک المطلقات لا تقید بهذه الصحیحة.

قلت: (ان المقام و ان لم یکن من تعارض المطلق و المقید) الّذی یحمل فیه المطلق علی المقید (الا ان سیاق الجمیع) الصحیحة المقیدة- حسب التقارن بین الخیارین- و سائر اخبار خیار المجلس المطلقة الشاملة للوکیل أیضا (یشهد باتحاد المراد من لفظ المتبایعین) سواء کان هذا اللفظ فی الصحیحة او فی سائر الاخبار.

و حیث ان المراد بهذا اللفظ فی الصحیحة خصوص المالک، لا بد و ان یراد به فی سائر الروایات خصوص المالک أیضا.

الرابع: (مع ان ملاحظة حکمة الخیار) و هی تلافی ندم المالک (تبعد ثبوته) ای ثبوت الخیار (للوکیل المذکور) لانه لا علاقة له بالمعاملة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۶۷

مضافا الی ادلة سائر الخیارات فان القول بثبوتها الموقع الصیغة لا ینبغی من الفقیه.

و الظاهر عدم دخوله فی اطلاق العبارة المتقدمة عن التذکرة، فان الظاهر من قوله: اشتری الوکیل، او باع، تصرف الوکیل بالبیع و الشراء لا مجرد ایقاع

حتی ینـدم و هذه قرینة عقلیة لعدم اطلاق ادلة الخیار للوکیل فی العقد (مضافا الی) امکان ان یقول: ان (ادلة سائر الخیارات) کالغبن و العیب و ما اشبه، لا- تعم الوکیل فی اجراء العقد (فان القول بثبوتها) ای ثبوت تلک الخیارات (لموقع الصیغة) ای الوکیل فی الایقاع فقط (لا ینبغی من الفقیه).

اذ ای علاقة بین من جاء به المالک لیقول «بعت» او «اشتریت» و بین کون المبیع معیبا او مغبونا فیه، فکذلک دلیل خیار المجلس لوحدة الملاک فی الجمیع.

اقول: لا- یخفی ان اکثر استدلالات المصنف قابلة للمناقشة، الا- ان بناء الشرح علی توضیح مقاصد الکتاب یمنع عن ذکرها، فعلی الطالب الرجوع الی الحواشی العلمیة.

(و الظاهر عدم دخوله) ای دخول الوکیل فی مجرد الصیغة (فی اطلاق العبارة المتقدمة عن التذکرة) التی ذکر فیها ان الوکیل له حق الاخذ بالخیار (فان الظاهر من قوله: اشتری الوکیل، او باع) او ما اشبه هذه العبارة (تصرف الوکیل بالبیع و الشراء) تصرفا مستقلا (لا مجرد ایقاع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۶۸

الصیغة.

و من جمیع ذلک یظهر ضعف القول بثبوته للوکیلین المذکورین کما هو ظاهر الحدائق.

و اضعف منه تعمیم الحکم لصورة منع الموکل من الفسخ بزعم ان الخیار حق ثبت للعاقد بمجرد اجرائه للعقد، فلا- یبطل بمنع الموکل.

الصیغة).

فالعلامة لا یقول بان وکیل اجراء الصیغة له خیار المجلس و ان عرف ذلک من اطلاق عبارته.

(و من جمیع ذلک) الّذی ذکرناه من الوجوه الاربعة (یظهر ضعف القول بثبوته) ای ثبوت خیار المجلس (للوکیلین المذکورین) الذین هما وکیلان فی اجراء العقد فقط (کما هو) الثبوت (ظاهر الحدائق).

(و اضعف منه تعمیم الحکم) و ان الخیار ثابت للوکیل (لصورة منع الموکل من الفسخ).

اما وجه التعمیم فهو ما ذکره بقوله (بزعم ان الخیار حق ثابت للعاقد بمجرد اجرائه للعقد، فلا یبطل) ما جعله الشارع له (بمنع الموکل).

و اما وجه الضعف: فلانه وضع هذا الحق لمصلحة المالک، فکونه لغیره فی حال انه خلاف مصلحة المالک، خارجا عن حکمة جعل هذا الخیار.

و لا یخفی ما فی هذا الکلام من المناقشة، اذ علی تقدیر وجود الاطلاق لا یقاومه مثل هذا الوجه الاستحسانی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۶۹

و علی المختار فهل یثبت للموکلین، فیه اشکال من ان الظاهر من:

البیّعین فی النصّ المتعاقد ان فلا یعم الموکلین.

و ذکروا انه لو حلف علی عدم البیع، لم یحنث ببیع وکیله، و من ان الوکیلین فیما نحن فیه کالآلة للمالکین.

و نسبة الفعل إلیهما شائعة.

(و علی المختار) من عدم خیار الوکیل فی مجرد العقد (فهل یثبت) الخیار (للموکلین) أم لا؟ (فیه اشکال) و احتمالان.

اما وجه العدم (من ان الظاهر من: البیعین فی النصّ) حیث قال علیه السلام: البیعان بالخیار (المتعاقدان، فلا یعم الموکلین) فلا خیار لهما.

(و) یؤید ذلک ما (ذکروا انه لو حلف علی عدم البیع، لم یحنث ببیع وکیله) فانه یدل علی ان البیع حقیقة فی اجراء الصیغة، لکن فیه لزوم التفصیل، و ان الحلف قد یکون متعلقا باجراء الصیغة، و قد یکون متعلقا بالاخراج عن الملک، و قد یکون متعلقا بالاعم، و اذا کان المتعلق مهملا من القصد لا بد من ملاحظة انه الی ای شیء ینصرف عزما کما حققناه فی بعض کتب الفقه.

(و) اما وجه ثبوت الخیار للموکلین (من ان الوکیلین فیما نحن فیه) فیما اذا کانا وکیلین فی مجرد اجراء الصیغة (کالآلة للمالکین) فالبیعان هما فی الحقیقة المالکان.

(و) لذا نری ان (نسبة الفعل) ای البیع (إلیهما شائعة) عرفا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۷۰

و لذا لا یتبادر من قوله: باع فلان ملکه الکذائی کونه مباشرا للصیغة.

و عدم الحنث بمجرد التوکیل فی اجراء الصیغة ممنوع، فالاقوی ثبوته لهما و لکن مع حضورهما فی مجلس العقد، و المراد به مجلسهما المضاف عرفا الی العقد فلو جلس هذا فی مکان و ذاک فی مکان آخر، فاطلعا علی عقد الوکیلین، فمجرد ذلک

(و لذا) من ان المراد بالبائع من اخرج ملکه عن سلطته، سواء بنفسه او بوکیله (لا یتبادر من قوله: باع فلان ملکه الکذائی) و لا یتبادر (کونه مباشرا للصیغة) و لو کان المفهوم من «باع» المباشرة لزم التبادر.

(و) اما قولهم بعدم الحنث- کما تقدم- ففیه ان (عدم الحنث بمجرد التوکیل فی اجراء الصیغة) اذا نفذ الوکیل البیع (ممنوع) الا اذا قصد فی حلفه انه لا یبیعه مباشرة.

و علی هذا (فالاقوی ثبوته) ای خیار المجلس (لهما) ای للمالکین فی الجملة فی مقابل النفی الکلی (لکن مع حضورهما فی مجلس العقد) و ذلک لانهما اذا لم یحضرا فی مجلس العقد لم یتحقق موضوع خیار المجلس (و المراد به) ای بمجلس العقد (مجلسهما

المضاف عرفا الی العقد).

فان العرف المخاطب بهـذا الکلام هو المیزان فی تعیین المصـداق (فلو جلس هذا) مالک المثمن (فی مکان و ذاک) ای مالک الثمن (فی مکـان آخر) کمـا لو جلس کـل فی داره (فاطلعـا علی عقـد الوکیلین) الصادر منهما فی السوق مثلا (فمجرد ذلک) و کونهما فی مکان آخر فی حالهٔ العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۷۱

لاـ یوجب الخیـار لهمـا، الاـ اذا صـدق کون مکانیهمـا مجلسـا لـذلک العقـد بحیث یکون الوکیلان کلسانی الموکلین و العبرهٔ بافتراق الموکلین عن هذا المجلس لا بالوکیلین هذا کله ان کان وکیلا فی مجرد ایقاع العقد.

و ان کان وکیلا فی التصرف المالی کاکثر الوکلاء

(لا یوجب الخیار لهما).

اذ لا یصدق عرفا خیار المجلس و لا «حتی یفترقا» لان الافتراق، لا یصدق الا بعد الاجتماع (الا اذا صدق کون مکانیهما مجلسا لذلک العقد، بحیث یکون الوکیلان کلسانی الموکلین).

ثم الظـاهر انه لاـ یشترط ان یکون حضورهما هناک لاجل العقـد، اذ الادلـهٔ مطلقـهٔ و الحکمـهٔ تؤیـد الاطلاق، فالقول بلزوم ذلک لانه المتیقن من الادلـهٔ غیر ظاهر الوجه (و العبرهٔ) بعـد اجتماع الاربعـهٔ فی مجلس العقد (بافتراق الموکلین عن هذا المجلس) لانهما البیعان حقیقـهٔ (لاـ بـالوکیلین) لانهمـا آلـهٔ و لسـان، و الادلـهٔ منصـرفهٔ عن مثلهمـا، کمـا عرفت وجهه سابقـا و ان کان الاقرب- بناء علی رأی الحدائق- کفایهٔ بقاء الموکلین او الوکیلین او اصیل و وکیل (هذا کله ان کان) الوکیل (وکیلا فی مجرد ایقاع العقد) و اجراء الصیغهٔ.

(و ان کان وکیلا فی التصرف المالی کاکثر الوکلاء) مثل الصناع فی محلات التجار و ممثلیهم فی بلاد اخر و وکلاء الدولهٔ المشروعهٔ و المجتهدین و وکلائهم الذین هم وکلاء عن الفقراء و عن الامام الی غیر ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۷۲

فان کان مستقلا فی التصرف فی مال الموکل بحیث یشمل فسخ المعاوضهٔ بعد تحققها نظیر العامل فی القراض و اولیاء القاصرین.

فالظاهر ثبوت الخیار له لعموم النص.

و دعوی تبادر المالکین، ممنوعهٔ، خصوصا اذا استندت الی الغلبهٔ،

(ف) هو علی قسمین.

لانه اما مستقل فی التصرف کانه المالک.

و امـا لیس بمسـتقل فهو اقوی من الوکیل فی اجراء العقـد و اضـعف من الوکیل المفوض فی اجراء المعاملـهٔ، ف (ان کان مسـتقلا فی التصـرف فی مال الموکل) یشـمل کل شئون المعاملهٔ (بحیث یشمل فسخ المعاوضهٔ بعد تحققها نظیر العامل فی القراض) ای المضاربهٔ و هی المعاملـهٔ التی یکون رأس المـال فیهـا من احـدهما، و العمـل من الآـخر، و الربـح بینهما بالنسـبهٔ (و اولیاء القاصـرین) کالطفل و المجنون و المغمی علیه و من اشبههم، حیث ان علیهم ان یعملوا حسب المصلحهٔ.

(فالظاهر ثبوت الخیار له لعموم النص) الشامل له، کما یؤید ذلک ثبوت الخیار له قطعا اذا ظهر عیب او غبن.

فـان القول بعـدم الخیـار له فیهما، کالقول بثبوته للحاکم، لا له مما لا یمکن القول به، و اذا ثبت خیار الغبن و العیب ثبت غیره لوحـدهٔ الملاک

(و دعوی تبادر المالکین) من «البیّعان» فی النص (ممنوعـهٔ) اذ لا تبادر قطعا (خصوصا اذا اسـتندت) دعوی التبادر (الی الغلبهٔ) بان یقال

فی وجه التبادر حيث ان الغالب معاملة الملاک لا وكلائهم فالنص

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٧٣

فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى.

و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال من تبادر المتعاقدين من النص، و قد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله.

و من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فی بعض النصوص كون

منصرف الى الملاک.

و وجه المنع ما ذكره بقوله: (فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى) فلا غلبة فی معاملات الملاک بحيث تكون سببا لانصراف (البيعان) الى الملاک.

(و هل يثبت) خيار المجلس (للموكلين أيضا) بالإضافة الى ثبوته للوكيلين المستقلين (مع حضورهما) فی مجلس العقد (كما تقدم عن التذكرة) ثبوت الخيار للموكلين (اشكال) و احتمالان.

وجه عدم الثبوت (من تبادر المتعاقدين من النص) و الموكلان ليسا بمتعاقدين (و قد تقدم عدم حنث الحالف على ترک البيع) فانه ان حلف المالک ان لا يبيع متاعه، لم يكن حنث لحلفه (ببيع وكيله).

و قد عرفت الاشكال منافی مسألة الحلف.

(و) وجه ثبوت الخيار للموكلين (من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و) من دليل (خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار) ای خيار المجلس (فی بعض النصوص) كصحيحة ابن مسلم التی تقدم نقلها (كون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٧۴

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له، و ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

و لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له) حتى اذا ندم من المعاملة كان له فسخها (و ان ثبوته للوكيل) ليس بذی حكمة ذاتية، بل (لكونه نائبا عنه) و قائما مقام المالک (يستلزم ثبوته للمنوب عنه) و عليه فالموكل له الخيار.

و كذا ان فرض ان المولى عليه كالمجنون و المغمى عليه و الطفل كانوا فی المجلس و بعد اجراء العقد بلغ الطفل و عقل المجنون و افاق المغمى عليه (الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد) فی حق الخيار (فلا يثبت لغير المباشر) و ان كان مالكا هذا.

(و لكن الوجه الاخير) الّذی ذكرناه بقولنا «و من ان المستفاد الخ» (لا يخلو عن قوة).

اما اذا مات الوكيل المستقل، فهل ينتقل خياره الى وارثه، لقاعدة ما تركه الميت لوارثه، او الى الموكل- اذا قلنا انه لا خيار له فی عرض الوكيل- لان الموكل صاحب النفع الحقيقی من الخيار، او يسقط رأسا فلا خيار، لا يبعد الثانی لانصراف دليل «ما تركه الميت» عن وارث الوكيل و السقوط لا وجه له بعد وجود الحكمة، و كونه مثل خيار الغبن و العيب و يستبعد جدا الالتزام بسقوطهما بالموت.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٧۵

و حينئذ فقد يتحقق فی عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد، او من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد او بانفساخه

و لکن لا یخفی ان اللازم حضور وارث الوکیل و الموکل فی مجلس العقد، و الا فالقاعدة عدم الانتقال اطلاقا.

(و حینئذ) ای حین قلنا بان الموکل له الخیار أیضا بالإضافة الی الوکیل المستقل (فقد یتحقق فی عقد واحد الخیار لاشخاص کثیرة من طرف واحد) کما اذا وکل زید عمروا وکالة مطلقة مستقلة، و عمرو وکل بکرا کذلک و هکذا الی عدة وکلاء (او من الطرفین) کما اذا کان کل من مالک المثمن و مالک الثمن له عدة وکلاء طولیین و کان کلهم حاضرین فی مجلس العقد (فکل من سبق من اهل الطرف الواحد الی اعماله) ای اعمال الخیار (نفذ) لانه له الاعمال (و سقط خیار الباقین) فی طرفه، لانه لم یکن الاخیار واحد نفّذه هذا (بلزوم العقد) من جانبه و یبقی للجانب الآخر حق الفسخ (او بانفساخه) فینفسخ العقد و لا یبقی خیار للجانب الآخر ثم انه قد تبین مما ذکرنا امور ثلاثة.

الاول: انه لو فسخ احد الطرفین، انفسخت المعاملة کلیة.

الثانی: انه لو اجاز احد من طرف واحد لم یکن لرفقائه من ذلک الطرف لا الاجازة و لا الفسخ، اذ لیس لطرف واحد الا اجازة واحدة فاذا اجاز احدهم فقد نفذ حق هذا الطرف بکامله.

الثالث: انه لو اجاز احد فی طرف، کان للطرف الآخر ان یجیز،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۷۶

و لیس المقام من تقدم الفاسخ علی المجیز، فان تلک المسألة فیما اذا ثبت للجانبین.

و هذا فرض من جانب واحد.

فیستقر العقد او یفسخ، فیبطل العقد.

و علی ما ذکرناه فاذا کان شخصان فی طرف واحد اجاز احدهما أولا، ثم فسخ الآخر، لم یؤثر فسخ الثانی.

(و) ذلک لانه (لیس المقام من تقدیم الفاسخ علی المجیز، فان تلک المسألة) ای مسألة تقدیم الفسخ علی الاجازة (فیما اذا ثبت) ای کان الحق (للجانبین) ای احد الطرفین فسخ، و الطرف الآخر اجاز، فان الفسخ حینئذ مقدم علی الاجازة.

(و هذا) الّذی نحن فیه ای شخصان من طرف واحد اجاز احدهما و فسخ الآخر (فرض من جانب واحد)

و من المعلوم: ان الجانب الواحد لیس له الا حق واحد- فسخا او اجازة- فاذا اخذ احدهم به لم یکن للآخر شیء، اذ ینتهی الحق بأخذ احدهم له.

نعم اذا تقارن الاثنان «فسخا و اجازة» من جانب واحد، بان قالا معا (لکن قال احدهما فسخت و قال الآخر اجزت) قدم الفسخ، لانه اقوی فی الاقتضاء من الاجازة.

و یحتمل سقوطهما و بقاء العقد بحاله غیر مستقر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۷۷

ثم علی المختار من ثبوته للموکلین.

فهل العبرة فیه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدین، او بتفرق الکل، فیکفی بقاء اصیل مع وکیل آخر فی مجلس العقد، وجوه.

(ثم علی المختار من ثبوته) ای الخیار (للموکلین) فی ما کان الوکیلان مستقلین.

(فهل العبرة فیه) ای فی انقضاء الخیار بالتفرق (بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد) فیما اذا کان الاصیلان فی مجلس، و الوکیلان فی

مجلس «و قلنا بكفاية كونهما معا فى مجلس و ان لم يكن مجلس العقد» (او عن مجلس العقد) اذا قلنا بان ثبوت الخيار للموكلين مشروط بكونهما فى مجلس العقد (او) ان العبرة (بتفرق المتعاقدين) اى الوكيلين.

فاذا كان الاربعة فى مجلس واحد فما دام الوكيلان فى المجلس يصح الاخذ بالخيار للاصيلين، فاذا تفرق الوكيلان سقط خيارهما كما سقط خيار الاصيلين (او) ان العبرة (بتفرق الكل، فيكفى) فى بقاء الخيار (بقاء اصيل مع وكيل آخر) اى وكيل الطرف الآخر.

فاذا كان الاصيلان محمدا و عليا، و الوكيلان حسنا و حسينا، كفى بقاء محمد و الحسين، او على و الحسن.

و من الواضح انه لا يكفى بقاء اصيل و وكيل نفسه (فى مجلس العقد وجوه) و احتمالات.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۷۸

أقواها الاخير و ان لم يكن مستقلا فى التصرف فى مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة.

كما اذا قال له: اشتر لى عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق- الى غير ذلك.

(أقواها الاخير) لانه لا فرق بين الاصيل و الوكيل.

اذ الثانى كالاول فأيّهما كان حصل طرف العقد و لم يحصل التفرق الّذى هو ميزان سقوط الخيار (و ان) كان الوكيل المستقل فى الجملة (لم يكن مستقلا) تمام الاستقلال (فى التصرف فى مال الموكل) تصرفا (قبل العقد و بعده).

و قد تقدم تقسيم الاستقلال الى قسمين (بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة) فقط.

(كما اذا قال له: اشتر لى عبد او) نحو ذلك.

مثل ان قال: بع لى هذه الدار، فهل لمثل هذا الوكيل الخيار، أم لا (الظاهر حينئذ عدم الخيار، ل) مثل هذا (الوكيل) بل الخيار للمالك اذا كان حاضرا فى مجلس العقد، و الا لم يكن خيار اصلا، لفقد شرطه (- لا لانصراف الاطلاق) فى قوله عليه السلام: البيعان بالخيار (- الى غير ذلك) اى الى غير هذا القسم من الوكيل المستقل فى الجملة.

و انما قال «لا» ثم ذكر العلة فى خروج هذا الفرد عن الدليل، لانه اراد بيان ان الدليل لا يشمل هذا القسم اصلا، لا انه يشمله بدوا ثم يخرج منه بسبب الانصراف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۷۹

بل لما ذكرنا فى القسم الاول من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل إليه.

فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه.

و لا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم

مثلا اذا قلنا «عالم» شمل لغة «عالم الغناء» لكنه يخرج من اطلاق «العالم» بالانصراف، لكن «عالم» لا يشمل الحيوان اصلا (بل) عدم الخيار لهذا القسم من الوكيل المستقل (لما ذكرنا فى القسم الاول) و هو الوكيل فى اجراء لفظ العقد فقط (من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه) اى عن نفسه بان له السلطنة على ردّه الى نفسه (بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل إليه) الى صاحبه الاول.

(فلا تنهض) ادلة الخيار (لا ثبات هذا التمكن) اى تمكن الاسترداد «لما نقله عن نفسه» (عند الشك فيه) اى فى الردّ «لما نقل إليه».

و المقام من هذا القبيل، اذ الوكيل شاك فى انه هل يقدر على ردّ ما دخل فى ملك موكله؟ فاذا حصل له هذا الشك لم يقدر على استرداد ما خرج عن ملك موكله.

(و لا) تنهض ادلـة الخيار أيضا (لتخصـيص ما دلّ على سـلطنة الموكل على ما انتقل إليه) اى الى الموكل (المسـتلزمة) سـلطنة الموكل (لعدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٨٠

جواز تصـرف الوكيل فيه بردّه الى مالكه الاصـلى و فى ثبوته للموكلين ما تقدم، و الاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه.

ثم هل للموكل- بناء اعلى ثبوت الخيار له- تفويض الامر الى الوكيل بحيث

جواز تصرف الوكيل فيه) اى فيما انتقل الى الموكل (بردّه الى مالكه الاصلى) «بردّه» متعلق ب «السلطنة».

و الحاصل انه لو كان دليل الخيار يذل على تمكن الوكيل من ردّ ما فى يد الموكل، او يدل على انه لا سـلطة للموكل فى ما انتقل الى الموكل كان الدليل دالا على ان للوكيل الخيار.

اما و دليل الخيار لا يدل على احد الامرين، فلا يدل على اثبات الخيار للموكل.

ثم (و فى ثبوته) اى الخيار فى الوكيل المسـتقل فى الجملـة (للموكلين) بعـد ان عرفت عدم ثبوت الخيار للوكيل (ما تقدم) فى الوكيل التامّ الاستقلال.

ثم (و الاقوى) انه لو قلنا: بثبوت الخيار للوكيل المسـتقل فى الجملة او قلنا: بثبوته للموكل (اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه) اى فى الوكيل التام الاستقلال.

فجميع فروع تلك المسألة بادلتها جارية فى المقام، لوحدة الملاک فى المسألتين و الله العالم.

(ثم هل للموكل- بناء على ثبوت الخيار له-) كما فى الوكيل فى اجراء الصيغة (تفويض الامر الى الوكيل، بحيث

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٨١

يصير ذا حق خيارى الاقوى العدم: لان المتيقن من الدليل

يصير ذا حق خيارى) احتمالان.

من انه حق للموكل فينقل حقه الى انسان آخر.

و من ان هـذا تشـريع و ليس بيـد الانسان التشـريع، و ان كان بيـده التصـرف فى حقه مثلا، لا يحق لانسان له ولـدان ان يقول ابن عمى يرث بقدر احد ابنى، لان الارث ليس بيد الانسان و ان كان له المال.

نعم يحق له ان يقول اعطوا لابن عمّى ثلث مالى كله مما نتيجته ان يأخـذ ابن العم بمقـدار احـد الولـدين، اذ المال يقسم حينئـذ اثلاثا، ثلث لابن العم، و ثلث لكل ولد.

و هذا هو ما ذكروه فى الشرط المحلل للحرام، و المحرم للحلال.

فاذا شرط ان يجب الصوم على المشترى فى يوم الخميس مثلا، او ان يحرم عليه شرب الماء، بطل الشرط.

اما ان شـرط ان يصوم و ان لا يشرب الماء صح الشرط، و هذه مسألة سيّالة تأتى فى كثير من الموارد كما لو نذر ان يجب عليه الاطعام فانه باطل.

اما ان نذر ان يطعم فهو صحيح.

و الحاصل ان للانسان ان يطبق المصداق على الكلى المقرر شرعا اما تشريع الحكم فليس بيد الانسان.

و لذا قال المصنف: (الاقوى العدم، لان المتيقن من الدليل)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۸۲

ثبوت الخيار للعاقد فى صورة القول به عند العقد، لا لحوقه له بعده.

نعم يمكن توكيله فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما.

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا

المثبت للخيار (ثبوت الخيار للعاقد) الّذى هو الوكيل- فى مثالنا- (فى صورة القول به) اى بان للعاقد الخيار (عند العقد) متعلق ب «ثبوت» (لا لحوقه) اى الخيار (له) اى للعاقد (بعده) اى بعد العقد بحيث يكون ذا حق خيارى.

(نعم يكون توكيله) اى توكيل المالك الّذى له الخيار للوكيل فى مجرد اجراء الصيغة، و نحوه (فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما) بل له ذلك بالنسبة الى الاجنبى أيضا، و لا يشترط ان يكون الوكيل فى المجلس مثلا وكيلان بحضور الموكلين اجريا الصيغة، ثم ذهبا الوكيلان و كان الموكلان فى المجلس فوكله الموكل بان يفسخ، فانه يقع الفسخ و ان فسخه خارج المجلس، لان من له الخيار لم يفترق و الاعتبار به، بل لا يبعد صحة العكس أيضا، بان وكله ليفسخ عن قبله، و خرج الموكل لحاجة، فانه بتوكيله عن نفسه قام مجلس الوكيل مقام مجلس الموكل، فلم يحصل الافتراق بعد.

(و مما ذكرنا) فى وجه عدم الخيار للوكيل مجرى الصيغة، و للوكيل شبه المستقل (اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين) ان جعلنا الاجازة ناقلة.

اذ لا نقل قبل الاجازة، فلا خيار فى الاسترداد، بل (و ان جعلنا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۸۳

الاجازة كاشفة، لا لعدم صدق المتبايعين، لان البيع النقل و لا نقل هنا- كما قيل- لاندفاعه بان البيع النقل العرفى، و هو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعا بالبيع.

و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازة.

الاجازة كاشفة) عن النقل حال العقد، و عدم ثبوت الخيار (لا لعدم صدق المتبايعين) على الفضوليين.

وجه عدم الصدق (لان البيع النقل و لا نقل هنا- كما قيل-) فى وجه عدم ثبوت الخيار للفضوليين (لاندفاعه) اى عدم الصدق (بان البيع النقل العرفى، و هو موجود هنا) و الشارع ليس له اصطلاح خاص، بل اذا صدق البيع عرفا صدق شرعا فيشمله قوله عليه السلام: البيعان بالخيار

(نعم ربما كان ظاهر الاخبار) المثبتة للخيار (حصول الملك شرعا بالبيع) اذ لو لا الملك لم يكن نقل حتى يترتب عليه الخيار.

و انما قال «شرعا» لانه لو لا امضاء الشارع للامر العرفى، لم يترتب على البيع الاحكام الشرعية.

(و هذا المعنى) اى حصول الملك شرعا (منتف فى الفضولى قبل الاجازة) لان الشارع لا يقول بحصول الملك، فان مقتضى: تسلط الناس على اموالهم، و عدم حلية التجارة الا عن تراض- الى غيرهما- انه لا يملك مال المالك بدون رضاه و اجازته.

و حاصل قوله «نعم» ان الفضولى و ان كان بيعا، او ان «البيع» وحده لا ينفع فى ثبوت الخيار، بل البيّع الّذى اثّر بيعه الملك شرعا و هنا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۸۴

و يندفع أيضا بان مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض.

مع ان هذا المعنى لا يصح

لم یؤثر بیعه الملک شرعا «فنعم» لا یصحح قول «کما قیل».

(و یندفع أیضا) هذا جواب آخر عن «کما قیل» فان «قیل» یرد علیه اشکالان.

الاول «انه بیع».

و الثانی انه لو توقف الخیار علی «النقل» کما یقول «قیل» لزم ان لا یکون خیار فی الصرف و السلم قبل القبض لانه قبل القبض لا نقل علی رأی الشیخ فان الشیخ یری توقف الملک فی الصرف و السلم علی القبض، مع انه لا شک فی وجود الخیار قبل القبض.

و منه یعلم انه لا یتوقف الخیار علی حصول النقل بل یتوقف علی حصول البیع و قد حصل البیع فی الفضولی.

و حاصل الدفع الثانی (ب) هذا البیان الّذی ذکرناه (ان مقتضی ذلک) الّذی قاله «قیل» من توقف الخیار علی النقل (عدم الخیار فی الصرف و السلم قبل القبض).

و الصرف هو بیع النقود، و السلم هو اعطاء الثمن فعلا و تأخیر قبض المثمن، ضد النسیئة.

(مع ان هذا المعنی) ای عدم الخیار فی الصرف و السلم (لا یصح) فان الخیار موجود قطعا، و ان لم یکن قبض بعد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۸۵

علی مذهب الشیخ القائل بتوقف الملک علی انقضاء الخیار فالوجه فی عدم ثبوته للفضولیین فحوی ما تقدم من عدم ثبوته للوکیلین الغیر المستقلین

نعم فی ثبوته للمالکین بعد الاجازة مع حضورهما فی مجلس العقد وجه و

و قوله (علی مذهب الشیخ القائل بتوقف الملک علی انقضاء الخیار) متعلق ب «عدم الخیار» و لو کانت العبارة بتقدیم و تأخیر کان اوضح بان یقول: مقتضی ذلک عدم الخیار فی الصرف و السلم علی مذهب الشیخ مع ان هذا المعنی لا یصح.

ثم انه اذا بطل الوجهان فی عدم ثبوت الخیار للفضولیین (فالوجه فی عدم ثبوته للفضولیین فحوی ما تقدم من عدم ثبوته للوکیلین الغیر المستقلین) من ان الاسترداد فرع الرد، و الفضولی لا سلطة له فی الرد فلا سلطة له فی الاسترداد- بالبیان المتقدم-.

(نعم فی ثبوته) ای الخیار (للمالکین بعد الاجازة) ای بعد ان اجازا عقد الفضولیین (مع حضورهما فی مجلس العقد) لیتحقق خیار المجلس (وجه) قوی لصدق ادلة خیار المجلس علی البیع بعد الاجازة.

و وجه عدم الخیار «کما یفهم من قوله وجه» ان عند البیع لا خیار، کما عرفت، و بعد الاجازة لم یتحقق بیع و انما تحقق النقل فقط، و الخیار تابع للبیع لا للنقل.

(و) هل اللازم ان یکون المالکان فی محل بیع الفضولی حتی یکون لهما الخیار، اذا اجازا العقد، أم العبرة بمجلس الاجازة، احتمالان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۸۶

اعتبار مجلس الاجازة علی القول بالنقل له وجه خصوصا علی القول بان الاجازة عقد مستأنف علی ما تقدم توضیحه فی مسألة عقد الفضولی.

و یکفی حینئذ الانشاء اصالة فی احدهما، و الاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا.

لکن (اعتبار مجلس الاجازة علی القول بالنقل) و ان الاجازة ناقلة لا- کاشفة (له وجه) لان البیع وقع الآن حین الاجازة لا وقت عقد الفضولیین فاذا حصل البیع الآن کان اعتبار الخیار عند مجلس الاجازة الّذی هو مجلس البیع حقیقة (خصوصا علی القول بان الاجازة عقد مستأنف) لا ان العقد ما تقدم من عمل الفضولیین (علی ما تقدم توضیحه) ای توضیح ان الاجازة عقد مستأنف (فی مسألة عقد الفضولی) فراجع.

(و یکفی حینئذ) ای حین کانت الاجازة قائمة مقام البیع (الانشاء اصالة من احدهما، و الاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا).

مثلا زید و عمرو المالکان و بکر فضولی، فباع زید لبکر بثمن لعمرو، و کان عمرو حاضرا فی المجلس فاجاز عمرو، فانه اذا اجاز کان لکل من زید و عمرو خیار المجلس.

و قوله «جمعهما» ضمیره یرجع الی «الاصیل و المجیز».

و یحتمل ان یرید المصنف ب «جمعهما مجلس» کفایة ان یکون «الاصیل و المجیز فی مجلس حال الاجازة».

مثلا لو باع الاصیل و الفضولی البارحة، ثم اجتمع الاصیل و المجیز الیوم فی مجلس و قال المجیز للاصیل اجزت بیع البارحة، فان هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۸۷

نعم یحتمل فی اصل المسألة ان تکون الاجازة فی المجیز التزاما بالعقد، فلا خیار بعدها خصوصا اذا کانت بلفظ: التزمت فتأمل.

و لا فرق فی الفضولیین بین الغاصب و غیره.

فلو تبایع غاصبان، ثم تفاسخا لم یزل العقد عن قابلیة لحوق الاجازة

المجلس یعتبر مجلس البیع، و یکون لهما الخیار فی هذا المجلس.

(نعم یحتمل فی اصل المسألة) ای مسألة بیع الفضولی ان لا یکون خیار اصلا، لاحتمال (ان تکون الاجازة من المجیز التزاما بالعقد، فلا خیار بعدها) ای بعد الاجازة، لا انه لا بیع الآن، و لا خیار قبل الاجازة لما سبق من عدم تسلط الفضولی علی ما انتقل فلا تسلط له علی الاسترداد (خصوصا اذا کانت) الاجازة (بلفظ: التزمت) حیث انها لیست بیعا، و انما هو التزام بیع سابق (فتأمل).

اذ لا وجه لعدم الخیار بعد الاجازة، فانها کالبیع، و لو کانت بلفظ: التزمت

(و لا فرق فی الفضولیین بین الغاصب و غیره) لوحدة ما تقدم من الادلة فی کلا قسمی الفضولی.

(فلو تبایع غاصبان، ثم تفاسخا لم یزل العقد عن قابلیة لحوق الاجازة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۸۸

بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

اذ لا حق لهما فی التفاسخ فاذا اجاز المالکان انتقل الملک (بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول) الفضولی (الآخر) فله حق الرد.

و لا یمکن ان یلحق بیعهما علی تقدیر قبول الفضول الثانی البیع بعد ردّ الفضول الاول لا یجاب نفسه الاجازة من الملک (لاختلال صورة المعاقدة) بالردّ قبل قبول الآخر (و الله) سبحانه (العالم) بحقائق الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۸۹

مسئلة [هل یثبت الخیار إذا کان العاقد واحدا؟]

لو کان العاقد واحدا لنفسه، او غیره عن نفسه، او غیره ولایة او وکالة علی وجه یثبت له الخیار مع التعدد بان کان ولیا او وکیلا مستقلا فی التصرف.

(مسألة: لو کان العاقد واحدا) فله صور ثلاث.

لانه اما ان یکون احد من الثمن او المثمن له، أولا، بان کان کلاهما للغیر فقد یبیع محمد داره لولده الصغیر، و قد یشتری دار ولده لنفسه و قد یبیع دار ولده لولده الآخر مثلا.

فقوله (لنفسه، او غيره عن نفسه، او غيره) ليس اقساما أربعة.

اذ لا يعقل شرائه لنفسه عن نفسه.

فقوله «عن نفسه او غيره» متعلق بالقسمين الاولين فى الجملة.

و الحاصل انى شريت الدار «لنفسى» او «ولدى» كما قال لنفسه او غيره، و كان البائع للغير «نفسى او ولدى».

و ان شئت قلت: ان «عن نفسه او غيره» متعلق ب «غيره» فقط.

و قوله: (ولاية او وكالة) متعلق ب «غيره» فى المقامين، و كان العقد (على وجه يثبت له) اى للعاقد (الخيار مع التعدد) اى تعدد العاقد (بان كان) العاقد (وليا او وكيلا مستقلا فى التصرف).

اذ لو لم يثبت الخيار للعاقد كما لو كان وكيلا عن الجانبين فى مجرد اجراء اللفظ، لم يكن له خيار كما تقدم فى المسألة السابقة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۹۰

فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لانه بائع و مشترى فله ما لكل منهما كسائر احكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين.

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين

(فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى) صاحب جامع المقاصد (و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرهم ثبوت هذا الخيار له) اى للعاقد (عن الاثنين) سواء كان احدهما نفسه، او كان كلاهما غيره.

و انما يكون له الخيار عن الاثنين (لانه بائع و مشترى فله ما لكل منهما) من الخيار (كسائر احكامها) اى احكام المعاملة (الثابتة لهما) اى للبائع و المشترى (من حيث كونهما متبايعين) مثل انه اذا كان صرفا او سلما، لزم القبض فى المجلس.

و قوله «من حيث» لاخراج ما هو واضح من ان احكام المتبايعين لا من هذا الحيث لا ترتبط بالمقام، فهو قيد توضيحى.

(و) ان قلت: ظاهر ادلة الخيار ان يكون حينما يكون البائع غير المشترى؛ لا فيما اذا اتحدا.

قلت: (احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشائه) اى اذا كان منفردا فى إنشاء البيع (فلا يثبت) الخيار (مع قيام العنوانين)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۹۱

لشخص واحد، مندفع، باستقرار سائر احكام المتبايعين.

و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم، و استقر به فخر الدين و مال إليه المحقق الاردبيلى، و الفاضل الخراسانى و المحدث البحرانى و استظهره

البائع و المشترى (لشخص واحد) كما فى ما نحن فيه (مندفع) هذا الاحتمال (باستقرار سائر احكام المتبايعين) فى المقام.

فكيف توجد سائر الاحكام و لا يوجد الخيار، و التفكيك و ان لم يكن مستحيلا، الا انه خلاف ظاهر الادلة، حيث انها مطلقة تشمل تعدد العاقد و وحدته.

(و) ان قلت: يمكن وجود سائر الاحكام، لكن وجود الخيار خلاف الظاهر، اذ قد جعل فى نص الخيار الغاية «بالتفرق» حيث قال عليه السلام «حتى يفترقا» و الانسان الواحد لا يمكن افتراقه، فحيث لا غاية، فلا مغيّ الّذى هو الخيار.

قلت: (جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد) لا يضرّ، لانه (مبنى على الغالب) من تعدد العاقد، و الغلبة لا توجب تقييد المطلق (خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم) و انه لا خيار مجلس للعاقد الواحد (و استقر به) اى قال: انه الاقرب (فخر الدين) ولد العلامة (و مال إليه المحقق الاردبيلى، و الفاضل الخراسانى) صاحب الذخيرة و الكفاية (و المحدث البحرانى) صاحب الحدائق (و استظهره)

ای قال:

انه الا ظهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۲

بعض الافاضل ممن عاصرناهم، و لا- یخلو عن قوة بالنظر الی ظاهر النص لان الموضوع فیه و الغایة فیه الافتراق المستلزم للتعدد، و لولاها لامکن استظهار کون التعدد فی الموضوع لبیان حکم کل من البائع و المشتری کسائر احکامهما، اذ لا یفرق العرف بین قوله: المتبایعان کذا، و قوله لکل من البائع و المشتری، الا ان التقیید بقوله: حتی یفترقا، ظاهر فی اختصاص الحکم

(بعض الافاضل ممن عاصرناهم) الشیخ التستری صاحب المقابیس (و لا یخلو عن قوة بالنظر الی ظاهر النص) الّذی ذکر «حتی یفترقا». و ان کان الاقوی ثبوت الخیار بالنظر الی المناط الموجب لحمل النص علی الغالب (لان الموضوع فیه) ای فی النص (صورة التعدد) ای تعدد العاقد حیث قال: البیعان (و الغایة فیه) ای فی النص (الافتراق المستلزم للتعدد) اذ لو لا التعدد لم یمکن الافتراق (و لولاها) ای لو لا- الغایة «حتی یفترقا» (لامکن استظهار کون التعدد فی الموضوع)- البیعان- کما فی النص (لبیان حکم کل من البائع و المشتری کسائر احکامهما) و انه لا خصوص للتعدد او الوحدة.

و انما امکن الاستظهار المذکور (اذ لا یفرق العرف بین قوله:

المتبایعان کذا، و) بین (قوله لکل من البائع و المشتری) کذا حکم.

و حیث ان العبارة الثانیة تشمل المتعدد و المتحد، کذلک تشملها العبارة الاولی (الا) مربوط بقوله «و لولاها» (ان التقیید) لقوله «البیعان بالخیار» (بقوله: حتی یفترقا، ظاهر فی اختصاص الحکم) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۳

بصورة امکان فرض الغایة، و لا یمکن فرض التفرق فی غیر المتعدد.

و منه یظهر سقوط القول بان کلمة حتی تدخل علی الممکن و المستحیل الا- ان یدعی ان التفرق غایة مختصة بصورة التعدد، لا مخصصة للحکم بها و بالجملة فحکم المشهور بالنظر الی ظاهر اللفظ مشکل.

حکم «بالخیار» فی صدر الروایة (بصورة امکان فرض الغایة) ای التفرق (و) الحال انه (لا یمکن فرض التفرق فی غیر المتعدد) و اذا سقط القید سقط المقید الّذی هو الحکم بالخیار.

(و) ان قلت: من الممکن القول بالخیار بدون غایة له، اذ کلمة «حتی» تدخل علی الممکن مثل «سَلٰامٌ هِیَ حَتّٰی مَطْلَعِ الْفَجْرِ» و علی المستحیل، مثل «لٰا یَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتّٰی یَلِجَ الْجَمَلُ فِی سَمِّ الْخِیٰاطِ»

قلت: (منه) ای مما ذکرنا من انه حیث لا قید فلا مقید (یظهر سقوط القول بان کلمة حتی تدخل علی الممکن و المستحیل).

وجه الظهور ان دخول حتی علی المستحیل لا- ینکر، و انما الکلام انه اذا کانت الغایة مفقودة فلا مغیا (الا ان یدعی) فی وجه وجود الخیار و ان لم تکن غایة التفرق (ان التفرق غایة مختصة بصورة التعدد) فی المتعاقدین (لا مخصصة للحکم بها) ای لحکم الخیار بهذه الصورة.

(و بالجملة فحکم المشهور) بالخیار فی صورة وحدة المشتری و البائع (بالنظر الی ظاهر اللفظ) الّذی فیه «حتی» (مشکل) لما عرفت من احتمال کون «حتی تخصیصا».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۴

نعم لا یبعد بعد تنقیح المناط.

لكن الاشكال فيه و الاولى التوقف، تبعا للتحرير، و جامع المقاصد.

ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرق.

(نعم لا يبعد) الحكم المذكور (بعد تنقيح المناط) و انه لا فرق بين الوحدة و التعدد فى ان الحكمة تدارك الندم، و هو كما يكون فى الاثنين يكون فى الواحد.

(لكن الاشكال فيه) اى فى المناط (و الاولى) عند المصنف (التوقف تبعا للتحرير، و جامع المقاصد) و ان كان الاظهر القول بالخيار- عندنا-

(ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى) مدة عرفية، لان الدليل لا يدل على ازيد من ذلك، كما اذا حبس شخصان فى مكان فعقدا، او كان اثنان متصلان خلقة فعقدا.

اما قوله بالبقاء الى (ان يسقط باحد المسقطات) كالتصرف (غير التفرق) ففيه نظر.

اذ الدليل منزل على المتعارف الّذى لا يدوم نحو سنة او شهر، و الله سبحانه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٩٥

مسئلة قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها: من ينعتق على احد المتبايعين.

و المشهور، كما قيل عدم الخيار مطلقا.

بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق، و احتمل فى الدروس ثبوت الخيار للبائع.

(مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار) فليس فيها خيار المجلس.

(منها: من ينعتق على احد المتبايعين) كالاب مثلا، فاذا انتقل الى الولد سواء كان ثمنا او مثمنا لم يكن له فيه الخيار.

(و) ذلك على (المشهور، كما قيل) لا لدليل خاص، بل (عدم الخيار) لاجل محذور فى الخيار (مطلقا) لا للبائع و لا للمشترى فليس له الاخذ بالخيار، لا بان يرده و لا بأن يأخذ بدله.

(بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق) بين العلماء (و احتمل فى الدروس ثبوت الخيار للبائع) الّذى نقل العبد الى المشترى «فيما كان المشترى ابنا للعبد مثلا» و هذا الكلام فى قبال قوله «مطلقا».

و عليه فالاقوال و الاحتمالات فى المسألة ثلاثة، عدم الخيار مطلقا و الخيار مطلقا و ينتقل الى البدل، و الخيار للبائع لا للمشترى فيما اذا باع مولى العبد للمشترى الّذى كان العبد أبا للمشترى مثلا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٩٦

و الكلام فيه مبنى على قول المشهور، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار.

و الا فلا اشكال فى ثبوت الخيار و الظاهر انه لا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين.

(و) لا- يخفى انهم اختلفوا فى ان الملك يحصل للمتبايعين بمجرد العقد، كما هو المشهور او ان الملك يحصل لهما بعد انقضاء الخيار، فبين العقد و بين انقضاء الخيار لا ملك لاحدهما على ما انتقل إليه.

اذا عرفت ذلك نقول (الكلام فيه) اى فى انه لا خيار مطلقا، او ان البائع له خيار (مبنى على قول المشهور، من عدم توقف الملك على

انقضاء الخیار) فانهم بعد هذا المبنی اختلفوا فی عدم الخیار مطلقا، او وجود الخیار للبائع.

(و الا) نقول بمقالهٔ المشهور، بل قلنا: بان الملک بعد انقضاء الخیار (فلا اشکال فی ثبوت الخیار) حتی للمشتری المنتقل إلیه ابوه بالبیع.

اذ بعد العقد لم یملک المشتری اباه و اذا لم یملکه لم ینعتق علیه، فله ان یأخذ بالخیار و یرد البیع فی المجلس.

ثم اللازم ان یتکلم فی ثبوت الخیار و عدمه فی مقامین.

الاول: بالنسبهٔ الی الخیار فی العین (و الظاهر انه لا اشکال فی عدم ثبوت الخیار بالنسبهٔ الی نفس العین) فلا خیار للبائع فی الاسترداد و لا خیار للمشتری فی الرد اذا کان المبیع أبا للمشتری مثلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۷

لان مقتضی الادلهٔ الانعتاق بمجرد الملک.

و الفسخ بالخیار من حینه لا من اصله و لا دلیل علی زواله بالفسخ مع قیام الدلیل علی عدم زوال الحریهٔ بعد تحققها، الا علی احتمال ضعّفه فی التحریر، فیما لو ظهر من ینعتق علیه معیبا، مبنی علی تزلزل العتق.

(لان مقتضی الادلهٔ الانعتاق بمجرد الملک) فکیف یسترد او یرد ما خرج عن الملک.

(و) ان قلت: الفسخ یقع من حین البیع فیتقدم الفسخ علی الملک «الملک المتقدم علی الانعتاق».

قلت: (الفسخ بالخیار من حینه) ای حین الفسخ (لا من اصله) ای اصل البیع، فانه اذا کان من اصله کان الفسخ قبل الانعتاق (و لا دلیل علی زواله) ای الانعتاق (بالفسخ) لیرجع الحرّ عبدا (مع قیام الدلیل علی عدم زوال الحریهٔ بعد تحققها) و الدلیل هو الاستصحاب، بل و ما دلّ علی ان الحرّ لا یکون عبدا فانه شامل لمن کان حرا من الاصل او صار حرا بالعارض (الا) استثناء من قوله: مع قیام الدلیل (علی احتمال ضعّفه) العلامهٔ (فی التحریر، فیما لو ظهر من ینعتق علیه معیبا).

و ذلک الاحتمال (مبنی علی تزلزل العتق) فانه قال بعضهم: اذا ظهر العبد معیبا کان للمشتری الّذی انعتق العبد علیه ان یرد العبد، لانه و ان تحرّر العبد بمجرد شرائه، الا ان تحرره کان متزلزلا بعدم العیب فاذا ظهر فیه عیب زال الانعتاق، و رجع عبدا، فکان للمشتری ان برده

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۸

و اما الخیار بالنسبهٔ الی اخذ القیمهٔ.

فقد یقال: مقتضی الجمع بین ادلهٔ الخیار، و دلیل عدم عود الحرّ الی الرقیهٔ فیفرض المعتق کالتالف، فلمن انتقل إلیه ان یدفع القیمهٔ، و یسترد الثمن.

لکن العلامهٔ ضعف هذا الاحتمال.

و کیف کان فاذا قلنا: بهذا الاحتمال، کان جاریا فی ما نحن فیه أیضا، ای فی خیار المجلس بان یقال: ان العبد بمجرد الاشتراء ینعتق لکنه عتق متزلزل، فاذا اخذ المشتری بخیار المجلس بطل الانعتاق، و رجع عبدا.

هذا کله بالنسبهٔ الی ابطال الخیار للبیع بحیث یرجع العبد رقا.

(و اما الخیار بالنسبهٔ الی اخذ القیمهٔ) فاذا ابطل المشتری العقد و لم یمکنه ارجاع العبد، لانه قد تحرر، فله ان یسترجع ما اعطاه للبائع و یرد علی البائع قیمهٔ العبد.

(فقد یقال) انه (مقتضی الجمع بین ادلهٔ الخیار) الدالهٔ علی بقاء الخیار ما دام فی المجلس (و) بین (دلیل عدم عود الحرّ الی الرقیهٔ) فلا

یمکن ردّه لکن یمکن رد قیمته (فیفرض المعتق)- بالفتح- ای العبد (کالتالف) فی انه لا یرد عینه، لکن یرد قیمته (فلمن انتقل) العبد (إلیه) کالمشتری (ان یدفع) الی البائع (القیمة، و یسترد الثمن).

مثلا: اشتراه بالف ثم ندم، فانه یسترد الفه و یقومه الآن فقد تکون قیمته الآن خمسمائة- للتنزل الطارئ سوقا- فیعطی الی البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۹۹

و ما فی التذکرة: من انه وطن نفسه علی الغبن المالی، و المقصود من الخیار ان ینظر، و یتروی لدفع الغبن عن نفسه ممنوع.

لأن التوطین علی شرائه عالما بانعتاقه علیه لیس توطینا علی الغبن من حیث المعاملة، و کذا لمن انتقل عنه ان یدفع الثمن و یأخذ القیمة.

و ما فی التذکرة من تغلیب

خمسمائة (و ما فی التذکرة: من انه وطن نفسه علی الغبن المالی) حیث انه اشتراه و هو یعلم بانه ینعتق علیه، فیعلم بانه لو کان مغبونا لم یکن له تدارک غبنه بالفسخ، فلا حق له فی الفسخ، لیسترد الثمن (و) یرد القیمة.

اذ (المقصود من الخیار ان ینظر، و یتروی لدفع الغبن عن نفسه).

فاذا اقدم علی الغبن لا مجال للخیار (ممنوع).

(لان التوطین علی شرائه عالما بانعتاقه علیه) قهرا (لیس توطینا علی الغبن من حیث المعاملة) و ان کان توطینا علی الانعتاق.

فعدم الخیار بتعلیل انه اقدم علی الغبن غیر صحیح.

مضافا الی انه ربما لا یعلم بان العبد ینعتق علیه، فلا توطین اصلا.

هذا کله فی فسخ المشتری لیسترد الثمن و یرد القیمة (و کذا لمن انتقل عنه) العبد کالبائع (ان) یفسخ بخیار المجلس، ف (یدفع الثمن و یأخذ القیمة) فیما لو کانت القیمة اکثر من الثمن، لارتفاع قیمة العبد سوقیا مثلا-.

(و) لا یخفی ان (ما فی التذکرة من) المنع عن الفسخ، ل (تغلیب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۰

جانب العتق انما یجدی مانعا عن دفع العین.

لکن الانصاف انه لا وجه للخیار لمن انتقل إلیه لان شرائه اتلاف له فی الحقیقة، و اخراج له عن المالیة.

و سیجیء سقوط الخیار بالاتلاف، بل بادنی تصرف.

فعدم ثبوته به اولی.

جانب العتق) غیر وارد.

لانه (انما یجدی) هذا الاشکال (مانعا عن دفع العین) و لا نقول به بل نقول بدفع القیمة و دفع القیمة لا یصطدم بالعتق.

(لکن الانصاف) عند المصنف (انه لا وجه للخیار لمن انتقل إلیه) العبد کالمشتری (لان شرائه اتلاف له فی الحقیقة، و اخراج له عن المالیة).

و لا فرق بین الاتلاف حقیقة و بین الاتلاف شرعا.

(و سیجیء سقوط الخیار بالاتلاف، بل بادنی تصرف) فی ما انتقل إلیه.

(فعدم ثبوته) ای الخیار (به) ای بالاتلاف (اولی) من عدم ثبوت الخیار بالتصرف.

لکن الظاهر ان القول بالخیار و ردّ القیمة اصح، اذ الانعتاق لیس اتلافا و تصرفا، فالدلیل الدال علی ان الاتلاف و التصرف یسقطان

الخيار لا يشمله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۱

و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لان بيعه ممن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية.

و الحاصل انا اذا قلنا: ان الملك فيمن ينعتق عليه تقديرى لا حقيقى فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المالية، و سلكه فى سلك ما لا يتمول.

لكنه حسن من علمهما.

(و منه) اى مما ذكرنا فى عدم خيار المشترى (يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (لان بيعه ممن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية) فهو اقدم على اسقاط خيار نفسه بعلمه ان ما يبيعه يتلف و ينعدم.

و قد ظهر بالاشكال فى ما ذكره المشترى الاشكال فيما ذكره هنا فى البائع.

(و الحاصل) فى بيان عدم خيار البائعين فى المقام (انا اذا قلنا:

ان الملك فيمن ينعتق عليه) كالمشترى مثلا (تقديرى لا حقيقى) فلا اثر للبيع الا الاعتاق، و لا اثر له فى ملك المشترى له (فالمعاملة عليه) اى على من ينعتق (من المتبايعين مواطاة) و تبان (على اخراجه عن المالية و سلكه) اى ادخاله (فى سلك ما لا يتمول) و مثله لا خيار فيه، لا لهذا و لا لذاك.

اما اذا قلنا ان الملك حقيقى، فاللازم القول بوجود الخيار فيه.

(لكنه) اى عدم الخيار (حسن من علمهما) بذلك ليتحقق المواطاة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۲

فتأمل.

و قد يقال: ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على ان الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع، او بعد ثبوت الملك آنا مّا، او الاول بالاول، و الثانى بالثانى او العكس.

فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم، لا نصية اخبار العتق.

و الا فان جهلا فلا مواطاة، و لا يكون وجه بعدم الخيار، كما انه اذا جهل احدهما لا وجه لعدم خياره (فتأمل).

لعله اشارة الى بعض ما ذكرناه من الاشكال.

و كيف كان فالاظهر الخيار حتى مع علمهما.

(و قد يقال) و القائل صاحب المقابيس (ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (مبنى على ان الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع، او) انهما يحصلان (بعد ثبوت الملك آنا مّا، او) يحصل (الاول) الخيار (بالاول) بمجرد البيع (و الثانى) الانعتاق (بالثانى) بعد ثبوت الملك آنا مّا (او) يحصل (العكس) فالخيار يحصل بعد ثبوت الملك آنا مّا و الانعتاق يحصل بمجرد البيع.

(فعلى) ثلاث احتمالات (الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم) اى بعدم الخيار مطلقا لا فى العين و لا فى القيمة (لأنصية اخبار العتق) من اخبار الخيار، فتقدم اخبار العتق على اخبار الخيار- و هذا وجه عدم الخيار فى العين- و وجه الأنصية لقوة ادلة انعتاق العمودين (الآباء و الابناء) ان الحرية سريعة التأثير، كما قرر فى كتاب العتق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۳

و كون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الاخير.

و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين و دفعا للمنافات من البين و عملا بالنصين، و بالاجماع

(و) اما وجه عدم الخيار فى القيمة فلما ذكره بقوله: و (كون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها) اى القيمة (من دون المبدل) الّذى هو العين.

و ذلك لوضوح ان البدل قائم مقام المبدل، فاذا لم يكن مبدل، لم يقم شىء مقامه.

ثم ذكر وجها آخر لعدم القيمة بقوله: (و لسبق تعلقه) اى تعلق الانعتاق بالعين على تعلق حق الخيار بها، بناء (على) الوجه (الاخير) من حصول العتق بالعقد، و الخيار بالملك، فانه بمجرد العقد عتق، فلم يرد عليه الخيار، حتى يكون له بدل هو القيمة.

(و يحتمل قريبا الثبوت) للخيار بالنسبة الى القيمة دون العين (جمعا بين الحقين) حق الخيار و حق الانعتاق (و دفعا للمنافات من البين).

اذ لا منافاة من ان لا يكون له خيار فى العين، و يكون له خيار فى القيمة (و عملا بالنصين) دليل الخيار و دليل الانعتاق بمجرد الشراء.

ثم عطف على قوله «جمعا» قوله: (و بالاجماع) فهو دليل آخر للخيار فى القيمة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۰۴

على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين.

و تنزيلا للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما.

و للعتق بمنزلة تلف العين.

و حاصله انه قام الاجماع (على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين) العبد و قيمته «اى المعوض و العوض».

و حينئذ فاذا فسخ البائع فاما ان يرجع إليه «العبد» و ذلك غير ممكن لانه انعتق.

و اما ان يرجع إليه «قيمته» و هذا لا محذور فيه، فاللازم القول به

(و) هناك دليل ثالث لاخذ القيمة، و هو انه اذا ظهر عيب فى احد العوضين، و لم يمكن الرد، لتصرف مثلا، اخذ الفاسخ الارش و القيمة هنا «فى بيع العبد» نازلة منزلة الارش.

فاذا لم يمكن استرداد البائع الفاسخ لنفس العبد، كان له اخذ القيمة (تنزيلا ل) اثر (الفسخ) فى المقام، و اثر الفسخ هو اخذ القيمة (منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما) اى فى المبيع او الثمن.

(و) هناك دليل رابع لاخذ القيمة، و هو انه اذا تلف الشىء الّذى فيه العيب، كان للفاسخ ان يطلب الطرف بالتدارك للعيب فانه و ان لم يمكنه ارجاع المعيب التالف لكنه يمكنه طلب التدارك، و فى المقام كذلك تنزيلا (للعتق بمنزلة تلف العين).

اقول و يمكن توجيه قوله «تنزيلا» الخ بمعنى غير ما ذكرناه لكن ما ذكرناه اظهر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۰۵

و لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى، او تعيب بما يوجب ذلك.

و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام.

(و) هناك دليل خامس لاخذ القيمة هو وجود مثل مسألة الانعتاق فى كلامهم، و لم يحكموا بعدم الخيار، بل قالوا بالخيار و الرجوع الى القيمة (لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا باع) البائع العبد (بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى) فانه حيث لم يف المشترى بالشرط لحصول الانعتاق قبل ان ينعتق كان للبائع فسخ العقد، فاذا فسخ اخذ القيمة حيث لا

یتمکن من ردّ نفس العین

و هناک مثال آخر لحکمهم بالقیمـۀ، و هو ما ذکره بقوله: (او تعیب بما یوجب ذلک) ای الانعتاق، فان الانسان اذا اشتری عبدا فتعیب العبد ببعض العیوب انعتق تلقائیا، فاذا انعتق صار من تخلف الشرط «شرط عتق العبد» الّذی شرطه البائع علی المشتری، فللبائع ان یفسخ بتخلف الشرط، فاذا فسخ اخذ القیمۀ.

(و الظاهر عـدم الفرق بینه) ای بین حکمهم فی الموردین بالقیمـۀ (و بین المقام) الّذی هو انعتاق العبـد علی المشتری لوحـدۀ المناط فیهما.

فکما یرجع البائع فی الموردین الی القیمۀ، کذلک یرجع البائع الی القیمۀ فی المقام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۶

و علی الثالث یتجه الثانی لما مر و لسبق تعلق حق الخیار و عروض العتق.

ثم قال: و حیث کان المختار فی الخیار انه بمجرد العقد، و فی العتق انه بعد الملک و دل ظاهر الاخبار، و کلام الاصحاب علی

(و علی الثالث) و هو کون الخیار بالبیع و الانعتاق بعد ثبوت الملک

و هـذا عطف علی قوله «فعلی الاولین و الاخیر» (یتجه الثانی) ای القول بالخیار حیث قال «و یحتمل قریبا الثبوت» (لما مر) فی قوله «جمعا بین الحقین الخ» فاذا فسخ اخذ القیمۀ (و لسبق تعلق حق الخیار، و عروض العتق) و السابق احق.

و لا یخفی ان قوله «و لسبق» تتمیم لقوله «لما مر» لا انهما دلیلان.

بیان ذلک ان تقدم حق الخیار یقتضی ان یکون له الخیار، لکن حیث دلیل العتق موجود، لا یمکن رد العین فاللازم القول «بالقیمۀ» جمعا بین الحقین.

فقوله «لما مر» وجه القیمۀ.

و قوله «لسبق» وجه اصل الخیار، و قد کان من الاحسن ان یقول «لسبق تعلق ... الخ بضمیمۀ ما مرّ من الجمع بین الحقین .. الخ».

(ثم قال) صاحب المقابیس (و حیث کان المختار فی الخیار انه بمجرد العقـد، و فی العتق انه بعـد الملک) لان العقـد علـۀ الخیار، و العتق انما یقع فی الملک (و دل ظاهر الاخبار، و کلام الاصحاب علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۰۷

ان احکام العقود و الایقاعات تتبعها بمجرد حصولها اذا لم یمنع عنها مانع- من غیر فرق بین الخیار و غیره- بل قـد صرّحوا بان الخیار یثبت بعد العقد، و انه علۀ، و المعلول لا یتخلف عن علته کما ان الانعتاق لا یتخلف من الملک.

فالاقرب هو الاخیر، کما هو ظاهر المختلف و التحریر و مال إلیه الشهید ان لم یثبت الاجماع علی خلافه.

و یؤیده اطلاق الاکثر.

ان احکام العقود) ای الاحکام المترتبـۀ علی العقود (و الایقاعات تتبعها) ای تتبع تلک الاحکام العقود و الایقاعات (بمجرد حصولها) ای حصول العقود و الایقاعات (اذا لم یمنع عنها) ای عن تلک الاحکام (مانع- من غیر فرق) فی تلک الاحکام (بین الخیار و غیره-) من سائر الاحکام (بل قـد صرّحوا بان الخیار یثبت بعـد العقد) بلا فصل (و انه) ای العقد (علۀ، و المعلول) الّذی هو الخیار (لا یتخلف عن علته) لاستحالۀ تخلف المعلول عن العلۀ (کما ان الانعتاق) المعلول للملک (لا یتخلف من الملک) و لو بلحظۀ.

(فالاقرب هو الاخیر) جواب «و حیث کان المختار».

و مراده «بالاخیر» القول بالخیـار و استرداد القیمـۀ (کمـا هو) الخیـار (ظاهر المختلف و التحریر و مال إلیه الشـهید) الاول (ان لم یثبت

الاجماع على خلافه) اى على خلاف الخيار.

(و يؤيده) اى يؤيد الخيار (اطلاق الاكثر) فانهم اطلقوا ان خيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٠٨

و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول ان قلنا: انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقايل خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول

المجلس فى كل عقد، فيشمل «البيع ممن ينعتق عليه».

(و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع) الشامل لما نحن فيه (من غير استثناء).

فان ابن زهرة لم يستثن بيع العبد ممن ينعتق عليه (انتهى كلامه رفع مقامه).

و قد اشكل المصنف على المقابيس أولا ـ بقوله: (اقول) ان المقابيس قال «اذا قلنا بان الخيار بالعقد و الانعتاق عقيب الملك فللبائع الخيار»

و اشكل عليه المصنف بانه غير مستقيم و ذلك لان خيار البائع معناه استرداد ما اعطى و دفع الثمن.

و حيث ان العبد صار حرا لا يمكن للبائع استرداد ما اعطى و لذا فلا خيار له، فانه (ان قلنا: انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقايل) بان يتراضيا به لفسخ، بدون ان يكون هناك خيار (خروج الملك عن ملك من انتقل عنه).

فالثمن يخرج من كيس البائع، و المثمن يخرج من كيس المشترى (نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٠٩

الآخر فيه و لو تقديرا، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما اذ برفع العقد لا ـ يقبل المنعتق عليه، لان يخرج من ملك المشترى الى ملك البائع و لو تقديرا اذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق.

و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى

العوض (الآخر فيه) اى فى ملك احدهما، لان المعاوضة معناها هذا الاستلزام (و لو) كان الدخول و الخروج (تقديرا) بان لم تكن العين موجودة، و انما قام بدلها «كالقيمة» مقام العين بعد ملك انا ما تقديرا (لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه).

قوله «لم يكن» جواب «ان» و «ما نحن فيه» هو بيع العبد ممن ينعتق عليه (و لو قلنا) «لو» وصلية (بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا مّا) كما تقدم عن صاحب المقابيس (اذ برفع العقد) اى اسقاطه بالخيار (لا يقبل المنعتق عليه) اى العبد الّذى صار حرا (لان يخرج من ملك المشترى الى ملك البائع و لو تقديرا) و اذ لم يقبل، فلا خيار.

و انما «لا ـ يقبل» (اذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه) شيء اصلا (سوى الانعتاق) فليس هناك ملك تقديرى للبائع على العبد المنعتق حتى يبدّل بالقيمة.

(و لا يجوز تقديره) اى العبد- المنعتق- (بعد الفسخ) من البائع (قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١١٠

الى ملك البائع ثم انعتاقه مضمونا على المشترى كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع.

و الحاصل: ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه.

و هذا غير حاصل فى ما نحن فيه و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى ازيد

الى ملك البائع ثم انعتاقه مضمونا على المشترى) حتى يبدّل بالقيمة (كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع).

قوله «كما» مثال لما يمكن ان يفرض فيه الملك التقديرى، و هو ان المشترى اذا باع السلعة التى اشتراها شراء خياريا، ثم فسخ البائع المعاملة فانه يصح الخيار، اذ يفرض ان السلعة المبيعة دخلت فى ملك المشترى آنا ما، ثم تلفت مضمونة على المشترى، فيجب عليه اعطاء قيمتها للبائع حتى يسترد منه ثمنها.

و مثل هذا الملك التقديرى غير موجود فى انعتاق العبد اذ العبد لا يمكن تقدير رجوعه الى ملك المشترى آنا مّا، اذا الحر لا يعقل ان يكون عبدا.

(و الحاصل: ان الفاسخ) البائع للعبد- فى ما نحن فيه- (يتلقى الملك) كالعبد فى المثال (من المفسوخ عليه) المشترى و لو لم يكن هذا فلا خيار.

(و هذا) التلقى (غير حاصل فى ما نحن فيه) اذا العبد المنعتق لا يمكن تصور رجوعه الى ملك المشترى آنا مّا (و ان قلنا) عطف على «ان قلنا انه يعتبر» (ان الفسخ لا يقتضى ازيد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۱۱

من ردّ العين ان كان موجودا، و بدله ان كان تالفا، او كالتالف و لا- يعتبر فى صورة التلف امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ، و الرجوع الى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع بشرط العتق.

ثم ظهور المبيع منعتقا على المشترى

من ردّ العين) استرداد البائع من المشترى (ان كان موجودا، و) ردّ (بدله ان كان تالفا او كالتالف).

مثل ما اذا باعه المشترى، او انعتق عليه، او القى فى البحر، او غصبه غاصب، فان كل هذه الامور تجعل العين كالتالف (و) قلنا:

(لا- يعتبر فى صورة التلف) و كالتلف (امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه) المشترى (و تملكه منه) عطف توضيح على قوله «تقدير»

كما ان قوله «و لا- يعتبر» عطف توضيح على قوله «لا- يقتضى» (بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف) فانه ان لم يفسخ البائع اخذ الثمن، و ان فسخ اخذ القيمة و المشترى ضامن لاحد الامرين على سبيل البدل (كما يشهد به) اى بما ذكرناه من قولنا «ان قلنا ان الفسخ .. الخ» و عدم الاحتياج الى الملك التقديرى (الحكم بجواز الفسخ، و الرجوع الى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع بشرط العتق).

(ثم ظهور المبيع منعتقا على المشترى) مع ان العبد المنعتق لا يرجع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۱۲

و حكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الّذى هو بمنزلة التلف الى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا، و الرجوع الى القيمة الا مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه.

فالاقوى العدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الّذى هو

آنا مّا «تقدیرا» الی ملک المشتری، بل (و حکمهم برجوع الفاسخ) البائع (الی القیمهٔ لو وجد العین منتقلهٔ بعقد لازم، مع) وضوح (عدم) ملک آنا مّا، لعدم (امکان تقدیر عود الملک قبل الانتقال) من المشتری الی المشتری الثانی (الّذی هو بمنزلهٔ التلف).

قوله «الّذی» صفهٔ «انتقال» (الی الفاسخ) البائع، و «الی» متعلق ب «عود» (کان الاوفق بعمومات الخیار) الشاملهٔ لکل بیع، حتی بیع العبد ممن ینعتق علیه، و «کان» جواب «و ان قلنا ان الفسخ .. الخ» (القول به هنا) فی بیع العبد ممن ینعتق علیه (و الرجوع) ای رجوع البائع الفاسخ (الی القیمهٔ) حیث یتعذر العین لتحرر العبد (الا مع اقدام المتبایعین علی المعاملهٔ) اقداما (مع العلم) ای علمهما (بکونه) ای کون العبد (ممن ینعتق علیه) ای علی المشتری- مثلا-.

(فالاقوی) فی صورهٔ علمهما بانعتاقه (العدم) ای عدم الخیار.

و وجه عدم الخیار مع علمهما (لانهما قد تواطئا) تواطئا واقعیا (علی اخراجه) ای العبد (عن المالیهٔ) لانه باع و هو یعلم انه یخرج عن المالیهٔ و المشتری اشتری و هو یعلم انه یخرج عن المالیهٔ (الّذی هو) ای البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۱۳

بمنزلهٔ اتلافه.

و بالجملهٔ: فان الخیار حق فی العین، و انما یتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء.

فاذا کان نقل العین ابطالا لمالیته و تفویتا لمحل الخیار کان کتفویت نفس الخیار باشتراط سقوطه فلم یحدث حق فی العین حتی

(بمنزلهٔ اتلافه).

لکنک عرفت سابقا ان التواطؤ علی الاتلاف لا یستلزم سقوط الخیار بعد الاطلاقات.

(و بالجملهٔ: فان الخیار حق فی العین، و انما یتعلق) هذا الحق (بالبدل) للعین کالقیمهٔ (بعد تعذره) ای تعذر العین.

و لا یخفی ان «العین» مؤنث سماعا، و انما استعملها الشیخ مذکرا بتأویل لفظ «الشیء» (لا ابتداء) اذا فاللازم ان یتعلق حق الخیار بالعین، و اذا لم یمکن تعلقه بالعین لم یکن وجه لتعلقه ببدل العین

(فاذا کان نقل العین) کبیع العبد ممن ینعتق علیه (ابطالا لمالیته و تفویتا لمحل الخیار).

و المراد بمحل الخیار «العین» فانه اذا باع العبد بمن ینعتق علیه کان ابطالا لمالیهٔ العبد، لانه ینعتق فورا (کان کتفویت نفس الخیار باشتراط سقوطه) فانه اذا باع بشرط عدم الخیار لم یکن خیار کذلک اذا باع بما یعلم انه یخرج عن المالیهٔ فورا.

و علیه (فلم یحدث حق فی العین) ای العبد (حتی) اذا تعذرت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۱۴

یتعلق ببدله.

و قد صرح بعضهم بارتفاع خیار البائع باتلاف المبیع و نقله الی من ینعتق علیه کالاتلاف له من حیث المالیهٔ.

فدفع الخیار به اولی و اهون من رفعه، فتأمل.

و منها: العبد

العین (یتعلق) ذلک الحق (ببدله) ای ببدل العین.

(و قد صرح بعضهم بارتفاع خیار البائع باتلاف المبیع) ای ما لو اتلف نفس البائع المبیع لانه فوّت محل الخیار (و نقله الی من ینعتق علیه کالاتلاف له) «نقله» مبتدأ و «کالاتلاف» خبره (من حیث المالیهٔ) «من» بیان «کالاتلاف».

فان الاتلاف اذهاب العین و «النقل الی من ینعتق علیه» اذهاب القیمة.

(فـدفع الخیـار به) ای بـالبیع ممن ینعتق علیه بـان یقـال: انه لا خیار اصـلا (اولی و اهون من رفعه) بان یقال: حـدث الخیار، لکنه ارتفع بسبب الانعتاق.

و انما کان اولی لانه لا فائدة فی جعل خیار لا اثر له اصلا، لفرض انه لا یمکن ان یؤخذ بمثل هذا الخیار (فتأمل).

اذ کون الدفع اهون من الرفع لیس الا امرا اعتباریا، فلا یمکن ان یکون مستندا لحکم شرعی.

(و منها) ای من موارد الاستثناء عن حکم خیار المجلس (العبد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۱۵

المسلم المشتری من الکافر بناء علی عدم تملک الکافر للمسلم اختیار فانه قد یقال: بعدم ثبوت الخیار لاحدهما.

اما بالنسبة الی العین، فلفرض عدم جواز تملک الکافر للمسلم، و تملیکه ایاه.

و اما بالنسبة الی القیمة فلما تقدم من ان الفسخ یتوقف علی رجوع العین الی مالکه الاصلی، و لو تقدیر التکون

المسلم المشتری من الکافر) فانه لا خیار، لا للکافر و لا للمسلم فی رده بخیار المجلس (بناء علی عدم تملک الکافر للمسلم اختیارا).

نعم یملکه اضطرارا، کما اذا کان لکافر عبد کافر، فاسلم العبد فانه یملکه قبل ان یباع علیه، بلا اشکال.

ففی روایـة حمّاد عن الصادق علیه السلام ان امیر المؤمنین علیه السـلام اتی بعبـد ذمّی قـد اسلم، قال اذهبوا فبیعوه من المسـلمین، و ادفعوا ثمنه لصاحبه، و لا تقروه عنده (فانه قد یقال: بعدم ثبوت الخیار لاحدهما) لا البائع الکافر، و لا المسلم المشتری.

(امـا بالنسبـة الی) عـدم الخیـار فی (العین، فلفرض عـدم جواز تملـک الکـافر للمسـلم، و) لا ـ (تملیکه ایاه) فلا یحق للکافر ان یتملک مسلما، و لا یحق لمسلم ان یملّک کافرا عبدا مسلما.

(و اما بالنسـبة الی القیمـة) بان یقال: ان له الخیار فاذا فسـخ اخذ القیمة- حیث یتعذر اخذ العین- (فلما تقدم من ان الفسخ یتوقف علی رجوع العین الی مالکه الاصلی، و لو) رجوعا (تقدیرا) آنا مّا (لتکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۱۶

مضمونة له بقیمته علی من انتقل إلیه، و رجوع المسلم الی الکافر غیر جائز

و هذا هو المحکی عن حواشی الشهید ره حیث قال: انه یباع و لا یثبت له خیار المجلس، و لا الشرط.

و یمکن ان یریـد بـذلک عـدم ثبوت الخیار للکافر فقط، و ان ثبت للمشتری فیوافق کلام فخر الدین فی الایضاح، من ان البیع بالنسـبة الی الکافر استنقاذ و بالنسبة الی المشتری کالبیع

العین بعد رجوعها و تلفها فی ید المالک الاصلی «او کالتلف» (مضـمونة له) ای لنفع ذی الخیار (بقیمته علی من انتقل إلیه) العین (و) الحال ان (رجوع) العبد (المسلم الی الکافر غیر جائز) فلا ملک تقدیری له آنا مّا، فلا خیار، فلا قیمة.

(و هذا) ای عدم الخیار (هو المحکی عن حواشـی الشـهید) الاول (ره حیث قال: انه) ای العبد المسـلم الّذی فی ید الکافر (یباع) رغما علیه (و لا یثبت له) ای لهذا العبد (خیار المجلس، و لا الشرط) سواء من جانب الکافر البائع، او المسلم المشتری.

(و) لکن (یمکن ان یریـد) الشـهید ره (بـذلک) ای بقوله «و لا ـ یثبت» (عـدم ثبوت الخیـار للکـافر فقـط، و ان ثبت) الخیار (للمشتری) المسلم.

و علیه (فیوافق) کلام الشـهید (کلام فخر الدین فی الایضاح، من ان البیع بالنسبة الی الکافر استنقاذ) فلیس بالنسبة الی الکافر بیع اصلا، و انما هو صورة البیع، و المقصود منها انقاذ العبد المسلم من یده (و بالنسبة الی المشتری کالبیع) فی الاحکام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١١٧

بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لان الملك سبيل و انما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الانصاف انه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى أيضا، لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع انه لا معنى لتحقق العقد البيعى من

و انما لم يكن «بيع» حقيقة بالنسبة الى المشترى لانه ليس لنا بيع من جانب واحد.

و هذا الكلام من الفخر (بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له) اى للعبد المسلم فاذا لم يملكه لا معنى لكونه بيعا، بل انقاذ (لان الملك سبيل) و قد قال سبحانه: لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (و انما له) اى للكافر (حق استيفاء ثمنه) اى ثمن العبد (منه) اى من المشترى- صورة-.

(لكن الانصاف انه على هذا التقدير) اى تقدير كونه انقاذا من الكافر (لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى أيضا) كما انه ليس للبائع (لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين) و قد ذكر انه لا بيع من طرف الكافر.

و اذا لم يكن بيع من طرف فلا خيار حتى من طرف الشخص الآخر- الّذى هو المشترى-.

هذا أولا (مع انه) يرد عليه اشكال آخر، و هو: انه (لا معنى لتحقق العقد البيعى من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١١٨

طرف واحد فان شروط البيع ان كانت موجودة تحقق من الطرفين و الا لم يتحقق اصلا، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه.

طرف واحد) و عليه فلا بيع اصلا، و اذ لم يكن بيع لم يكن وجه لخيار المسلم الّذى هو فى صورة المشترى.

و انما لا يتحقق البيع من طرف واحد لما ذكره بقوله: (فان شروط البيع ان كانت موجودة) فى بيع العبد المسلم عن يد الكافر (تحقق البيع (من الطرفين) الكافر و المسلم (و الا لم يتحقق اصلا، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه).

و ليس معنى ذلك استحالة ان يحكم الشارع باحكام البيع على طرف دون طرف، حتى يقال: بانه ليس من الاحكام العقلية الموجبة لعدم امكان تصرف الشارع فيها، بل معناه ان ظواهر الادلة خلافه، هذا.

و اما ما ذكره من بيع الحربى من ينعتق عليه، فهو مسألة اخرى، و هى انه لو قهر الكافر الحربى اباه- مثلا- فتسلط عليه، ثم باعه من مسلم ففيه ثلاثة اقوال.

الاول: انه بيع من الطرفين، اما من طرف الكافر البائع فلقاعدة اقرارهم على دينهم، و اما من طرف المسلم المشترى فلصحة اشترائه هذا العبد.

الثانى: انه ليس بيعا من احدهما، اذ الكافر لا يملك اباه فان احكام الله شاملة للكافر و المسلم، و لذا كان الكفار مكلفين بالفروع كتكليفهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١١٩

و الاقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الاكثر، و صريح كثير، ثبوت الخيار فى المقام و ان تردد فى القواعد بين استرداد العين او القيمة.

بالاصول، و يكون العقاب على تركهم لكلا الامرين، و اذ لم يكن ملك فلا بيع من طرف الكافر، فلا اشتراء من طرف المسلم، اذ لا تتحقق معاملة من طرف واحد، بل يكون اعطاء المشترى الثمن للكافر من جهة الانقاذ فقط.

الثالث: انه بیع من طرف واحد و هو المشتری، اذ لا محذور فیه، و انما لم یکن بیعا من طرف الکافر لوجود المحذور.

و هذا القول هو الّذی رده بعض «نقله المصنف» من انه غیر صحیح لانه ان وجدت شروط البیع تحقق من الطرفین، و الا لم یتحقق من ای منهما

و لا یخفی ان الاقرب فی هذه المسألة انه بیع من الطرفین لإقرار الکفار علی اعمالهم، اذ کانوا اهل کتاب.

(و) کیف کان، ف (الاقوی فی المسألة) مسألة اشتراء العبد المسلم من الکفار (وفاقا لظاهر الاکثر، و صریح کثیر: ثبوت الخیار فی المقام) لکل من الکافر البائع، و المسلم المشتری (و ان تردد فی القواعد) فی ما اذا اخذ احدهما بالخیار (بین استرداد العین او القیمة).

العین، لانه غیر ضارّ استردادها لما یأتی من قوله «لان تقدیر المسلم .. الخ».

و القیمة، لانه یفهم من کلام الشارع انه لا یرید سلطة الکافر علی المسلم، فاذا تعذرت العین فالقیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۰

و ما ذکرنا من ان الرجوع بالقیمة مبنی علی امکان تقدیر الملک فی ملک المالک الاصلی، لو اغمضنا عن منعه کما تقدم فی المسألة السابقة غیر قادح هنا، لان تقدیر المسلم فی ملک الکافر بمقدار یثبت علیه بدله لیس سبیلا للکافر علی المسلم.

و لذا جوزنا له شراء من ینعتق علیه.

(و) ان قلت: انه لا یمکن استرداد القیمة، لانه لا یکون الا بعد ان یفرض دخول العین فی ملک الکافر و تلفها او کالتلف و تبدلها بالقیمة، کما ذکرتم سابقا، و الحال ان العبد المسلم لا یکون ملکا للکافر.

قلت: (ما ذکرنا من ان الرجوع بالقیمة مبنی علی امکان تقدیر الملک فی ملک المالک الاصلی).

أولا: نمنعه اذ لا دلیل علی ذلک، اذا الخیار حکم شرعی و للشارع ان یجعله و ان لم یمکن ارجاع الملک حقیقة و لا تقدیرا، و فائدة الخیار حینئذ الرجوع الی القیمة (لو اغمضنا عن منعه کما تقدم فی المسألة السابقة)

و ثانیا نقول: انه (غیر قادح هنا) فی بیع الکافر للعبد المسلم و ان کان قادحا فی اشتراء المسلم اباه مثلا.

و الفارق بین المقامین ما ذکره بقوله: (لان تقدیر المسلم فی ملک الکافر بمقدار یثبت علیه) ای علی المسلم (بدله) للکافر ثم یبدل الی القیمة (لیس سبیلا للکافر علی المسلم) المحذور شرعا، حیث قال تعالی:

لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا.

(و لذا جوزنا له) ای للکافر (شراء من ینعتق علیه) من عبد مسلم، لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۱

و قد مرّ بعض الکلام فی ذلک فی شروط المتعاقدین.

و منها: شراء العبد نفسه بناء علی جوازه.

فان الظاهر عدم الخیار فیه و لو بالنسبة الی القیمة لعدم شمول ادلة الخیار له.

و اختاره فی التذکرة، و فیها أیضا: انه لو اشتری جمدا فی شدة الحرّ

انقاذ للمشتری بدون ان یکون للکافر سبیل علیه یوجب مخالفة الآیة

(و قد مرّ بعض الکلام فی ذلک فی شروط المتعاقدین) فراجع.

و هذا بخلاف ملکیة المسلم لاحد العمودین نقلا، فانه بعد ان تحرّر العبد لا یرجع الی الملکیة و لو آنا مّا.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۱، ص: ۱۲۱

(و منها) ای من الموارد المستثناة من خیار المجلس (شراء العبد نفسه بناء علی جوازه) لشمول اطلاق الادلة له، بخلاف احتمال عدم الجواز، لانه و ما فی یده لمولاه، فکیف یجوز ان یشتری مال المولی «و هو نفسه» بمال آخر للمولی «و هو ما فی یده».

(فان الظاهر عدم الخیار فیه و لو بالنسبة الی القیمة) فلا یحق للمولی و لا للعبد الّذی اشتری نفسه الخیار للمجلس (لعدم شمول ادلة الخیار له).

و ذلک لما ذکرناه فی المستثنی الاول، من ان الحرّ لا یمکن ان یدخل فی الملک و لو آنا مّا، و لو لاجل ان یبدل بالقیمة.

(و اختاره) ای عدم الخیار فی هذا المورد (فی التذکرة، و) قال العلامة (فیها) ای فی التذکرة (أیضا: انه لو اشتری جمدا فی شدة الحرّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۲

ففی الخیار اشکال، و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلیة العین للبقاء بعد العقد لیتعلق بها الخیار.

فلا یندفع الاشکال بما فی جامع المقاصد من ان الخیار لا یسقط بالتلف لانه لا یسقط به اذا ثبت قبله، فتأمل.

ففی الخیار) للمجلس لایهما (اشکال، و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلیة العین) التی یکون فیها الخیار (للبقاء بعد العقد لیتعلق بها الخیار) و شدة الحر تذیب الثلج بحیث لا تبقی تمام العین.

(فلا یندفع الاشکال) ای اشکال العلامة فی وجود خیار المجلس فی بیع الجمد (بما فی جامع المقاصد من ان الخیار لا یسقط بالتلف).

و انما لا یندفع الاشکال، لان کلام العلامة فی ان المنصرف من ادلة خیار المجلس ما کان قابلا للبقاء، فلا خیار اصلا.

و هذا ما بینه المصنف فی وجه عدم اندفاع الاشکال بقوله (لانه) ای الخیار (لا یسقط به) ای بالتلف (اذا ثبت) الخیار (قبله) ای قبل التلف لکن کلام العلامة انه لیس المقام مورد الخیار اصلا (فتأمل) من انه لا وجه لکلام العلامة، اذ اطلاقات ادلة خیار المجلس تشمل مثل بیع الجمد فاللازم القول بالخیار و الرجوع الی البدل بعد ان تلف الجمد.

ثم انهم ذکروا موارد اخر قالوا بعدم دخول خیار المجلس فیها، کالبیع علی محتکر الغلة، و العبد المشتری من الزکاة، و ما لو کان الثمن ممن ینعتق علی البائع و البیع علی المفلس الی غیر ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۳

مسئلة لا یثبت خیار المجلس فی شیء من العقود، سوی البیع عند علمائنا،

کما فی التذکرة.

و عن تعلیق الارشاد و غیرهما.

و عن الغنیة الاجماع علیه.

و صرح الشیخ فی غیر موضع من المبسوط بذلک أیضا، بل عن الخلاف الاجماع علی عدم دخوله فی الوکالة و العاریة و القراض و الحوالة و الودیعة.

(مسألة: لا یثبت خیار المجلس فی شیء من العقود، سوی البیع عند علمائنا کما فی التذکرة).

و ذلک لعدم الدلیل علیه و الاصل العدم، اذ الاصل فی العقود اللزوم لما سبق فی بیان الاصل فی اوّل باب الخیارات.

(و) حکی الاجماع بدون لفظ: عند علمائنا (عن تعلیق الارشاد و غیرهما) من بعض الکتب الاخر.

(و عن الغنیهٔ الاجماع علیه) صریحا.

(و صرح الشیخ فی غیر موضع من المبسوط بـذلک أیضا) و انه لا خیار للمجلس فی سائر العقود (بل عن الخلاف الاجماع علی عدم دخوله فی الوکالهٔ و العاریهٔ و القراض) ای المضاربهٔ (و الحوالهٔ و الودیعهٔ) هذا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۴

الا انه فی المبسوط بعد ذکر جملهٔ من العقود التی یدخلها الخیار و التی لا یدخلها قال: و اما الوکالهٔ و الودیعهٔ، و العاریهٔ، و القراض، و الجعالهٔ، فلا یمنع من دخول الخیارین فیها مانع، انتهی.

و مراده خیار المجلس و الشرط.

و حکی نحوه عن القاضی، و لم یعلم معنی الخیار فی هذه العقود بل جزم فی التذکرهٔ بانه لا معنی للخیار فیها لان الخیار فیها ابدا.

و احتمل فی الدروس ان یراد بذلک عدم جواز التصرف

(الا انه) ای الشیخ (فی المبسوط بعد ذکر جملهٔ من العقود التی یدخلها الخیار، و التی لا یدخلها) ذکر ما ینافی ما تقدم.

فانه (قال: و اما الوکالهٔ و الودیعهٔ، و العاریهٔ، و القراض، و الجعالهٔ، فلا یمنع من دخول الخیارین فیها مانع، انتهی) کلامه ره.

(و مراده) بالخیارین (خیار المجلس و الشرط) کما یظهر من سابق کلامه.

(و حکی نحوه عن القاضی) و انه یـدخل فی العقـود المـذکورهٔ الخیـاران (و لم یعلم معنی الخیـار) للمجلس (فی هـذه العقود) الـتی ذکراهـا (بـل جزم فی التـذکرهٔ، بـانه لاـ معنی للخیـار فیها) ای فی هـذه العقود (لان الخیار فیها ابـدا) فانها عقود جائزهٔ، و العقـد الجائز یمکن فسخه فی ای وقت شاء، لا ان الخیار فیه ما دام المجلس فقط.

(و احتمل) الشهید ره (فی الدروس ان یراد بذلک) ای بوجود الخیار فی هذه العقود ما دام المجلس (عدم جواز التصرف) فی الجنس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۵

قبـل انقضـاء الخیـار و لعـل مراده التصـرف المرخص فیه شرعا للقابـل فی هـذه العقود لاـ الموجب، اذ لاـ معنی لتوقف جواز تصـرف المالک فی هذه العقود علی انقضاء الخیار لان اثر هذه العقود تمکن غیر المالک من التصرف.

فهو الّذی یمکن توقفه علی انقضاء الخیار

(قبل انقضاء الخیار) لا ان یراد بالخیار جواز الفسخ، حتی یرد علیه ما تقدم عن التذکرهٔ.

و ذلک لان فی مدهٔ الخیار الانسان ممنوع عن التصرف فی المتاع لاحتمال اخذ ذی الخیار بخیاره.

و حیث ان الدروس اطلق کلامه مع وضوح ان الموجب للعقد یحق له ان یتصرف فی المتاع لان العقد غیر لازم.

قال المصنف: (و لعل مراده) ای الدروس المنع عن (التصرف المرخص فیه شرعا للقابل) ای قابل العقد (فی هذه العقود) فانه ممنوع ما دام خیار المجلس (لا) تصرف (الموجب) للعقد.

و انما قلنا «لا الموجب» (اذ لا معنی لتوقف جواز تصرف المالک فی هذه العقود علی انقضاء الخیار) «علی» متعلق ب «التوقف».

و انما کان «لا معنی» (لان اثر هذه العقود تمکن غیر المالک من التصرف) غیر المالک «هو القابل».

(ف) تمکن غیر المالک من التصرف (هو الّذی یمکن توقفه علی انقضاء الخیار) بان یقال للقابل لا تتصرف فی العاریهٔ- مثلا- الا بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۶

الّذی جعل الشیخ قدّس سرّه اثر البیع متوقفا علیه.

لکن الانصاف ان تتبع کلام الشیخ فی المبسوط فی هذا المقام یشهد بعدم ارادته هذا المعنی، فانه صرح فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده: باختصاص خیار المجلس بالبیع.

و الّذی یخطر بالبال ان مراده دخول الخیارین فی هذه العقود

انقضاء خیار المجلس (الّذی جعل الشیخ قدّس سرّه اثر البیع متوقفا علیه) «الّذی» صفة «انقضاء الخیار».

فان اثر البیع من التصرف فی الجنسین للبائعین علی رأی الشیخ متوقف علی انقضاء الخیار و یرید الشیخ هنا «فی هذه العقود» أیضا بیان توقف تصرف القابل علی انقضاء خیار المجلس.

اقول و ای مانع من الجمع بین خیارین الخیار لاجل المجلس، و الخیار لان العقد جائز، کما یجتمع خیار الشرط و الغبن و العیب و المجلس و غیرها.

(لکن الانصاف ان تتبع کلام الشیخ فی المبسوط فی هذا المقام) مقام خیار المجلس فی العقود الجائزة (یشهد بعدم ارادته هذا المعنی) الّذی ذکره الدروس (فانه صرح فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده: باختصاص خیار المجلس بالبیع) فلا یمکن عادة ان یغیر اجتهاده فی وسط الکلام فیقول بجریان خیار المجلس فی العقود المذکورة

(و الّذی یخطر بالبال ان مراده دخول الخیارین) المجلس و الشرط (فی هذه العقود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۲۷

اذا وقعت فی ضمن عقد البیع فتنفسخ بفسخه فی المجلس.

و هذا المعنی و ان کان بعیدا فی نفسه، الا ان ملاحظة کلام الشیخ فی المقام یقربه الی الذهن، و قد ذکر نظیر ذلک فی جریان الخیارین فی الرهن و الضمان.

اذا وقعت فی ضمن عقد البیع) کما اذا باعه کتابا بدرهم، و اشترط فی ضمن البیع اعادة قلم له، فانه اذا فسخ البیع فی المجلس انفسخت الاعادة أیضا، و کذا غیر العاریة من سائر العقود (فتنفسخ) تلک العقود (بفسخه) ای فسخ البیع (فی المجلس) او بفسخه حسب اشتراط خیار الفسخ و لو بعد المجلس.

(و هذا المعنی) بان یراد من «دخول الخیارین فی العقود الجائزة» «دخولهما فی البیع الّذی فی ضمنه عقود جائزة» (و ان کان بعیدا فی نفسه، الا ان ملاحظة کلام الشیخ فی المقام) حیث ذکر مکررا عدم دخول خیار المجلس فی العقود الجائزة (یقربه الی الذهن، و) یؤید ارادته ره هذا المعنی انه (قد ذکر) الشیخ (نظیر ذلک) ای دخول عقد فی عقد (فی جریان الخیارین) الشرط و المجلس (فی الرهن و الضمان) فاراد بدخول الخیارین فی الرهن و الضمان ما اذا کان الرهن و الضمان فی ضمن البیع.

و هناک احتمال آخر فی کلام الشیخ و هو ارادته دخول خیار الشرط و المجلس فی العقود الجائزة، و یکون للعاقد خیاران، خیار لان العقد جائز، و خیار لانه فی المجلس- مثلا-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۲۸

و صرح فی السرائر بدخول الخیارین فی هذه العقود، لانها جائزة، فیجوز الفسخ فی کل وقت، و هو محتمل کلام الشیخ، فتأمل.

و کیف کان فلا اشکال فی اصل هذه المسألة.

(و) هذا غیر بعید، فقد (صرح) ابن ادریس (فی السرائر بدخول الخیارین) الشرط و المجلس (فی هذه العقود، لانها) بنفسها (جائزة فیجوز الفسخ فی کل وقت) فی المجلس و غیره (و هو محتمل کلام الشیخ فتأمل).

فانه لو کان مراد الشیخ ما ذکره السرائر کان جاریا فی جمیع العقود الجائزة، لا خصوص العقود التی ذکرها الشیخ- کما تقدم-.

(و کیف کان) مراد الشیخ (فلا اشکال فی اصل هذه المسألة) من اختصاص خیار المجلس بالبیع فقط.

اذ لا دلیل علی جریانه فی سائر العقود و لو کانت لازمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۲۹

مسئلة مبدأ هذا الخیار من حین العقد

لان ظاهر النص کون البیع علة تامة، و مقتضاه کظاهر الفتاوی شمول الحکم للصرف و السلم قبل القبض، و لا اشکال فیه لو قلنا: بوجوب التقابض فی المجلس فی الصرف و السلم وجوبا تکلیفیا.

اما للزوم الربا کما صرح به فی صرف التذکرة.

(مسألة: مبدأ هذا الخیار) خیار المجلس (من حین العقد) فاذا تم العقد حان وقت الخیار سواء قدم الایجاب علی القبول او بالعکس، و سواء کان بالعقد اللفظی او بالمعاطات (لان ظاهر النص کون البیع علة تامة) و المعلول یکون بعد العلة مباشرة (و مقتضاه) ای النص (کظاهر الفتاوی شمول الحکم) بوجود خیار المجلس (للصرف) و هو بیع النقود (و السلم) و هو البیع الّذی یقدم فیه الثمن و یؤخر فیه المثمن- عکس النسیئة-.

و هذان البیعان یشترط فیهما التقابض فی المجلس و الا بطلا، و (قبل القبض) فیهما یکون الخیار (و لا اشکال فیه) ای فی الخیار قبل القبض (لو قلنا: بوجوب التقابض فی المجلس فی الصرف و السلم وجوبا تکلیفیا) بانه تکلیف شرعی فی قبال الوجوب الشرطی- کما سیأتی- و انما کان التقابض واجبا شرعیا.

(اما للزوم الربا کما صرح به فی صرف التذکرة) فانه اذا باع مثقالا من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۳۰

و اما لوجوب الوفاء بالعقد و ان لم یکن بنفسه مملکا لان ثمرة الخیار حینئذ جواز الفسخ فلا یجب التقابض اما لو قلنا: بعدم وجوب التقابض و جواز ترکه الی التفرق المبطل للعقد، ففی اثر الخیار خفاء لان المفروض بقاء

الذهب الایرانی بمثقال من الذهب العراقی، ثم لم یأخذ احدهما و اخذ الآخر، فالذی اخذ صار عنده زیادة حکمیة، اذ قیمة المثقال نقدا «دینار مثلا» اما قیمة الدینار المتأخر دفعه دینار الا درهم.

لکنک خبیر بان هذه العلة غیر مطردة لانها لا تأتی فی السلم و لا فی ما اذا کان تأخیر اعطاء احدهما قلیلا بحیث لا یقابل بشیء من النقیصة فی المالیة، و لا فیما اذا کان ذهب بفضة فی الصرف.

(و اما لوجوب الوفاء بالعقد) فمن الوفاء بالعقد وجوب ان یقبض کل منهما للآخر فی الصرف، و وجوب اعطاء الثمن فی السلم (و ان لم یکن) العقد (بنفسه مملکا) و انما یحصل الملک بالتقابض.

و انما قلنا: لا اشکال فی الخیار (لان ثمرة الخیار حینئذ) ای حین وجب التقابض (جواز الفسخ) بالخیار (فلا یجب التقابض).

و (اما لو قلنا: بعدم وجوب التقابض) وجوبا شرعیا، بل وجوبه شرطی بمعنی انه ان حصل التقابض صح البیع، و ان لم یحصل التقابض لم یحصل البیع (و جواز ترکه الی التفرق) عن مجلس العقد (المبطل) ذلک التفرق (للعقد، ففی اثر الخیار) ای خیار المجلس فی الصرف و السلم (خفاء) اذ اثر الخیار هو امکان الفسخ، و الحال انه قبل التقابض یمکن الفسخ و ان لم یکن خیار (لان المفروض) فی الصرف و السلم (بقاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۱

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه، و عدم حق لاحدهما فى مال الآخر

و يمكن ان يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك.

فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير.

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه، و عدم حق لاحدهما فى مال الآخر) ما لم يحصل التقابض.

نعم اذا حصل التقابض كان للخيار اثر.

لكن قد عرفت فى اوّل المسألة ان خيار المجلس بعد العقد مباشرة، لا انه بعد التقابض.

(و) لكن (يمكن ان يكون أثر الخيار) قبل التقابض (خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك) اى القبض الموجب للملك.

فاذا كان خيار و ابطل فلا محل للقبض.

و اما اذا لم يكن خيار كان اثر العقد باقيا الى حين التفرق فيمكن ان يلحق به القبض.

(فلو فرض اشتراط سقوط الخيار) خيار المجلس (فى العقد) عقد الصرف و السلم (لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير).

فاذا قال: فسخت، لم يزل اثر العقد، بل كان له القبض و الاقباض و بذلك يكون عقدا لازما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۲

قال فى التذكرة لو تقابضا فى عقد الصرف ثم اجازا فى المجلس لزم العقد، و ان اجازا قبل التقابض، فكذلك و عليهما التقابض، فان تفرقا قبله انفسخ العقد.

ثم ان تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما.

فان انفرد احدهما بالمفارقة عصى، انتهى.

و فى الدروس يثبت- يعنى خيار المجلس- فى الصرف تقابضا أو لا

(قال فى التذكرة) مؤيدا ما ذكرناه من الثمرة للخيار قبل التقابض (لو تقابضا فى عقد الصرف ثم اجازا) العقد اى اسقطا خيارهما (فى المجلس لزم العقد) لان شرط الملك فى الصرف و هو التقابض قد حصل و الخيار اسقط حسب اسقاطهما له (و ان اجازا) العقد (قبل التقابض، فكذلك) لزم العقد (و عليهما التقابض) لوجوب تنفيذ العقد اللازم.

اذ اللازم التقابض فى المجلس- حسب الفرض- (فان تفرقا قبله) اى قبل التقابض (انفسخ العقد) لعدم حصول شرط صحة بيع الصرف.

(ثم ان تفرقا عن تراض) بينهما (لم يحكم بعصيانهما) لانه من قبيل الاقالة بتراض.

(فان انفرد احدهما بالمفارقة) بدون رضى الاخر (عصى) لانه هدم العقد اللازم تنفيذه بدون رضاية الآخر (انتهى) كلام العلامة.

(و) قال (فى الدروس) مؤيد اما ذكرناه (يثبت- يعنى خيار المجلس- فى الصرف تقابضا، أو لا) يعنى ان الخيار ثابت و لو قبل التقابض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۳

فان التزما به قبل القبض وجب التقابض.

فلو هرب احدهما عصی و انفسخ العقد.

و لو هرب قبل الالتزام فلا معصیة.

و یحتمل قویا عدم العصیان مطلقا، لان للقبض مدخلا فی اللزوم فله ترکه، انتهی.

و صرح الشیخ أیضا فی المبسوط بثبوت التخایر فی الصرف قبل التقابض.

(فان التزما به) ای بالعقد بان اسقطا خیارهما (قبل القبض وجب التقابض) بمقتضی لزوم العقد.

(فلو هرب) عن المجلس (احدهما) قبل التقابض بدون رضی الآخر (عصی و انفسخ العقد).

(و) اما (لو هرب قبل الالتزام) بالعقد بان هرب و لم یکن تقابض و لا التزام (فلا معصیة) اذ لم یلزم العقد قبل التقابض، فهو بهربه ابطل عقدا جائزا.

(و یحتمل قویا عدم العصیان مطلقا) حتی فیما الزما العقد قبل التقابض (لان) الالزام قبل القبض لا یفید، فان (للقبض مدخلا فی اللزوم فله ترکه) ای ترک القبض، فلا لزوم فله ان یبطل العقد بتفرقه عن صاحبه (انتهی) کلام الشهید.

(و صرح الشیخ أیضا فی المبسوط بثبوت التخایر فی الصرف قبل التقابض) فکلامه مثل کلام الشهید و العلامة فی ان للخیار فائدة قبل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۴

و مما ذکرنا یظهر الوجه فی کون مبدأ الخیار للمالکین الحاضرین فی مجلس عقد الفضولیین- علی القول بثبوت الخیار لهما- من زمان اجازتهما علی القول بالنقل، و کذا علی الکشف مع احتمال کونه من زمان العقد.

التقابض أیضا.

(و مما ذکرنا) من ان الخیار من اوّل العقد، لا بعد التقابض (یظهر الوجه فی کون مبدأ الخیار للمالکین الحاضرین فی مجلس عقد الفضولیین علی القول بثبوت الخیار لهما-) ای للمالکین (من زمان اجازتهما) «من زمان» خبر «کون».

و انما ظهر ذلک لان نسبة العقد الی المالکین، حتی یکون عقدهما یبتدأ بعد الاجازة.

و اما قبل الاجازة فلیس عقدهما، و اذ لم یکن عقدهما فلا خیار لهما.

و الحاصل: ان اوّل عقدهما حال اجازتهما، لا بعد ان تقابضا (علی القول بالنقل) و ان الاجازة حالها حال العقد فی انها توجب نقل الملک بالاجازة (و کذا علی الکشف) عن سبق النقل فی حال عقد الفضولی.

و ذلک لان الخیار لا یکون الا بعد ان یکون الخیار ذا اثر و الاثر لا یحصل الا بعد الاجازة، و ان کشفت الاجازة عن حصول الملک عند عقد الفضولی (مع احتمال کونه) ای الخیار- علی الکشف- (من زمان العقد) لان الاجازة ان کشفت عن حصول الملک من زمان العقد فلا بد و ان یکون الخیار من ذلک الزمان أیضا لما ذکرناه سابقا من ان الخیار تابع للعقد و معلول له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۵

القول فی مسقطات الخیار

اشارة

و هی أربعة علی ما ذکرها فی التذکرة اشتراط سقوطه فی ضمن العقد.

و اسقاطه بعد العقد.

و التفرق.

و التصرف، فيقع الكلام فى مسائل.

(القول فى مسقطات الخيار، و هى أربعة، على ما ذكرها) العلامة (فى التذكرة).

الاول: (اشتراط سقوطه فى ضمن العقد) و ينبغى ان يلحق به ما لو كان البيع بالمعاطات، و فى ضمن الاعطاء و الاخذ اشترطا ذلك.

(و) الثانى: (اسقاطه بعد العقد).

(و) الثالث: (التفرق) عن مجلس العقد، و المراد منه معناه الاصطلاحى اى الابتعاد، لا اللغوى- اى الفراق- عن النسبة بينهما فى حال العقد، فان ذلك يشمل ما اذا تقاربا بعد العقد مع انه لا يوجب اسقاط الخيار قطعا.

(و) الرابع: (التصرف) فى احد المبيعين.

و على هذا (فيقع الكلام) فى المسقطات المذكورة (فى مسائل).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۳۶

مسئلة لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد

و عن الغنية الاجماع عليه، و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون او المسلمون عند شروطهم.

و قد يتخيل معارضته بعموم ادلة الخيار و يرجح على تلك الادلة بالمرجحات.

(مسألة: لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار) خيار المجلس (باشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و عن الغنية الاجماع عليه، و يدل عليه قبل ذلك) اى قبل الاجماع، فان الاجماع انعقد بعد النص فالنص قبل الاجماع (عموم) الخبر (المستفيض) نقله (المؤمنون) عند شروطهم (او) كما فى بعض النسخ (المسلمون عند شروطهم).

فان ذلك يدل على سقوط الخيار، لانه شرط، و كل شرط لازم الوفاء بمقتضى هذا الحديث.

(و قد يتخيل) و المتخيل صاحب الجواهر- كما قيل- (معارضته) اى حديث «المؤمنون عند شروطهم» (بعموم ادلة الخيار).

فدليل الخيار يقول- انه بعد الشرط- يوجد الخيار، و دليل:

المؤمنون، يقول: لا يوجد الخيار (و يرجح) المؤمنون (على تلك الادلة بالمرجحات) مثل عمل المشهور و الاجماع و نحوهما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۳۷

و هو ضعيف، لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود.

و موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم.

(و هو) تخيّل (ضعيف).

اذ لو قلنا: بالمعارضة لم يكن وجه لتقديم «المؤمنون» على ادلة الخيار (لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود) فكلاهما فى رتبة واحدة.

(و) ان قلت: يرجح الحديث على الادلة بموافقة عمل الاصحاب.

قلت: (موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا) للحديث (بعد العلم بانحصار مستندهم) لسقوط الخيار (فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم).

فان عمل الاصحاب انما یکون مرجحا اذا کان هناک احتمال انهم استندوا لشیء لم یصل إلینا.

اما اذا استندوا الی شیء وصل إلینا و قد رأینا انه لا یکون مستندا فلا وجه لکونه مرجحا لا ناقد عرفنا خطأهم فی ذلک، فلا یمکن الاستناد.

و ذلک کما فی الشاهد، فان قوله حجة اذا لم یعلم مستنده.

اما اذا علم انه استند الی شیء خطأ فیسقط حجیة کلامه.

مثلا: اذا قال الشاهدان هذا الثوب نجس، ثم علله بان فیه عرق الجنب عن الحرام، و قد علمنا ان عرق الجنب لیس بنجس، فانه یسقط کلام الشاهد، و نحکم بطهارة الثوب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۸

و نحوه فی الضعف التمسک بعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بناء علی صیرورة شرط عدم الخیار کالجزء من العقد الّذی یجب الوفاء به، اذ فیه ان ادلة الخیار اخص فیخصص به العموم، بل الوجه مع انحصار المستند فی عموم دلیل الشروط عدم نهوض ادلة الخیار للمعارضة لانها مسوقة لبیان ثبوت الخیار باصل

(و نحوه فی الضعف التمسک) لتقدیم «المؤمنون» علی ادلة الخیار (بعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فی لزوم العقد بعد اسقاط الخیار (بناء علی صیرورة شرط عدم الخیار کالجزء من العقد الّذی یجب الوفاء به) فکانه قال: العقد الّذی ذکر فیه اسقاط الخیار یجب الوفاء به (اذ فیه) ان الجزئیة لا معنی لها بعد وجود دلیلین، دلیل الوفاء بالعقد، و دلیل شرط عدم الخیار.

ف (ان ادلة الخیار اخص) من دلیل وجوب الوفاء بالعقد (فیخصص به) ای بدلیل الخیار (العموم) ای عموم الوفاء بالعقد، و اذا بطل هذان الوجهان توجه تقدیم «المؤمنون» علی: ادلة الخیار (بل الوجه) فی التقدیم (مع انحصار المستند فی عموم دلیل الشروط) ای اذا قلنا: ان مستند سقوط الخیار «دلیل الشرط فقط» اما اذا قلنا: بان هناک دلیل آخر کالاجماع و نحوه.

فوجه سقوط الخیار اوضح ل (عدم نهوض ادلة الخیار للمعارضة) ای معارضة دلیل «المؤمنون» و ذلک لحکومة دلیل «المؤمنون» علی دلیل الخیار (لانها) ای ادلة الخیار (مسوقة لبیان ثبوت الخیار باصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۳۹

الشرع فلا ینافی سقوطه بالمسقط الخارجی و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمّل فی دلیل الشرط یقضی بان المقصود منه رفع الید عن الاحکام الاصلیة الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فی حیّز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلک الاحکام.

فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالنذر، و

الشرع) ای انه حکم أوّلیّ، ینفذ لو خلی و طبعه (فلا ینافی سقوطه بالمسقط الخارجی) بحکم ثانوی (و) المسقط (هو الشرط لوجوب العمل به شرعا).

فان حال الشرط حال النذر، حیث انه وارد علی الاحکام الاولیة.

هذا اذا قلنا ان بین دلیل الخیار و دلیل الشرط تعارض (بل التأمّل فی دلیل الشرط یقضی) عدم التعارض اصلا.

و ذلک (ب) سبب (ان المقصود منه) من دلیل الشرط (رفع الید عن الاحکام الاصلیة) اللااقتضائیة- لوضوح ان الشرط لا یقدر ان یرفع الاحکام الاقتضائیة کوجوب الصلاة و حرمة شرب الخمر- (الثابتة) تلک الاحکام (للمشروطات قبل وقوعها) ای وقوع تلک المشروطات (فی حیّز الاشتراط) فالبیع- الّذی شرط فیه عدم الخیار- مشروط له حکم الخیار

فقبل وقوعه فی حین شرط سقوط الخیار، له هذا الحکم.

اما اذا وقع فی حیّز الشرط فیسقط منه هذا الحکم (فلا تعارضه) ای لا تعارض دلیل الشرط (ادلة تلک الاحکام) الاولیة.

(فحاله) ای حال دلیل الشرط (حال ادلة وجوب الوفاء بالنذر، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۰

العهد فی عدم مزاحمتها بادلة احکام الافعال المنذورة لو لا النذر.

و یشهد لما ذکرنا من حکومة ادلة الشرط و عدم معارضتها للاحکام الاصلیة حتی یحتاج الی المرجح استشهاد الامام فی کثیر من الاخبار بهذا العموم علی مخالفة کثیر من الاحکام الاصلیة.

منها: صحیحة مالک بن عطیة، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل کان له اب مملوک و کانت تحت ابیه جاریة مکاتبة

العهد فی عدم مزاحمتها) ای عدم مزاحمة ادلة وجوب الوفاء (بادلة احکام الافعال المنذورة) الثابتة تلک الاحکام (لو لا النذر).

مثلا: الصوم فی رجب «فعل» له حکم «هو الاستحباب» فاذا نذره صار «الصوم» واجبا.

فدلیل ان الصوم مستحب لا یزاحم دلیل النذر المقتضی لوجوبه.

(و یشهد لما ذکرنا من حکومة ادلة الشرط) علی ادلة الخیار (و عدم معارضتها) ای ادلة الشرط (للاحکام الاصلیة) مثل دلیل الخیار الّذی هو حکم اصلی (حتی یحتاج) دلیل الخیار (الی المرجح استشهاد الامام) علیه السلام (فی کثیر من الاخبار بهذا العموم) ای عموم: المؤمنون عند شروطهم (علی مخالفة کثیر من الاحکام الاصلیة) فان الاستشهاد یدل علی الحکومة.

(منها: صحیحة مالک بن عطیة، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل کان له اب مملوک و کانت تحت ابیه جاریة) مملوکة (مکاتبة) و المکاتبة هی التی تعاملت مع مولاها ان ادت إلیه کذا مالا فهی حرة، ثم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۱

قد ادّت بعض ما علیها، فقال لها ابن العبد هل لک ان اعینک فی مکاتبتک؟ حتی تؤدی ما علیک بشرط ان لا یکون لک الخیار بعد ذلک علی ابی، اذا انت ملکت نفسک قالت نعم، فاعطاها فی مکاتبتها علی ان لا یکون لها الخیار بعد ذلک قال علیه السلام: لا یکون لها الخیار، المسلمون عند شروطهم.

و الروایة محمولة- بقرینة الاجماع

ان کان کل جزء منها یتحرر بإزاء اعطاء جزء من المال سمیت مطلقة، و ان کانت حریتها تتوقف علی اداء کل المال سمیت مشروطة، و (قد ادّت) هذه المکاتبة (بعض ما علیها، فقال لها ابن العبد) ای ابن زوجها (هل لک ان اعینک فی مکاتبتک؟ حتی تؤدی ما علیک) بان اعطیک بعض مال الکتابة (بشرط ان لا یکون لک الخیار) فی فسخ نکاح العبد (بعد ذلک) التحرر (علی ابی، اذا انت ملکت نفسک) اذ ان الامة تحت العبد اذا صارت حرة فلها ان تختار البقاء زوجة للعبد و لها ان تفسخ النکاح (قالت نعم) فالمال فی قبال البقاء (فاعطاها فی مکاتبتها علی ان لا یکون لها الخیار بعد ذلک) التحرر (قال علیه السلام: لا یکون لها الخیار)

ثم علله علیه السلام بقوله: (المسلمون عند شروطهم).

و الظاهر ان هذه معاملة، و هی اعطاء المال فی قبال سقوط الحق، و مثلها نافذة و یصدق علیها الشرط فلیس شرطا ابتدائیا و لا شرطا فی عقد.

(و) علیه فلا حاجة الی قول المصنف (الروایة محمولة- بقرینة الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۲

علی عدم لزوم الشروط الابتدائیة- علی صورة وقوع الاشتراط فی ضمن عقد لازم او المصالحة علی اسقاط الخیار المتحقق سببه

بالمکاتبة بذلک المال.

و کیف کان فالاستدلال فیها بقاعدة الشروط علی نفی الخیار الثابت بالعمومات دلیل علی حکومتها علیها، لا معارضتها المحوجة

علی عدم لزوم الشروط الابتدائیة-) کما تقدم الکلام فی ذلک، بل الشرط لا یصدق لغة و عرفا الّا علی ما اذا کان فی قباله شیء، سواء کان ضمن عقد، او کان فی قبال شیء (علی صورة وقوع الاشتراط فی ضمن عقد لازم) اذ لو کان فی ضمن عقد جائز لم یلزم الشرط، اذ ما لیس بلازم لا یمکن ان یکون ملزما لغیره (او المصالحة علی اسقاط الخیار المتحقق سببه) ای سبب الخیار (بالمکاتبة) فان المکاتبة توجب- بعد اعطائها مال المکاتبة- خیار الزوجة التی هی امة (بذلک المال) الجار متعلق باسقاط، لان الاسقاط فی قبال المال.

(و کیف کان) الامر، فهذه المعاملة معاملة مستقلة، او صلح، او غیرهما (فالاستدلال فیها بقاعدة الشروط علی نفی الخیار) «علی» متعلق ب «الاستدلال» (الثابت بالعمومات) فان الخیار للامة ثابت بالأدلّة العامة الدالة علی الخیار.

فقوله (دلیل) خبر «الاستدلال» (علی حکومتها) ای حکومة قاعدة الشروط (علیها) ای علی تلک العمومات (لا معارضتها) ای لیست القاعدة معارضة لادلة الخیار (المحوجة) تلک المعارضة اذا اردنا تقدیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۳

الی التماس المرجح.

نعم: قد یستشکل التمسک بدلیل الشروط فی المقام من وجوه.

الاول: ان الشرط یجب الوفاء به اذا کان العقد المشروط فیه لازما لان الشرط فی ضمن العقد الجائز لا یزید حکمه علی اصل العقد، بل هو کالوعد، فلزوم الشرط یتوقف علی لزوم العقد-

فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

القاعدة (الی التماس المرجح) کما تقدم القول به عن بعض الفقهاء.

(نعم: قد یستشکل التمسک بدلیل الشروط) علی سقوط خیار المجلس (فی المقام) فی مقام ما اذا اشترط فی ضمن العقد عدم خیار المجلس (من وجوه) ثلاثة.

(الاول: ان الشرط یجب الوفاء به اذا کان العقد المشروط فیه) هذا الشرط (لازما) مثل الاجارة (لان الشرط فی ضمن العقد الجائز لا یزید حکمه) ای حکم الشرط فی الجواز و اللزوم (علی اصل العقد) الّذی هو جائز (بل هو) الشرط حینئذ (کالوعد) لا یلزم الوفاء به.

اذا (فلزوم الشرط یتوقف علی لزوم العقد).

و حیث ان عقد البیع جائز و لیس بلازم لمکان خیار المجلس لم یکن للشرط لزوم.

(ف) ان قلت: العقد لازم بعد شرط اسقاط الخیار.

قلت: (لو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط) حسب ما ذکرتم (لزم الدور) و حیث ان الدور محال، فلا لزوم للعقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۴

الثانی: ان هذا الشرط مخالف لمقتضی العقد علی ما هو ظاهر قوله البیعان بالخیار فاشتراط عدم کونهما بالخیار اشتراط لعدم بعض مقتضیات العقد.

الثالث: ما استدل به بعض الشافعیة علی عدم جواز اشتراط السقوط من ان اسقاط الخیار فی ضمن العقد اسقاط لما لم یجب، لان الخیار لا یحدث الا بعد البیع، فاسقاطه فیه

و حیث لا لزوم للعقد لا لزوم للشرط، فاستدلالکم للزوم عقد البیع بسبب شرط اسقاط الخیار غیر صحیح.

(الثانی) من وجوه الاشکال (ان هذا الشرط) شرط عدم الخیار (مخالف لمقتضی العقد) فان مقتضی عقد البیع الخیار (علی ما هو ظاهر قوله: البیعان بالخیار) فان معناه ان البیع یقتضی الخیار (فاشتراط عدم کونهما) ای عدم کون البیعان (بالخیار) یکون من (اشتراط لعدم بعض مقتضیات العقد) و مثل هذا الشرط باطل، لما حقق فی محله من ان الشرط المخالف لمقتضی العقد باطل.

(الثالث: ما استدل به بعض الشافعیة علی عدم جواز) ای عدم نفوذ (اشتراط السقوط) لخیار المجلس (من ان اسقاط الخیار فی ضمن العقد اسقاط لما لم یجب) ای اسقاط لما لیس للمسقط، و الانسان لا یقدر ان یتصرف فیما لیس له (لان الخیار لا یحدث الا بعد البیع) فان البیع علة الخیار (فاسقاطه) ای الخیار (فیه) ای فی اثناء البیع، سواء کان فی اوّله او وسطه او آخره، کان یقول: علی شرط عدم خیار المجلس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۵

کاسقاطه قبله.

هذا و لکن شیء من هذه الوجوه لا یصلح للاستشکال.

اما الاول: فلان الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائیة، لانها

بعتک، او یقول: بعتک علی شرط عدم الخیار هذا الکتاب بدینار او یقول: بعتک الکتاب بدینار علی شرط عدم الخیار (کاسقاطه قبله) غیر مؤثر فی السقوط.

(هذا و لکن شیء من هذه الوجوه) الثلاثة (لا یصلح للاستشکال).

(اما) الاشکال (الاول: فلان) حاصل الاشکال ان البیع لیس بعقد لازم، و حاصل الجواب انه عقد لازم ذاتا، و ان لم یکن لازما فعلا و اللزوم الذاتی کاف، فان الشرط فی ضمن العقد لازم الوفاء مطلقا لقوله المؤمنون عند شروطهم و لم یخرج من هذا الاطلاق الا ثلاثة امور.

الاول: الشرط الابتدائی.

الثانی: الشرط فی ضمن العقد الجائز ذاتا کبعض اقسام الهبة- و هی الهبة غیر اللازمة-.

الثالث: الشرط فی ضمن عقد جائز بسبب الخیار، بحیث لا یکون الشرط مسقطا للخیار، کما اذا باعه بشرط ان یخیط ثوبه فانه ما دام العقد جائزا بسبب الخیار یکون الشرط غیر لازم أیضا.

و حیث ان الشرط فیما نحن فیه «شرط اسقاط الخیار» لیس باحدها فهو داخل فی: المؤمنون عند شروطهم و یجب الوفاء به، فان (الخارج من عموم الشرط) فی الروایة، أوّلا: (الشروط الابتدائیة، لانها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۶

کالوعد.

و الواقعة فی ضمن العقود الجائزة بالذات او بالخیار، مع بقائها علی الجواز لان الحکم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا یجتمعان، لان الشرط تابع، و کالتقیید للعقد المشروط به.

کالوعد) بل قد سبق ان تسمیة ذلک شرطا علی نحو من المجاز و التوسع

(و) ثانیا: الشروط (الواقعة فی ضمن العقود الجائزة) جوازا (بالذات) کالشرط فی ضمن الهبة الجائزة.

و ثالثا: ما ذكره بقوله (او) الشروط الواقعة فى ضمن العقود الجائزة جوازا (بالخيار، مع بقائها) اى بقاء تلك العقود (على الجواز) بان لم يسقط الخيار و الا فان سقط الخيار كان العقد لازما و الشرط واجب الوفاء به

و انما كان الشرط فى ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء به (لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد) العقد اللازم ذاتا جوازا (المشروط به) اى انما صار جائز المكان شروط فى ذلك العقد، مثل خيار الشرط و «به» بمعنى «فى» (مما لا يجتمعان).

اذ كيف يكون العقد جائزا و لازما فى آن واحد.

فاذا جاز العقد جاز الشرط (لان الشرط تابع، و) هو (كالتقييد للعقد المشروط به) اى بهذا الشرط، و اذا كان المقيد جائزا تبعه القيد فى كونه جائزا.

هذا كله فى الاقسام الثلاثة للشرط الجائز.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۷

اما اذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فى ما نحن فيه، لا التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع فى اللزوم و الجواز

(اما اذا كان نفس مؤدى الشرط) و مفاده (لزوم ذلك العقد المشروط به) اى بهذا الشرط (كما فى ما نحن فيه) اذ الشرط سقوط خيار المجلس و معناه لزوم العقد و (لا) يكون الشرط (التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد).

مثلا: لم يكن الشرط فى بيع الكتاب اعارة البائع قلمه للمشترى، حيث ان الاعارة التزام آخر (فلزومه) اى لزوم الشرط المسقط للخيار (الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد).

فهنا لزوم ذاتى هو لزوم العقد، و لزوم ثانوى هو عدم الخيار فيه.

و الاول: جاء من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و الثانى: جاء من «المؤمنون عند شروطهم» (فلا يلزم) من وجوب الوفاء بالشرط فى المقام (تفكيك بين التابع) و هو الشرط (و المتبوع) الّذى هو العقد (فى اللزوم و الجواز).

كما اذا كان الشرط لازما، و العقد جائزا، حيث انه كان يلزم التفكيك

و لذا قلنا: بانه اذا كان العقد جائزا كان الواجب القول بجواز الشرط أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۸

و اما الثانى: فلان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه فلا ينافى سقوطه بالشرط.

و بعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هى، حتى لا توجد بدونه.

و قوله: البيعان بالخيار، و ان كان له ظهور فى العلية التامة الا

(و اما) الجواب عن الاشكال (الثانى) و هو ان شرط اسقاط الخيار مخالف لمقتضى العقد (ف) ان هذا الشرط مخالف لاطلاق العقد، لا انه مخالف لمقتضى العقد (لان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه) اى لم يشترط اسقاطه (فلا ينافى سقوطه بالشرط) لانه لا يلزم خلاف حقيقة العقد.

(و بعبارة اخرى) نقول فى الجواب (المقتضى للخيار العقد بشرط لا) اى بشرط ان لا يكون فى العقد اشتراط سقوط الخيار (لا طبيعة العقد من حيث هى) هى، فانها طبيعة مهملة، ان اطلقت اقتضت الخيار، اما ان قيدت بعدم الخيار فليس فيها الخيار (حتى لا توجد) الطبيعة (بدونه) اى بدون الخيار.

و قوله «حتی» متعلق ب «لا طبیعة».

(و) ان قلت: ظاهر «البیعان بالخیار» ان الخیار من مقتضی طبیعة العقد و ان العقد علة تامة للخیار.

قلت: (قوله) صلی الله علیه و آله و سلم: (البیعان بالخیار، و ان کان له ظهور فی العلیة التامة) ای ان الخیار من طبیعة العقد (الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۴۹

ان المتبادر من اطلاقه صورة الخلوّ عن شرط السقوط مع ان مقتضی الجمع بینه و بین دلیل الشرط کون العقد مقتضیا، لاتمام العلة لیکون التخلف ممتنعا شرعا.

نعم یبقی الکلام فی دفع توهم انه لو بنی علی الجمع بهذا الوجه بین دلیل الشرط و عمومات الکتاب و السنة، لم یبق شرط مخالف للکتاب و السنة، بل و لا لمقتضی العقد.

ان المتبادر) عرفا (من اطلاقه) ای اطلاق «بالخیار» (صورة الخلوّ عن شرط السقوط) للخیار، هذا أولا- (مع) انه لو سلمنا ان ظاهر «بالخیار» (ان) الخیار من مقتضی العقد، لکن (مقتضی الجمع بینه) ای بین:

البیعان بالخیار (و بین دلیل الشرط) ای: المؤمنون عند شروطهم رفع الید عن ظهور «بالخیار» فی العلیة بل (کون العقد مقتضیا لاتمام العلة لیکون التخلف) ای تخلف الخیار عن العقد بسبب شرط اسقاط الخیار (ممتنعا شرعا).

و الحاصل ان «البیعان بالخیار» لا ظهور فیه فی العلیة، و لو سلم الظهور فاللازم رفع الید منه بدلیل «المؤمنون عند شروطهم».

(نعم یبقی الکلام) و الاشکال (فی دفع توهم انه لو بنی علی الجمع بهذا الوجه) بتقدیم دلیل: المؤمنون عند شروطهم، علی العمومات (بین دلیل الشرط و عمومات الکتاب و السنة، لم یبق شرط مخالف للکتاب و السنة) مع ان هناک- نصا و اجماعا- شروطا مخالفة لهما بحیث لا تنفذ تلک الشروط (بل و لا) تبقی شروط مخالفة (لمقتضی العقد) مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۰

و محل ذلک و ان کان فی باب الشروط، الا ان مجمل القول فی دفع ذلک فیما نحن فیه انا حیث علمنا بالنص و الاجماع، ان الخیار حق مالی قابل للاسقاط و الارث، لم یکن سقوطه منافیا للمشروع فلم یکن اشتراطه اشتراط المنافی

انه لا- اشکال فی وجود مثل هذا الشرط، فانه لو شرط ان یشرب الخمر او یتزوج بالمرأة فی العدة، او ان لا ینتقل المثمن الی ملک المشتری فی البیع، کان الشرط باطلا، و اللازم العمل بعموم الکتاب و السنة و بمقتضی العقد.

(و محل ذلک) الاشکال و جوابه (و ان کان فی باب الشروط) حیث نذکر خیار الشرط (الا ان مجمل القول فی دفع ذلک) الاشکال (فیما نحن فیه) حتی لا یقال: ان شرط اسقاط خیار المجلس مخالف لمقتضی العقد، ان بعض الاحکام الشرعیة اقتضائیة کحرمة شرب الخمر، و بعضها لا اقتضائیة کحلیة شرب الماء فی هذا الیوم، و بعض الامور المرتبطة بالعقد داخلة فی حقیقة العقد، کالنقل و الانتقال، و بعضها لیست داخلة فی حقیقته کالخیار و الشرط لا یمکن من تغییر الاولین و انما یتمکن من تغییر الاخیرین.

ف (انا حیث علمنا بالنص و الاجماع، ان الخیار حق مالی قابل للاسقاط، و) قابل ل (الارث) فاذا مات ذو الخیار ورث وارث المیت خیار المیت، کما یرث امواله (لم یکن سقوطه) ای الخیار (منافیا للمشروع).

و علیه (فلم یکن اشتراطه) ای اشتراط سقوطه (اشتراط المنافی)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۱

کما لو اشترطا فی هذا العقد سقوط الخیار فی عقد آخر.

و اما عن الثالث: بما عرفت من: ان المتبادر من النص المثبت للخیار صورة الخلوّ عن الاشتراط و اقدام المتبایعین علی عدم الخیار،

ففائدة الشرط ابطال المقتضی، لا اثبات المانع.

لمقتضی العقد فحال اشتراط سقوط الخیار فی هذا العقد یکون (کما لو اشترطا فی هذا العقد سقوط الخیار فی عقد آخر) فانه یسقط الخیار فی العقد الثانی، لانه مقتضی اطلاق: المؤمنون عند شروطهم.

اما احتمال ان یکون قوله «کما» مثالا لاشتراط المنافی فهو بعید.

(و اما) الجواب (عن) الاشکال (الثالث) بان شرط اسقاط الخیار فی ضمن العقد هو اسقاط ما لم یجب ف (بما عرفت) قبل اسطر (من: ان المتبادر من النص صورة الخلوّ عن الاشتراط)

فدلیل الخیار یقول «ان لم یکن شرط کان الخیار موجودا» فیدل هذا الدلیل علی انه لا خیار اذا کان اشتراط (و) ذلک فیما اذا کان (اقدام) من (المتبایعین علی عدم الخیار، ففائدة الشرط) فی ضمن البیع بعدم الخیار (ابطال المقتضی) ففی العقد مقتضی للخیار إن خلی و شانه بدون شرط اسقاط الخیار (لا اثبات المانع) و ان الشرط یسقط الخیار الموجود لیستشکل بانه کیف یسقط الشرط الخیار الّذی لیس بموجود، فالشرط یمنع من وجود الخیار لا ان الشرط یسقط الخیار الموجود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۲

و یمکن ان یستأنس لدفع الاشکال من هذا الوجه الثالث، و من سابقه بصحیحة مالک بن عطیة المتقدمة.

ثم ان هذا الشرط یتصور علی وجوه.

احدها: ان یشترط عدم الخیار، و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط، فیقول: بعت بشرط ان لا یثبت خیار المجلس کما مثل به فی الخلاف و المبسوط و الغنیة و التذکرة، لان المراد بالسقوط هنا

(و یمکن ان یستأنس لدفع الاشکال من هذا الوجه الثالث، و من سابقه) الوجه الثانی (بصحیحة مالک بن عطیة المتقدمة).

و ذلک لانه لو کان فی مثل شرط سقوط الخیار اشکال، لم یکن وجه للصحیحة.

اما الاشکال الاول: فهو اشکال عقلی «بالدور» لا یمکن رفعه بالنقل لانه لو فرض تعارض العقل و النقل کان اللازم تأویل النقل، اذ لا یمکن طرح الدلیل العقلی.

(ثم ان هذا الشرط) شرط عدم الخیار فی ضمن العقد (یتصور علی وجوه).

(احدها: ان یشترط عدم الخیار) اصلا (و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط) للخیار (فیقول) مثلا (بعت بشرط ان لا یثبت خیار المجلس) لک، اولی، او لکلینا (کما مثل به) بهذا النحو من الاسقاط (فی الخلاف و المبسوط و الغنیة و التذکرة) و «عدم الثبوت» و ان کان «غیر السقوط» الا انهما فی المقام شیء واحد (لان المراد بالسقوط هنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۳

عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثانی: ان یشترط عدم الفسخ، فیقول: بعت، بشرط ان لا افسخ فی المجلس فیرجع الی التزام ترک حقه، فلو خالف الشرط و فسخ فیحتمل قویّا عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره علیه، و عدم سلطنته علی ترکه.

کما لو باع منذور التصدق به علی ما ذهب إلیه غیر واحد

عدم الثبوت) من الاصل (لا الارتفاع) بعد وجوده.

نعم اذا شرط سقوط خیار المجلس بعد ساعة من البیع کان سقوطا حقیقة، لانه یکون بعد الثبوت.

(الثانی: ان یشترط عدم الفسخ، فیقول: بعت، بشرط ان لا افسخ فی المجلس) او بشرط ان لا تفسخ انت او بشرط ان لا یفسخ احد منّا (فیرجع) هذا الشرط (الی التزام ترک حقه) لا انه لا خیار له، بل لا ینفذ خیاره (فلو خالف الشرط و فسخ، ف) فیه احتمالان.

اذ (یحتمل قویّا عدم نفوذ الفسخ) اصلا (لان وجوب الوفاء بالشرط) بدلیل: المؤمنون عند شروطهم (مستلزم لوجوب اجباره علیه) ای علی الوفاء (و) لازم الاجبار (عدم سلطنته علی ترکه) ای علی ترک الشرط.

و معنی هذا الاحتمال ان «التکلیف بعدم الفسخ» یتبع «الوضع» و ان فسخه باطل، فالعقد بحاله.

(کما لو باع منذور التصدق به علی ما ذهب إلیه غیر واحد) حیث قالوا ببطلان البیع، فان وجوب الوفاء بالنذر یتبع بطلان البیع من باب ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۴

فمخالفة الشرط و هو الفسخ غیر نافذة فی حقه.

و یحتمل النفوذ لعموم دلیل الخیار، و الالتزام بترک الفسخ لا یوجب فساد الفسخ علی ما قاله بعضهم من ان بیع منذور التصدق حنث موجب للکفارة، لا فاسد.

و حینئذ فلا فائدة فی هذا غیر الاثم علی مخالفته اذ ما یترتب علی مخالفة الشرط فی غیر هذا المقام من تسلط المشروط له علی الفسخ، لو خولف الشرط، غیر مرتب هنا.

الحکم التکلیفی یستتبع الحکم الوضعی.

و علیه (فمخالفة الشرط و هو الفسخ غیر نافذة فی حقه) و یکون البیع ثابتا لازما.

(و یحتمل النفوذ) ای نفوذ الفسخ و ذلک (لعموم دلیل الخیار) من قوله علیه السلام «البیعان بالخیار» (و الالتزام) حسب الشرط (بترک الفسخ) و ان کان واجبا تکلیفا، الا انه (لا یوجب فساد الفسخ).

اذ لا وجه لفساد الفسخ بعد ان کان اختیاره بیده وضعا (علی ما قاله بعضهم من ان بیع منذور التصدق حنث) للنذر، و (موجب للکفارة لا فاسد) (و حینئذ) ای حین اذ کان حنثا (فلا فائدة فی هذا) النذر (غیر الاثم علی مخالفته) ای مخالفة النذر (اذ ما یترتب علی مخالفة الشرط فی غیر هذا المقام من تسلط المشروط له علی الفسخ، لو خولف الشرط غیر مرتب هنا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۵۵

و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال علی وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ فی جمیع الاحوال حتی بعد الفسخ فیستلزم ذلک کون الفسخ الواقع لغوا، کما تقدم نظیره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد علی کون فسخ احدهما منفردا لغوا لا یرفع وجوب الوفاء.

الثالث: ان یشترط اسقاط الخیار

(و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال علی وجوب ترتب آثار الشرط) شرط عدم الفسخ (و هو) ای ترتیب الآثار یکون ب (عدم الفسخ فی جمیع الاحوال حتی بعد الفسخ) اللفظی، فانه و ان فسخ لفظا لکن اثر عدم الفسخ موجود (فیستلزم ذلک) ای ما ذکرناه من وجوب ترتب آثار الشرط (کون الفسخ الواقع لغوا) فوجوده کعدمه، و یکون البیع باقیا علی حاله (کما تقدم نظیره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد) فی الآیة المبارکة (علی کون فسخ احدهما منفردا لغوا).

اذ معنی وجوب الوفاء الوضع، لا مجرد التکلیف.

ففسخ احدهما (لا یرفع وجوب الوفاء).

و الحاصل استفادة الوضع من التكليف.

(الثالث) من الوجوه (ان يشترط اسقاط الخيار) بان يشترط كل واحد منهما على الآخر ان يسقط خياره بعد البيع، و كذا اذا شرط احدهما على الآخر، فانه يلزمه فقط دون من لم يشترط عليه، و حينئذ يكون لاحدهما الخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٥۶

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان.

و الاقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ وجهان.

(و مقتضى ظاهره) اى ظاهر الشرط (وجوب الاسقاط بعد العقد) لان الشرط يسبب التكليف لقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، فليس من تأثير الشرط انه اذا لم يفعله المشروط عليه كان للشارط ان يفسخ فقط، بل له ذلك بالإضافة الى وجوب الوفاء بالشرط على المشروط عليه (فلو اخل) المشروط عليه (به) اى بالشرط (و فسخ العقد، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان).

من ان له خيار الفسخ ففسخه صحيح و ان كان آثما فى عدم التزامه بشرطه.

و من ان الشرط يقتضى الوضع، فلا تأثير لفسخه، بالإضافة الى انه فعل حراما.

(و الاقوى) عند المصنف (عدم التأثير) لقاعدة: ان الشرط يقتضى الوضع (و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار) «الخيار» مفعول «اسقاط» (بعد العقد) متعلق بالاسقاط (و ان لم يفسخ)- فانه اذا خالف و فسخ لم يبق للشارط موضع لتنفيذ شرطه- أم ليس للمشروط الفسخ بمجرد ذلك (وجهان).

و لا يخفى انه اما ان يفرض للشارط خياران، خيار المجلس و خيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٥٧

من عدم حصول الشرط.

و من ان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا اذا فسخ.

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط.

و على القول بتأثيره ثبوت الخيار

الاشتراط.

و اما ان يفرض خيار الاشتراط فقط، لانه شرط عليه عدم خيار المجلس، او انه سقط خيار مجلسه بسبب من الاسباب.

و كيف كان فلا يستشكل بانه لا مورد لقوله «و هل» حيث ان للشارط خيار المجلس.

(من عدم حصول الشرط) فله خيار تخلف الشرط.

(و من ان المقصود منه) اى من شرط اسقاط الخيار (ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف) من هذا الشرط بعد بقاء العقد (الا اذا فسخ) و لم يحصل الفسخ فرضا.

(و الاولى) التفصيل بين المبانى، ف (بناء على القول بعدم تأثير الفسخ) كما اختاره المصنف بقوله «و الاقوى عدم التأثير» (هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط) لما عرفت من ان المقصود من «شرط ان لا يفسخ» ابقاء العقد، و قد بقى العقد غير متزلزل.

(و على القول بتأثيره) اى انه يتمكن من الفسخ، و انما يكون فاعلا للحرام اذا فسخ (ثبوت الخيار) للشارط بمجرد عدم اسقاط المشروط عليه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٥٨

لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له.

و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

بقى الكلام فى ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد، فلو ذكراه قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

و صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت،

الخيار.

و انما كان للشارط (لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و) هذه الفائدة لم تحصل للشارط، اذ (يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له) فله ان يفسخ حتى لا يكون فى حال تزلزل من جهة عدم حصول مصلحته.

(و قد يموت ذو الخيار) المشترط عليه الفسخ (و ينتقل) الخيار (الى وارثه) و الشارط لا يريد ابتلائه بالوارث، الى غير ذلك.

(بقى الكلام فى ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد) و لو على نحو تقديم الظرف، مثل ان يقول: على شرط كذا بعتك هذا الكتاب بدينار (فلو ذكراه قبله) بان لم يكن الشرط جزء من العقد (لم يفد) فى الالزام و الالتزام (لعدم الدليل على وجوب الوفاء به) فالاصل عدم وجوب الوفاء به.

(و) ان قلت: يصدق الشرط عليه.

قلت: (صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت) و ان قال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۵۹

لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر.

و قد تقدم عن القاموس: انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه.

و عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم.

قال فى محكى الخلاف: لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول.

ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعى.

به بعض بل هذا هو الاقرب عندنا اذا اجريا العقد بناء عليه، و لا نسلم التبادر الّذى ذكره المصنف بقوله: (لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر) و الشرط السابق ليس بمرتبط- على راى المصنف- فهو شرط ابتدائى و مثله لا يوجب شيئا.

(و قد تقدم عن القاموس: انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه) من العقود و الايقاعات اللازمة.

(و) لكن (عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم) فى وجوب الوفاء به.

(قال فى محكى الخلاف: لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار) المجلس (بعد العقد، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول) بدون حاجة الى تكرار الشرط مع الايجاب و القبول.

(ثم نقل) الشيخ (الخلاف) فى المسألة (عن بعض اصحاب الشافعى) و انه قال: بان الشرط يلزم ان يكون فى ضمن العقد حتى يؤثر، اما اذا كان قبله فلا تأثير له.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۱۶۰

ثم قال: دليلنا انه لا مانع من هذا الشرط.

و الاصل جوازه.

و عموم الاخبار فى جواز الشرط يشمل هذا الموضع انتهى.

و نحوه المحکی عن جواهر القاضی

و قال فی المختلف علی ما حکی عنه بعد ذلک: و عندی فی ذلک نظر فان الشرط انما یعتبر حکمه لو وقع فی متن العقد.

نعم لو شرطا قبل العقد، و تبایعا علی ذلک الشرط، صحّ ما شرطاه انتهی.

(ثم قال) الشیخ (دلیلنا انه لا مانع من) تأثیر (هذا الشرط) المقدم علی العقد.

(و الاصل) ای مقتضی القاعدة (جوازه) ای نفوذه.

(و) ذلک لان (عموم الاخبار فی جواز الشرط یشمل هذا الموضع) الّذی یکون الشرط فیه مقدما علی العقد (انتهی) کلام الشیخ.

(و نحوه المحکی عن جواهر القاضی).

(و قال فی المختلف علی ما حکی عنه بعد ذلک) الکلام المحکی عن الشیخ (و عندی فی ذلک) ای فی تأثیر الشرط المتقدم (نظر).

(ف) وجه النظر (ان الشرط انما یعتبر حکمه) و یکون واجب الوفاء (لو وقع فی متن العقد) لا ما اذا کان الشرط خارجا قبلا او بعدا.

(نعم لو شرطا قبل العقد، و تبایعا علی ذلک الشرط، صحّ ما شرطاه) لانه شرط فی ضمن العقد أیضا (انتهی) کلام العلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۱

اقول: التبایع علی ذلک الشرط ان کان بالاشارة إلیه فی العقد بان یقول- مثلا-: بعت علی ما ذکر، فهو من المذکور فی متن العقد.

و ان کان بالقصد إلیه و البناء علیه عند الانشاء فهذا هو ظاهر کلام الشیخ.

نعم یحتمل ان یرید الصورة الاولی و اراد بقوله:

(اقول) یرد علی قول العلامة «نعم» احد اشکالین علی سبیل منع الخلو.

لانه ان اشیر الی الشرط فی متن العقد فهو من الشرط فی متن العقد و لیس استثناء، فلا وجه لاستثناء العلامة له.

و ان لم یشر الی الشرط فی متن العقد، فکلام العلامة هو کلام الشیخ فلا وجه لقول العلامة: و عندی فی ذلک نظر.

فان (التبایع) و التبانی (علی ذلک الشرط ان کان بالاشارة إلیه فی العقد، بان) یشترطا أولا ثم (یقول- مثلا-: بعت علی ما ذکر) من الشرط (فهو من) الشرط (المذکور فی متن العقد) و لا یکون استثناء کما استثناه العلامة بقوله «نعم لو شرطا».

(و ان کان) التبایع علی ذلک الشرط (بالقصد إلیه و البناء علیه عند الانشاء) للعقد بدون الاشارة (فهذا هو ظاهر کلام الشیخ) و لا وجه لاشکال العلامة علیه، لان الشیخ و العلامة کلیهما یقولان کلاما واحدا.

(نعم یحتمل ان یرید) الشیخ بکلامه فی کفایة التبانی علی الشرط (الصورة الاولی) ای ما کان الشرط فی متن العقد (و اراد بقوله) بجواز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۲

قبل العقد، قبل تمامه، و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط.

و یؤیده أیضا، بل یعینه ان بعض اصحاب الشافعی انما یخالف فی صحة هذا الاشتراط فی متن العقد.

و

الشرط (قبل العقد، قبل تمامه) ای یشترط فی اثناء العقد قبل ان یتم العقد لا انه اراد اجراء صیغة العقد (و هذا) ای ارادته کون الشرط فی اثناء العقد (هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط)

و ذلک لانه ان کان قبل اجراء العقد کان هناک مانع عن لزوم هذا الاشتراط و المانع انه لیس فی ضمن بیع او نحوه و قد تقدم ان

الشرط انما یلزم اذا کان فی ضمن بیع او نحوه- کما عن القاموس-.

(و یؤیده) ای یؤید ان الشیخ اراد من «قبل العقد» قبل تمام العقد (أیضا، بل یعینه ان بعض اصحاب الشافعی انما یخالف فی صحهٔ هذا الاشتراط فی متن العقد).

و قد عرفت ان الشیخ ذکر کلامه مقابل کلام الشافعی، فاذا کان الشافعی یخالف فی الاشتراط فی متن العقد، فالشیخ یقول: ان الاشتراط فی متن العقد کاف «فلیس کلام الشیخ فی الشرط قبل اجراء صیغهٔ العقد».

(و) یدل علی ان بعض الشافعیهٔ خلافهم فی الشرط فی متن العقد و انهم یرون ان مثل هذا الشرط لیس بملزم، و انما یلزم ان یکون الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۳

قد صرح فی التذکرهٔ، بذکر خلاف بعض الشافعیهٔ فی اشتراط عدم الخیار فی متن العقد.

و استدل عنهم بان الخیار بعد تمام العقد فلا یصح اسقاطه قبل تمامه.

و الحاصل: ان ملاحظهٔ عنوان المسألهٔ فی الخلاف و التذکرهٔ، و استدلال الشیخ علی الجواز، و بعض الشافعیهٔ علی المنع، یکاد یوجب القطع بعدم إرادهٔ الشیخ صورهٔ ترک الشرط فی متن العقد.

بعد العقد، ما (قد صرح) العلامهٔ (فی التذکرهٔ، بذکر خلاف بعض الشافعیهٔ فی اشتراط) هم (عدم الخیار فی متن العقد) قالوا فاذا کان فی متن العقد لم یکن مؤثرا.

(و استدلال) العلامهٔ (عنهم بان الخیار) یحدث (بعد تمام العقد) لان العقد سبب الخیار (فلا یصح اسقاطه قبل تمامه) ای قبل تمام العقد فانه اسقاط لما لم یوجد، و ذلک محال.

(و الحاصل) ان الشیخ لا یرید بیان ان الشرط قبل العقد کاف، بل یرید بیان ان الشرط فی اثناء العقد کاف.

ف (ان ملاحظهٔ عنوان المسألهٔ فی الخلاف و التذکرهٔ، و) ملاحظهٔ (استدلال الشیخ علی الجواز) بانه لا مانع من هذا الشرط (و بعض الشافعیهٔ علی المنع) بانه اسقاط ما لم یحدث (یکاد یوجب القطع بعدم إرادهٔ الشیخ) صحهٔ الشرط المتقدم علی اجراء العقد، و ان (صورهٔ ترک الشرط فی متن العقد) و جعله قبل اجراء العقد کاف فی لزومه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۴

و کیف کان فالاقوی ان الشرط غیر المذکور فی متن العقد غیر مؤثر لانه لا یلزم بنفس اشتراطه السابق لان المتحقق فی السابق اما وعد بالتزام او التزام تبرعی لا یجب الوفاء به و العقد اللاحق و ان وقع مبنیا علیه لا یلزمه لانه الزام مستقل لا یرتبط بالتزام العقد

(و کیف کان) کلام الشیخ (ف) الظاهر عندنا ان الشرط المذکور قبل العقد المبنی علیه العقد، لازم الوفاء، و یشمله کل ادلهٔ الشرط بل هو کذلک عند العقلاء، و قد أمضاه الشارع، فاللازم القول به.

و ان کان (الاقوی) عند المصنف (ان الشرط غیر المذکور فی متن العقد غیر مؤثر) فی وجوب الوفاء به.

و ذلک (لانه لا یلزم بنفس اشتراطه السابق) قبل العقد (لان المتحقق فی السابق اما وعد بالتزام) کانه قال لطرفه: انی اعدک بان التزم ان لا افسخ العقد (او التزام تبرعی) کانه قال: انی التزمت ان لا افسخ.

و من المعلوم ان کلا الامرین (لا یجب الوفاء به) اذا الشرط الزام او التزام فی ضمن بیع او نحوه کما عرفت (و العقد اللاحق) عطف علی «لا یلزم» ای ان وجوب الوفاء بهذا الشرط ان کان من جهة نفسه من غیر ملاحظهٔ العقد فقد عرفت انه غیر ملزم.

و ان کان من جهة «العقد اللاحق» ففیه ان العقد (و ان وقع مبنیا علیه) لکنه (لا یلزمه) ای ان العقد لا یلزم هذا الشرط (لانه) ای الشرط

السابق (الزام مستقل لا یرتبط بالتزام العقد) فی نفسه، فهو التزام و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۵

الا ـ بجعل المتکلم، و الا ـ فهو بنفسه لیس من متعلقات الکلام العقدی مثل العوضین و قیودهما حتی یقدر شرطا منویا، فیکون کالمحذوف النحوی بعد نصب القرینهٔ، فان من باع داره- فی حال بنائه فی الواقع علی عدم الخیار له- لم یحصل له فی ضمن بیعه إنشاء التزام بعدم الخیار، و لم یقید انشائه بشیء بخلاف قوله: بعتک علی ان لا خیار لی الّذی مؤداه

العقد التزام آخر، و لا یرتبط احدهما بالآخر (الا بجعل المتکلم) احدهما مرتبطا بالآخر (و الا فهو) ای الشرط (بنفسه لیس من متعلقات الکلام العقدی مثل العوضین) فانهما من متعلقات «بعت» و «اشتریت» (و قیودهما) عطف علی العوضین، مثل قید ان یکون مع المبیع الشیء الفلانی کالمروحهٔ المنصوبهٔ فی الدار مثلا (حتی یقدر شرطا منویا) فی العقد (فیکون) حاله (کالمحذوف النحوی بعد نصب القرینهٔ) کما اذا قال «دنف» فی جواب «کیف زید» حیث ان «زید» محذوف، ف «دنف» خبر له (فان من باع داره- فی حال بنائه فی الواقع) و فی نفسه (علی عدم الخیار له- لم یحصل له فی ضمن بیعه إنشاء التزام بعدم الخیار) ای إنشاء نفسی (و لم یقید انشائه بشیء) لفظی، فمن این یجب الالتزام بهذا الشرط المقدم فی الکلام؟

اقول فیه: انه اذا بنیا البیع علیه، کان ذلک إنشاء نفسیا، فلا یتم قوله «لم یحصل».

و هذا (بخلاف قوله: بعتک علی ان لا خیار لی الّذی مؤداه) و معناه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۶

بعتک ملتزما علی نفسی و بانیا علی ان لا خیار لی فان انشائه للبیع قد اعتبر مقیدا بانشائه التزام عدم الخیار فحاصل الشرط الزام فی التزام مع اعتبار تقیید الثانی بالاول.

و تمام الکلام فی باب الشروط ان شاء الله تعالی.

فرع: ذکر العلامهٔ فی التذکرهٔ موردا لعدم جواز اشتراط نفی خیار المجلس و غیره

(بعتک ملتزما علی نفسی و بانیا علی ان لا خیار لی) فیکون التزاما فی التزام (فان انشائه للبیع قد اعتبر مقیدا بانشائه التزام عدم الخیار).

و علیه (ف) یکون (حاصل الشرط) فی المثال المزبور (الزام فی التزام، مع اعتبار تقیید الثانی) الشرط (بالاول) ای العقد.

و انما قال «مع» لبیان ان العقد لیس ظرفا فقط للشرط بل العقد مقید به.

(و تمام الکلام فی باب الشروط ان شاء الله تعالی) و الله سبحانه المستعان.

(فرع: ذکر العلامهٔ فی التذکرهٔ موردا لعدم جواز اشتراط نفی خیار المجلس و غیره) ای و نفی غیر خیار المجلس، ای لا یصح ان ینفی کل خیار.

اما اذا نفی بعض الخیارات کما اذا کان له خیار العیب، و الغبن و المجلس فقال بشرط عدم خیار المجلس لم یضر.

اذ هذا الشرط لا ینفی النذر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۶۷

فی متن العقد، و هو ما اذا نذر المولی ان یعتق عبده اذا باعه بان قال: لله علی ان اعتقک اذا بعتک.

قال: لو باعه بشرط نفی الخیار لم یصح البیع لصحهٔ النذر فیجب الوفاء به، و لا یتم برفع الخیار.

و

اما اذا قال بشرط ان لا خیار لی اطلاقا، فانه یضر بالنذر (فی متن العقد، و هو) ای هذا المورد (ما اذا نذر المولی ان یعتق عبده اذا باعه بان قال: لله علی ان اعتقک اذا بعتک) او قال: لله علی ان اعتق عبدی فلانا اذا بعته، و مثله الیمین.

و کذا اذا شرط العتق فی ضمن معاملهٔ سابقهٔ، کما اذا اشتری العبد بشرط انه اذا باعه اعتقه.

و لا- یخفی ان العبد و العتق من باب المثال، و الا- فاذا نذر ان یذبح حیوانه فی سبیل الله اذا باعه کان کذلک، فلیس له ان یسقط خیاراته فی ضمن البیع، و ان کان له ان یسقط بعض خیاراته.

(قال: لو باعه بشرط نفی الخیار لم یصح البیع).

و ذلک (لصحهٔ النذر فیجب الوفاء به، و لا یتم) ای لا یمکن الوفاء بالنذر (برفع الخیار) ای کیف یعتق مال الغیر و لا عتق الا فی ملک.

(و) لکن یمکن ان یقال: بصحهٔ البیع و بطلان شرط سقوط الخیار اذ الشرط مصادم للنذر.

اما البیع فلا مصادمهٔ له مع النذر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۶۸

علی قول بعض علمائنا من صحهٔ البیع مع بطلان الشرط یلغو الشرط و یصح البیع و یعتق، انتهی.

اقول هذا مبنی علی ان النذر المعلق بالعین یوجب عدم تسلط الناذر علی التصرفات المنافیهٔ له.

و قد مرّ ان الاقوی فی الشرط أیضا کونه کذلک.

و إلیه اشار بقوله: و (علی قول بعض علمائنا من صحهٔ البیع مع بطلان الشرط) ای شرط عدم الخیار (یلغو الشرط، و یصح البیع و یعتق)- بصیغهٔ المعلوم- ای بعد البیع یعتق البائع عبده (انتهی) کلام العلامهٔ ره.

اقول: و یمکن فی بعض الصور صحهٔ البیع و الشرط- فیما اذا لم یکن تصادم- کما اذا باعه من مورثه الّذی یموت بعد قلیل فیرثه، او ممن یشتریه منه، او نحو ذلک، و فرض کلام العلامهٔ فی صورهٔ المصادمهٔ.

(اقول هذا) الکلام من العلامهٔ (مبنی علی ان النذر المعلق بالعین یوجب عدم تسلط الناذر علی التصرفات المنافیهٔ له) ای للنذر فاذا نذران یتصدق بشاته لم یجز له بیعها و هبتها هبهٔ لازمهٔ، و نحو ذلک فالنذر یوجب الحجر فی الملک، و فی غیر الملک فاذا نذران یجعل ما حجره مسجدا «و المحجور غیر مملوک» لم یجز له ترک تحجیره حتی یرجع مباحا اصلیا مثلا، الی غیر ذلک من الامثلهٔ.

(و قد مرّ ان الاقوی فی الشرط أیضا) کالنذر (کونه کذلک) ای انه اذا شرط لم یکن له ان یتصرف تصرفا ینافی الشرط، فاذا اشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۶۹

....

العبد بشرط ان یعتقه لم یکن له ان یبیعه، اذ البیع یصطدم مع الشرط.

و کذلک اذا شرط فی النکاح ان لا یتزوج علیها، لم یکن له النکاح علیها، الی غیر ذلک من الامثلهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۷۰

مسئلة: و من المسقطات اسقاط هذا الخیار بعد العقد

بل هذا هو المسقط الحقیقی.

و لا خلاف ظاهرا فی سقوطه بالاسقاط.

و یدل علیه بعد الاجماع فحوی ما سیجیء من النص الدال علی سقوط الخیار بالتصرف، معللا بانه رضاء بالبیع.

(مسألة: و من المسقطات) لخيار المجلس (اسقاط هذا الخيار بعد العقد) سواء اسقطه احدهما او كلاهما (بل هذا هو المسقط الحقيقى) بينما بعض المسقطات السابقة سقوط، لا اسقاط (و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط).

(و يدل عليه بعد الاجماع) المراد بالاجماع ما ذكره: من لا خلاف، فلا يقال: ان بين كلاميه تنافى.

أولا: ما دلّ على ان الخيار حق و من المعلوم ان الحق كالملك يسقط بالاعراض، اما ان الخيار حق فلشهادة العرف بذلك، و اما سقوط الملك بالاعراض فلان العرف يرى ذلك، و الشارع امضى الامرين لانه لم يحدث تغييرا.

و ثانيا: (فحوى ما سيجىء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضاء بالبيع).

فان هذه العلة تدل على انه كلما حصل الرضا بالبيع، بمعنى عدم الأخذ بالخيار و اسقاطه سقط، فاذا كان التصرف الّذى هو اقل من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٧١

مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه.

و لعله لفحوى: تسلط الناس على اموالهم، فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال، و لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل، إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط.

و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط

الاسقاط- لانه يدل على الاسقاط- موجبا لسقوط الخيار، كان الاسقاط اولى بكونه مسقطا له (مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه) و ذلك لان معنى الحق هو هذا فانه و ان كان قد يستعمل الحق بمعنى الحكم الّذى ليس لذى الحق اسقاطه، الا ان ذلك بحاجة الى قرينة خارجية.

(و لعله) اى لعل الدليل على ان لكل ذى حق اسقاط حقه (لفحوى تسلط الناس على اموالهم) كما فى النص (فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال).

وجه الاولوية ان الحق اقل من المال، لانه مرتبة ضعيفة من الملك (و لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل).

و انما لم يكن قابلا لنقل، لانه لا دليل على ذلك، فاللازم الاقتصار على موضع الدليل، و هو ان لهم الاخذ بالحق (إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط) كما انه يشمل عدم الاسقاط.

(و يمكن الاستدلال له) اى لسقوط خيار المجلس بالاسقاط (بدليل الشرط) فانه لو اسقط خياره فقد التزم بالسقوط، فيشمله دليل المؤمنون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٧٢

لو فرض شموله للالتزام الابتدائى.

ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية، للفحوى المتقدمة.

و فحوى ما دل على كفاية بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى.

و صدق الاسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق.

عند شروطهم، و قد سبق ان الشرط يقتضى الوضع (لو فرض شموله) اى الشرط (للالتزام الابتدائى).

(ثم ان الظاهر) من اطلاقات ادلة سقوط الخيار بالاسقاط (سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه) اى على الاسقاط (باحدى الدلالات العرفية) كالدلالة الصريحة و الاشارة و الكناية و العمل كما انه اذا اعتيد ان من يسقط خياره يضع المتاع فى موضع خاص.

و انما قلنا الظاهر ذلک (للفحوی المتقدمة) ای ما ذکرنا من فحوی سقوط الخیار بالتصرف.

(و فحوی ما دل علی کفایة بعض الافعال فی اجازة عقد الفضولی) مثل: ما دلّ علی ان سکوت المولی اجازة لنکاح العبد، و ان سکوت البکر دلیل علی رضاها.

(و) یدل أیضا علی کفایة کل دلالة فی الاسقاط (صدق الاسقاط) عرفا (النافذ) صفة الاسقاط (بمقتضی ما تقدم من التسلط علی اسقاط الحقوق) فاذا کان شیء یدلّ علی اسقاط الحق و المسقط یوجب السقوط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۳

و علی هذا فلو قال احدهما: اسقطت الخیار من الطرفین، فرضی الآخر سقط خیار الراضی أیضا، لکون رضاه باسقاط الآخر خیاره اسقاطا أیضا.

مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر فان اختیار المأمور الفسخ فلا اشکال فی انفساخ العقد.

و ان اختار الامضاء، ف

لزم السقوط بکل ما دلّ علی ذلک.

(و علی هذا) الّذی قلنا ان کل دال علی الاسقاط یوجب السقوط (فلو قال احدهما: اسقطت الخیار من الطرفین، فرضی الآخر) بمقالة صاحبه (سقط خیار الراضی أیضا) کما سقط خیار المتکلم (لکون رضاه باسقاط الآخر خیاره اسقاطا) له (أیضا) «اسقاطا» خبر «کون».

و مثله ما لو قال له: اسقط خیارک، فقال نعم، فقال اسقطت خیارک الی غیر ذلک مما یدل علی الرضی بسقوط الخیار إنشاء.

(مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر) او ما فی معناه (فان اختار المأمور الفسخ فلا اشکال فی انفساخ العقد) لان له الفسخ سواء امره بذلک أم لا، نعم قد یکون قول الآمر «اختر» یعنی عن نفسک، و قد یقصد عن نفسه و قد یقصد الاطلاق، فان قصد اختر عن نفسک، لم یکن قول المأمور «فسخت» اذا قصد به الفسخ عن الامر فسخا، اذ انه لم یکن وکیلا له فی الفسخ و لم یفسخ عن نفسه.

(و ان اختار الامضاء، ف) لا شک انه یسقط خیار المضی حینئذ،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۴

فی سقوط خیار الآمر أیضا مطلقا کما عن ظاهر الاکثر بل عن الخلاف الاجماع علیه، او بشرط ارادته تملیک الخیار لصاحبه و الا فهو باق مطلقا کما هو ظاهر التذکرة او مع قید إرادة الاستکشاف دون التفویض و یکون حکم التفویض کالتملیک اقوال

لفرض انه اسقط خیاره، بسبب اختیاره امضاء العقد، و (فی سقوط خیار الآمر أیضا مطلقا) مقابل التفصیل الآتی (کما عن ظاهر الاکثر بل عن الخلاف الاجماع علیه).

و ذلک لانه فوض الخیار الی صاحبه و صاحبه اسقط الخیار (او) التفصیل بسقوط خیار الآمر (بشرط ارادته تملیک الخیار لصاحبه).

و الخیار یملّک، لانه حق قابل للتملیک کما انه قابل للاسقاط، بل لا یبعد قبوله للمعارضة (و الا) یرد تملیک الخیار لصاحبه (فهو باق مطلقا) مقابل التفصیل الآتی (کما هو ظاهر التذکرة) فانه اذا لم یرد تملیک الخیار لصاحبه فلا وجه لسقوط خیاره بمجرد قوله لصاحبه «اختر» فان کلمة «اختر» لیست من مسقطات الخیار (او مع قید) «الا هو باق» ب (إرادة الاستکشاف دون التفویض).

و حاصله: اخراج صورة اخری من «الا- هو باق» و هی صورة التفویض (و) علیه (یکون حکم التفویض کالتملیک) فی انه یوجب سقوط الخیار (اقوال) ثلاثة الاول: ان «اختر» یوجب سقوط خیار الآمر مطلقا.

الثانی: انه یوجب سقوطه ان اراد التملیک، و ان لم یرد التملیک فلا سقوط.

الثالث: انه یوجب سقوطه ان اراد التملیک، او التفویض و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۵

و لو سکت فخیار الساکت باق اجماعا، و وجهه واضح.

و اما خیار الآمر ففی بقائه مطلقا، او بشرط عدم إرادة تملیک الخیار کما هو ظاهر التذکرة، او سقوط خیاره مطلقا، کما عن الشیخ، اقوال.

و الاولی ان یقال: ان کلمة: اختر

لا- یوجب سقوطه فلا- فرق لان «التملیک» معناه ان الخیار انتقل الی المأمور فله خیاران فاذا اسقط المأمور خیار نفسه، کان له خیار الآمر.

و اما «التفویض» فمعناه ان «الخیار للآمر» حتی ان الآمر ان اراد سحب تفویضه الی نفسه رجع الخیار إلیه، و انما للمأمور ان یجری خیار الآمر وکالة عنه (و لو سکت) المأمور بعد قول الآمر «اختر» بان لم یفسخ و لم یمض (فخیار الساکت) ای المأمور (باق اجماعا، و وجهه واضح) لانه لم یستعمل خیاره، نفیا و لا ایجابا.

(و اما خیار الآمر ففی بقائه مطلقا، او) یفصل فیبقی (بشرط عدم إرادة تملیک) الآمر (الخیار) للمأمور (کما هو ظاهر التذکرة، او سقوط خیاره) بمجرد الامر (مطلقا) ای سواء اراد التملیک، أم لا (کما عن الشیخ، اقوال) ثلاثة.

ثم ان تملیک الآمر خیاره للمأمور انما یکون مملّکا اذا قبل المأمور و إلا فإن لم یقبل المأمور لم یملک المأمور الخیار لاصالة عدم التملک بدون القبول و الله العالم.

(و الاولی ان یقال: ان کلمة: اختر) و ما یراد فها فی سائر اللغات، او ما یشابهها فی اللغة العربیة مثل «تخیر» و «انت مختار»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۶

بحسب وضعه لطلب اختیار المخاطب احد طرفی العقد من الفسخ و الامضاء و لیس فیه دلالة علی ما ذکروه من تملیک الخیار، او تفویض الامر او استکشاف الحال.

نعم الظاهر عرفا من حال الآمر ان داعیه استکشاف حال المخاطب، و کانه فی العرف السابق کان ظاهرا فی تملیک المخاطب امر الشیء، کما یظهر من باب الطلاق

الی غیرها (بحسب وضعه) لغة انما هو (لطلب اختیار المخاطب احد طرفی العقد من الفسخ و الامضاء) فانه دلالته المطابقیة (و لیس فیه دلالة) باحدی الدلالات الثلاث (علی ما ذکروه من تملیک الخیار) بنقل المتکلم خیاره الی المخاطب.

و الظاهر ان له الحق فی النقل، اذ الخیار ملکه، فکما له اسقاطه کذلک له نقله الی انسان آخر.

و منه یعلم ان قول ذی الخیار، لشخص ثالث «اختر» حاله حال ما اذا قال لطرفه، لوحدة المناط فی کلا المقامین (او تفویض الامر) کان یکون المخاطب وکیلا عن الآمر (او استکشاف الحال) بانه هل یرغب المأمور فی الفسخ او الامضاء بدون ان یکون الامر توکیلا او تملیکا.

(نعم الظاهر عرفا) ای ان العرف یستظهر (من حال الآمر ان داعیه) فی هذا الامر (استکشاف حال المخاطب) بدون تملیک و لا توکیل (و کانه فی العرف السابق کان) لفظ «اختر» (ظاهرا فی تملیک المخاطب امر الشیء) الّذی کان مالکه الآمر (کما یظهر من باب الطلاق).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۷

فان تم دلالته حینئذ علی اسقاط الامر خیاره بذلک، و الا فلا مزیل لخیاره.

و علیه یحمل- علی تقدیر الصحة- ما ورد فی ذیل بعض اخبار خیار المجلس: انهما بالخیار ما لم یفترقا، او یقول احدهما لصاحبه: اختر.

لکن لا یخفی ان دعوی ذلک بعیدة، و الاصل عدم النقل، بل «اختر» ظاهر فی ان الآمر راض بما یفعله المخاطب من الفسخ و الامضاء لیس الا.

فان کانت هناک قرینة خارجیة او کلامیة تدل علی التملیک او التفویض او الاستکشاف فیها، و الا اخذ بمقتضی ظهور اللفظ.

(فان تم دلالته) ای دلالة «اختر» (حینئذ) ای حین کان ظهوره السابق فی التملیک (علی اسقاط الآمر خیاره بذلک) بلفظ «اختر» فهو (و الا) یتمّ دلالته (فلا مزیل لخیاره) ای لخیار الآمر، بل الاصل بقاء خیار الآمر.

(و علیه) ای علی ما ذکرنا من ظهور «اختر» فی السابق فی تملیک المخاطب الخیار (یحمل- علی تقدیر الصحة-) ای صحة کونه فی السابق ظاهرا فی التملیک (ما ورد فی ذیل بعض اخبار خیار المجلس: انهما بالخیار ما لم یفترقا، او یقول احدهما لصاحبه: اختر) فانه ظاهر فی سقوط خیار الآمر اذا قال هذه اللفظة.

ثم انه لو شک فی انه هل قصد بقوله «اختر» اسقاط خیاره، أم لا؟

فالاصل العدم، کما انه لو شک فی انه هل فوض بذلک خیاره، أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۸

ثم انه لا اشکال فی ان اسقاط احدهما خیاره لا یوجب سقوط خیار الآخر.

و منه یظهر انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر، انفسخ العقد، لانه مقتضی ثبوت الخیار، فکان العقد- بعد اجازة احدهما- جائزا من طرف الفاسخ دون المجیز کما لو جعل الخیار من اوّل الامر لاحدهما و هذا لیس تعارضا بین الاجازة و الفسخ، و ترجیحا له علیها.

فالاصل عدم التفویض.

(ثم انه لا اشکال فی ان اسقاط احدهما خیاره لا یوجب سقوط خیار الآخر) لوضوح ان هناک خیارین، فلکل واحد منهما خیار.

(و منه یظهر) حیث ان للآخر الاجازة او الفسخ (انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر، انفسخ العقد) سواء تقارن الاجازة و الفسخ، او قدم احدهما علی الآخر (لانه) ای الانفساخ بالفسخ (مقتضی ثبوت الخیار) و الا فان لم یکن لاحدهما الفسخ لم یکن له خیار، و المفروض ان له الخیار (فکان العقد- بعد اجازة احدهما- جائزا من طرف الفاسخ) ای ان له الاجازة و الفسخ (دون المجیز) لان الاجازة اوجبت سقوط خیاره، فیکون حاله حال من لم یجز بعد (کما لو جعل الخیار من اوّل الامر لاحدهما) فان المجیز قد اسقط خیاره باجازته (و هذا) ای انه اذا فسخ احدهما انفسخ و ان اجازة الآخر (لیس تعارضا بین الاجازة و الفسخ، و ترجیحا له) ای للفسخ (علیها) ای علی الاجازة.

و ذلک لاختلاف المتعلق، فان متعلق کل منهما التزام بنفسه فسواء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۷۹

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفین، کما لو فرض ثبوت الخیار من طرف احد المتعاقدین، او من طرفهما لمتعدد کالاصیل و الوکیل فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة او تصرف ذو الخیار فی العوضین دفعة واحدة کما لو باع عبدا بجاریة ثم اعتقهما جمیعا حیث ان اعتاق العبد فسخ، و اعتاق الجاریة

تقدم الفسخ او تأخر، او تقارن، اخذ به، و ذلک بخلاف صورة التعارض حیث انه یقدم المقدم منهما علی المؤخر.

و فی صورة التعارض یتساقطان، او نحو ذلک.

(نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفین، کما لو فرض ثبوت الخیار من طرف احد المتعاقدین) کما فی خیار الحیوان و الغبن و العیب من طرف واحد او اسقط احدهما خیار مجلسه بالشرط و نحوه الی غیر ذلک، لکن کان هذا الخیار من طرف واحد، لشخصین، کالاصیل و الوکیل (او) کان الخیار (من طرفهما) معا (لمتعدد کالاصیل و الوکیل) بان عقد الوکیلان بمحضر الاصیلین (فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة) لا تدریجا، لانه لو فعلا ذلک تدریجا قدم المتقدم من الاجازة او الفسخ، اذ قد اخذ هذا الطرف حقه، سواء اجاز او فسخ و لا یبقی مجال لان یأخذ ثانیا، فانه کان له حق واحد و قد اخذه.

(او تصرف ذو الخیار فی العوضین دفعة واحدة کما لو باع عبدا بجاریة، ثم اعتقهما جمیعا) او وهبهما جمیعا، فان هذا العمل منه فسخ و اجازة فی آن واحد (حیث ان اعتاق العبد فسخ، و اعتاق الجاریة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۸۰

اجازة.

او اختلف الورثة فی الفسخ و الاجازة تحقق التعارض.

و ظاهر العلامة فی جمیع هذه الصور تقدیم الفسخ، و لم یظهر له وجه تام و سیجیء الاشارة الی ذلک فی موضعه.

اجازة) و المفروض انه لیس له الا احدهما فقط.

(او) کان خیار واحد للبائع مثلا فمات و ورثه اثنان، و (اختلف الورثة فی الفسخ و الاجازة) فاجاز احدهما و فسخ الآخر (تحقق التعارض).

لکن لا یخفی الفرق بین المثال الاخیر، و بین ما تقدمه، لإمکان تبعض الصفقة فی المثال الاخیر اذا رضی بذلک الطرف الآخر.

مثلا: لو باع کتابین لزید، فمات و ورثه والداه، فاجاز احدهما و فسخ الآخر، فانه یمکن البیع فی احد الکتابین دون الکتاب الآخر.

(و) کیف کان ف (ظاهر العلامة فی جمیع هذه الصور) المذکورة بعد قوله «نعم» (تقدیم الفسخ، و لم یظهر له وجه تام) اذ ما دام هناک حق واحد له طرفان، فلما ذا یقدم هذا الطرف علی ذاک الطرف، فهو من قبیل ما لو رفع الاخرس الغطاء عن رأس زوجتین اختین عقد تاله فضولة، فانه یبقی بعد ذلک العقد علی اجماله بعد عدم امکان کلیهما و عدم وجود وجه لکونه فسخا لکلا العقدین (و سیجیء الاشارة الی ذلک فی موضعه) ان شاء الله.

و مقتضی القاعدة ان الامر یبقی کسابقه بدون اجازة و لا فسخ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۸۱

مسئلة من جملة مسقطات الخیار افتراق المتبایعین

اشارة

و لا- اشکال فی سقوط الخیار به، و لا- فی عدم اعتبار ظهوره فی رضاهما بالبیع، و ان کان ظاهر بعض الاخبار ذلک مثل قوله: فاذا افترقا فلا خیار لهما بعد الرضا.

و معنی حدوث افتراقهما المسقط مع کونهما متفرقین حین العقد

(مسألة: من جملة مسقطات الخیار افتراق المتبایعین) احدهما عن الآخر (و لا اشکال فی سقوط الخیار به) نصّا و اجماعا (و لا) اشکال أیضا (فی عدم اعتبار ظهوره) ای لا یلزم ان یکون الافتراق ظاهرا (فی رضاهما بالبیع).

فالافتراق یوجب سقوط الخیار، و ان علمنا انهما افترقا غیر راضیین بالبیع (و ان کان ظاهر بعض الاخبار ذلک) ان الافتراق انما یکون مسقطا لانه دلیل الرضا (مثل قوله) علیه السلام (فاذا افترقا فلا خیار لهما بعد الرضا).

و انما لا یکون هذا الظهور حجة، لاحتمال کونه حکمة بالإضافة الی المناقشة فی اصل الظهور، لاحتمال تعلق «بعد» بالبیع الواقع ای انهما بعد ان رضیا باصل البیع، فافتراقهما یوجب اللزوم.

(و معنی حدوث افتراقهما المسقط) للخیار (مع کونهما متفرقین حین العقد) لان الغالب انهما لا یعقد ان متلاصقین احدهما بالآخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۸۲

افتراقهما بالنسبة الی الهیئة الاجتماعیة الحاصلة لهما حین العقد فاذا حصل الافتراق الاضافی و لو بمسماه ارتفع الخیار، فلا یعتبر الخطوة و لذا حکی عن جماعة: التعبیر بأدنی الانتقال.

و الظاهر ان ذکره فی بعض العبارات لبیان اقل الافراد خصوصا مثل قول الشیخ فی الخلاف اقل ما ینقطع به خیار المجلس خطوة مبنی علی الغالب فی الخارج، او فی التمثیل لاقل الافتراق.

(افتراقهما بالنسبة الی الهیئة الاجتماعیة الحاصلة لهما حین العقد) و لو کانت الهیئة الاجتماعیة بسبب اللاسلکی او التلفون او کان احدهما یوصل صوته الی الآخر بسبب المکبرة و نحوها (فاذا حصل الافتراق الاضافی) ای بالإضافة الی الاحتمال حال العقد (و لو بمسماه) بان کان الافتراق قلیلا- (ارتفع الخیار) و لو شک فی الافتراق کان الاصل العدم (فلا یعتبر) فی حصول الافتراق مقدار (الخطوة) بل یکفی الاقل من ذلک (و لذا حکی عن جماعة) من الفقهاء (التعبیر) عن الافتراق (بأدنی الانتقال) الشامل لما اذا کان اقل من خطوة.

(و الظاهر) من القرائن (ان ذکره) ای ذکر الافتراق بخطوة (فی بعض العبارات لبیان اقل الافراد) «لبیان» ای فی مقام بیان، و خبر «ان» قوله «مبنی» (خصوصا مثل قول الشیخ فی الخلاف اقل ما ینقطع به خیار المجلس خطوة) و الخصوصیة من جهة استبعاد ان یقول الشیخ ذلک لوضوح انه لا- خصوصیة لهذا المقدار لانه (مبنی علی الغالب فی الخارج) حیث یخطوان بعد العقد (او) الغالب (فی التمثیل) فان الخطوة هو المثال الغالب علی الالسنة (لاقل الافتراق) بین انسانین اجتماعا فی محل واحد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۸۳

فلو تبایعا فی سفینتین متلاصقتین کفی مجرد افتراقهما.

و یظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثیل کثیر من الاصحاب.

و عن صریح آخر التأمل و کفایة الخطوة لانصراف الاطلاق الی ازید منها فیستصحب الخیار.

و یؤیده قوله فی بعض

(ف) انه لا شک فی انه (لو تبایعا فی سفینتین متلاصقتین کفی مجرد افتراقهما) و ان لم یخطو البائعان خطوة واحدة.

و الحاصل ان الخطوة مثال من ناحیتین ناحیة اصلها فی قبال افتراق السفینتین، و ناحیة مقدارها فی قبال الاقل من الخطوة.

(و) مع هذا کله فانه (یظهر من بعض اعتبار الخطوة) حقیقة (اغترارا) منه (بتمثیل کثیر من الاصحاب) بالخطوة فظن انها المعیار فی الافتراق.

(و عن صریح آخر التأمل و کفایة الخطوة) لاحتمال الاحتیاج الی ازید منها فی صدق الافتراق.

و ذلک (لانصراف الاطلاق) ای اطلاق الافتراق- بنظره- (الی ازید منها) ای من الخطوة.

(ف) اذا شک فی کفایة الخطوة (یستصحب الخیار) کما ظنه هذا البعض.

(و یؤیده) ای یؤید عدم کفایهٔ الخطوهٔ (قوله) علیه السلام (فی بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۸۴

الروایات فلما استوجبتها قمت فمشیت خطا لیجب البیع حین افترقنا.

و فیه منع الانصراف.

و دلالهٔ الروایهٔ.

ثم اعلم ان الافتراق- علی ما عرفت من معناه- یحصل بحرکهٔ احدهما و بقاء الآخر فی مکانه، فلا یعتبر الحرکهٔ من الطرفین فی صدق افتراقهما فالحرکهٔ من احدهما لا یسمی افتراقا حتی یحصل عدم المصاحبهٔ من الآخر،

الروایات) الآتیهٔ (فلما استوجبتها) ای المعاملهٔ و (قمت فمشیت خطا لیجب البیع حین افترقنا) بدعوی ظهور الروایهٔ فی عدم کفایهٔ الخطوهٔ.

(و فیه منع الانصراف) أولا، لانه لا نسلم الانصراف العرفی.

(و) منع (دلالهٔ الروایهٔ) ثانیا، لان عمله علیه السلام من باب المصداق، حسب ما یراه العرف.

(ثم اعلم ان الافتراق- علی ما عرفت من معناه- یحصل بحرکهٔ احدهما و بقاء الآخر فی مکانه، فلا یعتبر الحرکهٔ من الطرفین فی صدق افتراقهما).

و نسبهٔ الافتراق إلیها لغلبهٔ اختیار غیر المتحرک البقاء فی مکانه حتی یبتعد منه المتحرک، و ان کان احیانا بقائه قسرا لشلل او سجن او ما اشبه.

و علی کل (فالحرکهٔ من احدهما لا یسمی افتراقا حتی یحصل عدم المصاحبهٔ من الآخر) فلو تصاحبا، و مشیا الف فرسخ، او کانا فی سفینهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۸۵

فذات الافتراق من المتحرک و اتصافها بکونها افتراقا من الساکن.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۱، ص: ۱۸۵

و لو تحرک کل منهما کان حرکهٔ کل منهما افتراقا بملاحظهٔ عدم مصاحبهٔ الآخر.

و کیف کان فلا یعتبر فی الافتراق المسقط حرکهٔ کل منهما الی غیر جانب الآخر، کما یدل علیه الروایات الحاکیهٔ لشراء الامام علیه السلام ارضا و انه علیه السلام قال: فلما

و مشت کذلک لم یحصل الافتراق.

و الظاهر ان السکر و الاغماء و النوم بل الموت أیضا لا یوجب صدق الافتراق (فذات الافتراق) ای الحرکهٔ المحققهٔ له (من المتحرک) منها (و اتصافها) ای ذات الافتراق (بکونها افتراقا) یکون (من الساکن) ای انه لا یحصل الا بان یکون هناک طرف آخر ساکن- فیما اذا لم یتحرک الطرف الآخر الی اتجاه مخالف لاتجاه الطرف الاول المتحرک-.

(و لو تحرک کل منهما کان حرکهٔ کل منهما افتراقا بملاحظهٔ عدم مصاحبهٔ الآخر) لا بملاحظهٔ حرکهٔ الآخر، لما عرفت من انه لا یلزم

حرکة الآخر فی صدق الافتراق.

و الحاصل: ان الافتراق قائم بطرفین، اما بحرکتهما فی اتجاه مخالف للآخر، و اما بحرکة احدهما و سکون الآخر.

(و کیف کان فلا- یعتبر فی الافتراق المسقط) للخیار (حرکة کل منهما الی غیر جانب الآخر، کما یدل علیه) ای علی «لا یعتبر» (الروایات الحاکیة لشراء الامام علیه السلام ارضا، و انه علیه السلام قال: فلما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۸۶

استوجبتها قمت فمشیت خطا لیجب البیع حین افترقنا، فاثبت افتراق الطرفین بمشیه علیه السلام فقط.

استوجبتها) فان البائع یوجب، و المشتری یستوجب، و هو انفعال بصیغة الاستفعال، من قبیل الکسر و الانکسار (قمت فمشیت خطا لیجب البیع) ای یلزم (حین افترقنا، ف) انه علیه السلام (اثبت افتراق الطرفین بمشیه علیه السلام فقط) و تبقی مسئلة انه اذا کان الثانی مضطرا الی عدم الحرکة مع المتحرک، فهل یوجب عمل المتحرک افتراقا، أم لا؟ و سیأتی الکلام فیه فی المسألة التالیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۸۷

مسئلة المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اکراه اذا منع من التخایر أیضا،

سواء بلغ حد سلب الاختیار أم لا، لاصالة بقاء الخیار بعد تبادر الاختیار من الفعل المسند الی الفاعل المختار مضافا الی حدیث: رفع ما استکرهوا علیه.

(مسألة المعروف) بین الاصحاب (انه لا اعتبار بالافتراق عن اکراه) لاحدهما او لکلیهما، کما اذا حبس احدهما بالقوة و حرک الثانی بالقوة (اذا منع من التخایر) و الاختیار (أیضا) اذ: لو لم یمنع من الاختیار لم یکن اکراها علی عدم الخیار، لامکان الفسخ لاحدهما قبل الافتراق

و منه یعلم انه لو کان الوقت بحیث لا یسمح بالاختیار کما لو جذبه دفعة واحدة، کان فی حکم المنع من الاختیار (سواء بلغ حد سلب الاختیار) بان کان الجاء، کما اذا سدّ فمه و جذبه (أم لا) کما اذا قال له: ان تکلمت ضربت عنقک.

و انما کان المعروف بقاء الخیار (لاصالة بقاء الخیار بعد) الشک فیه و ذلک، ل (تبادر الاختیار من الفعل المسند الی الفاعل المختار).

فقوله علیه السلام: ما لم یفترقا: ظاهر فی اختیارهما فی الافتراق (مضافا الی حدیث: رفع ما استکرهوا علیه) فان سقوط الخیار تابع للافتراق، فاذا حصل بالاکراه لم یترتب علیه اثره الّذی هو سقوط الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۸۸

و قد تقدم فی مسألة اشتراط الاختیار فی المتبایعین ما یظهر منه عموم: الرفع، للحکم الوضعی المحمول علی المکلف فلا یختص برفع التکلیف هذا.

و لکن یمکن منع التبادر، فان المتبادر هو الاختیاری فی مقابل الاضطراری الّذی لا یعدّ فعلا حقیقیا قائما بنفس الفاعل، بل یکون صورة فعل قائمة بجسم المضطر،

(و) ان قلت: هل حدیث الرفع یشمل الحکم الوضعی.

قلت: (قد تقدم فی مسألة اشتراط الاختیار فی المتبایعین ما یظهر منه عموم) دلیل (الرفع للحکم الوضعی المحمول علی المکلف) و ان لم یکن فعلا له کالجزئیة لواجب و نحوها، فانه ربما یفصل بین الحکم الوضعی الّذی هو فعل للمکلف مثل جزئیة السورة فانها فعل

للمكلف، فيقال:

انها ساقطة فى حالة الاكراه، و بين الحكم الوضعى الّذى ليس فعلا للمكلف مثل سقوط الخيار الّذى ليس فعلا للمكلف فيقال: انه غير ساقط فى حالة الاكراه

و المصنف يريد بيان اطلاق الرفع لجميع الاحكام الوضعية المحمولة على المكلف، سواء كانت فعلا له، أم لا (فلا يختص) دليل الرفع (برفع التكليف) فقط (هذا) تمام الكلام فى توجيه فتوى المشهور.

(و لكن يمكن منع التبادر) اى تبادر الاختيار فى قبال الاكراه (فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى) كما اذا سدّ فمه و جذبه (الّذى لا يعدّ فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٨٩

لا ـ فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه فان التبادر ممنوع، فاذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل، مع ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق- و لو اضطرارا- مسقط للخيار، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء

فاذا قيل: فعل فلان، لم يتبادر منه هذا العمل الالجائى، بل يصح السلب، فيقال: انه لم يفعله، و اذا سمى انه فعله فهو بالمجاز

و لذا اذا اسقط شخص انسانا من السطح لا يصح ان نقول انه اسقط نفسه، و اذا اخذ جابر يد زيد و ضرب بها عمروا، لا يصح ان يقال: ضرب زيد عمروا (لا) الاختيارى (فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار).

و انما فعل (لدفع الضرر المتوعد على تركه) فانه اذا قال شخص لزيد: اضرب عمروا، و الا قتلتك فضربه صح ان يقال: ان زيد اضرب عمروا (فان التبادر) للاختيارى فى قبال الاكراهى (ممنوع) بل «فعل» يشمل كليهما (فاذا دخل) فى عموم «افترقا» فى الحديث (الاختيارى المكره عليه) بان اوجب الافتراق الاكراهى سقوط الخيار (دخل الاضطرارى) أيضا، و اوجب الافتراق الاضطرارى سقوط الخيار (لعدم القول بالفصل) بين الاكراهى و الاضطرارى (مع) ان هناك وجها آخر يدل على ان الافتراق الاكراهى لا يوجب سقوط الخيار.

ف (ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق- و لو اضطرارا- مسقط للخيار، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء) بان لم يؤخذ فمه حتى لا يتمكن ان يتكلم، او لم يكن الافتراق فى حال نوم، او سكر او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٩٠

مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار.

قال فى المبسوط فى تعليل الحكم المذكور لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ، فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الامضاء، انتهى.

و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار، انتهى.

و منه

ما اشبه مما يمنع عن التكلم (مستدلين عليه) اى على انه مسقط للخيار (بحصول التفرق المسقط للخيار) فاذا كان التفرق الاضطرارى مسقطا كان التفرق الاكراهى مسقطا أيضا.

(قال) الشيخ (فى المبسوط) فى وجه سقوط الخيار بالتفرق الاضطرارى (فى تعليل الحكم المذكور) فى سقوط الخيار (لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ، فلم يفعل) احدهما (حتى وقع التفرق) و لو كان تفرقا عن اضطرار (كان ذلك دليلا على الرضا) بالعقد

(و الامضاء) له (انتهى).

(و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور) السقوط بالتفرق الاضطرارى (بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار، انتهى).

و لا يخفى ان كلامه اقرب من كلام الشيخ اذ: ربما لا يدل عدم الاختيار على الرضا، للغفلة، او الجهل، او ما اشبه، الا ان يريد الرضا النوعى.

(و منه) اى من انه اذا لم يمنع عن الكلام فليس بمضطر، بل مختار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۹۱

يظهر انه لا وجه للاستدلال بحديث: رفع الحكم عن المكره، للاعتراف بدخول المكره و المضطر اذا تمكنا من التخاير.

و الحاصل ان فتوى الاصحاب: هى ان التفرق عن اكراه عليه و على ترك التخاير غير مسقط للخيار.

و انه لو حصل احدهما

لم يأخذ بالفسخ (يظهر انه لا وجه للاستدلال) على بقاء الخيار لو اكره على الافتراق (بحديث: رفع الحكم عن المكره).

و انما لا يصح الاستدلال (للاعتراف) فى كلام الشيخ، و المحقق الثانى (بدخول المكره و المضطر اذا تمكنا من التخاير) فى عموم «الافتراق» و لا مخرج لهما عن عموم «حتى يفترقا» فان حديث الرفع لا يشمل المقام اذ هو فيما كان افتراق اكراهى او اضطرارى، و لم يتمكنا من التخاير هذا ما فهمته عن عبارة المصنف ره.

(و الحاصل) فى بيان ان الاكراه على الافتراق وحدة بدون سلب الاختيار عن التخاير لا ينفع فى سقوط الخيار (ان فتوى الاصحاب: هى ان التفرق) انما لا يسقط الخيار بشرطين.

الاول: اذا كان (عن اكراه عليه) اى على التفرق.

(و) الثانى: اذا كان عن اكراه (على ترك التخاير) مثل ما اذا كمّم فاه، و جذبه، فانه حينئذ (غير مسقط للخيار) لانه اكراه تام فيشمله حديث: الرفع.

(و) اما (انه لو حصل احدهما) اى التفرق، او ترك التخاير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۱۹۲

باختياره سقط خياره.

و هذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الادلة بالتفرق الاختيارى و لا بان مقتضى: حديث الرفع، جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق، لان المفروض ان التفرق الاضطرارى أيضا سقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخاير.

(باختياره) و ان كان فى ثانيهما مكرها (سقط خياره) لانه لم يكره فى ترك الخيار.

(و هذا) الّذى ذكرناه انه فتوى الاصحاب- من اشتراطهم شرطين- (لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الادلة) اى ادلة سقوط الخيار (بالتفرق الاختيارى و) كذا (لا) يصح الاستدلال عليه (بان مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق).

و انما لا يصح الاستدلال عليه بهذين الأمرين (لان المفروض ان التفرق الاضطرارى أيضا مسقط) للخيار (مع وقوعه) اى وقوع التفرق (فى حال التمكن من التخاير).

و الحاصل: انا نحتاج الى دليل يقول: ان التفرق الاكراهى، و ان التفرق الاضطرارى كليهما، لا يوجبان سقوط الخيار، واحد الدليلين السابقين اى اختصاص الادلة بالتفرق الاختيارى، و حديث الرفع، لا يتكفل بكلا الامرين معا التفرق الاكراهى، و التفرق الاضطرارى.

اذ: الدليل الاول يقول: التفرق الاختيارى يسقط، و هو فى مقابل الاكراهى فقط- على ما قاله الاصحاب: بان الاكراهى لا يسقط-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٩٣

فالاولى الاستدلال عليه- مضافا الى الشهرة المحققة الجابرة للاجماع المحكى، و الى ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا او اضطرارا- بقوله عليه السلام فى صحيحة الفضيل:

و الدليل الثانى يقول: التفرق الاكراهى لا يسقط، لانه مقتضى:

حديث الرفع عن المكره».

و على كلا الدليلين فلا تعرض لحكم المضطر، فتحقق انه ليس هناك دليل على ان المكره و المضطر فى التفرق لا يسقط خيارهما.

و بعبارة اخرى: الدليلان «باختصاص .. و لا بان ..» لا يمكن الاستناد إليهما فى عدم سقوط خيار المكره، لان المضطر الممنوع عن التخاير ساقط خياره أيضا، مع ان الدليلين لا يشملانه.

فاللازم التماس دليل يشمل كلا المكره و المضطر، هذا ما يستفاد من عبارة المصنف.

و لا يخفى ورود الاشكال عليه من جهات لم نذكرها، لانها خارجة عن مقصد الشرح.

(فالاولى الاستدلال عليه) اى على ان التفرق عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار (- مضافا الى الشهرة المحققة الجابرة للاجماع المحكىّ و) الاجماع دليل (الى ان المتبادر من التفرق) الّذى جعله النص موجبا لسقوط الخيار (ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع) التفرق (اختيارا او اضطرارا) فانه يمكن ان يقع التفرق اضطرارا و لكن مع الرضا بالعقد

فالاولى ان يستدل عليه (بقوله عليه السلام فى صحيحة الفضيل:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٩٤

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على ان الشرط فى السقوط الافتراق و الرضا منهما.

و لا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه، اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا.

او يقال ان قوله بعد الرضا، اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما).

وجه الاستدلال ان الحديث (دل على ان الشرط فى السقوط) للخيار امران معا (الافتراق و الرضا منهما) معا.

(و) الرضا المأخوذ فى النص يراد به الرضا قبل التفرق.

اذ (لا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق) قبل التفرق (بحيث يكون التفرق عنه) فلا يشمل ما اذا رضى بعد التفرق (اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا) بل و هو ظاهر صحيحة الفضيل.

و على هذا فالمسقط للخيار امران معا، هما التفرق و الرضا.

(او يقال) عطف على «دل». ان التفرق الكاشف عن الرضا مسقط للخيار، فالمسقط امر واحد لا امران معا.

ف (ان قوله) عليه السلام (بعد الرضا، اشارة الى اناطة السقوط) للخيار (بالرضا بالعقد المستكشف عنه) اى عن ذلك الرضا (عن افتراقهما) فافتراقهما الكاشف عن الرضا سبب سقوط الخيار (فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ١٩٥

رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ.

و على كل تقدير فيدل على ان المتفرقين و لو اضطرارا، اذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما

بالعقد، فسقط خیارهما.

فهذا هو الّذی استفاده الشیخ قدس سره کما صرح به فی عبارة المبسوط المتقدمة.

رضاهما بالعقد).

و قوله: نوعا، لانه لا یشترط العلم بالرضا فی کل مورد مورد.

(و) ذلک لان التفرق یکشف عن (اعراضهما عن الفسخ) اذ لو لم یرضیا بالعقد، و لم یعرضا من الفسخ، لفسخا.

(و علی کل تقدیر) ای تقدیر «دل» و تقدیر «او یقال» (فیدل) الصحیح (علی ان المتفرقین)- بصیغة التثنیة- (و لو) کان تفرقهما (اضطرارا، اذا کانا متمکنین من الفسخ) بخلاف ما لو کمّم افواههما (و لم یفسخا) العقد قبل التفرق (کشف ذلک) کشفا (نوعا عن رضاهما بالعقد)

(ف) حیث رضیا (سقط خیارهما) لحصول التفرق و الرضا.

(فهذا هو الّذی استفاده الشیخ قدس سره کما صرح به فی عبارة المبسوط المتقدمة) هذا کله بالنسبة الی الانسان الّذی افترق عن اکراه او اضطرار، و منع من التخایر اما الانسان الثانی الباقی فی المجلس هل له خیار أم لا؟ فالکلام فیه فی المسألة التالیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۹۶

مسئلة لو اکره احدهما علی التفرق و منع عن التخایر و بقی الآخر فی المجلس،

فان منع من المصاحبة و التخایر، لم یسقط خیار احدهما، لانهما مکرهان علی الافتراق و ترک التخایر، فدخل فی المسألة السابقة

و ان لم یمنع من المصاحبة ففیه اقوال.

و توضیح ذلک ان افتراقهما المستند الی اختیارهما- کما عرفت- یحصل بحرکة احدهما اختیارا و عدم مصاحبة الآخر کذلک،

(مسألة: لو اکره احدهما علی التفرق و منع عن التخایر) او اختیار الامضاء، اما اذا اختار الفسخ فلا یبقی للکلام فی هذه المسألة کما هو واضح (و بقی الآخر فی المجلس، فان منع من المصاحبة) او لم یقدر علی المصاحبة لشلل و نحوه (و التخایر، لم یسقط خیار احدهما، لانهما) کلیهما (مکرهان علی الافتراق و ترک التخایر، فدخل فی المسألة السابقة) لان الادلة التی اقیمت فی المسألة السابقة علی عدم سقوط خیار المفترق تشمل المقام أیضا.

(و ان لم یمنع) الباقی (من المصاحبة ففیه اقوال) أربعة- کما سیأتی-.

(و توضیح ذلک) یحتاج الی بیان موضوع المسألة أولا فنقول: (ان افتراقهما المستند الی اختیارهما- کما عرفت) فی المسألة السابقة- (یحصل بحرکة احدهما اختیار او عدم مصاحبة الآخر) للمتحرک (کذلک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۱۹۷

و ان الاکراه علی التفرق لا یسقط حکمه ما لم ینضم معه الاکراه علی ترک التخایر.

فحینئذ نقول: تحقق الاکراه المسقط فی احدهما دون الآخر یحصل تارة باکراه احدهما علی التفرق و ترک التخایر، و بقاء الآخر فی المجلس مختارا فی المصاحبة، او التخایر.

و اخری بالعکس بابقاء احدهما فی المجلس کرها مع المنع عن التخایر، و ذهاب الآخر اختیارا.

ای اختیارا (و ان الاکراه علی التفرق لا یسقط حکمه) ای حکم التفرق و هو سقوط الخیار، فالاکراه لا یبقی الخیار (ما لم ینضم معه)

ای مع الاکراه علی التفرق (الاکراه علی ترک التخایر) فاذا حصل الاکراهان بقی الخیار

و اذا تحقق موضوع الکلام.

(فحینئذ نقول: تحقق الاکراه المسقط) لحکم الافتراق، ای الموجب لبقاء الخیار (فی احدهما دون الآخر) بان یسقط خیار الآخر.

و الحاصل سقوط خیار المکره، و بقاء خیار المختار (یحصل تارة باکراه احدهما علی التفرق و ترک التخایر، و بقاء الآخر فی المجلس مختارا فی المصاحبة، او) مختارا فی (التخایر) اذ، اللازم الاضطرار فی کلا الامرین، لاجل بقاء الخیار.

(و) یحصل تارة (اخری بالعکس بابقاء احدهما فی المجلس کرها مع المنع) ای منع الباقی (عن التخایر) کما اذا ابقاه بالقوة و کمّم فمه (و ذهاب الآخر اختیارا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۹۸

و محل الکلام هو الاول.

و سیتضح به حکم الثانی.

و الاقوال فیه أربعة، سقوط خیارهما کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید و السید العمید و شیخنا الشهید قدس اللّه اسرارهم.

و ثبوته لهما کما عن ظاهر المبسوط، و المحقق و الشهید

و حیث ان لبقاء خیار احدهما شرطین التفرق کرها، و المنع عن التخایر.

فصور المسألة سبعة عشر، لان البائع له اربع صور.

فانه اما مکره فی الامرین، او فی احدهما، او مختار فیهما، و تضرب هذه الاربعة فی الصور الاربع للمشتری، ثلاث صور منها فیها الخیار اما للبائع او للمشتری او لهما.

و البقیة لا خیار فیها لاحدهما.

(و محل الکلام) الآن (هو الاول) الّذی ذکره بقوله تارة .. الخ.

(و سیتضح به حکم الثانی) لوحدة المناط فیهما.

(و الاقوال فیه أربعة).

الاول: (سقوط خیارهما کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید) فخر المحققین (و السید العمید و شیخنا الشهید) الاول (قدس الله اسرارهم) التقدیس التنزیه، و روح الانسان سره، لانه مخفی، ای نزهت ارواحهم عن العذاب و الالم، و هو دعاء بلفظ الماضی

(و) الثانی: (ثبوته لهما کما عن ظاهر المبسوط، و المحقق و الشهید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۱۹۹

الثانیین، و محتمل الارشاد.

و سقوطه فی حق المختار خاصة.

و فصل فی التحریر بین بقاء المختار فی المجلس فالثبوت لهما، و بین مفارقته فالسقوط عنهما.

و مبنی الاقوال علی ان افتراقهما المجعول غایة لخیارهما هل یتوقف علی حصوله عن اختیارهما؟ او یکفی فیه حصوله عن اختیار احدهما.

و علی الاول هل یکون اختیار کل منهما مسقطا لخیاره؟ او یتوقف

الثانیین، و محتمل الارشاد) للعلامة.

(و) الثالث: ثبوته فی حق المکره، و (سقوطه فی حق المختار خاصة).

(و) الرابع: ما ذکره العلامة، فانه (فصل فی التحریر بین بقاء المختار فی المجلس فالثبوت لهما، و بین مفارقته فالسقوط عنهما).

(و) لا یخفی ان (مبنی الاقوال) الاربعة، مبنی: مصدر، ای بنائها (علی ان افتراقهما المجعول غایة لخیارهما) فی قوله علیه السلام البیّعان بالخیار ما لم یفترقا، المتبادر منه الاختیاری فی مقابل الاکراهی، و حدیث الرفع و صحیحة الفضیل (هل یتوقف علی حصوله عن اختیارهما؟) فاذا لم یکن عن اختیارهما لم یکن غایة لخیارهما (او یکفی فیه) ای فی افتراقهما (حصوله عن اختیار احدهما) فیسقط خیارهما بذلک.

(و علی الاول) و هو ان یکون حصوله عن اختیارهما ف (هل یکون اختیار کل منهما مسقطا لخیاره؟) فقط، دون خیار غیر المختار (او یتوقف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۰۰

سقوط خیار کل واحد علی مجموع اختیارهما.

فعلی الاول: یسقط خیار المختار خاصة، کما عن الخلاف، و جواهر القاضی.

و علی الثانی: یثبت الخیاران، کما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهید الثانیین.

و علی الثانی: فهل یعتبر فی المسقط لخیارهما کونه فعلا- وجودیا و حرکة صادرة باختیار احدهما؟ او یکفی کونه ترکا اختیاریا، کالبقاء فی مجلس العقد مختارا.

سقوط خیار کل واحد علی مجموع اختیارهما) فاذا لم یکونا مختارین معا لم یسقط خیار ایّ منهما.

(فعلی الاول) و هو ما یتوقف حصوله عن اختیارهما (یسقط خیار المختار خاصة) دون المکره (کما عن الخلاف، و جواهر القاضی).

(و علی الثانی) و هو ما یتوقف سقوط خیار کل واحد علی مجموع اختیارهما (یثبت الخیاران، کما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهید الثانیین).

(و علی الثانی) و هو ما یکفی فیه حصوله عن اختیار احدهما (فهل یعتبر فی المسقط لخیارهما کونه) ای الافتراق (فعلا وجودیا و حرکة صادرة باختیار احدهما؟) و ذلک لان الافتراق فعل (او یکفی کونه ترکا اختیاریا، کالبقاء فی مجلس العقد مختارا) لانه اذا بقی فی مجلس العقد صدق عرفا انه تفرق عن اختیاره، اذ لو لم یرد التفرق صاحبه حینما خرج.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۰۱

فعلی الاول: یتوجه التفصیل المصرح به فی التحریر بین بقاء الآخر فی مجلس العقد و ذهابه.

و علی الثانی: یسقط الخیاران، کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید، و السید العمید، و شیخنا الشهید.

(فعلی الاول) و هو الّذی یعتبر فی المسقط کونه فعلا وجودیا ف (یتوجه التفصیل المصرح به فی التحریر بین بقاء الآخر فی مجلس العقد) فیثبت الخیار لهما (و ذهابه) فیسقط الخیار عنهما.

(و علی الثانی) و هو ما یکفی کونه ترکا اختیاریا ف (یسقط الخیاران کما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعید، و السید العمید، و شیخنا الشهید) قدس الله اسرارهم.

قال السید الطباطبائی ره العمدة توجیه کل واحد من هذه المبانی و المصنف ره قد اهمل ذلک.

فالاولی ان یقال: اذا بنینا علی ان افتراق المسقط هو ما کان عن الاختیار فی مقابل الاکراه فلا بد ان یتأمل فی ان المستفاد من الخبر ان تفرق کل واحد مسقط لخیاره بان یکون من باب مقابلة الجمع بالجمع حتی یکون تفرق المختار مسقطا لخیاره دون المکره.

او ان مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم بعد التخصيص بالاختيارى عدم سقوط واحد منهما.

او ان حصول الافتراق و لو من واحد منهما غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم سقوط الخيارين لفرض حصول الافتراق الاختيارى اذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢٠٢

و اعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت لهما، و ان محلّ الخلاف ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا، و الا سقط خيارهما اتفاقا.

حيث قال فى شرح قول والده لو حمل احدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على اشكال.

كان احدهما مختارا و هذا مطلقا ان قلنا ان الساكن أيضا مفترق او فى خصوص ما اذا فارق الآخر المجلس اختيارا اذا لم نقل هذا.

و قد عرفت ان الاظهر هو الاول، و ان الثانى خلاف الظاهر، و اما الثالث فهو فى غاية البعد، الى آخر كلامه.

(و اعلم) انا ذكرنا سابقا ان العلامة فى التحرير يفصل فى المسألة الا (ان ظاهر الايضاح) لفخر المحققين (ان قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت) اى ثبوت الخيار (لهما) اى للبائع و المشترى (و ان محلّ الخلاف) بين الفقهاء (ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا) و لم يفصل العلامة فى التحرير فى هذا المقام ليكون كلامه مخالفا لكلامهم و تفصيلا فى المسألة، بل اختار التحرير ثبوت الخيار لهما (و الا) بان فارق الآخر المجلس اختيارا (سقط خيارهما اتفاقا) بين الاصحاب.

(حيث قال) الايضاح (فى شرح قول والده) العلامة، و سيأتى مقول قول الايضاح و ان هذا مبنى (لو حمل احدهما) و اخرج عن المجلس (و منع عن التخاير) بالاكراه او الالجاء (لم يسقط خياره على اشكال) فى عدم سقوط خياره.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢٠٣

و اما الثابت فان منع من المصاحبة و التخاير، لم يسقط خياره و الا فالاقرب سقوطه.

فيسقط خيار الاول، انتهى.

قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان و عدمه.

اما وجه عدم السقوط فلرفع الاكراه.

و اما وجه الاشكال فلاحتمال ان التفرق كيف كان يسقط الخيار، لانه حكم وضعى.

(و اما) الشخص الآخر (الثابت) فى المجلس الّذى لم يخرج (فان منع من المصاحبة) بان منعه من الخروج مع صاحبه من المجلس (و) منع من (التخاير) بان لم يتركه، كى يختار ما يشاء (لم يسقط خياره) للاصل (و الا) بان لم يمنع من المصاحبة بل لم يصحب هو باختياره أو لم يمنع من التخاير (فالاقرب سقوطه) اى الخيار لانه كان قادرا على الاخذ بالخيار، و لم يأخذ به.

(ف) اذا سقط خيار الباقى (يسقط خيار الاول) الّذى حمل الى خارج المجلس، و ذلك لحصول التفرق باختيار احدهما.

و كلما حصل التفرق باختيار احدهما سقط خيارهما (انتهى) كلام العلامة.

(قال) ولده: (ان هذا) اى قوله فالاقرب سقوطه (مبنى على بقاء الاكوان) الاربعة.

و هى الاجتماع، و الافتراق، و الحركة، و السكون (و عدمه) فاذا كان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢٠٤

و افتقار الباقى الى المؤثر و عدمه، و ان الافتراق ثبوتى او عدمى، فعلى عدم البقاء او افتقار الباقى الى المؤثر يسقط، لانه فعل المفارقة.

و على القول ببقائها و استغناء الباقى عن المؤثر و ثبوتية الافتراق

الانسان فی کون من هذه الاکوان الاربعة، فهل الکون یبقی، أولا؟ بل الجلوس لساعة- مثلا- الف جلوس، و ان کل آن جلوس.

(و) اذا قلنا بانه جلوس واحد- ببقاء الاکوان- فهل یقال ب (افتقار الباقی) ای الآن الثانی، و الثالث و هکذا (الی المؤثر و عدمه) بل المؤثر الاول یؤثر فی الجلوس الی ان یقوم- مثلا- (و) هل (ان الافتراق ثبوتی) لانه نوع من الکون و کل کون فهو ثبوتی (او عدمی) لان الافتراق مقابل الاجتماع.

و حیث ان الاجتماع ثبوتی لا بد و ان یکون الافتراق عدمیا، لان الافتراق عدم الاجتماع.

(فعلی عدم البقاء) ای عدم بقاء الاکوان (او) بقائها لکن (افتقار الباقی الی المؤثر یسقط) خیار الباقی فی مجلسه (لانه) ای الباقی (فعل المفارقة) لان الکون الثانی فعله علی القول بعدم بقاء الاکوان، و لانه هو المؤثر فی بقاء الکون فی الآن الثانی علی القول ببقاء الاکوان، لکن الباقی یحتاج الی المؤثر.

(و علی القول ببقائها) ای الاکوان (و استغناء الباقی عن المؤثر و ثبوتیة الافتراق) فالکون للباقی هو الکون الاول، و لم یحصل منه امر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۰۵

لم یسقط خیاره، لانه لم یفعل شیئا.

و ان قلنا: بعدمیة الافتراق و العدم لیس بمعلل، فکذلک.

و ان قلنا: انه یعلل، سقط أیضا.

و الاقرب عندی السقوط لانه مختار فی المفارقة، انتهی.

و هذا الکلام و ان نوقش فیه بمنع بناء الاحکام علی هذه التدقیقات

ثبوتی لان الافتراق لیس ثبوتیا (لم یسقط خیاره) ای خیار الباقی (لانه لم یفعل شیئا) لا تجدید کون، و لا تأثیر فی الکون الباقی و لا اتی بامر ثبوتی.

(و ان قلنا: بعدمیة الافتراق) لانه عدم الاجتماع (و) واضح ان (العدم لیس بمعلل) ای لا یحتاج الی العلة و قولهم- مثلا- انی لم اسافر، لانه لم یکن لی مال، بیان علة الوجود، لا انه علة حقیقیة (فکذلک) ای لم یسقط خیاره، لانه لم یفعل شیئا.

(و ان قلنا: انه) ای العدم (یعلل) لان الاعدام الخاصة لها حظ من الوجود (سقط) الخیار من الثانی (أیضا) کما فی السابق، حیث قلنا: یسقط لانه فعل المفارقة.

(و الاقرب عندی السقوط) لخیار الثانی (لانه مختار فی المفارقة) فیشمله دلیل «حتی یفترقا» (انتهی) کلام الایضاح.

(و هذا الکلام و ان نوقش فیه بمنع بناء الاحکام) الشرعیة (علی هذه التدقیقات) الفلسفیة، اذ الشرع کما دل علیه النص و الاجماع انما یتکلم علی طبق المفاهیم العرفیة، قال تعالی: إِلّا بِلِسانِ قَوْمِهِ، و قال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۰۶

....

صلی الله علیه و آله انا معاشر الأنبیاء امرنا ان نکلم الناس علی قدر عقولهم.

و من المعلوم ان لسان القوم و قدر عقول العامة: الظواهر العرفیة هذا بالإضافة الی مثل قوله تعالی: وَ لَقَدْ یَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّکْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَّکِرٍ*، و مثل قوله تعالی: أَ فَلا یَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ* و قوله تعالی: أَعْجَمِیٌّ وَ عَرَبِیٌّ، الی غیر ذلک.

اما الدقائق و اللطائف الموجودة فی کلماته سبحانه، و کلامهم فهی من البواطن، و التأویل غیر مرتبط بمقام الاحکام، کما ان قولهم

علیهم السلام: ان امرهم صعب مستصعب لا یحتمله الا ملك الخ، أو لا یحتمله ملك مقرب الخ، بدون لفظ الا، و کذلک ما ورد فیه «حدیثنا» عوض «امرنا» اذ المراد بهما واحد یراد به شأنهم علیهم السلام فهم علیهم السلام ارفع مستوی من کل المخلوقات، و لذا لا یحتمل شأنهم ای مخلوق، فان الاصغر لا یحتوی علی الاکبر، کما لا یفهم الانسان المحدود الخالق غیر المحدود، لاستحالة ذلک.

و اما قوله صلی الله علیه و آله: ما عرف الله الا انا و انت، فالمراد المعرفة الممکنة، و حتی فاطمة علیها السلام و الائمة الاحد عشر (ع) لم یکونوا بمستوی النبی و الوصی (ع) و لذا لا یعرفون الله تعالی، کما هما یعرفانه سبحانه، هذا علی نسخة «لا یحتمله ملك مقرب» بدون «الا» و اما علی نسخة «الا» فالمراد ان المقدار الممکن تحمله من شأنهم علیهم السلام- الّذی هو فی طوق المخلوق- خاص بالملك و النبی و المؤمن، الثلاثة الواقعة بعد «الا» الاستثنائیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۰۷

الا انه علی کل حال صریح فی ان الباقی لو ذهب اختیارا فلا خلاف فی سقوط خیاره.

و ظاهره کظاهر عبارة القواعد ان سقوط خیاره لا ینفک عن سقوط خیار الآخر.

و کیف کان فهذا مبحث طویل خارج عن غرض الشرح المحنا إلیه لما فیه من مزید الفائدة و الله سبحانه العالم.

ان قلت: اذا لم یکن بناء الاحکام علی التدقیقات، فلما ذا نری المصنف و سائر المحققین یدققون.

قلت: تدقیقهم فی نطاق فهم العرف و هل ان العرف یفهم هذا او ذاک، لا خارج نطاق العرف.

مثلا- هل العرف یفهم من «ما لم یفترقا» مطلقا، ان «ما لم یفترقا» عن اختیار، حتی لا یشمل الافتراق الاکراهی (الا انه علی کل حال) لاحتمال انه لیس من جهة التدقیق فی الحکم، بل فی وجه المناسبة بین استفادة العرف، و بین الامر العقلی فی الاکوان و غیرها.

و کان المصنف قال «علی کل حال» لمناقشته فی اشکال بعض علی فخر المحققین (صریح فی ان الباقی لو ذهب اختیارا) ای الانسان الّذی بقی فی المجلس بعد اکراه الانسان الاول علی الخروج من المجلس (فلا خلاف فی سقوط خیاره) ای خیار الباقی.

(و ظاهره) ای التحریر (کظاهر عبارة القواعد ان سقوط خیاره) ای خیار الباقی (لا ینفک عن سقوط خیار الآخر) الّذی ذهب عن المجلس اکراها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۰۸

فینتفی القول المحکی عن الخلاف و الجواهر.

لکن العبارة المحکیة عن الخلاف، ظاهرة فی هذا القول.

قال لو اکرها، او احدهما علی التفرق بالابدان علی وجه یتمکنان من الفسخ و التخایر، فلم یفعلا، بطل خیارهما او خیار من تمکن من ذلک

وجه عدم الانفکاک ما عرفت سابقا من ان مفارقة احدهما اختیارا یوجب سقوط خیارهما، و المفروض ان الثانی فارق اختیارا، و اذا سقط خیارهما (فینتفی القول المحکی عن الخلاف و الجواهر) من ان افتراقهما المجعول غایة لخیارهما، یتوقف علی حصوله عن اختیارهما.

و انما ینفی هذا القول لان العلامة ذهب الی ان الافتراق المجعول غایة للخیار یتحقق اذا حصل باختیار احدهما فقط.

(لکن العبارة المحکیة عن الخلاف ظاهرة فی هذا القول) ای غیر قول العلامة ره.

فان العلامة یری التلازم بین سقوط الخیارین و الشیخ یری عدم التلازم.

(قال) فی الخلاف: (لو اکرها، او) اکره (احدهما علی التفرق بالابدان علی وجه یتمکنان من الفسخ و التخایر) فلم یکن اکراه علی

ترک التخایر (فلم یفعلا) الفسخ (بطل خیارهما) فلا حق لهما فی الفسخ، و ان کان اکراه فی الافتراق (او خیار من تمکن من ذلک) ای من الفسخ، فلم یفسخ بان کان احدهما مکرها علی ترک المجلس و علی ترک التخایر، و کان الثانی مکرها علی ترک المجلس و لکن لم یکره علی ترک التخایر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۰۹

و نحوه المحکی عن القاضی فانه لو لا جواز التفکیک بین الخیارین لاقتصر علی قوله، بطل خیارهما، فتأمل.

بل حکی هذا القول عن ظاهر التذکرة او صریحها و فیه تأمل.

و کیف کان فالاظهر فی بادی النظر

(و نحوه) ای نحو کلام الخلاف الکلام (المحکی عن القاضی).

وجه قوله «لکن» ما ذکره بقوله: (فانه لو لا جواز التفکیک بین الخیارین) خیار من اکره علی الامرین ترک المجلس و ترک التخایر، فلا یسقط خیاره، و خیار من اکره علی امر واحد و هو ترک المجلس فیسقط خیاره لانه لم یکن مکرها علی ترک التخایر (لاقتصر) ای کل من الخلاف و القاضی (علی قوله، بطل خیارهما) و لم یزد قوله او خیار من تمکن، و اذا لم یزد هذا کان کلامهما مطابقا لقول العلامة (فتأمل).

لعله لما سیأتی من احتمال کون مراد الشیخ و القاضی ان الساقط خیار من تمکن من التخایر، مع قطع النظر عن التلازم، اما بملاحظة التلازم فالساقط خیار کلیهما.

(بل حکی هذا القول) قول الخلاف و القاضی، و الحاکی هو صاحب مفتاح الکرامة (عن ظاهر التذکرة او صریحها، و) لکن (فیه تأمل) فان قول التذکرة لیس ذلک، کما یظهر لمن راجعه.

(و کیف کان) فی اختیار کل من القاضی و الخلاف و التذکرة لما نسب إلیه من القول (فالاظهر فی بادی النظر) فیما اکره احدهما علی التفرق، و ترک التخایر و بقاء الآخر فی المجلس مختارا فی المصاحبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۱۰

ثبوت الخیارین للاصل، و ما تقدم من تبادر تفرقهما عن رضا منهما، فان التفرق و ان لم یعتبر کونه اختیاریا من الطرفین، و لا من احدهما الا ان المتبادر رضاهما بالبیع حین التفرق، فرضا احدهما فی المقام و هو الماکث لا دلیل علی کفایته فی سقوط خیارهما، و لا فی سقوط خیار خصوص الراضی.

اذ الغایة غایة للخیارین.

او التخایر (ثبوت الخیارین) لمن ذهب عن المجلس و لمن بقی فیه (للاصل) فان الاصل بقاء خیارهما (و) ل (ما تقدم من تبادر تفرقهما عن رضا منهما) فان قوله «حتی یفترقا» ظاهر فی کون تفرقهما عن رضا- بحکم التبادر- (فان التفرق و ان لم یعتبر کونه اختیاریا من الطرفین، و لا- من احدهما) و ذلک، لحصول التفرق لغة و لو کان باکراه (الا- ان المتبادر رضاهما بالبیع حین التفرق) فالتفرق حصل، لکن التفرق عن رضا لم یحصل، و الحال ان المتبادر التفرق عن رضا (فرضا احدهما فی المقام) مقام ما اذا اکره احدهما علی التفرق (و هو الماکث) لفرض انه کان قادرا علی التخایر، و علی المصاحبة (لا دلیل علی کفایته فی سقوط خیارهما و لا فی سقوط خیار خصوص الراضی) الّذی هو الماکث.

(اذ الغایة) فی قوله علیه السلام «حتی یفترقا» (غایة للخیارین) فان معنی الحدیث «ان کلا البیعین بالخیار» و لا یسقط خیار ایّ منهما «حتی یفترقا» فاذا لم یحصل تفرقهما عن اختیار، لم یسقط خیار ایّ منهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۱۱

فان تحققت سقطا، و الا ثبتا.

و یدل علیه ما تقدم من صحیحة الفضیل المصرحة باناطة سقوط الخیار بالرضا منهما المنفی بانتفاء رضا احدهما.

و لکن یمکن التفصی عن الاصل بصدق تفرقهما، و تبادر تقیده بکونه عن رضا کلیهما ممنوع، بل المتیقن اعتبار رضا احدهما.

(فان تحققت) الغایة (سقطا، و الا) تتحقق- کما فی ما نحن فیه اذ المفارق للمجلس افترق عن اکراه- (ثبتا) فلکل من المکره و الثابت فی المجلس خیاره.

(و یدل علیه) ای علی ما ذکرناه من لزوم کون التفرق عن رضا منهما (ما تقدم من صحیحة الفضیل المصرحة باناطة سقوط الخیار بالرضا منهما) حیث قال علیه السلام: فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما (المنفی) سقوط الخیار (بانتفاء رضا احدهما) و هو من اکره علی الخروج هذا کله وجه عدم سقوط خیارهما.

(و لکن یمکن التفصی) و التخلص (عن الاصل) اصالة بقاء الخیار (بصدق تفرقهما) لغة و ان لم یکن المفارق للمجلس مختارا (و) ما تقدم من (تبادر تقیده) ای التفرق (بکونه عن رضا کلیهما ممنوع) لانه لا اشکال فی سقوط خیارهما اذا تفرق احدهما عن مجلس البیع، مع ان التفرق لم یکن عن رضا منهما، و فی المقام کذلک (بل المتیقن اعتبار رضا احدهما) فاذا حصل سقط الخیاران.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۱۲

و ظاهر الصحیحة، و ان کان اعتبار ذلک الا انه معارض بإطلاق ما یستفاد من الروایة السابقة الحاکیة لفعل الامام علیه السلام، و انه قال: فمشیت خطا لیجب البیع حین افترقنا جعل مجرد مشیه سببا لصدق الافتراق المجعول غایة للخیار، و جعل وجوب البیع علة غائیة له من دون اعتبار رضا الآخر، او شعوره بمشی الامام علیه السلام.

(و ظاهر الصحیحة، و ان کان اعتبار ذلک) ای رضاهما (الا انه معارض بإطلاق ما یستفاد من الروایة السابقة الحاکیة لفعل الامام علیه السلام، و) ذلک (انه) علیه السلام (قال: فمشیت خطا لیجب البیع حین افترقنا).

وجه المعارضة: ان ظاهر الروایة کفایة رضا الامام فی ایجاب البیع من دون اعتبار رضا الطرف الآخر، فقد (جعل) علیه السلام (مجرد مشیه سببا لصدق الافتراق) اذ قال «حین افترقنا» (المجعول) ذلک الافتراق (غایة للخیار) لان قوله علیه السلام «لیجب» غایة للخیار (و جعل) الامام علیه السلام (وجوب البیع علة غائیة) ای ان الغایة من المشی هو وجوب البیع (له) ای للمشی (من دون اعتبار رضا الآخر، او شعوره بمشی الامام علیه السلام).

اذ لا دلیل علی ان طرف الامام علیه السلام شعر بمشی الامام، و اذا تعارضت الصحیحة و هذه الروایة، سقطت الصحیحة، لان ظهور الروایة اقوی، و تکون النتیجة عدم اعتبار رضا الطرفین بالتفرق، بل یکفی رضا احدهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۱۳

و دعوی انصرافه الی صورة شعور الآخر و ترکه المصاحبة اختیارا ممنوعة.

و ظاهر الصحیحة و ان کان اخص، الا ان ظهور الروایة فی عدم مدخلیة شیء آخر زائدا علی مفارقة احدهما صاحبه مؤید بالتزام مقتضاه فی غیر واحد من المقامات

(و) ان قلت: الظاهر ان طرف الامام علیه السلام شعر بمشی الامام، و حیث لم یفسخ کان رضا منه، فلا تدل الروایة علی خلاف الصحیحة.

قلت: (دعوى انصرافه) اى ما تضمنته الرواية (الى صورة شعور) الطرف (الآخر) بمشى الامام عليه السلام (و تركه المصاحبة اختيارا) فيكون رضا منه أيضا (ممنوعة) اذ من اين فهمنا ان الطرف الآخر شعر بقيام الامام و مشيه.

(و) ان قلت: نسلم ظهور الرواية فى كفاية رضا طرف واحد، الا ان الصحيحة اخص من الرواية فان رضا احدهما عام يشمل رضا الآخر و عدمه.

قلت: (ظاهر الصحيحة و ان كان اخص، الا ان ظهور الرواية فى عدم مدخلية شىء آخر زائدا على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه) و هو عدم مدخلية شىء آخر (فى غير واحد من المقامات) ف «مؤيد» خبر «ان ظهور».

و الحاصل: ان التأييد يوجب تقدم الرواية على الصحيحة و ان كانت

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢١۴

مثل ما اذا مات احدهما و فارق الآخر اختيارا.

فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع به فى جامع المقاصد مستدلا بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع ان المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فى ما نحن فيه، و كذا لو فارق احدهما فى حال نوم الآخر، او غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك

الصحيحة- لو لا التأييد- مقدمة على الرواية (مثل ما اذا مات احدهما) فى المجلس (و فارق الآخر) المجلس، بعد موت صاحبه (اختيارا) فانه لم يحصل الا رضا احدهما فقط.

(فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين) فليس لوارث الميت خيار.

اقول: يشكل ذلك، اذا كان الوارث فى المجلس، فانه حينئذ كالاصيل و الوكيل- كما تقدم الكلام فيه- (و قد قطع به فى جامع المقاصد) «به» اى بسقوط الخيارين (مستدلا بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران) و كلامه هذا مناقض (مع) كلامه هنا.

ف (ان المنسوب إليه) اى الى جامع المقاصد (ثبوت الخيار لهما) اى للذى فارق المجلس مكرها، و بقى الآخر فى المجلس مختارا (فى ما نحن فيه) مع وضوح ان «الموت» مثل «الاكراه» فى عدم رضا كل منهما بالبيع (و كذا لو فارق احدهما فى حال نوم الآخر، او) حال (غفلته عن مفارقة صاحبه) بان لم يعلم الغافل ان صاحبه فارق المجلس (مع تأيد ذلك) اى سقوط الخيارين بتفرق احدهما اختيارا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢١۵

بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين.

و ظاهر المبنى المتقدم عن الايضاح أيضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين و انما الخلاف فى ان البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضا ان سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير اشارة الى وجود خلاف فى هذا التفريع.

و هو الّذى ينبغى، لان الغاية ان حصلت سقط الخياران، و الا بقيا،

(بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين) و ان كان فى الاجماع نظر لان المحكى عن الغنية الاجماع بثبوت الخيار لهما فى هذه الصورة.

(و) يؤيده أيضا ان (ظاهر المبنى المتقدم عن الايضاح أيضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين) بل يكفى رضا احدهما (و انما الخلاف فى ان البقاء اختيارا) من الماكث (مفارقة اختيارية) لتجدد الاكوان الى آخر كلامه ره (أم لا) تكون مفارقة اختيارية (بل) يؤيده (ظاهر القواعد أيضا) حيث انه ذهب الى (ان سقوط خيار المكره) المفارق للمجلس (متفرع على سقوط خيار الماكث)

فی المجلس- اختیارا فلم یعتبر رضاهما، بل اعتبر رضا احدهما (من غیر اشارة) من القواعد (الی وجود خلاف فی هذا التفریع) ای فرع ما لو اکره احدهما علی المفارقة، و رضا الماکث، حیث یسقط خیارهما- علی ما ذکره القواعد-

(و) ما ذکره القواعد (هو الّذی ینبغی) حسب القواعد (لان الغایة) ای الافتراق (ان حصلت سقط الخیاران، و الا) تحصل الغایة (بقیا) فاذا حصل الافتراق برضا احدهما سقط الخیاران و لم یحتج الی رضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۱۶

فتأمل.

و عبارة الخلاف المتقدمة و ان کانت ظاهرة فی التفکیک بین المتبایعین فی الخیار الا انها لیست بتلک الظهور لاحتمال إرادة سقوط خیار المتمکن من التخایر من حیث تمکنه، مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ینافی سقوط خیار الآخر لاجل التلازم بین الخیارین من حیث اتحادهما فی الغایة

الآخر (فتأمل) یمکن ان یکون اشارة الی ما سیأتی من قوله: و لعل نظر الشیخ و القاضی.

(و عبارة الخلاف المتقدمة) حیث قال: او خیار من تمکن من ذلک (و ان کانت ظاهرة فی التفکیک بین المتبایعین فی الخیار) اذ ظاهر قوله: خیار من تمکن ان خیار غیر المتمکن لا یسقط (الا انها) ای العبارة المذکورة (لیست بتلک الظهور) القوی، حیث تنافی کلامنا من التلازم بین الخیارین سقوطا و ثبوتا (لاحتمال) عبارة الخلاف (إرادة سقوط خیار المتمکن من التخایر من حیث تمکنه) من الاخذ بالخیار فاذا لم یأخذ به سقط خیاره، لانه فارق المجلس، فصدق فیه «حتی یفترقا» (مع قطع النظر عن حال الآخر) الّذی بقی فی المجلس (فلا ینافی) کلام الخلاف (سقوط خیار الآخر) أیضا (لاجل التلازم بین الخیارین) سقوطا و ثبوتا (من حیث اتحادهما فی الغایة) حیث قال علیه السلام «حتی یفترقا» الظاهر فی ان حصول الافتراق یوجب سقوط کلا الخیارین.

و الحاصل ان کلام الشیخ فی صدد سقوط خیار المتمکن، فلا دلالة فیه علی خیار الآخر، لا ثبوتا و لا سقوطا، فیمکن ان یکون نظره سقوط خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۱۷

مع ان شمول عبارته لبعض الصور التی لا یختص بطلان الخیار فیها بالمتمکن، مما لا بد منه، کما لا یخفی علی المتأمل.

و حملها علی ما ذکرنا من إرادة المتمکن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط

الآخر أیضا لاجل التلازم بین الخیارین فلا یمکن ان یقال ان الشیخ یری ثبوت خیار الآخر.

و یؤید ان الشیخ لیس بصدد خیار الآخر، ان کلامه یشمل ما یسقط فیه خیار الآخر أیضا.

و الی هذا شار بقوله: (مع ان شمول عبارته لبعض الصور التی لا یختص بطلان الخیار فیها) فی تلک الصورة (بالمتمکن) بل یسقط خیارهما (مما لا بد منه) خبر «شمول» (کما لا یخفی علی المتأمل) فانه اذا کان احدهما متمکنا من جهة عدم الاکراه، و کان الآخر غیر متمکن من جهة الاکراه، و لکن کان غیر المتمکن متصرفا فی المبیع، اذ التصرف مسقط للخیار فسقوط خیار احدهما للاکراه، و الآخر للتصرف.

و علیه فاذا کانت عبارة الخلاف تشمل ما اذا سقط خیار الآخر لاجل التصرف مثلا، لا بد و ان نقول: ان عبارته فی صدد بیان سقوط خیار المکره، و لیس فی صدد ذکر خیار غیر المکره ثبوتا او سقوطا، فلا مانع من ان یرید سقوط خیار المکره أیضا.

(و حملها) ای عبارة الخلاف (علی ما ذکرنا) و بیّن «ما» بقوله:

(من إرادة) الخلاف سقوط خیار (المتمکن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط) ای ان الخلاف لم یقصد ان خصوص خیار المتمکن

ساقط، بل يشمل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۱۸

اولى من تخصيصها ببعض الصور.

و لعل نظر الشيخ و القاضى الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما.

فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصة و هو

كلامه سقوط خيار المكره أيضا (اولى من تخصيصها) اى عبارة الخلاف (ببعض الصور) اى صورة عدم تصرف الآخر الّذى هو المكره.

و قوله «و حملها» تتمة قوله «مع» اى ان كلام الخلاف القائل بانه يسقط خيار المتمكن له صورتان.

صورة تصرف المكره، و صورة عدم تصرف المكره، فاذا كان مراد الخلاف سقوط خيار المختار فقط، لزم اخراج صورة تصرف المكره من عبارته و اخراج هذه الصورة من عبارته ليس باولى، من ادخال هذه الصورة فى عبارته.

و القول بان الشيخ ساكت عن خيار المكره سقوطا و ثبوتا فلا يكون الشيخ مخالفا لسقوط خيار المكره.

(و لعل نظر الشيخ و القاضى) اذا قلنا بانهما يريان سقوط خيار المختار فقط، دون خيار المكره (الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل) فى النص (غاية لسقوط خيار كل منهما) فافتراق كل مسقط لخياره

(فالمستند الى اختيار احدهما) فيما اذا كان الآخر مكرها (مسقط لخياره خاصة) لان معنى «حتى يفترقا» ان كل مفترق يسقط خياره لا خيار كليهما (و هو) اى نظر الشيخ و القاضى من كون النص من باب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۱۹

استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص.

ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة، و هى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر اختيارا.

فان مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا.

و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الاقوال جريان الخلاف هنا أيضا.

مقابلة الجمع بالجمع (استنباط حسن) فى نفسه (لكن لا يساعد عليه ظاهر النص) اذ قد عرفت ان ظاهره ان افتراقهما مسقط لخيارهما معا لا ان كل خيار يسقط بافتراق احدهما.

(ثم انه يظهر مما ذكرنا) فى حكم اصل المسألة (حكم عكس المسألة و هى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر) المجلس (اختيارا) و انما ظهر الحكم لوحدة الملاک فى المسألتين اذ المعيار كره احدهما على التفرق، مع منعه عن التخاير، و هو موجود فى كلتا المسألتين.

(فان مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبنى الخلاف) حيث قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان و عدمه الى آخر عبارته (عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا) لكل من الباقى و المفارق.

(و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الاقوال) حيث قلنا: و مبنى الاقوال على ان افتراقهما، الى آخره (جريان الخلاف هنا أيضا) لوحدة الملاک فى المسألتين، فكما يكون هناک خلاف، يكون هنا خلاف أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۰

و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا اقوى، كما لا يخفى.

(و کیف کان) الامر (فالحکم بسقوط الخیار عنهما هنا اقوی، کما لا یخفی) للفرق بین المسألتین لعدم الخلاف فی صدق الافتراق الاختیاری علی حرکهٔ المتحرک- اختیارا- بخلاف سکون الساکن.

ففی صدق الافتراق علیه عرفا خفاء و ان صدق علیه الافتراق بالدقهٔ العقلیهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۲۱

مسئلهٔ لو زال الاکراه فالمحکی عن الشیخ و جماعهٔ امتداد الخیار بامتداد مجلس الزوال.

و لعله لان الافتراق الحاصل بینهما فی حال الاکراه کالمعدوم، فکانهما بعد مجتمعان فی مجلس العقد فالخیار باق.

و فیه ان الهیئهٔ الاجتماعیهٔ الحاصلهٔ حین العقد قد ارتفعت حسّا.

(مسألهٔ: لو زال الاکراه) بعد ان حمل الی خارج المجلس مکرها (فالمحکی عن الشیخ و جماعهٔ امتداد الخیار بامتداد مجلس الزوال) فما دام فی مجلس الزوال له الخیار، فاذا فارق عن ذلک المجلس زال خیاره

(و لعله) وجه (ل) فتوی الشیخ (ان الافتراق الحاصل بینهما فی حال الاکراه کالمعدوم) لرفع الاکراه حکما، و ان کان موجودا حقیقهٔ- و لذا قال کالمعدوم- (فکانهما بعد مجتمعان فی مجلس العقد فالخیار باق).

اما سقوطه بعد افتراقه عن مجلس الزوال فهو بلا اشکال، اذ لا وجه لبقاء الخیار بعد عدم کونه فی مجلس العقد، و عدم کونه فی مجلس بمنزلهٔ مجلس العقد.

(و فیه ان الهیئهٔ الاجتماعیهٔ الحاصلهٔ حین العقد قد ارتفعت حسّا) فانها من الامور الخارجیهٔ غیر التابعهٔ للامور النفسیهٔ، فهی مرتفعهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۲۲

غایهٔ الامر عدم ارتفاع حکمها و هو الخیار بسبب الاکراه.

و لم یجعل مجلس زوال الاکراه بمنزلهٔ مجلس العقد.

و الحاصل ان الباقی بحکم الشرع هو الخیار، لا مجلس العقد، فالنص ساکت عن غایهٔ هذا الخیار، فلا بد اما من القول بالفور کما عن التذکرهٔ، و لعله

بالافتراق سواء کان عن إرادهٔ او عن اکراه.

(غایهٔ الامر عدم ارتفاع حکمها) ای الحکم الّذی هو سقوط الخیار فحیث انه اکره، کان خیاره باقیا.

فقوله: (و هو الخیار) ای ان عدم الارتفاع هو الخیار (بسبب الاکراه) الرافع لحکم الافتراق.

(و) لا دلیل علی ان مجلس زوال الاکراه فی حکم مجلس العقد.

اذ (لم یجعل مجلس زوال الاکراه بمنزلهٔ مجلس العقد) لا نصّا و لا اجماعا، فمن این جاء ان حکم مجلس زوال الاکراه حکم مجلس العقد؟

(و الحاصل) فی الاشکال علی فتوی الشیخ (ان الباقی بحکم الشرع هو الخیار، لا) ان الباقی (مجلس العقد).

اذا (فالنص ساکت عن غایهٔ هذا الخیار) بعد زوال الاکراه.

و علیه (فلا بد اما من القول بالفور) و انه اذا زال الاکراه فله الاخذ بالخیار فورا، و انه اذا لم یأخذ بالخیار فورا سقط خیاره، و ان کان مجلس زوال الاکراه باقیا (کما عن التذکرهٔ، و لعله) ای و لعل وجه الفور

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۳

لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراک حق المتبايعين.

و اما من القول بالتراخی الی ان تحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فی كل خيار لم يظهر حاله من الادلة.

(لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراک حق المتبايعين) فی الفسخ و الامضاء.

(و اما من القول بالتراخی) و امتداد الخيار، حتی الی ما بعد مجلس زوال الاكراه (الی ان تحصل المسقطات) كالتصرف و نحوه (لاستصحاب الخيار).

(و الوجهان) ای الفور، و التراخی الی ان تحصل المسقطات (جاريان فی كل خيار لم يظهر حاله من الادلة) و انه ممتد او غير ممتد و ان كان الاظهر الثانی، لانه مقتضی الاستصحاب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۴

مسئلة و من مسقطات هذا الخيار التصرف

علی وجه يأتی فی خياری الحيوان و الشرط، ذكره الشيخ فی المبسوط فی خيار المجلس و فی الصرف، و العلامة فی التذكرة و نسب الی جميع من تأخر عنه بل ربما يدعی اطباقهم عليه، و حكی عن الخلاف و الجواهر و الكافی و السرائر، و لعله لدلالة التعليل فی بعض اخبار خيار الحيوان، و هو الوجه أيضا فی اتفاقهم علی سقوط خيار الشرط، و الا

(مسألة: و من مسقطات هذا الخيار) ای خيار المجلس (التصرف علی وجه يأتی فی خياری الحيوان و الشرط) فانه ليس كل تصرف مسقط بل التصرف علی وجه خاص (ذكره الشيخ فی المبسوط فی خيار المجلس) (و فی) بيع (الصرف) و هو بيع الاثمان ای بيع الذهب بالفضة و نحوه (و العلامة فی التذكرة و نسب) القول بذلک أيضا (الی جميع من تأخر عنه) ای عن العلامة (بل ربما يدعی اطباقهم عليه، و) كذلک (حكی عن الخلاف و الجواهر) للقاضی (و الكافی و السرائر، و لعله) ای لعل وجه كون التصرف مسقطا لخيار المجلس، مع عدم ورود نصّ عليه بالخصوص (لدلالة التعليل فی بعض اخبار خيار الحيوان) فان العلة تشمل خيار المجلس أيضا (و هو) ای عموم التعليل (الوجه أيضا فی اتفاقهم علی سقوط خيار الشرط) فاذا باع شيئا بشرط ان له الرجوع فی البيع الی شهر- مثلا- ثم تصرف فی الثمن سقط خياره علی ما ذكروا (و الا) ای لو لا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۵

فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتری بتصرفه مستفاد من نفس تلک الرواية المعللة، حيث قال: فان احدث المشتری فيما اشتری حدثا قبل الثلاثة ايام، فذلک رضا منه، فلا شرط، فان المنفی يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل.

عموم التعليل (ف) لا دليل آخر علی سقوط خيار الشرط بالتصرف، لانه (لم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتری) للحيوان (بتصرفه) فی الحيوان (مستفاد من نفس تلک الرواية المعللة) فليس هناک دليل علی سقوط خيار الحيوان بالتصرف الا من العلة.

و نسبة العلة الی خيار الحيوان و سائر الخيارات واحدة.

فكما يسقط خيار الحيوان بالتصرف، كذلک تسقط سائر الخيارات (حيث قال) عليه السلام (فان احدث المشتری فيما اشتری) ای فی الحيوان الّذی اشتراه (حدثا قبل الثلاثة ايام) ای قبل انقضاء الثلاثة اذ: خيار الحيوان ثلاثة ايام فقط (فذلک رضا منه) ای ان التصرف

دلیل الرضا، او انه رضا فعلی، و ان لم یکن راضیا باسقاط خیاره (فلا- شرط) ای لا خیار له بعد الرضا (فان المنفی) فی قوله علیه السلام: لا شرط- ای لا خیار- (یشمل شرط المجلس و الحیوان) و غیرهما (فتأمل).

اذ کیف یمکن ان ندعی عموم «لا شرط» للمجلس، مع ان کونه فی باب الحیوان قرینة صارفة الی خصوص الحیوان.

اللهم الا ان یقال: ان العرف یفهم ذلک، و هذا لیس ببعید، و لذا فهم المشهور الخیار، و مع هذا الفهم لا یبقی مجال للقول بان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۶

و تفصیل التصرف المسقط سیجیء ان شاء الله.

«حتی یفترقا» نص فی امتداد الخیار الی حین الافتراق فلا یمکن رفع الید عنه بسبب هذا الاشعار المستفاد من التعلیل.

(و تفصیل التصرف المسقط سیجیء ان شاء الله) و ان ایّ تصرف مسقط و ای تصرف غیر مسقط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۷

الثانی خیار الحیوان

اشارة

لا خلاف بین الامامیة فی ثبوت الخیار فی الحیوان للمشتری.

و ظاهر النص و الفتوی العموم لکل ذی حیاة، فیشمل مثل الجراد و الزنبور و السمک و العلق و دود القز.

و لا یبعد اختصاصه بالحیوان المقصود حیاته فی الجملة.

فمثل السمک المخرج من الماء و الجراد المحرز فی الاناء و شبه ذلک خارج

(الثانی) من الخیارات (خیار الحیوان) و (لا خلاف بین الامامیة فی ثبوت الخیار فی الحیوان للمشتری) الی ثلاثة ایام.

(و ظاهر) اطلاق (النص و الفتوی العموم لکل ذی حیاة) حیوانیة لا مثل النبات (فیشمل) الخیار (مثل الجراد و الزنبور و السمک و العلق و دود القز) بل لا یبعد- علی هذا- شموله لمثل الاحیاء الجدیدة کالمکروب.

(و) لکن (لا- یبعد اختصاصه بالحیوان المقصود حیاته فی الجملة) مثل البقر الّذی یشتری لاجل اللبن مثلا، و انه ثم یراد بعد ذلک ذبحه للاستفادة بلحمه و جلده.

(فمثل السمک المخرج من الماء) لاجل إماتته، لا لاجل احرازه و اقتنائه (و الجراد المحرز فی الاناء) لاجل إماتته لا لاجل اقتنائه حیّا (و شبه ذلک خارج) عن کونه ذا خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۸

لانه لا یباع من حیث انه حیوان، بل من حیث انه لحم.

و یشکل فیما صار کذلک لعارض کالصید المشرف علی الموت باصابة السهم او بجرح الکلب المعلم.

و علی کل حال فلا یعدّ زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض، او فی زمان الخیار.

(لانه لا یباع من حیث انه حیوان، بل من حیث انه لحم) فهو کبیع اللحم حیث انه لا خیار فیه لان الادلة جاریة فی بیع الحیوان.

(و یشکل) اختصاص خیار الحیوان (فیما صار کذلک) ای صار مثل السمک الخارج من الماء (لعارض کالصید المشرف علی الموت باصابة السهم او بجرح الکلب المعلم) فهل فیه خیار الحیوان لانه حی او لیس فیه؟ لانه لا یشتری الا لاجل اللحم، احتمالان.

و لعل وجه الفرق بینه و بین السمک، حیث جزم بانه لا خیار للحیوان فی السمک، و اشکل هنا فی الصید ان السمک الخارج من الماء محکوم بالموت قطعا، فلا یشتری الا لحمه، اما الصید فلا یقطع بموته و لذا فیمکن ان یشتری لاجل انه حیوان، لا انه لحم، فتأمل.

(و علی کل حال) فی الصید (فلا یعدّ) فی مثل السمک (زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض، او فی زمان الخیار) حتی تنطبق علیه قاعدة التلف قبل القبض من مال مالکه، و قاعدة: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۲۹

و فی منتهی خیاره مع عدم بقائه الی الثلاثة وجوه.

ثم انه هل یختص هـذا الخیار بالمبیع المعین، کما هو المنساق فی النظر من الاطلاقات مع الاسـتدلال به فی بعض معاقد الاجماع- کما فی

(و) اذا اشتری مـا لاـ یبقی الی ثلاثـة ایـام بان مات بعـد یومین مثلا ف (فی منتهی خیاره) ای خیار المشتری فی مثل هـذا الحیوان (مع عدم بقائه الی الثلاثة) الایام (وجوه) و احتمالات.

الاول: انه ثلاثة ایام لان متعلق الخیار هو العقد و هو باق و ان مات الحیوان.

الثانی: انه الی حین الموت قبل الثلاثة لان متعلق الخیار العین فاذا مات الحیوان انتفی الخیار لانتفاء موضوعه.

الثالث: انه الی حین ان یأتی مسـقط آخر و لو بعـد الثلاثـة، لان الخیار متعلق بالعقـد و هو باق الی ما بعـد الثلاثـة و اما ذکر الثلاثة فی الاخبار فهو منزل علی الغالب من عدم موت الحیوان فی الثلاثة.

لکن لا یخفی ضعف هذا الوجه، و بعده الوجه الثانی، و اقواها الوجه الاول.

(ثم انه هـل یختص هـذا الخیار بالمبیع المعین) کما اذا باع هـذا البقر الخاص مثلا (کما هو المنساق فی النظر من الاطلاقات) فاذا قال: من اشتری حیوانـا کـان له خیـار ثلاثـة ایـام، انساق منه فی اذهـان العرف الی الحیوان الخاص، لا الکلی (مع الاسـتدلال به) ای بکون الخیار فی المعین (فی بعض معاقد الاجماع- کما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۰

التـذکرة- بالحکمـة غیر الجاریـة فی الکلی الثابت فی الذمـة، او یعم الکلی کما هو المترائی من النص و الفتوی لم اجد مصـرحا باحد الامرین.

نعم یظهر من بعض المعاصرین: الاول، و لعله الاقوی.

و کیف کان

فالکلام فی من له هذا الخیار، و فی مدته [من حیث المبدإ و المنتهی، و مسقطاته یتم برسم مسائل]

اشارة

التذکرة- بالحکمة غیر الجاریة فی الکلی الثابت فی الذمة).

فان الحکمـة فی جعل الخیار ان یکون للمشتری الحق فیما اذا لم یرغب فی شـخص هذا الحیوان ان یرده، و هذه الحکمة لیست جاریة

فی اشتراء الکلی، حیث انه اذا لم یرغب فی فرد بدّله بفرد آخر (او یعم) هذا الخیار (الکلی) لعدم معلومیة ان الحکمة ذلک الّذی ذکر، فان من الحکمة انه اذا زهد المشتری فی اصل البیع، کان له رده، و هو یشمل الکلی کما یشمل الشخصی (کما هو المترائی من النص و الفتوی) لاطلاقهما الشامل للکلی کما یشمل الشخصی.

ثم انه لا ـ منافات بین قوله «المنساق» و بین قوله «المترائی» لا ـ ن المنساق بالدقة و المترائی بالنظر السطحی (لم اجد مصرحا باحد الامرین)

(نعم یظهر من بعض المعاصرین: الاول، و لعله الاقوی) و ان کان الثانی اقرب الی الاعتبار، لما عرفت من اطلاق الحکمة.

و کذلک یوجد مثله فی خیار المجلس و غیره، فانه یشمل بیع الکلی أیضا.

(و کیف کان فالکلام) الآن (فی من له هذا الخیار، و فی مدته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۱

من حیث المبدأ و المنتهی، و مسقطاته یتم برسم مسائل.

من حیث المبدأ و المنتهی، و) فی (مسقطاته) و هو: (یتم برسم مسائل) نذکرها ان شاء الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۲

مسئلة المشهور اختصاص هذا الخیار بالمشتری

حکی عن الشیخین، و الصدوقین، و الاسکافی و ابن حمزة و الشامیین الخمسة، و الحلبیین الستة و معظم المتأخرین، و عن الغنیة و ظاهر الدروس الاجماع علیه لعموم قوله علیه السلام: اذا افترقا وجب البیع خرج المشتری و بقی البائع، بل

(مسألة المشهور اختصاص هذا الخیار بالمشتری) فاذا باع حیوانا لزید کان الخیار لزید فقط، لا للبائع (حکی عن الشیخین) المفید و الطوسی (و الصدوقین) الوالد و الولد (و الاسکافی و ابن حمزة و الشامیین الخمسة) و هم: الحلبی و القاضی و الشهیدین و الکرکی (و الحلبیین) بالباء نسبة الی بلدة حلب فی سوریا و هم (الستة) المعروفون.

و ربما قیل: انه بالیاء ای الحلیین نسبة الی بلدة الحلة فی العراق و هم: ابن ادریس و المحقق و العلامة و ولده و ابن سعید و السیوری (و معظم المتأخرین، و عن الغنیة و ظاهر الدروس الاجماع علیه).

و انما لم یکن للبائع الخیار (لعموم قوله علیه السلام: اذا افترقا وجب البیع) دل علی وجوب البیع مطلقا بعد المجلس (خرج المشتری) بدلیل: خیار الحیوان (و بقی البائع) لعدم الدلیل علی خروجه (بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۳

لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بالنسبة الی ما لیس فیه خیار المجلس بالاصل او بالاشتراط، و یثبت الباقی بعدم القول بالفصل.

و یدل علیه أیضا ظاهر غیر واحد من الاخبار.

منها: صحیحة الفضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام، قال قلت له: ما الشرط فی الحیوان؟ قال: ثلاثة ایام

لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فانه ظاهر فی عدم الخیار بعد العقد.

ان قلت: لا اشکال فی وجود خیار المجلس للبائع، فاذا انقضی المجلس بقی الخیار له فی بیع الحیوان بالاستصحاب.

قلت: لا ـ شک فی انه لا خیار للبائع (بالنسبة الی ما لیس فیه خیار المجلس بالاصل) کما تقدم فی بعض البیوع انه لا خیار مجلس فیه،

مثل بیع الأب من ولده (او بالاشتراط) بان اشترطا انه لا یکون للبائع خیار المجلس، فاذا لم یکن للبائع خیار المجلس، فلا یستصحب الخیار له بعد المجلس (و یثبت) عدم خیار الحیوان للبائع، فی (الباقی) و هو ما کان للبائع خیار المجلس (بعدم القول بالفصل) لانا لا نقول بانه یکون للبائع خیار الحیوان فی مکان دون مکان، فاذا لم یکن له خیار الحیوان فی مورد فلیس له خیار الحیوان فی کل الموارد.

(و یدل علیه) ای علی عدم الخیار للبائع مطلقا (أیضا ظاهر غیر واحد من الاخبار).

(منها: صحیحة الفضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

قلت له: ما الشرط) ای ما هو الخیار (فی الحیوان؟ قال: ثلاثة ایام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۴

للمشتری قلت: و ما الشرط فی غیر الحیوان؟ قال البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما.

و ظهوره فی اختصاص الخیار بالمشتری.

و اطلاق نفی الخیار لهما فی بیع غیر الحیوان بعد الافتراق یشمل ما اذا کان الثمن حیوانا.

للمشتری).

و انما سمی الخیار شرطا، لانه شرط من الله سبحانه علی البائع ان یکون للمشتری خیار الحیوان الی ثلاثة ایام (قلت: و ما الشرط فی غیر الحیوان؟ قال) علیه السلام: (البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما).

و قد تقدم معنی قوله علیه السلام «بعد الرضا»

(و ظهوره) ای هذا الخبر (فی اختصاص الخیار بالمشتری) لقوله علیه السلام: ثلاثة ایام للمشتری و لا یقال انه مفهوم اللقب، فلا حجیة فیه اذ هو فی مقام التحدید، و مفهوم التحدید حجة.

(و) ظهوره أیضا فی (اطلاق نفی الخیار لهما) ای لا للبائع و لا للمشتری (فی بیع غیر الحیوان بعد الافتراق) مما یظهر منه انه اذا باع دارا مثلا ببعیر، بان کان المثمن غیر حیوان، لکن کان الثمن حیوانا (یشمل ما اذا کان الثمن حیوانا) ففی هذه الروایة موضعان یظهر من کل منهما ان الحیوان اذا کان ثمنا لم یکن لآخذه و هو البائع الخیار فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۵

و یتلوها فی الظهور روایة علی بن اسباط عن ابی الحسن الرضا علیه السلام، قال الخیار فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتری فان ذکر القید مع اطلاق الحکم- قبیح، الا لنکتة جلیة و نحوها: صحیحة الحلبی فی الفقیه، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: فی الحیوان کله شرط

(و یتلوها فی الظهور روایة علی بن اسباط عن ابی الحسن الرضا علیه السلام، قال) علیه السلام: (الخیار فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتری).

و حیث انه مورد توهم ان یقال: انه من باب مفهوم اللقب، اجاب بقوله: (فان ذکر القید) حیث قال «للمشتری» (- مع اطلاق الحکم-) ای اذا کان الحکم بالخیار، یشمل کلا من البائع و المشتری، فیما اذا باع حیوانا، او کان الثمن حیوانا (قبیح، الا لنکتة جلیة) و حیث لا نکتة جلیة فی المقام، لا بد و ان تکون النکتة اختصاص الخیار بالمشتری.

اما آیة «فی حجورکم» فالنکتة فیها التنفیر عن زواج بنت الزوجة، فان الانسان کیف یرغب ان یتزوج من ربیت فی حجره، ثم انه انما قال «یتلوه» لقوة دلالة الروایة الاولی، حیث ان کلام الامام علیه السلام کان فی جواب السؤال، فهو من مفهوم التحدید، کما عرفت بخلاف الروایة الثانیة، فهی اشبه شیء بمفهوم اللقب، و هو لیس بحجة، نعم فیه اشعار او ظهور حسب ما ذکرناه، بقولنا: فان ذکر القید

... الخ (و نحوها: صحیحة الحلبی فی الفقیه، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال فی الحیوان کله) ای کل اقسامه (شرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۶

ثلاثة ایام للمشتری.

و صحیحة ابن رئاب، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: الشرط فی الحیوانات ثلاثة ایام للمشتری.

و اظهر من الکل صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الاسناد، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام: عن رجل اشتری جاریة لمن الخیار؟ للمشتری او للبائع اولهما کلیهما، قال: الخیار لمن اشتری نظرة ثلاثة ایام، فاذا مضت ثلاثة ایام فقد وجب الشراء و عن سیدنا المرتضی قدس سره

ثلاثة ایام للمشتری) فانها مثل روایة ابن اسباط فی وجه الدلالة.

(و صحیحة ابن رئاب، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: الشرط فی الحیوانات ثلاثة ایام للمشتری).

و انما ادعی ان هذه الروایات ظاهرة- و لم یقل بکون بعضها نصا- اذ من المحتمل ان یکون وجه کون الخیار للمشتری ان الکلام فی اشتراء الحیوان لا فی ما اذا کان الحیوان ثمنا فلا دلالة فی هذه الاخبار فی نفی الخیار اذا کان الحیوان ثمنا.

(و اظهر من الکل صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الاسناد، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام: عن رجل اشتری جاریة لمن الخیار؟

للمشتری او للبائع او لهما کلیهما، قال: الخیار لمن اشتری نظرة) ای انتظار (ثلاثة ایام، فاذا مضت ثلاثة ایام فقد وجب الشراء).

و وجه کونها اظهر من السابقة، قوة ظهور نفی الخیار عن غیر المشتری بعد سؤال السائل هل ان لغیره الخیار أم لا؟ و وجه انها غیر صریحة ما تقدم (و) مع ذلک کله، ف (عن سیدنا المرتضی قدس سره،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۷

و ابن طاوس ثبوته للبائع أیضا، و حکی عن الانتصار دعوی الاجماع علیه لاصالة جواز العقد من الطرفین بعد ثبوت خیار المجلس.

و لصحیحة محمد بن مسلم المتبایعان بالخیار ثلاثة ایام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا.

و

و ابن طاوس ثبوته) ای الخیار (للبائع أیضا و حکی عن الانتصار دعوی الاجماع علیه).

و ذلک (لاصالة جواز العقد من الطرفین بعد ثبوت خیار المجلس) فانه بعد الافتراق عن المجلس اذا کان الافتراق قبل ثلاثة ایام، یشک فی انه هل لزم البیع أم لا؟ فالاستصحاب یقتضی عدم اللزوم.

(و لصحیحة محمد بن مسلم المتبایعان بالخیار ثلاثة ایام فی الحیوان، و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا).

و اشکل علی الدلیل الاول بان الخیار الکائن قبل الافتراق زال قطعا لانه خیار المجلس و الخیار المراد اثباته لم یعلم به، لان خیار الحیوان لا یعلم ثبوته للبائع، فلا تتم ارکان الاستصحاب.

و فیه انه من قبیل الصورة الاولی من القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الکلی، فان المراد استصحاب الکلی، لا خصوص خیار المجلس، او خیار الحیوان.

(و) اشکل علی الدلیل الثانی بالتعارض مع الروایات السابقة مما یوجب ترجیح الروایات السابقة علی هذه الصحیحة، بسبب الشهرة و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۸

بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا، او بعد الافتراق و هی ارجح بحسب السند من صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الاسناد.

و قد صرحوا بترجیح روایة مثل محمد بن مسلم و زرارة، و اضرابهما علی غیرهم من الثقات.

مضافا الی ورودها فی الکتب الاربعة المرجحة علی مثل قرب الاسناد

بالإضافة الی منافاتها مع عمومات اللزوم.

و فیه ان (بها) ای بصحیحة ابن مسلم (تخصص عمومات اللزوم مطلقا) ای ما کان دالا علی لزوم العقد مطلقا، مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لان هذه الصحیحة اخص من العمومات المذکورة (او) ما کان دالا علی لزوم العقد (بعد الافتراق) مثل: البیعان بالخیار ما لم یفترقا، فاذا افترقا وجب البیع (و هی) ای صحیحة ابن مسلم (ارجح بحسب السند من صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الاسناد).

(و) وجه الرجحان هو ما (قد صرحوا بترجیح روایة مثل محمد بن مسلم و زرارة، و اضرابهما) من الفقهاء (علی غیرهم من الثقات) لوضوح ان الفقیه اعرف بجوانب الکلام و مزایاه، و خصوصیاته من غیره، فنقله اضبط و فهمه لکلام الامام علیه السلام اتقن، هذا.

(مضافا الی ورودها) ای صحیحة ابن مسلم (فی الکتب الاربعة المرجحة) بصیغة اسم المفعول، فان علمائنا رجحوا هذه الکتب (علی مثل قرب الاسناد) الّذی فیه صحیحة ابن رئاب إذ المحمدون الثلاثة فی الکتب الاربعة بنوا علی مزید من الدقة و الاتقان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۳۹

من الکتب التی لم یلتفت إلیها اکثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او عن مراجعتها.

و اما الصحاح الاخر المکافئة سندا لصحیحة ابن مسلم فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فی الظهور مرتبة منطوق الصحیحة فیمکن حملها علی بیان الفرد الشدید الحاجة، لان الغالب فی المعاملة- خصوصا معاملة الحیوان- کون إرادة الفسخ فی طرف المشتری،

بالإضافة الی انهم من الفقهاء البارعین الذین لا یشق لهم غبار، بخلاف مثل قرب الاسناد (من الکتب التی لم یلتفت إلیها اکثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او) غفلتهم (عن مراجعتها) عند التألیف، اذ الاصحاب کانوا یفحصون، و بعد ذلک یفتون فی کتبهم هذا.

بالإضافة الی ان صحیحة ابن مسلم صریحة، بخلاف صحیحة ابن رئاب فانها ظاهرة، و النص یقدم علی الظاهر.

(و اما الصحاح الاخر المکافئة سند الصحیحة ابن مسلم) لنقل الفقهاء کالحلبی لها و لوجودها فی الکتب الاربعة (فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فی الظهور مرتبة منطوق الصحیحة) لابن مسلم، فانها صریحة لو لم نعمل بها لزم طرحها، بخلاف تلک الصحاح.

لا یقال: فما ذا یعمل بتلک الصحاح.

لانه یقال: (فیمکن حملها علی بیان الفرد الشدید الحاجة) المتعارف (لان الغالب فی المعاملة- خصوصا معاملة الحیوان- کون إرادة الفسخ فی طرف المشتری).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۰

لاطلاعه علی خفایا الحیوان.

و لا ریب ان الاظهریة فی الدلالة متقدمة- فی باب الترجیح- علی الاکثریة.

و اما ما ذکر فی تأویل صحیحة ابن مسلم، من ان خیار الحیوان للمشتری علی البائع، فکان بین المجموع، ففی غایة السقوط

و انما کان الغالب ذلک (لاطلاعه) ای المشتری (علی خفایا الحیوان) مما یوجب نفرته عنه فیفسخ البیع تخلصا منه و ذلک بخلاف البائع الّذی نقد الثمن و یندر ندمه.

(و) ان قلت: صحیحة ابن مسلم واحدة، و الروایات الاخر کثیرة.

قلت: (لا ریب ان الاظهریة فی الدلالة متقدمة- فی باب الترجیح علی الاکثریة) بعد تساویهما فی الحجیة، لان الاظهر یوجب التصرف

فی الظاهر، و لذا یقدمون روایة الحاکم علی المحکوم و لو کانت روایة الحاکم واحدة و روایات المحکوم کثیرة.

(و) ان قلت: من الممکن تأویل صحیحة ابن مسلم بما لا ینافی تلک الروایات.

قلت: (اما ما ذکر فی تأویل صحیحة ابن مسلم، من ان خیار الحیوان للمشتری) فقط (علی البائع، فکان) الخیار (بین المجموع).

فقوله علیه السلام: المتبایعان بالخیار ثلاثة ایام، یراد به خیار المشتری علی البائع، لا- خیار کل واحد منهما علی الآخر (ففی غایة السقوط).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۱

و اما الشهرة المحققة، فلا تصیر حجة علی السیّد، بل مطلقا، بعد العلم بمستند المشهور، و عدم احتمال وجود مرجح لم یذکروه.

و اجماع الغنیة لو سلم رجوعه الی اختصاص الخیار بالمشتری لا مجرد ثبوته له

اذ العبارة نص فی ان الخیار لکل واحد، و یؤیده ذیل الصحیحة حیث ان خیار المجلس لکل منهما علی الآخر.

(و اما الشهرة المحققة) فی جانب الروایات المثبتة للخیار للمشتری فقط (فلا تصیر حجة علی السیّد) اذ کلام السید قبل تحقق الشهرة، فاذا کنا فی زمان السیّد- فرضا- لم نتمکن ان نقول للسید: ان الشهرة علی خلاف مستندک، فمستندک ساقط (بل) الشهرة فی امثال المقام لیست حجة (مطلقا، بعد العلم بمستند المشهور، و عدم احتمال وجود مرجح لم یذکروه) اذ لما عرف ان المشهور استندوا الی ما لا یصح الاستناد إلیه لم یمکن ترجیح مستندهم بمجرد استناد المشهور.

اذ الترجیح بالمشهور لیس امرا تعبدیا، بل لاجل احتمال وجود مرجح لهم.

فاذا عرفنا انه لا مرجح لهم، لم یصح الاستناد الی مستندهم فی قبال مستند اقوی.

(و) ان قلت: ادعی صاحب الغنیة: الاجماع علی کلام المشهور.

قلت: (اجماع الغنیة لو سلم رجوعه الی اختصاص الخیار بالمشتری لا مجرد ثبوته) ای الخیار (له) ای للمشتری، فانه من المحتمل ان الغنیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۲

معارض باجماع الانتصار الصریح فی ثبوته للبائع.

و لعله لذا قوی فی المسالک قول السید، مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق علی خلافه، و تبعه علی ذلک فی المفاتیح، و توقف فی غایة المراد و حواشی القواعد، و تبعه فی المقتصر هذا.

و لکن الانصاف ان أخبار المشهور من حیث المجموع لا یقصر ظهورها عن الصحیحة مع اشتهارها

یقول: الخیار للمشتری بالاجماع لا- انه یقول: الخیار خاص بالمشتری بالاجماع (معارض باجماع الانتصار الصریح فی ثبوته للبائع) بالإضافة الی المشتری، و علی هذا فلا شهرة تفید، و لا اجماع یستند إلیه، علی طبق کلام المشهور.

(و لعله لذا) الّذی ذکرنا من اقوائیة مستند السید المرتضی (قوی فی المسالک قول السید، مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق علی خلافه) أی علی خلاف السید، ای انه قال: الاقوی ان الخیار للبائع أیضا اذا لم تکن شهرة او اتفاق علی خلاف السید (و تبعه علی ذلک فی المفاتیح، و توقف) فی انه هل الخیار للبائع أم لا؟ (فی غایة المراد، و حواشی القواعد، و تبعه) فی التوقف (فی المقتصر) و مجموع ذلک یجعل الفقیه متمکنا من الفتوی بإطلاق کون الخیار لکل من البائع و المشتری (هذا)

(و لکن الانصاف ان اخبار المشهور من حیث المجموع لا یقصر ظهورها عن الصحیحة) لابن مسلم فان تعاضد بعضها ببعض یجعل لها ظهورا مساویا لظهور صحیحة ابن مسلم (مع) اضافة (اشتهارها) ای أخبار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۳

بين الرواة حتى محمد بن المسلم الراوى للصحيحة، مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشترى، فلا ريب فى ضعف هذا القول.

نعم هنا قول ثالث، لعلّه أقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا نسب الى جماعة من المتأخرين، منهم الشهيد

المشهور (بين الرواة) فان مختلف الرواة رووها، و الشهرة الروائية توجب قوة المضمون (حتى) ان (محمد بن المسلم الراوى للصحيحة) روى رواية تدل على كلام المشهور (مع) انه اذا فرضنا حصول التكافؤ بين الصحيحة و بين روايات المشهور، و لم نقل بتقدم روايات المشهور لقوتها بالاشتهار فاللازم الأخذ بقول المشهور، ل (ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و نحوه (و المتيقن خروج المشترى) عن لزوم العقد، فيبقى البائع داخلا فى عموم أدلة اللزوم، و يكون الحاصل انه لا خيار له (فلا ريب) عند المصنف (فى ضعف هذا القول) الّذى يقول ان الخيار للبائع أيضا.

(نعم هنا قول ثالث، لعلّه أقوى منه) اى من القول الثانى (و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا) و اذا كان كلا طرفى المعاملة حيوانا كما لو اشترى دجاجة بعشر حمامات مثلا، ان كان تبادلا، بدون أن يكون أحدهما ثمنا و الآخر مثمنا- لامكان ذلك و صحته لشمول: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، له- يكون الخيار لكلا الطرفين.

ف (نسب) هذا القول (الى جماعة من المتأخرين، منهم الشهيد)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۴

فى المسالك لعموم صحيحة محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.

و لا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا.

الثانى ره (فى المسالك).

و ذلك (لعموم صحيحة محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) فان صاحب الحيوان يشمل البائع و المشترى، فكل من كان صاحب الحيوان يكون له الخيار الى ثلاثة ايام حسب هذه الصحيحة.

(و) ان قلت: فى موثقة ابن فضال تقييد صاحب الحيوان بالمشترى مما يدل على ان المراد بصاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم المشترى أيضا، لوحدة السياق فى الروايتين.

قلت: (لا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال) فقد روى على بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثة أيام.

و انما لا ينافى (لاحتمال ورود التقييد) بالمشترى (مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا) و بذلك يسقط القيد عن الدلالة فلا يكون مقيدا لاطلاق صحيحة ابن مسلم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۵

و لا ينافى هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم لان الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا توجب تنزيل الاطلاق

(و) ان قلت: اذا كان من الممكن حمل القيد فى خبر ابن فضال على الغالب، كان لقائل أن يقول من الممكن حمل صاحب الحيوان

فی صحیحهٔ ابن مسلم علی الغالب، من کون المشتری هو صاحب الحیوان فلا یکون اطلاق فی الصحیحهٔ.

قلت: (لا ینافی هذه الدعوی) ای دعوی حمل القید علی الغالب فی موثقهٔ ابن فضال (التمسک بإطلاق صحیحهٔ محمد بن مسلم) بأن یقال:

کما ان القید فی خبر ابن فضال منزل منزلهٔ الغالب، کذلک یحمل صاحب الحیوان فی صحیحهٔ ابن مسلم علی الغالب من کون صاحب الحیوان المشتری، فلا دلالهٔ فی الصحیحهٔ علی الخیار للبائع اذا کان الثمن حیوانا (لان الغلبهٔ قد تکون بحیث توجب تنزیل التقیید علیها) لأنس الذهن بالغالب مما یوجب ذکر القید و ان لم یقصد به خصوص المقید، بل الحکم أعم من المقید (و لا توجب تنزیل الاطلاق) بحمل المطلق علی المقید، اذ لیس القید بحیث یوجب انصراف اللفظ المطلق الی المقید.

و الحاصل انّا تابعون للظهور، فربما یقول المولی، المقید، لکن الکلام ظاهر فی المطلق، و انما ذکر القید لنکتهٔ مثل «رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ» و ربما یقول المولی المطلق لکن لیس الکلام ظاهرا فی المقید، فان القید و ان کان غالبا، لکنه لیس بحیث یوجب انصراف المطلق الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۶

و لا ینافیها أیضا ما دل علی اختصاص الخیار بالمشتری لورودها مورد الغالب من کون الثمن غیر حیوان، و لا صحیحهٔ محمد بن مسلم المثبتهٔ للخیار للمتبایعین لامکان تقییدها- و ان بعد- بما اذا کان العوضان

المقید، فلیس کلما حمل المقید علی الغالب و نتیجته الاطلاق، یحمل المطلق علی الغالب حتی تکون نتیجته التقیید (و لا ینافیها أیضا) ای لا ینافی الدعوی المذکورهٔ من حمل القید فی موثقهٔ ابن فضال علی الغالب (ما دل علی اختصاص الخیار بالمشتری) من الروایات المتقدمهٔ، حیث ذکر لفظ المشتری، فانّا نحمل القید فی الموثقهٔ علی الغالب، و نقول بإطلاق الموثقهٔ، و لا نحمل اطلاقها علی القید الّذی ورد فی بعض الروایات من لفظ المشتری.

و انما لا ینافی (لورودها)- الضمیر عائد الی «ما» باعتبار المعنی ای الروایهٔ التی قیدت الخیار بالمشتری- (مورد الغالب من کون الثمن غیر حیوان) اما اذا کان الثمن حیوانا فللبائع الخیار أیضا (و لا صحیحهٔ محمد بن مسلم المثبتهٔ للخیار للمتبایعین) «و لا» عطف علی «ما دل» ای لا ینافی الدعوی المذکورهٔ صحیحهٔ محمد بن مسلم.

وجه المنافات ان الدعوی تقول: المشتری، فی روایهٔ ابن فضال منزل منزلهٔ الغالب، و ان کل من انتقل إلیه الحیوان یکون له الخیار، و صحیحهٔ ابن مسلم تقول: ان الخیار لکل من البائع و المشتری.

و وجه عدم المنافات (لامکان تقییدها) ای صحیحهٔ ابن مسلم (- و ان بعد-) هذا التقیید (بما اذا کان العوضان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۷

حیوانین.

لکن الاشکال فی اطلاق الصحیحهٔ الاولی فی جههٔ قوهٔ انصرافه الی المشتری فلا مخصص یعتد به لعمومات اللزوم مطلقا، او بعد المجلس

حیوانین).

فکل من الموثقهٔ و الصحیحهٔ تقول: ان من انتقل إلیه الحیوان- بائعا کان او مشتریا- له الخیار.

فتحصل ان مستند الشهید و هو الصحیحهٔ او رد علیها الاشکال بما ذکره المصنف بقوله «و لا ینافیه».

ثم اورد علی «لا ینافیه» ثلاث اشکالات.

و هی «لا ینافی هـذه الـدعوی» و «و لا ینافیها» و «و لا صـحیحة محمـد» هذا کله وجه کلام الشـهید من التمسک بإطلاق صـحیحة ابن مسلم لفتواه.

(لکن الاشکال فی اطلاق الصحیحة الاولی) ای صحیحة ابن مسلم (من جهة قوة انصرافه) ای الاطلاق (الی المشتری) فلا خیار للبائع و ان کان الثمن حیوانا (فلا مخصـص یعتـد به لعمومات اللزوم مطلقا) حتی یقال بمقالة الشـهید بان للبائع الخیار اذا کان الثمن حیوانا (او بعد المجلس) عطف علی «مطلقا» فان ادلة لزوم البیع قسمان.

الاول: ما یدل علی اللزوم مطلقا مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

الثانی: ما یدل علی اللزوم بعد المجلس مثل «فاذا افترقا وجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۸

فلا محیص عن المشهور.

البیع» (فلا محیص) اذا بعد بطلان القول الثانی القائل بان الخیار فی بیع الحیوان لکل من البائع و المشتری.

و القول الثالث القائل بان کل من انتقل إلیه الحیوان له الخیار (عن المشهور) و هو ان الخیار للمشتری فقط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۴۹

مسئلة لا فرق بین الامة و غیرها فی مدة الخیار

و فی الغنیة کما عن الحلبی ان مدة خیار الامة مدة استبرائها بل عن الاول دعوی الاجماع.

(مسألـة: لا ـ فرق بین الامـة و غیرها فی مـدة الخیار) التی هی ثلاثـة ایام، و الامـة حیوان ناطق، فلیس ادراجها فی حکم الحیوان باعتبار المعنی العرفی للحیوان، بـل باعتبار المعنی اللغوی و المنطقی قال تعالی: وَ إِنَّ الـدّارَ الْآخِرَةَ لَهِیَ الْحَیَوانُ، و فی حـدیث عن الامام امیر المؤمنین علیه السـلام ما مضـمونه ان فی الانسان الروح النباتیة، و الروح الحیوانیة، و الروح الانسانیة و فی الطب جعلوا المخ و القلب و الکبد منطلقا لهذه الارواح الثلاثة، کل واحد لروح.

اما مسألة بیع الرقیق و الاحکام الخاصة لهم فقد ذکرنا وجهه فی کتاب تسهیل الاحکام و کتاب الفقه فی باب الجهاد.

ثم انه انما کان مـدة خیار الامـة ثلاثـة ایام (و) لکن (فی الغنیـة کما) نقل (عن الحلبی) أیضا (ان مدة خیار الامة) لیست ثلاثة ایام، بل (مدة استبرائها) حیضة فان کانت فی سن من تحیض و لا تحیض فخمسة و اربعون یوما، و اذا ملکها حائضا کانت بقیة ایام حیضها مدة استبرائها و لا اسـتبراء اذا کانت یائسة، او صـغیرة، او غیر مدخول بها، او کانت الی مرأة، او لطفل، او لمن لم یدخل بها، او نحو ذلک مما قرر فی کتاب النکاح (بل عن الاول) و هو ابن زهرة فی الغنیة (دعوی الاجماع) علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۰

و ربما ینسب هذا الی المقنعة، و النهایة، و المراسم من جهة حکمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء، و لم اقف لهم علی دلیل.

ما ذکره.

و لا یخفی انه اذا لم یکن لها اسـتبراء- کما ذکرناه- فالمـدة فیها ثلاثـة ایام أیضا، و لم یعلم انهم ما ذا یقولون اذا کانت مدة اسـتبرائها اقلّ من ثلاثـة ایـام کما اذا اشتراها و بعـد ساعـة انقطع حیضـها، فهل یقولون بانتهاء مـدة الخیار بانتهاء مـدة الحیض؟ او یقولون بابعد الاجلین؟ ای الثلاثة فی مفروض المسألة.

(و ربما ینسب هذا) القول فی مدة خیار الامة (الی المقنعة، و النهایة، و المراسم من جهة حکمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء) لقاعدة: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، فاذا کان البائع ضامنا دل ذلک علی ان الخیار یکون للمشتری فی هذه المدة (و لم اقف لهم علی دلیل) و الله سبحانه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۵۱

مسئلة مبدأ هذا الخیار من حین العقد،

فلو لم یتفرقا ثلاثة ایام انقضی خیار الحیوان، و بقی خیار المجلس، لظاهر قوله علیه السلام: ان الشرط فی الحیوان ثلاثة ایام، و فی غیره حتی یتفرقا خلافا للمحکی عن ابن زهرة، فجعله من حین التفرق، و کذا الشیخ و الحلی فی خیار الشرط المتحد

(مسألة: مبدأ هذا الخیار) ای خیار الحیوان (من حین العقد، فلو لم یتفرقا ثلاثة ایام) و بقیا فی المجلس (انقضی خیار الحیوان، و بقی خیار المجلس).

و انما قلنا بالامرین ای ان مبدأ الخیار من حین العقد، و انه یبقی بعد ذلک خیار المجلس (لظاهر قوله علیه السلام: ان الشرط فی الحیوان ثلاثة ایام، و فی غیره حتی یتفرقا) فان المنصرف من ثلاثة ایام، انها تبتدأ من حین العقد، کما ان ظاهر حتی یتفرقا امتداده الی زمان التفرق و لو طال الی بعد ثلاثة ایام، کما انه یفهم من هذا الحدیث ان ابتداء خیار المجلس من حین العقد أیضا.

و اطلاق الحدیث یدل علی وجود کل من خیار المجلس و خیار الحیوان مع الآخر و بدونه (خلافا للمحکی عن ابن زهرة، فجعله) ای خیار الحیوان (من حین التفرق، و کذا) خلافا ل (الشیخ و الحلی) ابن ادریس (فی خیار الشرط) فجعلاه من حین التفرق (المتحد) صفة خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۵۲

مع هذا الخیار فی هذا الحکم من جهة الدلیل الّذی ذکراه، قال فی المبسوط: الاولی ان یقال: انه یعنی خیار الشرط یثبت من حین التفرق لان الخیار یدخل اذا ثبت العقد، و العقد لم یثبت قبل التفرق، انتهی، و نحوه المحکی عن السرائر.

و هذه الدعوی لم نعرفها.

نعم ربما یستدل علیه باصالة عدم ارتفاعه

الشرط (مع هذا الخیار) ای مع خیار الحیوان (فی هذا الحکم) ای حکم ابتدائه.

وجه الاتحاد (من جهة الدلیل الّذی ذکراه) فان دلیلهما یشمل خیار الحیوان، و ان ذکراه فی خیار الشرط (قال فی المبسوط: الاولی ان یقال: انه یعنی خیار الشرط یثبت من حین التفرق) فاذا باعه دارا علی ان یکون للبائع خیار الفسخ لمدة اسبوع، کان ابتداء الاسبوع من حین انتهاء خیار المجلس بتفرق احدهما عن الآخر.

و ذلک (لان الخیار یدخل) فی العقد (اذا ثبت) و تحقّق (العقد و العقد لم یثبت قبل التفرق) لانه تزلزل بخیار المجلس (انتهی) کلام الشیخ (و نحوه المحکی عن السرائر).

(و هذه الدعوی) ای دعوی ان تحقق الخیار بعد تحقق العقد (لم نعرفها) ای لم نعرف دلیلا لها.

(نعم ربما یستدل علیه) ای علی بقاء الخیار الی ازید من الثلاثة- الملازم لعدم ابتدائه من حین العقد- (باصالة عدم ارتفاعه) ای عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۵۳

بانقضاء ثلاثة من حین العقد.

بل اصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و ما دل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع مع ان التلف فى الخيار المشترك من المشترى.

ارتفاع الخيار (بانقضاء ثلاثة من حين العقد) الى ان يعلم بانقضائه و هو حين انقضاء الثلاثة بعد التفرق.

(بل) يمكن الاستدلال له أولا: ب (اصالة عدم حدوثه) اى عدم حدوث الخيار (قبل انقضاء المجلس).

(و) ثانيا: (بلزوم اجتماع السببين) خيار المجلس و خيار الحيوان (على مسبب واحد) و هو الزمان الواحد.

و من المعلوم ان جمع علتين على معلول واحد كل واحدة منهما علة تامة غير معقول، كما حقق فى الفلسفة.

و حيث ان خيار المجلس قطعى فلا بد من القول بان خيار الحيوان يبتدأ بعد انتهاء خيار المجلس.

(و) ثالثا ب (ما دل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع) بضميمة قاعدة ان «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» مما يظهر منه ان خيار الحيوان يكون فى زمان لا- خيار للبائع فيه (مع ان التلف فى) زمان (الخيار المشترك من المشترى) لانه ملكه، و لا دليل على ان التلف يكون من البائع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۴

و يردّ الاصل ظاهر الدليل.

مع انه بالتقرير الثانى مثبت.

و ادلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس.

و يردّ التداخل بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس

(و) لكن كل هذه الادلة لا تفى بمدعى الشيخ و ابن ادريس، اذ (يرد) على (الاصل) اى الاستصحاب (ظاهر الدليل) المتقدم اى قوله عليه السلام «ان الشرط فى الحيوان .. الخ».

(مع انه) اى الاصل (بالتقرير الثانى) اى اصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس (مثبت) لان لازم عدم حدوثه، بقائه الى ثلاثة ايام بعد التفرق.

اللهم الا ان يقال: انه من اللوازم الشرعية او ان الواسطة خفية.

(و ادلة التلف من البائع) كما ذكر فى الدليل الثالث بقوله «و ما دل على ان التلف .. الخ» (محمول على الغالب من كونه بعد المجلس) فالغالب ان المجلس ينقضى فى لحظات او دقائق، ثم يكون للمشترى خيار الحيوان فقط بدون خيار المجلس.

فاذا تلف الحيوان بعد المجلس يكون من البائع، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له، و لا- نسلم انه اذا تلف فى زمن خيار المجلس يكون من البائع، و ان كان للمشترى خيار الحيوان أيضا.

(و يرد التداخل) و هو الدليل الثانى الّذى ذكره بقوله «و بلزوم اجتماع .. الخ» (بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية، فلا بأس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۵

بالتعدد و ان اتحدا، فكذلك.

اما لان الاسباب معرفات.

و اما لانها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنة الآخر او سبقه فهى علل تامة

بالتعدد) اذ لكل سبب مسبب، و ليس من اجتماع السببين على مسبب واحد فللمشترى خياران احدهما بسبب المجلس و الآخر بسبب الحيوان لا انهما يؤثر ان خيارا واحدا (و ان اتحدا) الخياران بحسب الماهية (فكذلك) لا بأس بتعددهما.

(اما لان الاسباب) الشرعية (معرفات) فهما اسمان لشيء واحد مثلا و مشيران إليه، كما اذا نصبت على رأس الفرسخ علامتان، فانهما ليسنا بسببين، و انما علامتان لشيء واحد.

(و اما لانها) اى الاسباب الشرعية (علل و مؤثرات) فاذا اجتمعتا لا تؤثر كل واحدة منفردة، بل حالها حال سهمين اطلقا على قلب انسان فانهما معا يقتلانه، و ان كان كل واحد منهما يقتله لو اطلق وحده الى قلبه، فانه (يتوقف استقلال كل واحد منها) اى من هذه الاسباب (فى التأثير) بانفراده (على عدم مقارنة الآخر او سبقه).

اذ لو قارنه كان جزئى أثر لكل نصف الأثر، اذ لا تعقل الصور الاخرى استقلال هذا، او ذاك، و عدم تأثيرهما اصلا، و تأثير احدهما اقل من النصف، و الآخر النصف او اقل من النصف، او اكثر من النصف و لو سبقه كان الاثر للسابق، لا للاحق (فهى) اى المؤثرات (علل تامة)

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج ۱۱، ص: ۲۵۶

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۶

إلا من هذه الجهة، و هو المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن ان الخيارين مثلان، فلا يجتمعان، من ان الخيار واحد، و الجهة متعددة.

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الاجازة ناقلة او زمان الملك عبّر بذلك للغلبة.

فى نفسها (الا من هذه الجهة) اى جهة التقارن و السبق، فاللاحق ليس علة اصلا، و المقارن ليس علة تامة، و انما جزء علة (و هو) اى انهما علتان كل واحدة جزء السبب- حين تقارنهما- (المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن) اشكال (ان الخيارين مثلان، فلا يجتمعان).

فانه ره اجاب عنه بما حاصله: (من ان الخيار واحد، و الجهة متعددة) اى ان الخيارين كلاهما يؤثران فى امر واحد، فلكل من المجلس و الحيوان جزء الأثر، لا كل الأثر.

(ثم ان المراد بزمان العقد) فى عنوان المسألة حيث قلنا: مبدأ هذا الخيار من حين العقد (هل) هو (زمان مجرد الصيغة) و ان لم يكن ملك (كعقد الفضولى) فانه لا ملك (على القول بكون الاجازة ناقلة).

اذ حين الاجازة يكون الحيوان للمشترى.

نعم على القول بان الاجازة كاشفة يكون الملك من حين العقد (او) المراد بزمان العقد (زمان الملك، عبّر) عن زمان الملك (بذلك) اى بزمان العقد (للغلبة) فان الغالب اى حين العقد يحصل الملك، و عليه فاذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۷

الظاهر هو الثانى كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو اسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض.

و تمثيله بما ذكر

لم يحصل الملك- حين العقد- لم يكن خيار الحيوان من حين العقد بل من حين الملك.

(الظاهر) من انصراف النص (هو الثانى) اى زمان الملك (كما استظهره بعض المعاصرين).

ثم (قال) ذلك المعاصر (فعلى هذا) الّذى ذكرناه من انه من حين الملك (لو اسلم حيوانا فى طعام) اى باع بيع السلم، بان باع البائع حنطة يسلمها بعد شهر فى قبال اعطائه المشترى شاة الآن (و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان) اى الّذى انتقل إليه الحيوان (و ان كان بائعا) حيث ان المفروض فى المقام ان البائع انتقل إليه الحيوان فى مقابل ان يعطى للمشترى حنطة بعد شهر فيكون من بيع السلف و هو تقديم الثمن و تأخير المثمن (كان مبدئه) اى مبدأ خيار الحيوان للبائع (بعد القبض) اى بعد ان قبض الشاة فاذا حصل العقد صباحا، و اخذ البائع الشاة ظهرا، كان مبدأ الخيار الظهر، اذ قد تقرر فى بيع السلم ان الملك لا يحصل الا بعد اخذ البائع الثمن.

(و) لا يخفى ان (تمثيله) اى تمثيل هذا المعاصر (بما ذكر) اى بما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۸

مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين.

و قد تقدم التردد فى ذلك.

ثم ان ما ذكروه فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك

اذا كان الثمن حيوانا و المثمن الطعام، و لم يمثّل بما اذا كان الثمن طعاما و المثمن حيوانا (مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين) فلا خيار فى الحيوان الكلى.

و لو مثل بما اذا كان المثمن حيوانا، كان من بيع الكلى، لان المثمن فى السلم كلّى.

و حيث فرض هذا المعاصر كون الثمن حيوانا و الثمن ينتقل الى البائع احتاج الى قوله: و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان.

(و) الشيخ يشكل على هذا المعاصر بقوله: (قد تقدم التردد فى ذلك) اى فى لزوم ان يكون الحيوان الكلى لا خيار فيه، فقد احتملنا وجود خيار الحيوان حتى فى الحيوان الكلى.

و عليه يمكن مثال السلم بما اذا باع حيوانا كليا سلما فى قبال اخذ البائع الطعام.

(ثم ان ما ذكروه فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف) اى فى بيع النقد بالنقد (و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك) اذ الملك فى بيع الصرف يتوقف على القبض، فحيث لا قبض لا يكون ملك.

و مع ذلك ذكروا ان خيار المجلس من، حين العقد، و كلامهم هذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۵۹

لكن لا بدّ له من أثر.

و قد تقدم الاشكال فى ثبوته فى الصرف قبل القبض، لو لم نقل بوجوب التقابض.

يدل على ان خيار الحيوان أيضا من حين العقد، و ان لم يحصل ملك (لكن لا بدّ له) اى للخيار قبل الملك (من أثر) اذ لو لا الأثر لا معنى لوجود الخيار.

(و قد تقدم الاشكال فى ثبوته) اى الأثر (فى الصرف قبل القبض) اذ لا ملك حتى يكون أثر (لو لم نقل ب) ان اثره (وجوب التقابض).

لكن قد تقدم رد المصنف الاشكال بان للخيار اثرا، و لو لم نقل بوجوب التقابض، و ذلك لان أثر الخيار خروج العقد بالفسخ عن

قابلیة لحوق القبض، فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۰

مسئلة لا اشکال فی دخول اللیلتین المتوسطتین فی الثلاثة ایام،

لا لدخول اللیل فی مفهوم الیوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج.

و لا فی دخول اللیالی الثلاث عند التلفیق مع الانکسار.

و لو عقد فی اللیل فالظاهر بقاء الخیار الی آخر الیوم الثالث.

(مسألة: لا اشکال فی دخول اللیلتین المتوسطتین فی الثلاثة ایام) فی باب خیار الحیوان (لا لدخول اللیل فی مفهوم الیوم).

و ذلک لان المنصرف من الیوم النهار فقط، الا اذا کان هناک قرینة تدل علی دخول اللیل، کما اذا قال: کنت أربعة ایام فی البلد الفلانی (بل للاستمرار) فی الخیار (المستفاد) هذا الاستمرار (من الخارج) ای من خارج اللفظ، لان النص و الفتوی یقولان: ان الخیار من حین العقد الی ثلاثة ایام، و ذلک لا یتحقق الا بدخول اللیلتین المتوسطتین.

(و) منه یعرف انه (لا) اشکال (فی دخول اللیالی الثلاث عند التلفیق مع الانکسار).

کما اذا عقد فی ظهر الثلاثاء فانه یمتد الی ظهر الجمعة، لیتحقق ثلاث نهارات، و بذلک یدخل ثلاث لیالی هی لیلة الاربعاء و الخمیس و الجمعة.

(و لو عقد فی اللیل) اوله او وسطه او آخره (فالظاهر بقاء الخیار الی آخر الیوم الثالث) حتی یتحقق ثلاث نهارات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۱

و یحتمل النقص عن الیوم الثالث بمقدار ما بقی من لیلة العقد.

لکن فیه انه یصدق الاقل من ثلاثة ایام.

و الاطلاق علی المقدار المساوی للنهار و لو من اللیل، خلاف الظاهر.

قیل و المراد بالایام الثلاثة ما کانت مع اللیالی

(و یحتمل النقص عن الیوم الثالث بمقدار ما بقی من لیلة العقد).

فاذا کان وقت العقد فی اللیل بمقدار ساعة من آخر اللیل، کان الخیار الی ان یبقی من نهار الثالث الی الغروب بمقدار ساعة- مثلا-.

و وجه هذا الاحتمال إرادة مقدار الیوم من الساعات، فاذا بقی من اللیل ساعة نقص مقدارها من نهار الثالث.

(لکن فیه انه یصدق) ای حین نقصنا ساعة من نهار الثالث (الاقل من ثلاثة ایّام) و قد عرفت لزوم ثلاثة ایام کاملة.

(و) ان قلت: ان المراد بثلاثة ایام، مقدار ثلاثة نهارات، و لو کان بعضها من اللیل.

قلت: (الاطلاق) ای اطلاق الیوم (علی المقدار المساوی للنهار) فی عدد الساعات (و لو من اللیل، خلاف الظاهر) عرفا.

اذ العرف یری ان الیوم یراد به النهار فقط.

(قیل) اللازم ثلاث لیال أیضا، فالخیار فی ثلاث نهارات و ثلاث لیال، مطلقا، سواء عقد فی النهار او اللیل، فاللازم مضی ست و ثلاثین ساعة (و) ذلک لان (المراد بالایام الثلاثة ما کانت مع اللیالی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۲

الثلاث لدخول اللیلتین اصالة، فتدخل الثالثة، و الا لاختلف مفردات الجمع فی استعمال واحد، انتهی فان اراد اللیلة السابقة علی الایام،

فهو حسن الا انه لا یعلل بما ذکر.

و ان اراد اللیلة الاخیرة فلا یلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فی استعمال واحد اذ لا نقول باستعمال الیومین الاولین فی

الثلاث لدخول اللیلتین) المتوسطتین (اصالة) کما تقدم وجهه (فتدخل) اللیلة (الثالثة) بقرینة لزوم التساوی فی المفردات (و الا لاختلف مفردات الجمع فی استعمال واحد) و ذلک خلاف الظاهر، فانه اذا استعمل الجمع فالظاهر ان مفرداته متساویة المعنی، فاذا قال «عیون» کان الظاهر ان المراد به ثلاث اعین من جنس واحد، لا من اجناس مختلفة، مثل عین باصرة، و عین جاریة، و عین جاسوسة (انتهی) کلام «قیل»

اقول (فان اراد) دخول (اللیلة السابقة علی الایام، فهو حسن) لما تقدم من ان وجه دخول اللیلة السابقة اعتبار الاستمرار من حین العقد الی مضی ثلاثة ایام (الا انه لا یعلل بما ذکر) من عدم اختلاف مفردات الجمع، لان العلة التی ذکرناها مقدمة علی ما ذکره.

(و ان اراد اللیلة الاخیرة) بعد انتهاء الایام الثلاثة (ف) فیما ذکره من العلة نظر.

اذ (لا یلزم من خروجها) ای خروج اللیلة الاخیرة (اختلاف مفردات الجمع فی استعمال واحد) بل مفردات الجمع تکون بمعنی واحد (اذ لا نقول باستعمال الیومین الاولین) اللذین هما فی ضمن الجمع (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۶۳

الیوم و اللیلة و استعمال الیوم الثالث فی خصوص النهار.

بل نقول ان الیوم مستعمل فی خصوص النهار او مقداره من نهارین لا فی مجموع النهار و اللیل، او مقدارهما و لا فی باقی النهار و لو ملفقا من اللیل.

و المراد من الثلاثة ایام هی بلیالیها ای لیالی مجموعها لا کل واحد منها

الیوم و اللیلة و استعمال الیوم الثالث فی خصوص النهار) حتی یلزم الاختلاف.

(بل نقول ان الیوم مستعمل فی خصوص النهار) اذا کان العقد من اوّل النهار، او مع تقدم شیء من اللیل (او) مستعمل فی (مقداره) ای مقدار النهار (من نهارین) اذا کان العقد فی اثناء النهار، لان احدهما یلفق بالآخر (لا) ان الیوم استعمل (فی مجموع النهار و اللیل) فیما عقد اوّل اللیل او اوّل النهار (او مقدارهما) فیما عقد فی جزء من اللیل، او جزء من النهار (و لا فی باقی النهار و لو ملفقا من اللیل).

و الحاصل: ان الیوم نهار کامل تاما کان او ملفقا، لا لیل و نهار کاملان، و لا لیل و نهار ملفقان، و لا بعض لیل و بعض نهار ملفقا.

(و) ان قلت: فکیف ادخلتم اللیلتین المتوسطتین.

قلت: لان (المراد) بسبب القرینة الخارجیة (من الثلاثة ایام هی بلیالیها ای لیالی مجموعها).

لما عرفت من استمرار الخیار، و لازمه دخول اللیلتین المتوسطتین (لا) لیلة (کل واحد منها) حتی یراد بالیوم، الیوم و لیلته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۶۴

فاللیالی لم ترد من نفس اللفظ، و انما اریدت من جهة الاجماع و ظهور اللفظ الحاکمین فی المقام باستمرار الخیار، فکانه قال الخیار یستمر الی ان یمضی ست و ثلاثون ساعة من النهار.

(فاللیالی لم ترد من نفس اللفظ) حتی تختلف المفردات (و انما اریدت من جهة الاجماع) القائل بدخول اللیلتین المتوسطتین (و ظهور اللفظ) فی الاستمرار الملازم لدخول اللیلتین المتوسطتین (الحاکمین) صفة، للاجماع و ظهور اللفظ (فی المقام) ای مقام الخیار لانه فی بعض المقامات لا ظهور للفظ، کما اذا قال: صم ثلاثة ایام (باستمرار الخیار، فکانه) لما قال: ثلاثة ایام (قال الخیار یستمر الی ان

یمضی ست و ثلاثون ساعة من النهار).

ثم انه لا فرق فی اللیلتین المتوسطتین، ان یکون ظلاما او ضیاء، کما فی القطب، حین کان کله لیلا، کما انه لا فرق فی ثلاث نهارات بین الامرین، کما فی القطب حین کان کله نهارا، اما تعیین اللیل و النهار فی الملفق فبان بحد حسب افق مکة، او اقرب المواضع المعتدلة الی القطب، او یکون حسب الجعل کما ذکرنا المسألة فی کتاب الصلاة من الفقه و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۵

مسألة یسقط هذا الخیار بامور.

احدها: اشتراط سقوطه فی العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثانی: اسقاطه بعد العقد،

و قد تقدم الامران.

و الثالث: التصرف

و لا خلاف فی اسقاطه فی الجملة لهذا الخیار.

و یدل علیه قبل الاجماع النصوص.

(مسألة: یسقط هذا الخیار) ای خیار الحیوان (بامور).

(احدها: اشتراط سقوطه فی العقد) و ذلک لان «المؤمنون عند شروطهم» و الخیار حق و لیس بحکم، و لذا فهو قابل للاسقاط (و لو شرط سقوط بعضه) ای بعض الخیار (فقد صرح بعض بالصحة) ای صحة العقد (و لا بأس به).

(و الثانی: اسقاطه بعد العقد) فانه حق قابل للاسقاط کسائر الحقوق مثل حق القسم فی الزوجة، و حق النفقة فیها الی غیر ذلک (و قد تقدم الامران) فلا حاجة الی الاطالة فی الاعادة.

(و الثالث: التصرف) من صاحب الخیار، و هو المشتری فی المقام (و لا خلاف فی اسقاطه) ای التصرف (فی الجملة لهذا الخیار).

(و یدل علیه قبل الاجماع النصوص) فان النص کان ثم انعقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۶

ففی صحیحة ابن رئاب فان احدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثة ایام فذلک رضا منه، و لا شرط له قیل له و ما الحدث؟ قال: ان لامس، او قبّل، او نظر منها الی ما کان محرما علیه قبل الشراء.

و صحیحة الصفار کتبت الی ابی محمد علیه السلام فی الرجل اشتری دابة من رجل، فاحدث فیها حدثا من اخذ الحافر، او نعلّها، او رکب ظهرها فراسخ أ له ان یردها فی الثلاثة الایام التی له فیها الخیار بعد

بعده الاجماع علی طبقه.

(ففی صحیحة ابن رئاب) قال علیه السلام: الشرط فی الحیوانات ثلاثة ایام للمشتری (فان احدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثة ایام) ای قبل انتهاء الثلاثة، فانه اذا انتهی الثلاثة فلا خیار حتی یبطله الحدث (فذلک) الحدث (رضا منه، و لا شرط له) الاخیار، و قد

تقدم وجه تسمیة الخیار شرطا (قیل له) علیه السلام: (و ما الحدث؟) المسقط للخیار؟ (قال) علیه السلام: (ان لامس) مشتری المرأة، الجاریة (او قبّل، او نظر منها الی ما کان محرما علیه قبل الشراء) و هذه امثلة لاحداث الحدث کما لا یخفی، و سیأتی من المصنف تفصیل الکلام فی ذلک

(و) فی (صحیحة الصفار کتبت الی ابی محمد) العسکری (علیه السلام فی الرجل اشتری دابة من رجل، فاحدث فیها حدثا من اخذ الحافر) فان الحافر کظفر الانسان یقص کما یقص الاظفر (او نعلّها) «نعّل» من باب التفعیل ای جعل لها نعلا (او رکب ظهرها فراسخ أ له ان یردها فی الثلاثة الایام التی له فیها الخیار بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۷

الحدث الّذی یحدث فیها؟ او الرکوب الّذی یرکبها فراسخ فوقّع علیه السلام اذا احدث فیها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء اللّٰه تعالی.

و فی ذیل الصحیحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له: أ رأیت ان قبلها المشتری، او لامس؟ فقال اذا قبل او لامس او نظر منها الی ما یحرم علی غیره، فقد انقضی الشرط و لزم البیع.

الحدث الّذی یحدث فیها؟) من اخذ الحافر او التنعیل (او الرکوب الّذی یرکبها فراسخ) فانه لیس بحدث فی الدابة و لذا ذکره فی مقابل الحدث (فوقّع علیه السلام) ای اجاب، و الاصل فیه جعل جوابه او امضائه او خاتمه واقعا علی الکتاب (اذا احدث فیها حدثا فقد وجب الشراء) و المراد بالحدث هنا الاعم من الرکوب، و الا کان جوابه علیه السلام ناقصا (ان شاء اللّٰه تعالی) اصله کلمة الشرط، ثم استعمل فی مطلق التبرک.

(و فی ذیل الصحیحة المتقدمة عن قرب الاسناد) فی مسألة اختصاص هذا الخیار بالمشتری (قلت له: أ رأیت ان قبلها المشتری، او لامس؟) فهل له خیار؟ او یسقط ذلک خیاره (فقال) علیه السلام (اذا قبل او لامس او نظر منها الی ما یحرم علی غیره، فقد انقضی الشرط و لزم البیع).

و الظاهر ان تمکین الرجل لها بان تقبله او تلامسه او تنظر منه الی ما لا یحل یعنی للزوجة و الامة، أیضا فی حکم ذلک، لانه المستفاد من النص عرفا خصوصا بعد قوله علیه السلام: نظر منها الی ما یحرم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۶۸

و استدل علیه فی التذکرة بعد الاجماع بان التصرف دلیل الرضا و فی موضع آخر منها: انه دلیل الرضا بلزوم العقد.

و فی موضع آخر منها- کما فی الغنیة- ان التصرف اجازة.

اقول: المراد بالحدث ان کان مطلق التصرف الّذی لا یجوز لغیر المالک الا برضاه، کما یشیر إلیه قوله او نظر الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء.

علی غیره.

(و استدل علیه) ای علی اسقاط التصرف لخیار الحیوان (فی التذکرة بعد) ادعائه (الاجماع) علی الحکم (بان التصرف دلیل الرضا) و الرضا مسقط للخیار، لانه اسقاط نفسی و له مظهر، کما ان العقد رضا نفسی و له مظهر.

و لا فرق فی المظهر بین ان یکون قولا او عملا، الا اذا دل دلیل خاص علی لزوم کون المظهر لفظا، کما فی باب النکاح و الطلاق.

(و فی موضع آخر منها) ای من التذکرة (انه) ای التصرف (دلیل الرضا بلزوم العقد).

(و فی موضع آخر منها) أیضا (- کما فی الغنیة-) أیضا (ان التصرف اجازة) للزوم، و الاجازة مسقطة.

(اقول: المراد بالحدث) المسقط للخیار (ان کان مطلق التصرف الّذی لا یجوز لغیر المالک الا برضاه، کما یشیر إلیه قوله) علیه السلام

(او نظر الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء) فانه مثال بلا اشکال، و هو اقلّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۶۹

فلازمه کون مطلق استخدام المملوک بل مطلق التصرف فیه مسقطا، کما صرح به فی التذکرة فی بیان التصرف المسقط للردّ بالعیب من انه لو استخدمه بشیء خفیف مثل: اسقنی، او: ناولنی الثوب، او: اغلق الباب، سقط الرد.

ثم استضعف قول بعض الشافعیة بعدم السقوط، معللا بان مثل هذه الامور قد یؤمر به غیر المملوک بان المسقط مطلق التصرف.

انواع التصرف، بل لا یعد عرفا تصرفا، و قد جعله الشارع من انواع التصرفات (فلازمه کون مطلق استخدام المملوک بل مطلق التصرف فیه) و ان لم یکن استخداما مثل النظر و اللمس و تحمیر وجهها و قصّ شعرها بل مثل ثقب اذنها، و توشیم خدّها (مسقطا) للخیار (کما صرح به) ای بان مطلق التصرف مسقط (فی التذکرة فی بیان التصرف المسقط للردّ) اذا کان للمشتری حق الردّ (ب) سبب (العیب من انه لو استخدمه بشیء خفیف) من انواع الخدمة (مثل: اسقنی) الماء (او: ناولنی الثوب، او اغلق الباب، سقط الرد) لانه تصرف فی الخادم و التصرف مسقط.

(ثم استضعف) العلامة (قول بعض الشافعیة) القائل (بعدم السقوط معللا) ذلک البعض (بان مثل هذه الامور) الجزئیة (قد یؤمر به غیر المملوک) فلیس امر المملوک تصرفا، کما انه امر غیر المملوک لیس تصرفا (بان المسقط مطلق التصرف) هذا ردّ العلامة.

و حاصله: انه لیس ما ذکره الشافعی دلیلا، اذ: کل تصرف مسقط و هذا تصرف، و امر الانسان بذلک غیر مملوکه لا یوجب اشکالا فی القیاس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۷۰

و قال أیضا لو کان له علی الدابة سرج او رکاب فترکهما علیه بطل الردّ لانه استعمال و انتفاع، انتهی.

و قال فی موضع من التذکرة عندنا ان الاستخدام بل کلّ تصرف یصدر من المشتری قبل علمه بالعیب او بعده یمنع الرد، انتهی.

و هو فی غایة الاشکال

الّذی ذکرناه.

(و قال) العلامة (أیضا لو کان له) ای للمشتری (علی الدابة سرج او رکاب) ما یوضع فیه الرّجل (فترکهما علیه) ای علی الحیوان، بعد ان اشتری المشتری الدابة (بطل الردّ) و سقط خیاره (لانه) ای ترک سرجه و رکابه علیه (استعمال و انتفاع) بالدابة و کل استعمال یوجب اسقاط الخیار (انتهی) کلام العلامة.

(و قال) أیضا (فی موضع من التذکرة عندنا ان الاستخدام بل کل تصرف) و ان لم یکن استخداما- فان الاستخدام اخص من التصرف- (یصدر من المشتری قبل علمه بالعیب او بعده یمنع الرد) فیسقط خیار العیب (انتهی) کلامه ره.

(و هو) ای کون مطلق التصرف مسقطا (فی غایة الاشکال) من جهة عدم انصراف التصرف المسقط الی مثل هذه التصرفات.

و من جهة ان لازم ذلک بطلان حکمة الخیار، اذ الخیار جعل تدارکا لندم المشتری اذا ظهر له ما یزهده فی الحیوان، و الظهور لا یکون بعد التصرف فی الجملة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۷۱

لعدم تبادر ما یعم ذلک من لفظ الحدث، و عدم دلالة ذلک علی الرضا بلزوم العقد.

مع ان من المعلوم عدم انفکاک المملوک المشتری عن ذلک فی اثناء الثلاثة.

فیلزم جعل الخیار فیه کاللغو.

و الی هذین الاشکالین و بعض المبعّدات الاخر اشار المصنف بقوله: (لعدم تبادر ما یعم ذلک) الّذی ذکره العلامة (من لفظ الحدث) فاذا قیل: الحدث، لا یشمل امثال النظر، و اغلق الباب و اسقنی (و عدم دلالة ذلک) الّذی ذکره العلامة (علی الرضا بلزوم العقد) فانه اذا کان ذلک حدثا ابطل الخیار لانه تصرف، و اذا کان ذلک علامة الرضا ابطل الخیار، لانه لا خیار بعد الرضا، اما و لیس احدهما موجودا فلما ذا یسقط الخیار.

(مع ان) فی المقام وجها آخر لاجل عدم ابطال الخیار بهذه الامور التی ذکرها العلامة و هو ان (من المعلوم عدم انفکاک المملوک المشتری)- بصیغة اسم المفعول- (عن ذلک) ای عن امثال هذه التصرفات (فی اثناء الثلاثة) الایام، لغلبة تصرف المشتری فی المملوک بهذه الانحاء.

(ف) اذا کانت هذه الامور توجب سقوط الخیار (یلزم جعل الخیار فیه) ای فی المملوک- و کذا فی کل حیوان- (کاللغو) لانه جعل لا یفید الا نادرا، و الشارع الحکیم لا یجعل حکما لغوا، و لا حکما شبیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۲

مع انهم ذکروا ان الحکمة فی هذا الخیار الاطلاع علی امور خفیة فی الحیوان توجب زهادة المشتری و کیف یطلع الانسان علی ذلک بدون النظر الی الجاریة، و لمسها، و امرها بغلق الباب، و السقی، و شبه ذلک و ان کان المراد مطلق التصرف بشرط دلالته علی الرضا بلزوم العقد کما یرشد إلیه وقوعه فی معرض التعلیل فی صحیحة

باللغو.

(مع) ان فی المقام وجها رائعا یبعد اسقاط امثال هذه التصرفات للخیار.

ف (انهم ذکروا ان الحکمة فی هذا الخیار) ای خیار الحیوان (الاطلاع علی امور خفیة فی الحیوان توجب زهادة المشتری) و نفرته عن الحیوان، فالشارع جعل له ان یفسخ ان زهد فیه (و کیف یطلع الانسان علی ذلک) الامر الخفی فی الحیوان، الّذی یکون الاطلاع علیه موجبا للاجازة او الفسخ (بدون النظر الی الجاریة، و لمسها، و امرها بغلق الباب، و السقی، و شبه ذلک) مثل تحمیر وجهها، و توشیم خدها، و غیر ذلک من الامثلة، و کذلک بالنسبة الی رکوب الدابة المشتراة للرکوب، و حلب الشاة المشتراة لاجل اللبن الی غیرها (و ان کان المراد) من التصرف المسقط- الّذی مثله العلامة بالتصرفات المذکورة- (مطلق التصرف) لکن لا مطلقا، و لکن (بشرط دلالته علی الرضا بلزوم العقد) دلالة عرفیة (کما یرشد إلیه) ای الی ان التصرف بشرط الرضا مسقط للخیار (وقوعه) ای وقوع التصرف المسقط (فی معرض التعلیل فی صحیحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۳

ابن رئاب.

و یظهر من استدلال العلامة و غیره علی المسألة بأن التصرف دلیل الرضا بلزوم العقد فهو لا یناسب اطلاقهم الحکم باسقاط التصرفات التی ذکروها.

و دعوی ان جمیعها مما یدل- لو خلی و طبعه- علی الالتزام بالعقد فیکون اجازة فعلیة

ابن رئاب) قال علیه السلام: فذلک رضا منه، و لا شرط له.

(و یظهر) ذلک- ای ان التصرف الدال علی الرضا مسقط- (من استدلال العلامة و غیره) من الفقهاء (علی المسألة) ای مسألة اسقاط التصرف للخیار (بأنّ التصرف دلیل الرضا بلزوم العقد) «بان» متعلق ب «الاستدلال» (فهو) ای هذا المراد (لا یناسب اطلاقهم الحکم

باسقاط التصرفات التی ذکروها).

حیث انهم قالوا ان هذه التصرفات ای النظر، و اللمس .. الخ، تسقط و لم یقیدوا الاسقاط باشتراط ان یدل التصرف علی الرضا.

(و) ان قلت: انما اطلقوا و لم یقیدوا، لان هذه التصرفات بطبیعتها تدل علی الرضا- من باب ان اطلاق المطلق ینصرف الی الفرد الغالب-

قلت: (دعوی ان جمیعها) ای جمیع هذه التصرفات (مما یدل- لو خلی) التصرف (و طبعه-)- بدون ان یقیم التصرف قرینة علی عدم رضاه بالبیع- (علی الالتزام بالعقد، فیکون) التصرف (اجازة فعلیة) کما ان لفظ: اجزت، اجازة قولیة، و کلاهما یکشفان عن الرضا، و یوجبان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۴

کما تری.

ثم ان قوله علیه السلام فی الصحیحة: فذلک رضا منه، یراد منه الرضا بالعقد فی مقابلة کراهة ضده اعنی الفسخ، و الا فالرضا باصل الملک مستمر من زمان العقد الی حین الفسخ.

و یشهد لهذا المعنی روایة عبد الله بن الحسن بن زید بن علی بن الحسین عن أبیه، عن جعفر عن أبیه علیه السلام، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فی رجل اشتری عبدا

سقوط الخیار (کما تری) اذ لا نسلم ان ای تصرف یدل علی الرضا.

(ثم) لا بد من بیان شیء و هو (ان قوله علیه السلام فی الصحیحة) لابن رئاب (فذلک رضا منه، یراد منه الرضا بالعقد) ای اسقاط الخیار (فی مقابلة کراهة ضده) ای ضد العقد (اعنی الفسخ).

فربما یقول الانسان: ارضی بالعقد، و ربما یقول: اکره ضد العقد، و هذان لفظان مقابلان، لکن معناهما واحد (و الا) یکن هذا المعنی الّذی ذکرناه للرضا بالعقد (ف) لیس هناک معنی ثان صالح للروایة.

اذ: (الرضا باصل الملک مستمر من زمان العقد الی حین الفسخ) و هو لا یحتاج الی تصرف فی المبیع، لیکشف عن الرضا.

(و یشهد لهذا المعنی) و ان الرضا یراد به فی قبال الفسخ، لا الرضا باصل الملک (روایة عبد الله بن الحسن بن زید بن علی بن الحسین) علیه السلام (عن أبیه، عن جعفر) علیه السلام (عن أبیه علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله و سلم فی رجل اشتری عبدا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۵

بشرط الی ثلاثة ایام، فمات العبد فی الشرط قال یستحلف باللّه تعالی ما رضیه، ثم هو برئ من الضمان.

فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد.

بشرط) «بشرط» بالتنوین (الی ثلاثة ایام، فمات العبد فی) زمان (الشرط) اثناء الثلاثة (قال) صلی الله علیه و آله و سلم (یستحلف) المشتری (باللّه تعالی ما رضیه، ثم هو) ای المشتری (برئ من الضمان) و یکون التلف من البائع، و یأخذ المشتری ثمنه منه.

(فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد) لا الرضا باصل الملک، فانه اذا کان غیر ملتزم بالعقد ای لم یسقط الخیار، کان للمشتری الخیار.

و من المعلوم ان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له.

ثم الظاهر من الروایة ان البائع ادعی ان المشتری اسقط خیاره و المشتری انکر ذلک، و قاعدة الدعوی «ان البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر».

و حیث ان البائع لم تکن له بینة علی دعواه، کان اللازم ان یحلف المشتری.

و لذا قال صلی الله علیه و آله و سلم «یستحلف» ای یطلب من المشتری ان یحلف- و قد کانت الدعوی من البائع انه اسقط خیاره- اما علی سبیل القطع، و اما علی سبیل التهمة، و فی کلتا الحالتین علی المنکر الحلف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۶

و الاستحلاف فی الروایة محمولة علی سماع دعوی التهمة، او علی صورة حصول القطع للبائع بذلک.

اذا عرفت هذا فقوله علیه السلام: فذلک رضا منه و لا شرط له یحتمل وجوها.

احدها ان یکون الجملة جوابا للشرط فیکون حکما شرعیا بان التصرف التزام بالعقد، و ان لم یکن التزاما عرفا.

(و) لذا کان (الاستحلاف فی الروایة محمولة علی سماع دعوی التهمة) ای سماع الحاکم اتهام البائع ظنّا بالمشتری علی انه اسقط خیاره (او علی صورة حصول القطع للبائع بذلک) ای بانه اسقط خیاره

و ذلک لانه اذا قلنا ان الظن لا یسمع من المدعی و کان البائع یظن انه اسقط خیاره لم یکن وجه لاستحلاف المشتری.

(اذا عرفت هذا) الّذی ذکرناه من الاشکال فی کفایة التصرف القلیل فی اسقاط الخیار اذا لم یکشف عن الرضا (فقوله علیه السلام: فذلک رضا منه و لا شرط له، یحتمل وجوها) أربعة.

(احدها ان یکون الجملة) «فذلک رضا» (جوابا للشرط) فی قوله علیه السلام «فان احدث ...» (فیکون حکما شرعیا بان التصرف التزام بالعقد) بان الشارع جعل هذا جعلا (و ان لم یکن التزاما عرفا) فهو توسعة فی الرضا فقد ادخل فیه الشارع فردا جدیدا هو التصرف من قبیل: الطواف بالبیت صلاة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۷

الثانی ان یکون توطئة للجواب، و هو قوله و لا شرط له، لکنه توطئة لحکمة الحکم و تمهید لها لا علة حقیقیة، فیکون اشارة الی ان الحکمة فی سقوط الخیار بالتصرف دلالته غالبا علی الرضا.

نظیر کون الرضا حکمة فی سقوط خیار المجلس بالتفرق فی قوله:

فاذا افترقا فلا خیار

(الثانی ان یکون) جملة «فذلک رضا» (توطئة) و مقدمة (للجواب) و التوطئة بیان لعلة الحکم (و هو) ای الجواب (قوله) علیه السلام (و لا شرط له، لکنه) انما جاء بقوله «فذلک رضا» (توطئة لحکمة الحکم) بسقوط الخیار (و تمهید لها) ای للحکمة (لا) ان «فذلک رضا» (علة حقیقیة) حتی یدور الحکم بسقوط الخیار مدار الرضا، فان العلة هی التی یدور الحکم مدارها، بخلاف الحکمة فانها سبب الحکم، و ان لم تکن فی کل الافراد مثلا: النجاسة علة التطهیر، اما: المشقة فهی حکمة عدم وجوب السواک اذ ربما لا تکون مشقة، و مع ذلک لا- یجب السواک، قال صلی الله علیه و آله و سلم «لو لا- ان اشق علی امتی لا-مرتهم بالسواک» (فیکون) قوله علیه السلام «فذلک رضا» (اشارة الی ان الحکمة فی سقوط الخیار بالتصرف) «ب» متعلق ب «السقوط» (دلالته) ای دلالة التصرف (غالبا علی الرضا) بسقوط الخیار.

(نظیر کون الرضا حکمة فی سقوط خیار المجلس بالتفرق) فانه اذا تفرقا عن المجلس سقط الخیار سواء رضیا، أم لا، و مع ذلک فقد ذکر الامام ان حکمة السقوط هو الرضا غالبا (فی قوله) علیه السلام (فاذا افترقا فلا خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۷۸

بعد الرضا منهما، فانه لا یعتبر فی الافتراق دلالة علی الرضا.

و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط، و ان علم عدم دلالته على الرضا.

الثالث: ان تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا الى الغالب، و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه و يكون علة للجواب، فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف- غالبا- دالا على الرضا بلزوم العقد

بعد الرضا منهما، فانّه) حكمة بلا اشكال، اذ (لا يعتبر فى الافتراق دلالة على الرضا) اذا حصل الافتراق بالاختيار، لا اكراها، كما تقدم الكلام فى ذلك.

(و على هذين المعنيين) الاول و الثانى (فكل تصرف مسقط) لخيار الحيوان (و ان علم عدم دلالته على الرضا) او علم عدم رضا المشترى لان التصرف له موضوعية، و قد حصل.

(الثالث) ان التصرف الّذى له دلالة نوعية على الرضا مسقط لا كل تصرف، ب (ان تكون الجملة) اى «فانه رضا» (اخبارا عن الواقع) الخارجى، و انما اخبر الشارع بان التصرف رضا نوعا (نظرا الى الغالب و) ذلك ب (ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه) و لم تكن هناك قرينة على عدم الرضا (و يكون) قوله عليه السلام «فذلك رضا» (علة للجواب) و هو قوله عليه السلام «و لا شرط له» (فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف غالبا- دالا على الرضا بلزوم العقد) «معللا» خبر «يكون» و «بلزوم» متعلق ب «الرضا» فالشارع قال «لا خيار» لان التصرف يدل على الرضا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢٧٩

و بعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علته كما فى قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض، دل على اختصاص الحكم بالتصرف الّذى يكون كذلك اى دالا بالنوع غالبا على التزام العقد.

و ان لم يدل فى شخص المقام فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا.

(و بعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علته) فان العلة تعمم و تخصص، اذ يتبين منها ان العلة مدار الحكم وجودا و عدما، لا الموضوع الّذى انصب عليه الحكم (كما فى قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض).

حيث ان الحامض يعمم تارة لان المنهى عنه اكل كل حامض و ان كان غير رمان.

و يخصص اخرى لان المنهى عنه اكل الرمان الحامض لا كل رمان و ان كان حلوا.

ف (دل) متعلق بقوله «و بعد» و فاعل «دل» «لا شرط له» فى الرواية، اى دل قوله عليه السلام لا شرط له (على اختصاص الحكم) اى حكم «لا شرط له» (بالتصرف الّذى يكون كذلك).

و فسر «كذلك» بقوله: (اى دالا بالنوع غالبا على التزام) المتصرف (العقد) بأن يكون هذا النوع من التصرف، فى اغلب الاوقات دالا على الرضا.

(و ان لم يدل فى شخص المقام) على رضا المتصرف (فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا) و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٢٨٠

نظير ظهور الالفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينة توجب صرفه عن الدلالة.

كما اذا دل الحال او المقال على وقوع التصرف للاختيار، او اشتباها بعين اخرى مملوكة له.

و يدخل فيه كلما

ان لم يكن له ظهور شخصى.

(نظیر ظهور الالفاظ فی معانیها) فان لها ظهورا نوعیا (مقیدا) ذلک التصرف الظاهر (بعدم قرینة توجب صرفه) ای صرف التصرف (عن الدلالة) علی الرضا، و القرینة هی:

(کما اذا دل الحال) ای حال هـذا الانسان الّذی لا یسـقط خیاره الا بعـد الاختبار (او) دلّ (المقال) بان قال بنفسه: ان تصـرفی للاختبار (علی وقوع التصرف للاختبار).

فـان الدلالـة النوعیـة حینئـذ ساقطـة، کما انه اذا قامت قرینـة فی باب الالفاظ، ان المتکلم لم یرد ظاهرها، لم یکن اللفظ دالا (او) وقوع التصـرف (اشـتباها بعین اخری مملوکـة له) کما اذا علمنا انه اراد من یاقوت عبـده القـدیم لا عبـده الجدیـد، و انما اشـتبه فامر الجدید اشتباها بالقدیم بعمل، فان مثل هذا التصرف لا دلالة فیه علی الرضا، فلیس بمسقط للخیار.

(و) حیث عرفت ان العلـة فی الروایـة «تعمم» فالمعیار الدلالة علی الرضا، و ان لـم یکن تصـرفا، ف (یدخل فیه) ای فی الحدیث السابق (کلما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۸۱

یدل نوعا علی الرضا و ان لم یعد تصرفا عرفا کالتعریض للبیع، و الاذن للبائع فی التصرف فیه.

الرابع: ان یکون اخبـارا عن الواقع، و یکون العلـة هی نفس الرضـا الفعلی الشخصـی و یکون اطلاـق الحکم مقیّـدا بتلک العلـة فیکون موضوع الحکم فی الحقیقة هو نفس الرضا الفعلی، فلو لم یثبت الرضا الفعلی لم یسقط الخیار.

ثم ان الاحتمالین الاولین و

یدل نوعا علی الرضا و ان لم یعد تصرفا عرفا)

و ذلـک (کـالتعریض للبیع، و الاـذن للبـائع (فی التصـرف فیه) او غیره (فی التصـرف فیه) او کـالتعریض للاجـارة و نحو ذلـک مما یعـد عرفا دلالته علی الرضا.

(الرابع) من الوجوه المحتملـة فی الحـدیث المتقـدم (ان یکون) قوله علیه السـلام «فـذلک رضا منه» (اخبارا عن الواقع، و یکون العلـة) لسـقوط الخیـار (هی نفس الرضا الفعلی الشخصـی) فرضا المشتری فعلا مسـقط للخیار (و یکون اطلاق الحکم) بقوله علیه السـلام «لا شرط له» (مقیـدا بتلک العلـة) لما تقـدم من ان العلة تعمم و تخصـص (فیکون موضوع الحکم) بسـقوط الشـرط (فی الحقیقة) و الواقع (هو نفس الرضا الفعلی) فکان الامام علیه السلام قال «اذا رضی سقط خیاره» (فلو لم یثبت الرضا الفعلی لم یسقط الخیار).

و لا فرق بین ثبوت الرضا بالمقال او بالحال.

(ثم ان الاحتمالین الاولین) الحاصلین فی ان کل تصرف مسقط (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۸۲

ان کانا موافقین لاطلاق سائر الاخبار و اطلاقات کلماتهم، مثل ما تقدم من التذکرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط.

و کذا غیره، کالمحقق و الشهید الثانیین، بل لاطلاق بعض معاقد الاجماع الا انهما بعیدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتهما لاکثر کلماتهم فان الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ بل ظاهرها اعتبار

ان کانـا موافقین لاطلاـق سـائر الاخبار) فان اطلاق الاخبار بان التصـرف مسـقط یشـمل ما کان برضا او بـدون رضا (و اطلاقات بعض کلماتهم، مثل ما تقدم من التذکرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط).

و قوله «لمصلحة نفسه» ای نفس التصرف ای ان التصرف بما هو تصرف مسقط، لا بما هو کاشف عن الرضا.

فالصلاح فی اسقاط التصرف للخیار، انما هو فی نفس التصرف.

و یحتمل ان یراد «بمصلحة نفسه» مقابل التصرف للاختبار و الحفظ

(و کـذا) ای کالعلامة (غیره، کالمحقق و الشـهید الثانیین) فان اطلاقهما یدل علی اسـقاط التصـرف بما هو تصـرف (بل لاطلاق بعض معاقـد الاجمـاع) عطف علی «لاطلاـق سائر الاخبار» (الا انهما) ای الاحتمالین الاولین (بعیـدان عن ظاهر الخبر) ای صـحیحة ابن رئاب المعللـة بقوله «فـذلک رضا منه» (مع مخالفتهما لاکثر کلماتهم، فان الظاهر منها) ای من کلماتهم (عدم السـقوط بالتصـرف للاختبار و الحفظ) لا ان یتصرف للاستفادة (بل ظاهرها) ای ظاهر کلماتهم (اعتبار) التصرف، بحیث یکون له

الدلالة فی الجملة علی الرضا کما سیجیء.

و یؤیـده حکم بعضـهم بکفایة الدال علی الرضا و ان لم یعد تصـرفا، کتقبیل الجاریة للمشتری علی ما صـرح به فی التحریر و الدروس فعلم ان العبرة بالرضا، و انما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أیضا بان العرض علی البیع اجازة، مع انه لیس حدثا عرفا.

(الدلالة فی الجملة) ای و لو دلالة جزئیة (علی الرضا کما سیجیء) فی تقویة المعنی الثالث.

(و یؤیده) ای یؤید ان کلماتهم ظاهرة فی اعتبار الدلالة علی الرضا (حکم بعضهم بکفایة الدال علی الرضا) فی اسقاط الخیار (و ان لم یعد تصرفا، کتقبیل الجاریة للمشتری) فانه لیس تصرفا من المشتری، و مع ذلک قال هذا البعض بانه مسقط.

و ذلک لان سـماح المشتری لها بتقبیله دال علی رضاه بالبیع (علی ما صرح به فی التحریر و الدروس، فعلم) من هذا المثال (ان العبرة) فی اسـقاط الخیار (بالرضا) لا بالتصرف بما هو تصرف محض (و انما اعتبر) فی النص و الفتوی (التصرف للدلالة) علی الرضا (و ورود النص أیضـا) هـذا عطف علی «حکم بعضـهم» (بـان العرض علی البیع اجازة، مع انه) ای العرض (لیس حـدثا عرفا) فانه حیث دل علی الرضا کان مسقطا، و ان لم یکن تصرفا.

و ذلک یؤید ان المعیار فی المسقط «الرضا» و انما اخذ التصرف من باب انه دال علی الرضا نظرا الی ما رواه السکونی عن ابی عبد الله

و ممـا یؤیـد عـدم إرادة الاصـحاب کون التصـرف مسـقطا الاـ من جهـة دلاـلته علی الرضـا حکمهم بأن کل تصـرف یکون اجازة من المشتری فی المبیع یکون فسخا من البائع فلو کان التصرف مسقطا تعبدیا عندهم، من جهة النص لم یکن وجه للتعدی عن کونه اجازة الی کونه فسخا.

علیه السلام ان امیر المؤمنین علیه السلام قضـی فی رجـل اشتری ثوبـا بشـرط الی نصف، فعرض له ربـح فـاراد بیعه، قال علیه السلام لیشـهد انه رضـیه فاسـتوجبه ثم لیبعه ان شـاء، فـان اقامه فی السوق فلم یبع فقـد وجب علیه، فان الامام علیه السلام حکم بوجوب البیع بمجرد اقامته فی السوق.

(و مما یؤید) أیضا (عدم إرادة الاصحاب کون التصرف مسقطا الا من جهة دلالته علی الرضا)- لا من حیث انه تصرف بما هو هو- (حکمهم) فاعل «یؤید» (بان کل تصرف یکون اجازة من المشتری فی المبیع یکون فسخا) اذا صدر ذلک التصرف (من البائع).

و وجه التأییـد ما ذکره بقوله: (فلو کان التصـرف) من المشتری (مسـقطا تعبدیا، عندهم من جهة) انه ورد (النص) علیه بدون ان یکون وجه اسـقاطه للخیـار من جهـة دلاـلته علی الرضـا (لم یکن وجه للتعـدی عن کونه) ای عن کون التصـرف (اجازة الی کونه) من البائع (فسخا) لانه لم یرد نص بان تصرف البائع فسخ.

اما اذا قلنا بانه من طرف المشتری اجازة- من جهة دلالته علی الرضا- کان وجه کونه فسخا من طرف البائع واضحا، لانه دلیل الرضا، و

و قد صرح فی التذکرة بان الفسخ کالاجازة یکون بالقول و بالفعل و ذکر التصرف مثالا للفسخ و الاجازة الفعلیین.

فاندفع ما یقال فی تقریب کون التصرف مسقطا لا للدلالة علی الرضا بان الاصحاب یعدّونه فی مقابل الاجازة.

و اما المعنی الرابع فهو و ان کان اظهر الاحتمالات من حیث اللفظ

رضا البائع برد المثمن الّذی کشف عنه بالتصرف، فسخ للمعاملة.

(و قد صرح فی التذکرة بان الفسخ کالاجازة یکون بالقول و بالفعل و ذکر) التذکرة بعد ذلک (التصرف مثالا للفسخ و الاجازة الفعلیین) مما یدل علی ان الاجازة و الفسخ فی سیاق واحد.

و حیث علم ان الفسخ لا یکون الا برضا- و الفعل دال علی الرضا- کان لا بد و ان تکون الاجازة بفعل دال علی الرضا.

(فاندفع) بما ذکرنا من ان الفعل فی الفسخ و الاجازة علی نحو واحد (ما یقال فی تقریب کون التصرف مسقطا) بنفسه (لا) انه مسقط (للدلالة علی الرضا بان) یتعلق ب «ما یقال» (الاصحاب یعدونه) ای التصرف (فی مقابل الاجازة) فحاصل «ما یقال» هو: ان التصرف لا یحتاج الی الرضا، لان الاصحاب یجعلونه فی قبال الاجازة التی تحتاج الی الرضا.

و وجه اندفاعه هو: ان ظاهر الاصحاب ان کلا من التصرف و الاجازة انما یکون اسقاطا للخیار، لدلالتهما علی الرضا.

(و اما المعنی الرابع) و هو اعتبار الرضا الفعلی الشخصی (فهو و ان کان اظهر الاحتمالات من حیث اللفظ) لظهور صحیحة ابن رئاب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۸۶

بل جزم به فی الدروس.

و یؤیده ما تقدم من روایة عبد الله بن الحسن ابن زید الحاکیة للنبوی الدال- کما فی الدروس أیضا- علی الاعتبار بنفس الرضا.

و ظاهر بعض کلماتهم الآتیة ان المستفاد من تتبع الفتاوی الاجماع علی عدم اناطة الحکم بالرضا الفعلی بلزوم العقد.

مع ان اظهریته بالنسبة الی المعنی الثالث غیر واضحة، فتعین إرادة المعنی الثالث.

علی ان الرضا الشخصی مناط سقوط الخیار (بل جزم به فی الدروس) فقال: بان الاسقاط لا یکون الا بالرضا الفعلی.

(و یؤیده ما تقدم من روایة عبد الله بن الحسن ابن زید الحاکیة للنبوی الدال- کما فی الدروس) و ذکر الدروس (أیضا-) انها دالة (علی الاعتبار بنفس الرضا) الفعلی الشخصی.

(و) لکن لا یمکن الذهاب الی هذا المعنی الثالث، لان (ظاهر بعض کلماتهم الآتیة) ان المعنی الثالث خلاف الاجماع.

ف (ان المستفاد من تتبع الفتاوی الاجماع علی عدم اناطة الحکم بالرضا الفعلی بلزوم العقد) «بلزوم» متعلق ب «الرضا» فلا حاجة الی الرضا الشخصی، فی اسقاط الخیار هذا.

(مع ان اظهریته) ای المعنی الرابع (بالنسبة الی المعنی الثالث غیر واضحة) بل المعنیان فی رتبة واحدة، و للمعنی الثالث بعض المرجحات (فتعین إرادة) الحدیث (المعنی الثالث) من المعانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۸۷

و محصله دلالة التصرف لو خلی و طبعه علی الالتزام و ان لم یفد فی خصوص المقام فیکون التصرف اجازة فعلیة فی مقابل الاجازة القولیة

و هذا هو الّذی ینبغی ان یعتمد علیه.

قال فی المقنعة ان هلاک الحیوان فی الثلاثة من البائع الا ان یحدث فیه المبتاع حدثا یدل علی الرضا بالابتیاع، انتهی.

الاربعة المحتملة.

(و محصله دلالة التصرف لو خلی) التصرف (و طبعه) و لم تکن قرینة علی خلاف دلالته (علی الالتزام) بالعقد (و ان لم یفد فی خصوص المقام) فهو- کما تقدم- دلالة الظاهر علی المعنی، و ان لم یحصل علم بإرادة المتکلم له (فیکون التصرف اجازة فعلیة) عملیة (فی مقابل الاجازة القولیة) فهما شقان کلاهما یفید اسقاط الخیار.

(و هذا) المعنی الثالث (هو الّذی ینبغی ان یعتمد علیه) فی الفتوی.

ثم ان المصنف ذکر جملة من کلمات الفقهاء للاستدلال بها علی ان مرادهم المعنی الثالث.

(قال) المفید (فی المقنعة ان هلاک الحیوان فی الثلاثة من البائع) لان تلف المبیع فی زمن الخیار ممن لا خیار له (الا ان یحدث فیه) ای فی الحیوان (المبتاع) المشتری (حدثا یدل) ذلک الحدث بنوعه (علی الرضا بالابتیاع، انتهی) کلامه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۸۸

و مثل للتصرف فی مقام آخر بان ینظر الی الامة، الی ما یحرم لغیر المالک.

و قال فی المبسوط- فی احکام العیوب- اذا کان المبیع بهیمة و اصاب بها عیبا فله ردها.

و اذا کان فی طریق الرد جاز له رکوبها و سقیها و علفها و حلبها و اخذ لبنها و ان نتجت کان له نتاجها.

ثم قال: و لا یسقط الرد لانه انما یسقط بالرضا بالعیب، او بترک الرد

(و مثل) المقنعة (للتصرف فی مقام آخر بان ینظر) المشتری (الی الامة، الی ما یحرم لغیر المالک) فان مثاله دلیل علی عدم ارادته الرضا الفعلی الشخصی.

و انما النظر یدل علی انه راض بالبیع رضا نوعیا، و الا لم ینظر الی ما یحرم علی غیر المالک.

(و قال:) الشیخ (فی المبسوط- فی احکام العیوب- اذا کان المبیع بهیمة و اصاب بها عیبا فله ردها) و لو بعد الثلاثة بسبب العیب.

(و اذا کان فی طریق الرد جاز له رکوبها و سقیها و علفها و حلبها و اخذ لبنها) ای ینتفع باللبن (و ان نتجت کان له نتاجها) لان البهیمة قبل فسخ العقد ملک للمشتری فله منافعها.

(ثم قال) المبسوط: (و لا یسقط الرد) بهذه الأمور المذکورة (لانه انما یسقط بالرضا بالعیب، او بترک الرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۸۹

بعد العلم بالعیب، او بان یحدث فیه عیب عنده و لیس هنا شیء من ذلک، انتهی.

و فی الغنیة: لو هلک المبیع فی مدة الخیار، فهو من مال بایعه الا ان یکون المبتاع قد احدث فیه حدثا یدل علی الرضا، انتهی.

و قال الحلبی فی الکافی- فی خیار الحیوان-: فان هلک فی مدة الخیار فهو من مال البائع الا ان یحدث فیه حدثا یدل علی الرضا انتهی.

بعد العلم بالعیب، او بان یحدث فیه) ای فی المبیع (عیب عنده) فیمنع هذا العیب الجدید من الرد بالعیب القدیم (و لیس هنا شیء من ذلک) الثلاثة، فان کون التصرف فی طریق الرد مانع عن دلالة التصرف دلالة نوعیة علی الرضا، فیدل کلام المبسوط علی انه ان صدر منه التصرف فی غیر طریق الرد کان تصرفه مسقطا للخیار.

و لا وجه لاسقاطه الخیار الا لانه دلیل نوعی علی الرضا (انتهی) کلام المبسوط.

(و) قال ابن زهرة (فی الغنیة: لو هلک المبیع فی مدة الخیار فهو من مال بایعه) لان التلف ممن لا خیار له (الا ان یکون المبتاع قد احدث فیه حدثا یدل علی الرضا) فان ظاهر کلامه الدلالة النوعیة، و ان لم یعلم الانسان بانه کان له رضا فعلیّا (انتهی).

(و قال الحلبی فی الکافی- فی خیار الحیوان-: فان هلک فی مدة الخیار فهو من مال البائع، الا ان یحدث) المشتری (فیه حدثا یدل علی الرضا، انتهی) فانه أیضا یدل علی الرضا النوعی لا الشخصی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۹۰

و فی السرائر- بعد حکمه بالخیار فی الحیوان الی ثلاثة ایام- قال: هذا اذا لم یحدث فی هذه المدة حدثا یدل علی الرضا، و یتصرف فیه تصرفا ینقص قیمته، او یکون لمثل ذلک التصرف اجرة بان یرکب الدابة، او یستعمل الحمار، او یقبل الجاریة، او یلامسها، او یدبرها تدبیرا لیس له الرجوع فیه کالمنذور، انتهی.

(و) قال ابن ادریس (فی السرائر- بعد حکمه بالخیار فی الحیوان الی ثلاثة ایام- قال: هذا) الخیار له فی الثلاثة (اذا لم یحدث فی هذه المدة) و هی الثلاثة الایام (حدثا یدل علی الرضا)- ای بنوعه- (و) اذا لم (یتصرف فیه تصرفا ینقض قیمته، او) تصرفا (یکون لمثل ذلک التصرف اجرة).

و مثال ماله اجرة (بان یرکب الدابة، او یستعمل الحمار) فی وضع حمل علیه مثلا (او یقبل الجاریة، او یلامسها، او یدبرها تدبیرا) بان یقول لها: انت حرّ دبر وفاتی.

و لا یخفی ان جملة «یقبل .. الخ» عطف علی «یحدث و یتصرف» و لیس عطفا علی «یرکب» اذ لیس لتقبیل و ما بعده اجرة، ف (لیس له) ای للمشتری (الرجوع فیه) بان یفسخ العقد.

و قوله «لیس» جواب شرط مقدر، ای ان فعل هذه الامور فلیس له ان یرجع فی المبیع، بان یفسخه و یأخذ ثمنه (کالمنذور) ای کما انه اذا نذر ماله الفسخ فیه، بطل خیاره لاقتضاء النذر ابقاء العین فلا یقدر علی الفسخ (انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۹۱

و قال فی موضع آخر اذا لم یتصرف فیه تصرفا یؤذن بالرضا فی العادة و اما العلامة ره فقد عرفت انه استدل علی اصل الحکم بان التصرف دلیل الرضا باللزوم.

و قال فی موضع آخر: لو رکب الدابة لیردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم یکن ذلک رضا بها.

ثم قال و لو سقاها الماء او رکبها لیسقیها ثم یردها لم یکن ذلک رضا منه بامساکه و لو حلبها فی طریقه فالاقرب انه تصرف یؤذن

و کیف کان فقول السرائر «حدثا یدل علی الرضا» یدل علی ما اختاره المصنف من المعنی الثالث.

(و قال) ابن ادریس (فی موضع آخر) من کتابه (اذا لم یتصرف) المشتری (فیه تصرفا یؤذن بالرضا فی العادة).

(و اما العلامة ره فقد عرفت) فیما تقدم (انه استدل علی اصل الحکم) باسقاط التصرف للخیار (بان التصرف دلیل الرضا باللزوم) فلم یعتبر الرضا الفعلی الشخصی، کما هو المعنی الرابع.

(و قال) العلامة (فی موضع آخر: لو رکب الدابة لیردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم یکن ذلک رضا بها) لوضوح ان فعله بعد ان عرفنا قصده لا یکون دلیل الرضا.

(ثم قال) العلامة: (و لو سقاها الماء او رکبها لیسقیها ثم یردها لم یکن ذلک رضا منه بامساکه) ای امساک المشتری، للدابة (و لو حلبها فی طریقه) الی سقی الماء او الرد الی داره (فالاقرب انه تصرف یؤذن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۲۹۲

بالرضا.

و فی التحریر- فی مسألة سقوط ردّ المعیب بالتصرف- قال و کذا لو استعمل المبیع، او تصرف فیه بما یدل علی الرضا.

و قال فی الدروس: استثنی بعضهم من التصرف رکوب الدابة و الطحن علیها و حلبها، اذ بها یعرف حالها لیختبر، و لیس ببعید

بالرضا) فان ظاهر «یؤذن بالرضا» انه یکتفی بالاذن النوعی و ان لم یعلم الرضا الشخصی.

(و فی التحریر- فی مسألة سقوط ردّ المعیب بالتصرف- قال) العلامة (و کذا) یوجب سقوط الخیار (لو استعمل المبیع، او تصرف فیه بما یدل علی الرضا) فجعل الدلالة النوعیة موجبة لسقوط الخیار.

(و قال) الشهید «ره» (فی الدروس: استثنی بعضهم من التصرف) الموجب لسقوط الخیار (رکوب الدابة و الطحن علیها) بان تربط بالطاحونة للطحن بسبب الدابة (و حلبها).

و انما استثنی ذلک البعض (اذ بها) ای بهذه الامور (یعرف حالها) ای حال الدابة، فیفعل المشتری ذلک (لیختبر) حال الدابة (و لیس) کلام المستثنی (ببعید) اذ مع احتمال الاختبار فی فعله لا یدل فعله علی الرضا، فلا یکون اسقاطا للخیار.

و مما ذکرنا یظهر دلالة کلام الدروس علی مقصد المصنف، من ان التصرف المشعر بالرضا نوعا یوجب سقوط الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۳

و قال المحقق الکرکی: لو تصرف ذو الخیار غیر عالم کأن ظنها جاریته المختصة، فتبینت ذات الخیار، او ذهل عن کونها المشتراة ففی الحکم تردد، ینشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخیار بالتصرف.

و من انه غیر قاصد الی لزوم البیع، اذ لو علم لم یفعل.

و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته علی الرضا باللزوم.

و قال فی موضع آخر، و لا یعد رکوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها، او للخوف من ظالم، او لیردها

(و قال المحقق الکرکی: لو تصرف ذو الخیار غیر عالم) بان له فی هذا المبیع الخیار (کأن ظنها جاریته المختصة) التی لیس له فیها الخیار (فتبینت) ای ظهرت (ذات الخیار، او) تصرف و قد (ذهل عن کونها المشتراة) التی له فیها الخیار (ففی الحکم) بسقوط الخیار، او بقائه (تردد، ینشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخیار بالتصرف) فیشمل ما اذا جهل او ذهل، کما یشمل ما اذا علم.

(و من انه غیر قاصد الی لزوم البیع، اذ لو علم) بان له فیه الخیار (لم یفعل) ای لم یتصرف.

(و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته) ای التصرف (علی الرضا باللزوم) و لا دلالة فی المقام، و ظاهر هذه العبارة انه یکفی بالرضا النوعی.

(و قال فی موضع آخر، و لا یعد رکوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها) جمحت الدابة اذا عصت و صعبت، فاذا رکبها الانسان و أدّبها ذلت (او للخوف من ظالم) یأخذ کل دابة فارغة غصبا- مثلا- (او لیردها)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۴

تصرفا.

ثم قال: و هل یعد حملها للاستخبار تصرفا لیس ببعید ان لا یعد

و کذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن علی اشکال ینشأ من انه ملکه فله استخلاصه

علی صاحبها (تصرفا) مسقطا للخیار، لان هذه الامور لا تدل علی الرضا.

(ثم قال: و هل یعد حملها للاستخبار) و هل انها تقدر علی الحمل الثقیل، أم لا؟ (تصرفا) مسقطا (لیس ببعید ان لا یعد) اذ لا یدل التصرف علی الرضا.

و لعل الفرق بين ركوبها للاستخبار حيث افتى جزما بانه ليس تصرفا و بين حملها حيث يظهر منه نوع تردد للعرف، فان العرف يرى ان ذلك ليس بتصرف، بل المتعارف ان الانسان اذا اشترى الدابة ركبها مقدارا، بخلاف الحمل عليها فانه ليس بتلك المثابة.

(و كذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن) فانه غير بعيد ان لا يعد ذلك تصرفا (على اشكال) فى عدم كون الحلب تصرفا (ينشأ) هذا الاشكال من تعارض جهتين.

من انه تصرف عرفا فاللازم ان يكون مسقطا.

و (من انه) قبل الفسخ (ملكه) لان الحليب ملك صاحب الدابة، و ان كان فى زمن الخيار (فله استخلاصه) و اخذه، فلا يكون حلبه مسقطا لخياره.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۵

انتهى.

و حكى عنه فى موضع آخر انه قال: و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به.

و يحتمل ان يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ

اقول: لا يخفى ان المحقق الثانى لم يذكر الا احد طرفى الاشكال و او كل الطرف الآخر الى وضوحه (انتهى).

(و حكى عنه فى موضع آخر انه قال: و المراد بالتصرف المسقط) للخيار (ما كان المقصود منه التملك) و اسقاط الخيار (لا الاختبار) فانه لا يسقط الخيار (و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى) هذا مثال للحفظ لانها اذا لم تشرب الماء تلفت و ركوبها فى الطريق لاجل ايصالها الى الماء (انتهى)

(و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به) لان الملك حصل قبل ذلك فلا يراد بالتملك احداث الملك، بل الالتزام به باسقاط الخيار.

(و يحتمل ان يراد به) اى بالتملك (الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ) فان التملك قد يستعمل بمعنى احداث الملك، و قد يستعمل بمعنى الالتزام به، و قد يستعمل بمعنى استعمال الملك استعمالا لا للاختبار و الحفظ.

و وجه استدلال المصنف بهذه العبارة، لمراده من المعنى الثالث ان قول المحقق «ما كان المقصود منه التملك» يراد به ما كان ظاهرا فى ذلك ظهورا نوعيا، لا انه يريد المحقق بذلك القصد الشخصى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۶

هذا ما حضرنى من كلماتهم فى هذا المقام الظاهرة فى المعنى الثالث

و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا- لو خلى و طبعه- على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام.

لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقا من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة فى النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هى واقعة غالبا مع الغفلة، او التردد او العزم على الفسخ مطلقا

(هذا ما حضرنى من كلماتهم فى هذا المقام) اى مقام كون التصرف مسقطا (الظاهرة) تلك الكلمات (فى المعنى الثالث).

اقول: ظهور جملة منها فى ما ذكره المصنف محل نظر، كما لا يخفى.

(و حاصله) ان المسقط هو (التصرف علی وجه یدل عرفا- لو خلی و طبعه- علی الالتزام بالعقد، لیکون) التصرف (اسقاطا فعلیا للخیار) فی قبال الاسقاط القولی- (فیخرج منه) ای من التصرف المسقط (ما دلت القرینة علی وقوعه لا عن الالتزام) بالاسقاط.

(لکن) اذا کان المراد من التصرف المسقط ما ذکرناه من الدال نوعا علی الالتزام (یبقی الاشکال المتقدم سابقا من ان اکثر امثلة التصرف المذکورة فی النصوص) کالنظر الی الجاریة (و الفتاوی) کقوله للجاریة: اغلقی الباب (لیست کذلک) دالة عرفا علی الالتزام بالعقد (بل هی) ای التصرفات المذکورة (واقعة غالبا مع الغفلة او التردد او العزم علی الفسخ مطلقا) ای انه یرید الفسخ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۷

او اذا اطلع علی ما یوجب زهده فیه.

فهی غیر دالة فی نفسها عرفا علی الرضا.

و منه یظهر وجه النظر فی دفع الاستبعاد الّذی ذکرناه سابقا من عدم انفکاک اشتراء الحیوان من التصرف فیه فی الثلاثة فیکون مورد الخیار فی غایة الندرة بان الغالب فی هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا یسقط بها الخیار

علی کل حال (او) یرید الفسخ (اذا اطلع علی ما یوجب زهده فیه) ای نفرته عن المبیع.

(فهی) ای التصرفات المذکورة (غیر دالة فی نفسها عرفا علی الرضا) فکما لا دلالة لها شخصیا فلا دلالة لها نوعیا.

(و منه) ای من عدم دلالة اکثر الامثلة المذکورة فی النص و الفتوی دلالة عرفیة علی الرضا بالعقد- لوقوعها غالبا بلا التزام بالعقد (یظهر وجه النظر فی دفع الاستبعاد الّذی ذکرناه سابقا).

فانا ذکرنا سابقا أوّلا استبعادا یحصل (من عدم انفکاک اشتراء الحیوان من التصرف فیه، فی الثلاثة) الایام (فیکون مورد الخیار) اذا کان امثال النظر الی الجاریة، و رکوب الدابة، مسقطا للخیار (فی غایة الندرة) و کونه فی غایة الندرة خلاف الادلة و الفتاوی الظاهرة فی کثرة مورد الخیار.

و ذکرنا ثانیا دفعا لهذا الاستبعاد (بان الغالب فی) امثال (هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا یسقط بها) ای بامثال هذه التصرفات (الخیار).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۸

اذ فیه یوجب استهجان تعلیل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا لان لهذا المصحح لهذا التعلیل- مع العلم بعدم کون بعض افراده رضا هو ظهوره فیه عرفا من اجل الغلبة.

فاذا فرض ان الغالب فی مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم علی الفسخ، او التردد فیه او الغفلة کان

و نقول الآن ثالثا فی وجه النظر علی الدفع المذکور و بالاشکال فی الدفع، یقوی الاستبعاد.

(اذ فیه) ای فی الدفع المذکور (ان هذا) الدفع (یوجب استهجان تعلیل السقوط) للخیار (بمطلق الحدث).

ای ان الشارع فی صحیحة ابن رئاب علل اسقاط التصرف للخیار (بأنه رضا) فانه اذا کان الدفع صحیحا لزم استهجان العلة فی صحیحة ابن رئاب.

وجه الاستهجان ما ذکره بقوله: (لان المصحح لهذا التعلیل) ای انه رضا (- مع العلم بعدم کون بعض افراده رضا- هو) ای المصحح هو (ظهوره) ای التصرف (فیه) ای فی الرضا (عرفا).

و انما کان الظهور (من اجل الغلبة) ای غلبة کون التصرف رضا، و حیث کان الغالب ذلک کان التصرف ظاهرا فی الرضا.

(فاذا فرض) هذا الفرض ذکر «الدفع» للاستبعاد (ان الغالب فی مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم علی الفسخ،

او التردد فیه) ای فی الفسخ (او الغفلة) عن ان له الفسخ (کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۲۹۹

تعلیل الحکم علی المطلق بهذه العلة غیر الموجودة الا فی قلیل من افراده مستهجنا.

و اما الاستشهاد لذلک بما سیجیء من ان تصرف البائع فی ثمن بیع الخیار غیر مسقط لخیاره اتفاقا

تعلیل الحکم) بان التصرف مسقط (علی المطلق) ای مطلق التصرف (بهذه العلة) علة ان التصرف رضا (غیر الموجودة) تلک العلة (الا فی قلیل من افراده) ای افراد التصرف (مستهجنا).

فتحققت ثلاثة امور «استبعاد» و «دفع» و «نظر فی الدفع».

و الحاصل: ان المصنف یقول «التصرف الدال عرفا علی الرضا النوعی مسقط للخیار» و الاشکال علیه انه «اکثر الامثلة فی النص و الفتوی، لا دلالة فیها علی الرضا» فکیف قال الشارع «التصرف مسقط لانه رضا بالعقد».

(و) لکن ربما یؤید «الدفع» بان تصرف المشتری فی الحیوان، حاله حال تصرف البائع ذی الخیار فی الثمن.

فکما ان تصرف البائع لیس عن رضا- و لذا لا یسقط خیاره- کذلک تصرف المشتری فی الحیوان لیس عن رضا- و لذا لا یسقط خیاره-.

و علی هذا یتم «الدفع» الّذی کان یقول «الغالب فی التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم .. الخ» و الی هذا- و هو: ربما یؤید الدفع- اشار المصنف بقوله: و (اما الاستشهاد لذلک بما سیجیء من ان تصرف البائع فی ثمن بیع الخیار غیر مسقط لخیاره اتفاقا) کما اذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۰۰

و لیس ذلک الا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم علی الفسخ برد مثل الثمن.

ففیه ما سیجیء.

و مما ذکرنا من استهجان التعلیل علی تقدیر کون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام یظهر فساد الجمع

البائع مغبونا، او کان فی الثمن عیب، او کان للبائع خیار الشرط، الی غیر ذلک.

(و لیس ذلک) ای عدم سقوط خیار البائع بتصرفه فی الثمن (الا من جهة صدوره) ای صدور التصرف (لا عن التزام) للبائع (بالعقد بل مع العزم علی الفسخ برد مثل الثمن) اذا کان تصرفه متلفا، او بردّ نفس الثمن اذا لم یکن تصرفه متلفا، کما اذا کان الثمن ثوبا و لبسه، او نحو ذلک.

(ففیه ما سیجیء) من ان ذلک من جهة تواطئ المتعاقدین علی ثبوت الخیار مع التصرف.

و ذلک لان بناء البیع علی الانتفاع بالثمن، فکانهما اشترطا بقاء الخیار حتی بعد التصرف، و لیس المقام کذلک، فلا تواطئ فی بیع الحیوان ان الخیار باق، و ان تصرف المشتری فی الحیوان.

اذا: فالاستهجان الّذی ذکرناه باق.

(و مما ذکرنا من استهجان التعلیل) «بانه رضی» (علی تقدیر کون غالب التصرفات واقعة، لا عن التزام)، بالعقد (یظهر فساد الجمع) بین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۰۱

بهذا الوجه یعنی حمل الاخبار المتقدمة علی صورة دلالة التصرفات المذکورة علی الرضا بلزوم العقد جمعا بینها، و بین ما دل من الاخبار علی عدم سقوطه بمجرد التصرف.

مثل روایة عبد اللّه بن الحسن المتقدمة التی لم یستفصل فی

ما دل علی سقوط الخیار بمطلق التصرف مثل الاخبار المتقدم نقلها، و بین ما دل علی خلافه مثل خبر عبد اللّه، و الخبر المصحح، بحمل الاولی علی صورة دلالة التصرف علی الرضا باللزوم، و حمل الثانیة علی صورة عدم دلالة التصرف علی الرضا باللزوم.

فان الجمع (بهذا الوجه) غیر تام.

و انما ظهر فساد الجمع لاستلزامه استهجان التعلیل المذکور فی الاخبار، و الجمع الّذی یستلزم الاستهجان غیر صحیح.

و الی ما ذکرناه اشار بقوله: (یعنی حمل الاخبار المتقدمة) کصحیحة ابن رئاب، و غیرها (علی صورة دلالة التصرفات المذکورة علی الرضا بلزوم العقد).

و انما نحمل هذا الحمل (جمعا بینها) ای بین هذه الاخبار (و بین ما دل من الاخبار علی عدم سقوطه) ای الخیار (بمجرد التصرف) المحمول علی ما اذا لم یکن التصرف رضا بالعقد.

(مثل روایة عبد اللّه بن الحسن المتقدمة) فی العبد الّذی مات، و کان للمشتری خیار الشرط، حیث قال صلی اللّه علیه و آله یستحلف باللّه تعالی ما رضیه ثم هو بریئ من الضمان (التی لم یستفصل فی

جوابها بین تصرف المشتری فی العبد المتوفی فی زمان الخیار، و عدمه.

و انما انیط سقوط الخیار فیها بالرضا الفعلی.

و مثل الخبر المصحح فی رجل اشتری شاة، فامسکها ثلاثة ایام ثم ردّ قال ان کان تلک الثلاثة ایام شرب لبنها، یردّ معها ثلاثة امداد و ان لم یکن لها لبن فلیس علیه شیء.

و نحوه الآخر.

جوابها) ای جواب الروایة (بین تصرف المشتری فی العبد المتوفی فی زمان الخیار، و عدمه) ای عدم تصرف المشتری، مع انه لو کان تصرف المشتری مسقطا، لزم الاستفصال المذکور.

(و انما انیط سقوط الخیار فیها) ای فی الروایة (بالرضا الفعلی) للمشتری، فان ظاهر «ما رضیه» فی الروایة الرضا الفعلی، کما هو واضح

(و مثل الخبر المصحح) الّذی قال بعض بصحته- و ان لم یتحقق ذلک عند المصنف- (فی رجل اشتری شاة، فامسکها ثلاثة ایام، ثم ردّ) فما تکلیفه؟ (قال) علیه السلام (ان کان تلک الثلاثة ایام شرب) المشتری (لبنها، یردّ معها) ای مع الشاة (ثلاثة امداد) قیمة اللّبن (و ان لم یکن لها لبن فلیس علیه شیء) فان الامام علیه السلام حکم بجواز الردّ، مع انه تصرف فی الشاة بالحلب و شرب اللبن.

و ذلک لانه لم یرض بالشاة فیدل علی ان المعیار فی سقوط الخیار الرضا، لا التصرف.

(و نحوه) ای نحو هذا المصحح، خبره (الآخر).

و ما فیهما من رد ثلاثة امداد لعله محمول علی الاستحباب مع ان ترک العمل به لا یوجب ردّ الروایة فتأمل.

و قد افتی بذلک فی المبسوط فیما لو باع شاة غیر مصراة و حلبها ایاما، ثم وجد المشتری فیها عیبا.

(و) ان قلت: کیف حکم الامام بردّ ثلاثة امداد، مع ان اللبن للمشتری، حیث انه قبل الفسخ یملک کل شیئ منه، و الفسخ من حینه لا من اصله.

قلت: (ما فیهما) ای فی الخبرین (من ردّ ثلاثة امداد لعله محمول علی الاستحباب مع) انه ان کان علی سبیل الوجوب لا یضر بدلالة الخبرین لما نحن بصدده.

ف (ان ترک العمل به) ای بهذا الجزء من الخبر (لا یوجب رد الروایة) لما علم فی موضعه من امکان التقطیع فی الخبر الواحد، کان قطع صدر جزء من الخبر تقیة، او شبه ذلک (فتأمل).

لعله اشارة الی ان قوله «یردّ» هو موضع استدلالنا بالخبر فاذا سقط، لم یبق موضع للدلالة.

لکن فیه ان فقرة واحدة من الخبر اذا اشتملت علی حکمین لم یعمل باحدهما، لم یستلزم ذلک عدم العمل بالآخر.

(و قد افتی بذلک) ای بانه یردّ ثلاثة امداد- فلیست هذه الفقرة غیر معمول بها- (فی المبسوط فیما لو باع شاة غیر مصراة) ای لم یکن حلیب فی ثدیها (و حلبها ایاما، ثم وجد المشتری فیها عیبا) فانه یردّها و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۰۴

ثم قال: و قیل لیس له ردّها، لانه تصرف بالحلب.

و بالجملة: فالجمع بین النص و الفتوی الظاهرین فی کون التصرف مسقطا لدلالته علی الرضا بلزوم العقد، و بین ما تقدم من التصرفات المذکورة فی کثیر من الفتاوی خصوصا ما ذکره غیر واحد من الجزم بسقوط الخیار بالرکوب فی طریق الردّ او التردد فیه و فی التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد

یرد ثمن الحلیب.

(ثم قال) المبسوط: (و قیل لیس له ردها، لانه) ای المشتری (تصرف) فی الشاة (بالحلب) و التصرف یسقط الخیار.

(و بالجملة فالجمع بین النص و الفتوی الظاهرین فی کون التصرف مسقطا لدلالته) ای دلالة التصرف (علی الرضا بلزوم العقد) ف «لدلالته» وجه ل «الاسقاط» (و بین ما تقدم من التصرفات المذکورة فی کثیر من الفتاوی) و فی النص من امثال: اغلق الباب، و: ناولنی الثوب، و النظر الی الامة و لمسها (خصوصا ما ذکره غیر واحد من الجزم بسقوط الخیار بالرکوب) للدابة (فی طریق الردّ) الّذی یکون التصرف بدون دلالة علی الرضا النوعی اصلا (او التردّد فیه) ای فی الردّ، عطف علی «فی طریق» (و فی التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما) ای الرکوب مع عزمه علی الردّ او التردّد فیه و التصرف للاستخبار (بالرضا بلزوم العقد) لوضوح ان المشتری لیس براض، اذا اراد ردّه او تردّد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۰۵

فی غایة الاشکال و اللّه العالم بحقیقة الحال.

فیه، و اذا اراد استخباره فهو (فی غایة الاشکال) و ان کان الاظهر الاحتیاج الی الرضا الشخصی الّذی نفاه المصنف (و الله العالم بحقیقة الحال) و هو الموفق المستعان لفهم الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۰۶

الثالث خیار الشرط،

اشارة

اعنی الثابت بسبب اشتراطه فی العقد، و لا خلاف فی صحة هذا الشرط، و لا فی انه لا یتقدر بحدّ عندنا.

و نقل الاجماع علیه مستفیض.

و الاصل فیه، قبل ذلک الاخبار العامة المسوغة لاشتراط کل شرط الا ما استثنی

(الثالث) من الخیارات (خیار الشرط، اعنی الثابت بسبب اشتراطه فی العقد) فإضافة الخیار الی الشرط من باب اضافة المعلول الی علته، لان الشرط علة الخیار (و لا خلاف فی صحة هذا الشرط) للنص و الاجماع علی ذلک (و لا فی انه لا یتقدّر بحدّ) کیوم و عشرة ایام (عندنا)

نعم ینبغی استثناء ما اذا کان تحدیده خارجا عن اطلاق النص و الفتوی، کما اذا باعه شیئا و جعل خیاره مائة سنة مثلا.

(و نقل الاجماع علیه) ای علی هذا الخیار (مستفیض) استفاضة فوق الآحاد، و دون التواتر.

(و الاصل) ای الدلیل (فیه) ای فی هذا الخیار (- قبل ذلک-) الاجماع (الاخبار العامة المسوغة) ای المجوزة (لاشتراط کل شرط الا ما استثنی) من مخالفة الکتاب و السنة، و کذا المخالفة لمقتضی اصل العقد، کان ینکح بشرط ان تکون بینهما محرمیة، او یبیع بشرط ان لا یکون للمشتری التصرف فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۰۷

و الاخبار الخاصة الواردة فی بعض افراد المسألة فمن الاولی الخبر المستفیض الّذی لا یبعد دعوی تواتره ان: المسلمین عند شروطهم.

و یزید فی صحیحة ابن سنان: الّا کل شرط خالف کتاب اللّه فلا یجوز

و فی موثقة اسحاق بن عمار الّا شرطا حرم حلالا او حلل حراما.

(و) کـذلک یکون الاصل فی الخیار (الاخبار الخاصة الواردة فی بعض افراد المسألة) مما یعلم منها المناط فیتعدی منها الی سائر افراد الشرط لوحدة الملاک فی الکل (فمن الاولی) ای الاخبار العامة الشاملة لکل شرط (الخبر المستفیض الّذی لا یبعد دعوی تواتره) و هو (ان: المسلمین عند شروطهم).

و معنی «عند» انهم ملزومون بالوفاء بالشروط الزاما تکلیفا وضعیا

(و یزید فی صحیحة ابن سنان: الّا کل شرط خالف کتاب اللّه فلا یجوز) ای فلا ینفذ ذلک الشرط.

کما اذا شرط، ان یشرب الخمر او یترک الصلاة، او لا یرث ولده، او ما اشبه ذلک.

(و فی موثقة اسحاق بن عمار الّا شرطا حرم حلالا) بان یکون الشرط مشرعا، کما لو شرط ان یکون شرب الماء حراما، اما اذا شرط ان لا یشرب الماء صح الشرط، فانه لم یحرم حلالا.

و قد یقال ان المراد بتحریم الحلال تحریم الواجب فی قبال تحلیل الحرام (او حلل حراما) علی ما عرفت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۰۸

نعم فی صحیحة اخری لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لکتاب اللّه فلا یجوز علی الّذی اشترط علیه، و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب اللّه.

لکن المراد منه بقرینة المقابلة عدم المخالفة للاجماع علی عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الکتاب.

و تمام الکلام فی معنی هذه الاخبار و توضیح المراد من الاستثناء الوارد

(نعم فی صحیحة اخری لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لکتاب اللّه فلا یجوز) ای لا ینفذ (علی الّذی اشترط علیه، و المسلمون عند

شروطهم فیما وافق کتاب الله).

و قوله «نعم» اشارة الی ان فی هذا الحدیث اشترط «موافقة کتاب الله» بینما فی غیره اشترط «عدم مخالفة کتاب الله».

و من المعلوم ان الشرط یمکن اعتباره «غیر مخالف» اما اعتباره «موافقا» فهو مشکل، لان کثیرا من الاحکام لیست فی ظاهر القرآن.

(لکن المراد منه) ای من الموافقة (بقرینة المقابلة) لقوله علیه السلام «مخالفا لکتاب الله» (عدم المخالفة) لان الفقرة الثانیة تفسیر للفقرة الاولی.

و ذلک (للاجماع علی عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الکتاب) و الّا فکثیر من الشروط لم تذکر فی الکتاب شیئا یطابقه الشرط.

(و تمام الکلام فی معنی هذه الاخبار) ای الشرط المخالف و الموافق (و توضیح المراد من الاستثناء الوارد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۰۹

فیها یأتی فی باب الشرط فی ضمن العقد ان شاء الله.

و المقصود هنا بیان احکام الخیار المشترط فی العقد و هی تظهر برسم مسائل

اشارة

فیها) من تحلیل الحرام و تحریم الحلال (یأتی فی باب الشرط فی ضمن العقد ان شاء الله) هذا تمام الکلام فی الاخبار العامة.

و اما الاخبار الخاصة فهی: صحیحة ابن سنان عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال: و ان کان بینهما شرط- ایاما معدودة- فهلک فی ید المشتری قبل ان یمضی الشرط، فهو من مال البائع.

اقول: لان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، و روایة السکونی المتقدمة ان امیر المؤمنین علیه السلام: قضی فی رجل اشتری ثوبا بالشرط الی نصف النهار، الی غیرهما، و سیأتی بعض الاخبار الخاصة الاخر.

(و المقصود هنا بیان احکام الخیار المشترط فی العقد) فی قبال موضوع الخیار الّذی قلنا انه سیأتی (و هی تظهر برسم مسائل)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۰

مسئلة: لا فرق بین کون زمان الخیار متصلا بالعقد او منفصلا عنه لعموم ادلة الشرط.

قال فی التذکرة لو شرط خیار الغد صح عندنا خلافا للشافعی، و استدل له فی موضع آخر بلزوم صیرورة العقد جائزا بعد اللزوم.

و ردّ بعدم المانع من ذلک.

مع انه- کما فی التذکرة

(مسألة: لا فرق بین کون زمان الخیار متصلا بالعقد او منفصلا عنه) بکل اقسامه من الاول او الوسط او الاخیر او اثنان منها، او ثلاثة او اکثر کان یفرض ان المدة فی الاجارة- و نمثل بها لوضوح الاقسام فیها- سنة، فیشترط الخیار فی الیوم الاول، او فی الیوم الوسط، او فی الیوم الاخیر، او فی الاول و الوسط، او فی الاول و الاخیر، او فی الاول و الوسط، او فی الوسط و الاخیر او فی الاول و الوسط و الاخیر، الی غیر ذلک (لعموم ادلة الشرط) الشاملة لکل هذه الاقسام.

(قال فی التذکرة لو شرط خیار الغد صح عندنا خلافا للشافعی، و استدل) العلامة (له) ای للشافعی (فی موضع آخر) من التذکرة (ب) انه لو صح الخیار المنفصل استوجب ذلک (لزوم صیرورة العقد جائزا بعد اللزوم) و ذلک خلاف ادلة الوفاء بالعقد.

(و ردّ بعدم المانع من ذلک) لانه لیس خلاف ادلة الوفاء.

(مع انه) ای عدم جواز انفصال الخیار عن العقد (- کما فی التذکرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۱

- منتقض بخیار التأخیر و خیار الرؤیة.

نعم یشترط تعیین المدة.

فلو تراضیا علی مدة مجهولة کقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حکی الاجماع علیه صریحا لصیرورة المعاملة بذلک غرریة

- منتقض بخیار التأخیر و خیار الرؤیة) فانهما منفصلان عن العقد مما یوجب ان یکون العقد اللازم جائزا.

(نعم یشترط تعیین المدة) المقرر تأخیر الخیار إلیه، و کذلک المدة التی یشرع منها الخیار.

(فلو تراضیا علی مدة مجهولة) أوّلا (کقدوم الحاج) او آخرا، مثل ان یبدأ الخیار من اوّل محرم الی آخر یوم یأتی فیه الحجاج، او کلا، مثل مدة بناء هذه الدار، و المفروض انه غیر معلوم أولا و لا آخرا (بطل) الشرط (بلا خلاف، بل حکی الاجماع علیه صریحا لصیرورة المعاملة بذلک) الجهل فی المدة (غرریة) و المراد بالغرر الجهالة التی توجب الضرر و الاشتباه، فان مع جهالة المدة یشتبه اوّل الخیار او آخره او مدته و ذلک یوجب الضرر احیانا و الاختلاف احیانا اخری و فی الحدیث نهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر- کما فی مستدرک الوسائل-

لکن الظاهر انه لیس بغرر مطلقا فلو جعل الخیار الی اوّل الشهر لم یضر، و ان لم یعلم ان اوّل الشهر ای یوم، لاحتمال نقص الشهر السابق و تمامه، و کذا اذا جعله الی آخر الشهر، او جعل الخیار شهر شوال مثلا و لا یعلم اوله و لا آخره، لاحتمال نقص شهر رمضان و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۲

و لا عبرة بمسامحة العرف فی بعض المقامات و اقدام العقلاء علیه احیانا فان المستفاد من تتبع احکام المعاملات عدم رضا الشارع بذلک

اذ کثیرا ما یتفق التشاح فی مثل الساعة و الساعتین من زمان الخیار فضلا من الیوم و الیومین.

نقص شهر شوال، بل اذا کان قدوم الحاج شیئا موقتا فی الخارج لیس تقدمه و تأخره بقدر یوجب الغرر عرفا لم یکن فی جعله- مدة الخیار- اشکالا.

(و) ما ذکره المصنف من انه (لا عبرة بمسامحة العرف فی بعض المقامات و اقدام العقلاء علیه احیانا) محل نظر.

اذ: الغرر موضوع عرفی، کسائر الموضوعات، و احداث الشارع فیه تغییرا غیر معلوم، و العرف کما هو مرجع الموضوع مفهوما فکذلک هو مرجع التطبیق، و قد شرحنا ذلک فی بعض مباحث الفقه.

و کیف کان (ف) انما لا عبرة بمسامحة العرف، ل (ان المستفاد من تتبع احکام المعاملات عدم رضا الشارع بذلک) ای بالمسامحة العرفیة.

اقول: لم اجد مقاما ذکر الشارع بعدم رضاه بمثل هذا التسامح.

و انما لا یرضی الشارع.

(اذ کثیرا ما یتفق التشاح فی مثل الساعة و الساعتین فی زمان الخیار فضلا من الیوم و الیومین).

مثلا: فی ظهر یوم الجمعة ارتفعت قیمة المتاع، فاراد البائع الفسخ و لم یرد المشتری، فانهما یختلفان فی انه هل له خیار، أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۳

و بالجملة، فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة، و الا لم يكن بيع الجزاف، و ما تعذر تسليمه، و الثمن المحتمل للتفاوت القليل، و غير ذلك من الجهالات غررا لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات.

اقول: لا ـ تشاح، لانه اذا قدم الحاج كان الحق مع البائع، و الا مع المشترى، ثم كل تشاح له موازين قضائية يرجع إليها، فلا مشكلة، و مثله غير نادر فى الشرعيات.

(و بالجملة، فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة) فان العرف فى الامور المحتاجة الى المداقة لا يتسامحون مثل وزن الذهب- و فى غيرها يتسامحون، فاذا تسامحوا لم يكن ذلك موجبا لرفع الغرر (و الا) فلو تتبعنا العرف فى مسامحاتهم (لم يكن بيع الجزاف، و) بيع (ما تعذر تسليمه، و) كذا فى (الثمن المحتمل للتفاوت القليل) كما فى بعض الدراهم و الدنانير فى الزمن السابق، حيث يزيد و ينقص مقدار شعيرة، و نحوها من جهة كثرة التعامل عليها (و غير ذلك من الجهالات غررا).

و انما لم يكن غررا (لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات).

و فيه انا نقول: بانه ليس بغرر، الا اذا كان نص او اجماع على انه غرر موضوعا او انه محكوم بحكم الغرر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۱۴

و لعل هذا مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف و الا فالغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف.

نعم الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم، لا تعد غررا، كتفاوت المكاييل و الموازين.

(و لعل هذا) الّذى ذكرنا من ان العرف يتسامح، بما لا يتسامح فيه الشرع- فى باب الغرر- (مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف) فان الشروط التى وضعها الشارع فى الغرر اكثر، فيقول «لا جهالة، لا ضرر، لا تسامح» بينما يقول العرف «لا جهالة، لا ضرر» و ينتج من زيادة شروط الشارع فى باب الغرر، ان الغرر عنده اوسع افرادا من الغرر عند العرف.

فمثلا: افراد غرر العرف عشرة، و افراد غرر الشارع خمسة عشر (و الا) يقصد بعض الاساطين ما ذكرناه فى معنى الغرر (ف) لا معنى لأضيقية الدائرة شرعا، اذ (الغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف) كسائر الموضوعات التى حكم الشارع عليها باحكام.

(نعم) لا نقصد بان الشارع لاحظ الدقة فى كل مورد.

ف (الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون) التشاح (النادر كالمعدوم، لا تعد) تلك الجهالة (غررا، كتفاوت المكاييل و الموازين) و الاشبار و الاذرع فى تقدير القماش و الارض و نحوهما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۱۵

و يشير الى ما ذكرنا: الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم الى اجل معلوم.

و خصوص موثقة غياث لا بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم الى دياس او الى حصاد، مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع.

(و يشير الى ما ذكرنا) من لزوم ملاحظة الدقة فى المدة (الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم) و هو ما كان الثمن نقدا، و المثمن بعد مدة عكس النسيئة- (الى اجل معلوم) و اذا كان الوقت قابلا للزيادة و النقصان لم يكن اجلا معلوما، فلا تصحّ المسامحة فى الاجل، و فيه ان المسامح فيه معلوم عرفا.

(و خصوص موثقة غياث) قال عليه السلام (لا بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم الى دياس او الى حصاد) الحصاد

حصاد الزرع و قطعه، و الدياس سحقه لاجل اخراج الحب من التبن، و نحوه (مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع) فيعلم من هذه الموثقة ان الشارع لاحظ الدقة، و لم يترك الامر الى تسامح العقلاء.

اقول: لكن فيه ان الدياس المطلق، و الحصاد المطلق مجهولان حتى عند العقلاء، اذ يختلف اوقاتهما فى منطقة واحدة كالعراق اكثر من شهر، و هذا نفاه الشارع.

اما دياس صحارى كربلاء و شبهها من منطقة واحدة مثلا، فلا نسلم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۱۶

و ربما يستدل على ذلك بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة، لانه غرر.

و فيه ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة.

ان الرواية تشمله، كما ان العقلاء يجعلونه وقتا.

(و ربما يستدل على ذلك) اى على لزوم الدقة فى المدة، و عدم المسامحة العرفية (بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لانه) اى اشتراط المدة المجهولة (غرر) و الغرر مخالف للكتاب و السنة.

اما الكتاب فقوله تعالى: لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ*، فانه اذا كانت المدة مجهولة، كان ذلك سببا للجهل بقدر الثمن، اذ: للأجل قسط من الثمن فمدّة تزلزل البيع و هو مدة الخيار تؤثر فى جهالة الثمن فان ثمن البيع المتزلزل يوما اكثر من ثمن البيع المتزلزل شهرا.

و اما السنة: فلما ورد من نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر.

و حاصل كلام المستدل ان هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة.

(و فيه) ان المستدل اراد بيان ان الشرط مخالف للكتاب و السنة، لكن دليله يعطى ان البيع مخالف للكتاب و السنة.

و من المعلوم (ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة) كما يفيده دليل المستدل (غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۱۷

ففى الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع.

و فى الاول يفسد البيع فيلغو الشرط.

اللهم الا ان يراد ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر، و ان لم يكن بيعا، فيشمله دليل نفى الغرر، فيكون مخالفا للكتاب و السنة

كما ادعاه المستدل، فدعواه شىء و دليله شىء آخر.

(ففى الثانى) و هو كون نفس الشرط مخالفا (يفسد الشرط) لانه مخالف (و يتبعه البيع) فى الفساد فيفسد البيع أيضا، لان البيع المشتمل على الشرط الفاسد فاسد.

(و فى الاول) و هو كون البيع فاسدا (يفسد البيع فيلغو الشرط) اذ الشرط لا يجب، الا اذا كان فى ضمن بيع صحيح او ما اشبه البيع من الالتزامات الصحيحة.

(اللهم الا ان يراد) اى يريد المستدل فى قوله «انه غرر» (ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر، و ان لم يكن بيعا، فيشمله) اى يشمل الخيار (دليل نفى الغرر).

فالمستدل اراد بيان ان الشرط الغررى باطل، و استدل لنفس ذلك، فدليله موافق لمدعاه، اذ لو كان نفس الخيار غرريا (فيكون مخالفا للكتاب و السنة).

اما السنة فلنهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن الغرر.

و اما الکتاب فلقوله تعالی: مٰا آتٰاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۸

لکن لا یخفی سرایهٔ الغرر الی البیع فیکون الاستناد فی فساده الی فساد شرطه المخالف للکتاب کالاکل من القفا

و (لکن لا ـ یخفی) ان المستدل لو اراد کون نفس الشرط غرریا کان الا نسب التعلیل لبطلان البیع بانه بیع غرری، لا بما ذکره من ان شرطه غرری، لان الغرر فی الشرط یوجب الغرر فی البیع (سرایهٔ الغرر) فی الشرط (الی البیع فیکون الاستناد فی فساده) ای فساد البیع (الی فساد شرطه المخالف للکتاب) و السنهٔ (کالاکل من القفا) لان المستدل کان بامکانه ان یقول البیع غرری، ففاسد فلم یکن یحتاج الی ان یقول الشرط غرری ففاسد، و حیث انه فی ضمن البیع فالبیع فاسد.

و الحاصل ان المصنف او رد علی المستدل احد اشکالین علی سبیل منع الخلو، او لهما قوله «و فیه»، و ثانیهما قوله «کالاکل».

و حاصل ایراده انه ان اراد المستدل ان یقول «البیع غرری» ففیه انه لا یصح- علی هذا- ان یفرع علیه کون الاشتراط مخالفا للکتاب و السنهٔ، حیث قال المستدل فی کلامه: فاشتراطه مخالف للسنهٔ.

و ان اراد المستدل ان یقول «الشرط غرری» ففیه انه- و ان صح التفریع المذکور- الا ان عدول المستدل عن القول «بفساد البیع» الی القول «بفساد الشرط» کالاکل من القفا.

فقول المصنف «اللهم ..» اراد به بیان الاحتمال الثانی فی عبارهٔ المستدل، و ردّه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۱۹

مسئلهٔ لا فرق فی بطلان العقد بین ذکر المدهٔ المجهولهٔ کقدوم الحاج، و بین عدم ذکر المدهٔ اصلا

کأن یقول بعتک علی ان یکون لی الخیار و بین ذکر المدهٔ المطلقهٔ کان یقول: بعتک علی ان یکون لی الخیار مدهٔ لاستواء الکل فی الغرر.

خلافا للمحکی عن المقنعهٔ و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنیهٔ و الحلبی فجعلوا مدهٔ الخیار فی الصورهٔ الثانیهٔ ثلاثهٔ ایام.

و یحتمل حمل الثالثهٔ علیها

(مسألهٔ: لا فرق فی بطلان العقد) اذا کانت المدهٔ مجهولهٔ (بین ذکر المدهٔ المجهولهٔ کقدوم الحاج، و بین عدم ذکر المدهٔ) للخیار (اصلا کان یقول بعتک علی ان یکون لی الخیار) بدون ان یعین زمان الخیار، او اوله، او آخره (و بین ذکر المدهٔ المطلقهٔ) بان یقول «مدهٔ» و یطلقها (کان یقول: بعتک علی ان یکون لی الخیار مدهٔ).

و انما قلنا لا فرق (لاستواء الکل) ای کل الصور الثلاثهٔ (فی الغرر) فیکون باطلا.

(خلافا للمحکی عن المقنعهٔ و الانتصار و الخلاف و الجواهر) للقاضی (و الغنیهٔ و الحلبی فجعلوا مدهٔ الخیار فی الصورهٔ الثانیهٔ) و هی ان یقول: بعتک علی ان یکون لی الخیار (ثلاثهٔ ایام).

(و یحتمل حمل) الصورهٔ (الثالثهٔ علیها) فاذا قالها کانت مدهٔ الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۲۰

و عن الانتصار و الغنیهٔ و الجواهر الاجماع علیه.

و فی محکی الخلاف وجود اخبار الفرقهٔ به.

و لا شک ان هذه الحکایة بمنزلة ارسال اخبار فیکفی فی انجبارها الاجماعات المنقولة.

و لذا مال إلیه فی محکی الدروس.

لکن العلامة فی التذکرة لم یحک هذا القول الا عن الشیخ قدس سره و اوله بإرادة خیار الحیوان.

ثلاثة ایام.

(و عن الانتصار و الغنیة و الجواهر الاجماع علیه) ای علی انه اذا اطلق، حمل علی ثلاثة ایام.

(و فی محکی الخلاف وجود اخبار الفرقة به) ای بکون المطلق یحمل علی ثلاثة ایام.

(و لا شک ان هذه الحکایة) من الشیخ (بمنزلة ارسال اخبار) فیدل ان هناک اخبارا مرسلة (فیکفی فی انجبارها) سندا (الاجماعات المنقولة) التی نقلناها عن الثلاثة.

(و لذا مال إلیه فی محکی الدروس) و قال: بانه اذا اطلق المدة حمل علی ثلاثة ایام.

(لکن العلامة فی التذکرة لم یحک هذا القول) ای القول بحمل المدة المطلقة علی ثلاثة ایام (الا عن الشیخ قدس سره) فقط (و اوله بإرادة خیار الحیوان) لا خیار الشرط الّذی هو محل الکلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۱

و عن العلامة الطباطبائی فی مصابیحه الجزم به.

و قواه بعض المعاصرین منتصرا لهم بما فی مفتاح الکرامة، من انه لیس فی الادلة ما یخالفه.

اذ الغرر مندفع بتحدید الشرع، و ان لم یعلم به المتعاقدان کخیار الحیوان الّذی لا اشکال فی صحة العقد مع الجهل به، او بمدته.

و زاد فی مفتاح الکرامة التعلیل بان الجهل یئول الی العلم الحاصل

(و عن العلامة الطباطبائی) السید بحر العلوم (فی مصابیحه الجزم به) ای بان المطلق یحمل علی ثلاثة ایام.

(و قواه بعض المعاصرین) و هو صاحب الجواهر (منتصرا لهم) ای لمن قال بان المطلق یحمل علی ثلاثة ایام (بما فی مفتاح الکرامة، من انه لیس فی الادلة ما یخالفه) حتی یقال: بان المطلق لا یحمل علی ثلاثة ایام.

(اذ) الاشکال فیه، بانه غرر، غیر وارد، فان (الغرر مندفع بتحدید الشرع) له بثلاثة ایام (و ان لم یعلم به المتعاقدان) فان علم المتعاقدین لیس بشرط بعد تحدید الشرع، فحال خیار الشرط (کخیار الحیوان) المقرر شرعا فی بیع الحیوان (الّذی لا اشکال فی صحة العقد مع الجهل به) ای باصل خیار الحیوان (او بمدته) ای الجهل بان مدته ثلاثة ایام.

(و زاد فی مفتاح الکرامة) فی وجه تصحیح کون المطلق مدته ثلاثة ایام (التعلیل بان الجهل) بالمدة (یئول الی العلم الحاصل) ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۲

من الشرع.

و فیه ما تقدم فی مسألة تعذر التسلیم من ان بیع الغرر موضوع عرفی حکم فیه الشارع بالفساد.

و التحدید بالثلاثة تعبد شرعی لم یقصده المتعاقدان.

فان ثبت بالدلیل کان مخصصا لعموم نفی الغرر و کان التحدید تعبدیا نظیر التحدید الوارد فی بعض الوصایا المبهمة.

العلم (من الشرع) حیث عین الشرع ثلاثة ایام.

(و فیه) ای فی الاستدلال الّذی ذکره بعض المعاصرین و زاده فی مفتاح الکرامة (ما تقدم فی مسألة تعذر التسلیم من ان بیع الغرر

موضوع عرفی) کسائر المواضیع العرفیة المحکومة من قبل الشارع (حکم فیه الشارع بالفساد) لورود روایتین، احداهما نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن بیع الغرر، و الاخری نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن الغرر.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱۱، ص: ۳۲۲

(و) ان قلت: تحدیده بثلاثة ایام شرعا کاف فی رفع الغرر.

قلت: (التحدید بالثلاثة تعبد شرعی لم یقصده المتعاقدان) فلا یصح من جهة القصد، و لا یرفع غرره فی نفسه.

(فان ثبت) التحدید بالثلاثة (بالدلیل) الخاص (کان) ذلک الدلیل (مخصصا لعموم نفی الغرر) فیکون غررا قد اجازه الشارع (و کان التحدید) امرا (تعبدیا) لا امرا قصده المتعاقدان، فیکون (نظیر التحدید الوارد فی بعض الوصایا المبهمة) کما اذا اوصی ان یعطوا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۳

او یکون حکما شرعیا ثبت فی موضوع خاص، و هو اهمال مدة الخیار.

و الحاصل: ان الدعوی فی تخصیص ادلة نفی الغرر لا فی تخصصها و الانصاف ان ما ذکرنا من حکایة الاخبار و نقل الاجماع

مالا کثیرا حیث عین فی الروایة بثمانین تمسکا بقوله تعالی: لَقَدْ نَصَرَکُمُ اللّٰهُ فِی مَوٰاطِنَ کَثِیرَةٍ (او یکون) اصل الخیار و مدته کلاهما (حکما شرعیا ثبت فی موضوع خاص، و هو) ای الموضوع الخاص (اهمال مدة الخیار) و قوله «او» عطف علی «کان التحدید».

و الحاصل: اذا قال البائع «بعتک بشرط الخیار» اما شرط الخیار یتحقق بقصد البائع، و مدته تتحقق بحکم الشرع، و علیه یکون التحدید تعبدا، و اما شرط الخیار و مدته کلاهما یتحققان بحکم الشرع، اذ شرط البائع باطل حیث لم یذکر المدة، فاصل الشرط أیضا: کقدر المدة یحتاج الی حکم الشارع، و علیه یکون کل من اصل الشرط و مدته تعبدا شرعا.

(و الحاصل: ان) هذا الشرط غرری قطعا، فلا یصح کلام الجواهر و مفتاح الکرامة، حیث ارادا جعل الشرط غیر غرری.

فاللازم اثبات (الدعوی فی تخصیص ادلة نفی الغرر) و ذلک باثبات ورود النص بصحة مثل هذا الغرر (لا فی تخصصها) بان یقال: انه لیس بغرر اصلا، کما اراده المفتاح و الجواهر.

(و الانصاف) انه لم یقم دلیل من الاخبار علی صحة مثل هذا الخیار المجهول المدة، ل (ان ما ذکرنا من حکایة الاخبار و نقل الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۴

لا ینهض لتخصیص: قاعدة الغرر، لان الظاهر بقرینة عدم تعرض الشیخ لذکر شیء من هذه الاخبار فی کتابیه الموضوعین لایداع الاخبار، انه عول فی هذه الدعوی علی اجتهاده فی دلالة الاخبار الواردة فی شرط الحیوان.

و لا ریب ان الاجماعات المحکیة انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته او القاصر دلالته لا المرسل المجهول العین المحتمل لعدم الدلالة

لا ینهض لتخصیص: قاعدة الغرر).

اما عدم نهوض الاخبار التی ارسلها الشیخ، ف (لان الظاهر بقرینة عدم تعرض الشیخ لذکر شیء من هذه الاخبار) التی ارسلها فی کتابه: الخلاف، و (فی کتابیه) التهذیب و الاستبصار (الموضوعین لایداع الاخبار، انه) «انه» متعلق ب «الظاهر» (عول فی هذه الدعوی) ای دعوی وجود الاخبار (علی اجتهاده) الشخصی (فی دلالة الاخبار الواردة فی شرط الحیوان) ای خیاره.

(و) بهذا اسقط حجیة الاجماعات أیضا.

اذ: (لا ریب ان الاجماعات المحکیة انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته) بان یکون سند المرسل ضعیفا، و لکن دلالته واضحة، فالاجماع یجبر السند (او القاصر دلالته) فالاجماع یتم الدلالة، اذ لو فهم الفقهاء من خبر معنی یکون فهمه قرینة علی ان معنی هذا الخبر هو کما فهموه (لا) ان الاجماع یجبر (المرسل المجهول العین) الّذی لا نعرف عین المرسل بألفاظه (المحتمل لعدم الدلالة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۲۵

رأسا فالتعویل حینئذ علی نفس الجابر و لا حاجة الی ضمّ المنجبر، اذ نعلم اجمالا ان المجمعین اعتمدوا علی دلالات اجتهادیة استنبطوها من الاخبار.

و لا ریب ان المستند غالبا فی اجماعات القاضی و ابن زهرة اجماع السید فی الانتصار.

رأسا) کما فی المقام، حیث یحتمل ان الشیخ فهم من خیار الحیوان مسألتنا هنا.

و من المعلوم ان اخبار الحیوان لا دلالة لها علی مسألتنا اصلا و اذ: سقط المرسل (فالتعویل) و الاعتماد فی مسألتنا (حینئذ) ای حین ناقشنا فی المرسل سندا و دلالة (علی نفس الجابر) ای یکون مستند المسألة الاجماع فقط (و لا حاجة الی ضمّ المنجبر) ای المرسل- بعد سقوط المرسل علی ما عرفت-.

و انما لا حاجة (اذ نعلم اجمالا) ای علما عادیا فی الجملة- من القرینة التی ذکرناها- (ان المجمعین) فی مسألتنا (اعتمدوا علی دلالات اجتهادیة استنبطوها من الاخبار) و کانهم رأوا وحدة الملاک بین خیار الحیوان و بین الخیار فی ما اذا ذکرت المدة مطلقا، فتعدّوا من اخبار الحیوان الی هذه المسألة، و لا شک فی ضعف هذا المناط.

(و لا ریب ان المستند غالبا فی اجماعات القاضی و ابن زهرة اجماع السید فی الانتصار) فلا یمکن الاعتماد علیه، اذ هو اجماع منقول ضعیف غایة الضعف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۲۶

نعم قد روی فی کتب العامة ان حنان بن منقذ کان یخدع فی البیع لشجّة اصابته فی رأسه فقال له النبی صلی الله علیه و آله: اذا بعت فقل: لا خلابة، و جعل له الخیار ثلاثا.

و فی روایة و لک الخیار ثلاثا، و الخلابة: الخدیعة.

و فی دلالته فضلا عن سنده ما لا یخفی.

و جبرها بالاجماعات کما تری.

(نعم قد روی فی کتب العامة ان حنان بن منقذ کان یخدع) علی صیغة المفعول (فی البیع لشجّة اصابته فی رأسه) فضعف بذلک عقله (فقال له النبی صلی الله علیه و آله: اذا بعت) شیئا (فقل: لا خلابة و جعل) صلی الله علیه و آله (له الخیار ثلاثا).

(و فی روایة) اخری (و لک الخیار ثلاثا، و الخلابة: الخدیعة) فکانه بقوله هذا «لا خلابة» یجعل لنفسه الخیار ثلاثة ایام.

و لا یقال: ان له خیار الغش، او الغبن، او العیب فلا حاجة الی هذا الخیار الثلاثة.

لانه یقال: من الممکن ان یکون ما اشتراه صحیحا و بالقیمة العادلة لکنه لا یحتاج إلیه و انما سیق الی شرائه، او بیعه، لاجل الشجة، و لعدم انضباط حواسه، و ان لم یکن بمنزلة السفیه او المجنون، حتی تبطل معاملاته.

(و فی دلالته) لانه فی مورد خاص (فضلا عن سنده) العامی (ما لا یخفی)

(و) احتمال (جبرها) ای روایة حنان (بالاجماعات) المتقدمة (کما تری)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۷

اذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح.

فالقول بالبطلان لا يخلو من قوة.

ثم انه ربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد

غير صحيح.

(اذ التعويل عليها) اى على الاجماعات (مع ذهاب المتأخرين الى خلافها) لانهم افتوا بأن لا خيار، اما لبطلان العقد لان الشرط الفاسد مفسد، او لبطلان الشرط اذا لم نقل بافساد الشرط الفاسد للعقد (فى الخروج عن قاعدة الغرر) «فى» متعلق ب «التعويل» (مشكل) لان القاعدة قوية و المخرج ضعيف (بل غير صحيح) اطلاقا.

(فالقول بالبطلان) للشرط فقط او للعقد فيبطل الشرط (لا يخلو من قوة).

و ان كان ربما يقال: ان مراسيل الشيخ حجة.

اما من جهة الدلالة فلانه افتى ثم قال به روايات فمضمون فتواه روايات و احتمال انه استنبط ذلك من روايات خيار الحيوان خلاف الظاهر و لا تلازم بين وجود الروايات و بين ذكرها فى التهذيب و الاستبصار.

و اما من جهة السند فللانجبار و القول بالخيار لا يخلو من وجه.

(ثم انه ربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد) لعدم دليل على التلازم بين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۸

و فيه ان هذا على القول به فى ما اذا لم يوجب الشرط فسادا فى اصل البيع كما فى ما نحن فيه حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و الا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط، و سيجىء تمام الكلام فى مسئلة الشروط.

الفسادين بل العقد مشمول لدليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و غيره من ادلة لزوم العقود و صحتها (و فيه ان هذا) اى فساد الشرط دون العقد (على القول به) انما هو (فى ما اذا لم يوجب) فساد (الشرط فسادا فى اصل البيع كما فى ما نحن فيه).

فان فساد الشرط يسرى الى البيع (حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا) و اذا صار البيع غرريا بطل، سواء كان سبب الغرر الشرط او غيره (و الا) نقل بهذا القول، و هو ان فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط (فالمتجه فساد البيع) اذا فسد شرطه (و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط).

لكن لا يبعد عدم البطلان فى المقام على القول بعدم السراية (و سيجىء تمام الكلام فى مسئلة الشروط) ان شاء الله تعالى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۲۹

مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

لانه المتبادر من الاطلاق.

و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدئه اوّل جزء من ذلك الزمان.

فلو شرط خيار الغد، كان مبدئه من طلوع فجر الغد

(مسألة: مبدأ هذا الخيار) اى خيار الشرط (من حين العقد) فبانقضاء الايجاب، و القبول يبدأ زمان خيار الشرط (لانه) اى كونه من حين

العقد (المتبادر من الاطلاق) ای اطلاق قول البائع و المشتری، باشتراط الخیار اسبوعا مثلا.

و لا یخفی ان اطلاق قولهما انما یؤخذ به اذا لم یقصد الا ما یستفاد من اللفظ، و الّا فالمتبع قصدهما.

(و لو کان) ای جعلا (زمان الخیار منفصلا) عن العقد (کان مبدئه اوّل جزء من ذلک الزمان) حسب الانصراف العرفی.

(فلو شرط خیار الغد، کان مبدئه من طلوع فجر الغد) لان طلوع الفجر اوّل الغد.

اما اذا کان اللفظ مجملا، فاللازم الرجوع الی قصدهما، کما اذا جعلا الخیار من اوّل نهار الغد، اذ: النهار مجمل، بین طلوع الفجر و طلوع الشمس.

و لو لم یقصدا الّا ظاهر اللفظ و فرض اجمال اللفظ، فمن المحتمل ان یکون زمان الخیار اقل الامرین، فیکون فی المثال من طلوع الشمس

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۰

فیجوز جعل مبدئه من انقضاء خیار الحیوان بناء علی ان مبدئه من حین العقد.

و لو جعل مبدئه من حین التفرق، بطل لادائه الی جهالة مدة الخیار.

و عن الشیخ و الحلی: ان مبدئه من حین التفرق.

و قد تقدم عن الشیخ وجهه مع عدم تمامیته.

(فیجوز جعل مبدئه) ای مبدأ خیار الشرط، و الفاء تفریع علی انه یجوز جعل مبدأ خیار الشرط منفصلا (من انقضاء خیار الحیوان).

لکن هذا (بناء علی ان مبدئه) ای مبدأ خیار الحیوان (من حین العقد) فمن حین العقد الی ثلاثة ایام خیار الحیوان، و بعده خیار الشرط.

(و لو جعل مبدئه) ای مبدأ خیار الحیوان (من حین التفرق بطل) خیار الشرط (لادائه الی جهالة مدة الخیار) اذا کان حین التفرق مجهولا، جهالة توجب الغرر.

و وجه البطلان: انه لا یعلم من این یبدأ خیار الحیوان، فلا یعلم ابتداء خیار الشرط.

(و عن الشیخ و الحلی: ان مبدئه) ای مبدأ خیار الشرط (من حین التفرق) لئلا یجتمع خیار الشرط مع خیار المجلس.

(و قد تقدم عن الشیخ وجهه مع عدم تمامیته) فیمکن الجمع بینهما و المجلس، فینقضی بانقضاء المجلس.

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۱

نعم یمکن ان یقال هنا: ان المتبادر من جعل الخیار جعله فی زمان لو لا الخیار لزم العقد، کما اشار إلیه فی السرائر.

لکن لو تم هذا لاقتضی کونه فی الحیوان من حین انقضاء الثلاثة.

مع ان هذا انما یتم مع العلم بثبوت خیار المجلس.

و الا فمع الجهل به لا یقصد

اما خیار الشرط فانقضاؤه حسب ما قررا.

(نعم یمکن ان یقال هنا) ای فی باب خیار الشرط ان خیار الشرط بعد خیار المجلس، لا لاجل ما ذکره الشیخ، بل ل (ان المتبادر من جعل) المتعاقدین (الخیار جعله فی زمان لو لا الخیار لزم العقد، کما اشار إلیه فی السرائر).

و ذلک لان علة جعلهما الخیار امکان الفسخ فلا حکمة لهما فی جعله فی حال خیار المجلس.

و علیه یکون خیار الشرط بعد انقضاء خیار المجلس.

(لکن لو تم هذا) الوجه (لاقتضـی کونه) ای کون خیار الشرط (فی) بیع (الحیوان من حین انقضاء الثلاثة) لان العلة المذکورة موجودة فی خیار الحیوان أیضا حیث انهما لم یذکراه فی خیار الحیوان.

(مع ان هذا) و هو کون خیار الشرط بعد خیار المجلس (انما یتم مع العلم) من المتعاقدین (بثبوت خیار المجلس) لان علة ما ذکر، انما هی فی مورد العلم.

(و الا فمع الجهل به) ای اذا جهلا ان لهما خیار المجلس (لا یقصد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۲

الا الجعل من حین العقد بل الحکم بثبوته من حین التفرق حکم علی المتعاقدین بخلاف قصدهما.

المتعاقـدان (الا الجعل) لخیار الشـرط (من حین العقـد) و قصدهما فی الجعل هو المتبع (بل الحکم بثبوته) ای ثبوت خیار الشـرط (من حین التفرق) مطلقـا سـواء علمـا بخیـار المجلس، أم لم یعلمـا به (حکم علی المتعاقـدین بخلاـف قصـدهما) مـع العلم: ان العقـود تتبع القصود.

فتحصل انه ان علما بخیار المجلس، و قصـد وضع خیار الشـرط فی زمان لا خیار لهما شـرعا، کان مبـدأ خیار الشـرط من حین انقضاء المجلس و الا کان مبدئه من حین العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۳

مسئلة یصحّ جعل الخیار لأجنبی

قـال فی التـذکرة: لو باع العبـد و شـرط الخیار للعبـد، صـح البیع و الشـرط عنـدنا معا و حکی عنه الاجماع فی الاجنبی، قال: لان العبد بمنزلة الاجنبی.

و لو جعل الخیار لمتعدد کان کل منهم ذا خیار.

فان

(مسألة: یصحّ جعل الخیار) ای خیار الشرط (لاجنبی) عن العقد

(قال فی التـذکرة: لو باع العبـد و شـرط الخیار للعبـد، صـح البیع) لاطلاق: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ، (و) صح (الشـرط) لاطلاق المؤمنون عند شروطهم (عندنا معا، و حکی عنه) ای عن العلامة (الاجماع فی) صحة جعل الخیار ل (الاجنبی).

ثم (قال): انما نقول بصـحة جعل الخیار للعبـد الّذی باعه (لان العبـد بمنزلـة الاجنبی) الحرّ، لانه فرد من افراد الاجنبی، فکلما ثبت فی مطلق الاجنبی، یثبت فی العبد.

(و لو جعـل الخیـار) ای خیار الشـرط (لمتعـدد کان کل منهم ذا خیار) لان اطلاق دلیل: المؤمنون عنـد شـروطهم، یشـمل کل أولئک المتعدد.

(فان) اتفق المتعدد فی الفسخ او الاجازة، فلا اشکال فی الاخذ برأیهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۴

اختلفوا فی الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ، لان مرجع الاجازة الی اسـقاط خیار المجیز خاصة بخلاف ما لو وکل جماعة فی الخیار، فان النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوکالة بعد ذلک.

و عن الوسیلة: انه اذا کان الخیار لهما و اجتمعا علی فسخ او امضاء نفذ

و ان لم يجتمعا

و ان (اختلفوا فى الفسخ و الاجازة) ففسخ احدهم و اجاز الآخر (قدم الفاسخ، لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة).

كما انه اذا جعل خيار الشرط للمتعاقدين فاجاز احدهما، و فسخ الآخر، قدم الفاسخ على المجيز لنفس العلة المذكورة.

(بخلاف ما لو وكل) من له الخيار (جماعة فى الخيار، فان النافذ) من الفسخ و الاجازة (هو تصرف السابق) منهما (لفوات محل الوكالة بعد ذلک) اذ خيار واحد لكل منهم على سبيل البدل.

فاذا نفذه احدهم فسخا، او اجازة، لم يبق محلّ للشخص الآخر بل سقط الخيار بفعل الشخصى الاول، اما من جهة بطلان العقد، اذا كان الاول فاسخا، و اما من جهة لزوم العقد اذا كان الاول مجيزا.

(و عن الوسيلة: انه اذا كان الخيار لهما) اى جعلا لنفسهما خيارا واحدا فقط، لا ان يكون لكل واحد منهما خيار، فلا يكون لهما خياران (و اجتمعا على فسخ او امضاء نفذ) لان فسخهما معا اخذ بالخيار، و اجازتهما معا اخذ بالخيار أيضا.

(و ان لم يجتمعا) كلاهما على الفسخ او الامضاء، بل فسخ احدهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٣٥

بطل.

و ان كان لغيرهما، و رضى، نفذ البيع و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء، انتهى.

و فى الدروس يجوز اشتراطه لا جنبى منفردا و لا اعتراض عليه و معهما او مع احدهما

و اجاز الآخر، او فسخ احدهما او اجاز، و سكت الآخر (بطل) ما فعله كلاهما، او احدهما، اى لم يقع فسخ و لا اجازة، لان العمل كان لكليهما معا، فلا يقع العمل من احدهما.

(و ان كان) خيار الشرط (لغيرهما) اى الاجنبى عن المعاملة (و رضى) بالبيع (نفذ البيع) لان معنى: رضاه، اسقاط الخيار.

(و ان لم يرض) بالبيع، لكنه لم يفسخ (كان المبتاع) للحيوان- اى المشترى- (بالخيار بين الفسخ و الامضاء، انتهى) لان خيار الشرط متعلق بالاجنبى اما خيار الحيوان فهو متعلق بالمشترى.

و هذا غاية ما يقال فى هذه العبارة، و هى غير مستقيمة كما لا يخفى.

(و) قال (فى الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى) عن البائعين (منفردا) اى ان يكون خيار الشرط للاجنبى فقط (و لا اعتراض عليه) فى الفسخ او الاجازة، لان الخيار له، فله ان يفعل ما يشاء.

(و) يجوز جعل الخيار للاجنبى (معهما) فالخيار لثلاثة (او مع احدهما) الاجنبى واحد المتبايعين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٣٦

و لو خولف امكن اعتبار فعله، و الا لم يكن لذكره فائدة، انتهى.

اقول: و لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الاجنبى فائدة.

(و) حينئذ بان كان الخيار لهما معه، او لاحدهما معه ف (لو خولف) الاجنبى بان اراد الاجنبى الفسخ و اراد احدهما الاجازة او العكس (امكن اعتبار فعله) اى فعل الاجنبى، فيلغو فعل احد المتبايعين فسخا او اجازة (و الا) يعتبر فعل الاجنبى (لم يكن لذكره) و جعل الخيار له (فائدة)

مع وضوح ان جعل الخيار للاجنبى لا بد له من اثر (انتهى) كلام الدروس.

(اقول) یرید الدروس بقوله: (و) لو خولف ... الخ انه (لو لم یمض فسخ الاجنبی مع اجازته) ای اجازة المالک (و المفروض عدم مضی اجازته) ای اجازة الاجنبی (مع فسخه) ای مع فسخ المالک، لان المالک اذا فسخ انفسخ العقد سواء اجاز الاجنبی، أم لا.

اذ: الفسخ مقدم علی الاجازة، فیما اذا کان لکل منهما خیار مستقل حسب الشرط (لم یکن لذکر) الشرط ل (الاجنبی فائدة) فلا فسخه، و لا اجازته تنفعان.

و حیث ان للشرط للاجنبی فائدة قطعا، و لم تکن الفائدة فی اجازة الاجنبی مع فسخ المالک لا بد و ان تکون الفائدة فی فسخ الاجنبی مع اجازة المالک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۷

ثم انه ذکر غیر واحد ان الاجنبی یراعی المصلحة للجاعل.

و لعله لتبادره من الاطلاق.

و الا فمقتضی التحکیم نفوذ حکمه علی الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

(ثم انه ذکر غیر واحد ان الاجنبی یراعی المصلحة للجاعل) ای لمن جعل الخیار له.

فان کانت مصلحة الجاعل الفسخ، فسخ الاجنبی العقد.

و ان کانت مصلحة الجاعل الاجازة اجاز.

و معنی مراعات المصلحة انه لو عمل الاجنبی علی خلاف مصلحة الجاعل لم ینفذ عمله.

مثلا: کانت مصلحة الجاعل الاجازة ففسخ، فانه لا ینفذ فسخه لانه لیس مفوضا إلیه الا المصلحة.

نعم اذا کانت المصلحة فی الفسخ، فلم یفسخ لم یترتب علیه الفسخ کما هو واضح.

(و) کیف کان فلزوم مراعاته للمصلحة (لعله لتبادره) ای تبادر العمل بالصلاح (من الاطلاق) ای من اطلاق جعل الشرط له فی قبال ان یقول له: لک الخیار مطلقا «مصلحة کان الاخذ بالخیار أم لا».

(و الا) یکن التبادر عرفا (فمقتضی التحکیم) ای جعل الشرط للاجنبی فانه یقتضی جعل الحکم بالفسخ و الامضاء فی یده (نفوذ حکمه) ای حکم الاجنبی (علی الجاعل من دون ملاحظة مصلحة) الجاعل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۸

فتعلیل وجوب مراعات الاصلح بکونه امینا لا یخلو عن نظر.

ثم انه ربما یتخیل ان اشتراط الخیار للاجنبی مخالف للمشروع نظرا الی ان الثابت فی الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخیار بالاصل کخیاری المجلس و الشرط او بالعارض کخیار الفسخ برد الثمن

و منه یعلم ان وجه مراعاته للمصلحة «لتبادر» (فتعلیل وجوب مراعات) الاجنبی (الاصلح بکونه امینا) «بکونه» متعلق «بالاصلح» (لا یخلو عن نظر).

اذ ای ربط بین کونه امینا و بین عدم نفوذ عمله اذا لم یفعل الاصلح

(ثم انه ربما یتخیل ان اشتراط الخیار للاجنبی مخالف للمشروع) فلا یصح هذا الجعل، لان الشرط اذا کان مخالفا للشرع، کان باطلا، کما تقدم (نظرا الی ان الثابت فی الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ) ای بالتقایل بان یرضی کل واحد من المتعاقدین باسترداد ما اعطی و اعطاء ما أخذ (او بدخول الخیار بالاصل کخیاری المجلس و الشرط) فان خیار المجلس داخل فی العقد شرعا، و خیار الشرط داخل فی العقد جعلا منهما.

و علی کلا_ التقدیرین فالخیار داخل «بالاصل» فقوله: بالاصل، متعلق «بالفسخ» و عطف علی «بالتفاسخ» (او بالعارض) ای ان الخیار لیس داخلا_ فی العقد ابتداء، بل یکون له الخیار اذا عمل عملا (کخیار الفسخ بردّ الثمن) کان یشترط انه اذا ردّ الثمن کان له خیار الفسخ، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۳۹

لنفس المتعاقدین.

و هو ضعیف، لمنع اعتبار کون الفسخ من احد المتعاقدین شرعا و لا عقلا بل المعتبر فیه تعلق حق الفاسخ بالعقد، او بالعین و ان کان اجنبیا.

فحینئذ، یجوز للمتبایعین اشتراط حق للاجنبی فی العقد.

هذا ما یسمی ببیع الشرط (لنفس المتعاقدین) «لنفس» متعلق ب «صحة» ای ان الشارع جعل الفسخ لنفس المتعاقدین، فلا_ خیار للاجنبی لا اصلا و لا شرطا.

(و هو) ای التحمیل (ضعیف، لمنع اعتبار کون الفسخ) لا بد و ان یکون (من احد المتعاقدین) اذ لا دلیل علی ذلک، لا (شرعا و لا عقلا).

اذ لا دلیل من الشرع او العقل علی ذلک بل اطلاق ادلة الشرط یدل علی امکان جعل الشرط للاجنبی، کما ان العقل لا یری مانعا عن ذلک، و العقلاء یفعلونه فی عقودهم (بل المعتبر فیه) ای فی الفسخ (تعلق حق الفاسخ بالعقد) بان یملک ابطاله و ان لم یکن له حق فی العین و ان انفسخ العقد (او بالعین) بان کان له حق فی العین، بحیث اذا بطل العقد کان له العین (و ان کان اجنبیا) کما لو جعل خیار الشرط للمالک.

(فحینئذ) ای حین کان من الممکن له حق فی الفسخ، و ان لم یکن له حق فی العین (یجوز للمتبایعین اشتراط حق) الفسخ و الامضاء (للاجنبی فی العقد) و ان لم یکن له حق فی العین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۰

و سیجیء نظیره فی إرث الزوجة للخیار مع عدم ارثها من العین.

(و سیجیء نظیره) ای ما کان له حق فی العقد، دون ان یکون له حق فی العین (فی إرث الزوجة للخیار مع عدم ارثها من العین).

فاذا باع الزوج ارضا بخیار فمات و کانت له زوجة ورثت الزوجة الخیار مع انها لو فسخت المعاملة لم ترث الارض، لان الزوجة لا ترث من الارض و سیأتی تفصیل الکلام فیه.

و کذا لو باع الأب الحبوة بخیار، فان الاولاد لهم الحق فی الفسخ مع ان الوارث لها الولد الاکبر الی غیرهما من الامثلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۱

مسئلة یجوز لهما اشتراط الاستیمار

بان یستأمر المشروط علیه الاجنبی فی امر العقد، فیأتمر بامره، او بان یأتمره اذا امره ابتداء.

و علی الاول فان فسخ المشروط علیه من دون استیمار لم ینفذ.

(مسألة: یجوز لهما) ای البائع و المشتری (اشتراط الاستیمار) سواء جعل الشرط لهما او لاحدهما (بان یستأمر المشروط علیه الاجنبی)

فشرط البائع على المشترى ان يستأمر فلانا الاجنبى (فى امر العقد) فلاحق للمشترى ان يفسخ بدون طلب امر المشترى، بل اللازم على المشترى ان يطلب من الاجنبى هل يفسخ، أم لا؟

(فيأتمر) المشترى (بامره) اى بامر الاجنبى فيما قال له من الفسخ او الامضاء (او) عطف على «بان يستأمر» (بان يأتمره) اى ان المشترى يقبل امر الاجنبى (اذا امره) اى امر الاجنبى المشترى (ابتداء) بدون ان يطلب المشترى امر الاجنبى.

مثال الاول: يقول زيد البائع لمحمد المشترى لك الخيار على شرط ان تستشير عليا، فاذا قال لك: افسخ، فلك الفسخ.

و مثال الثانى: ان يقول زيد لمحمد لك الخيار، على شرط ان يقول لك عليّ «ابتداء بدون ان تستشيره» افسخ.

(و على الاول) اشتراط الاستيمار (فان فسخ المشروط عليه) الاستيمار (من دون استيمار) اى دون استشارة من الاجنبى (لم ينفذ) لفرض انه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۲

و لو استأمره فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا، اذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار، بل الالتزام بامره مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ.

و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الامر ملك الفسخ حينئذ

اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه.

امّا مع عدم رضاء الآخر بالفسخ، فواضح اذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ

كان له الخيار بعد الاستيمار (و لو استأمره) بان طلب استشارة الاجنبى (فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا، اذ) العرف يرى من هذا الشرط ان (الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار) و مجرد الاستشارة (بل الالتزام بامره) اى بامر الاجنبى (مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك) الاستيمار و الاستشارة (لم يوجب ذلك) الاستيمار بدون ترتيب الأثر على امره و لم يوجب ذلك الاستيمار «و امره بالاجازة» (أيضا ملك الفسخ) اذ لم يكن اثر لامره- حسب الفرض- فباى وجه يفسخ بعد الاستيمار؟

(و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ) عطف على «فان امره بالاجازة» (بل غاية الامر) عند امره بالفسخ (ملك الفسخ حينئذ) فان شاء فسخ، و ان شاء لم يفسخ، و لا يجب عليه الفسخ.

(اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه) سواء رضى الآخر بالفسخ أم لا؟

(اما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح) انه لا يجب عليه الفسخ (اذ المفروض ان الثالث) الاجنبى (لا سلطنة له على الفسخ) لانه لم يجعل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۳

و المتعاقدان لا يريد انه.

و اما مع طلب الآخر للفسخ، فلان وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر- راجع الى حق لصاحبه عليه.

فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستيمار الى

له سلطة الفسخ، لا شرعا و لا بجعل المتعاقدين (و المتعاقدان) اللذان لهما الفسخ (لا يريد انه) و لا دليل على انه يلزم على احدهما الفسخ، لزوما شرعيا او لزوما جعليا.

(و اما مع طلب الآخر) طرف البيع (للفسخ، ف) شرط البائع على المشترى- مثلا- استيمار الاجنبى لا يجعل للبائع حق الفسخ لنفس البائع، لان المفروض ان الفسخ حق للمشترى فقط، لا انه حق لهما، و انما يجعل حقا للمشترى «فى ان يفسخ أو لا يفسخ» و المفروض

ان المشتری لا یفسخ (لان وجوب الفسخ حینئذ) ای حین امره الاجنبی بالفسخ (علی المستأمر- بالکسر-) کالمشتری فی مثالنا (راجع الی حق لصاحبه) کالبائع فی مثالنا (علیه) ای علی المشتری- فی مثالنا-.

(فان اقتضی اشتراط الاستیمار) من البائع (ذلک الحق) فی وجوب الفسخ (علی صاحبه) المشتری (عرفا) بان قال العرف: انه اذا اشترط البائع علی المشتری الاستیمار، کان معناه ان للبائع ان یفسخ اذا امر الاجنبی و المشتری بالفسخ (فمعناه سلطنة صاحبه) ای البائع- فی مثالنا- (علی الفسخ، فیرجع اشتراط) البائع علی المشتری (الاستیمار الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۴

شرط لکل منهما علی صاحبه.

و الحاصل: ان اشتراط الاستیمار من واحد منهما علی صاحبه انما یقتضی ملکه للفسخ، اذا اذن له الثالث المستأمر.

و اشتراطه لکل منهما علی صاحبه یقتضی ملک کل واحد منهما للفسخ عند الاذن.

و مما ذکرنا یتضح حکم الشق الثانی و هو الایتمار بامره الابتدائی

فانه ان کان شرطا لاحدهما ملک

شرط لکل منهما علی صاحبه) ان یکون له الفسخ اذا امر الاجنبی بالفسخ

و هذا خلاف الفرض لان المفروض ان للبائع علی المشتری ان یفسخ «فالفسخ بید المشتری وحده» لا ان کلا منهما له حق الفسخ.

(و الحاصل: ان اشتراط الاستیمار من واحد منهما علی صاحبه انما یقتضی ملکه) ای ملك الصاحب (للفسخ، اذا اذن له) ای للصاحب (الثالث) الاجنبی (المستأمر)- بالفتح-.

(و اشتراطه) ای اشتراط الاستیمار (لکل منهما علی صاحبه یقتضی ملک کل واحد منهما للفسخ عند الاذن) من الاجنبی.

(و مما ذکرنا) قبل «و الحاصل» و الّذی لخصناه فی «و الحاصل» (یتضح حکم الشق الثانی و هو الایتمار) لاحد المتعاقدین (بامره) ای بامر الاجنبی (الابتدائی) بدون استیماره، اذ قلنا فی اوّل المسألة «بان یستأمر أو بأن یأتمره ..».

(فانه ان کان شرطا لاحدهما) البائع او المشتری (ملک) ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۵

الفسخ لو امره به.

و ان کان لکل منهما ملکا کذلک.

ثم من اعتبار مراعات المستأمر للمصلحة و عدمه، وجهان، اوجههما العدم ان لم یستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقرینة حالیة او مقالیة.

«الاحد» (الفسخ لو امره) الاجنبی (به) ای بالفسخ.

(و ان کان) شرطا (لکل منهما) علی صاحبه (ملکا) کلاهما (کذلک) ای الفسخ لو امره الاجنبی بالفسخ.

(ثم من اعتبار مراعات المستأمر)- بالفسخ- ای الاجنبی (للمصلحة) فی امره بالفسخ او بعدم الفسخ (و عدمه) ای عدم اعتبار المراعات (وجهان، اوجههما العدم) لاطلاق شرط الاستیمار (ان لم یستفد) بصیغة المجهول (الاعتبار) ای اعتبار مراعات المصلحة فی امر المشتری (من اطلاق العقد) بان کان الاطلاق منصرفا الی مراعات المصلحة فی امر الاجنبی (بقرینة حالیة او مقالیة).

اما اذا کان اطلاق العقد منصرفا، فاللازم ان یکون امر الاجنبی بالفسخ او الامضاء ناشیا عن المصلحة، و الله سبحانه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۶

مسئلة من افراد خیار الشرط ما یضاف البیع إلیه،

اشارة

و یقال له: بیع الخیار و هو جائز عندنا- کما فی التذکرة-، و عن غیرها الاجماع علیه، و هو ان یبیع شیئا و یشترط الخیار لنفسه مدة بان یردّ الثمن فیها و یرتجع المبیع.

و الاصل فیه بعد العمومات المتقدمة فی الشرط النصوص المستفیضة.

منها: موثقة اسحاق بن عمّار، قال: سمعت من یسأل أبا عبد الله علیه السلام یقول و سأله رجل و انا عنده، فقال رجل مسلم احتاج الی بیع

(مسألة: من افراد خیار الشرط ما یضاف البیع إلیه، و یقال له:

بیع الخیار) و الاضافة لاجل ان فی البیع یجعل الخیار (و هو جائز عندنا- کما فی التذکرة-، و عن غیرها الاجماع علیه، و هو) عبارة عن (ان یبیع شیئا و یشترط الخیار لنفسه مدة) محدودة، کسنة مثلا (بان یردّ الثمن فیها) ای فی تلک المدة (و یرتجع) ای یأخذ (المبیع).

(و الاصل) ای الدلیل (فیه) ای فی جواز هذا القسم من الشرط (بعد العمومات المتقدمة فی الشرط) بصورة مطلقة شاملة لهذا الشرط أیضا (النصوص المستفیضة).

(منها: موثقة اسحاق بن عمار، قال: سمعت من یسأل أبا عبد الله علیه السلام یقول و سأله رجل و انا عنده، فقال) ذلک الرجل (رجل مسلم احتاج الی بیع

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۷

داره، فمشی الی اخیه، فقال له ابیعک داری هذه و تکون لک احب الی من ان تکون لغیرک علی ان تشترط لی انی اذا جئتک بثمنها الی سنة تردها علی، قال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها ردها علیه قلت أ رأیت لو کان للدار غلة، لمن تکون الغلة؟ فقال للمشتری، الا تری انها لو احترقت کانت من ماله.

و روایة معاویة بن میسرة، قال سمعت أبا الجارود، و یسأل أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و کان بینه و بین الّذی اشتری منه الدار خلطة فشرط

داره، فمشی الی اخیه) المسلم (فقال له ابیعک داری هذه و تکون) الدار (لک احب الی من ان تکون لغیرک) لکن البیع (علی ان تشترط لی انی اذا جئتک بثمنها الی سنة تردها علی) هل یصح هذا البیع و هذا الشرط؟ (قال) علیه السلام (لا بأس بهذا) البیع (ان جاء بثمنها) الی المدة المذکورة و (ردها علیه قلت أ رأیت)- ای اخبرنی- (لو کان للدار غلة) و ربح (لمن تکون الغلة؟ فقال) علیه السلام: (للمشتری، الا تری انها لو احترقت کانت من ماله) فمن علیه الغرم فله الغنم.

و السر واضح، فان الدار صارت ملکا للمشتری، و انما للبائع الحق فی استرجاعها اذا رد الثمن.

(و روایة معاویة بن میسرة، قال سمعت أبا الجارود، و یسأل أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و کان بینه) ای بین البائع (و بین الّذی اشتری منه الدار خلطة) و صداقة (فشرط)

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۸

انک ان اتیتنی بمالی ما بین ثلاث سنین فالدار دارک فاتاه بماله، قال له: شرطه، قال له ابو الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فی هذا المال فی ثلاث سنین قال هو ماله، و قال علیه السلام أ رأیت لو ان الدار احترقت من مال من کانت تکون الدار؟ دار المشتری.

و عن سعید بن یسار فی الصحیح، قال: قلت: لابی عبد الله علیه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد او غیرهم، فنبیعهم و نربح علیهم

البـائع لنفع المشترى (انک ان اتیتنی بمالی ما بین) مـدهٔ (ثلاث سـنین) ای فی هـذه المـدهٔ (فالـدار دارک) ترجع ألیک (فاتاه) ای اتی المشتری (بمـاله) الی البـائع «الثمن» (قـال) علیه السـلام (له) ای للمشتری (شـرطه) فعلی البـائع ان یأخـذ الثمن و یرد الـدار (قـال له ابو الجارود فان هـذا الرجل) البائع (قـد اصاب فی هـذا المال فی ثلاث سـنین) و انتفع به فی تجارهٔ و غیرها (قال) علیه السـلام مکررا (هو ماله) ای ان الدار ترجع الی البائع (و قال علیه السـلام أ رأیت لو ان الدار احترقت) فی هذه المدهٔ (من مال من کانت تکون الدار؟) ثم اجاب علیه السـلام بقوله: (دار المشتری) و کان هـذا التأکیـد بان الـدار للمشتری حتی لا یظن انها عاریـهٔ فی یـد المشتری، او ما اشـبه العاریهٔ.

(و عن سـعید بن یسار فی الصـحیح، قال: قلت: لابی عبد الله علیه السـلام انا نخالط اناسا من اهل السواد) السواد العراق سـمیت بذلک لان اراضیها کانت خضراء بالزرع و الخضرهٔ الشدیدهٔ تمیل الی السواد- کما لا یخفی- (او غیرهم، فنبیعهم و نربح علیهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۴۹

فی العشـرهٔ اثنی عشـر و ثلاثـهٔ عشـر و نؤخر ذلـک فیما بیننا و بینهم السـنهٔ و نحوها، و یکتب لنا رجل منهم علی داره او ارضه بـذلک المال الّذی فیه الفضل الّذی اخذ منا شراء بانه باع و قبض الثمن منه، فنعده ان جاء هو بالمال الی وقت بیننا، و بینهم ان نرد علیه الشراء فان جاء الوقت و لم یأتنا بالدراهم فهو لنا، فما تری فی هذا الشراء؟ قال اری انه لک.

فی العشـرهٔ اثنی عشـر و ثلاثهٔ عشـر) فرأس المال عشرهٔ، و الربح اثنان، او ثلاثهٔ (و نؤخر ذلک) ای اعطائهم الثمن لنا (فیما بیننا و بینهم السنهٔ و نحوها) فیکون البیع دینا (و یکتب لنا رجل منهم علی داره او ارضه) ای انه یبیع داره او ارضه لنا بمبلغ الثمن، بشرط انه ان جاء بالمال کان له استرداد ارضه و داره ای بیع الشرط.

فالـدار و الارض تکون (ب) مقابل (ذلک المال) الّـذی نطلبه منه، و (الّـذی فیه الفضل) لانا اخذنا منه اثنین او ثلاثهٔ ربحا للمال (الّذی اخـذ منـا) المتـاع (شـراء) فی مقابـل ذلک المال (بانه) متعلق ب «یکتب» ای یکتب بانه (باع) داره و ارضه (و قبض الثمن منه) ای من المشتری لانه لما کان عنده «الاثنا عشر و الثلاثهٔ عشر» فکانه قبض الثمن (فنعده ان جاء هو بالمال) الّذی اعطی فی مقابله داره او ارضه (الی وقت) محـدد کسنهٔ مثلاـ (بیننـا، و بینهم ان نرد علیه) الـدار و الارض التی وقع علیها (الشـراء) بان اشتریناها منه (فان جاء الوقت) کرأس السـنهٔ مثلا (و لم یأتنا بالدراهم فهو) ای المبیع «الدار و الارض» (لنا، فما تری فی هذا الشـراء؟ قال) علیه السلام (اری انه) الدار و الارض «المبیع» (لک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۰

ان لم یفعله، و ان جاء بالمال الموقت فرد علیه.

و عن ابی الجارود عن ابی جعفر علیه السلام، قال: ان بعت رجلا علی شرط، فان اتاک بمالک، و الا فالبیع لک.

اذا عرفت هذا

فتوضیح المسألهٔ یتحقق بالکلام فی أمور

الأول: ان اعتبار رد الثمن فی هذا الخیار یتصور علی وجوه.

احدها: ان یؤخذ قیدا للخیار علی وجه التعلیق او

ان لم یفعله) بان لم یأت بالثمن فی الوقت المحـدّد (و ان جاء بالمال الموقت) إلیّ فی المـدهٔ الموقتـهٔ (فرد) ارضه و داره (علیه) لان له

خیار الفسخ.

(و عن ابی الجارود عن ابی جعفر علیه السلام، قال: ان بعت رجلا علی شرط) ان له فسخ البیع و ردّ المال، صحّ البیع و الشرط (فان اتاک بمالک) ای المبیع فهو، و یکون البیع مفسوخا (و الا) یأت بالمبیع لیسترد ثمنه (فالبیع لک) لازم.

(اذا عرفت هذا فتوضیح المسألة یتحقق بالکلام فی امور).

الامر (الاول ان اعتبار ردّ الثمن فی هذا الخیار) بیع الخیار (یتصور علی وجوه) خمسة.

و اضاف إلیها السید الطباطبائی فی حاشیته ثلاثة اخری فصارت الوجوه ثمانیة.

(احدها: ان یؤخذ) رد الثمن (قیدا للخیار علی وجه التعلیق او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۵۱

التوقیت، فلا خیار قبله، و یکون مدة الخیار منفصلة دائما عن العقد، و لو بقلیل و لا خیار قبل الردّ.

و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فی القبض من طرفه و ان ابی المشتری.

الثانی: ان یؤخذ قیدا للفسخ، بمعنی ان له الخیار فی کل جزء من المدة المضروبة

التوقیت، فلا خیار قبله).

فالاول: کان یقول «الخیار متوقف علی رد الثمن».

و الثانی: کان یقول «الخیار فی زمان ردّ الثمن».

و الفرق ان فی الاول لم یسم الزمان فالخیار معلق علی المظروف، و فی الثانی الخیار معلق علی الظرف «فان الزمان ظرف ورد الثمن مظروف» (و یکون) اوّل (مدة الخیار منفصلة دائما عن العقد، و لو بقلیل) لان «الرد» واقع بعد العقد و الخیار معلق علیه، او معلق علی زمانه (و لا خیار قبل الردّ) لان الخیار یأتی بعد الرد.

(و المراد برد الثمن) الموجب للخیار (فعل ماله دخل فی القبض من طرفه) ای طرف آخذ الثمن و هو البائع (و ان ابی المشتری) عن اخذه، فلیس المراد قبض المشتری، لانه ربما لا یقبض و القصد من الخیار تمکن البائع من استرجاع داره.

(الثانی: ان یؤخذ) ردّ الثمن (قیدا للفسخ، بمعنی ان له الخیار) من حین العقد (فی کل جزء من المدة المضروبة) مثلا اذا جعل مدة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۵۲

و التسلط علی الفسخ علی وجه مقارنته لرد الثمن، او تأخره عنه.

الثالث: ان یکون رد الثمن فسخا فعلیا بان یراد منه تملیک الثمن لیتملک منه المبیع.

و علیه حمل فی الریاض ظاهر الاخبار الدالة علی عود المبیع بمجرد ردّ الثمن.

الرابع: ان یؤخذ رد الثمن قیدا لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخیار له الی کونه مسلطا علی سبب الانفساخ لا علی مباشرة الفسخ

الخیار سنة کان له الخیار فی کل السنة (و) لکن (التسلط علی الفسخ) مشروط بالردّ (علی وجه مقارنته لرد الثمن، او تأخره عنه) ای تأخره عن ردّ الثمن.

ففی هذا الوجه «الفسخ متوقف علی رد الثمن».

و فی الوجه السابق «الخیار متوقف».

(الثالث: ان یکون رد الثمن فسخا فعلیا بان یراد منه) ای من رد الثمن (تملیک الثمن لیتملک منه المبیع) بینما فی الوجه السابق «التسلط علی الفسخ متوقف».

(و علیه) ای علی هذا الوجه الثالث (حمل فی الریاض ظاهر الاخبار الدالة علی عود المبیع بمجرد ردّ الثمن) فالرد فسخ.

(الرابع: ان یؤخذ رد الثمن قیدا لانفساخ العقد) فاذا ردّ الثمن انفسخ العقد تلقائیا بلا فسخ قولی و لا فسخ فعلی (فمرجع ثبوت الخیار له) ای للبائع (الی کونه مسلطا علی سبب الانفساخ لا علی مباشرة الفسخ)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۳

و هذا هو الظاهر من روایة معاویة بن میسرة.

و یحتمل الثالث کما هو ظاهر روایتی سعید بن یسار و موثقة اسحاق بن عمّار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنیة، حیث لم یذکر هذا القسم من البیع فی الخیار اصلا، و انما ذکره فی امثلة الشروط الجائزة فی متن العقد

و حیث ان الانفساخ انفعال، و الانفعال لا یعقل بدون الفعل، فاللازم ان یقال: ان الشارع هو الفاسخ.

(و هذا هو الظاهر من روایة معاویة بن میسرة) لقوله «فالدار دارک» فان ظاهره الانفساخ.

(و یحتمل الثالث) لقوله «ان اتیتنی بمالی ... فالدار دارک» فیکون الاتیان فسخا فعلیا (کما هو) ای المعنی الرابع «الانفساخ» (ظاهر روایتی سعید بن یسار و موثقة اسحاق بن عمار).

لقوله علیه السلام فی الاول «ان جاء بالمال الموقت فرد علیه» اذ ظاهره ان «الرد» لاجل الانفساخ بمجرد ان جاء بالمال.

و فی الثانی «ان جاء بثمنها ردها علیه» و تقریب الاستدلال ما ذکر (و عنوان المسألة) ای مسألة بیع الشرط (بهذا الوجه) الرابع (هو الظاهر من الغنیة، حیث لم یذکر هذا القسم من البیع) ای بیع الشرط (فی) باب (الخیار اصلا، و انما ذکره فی امثلة الشروط الجائزة فی متن العقد).

و هذا یدل علی ان الغنیة لا یری انه خیار و فسخ، بل انفساخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۴

قال: ان یبیع و یشترط علی المشتری ان ردّ الثمن فی وقت کذا کان المبیع له انتهی.

الخامس: ان یکون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة علی المشتری بان یلتزم المشتری علی نفسه ان یقیله اذا جاء بالثمن، و استقاله و هو ظاهر الوسیلة حیث قال: اذا باع شیئا علی ان یقیله فی وقت کذا بمثل الثمن الّذی باعه منه لزمته الاقالة، اذا جاءه بمثل الثمن فی المدة، انتهی فان ابی اجبره الحاکم، او اقال عنه، و الا

اذا رد الثمن، اذ لو کان یری انه خیار و فسخ، لذکره فی باب الخیار (قال) ابن زهرة (ان یبیع و یشترط علی المشتری ان ردّ الثمن فی وقت کذا کان المبیع له) و معنی کان المبیع له الانفساخ (انتهی) کلام الغنیة

(الخامس: ان یکون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة علی المشتری بان) یشترط البائع علی المشتری ان (یلتزم المشتری علی نفسه ان یقیله اذا جاء بالثمن، و استقاله) ای طلب منه الاقالة و فسخ المعاملة (و هو ظاهر الوسیلة حیث قال: اذا باع شیئا علی ان یقیله فی وقت کذا) فی زمان محدود (بمثل الثمن الّذی باعه منه لزمته) ای لزمت المشتری (الاقالة) و فسخ البیع (اذا جاءه) البائع (بمثل الثمن فی نفس (المدة) المحدودة (انتهی).

و علی هذا (فان ابی) المشتری من الاقالة (اجبره الحاکم) لانه حق للبائع، فللحاکم جبر الممتنع (او اقال) الحاکم (عنه) ای عن المشتری ان لم یکن اجباره (و الا) یتمکن البائع من اثبات مطلبه عند الحاکم او نحو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۵

استقل بالفسخ و هو محتمل روایتی سعید بن یسار و اسحاق بن عمار علی ان یکون رد المبیع الی البائع فیهما کنایة عن ملزومه و هی

الاقالة، لا ان یکون وجوب الردّ کفایة عن تملک البائع للمبیع، بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن علی ما فهمه الاصحاب، و مرجعه الی احد الاولین.

و الاظهر فی کثیر من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذکرة هو الثانی.

لکن الظاهر صحة الاشتراط بکل من الوجوه الخمسة

ذلک (استقل) البائع (بالفسخ) لانه حقه، فله استنقاذه (و هو) ای هذا المعنی الخامس (محتمل روایتی سعید بن یسار و اسحاق بن عمار).

و انما تحتمله الروایتان بناء (علی ان یکون رد المبیع الی البائع فیهما کفایة عن ملزومه) فقد ذکرنا اللازم «الرد» و اردنا الملزوم (و هی الاقالة، لا) عطف علی «ان یکون ردّ المبیع» (ان یکون وجوب الردّ کفایة عن تملک البائع للمبیع، بمجرد فسخه) ای فسخ البائع (بعد ردّ الثمن) الی المشتری (علی ما فهمه الاصحاب) حیث فهموا ان لا ـ حاجة الی الاقالة (و مرجعه) ای مرجع ما فهمه الاصحاب (الی احد) المعنیین (الاولین) من المعانی الخمسة.

(و الاظهر) مما یستفاد (فی کثیر من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذکرة) و غیرها (هو) المعنی (الثانی) فان عباراتهم ظاهرة فی اعتبار ردّ الثمن قیدا للفسخ.

(لکن الظاهر صحة الاشتراط بکل من الوجوه الخمسة) لان ادلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۵۶

عدا الرابع، فان فیه اشکالا من جهة ان انفساخ البیع بنفسه بدون إنشاء فعلی او قولی یشبه انعقاده بنفسه فی مخالفة المشروع من توقف المسببات علی اسبابها الشرعیة و سیجیء فی باب الشروط ما یتضح به صحة ذلک و سقمه.

الشرط شاملة لها (عدا) الوجه (الرابع، فان فیه) ای فی شمول الادلة له (اشکالا من جهة ان انفساخ البیع بنفسه بدون إنشاء فعلی او قولی یشبه انعقاده) ای انعقاد البیع (بنفسه).

فاذا قال: اذا اعطیتک دینارا کان البیع منعقدا، او کتابک لی «بدون ان یکون اعطاء الدینار معاطاة» بل انعقاد البیع بنفسه اثر اعطاء الدینار، فان (فی) ذلک (مخالفة المشروع من توقف المسببات علی اسبابها الشرعیة).

فکما فی الامور التکوینیة لا یکون المسبب الا بسببه الخاص «فلا یکون احتراق الا بسبب النار» کذلک فی الامور التشریعیة لا یکون مسبب الا بسببه المجعول شرعا.

مثلا: جعل الشارع سبب حلیة المرأة النکاح، فلا یصح ان یقال:

ان المجیء الی الدار سبب حلیة المرأة، و کذلک جعل سبب الملک البیع فلا یصح ان یجعل الطرفان سبب الملک ولادة زوجة احدهما.

و ادلة الشرط انما تسبب صحة شرط ما جعله الشارع و لا تکون ادلة الشرط مشرّعة (و سیجیء فی باب الشروط ما یتضح به صحة ذلک و سقمه) و هل یمکن ان یکون الشرط مشرعا؟ بان یجعل ما لیس بسبب سببا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۵۷

الامر الثانی: الثمن المشروط رده، اما ان یکون فی الذمة، و اما ان یکون معیّنا.

و علی کل تقدیر اما ان یکون قد قبضه، و اما لم یقبضه فان لم یقبضه، فله الخیار و ان لم یتحقق رد الثمن لانه شرط علی تقدیر قبضه

و ان لم یفسخ حتی انقضت المدة لزم البیع.

(الامر الثانی) من الامور المتعلقة ببیع الشرط (الثمن المشروط رده، اما ان یکون فی الذمة) ای ذمة المشتری بان باعه بیعا فی مقابل ثمن فی ذمته، لا انه کان البیع فی قبال الثمن الخارجی (و اما ان یکون معیّنا) فی الخارج.

(و علی کل تقدیر) ذمة او عینا (اما ان یکون قد قبضه) البائع (و اما لم یقبضه) فالصور أربعة.

الاولی و الثانیة (فان لم یقبضه) ذمة کان او عینا (فله) ای للبائع (الخیار و ان لم یتحقق رد الثمن) و انما کان له الخیار لان الشرط و هو کون الثمن عند المشتری محقق تلقائیا.

و من المعلوم ان «الرد» انما کان طریقا لاجل حصول الثمن فی کیس المشتری، و هو حاصل الآن.

فعدم تحقق عنوان «الرد» غیر ضارّ (لانه شرط علی تقدیر قبضه) و الحال انه لم یقبضه (و ان لم یفسخ) فی صورة عدم قبض الثمن (حتی انقضت المدة) مثلا: جعل مدة الخیار سنة، فانقضت بدون ان یقبض (لزم البیع) لانقضاء مدة الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۸

و یحتمل العدم بناء علی ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله.

و ان قبض الثمن المعیّن، فاما ان یشترط رد عینه او یشترط رد ما یعمّ بدله مع عدم التمکن من العین بسبب لا منه او مطلقا او و لو مع التمکن منه

(و یحتمل العدم) ای عدم لزوم البیع (بناء علی ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله) فان البیع انما یلزم اذا «لم یرد و قد قبض» فاذا لم یتحقق ذلک لم یلزم البیع.

و ذلک لان قوله «اذا لم ارد فی مدة الخیار فالبیع لازم» یوجب ان یکون موضوع «لزوم البیع» هو «لم یرد و قد قبض» فاذا انقضی الموضوع انقضی الحکم.

الثالثة (و ان قبض الثمن المعیّن) فهو علی قسمین (فاما ان یشترط رد عینه او یشترط رد ما یعمّ بدله).

و لهذا القسم الثانی ثلاث صور.

الاولی: (مع عدم التمکن من العین بسبب لا منه).

الثانیة: (او مطلقا) بسبب منه او لا منه.

الثالثة: (او و لو مع التمکن منه) ای من رد العین فقد یقول:

بشرط ان ارد ما یعم البدل اذا لم اتمکن من رد العین، و عدم تمکنی کان لا بسبب منی کما اذا سرقت العین، او یقول: بشرط ان اردّ ما یعم البدل اذا لم اتمکن من رد العین، و لو کان عدم التمکن بسببی کما لو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۵۹

علی اشکال فی الاخیر من حیث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العین مع الامکان.

و فی جواز اشتراط رد القیمة فی المثلی و بالعکس وجهان

اتلفته انا او یقول: بشرط ان ارد ما یعم البدل و لو مع التمکن من رد العین (علی اشکال فی الاخیر) و هی الصورة الثالثة.

وجه الاشکال (من حیث اقتضاء الفسخ شرعا، بل لغة رد العین مع الامکان) ای مع امکان رد العین، اذا الفسخ معناه ان یرجع کل مال الی صاحبه الاول فکیف یشترط عدم رجوع الثمن؟ و الحال انه موجود.

(و) هناك مسألة اخرى، و هى انه اذا كان الثمن مثليا فشرط رد القيمة او الاعم من المثل او القيمة، فهل يصح أم لا؟
و كذا اذا كان الثمن قيميا، فشرط رد المثل او الاعم من المثل او القيمة، فهل يصح أم لا؟ فان (فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس) رد المثل فى القيمى (وجهان) مثلا: يشترط رد الثمن الّذى هو دينار بكتاب يعادله، او يشترط رد الثمن الّذى هو كتاب بقلم يعادله مع ان اللازم هو رد الدينار «الثمن» دينارا، ورد الكتاب «الثمن» دينارا.
و سبب ال «وجهان» اما وجه الصحة فلانه شرط و الشرط جائز ما لم يحلل حراما او يحرم حلالا.
و اما وجه عدم الصحة فلان هذا الشرط على خلاف جعل الشارع،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۰

و اما ان يطلق.
فعلى الاول لا خيار الا برد العين، فلو تلف لا من البائع، فالظاهر عدم الخيار الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه باتلاف البائع، فيبقى الخيار فى اتلاف غيره على حاله.
و فيه نظر.

لان الشارع قال: القيمة تعادل القيمة، و المثل يعادل المثل، و اذ كان على خلاف جعل الشارع بطل الشرط (و اما ان يطلق) عطف على «فاما ان يشترط رد عينه».
(فعلى الاول) اى يشترط رد عينه (لا خيار الا برد العين) لانه الشرط (فلو تلف) فان كان التلف من البائع فلا اشكال فى سقوط الخيار، و لو تلف (لا من البائع، فالظاهر عدم الخيار) أيضا، لانه لم يفعل شرط الخيار «و هو رد العين» على كلتا الحالتين «حالة كون التلف من البائع و حالة كونه من غير البائع» (الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه) اى سقوط الخيار (باتلاف البائع).
فانه و ان قال «الشرط رد العين» لكن اراد ان «عدم رد العين اذا كان المتلف البائع يكون مسقطا للخيار» فاذا لم يكن البائع متلفا لم يكن عليه رد العين، بل له الخيار و ان رد البدل (فيبقى الخيار فى) صورة (اتلاف غيره) اى غير البائع (على حاله).
(و) لكن (فيه نظر) اذ: ان الشرط «هو رد العين» فاذا لم يحصل الشرط لم يكن وجه للخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۱

و على الثانى فله رد البدل فى موضع صحة الاشتراط.
و اما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين.
و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع: ان الاطلاق لا يحمل على العين.
و يحتمل حمله على الثمن الكلى و سيأتى.

(و على الثانى) اى يشترط رد ما يعم بدله «بصوره المتعددة المتقدمة حيث قال مع عدم التمكن من العين ... الخ» (فله رد البدل) حتى يكون له الخيار (فى موضع صحة الاشتراط) اى صحة اشتراط رد البدل و هذا اشارة الى قوله «على اشكال فى الاخير .. الخ».
(و اما الثالث) الّذى اشار إليه بقوله «و اما ان يطلق» (فمقتضى ظاهر الشرط فيه) اى فى الثالث حيث قال «ان رددت فلك الفسخ» (رد العين) لان المنصرف من «الرد» رد العين.
(و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع: ان الاطلاق) اى اطلاق «الرد» (لا يحمل على العين) بل اذا اطلق، فرد البدل قيمة فى القيمى، و مثل فى المثلى، كان له الخيار.
و لعل وجهه ان المقصود ردّ المال و ذلك يوجب عدم خصوصية ردّ العين.

(و یحتمل حمله) ای حمل کلام الدروس و الحاشیة (علی الثمن الکلی)

اذ لو کان الثمن کلیا ثم جعله عینا خارجیا لم تکن خصوصیة للعین بل المراد الاعم من البدل (و سیأتی) الکلام فیه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۶۲

و ان کان الثمن کلیا فان کان فی ذمة البائع، کما هو مضمون روایة سعید بن یسار المتقدمة، فرده باداء ما فی الذمة، سواء قلنا انه عین الثمن، او بدله، من حیث ان ما فی ذمة البائع سقط عنه بصیرورته ملکا له فکانه تلف، فالمراد برده المشترط ردّ بدله و ان لم یکن الثمن فی ذمة البائع و قبضه فان شرط رد ذلک الفرد المقبوض او ردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة

(و ان کان الثمن کلیا) فی قبال ما اذا کان الثمن عینا خارجیة (فان کان فی ذمة البائع، کما هو مضمون روایة سعید بن یسار المتقدمة) کان یبیع زید لعمرو حنطة بالف، ثم یبیع عمرو لزید داره بالف، حتی اذا اعطاه عمرو الألف استرجع داره (فرده) ای ردّ الثمن (باداء ما فی الذمة) فان ادی البائع لداره ما فی ذمته «کالالف فی المثال» کان ردا لثمن الحنطة (سواء قلنا انه) ای ما فی ذمة البائع (عین الثمن، او بدله) و انما کان بدله (من حیث ان ما فی ذمة البائع) لداره (سقط عنه) ای عن البائع (بصیرورته ملکا له) فان البائع «المدیون ثمن الحنطة» لما باع داره سقط ثمن الحنطة عن ذمته، اذ صار الثمن ملکا له فی قبال داره (فکانه تلف) اذ لیس الآن شیء فی ذمته (فالمراد برده) ای رد ثمن الحنطة (المشترط) فی ضمن بیع الدار الی بائع الحنطة (رد بدله) ای رد بدل ثمن الحنطة «مقدار الألف» (و ان لم یکن الثمن فی ذمة البائع) عطف علی «فان کان فی ذمة البائع» و ذلک کما اذا باع محمد لعلی داره فی قبال الف دینار کلی (و قبضه) خارجا (فان شرط ردّ ذلک الفرد المقبوض، او ردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة) فی قوله «او یشترط رد ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۶۳

فالحکم علی مقتضی الشرط، و ان اطلق فالمتبادر بحکم الغلبة فی هذا القسم من البیع المشتهر ببیع الخیار هو رد ما یعم البدل، اما مطلقا او مع فقد العین.

و یدل علیه صریحا بعض الاخبار المتقدمة، الا ان المتیقن منها

یعم بدله مع عدم التمکن من العین .. الخ» (فالحکم علی مقتضی الشرط).

مثلا: اذا شرط رد عینه لم ینفع فی ان یکون الخیار له رد غیر عینه (و ان اطلق) بان قال «بان ترده» و لم یقل «عینا» و لا قال «عینا او بدلا» (فالمتبادر بحکم الغلبة) لدی العرف (فی هذا القسم من البیع المشتهر ببیع الخیار) و بیع الشرط (هو رد ما یعم البدل) اذ المقصود رد النقود، و لا خصوصیة لعین النقد الّذی کان ثمنا (اما مطلقا) فی قبال (او مع فقد العین).

و وجه «مطلقا» ما عرفت من انه لا خصوصیة فی نظر العرف بالنسبة الی «العین» و ذلک مثل امانة «النقد» و اعطاء نقد الوقف، و اعطاء نقد ایجاد دار الایتام، الی غیرها.

حیث ان المنصرف اعطاء ذلک المقدار سواء کان عینا او بدل العین و ان کانت عین النقد موجودة.

(و یدل علیه) ای علی کفایة رد البدل (صریحا بعض الاخبار المتقدمة) ای روایة ابن میسرة و ما قبلها (الا ان المتیقن منها) ای من هذه الروایات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۶۴

صورة فقد العین.

الأمر الثالث: [لا یکفی مجرد الفسخ فی الرد]

قیل ظاهر الاصحاب- بناء علی ما تقدم: من ان رد الثمن فی هذا البیع عندهم مقدمة لفسخ البائع- انه لا یکفی مجرد الرد فی الفسخ، و صرّح به فی الدروس و غیره، و لعل منشأ الظهور ان هذا القسم فرد من خیار الشرط مع اعتبار شیء زائد فیه و هو رد الثمن.

(صورة فقد العین) و الا فان کانت العین موجودة یلزم رد نفس العین فتأمل.

(الامر الثالث) من الامور المربوطة بخیار الشرط (قیل ظاهر الاصحاب- بناء علی ما تقدم: من ان رد الثمن فی هذا البیع) بیع الشرط (عندهم مقدمة لفسخ البائع-) لا- ان نفس الرد فسخ فعلی (انه) متعلق ب «ظاهر الاصحاب» (لا یکفی مجرد الرد فی الفسخ، و) قد (صرّح به فی الدروس و غیره، و لعل منشأ الظهور) فی کلماتهم مع ان بعضهم فقط صرح بذلک (ان هذا القسم) من بیع الشرط (فرد من خیار الشرط) اذ کل شرط فی البیع یوجب الخیار اذا تخلف الشرط (مع اعتبار شیء زائد فیه) ای فی هذا القسم (و هو رد الثمن).

اذ للبائعین ان یجعلا لانفسهما الخیار مدة محددة، کان یقول:

بعتک علی ان یکون لی الخیار مدة شهر، و فی المقام نفس الخیار موجود مع زیادة قوله «ان رددت الثمن کان لک الخیار».

و کما ان فی سائر خیار الشرط «غیر المقید بقید» اذا اراد الفسخ احتاج الی الفسخ، کذلک هنا اذا رد الثمن احتاج الی الفسخ، فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۵

و علّلوا ذلک أیضا بان الرد من حیث هو لا یدل علی الفسخ اصلا.

و هو حسن مع عدم الدلالة.

اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان یفهم منه کونه تملیکا للثمن من المشتری لیتملک منه المبیع علی وجه المعاطات.

و اما بان یدل الرد بنفسه علی الرضا بکون المبیع ملکا له و الثمن ملکا للمشتری، فلا وجه لعدم الکفایة

فسخ بدون انشائه «و ان ردّ الثمن».

(و علّلوا ذلک) ای الاحتیاج الی الفسخ بعد رد الثمن (أیضا) بالإضافة الی ما ذکرناه من تعلیله بقولنا «و لعل ..» (بان الرد من حیث هو) ردّ (لا یدل علی الفسخ اصلا) اذ الرد شیء، و الفسخ شیء آخر.

(و هو) ای هذا التحلیل (حسن مع عدم الدلالة) عرفا.

(اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان یفهم منه) ای من الرد (کونه تملیکا للثمن من المشتری) للبائع (لیتملک منه المبیع علی وجه المعاطات).

و المعاطات لیست بحاجة الی ازید من الاخذ و الاعطاء، و هذه لیست معاملة مستقلة، بل هی تشبیه بالمعاطات «فهی فسخ معاطاتی» و لذا قال «علی وجه المعاطات» و لم یقل «معاطاة».

(و اما بان یدل الرد بنفسه علی الرضا بکون المبیع ملکا له) للبائع (و الثمن ملکا للمشتری) فلا حاجة الی الفسخ بعد الرد، بل الرد یعقبه الفسخ تلقائیا.

و علی هذا (فلا وجه لعدم الکفایة) «حیث عللوا ذلک بان الرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۶

مع اعترافهم بتحقق الفسخ فیما هو اخفی من ذلک دلالة.

و ما قیل من ان الرد یدل علی إرادة الفسخ، و الإرادة غیر المراد.

ففیه ان المدعی دلالته علی إرادة کون المبیع ملکا له و الثمن ملکا للمشتری.

و لا- یعتبر فی الفسخ الفعلی ازید من هذا، مع ان ظاهر الاخبار کفایة الرد فی وجوب رد المبیع، بل قد عرفت فی روایة معاویة بن

میسرة حصول تملک المبیع برد الثمن، ف

لا یدل علی الفسخ» کما تقدم (مع اعترافهم بتحقق الفسخ فیما هو اخفی من ذلک) الرد (دلالة) فالرد الّذی هو اظهر دلالة اولی بدلالته علی الفسخ بدون حاجة الی فسخ آخر.

(و ما قیل) فی تقریب عدم دلالة علی الفسخ (من ان الرد یدل علی إرادة الفسخ، و الإرادة غیر المراد) فانک اذا اردت ان تصلّی لم تکن ارادتک صلاة.

(ففیه ان المدعی) لنا (دلالته) ای الرد (علی إرادة کون المبیع ملکا له) ای للبائع بمعنی تکوین التملک بالارادة (و الثمن ملکا للمشتری)

(و) من المعلوم: انه (لا یعتبر فی الفسخ الفعلی ازید من هذا) الّذی ذکرناه.

هذا (مع ان ظاهر الاخبار) المتقدمة (کفایة الرد فی وجوب رد المبیع) بلا انتظار فسخ بعد الرد (بل قد عرفت فی روایة معاویة بن میسرة حصول تملک المبیع برد الثمن، ف) هی و ان کانت محتملة لکون الرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۷

یحمل علی تحقق الفسخ الفعلی به.

الأمر الرابع: یسقط هذا الخیار باسقاطه بعد العقد

علی الوجه الثانی من الوجهین الاولین.

بل و علی الوجه الاول بناء علی ان تحقق السبب و هو العقد کاف فی صحة اسقاط الحق.

دالا علی الرضا المتعقب للرد، لکن الخبر «علی ظاهره» (یحمل علی تحقق الفسخ الفعلی به) ای بالرد، بدون ان یقال: ان الرضا یعقبه الرضا، و الرضا یوجب الفسخ.

فقول المصنف «بل ..» یرید تقویة ما تقدم من قوله «بان یفهم منه ..»

فی قبال الاحتمال الآخر الّذی ذکره بقوله «و اما بان یدل ..».

(الامر الرابع) من الامور المربوطة بخیار الشرط (یسقط هذا الخیار باسقاطه بعد العقد) فیکون البیع لازما (علی الوجه الثانی من الوجهین الاولین) من الوجوه الخمسة التی ذکرناها فی الامر الاول.

اذ یتحقق الخیار بعد العقد فله اسقاطه.

(بل و علی الوجه الاول) من الوجوه الخمسة فانه قبل رد الثمن و ان لم یکن خیار- حسب القرار فی الشرط- الا ان له اسقاطه (بناء علی ان تحقق السبب و هو العقد) اذ العقد صار سببا لهذا الخیار، و ان کان زمان الخیار متأخرا عن العقد (کاف فی صحة اسقاط الحق) لانه صار للحق شأنیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۸

لکن مقتضی ما صرح به فی التذکرة من انه لا یجوز اسقاط خیار الشرط او الحیوان بعد العقد بناء علی حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أیضا الا ان یفرق هنا بان المشروط له مالک للخیار قبل الرد، و لو من حیث تملکه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فی التذکرة.

و یسقط أیضا بانقضاء المدة، و عدم رد الثمن او بدله مع الشرط او مطلقا

(لکن مقتضی ما صرح به فی التذکرة من انه لا یجوز اسقاط خیار الشرط او الحیوان بعد العقد).

قال: انه لا یجوز (بناء علی حدوثهما من زمان التفرق).

اذ قبل التفرق یکون خیار المجلس، و لا یجتمع خیاران فی زمان واحد- علی ما تقدم الکلام فی ذلک- (عدم الجواز أیضا) «خبر: مقتضی» (الا- ان یفرق هنا) فی بیع الشرط (بان المشروط له مالک للخیار قبل الرد، و لو) کان ملکه للخیار (من حیث تملکه) ای انه مالک (للرد الموجب له) ای للخیار، فان مالک السبب مالک للمسبب (فله اسقاطه) ای اسقاط الخیار (بخلاف ما فی التذکرة) فان فی ذلک المقام لا خیار قبل التفرق اصلا.

و علیه فلا یکون کلام التذکرة فی خیار الشرط و الحیوان منافیا لکلامنا هنا.

(و یسقط) خیار الشرط (أیضا بانقضاء المدة، و عدم رد الثمن او بدله مع الشرط) «مع» متعلق ب «بدله» ای انما یرد البدل اذا اشترط رد البدل (او) یرد البدل (مطلقا) و لو بدون الشرط اذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۶۹

علی التفصیل المتقدم.

و لو تبین المردود من غیر الجنس، فلا ردّ و لو ظهر معیبا کفی فی الرد، و له الاستبدال.

و یسقط أیضا بالتصرف فی الثمن المعین مع اشتراط رد العین، او حمل الاطلاق علیه.

انصراف الی الرد اصلا، او بدلا (علی التفصیل المتقدم) فی الامر الثانی

(و لو تبین) بعد الرد ان (المردود من غیر الجنس) کما لو کان الشرط رد الذهب، و بعد الردّ تبین انه مذهّب و لیس ذهبا (فلا ردّ) اذ الرد الخیالی لا یصحح الشرط، فأخذه بالخیار کان باطلا (و لو ظهر معیبا) فان کان الشرط رده صحیحا بطل الرد لانه لا یکون ردا، و ان کان الشرط الرد فی الجملة (کفی فی الرد، و) لکن (له) ای للمشتری (الاستبدال) و کذا اذا ردّ من جنس ادون.

(و یسقط) الخیار (أیضا بالتصرف فی الثمن المعین مع اشتراط رد العین) اذا کان التصرف مانعا عن رد العین، لانه لا یقدر حینئذ علی الوفاء بالشرط فلیس له الاخذ بالخیار، اما اذا لم یکن التصرف مانعا من رد العین، کما اذا باعه بیع خیار ثم استرجعه او باعه مطلقا ثم رجع إلیه إرثا او نحوه فله الاخذ بخیار الشرط، لانه قادر علی الوفاء بالشرط (او حمل الاطلاق) اطلاق «الرد» (علیه) ای علی ردّ العین عطف علی «مع اشتراط ..».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۷۰

و کذا الفرد المدفوع من الثمن الکلی اذا حمل الاطلاق علی اعتبار رد العین المدفوع کل ذلک لاطلاق ما دلّ علی ان تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه رضا بالعقد، و لا خیار و قد عمل الاصحاب بذلک فی غیر مورد النص، کخیاری المجلس و الشرط.

و المحکی عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایة ان الظاهر عدم سقوط هذا

(و کذا) یسقط الخیار بالتصرف فی الثمن اذا کان (الفرد المدفوع من الثمن الکلی) مشروطا رده بعینه.

کما اذا قال: اشتریت بالف بشرط انی اذا رددت نفس الفرد الّذی اعطیتنی استرجعت المثمن.

و کذا اذا اطلق «الرد» فی الکلی لکن (اذا حمل الاطلاق) اطلاق «الرد» (علی اعتبار رد العین المدفوع) و ان کان ذلک المدفوع فردا من الکلی الّذی کان قد وقعت علیه المعاملة (کل ذلک) الّذی ذکرناه انه مع التصرف مانع عن الاخذ بالخیار «فی الفروع المذکورة» (لاطلاق ما دلّ علی ان تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه رضا بالعقد، و لا خیار) له

و لکن هذا اذا لم یکن تعاهد علی عدم کون التصرف مسقطا للخیار و الا اخذ بمقتضی ذلک التعاهد (و قد عمل الاصحاب بذلک) بـان التصرف مسقط للخیار (فی غیر مورد النص) الّذی یقول بـان التصرف رضا (کخیاری المجلس و الشرط) فان فیهما و رد ان التصرف رضا.

(و) لکن (المحکی عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایة) السبزواری (ان الظاهر) من الادلة (عدم سقوط هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۷۱

الخیار بالتصرف فی الثمن، لان المدار فی هذا الخیار علیه لانه شرّع لانتفاع البائع بالثمن.

فلو سقط الخیار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فی مورده تصرف البائع فی الثمن، و بیع الدار لاجل ذلک.

و المحکی عن العلامة الطباطبائی فی مصابیحه الرد علی ذلک- بعد الطعن علیه بمخالفته لما علیه الاصحاب- بما محصله ان التصرف المسقط ما وقع فی زمان الخیار، و لا

الخیار) ای الخیار فی بیع الشرط (بالتصرف فی الثمن).

و انما لا یسقط (لان المدار فی هذا الخیار) ای الخیار فی بیع الشرط (علیه) ای علی التصرف (لانه شرع) و قنّن (لانتفاع البائع بالثمن) فالبائع غالبا انما یبیع داره لاجل احتیاجه الی المال.

(فلو سقط الخیار) بالتصرف فی الثمن (سقط الفائدة) و کانت المعاملة غیر عقلائیة (و للموثق) لاسحاق بن عمار (المتقدم) فی اوّل المسألة (المفروض فی مورده تصرف البائع فی الثمن) حیث قال فیه «احتاج الی بیع داره» (و بیع الدار لاجل ذلک) الاحتیاج.

(و المحکی عن العلامة الطباطبائی فی مصابیحه الرد علی ذلک) الّذی ذکره الاردبیلی و السبزواری (- بعد الطعن علیه بمخالفته لما علیه الاصحاب- بما محصله) انه لا ینافی التصرف فی الجملة مع سقوط الخیار بالتصرف، فمن الممکن التصرف مع عدم سقوط الخیار، ل (ان التصرف المسقط) للخیار (ما وقع فی زمان الخیار) لا ما وقع قبل الخیار (و لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۳۷۲

خیار الا بعد الرد.

و لا ینافی شیء مما ذکر لزومه بالتصرف بعد الرد، لان ذلک منه بعده، لا قبله، و ان کان قادرا علی ایجاد سببه فیه.

اذ المدار علی الفعل لا علی القوة، علی انه

خیار الا بعد الرد) فتصرف البائع- قبل الخیار- لا یسقط الخیار.

(و لا ینافی شیء مما ذکر) ای ذکره الاردبیلی و السبزواری- من انه لو کان التصرف مسقطا لزم عدم فائدة فی هذا البیع- (لزومه) ای البیع (بالتصرف) فی الثمن (بعد الرد) لان الخیار یکون بعد الرد (لان ذلک) التصرف المسقط (منه) ای من البائع (بعده) ای بعد الرد (لا قبله) ای لا قبل الرد.

اما التصرف قبل الرد فلا یکون مسقطا، لانه لم یقع فی زمن الخیار (و ان کان) المتصرف «البائع» (قادرا علی ایجاد سببه) ای سبب سقوط الخیار (فیه) ای فی وقت التصرف بان یرد الثمن ثم یتصرف فی الثمن و بذلک یکون قد اسقط خیاره.

لکن من الواضح ان امکان اسقاط البائع خیاره غیر الاسقاط فعلا.

(اذ المدار) فی الاسقاط (علی الفعل) ای فعلیة التصرف فی زمان الخیار (لا علی القوة) ای قوة ان یرد ثم یتصرف حتی یکون تصرفه مسقطا لخیاره (علی انه) لیس البائع- دائما- قادرا علی ایجاد سبب سقوط الخیار، اذ انما یقدر علی ایجاد السبب اذا کان الخیار من بعد البیع مثلا- حیث انه یقدر ان یرد الثمن «لیتحقق زمان الخیار» فیتصرف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٧٣

لا يتم فيما اشترط فيه الرد فى وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة- مثلا- انتهى محصل كلامه.

و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، بان ذلك يقتضى جهالة مبدأ الخيار.

و بان الظاهر من اطلاق العرف.

و تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فى الثمن، ليكون تصرفه مسقطا لخياره.

ف (لا يتم) امكان الاسقاط (فيما اشترط فيه الرد فى وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة- مثلا-) فان البائع لا يقدر على اسقاط الخيار فى غير ذلك اليوم (انتهى محصل كلامه) فى المصابيح.

(و ناقش بعض من تأخر عنه) و هو صاحب الجواهر (فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، ب) انه غير تام، بل الخيار يحدث قبل الرد ل (ان) الامر لو كان (ذلك) كما ذكره السيد، لكان (يقتضى جهالة مبدأ الخيار) اذ لا يعلم فى اى وقت يرد البائع الثمن، و جهالة المبدأ توجب الغرر.

(و) يدل على ان الخيار قبل الرد لا- بعده دليل آخر، و هو ما ذكره بقوله: (بان الظاهر من اطلاق العرف) «له خيار الشرط» ان زمان الخيار يحدث من وقت العقد.

(و) يؤيده (تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ) القائل (بتوقف الملك على انقضاء الخيار) فان كثيرا من الاصحاب ضعّف هذا القول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٧۴

ببعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة الدالة على ان غلة المبيع للمشترى هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى.

اقول فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصابيح، و المناقشة على الرد نظر.

اما الاول: فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فى غير

(ب) سبب (بعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة) مسألة بيع الشرط (الدالة على ان غلة المبيع للمشترى).

فانه لو كان ملك المشترى للمبيع يتوقف على انقضاء الخيار- كما يقوله الشيخ- لم يكن وجه لكون الغلة للمشترى، لانه فى زمن الخيار يكون المثمن للبائع، و الثمن للمشترى.

و قوله (هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى) خبر لقوله «بان الظاهر» انتهى كلام الجواهر.

(اقول فى اصل الاستظهار المتقدم) من الاردبيلى و السبزوارى حيث قالا «ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف» (و الرد المذكور عن المصابيح) حيث قال «ان التصرف المسقط» (و المناقشة على الرد) حيث ناقش الجواهر كلام المصابيح بقوله «بان ذلك ..» (نظر).

(اما الاول) اى وجه النظر فى كلام الاردبيلى و السبزوارى (فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب) هذا الدليل (فى غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٧۵

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب.

و اما بناء هذا العقد على التصرف، فهو من جهة ان الغالب المتعارف: البيع بالثمن الكلى، و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن.

و لذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب) فانهم اتفقوا على «ان سقوط الخيار بالتصرف» قاعدة كلية جارية فى كل خيار، و ان كان مورد النص خيار الحيوان- مثلا- لما سبق من ان المفهوم من النص المسقط للخيار أن العلة للسقوط التصرف، فهى قاعدة كلية، لا انه فى خيار الحيوان فقط.

و على هذا فقول الاردبيلى و الكفاية «ان الظاهر عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف» غير تام.

(و اما) استدلالهما لسقوط خيار الشرط بالتصرف بقولهما المتقدم «لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن» فيكون (بناء هذا العقد على التصرف، فهو) استدلال غير صحيح (من جهة ان الغالب المتعارف:

البيع بالثمن، الكلى، و ظاهر الحال فيه) اى فى الثمن الكلى (كفاية رد مثل الثمن).

اذا فقاعدة ان التصرف يسقط الخيار تامة، فى ما اذا كان الثمن شخصيا، و عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف تام، فى ما اذا كان الثمن كليا، و كان ظاهر الحال كفاية رد مثل الثمن.

(و لذا) الّذى ذكرنا من ان «ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن» (قوينا حمل الاطلاق) اى اطلاق رد الثمن (فى هذه الصورة) صورة كون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٧۶

على ما يعم البدل.

و حينئذ فلا يكون التصرف فى عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد.

اذ لا منافات بين فسخ العقد، و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم، او منصرف اطلاقه،

الثمن كليا (على ما يعم البدل) فانه و ان اطلق البائع قوله «لى الخيار ان رددت الثمن» الا ان مراده رد عين الثمن او بدله، بشهادة ظاهر الحال، حيث ان مقصود المتبايعين رد قدر الثمن من دون خصوصية لعين الثمن.

(و حينئذ) اى حين كان ظاهر الحال رد مثل الثمن- فى ما اذا كان الثمن كليا- (فلا يكون التصرف فى عين الفرد المدفوع) ثمنا- من باب تطبيق كلى الثمن على هذا الفرد- (دليلا على الرضا بلزوم العقد) حتى يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار.

(اذ لا منافات بين فسخ العقد، و) بين (صحة هذا التصرف) من البائع فى الثمن (و استمراره) اى استمرار التصرف.

و الحاصل: ان التصرف المسقط ما كان دليلا للرضا، و التصرف فى المقام ليس دليلا على الرضا (و هو) اى كون الثمن كليا و ان مقصود المتبايعين رد الاعم من مثله (مورد الموثق المتقدم) لابن عمار (او منصرف اطلاقه) لان الغالب كون الثمن كليا و كون مقصود المتبايعين رد ما يعم بدله أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٧٧

او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا.

او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن، و قد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و عليه فاستدلال الاردبيلى و السبزوارى بالموثق لكلامهما غير تام.

اقول: لكن اطلاق الموثق- بدون وجه لدعوى انصرافه- يمنع كلام المصنف (او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع

التصرف أيضا) عطف على قوله «فهو من جهة» فالتصرف فى الثمن لا يسقط الخيار من جهة ان المتعاقدين بيّنا على ان الخيار باق، و لو تصرف البائع فى الثمن فقاعدة: ان التصرف مسقط، لا تشمل المقام، و ان كانت هى صحيحة فى الجملة.

(او) عطف على «فهو من جهة» (للعلم) اى انا نعلم (بعدم الالتزام) اى عدم التزام البائع المتصرف فى الثمن (بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن، و) اذا كان التصرف بدون الالتزام لم تشمله قاعدة «ان التصرف مسقط».

لما (قد مر) من (ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه) اى من التصرف (بعدم الرضا بلزوم العقد) بل انما يكون التصرف مسقطا اذا كان مقرونا بالرضا بلزوم العقد، فحيث لا رضا لا يكون التصرف مسقطا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۷۸

و اما الثانى فلان المستفاد من النص و الفتوى- كما عرفت- كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى يسقط الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول.

و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرد، هذا مع

(و اما الثانى) اى النظر فى كلام صاحب المصابيح الّذى رد به كلام الاردبيلى و السبزوارى فانهما قالا «ان خيار الشرط لا يسقط بالتصرف» و المصابيح ردهما «بان خيار الشرط يسقط بالتصرف، و انما قبل الرد لا خيار حتى يسقط بالتصرف».

ففيه ان الخيار موجود قبل الرد، بدليل انه يصح اسقاطه بالقول، فاذا كان الخيار موجودا قبل الردّ كان التصرف مسقطا له.

و الى هذا اشار المصنف بقوله: (فلان المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت-) فيما تقدم (كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى).

فكما انه اذا قال «اسقطت خيارى» يسقط كذلك اذا تصرف فى الثمن، ف (يسقط) الفعل (الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول) لانهما كاشفان عن الرضا الّذى هو مسقط للخيار، اذا اظهر بمظهر.

(و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرد).

و ترتيب القياس هكذا «الخيار يسقط بالقول قبل الرد و كلما سقط الخيار بالقول سقط بالفعل» فالخيار يسقط بالتصرف قبل الرد، فقول السيد «لا خيار قبل الردّ حتى يسقط بالتصرف» فى غير محله (هذا مع) انه يرد اشكال ثان على السيد، و هو ان قوله «قبل الرد لا خيار» غير تام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۷۹

ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة فى مدخلية الردّ فى الخيار، و لا دليل على تعيّنه فى بيع الخيار المتعارف بين الناس،.

بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو الثانى او نقول ان المتبع مدلول

لانا ذكرنا سابقا ان من وجوه خيار الشرط ان يكون الخيار من حين العقد.

ف (ان حدوث الخيار بعد الرد) فقط (مبنى على الوجه الاول المتقدم) فى الامر الاول (من الوجوه الخمسة فى مدخلية الردّ فى) وجود (الخيار) «فى» متعلق «بالوجه الاول» (و لا دليل على تعيّنه) اى الوجه الاول (فى بيع الخيار المتعارف بين الناس) فليس كل بيع خيارى يجريه الناس يكون فيه الخيار مقيدا بالرد.

(بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو) الوجه (الثانى) بان يكون الخيار من اوّل العقد- كما تقدم فى الوجه الثانى من الوجوه الخمسة- فتحصل اشكالان على السيد.

الاول: انه و ان كان الخيار بعد الرد لكن يمكن اسقاطه قبل الرد.

الثانی: انه لا نسلم کون الخیار بعد الرد مطلقا بل الغالب کون الخیار مجعولا من قبل الرد (او نقول) فی تقریر الاشکال الثانی ان السید قال «الخیار بعد الرد مطلقا» و الحال انه قد یکون قبل الرد و قد یکون بعد الرد

ف (ان المتبع) فی کون الخیار قبل الرد، او بعد الرد (مدلول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۰

الجملة الشرطیة الواقعة فی متن العقد.

فقد یؤخذ الرد فیها قیدا للخیار.

و قد یؤخذ قیدا للفسخ.

نعم لو جعل الخیار و الرد فی جزء معین من المدة، کیوم بعد السنة کان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد، و جاء فیه الاشکال فی صحة الاسقاط هنا، و لو قولا.

الجملة الشرطیة الواقعة فی متن العقد) فی کلام المتعاقدین.

(فقد یؤخذ الرد فیها) فی الجملة الشرطیة (قیدا للخیار) فلا خیار قبل الرد.

(و قد یؤخذ) الرد (قیدا للفسخ) فالخیار موجود قبل الرد لکن الفسخ یتوقف علی الرد.

(نعم) یصح قول بحر العلوم من انه لا ـ خیار قبل الرد فیما (لو جعل الخیار و الرد) کلاهما (فی جزء معین من المدة) التی قررت بعد العقد (کیوم بعد السنة) من العقد.

کما اذا باعه اوّل یوم من رمضان و قال له: لی الخیار فی اوّل یوم من رمضان السنة الآتیة (کان التصرف قبله) ای قبل ذلک الیوم (تصرفا) فی الثمن (مع لزوم العقد) اذ العقد لازم قبل اوّل یوم من شهر رمضان (و جاء فیه) ای فی قبل ذلک الیوم (الاشکال فی صحة الاسقاط) للخیار (هنا، و لو) کان اسقاطا (قولا).

فاذا لم یصح الاسقاط القولی، لم یصح الاسقاط الفعلی ای التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۱

من عدم تحقق الخیار.

و من تحقق سببه.

و اما المناقشة فی تحدید مبدأ الخیار بالرد بلزوم جهالة مدة الخیار.

ففیه انها لا تقدح مع تحدید زمان التسلط علی الردّ و الفسخ بعده إنشاء.

أیضا.

وجه الاشکال تعارض جهتین.

(من عدم تحقق الخیار) لفرض ان الخیار لا یکون الا فی اوّل یوم من رمضان فلا یحق له اسقاطه، لانه اسقاط ما لم یثبت.

(و من تحقق سببه) الّذی هو العقد فیحق له اسقاطه.

(و اما المناقشة) التی ذکرها الجواهر بقوله «ان ذلک یقتضی جهالة مبدأ الخیار» حیث توهم انه (فی تحدید مبدأ الخیار بالرد) اشکال (بلزوم جهالة مدة الخیار) لان اوّل الخیار محدّد بالرد، فاذا جهل وقت الرد جهل مدة الخیار.

(ففیه انها) ای الجهالة (لا تقدح مع تحدید زمان التسلط علی الردّ و الفسخ) ای ان یفسخ (بعده) ای بعد الردّ (إنشاء) ای ینشئ الفسخ بعد الرد.

و ذلك لما نبه عليه المحقق الخراسانى، من انه لا وجه لقدح جهالة مدة الخيار الا الغرر، و لا غرر اصلا فيما اذا كان منشأ الخيار فى المدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۲

نعم ذكر فى التذكرة انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه عند الاطلاق من حين العقد.

لكن الفرق يظهر بالتأمل و اما الاستشهاد عليه بحكم العرف.

المعينة بيده بحيث يمكن انشائه بعد الرد فى اى جزء شاء من تلك المدة

(نعم ذكر فى التذكرة) ما ظاهره: قدح جهالة مدة الخيار.

فقد قال ب (انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه) اى مبدأ الخيار (عند الاطلاق) اى اذا اطلق الخيار و لم يعين مبدئه (من حين العقد) و ليس منع التذكرة ذلك الا لانه غرر و عليه فلا يصح قولنا «لا تقدح».

(لكن الفرق) بين ما ذكرناه و بين ما ذكره التذكرة (يظهر بالتأمل).

فلا يكون كلام التذكرة ردا لقولنا «لا يقدح».

قال العلامة الطباطبائى فى وجه الفرق ان امر التفرق المحدث للخيار «كما ذكره التذكرة» ليس بيده، فجهالة حدوث زمان الخيار فيه قادحة دون ما ذكرناه، لان امر الردّ بيده، فامر الخيار أيضا بيده، و هذا لا يوجب الجهالة و الغرر.

اقول لا- يخفى ما فى الفرق من الاشكال (و اما الاستشهاد) اى استشهاد الجواهر (عليه) اى على ان مجموع المدة هو زمن الخيار (بحكم العرف) بمعنى ان العرف يفهم من العبارة المتعارفة بين الناس فى مقام إنشاء شرط الفسخ برد الثمن- تحقق الخيار فى مجموع المدة حيث تقدم عن الجواهر قوله «بان الظاهر من اطلاق العرف هو كون

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۳

ففيه ان زمان الخيار- عرفا- لا يراد به، الا ما كان الخيار متحققا فيه شرعا، او بجعل المتعاقدين و المفروض ان الخيار هنا جعلى.

فالشك فى تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين.

مجموع المدة زمان الخيار» فليس مبدأ الخيار من حين الرد- كما ذكره المصابيح-.

و الحاصل: ان المصابيح قال «مبدأ الخيار من حين الرد» و رده الجواهر «بان العرف يرى ان الخيار فى مجموع المدة».

(ففيه) انا لا نسلم ان العرف يرى ان زمن الخيار مجموع المدة، بل العرف يرى ان المرجع فى مدة الخيار هو جعل المتعاقدين، فاللازم الرجوع إليهما فى حالة الشك، ل (ان زمان الخيار- عرفا-) اى ما يطلق عليه فى العرف انه زمان الخيار (لا يراد به، الا ما كان الخيار متحققا فيه) اى فى ذلك الزمان تحققا (شرعا) بجعل الشارع- كخيار الحيوان- (او) تحققا (بجعل المتعاقدين) فاذا كان الشارع قرر الخيار لزم مراجعة الشارع فى مدة الخيار، و اذا كان المتعاقدان جعلا الخيار فاللازم مراجعتهما لمعرفة المدة التى جعلاها (و المفروض ان الخيار هنا) فى خيار الشرط فى البيع (جعلى) بجعل المتعاقدين لا بجعل الشارع.

(فالشك) منا (فى) انه هل (تحقق الخيار قبل الرد) أم لا؟ انما هو شك (بجعل المتعاقدين) و انهما كيف جعلا الخيار؟ فهما المرجع لا كما ذكره الجواهر «من ان الظاهر من اطلاق العرف هو كون مجموع المدة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۴

و اما ما ذكره بعض الاصحاب فى رد الشيخ من بعض اخبار المسألة فلعلّهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا، حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه، و اطلاق ما استدل

زمن الخيار».

(و اما ما ذكره بعض الاصحاب فى رد الشيخ من بعض اخبار المسألة) حيث ان الجواهر استشهد بذلك فى رد المصابيح حيث قال الجواهر «و تضعيف كثير من الاصحاب ... الخ» فان الجواهر استدل بذكر بعض الاصحاب: ان الخيار فى مجموع المدة لرد المصابيح القائل بان الخيار فى بعض المدة (فلعلّهم فهموا من مذهبه) اى من مذهب الشيخ (توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا، حتى) الخيار (المنفصل) فردوه بانه لا يشترط فى الملك انقضاء الخيار المنفصل بدليل اثبات الرواية له ملك الغلة، مع ان الخيار لم ينقض فى الخيار المنفصل، فليس كلام بعض الاصحاب فى ردّ الشيخ دليلا على كون مجموع المدة زمان الخيار ليأخذ هذا الكلام صاحب الجواهر، و يرد به على السيد القائل:

بان مبدأ الخيار من حين الرد فليس تمام المدة زمان الخيار فتحصل قول الشيخ، و رد بعض الاصحاب له، و فهم الجواهر لردّ بعض الاصحاب تفسيرا، و بهذا الفهم رد على السيد، و تفسير المصنف لرد بعض الاصحاب على ضوء فهم جديد لقول الشيخ و بهذا التفسير ردّ فهم الجواهر، و بذلك صحح المصنف كلام السيد (كما لا يبعد) الاطلاق حتى للمنفصل (عن اطلاق كلامه) اى كلام الشيخ (و) عن (اطلاق ما استدل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٨٥

له به من الاخبار.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشترى،

سواء كان قبل الرد او بعده و نمائه أيضا له مطلقا.

و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل او القيمة برد الثمن، او بدله.

و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار هو الزام ان له رد الثمن

له) اى لكلامه (به) اى بذلك الاطلاق و الضمير عائد الى «ما» (من الاخبار) «من» بيان «ما».

(الامر الخامس) من الامور المربوطة بخيار الشرط (لو تلف المبيع) فى ايام الخيار (كان) التلف (من المشترى) لقاعدة ان التلف فى زمن الخيار لمن لا خيار له، فان المشترى لا خيار له و انما الخيار للبائع (سواء كان) التلف (قبل الرد او بعده) لما تقدم من وجود الخيار من حين العقد (و نمائه) اى نماء المبيع (أيضا له) اى للمشترى لقاعدة «ان من له الغنم فعليه الغرم» (مطلقا) سواء كان النماء قبل الرد او بعده.

(و الظاهر) فيما اذا تلف المبيع (عدم سقوط خيار البائع، ف) اذا فسخ (يسترد) البائع (المثل) اذا كان المبيع مثليا (او القيمة) اذا كان قيميّا (ب) مقابل (رد الثمن) عينا (او بدله) اذا صح رد بدله.

(و يحتمل عدم الخيار) للبائع اذا تلف المبيع عنده (بناء على ان مورد هذا الخيار) اى بيع الخيار (هو الزام ان له) اى للبائع (رد الثمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٨٦

و ارتجاع البيع.

و ظاهره اعتبار بقاء المبيع فى ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثم انه لا تنافى بين شرطية البقاء، و عدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشترى اتلاف المبيع كما سيجىء فى احكام الخيار.

و ارتجاع البیع) بعینه.

(و ظاهره) ای ظاهر هـذا الشـرط (اعتبار بقاء المبیع فی ذلک) ای فی الالزام (فلا خیار) للبائع (مع تلفه) لانه قد فقد الموضوع، و بدون الموضوع لا حکم.

(ثم انه) ربمـا یستشـکل انه کیف یمکن الجمع بین «ان الشـرط فی الخیـار بقـاء المبیع» و بین «انه لاـ یجوز تفویت مورد الشـرط ای لا یجوز تلف المبیع».

وجه المنافات «ان المعلق علی شـیء لا یقتضـی وجود المعلق علیه» مثلا: اذا علق الحج علی الاسـتطاعة، او علق الصوم علی الحضـر، او علق الصلاة علی طهارة المرأة من الحیض، لم یقتض ایجاد او ابقاء الاستطاعة و لا ایجاد او ابقاء الحضر، و لا ایجاد او ابقاء الطهارة.

فکیف تقولون- فی مقامنا- ان الخیار معلق علی بقاء المبیع، مع قولکم بوجوب ابقاء المبیع.

و الجواب: انه (لا تنافی بین شرطیة البقاء) فی صحة الخیار (و) بین (عدم جواز تفویت الشرط).

و علیه (فلا یجوز للمشتری اتلاف المبیع کما سیجیء فی احکام الخیار).

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج ۱۱، ص: ۳۸۷

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۷

لان غرض البائع من الخیار استرداد عین ماله، و لا یتم الا بالتزام ابقائه للبائع.

و لو تلف الثمن فان کان بعد الرد و قبل الفسخ، فمقتضی ما سیجیء من ان التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له کونه من المشتری و ان کان

و انما قلنا: انه لا تنافی (لان غرض البائع من الخیار استرداد عین ماله) غالبا (و لا یتم) هذا الفرض الّذی هو شـرط ضمنی فی بیع الخیار (الا بالتزام) المشتری (ابقائه) ای ابقاء نفس المبیع (للبائع).

و انما قلنا «غالبا» لانه قد یکون غرض البائع الحصول علی الاعم منه و من مثله.

کما اذا باع بیعا خیاریا کتابا و کان قصده الدرس فی ذلک الکتاب فلا یهمه ان استرجع عین کتابه او بدله.

و فی المقام حیث لا شرط ضمنی بارجاع الکتاب بعینه، یحق للمشتری اتلافه و ارجاع بدله عند الفسخ.

و منه یعلم انه یمکن جعـل الشـرط ارجاع القیمی بالمثل «مثلا عرفا» کما اذا باعه شاة و کان مقصوده لحمها، فلا یهم ان یرجع عینها او بدلها

(و لـو تلـف الثمن) و لم یتلف المثمن (فـان کـان) التلف (بعـد الرد و قبـل الفسـخ)- فیمـا اذا لم یکن نفس الرد فسـخا- (فمقتضـی ما سیجیء من ان التلف فی زمـان الخیـار ممن لاـ خیـار له کونه) ای التلف (من المشتری) لان المشتری لا خیار له فی بیع الشـرط و انما الخیار للبائع فقط (و ان کان) الثمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۸۸

ملکـا للبـائع، الا ان یمنع شـمول تلک القاعـدة للثمن، و یـدعی اختصاصـها بالمبیع، کما ذکره بعض المعاصـرین و اسـتظهره من روایة معاویة بن میسرة المتقدمة و لم اعرف وجه الاستظهار اذ لیس فیها الا ان نماء الثمن للبائع، و تلف المبیع من المشتری، و هما اجماعیان

(ملكا للبائع) اذ القاعدة عامة و لا يلاحظ فيها ان التالف ملك من كان (الا ان يمنع شمول تلك القاعدة) قاعدة: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (للثمن) فيكون تلف الثمن من كيس البائع (و يدعى اختصاصها) اى تلك القاعدة (بالمبيع) فقط (كما ذكره بعض المعاصرين) و هو صاحب الجواهر (و استظهره) اى استظهر ادعائه بان القاعدة خاصة بالمبيع و لا تشمل الثمن (من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و) لكنى (لم اعرف وجه الاستظهار).

اقول: الرواية هى قال سمعت أبا الجارود، و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه و بين الرجل الّذى اشترى منه الدار خلطة، فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فاتاه بما له قال له شرطه، قال له ابو الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال عليه السلام هو ماله، و قال عليه السلام أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشترى (اذ ليس فيها) اى فى الرواية (الا ان نماء الثمن للبائع، و تلف المبيع من المشترى، و هما اجماعيان).

و على طبق القاعدة «فنماء الثمن للبائع» تدل عليه «قاعدة ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٨٩

حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية

و لا تكون الرواية مخالفة للقاعدة، و انما المخالف لها هى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك.

نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة

النماء تابع للملك» فان الثمن حيث كان للبائع كان نمائه للبائع.

«و تلف المبيع من المشترى» تدل عليه «قاعدة التلف من المالك» حيث ان المبيع للمشترى (حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له) و اذ كان الحكمان المذكوران على طبق الاجماع و القاعدة (فلا حاجة لهما) اى للحكمين المذكورين (الى تلك الرواية) رواية معاوية بن ميسرة

(و) قد عرفت انه (لا تكون الرواية مخالفة للقاعدة) بل القاعدة على طبق الرواية (و انما المخالف لها) اى للرواية (هى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا انضمت) القاعدة (الى الاجماع على كون النماء للمالك).

اذ «نماء الثمن للبائع لان الثمن ملكه» و «تلف الثمن على المشترى لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» و حيث ان المشترى لا خيار له فالتلف يكون عليه.

و هذان الحكمان «نماء الثمن للبائع و تلفه على المشترى» يتنافيان مع قاعدة «الخراج بالضمان» لان هذه القاعدة تقول «كل من ربح النماء يخسر اذا تلف» و الحكمان يقولان «يربح انسان و يخسر انسان آخر».

(نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة) قاعدة «التلف فى زمن الخيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١١، ص: ٣٩٠

للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار.

لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن، و اختصاصها بالخيارات الثلاثة اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان.

و سيجىء الكلام فى احكام الخيار.

و ان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد

ممن لا خيار له» (للثمن) اذ المتيقن من القاعدة «المثمن» (ك) ما ان الاشكال أيضا موجود فى (عمومها) اى عموم قاعدة «التلف فى

زمن الخيار ممن لا خيار له» (لجميع افراد الخيار) فهل ان التلف «فى كل خيار» ممن لا خيار له، أم ان القاعدة خاصة ببعض الخيارات.

(لكن الظاهر من اطلاق غير واحد) من الفقهاء (عموم القاعدة) قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (للثمن) فتلف الثمن كتلف المثمن ممن لا خيار له (و اختصاصها) اى القاعدة (بالخيارات الثلاثة) فقط (اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان) دون سائر الخيارات.

(و سيجىء) تفصيل (الكلام) فى ذلك (فى احكام الخيار) ان شاء الله تعالى.

ثم لا يخفى: ان بعض المعلقين ذكر وجه استظهار الجواهر، لكن حيث ان بيانه خارج عن مقصد الشرح، فالراغب يرجع الى محله.

(و ان كان التلف) للثمن (قبل الرد) للمثمن- و هذا عطف على قوله: فان كان بعد الرد و قبل الفسخ- (ف) يكون التلف (من البائع) و ذلك (بناء على عدم ثبوت الخيار) للبائع (قبل الرد) فلا تجرى قاعدة:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۹۱

و فيه: مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء فان دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع، سواء كان بخيار متصل او بمنفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيجىء.

التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له حتى يكون التلف من المشترى.

(و فيه: مع ما عرفت من منع المبنى) اذ قد تقدم فى ردّ العلامة الطباطبائى عدم كلية عدم الخيار قبل الرد، بل قد يكون خيار قبل الرد و قد لا يكون، فلا يصح اطلاق القول «بان التلف قبل الرد من البائع» (منع البناء) فانا اذا سلمنا صحة المبنى لكن نقول «ان البناء على هذا المبنى غير صحيح».

و بعبارة اخرى لا نسلم الصغرى، و ان سلمنا الكبرى، فانا نمنع كون التلف من غير ذى الخيار يتوقف على ثبوت الخيار الفعلى، بل اذا كان الخيار شأنيا يكون التلف من غير ذى الخيار الشأنى أيضا.

و استدل المصنف لهذا المنع بقوله: (فان دليل ضمان من لا خيار له) اى قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (مال صاحبه) مفعول «ضمان» (و هو تزلزل البيع) خبر «فان» (سواء كان) التزلزل (بخيار متصل) بان كان الخيار فعليا (او ب) خيار (منفصل) بان كان الخيار شأنيا (كما يقتضيه) اى يقتضى هذا الاطلاق الشامل للخيارين المتصل و المنفصل (اخبار تلك المسألة) اى مسألة: ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (كما سيجىء) ان شاء الله تعالى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۹۲

ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع.

و ان قلنا بانه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل، و يرتجع المبيع.

(ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشترى) لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (انفسخ البيع) لان الثمن رجع الى المشترى، فبطلت المعاملة و رجع المثمن الى البائع.

(و ان قلنا بانه من البائع) لان القاعدة المتقدمة لا تشمل الثمن كما تقدم (فالظاهر بقاء الخيار) للبائع لما تقدم من ان المراد ب «الرد» المشروط رد العين او القيمة (ف) اذا تعذرت العين (يرد) البائع (البدل) للقيمة (و يرتجع المبيع) بعد فسخه للعقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۱، ص: ۳۹۳

الأمر السادس لا اشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى،

او برده علی وکیله المطلق، او الحاکم، او العدول، مع التصریح بذلک فی العقد و ان کان المشروط هو رده الی المشتری مع عدم التصریح ببدله فامتنع رده إلیه عقلا لغیبة و نحوها او شرعا لجنون و نحوه

ففی حصول الشرط بردّه الی الحاکم کما اختاره المحقق القمی فی بعض

(الامر السادس) من الامور المرتبطة ببیع الشرط (لا اشکال فی القدرة) للبائع (علی الفسخ برد الثمن علی نفس المشتری) اذا بقی علی شرائط التکلیف (او برده علی وکیله المطلق) الوکیل فی کل شیء لا الوکیل فی امر خاص غیر اخذ الثمن و الا فلا اشکال فی صحة الرد علی وکیله فی اخذ الثمن کما انه لا یکفی ردّه علی وکیله فی ما اذا شرط رده علی نفسه فقط (او الحاکم) فی ما اذا تعذر الرد علی وکیله (او العدول) المؤمنین اذا تعذر الحاکم و وکیل الحاکم (مع التصریح بذلک) بان یرده علی وکیله و نحوه (فی العقد) لانه مع التصریح قد و فی بالشرط، فله استرجاع المبیع (و ان کان المشروط) فی العقد (هو رده الی المشتری مع عدم التصریح ببدله) ای بدل المشتری (فامتنع رده إلیه عقلا، لغیبة و نحوها) کما اذا کان مسجونا لا یمکن الوصول إلیه (او شرعا لجنون و نحوه) کالاغماء.

(ففی حصول الشرط بردّه الی الحاکم) الشرعی و وکیله (کما اختاره المحقق القمی فی بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۴

اجوبة مسائله و عدمه کما اختاره سید مشایخنا فی مناهله قولان.

و ربما یظهر من صاحب الحدائق الاتفاق علی عدم لزوم رد الثمن الی المشتری مع غیبته حیث انه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فی فسخ ذی الخیار، و انه لا اعتبار بالاشهاد خلافا لبعض علمائنا.

قال: ان ظاهر الروایة اعتبار حضور المشتری لیفسخ البائع بعد دفع الثمن إلیه.

اجوبة مسائله) لانه ولی الممتنع و القاصر و نحوهما، فالحاکم- فی هذا الحال- کالمشتری- (و عدمه) فلا یصح رده الی الحاکم فی فسخ المعاملة (کما اختاره سید مشایخنا فی مناهله) لان الشرط متعذر، و اذا تعذر الشرط تعذر الفسخ (قولان).

(و) لکن (ربما یظهر من صاحب الحدائق الاتفاق) من العلماء (علی عدم لزوم رد الثمن الی المشتری مع غیبته) بل یکفی ردّه الی الحاکم فی صحة الفسخ فیکون قول المناهل خلاف الاجماع (حیث انه) ای الحدائق (بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم) ای طرف ذی الخیار (فی فسخ ذی الخیار) فی مطلق الخیارات، بل لذی الخیاران یفسخ فی غیبة الخصم (و انه لا اعتبار بالاشهاد) ای اخذ الشاهد عند الفسخ (خلافا لبعض علمائنا) حیث اعتبروا الاشهاد عند الفسخ.

(قال: ان ظاهر الروایة) المراد بالروایة الجنس لا روایة خاصة (اعتبار حضور المشتری لیفسخ البائع) و یکون الفسخ (بعد دفع الثمن إلیه) ای الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۵

فما ذکروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتری، و جعل الثمن امانة الی ان یجیء المشتری و ان کان ظاهرهم الاتفاق علیه الا انه بعید عن مساق الاخبار المذکورة، انتهی.

اقول: لم اجد فیما رأیت من تعرض لحکم رد الثمن مع غیبة المشتری فی هذا الخیار و لم یظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البائع حتی یحضر المشتری.

و ذکرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فی فسخ ذی الخیار

المشتری.

(فما ذکروه) الفقهاء (من جواز الفسخ) ای جواز فسخ البائع فی بیع الشرط (مع عدم حضور المشتری، و) اذا فسخ (جعل الثمن امانهٔ الی ان یجیء المشتری) لیرده علیه (و ان کان ظاهرهم الاتفاق علیه) ای علی جواز الفسخ، و جعل الثمن امانهٔ (الا انه بعید عن مساق الاخبار المذکورهٔ) ای ما قال بانه ظاهر الروایهٔ (انتهی) کلام الحدائق.

(اقول: لم اجد فیما رأیت من تعرض لحکم رد الثمن مع غیبهٔ المشتری فی) مسألهٔ (هذا الخیار) خیار الشرط، فکیف نسب الحدائق إلیهم انهم ذکروه (و لم یظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانهٔ عند البائع حتی یحضر المشتری) اذا فسخ فی حال غیاب المشتری. فقول الحدائق «و جعل الثمن امانهٔ ..» من این ذکره.

(و) ان اعتمد الحدائق فی النسبهٔ إلیهم الی (ذکرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فی فسخ ذی الخیار) ففیه انه لا یصلح مستندا له لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۶

انما هو لبیان حال الفسخ من حیث هو فی مقابل العامهٔ، و بعض الخاصهٔ حیث اشترطوا فی الفسخ بالخیار حضور الخصم.

و لا تنافی بینه و بین اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، و هو ردّ الثمن الی المشتری، مع ان ما ذکره من اخبار المسألهٔ لا یدل علی اعتبار حضور الخصم فی الفسخ و ان کان موردها صورهٔ حضوره لاجل تحقق الرد.

(انما هو لبیان حال الفسخ من حیث هو) فسخ.

و من المعلوم انه لا یشترط فی الفسخ حضور الخصم (فی مقابل العامهٔ و بعض الخاصهٔ حیث اشترطوا فی الفسخ بالخیار حضور الخصم).

(و) من المعلوم انه (لا تنافی بینه) ای بین کلامهم فی رد العامهٔ، و بعض الخاصهٔ (و بین اعتبار حضوره) ای الخصم (لتحقق شرط آخر للفسخ، و) الشرط الآخر (هو ردّ الثمن الی المشتری) لان ردّ الثمن الی المشتری شرط فی الفسخ حسب قرار المتعاقدین (مع ان ما ذکره) ای الحدائق (من اخبار المسألهٔ) التی ادعی ظهورها فی حضور المشتری عند فسخ البائع (لا یدل علی اعتبار حضور الخصم فی الفسخ) لانها لم تشترط ذلک (و ان کان موردها صورهٔ حضوره) ای حضور الخصم (لاجل تحقق الرد).

فان عملیهٔ الرد لا تکون الا بحضور من یأخذ، الا ان المورد «غیر الاشتراط» فلا یمکن ان یجعل المورد شرطا.

ثم بین المصنف وجه ان کون «المورد حضور المشتری» لا یلازم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۷

الا ان الفسخ قد یتأخر عن الرد بزمان بناء علی مغایرهٔ الفسخ للرد، و عدم الاکتفاء به عنه.

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم.

لکن الاصحاب لم ینکروا اعتبار الحضور فی هذا الخیار، خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن، فافهم.

و کیف کان فالاقوی فیما لم یصرح باشتراط الردّ الی خصوص المشتری

حضوره «فی الفسخ» بقوله (الا ان الفسخ قد یتأخر عن الرد بزمان) فیرد البائع الثمن الیوم و یفسخ البیع غدا (بناء علی مغایرهٔ الفسخ للرد) بان لا یکون نفس الرد فسخا (و) بناء علی (عدم الاکتفاء به) بالرد (عنه) ای عن الفسخ.

(نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها) ای مورد تلک الاخبار (بحضور الخصم) هذا کله رد علی صاحب الحدائق.

(لکن) یمکن تصحیح کلامه الاخیر القائل باعتبار حضور المشتری فی الفسخ بان (الاصحاب لم ینکروا اعتبار الحضور) ای حضور المشتری (فی هذا الخیار) ای خیار الشرط (خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن) و ان الفسخ و الرد شیء واحد (فافهم) فان ذکر الاصحاب لا یفید الاشتراط، و لعلهم ذکروا ذلک فی مورد کان الرد فسخا فلا اطلاق لکلامهم.

(و کیف کان) کلام الاصحاب (فالاقوی فیما لم یصرح) فی العقد (باشتراط الردّ الی خصوص المشتری) بنفسه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۸

هو قیام الولی مقامه، لان الظاهر من الرد الی المشتری حصوله عنده، و تملکه له، حتی لا یبقی الثمن فی ذمة البائع بعد الفسخ.

و لذا لو دفع الی وارث المشتری کفی، و کذا لو رد وارث البائع مع ان المصرح به فی العقد رد البائع و لیس ذلک لاجل إرثه للخیار

(هو قیام الولی) وکیلا کان او حاکما او ولیا- کما اذا جن- او من اشبههم (مقامه) ای مقام المشتری فی کفایته فی الفسخ (لان الظاهر من) شرطهما حال العقد (الرد الی المشتری) هو (حصوله) ای الثمن (عنده) ای عند المشتری (و تملکه له) بدخول الثمن فی ملک المشتری (حتی لا یبقی الثمن فی ذمة البائع بعد الفسخ) و هذا یحصل اذا سلّم الثمن الی ولی المشتری.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان المعیار حصول الثمن للمشتری «و ذلک یحصل بتسلیمه الی ولی المشتری» (لو دفع) البائع بعد الفسخ الثمن (الی وارث المشتری) فیما لو مات المشتری (کفی).

و انما نقول بانه «کفی» لان العرف یری انه وفاء بالشرط «مما یکشف عن ان الشرط عرفا لم یکن اکثر من ذلک» (و کذا لو رد وارث البائع) بان مات البائع و ردّ وارثه الثمن الی المشتری (مع ان المصرح به فی العقد رد البائع) الثمن (و لیس ذلک) کفایة ردّ وارث البائع الی المشتری (لاجل إرثه) ای إرث الوارث (للخیار) حتی یقال: ان وارث البائع حیث ورث الخیار کان له ان یرد الثمن، فلا یدل ردّ وارث البائع علی کفایة «الدفع الی وارث المشتری».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۳۹۹

لان ذلک متفرع علی عدم مدخلیة خصوص البائع فی الردّ، و کذا الکلام فی ولیه.

و دعوی ان الحاکم انما یتصرف فی مال الغائب علی وجه الحفظ و المصلحة، و الثمن قبل ردّه باق علی ملک البائع

و انما قلنا «لیس ذلک» (لان ذلک) ای إرث البائع للخیار (متفرع علی عدم مدخلیة خصوص البائع فی الرد) اذ لو کان للبائع خصوصیة لم یکن یورث خیاره، کما اذا صرح بان للبائع فقط «دون وارثه» الخیار و اذ لم یکن «ردّ وارث البائع» الا لاجل عدم الخصوصیة فی البائع کان اخذ ولی المشتری کافیا لوحدة المناط فی وارث البائع و ولی المشتری، و المناط هو الدفع من قبل البائع و الاخذ من طرف المشتری، سواء کان الراد و الآخذ نفس البائع و المشتری او انسانا آخر مربوطا بهما من وارث و ولی (و کذا الکلام فی ولیه) ای ولی البائع.

(و) ان قلت: لا حق للحاکم ان یأخذ الثمن من البائع لان اخذه من البائع خلاف مصلحة المشتری اذ معنی اخذ الحاکم ان البائع یحق له الفسخ، و الفسخ ضرر علی المشتری، فان الدار المنتقلة الی المشتری مثلا- اعلی من ثمنها الّذی دفعه المشتری الی البائع، و قبض الحاکم للثمن یوجب تضرر المشتری بذهاب الدار عن یده.

قلت: (دعوی ان الحاکم انما یتصرف فی مال الغائب علی وجه الحفظ و المصلحة) فانه لیس للحاکم الا العمل بما هو صلاح الغائب (و الثمن قبل ردّه) الی الحاکم الولی للمشتری (باق علی ملک البائع) و فی قباله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۰

و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع علی الفسخ قد لا یکون مصلحة للغائب او شبهه، فلا یکون ولیا فی القبض فلا یحصل ملک المشتری المدفوع بعد الفسخ، مدفوعة ب

المثمن باق علی ملک المشتری (و قبضه) ای قبض الحاکم الثمن (عنه) ای عن قبل المشتری (الموجب) ذلک القبض (لسلطنة البائع

علی الفسخ قد لا یکون مصلحة للغائب) الّذی هو المشتری (او شبهه) ای شبه الغائب

کما اذا جن المشتری فکان الحاکم ولیا له، و اذ لم یکن اخذ الحاکم الثمن لمصلحة المشتری (فلا یکون) الحاکم (ولیا فی القبض) لانه ولی فی العمل لمصلحة المولّی علیه، لا انه ولی مطلقا و اذ لم یکن الحاکم ولیا (فلا یحصل ملک المشتری المدفوع) ای للثمن الّذی قبضه الحاکم (بعد الفسخ) «بعد» متعلق ب «ملک» لان ملک المشتری یحصل للثمن بعد فسخ البائع، و فی المقام حیث لم یقبض المشتری الثمن- و الحاکم القابض لیس ولیا له حسب الفرض- لا ینفع فسخ البائع فی ملکیة المشتری للثمن اذ الفسخ انما یکون مملّکا للمشتری اذا کان المشتری قد قبض الثمن (مدفوعة) خبر «دعوی» (ب) انه لا یشترط فی ولایة الحاکم علی المشتری «مصلحة المشتری» هنا، بل کما ان البائع کان یرد علی نفس المشتری و ان لم یکن الرد مصلحة للمشتری، کذلک یرد البائع علی من یقبض عن المشتری و ان لم یکن الرد مصلحة للمشتری.

فحال الحاکم حال المشتری فی انه مجبور فی اخذ الثمن سواء کان الأخذ مصلحة للمشتری، أم لا- فان الشارع فی المقام راعی مصلحة البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۴۰۱

ان هذا لیس تصرفا اختیاریا من قبل الولی حتی یناط بالمصلحة، بل البائع حیث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب صح له الفسخ، اذ لا یعتبر فیه قبول المشتری، او ولیه للثمن، حتی یقال ان ولایته فی القبول متوقفة علی المصلحة، بل المعتبر تمکین المشتری او ولیه منه اذا حصل الفسخ.

و مما ذکرنا یظهر جواز الفسخ برد الثمن الی عدول المؤمنین لیحفظوها

حیث ان بیده الخیار.

ف (ان هذا) الأخذ من الحاکم للثمن (لیس تصرفا اختیاریا من قبل الولی) الّذی هو الحاکم (حتی یناط) هذا التصرف (بالمصلحة) للمشتری (بل البائع حیث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب) الغائب الّذی هو المشتری (صح له) ای للبائع (الفسخ) و تسلیم الثمن الی ولی المشتری (اذ لا یعتبر فیه) ای فی الفسخ (قبول المشتری، او ولیه للثمن) بل المقدم للفسخ إرادة البائع، فان بیده الاختیار (حتی یقال ان ولایته) ای الحاکم (فی القبول) للثمن (متوقفة علی المصلحة) مصلحة المشتری (بل المعتبر) فی الفسخ (تمکین المشتری او ولیه منه) ای من الثمن (اذا حصل الفسخ) و فی المقام یمکن اعطاء الثمن لولی المشتری الّذی هو الحاکم.

(و مما ذکرنا) من جواز الفسخ اذا تمکن من اعطاء الثمن الی الحاکم (یظهر جواز الفسخ برد الثمن الی عدول المؤمنین) اذا لم یکن الحاکم الشرعی و لا وکیله (لیحفظوها) ای یحفظوا القیمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۴۰۲

حسبة عن الغائب، و شبهه.

و لو اشتری الأب للطفل بخیار البائع، فهل یصح له الفسخ؟ مع رد الثمن الی الولی الآخر، اعنی الجدّ مطلقا، او مع عدم التمکن من الرد الی الأب، او لا، وجوه.

(حسبة) ای احتسابا و قربة الی الله (عن الغائب، و شبهه) کالمجنون بل یمکن ان یقال ان له الفسخ و وضعه امانة عند نفسه، اذا لم یجد عدول المؤمنین اذ لا خصوصیة لعدول المؤمنین فان البائع کاحدهم و دلیل: لا ضرر، یمنع من القول بعدم الفسخ حتی تنتهی المدة و یلزم البیع

(و لو اشتری الأب للطفل بخیار البائع، فهل یصح له) ای للبائع (الفسخ؟ مع رد الثمن الی الولی الآخر، اعنی الجدّ مطلقا) سواء تمکن

من الردّ على الأب، أم لا (او) يصح الرد الى الجد (مع عدم التمكن من الرد الى الأب، أو لا) فلا بد من الارجاع الى الأب مطلقا فلو لم يتمكن من الارجاع الى الأب لم يصح له الفسخ (وجوه).

اما رد الثمن الى الولى الآخر مطلقا فلانهما وليان فيكونان بمنزلة واحدة فحالهما حال وكيلى انسان.

و اما عدم الرد الا الى الأب مع الامكان، فلانه مقتضى ظاهر الاشتراط عند العقد، فاذا لم يمكن الأب قام الولى و هو الجد مقامه.

و اما عدم الرد الى الجد مطلقا فللجمود على ظاهر الشرط عند العقد.

و الاقوى هو الاول و ان كان الاحوط الثانى، اما الثالث فهو بعيد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۳

و يجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فردّ البائع الى حاكم آخر، و ليس فى قبول الحاكم الآخر مزاحمة للاول حتى لا يجوز قبوله للثمن، و لا يجرى ولايته بالنسبة الى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فى مثل هذه الامور

جدا.

(و يجرى مثلها) اى مثل الوجوه الثلاثة (فيما لو اشترى الحاكم للصغير) و المجنون و نحوهما (فردّ البائع الى حاكم آخر، و) الظاهر جوازه لان الحكام كلهم وكلاء امام واحد، لكن فيما (ليس فى قبول الحاكم الآخر مزاحمة ل) الحاكم (الاول حتى لا يجوز قبوله) اى قبول الحاكم الآخر (للثمن) عن قبل المشترى (و) حتى (لا يجرى ولايته) اى ولاية الحاكم الثانى (بالنسبة الى هذه المعاملة) التى اجريت مع حاكم آخر (بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فى مثل هذه الامور) التى تسبّب الشجار و النزاع فى مقابل الامور التى لا تسبب ذلك، كما اذا كانت دارا مردّدة بين الملك و الوقف.

فحكم احدهما انها وقف و التولية لزيد، و حكم الآخر بانها ملك لزيد حيث لا موقع للشجار، اذ لا نزاع بين اثنين.

و وجه عدم جواز المزاحمة فيما اورث الشجار ان الحاكم وضع لاجل رفع النزاع و الشجار فلا يمكن ان يشرع حكم يوجب مزيدا من النزاع.

و اما من قال بعدم البأس فى المزاحمة مطلقا، قال بانهما وكيلان و لا يحق لهما الشجار، فلدى الاختلاف يكون المرجع من يفصل امثال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۴

لما عرفت من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا، بل البائع اذا وجد من يجوز ان يتملك الثمن عن المشترى عند فسخه جاز له الفسخ.

و ليس فى مجرد تملك الحاكم الثانى الثمن عن المشترى مزاحمة للحاكم الاول.

غاية الامر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب، لان هذا

هذه القضايا، و تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء.

فقوله: (لما عرفت) تعليل لجواز الفسخ باعطاء الثمن للحاكم (من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا) حتى تلاحظ المصلحة (بل البائع اذا وجد من يجوز ان يتملك الثمن عن المشترى) اى يقبل الثمن ليكون ملكا للمشترى (عند فسخه) اى فسخ البائع للبيع، و «عند» متعلق ب «يتملك» (جاز له) اى للبائع (الفسخ).

(و) حيث يشكل الامر فى المقام بان اخذ الحاكم الثانى يوجب المزاحمة الممنوعة، قال (ليس فى مجرد تملك الحاكم الثانى الثمن عن المشترى مزاحمة للحاكم الاول) حتى لا يصح تسليم الثمن الى الحاكم الثانى.

(غایة الامر) اذا قلنا بعدم جواز المزاحمة (وجوب دفعه) ای الثمن (إلیه) ای الی الحاکم الاول، فالفسخ جائز علی کل حال (مع احتمال عدم الوجوب) ای عدم وجوب الدفع الی الحاکم الاول و ان کانت مزاحمة (لان هذا) الثمن الّذی یأخذه الحاکم الثانی بعد فسخ البائع بیع الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۵

ملک جدید للصغیر لم یتصرف فیه الحاکم الاول، فلا مزاحمة.

لکن الاظهر انها مزاحمة عرفا.

الأمر السابع: اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم یکن له ذلک الا برد الجمیع،

فلو رد بعضه لم یکن له الفسخ و لیس للمشتری التصرف فی المدفوع إلیه، لبقائه علی ملک البائع.

و الظاهر انه ضامن له لو تلف اذا دفعه إلیه علی وجه الثمنیة، الا

(ملک جدید للصغیر لم یتصرف فیه الحاکم الاول) حتی یکون اعطاء الثمن الی الحاکم مزاحمة (فلا مزاحمة) بین الحاکمین.

(لکن الاظهر انها) ای تسلیم الثمن الی الحاکم الثانی و تأنیث الضمیر باعتبار «مزاحمة» (مزاحمة عرفا).

فاذا قلنا بعدم جواز المزاحمة لم یجز التسلیم الی الحاکم الثانی.

(الامر السابع) من الامور المرتبطة بخیار الشرط (اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم یکن له ذلک) الفسخ (الا برد الجمیع) ای جمیع الثمن و ذلک لانه شرط الفسخ (فلو رد) البائع (بعضه) ای بعض الثمن (لم یکن له الفسخ) الا اذا اکمله بالبعض الآخر (و) اذا دفع البائع بعض الثمن (لیس للمشتری التصرف فی المدفوع إلیه لبقائه علی ملک البائع) و رضی البائع ان یتصرف فیه لا ینفع بعد ان کان رضا معاملیا لا رضا مطلقا

(و الظاهر) من القواعد (انه) ای المشتری (ضامن له) ای للمقدار المدفوع إلیه من الثمن (لو تلف) لقاعدة: علی الید (اذا دفعه إلیه علی وجه الثمنیة) لانه لیس بثمن، و لا امانة، و لا وجه آخر لعدم الضمان (الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۶

ان یصرح بکونها امانة عنده الی ان یجتمع قدر الثمن فیفسخ البائع.

و لو شرط البائع الفسخ فی کل جزء برد ما یخصّه من الثمن جاز الفسخ فی ما قابل المدفوع، و للمشتری خیار التبعیض اذا لم یفسخ البائع بقیة المبیع و خرجت المدة،

ان یصرح) البائع المعطی (بکونها) ای العین المدفوعة بعنوان بعض الثمن (امانة عنده) ای عند المشتری، فقال هی امانة عندک (الی ان یجتمع قدر الثمن) کاملا- (فیفسخ البائع) فانه اذا تلف عند المشتری حینئذ بدون تعدّ و تفریط لم یکن ضامنا، اذ الامین لیس بضامن، و لو تلف و اختلفا فی انه بتعد، أم لا، فلیس علیه الا الیمین، کما هی القاعدة الکلیة

(و لو شرط البائع) عند العقد (الفسخ فی کل جزء) جزء من اجزاء المبیع (ب) مقابل (ردّ) البائع (ما یخصّه) ای یخصّ ذلک الجزء (من الثمن) کما اذا باعه دارین بالفین، و شرط ان کل الف اذا دفع، کان له فسخ احدی الدارین (جاز الفسخ فی ما قابل المدفوع) حسب الشرط.

و الظاهر ان الفسخ بقدر ما بید البائع، فاذا دفع الفا فی مقابل الدار الغربیة، کان الراجع إلیه الدار الغربیة، و ان لم یرض المشتری بل اراد ارجاع الدار الشرقیة (و للمشتری خیار التبعیض اذا لم یفسخ البائع بقیة المبیع)، بان لم یعط بقیة الثمن (و خرجت المدة) المضروبة

اجلا للخیار، و ذلک لوضوح ان الشرط کان اعطاء جمیع الثمن فی مقابل رد جمیع المبیع، فاذا لم یعط جمیع الثمن لم یکن له الفسخ، فاذا فسخ البعض و ظن المشتری انه مقدمة فسخ الکل کان ذلک مراعی بفسخ الکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۷

و هل له ذلک قبل خروجها؟ الوجه ذلک و یجوز اشتراط الفسخ فی الکل برد جزء معین من الثمن فی المدة، بل بجزء غیر معین فیبقی

فاذا لم یفسخ الکل، کان للمشتری الامتناع عن رد المبیع، و استرجاع ما رد منه اذا کان رد البعض (و هل له) ای للمشتری (ذلک) ای خیار التبعیض (قبل خروجها؟) ای قبل خروج المدة بان کانت المدة سنة مثلا و اعطی البائع فی نصف سنة نصف المبلغ، و استرجع دارا من الدارین مثلا- فللمشتری ان یأخذ بخیار التبعیض بان یسترد الدار و یرجع نصف الثمن و یحتفظ بالدارین معا الی ان یعطی البائع کل الثمن قبل السنة (الوجه ذلک) ای للمشتری حق ذلک لحصول سبب خیار التبعیض فعلا.

لکن فیه انه اذا کان الشرط اعطاء کل جزء عند اعطاء البائع کل جزء من الثمن لم یکن لخیار المشتری وجه، بعد ان رضی بالتبعیض حال العقد (و یجوز اشتراط الفسخ فی الکل) ای کل المبیع (برد جزء معین من الثمن فی المدة).

کما اذا قال البائع: افسخ العقد اذا اعطیت نصف الثمن (بل بجزء غیر معین).

کما اذا قال البائع: افسخ العقد اذا اعطیت بعض الثمن و لم یعین مقدار ذلک البعض.

و انما یجوز ذلک لقاعدة: المؤمنون عند شروطهم.

و کیف کان (ف) اذا فسخ البائع بعد اعطاء جزء معین او جزء غیر معین (یبقی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۸

الباقی فی ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن کما یجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، کذا یجوز للمشتری اشتراط الفسخ برد المثمن.

و لا اشکال فی انصراف الاطلاق الی العین.

و لا فی جواز التصریح برد بدله مع تلفه.

الباقی فی ذمة البائع بعد الفسخ) فاذا دفع فهو، و الا- کان للمشتری اخذه منه یجبر الحاکم، فاذا لم یمکنه ذلک، کان له الفسخ و استرجاع المثمن من البائع، و رد ما اعطاه من الثمن.

(الامر الثامن) من الامور المربوطة بخیار الشرط (کما یجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، کذا یجوز للمشتری اشتراط الفسخ برد المثمن) فیقول المشتری للبائع اذا رددت الدار علیک فی مدة سنة کان لی فسخ العقد و استرجاع ثمنها.

و انما یجوز ذلک لاطلاق قاعدة: المؤمنون عند شروطهم.

(و لا- اشکال فی انصراف الاطلاق) ای اطلاق المشتری قوله «ان رددت المثمن» (الی العین) فاللازم علیه ردّ عین المثمن ای نفس الدار- مثلا- لا ان یرد بدله مثلا اذا کان مثلیا کما اذا کان المثمن حنطة، و قیمة اذا کان قیمیا کما اذا کان المثمن الدار.

(و) کذلک (لا) اشکال (فی جواز التصریح برد بدله) ای بدل المثمن (مع تلفه) بان یقول المشتری «اردّ عین الدار، او الحنطة لدی وجودهما، و اراد بدلهما قیمة او مثلا لدی تلفهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۱، ص: ۴۰۹

لأن مرجعه الى اشتراط الخيار برد المبيع، مع وجوده، و بدله مع تلفه، و عدم بقاء مال البائع عند المشترى بعد الفسخ، و فى جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال من انه خلاف مقتضى الفسخ لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع.

و انما قلنا «و لا فى جواز ..» (لان مرجعه) اى مرجع هذا الشرط (الى اشتراط الخيار برد) عين (المبيع، مع وجوده، و) برد (بدله) مثلا او قيمة (مع تلفه، و) مع (عدم بقاء مال البائع عند المشترى بعد الفسخ).

قوله «و عدم» عطف توضيحى لقوله «مع تلفه» و قول المصنف «لأن مرجعه» اى انه لا فرق بين ان يقول المشترى «اذا رددت المثمن استرجع العين و اذا كان المثمن تالفا رددت بدله» و بين ان يقول «اذا رددت المثمن- عينا لدى وجوده» و بدلا «لدى تلفه»- كان لى استرجاع الثمن (و فى جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال) من اطلاق: المؤمنون عند شروطهم، فيصح (من انه خلاف مقتضى الفسخ) فان الشارع قرر الفسخ المعتبر عند العقلاء فاذا شرط على خلاف المقرر عند العقلاء، كان من قبيل شرط خلاف مقتضى العقد (لان مقتضاه) اى مقتضى الفسخ (رجوع كل من العوضين الى صاحبه).

و عليه: (فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع) فلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۱۰

بل ليس فسخا فى الحقيقة.

نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمى، و بالقيمة فى المثلى، امكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما فى الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة، و القيمى بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما

يشمله دليل الشرط (بل) مثل هذا الفسخ الموجب لرجوع البدل «مع وجود العين» (ليس فسخا فى الحقيقة) لا انه فسخ غير مشروع.

لكن ربما يقال: ان هذا الاشكال غير صحيح لان الفسخ يوجب رجوع العين اذا لم يكن هناك مانع شرعى، او مانع عقلى، و إلا رجع الى البدل، و الشرط بمنزلة المانع الشرعى لان الشرع فى باب الشرط امضى الشروط العقلائية و هذا شرط عقلائى.

فكما انه اذا تلف العين يرجع الى البدل، كذلك اذا شرط عدم اعطائه العين.

(نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمى) كرد الشاة بشاة شبيهة بها، بينما الشاة قيمية (و بالقيمة فى المثلى) كردّ الحنطة قيمة لا حنطة (امكن الجواز) و ان كان هذا أيضا خلاف مقتضى الفسخ.

و انما نقول بامكان الجواز (لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما فى الذمة بغير جنسه) لأنه اذا كان المبيع تالفا تعلقت قيمته او مثله بالذمة فيشترط ان يوفى ما فى الذمة بشىء آخر (لا) انه (اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة، و) التالف (القيمى بالمثل) حتى يقال: انه خلاف مقتضى الفسخ و يكون فيه المحذور السابق (و لا) انه عبارة عن (اشتراط رجوع غير ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۱۱

اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل، و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه، او بدله و اللّه العالم.

اقتضاه العقد الى البائع) حتى يقال: انه خلاف مقتضى العقد، و الشرط المخالف لمقتضى العقد باطل (فتأمل).

لعل وجهه ما ذكرناه من صحة اشتراط رد البدل و لو مع التمكن من العين (و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما) اى البائع و المشترى (بردّ ما انتقل إليه، او بدله و الله العالم).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۱، ص: ۴۱۳

قریبا جدا بعونه تعالی سیصدر القسم الثانی من الخیارات و الجزء الثانی عشر من الکتاب (ایصال الطالب الی المکاسب) عن قریب ان شاء الله تعالی.

و یبحث فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع.

(الناشر)

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحۀ

مقدمۀ الکتاب ۲

تعریف الخیار و موارده ۳

فی ان الاصل فی البیع اللزوم او الجواز ۱۰

القول فی اقسام الخیار ۵۸

۱- خیار المجلس ۵۹

فی ثبوت خیار المجلس للمالکین ۶۱

فی انه هل یثبت خیار المجلس للعاقد الواحد أم لا ۸۹

فی استثناء بعض اشخاص المبیع عن خیار المجلس ۹۵

فی عدم ثبوت خیار المجلس فی العقود سوی البیع ۱۲۳

فی مبدأ خیار المجلس ۱۲۹

القول فی مسقطات الخیار ۱۳۵

فی سقوط خیار المجلس باشتراط سقوطه فی ضمن العقد ۱۳۶

من مسقطات خیار المجلس اسقاطه بعد العقد ۱۷۰

من مسقطات خیار المجلس افتراق المتبایعین ۱۸۱

فی عدم الاعتبار بالافتراق عن اکراه ۱۸۷

فی ما لو اکره احد المتبایعین علی التفرق ۱۹۶

الموضوع الصفحۀ

فی ما اذا زال الاکراه ۲۲۱

من مسقطات خیار المجلس التصرف ۲۲۴

۲- خیار الحیوان ۲۲۷

فی اختصاص خیار الحیوان بالمشتری ۲۳۲

فی انه لا فرق فی مدۀ الخیار بین الامۀ و غیرها ۲۴۹

فی مبدأ خیار الحیوان ۲۵۱

فی دخول اللیلتین فی الایام الثلاثۀ ۲۶۰

فی مسقطات خیار الحیوان ۲۶۵
۳- خیار الشرط ۳۰۶
فی عدم الفرق بین اتصال زمان الخیار و انفصاله ۳۱۰
فی عدم الفرق بین ذکر المدة و عدمه فی بطلان العقد ۳۱۹
فی مبدأ خیار الشرط ۳۲۹
فی صحة جعل خیار الشرط للاجنبی ۳۳۳
فی جواز اشتراط الاستیمار ۳۴۱
فی اضافة البیع الی الخیار ۳۴۶
فی ان الثمن اما ان یکون فی الذمة او معینا ۳۵۷
فی ان ردّ الثمن مقدمة للفسخ ۳۶۴
فی اسقاط خیار الشرط باسقاطه بعد العقد ۳۶۷
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۱، ص: ۴۱۶
الموضوع الصفحة
فی ما لو تلف المبیع کان تلفه من المشتری ۳۸۵
فی تسلط البائع علی الفسخ ۳۹۳
فیما اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثّمن ۴۰۵
فی تسلط البائع و المشتری علی الفسخ ۴۰۸
محتویات الکتاب ۴۱۴

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الثانی عشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین و صلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و لعنة اللّه علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الثانی من کتاب الخیارات و الجزء الثانی عشر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّه الانصاری قدس سره.

و یشرع فی مسئلة عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الّا من اتی اللّه بقلب سلیم.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳

[تتمة القول فی الخیار]

[تتمة أقسام الخيار]

[تتمة الثالث فی خيار الشرط]

مسئلة لا اشكال و لا خلاف فی عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع،

و جريانه فی كل معاوضة لازمة، كالاجارة و الصلح و المزارعة و المساقات، بل قال فی التذكرة الاقرب عندی دخول خيار الشرط فی كل عقد معاوضة خلافا للجمهور.

و مراده: ما يكون لازما لانه صرح بعدم دخوله فی الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لان الخيار لكل منهما دائما

(مسألة: لا اشكال و لا خلاف فی عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه فی كل معاوضة لازمة) و ذلك لاطلاق «المؤمنون عند شروطهم» (كالاجارة و الصلح و المزارعة و المساقات) و الهبة المعوضة، و غيرها (بل) ظاهر العلامة الاجماع عليه فانه (قال فی التذكرة الاقرب عندی دخول خيار الشرط فی كل عقد معاوضة خلافا للجمهور) من العامة، فان ذكر مخالفة الجمهور دليل على وجود الاجماع عندنا.

ثم لا يخفى انه سيأتی من المصنف عدّ الصلح من موارد الاشكال، فهو مناف لعدّه هنا فيما لا اشكال فيه.

(و مراده) من كل عقد معاوضة (ما يكون لازما) فلا يشمل كلامه العقود الجائزة (لانه صرح بعدم دخوله) ای عدم دخول الشرط (فی الوكالة و الجعالة و القراض) ای المضاربة (و العارية و الوديعة) من العقود الجائزة (لان الخيار لكل منهما) ای من المتعاقدين (دائما).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴

فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه.

و الاصل فی ما ذكر عموم: المؤمنون عند شروطهم، بل الظاهر المصرح به فی كلمات جماعة دخوله فی غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد، بل اطلاقها يشمل العقود الجائزة، الا ان يدعى من الخارج

فقوله «لكل منهما» خبر «لان الخيار» و «دائما» حال عن «الخيار» (ف) ان كان الخيار فی العقود الجائزة ف (لا معنى لدخول خيار الشرط فيه) ای فی العقد الجائز.

(و الاصل فی ما ذكر) من دخول الخيار فی كل عقد لازم (عموم:

المؤمنون عند شروطهم) فانه يشمل كل عقد (بل الظاهر المصرح به فی كلمات جماعة دخوله) ای دخول خيار الشرط (فی غير المعاوضات من العقود اللازمة) كالهبة، فانها عقد لازم- اذا كانت لذی رحم مثلا- مع انها ليست معاوضة (و لو من طرف واحد) كما فی الهبة بذی الرحم فانها من طرف الواهب لازمة، دون الطرف الموهوب له، فللموهوب له ردها.

و الحاصل: انه يدخل الشرط، فی غير المعاوضات حتى ما كان جائزا من الطرفين.

و لذا قال: (بل اطلاقها) ای اطلاق ادلة الشرط مثل «المؤمنون عند شروطهم» (يشمل العقود الجائزة) و لا مانع من ان يكون الجواز لجهتين، كما فی خيار الحيوان فی المجلس، فان هناك جوازين، جواز المجلس، و جواز الحيوان (الا ان يدعى من) الدليل (الخارج) عن اطلاق «المؤمنون ..»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۵

عدم معنی للخیار فی العقد الجائز، و لو من الطرف الواحد.

فعن الشرائع و الارشاد و الدروس و تعلیق الارشاد و مجمع البرهان و الکفایة دخول خیار الشرط فی کل عقد سوی النکاح و الوقف و الابراء، و الطلاق و العتق، و ظاهرها ما عدا الجائز.

و لذا ذکر نحو هذه العبارة فی التحریر بعد ما منع الخیار فی العقود الجائزة.

(عدم معنی للخیار فی العقد الجائز، و لو) کان الجواز (من الطرف الواحد) فلا خیار لذلک الطرف، و ان کان الخیار ثابتا من الطرف اللازم و کیف کان:

(فعن الشرائع و الارشاد و الدروس و تعلیق الارشاد و مجمع البرهان و الکفایة دخول خیار الشرط فی کل عقد سوی النکاح و الوقف و الابراء و الطلاق و العتق).

و المراد بالعقد: المعنی اللغوی الشامل لما لیس له طرفان، مثل قولهم عقد القلب، و الا کان استثناء الطلاق منقطعا (و ظاهرها) ای ظاهر العبارات المذکورة (ما عدا الجائز) فقولهم «کل عقد» یراد به «کل عقد لازم».

(و لذا ذکر نحو هذه العبارة) المتقدمة عن الکتب المذکورة (فی التحریر بعد ما منع الخیار فی العقود الجائزة).

لکن لا یخفی ان حمل کلام فقیه علی کلام فقیه آخر یحتاج الی القطع المفقود فی المقام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶

و کیف کان، فالظاهر عدم الخلاف بینهم فی ان مقتضی عموم ادلة الشرط الصحة فی الکل و انما الاخراج لمانع.

و لذا قال فی الدروس- بعد حکایة المنع من دخول خیار الشرط فی الصرف عن الشیخ قدس سره- انه لم یعلم وجهه مع عموم صحیحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم.

فالمهم هنا بیان ما خرج عن هذا العموم.

فنقول: اما الایقاعات فالظاهر عدم الخلاف فی عدم دخول الخیار

(و کیف کان، فالظاهر عدم الخلاف بینهم فی ان مقتضی عموم ادلة الشرط الصحة فی الکل) ای کل عقد (و انما الاخراج) عن العموم (لمانع) من نصّ او اجماع.

(و لذا قال فی الدروس- بعد حکایة المنع من دخول خیار الشرط فی) بیع (الصرف عن الشیخ قدس سره-) «عن» متعلق «بالمنع».

قال (انه لم یعلم وجهه مع عموم صحیحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم).

فالظاهر منه انه جعل الاصل دخول الخیار فی کل عقد، و انما یحتاج عدم دخوله فی مکان الی بیان المانع.

(فالمهم هنا بیان ما خرج عن هذا العموم) بعد کون الاصل دخول کل عقد.

(فنقول: اما الایقاعات فالظاهر عدم الخلاف فی عدم دخول الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷

فیها کما یرشد إلیه استدلال الحلّی فی السرائر علی عدم دخوله فی الطلاق بخروجه عن العقود.

قیل لان المفهوم من الشرط ما کان بین اثنین کما ینبه علیه جملة من الاخبار و الایقاع انما یقوم بواحد.

و فیه ان المستفاد من الاخبار کون الشرط قائما بشخصین المشروط له و المشروط علیه.

فیها).

و لا یخفی ان الاستدلالات الآتیة غیر معتد بها، و ان کانت اشعارات و مؤیدات، و عدم الخلاف غیر محقق، فالدخول- الا ما خرج بنص او اجماع- اقرب (کما یرشد إلیه) ای الی عدم الخلاف (استدلال الحلّی فی السرائر علی عدم دخوله) ای عدم دخول الخیار (فی الطلاق بخروجه) ای الطلاق (عن العقود) و الاستدلال یعطینا بان عدم الخیار فی غیر العقد مسلّم.

(قیل) فی وجه عدم دخول الخیار فی الایقاع (لان المفهوم من الشرط ما کان بین اثنین کما ینبه علیه جملة من الاخبار) فانها ذکرت الشرط فی ما کان بین اثنین (و الایقاع انما یقوم بواحد).

(و فیه ان المستفاد من الاخبار کون الشرط قائما بشخصین المشروط له و المشروط علیه) اذ لا معنی للشرط بدون طرفین.

لکن فیه ان هذه الاستفادة غیر تامة، بل اللازم ان یکون هناک الزام او شبه الزام، و ان لم یکن هناک طرف آخر، کالذی یجعل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸

لا کونه متوقفا علی الایجاب و القبول.

الا تری انهم جوزوا ان یشترط فی اعتاق العبد خدمة مدة، تمسکا بعموم: المؤمنون عند شروطهم.

غایة الامر توقف لزومه کاشتراط مال علی العبد علی قبول العبد علی

نفسه عملا بشرط کذا، و ان لم یکن هناک طرف ثان، و لذا یصدق عرفا ان الّذی لا یعتقد بالله جعل علی نفسه الامساک بشرط ان لا یضر بصحته فان هناک لیس طرف ثان من انسان او آله، و مع ذلک یصدق الشرط (لا کونه متوقفا علی الایجاب و القبول).

(الا تری انهم جوزوا ان یشترط فی اعتاق العبد خدمة مدة، تمسکا بعموم: المؤمنون عند شروطهم).

و یدل علیه- بالإضافة الی ذلک- صحیحة ابی العباس عن ابی عبد الله علیه السلام، قال سألته عن رجل قال غلامی حرّ، و علیه عمالة کذا و کذا، قال علیه السلام هو حرّ و علیه العمالة.

و صحیحة یعقوب ابن شعیب سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اعتق جاریة و شرط علیها ان تخدمه عشر سنین، فابقت ثم مات الرجل، فوجدها ورثته، الهم ان یستخدموها؟ قال علیه السلام: لا، فان ظاهر هذه الروایة ان الشرط حیث کان خدمة نفس المولی و قد مات، فلا شرط علیها.

(غایة الامر توقف لزومه) ای لزوم الشرط علی العبد (کاشتراط مال علی العبد علی قبول العبد علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹

قول بعض.

لکن هذا غیر اشتراط وقوع الشرط بین الایجاب و القبول.

فالاولی الاستدلال علیه مضافا الی امکان منع صدق الشرط، و انصرافه خصوصا علی ما تقدم عن القاموس بعدم مشروعیة الفسخ فی الایقاعات، حتی تقبل، لاشتراط التسلط علی الفسخ فیها.

قول بعض) فی قبال انه لیس بشرط قبول العقد لانه ملک للمولی، فقد اخرج بعض ملکه و ابقی الباقی، سواء قبل العبد، أم لا و یؤیده ظاهر الصحیحة الاولی.

(لکن هذا) کون الشرط قائما بین اثنین (غیر اشتراط وقوع الشرط بین الایجاب و القبول) اذ یشترط المولی علی- مثلا- و لا حاجة الی قبول العبد.

(فالاولی الاستدلال علیه) ای علی عدم دخول الشرط فی الایقاعات (مضافا الی امکان منع صدق الشرط، و) ذلک ل (انصرافه) ای الشرط (خصوصا علی ما تقدم عن القاموس) بان الشرط الزام او التزام فی ضمن بیع و نحوه.

لکن فیه عدم تسلیم الانصراف و عدم دلالة کلام القاموس علی ذلک (بعدم مشروعیة الفسخ فی الایقاعات) لان الایقاع تکوین، و الشیء اذا وقع لا یقبل ان یکون کالعدم (حتی تقبل) الایقاعات (لاشتراط التسلط علی الفسخ فیها).

و فیه: ان «عدم مشروعیة الفسخ فی الایقاعات» خال عن البرهان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۰

و الرجوع فی العدة لیس فسخا للطلاق، بل هو حکم شرعی فی بعض اقسامه لا یقبل الثبوت فی غیر مورده، بل و لا السقوط فی مورده.

و مرجع هذا الی ان مشروعیة الفسخ لا بد لها من دلیل و قد وجد فی

و ما ذکر وجها له «لان الایقاع ... الخ» اشبه شیء بالاستحسان.

(و) ان قلت: اذا لم یمکن الفسخ فی العدة، فکیف امکن الرجوع فی العدة، فان الرجوع فسخ للطلاق.

قلت: (الرجوع فی العدة لیس فسخا للطلاق، بل هو حکم شرعی فی بعض اقسامه) فلیس امرا طبیعیا عقلیا قرره الشارع حتی یکون کسائر الحقوق.

و یدل علی انه حکم شرعی انه (لا یقبل الثبوت فی غیر مورده) کالطلاق البائن (بل و لا السقوط فی مورده) فلا یصح ان یطلّق بشرط ان لا یرجع فی العدة، و لو کان من قبیل الفسخ لکان بید المطلق و المطلقة.

(و مرجع هذا) الّذی ذکرنا من ان الرجوع فی العدة حکم شرعی فلا یضر مع قاعدة الایقاعات: لا تقبل الفسخ (الی ان مشروعیة الفسخ) مطلقا حتی فی العقود (لا بد لها من دلیل).

و وجه «ان مرجع هذا الی ان ..» ان المستفاد من هذه العلة «علة الرجوع فی العدة» انه کلما حکم الشارع بالفسخ صح و کلما لم یحکم به لم یصح فان هذه العلة تسقط اصالة دخول الشرط فی کل مکان و تجعل الاصل عدم الدخول الا ما حکم الشارع (و قد وجد) الدلیل (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱

العقود من جهة مشروعیة الاقالة و ثبوت خیار المجلس و الحیوان و غیر هما فی بعضها، بخلاف الایقاعات، فانه لم یعهد من الشارع تجویز نقض اثرها بعد وقوعها حتی یصح اشتراط ذلک فیها.

و بالجملة فالشرط لا یجعل غیر السبب الشرعی سببا، فاذا لم یعلم کون الفسخ سببا لارتفاع الایقاع او علم عدمه بناء علی ان اللزوم فی الایقاعات

العقود من جهة مشروعیة الاقالة) برضا الطرفین (و ثبوت خیار المجلس و الحیوان و غیر هما) کالغبن و العیب (فی بعضها) ای فی بعض العقود

و من ذلک یستکشف ان الشارع اجاز الشرط فی کل عقد من باب وحدة المناط (بخلاف الایقاعات، فانه لم یعهد من الشارع تجویز نقض اثرها بعد وقوعها حتی یصح اشتراط ذلک) النقض و الابطال (فیها) ای فی الایقاعات.

و فیه ان الاصل دخول الشرط فی الجمیع الا ما خرج لان الشرط امر عقلائی أمضاه الشارع فالخارج یحتاج الی دلیل.

(و بالجملة فالشرط لا یجعل غیر السبب الشرعی سببا).

فکما لا یصح ان یشترط فی ضمن عقد ان تکون بنت المشتری زوجة للبائع بدون العقد، او ان یکون المشتری من ورثة البائع بعد موته فیما لم یکن وارثا شرعا او شبه ذلک، فکذلک لا یصح ان یجعل بالشرط الایقاع غیر القابل للانفساخ منفسخا (فاذا لم یعلم کون

الفسخ سببا لارتفاع الایقاع او علم عدمه) ای عدم کون الفسخ سببا کما علمنا ذلک فی الطلاق (بناء علی ان اللزوم فی الایقاعات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۲

حکم شرعی، کالجواز فی العقود الجائزة، فلا یصیر سببا باشتراط التسلط علیه فی متن الایقاع.

هذا کله مضافا الی الاجماع عن المبسوط و نفی الخلاف عن السرائر علی عدم دخوله فی العتق و الطلاق

حکم شرعی، کالجواز فی العقود الجائزة) لا انه حق عرفی أمضاه الشارع لانه اذا کان حقا کان المرجع فیه الی العرف.

فقوله «بناء» علة لقوله «او علمه» (فلا یصیر) الفسخ (سببا ب) سبب (اشتراط التسلط علیه) ای علی الفسخ (فی متن الایقاع).

و قوله «فلا» جواب «فاذا لم یعلم» و کان الافضل ان یقول «لا» بدون «الفاء».

اقول یرد علی المصنف انه قد تقدم ان العقد و الایقاع امران عرفیان أمضاهما الشارع، و کذلک الشرط.

فکلما زاد الشارع او نقص یؤخذ به، و کلما لم یزد و لم ینقص من شرط او جزء او نحوهما فالمتبع اطلاق الادلة.

و علیه فما لیس بسبب مجردا عن اشتراطه یکون سببا اذا اشترط الا فیما علم من الشارع انه غیر قابل للتغییر.

(هذا کله) وجوه استدلالیة لعدم دخول الشرط فی الایقاع (مضافا الی الاجماع عن المبسوط و نفی الخلاف عن السرائر علی عدم دخوله) ای الشرط (فی العتق و الطلاق).

و لعل مراده کل اقسام الطلاق کالمبارات و الخلع، لکن لا یبعد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۳

و اجماع المسالک علی عدم دخوله فی العتق و الابراء.

و مما ذکرنا فی الایقاع یمکن ان یمنع دخول الخیار فیما تضمن الایقاع و لو کان عقدا، کالصلح المفید فائدة الابراء، کما فی التحریر و جامع المقاصد، و فی غایة المرام ان الصلح ان وقع معاوضة دخله خیار الشرط، و ان وقع عما فی الذمة مع جهالته او علی اسقاط الدعوی قبل ثبوتها

دخوله فیها، فان السید الطباطبائی قال: لا مانع من جریانه فی الخلع و المبارات (و اجماع المسالک علی عدم دخوله فی العتق و الابراء) لا یخفی انه ان تم الاجماع، فبها، و الا لم یکن فی مجرد دعواه- کما فی الابراء اذ لم یحقق فیه اجماع محقق- وجه للقول بعدم دخول الشرط فیه.

(و مما ذکرنا) وجها لعدم دخول الشرط (فی الایقاع یمکن ان یمنع دخول الخیار فیما تضمن الایقاع و لو کان عقدا).

وجه الامکان ان مثل هذا العقد فی الحقیقة ایقاع، فالدلیل علی عدم دخوله فی الایقاع یدل علی عدم دخوله فی مثل هذا العقد لانه فی الحقیقة ایقاع (کالصلح المفید فائدة الابراء) کما اذا قال «صالحتک علی ان تسحب دعواک عنی و انت بریئ عن طلبی منک» (کما فی التحریر و جامع المقاصد، و) قال (فی غایة المرام ان الصلح ان وقع معاوضة) کما اذا قال صالحتک عن هذا الکتاب مقابل هذا القلم (دخله خیار الشرط) لاطلاق ادلة الشرط، فانه فی الحقیقة بیع بصورة الصلح (و ان وقع عما فی الذمة مع جهالته) قیّد ب «مع جهالته» حتی لا یکون بیعا، اذ یشترط فی البیع عدم الجهالة (او علی اسقاط الدعوی قبل ثبوتها) لان الدعوی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۴

لم یدخله، لان مشروعیته لقطع المنازعة فقط.

و اشتراط الخیار لعود الخصومة ینافی مشروعیته.

و کل شرط ینافی مشروعیة العقد غیر لازم، انتهی.

و الکبری المذکورة فی کلامه راجعة الی ما ذکرنا فی وجه المنع عن الایقاعات.

اذا ثبتت قوبلت بالمال فیکون الصلح علی اسقاطها کالبیع الّذی یدخله الخیار (لم یدخله) الخیار (لان مشروعیته) ای الصلح انما هی (لقطع المنازعة فقط).

(و اشتراط الخیار) الّذی یوجب الاخذ به (لعود الخصومة ینافی مشروعیته).

(و) من الواضح ان (کل شرط ینافی مشروعیة العقد غیر لازم، انتهی) لانه من قبیل الشرط المنافی لمقتضی العقد، کان یشترط فی عقد النکاح ان لا یکون بینهما علقة الزوجیة لکن لا یخفی ان شرط الخیار لا ینافی مشروعیة الصلح المذکور، بل هو من قبیل ان یقال ان مشروعیة البیع لاجل التملیک، و اشتراط الخیار مناف للتملیک و کما ان هذا الاستدلال فی البیع باطل کذلک فی الصلح.

(و) کیف کان ف (الکبری المذکورة فی کلامه) ای قوله «و کل شرط .. الخ».

و صورة القیاس هکذا «الخیار ینافی المشروعیة و کل خیار ینافی المشروعیة، فهو باطل» (راجعة الی ما ذکرنا فی وجه المنع عن) دخول الشرط فی (الایقاعات) حیث قلنا ان الشرط ینافی تشریع الایقاع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۵

و لا اقل من الشک فی ذلک الراجع الی الشک فی سببیة الفسخ لرفع الایقاع.

و اما العقود، فمنها: ما لا یدخله اتفاقا.

و منها: ما اختلف فیه.

و منها: ما یدخله اتفاقا.

فالاول النکاح، فانه لا یدخله اتفاقا، کما عن الخلاف، و المبسوط، و السرائر، و جامع المقاصد، و المسالک الاجماع علیه،

(و) لا یخفی انه اذا لم نقطع بما ذکرناه من الدلیل علی عدم دخول الفسخ فی الایقاعات، ف (لا اقل من الشک فی ذلک الراجع الی الشک فی سببیة الفسخ لرفع الایقاع) فالاصل عدمه.

و علیه فاذا جعل الشرط و فسخ لم یؤثر فسخه فی رفع الایقاع.

و فیه ان الشک مرجعه الی: عموم المؤمنون عند شروطهم، حسب ما ذکرناه سابقا هذا کله فی الایقاعات.

(و اما العقود، فمنها: ما لا یدخله اتفاقا).

(و منها: ما اختلف فیه) هل یدخله: أم لا.

(و منها: ما یدخله اتفاقا).

فالعقود بالنسبة الی دخول الفسخ علی ثلاثة اقسام.

(فالاول) الّذی لا یدخله اتفاقا (النکاح) بقسمیه الدائم و المنقطع (فانه لا یدخله اتفاقا، کما عن الخلاف، و المبسوط، و السرائر، و جامع المقاصد، و المسالک الاجماع علیه) و هذا هو سبب عدم دخوله فیه فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶

و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا علی الطلاق، و عدم مشروعیة التقایل فیه.

و من الثانی الوقف فان المشهور عدم دخوله فیه و عن المسالک انه موضع وفاق.

و یظهر من محکی السرائر، و الدروس وجود الخلاف فیه.

و ربما علل باشتراط القربة فیه.

الاجماع علی ذلک قطعی (و لعله) ای لعل الاجماع نشأ (ل) اجل (توقف ارتفاعه) ای النکاح (شرعا علی الطلاق) و انقضاء المدة فی المنقطع طبعا او هبة (و عدم مشروعیة التقایل فیه) و الفسخ بالعیوب بدلیل شرعی، فلا یستشکل بانه کیف لا یمکن فیه الفسخ؟ مع انه ورد الفسخ فیه بالعیوب.

نعم ذکروا فی کتاب النکاح دخول خیار الاشتراط فیه کما اذا شرط کون الزوج او الزوجة حرا او حرة، فبان خلاف ذلک، او شرط البکارة فبانت ثیبا.

(و من الثانی) الّذی اختلف فیه هل انه یدخله الفسخ أم لا؟ (الوقف) باقسامه من الذرّی، و الخیری و غیر هما (فان المشهور عدم دخوله) ای الفسخ (فیه) ای فی الوقف (و عن المسالک انه موضع وفاق).

(و) لکن (یظهر من محکی السرائر، و الدروس وجود الخلاف فیه) و ان هناک قولا بدخول الفسخ فیه و علیه فیصح الشرط فیه.

(و ربما علل) قول المشهور بامرین.

الاول: (باشتراط القربة فیه) و کلما یشترط فیه القربة لا یدخله الفسخ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷

و انه فک ملک بغیر عوض.

و الکبری فی الصغریین ممنوعة.

و یمکن الاستدلال له بالموثقة المذکورة فی مسألة شرط الواقف کونه احق بالوقف عند الحاجة، و هی قوله علیه السلام: من اوقف ارضا، ثم قال ان احتجت إلیها فانا احق بها، ثم مات الرجل، فانها ترجع فی

لما ورد من ان ما کان لله فلا رجعة فیه و الفسخ رجوع.

(و) الثانی: (انه فک ملک بغیر عوض) و اذا خرج شیء عن الملک لا یدخل ثانیا تحت الملک.

(و الکبری) و هی «لما ورد ..» و «اذا خرج ..» (فی) کلتا (الصغریین) «باشتراط القربة ..» و «بانه فک ..» (ممنوعة).

اذ: لا دلیل علی انه اذا شرط فی «ما کان لله» ان یرجع، لم ینفذ شرطه.

اما قوله علیه السلام «ما کان لله ..» فالمنصرف عنه «ما کان بدون شرط» کما انه لا دلیل علی انه «اذا خرج شیء عن الملک ..» فان الانسان اذا اعرض عن شیء و القاه فی الشارع خرج عن ملکه مع انه یتمکن من ارجاعه الی نفسه.

(و یمکن الاستدلال له) ای للمشهور (بالموثقة المذکورة فی مسألة شرط الواقف) عند الوقف (کونه احق بالوقف عند الحاجة) إلیه (و هی قوله علیه السلام: من اوقف ارضا، ثم قال ان احتجت إلیها فانا احق بها، ثم مات الرجل، فانها) ای الارض (ترجع فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸

المیراث، و قریب منها غیرها.

و فی دلالتها علی المدعی تامل.

و یظهر من المحکی عن المشایخ الثلاثة فی تلک المسألة تجویز اشتراط الخیار فی الوقف، و لعله المخالف الّذی اشیر إلیه فی محکی السرائر

المیراث، و) کذلک (قریب منها) فی المضمون (غیرها).

و وجه دلالتها علی بطلان الشرط ان الامام علیه السلام بین ان هذا الشرط یبطل الوقف لانه علیه السلام قال: ان الوقف یرجع میراثا و

لا ـ وجه لرجوعه میراثا الا بطلان الوقف، اذ لو صح هذا الوقف کان قد بقی وقفا بعد ان لم یحتج الواقف، و اذا بقی فی زمان حیاة الواقف وقفا استمر الی ما بعد مماته، فلا یرجع میراثا.

(و) لکن (فی دلالتها) ای دلالة هذه الروایة (علی المدعی) الّذی ذهب إلیه المشهور (تأمل).

اذ من المحتمل ان یکون مراد الواقف «انا احق بها» احق بالتصرف فیها بان یکون من اقسام الوقف علی النفس، و الوقف علی النفس باطل فلا ربط للروایة بما نحن فیه «اعنی بطلانه لاجل جعل الشرط فیه».

(و یظهر من المحکی عن المشایخ الثلاثة) اصحاب الکتب الاربعة الکلینی و الشیخ و الصدوق (فی تلک المسألة) ای مسألة شرط الواقف کونه احق بالوقف (تجویز اشتراط الخیار فی الوقف، و لعله) ای کل واحد من المشایخ الثلاثة مثل قوله تعالی «وَ الْمَلائِکَةُ بَعْدَ ذلِکَ ظَهِیرٌ» هو (المخالف الّذی اشیر إلیه فی محکی السرائر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹

و الدروس.

و اما حکم الصدقة فالظاهر انه حکم الوقف، قال فی التذکرة فی باب الوقف انه یشترط فی الوقف الالزام، فلا یقع لو شرط الخیار فیه لنفسه، و یکون الوقف باطلا کالعتق و الصدقة انتهی.

و الدروس).

و الظاهر دخوله فی الوقف للروایة السابقة، و لخبر اسماعیل ابن الفضیل، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر، و قال ان احتجت الی شیء من المال فانا احق به، تری ذلک له و قد جعله لله یکون له فی حیاته فاذا هلک الرجل یرجع میراثا الی اهله.

و کان هذا الخبر هو الّذی اشار إلیه المصنف بقوله و قریب منها غیرها و ظاهر هما ان الرجل افتقر فی حیاته و لذا صار الوقف ملکا للوارث، و یؤیده «المؤمنون» و قوله صلی الله علیه و آله و سلم «الوقوف علی حسب ما وقفها اهلها» و «ما کان لله فلا رجعة فیه» یقید بالدلیلین، لانه مطلق و هما مقیدان، و کیف کان فتفصیل الکلام فی کتاب الوقف.

(و اما حکم الصدقة فالظاهر انه حکم الوقف) لوحدة المناط فیهما.

و لذا (قال فی التذکرة فی باب الوقف انه یشترط فی الوقف الالزام) للوقف ای جعله لازما (فلا یقع لو شرط الخیار فیه لنفسه، و یکون الوقف باطلا کالعتق و الصدقة) و هو صریح فی بطلان الصدقة بإدخال الخیار فیها (انتهی) کلام التذکرة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰

لکن قال فی باب خیار الشرط: اما الهبة المقبوضة فان کانت لاجنبی غیر معوض عنها، و لا قصد بها القربة، و لا تصرف المتهب یجوز للواهب الرجوع فیها، و ان اختل احد القیود لزمت.

و هل یدخلها خیار الشرط، الاقرب ذلک، انتهی.

و ظاهره دخول الخیار فی الهبة اللازمة حتی الصدقة.

و کیف کان، فالاقوی عدم دخوله فیها، لعموم ما دل علی انه لا یرجع فیما کان لله

(لکن قال) العلامة (فی باب خیار الشرط: اما الهبة المقبوضة فان کانت لاجنبی غیر معوض عنها، و لا قصد بها القربة، و لا تصرف المتهب یجوز للواهب الرجوع فیها).

اما الهبة غیر المقبوضة فلا انعقاد لها لان القبض شرط الهبة- کما قرر فی محله- (و ان اختل احد القیود) بان کانت الهبة لذی رحم، او

زوج، او کانت معوضة، او قصد بها القربة، او تصرف المتهب- ای الموهوب له- فیها (لزمت) کما قرر فی باب الهبة.

(و هل یدخلها خیار الشرط) حتی تکون جائزة فی مورد اللزوم اذا لم یکن خیار (الاقرب ذلک) ای الدخول (انتهی).

(و ظاهره دخول الخیار فی الهبة اللازمة حتی الصدقة) لان الهبة التی کانت بقصد القربة تکون من اقسام الصدقة.

(و کیف کان، فالاقوی عدم دخوله) ای الشرط (فیها) ای فی الصدقة (لعموم ما دل علی انه لا یرجع فیما کان لله) کقوله علیه السلام: انما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱

بناء علی ان المستفاد منه کون اللزوم حکما شرعیا لماهیة الصدقة، نظیر الجواز للعقود الجائزة.

و لو شک فی ذلک کفی فی عدم سببیة الفسخ التی

الصدقة لله عز و جل، فما جعل الله عز و جل فلا رجعة له فیه.

و عن الصادق علیه السلام، قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: انما مثل الّذی یرجع فی صدقته کالذی یرجع فی قیئه، الی غیرهما من الروایات.

و انما قلنا «الاقوی ..» (بناء علی ان المستفاد منه) ای من عموم ما دل علی انه: لا یرجع فیما کان لله (کون اللزوم حکما شرعیا لماهیة الصدقة نظیر الجواز للعقود الجائزة) فاذا کان اللزوم حکما شرعیا لم یضر بالشرط فکما انه لا یصح ان یعقد عقدا جائز او یشترط فیه اللزوم- فان الشرط باطل- اذا الجواز حکم شرعی، کذلک لا یصح الشرط فی العقد اللازم الّذی حکم الشارع بانه لازم- من باب الحکم لا- من باب الحق- لکن فیه ان قوله «بناء ...» غیر تام، اذ من این هذا البناء، بل حالها حال سائر العقود اللازمة و «ما کان لله» مطلق قابل للتقیید «بما اذا لم یشترط» اذ المنصرف منه «ما کان لله علی کل حال» فاذا شرط «لم یکن لله علی کل حال».

(و لو شک فی ذلک) و ان اللزوم فی الصدقة هل هو حکم شرعی؟ أم حق (کفی) الشک (فی عدم سببیة الفسخ) لرجوع تلک السببیة (التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۲

یتوقف صحة اشتراط الخیار علیها.

و توهم امکان اثبات السببیة بنفس دلیل الشرط واضح الاندفاع.

و منه الصلح فان الظاهر المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة فی التذکرة، دخول الخیار فیه مطلقا، بل عن المهذب البارع فی باب الصلح: الاجماع علی دخوله فیه بقول مطلق.

یتوقف صحة اشتراط الخیار علیها) اذ لو علم بالسببیة صح الخیار، و ان لم یعلم بالسببیة لم یصح الخیار.

(و) ان قلت: نثبت السببیة من دلیل: المؤمنون عند شروطهم.

قلت: (توهم امکان اثبات السببیة بنفس دلیل الشرط واضح الاندفاع) لان «الشرط» انما یصح عند تحقق موضوعه، ای «امکان السببیة» فلا تثبت السببیة بالشرط، فهو من قبیل اثبات الموضوع بسبب الحکم.

لکن فیه ان المقام من موارد التمسک بعموم الشرط، و سیأتی منه ره انه لو شک فی کون الشرط مخالفا، فالاصل عدم المخالفة.

(و منه) ای من اقسام ما اختلف فیه، و انه هل یدخل فیه الخیار أم لا؟

(الصلح فان الظاهر) عند المصنف (المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة فی التذکرة، دخول الخیار فیه مطلقا) «مطلقا» مقابل التفصیل الآتی بین اقسام الصلح (بل عن المهذب البارع فی باب الصلح: الاجماع علی دخوله فیه بقول مطلق) و هذا القول هو المتعین لاطلاق

الادلة و عدم محذور فيه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٢، ص: ٢٣

و ظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا.

و قد تقدم التفصيل عن التحرير، و جامع المقاصد، و غاية المرام، و لا يخلو عن قرب، لما تقدم من الشك فى سببية الفسخ لرفع الابراء، او ما يفيد فائدته.

و منه الضمان فان المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، و هو

(و) لكن (ظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا) و لعله لما تقدم من ان الصلح شرع لحسم الخلاف.

فجعل الخيار فيه مخالف لهذه الحكمة فكان الشرط مخالف لمقتضى العقد.

و فيه ان الشرط مخالف لاطلاقه لا انه مخالف لمقتضاه.

(و قد تقدم التفصيل) بين اقسام الصلح (عن التحرير، و جامع المقاصد و غاية المرام، و لا يخلو عن قرب).

و حاصله ان كل شىء لا يدخله الخيار يكون الصلح المفيد فائدته أيضا لا يدخله الخيار (لما تقدم من الشك فى سببية الفسخ لرفع الابراء او ما يفيد فائدته) اى الصلح المفيد فائدة الابراء، و قد عرفت الجواب عنه، كما ان مقتضى هذا التفصيل عدم دخوله فى مثل الصلح على العتق و على الوقف و نحوهما.

(و منه) اى مما اختلف فيه و انه هل يدخل فيه الخيار، أم لا؟ (الضمان فان المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، و هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٢، ص: ٢٤

ظاهر المبسوط.

و الاقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه.

و منه الرهن، فان المصرح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لان الرهن وثيقة للدين، و الخيار ينافى الاستيثاق.

و لعله لذا استشكل فى التحرير، و هو ظاهر المبسوط، و مرجعه

ظاهر المبسوط) و كانه لاجل ان الضمان شرع لمصلحة المضمون له، فاذا دخله الخيار كان مخالفا لمقتضى العقد.

و فيه ان ذلك خلاف اطلاق الضمان لا انه مخالف مقتضى ذاته.

(و) لذا كان (الاقوى دخوله فيه) اى فى الضمان (لو قلنا بالتقايل فيه) بان قلنا: بصحة ان يبطلاه فانه اذا صح ان يبطلاه صح جعل الخيار فيه، لعدم الفرق بين الامرين، و الظاهر صحة التقايل فيه.

(و منه) اى مما اختلف فيه و انه هل يدخل فيه الخيار، أم لا؟ (الرهن فان المصرح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن).

اما المرتهن فيصح جعل الخيار له، لانه مقتضى اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» بلا محذور فيه.

و اما عدم دخول الخيار للراهن ف (لان الرهن وثيقة للدين، و الخيار ينافى الاستيثاق).

اذ فسخ الرهن معناه ان يبقى الدين بلا وثيقة.

(و لعله لذا استشكل فى التحرير) فى دخول الخيار فى الرهن (و هو) اى الاشكال (ظاهر المبسوط، و مرجعه) اى مرجع ما تقدم فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٢، ص: ٢٥

الى ان مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة، و الخيار مناف لذلك.

و فیه ان غایة الامر کون وضعه علی اللزوم، فلا ینافی جواز جعل الخیار بتراضی الطرفین.

و منه الصرف، فان صریح المبسوط و الغنیة و السرائر عدم دخول خیار الشرط فیه، مدّعین علی ذلک الاجماع.

و لعله لما ذکره فی التذکرة للشافعی المانع عن دخوله فی الصرف و

الاستدلال لعدم الدخول من قولنا «لان الرهن» (الی ان مقتضی طبیعة الرهن شرعا بل عرفا) أیضا (کونها وثیقة) الدین (و الخیار مناف لذلک) فهو خلاف مقتضی العقد، و الشرط المخالف لمقتضی العقد باطل

(و فیه) ان الشرط مناف لاطلاق العقد، لا انه مناف لمقتضاه، ف (ان غایة الامر کون وضعه) ای وضع الرهن (علی اللزوم) لو خلی و طبعه (فلا ینافی جواز جعل الخیار بتراضی الطرفین) کالخیار فی البیع الّذی وضعه الاوّلی علی اللزوم و مع ذلک یدخله الخیار.

(و منه) ای مما اختلف فیه و انه هل یدخل فیه الخیار، أم لا؟ بیع (الصرف) و هو بیع الاثمان کالذهب و الفضة (فان صریح المبسوط و الغنیة و السرائر عدم دخول خیار الشرط فیه، مدّعین علی ذلک الاجماع) فاذا جعل لاحدهما الخیار بطل بیع الصرف.

(و لعله لما ذکره فی التذکرة) دلیلا (للشافعی المانع عن دخوله) ای دخول الخیار (فی الصرف و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶

السلم من ان المقصود من اعتبار التقابض فیهما ان یفترقا و لا یبقی بینهما علقة، و لو اثبتنا الخیار بقیت العلقة.

و الملازمة ممنوعة کما فی التذکرة.

و لذا جزم فیها بدخوله فی الصرف، و ان استشکله أولا کما فی القواعد و من الثالث اقسام البیع ما عدا الصرف، و مطلق الاجارة

السلم) فالسلم ان یعطی الثمن لیأخذ المثمن بعد مدة عکس النسیئة (من ان المقصود من اعتبار التقابض فیهما).

لان الشرط فی الصرف اعطاء الثمن و المثمن فی مجلس العقد.

و الشرط فی السلم الاعطاء و قبض الثمن فی المجلس (ان یفترقا و لا یبقی بینهما علقة) بالنسبة الی المثمن و الثمن فی الصرف، و بالنسبة الی الثمن فی السلم (و لو اثبتنا الخیار) فیهما (بقیت العلقة) لاحتمال البطلان فی البیع.

(و الملازمة) بین عدم بقاء العلقة، و بین عدم دخول الخیار (ممنوعة) فالخیار یدخل و ان لم تبق علقة (کما) ذکره (فی التذکرة) اذ العلقة من غیر جهة الخیار تنقطع.

(و لذا جزم فیها) ای فی التذکرة (بدخوله) ای الخیار (فی الصرف، و ان استشکله) العلامة (أولا) فی التذکرة (کما فی القواعد) من الاستشکال.

(و من الثالث) و هو ما یدخله الخیار قطعا (اقسام البیع ما عدا الصرف) مثل النسیئة و النقد و بیع الحیوان و بیع الثمار، الی غیر ذلک (و) کذا یدخل الخیار فی (مطلق الاجارة) اجارة الانسان و الحیوان و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷

و المزارعة، و المساقات، و غیر ما ذکر من موارد الخلاف فان الظاهر عدم الخلاف فیها.

و اعلم انه ذکر فی التذکرة تبعا للمبسوط دخول خیار الشرط فی القسمة، و ان لم یکن فیها رد.

و لا یتصور الا بان یشترط الخیار

العقار و غیرها (و المزارعة، و المساقات، و غیر ما ذکر من موارد الخلاف فان) الخیار یدخل فی جمیعها بل (الظاهر عدم الخلاف فیها).

و ذلک لاطلاق: المؤمنون عند شروطهم، بدون ان یکون هناک دلیل مخصص له.

(و اعلم انه ذکر فی التذکرة تبعا للمبسوط دخول خیار الشرط فی القسمة، و ان لم یکن فیها رد) فان القسمة علی نوعین.

الاول: ما لیس فیها رد، کما اذا کان منّ من الحنطة مشترکا بین اثنین فاقتسماها بان اخذ کل واحد منهما نصفها، و عند الاقتسام شرط الخیار بان یخلطاهما ثم یبقی علی الشرکة او یقسما هما بعد الخلط.

الثانی: ما فیها رد کما اذا کان جزءا شرح اللمعة مشترکا بین اثنین، و کان احد الجزءین یسوی دینارا و الآخر دینارا و نصفا، فاخذ احدهما ما قیمته دینار، و اخذ من الآخر ربع دینار «و هذا یسمی بالرد» ثم عند الاقتسام شرطا الخیار بان یکونا مشترکین فی الجزءین و یأخذ مالک الربع ربعه الّذی اعطاه لصاحبه.

(و) لا یخفی انه (لا یتصور) الشرط فی القسمة (الا بان یشترط الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۸

فی التراضی القولی بالسهام.

و اما التراضی الفعلی فلا یتصور دخول خیار الشرط فیه، بناء علی وجوب ذکر الشرط فی متن العقد.

و منه یظهر عدم جریان هذا الخیار فی المعاطات، و ان قلنا بلزومها من اوّل الامر، او بعد التلف.

و السر فی ذلک ان الشرط القولی لا یمکن ارتباطه بالانشاء الفعلی

فی التراضی القولی بالسهام) بان یقولا نقتسم بشرط الخیار.

(و اما التراضی الفعلی) بان قسّما بدون لفظ (فلا یتصور دخول خیار الشرط فیه، بناء علی وجوب ذکر الشرط فی متن العقد) اما بناء علی صحة ذکر الشرط قبلا و بناء العقد علیه، فیمکن ان یذکر الشرط ثم یقتسمان عملیا بناء علی ذلک الشرط المذکور، کما انه یمکن البناء علی الشرط المتعارف و ان لم یذکراه لا قبلا و لا حین العقد، کما اذا کان المتعارف فی مکان الاقتسام العملی بخیار و یکون حال ذلک حال شرط الصحة فی اشتراء البیض و نحوه، فانه شرط و ان لم یکن لفظ حین العقد و مما ذکرنا ظهر الاشکال فی قول المصنف.

(و منه یظهر عدم جریان هذا الخیار فی المعاطات، و ان قلنا بلزومها من اوّل الامر، او بعد التلف) لاحد العوضین.

(و السر فی ذلک) ای فی عدم دخول الخیار فی المعاطات (ان الشرط القولی لا یمکن ارتباطه بالانشاء الفعلی).

و فیه انه لما ذا لا یمکن ارتباطه مع انه عرفی، فیشمله دلیل العقد و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹

و ذکر فیهما أیضا دخول الخیار فی الصداق، و لعله لمشروعیة الفسخ فیه فی بعض المقامات، کما اذا زوجها الولی بدون مهر المثل و فیه نظر و ذکر فی المبسوط أیضا دخول هذا الخیار فی السبق و الرمایة للعموم.

اقول: و الا ظهر- بحسب القواعد- اناطة دخول خیار الشرط بصحة

الشرط (و ذکر فیهما أیضا) ای المبسوط و التذکرة (دخول الخیار فی الصداق) المهر لاطلاق ادلة الشرط (و لعله لمشروعیة الفسخ فیه فی بعض المقامات، کما اذا زوجها الولی بدون مهر المثل) فالنکاح صحیح لکن لها فسخ المهر، و أخذ مهر المثل و قد تقدم و یأتی: انه کلما صح الفسخ صح الشرط (و فیه نظر) لاحتمال ان لا یصح فی المهر الفسخ، فلا یصح فیه الشرط، و انما کان للمرأة ردّ المهر، لانه وقع فضولة، فانه لیس للولی ولایة العقد باقل من مهر المثل، فاذا ردت کان لها مهر المثل حسب القاعدة.

و کیف کان فقد عرفت ان الاصل نفوذ الشرط و ان لم یصح الفسخ، لعدم دلیل علی التلازم بین الامرین- و ان اصرّ المصنف علی

وجود التلازم-.

(و ذکر فی المبسوط أیضا دخول هذا الخیار) ای خیار الشرط (فی السبق و الرمایة).

و ذلک (للعموم) ای عموم: المؤمنون عند شروطهم.

(اقول: و الا ظهر- بحسب القواعد-) کما یبین المصنف القاعدة بعد قلیل (اناطة دخول خیار الشرط) فی عقد (بصحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰

التقایل فی العقد، فمتی شرع التقایل مع التراضی بعد العقد جاز تراضیهما حین العقد علی سلطنة احدهما او کلیهما علی الفسخ، فان اقدامه علی ذلک- حین العقد- کاف فی ذلک، بعد ما وجب علیه شرعا القیام و الوفاء بما شرطه علی نفسه فیکون امر الشارع ایاه بعد العقد بالرضا بما یفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض علیه قائما مقام رضاه الفعلی بفعل صاحبه

التقایل فی) ذلک (العقد، فمتی شرع التقایل مع التراضی) رضی المتعاقدان (بعد العقد) «بعد» متعلق ب «التقایل» (جاز تراضیهما حین العقد علی سلطنة احدهما او کلیهما) «علی» متعلق ب «تراضی» (علی الفسخ) بان یجعلا فی العقد شرطا یقتضی ذلک الشرط تسلط المشروط له علی الفسخ (فان اقدامه) ای احد هما او کلاهما (علی ذلک) ای علی الرضا بالفسخ بعد العقد اقداما (- حین العقد-) لان الشرط یجعل فی ضمن العقد (کاف فی ذلک) الفسخ، کاف (بعد ما وجب علیه شرعا القیام و الوفاء بما شرطه علی نفسه).

و علیه (فیکون امر الشارع ایاه بعد العقد بالرضا) متعلق ب «امر» ای امره بان یرضی (بما یفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام) ای سواء فسخ او التزام.

و قوله: (و عدم الاعتراض علیه) عطف علی قوله: بالرضا (قائما مقام رضاه الفعلی) بعد العقد (بفعل صاحبه).

فکما انه اذا رضی فعلا بالفسخ بالتقایل لیوجب الفسخ، کذلک اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱

و ان لم یرض فعلا.

و اما اذا لم یصح التقایل فیه لم یصح اشتراط الخیار فیه لانه اذا لم یثبت تأثیر الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حین العقد لسلطنة احد هما علیه لا یحدث له اثرا، لما عرفت من ان الالتزام حین العقد لا یفید الا فائدة الرضا الفعلی بعد العقد بفسخ صاحبه و لا یجعل الفسخ مؤثرا شرعیا، و الله العالم.

شرط قبلا فامر الشارع بصحة الشرط الموجب لاجازته فسخ ذی الخیار (و ان لم یرض) صاحبه (فعلا) اذ بعد قبوله الشرط حال العقد خرج الاختیار عن یده، و صح فسخ العقد رغما علیه.

(و اما اذا لم یصح التقایل فیه) ای فی العقد (لم یصح اشتراط الخیار فیه).

وجه التلازم (لانه اذا لم یثبت تأثیر الفسخ بعد العقد) و ان کان الفسخ (عن تراض منهما، فالالتزام حین العقد) بالشرط (لسلطنة احدهما) او کلیهما (علیه) ای علی الفسخ (لا یحدث له) ای للالتزام (اثرا) یوجب صحة الشرط (لما عرفت من ان الالتزام حین العقد لا یفید الا فائدة الرضا الفعلی بعد العقد بفسخ صاحبه) «بفسخ» متعلق ب «الرضا» (و لا یجعل) الالتزام حال العقد (الفسخ مؤثرا شرعیا) فان الشرط لا یجعل ما لیس بسبب سببا (و الله العالم) و قد تقدم انه لا دلیل علی هذا التلازم کما لا حاجة إلیه، بل المرجع فی مورد الشک اطلاق دلیل: المؤمنون عند شروطهم و مما ذکرنا یظهر دخوله فی القرض و غیره من المعاملات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲

الرابع خيار الغبن،

[الغبن لغة و اصطلاحا]

و اصله الخديعة، قال فى الصحاح هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى، و هو فى اصطلاح الفقهاء تمليك ما له بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر و تسمية المملك غابنا

(الرابع) من اقسام الخيار (خيار الغبن) على وزن فلس (و اصله الخديعة) و هى اخفاء شىء و اظهار غيره (قال فى الصحاح هو بالتسكين) للباء (فى البيع) و كذا غير البيع كالاجارة و غيرها (و الغبن) على وزن «فرس» (بالتحريك) للباء يستعمل (فى الرأى) بان ينخدع فى الرأى فيرى ما ليس بواقع.

قال فى النصاب: غبن در زرها زيان است و غبن در رأيها (و هو) اى «الغبن» (فى اصطلاح الفقهاء) «فى باب البيع» (تمليك ما له بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر) فاذا لم يجهل الآخر لا يسمى غبنا.

لكن قد يسمى ذلك أيضا غبنا باعتبار انه أخذ منه المال اكثر من القدر اللازم، و ان كان عالما و لذا من يشترى الشىء بقيمة أغلى- اضطرارا- يقال انه غبن، و ان علم بذلك.

و لذا تسمى يوم القيامة بيوم التغابن.

نعم اذا علم لا يكون له الخيار، لانه اقدم بنفسه على ضرر نفسه (و تسمية المملك) بالاكثر (غابنا) و «تسمية» عطف على «تمليك»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۳۳

و الآخر مغبونا مع انه قد لا يكون خدع اصلا كما لو كانا جاهلين لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع.

و المراد بما يزيد او ينقص العوض، مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يساوى مائة دينار باقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن لان المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن

(و الآخر مغبونا) فان غبن متعدّ، و لذا يأخذ المفعول (مع انه قد لا يكون خدع اصلا) لان الخدع ظاهر فى العمد (كما لو كانا جاهلين) فان الغابن لم يخدع، و انما يسمى غابنا فى صورة الجهل مع انه لا خدع (لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة) الغبنية غالبا (على وجه الخدع) فاطلق «الغبن» على غير صورة «الخدع» أيضا من جهة الحاق الشىء بالاعم الاغلب للتشابه صورة.

و منه يعلم ان تسمية بعض اللغويين مطلق «الغبن» بالنقص انما هو من باب التغليب، اذ ليس مع كل نقص خديعة و قد عرفت ان المعيار الخديعة على ما ذكره المصنف.

(و المراد بما يزيد) على قيمته (او ينقص) عن قيمته.

و فى الاول يكون المغبون البائع.

و فى الثانى المشترى (العوض) لان فيه الزيادة و النقص لكن لا العوض وحده بل (مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط) فان للشرط قسطا من الثمن او المثمن (فلو باع ما يساوى مائة دينار باقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن) للبائع (لان المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۳۴

المبيع بالبيع اللازم، و هكذا غيره من الشروط.

و الظاهر ان کون الزیادة مما لا یتسامح به شرط خارج عن مفهومه، بخلاف الجهل بقیمته.

ثم ان ثبوت الخیار به مع الشرط المذکور هو المعروف بین الاصحاب و نسبه فی التذکرة الی علمائنا، و عن نهج الحق نسبته الی الامامیة و عن الغنیة و المختلف: الاجماع علیه صریحا.

المبیع بالبیع اللازم).

و کذا اذا کان مع الثمن شرط، کان باعه ما یسوی مائة بتسعین بشرط ان یخیط المشتری للبائع ثوبا ثمن خیاطته عشرة مثلا (و هکذا غیره من الشروط) سواء فی طرف المثمن او الثمن.

(و) هل یشترط فی صدق الغبن کون الزیادة کثیرة کعشرة فی مائة؟ أم یصدق الغبن و ان کانت الزیادة قلیلة کفلس فی دینار، ف (الظاهر ان کون الزیادة مما لا- یتسامح به شرط خارج عن مفهومه) ای عن مفهوم الغبن، فکل زیادة و لو قلیلة غبن، لکن الزیادة المتسامح بها عرفا لا توجب الخیار بدلیل خارجی (بخلاف الجهل بقیمته) فان الجهل شرط فی صدق الغبن، فاذا اشتراه عالما بالقیمة لم یصدق الغبن

(ثم ان ثبوت الخیار به) ای بالغبن (مع الشرط المذکور) ای الجهل بالقیمة (هو المعروف بین الاصحاب، و نسبه فی التذکرة الی علمائنا و عن نهج الحق نسبته الی الامامیة) و کلاهما مشعر بالاجماع (و عن الغنیة و المختلف: الاجماع علیه صریحا) فلا مخالف فی المسألة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵

نعم المحکی عن المحقق قدس سره فی درسه انکاره، و لا یعد ذلک خلافا فی المسألة کسکوت جماعة عن التعرض له.

نعم حکی عن الاسکافی منعه، و هو شاذ.

[أدلة هذا الخیار]

[آیة تجارة عن تراض]

و استدل فی التذکرة علی هذا الخیار بقوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ

(نعم المحکی عن المحقق قدس سره فی درسه انکاره) و انه لا خیار للمغبون.

و لعله لاجل ادلة الوفاء بالعقد، و امکان تدارک الغبن بارجاع الغابن مقدار ما غبن الی المغبون، جمعا بین الدلیلین، و انه مقتضی العرف و الشارع أمضاه لانه لم یذکر خلافه (و لا یعد ذلک خلافا فی المسألة) لان المحقق قال بخیار الغبن فی کتبه، و لعله قال ذلک فی درسه مناقشة لا اعتمادا (ک) ما انّ (سکوت جماعة عن التعرض له) ای لخیار الغبن لا یعد خلافا فی المسألة، اذ السکوت اعم من الانکار.

(نعم حکی عن الاسکافی منعه) ای منع خیار الغبن، فلا خیار للمغبون، و لعله یری وجوب تدارک الغبن (و هو شاذ) لانفراده فی هذه الفتوی.

(و استدل فی التذکرة علی هذا الخیار بقوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ) فالتجارة اللازمة هی ما کانت عن رضی، فاذا لم یکن رضی فلا لزوم، و انما نرفع، اللزوم، لا اصل التجارة، فلا نقول ببطلان البیع، لان الشارع انما قرر ما یراه العرف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶

قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم یرض و توجیهه ان رضا المغبون بکون ما یأخذه عوضا عما یدفعه مبنی علی عنوان مفقود، و هو عدم نقصه عنه فی المالیهٔ، فکانه

و لذا قالوا: ان المعاملات امضائیات، الا فیما زاد او نقص الشارع فیها، و العرف یری الصحهٔ مع الخیار او الصحهٔ مع اخذ التفاوت، فاذا سقط اخذ التفاوت بقیت الصحهٔ مع الخیار، و انما سقط اخذ التفاوت لما سیجیء.

و اما عدم الرضا فی هذا البیع فلما ذکره بقوله: (قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم یرض) و لما کان ظاهر الاستدلال انه لا رضا بالمعاملهٔ الاعلی تقدیر المساوات بین الثمن و المثمن یکون مقتضاه بطلان المعاملهٔ رأسا، لا ان فیه الخیار.

قال المصنف: (و توجیهه) ان رضا المغبون بشراء ما یسوی درهما بدرهمین، ینحل الی رضاءین، رضا بشراء العین الخارجیهٔ و رضا بصفهٔ انه یسوی بدرهمین.

و الرضا الاول معتبر فی الصحهٔ.

و الرضا الثانی معتبر فی اللزوم.

و حیث ان الرضا الاول موجود فالبیع صحیح.

و حیث ان الرضا الثانی غیر موجود، فلا- لزوم، ف (ان رضا المغبون بکون ما یأخذه عوضا عما یدفعه مبنی) خبر «رضا» (علی عنوان مفقود، و هو عدم نقصه) ای نقص ما یأخذه (عنه) ای عن ما یدفعه (فی المالیهٔ فکانه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷

قال: اشتریت هذا الّذی یساوی درهما بدرهم، فاذا تبین انه لا یساوی درهما تبیّن انه لم یکن راضیا به عوضا.

لکن لما کان المقصود صفهٔ من صفات المبیع لم یکن تبین فقده کاشفا عن بطلان البیع، بان کان کسائر الصفات المقصودهٔ التی لا یوجب تبین فقدها الا الخیار، فرارا عن استلزام لزوم المعاملهٔ الزامه بما لم یلتزم و لم یرض به.

ای المغبون (قال: اشتریت هذا الّذی یساوی درهما بدرهم) واحد، فکانه قال: انی راض باصل الاشتراء، و راض بان یکون البیع لازما، اذا کان تساویین ما آخذه، و بین ما ادفعه (فاذا تبین انه لا یساوی درهما) بل اقل من درهم (تبیّن انه لم یکن راضیا به عوضا) فقد انهدم الرضا الّذی هو مقوم للزوم.

(لکن لما کان المقصود صفهٔ من صفات المبیع) ای المساوات بین الثمن و المثمن (لم یکن تبین فقده کاشفا عن بطلان البیع، بان کان) حال هذه الصفهٔ (کسائر الصفات المقصودهٔ التی لا یوجب تبین فقدها الا الخیار) کما اذا اشتری علی وصف الصحهٔ، فتبین انه معیب.

و انما یوجب الخیار (فرارا عن استلزام لزوم المعاملهٔ الزامه) ای المغبون (بما لم یلتزم و لم یرض به) ای لم یرض بان یکون لازما، لا انه لم یرض باصلها،

و علی هذا البیان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸

فالآیهٔ انما تدل علی عدم لزوم العقد فاذا حصل التراضی بالعوض غیر المساوی کان کالرضا السابق لفحوی حکم الفضولی و المکره. و یضعف

(فالآیهٔ انما تدل علی عدم لزوم العقد) لا علی عدم صحته (فاذا حصل التراضی بالعوض غیر المساوی) بان اجاز البیع و اسقط خیاره

(کان) هذا الرضا الطارئ (کالرضا السابق).

ای کما لو کان علم من الاول انه لا یسوی بدرهم، و مع ذلک اشتراه فکما انه بالرضا السابق یلزم البیع کذلک بالرضا الطارئ یلزم البیع و انما کان حال الرضا الطارئ حال الرضا السابق (لفحوی حکم الفضولی و المکره) فان الفضولی و المکره غیر راضیین حال العقد، لکن رضا هما اللاحق کاف فی لزوم العقد، فما نحن فیه اولی بکفایة الرضا الطارئ، اذ لا اکراه و لا فضولة حال العقد.

(و یضعف) هذا التوجیه بامرین.

الاول: ان التساوی بین المبیع و الثمن لیس عنوانا حتی یوجب فقده الخیار، مثل فقد سائر الاوصاف، بل التساوی من قبیل الداعی و فقد الداعی لا یوجب الخیار.

الثانی انا نسلّم انه من قبیل العنوان لکن فقد العنوان لا یوجب الخیار، اذا لم یؤخذ فی العقد قیدا، و المفروض ان هذا العنوان لم یؤخذ فی العقد.

اقول یرد علی الاول: انه عنوان لا داع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹

بمنع کون الوصف المذکور عنوانا بل لیس الا من قبیل الداعی الّذی لا یوجب تخلفه شیئا، بل قد لا یکون داعیا أیضا، کما اذا کان المقصود ذات المبیع من دون ملاحظة مقدار مالیته، فقد یقدم علی اخذ الشیء و ان کان ثمنه اضعاف قیمته و التفت الی احتمال ذلک مع ان اخذه

و علی الثانی: انه یکفی فی الخیار بناء العقد علیه، و ان لم یذکر فی متن العقد.

فحال هذا العنوان حال وصف الصحة.

و قد اشار المصنف الی اشکاله الاول بقوله: (بمنع کون الوصف المذکور) التساوی بین المثمن و الثمن (عنوانا بل لیس الا من قبیل الداعی الّذی لا یوجب تخلفه شیئا).

فان الانسان اذا جاءه الضیف و ذهب لیشتری لهم الطعام، داعیه الی الاشتراء اطعام الضیف، فاذا رجع و رأی ان الضیف قد ارتحل لم یکن تخلف داعیه موجبا لان یکون له خیار فی ارجاع الطعام (بل قد لا یکون داعیا أیضا، کما اذا کان المقصود ذات المبیع من دون ملاحظة مقدار مالیته) اذ لا یهمه ذلک (فقد یقدم علی اخذ الشیء و ان کان ثمنه اضعاف قیمته و التفت الی احتمال ذلک) ای ان ثمنه اضعاف قیمته اما اذا علم ذلک فلیس له الخیار لانه اقدم، و المقدم العالم لا یسمی مغبونا حتی یکون له الخیار.

و اشار الی اشکاله الثانی بقوله: (مع ان اخذه) ای الوصف المذکور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۰

علی وجه التقیید لا یوجب خیارا، اذا لم یذکر فی متن العقد.

[آیة لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل]

و لو ابدل قدّس سرّه هذه الآیة بقوله تعالی: وَ لَا تَأْکُلُوا أَمْوَالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ، کان اولی، بناء علی ان اکل المال علی وجه الخدع ببیع ما یسوی درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبین خدعه علی ردّ المعاملة، و عدم نفوذ رده اکل المال بالباطل.

(علی وجه التقیید لا یوجب خیارا، اذا لم یذکر فی متن العقد) لما تقدم من ان القید اذا لم یذکر فی متن العقد لم یشمله: المؤمنون عند شروطهم فلا یجب الوفاء به.

(و) حیث قد عرفت الاشکال فی استدلال العلامة علی خیار الغبن بقوله تعالی «إِلّا أَنْ تَکونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» نقول (لو ابدل) العلامة (قدّس سرّه هذه الآیة) إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً .. (بقوله تعالی: وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ، کان اولی) اذ لا یرد علیه الاشکال المتقدم.

وجه الاستدلال بالآیة ما ذکره بقوله: (بناء علی ان اکل المال علی وجه الخدع) و ان لم یقصد الخادع الخدعة، بل کان جاهلا أیضا (ببیع) متعلق ب «اکل» (ما یسوی درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبین خدعه).

و انما قال: بعد تبین خدعه، لما سیأتی من ان للمخدوع خیار الغبن اذا علم بالخداع و بالغبن (علی ردّ المعاملة) متعلق ب «عدم التسلط» (و عدم نفوذ رده) عطف علی «عدم تسلط» (اکل المال بالباطل) عرفا، و الشارع قرر ذلک کما قرر سائر المواضیع فی باب المعاملة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۱

اما مع رضاه بعد التبین بذلک فلا یعد اکلا بالباطل.

و مقتضی الآیة و ان کان حرمة الاکل حتی قبل تبین الخدع الا انه خرج بالاجماع و بقی ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

لکن یعارض الآیة ظاهر قوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ،

(اما مع رضاه بعد التبین بذلک) الخدع (فلا یعد اکلا بالباطل) فلا خیار له اذا رضی.

و قوله «اما» اشارة الی ردّ توهم، و هو انه اکل للمال بالباطل و ان رضی.

(و) ان قلت: اکل الخادع قبل تبین الخدع أیضا اکل للمال بالباطل عرفا، فلما ذا لا تقولون به.

قلت: (مقتضی الآیة و ان کان حرمة الاکل حتی قبل تبین الخدع، الا انه خرج بالاجماع) فقد قام الاجماع علی ان المال یکون للغابن، و انما فعل حراما (و بقی ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة) فانه اذا لم یرد الغابن کان اکلا للمال بالباطل.

اما قوله صلی الله علیه و آله و سلم: ثمن المسترسل سحت، فظاهره و ان کان حرمة الثمن، الا انه محمول علی شدة المبالغة.

اقول: لا یخفی ان ظاهر الآیة غیر قابلة للتخصیص بعد ان کان الاکل قبل التبین أیضا اکلا للمال بالباطل.

اللهم الا ان یمنع ذلک فتأمل.

(لکن یعارض الآیة ظاهر قوله تعالی: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۲

بناء علی ما ذکرنا من عدم خروج ذلک عن موضوع التراضی.

فمع التکافؤ یرجع الی اصالة اللزوم.

الا ان یقال ان التراضی مع الجهل بالحال یخرج عن کون اکل الغابن لمال المغبون الجاهل اکلا بالباطل.

وجه المعارضة ان «لا تأکلوا» یقول: انه اکل للمال بالباطل، و ان «الا ان تکون» یقول: لا بأس بأکله، لانه عن رضا (بناء علی ما ذکرنا من عدم خروج ذلک عن موضوع التراضی) و علیه فلا یمکن الاستدلال ب «لا تأکلوا».

(فمع التکافؤ) التساوی فی دلالة الآیتین علی البطلان و الصحة (یرجع الی اصالة اللزوم).

اذ قد تقدم ان الاصل فی المعاملة: الصحة و اللزوم.

(الا ان یقال) بتقدیم «عن تراض» علی «لا تأکلوا».

ف (ان التراضی مع الجهل بالحال) ای جهل المشتری بانه مغبون (یخرج عن کون اکل الغابن لمال المغبون الجاهل) بالغبن (اکلا بالباطل).

وجه ذلک: ان المعتبر عند العقلاء الفعلیات، لا التقدیریات، فان من یشتری الدار بمائة راض بذلک، و ان کان لو علم انه بعد یوم تکون قیمة الدار خمسین لم یکن راضیا بها الآن و کذلک فی مسألة تخلف الداعی و نحوه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۳

و یمکن ان یقال: ان آیة التراضی تشمل غیر صورة الخدع، کما اذا اقدم المغبون علی شراء العین محتملا لکونه باضعاف قیمته فیدل علی نفی الخیار فی هذه الصورة، من دون معارضة فیثبت عدم الخیار فی الباقی بعدم القول بالفصل فتعارض مع آیة النهی المختصة بصورة الخدع الشاملة غیرها بعدم القول بالفصل فیرجع

(و یمکن ان یقال) فی وجه تقدیم آیة التراضی علی آیة اکل المال بالباطل (ان آیة التراضی تشمل) صورة احتمال المشتری بالخداع فلا خیار، فتشمل صورة عدم علم المشتری لعدم القول بالفصل، فلا خیار أیضا فتشمل الآیة (غیر صورة الخدع، کما اذا اقدم المغبون علی شراء العین محتملا لکونه باضعاف قیمته) فانه اذا اقدم محتملا للغبن فقد رضی فتشمله آیة: إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (فیدل علی نفی الخیار فی هذه الصورة، من دون معارضة) لآیة اکل المال بالباطل (فیثبت عدم الخیار فی الباقی) ای صورة جهل المشتری بالخدع، و عدم احتماله للخدع (بعدم القول بالفصل).

و علیه (ف) هذه الآیة (تعارض مع آیة النهی) و هی: لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ* (المختصة بصورة الخدع) لان صورة الخداع اکل للمال بالباطل (الشاملة) هذه الآیة (غیرها) ای غیر صورة الخداع و هی ما اذا اقدم محتملا کونه باضعاف قیمته (بعدم القول بالفصل).

اذ کل من یقول: بان صورة الخداع اکل للمال بالباطل، یقول:

بان هذه الصورة اکل للباطل، و اذا تعارضت الآیتان فی الدلالة (فیرجع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۴

بعد تعارضهما- بضمیمة عدم القول بالفصل، و تکافؤهما- الی اصالة اللزوم.

[ما فی التذکرة و المناقشة فیه]

و استدل أیضا فی التذکرة بان النّبی صلی الله علیه و آله و سلم اثبت الخیار فی تلقی الرکبان، و انما اثبته للغبن

بعد تعارضهما) تعارضا (- بضمیمة عدم القول بالفصل) فی کل آیة کما عرفت- (و تکافؤهما-) عطف علی «تعارضهما» (الی اصالة اللزوم) لان الاصل فی کل عقد شک فی جوازه و لزومه، هو اللزوم، کما سبق تقریره.

اقول: یمکن ان یستدل لخیار الغبن أیضا بما قاله بعض المحشّین من ادلة خیار العیب، و الرؤیة، و الشرکة، و تبعض الصفقة بدعوی ان ثبوت الخیار فی هذه الموارد انما هو للنقص.

و اوّل من اشار الی ذلک العلامة حیث قال فی محکی المختلف خیار العیب للغبن.

(و استدل أیضا) لخیار الغبن (فی التذکرة بان النبی صلی الله علیه و آله و سلم اثبت الخیار فی تلقی الرکبان، و انما اثبته للغبن) فقد روی عنه صلی الله علیه و آله و سلم انه قال: لا تلقوا الرکبان، فان تلقی احدکم فاشتری فصاحب السلعة بالخیار اذا دخل السوق.

فان الظاهر عرفا انه لا وجه للخیار اذا دخل السوق، الا من جهة ظهور الغبن.

و اما السند فقد حکوا انه موجود فی کتاب الخلاف و النهایة و الغنیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۵

و یمکن ان یمنع صحة حکایة اثبات الخیار لعدم وجودها فی الکتب المعروفة بین الامامیة، لیقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

[الأقوى الاستدلال بقوله ص لا ضرر و لا ضرار]

و اقوی ما استدل به علی ذلک فی التذکرة و غیرها قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام.

و کان وجه الاستدلال ان لزوم مثل هذا البیع و عدم تسلط المغبون علی فسخه ضرر علیه، و اضرار به فیکون منفیا.

فحاصل الروایة ان الشارع لم یحکم بحکم

و قد عمل به الشیخ فی الخلاف و المبسوط، و السید فی الغنیة، و العلامة فی التذکرة، و ابن ادریس و غیرهم، و کفی بمثل ذلک دلیلا- خصوصا بعد ان کان ابن ادریس لا یعمل باخبار الآحاد (و) منه یظهر الاشکال فی قوله: (یمکن ان یمنع صحة حکایة اثبات الخیار) بمثل هذا الخبر (لعدم وجودها فی الکتب المعروفة بین الامامیة، لیقبل ضعفه الانجبار بالعمل)

(و) کیف کان، ف (اقوی ما استدل به علی ذلک) ای علی خیار الغبن (فی التذکرة و غیرها قوله صلی الله علیه و آله و سلم: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) و هو حدیث متواتر سندا معمول به اجماعا فی مختلف ابواب الفقه (و کان وجه الاستدلال) به (ان لزوم مثل هذا البیع) الغبنی (و عدم تسلط المغبون علی فسخه) بعدم الخیار له (ضرر علیه، و) اذا الزمه الشارع کان (اضرار) ا (به) ای بالمغبون (فیکون) اللزوم (منفیا) بمقتضی هذه الروایة.

(فحاصل) وجه الاستدلال بهذه (الروایة ان الشارع لم یحکم بحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۶

یکون فیه الضرر، و لم یسوغ اضرار المسلمین بعضهم بعضا، و لم یمض لهم من التصرفات ما فیه ضرر علی الممضی علیه.

و منه یظهر صحة التمسک لتزلزل کل عقد یکون لزومه ضررا علی الممضی علیه، سواء کان من جهة الغبن، أم لا، و سواء کان فی البیع، أم فی غیره کالصلح غیر المبنی علی المسامحة

یکون فیه الضرر).

و من المعلوم: ان اصل صحة البیع بدون الزامه به لا یکون ضررا فلیس اصل الصحة مرتفعا، و انما الالزام و اللزوم ضرر، فهو المرتفع (و لم یسوغ اضرار المسلمین بعضهم بعضا) هذا تفسیر «لا ضرار» فانه مصدر باب المفاعلة.

فالحدیث یقول: لا یضر انسان انسانا، و لا یضر هذا ذاک، و ذاک هذا (و لم یمض) الشارع (لهم من التصرفات) العقدیة و الایقاعیة (ما فیه ضرر علی الممضی علیه) و اللزوم تصرف من المتعاقدین لانهما تصرفا هذا التصرف اللزومی فلم یمضه الشارع اذا کان ضرریا.

(و منه) ای من الاستدلال بدلیل: لا- ضرر علی خیار الغبن (یظهر صحة التمسک لتزلزل کل عقد) و دخول الخیار فیه (یکون لزومه ضررا علی الممضی علیه، سواء کان) الضرر (من جهة الغبن، أم لا) کما اذا کان الضرر من جهة العیب او غیره (و سواء کان فی البیع، أم فی غیره، کالصلح غیر المبنی علی المسامحة).

اذ لو کان الصلح مبنیا علی المسامحة کانا هما اقدما علی الضرر و الضرر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۷

و الاجارة و غیرها من المعاوضات.

هذا و لکن یمکن الخدشة فی ذلک بان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فی العقد لا یستلزم ثبوت الخیار للمغبون بین الرد و الامضاء بکل الثمن اذ یحتمل ان یتخیر بین امضاء العقد بکل الثمن، و رده فی المقدار الزائد.

غایة الامر ثبوت الخیار للغابن.

المنفی هو مـا لم یقـدم علیه المتعاقـدان (و الاجـارة و غیرهـا من المعاوضـات) بـل الایقاعات أیضا اذا لم یکن دلیل خاص علی عـدم دخول الفسخ فیها.

(هذا و لکن یمکن الخدشة فی ذلک) ای فی دلیل «لا ضـرر» لاثبات الخیار (بان) لا ضرر یقول بالخیار وحده بل یقول بانه یصح بکل وجه یرفع الضرر، سواء کان بالفسخ او برد بعض الثمن او المثمن مما یرفع الضرر و الخسارة.

فـان (انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فی العقـد لا یسـتلزم ثبوت الخیار للمغبون بین الرد) کلا (و الامضاء بکل الثمن، اذ) الـدلیل اعم من المدعی، ف (یحتمل ان یتخیر) المغبون (بین امضاء العقد بکل الثمن و رده) ای رد العقد (فی المقدار الزائد).

مثلا: اذا اشتری کتابا یسوی بعشرة باحد عشر کان له استرجاع درهم.

(غایة الامر) اذا استرجع الدرهم (ثبوت الخیار) فی فسخ المعاملة (للغابن).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۸

لتبعض المال علیه فیکون حال المغبون حال المریض اذا اشتری بازید من ثمن المثل.

و حاله بعد العلم بالقیمة حال الوارث اذا مات ذلک المریض المشتری فی ان له استرداد الزیادة من دون ردّ جزء من العوض، کما علیه الاکثر فی معاوضات المریض المشـتملة علی المحابات، و ان اعترض علیهم العلامـة بما حاصـله: ان استرداد بعض احـد العوضـین من دون رد

و انما یثبت له الخیار (لتبعض المال علیه) و هذا هو المسمی بخیار تبعض الصفقة.

لکن یمکن ان یقـال: لا حق للغابن اذ انه کان مجحفا و قـد رفع اجحافه فلا وجه لخیاره بعـد ان کان البیع لازما (فیکون حال المغبون) فی استرجاعه قدر ما غبن فیه (حال المریض اذا اشتری بازید من ثمن المثل) فان البیع یکون بذلک متزلزلا بالنسبة الی مقدار الزیادة.

(و حـاله) ای المغبون (بعـد العلم بالقیمـة) بـان علم انه قـد غبن (حـال الوارث اذا مـات ذلک المریض المشتری فی ان له) ای لـذلک الوارث (اسـترداد الزیـادة) التی اخـذها البـائع من المریض (من دون ردّ جزء من العوض، کمـا علیه) ای علی هـذا الحکم فی المریض (الاـکثر) من الفقهـاء (فی معاوضـات المریض المشـتملة علی المحابـات) سواء کـان المریض بائعـا او مشتریـا، او فی سـائر المعاملات کالاجارة و نحوها (و ان اعترض علیهم العلامـة بما حاصـله: ان استرداد بعض احد العوضـین) کما اذا استرد المشتری بعض الثمن لان البائع اخذ اکثر من الثمن منه (من دون رد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۹

بعض الآخر ینافی مقتضی المعاوضة.

و یحتمـل أیضـا ان یکون نفی اللزوم بتسـلط المغبون علی الزام الغابن باحـد الامرین من الفسـخ فی الکل، و من تـدارک ما فات علی المغبون برد

بعض) العوض (الآـخر) فـان البائع لا یسترد بعض المبیع فی المثال (ینافی مقتضـی المعاوضـة) اذ کانت المعاوضـة بین مجموع المثمن قبال مجموع الثمن، فکیف یسترد بعض الثمن و لا یسترد بعض المثمن.

لکن الظاهر: ان هذا الاشکال غیر وارد، اذ العرف یری ان الغابن أخذ ما لیس له بحق، و ان حق المعاوضة التساوی، فاذا استرد المغبون قـدر غبنه استرد مـا لم یکن فی قبال العوض الآخر، و هـذا هو الظاهر من تقریر الشارع ان ثمن المسترسل سـحت، بل کون المعاملات

امضائیات یقتضی امضاء الشارع لما یراه العرف.

اما عدم تملک الغابن لمقدار الزیادة فهو خلاف العرف لکنه ملک متزلزل، فلا یقال ان لازم الکلام السابق عدم تملک الغابن، فتأمّل.

(و یحتمل أیضا) عطف علی «اذ یحتمل».

و الفرق بینهما ان الاول تخییر المغبون بین الرد بمقدار الغبن و بین الامضاء و هذا تخییر المغبون بین الامضاء و بین الفسخ، ان لم یرد الغابن التفاوت، و الا فلا حق له فی الفسخ، ب (ان یکون نفی اللزوم) العقد المستفاد من دلیل لا ضرر (بتسلط المغبون علی الزام الغابن باحد الامرین من الفسخ فی الکل) فیرجع کل مال الی صاحبه (و من تدارک ما فات علی المغبون برد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۰

القدر الزائد، او بدله.

و مرجعه الی ان للمغبون الفسخ اذا لم یبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامة لما فات علی المغبون علی تقدیر امضاء البیع، لا هبة مستقلة، کما فی الایضاح و جامع المقاصد حیث انتصرا للمشهور القائلین بعدم سقوط الخیار ببذل الغابن للتفاوت بان الهبة المستقلة لا تخرج

القدر الزائد) اذا کان موجودا (او بدله) اذا کانت العین تالفة، او فی حکم التلف.

(و مرجعه) ای مرجع هذا الاحتمال (الی ان للمغبون الفسخ اذا لم یبذل الغابن التفاوت) لا ان له الفسخ مطلقا، کما ان المشهور یقولون بذلک.

و علیه (فالمبذول) للمغبون (غرامة) لا جزء من الثمن او المثمن حتی یستشکل بانه کیف یکون جزءا؟ و الحال ان البیع کان لکل الثمن فی مقابل کل المثمن.

و معنی الغرامة ان الشارع یقول للغابن: ادفع شیئا من المال (لما فات علی المغبون) بسببک (علی تقدیر امضاء البیع) «علی» متعلق ب «المبذول» لان البذل انما هو فی حال امضاء البیع (لا هبة مستقلة) لا ربط لها بالمعاملة السابقة (کما فی الایضاح و جامع المقاصد) حیث قالا انه هبة مستقلة (حیث انتصرا للمشهور القائلین بعدم سقوط الخیار ببذل الغابن للتفاوت) «للتفاوت» متعلق ب «بذل» (بان) متعلق ب «انتصرا» (الهبة المستقلة لا تخرج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۱

المعاملة عن الغبن الموجب للخیار و سیجیء ذلک.

المعاملة عن الغبن الموجب للخیار).

وجه الاستدلال: انه لو لم یکن له خیار کان و لا بدّ من بذل الغابن و البذل هبة و حیث لا یکون هبة- لان الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن اذ ای ربط بین الغبن و بین هبة مستقلة- فلا بد ان یکون للمغبون الخیار.

ثم انه مما یؤید تخییر المغبون بین الرد و أخذ التفاوت ما رواه دعائم الاسلام عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال: اذا باع رجل من رجل سلعة، ثم ادعی انه غلط فی ثمنها، الی ان قال: ثم قیل للمشتری ان شئت خذها بمبلغ القیمة، و ان شئت فدع، فان ظاهره التخییر بین الفسخ و بین الاخذ بما یساوی القیمة و استرجاع الزائد- کذا قیل فی تفسیر الروایة- لکن لا یخفی اذ فیها احتمالان آخران.

الاول: ان المراد بمبلغ القیمة تمامها فتکون الروایة تأییدا للمشهور القائلین بالتخییر بین الاخذ بتمام القیمة و بین الفسخ.

الثانی: ان ما یأخذه المغبون من بعض القیمة بعض الثمن لا انه غرامة و هذا- هو الّذی تقدم منا- انه مقتضی ما یراه العرف فی باب الغبن، بل علیه بنوا العقلاء معاملاتهم، و لا دلیل غیر الشهرة علی ان الشارع غیّر طریقة العقلاء (و سیجیء ذلک) عند قوله- بعد اسطر-

«ثم ان المبذول لیس هبة».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۲

و ما ذکرنا نظیر ما اختاره العلامة فی التذکرة و احتمله فی القواعد من انه اذا ظهر کذب البائع مرابحة فی اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خیار للمشتری.

فان مرجع هذا الی تخییر البائع بین ردّ التفاوت، و بین الالتزام بفسخ المشتری.

و حاصل الاحتمالین: عدم الخیار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت

(و ما ذکرنا) من کفایة الغرامة عن الفسخ، هو (نظیر ما اختاره العلامة فی التذکرة و احتمله فی القواعد من انه اذا ظهر کذب البائع مرابحة فی اخباره برأس المال) کما لو قال: ان رأس المال مائة، و اربح علیه خمسة و عشرین فظهر انه اشتراه بخمسین، و خمسة عشرة (فبذل) البائع (المقدار الزائد) کالخمسین فی المثال (مع ربحه) العشرة (فلا خیار للمشتری) فی الفسخ.

(فان مرجع هذا) الکلام من العلامة (الی تخییر البائع) الکاذب (بین رد التفاوت، و بین الالتزام بفسخ المشتری).

معنی «الالتزام» انه اذا فسخ المشتری استجاب البائع لفسخه، و لیس له الممانعة.

(و حاصل الاحتمالین) الذین هما فی قبال المشهور (عدم الخیار للمغبون) فی الفسخ (مع بذل الغابن للتفاوت) بین القیمة المأخوذة و بین واقع القیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۳

فالمتیقن من ثبوت الخیار له صورة امتناع الغابن من البذل.

و لعل هذا هو الوجه فی استشکال العلامة فی التذکرة فی ثبوت الخیار مع البذل، بل قول بعض بعدمه کما یظهر من الریاض.

ثم ان المبذول لیس هبة مستقلة حتی یقال انها لا یخرج المعاملة المشتملة علی الغبن عن

اذا (فالمتیقن من ثبوت الخیار) و حق الفسخ (له) للمغبون (صورة امتناع الغابن من البذل) فلیس له حق الفسخ فی صورة بذل الغابن للتفاوت.

(و لعل هذا) الّذی ذکرناه من حاصل الاحتمالین (هو الوجه فی استشکال العلامة فی التذکرة فی ثبوت الخیار مع البذل) اذ لا دلیل علی الخیار حینئذ، فقد عرفت ان عمدة دلیل الخیار «لا ضرر» و هو یتدارک بالبذل (بل قول بعض بعدمه) ای انه لا خیار (کما یظهر من الریاض).

لکن قد تقدم ان هناک بعض الادلة الاخر، مثل: خیار تلقی الرکبان اذا دخلوا السوق، و غیره مما یؤید خیاره فی الفسخ مطلقا ای و ان بذل التفاوت.

(ثم) یبقی اشکال انه اذا کان المبذول هبة مستقلة فان ذلک لا یوجب رفع الغبن، بل حال ذلک حال ما اذا وهب انسان آخر بمقدار الغبن اذا لم یفسخ المغبون، ف (ان المبذول لیس هبة مستقلة حتی یقال انها) ای الهبة المستقلة (لا یخرج المعاملة المشتملة علی الغبن عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۴

کونها مشتملة علیه، و لا جزء من احد العوضین حتی یکون استرداده مع العوض الآخر جمعا بین جزء المعوض و تمام العوض منافیا لمقتضی المعاوضة، بل هو غرامة لما اتلفه الغابن علیه من الزیادة بالمعاملة الغبنیة، فلا- یعتبر کونه من عین الثمن نظیر الارش فی المعیب.

کونها مشتملة علیه) ای علی الغبن.

و انما قلنا «لیس» لان المبذول انما هو فی قبال الخسارة، لا انه معاملة مستقلة (و لا) ان المبذول (جزء من احد العوضین) الّذی ورد نقص فیهما بالغبن (حتی یکون استرداده) ای استرداد هذا الجزء (مع العوض الآخر) الکائن عند المسترد (جمعا بین جزء المعوض و تمام العوض) و یکون ذلک الجمع (منافیا لمقتضی المعاوضة) ای مقتضاه ان یذهب کل احدهما و یرجع مکانه کل الآخر (بل هو)- المبذول- (غرامة) و خسارة للغابن (لما اتلفه الغابن علیه) ای علی المغبون (من الزیادة) «من» بیان «ما» اتلافا (ب) سبب (المعاملة الغبنیة).

و انما سمی اتلافا لانه ذهب من ید المغبون و ان کانت عینه باقیة عند الغابن.

و حیث کان المبذول غرامة لا جزء (فلا یعتبر کونه من عین الثمن).

نعم لو کان المبذول جزء اعتبر کونه من عین الثمن اذا کان الثمن موجودا، و من مثله او قیمته اذا کان الثمن تالفا.

فحال هذا المبذول (نظیر الارش فی المعیب) حیث انه غرامة، فلا یشترط ان یکون من عین الثمن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۵

و من هنا ظهر الخدشة: فیما فی الایضاح، و جامع المقاصد، من الاستدلال علی عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بان بذل التفاوت لا یخرج المعاملة عن کونها غبنیة لانها هبة مستقلة، حتی انه لو دفعه علی وجه الاستحقاق لم یحل اخذه، اذ لا ریب فی ان من قبل هبة الغابن لا یسقط خیاره، انتهی

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان المبذول غرامة (ظهر الخدشة: فیما فی الایضاح، و جامع المقاصد من الاستدلال علی عدم السقوط) للخیار (مع البذل) للتفاوت (بعد الاستصحاب) ای استصحاب الخیار (بان بذل التفاوت لا یخرج المعاملة عن کونها غبنیة) و اذا بقیت علی کونها غبنیة کان للمغبون الخیار.

و انما البذل لا یخرجها عن کونها غبنیة (لانها) ای البذل- و تأنیث الضمیر باعتبار- هبة- (هبة مستقلة) و المعاملة المستقلة لا ترفع الغبن معاملیا، و ان رفعت الغبن معنویا، بل هی من قبیل ان یضیف الغابن المغبون و یطعمه بمقدار التفاوت (حتی انه) ای الغابن (لو دفعه) ای البذل (علی وجه الاستحقاق) و الارتباط بالمعاملة الغبنیة (لم یحل) للمغبون (اخذه) اذ لا استحقاق للمغبون بعد ان کانت المعاوضة بین تمام الثمن فی قبال تمام المثمن فلا یکون البذل الا هبة و هی لا تنفع (اذ لا ریب فی ان من قبل هبة الغابن لا یسقط خیاره) فأی علاقة بین الهبة و بین المعاملة الغبنیة، و العلاقة المعنویة لا تکفی فی اسقاط الخیار و کذلک فی سائر الخیارات کخیار العیب و خیار الرؤیة و غیرهما (انتهی) کلام الایضاح و جامع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۵۶

بمعناه، وجه الخدشة ما تقدم من احتمال کون المبذول غرامة لما اتلفه الغابن علی المغبون قد دل علیه نفی الضرر.

و اما الاستصحاب ففیه ان الشک فی اندفاع الخیار بالبذل لا فی ارتفاعه به، اذ من المحتمل ثبوت الخیار علی الممتنع دون الباذل.

المقاصد (بمعناه).

اقول (وجه الخدشة) فی کلامهما (ما تقدم من احتمال کون المبذول غرامة لما اتلفه الغابن علی المغبون) بان اخذه منه بالمعاملة بدون ان یدفع عوضه إلیه.

و انما نقول بهذه الغرامة لما (قد دل علیه نفی الضرر) فان لا ضرر یقول بوجوب رفع الضرر عن المغبون، و یکون الرفع بالتدارک، فلا

يقال ان دليل «لا ضرر» ينفى و لا يثبت،- كما قرر فى الاصول-.

(و اما الاستصحاب) الّذى استدلا به على بقاء الخيار (ففيه) ان اركانه غير تامة، لانه يحتاج الى يقين سابق بوجود الخيار، و لا يقين سابق فيما يبذل التفاوت، و انما اليقين فيما لا يبذل.

ف (ان الشك فى اندفاع الخيار بالبذل) و انه لا يتحقق الخيار من اوّل العقد (لا) انه يقين بوجود الخيار و انما نشك فى انه هل ارتفع الخيار بسبب البذل، أم لا، فليس الشك (فى ارتفاعه) اى الخيار (به) اى بالبذل و انما كان الشك فى وجود اصل الخيار (اذ من المحتمل ثبوت الخيار على) الغابن (الممتنع) عن البذل، و اذا جاء الاحتمال لم يكن يقين بوجود الخيار (دون الباذل).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۵۷

ثم ان الظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين المذكورين اولى من اثبات الخيار له، لان الزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من اعواض اموالهم خصوصا النقود و نقض الغرض ضرر و ان لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، الا انه يصلح مرجحا لاحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الردّ و الامضاء

و فى بعض النسخ مكان «المحتمل» لفظ «المتيقن» و كلاهما يؤديان معنى واحدا.

(ثم) اذا كان رفع ضرر المغبون يمكن بسبب الخيار و يمكن بسبب الغرامة فالثانى اولى، ف (ان الظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين) السابقين (المذكورين) عند قولنا «يحتمل» و «يحتمل» (اولى من اثبات الخيار له) اى للمغبون.

وجه الاولوية (لان الزام الغابن بالفسخ) و ذهاب ما انتقل إليه عن يده (ضرر) على الغابن (لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من اعواض اموالهم) و الا لم يقدموا على التعامل و التبادل (خصوصا) اذا كان الغابن البائع، و استلم (النقود) اذ النقود يتأتى منها اعمال كثيرة بخلاف البضائع (و نقض الغرض ضرر) بمعنى الضرر الاعم (و ان لم يبلغ) ضرر الغابن فى فسخ المعاملة (حد المعارضة لضرر المغبون) حتى يتساقطان و يكون المرجع دليل آخر (الا انه) ضرر الغابن بسبب الفسخ (يصلح مرجحا لاحد الاحتمالين المذكورين) فى قولنا «يحتمل» و «يحتمل» (على ما اشتهر من تخييره) اى المغبون (بين الردّ و الامضاء) «على» متعلق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۵۸

بكل الثمن، الا ان يعارض ذلك بان غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة، لكون المقصود اقتنائها للتجمل، و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمّل، فتأمل.

ب «مرجحا» اى ان احد الاحتمالين يرجح على قول المشهور الذين قالوا بان المغبون يكون له الفسخ او امضاء المعاملة (بكل الثمن) متعلق ب «الامضاء» (الا ان يعارض ذلك) اى ضرر الغابن (ب) ضرر آخر للمغبون، ففى جانب الغابن ضرر غرضى و فى جانب المغبون ضرر غرضى و ضرر مالى و الغرضيان يتساقطان، فيبقى الضرر المالى للمغبون بلا مزاحم.

ف (ان غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة) «ذات» صفة «عين».

مثلا: تعلق فرض المغبون المشترى للدار بعين هذه الدار التى لها قيمة كذا (لكون المقصود) من العين يفوته اذا ردّها، مثلا: كان مقصوده دارا قريبة من حرم الحسين عليه السلام، او كان المقصود من اشتراء هذه الآنية العتيقة (اقتنائها للتجمل، و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمّل) الى غير ذلك من الاغراض.

فالفسخ اذا خلاف غرض الغابن، و خلاف غرض المغبون (فتأمل) اشكال على قوله «لان الزام الغابن بالفسخ ضرر».

و وجه الاشكال ان تخلف الغرض ليس من الضرر، لا لغة و لا عرفا و ان كان ربما يطلق عليه الضرر مجازا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۵۹

و قد یستدل علی الخیار باخبار واردهٔ فی حکم الغبن،

فعن الکافی بسنده الی اسحاق ابن عمار، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: غبن المسترسل سحت.

و عن المیسر عن ابی عبد الله علیه السلام قال: غبن المؤمن حرام.

و فی روایهٔ اخری لا تغبن المسترسل، فان غبنه لا یحل.

و

(و قد یستدل علی الخیار) خیار الغبن (ب) ما ذکره الشیخ علی فی خیاراته من (اخبار واردهٔ فی حکم الغبن، فعن الکافی بسنده الی اسحاق ابن عمار، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: غبن المسترسل سحت) بضمیمهٔ انه اذا اراد المغبون ارجاع ثمنه کان له ذلک، و الا کان اکله للغابن سحتا لقیام الاجماع علی انه لیس بحرام، اذا لم یرد ارجاع ماله.

و ان شئت قلت: ان اطلاق «سحت» یقتضی انه سحت علی کل حال لکن الاجماع قیده بصورهٔ إرادهٔ المغبون ارجاع ماله.

(و عن المیسر عن ابی عبد الله علیه السلام قال: غبن المؤمن حرام) (و فی روایهٔ اخری) قال علیه السلام (لا تغبن المسترسل، فان غبنه لا یحل).

و وجه الاستدلال بهما کالاستدلال بالروایهٔ الاولی.

(و) الکلام فی هذه الروایهٔ أولا فی معنی الاسترسال، و ثانیا فی الاستدلال بها علی المطلب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۰

عن مجمع البحرین ان الاسترسال الاستیناس، و الطمأنینهٔ الی الانسان و الثقهٔ به فیما یحدثه، و اصله السکون و الثبات.

و منه الحدیث ایّما مسلم استرسل الی مسلم فغبنه، فهو کذا، و منه غبن المسترسل سحت، انتهی.

و یظهر منه ان ما ذکره أو لا حدیث رابع.

و الانصاف عدم دلالتها علی المدعی، فان ما عدا الروایهٔ الاولی ظاهرهٔ فی حرمهٔ الخیانهٔ فی المشاورهٔ.

فنقول حکی (عن مجمع البحرین) انه قال (ان الاسترسال الاستیناس و الطمأنینهٔ الی الانسان، و الثقهٔ به فیما یحدثه) کان المسترسل یذهب مع المحدث، و هو من «رسل» و منه علی «رسلک» ای لا تقف، بل سر و اجر (و اصله السکون و الثبات) مراده ثبات النفس، لا ان الاسترسال معناه ذلک، اذ قد عرفت ان معناه السیر و الجری.

(و منه الحدیث ایّما مسلم استرسل الی مسلم فغبنه، فهو کذا، و منه غبن المسترسل سحت، انتهی) کلام مجمع البحرین.

(و یظهر منه ان ما ذکره أو لا حدیث رابع) لانه ینقل نص الاحادیث هذا تمام الکلام فی لفظهٔ «الاسترسال».

(و) اما دلالهٔ الحدیث علی الخیار، ف (الانصاف عدم دلالتها) ای الروایات المذکورهٔ (علی المدعی).

وجه عدم الدلالهٔ (فان ما عدا الروایهٔ الاولی ظاهرهٔ فی حرمهٔ الخیانهٔ فی المشاورهٔ) کانه قال: اذا استرسل الی رأیک فخدعته فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۱

فیحتمل کون الغبن بفتح الباء.

و اما الروایهٔ الاولی فهی و ان کانت ظاهرهٔ فیما یتعلق بالاموال.

لکن یحتمل حینئذ ان یراد کون الغابن بمنزلهٔ آکل السحت فی استحقاق العقاب علی اصل العمل، و الخدیعهٔ فی اخذ المال.

الرأی فقد فعلت حراما.

و علیه (فیحتمل کون الغبن بفتح الباء) ای ان قوله علیه السلام «غبن المؤمن» من «الغبن» فی الرأی لا «الغبن» بالسکون بمعنی الخدعة فی المعاملة، کما انه یحتمل انه بالسکون فالمراد المجاز حیث شبه الخدعة فی المشورة بالخدعة بالمال.

و انما قلنا بانه ظاهر فی المشورة، لقوله علیه السلام «حرام» اذ الحرمة ظاهرة فی الفعل لا المال، لکن لا یبعد انصراف معنی المال من الروایتین، بل لعله اظهر، فالدلالة فی الروایات کلها علی نسق واحد.

(و اما الروایة الاولی فهی و ان کانت ظاهرة فیما یتعلق بالاموال) لقوله علیه السلام «سحت» و السحت یکون فی المال.

(لکن) حیث ان الاجماع قام علی صحة المعاملة و الصحة تلازم حلیة المال، بل یؤیده «خیار تلقی الرکبان» و غیره حیث لا یقال ببطلان البیع (یحتمل حینئذ) ای حین ظهورها فی المال (ان یراد کون الغابن بمنزلة آکل السحت) الّذی هو اشدّ انواع الحرام (فی استحقاق العقاب علی اصل العمل، و) المراد بالعمل المستحق علیه العقاب (الخدیعة فی اخذ المال) فلا دلالة للروایة علی خیار الغبن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۲

و یحتمل ان یراد کون المقدار الّذی یأخذه زائدا علی ما یستحقه بمنزلة السحت فی الحرمة و الضمان.

و یحتمل إرادة کون مجموع العوض المشتمل علی الزیادة بمنزلة السحت فی تحریم الاکل فی صورة خاصة و هی اطلاع المغبون، و رده للمعاملة المغبون فیها.

و لا ریب ان الحمل علی احد الاولین اولی و لا اقل من المساواة للثالث

(و یحتمل ان یراد) بالروایة ان (کون المقدار الّذی یأخذه زائدا علی ما یستحقه) من القیمة السوقیة (بمنزلة السحت فی الحرمة و الضمان)

لکن المشهور لا یقولون بحرمة القدر الزائد و لا الضمان اذا لم یسترجعه المغبون.

(و یحتمل إرادة) الروایة (کون مجموع العوض) ثمنا کان او مثمنا (المشتمل علی الزیادة بمنزلة السحت فی تحریم الاکل) لکن حرمة الاکل (فی صورة خاصة و هی اطلاع المغبون) اذ بدون الاطلاع لا خیار، کما سیأتی الکلام فیه ان شاء الله تعالی (و رده للمعاملة المغبون فیها).

و انما کان سحتا، لانه اکل لمال الناس بالباطل، فان العقد ینفسخ بعد الرد- کما هو واضح-.

(و لا ریب ان الحمل) ای حمل الروایة (علی احد) الاحتمالین (الاولین) من الاحتمالات الثلاثة (اولی) لانه لا وجه للثالث الّذی یقول بان مجموع العوض سحت (و لا اقل من المساواة) ای مساواة الاحتمالین الاولین (للثالث).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۳

فلا دلالة،

فالعمدة فی المسألة الاجماع

المحکی المعتضد بالشهرة المحققة.

و حدیث نفی الضرر، بالنسبة الی خصوص الممتنع عن بذل التفاوت

ثم ان تنقیح هذا المطلب یتم برسم مسائل.

اشارة

و علیه فلا ظهور فی الروایة فی شیء (فلا دلالة) لها علی الخیار کما یراه المشهور.

اذا (فالعمدة فی المسألة) ای مسألة خیار الغبن بنظر المصنف (الاجماع المحکی المعتضد بالشهرة المحققة) مما یجعل الاجماع صالحا للاستناد.

(و حدیث نفی الضرر) عطف علی «الاجماع»- کما تقدم تقریره- (بالنسبة الی خصوص) الغابن (الممتنع عن بذل التفاوت).

لکن لا بدّ من جعل الخیار حینئذ بعد عدم امکان استنقاذ الحق من الغابن بسبب الحاکم أولا، بسبب الاقتصاص، و الله سبحانه العالم.

(ثم ان تنقیح هذا المطلب) ای مطلب خیار الغبن (یتم برسم مسائل) فنقول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۴

مسألة یشترط فی هذا الخیار امران.

الأول عدم علم المغبون بالقیمة،

فلو علم بالقیمة فلا خیار، بل لا غبن کما عرفت بلا خلاف و لا اشکال، لانه اقدم علی الضرر.

ثم ان الظاهر عدم الفرق بین کونه غافلا من القیمة بالمرّة او ملتفتا إلیها، و لا بین کونه مسبوقا بالعلم و عدمه،

(مسألة: یشترط فی هذا الخیار امران).

(الاول عدم علم المغبون بالقیمة) اطلاقا او لم یعلم ان المقدار الزائد کثیر، کما اذا ظن ان قیمة السوق عشرة فاشتراه باحد عشر، بینما کانت قیمة السوق خمسة- مثلا- (فلو علم بالقیمة) و انها اقل من الثمن الّذی یأخذه البائع- مثلا- (فلا خیار، بل لا غبن) اصلا (کما عرفت) فی اوّل المبحث، و اطلاق الغبن علیه مجاز للمشابهة (بلا خلاف و لا اشکال) فی هذا الشرط.

و انما لا خیار (لانه اقدم) بنفسه (علی الضرر) و العاقل غیر السفیه اذا اقدم علی ضرر نفسه ضررا غیر محرم شرعا لم یکن له شیء.

(ثم ان الظاهر عدم الفرق) فی وجود خیار الغبن (بین کونه) ای المغبون (غافلا من القیمة بالمرّة او ملتفتا إلیها) لکنه یجهل کونها کذا و ان ما یأخذه الغابن اکثر من القیمة السوقیة (و لا بین کونه مسبوقا بالعلم و عدمه) اذ لا تأثیر للعلم السابق اذا جهل حالا فی عدم تسمیة الامر غبنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۵

و لا بین الجهل المرکب، و البسیط، مع الظن بعدم الزیادة و النقیصة او الظن بهما، او الشک.

و یشکل فی الاخیرین اذا اقدم علی المعاملة بانیا علی المسامحة علی تقدیر الزیادة و النقیصة فهو کالعالم، بل الشاک فی الشیء اذا اقدم علیه بانیا علی تحمله فهو فی حکم العالم من حیث استحقاق المدح علیه،

(و لا بین الجهل المرکب) بان لا یعلم القیمة و یقطع بانه یعلم (و البسیط مع الظن بعدم الزیادة و النقیصة) فیظن بان ما اعطاه من الثمن هو القدر المساوی للقیمة السوقیة بلا زیادة او نقیصة (او الظن بهما) بان ما اعطاه ازید من القیمة او اقل (او الشک) بان ما اعطاه ثمنا هل هو ازید او انقص او متساوی.

(و یشکل) ثبوت خیار الغبن (فی الاخیرین) ای فی صورة الظن و الشک یشکل (اذا اقدم علی المعاملة بانیا علی المسامحة) و

الاغماض عن الغبن (على تقـدير الزيادة) فى الثمن (و النقيصة) فى المثمن بان باع داره بالف محتملا بان الألف انقص من قيمة الدار، لكنه تسامـح (فهو) فالظان و الشاك مع المسامحـة (كالعالم) فى انه يصـدق انه غير مغبون (بل) لا اشكال فى الشاك، اذ (الشاك فى الشـىء اذا اقـدم عليه بانيـا على تحمله فهو فى حكم العـالم) فاذا شك فى ان هـذا الاناء هل هو سمّ أم لا؟ فتنا و له و كان سـمّا اجرى العرف عليه حكم العالم، و نحوه بفعله، فالشاك كالعالم (من حيث استحقاق المدح عليه) اى على اتيانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۶۶

او الذم.

و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه.

و الحاصل ان الشاك الملتفت الى الضرر مقدم عليه.

و من ان مقتضى عموم نفى الضرر، و اطلاق الاجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه

بالفعل المشـكوك حسـنه كما اذا شك فى ان صديقه هل يأتى من السـفر هذا اليوم، فاسـتقبله و جاء الصديق كان مستحقا للمدح (او الذم) كما فى مثال السمّ.

(و من حيث عـدم معـذوريته لو كان ذلك الشـىء) المشـكوك (مما يعـذر الغافل فيه) فان الشاك فى انه سمّ لا يعذر فى شـربه، بينما يعذر الغافل كما هو واضح.

و منه يعلم ان الشاك فى الضرر مقدم على ضرر نفسه، بخلاف ما اذا كان غافلا.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه‍ ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۱۲، ص: ۶۶

(و الحاصل ان الشاك الملتفت الى) احتمال (الضـرر مقدم عليه) اى على الضـرر فلا خيار له اذا كان مغبونا، هذا كله وجه عدم الخيار للثالث المقدم.

(و) امـا وجه الخيـار فهو ما ذكره بقوله: (من ان مقتضـى عموم نفى الضـرر، و اطلاق الاجماع المحكى) على ان المغبون له خيار الغبن (ثبـوته) اى الخيـار (بمجرد تحقق الضـرر) عالمـا كـان المقـدم، او جاهلاـ جهـل شـك، او ظن، او وهـم (خرج) من العموم و الاطلاـق (المقدم عليه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۶۷

عن علم، بل مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم برجاء عدمه.

و مساواته للعالم فى الآثار ممنوعة حتى فى استحقاق المدح و الذم لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الاقدام عليه.

اى على الضرر (عن علم) بالضرر و بقى الباقى (بل) نقول: ان الاستدلال بعدم الخيار للشاك لانه اقدم، غير صحيح.

اذ (مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم برجاء عدمه) فلا يكون مقدما حتى يكون قد اسقط خياره بنفسه.

(و) القول ب (مساواته) اى الشاك فى الضـرر (للعالم فى الآثار) و هى الذم و العقاب و نحوهما (ممنوعة) اذ ليس العالم كالجاهل فى منطق الشرع او العقل.

و لذا ورد: ليس من يعلم كمن لا يعلم، و قال تعالى: هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ، الى غير ذلك.

و یری العقلاء ان من ضرب ابن المولی عالما بانه ابن المولی اشدّ عقوبة ممن ضربه جاهلا به.

و لذا نری العقلاء یقدمون علی رکوب البحر مع احتمالهم الغرق کما لا یقدمون علی الرکوب مع علمهم بالغرق، الی غیر ذلک من الامثلة.

فلیس العالم کالشاک (حتی فی استحقاق المدح و الذم، لو کان المشکوک مما یترتب علیه ذلک) المدح و الذم «لدی العلم به» (عند الاقدام علیه) «عند» متعلق ب «یترتب».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۸

و لذا قد یحصل للشاک بعد اطلاعه علی الغبن حالة اخری لو حصلت له قبل العقد، لم یقدم علیه.

نعم لو صرح فی العقد بالالتزام به و لو علی تقدیر ظهور الغبن کان ذلک راجعا الی اسقاط الغبن.

و مما ذکرنا یظهر ثبوت الخیار للجاهل و ان کان قادرا علی السؤال کما صرح به فی التحریر و التذکرة.

(و لذا) الّذی ذکرناه بان الشک لیس کالعلم (قد یحصل للشاک) فی الغبن (بعد اطلاعه علی الغبن حالة) نفسیة انفعالیة (اخری لو حصلت) تلک الحالة (له قبل العقد لم یقدم علیه) فان هذا دلیل علی ان الشک لیس کالعلم.

(نعم) احیانا یکون الشک «الاعمّ من الظن و الوهم» موجبا لسقوط الخیار، و ذلک فیما (لو صرح فی العقد بالالتزام به) ای بالعقد (و لو علی تقدیر ظهور الغبن) «لو» وصلیة (کان ذلک) الالتزام (راجعا الی اسقاط) خیار (الغبن) و «کان» جواب «لو صرح».

(و مما ذکرنا) من ان الاطلاق و العموم یدلان علی عموم خیار الغبن (یظهر ثبوت الخیار للجاهل) بالقیمة (و ان کان قادرا علی السؤال) اذ قدرته لا ترفع غبنه، کما لا توجب ان یکون مقدما علی الضرر حتی یسقط الاقدام خیاره (کما صرح به) ای بثبوت الخیار (فی التحریر و التذکرة) هذا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۶۹

و لو اقدم عالما علی غبن یتسامح به، فبان ازید بما لا یتسامح بالمجموع منه و من المعلوم، فلا یبعد الخیار و لو اقدم علی ما لا یتسامح، فبان ازید بما یتسامح به منفردا، او بما لا یتسامح، ففی الخیار وجه.

(و لو اقدم) المغبون (عالما علی غبن یتسامح به) کواحد فی مائة مثلا- (فبان) الغبن (ازید بما لا یتسامح بالمجموع منه) ای من الزائد (و من المعلوم) کما اذا کان اثنین فی المائة، و الاثنان لا یتسامح به، و ان کان الواحد الزائد علی الواحد الّذی یتسامح به، و اقدم علیه هو أیضا یتسامح به لو کان منفردا (فلا یبعد الخیار) لصدق الغبن الموجب لشمول ادلة الخیار له.

و اما وجه احتمال عدم الخیار، فهو ان القدر المعلوم لا یوجب الخیار و الزائد علیه مما یتسامح به، فلا یوجب الخیار، و الجمع بین الامرین الذین لا یوجبان الخیار لا یسبب الخیار، فانه کالجمع بین الاصفار مما لا یوجب تکون العدد.

لکن فیه انه قد یکون للجمع حالة غیر حالة الافراد، یقول الشیخ البهائی ره «کما ان الجوهر الفرد عند مثبتیه لیس بجسم و ان تألفت منه الاجسام» (و لو اقدم علی ما لا یتسامح) کعشرة فی المائة (فبان ازید بما یتسامح به منفردا) مثل واحد فکانت الزیادة احدی عشرة (او بما لا یتسامح) مثل خمسة، فکانت الزیادة خمس عشرة (ففی الخیار وجه).

وجهه فی «بما یتسامح» ما تقدم فی «بما لا یتسامح بالمجموع».

و وجهه فی «بما لا یتسامح» انه لا یتسامح به فیکون من الغبن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۰

ثم ان المعتبر القیمة حال العقد.

فلو زادت بعده، و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لان الزيادة انما حصلت فى ملكه، و المعاملة وقعت على الغبن و يحتمل عدم الخيار حينئذ لان التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك

و اما وجه عدم الخيار فى زيادة لا يتسامح بها فهو انه حيث اقدم على الضرر الكثير لم يكن فرق بين الضرر القليل و الكثير، فلا يشمله دليل الخيار، لكنه كما لا يخفى وجه عليل.

(ثم ان المعتبر) فى زيادة القيمة التى توجب الغبن (القيمة حال العقد) فاذا كانت القيمة حالة العقد زائدة كان له الخيار- مطلقا-.

(فلو زادت) القيمة السوقية (بعده) اى بعد العقد (و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان) اى نقصان ما أخذه بالنسبة الى مقابله الّذى دفعه (حين العقد) متعلق بالنقصان (لم ينفع) ذلك فى رفع الغبن.

و انما لم ينفع (لان الزيادة انما حصلت فى ملكه) اى فى ملك المغبون (و المعاملة وقعت على الغبن) فله الخيار، و هو مثل عكسه بما اذا كان حال العقد قيمة عادلة، ثم ارتفعت السلعة حيث لا يوجب ذلك الخيار لصاحب المثمن، اذ لم يكن غبن حال العقد.

(و يحتمل) احتمالا ضعيفا (عدم الخيار حينئذ) اى حين زادت القيمة بعد العقد (لان التدارك) التلقائى (حصل قبل الرد) للعقد (فلا يثبت الردّ المشروع) اى الردّ الّذى شرعه الشارع (ل) اجل (تدارك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۷۱

الضرر، كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه، بل فى التذكرة انه مهما زال العيب قبل العلم، او بعده قبل الرد سقط حق الرد.

و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض، فارتفع الغبن قبله، لان الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص فى قيمته.

نعم لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة فى الصرف

الضرر) فانه لا ضرر حينئذ حتى يتدارك (كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه) حيث لا خيار للعيب (بل فى التذكرة) ذكر ما هو اكثر مما ذكرناه

قال: (انه مهما زال العيب قبل العلم) بالعيب (او بعده قبل الرد سقط حق الرد) لان الرد شرع لاجل العيب فاذا زال العيب فلا وجه للرد.

(و اشكل منه) اى من الفرض السابق الّذى قلنا انه اذا زادت القيمة قبل الرد سقط الخيار، و كونه اشكل بمعنى ثبوت الخيار اشكل (ما لو توقف الملك على القبض) كما فى الصرف و السلم (فارتفع الغبن قبله) اى قبل القبض.

و انما كان ثبوت الخيار فى هذه الصورة اشكل (لان الملك قد انتقل إليه) اى الى المغبون (حينئذ) اى حين القبض (من دون نقص فى قيمته) فلما ذا يكون له الخيار.

(نعم لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد) فى الصرف و السلم، مما يتوقف العقد فيه على القبض (كما صرح به) اى بوجوب التقابض بمجرد العقد (العلامة فى) بيع (الصرف) و هو بيع الاثمان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۷۲

يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب اقباض الزائد فى مقابلة الناقص.

لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض.

و لو ثبت الزيادة، او النقيصة بعد العقد، فانه لا عبرة بهما اجماعا، كما فى التذكرة.

ثم انه لا عبرة بعلم الوكيل فى مجرد العقد،

(يثبت الخيار) و ان ارتفع النقص حال القبض.

و انما یثبت الخیار علی قول العلامة (لثبوت الضرر بوجوب اقباض) المغبون (الزائد فی مقابلة الناقص) فله الخیار.

لکن یمکن ان یقال: الوجوب وحده لا یوجب الضرر، بعد ان کان وقت التسلیم لا غبن.

(لکن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض) هذا تمام الکلام فیما اذا کان الغبن وقت العقد ثم ارتفع الغبن.

(و) اما عکسه بما (لو ثبت الزیادة، او النقیصة بعد العقد) بان کان النقد یساوی السلعة حال العقد ثم ارتفعت قیمة السلعة او انخفضت (فانه لا عبرة بهما) ای بالزیادة و النقیصة الحادثتین (اجماعا، کما فی التذکرة) دعوی الاجماع علی ذلک.

ثم انه لو اختلفا فی حصول الزیادة و النقیصة حال العقد او بعده فیما کان تفاوت فی الحکم، فالاصل مع مدعی عدم التغییر.

(ثم انه لا عبرة بعلم الوکیل فی مجرد العقد) فیما اذا کان وکیلا فی اجراء الصیغة فقط، و ذلک لانه لا شأن لهذا الوکیل فی ای امر سوی اجراء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۳

بل العبرة بعلم الموکل و جهله.

نعم لو کان وکیلا فی المعاملة و المساومة، فمع علمه و فرض صحة المعاملة حینئذ لا خیار للموکل.

و مع جهله یثبت الخیار للموکل

العقد، فحاله حال الآلة (بل العبرة بعلم الموکل و جهله) فان کان عالما بالضرر حال العقد و لم یسحب الوکالة- مع قدرته علی السحب- لم یکن له خیار، لانه اقدم علی الضرر، بخلاف ما اذا کان جاهلا او لم یقدر علی سحب الوکالة.

(نعم لو کان وکیلا) مطلقا (فی المعاملة و المساومة) السوم هو البیع و الشراء، و منه سوم الحیوان ای رعیه فی المرعی فی قبال المعلوفة التی تعطی العلف و یسمّی الحیوان سائما لانه یذهب و یجیء مطلقا فی اکل ما یشاء (فمع علمه) ای الوکیل بالغبن (و فرض صحة المعاملة حینئذ) ای کون الوکیل له ان یعامل معاملة غبنیة، کما اذا کان ذلک من مصلحة الموکل، و قد وکله فی ان یفعل ما هو بمصلحته و یکون الصلاح- مثلا- بان یقصد من اعطاء زیادة القیمة جلب البائع الی طرف الموکل فی جلبه الی جانب الموکل فائدة (لا خیار للموکل) لاصالة عدم الخیار، و لا للوکیل لانه کان عالما بالغبن.

(و مع جهله) ای جهل الوکیل المفوض بالقیمة (یثبت الخیار للموکل) لاطلاق ادلة الخیار الشاملة لصورتی ان یعامل الانسان بنفسه او بوکیله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۴

الا ان یکون عالما بالقیمة و بان وکیله یعقد علی ازید منها، و یقره له، و اذا ثبت الخیار فی عقد الوکیل، فهو للموکل خاصة، الا ان یکون وکیلا مطلقا بحیث یشمل مثل الفسخ، فانه کالولی حینئذ.

و قد مرّ ذلک مشروحا فی خیار المجلس.

اما الوکیل فلا خیار له الا اذا کان وکیلا فی کل شیء حتی الخیار کما سیأتی (الا ان یکون) الموکل (عالما بالقیمة) السوقیة (و) عالما (بان وکیله یعقد علی ازید منها) ای من القیمة، و لم یقدر علی سحب الوکیل.

اذ لو کان عاجزا عن سحب وکالته- حین علم بالقیمة، و علم بان وکیله یعقد علی ازید منها- لم یکن وجه لعدم خیاره (و یقره له) عطف علی «عالما» ای قرر الموکل للوکیل- بعد ان کان للموکل العلم- و لم یسحبه.

فقوله «یقره» بیان لما ذکرناه بقولنا «و لم یقدر» (و اذا ثبت الخیار فی عقد الوکیل) بما تقدم فی قولنا «الا ان یکون عالما بالقیمة» (فهو للموکل خاصة) لانه صاحب المال الوارد علیه الغبن فالخیار له (الا ان یکون وکیلا مطلقا بحیث یشمل) اطلاق وکالته (مثل

الفسخ فانه) ای الوکیل (کالولی) للصغیر و المجنون، و الحاکم الّذی هو ولی الغائب و نحو الغائب (حینئذ) ای حین کان وکیلا مطلقا. (و قد مرّ ذلک) الخیار للوکیل و الولی (مشروحا فی خیار المجلس) فراجع هناک.

و علی کل حال فلیس للوکیل خیار الغبن لنفسه، و انما الخیار لموکله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۵

ثم ان الجهل انما یثبت باعتراف الغابن و بالبینة ان تحققت، و بقول مدعیه مع الیمین لاصالة عدم العلم الحاکمة علی اصالة اللزوم

و للوکیل اخذه، هذا کله بالنسبة الی ثبوت اصل الخیار.

و اما بالنسبة الی مقام الاثبات فقد اشار إلیه بقوله: (ثم ان الجهل انما یثبت باعتراف الغابن) انه غبن، و ان المغبون کان جاهلا و الجهل و ان کـان من الـامور القلبیـة الا ـانه یعرف بالآثار، کسائر الامور القلبیـة (و بالبینـة ان تحققت) لامکان ان یعلم الشاهـد ان فلانا جاهل بالقیمة، کما یعلم انه جاهل بالفقه و بالحساب و ما اشبه ذلک (و بقول مدعیه) ای المغبون الّذی یدعی انه جاهل (مع الیمین).

و انما یحتاج الی الیمین، لان الغابن مـدّع لعلم المغبون فلا خیار، و المغبون منکر فیشـمله قاعـدة «البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر».

و انما قال (لاصالة عدم العلم) لبیان انه منکر، اذا المنکر هو من وافق قوله الاصل.

مثلا: اذا ادعی رجل زوجیة امرأة، و انکرت المرأة کان الیمین علی المرأة لانها منکرة حیث یوافق قولها الاصل.

فاصالة عدم العلم هی (الحاکمة علی اصالة اللزوم) للمعاملة، اذ الشک فی ان المعاملة لازمة، أم لا، ناش من الشک فی ان المغبون هل هو عالم، أم لا؟

و مع جریان الاصل فی الشک السببی لا یجری الاصل فی الشک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۶

مع انه قد یتعسر اقامة البینة علی الجهل.

و لا یمکن للغابن الحلف علی علمه، لجهله بالحال، فتأمّل، هذا کله اذا لم یکن المغبون من اهل الخبرة، بحیث لا یخفی علیه القیمة الا لعارض، من غفلة، او غیرها، و الا فلا یقبل قوله کما فی الجامع و المسالک.

المسببی کما قرر فی محلّه.

ان قلت: فاذا کان المغبون منکرا فکیف قال المصنف بان جهله یثبت بالبینة مع ان البینة علی المدعی لا علی المنکر.

قلت: اطلاق ادلـة البینة یقتضـی قبوله حتی من المنکر، اذا لم یکن للمدعی بینة (مع) انه لو قلنا: ان المغبون مدع للجهل، و الغابن منکر نقول: بثبوت دعوی المدعی المغبون بالیمین، ل (انه قد یتعسّر اقامة البینة علی الجهل) فلا یقدر علی اثبات حقه.

(و لاـ یمکن للغـابن) المنکر لجهـل المغبـون (الحلف علی علمه) ای علم المغبون فلاـ یمکنه الحلف (لجهله) الی الغـابن (بالحـال) ای بحـال المغبون، هـل هو عـالم او جاهـل؟ فاللازـم رد الیمین علی المغبون (فتأمّل) فانه لو کان المغبون مـدعیا لم تقبل یمینه، و لو کان منکرا لم تقبل بینته، اذ کیف یمکن قبول کل من البینـة و الیمین من انسان واحـد (هـذا کله) فی قبول قول المغبون بیمینه (اذا لم یکن المغبون من اهل الخبرة، بحیث لا یخفی علیه القیمة الا لعارض، من غفلة، او غیرها) کالسـهو و النسـیان (و الا) فلو کان من اهل الخبرة (فلا یقبل قوله) بانه کان جاهلا (کما فی الجامع و المسالک) حیث ذکرا عدم قبول قوله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۷

و قد یشکل بان هذا انما یوجب عدم قبول قوله من حیث تقدیم الظاهر علی الاصل.

فغایـة الامر ان یصـیر مـدعیا من جهـة مخالفـة قوله للظاهر لکن المـدعی لما تعسّر اقامة البینة علیه و لا یعرف الا من قبله یقبل قوله مع الیمین، فلیکن هـذا من هـذا القبیل، الا ان یقال ان مقتضـی تقدیم الظاهر جعل مدعیه مقبول القول بیمینه لا جعل مخالفه مدعیا یجری علیه جمیع احکام المدعی حتی فی قبول قوله اذا تعسّر علیه اقامة البینة.

(و قد یشـکل) عدم قبول قول المغبون اذا کان من اهل الخبرة (بان هذا انما یوجب عدم قبول قوله من حیث تقدیم الظاهر) ظهور حال اهل الخبرة فی انه عالم (علی الاصل) ای اصالة عدم علمه بالقیمة.

(فغایة الامر) فی هذا التقدیم (ان یصیر) المغبون (مدعیا من جهة مخالفة قوله للظاهر لکن) هذا لا یسبب عدم قبول قوله.

فان (المـدعی لما تعسّر اقامة البینـة علیه) لان الجهل امر قلبی لا تعلمه البینـة غالبا (و لا یعرف) جهله (الا من قبله) فیکون حال الجهل حال «النیـة» ف (یقبل قوله مع الیمین، فلیکن هذا) المغبون (من هذا القبیل) لا کما ذکره الجامع و المسالک من انه لا یقبل قوله مطلقا

(الا ان یقال ان مقتضی تقدیم الظاهر) علی الاصل (جعل مدعیه) مدعی الظاهر و هو الغابن (مقبول القول بیمینه لا جعل مخالفه) و هو المغبون (مـدعیا یجری علیه جمیع احکام المدعی حتی) یقبل قوله بیمینه، فیکون کالمنکر (فی قبول قوله اذا تعسّر علیه اقامة البینة) اذ کونه مدعیا یحتاج الی دلیل مفقود.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۸

الا تری انهم لم یحکموا بقبول قول مدعی فساد العقد اذا تعسر علیه اقامة البینة علی سبب الفساد.

هذا مع ان عموم تلک القاعدة ثم اندراج المسألة فیها محلّ تأمل.

و لو اختلفا فی القیمة وقت العقد، او فی القیمة بعده

(الا تری) انه یشـهد لما ذکرناه- من عـدم کون المدعی کالمنکر فی قبول قوله بیمینه- (انهم لم یحکموا بقبول قول مدعی فساد العقد اذا تعسّر علیه اقامة البینة علی سبب الفساد) فلم یجعلوه کالمنکر فی قبول قوله بالیمین، مع انه تعسرت علیه اقامة البینة.

(هـذا مع ان عموم تلک القاعـدة) و هی: کلما کان اقامـة البینـة متعسـرة کفی قول المـدعی بیمینه (ثم انـدراج المسألة فیها) بان تکون اقامة البینة علی جهل المغبون متعسرة (محل تأمل).

اما القاعدة: فلانه لا دلیل علیها.

و اما وجه التأمل فی انـدراج المسألـة فی القاعـدة المـذکورة فلان اقامة البینة علی الجهل لیست متعسّرة، بل کثیرا ما یمکن اقامة البینة علیه.

(و لو اختلفـا فی القیمـة وقت العقـد) فقـال احـدهما: غبنت، و قـال الآخر: لم تغبن، و کان الاختلاف فی الغبن من جهـة الاختلاف فی القیمـة وقت العقـد (او فی القیمـة بعده) ای بعد العقد، مع اتفاقهما علی کون القیمة وقت العقد متحدة مع القیمة بعد العقد مما یوجب رجوع اختلافهما هذا الی حصول الغبن فی حال العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۷۹

مع تعذر الاستعلام فالقول قول منکر سبب الغبن، لاصالة عدم التغیّر و اصالة اللزوم.

و منه یظهر حکم ما لو اتفقا علی التغیر

و یحتمل ان قوله: او فی القیمـة بعـده، اشارة الی ما سـبق من المصـنف من انه لو کان غبنا حال العقـد لکنه رفع بعد العقد سـقط خیار الغبن (مع تعـذر الاسـتعلام) ای اسـتعلام القیمـة حال العقـد، او اسـتعلام القیمـة بعد العقد (فالقول قول منکر سـبب الغبن، لاصالة عدم

التغیّر) فی القیمة

مثلا: اتفقا علی ان قیمة السلعة کانت عشرة قبل العقد، و قد اشتراها بعشرة، لکن البائع یدعی ان القیمة وقت العقد کانت قد ارتفعت الی خمس عشرة فیقول انا مغبون، و المشتری یقول لم ترتفع القیمة بل کانت وقت العقد عشرة فالاصل عدم الارتفاع، فلا غبن.

لکن یرد علی هذا الدلیل ان الاصل قد یکون علی خلاف ذلک فلیس التمسک بالاصل کلیا.

مثلا: کانا متفقین علی ان القیمة قبل العقد کانت عشرة و قد اشتراها بخمسة فالمشتری یدعی تغییر القیمة فلا غبن، و البائع یدعی عدم تغییر القیمة فهو مغبون، فاصالة عدم تغییر القیمة تجعل الاصل مع البائع (و اصالة اللزوم) لان الاصل فی العقود: اللزوم مطلقا، کما سبق تحقیق ذلک فی اوّل البیع.

(و منه) ای مما ذکرنا من التمسک باصل اللزوم- اما اصل عدم التغییر فقد عرفت عدم کلیته- (یظهر حکم ما لو اتفقا علی التغیر) فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۰

و اختلفا فی تاریخ العقد.

و لو علم تاریخ التغیر فالاصل و ان اقتضی تأخر العقد الواقع علی الزائد عن القیمة، الا انه لا یثبت به وقوع العقد علی الزائد، حتی یثبت العقد.

القیمة (و اختلفا فی تاریخ العقد) هل کان قبل التغیر، او بعد التغیر فانه اذا اتفقا علی وقوع العقد و اتفقا علی التغیر، فالصور أربعة.

فانهما اما معلوما التاریخ، او مجهولا التاریخ، او تاریخ العقد معلوم و تاریخ التغیر مجهول، او تاریخ العقد مجهول و تاریخ التغیر معلوم.

نعم واضح ان الصورة الاولی و هی صورة العلم بالتاریخین خارجة عن محل الکلام.

(و لو علم تاریخ التغیر) و جهل تاریخ العقد (فالاصل و ان اقتضی تأخر العقد الواقع علی الزائد عن القیمة) لاصالة تأخر الحادث (الا انه لا یثبت به) ای بهذا الاصل (وقوع العقد علی الزائد، حتی یثبت العقد) کذلک، و یکون موجبا لخیار الغبن.

و حیث کرّر بحث التاریخین فی مواضع متعددة من الاصول و الفقه لم یکن داع الی تکراره هنا.

ثم انه من المسائل السابقة تعرف مسألة اختلافهما فی مکان الاشتراء الناشئ منه اختلافهما فی الغبن، کما ان قیمة البضاعة فی النجف کانت مائة و فی کربلاء کانت تسعین، کما تعرف مسألة اختلافهما فی حالة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۱

الأمر الثانی: کون التفاوت فاحشا،

فالواحد بل الاثنان فی العشرین لا یوجب الغبن.

و حدّه عندنا، کما فی التذکرة ما لا یتغابن الناس بمثله.

السلعة عند البیع هل اشتری الشاة مثلا فی حالة سمنها او حالة هزالها؟

و کذلک لو اختلفا فی ان الأب الخبیر بالقیمة کان البائع- مثلا- او الابن الجاهل بالقیمة، فلا حاجة الی تفصیل الکلام فی هذه المسائل

(الامر الثانی) من شرطی خیار الغبن (کون التفاوت فاحشا) عرفا (فالواحد بل الاثنان فی العشرین) فلسا مثلا (لا یوجب الغبن).

(و حدّه) اذا لم ینضم الواحد و الاثنان الی وحدات اخری (عندنا، کما فی التذکرة) فی (ما لا یتغابن الناس بمثله) ای لا یعدونه غبنا

و لذا کان الواحد فی اللیرات الذهبیة غبنا و ان کانت فی الخمسین بل العشرین.

و کذا اذا باعه الف شیء کل شیء بواحد و عشرین فلسا بینما قیمة کل واحد عشرون فلسا فانه غبن، لخسارته دینارا فی المجموع، و الی هذا اشار بقوله «و حدّه».

و لا فرق فی ذلک بین ان یکون بیوع او بیع واحد.

مثلا: کان یشتری منه کل یوم ثلاث مرات خبزا بواحد و عشرین فلسا فانه بعد السنة یکون الفرق ما یقارب الدینار و هو غبن عقلائی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۲

و حکی فیها عن مالک ان التفاوت بالثلث لا یوجب الخیار، و ان کان باکثر من الثلث اوجبه، و رده بانه تخمین لم یشهد له اصل فی الشرع، انتهی.

و الظاهر انه لا اشکال فی کون التفاوت بالثلث، بل الربع فاحشا.

(و حکی) العلامة (فیها) ای فی التذکرة (عن مالک) امام المالکیة (ان التفاوت بالثلث لا یوجب الخیار، و ان کان باکثر من الثلث اوجبه و) قد (ردّه) العلامة (بانه تخمین) ای قول اعتباطی (لم یشهد له اصل فی الشرع، انتهی) بل و لا فی العرف.

و لعل نظر مالک الی ما کانت قیمته ثلاثة افلس مثلا، فاشتراها بأربعة، فانه فی بعض المقامات یتسامح العرف بمثله.

نعم لا اشکال فی عدم التسامح حتی بالواحد فی الألف اذا کانت الوحدات بالملایین.

(و الظاهر انه لا اشکال فی کون التفاوت بالثلث، بل الربع فاحشا) یوجب الخیار.

کما ان الظاهر انه لا اشکال فی الخمس بل و العشر الا فی الأشیاء المحقرة.

الا تری انه لو باع بضاعته التی تسوی بالف، بالف و مائة او بتسعمائة رآه العرف غبنا.

نعم لو باع ما قیمته عشرة افلس باحد عشر فلسا، لم یکن غبنا عرفا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۳

نعم الاشکال فی الخمس و لا یبعد دعوی عدم مسامحة الناس فیه، کما سیجیء التصریح من المحقق القمی فی تصویره لغبن کلا المتبایعین.

ثم الظاهر ان المرجع عند الشک فی ذلک هو اصالة ثبوت الخیار لانه ضرر لم یعلم تسامح الناس فیه.

و یحتمل الرجوع الی اصالة اللزوم لان الخارج هو الضرر الّذی یتفاحش فیه لا مطلق الضرر.

فقول المصنف (نعم الاشکال فی الخمس و لا یبعد دعوی عدم مسامحة الناس فیه) لا بدّ و ان یراد به الاشیاء الحقیرة و الا ففی الاشیاء الخطیرة المقطوع به عدم المسامحة (کما سیجیء) الکلام فی الخمس و (التصریح من المحقق القمی) صاحب القوانین (فی تصویره لغبن کلا- المتبایعین) و اللازم تحویل موضوع الغبن الی العرف، فانه لا شک فی ان الزمان و المکان و القدر و غیرها لها مدخلیة فی الصدق تارة و عدم الصدق تارة اخری.

(ثم الظاهران المرجع عند الشک فی ذلک) هل انه غبن عرفا، أم لا؟

(هو اصالة ثبوت الخیار، لانه ضرر) بلا اشکال، و (لم یعلم تسامح الناس فیه) فهو غبن فان ما لیس بغبن هو ضرر علم تسامح الناس فیه.

(و یحتمل الرجوع) فی مورد الشک (الی اصالة اللزوم) فان الاصل فی البیع اللزوم، الا ما علم خروجه، و لم یعلم خروج المورد (لان الخارج) من اصالة اللزوم (هو الضرر الّذی یتفاحش فیه لا مطلق الضرر) و مع الشک لم یعلم انه مما یتفاحش فیه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۸۴

بقی هنا شیء و هو ان ظاهر الاصحاب و غیرهم ان المناط فی الضرر الموجب للخیار: کون المعاملة ضرریة، مع قطع النظر عن ملاحظة حال اشخاص المتبایعین.

و لذا حدّوه بما لا یتغابن به الناس، او بالزائد علی الثلث کما عرفت عن بعض العامة.

و ظاهر حدیث نفی الضرر المستدل علیه فی ابواب الفقه

لکن الظاهر هو الخیار، اذ مقتضی القاعدة: ان البیع الضرری فیه الخیار، الا ما خرج، و الا لزم تحمیل الشارع الضرر علی الانسان و هو خلاف اطلاق ادلة «لا ضرر».

(بقی هنا شیء، و هو ان ظاهر الاصحاب و غیرهم) من العامة الی (ان المناط فی الضرر الموجب للخیار: کون المعاملة ضرریة) بنفسها، حتی یقال عرفا: انها معاملة ضرریة (مع قطع النظر عن ملاحظة حال اشخاص المتبایعین) و انهما من الاغنیاء او الفقراء یتضرران بهذه المعاملة- عرفا- او لا یتضرران، مثلا: اذا تضرر الغنی دینارا، لا یقال انه تضرر بخلاف ما اذا تضرر الفقیر.

(و لذا حدّوه) ای الضرر (بما لا یتغابن به الناس) ای لا یتحمّلون الغبن فیه (او) حدّدوه (بالزائد علی الثلث کما عرفت) هذا التحدید (عن بعض العامة) فان التحدید بالثلث مطلقا یشمل کل انسان من غیر ملاحظة حالته المادّیة.

(و) لکن (ظاهر حدیث نفی الضرر المستدل علیه فی ابواب الفقه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۸۵

ملاحظة الضرر بالنسبة الی شخص الواقعة.

و لذا استدلوا به علی عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ کثیر، اذا اضرّ بالمکلف و وجوب شرائه بذلک المبلغ علی من لا یضر به ذلک، مع ان اصل شراء الماء باضعاف قیمته معاملة ضرریة فی حق الکل.

و الحاصل: ان العبرة اذا کان بالضرر المالی لم یجب شراء ماء الوضوء باضعاف

ملاحظة الضرر بالنسبة الی شخص الواقعة) الخاصّة مع لحاظ الزمان و المکان، و شخص المتبایعین، و سائر الامور المکتنفة بالمعاملة التی بها یختلف صدق الضرر- عرفا-.

(و لذا) الّذی کان المعتبر ملاحظة الضرر بالنسبة الی شخص الواقعة (استدلوا به) ای بدلیل: لا ضرر (علی عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ کثیر، اذا اضرّ بالمکلف) بملاحظة شخص هذا المکلف (و) قالوا ب (وجوب شرائه بذلک المبلغ) بعینه (علی من لا یضر به ذلک).

فمثلا: الغنیّ یشتری الماء بدینار، و الفقیر یتیمم و لا یشتری الماء بدینار، لان الدینار یضر بالفقیر و لا یضر بالغنی (مع ان اصل شراء الماء باضعاف قیمته معاملة ضرریة) فی نفسها، من دون ملاحظة ان المشتری فقیر او غنی (فی حق الکل) فیظهر منهم ان الاعتبار فی الضرر خصوص الواقعة، لا کون المعاملة ضرریة.

(و الحاصل: ان العبرة) المستفادة من دلیل: لا ضرر (اذا کان بالضرر المالی) فی نفس المعاملة (لم یجب شراء ماء الوضوء باضعاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۸۶

قیمته، و ان کانت بالضرر الحالی تعین التفصیل فی خیار الغبن بین ما یضر بحال المغبون و غیره.

و الاظهر اعتبار الضرر المالی لانه ضرر فی نفسه من غیر مدخلیة لحال الشخص.

و تحمله فی بعض المقامات انما خرج بالنص.

قیمته) و ان کـان المشتری غنیـا، اذ الضـرر المـالی موجود فی الغنی، کما هو موجود فی الفقیر (و ان کانت) العبرة (بالضـرر الحالی) و ملاحظـة حالـة کـل انسـان انسان، لزم ان یقال: کلما کان ضـرر حالی، لا یجب فی ماء الوضوء و فی خیار الغبن و کلما لم یکن ضـرر حالی وجب شـراء ماء الوضوء و خیار الغبن، فاذا کان الاعتبار بالضـرر الحالی (تعین التفصیل فی خیار الغبن بین ما یضر بحال المغبون و غیره) فاذا اضر کان له الخیار، و اذا لم یضر- کما فی الغنی- لم یکن له خیار.

(و الاظهر اعتبار الضرر المالی) ای ما هو ضرر فی نفسه (لانه ضرر فی نفسه) فیرفعه دلیل: لا ضرر (من غیر مدخلیة لحال الشخص).

(و) ان قلت: فکیف یجب شراء الماء للوضوء باضعاف قیمته.

قلت: وجوب (تحمله) ای الضـرر المـالی (فی بعض المقامـات) کمـاء الوضوء (انمـا خرج بـالنص) الـدال علیه، و دلیـل: لا ضـرر قابل للتخصیص کما فی باب الخمس و الزکات و الکفارات و الجهاد و غیرها، فلیکن باب الوضوء منه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۷

و لذا اجاب فی المعتبر عن الشافعی المنکر لوجوب الوضوء فی الفرض المذکور: بان الضرر لا یعتبر مع معارضة النص.

و یمکن أیضا ان یلتزم الضـرر المالی فی مقام التکلیف لا لتخصیص عموم نفی الضرر بالنص، بل لعدم کونه ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر، کما یشیر إلیه قوله علیه السلام- بعد شرائه علیه السلام ماء وضوئه باضعاف قیمته- ان ما یشتری به مال کثیر.

(و لذا) الّذی یکون باب الوضوء خارجا بالنص (اجاب فی المعتبر عن الشافعی المنکر لوجوب الوضوء فی الفرض المذکور) ای فرض تضـرر المشتری- مالا- (بان الضـرر لا یعتبر) رافعا للحکم (مع معارضـة النص) الدال علی وجوب الحکم و ان کان ضـررا هذا بیان ان حکم الوضوء مع الضرر من باب تخصیص: لا ضرر.

(و یمکن) ان یقال: (أیضا) ان حکم الوضوء من باب التخصـص، و انه لیس بضـرر اصـلا، و ان کان الثمن اضـعاف القیمـة السوقیة، و ذلک ب (ان یلتزم الضرر المالی فی مقام التکلیف) بالوضوء (لا لتخصیص عموم:

نفی الضرر بالنص) کما ذکرنا أولا (بل لعدم کونه) ای بذل المال الکثیر (ضررا).

و انما لم یکن ضـررا (بملاحظـة ما بإزائه) ای بمقابل اعطاء المال الکثیر (من الأجر، کما یشـیر إلیه) ای الی انه لیس بضـرر (قوله علیه السـلام- بعـد شـرائه علیه السـلام ماء وضوئه باضـعاف قیمته-) قال علیه السـلام (ان ما یشتری به مال کثیر) فانه اشارة الی الاجر الّـذی حصله من جراء هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۸

نعم لو کان الضرر مجحفا بالمکلف انتفی، بادلة نفی الحرج لا دلیل نفی الضرر، فنفی الضرر المالی فی التکالیف لا یکون الا اذا کان تحمله حرجا.

اشکال ذکر فی الروضة و المسالک تبعا لجامع المقاصد فی اقسام

الضرر المالی القلیل.

ان قلت: اذا کان الضرر هنا غیر رافع للتکلیف یلزم علی الغنی ان یشتری الماء و لو باموال کثیرة مثل الف دینار.

قلت: لا یجب ذلک لا لادلـة: لا ضـرر، بل لما اشار إلیه بقوله: (نعم لو کان الضـرر مجحفا بالمکلف انتفی) الوجوب (ب) سـبب (ادلة نفی الحرج) فـان من الحرج النفسـی اعطاء هـذا المبلغ، و ادلـة الحرج کما انها ترفع ما کان حرجا علی الجسم ترفع ما کان حرجا علی النفس (لا) ب (دلیل نفی الضرر).

و علی هـذا (فنفی الضـرر المالی فی التکالیف) کما اذا اسـتلزم الوضوء و الغسل و الحج و غیرها ما لا کثیرا اکثر من القیمة السوقیة (لا یکون الا اذا کان تحمله حرجا).

اقول: انه اذا عـدّ عرفـا ان بـذل مثـل ذلـک المـال ضـرر، کفی فی رفع التکلیف، لاـن الضـرر موضوع عرفی، فـاذا تحقق کفی فی رفع التکلیف و مسألة الاجر بمعزل عن صدق الضرر عرفا.

(اشکال) و هو انه (ذکر فی الروضة و المسالک تبعا لجامع المقاصد فی اقسام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۸۹

الغبن ان المغبون اما ان یکون هو البائع او المشتری، او هما، انتهی فیقع الاشکال فی تصور غبن کل من المتبایعین معا.

و المحکی عن بعض الفضلاء فی تعلیقه علی الروضة ما حاصله:

اسـتحالة ذلـک، حیث قال قـد عرفت: ان الغبن فی طرف البائع انما هو اذا باع باقل من القیمـة السوقیـة و فی طرف المشتری اذا اشتری بازید منها و لا یتفاوت الحال بکون الثمن و المثمن من الاثمان او العروض، او مختلفین.

و حینئذ فلا یعقل کونهما معا مغبونین، و الا

الغبن ان المغبون اما ان یکون هو البائع او المشتری، اوهما، انتهی) کلامهم (فیقع الاشکال فی تصور غبن کل من المتبایعین معا).

(و المحکی عن بعض الفضـلاء) و هو الشـیخ احمد التونی (فی تعلیقه علی الروضة ما حاصـله: اسـتحالة ذلک) ای غبن کلیهما (حیث قـال) فی وجه الاسـتحالة (قـد عرفت: ان الغبن فی طرف البـائع انمـا هو اذا بـاع باقـل من القیمـة السوقیـة) کمـا اذا باع دارا قیمتها الف بتسـعمائة (و فی طرف المشتری اذا اشتری بازیـد منها) کما اذا اشتری الـدار المـذکورة بالف و مائة (و لا یتفاوت الحال) فی ان میزان الغبن ما ذکرناه (بکون الثمن و المثمن من الاثمان) و النقود (او العروض) و السلع (او مختلفین) احدهما سلعة و الآخر نقد.

(و حینئذ) ای حین کان الغبن فی احدهما بالزیادة و فی الآخر بالنقیصة (فلا یعقل کونهما معا مغبونین، و الا) بان کانا معا مغبونین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۰

لزم کون الثمن اقـل من القیمـة السوقیـة، و اکثر و هو محال، فتأمل انتهی و قـد تعرض غیر واحـد ممن قارب عصـرنا لتصویر ذلک فی بعض الفروض منها: ما ذکره المحقق القمی صاحب القوانین فی جواب من سأله عن هـذه العبارة من الروضـة قال: انها تفرض فیما اذا بـاع متـاعه بأربعـة توامین من الفلوس، ان یعطیه عنهـا ثمانیـة دنـانیر معتقـدا انها یسوی بأربعـة توامین، ثم تبین ان المتاع یسوی خمسـة توامین.

(لزم) التناقض ب (کون الثمن اقل من القیمة السوقیة، و اکثر) فی حال واحد (و هو محال، فتأمل).

و لعله احتمل امکان ذلک ببعض الاجوبة الآتیة، و لذا امر بالتأمل (انتهی) کلام التونی.

(و قد تعرض غیر واحد ممن قارب عصرنا لتصویر ذلک فی بعض الفروض) (منها: ما ذکره المحقق القمی صاحب القوانین فی جواب من سـأله عن هـذه العبـارة من الروضـة) ذکر الجواب فی کتـابه جامع الشـتات فی مسألـة غبن کلیهما فی معاملـة واحـدة بما اذا کانت المعاملة مشتملة علی شرط، فهی بملاحظة نفسها غبن احدهما، و بملاحظة الشرط غبن الآخر.

ف (قال: انها تفرض فیما اذا باع متاعه بأربعـة توامین من الفلوس) ای من النقـد علی شـرط (ان یعطیه) المشتری (عنها) ای بـدل أربعة توامین (ثمانیة دنانیر) فی حال کون البائع (معتقدا انها) ثمانیة دنانیر (یسوی بأربعة توامین، ثم تبین) انه اشتبه فی الامرین.

الاول: (ان المتاع یسوی خمسة توامین) فصار البائع مغبونا، لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۱

و ان الدنانیر یسوی خمسهٔ توامین، إلا خمسا، فصار البائع مغبونا من کون الثمن اقل من القیمهٔ السوقیهٔ بخمس تومان و المشتری مغبونا من جههٔ زیادهٔ الدنانیر علی أربعهٔ توامین فالبائع مغبون فی اصل البیع و المشتری مغبون فی ما التزمه من اعطاء الدنانیر عن الثمن، و ان لم یکن مغبونا فی اصل البیع، انتهی.

باع بأربعهٔ اقل من القیمهٔ السوقیهٔ.

(و) الثانی: (ان الدنانیر یسوی خمسهٔ توامین، إلا خمسا) ای خمس تومان، فصار المشتری مغبونا، لانه عوض ان یدفع ما یعادل اقل من ثمانیهٔ دنانیر التزم ان یدفع ثمانیهٔ دنانیر (فصار البائع مغبونا من) جههٔ (کون الثمن) أربعهٔ توامین (اقل من القیمهٔ السوقیهٔ بخمس تومان) اذ القیمهٔ: خمس و قد باعه بأربع، و اربع اقل من الخمس بالخمس (و) صار (المشتری مغبونا من جههٔ) انه کان من المقرر ان یعطی أربعهٔ توامین او ما یعادل أربعهٔ توامین بینما ثمانیهٔ دنانیر اکثر من أربعهٔ توامین و قد سبّب غبن المشتری الشرط لما عرفت من (زیادهٔ الدنانیر) الثمانیهٔ (علی أربعهٔ توامین).

و علی هذا (فالبائع مغبون فی اصل البیع، و المشتری مغبون فی) الشرط، ای (ما التزمه من اعطاء الدنانیر) الثمانیهٔ بدلا (عن الثمن) الّذی هو أربعهٔ توامین (و ان لم یکن) المشتری (مغبونا فی اصل البیع انتهی).

مثال آخر: کتاب یسوی دینارا اشتراه بدینار و درهم، و شرط ان

اقول: الظاهر ان مثل هذا البیع المشروط بهذا الشرط یلاحظ فیه حاصل ما یصل الی البائع، بسبب مجموع العقد و الشرط، کما لو باع شیئا یسوی خمسهٔ دراهم بدرهمین، علی ان یخیط له ثوبا مع فرض کون اجرهٔ الخیاطهٔ ثلاثهٔ دراهم.

و من هنا

یعطیه عوض الدینار و الدرهم، تسعمائهٔ و خمسین فلسا، بزعم انه یساوی الدینار و الدرهم فالمشتری مغبون لزیادهٔ القیمهٔ بدرهم- و البائع مغبون لانه یأخذ عوض الدینار و الدرهم- تسعمائهٔ و خمسین فلسا.

(اقول: الظاهر) ان تصویر المحقق غیر تام، لان البیع و الشرط ان کانا شیئا واحدا لوحظ المجموع معا، فلا یمکن الا ان یکون احدهما مغبونا، و ان کانا شیئین لم یکن غبن المتبایعین فی معاملهٔ واحدهٔ بل فی معاملتین.

ف (ان مثل هذا البیع المشروط بهذا الشرط یلاحظ فیه) ای فی البیع (حاصل ما یصل الی البائع، بسبب مجموع العقد و الشرط) و هل انه ازید من متاعه، او اقل، او مساو؟ (کما لو باع شیئا یسوی خمسهٔ دراهم بدرهمین، علی) شرط (ان یخیط) المشتری (له) ای للبائع (ثوبا مع فرض کون اجرهٔ الخیاطهٔ ثلاثهٔ دراهم).

فان العرف یری ان القیمهٔ مساویهٔ للسلعهٔ، لان مجموع الثمن و الشرط خمسهٔ و السلعهٔ تسوی خمسهٔ.

(و من هنا) ملاحظهٔ مجموع الشرط و الثمن، او مجموع الشرط، و

یقال: ان للشروط قسطا من العوض.

و ان ابیت إلا عن ان الشرط معاملهٔ مستقلهٔ، و لا مدخل له فی زیادهٔ الثمن و خرج ذلک عن فرض غبن کل من المتبایعین فی معاملهٔ واحدهٔ.

لکن الحق ما ذکرنا من وحدهٔ المعاملهٔ، و کون الغبن من طرف واحد و منها: ما ذکره بعض المعاصرین من فرض المسألهٔ فیما اذا باع شیئین فی عقد واحد بثمنین، فغبن البائع فی احدهما و المشتری فی الآخر.

المثمن (یقال: ان للشروط قسطا من العوض) ثمنا کان العوض او مثمنا.

(و ان ابیت إلا عن ان الشرط معاملة مستقلة، و لا مدخل له) ای للشرط (فی زیادة الثمن) فلا یجمع الشرط مع الثمن (و خرج ذلک) المثال الّذی مثله المحقق القمی (عن فرض غبن کل من المتبایعین فی معاملة واحدة).

و علی کلا التقدیرین، فلا غبنان فی معاملة، اما لتعدد الغبن و تعدد المعاملة و اما لوحدة الغبن و وحدة المعاملة.

(لکن الحق ما ذکرنا) من قولنا «یلاحظ فیه حاصل ...» (من وحدة المعاملة، و کون الغبن من طرف واحد) فقط.

(و منها) ای من الفروض التی ذکروها لمثال غبن کلیهما (ما ذکره بعض المعاصرین من فرض المسألة فیما اذا باع شیئین فی عقد واحد بثمنین، فغبن البائع فی احدهما و المشتری فی الآخر).

کما اذا کان کتاب الرسائل بدینار، و المکاسب بدینار فباعهما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۴

و هذا الجواب قریب من سابقه فی الضعف لانه ان جاز التفکیک بینهما عند فرض ثبوت الغبن لاحدهما خاصة حتی یجوز له الفسخ فی العین

بیع واحد بدینارین، ثلاثة ارباع الدینار للرسائل، و دینار و ربع للمکاسب، فان البائع مغبون فی الرسائل و المشتری مغبون فی المکاسب (و هذا الجواب قریب من سابقه فی الضعف).

و تقریب وجه الضعف: ان الانسان قد یجمع بیعین فی بیع واحد، بان یکون هناک بیعان فی صیغة واحدة، حتی اذا کان فی احدهما عیب او غبن او ما اشبه لم یکن له خیار الا ـ فی ذلک الشیء فقط، فیکون حاله حال ما اذا جمع نکاحین او طلاقین فی لفظ، کما اذا قال: انکحتک موکلتی فاطمة و زینب، ثم بعد ذلک تبین ان فاطمة اخته من الرضاعة، فانه یبطل نکاح فاطمة دون زینب.

و کذا اذا قال لهما: انتما طالقان، ثم تبین ان فاطمة کانت فی طهر المواقعة، حیث یبطل طلاقها دون طلاق زینب.

و قد یکون البیع واحدا و ان کانت السلعة متعددة حتی ان الغبن یوجب فسخ الجمیع، او اجازة الجمیع، و کذا العیب و نحوهما.

اذا عرفت ما ذکرنا فنقول: ان هذا الجواب ضعیف (لانه ان جاز التفکیک بینهما) ای بین بیع الشیئین (عند فرض ثبوت الغبن لاحدهما خاصة) بان کان هناک بیعان و ان کان اللفظ واحدا و الفرق بین کونه بیعا واحدا او بیعین انما یکون بالقصد (حتی یجوز له الفسخ فی العین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۵

المغبون فیها خاصة فهما معاملتان مستقلتان کان الغبن فی کل واحدة منها لاحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمی غبن البائع خاصة، و المشتری خاصة.

و ان لم یجز التفکیک بینهما لم یکن غبن اصلا مع تساوی الزیادة فی احدهما للنقیصة فی الآخر.

المغبون فیها خاصة) دون ما سواها لانه لا علاقة بین هذه العین و تلک العین فلا یسری الغبن فی احدهما الی الغبن فی الاخری (فهما معاملتان مستقلتان) لا علاقة لإحداهما بالاخری و ان جمعتا فی لفظ واحد.

ف (کان) جواب «ان» (الغبن فی کل واحدة منها) ای من المعاملتین (لاحدهما) ای لاحد المتبایعین (خاصة) فهناک معاملتان فی إحداهما الغبن للبائع، و فی الاخری الغبن للمشتری (فلا ـ وجه لجعل) الشهید و المحقق الثانی (هذا) الّذی یجمع فیه المعاملتان فی صیغة واحدة (قسما ثالثا لقسمی غبن البائع خاصة، و المشتری خاصة) بل هذا القسم منحل الی القسمین الاولین و حاله کما اذا کانت

صیغتان لبیعین کان فی إحداهما غبن البائع و فی الاخری غبن المشتری.

(و ان لم یجز التفکیک بینهما) بان کان بیع واحد علی سلع متعددة (لم یکن غبن اصلا مع تساوی الزیادة فی احدهما، للنقیصة فی الآخر) کما تقدم فی مثال کتابی الرسائل و المکاسب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۶

و مع عدم المساوات، فالغبن من طرف واحد.

و منها: ان یراد بالغبن فی المقسم معناه الاعم الشامل لصورة خروج العین المشاهدة سابقا علی خلاف ما شاهده، او خروج ما اخبر البائع بوزنه علی خلاف خبره.

و قد اطلق الغبن علی هذا المعنی الاعم

(و مع عدم المساوات، فالغبن من طرف واحد).

فان زاد المثمن فالغبن للبائع، و ان زاد الثمن فالغبن للمشتری (و منها) ای من تصویرات غبن کلیهما فی معاملة واحدة (ان یراد بالغبن فی المقسم معناه الاعم) اذ: للغبن اطلاقان.

الاول: زیادة الثمن او المثمن.

الثانی: ما یراد به ظهور الثمن او المثمن علی خلاف الرؤیة السابقة او خلاف الوصف السابق.

و قد یطلق الغبن علی الاعم من المعنیین و علی هذا فیمکن «غبن کلیهما» بان یراد بالغبن فی قول الشهید و المحقق الثانیین انه قد یکون الغبن للبائع، و قد یکون للمشتری، و قد یکون لکلیهما «معناه الاعم» (الشامل لصورة خروج العین المشاهدة سابقا علی خلاف ما شاهده) ف «سابقا» متعلق بالمشاهدة و «علی» متعلق ب «خروج» (او خروج ما اخبر البائع بوزنه) او وصفه (علی خلاف خبره) حسنا او قبحا.

ففی الاول یکون البائع مغبونا، و فی الثانی یکون المشتری مغبونا (و قد اطلق الغبن علی هذا المعنی الاعم) من کلا الامرین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۷

العلامة فی القواعد، و الشهید فی اللمعة.

و علی هذا المعنی الاعم تحقق الغبن فی کل منهما و هذا حسن.

لکن ظاهر عبارة الشهید و المحقق الثانیین إرادة ما عنون به هذا الخیار، و هو الغبن بالمعنی الاخص علی ما فسروه به.

و منها: ما ذکره بعض، من انه یحصل بفرض المتبایعین وقت العقد فی مکانین، کما اذا حصر العسکر

(العلامة فی القواعد، و الشهید فی اللمعة) کما انه غبن لغة و عرفا.

(و علی هذا المعنی الاعمّ تحقق الغبن فی کل منهما).

مثلا: لم یر البائع قطیعه و قد سمن عن حالته السابقة، حتی انه لو رآه لم یبعه، ثم باعه بالوصف، بان وصفه المشتری له باکثر من قیمته السوقیة، فالبائع مغبون من جهة تحسن وصف القطیع، و المشتری مغبون من جهة اکثریة الثمن عن القیمة السوقیة (و هذا) وجه (حسن) فی توجیه: غبن کلیهما.

(لکن ظاهر عبارة الشهید و المحقق الثانیین إرادة) غبن کلیهما تحت عنوان (ما عنون به هذا الخیار) ای خیار الغبن (و هو) ای ما عنون (الغبن بالمعنی الاخص) و هو زیادة القیمة او نقصان القیمة (علی ما فسروه) ای فسروا الغبن (به) و علی هذا التفسیر فلا یمکن غبن کلیهما.

(و منها) ای من تصویرات غبن کلیهما فی معاملهٔ واحدهٔ (ما ذکره بعض، من انه یحصل بفرض المتبایعین وقت العقد فی مکانین) کل مکان یختلف فیه قیمهٔ السلعهٔ عن المکان الآخر (کما اذا حصر العسکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۸

البلد و فرض قیمهٔ الطعام خارج البلد ضعف قیمته فی البلد فاشتری بعض اهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسکر بثمن متوسط بین القیمتین فالمشتری مغبون لزیادهٔ الثمن علی قیمهٔ الطعام فی مکانه و البائع مغبون لنقصانه عن القیمهٔ فی مکانه.

و یمکن رده بان المبیع بعد العقد باق علی قیمته حین العقد و لا غبن فیه للمشتری ما دام فی محل العقد و انما نزلت قیمته بقبض المشتری و نقله ایاه الی مکان الرخص.

البلد و فرض قیمهٔ الطعام خارج البلد ضعف قیمته فی البلد فاشتری بعض اهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسکر بثمن متوسط بین القیمتین).

مثلا- کانت القیمهٔ خارج البلد دینارا، و داخل البلد نصف دینار، فاشتراه ذلک البعض بثلاثهٔ ارباع الدینار (فالمشتری مغبون لزیادهٔ الثمن علی قیمهٔ الطعام فی مکانه) داخل البلد اذا کان المشتری داخل البلد (و البائع مغبون لنقصانه عن القیمهٔ فی مکانه) و هو خارج البلد، اذا کان البائع خارج البلد.

(و یمکن ردّه بان المبیع بعد العقد باق علی قیمته حین العقد) و قیمته حین العقد کانت قیمهٔ سوقیهٔ (و لا غبن فیه للمشتری ما دام فی محل العقد) الّذی هو خارج البلد حسب الفرض (و انما نزلت قیمته بقبض المشتری) ایاه (و نقله ایاه الی مکان الرخص) داخل البلد.

فهو کما اذا اشتری متاعا فی بلد قیمهٔ المتاع فیه غالیهٔ، ثم نقلها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۹۹

و بالجملهٔ: الطعام عند العقد لا یکون الا فی محل واحد له قیمهٔ واحدهٔ.

و منها: ما ذکره فی مفتاح الکرامهٔ من فرضه فیما اذا ادعی کل من المتبایعین الغبن، کما اذا بیع ثوب بفرس، بظن المساوات، ثم ادعی کل منهما نقص ما فی یده عما فی ید الآخر، و لم یوجد المقوّم لیرجع إلیه فتحالفا فیثبت الغبن لکل منهما فیما وصل إلیه

الی مکان قیمهٔ المتاع فیه رخیصهٔ، فان ذلک لا یوجب کونه مغبونا حتی یکون له الخیار.

(و بالجملهٔ: الطعام عند العقد لا یکون الا فی محل واحد له قیمهٔ واحدهٔ) و تلک القیمهٔ معتدلهٔ لا غبن فیها.

و تضرر المشتری انما یکون بفعله، حیث نقل الطعام لا انه تضرر من جهۀ زیادهٔ القیمهٔ فی مکان البیع.

(و منها) ای من تصویرات غبن کلیهما فی معاملهٔ واحدهٔ (ما ذکره فی مفتاح الکرامهٔ من فرضه) المسألهٔ (فیما اذا ادعی کل من المتبایعین الغبن، کما اذا بیع ثوب بفرس، بظن المساوات، ثم ادعی کل منهما نقص ما فی یده عما فی ید الآخر) بان قال صاحب الفرس: انه اقل قیمهٔ من الثوب، و قال صاحب الثوب: انه اقل قیمهٔ من الفرس (و لم یوجد المقوّم لیرجع إلیه) او کل مقوم صدق احدهما (فتحالفا) کل علی دعواه (فیثبت الغبن لکل منهما فیما وصل إلیه) و حینئذ یکون لکل منهما خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۰

و قال: و یتصور غبنهما فی احد العوضین کما لو تبایعا شیئا بمائهٔ درهم ثم ادعی البائع کونه یسوی بمائتین، و المشتری کونه لا یسوی الا بخمسین و لا مقوّم یرجع إلیه فیتحالفان و یثبت الفسخ لکل منهما، انتهی.

و فیه ان الظاهر ان لازم التحالف عدم الغبن فی المعاملهٔ اصلا مع ان الکلام فی الغبن الواقعی دون الظاهری.

و الاولی من هذه الوجوه هو الوجه الثالث

الغبن (و قال: و يتصور غبنهما) معا (فى احد العوضين) بخلاف المثال السابق الّذى كان الغبن المزعوم فى كلا العوضين (كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين) فالبائع مغبون (و) ادعى (المشترى كونه لا يسوى الا بخمسين) فالمشترى مغبون (و لا ـ مقوّم يرجع إليه) او اختلف المقوّمون (فيتحالفان) لان كلا ـ منهما مدع و حكم ذلك التحالف (و يثبت الفسخ لكل منهما، انتهى).

(و فيه) أولا: (ان الظاهر ان لازم التحالف عدم الغبن فى المعاملة اصلا) لان الحلفين يسقطان، و تبقى اصالة اللزوم، فلا يصحح ذلك غبن كل منهما، كما نحن بصدده.

و ثانيا: (مع ان الكلام فى الغبن الواقعى) و هو لا يكون فى كليهما (دون) الغبن (الظاهرى) و ما فرضه مفتاح الكرامة غبن ظاهرى.

(و) كيف كان، ف (الاولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ١٠١

و اللّه العالم.

فى نفسه و ان كان خلاف ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين.

فالمراد الاولوية فى نفس تصوير الغبن (و الله) سبحانه (العالم).

و حيث ان «صورة غبن كليهما» ليست فى كلام المعصوم، فلا يهم ان كانت صحيحة أو لا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ١٠٢

مسئلة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار، او كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد،

وجهان، منشأهما اختلاف كلمات العلماء فى فتاويهم و معاقد اجماعهم و استدلالاتهم.

فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو: الاول، و فى الغنية الاجماع على ان ظهور الغبن سبب للخيار.

و ظاهر كلمات آخرين: الثانى، و فى التذكرة

(مسألة: ظهور الغبن) بان يفهم المغبون انه غبن، هل هو (شرط شرعى لحدوث الخيار)؟ فعليه لا خيار قبل ظهور الغبن (او كاشف عقلى عن ثبوته) اى الخيار (حين العقد) فالعقد اذا كان غبنيا يوجب الخيار سواء فهم المغبون، أم لا؟ و انما يكون فهمه كاشفا عن ان يكون له الخيار عند العقد (وجهان منشأهما اختلاف كلمات العلماء فى فتاويهم و معاقد اجماعهم) معقد الاجماع اذا كان للاجماع لفظ مثل ان يقال «اذا ظهر الغبن كان الخيار اجماعا» و قد لا يكون للاجماع معقد، بان قال: كل فقيه كلاما استفيد من مجموعه ان فى المسألة اجماعا (و استدلالاتهم).

(فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو: الاول) بل (و فى الغنية) دعوى (الاجماع على ان ظهور الغبن سبب للخيار).

(و ظاهر كلمات) فقهاء (آخرين: الثانى) و هو ان الخيار من حين العقد، و الظهور كاشف عقلى (و) هو ظاهر ما (فى التذكرة) حيث قال:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ١٠٣

ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا، و قولهم: لا يسقط هذا الخيار بالتصرف فان المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر فى ثبوته.

و مما يؤيد الاول انهم اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة فى زمان

(ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا، و) كذا يظهر هذا القول من (قولهم: لا يسقط هذا الخيار بالتصرف).

وجه الظهور ما ذكره بقوله: (فان المراد التصرف قبل العلم بالغبن) اذ: التصرف بعد العلم يسقط هذا الخيار، فالمراد التصرف قبل العلم (و عدم سقوطه) اى الخيار (ظاهر فى ثبوته) فتبين ان الخيار ثابت قبل العلم.

(و مما يؤيد الاول) اى ان الظهور شرط شرعى لثبوت الخيار، و ان قبل الظهور لا خيار، انهم لم يحكموا ببطلان تصرفات الغابن حين جهل المغبون، مع انهم اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة من غير ذى الخيار فى زمن الخيار، فلو كان قبل ظهور الغبن للمغبون خيار، لكان اللازم ان يختلفوا فى صحة تصرفات الغابن، لا ان يتفقوا، اى لم يحكموا بصحة تصرفات الغابن.

و بعبارة اخرى: تصرف غير ذى الخيار- فى زمن الخيار- مختلف فى صحته، و تصرف الغابن حال جهل المغبون متفق على صحته.

فيظهر ان حال جهل المغبون ليس بزمان الخيار.

ف (انهم) قد (اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة فى زمان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۴

الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون- بعد ظهور غبنه الى البدل.

و يؤيده أيضا الاستدلال فى التذكرة، و الغنية على هذا الخيار

الخيار) اى التصرفات التى تصدر ممن لا خيار له هل هى صحيحة، أم لا؟

(و) الحال انهم (لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون) بانه غبن (بل صرح بعضهم بنفوذها) اى تصرفات الغابن (و) حكموا ب (انتقال المغبون- بعد ظهور غبنه- الى البدل) اى بدل ما تصرف فيه الغابن.

فاذا فرضنا ان زيدا باع عمروا دارا باقل من قيمتها، فكان البائع مغبونا،- و كان البيع يوم الجمعة صباحا- ثم المشترى باع الدار عصر الجمعة، و علم البائع بالغبن يوم السبت، كان البيع صحيحا، و كان البائع المغبون ان يرجع الى المشترى الغابن ببدل الدار اى قيمتها السوقية، اذا فسخ المغبون البيع.

فتحصّل انه لو كان للمغبون الخيار من حين البيع، لزم ان يختلفوا فى صحة معاملة الغابن.

فعدم اختلافهم دليل على انه ليس خيار المغبون من حين البيع بل خياره من حين ظهور الغبن.

(و يؤيده أيضا) اى يؤيد ان الخيار من حين الظهور، لا من حين البيع (الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار) اى خيار الغبن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۵

بقوله صلى الله عليه و آله و سلم- فى حديث تلقى الركبان- انهم بالخيار، اذا دخلوا السوق فان ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن هذا.

و لكن لا يخفى امكان ارجاع الكلمات الى احد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا فى المعنى الآخر.

و توضيح ذلك انه ان اريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على

(بقوله صلى الله عليه و آله و سلم- فى حديث تلقى الركبان- انهم) اى الركبان الذين اشترى منهم المتاع (بالخيار، اذا دخلوا السوق).

وجه الاستدلال ما ذكره بقوله: (فان ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول) فى السوق ذلك الدخول (الموجب لظهور الغبن) لانهم اذا

دخلوا السوق، و عرفوا القیمة السوقیة علموا بانهم قد غبنوا، فیفید الحدیث انهم قبل ذلک- حال البیع- لا خیار لهم (هذا) تمام الکلام فی وجه القولین.

(و لکن لا یخفی امکان ارجاع الکلمات) التی ذکرها العلماء (الی احد الوجهین) لانها قابلة لکلا الامرین.

و ذلک (بتوجیه ما کان منها ظاهرا فی المعنی الآخر) الی المعنی الّذی یراد توجیهه إلیه.

(و توضیح ذلک) ای توضیح ارجاع کلماتهم الی احد الوجهین، و قد اراد المصنف بهذا التوجیه الجمع بین کلماتهم (انه ان ارید بالخیار) ای خیار الغبن: (السلطنة الفعلیة التی یقتدر بها) المغبون (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۶

الفسخ و الامضاء قولا، او فعلا، فلا یحدث الا بعد ظهور الغبن.

و ان ارید ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم، و انما یتوقف علی العلم اعمال هذا الحق.

فیکون حال الجاهل بموضوع الغبن کالجاهل بحکمه، او بحکم خیاری المجلس او الحیوان او غیرهما.

ثم ان الآثار المجعولة للخیار

الفسخ و الامضاء قولا) کان یقول: فسخت او امضیت (او فعلا) بان یرسل المتاع الی الغابن فسخا او یتصرف فیه امضاء (فلا یحدث) هذه السلطنة الفعلیة (الا بعد ظهور الغبن) اذ قبله لا یعلم حتی یمضی او یفسخ.

(و ان ارید) بالخیار (ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه) من فسخ او امضاء (فهو ثابت قبل العلم) لان الغبن سبب هذا الخیار، و الغبن موجود من حین العقد (و انما یتوقف علی العلم اعمال هذا الحق) لا اصل هذا الحق.

(فیکون حال الجاهل بموضوع الغبن) و ان له خیار الغبن (کالجاهل بحکمه) کما اذا علم انه مغبون، لکن لا یعلم ان له خیار الغبن (او) الجاهل (بحکم خیاری المجلس او الحیوان او غیرهما) فی انه مع الجهل بان له الخیار لا یکون عنده القدرة الفعلیة علی الأخذ بالخیار. هذا بالنسبة الی اصل الخیار، و قد تبین انه موجود من حین العقد.

(ثم ان الآثار المجعولة للخیار) علی قسمین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۷

بین ما یترتب علی تلک السلطنة الفعلیة، کالسقوط بالتصرف، فانه لا یکون الا بعد ظهور الغبن، فلا یسقط قبله، کما سیجیء.

و منه: التلف فان الظاهر انه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعدة کون التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له، لمثل خیار الغبن، کما جزم به بعض و تردد فیه آخر.

فهی (بین ما یترتب علی تلک السلطنة الفعلیة، کالسقوط بالتصرف، فانه) ای السقوط بالتصرف (لا یکون الا بعد ظهور الغبن، فلا یسقط) خیار الغبن بالتصرف (قبله) ای قبل ظهور الغبن، فاذا لم یعلم المغبون بانه مغبون و تصرف فی ما انتقل إلیه، لم یسقط خیاره (کما سیجیء) الکلام فی ذلک.

(و منه) ای من الآثار المترتبة علی السلطنة الفعلیة (التلف) فیختلف فی کونه من الغابن، او المغبون و کونه قبل ظهور الغبن او بعده (فان الظاهر انه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا) لانه لیس له خیار الآن قبل ظهور الغبن، فتلفه یکون منه بخلاف ما اذا ظهر الغبن فان التلف یکون من الغابن لقاعدة ان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له (لو قلنا بعموم قاعدة کون التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له، لمثل خیار الغبن) «لمثل» متعلق ب «عموم» (کما جزم به) ای بالعموم (بعض) الفقهاء.

اما لو لم نقل بالعموم، فالتلف من کیس المغبون، سواء قبل ظهور الخیار او بعده (و تردد فیه) ای فی العموم بعض (آخر) من الفقهاء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۸

و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كاسقاطه بعد العقد قبل ظهوره.

و بين مـا يتردد بين الامـرين، كالتصـرفات الناقلـة، فان تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتـة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق، و ان لم يعلم به.

و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار، بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه

(و بين مـا يترتب على ذلـك الحق) اى حق الخيـار (الواقعى) عطف على قوله «بين مـا يترتب» (كاسـقاطه) اى الخيـار (بعـد العقـد قبل ظهوره) فانه اذا باع او اشترى، و قال: اسقطت كل خيار لى، سقط خيار الغبن و ان لم يعلم انه مغبون.

(و بين ما يتردد بين الامرين) فلا يعلم هل ان هـذا الاثر للغبن مترتب على الحق الواقعى؟ او على ظهور هـذا الحق (كالتصـرفات الناقلة) كما اذا باع المغبون ما انتقل إليه (فان تعليلهم المنع عنها) اى عن التصـرفات الناقلـة فى حال الخيار (بكونها مفوتـة لحق ذى الخيار من العين) اى حقه فى العين (ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق و ان) لم يظهر، و (لم يعلم) المغبون (به) اى بان له الحق.

(و حكم بعض من منـع من التصـرف) اى تصـرف غير ذى الخيـار (فى زمـان الخيـار، بمضـى) الجـار متعلق ب «حكم» اى حكمه بـان (التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون) ماضية و نافذة (يظهر منه) اى من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۰۹

ان المنع لاجـل التسـلط الفعلى، و المتبع دليـل كل واحـد من تلك الآثار فقـد يظهر منه ترتب الاثر على نفس الحق الواقعى، و لو كان مجهولا لصاحبه.

و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية.

و تظهر ثمرة الوجهين أيضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا، او بظن وجود سبب معدوم

هـذا الحكم (ان المنع) عن التصـرف الناقـل، انمـا هو (لاجـل التسـلط الفعلى) للمغبون على الفسـخ (و) اذا كانت آثار الغبن على ثلاثة اقسام بالنسبة الى ما ذكره الفقهاء، اثر مترتب على السلطنة الفعلية بعد ظهور الغبن، و اثر مترتب على نفس الحق من حين العقد، و اثر يتردد هل انه مترتب على السلطنة، او على نفس الحق ف (المتبع) فى ان الاثر كيف هو (دليل كل واحد من تلك الآثار) المترتبة على الغبن.

(فقـد يظهر منه) اى من الـدليل (ترتب الأـثر على نفس الحق الواقعى) الثـابت من حين العقـد (و لو كـان) الغبن (مجهولا لصاحبه) اى المغبون.

(و قد يظهر منه) اى من الدليل (ترتبه) اى ترتب الاثر (على السلطنة الفعلية) التى هى بعد ظهور الأثر.

(و تظهر ثمرة الوجهين) فى ان الخيـار يكون قبـل ظهور الغبن، او بعـد ظهوره (أيضا) كما ظهرت فى التصـرف، و نحوه (فيما لو فسـخ المغبون الجاهـل) بـانه مغبون (اقتراحـا) لاـ لعلمه بـانه مغبون، بـل لاـنه لم يرد البضاعـة فردهـا (او) فسـخ (بظن وجود سـبب) كـالعيب (معدوم) ذلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۰

فى الواقع فصادف الغبن.

ثم ان ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين جار فى العيب.

و قـد يسـتظهر من عبـارة القواعـد فى بـاب التـدليس: الوجه الاـول قـال و كـذا «يعنى لاـ رد» لو تعيّبت الامـة المدلسـة عنـده قبل علمه

بالتدليس، انتهى، فانه ذكر فى جامع المقاصد انه لا فرق بين تعيبها قبل العلم و بعده،

السبب (فى الواقع) اذ لم يكن عيب (فصادف) الفسخ (الغبن) فانه ان كان خيار الغبن من حين العقد، صح الفسخ مطلقا، و ان كان من حين علم المغبون، و ظهور الغبن لم يصح الفسخ.

(ثم ان ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين) هل ان الخيار من حين العقد، او من حين ظهور الغبن؟ (جار فى) خيار (العيب) أيضا، هل هو من حين العقد، او من حين ظهور العيب؟

(و قد يستظهر من عبارة القواعد فى باب التدليس: الوجه الاول) و ان الخيار من حين ظهور العيب لا من حين العقد (قال و كذا «يعنى لا رد» لو تعيّبت الامة المدلسة) كالتى دلست فى جمالها او بكارتها او نحو ذلك (عنده) اى عند المشترى، فانه لو لم تتعيّب كان للمشترى الردّ بخيار التدليس، اما لو تعيّبت عند المشترى فليس له الرد بخيار التدليس (قبل علمه بالتدليس، انتهى) كلام العلامة.

وجه الاستدلال بكلامه للوجه الاول ما ذكره بقوله: (فانه ذكر فى جامع المقاصد انه لا فرق بين تعيبها قبل العلم و بعده) فانه اذا تعيّبت

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۱

لان العيب مضمون على المشترى.

ثم قال الا ان يقال ان العيب بعد العلم غير مضمون على المشترى، لثبوت الخيار.

و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب لكون العيب فى زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له.

لكن الاستظهار المذكور مبنى على شمول

لا يحق للمشترى ارجاعها، سواء كان العيب قبل علم المشترى بالتدليس، أم بعد علمه بالتدليس (لان العيب مضمون على المشترى) فكيف يمكنه ردّ ما هو ضامن له.

(ثم قال: الا ان يقال) فى الفرق بين التعيب قبل العلم او بعده، ف (ان العيب) الّذى يحصل عند المشترى (بعد العلم) اى بعد علم المشترى بالتدليس (غير مضمون على المشترى، لثبوت الخيار) اى خيار التدليس بعد علم المشترى بالتدليس.

فيكون تعيب الجارية من البائع لقاعدة ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

(و ظاهره) اى ظاهر كلام جامع المقاصد من قوله «الا ان يقال» (عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب) اذ لو كان قبل العلم خيار التدليس موجودا، لكان العيب أيضا من البائع (لكون العيب فى زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له).

(لكن الاستظهار المذكور) اى قولنا «و ظاهره» (مبنى على شمول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۲

قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب.

و سيجىء عدم العموم ان شاء الله.

و اما خيار الرؤية فسيأتى ان ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز اسقاطه قبلها

قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب).

اذ على هذه القاعدة يكون العيب بعد العلم من كيس البائع.

(و) لكن (سيجىء عدم العموم ان شاء الله) اى عدم عموم القاعدة لخيار العيب، فلا يصح الاستظهار المذكور، فلا يتم قول جامع المقاصد «الا ان يقال» و لا وجه لكلام العلامة «قبل علمه».

و الحاصل: ان الفرق بین «قبل العلم و بعده یتوقف علی عموم قاعدة التلف فی زمن الخیار ...» و حیث انه لا عموم فلا فرق.

(و اما خیار الرؤیة فسیأتی ان ظاهر التذکرة حدوثه بالرؤیة، فلا یجوز اسقاطه) ای اسقاط الخیار (قبلها) ای قبل الرؤیة، لانه من اسقاط ما لم یجب.

اقول: لکن الظاهر ان خیار الغبن و العیب و غیرهما یثبت بالعقد لا بالعلم، و انما العلم کاشف فقط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۳

مسئلة: یسقط هذا الخیار بامور.

احدها: اسقاطه بعد العقد،

و هو قد یکون بعد العلم بالغبن فلا اشکال فی صحة اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها اذا اسقط الغبن المسبب عن ای مرتبة کان، فاحشا کان او افحش.

و لو اسقطه بزعم کون التفاوت عشرة، فظهر مائة ففی السقوط وجهان من عدم طیب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، کما لو اسقط حق عرض

(مسألة: یسقط هذا الخیار) ای خیار الغبن (بامور).

(احدها: اسقاطه بعد العقد) بان یقول المغبون: اسقطت خیاری مثلا- (و هو) ای الاسقاط (قد یکون بعد العلم بالغبن) و حینئذ (فلا اشکال فی صحة اسقاطه بلا عوض) فی قبال ان یسقط الخیار بمقابل عوض یأخذه من الغابن (مع العلم بمرتبة الغبن) کان یعلم ان قدر الغبن العشر مثلا (و لا مع الجهل بها) ای بمرتبة الغبن، هل انه العشر او الخمس مثلا؟ (اذا اسقط) فی صورة الجهل (الغبن المسبب عن ای مرتبة کان) لان الخیار حقه فله اسقاطه، و لا یشترط فی الاسقاط العلم بالقدر (فاحشا کان او افحش) لانه اسقطه بکل مراتبه.

(و لو اسقطه بزعم کون التفاوت عشرة، فظهر مائة ففی السقوط وجهان) وجه عدم السقوط (من عدم طیب نفسه بسقوط هذا المقدار) الکبیر (من الحق) فحاله (کما لو اسقط حق عرض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۴

بزعم انه شتم لا یبلغ القذف فتبین کونه قذفا.

و من ان الخیار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الّذی لا یتسامح به، و لا تعدد فیه فیسقط بمجرد الاسقاط.

و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

و اما الاسقاط بعوض بمعنی المصالحة عنه

بزعم انه شتم لا یبلغ القذف) بالزنا و نحوه (فتبین کونه قذفا) فان له المطالبة بالحق، لان ما اسقطه لم یکن، و ما کان لم یسقطه و هنا کذلک فعشرة الساقطة لم تکن و المائة الکائنة لم یسقطها.

(و) وجه السقوط (من ان الخیار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الّذی لا یتسامح به) فسواء کان التفاوت کثیرا او قلیلا فلیس للمغبون الا حق خیار واحد (و لا تعدد فیه) ای فی الخیار (فیسقط بمجرد الاسقاط) سواء علم بقدره أم لا.

(و) اما المثال بالقذف ففیه انه فرق بین حق القذف و حق الخیار فان (القذف و ما دونه من الشتم) کاللّعن و نحوه (حقان مختلفان) و لذا لهما اثران مختلفان، فلیس معنی اسقاط احدهما اسقاط الآخر، بخلاف الخیار فهو حق واحد- کما عرفت-.

و الاظهر عدم السقوط لانه لم یسقطه و انما اسقط ما لم یکن، فحاله حال ما اذا اسقط غبنه فی الکتاب، فتبین انه مغبون فی القلم.

(و اما الاسقاط) لخیار الغبن (بعوض) کما اذا اسقط خیاره بعوض ان یعطیه الغابن عشرة دنانیر- مثلا- (بمعنی المصالحة عنه) ای عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۵

به فلا اشکال فیه مع العلم بمرتبة الغبن، او التصریح بعموم المراتب، و لو اطلق و کان للاطلاق منصرف، کما لو صالح عن الغبن المحقق فی المتاع المشتری بعشرین بدرهم، فان المتعارف من الغبن المحتمل فی مثل هذه المعاملة هو کون التفاوت أربعة او خمسة فی العشرین فیصالح عن هذا المحتمل بدرهم.

فلو ظهر کون التفاوت ثمانیة عشر، و ان المبیع یسوی درهمین، ف

الخیار (به) ای بالعوض، بل لا یعد بیعه بذلک او هبته، هبة معوضة او ما اشبه ذلک (فلا اشکال فیه) لان الصلح جائز بین المسلمین (مع العلم بمرتبة الغبن) کما لو علم انه عشرة (او التصریح) فی عقد الصلح (بعموم المراتب) و ان الغبن لهما کان صالحه بعشرة (و لو اطلق) الغبن (و کان للاطلاق منصرف) عند الصلح حتی وقع الصلح علی ذلک القدر المنصرف (کما لو صالح عن الغبن المحقق) ذلک الغبن (فی المتاع المشتری بعشرین) ای صالح (بدرهم) واحد (فان المتعارف من الغبن المحتمل فی مثل هذه المعاملة) التی هی بثمن عشرین (هو کون التفاوت) الی (أربعة او خمسة فی العشرین، فیصالح) المغبون (عن) مثل (هذا المحتمل بدرهم) مثلا حتی یکون المبیع علیه بثلاثة و عشرین، او أربعة و عشرین مثلا.

(فلو ظهر کون التفاوت) کثیرا، و انه غبنه بقدر (ثمانیة عشر) مثلا (و ان المبیع یسوی درهمین) فقط (ف) الظاهر بطلان الصلح، لان ما قصد لم یکن و ما کان لم یصالح علیه، و یبقی الخیار علی حاله الا ان یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۶

فی بطلان الصلح لانه لم یقع علی الحق الموجود، او صحته مع لزومه لما ذکرنا من ان الخیار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الّذی له افراد متعددة فاذا اسقطه سقط، او صحته متزلزلا، لان الخیار الّذی صالح عنه باعتقاد ان عوضه المتعارف درهم تبین کونه مما یبذل فی مقابله ازید من الدرهم ضرورة انه کلما کان التفاوت المحتمل ازید یبذل فی مقابله

علی وجه الداعی لا التقیید بل الخطاء فی التطبیق فان الظاهر فیه الخیار.

لکن المصنف قال: (فی بطلان الصلح لانه لم یقع علی الحق الموجود) فان حق المغبون ثمانیة عشرة لا أربعة او خمسة (او صحته مع لزومه لما ذکرنا من ان الخیار حق واحد له سبب واحد و) السبب الواحد (هو التفاوت) بین القیمة السوقیة، و القیمة المجعولة (الّذی له افراد متعددة).

فان التفاوت قد یکون واحدا، و قد یکون عشرة و قد یکون ثمانیة عشر و هکذا (فاذا اسقطه) ای الخیار (سقط) فلا وجه لعدم سقوطه، اذ نفس صاحب الحق اسقطه (او صحته) ای الصلح (متزلزلا) فللمغبون الخیار فی ابطال الصلح، او اجازته (لان الخیار الّذی صالحه عنه باعتقاد ان عوضه المتعارف درهم) لان الصلح یقع بین عوضین، عوض الدرهم، و عوض قدر الغبن (تبین کونه مما یبذل فی مقابله ازید من الدرهم).

فالمغبون فی اصل المعاملة مغبون فی اصل الصلح أیضا (ضرورة انه کلما کان التفاوت المحتمل ازید یبذل فی مقابله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۷

ازید مما یبذل فی مقابله لو کان اقل، فیحصل الغبن فی المصالحة اذ: لا فرق فی الغبن بین کونه للجهل بمقدار مالیته مع العلم بعینه، و بین کونه لاجل الجهل بعینه، وجوه، و هذا هو الاقوی، فتأمل.

ازید مما یبذل فی مقابله لو کان) التفاوت (اقل) کما انه کذلک فی کل صلح.

مثلا: کانت الدعوی علی مائة دینار، فاراد المتهم اسقاط الدعوی بالصلح فانه یصالح عن المائة المحتملة بخمسین مثلا.

اما اذا کانت الدعوی علی الف، فان الصلح یکون علی خمسمائة.

و علیه: (فیحصل الغبن فی المصالحة) و کما یدخل الغبن فی المصالحة اذا تبین ان العین الخارجیة غیر العین المصالح علیها، کما اذا صالحه بدرهم عن الحدید فظهر نحاسا، فیما لو کانت المصالحة علی الفلز، لا خصوص الحدید، و الا بطلت المصالحة، کذلک اذا تبین التفاوت فی المالیة المصالح علیها (اذ لا فرق فی الغبن بین کونه للجهل بمقدار مالیته مع العلم بعینه) بان علم انه دراهم، لکن جهل کونه عشرة او اکثر- مثلا- (و بین کونه لاجل الجهل بعینه) و انه حدید او نحاس مثلا- (وجوه، و هذا) الوجه الاخیر (هو الاقوی) عند المصنف.

و قوله «وجوه» مبتدأ لقوله- قبل اسطر- «ففی بطلان الصلح» (فتأمل).

لعله اشارة الی ما ذکرناه من الفرق بین التقیید فالبطلان، و بین الخطأ فی التطبیق فالصحة مع الخیار.

ثم انه ان صح الصلح مع الخیار فابطل الصلح عاد خیار الغبن فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۸

و اما اسقاط هذا الخیار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر أیضا جوازه.

و لا یقدح عدم تحقق شرطه بناء علی کون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخیار اذ یکفی فی ذلک تحقق السبب المقتضی للخیار، و هو الغبن الواقعی، و ان لم یعلم به.

و هذا کاف فی جواز اسقاط المسبّب قبل حصول شرطه کإبراء

اصل المعاملة، لان سقوطه کان متوقفا علی الصلح، فاذا سقط الصلح عاد الخیار.

(و اما اسقاط هذا الخیار) ای خیار الغبن (بعد العقد قبل ظهور الغبن) عطف علی قوله- فی اوّل المسألة- «قد یکون بعد العلم بالغبن» (فالظاهر أیضا جوازه) و انه یسقط الخیار بذلک.

(و لا یقدح عدم تحقق شرطه) الّذی هو الظهور (بناء علی کون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخیار) مقابل ان یکون اصل الغبن موجبا للخیار سواء ظهر او لم یظهر.

و انما قال «فالظاهر أیضا جوازه» (اذ یکفی فی ذلک) الاسقاط (تحقق السبب) الاصلی (المقتضی للخیار) عند العقد (و هو الغبن الواقعی، و ان لم یعلم) المغبون (به) ای بالغبن.

(و هذا) القدر و هو وجود السبب الاصلی للغبن من حین العقد (کاف فی جواز) ای نفوذ (اسقاط) المغبون (المسبّب) ای الخیار (قبل حصول شرطه) ای شرط الخیار الّذی هو ظهور الغبن، و ذلک (کإبراء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۱۹

المالک الودعی المفرط عن الضمان، و کبراءة البائع من العیوب الراجعة الی اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها.

و لا یقدح فی المقام أیضا کونه اسقاطا لما لم یتحقق.

المالک) للودیعة (الودعی) الّذی اودع عنده المال (المفرط) فی الودیعة (عن الضمان).

مثلا: یرید زید ایداع کتابه عند عمرو، و عمرو لا یقبل، لانه یخاف ان یفرط فیه فیضمن له، فیقول زید- عند ایداعه الکتاب- اسقطت ضمانک فانه یسقط ضمانه و ان لم یجد الآن سبب الضمان و هو الافراط فی الکتاب و انما یسقط، لان السبب الاصلی للضمان و هو

الایـداع حاصـل الآـن و ان لم یحصـل شـرطه الآـن الّـذی هو الاـفراط فی حفـظ الکتاب (و کبراءة البائع من العیوب) فاذا باع داره قال للمشتری: انی بریء من عیوبها حتی لا یکون لک خیار العیب اذا ظهرت معیبة.

فان هذه البراءة (الراجعة الی اسـقاط الحق) ای حق الخیار (المسبب) ذلک الحق (عن وجودها) ای وجود العیوب، تفید اسقاط الخیار علی فرض وجود العیوب مع ان حال العقد لا حق للمشتری (قبل العلم بها) ای بالعیوب.

و سیأتی ان شرط خیار العیب العلم بالعیب- علی قول جماعة من الفقهاء-.

(و لا یقدح فی المقام) اسقاط خیار الغبن بعد العقد قبل ظهور الغبن (أیضا کونه اسقاطا لما لم یتحقق).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۰

اذ لا مانع منه الا التعلیق و عدم الجزم الممنوع عنه فی العقود فضلا عن الایقاعات.

و هو غیر قادح هنا، فان

و لا یخفی انه فی اسـقاط الخیار بعد العقد قبل ظهور الغبن اشکالان الاول: کونه اسقاطا لما لم یجب و قد اشار إلیه المصنف بقوله «و لا یقدح عدم تحقق شرطه ..» و اجاب عنه بانه لیس اسقاطا لما لم یجب بل لما وجب و یکفی لثبوته حصول سببه الاولی.

الثانی: استلزام الاسقاط التعلیق علی تحقق الخیار، و التعلیق لا یصح فی العقود و الایقاعات، و الابراء من الخیار ایقاع، فکما لا یصح ان یقول: ان جاء زید فزوجتی طالق، و لا یقع الطلاق بذلک، کذلک لا یصح ان یقول: ان کان غبن فالغابن بریء.

و انما لا یقـدح (اذ لا مانع منه) ای من الاسـقاط للخیار (الا التعلیق و عـدم الجزم) ف «عـدم الجزم» عطف علی «التعلیق» (الممنوع عنه فی العقود فضلا عن الایقاعات) فان الایقاع تکوین و ایجاد، و الایجاد لا یعقل تأخره عن الوجود، و التعلیق یستلزم ایجاد الشیء الآن و وجوده بعد حصول المعلق علیه.

(و) لکن هذا التعلیق (هو غیر قادح هنا) فی مسألة اسقاط الخیار قبل ظهور الغبن (فان) التعلیق قسمان.

الاول: التعلیق علی ما یتوقف تحقق مفهوم الانشاء علیه، کان یقول:

ان کانت هند زوجتی فهی طالق، فان مفهوم الطلاق یتوقف علی کونها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۱

الممنوع منه هو التعلیق علی ما لا یتوقف تحقق مفهوم الانشاء علیه.

و اما ما نحن فیه و شـبهه، مثل طلاق مشکوک الزوجیة، و اعتاق مشکوک الرقیة منجزا او الابراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدم فی شرائط الصیغة انه لا مانع منه لان مفهوم العقد معلق علیها فی الواقع

زوجة له، سواء قال: ان کانت هند زوجتی، أم لم یقل.

و مثل هذا التعلیق لا بأس به لانه لیس بتعلیق واقعا، بل هو راجع الی الصفة فمعناه: زوجتی هند طالق.

الثانی: التعلیق علی ما لا یتوقف تحقق مفهوم الانشاء علیه مثل: ان جاء زید فزوجتی طالق، و هذا هو المبطل للعقد و الایقاع، لانه ینافی الانشاء.

اذا عرفت ذلـک قلنـا: ان (الممنوع منه) ای من التعلیق (هو التعلیق علی مـا لا یتوقف تحقق مفهوم الانشاء علیه) کما ذکرناه فی القسـم الثانی.

(و امـا مـا نحن فیه) ای اسـقاط خیار الغبن لو کان غبن (و شـبهه) من القسم الاول (مثل طلاق مشـکوک الزوجیـة، و اعتاق مشـکوک الرقیـة) طلاقـا و اعتاقا (منجزا) لانه لو لا التنجیز لم یکن إنشاء کما عرفت وجهه قبل اسطر (او الابراء) منجزا (عما احتمل الاشـتغال به)

کما اذا احتمل ان زیدا مدیون له، فیقول: أبرأتک (فقد تقدم فی شرائط الصیغة انه لا مانع منه)

و انما لا مانع منه (لان مفهوم العقد) و الایقاع (معلق علیها) ای علی الزوجیة و الرقیة و اشتغال الذمة (فی الواقع) اذ لا طلاق إلّا علی الزوجة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۲

من دون تعلیق المتکلم.

و منه البراءة عن العیوب المحتملة فی المبیع و ضمان درک المبیع عند ظهوره مستحقا للغیر.

نعم قد یشکل الامر من حیث العوض المصالح به فانه لا بدّ من وقوع

و لا عتق الا علی العبد و لا ابراء الاعلی الدین (من دون تعلیق المتکلم) فاذا اظهر التعلیق لم یکن أتی الا بالوصف المحقق للموضوع.

(و منه) ای من هذا الباب الّذی هو معلق فی الواقع (البراءة عن العیوب المحتملة فی المبیع) اذ البراءة لا تکون عن عیب فی المبیع (و ضمان درک المبیع عند ظهوره مستحقا للغیر) کان یقول: اشتریت منک علی شرط ان تکون ضامنا اذا ظهر المبیع للغیر، فانه لا یضرّ، لانه شرط واقعی.

(نعم قد یشکل الامر) ای امر المصالحة فیما لا یعلم هل هناک غبن أم لا؟ کما اذا قال: اشتریت منک هذا الکتاب بدینار، و صالحت عن الغبن المحتمل بان تعطینی درهم، فان هذا الصلح مشکل، اذ لعله لا غبن فلا مقابل للدرهم الّذی صالح به عن الغبن المحتمل، و الصلح لا بد له من طرفین.

فیشکل الامر (من حیث العوض المصالح به) ای الّذی یأخذه الانسان المحتمل غبنه عن الانسان المحتمل کونه غابنا بعنوان الصلح عن الغبن قبل ان یعلم هل هناک غبن أم لا- (فانه لا بدّ) فی الصلح (من وقوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۳

شیء بإزائه و هو غیر معلوم.

فالاولی ضمّ شیء الی المصالح عنه المجهول التحقق، او ضمّ سائر الخیارات إلیه، بان یقول: صالحتک عن کل خیار لی بکذا.

و لو تبین عدم الغبن لم یقسط العوض علیه لان المعدوم انما دخل

شیء بإزائه) ای بإزاء المصالح به، کالدرهم فی المثال (و هو) ای کون شیء بإزائه (غیر معلوم) لانه لا یعلم هل هناک غبن أم لا؟

(فالاولی) ای اولویة تعیینه (ضمّ شیء الی المصالح عنه المجهول التحقق).

مثلا: یقول بعتک الکتاب بدینار، و صالحت عن الغبن المحتمل بضمیمة قلم بدرهم فیعطی البائع الکتاب و درهم و یأخذ الدینار و القلم (او ضمّ سائر الخیارات إلیه) ای الی خیار الغبن فی صیغة الصلح (بان یقول) المشتری: اشتریت منک الکتاب بدینار و (صالحتک عن کل خیار لی) من المجلس و الحیوان و الغبن- ان کان غبن- (بکذا) درهم مثلا، فانه لا یهم بعد ذلک وجود الغبن و عدمه، اذ وقع فی قبال الدرهم شیء مقطوع به و هو الخیار فی الجملة.

(و) حینئذ (لو تبین عدم الغبن لم یقسط العوض) ای الدرهم (علیه) ای علی الغبن و غیره، حتی یقال: ان الدرهم الصلحی کان فی قبال ثلاث خیارات، فاذا لم یکن للمشتری احدها ای الغبن لم یستحق المشتری إلا ثلثی الدرهم.

و انما لم یقسط (لان المعدوم) و هو خیار الغبن (انما دخل) فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۴

علی تقدیر وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

الثانی من المسقطات اشتراط سقوط الخیار فی متن العقد

و الاشکال فیه من الجهات المذکورة هنا او المتقدمة فی اسقاط الخیارات المتقدمة قد علم التفصی عنها.

نعم هنا وجه آخر للمنع یختص بهذا الخیار، و خیار الرؤیة و هو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه

الصلح (علی تقدیر وجوده) بان کان هناک غبن یسبب الخیار (لا) انه دخل (منجزا باعتقاد الوجود) له، حتی اذا فقد کان له قسط من عوض الصلح الّذی هو الدرهم.

(الثانی من المسقطات) لخیار الغبن (اشتراط سقوط الخیار فی متن العقد) فانه یوجب سقوطه بمقتضی: المؤمنون عند شروطهم (و الاشکال فیه) ای فی اشتراط السقوط فی متن العقد (من الجهات المذکورة هنا) ای فی مسألة خیار الغبن (او المتقدمة) ای الاشکالات المتقدمة (فی اسقاط الخیارات المتقدمة) التی تقدمت علی خیار الغبن (قد علم التفصی) و التخلص (عنها) فلا اشکال فی شرط سقوط خیار الغبن فی متن العقد.

(نعم هنا وجه آخر للمنع) ای منع شرط سقوط الخیار (یختص) هذا الاشکال (بهذا الخیار، و خیار الرؤیة) بل و خیار تلقی الرکبان، و خیار العیب، و غیرها (و هو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه) لان اشتراط سقوط الخیار یوجب الجهل بمقدار مالیة المبیع.

مثلا: لو باعه بمائة، فالمشتری لا یعلم هل یسوی مائة او عشرة و هذا اشد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۵

قال فی الدروس فی هذا المقام ما لفظه: و لو شرطا رفعه او رفع خیار الرؤیة، فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهی.

ثم احتمل الفرق بین الخیارین بان الغرر فی الغبن سهل الازالة

انواع الغرر، و کذا فی خیار العیب لانه قد یکون لا یسوی عشرة لانه معیب بینما اشتراه بمائة لظنه صحته اما اذا کان خیار فهو ضرر متدارک فلیس غررا.

(قال فی الدروس فی هذا المقام) مقام اشتراط اسقاط خیار الغبن (ما لفظه: و لو شرطا رفعه) ای رفع خیار الغبن (او رفع خیار الرؤیة فالظاهر بطلان العقد) لان بطلان الشرط یوجب بطلان العقد (للغرر) الناشئ من هذا الشرط (انتهی) کلام الدروس.

(ثم احتمل) الشهید ره (الفرق بین الخیارین) خیار الرؤیة، فلا یصح اشتراط سقوط الخیار فیه، و خیار الغبن فیصح اشتراط سقوط الخیار فیه (بان الغرر فی الغبن سهل الازالة) فیصح اشتراط اسقاط الخیار فیه، فان المغبون حصل علی بغیته و انما غبن فی القیمة، و هذا قلیل الاهمیة، بخلاف خیار الرؤیة فلا یصح اشتراط اسقاط خیاره، لان المغبون لم یحصل علی بغیته، و لذا کان اسقاط الخیار موجبا لتضرره ضررا بالغا، و سیأتی من المصنف وجه آخر للفرق بین اسقاط الغبن و اسقاط الرؤیة حیث قال: لکن الاقوی ... فی تصحیح الاول، و قال و اما خیار الرؤیة، فی عدم صحة الثانی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۶

و جزم الصیمری فی غایة المرام ببطلان العقد و الشرط.

و تردد فیه المحقق الثانی، الا انه استظهر الصحة.

و لعل توجیه کلام الشهید هو ان الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالیة المبیع، کالجهل بصفاته لان وجه کون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه الی الجهل بمقدار مالیته.

و لذا

(و جزم الصيمرى فى غاية المرام ببطلان العقد و الشرط) اذا شرط سقوط خيار الغبن، فان شرط بطلانه يسرى الى بطلان العقد.

(و تردد فيه) اى فى بطلان العقد (المحقق الثانى) أوّلا (الا انه استظهر الصحة) اخيرا.

(و لعل توجيه كلام الشهيد) القائل ببطلان العقد (هو ان الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالية المبيع) ان تدورك ببقاء خيار الغبن لم يكن جهلا ضارا، لان الخيار يتداركه، اما اذا لم يتدارك بان اشترط سقوط الخيار كان حال هذا الجهل (كالجهل بصفاته) اى بصفات المبيع، و الجهل بالصفات يوجب الغرر فالبطلان، و كذلك الجهل بالقيمة.

و انما كان حال الجهل بالقيمة حال الجهل بالصفات (لان وجه كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه) اى رجوع الجهل بالصفات (الى الجهل بمقدار ماليته) فاذا كان الجهل بالصفات ايجابه الغرر من جهة رجوعه الى الجهل بالمالية، كان الجهل بالمالية اولى بالغرر.

(و لذا) الّذى كان سبب الغرر الجهل بالصفات هو رجوعه الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۷

لا غرر مع الجهل بالصفات التى لا مدخل لها فى القيمة.

لكن الاقوى الصحة لان مجرد الجهل بمقدار المالية لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك فى القيمة و يضافان ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لاجل الخيار حتى يكون اسقاطه موجبا لثبوته، و الا لم يصح البيع.

اذ لا يجدى فى الاخراج عن الغرر ثبوت الخيار لانه حكم شرعى لا يرتفع به

الجهل بالمالية (لا غرر مع الجهل بالصفات التى لا مدخل لها فى القيمة)

كما اذا باعه حنطة لم يعلم انها عراقية او ايرانية- بعد ان كان هذا الوصف لا يوجب تفاوت القيمة-.

(لكن الاقوى الصحة) للعقد الّذى اشترط فيه اسقاط خيار الغبن (لان مجرد الجهل بمقدار المالية لو كان غررا) يوجب البطلان (لم يصح البيع مع الشك فى القيمة) مع انه صحيح بلا اشكال (و أيضا) اشكال آخر على الشهيد، و هو انه قال: ان الغرر يرتفع بالخيار مع انه غير تام (فان ارتفاع الغرر عن هذا البيع) الّذى كان مغبونا فيه (ليس لاجل الخيار حتى يكون اسقاطه) اى اسقاط خيار الغبن (موجبا لثبوته) اى لثبوت الغرر (و الا) فلو توهم ارتفاع الغرر بسبب ثبوت الخيار فيه (لم يصح) هذا التوهم بل كان اللازم بطلان (البيع) حتى فى صورة وجود الخيار.

(اذ لا يجدى فى الاخراج عن الغرر ثبوت الخيار).

و انما لا يجدى (لانه) اى الخيار (حكم شرعى لا يرتفع به) اى بهذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۸

موضوع الغرر و الا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل و ثبوت الخيار كبيع المجهول وجوده، و المتعذر تسليمه.

و اما خيار الرؤية فاشتراط سقوطه راجع الى اسقاط اعتبار ما اشترطاه من الاوصاف فى العين غير المرئية، فكانهما تبايعا، سواء وجد فيها تلك الاوصاف، أم لا.

الحكم الشرعى (موضوع الغرر) فان بالاحكام الشرعية لا ترتفع الموضوعات الخارجية (و الا) فلو كانت الاحكام الشرعية كالخيار ترفع الموضوعات العرفية (لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل) بان يشترط فيه الخيار مع وضوح انه لا يصح البيع الغررى و ان كان فيه خيار.

و لا يخفى ان قول المصنف: و الا لم يصح البيع غير مستقيم، بل كان الاحسن اسقاط هذه الجملة، فشرحنا لهذه الجملة بما ذكرناه

تکلف اضطررنا إلیه (و ثبوت الخیار کبیع) الشیء (المجهول وجوده) فانه غرر و لا یصححه جعل الخیار فیه (و) بیع الشیء (المتعذر تسلیمه) فانه غرر و لا یصححه جعل الخیار فیه.

(و اما خیار الرؤیة ف) لا یصح اشتراط اسقاطه، لان (اشتراط سقوطه راجع الی اسقاط اعتبار ما اشترطاه من الاوصاف) التی اشترطوها (فی العین غیر المرئیة) اذ فی العین الحاضرة المشاهدة ترفع الغرر، اما فی العین الغائبة فالاوصاف ترفع الغرر (فکانهما) ای المتبایعین اذا اسقطا خیار الرؤیة (تبایعا، سواء وجد فیها) ای فی العین الموصوفة (تلک الاوصاف) التی ذکراها حال البیع (أم لا) لانه اذا لم تکن تلک الاوصاف لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۲۹

فصحة البیع موقوفة علی اشتراط تلک الاوصاف و اسقاط الخیار فی معنی الغائها الموجب للبطلان، مع احتمال الصحة هناک أیضا، لان مرجع اسقاط خیار الرؤیة الی التزام عدم تأثیر تخلف تلک الشروط، لا الی عدم التزام ما اشترطاه من الاوصاف.

و لا تنافی بین ان یقدم علی اشتراء العین بانیا علی وجود تلک

خیار له، لتدارک النقص.

(ف) الوصف و اسقاط الخیار مناقض، اذ (صحة البیع موقوفة علی اشتراط تلک الاوصاف) التی ذکروها حال البیع (و اسقاط الخیار فی معنی الغائها) ای الغاء تلک الاوصاف (الموجب) الغائها (للبطلان) ای بطلان البیع، اذ یکون حینئذ من بیع المجهول هذا (مع احتمال الصحة هناک) و هو اشتراط الغاء خیار الرؤیة (أیضا) کما صح الغاء خیار الغبن (لان مرجع اسقاط خیار الرؤیة الی التزام عدم تأثیر تخلف تلک الشروط) ای شرط الاوصاف المأخوذة عند العقد علی العین الغائبة (لا الی عدم التزام ما اشترطاه من الاوصاف) فانه لا تنافی بین الالتزام، و بین عدم الضمان فی صورة تخلف الالتزام.

وجه عدم التنافی ان الالتزام نوع من تطمین الطرف الّذی یعتمد بالتزام الملتزم و لا یلازم ذلک انه لو تخلف کان ضامنا.

(و لا تنافی بین ان یقدم علی اشتراء العین بانیا علی وجود تلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۰

الاوصاف، و بین الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل، و سیجیء تمام الکلام فی خیار الرؤیة.

و کیف کان فلا اری اشکالا فی اشتراط سقوط خیار الغبن من حیث لزوم الغرر اذ لو لم یشرع الخیار فی الغبن اصلا لم یلزم منه غرر.

الثالث: تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة

بعد علمه بالغبن.

الاوصاف) التی وصفت عند المعاملة (و بین الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت) الاوصاف، فلم تکن العین کما وصفت (فتأمل).

کانه اشارة الی وجود التنافی، کما سیأتی تفصیل الکلام فیه فی بحث خیار الرؤیة ان شاء الله تعالی (و سیجیء تمام الکلام فی خیار الرؤیة).

(و کیف کان) الامر فی خیار الرؤیة (ف) الکلام هنا فی خیار الغبن و هل یصح اشتراط اسقاطه حال العقد، أم لا؟

و (لا اری اشکالا فی اشتراط سقوط خیار الغبن من حیث لزوم الغرر) فاشتراطه لا یوجب الغرر (اذ لو لم یشرع الخیار فی الغبن اصلا لم یلزم منه غرر) فکذلک اذا شرع و لکنه اسقط بالشرط و الله سبحانه العالم.

(الثالث) من مسقطات خیار الغبن (تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة) صفة التصرفات.

اذ قد تقدم فی تلک الخیارات ان بعض التصرفات مسقطة، و بعضها غیر مسقطة اذا تصرف (بعد علمه بالغبن) فان مثل هذا التصرف مسقط للخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۱

و یدل علیه ما دل علی سقوط خیاری المجلس و الشرط به، مع عدم ورود نص فیهما و اختصاص النص بخیار الحیوان و هو اطلاق بعض معاقد الاجماع، بان تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه اجازة و فیما انتقل عنه فسخ.

و عموم العلة المستفادة من النص فی خیار الحیوان المستدل بها فی

(و یدل علیه) ای علی کون مثل هذا التصرف مسقطا (ما دل علی سقوط خیاری المجلس و الشرط به) ای بذلک التصرف (مع عدم ورود نص فیهما).

اذ لا نص علی ان خیاری المجلس و الشرط یسقطان بالتصرف (و اختصاص النص بخیار الحیوان) و انه یسقط بالتصرف (و) الدلیل الدال علی اسقاط التصرف بخیار الغبن- اذا حدث بعد علمه بالغبن- (هو اطلاق بعض معاقد الاجماع، بان تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه اجازة) توجب سقوط الخیار (و فیما انتقل عنه فسخ) للمعاملة، فلو انتقل الحیوان الی زید فی قبال دینار، ففی مدة خیار الحیوان- ان تصرف زید فی الحیوان- کان تصرفه اجازة، و ان تصرف فی الدینار کان فسخا (و عموم) هذا دلیل ثان لسقوط الخیار بالتصرف فی الشیء المغبون فیه، و هو معطوف علی اطلاق (العلة المستفادة من النص فی خیار الحیوان) العلة التی تقول بان التصرف یوجب اسقاط الخیار، لانه رضی فان قوله علیه السلام «لانه رضی» شامل للتصرف فی المغبون فیه (المستدل بها فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۲

کلمات العلماء علی السقوط و هی الرضا بلزوم العقد.

مع ان الدلیل هنا اما نفی الضرر، و اما الاجماع.

و الاول منتف، فانه کما لا یجری مع

کلمات العلماء علی السقوط) للخیار (و هی الرضا بلزوم العقد) المنکشف ذلک الرضا من التصرف فی ماله فیه الخیار.

و هذان «الاجماع، و لانه رضی» هما الدلیلان علی ان التصرف فی المغبون فیه یسقط الخیار، هذا.

(مع ان الدلیل) علی اصل خیار الغبن (هنا) دلیل لا یشمل ما بعد التصرف.

و علیه فهنا سببان لعدم خیار الغبن بعد التصرف.

الاول: هو ان دلیل خیار الغبن لا یشمل ما بعد التصرف.

الثانی: هو انه علی تقدیر شمول دلیل خیار الغبن لما بعد التصرف هناک دلیلان یدلان علی سقوط الخیار بالتصرف، و هما: الاجماع علی السقوط و شمول العلة المسقطة، لانه رضا لما بعد التصرف.

و حیث ذکر المصنف السبب الثانی أولا حیث قال «و یدل علیه ..»

ذکر هنا السبب الثانی بقوله: ان الدلیل علی اصل خیار الغبن (اما نفی الضرر) لان تحمل الغبن بدون الخیار ضرر علی المغبون (و اما الاجماع) علی خیار الغبن.

(و الاول) ای نفی الضرر (منتف) بعد التصرف و علمه بالغبن.

وجه انتفائه ما ذکره بقوله: (فانه کما لا یجری) دلیل نفی الضرر (مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۳

الاقدام علیه، فکذلک لا یجری مع الرضا به بعده.

و اما الاجماع فهو غیر ثابت مع الرضا، الا ان یقال: ان الشک فی الرفع لا الدفع فیستصحب، فتأمل.

او ندّعی ان ظاهر قولهم فیما نحن فیه ان هذا الخیار لا یسقط بالتصرف

الاقدام علیه) فلا یکون له خیار الغبن اذا اقدم علی البیع، و هو عالم بانه ضرری (فکذلک لا یجری) دلیل نفی الضرر (مع الرضا به) ای بالبیع (بعده) ای بعد البیع، فالمسقط للخیار الرضا، سواء کان رضا قبل العقد او کان رضا بعد العقد.

(و اما) الثانی: و هو (الاجماع) علی خیار الغبن (فهو غیر ثابت مع الرضا) بالمعاملة بعد علمه بالغبن (الا ان یقال) فی دفع قولنا «مع ان الدلیل هنا ...» (ان) الخیار ثبت بالغبن، و لا یعلم ارتفاعه بالتصرف لان (الشک فی الرفع) و هل انه رفع الخیار بالتصرف أم لا؟ (لا الدفع) ای لیس الشک فی انه هل ثبت الخیار أم لا؟ «حتی یقال: بان الاصل عدم الخیار» بل الشک فی انه هل ارتفع الخیار أم لا؟ (فیستصحب) ثبوت الخیار بعد التصرف (فتأمل) اذ لا یبقی شک مع عدم شمول دلیل الخیار «نفی الضرر و الاجماع» لما بعد التصرف الکائن بعد علمه بالغبن فلا مجال لاستصحاب الخیار.

(او ندّعی) عطف علی «الا ان یقال» و قصده بذلک اسقاط قوله «و یدل علیه» و اذا فلا دلیل علی سقوط خیار الغبن بالتصرف (ان ظاهر قولهم فیما نحن فیه) ای خیار الغبن (ان هذا الخیار لا یسقط بالتصرف)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۴

شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخیار من بین الخیارات بذلک.

لکن الانصاف عدم شمول التصرف فی کلماتهم لما بعد العلم بالغبن.

و غرضهم من تخصیص الحکم بهذا الخیار ان التصرف مسقط لکل

عدم اجماعهم علی ان خیار الغبن یسقط بالتصرف.

فما تقدم من «الاجماع علی ان تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه اجازة» لا یشمل خیار الغبن، ف (شموله) ای شمول قولهم المذکور (للتصرف) من المغبون (بعد العلم بالغبن) فلا سقوط لخیاره بالتصرف بعد العلم (و اختصاص هذا الخیار) ای خیار الغبن (من بین الخیارات بذلک) ای بعدم السقوط بالتصرف.

اما سائر الخیارات فان التصرف مسقط لها.

و قوله «و اختصاص» عطف بیان لقوله «شموله» کما ان «شموله» خبر لقوله «ان ظاهر ...».

(لکن الانصاف) ان قولنا «او ندّعی» غیر تام، ل (عدم شمول التصرف فی کلماتهم) التی قالوا ان «التصرف فی خیار الغبن لیس بمسقط» (لما بعد العلم بالغبن) بل مرادهم ان التصرف قبل العلم بالغبن لا یسقط الخیار.

(و غرضهم من تخصیص الحکم) ای الحکم بعدم السقوط بالتصرف (بهذا الخیار) ای بخیار الغبن، حیث قالوا «ان خیار الغبن لیس کسائر الخیارات» (ان التصرف) من ذی الخیار (مسقط لکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۵

خیار و لو وقع قبل العلم بالخیار کما فی العیب و التدلیس سوی هذا الخیار.

و یؤید ذلک ما اشتهر بینهم من ان التصرف قبل العلم بالعیب، و التدلیس ملزم، لدلالته علی الرضا بالبیع فیسقط الرد.

و انما یثبت الارش فی خصوص العیب لعدم دلالة التصرف علی الرضا بالعیب و کیف کان فاختصاص التصرف غیر المسقط

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج‌۱۲، ص: ۱۳۵

خیار و لو وقع) التصرف (قبل العلم بالخیار، کما فی العیب و التدلیس) فانه اذا تصرف ذو الخیار و لو قبل ان یعلم بالعیب و التدلیس سقط خیاره و له حق الارش خاصة (سوی هذا الخیار) ای خیار الغبن، فان التصرف قبل العلم بالغبن لا یسقط خیاره.

(و یؤید ذلک) ای یؤید ان خیار الغبن لا یسقط بالتصرف- اذا کان التصرف قبل العلم بالغبن- انهم خصوا اسقاط التصرف للخیار بخیاری التدلیس و العیب، فلو کان خیار الغبن مثلهما لم یکن وجه للتخصیص فالمؤید لذلک هو (ما اشتهر بینهم من ان التصرف قبل العلم بالعیب، و) ب (التدلیس ملزم) للعقد فلا خیار بعد التصرف (لدلالته) ای التصرف (علی الرضا بالبیع ف) اذا رضی بالبیع (یسقط الرد) اذ لا خیار

(و انما یثبت الارش فی خصوص العیب) لا فی التدلیس، لانه لا ارش فیه، اذ لا نقصان (لعدم دلالة التصرف علی الرضا بالعیب) و انما یدل علی الرضا بالعقد فقط، و لا تلازم بین الرضاءین.

(و کیف کان) وجه التأیید المذکور فانه یحتمل عدم التأیید- اذ اثبات الشیء لا ینفی ما عداه- (فاختصاص التصرف غیر المسقط) لخیار الغبن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۲، ص: ۱۳۶

فی کلامهم بما قبل العلم لا یکاد یخفی علی المتتبع فی کلماتهم.

نعم لم اجد لهم تصریحا بذلک عدا ما حکی عن صاحب المسالک و تبعه جماعة.

لکن الاستشکال من جهة ترک التصریح مع وجود الدلیل مما لا ینبغی

(فی کلامهم بما) کان التصرف (قبل العلم) بالغبن و اما التصرف بعد العلم فهو مسقط لخیار الغبن (لا یکاد یخفی علی المتتبع فی کلماتهم) فان هذا یستفاد من انصراف کلامهم.

(نعم لم اجد لهم تصریحا بذلک) و ان التصرف غیر المسقط هو ما کان قبل علم المغبون (عدا ما حکی عن صاحب المسالک) و هو الشهید الثانی (و تبعه جماعة) آخرون.

(لکن الاستشکال) فی سقوط الخیار عند التصرف بعد العلم بالغبن (من جهة ترک التصریح) من قدماء الفقهاء (مع وجود الدلیل) علی سقوط الخیار.

و الدلیل هو ما ذکرناه من الاجماع علی السقوط اذا کان بعد العلم و العلة فی قوله علیه السلام «لانه رضی» (مما لا ینبغی).

ان قلت: کیف قال المصنف: انهم لم یصرحوا او قال: انه اجماع علی الحکم.

قلت: الاجماع مستفاد من انصراف کلامهم، و ان لم یکن تصریح فی کلمات القدماء.

اذا لا ینبغی الاشکال فی سقوط خیار الغبن اذا تصرف المغبون بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۲، ص: ۱۳۷

بل ربما یستشکل فی حکمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم، مع حکمهم بسقوط خیار التدلیس و العیب بالتصرف قبل العلم.

و الاعتذار بالنص انما یتم فی العیب دون التدلیس، فانه مشترک مع خیار

علمه بالغبن.

(بل ربما یستشکل فی حکمهم بعدم السقوط) ای عدم سقوط خیار الغبن (بالتصرف) فی المغبون فیه (قبل العلم) ای قبل علمه بالغبن (مع) انه لا بدّ من القول بالسقوط قبل العلم أیضا بدلیل (حکمهم بسقوط خیار التدلیس و العیب بالتصرف قبل العلم) ای قبل علمه بالتدلیس و العیب.

فاذا کان التصرف قبل العلم مسقطا لکان مسقطا فی خیار الغبن أیضا، و ان لم یکن مسقطا لم یکن مسقطا حتی فی العیب و التدلیس.

(و) ان قلت: انه ورد الدلیل بان التصرف فی المعیب قبل العلم یسقط الخیار، و لم یرد مثل هذا الدلیل فی خیار التدلیس.

قلت: (الاعتذار) للفرق (بالنص) غیر تام، لانه (انما یتم فی العیب) اذ ورد النص فی سقوط الخیار بالتصرف فی المعیب، اذا کان التصرف قبل العلم (دون التدلیس) فالتدلیس مثل الغبن لا نص فیهما.

فاللازم اما القول بسقوط الخیار فیهما بالتصرف قبل العلم، و اما القول بعدم سقوط الخیار فیهما فلما ذا قالوا بسقوط خیار التدلیس مع قولهم بعدم سقوط خیار الغبن؟ (فانه) ای التدلیس (مشترک مع خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۸

الغبن فی عدم النص.

و مقتضی القاعدة فی حکم التصرف قبل العلم فیهما واحد.

و التحقیق ان یقال: ان مقتضی القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل علی الرضا بلزوم العقد، و تحمل الضرر

نعم قد ورد النص فی العیب علی السقوط و ادعی علیه الاجماع مع ان ضرر السقوط فیه متدارک

الغبن فی عدم النص) الدال علی انه هل یسقط خیار هما بالتصرف قبل العلم او لا یسقط؟.

(و) الحال ان (مقتضی القاعدة فی حکم التصرف قبل العلم فیهما) ای فی الغبن و التدلیس (واحد).

و مقتضی القاعدة هو ما ذکره بقوله: (و التحقیق ان یقال: ان مقتضی القاعدة عدم السقوط) للخیار فی التدلیس و الغبن اذا تصرف قبل العلم بالتدلیس و الغبن (لبقاء الضرر) الّذی کان سببا للحکم بالخیار فیهما (و عدم دلالة التصرف مع الجهل) من المتصرف بالغبن و التدلیس (علی الرضا بلزوم العقد) حتی یقال: ان الرضا اسقط الخیار (و) علی (تحمل الضرر) حتی یقال: انه اقدم بنفسه علی ضرر نفسه، فلا خیار له بعد الاقدام.

(نعم قد ورد النص فی العیب علی السقوط) ای سقوط خیار العیب بالتصرف قبل العلم بالعیب (و ادعی علیه الاجماع) فاللازم القول بالسقوط (مع ان ضرر السقوط) للخیار (فیه) ای فی خیار العیب (متدارک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۳۹

بالارش، و ان کان نفس امساک العین قد تکون ضررا، فان تم دلیل فی التدلیس أیضا قلنا به، و الا وجب الرجوع الی دلیل خیاره.

ثم ان الحکم بسقوط الخیار بالتصرف بعد العلم بالغبن، مبنی علی ما تقدم فی الخیارات السابقة من تسلیم کون التصرف دلیلا علی الرضا بلزوم العقد

بالارش) فلا یقاس خیار العیب بخیاری التدلیس و الغبن اللذین لا تدارک فیهما بعد سقوط الخیار (و ان کان نفس امساک العین) المعیبة (قد تکون ضررا) علی المتصرف و ان اخذ الارش، الا ان النص و الاجماع یحکمان بان التصرف موجب بسقوط الرد، فلا بد من القول به (فان تم دلیل) ان التصرف قبل العلم موجب لاسقاط الخیار (فی التدلیس أیضا) کما تم فی العیب (قلنا به) و ان خیار

التدلیس یسقط بالتصرف، اذا کان التصرف قبل العلم، اما التصرف بعد العلم فاسقاطه للخیار واضح (و الا) یتم دلیل فی التدلیس (وجب الرجوع الی دلیل خیاره) ای خیار التدلیس.

و الدلیل یدل علی اطلاق الخیار الشامل لما بعد التصرف- فیما کان التصرف قبل العلم-.

(ثم ان الحکم بسقوط الخیار ب) سبب (التصرف بعد العلم) ای علم المغبون (بالغبن، مبنی علی ما تقدم فی الخیارات السابقة من تسلیم کون التصرف دلیلا علی الرضا بلزوم العقد) فیکون الرضا اللاحق کما اذا کان راضیا بالغبن قبل العقد و اقدم علیه، حیث ان ذلک یوجب عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۰

و الا کان اللازم فی غیر ما دل فعلا علی الالتزام بالعقد من افراد التصرف الرجوع الی اصالة بقاء الخیار.

الرابع من المسقطات: تصرف المشتری المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملک علی وجه اللزوم، کالبیع و العتق

اشارة

فان المصرح به فی کلام المحقق و من تأخر عنه هو سقوط خیاره حینئذ.

و قیل انه المشهور، و هو کذلک بین المتأخرین.

نعم ذکر الشیخ فی خیار المشتری مرابحة

الخیار له لانه اقدم علی ضرر نفسه (و الا) یکن التصرف دلیلا علی الرضا بقول مطلق (کان اللازم فی غیر ما دل فعلا) ای بالفعل (علی الالتزام بالعقد من افراد التصرف) «من» بیان «ما» (الرجوع الی اصالة بقاء الخیار) لاستصحاب بقائه بعد الشک فی زواله بالتصرف.

(الرابع من المسقطات) لخیار الغبن (تصرف المشتری المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملک) اخراجا (علی وجه اللزوم) لا علی وجه الجواز (کالبیع و العتق) لا کالهبة الجائزة (فان المصرح به فی کلام المحقق و من تأخر عنه هو سقوط خیاره حینئذ) ای حین التصرف المخرج.

(و قیل انه) ای سقوط خیاره بالتصرف المخرج هو (المشهور، و هو کذلک) مشهور (بین المتأخرین) اما بین المتقدمین ای ما قبل المحقق فلا (نعم) من المتقدمین (ذکر الشیخ) هذه المسألة (فی خیار المشتری) اذا اشتری (مرابحة) بان قال له البائع: ان رأس المال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۱

عند کذب البائع انه لو هلک السلعة او تصرف فیها سقط الرد.

و الظاهر اتحاد هذا الخیار مع خیار الغبن، کما یظهر من جامع المقاصد فی شرح قول الماتن، و لا یبطل الخیار بتلف العین، فراجع.

و استدل علی هذا الحکم فی التذکرة بعدم امکان استدراکه مع

کذا، و آخذ کذا علیه ربحا (عند کذب البائع) بان ظهر للمشتری ان البائع کذب فی اخباره برأس المال.

مثلا قال له: انه اشتراه بمائة، فظهر انه اشتراه بثمانین.

قال الشیخ: (انه لو هلک السلعة او تصرف فیها) المشتری (سقط الرد).

(و) هذا الکلام بضمیمة ان (الظاهر اتحاد هذا الخیار مع خیار الغبن) لان کلیهما خیار من جهة غبن البائع للمشتری، اما غبنا فعلیا کما فی خیار الغبن و اما غبنا من حیث ان المشتری دخل باعتبار قیمة اختارها، لا باعتبار قیمة اخبر بها کذبا یفهمنا ان الشیخ یری کون التصرف مسقطا و لا یخفی ان اتحاد هذین الخیارین (کما) ذکرنا وجهه (یظهر) أیضا (من جامع المقاصد فی شرح قول الماتن) الّذی

هو العلامة (و لا يبطل الخيار بتلف العين، فراجع).

و قد ذكر كلامهما العلامة الشهيد ره فى تعليقة على المتن.

(و) كيف كان، فقد (استدل على هذا الحكم) سقوط خيار الغبن بتصرف المشترى قبل علمه بالغبن، تصرفا مخرجا عن الملك (فى التذكرة بعدم امكان استدراكه) اى الاخذ بالخيار (مع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۲

الخروج عن الملك، و هو بظاهره مشكل، لان الخيار غير مشروط عندهم بامكان رد العين.

و يمكن ان يوجه بان حديث: نفى الضرر لم يدل على الخيار، بل المتيقن منه جواز ردّ العين المغبون فيها، فاذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد.

و

الخروج عن الملك).

اذ مقتضى الفسخ رد كل شىء الى صاحبه و كيف يمكن ذلك مع تلف العين او خروجها عن ملك المشترى خروجا لازما؟ (و هو) اى استدلال العلامة (بظاهره مشكل، لان الخيار غير مشروط عندهم بامكان رد العين) بل له الاخذ بالخيار، فان لم يتمكن من رد العين رد بدلها من المثل او القيمة.

(و يمكن ان يوجه) كلام العلامة (بان حديث: نفى الضرر) الّذى كان مستندا لخيار الغبن (لم يدل على الخيار، بل المتيقن منه جواز ردّ العين المغبون فيها) فان الرد كان ممنوعا- بدليل لزوم البيع- فلا ضرر يرفع هذا المنع (فاذا امتنع ردها) لتلف العين، او انتقالها انتقالا لازما (فلا دليل على جواز فسخ العقد) بل الاصل فيه اللزوم، بدليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و) ان قلت: فاذا لم يقدر المغبون من الفسخ تضرر، و لا ضرر فى الاسلام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۳

تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فان دفع الضرر من الطرفين انما يكون بتسلط المغبون على رد العين، فيكون حاله من حيث ان له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة فى ان له ان يشترى و ان يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه مع ان اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، و لو جهلا منه به

قلت: (تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن) لا- ينفع، لانه (معارض بتضرر الغابن بقبول البدل) اذ الغابن لا يريد بدل ماله فيسقط الضرران احدهما بالآخر، فلا يبقى دليل على فسخ المغبون (فان دفع الضرر من الطرفين) بان لا يتضرر المغبون بزيادة القيمة، و لا يتضرر الغابن برد بدل ماله (انما يكون بتسلط المغبون على ردّ العين) فاذا لم تكن العين لم يكن المغبون مسلطا على الرد (فيكون حاله) اى حال المغبون- اذا كانت العين موجودة- (من حيث ان له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة فى ان له ان يشترى و ان يترك) الاشتراء، فاذا اشترى جاهلا- بالغبن كان له الرد و القبول مع وجود العين (و ليس هكذا) اى ليس له الرد و القبول (بعد خروج العين عن ملكه) اذ: الرد يستلزم تضرر الغابن لاجل انه لا يريد بدل متاعه و انما يريد عينه.

اقول لا وجه لادعاء تضرر الغابن فى المثلى و انما يمكن ادعائه فى القيمى (مع ان اخراج المغبون العين عن ملكه التزام) منه (بالضرر) و اقدام عليه، و مع الاقدام على الضرر لا خيار (و لو جهلا منه به) اى بالضرر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۴

هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد فى اللمعة بما توضيحه ان الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع

التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر لیس اقداما علیه، لما عرفت من ان الخارج عن عموم نفی الضرر لیس إلا صورة الاقدام علیه عالما به فیجب تدارک الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العین مع بقائها علی ملکه، و بدلها مع عدمه.

(هذا، و لکن اعترض علیهم شیخنا الشهید قدّس روحه السعید) و «قدس» ای نزّه عن العذاب و الالم فی الآخرة دعاء، و «السعید» لانه لم یکن شقیا فی الدنیا (فی اللمعة بما توضیحه) ملخصا ان الضرر ثابت حتی مع التصرف جهلا، و لا ضرر یقول بجواز رده حتی بعد التلف و لا ـ ضرر علی الغابن برد المثل و القیمة، ف (ان الضرر الموجب للخیار قبل التصرف) ای قبل تصرف المغبون (ثابت مع التصرف) فان التصرف لیس مزیلا للضرر (و التصرف مع الجهل بالضرر لیس اقداما علیه) ای لیس اقداما علی الضرر، حتی یکون الاقدام اسقاطا للخیار (لما عرفت من ان الخارج عن عموم نفی الضرر لیس إلا صورة الاقدام علیه) ای علی الضرر (عالما به) و الا لا یسمی اقداما حتی یکون مسقطا لخیاره، و حیث لم یقدم المغبون علی ضرر نفسه (فیجب تدارک الضرر باسترداد) المغبون (ما دفعه من الثمن الزائد) ای کل الثمن اصله و زیادته، فانه یسترد الثمن (ب) مقابل (رد) ه (نفس العین مع بقائها علی ملکه، و) برد (بدلها مع عدمه) سواء کان عدمه لتلفها، او کان لاجل نقله العین الی الغیر نقلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۵

و فوات خصوصیة العین علی الغابن لیس ضررا، لان العین المبیعة ان کانت مثلیة، فلا ضرر بتبدلها بمثلها.

و ان کانت قیمیة فتعریضها للبیع یدل علی إرادة قیمتها، فلا ضرر اصلا فضلا عن ان یعارض ضرر زیادة الثمن علی القیمة خصوصا مع الافراط فی الزیادة.

لازما.

و لا یخفی ان کلام الشهید فیما اذا کان المغبون المشتری، و لذا قال: ما دفعه من الثمن و إلا فنفس الکلام یأتی فیما کان المغبون هو البائع.

(و) ان قلت: ان رد البدل یوجب ضرر الغابن حیث لم ترد علیه عینه.

قلت: (فوات خصوصیة العین علی الغابن لیس ضررا).

و ذلک (لان العین المبیعة) التی باعها المغبون (ان کانت مثلیة فلا ضرر) للغابن (بتبدلها بمثلها) لان المثلین متساویان فی الخصوصیات (و ان کانت قیمیة فتعریضها) ای تعریض البائع الغابن (للبیع یدل علی إرادة) ای إرادة البائع الغابن (قیمتها) فاذا اعطاه المشتری المغبون القیمة (فلا ضرر اصلا) علی الغابن (فضلا عن ان یعارض) ضرر الغابن، ل (ضرر زیادة الثمن علی القیمة) الّذی هو ضرر المغبون (خصوصا مع الافراط) ای افراط الغابن (فی الزیادة) فانه لو فرض ضرر الغابن بالتبدیل یکون ضرر المغبون- فی حالة الافراط- اکثر من ضرر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۶

و الانصاف ان هذا حسن جدا.

لکن قال فی الروضة ان لم یکن الحکم اجماعا.

اقول: و الظاهر عدمه لانک عرفت عدم عنوان المسألة فی کلام من تقدم علی المحقق فیما تتبعت.

ثم ان مقتضی دلیل المشهور عدم الفرق فی المغبون المتصرف بین البائع و المشتری.

الغابن فیقدم: لا ضرر المغبون، علی: لا ضرر الغابن.

(و) المصنف یقول (الانصاف ان هذا) الکلام من الشهید الاول (حسن جدا).

(لکن قال) الشهید الثانی (فی الروضة) شرح اللمعة فی رد الشهید الاول (ان لم یکن الحکم) بسقوط خیار المغبون- بسبب تصرفه- (اجماعا) اما اذا کان اجماع علی سقوط خیار المغبون بسبب تصرفه فلا موقع لکلام الشهید الاول.

(اقول: و الظاهر عدمه) ای عدم الاجماع (لانک عرفت عدم عنوان المسألة فی کلام من تقدم علی المحقق فیما تتبعت) الّا الشیخ.

و من المعلوم ان عدم فتوی القدماء بذلک یوجب عدم تحقق الاجماع (ثم ان مقتضی دلیل المشهور) الذین قالوا بان تصرف المغبون قبل علمه بالغبن یسقط خیاره، و قد تقدم ان دلیل المشهور ما ذکره العلامة: بعدم امکان استدراکه مع الخروج عن الملک (عدم الفرق فی المغبون المتصرف) فی السلعة (بین البائع و المشتری) فایهما تصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۷

قال فی التحریر- بعد ان صرح بثبوت الخیار للمغبون بائعا کان او مشتریا- و لا یسقط الخیار بالتصرف مع امکان الرد.

و مقتضی اطلاقه عدم الفرق بین الناقل اللازم، و بین فک الملک، کالعتق و الوقف، و بین المانع عن الردّ مع البقاء علی الملک کالاستیلاد بل و یعم التلف و عن جماعة تخصیص العبارة بالمشتری فان اراد و اقصر الحکم

لم یحق له الأخذ بالخیار.

(قال فی التحریر- بعد ان صرح بثبوت الخیار للمغبون بائعا کان او مشتریا-) قال: (و لا یسقط الخیار بالتصرف مع امکان الرد) فان المفهوم امران.

الاول: انه ان تصرف المغبون تصرفا یوجب عدم امکان رده لم یکن له الخیار.

الثانی: انه ان تصرف تصرفا یمکنه الرد مع ذلک لم یسقط خیاره.

(و مقتضی اطلاقه) ای اطلاق مفهوم قوله «مع امکان الرد» (عدم الفرق بین الناقل اللازم، و بین فک الملک، کالعتق و الوقف، و بین) التصرف (المانع عن الرد مع البقاء علی الملک کالاستیلاد).

فان المولی اذا استولد الامة لم یمکنه نقلها ما دام ولدها موجودا لانها فی سبیل التحرر (بل و یعم) التصرف الموجب لبطلان الخیار (التلف) لانه لا یتمکن من رده مع التلف (و عن جماعة تخصیص العبارة) ای عبارة: ان المغبون لا یمکنه الفسخ اذا تصرف (بالمشتری ف) نقول:

(ان اراد و اقصر الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۸

علیه فلا یعرف له وجه، الا ان یبنی علی مخالفته لعموم دلیل: الخیار اعنی نفی الضرر فیقتصر علی مورد الاجماع.

ثم ان الظاهر: التقیید بصورة امتناع الرد.

و ظاهر التعلیل بعدم امکان

علیه) ای علی المشتری، و لیس تصرف البائع مسقطا لخیاره- اذا کان البائع مغبونا- (فلا یعرف له وجه).

لان الدلیل الّذی یدل علی الحکم فی المشتری یدل علی الحکم فی البائع (الا ان یبنی) قصر الحکم علی المشتری (علی مخالفته) ای مخالفة هذا الحکم- و هو سقوط الخیار بالتصرف قبل العلم بالغبن- (لعموم دلیل: الخیار).

اذ دلیل الخیار یقول: ان الخیار ثابت للبائع و المشتری- اذا تصرف قبل العلم- و قد خرج عن هذا العموم تصرف المشتری، و ذلک للاجماع علی ان تصرفه مسقط لخیاره، اما حیث لا- اجماع فی البائع، لم یکن وجه للقول بسقوط خیاره بالتصرف، و دلیل الخیار

(اعنی) به (نفی الضـرر) الشامـل لخیـار البائع و خیار المشتری (فیقتصـر) فی الخروج عنه (علی مورد الاجماع) و هو مورد المشتری، و علیه فالبائع لا یسقط خیاره ان تصرف قبل العلم تصرفا مخرجا لشمول: لا ضرر له، و لا اجماع فیه.

(ثم ان الظاهر: التقیید) تقیید سـقوط الخیار (بصورة) تصرف المغبون تصرفا یسبب (امتناع الرد) فلا یتمکن من رد البضاعة اورد الثمن

(و ظاهر التعلیل) فی کلام العلامة المتقدم (بعدم امکان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۴۹

الاسـتدراک ما صـرح به جماعة من ان الناقل الجائز لا یمنع الرد بالخیار اذا فسـخه فضـلا عن مثل التدبیر و الوصـیة من التصـرفات غیر الموجبة للخروج عن الملک فعلا و هو حسن، لعموم: نفی الضرر.

و مجرد الخروج عن الملک لا یسقط تدارک ضرر الغبن.

و

الاسـتدراک) للذی انتقل عن المغبون او تلف عنده (ما صـرح به جماعة) هذا خبر «ثم ان» (من ان الناقل الجائز لا یمنع الرد بالخیار اذا فسـخه) ای فسـخ المغبون النقل الجائز بحیث رجع إلیه المال، فان له حق الاخذ بخیار الغبن فیرد عین المال الی الغابن (فضـلا عن مثل التـدبیر) و هو ان یقول المولی لعبـده: انت حرّ دبر وفـاتی، فـانه اذا مات المولی صار العبـد حرّا (و الوصـیة من التصـرفات غیر الموجبة للخروج عن الملک فعلا) فان الانسان اذا اوصـی بما له لم یخرج ما له عن ملکه، بل له ان یرجع فی وصیته (و هو) ای کون امثال هذه التصـرفات، لا توجب سـقوط خیار الغبن (حسن، لعموم: نفی الضـرر) فانه یوجب خیار المغبون حتی فیما اذا تصرف فی البضاعة امثال هذه التصرفات.

(و) ان قلت: قـد خرج الشـیء عن ملک المغبون فکیف یأخـذ بالخیار قلت: (مجرد الخروج عن الملک) بامثال هـذه الامور الناقلة نقلا جائزا (لا یسقط) الخیار الّذی هو (تدارک ضرر الغبن) الوارد علی المغبون.

(و) اما فی التصرفات اللازمة التی ذکرنا انها تمنع الاخذ بالخیار، ف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۰

لو اتفق زوال المانع، کموت ولد أمّ الولد، و فسخ العقد اللازم لعیب او غبن ففی جواز الردّ وجهان، من انه متمکن حینئذ.

و من استقرار البیع.

و ربما یبنیان علی ان الزائل العائد کالذی لم یزل او کالذی لم یعد

(لو اتفق زوال المانع، کموت ولد أمّ الولد) فان الاستیلاد یوجب المنع عن الردّ و الاخذ بالخیار.

اما اذا مات الولـد رجعت الامـة ملکا طلقا للمولی (و فسخ العقد اللازم لعیب او غبن) مثلا: لو باع المغبون البضاعة التی غبن فیها فظهر فی الثمن عیب بحیث یحق للمغبون فسـخ العقـد، او غبن المغبون فی هـذه المعاملـة الثانیـة بحیث یحق له فسـخ هـذا العقد الثانی (ففی جواز الردّ) ای ردّ المغبون ما وقع علیه العقد اللازم (وجهان).

وجه الجواز (من انه متمکن حینئذ) من الردّ فاللازم ان یکون له حق الردّ.

(و من استقرار البیع) الاول، اذ حینما نقل المغبون البضاعة سقط رده، فاذا عادت إلیه لم یکن له الرد بعد سقوط الرد.

(و ربما یبنیان) الوجهان (علی ان الزائل العائد) ای الملک الّذی زال ثم عاد (کالذی لم یزل) فله الرد (او کالذی لم یعد) فلیس له الرد

وجه الاول: تمکنه الآن من الرد، و ای فرق بین ان یزول و یعود او ان لا یزول.

و وجه الثانی: استصحاب عدم صحة رده بعد انه لم یصح رده بسبب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۱

و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا اولى، لان العود هنا بسبب جديد.

و فى الفسخ برفع السبب السابق و فى لحوق الاجارة بالبيع، قولان من امتناع الرد، و هو مختار الصيمرى، و ابى العباس.

نقله المال عن ملكه.

(و كذا) يأتى (الوجهان) اى جواز الرد و سقوط الخيار (فيما لو عاد) ما نقله المغبون (إليه) عودا (بناقل جديد).

كما اذا باع الجنس المغبون فيه، ثم اشتراه ثانيا، فهل انه لم يبعه حتى يكون له الخيار، او لا خيار له بعد ان باعه و خرج عن ملكه (و عدم الخيار هنا اولى، لان العود هنا بسبب جديد) فكانه شيء آخر، لا انه نفس المتاع المغبون فيه.

(و) ليس العود بسبب جديد حاله حال الفسخ للمعاملة الثانية، حيث ان فى صورة الفسخ للمعاملة الثانية يحق له الرد.

اذ (فى الفسخ) يكون العود (برفع السبب السابق) فكانه لم يخرج عن ملكه.

و حيث انه لم يخرج عن ملكه كان له الخيار و حق الرد (و فى لحوق الاجارة) فيما اذا آجر المغبون المتاع (بالبيع) فهل ان الاجارة تمنع الرد، أو لا؟ (قولان).

وجه المنع (من امتناع الرد) فى حال كونه تحت اجارة الغير (و هو مختار الصيمرى، و ابى العباس).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۲

و من ان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك و هو المحكى عن ظاهر الاكثر.

و لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجارة توجه الرد.

و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

و فى لحوق الامتزاج مطلقا، او فى الجملة

و فيه: لعل الاجارة كانت لساعة و نحوها، فلا تمنع الرد، اما احتمال ان نفس الاجارة و لو لساعة تمنع الرد فلا وجه له.

(و من ان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك) فان المغبون له حق الفسخ، و استثنى من هذا ما لو كان الشيء و قد خرج عن ملكه، و الاجارة لا تخرج عن الملك (و هو المحكى عن ظاهر الاكثر) و هذا هو الاقرب.

(و لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجارة توجه) القول الّذى يقول: ان له (الرد) اذ لا محذور فى الردّ اصلا، فانه لا دليل على ان الاجارة بنفسها مانعة عن الردّ.

(و كذا) له الرد لو باع المتاع و (لو لم يعلم به) اى بالغبن (حتى انفسخ البيع) لان الانفساخ يجعل البيع كان لم يكن، فلا مانع من ردّ الشيء الى الغابن.

(و) لو اشترى اللبن- مثلا- بالغبن فمزجه بلبن نفسه، ثم ظهر له انه مغبون فيه، ف (فى لحوق الامتزاج مطلقا) سواء كان بمال المغبون او بمال غيره (او فى الجملة) اى فيما لم يكن بمال الغابن نفسه كما لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۳

بالخروج عن الملك، وجوه.

أقواها اللحوق، لحصول الشركة فيمتنع رد العين الّذى هو مورد الاستثناء.

و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة.

مزج حليب الغابن بحليب اشتراه منه (بالخروج عن الملك) فى ان ذلك يسقط خيار رده (وجوه) ثلاثة.

(أقواها اللحوق) مطلقا (لحصول الشركة) فى البيع (فيمتنع رد العين الّذى هو مورد الاستثناء) اى ان صورة امكان رد العين هى مورد الاستثناء عن قاعدة لزوم البيع، فان البيع لازم و ليس للمغبون الخيار الا اذا تمكن من رد العين.

و وجه عدم اللحوق: اطلاق دليل: لا ـ ضرر، الموجب للخيار، و لم يخرج منه إلا صورة النقل عن الملك، و الشركة ليست نقلا عن الملك.

و وجه التفصيل انه ان مزجه بمال الغابن لم تحصل الشركة، فلا ـ مانع من الرد، و ان مزجه بمال نفسه او مال انسان ثالث حصلت الشركة فلا يقدر على الرد.

و هذا الوجه اقرب الوجوه لو لم نقل بان له حق الردّ مطلقا مع تحمله ضرر الغابن ان احدث له ضررا.

(و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة) كما لو هزلت الشاة، او ذاب الثلج ففيه وجوه ثلاثة.

۱- اطلاق: لا ضرر المقتضى للخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۴

و لو تغيرت بالزيادة العينية، او الحكمية، او من الجهتين فالاقوى الرد فى الوسطى بناء على حصول الشركة فى غيرها المانعة عن ردّ العين فتأمل، هذا كله فى تصرف المغبون.

۲- و ان الخيار آت مع رد العين و هذا لا يتمكن من ردّها فلا خيار

۳- و التفصيل بين ما لو كان النقص قليلا بحيث لا يعتنى به العرف فله الرد، و الا لم يكن له الرد.

و التفصيل هو الاقرب.

(و لو تغيرت بالزيادة العينية) كما لو سمنت الشاة (او الحكمية) كما لو ارتفعت قيمتها عنده (او من الجهتين) العينية و الحكمية (فالاقوى الردّ فى الوسطى) اى الزيادة الحكمية فقط، لان العين قائمة فلا مانع من الردّ.

نعم الظاهر ان للمغبون الحق فيها باعتبار ان الزيادة السوقية حصلت فى ملك المغبون فهى له.

اما فى الزيادة العينية و فى الزيادة العينية و الحكمية فلا خيار للمغبون فى ردّها (بناء على حصول الشركة فى غيرها) اى فى غير الزيادة الحكمية فقط، اذ الزيادة العينية توجب الشركة، لان الزائد ملك المغبون (المانعة) تلك الشركة (عن رد العين) كما تقدم وجهه (فتأمل)

لعل وجهه: ان الزيادة الحكمية أيضا توجب الشركة، فلو كانت الشركة مانعة سقط خياره فى الزيادة الحكمية أيضا (هذا كله فى تصرف المغبون) فى العين المغبون فيها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۵

و اما تصرف الغابن فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون به.

و حينئذ فان فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعتق او الوقف او البيع اللازم، ففى تسلطه على ابطال ذلك من حينه او من اصلها كالمرتهن و الشفيع، او رجوعه الى البدل،

(و اما تصرف الغابن) فى المال المنتقل إليه (فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون به) اى بتصرف الغابن و احتمال سقوط خياره، لان الخيار عبارة عن استرداد ماله مقابل اعطاء ما عنده، و المغبون لا يتمكن من استرداد ماله اذا تصرف الغابن، ففيه انه اذا لم يتمكن من الاسترداد استردّ بدله.

(و حینئـذ) ای حین کان تصرف الغابن لا یضر بخیار المغبون (فان فسخ و وجد العین خارجة عن ملکه) ای عن ملک الغابن خروجا (لزوما بالعتق او الوقف او البیع اللازم) او الهبـة اللازمة او غیرها (ففی تسلطه) ای المغبون (علی ابطال ذلک) العمل الّذی عمله الغابن فی المال (من حینه) ای حین الابطال، و هو وقت الأخذ بالخیار (او من اصلها) ای اصل تلک التصرفات، حتی کأنّ تصرف الغابن کلا تصرف (کالمرتهن) فانه اذا تصرف فی العین و بعد فک الرهن وجد الراهن العین فی حیازة غیره ابطل تصرف المرتهن من اصله (و الشفیع) فانه اذا باع احد الشریکین نصف داره- مثلا- لانسان، و ذلک المشتری باعها من انسان آخر، فالشریک اذا اخذ بالشفعة ابطل تصرف المشتری من حین تصرفه لا من حین اخذ الشفیع بالشفعة (او رجوعه الی البدل) فلا یحق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۶

وجوه من وقوع العقد فی متعلق حق الغیر فان حق المغبون باصل المعاملة الغبنیة.

و انّما یظهر له بظهور السبب فله الخیار فی استرداد العین اذا ظهر السبب و حیث وقع العقد فی ملک الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس.

و من ان وقوع العقد فی متعلق حق الغیر یوجب تزلزله من رأس،

للمغبون ابطال عمل الغابن، لا من حین الفسخ، و لا من اصله، بل اذا فسخ اخذ بدله من الغابن (وجوه) ثلاثة.

وجه ابطاله من حینه ما ذکره بقوله: (من وقوع العقـد فی متعلق حق الغیر) فالغابن عقد علی مال المغبون (فان حق المغبون ثابت باصـل المعاملة الغبنیة) فان الغبن المقارن للعقد سبب الخیار.

(و انما یظهر) الحق (له) ای للمغبون (بظهور السـبب) ای الغبن و اذا کان له الحق من حین العقـد (فله) ای للمغبون (الخیار فی استرداد العین اذا ظهر) له (السبب) الّذی هو الغبن هذا وجه حق المغبون فی استرداد العین.

اما وجه ان الاسترداد من حین الفسـخ لا من اصـله، فهو ما ذکره بقوله (و حیث وقع العقـد فی ملک الغابن فلا وجه لبطلانه) ای بطلان عمل الغابن (من رأس) ای من اوّل ما عقد.

و اما وجه الاسترداد من اصل عقـد الغابن و عمله فقد اشار إلیه بقوله (و من ان وقوع العقد فی متعلق حق الغیر یوجب تزلزله من راس) و من اوّل العقد، فالغابن حیث اوقع العقد فی متعلق حق المغبون تزلزل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۵۷

کما فی بیع الرهن.

و مقتضی فسخ البیع الاول تلقی الملک من الغابن الّذی وقع البیع معه، لا من المشتری الثانی.

و من انه لا وجه للتزلزل.

اما لان التصرف فی زمان خیار غیر المتصرف صحیح لازم، کما سیجیء فی احکام الخیار

عقده من اوّل ما عقد (کما فی بیع الرهن) فان من عنده الرهن اذا باعه کان البیع متزلزلا، لانه وقع فی حق الراهن.

(و مقتضـی فسخ البیع الاول) ای المغبون (تلقی الملک) ای استرجاعه (من الغابن) نفسه (الّذی وقع البیع) الغبنی (معه، لا من المشتری الثانی) الّذی باع الغابن له.

و علی هذا فاذا فسخ المغبون کانت القاعدة بطلان المعاملة الثانیة من اصلها، لا من حین فسخ المغبون.

ثم اشـار المصـنف الی وجه الاحتمال الثالث، و هو: رجوع المغبون الی البـدل بقوله: (و من انه لا وجه للتزلزل) ای تزلزل عقـد الغابن، فعقد الغابن صحیح لازم، و اذا فسخ المغبون و لم یقدر علی العین رجع الی بدله، کما اذا فسخ و قد اتلف الغابن العین.

(اما لان التصـرف) ای تصـرف الغابن (فی زمان خیار غیر المتصـرف) و هو المغبون (صحیح لازم) لاطلاق ادلة لزوم البیع و نحوه، فلا

وجه لتزلزل عقد الغابن (کما سیجیء فی احکام الخیار) و اذا کان تصرف الغابن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۲، ص: ۱۵۸

فیسترد الفاسخ البدل.

و اما لعدم تحقق الخیار قبل ظهور الغبن فعلا علی وجه یمنع من تصرف من علیه الخیار، کما هو ظاهر الجماعة هنا، و فی خیار العیب قبل ظهوره فان غیر واحد ممن منع من تصرف غیر ذی الخیار بدون اذنه او استشکل فیه، حکم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العیب.

و هذا هو الاقوی، و سیأتی تتمة لذلک فی احکام الخیار.

صحیحا (فیسترد الفاسخ البدل) اذا لم یجد العین.

(و اما لعدم تحقق الخیار قبل ظهور الغبن) ظهورا (فعلا علی وجه یمنع من تصرف من علیه الخیار) ای الغابن (کما هو) ای عدم تحقق الخیار قبل ظهوره (ظاهر الجماعة هنا) فی باب خیار الغبن (و فی خیار العیب) أیضا (قبل ظهوره) ای قبل ظهور العیب (فان غیر واحد ممن منع من تصرف غیر ذی الخیار بدون اذنه) ای بدون اذن ذی الخیار (او استشکل فیه) ای فی تصرف غیر ذی الخیار، فی خیار الشرط و نحوه (حکم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العیب).

و علیه: فلا خیار فی المقام قبل ظهور الغبن، فلا یضرّ تصرف البائع للغابن، و لا یکون تصرفه متزلزلا.

(و هذا) ای الوجه الثالث، و هو الرجوع الی البدل اذا فسخ المغبون (هو الاقوی، و سیأتی تتمة لذلک فی احکام الخیار) ان شاء الله تعالی.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۲، ص: ۱۵۹

و کذا الحکم لو حصل مانع من رده کالاستیلاد.

و یحتمل هنا تقدیم حق الخیار لسبق سببه علی الاستیلاد.

ثم ان مقتضی ما ذکرنا جریان الحکم فی خروج المبیع عن ملک الغابن بالعقد الجائز، لان معنی جوازه تسلط احد المتعاقدین علی فسخه.

(و کذا) ای مثل حکم ما لو نقله الغابن نقلا لازما- من انه لو فسخ المغبون رجع الی بدل العین- (الحکم لو حصل) عند الغابن (مانع من رده) ای ردّ الشیء المغبون فیه (کالاستیلاد) للامة فیها اذا اشتری امة و غبن المشتری البائع فی قیمتها.

(و یحتمل هنا) ای فی الاستیلاد (تقدیم حق الخیار لسبق سببه علی الاستیلاد).

فاذا فسخ البائع العقد رجعت الامة الی البائع و ان استولدها الغابن، لان حق الفسخ عند العقد و هو مقدم علی حق الامة بالاستیلاد الّذی حصل لها بعد العقد، و اللّه العالم.

(ثم ان مقتضی ما ذکرنا) من رجوع المغبون الی البدل اذا فسخ، فوجد الغابن قد نقل المال عن ملکه (جریان الحکم) المذکور، و هو الرجوع الی البدل (فی خروج المبیع عن ملک الغابن بالعقد الجائز) کما اذا وهبه الغابن هبة جائزة، و لا حق للمغبون فی استرداد عین المال (لان معنی جوازه) ای جواز عقد الغابن (تسلط احد المتعاقدین) الغابن، و الموهوب له- مثلا- (علی فسخه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۲، ص: ۱۶۰

اما تسلط الاجنبی و هو المغبون فلا دلیل علیه بعد فرض وقوع العقد صحیحا.

و فی المسالک: لو کان الناقل مما یمکن ابطاله کالبیع بخیار، الزم بالفسخ.

فان امتنع فسخه الحاكم، و ان تعذر فسخه المغبون.

و يمكن النظر فيه بان فسخ المغبون اما بدخول العين فى ملكه.

(اما تسلط الاجنبى و هو المغبون) فانه اجنبى عن هبة الغابن (فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا) لما تقدم فى ان الغابن مالك فيصح له اجراء العقد بيعا او هبة او غيرهما على الشيء الّذى غبن فيه.

(و) لكن (فى المسالك) ذكر ما ينافى ما حكمنا به.

قال: (لو كان الناقل) اى العقد الّذى نقل به الغابن المال عن نفسه (مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار) ففسخ المغبون لم يرجع المغبون الى بدله بل (الزم) المغبون الغابن (بالفسخ) فيسترجع المغبون نفس ماله.

(فان امتنع) الغابن من الفسخ (فسخه الحاكم) لانه ولى الممتنع (و ان تعذر) الحاكم، و امكن للمغبون الفسخ (فسخه المغبون) لانه حقه فله الوصول إليه بالصورة الممكنة، انتهى.

(و يمكن النظر فيه) اى فى ما ذكره المسالك (بان فسخ المغبون) للمعاملة الغبنية (اما بدخول العين فى ملكه) بان يكون حاصل الفسخ ان العين تنتقل الى المغبون رأسا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۱

و اما بدخول بدلها.

فعلى الاول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ.

و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ الى غيره.

اللهم الا ان يقال: انه لا منافات لان البدل المستحق بالفسخ انما هو

(و اما بدخول بدلها) حيث ان العين انتقلت من الغابن، فلا بدّ من دخول بدل العين فى ملك المغبون اذا فسخ المغبون المعاملة الغبنية.

(فعلى الاول)- بدخول العين فى ملكه- (لا حاجة الى الفسخ) اى فسخ المعاملة الثانية (حتى يتكلم فى الفاسخ) انه الغابن، و الا فالحاكم، و الا فالمغبون.

اذ: العين- تلقائيا- تنتقل الى المغبون بمجرد فسخ المغبون للمعاملة الاولى.

(و على الثانى)- بدخول بدلها- (ف) اذا فسخ المغبون اخذ بدل العين، و (لا وجه للعدول عما استحقه) المغبون اى البدل (بالفسخ الى غيره) و هو العين، حتى يتكلم فى ان للمغبون العين و انه لا بدّ من فسخ المعاملة الثانية.

(اللهم الا ان يقال) وجه للعدول، ف (انه لا منافات) بين استحقاق المغبون البدل- عند فسخه- و بين لزوم فسخ المعاملة الثانية ليأخذ المغبون عين ماله (لان البدل المستحق بالفسخ انما هو) استحقاقه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۲

للحيلولة.

فاذا امكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها.

لكن ذلك انما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون.

و اما مع عدمه، و تملك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى

(للحیلولهٔ) ای حیلولهٔ الغابن بمعاملته بین المغبون و بین عین ماله.

(فاذا امکن رد العین) الی المغبون بفسخ الغابن (وجب علی الغابن تحصیلها) فان فسخ فهو، و الا اجبره الحاکم، او فسخه نفس المغبون.

(لکن) یرد علی «اللهم» ان (ذلک) ای استحقاق المغبون رد عینه (انما یتم مع کون العین باقیهٔ علی ملک المغبون) فیأخذ المغبون بدلها مع الحیلولهٔ، و عینه مع عدم الحیلولهٔ.

(و اما مع عدمه) ای عدم بقاء العین علی ملک المغبون (و) ذلک ل (تملک المغبون للبدل، فلا دلیل علی وجوب تحصیل العین) و لا یکلف الغابن بارجاع العین الی المغبون، فهو کما اذا القی الغاصب ملک المغبون فی البحر ثم اعطی المغبون بدله، فانه لا دلیل علی وجوب اخراج الغاصب الملک من البحر، لان ذمهٔ الغاصب قد فرغت باعطاء البدل.

(ثم علی القول بعدم وجوب الفسخ) علی الغابن (فی) ما اذا اخرج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۳

الجائز، لو اتفق عود الملک إلیه لفسخ، فان کان ذلک قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب رد العین.

و ان کان بعده فالظاهر عدم وجوب ردّه، لعدم الدلیل بعد تملک البدل.

و لو کان العود بعقد جدید فالاقوی عدم وجوب الرد مطلقا لانه ملک جدید تلقاه

العین عن ملکه بالعقد (الجائز، لو اتفق عود الملک إلیه) ای الی الغابن (لفسخ) منه، او ارجاع من الموهوب له- مثلا- (فان کان ذلک) العود (قبل فسخ المغبون، فالظاهر وجوب رد العین) اذا فسخ المغبون لان الفسخ معناه ارجاع کل بضاعهٔ الی صاحبها الاول مع الامکان، و ذلک ممکن فی المقام بلا محذور.

(و ان کان) عود الملک الی الغابن (بعده) ای بعد فسخ المغبون (فالظاهر عدم وجوب ردّه) الی المغبون (لعدم الدلیل) علی وجوب رد العین الی المغبون (بعد تملک) المغبون (البدل) فانه مثل: ان یخرج الملک من البحر، بعد ان اعطی الملقی بدله الی المالک، فان اعادهٔ اشتغال الذمهٔ بعد فراغها- بسبب اعطاء البدل- خلاف الاصل (و لو کان العود) ای عود بضاعهٔ المغبون الی الغابن بعد ان نقلها الغابن نقلا جائزا (بعقد جدید) کما لو اشتراه الغابن من الموهوب له (فالاقوی عدم وجوب الرد) الی المغبون (مطلقا) سواء کان فسخ المغبون قبل العود، او بعد العود (لانه ملک جدید) للغابن (تلقاه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۴

من مالکه، و الفاسخ انما یملک بسبب ملکه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

و لو تصرف الغابن تصرفا مغیرا للعین، فاما ان یکون بالنقیصهٔ او بالزیادهٔ، او بالامتزاج.

فان کان بالنقیصهٔ، فاما ان یکون نقصا یوجب الأرش.

و اما ان یکون مما لا یوجبه، فان اوجب الارش، اخذه مع الارش کما هو

الغابن (من مالکه) کالموهوب له فی المثال (و) المغبون (الفاسخ انما یملک) العین (بسبب ملکه السابق بعد) ان فسخ المعاملهٔ، و بعد (ارتفاع السبب الناقل) و الحال ان الملک السابق لیس علی حاله، بل ملک الغابن للعین انما هو ملک جدید.

(و لو تصرف الغابن) فی العین (تصرفا مغیرا للعین) المغبون فیها (فاما ان یکون بالنقیصهٔ) کان شرب ماء الثلج، فنقص الثلج (او بالزیادهٔ) کما اذا اعطی الشاهٔ العلف فسمنت (او بالامتزاج) کما اذا مزج الدهن بدهن نفسه.

(فان کان) التصرف (بالنقیصهٔ، فاما ان یکون نقصا یوجب الأرش) کمثال الثلج.

(و اما ان یکون مما لا یوجبه) کما اذا اذهب لون الخشب، و لم یکن ذلک یوجب نقص قیمة الخشب (فان اوجب) النقص (الارش اخذه) المغبون عینا (مع الأرش) بعد ان فسخ المعاملة (کما هو) ای الاخذ مع الأرش

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۵

مقتضی الفسخ لان الفائت مضمون بجزء من العوض، فاذا ردّ تمام العوض وجب رد مجموع المعوض فیتدارک الفائت منه ببدله.

و مثل ذلک ما لو تلف بعض العین.

و ان کان مما لا یوجب شیئا

(مقتضی الفسخ).

و انما کان مقتضی الفسخ الاخذ مع الارش (لان الفائت) ای القدر الناقص کبعض الثلج المذاب (مضمون بجزء من العوض) فان کل جزء من اجزاء الثلج فی قبال جزء من اجزاء النقد الّذی دفعه المشتری الی البائع، فاخذ منه الثلج (فاذا ردّ) المغبون (تمام العوض) الی الغابن (وجب) علی الغابن (رد مجموع المعوض) کالثلج فی المثال و حیث لا یتمکن من رد مجموع الثلج (فیتدارک الفائت منه) ای من المعوض (ببدله) فیعطی قدرا من المال مع الثلج، و ذلک القدر من المال بقدر الثلج الّذی اذیب.

(و مثل ذلک) ای مثل ما لو نقص بعض البضاعة (ما لو تلف بعض العین) کما اذا کان مکان الثلج الکتاب، فتلف بعض اوراقه بدون ان یکون من جهة التغییر، فالفارق بین التصرف بالنقیصة و بین التلف هو العرف حیث یسمی بعض النقص تلفا و لا یسمی بعضه الآخر تلفا.

مثلا: اذا تکسرت رجل الشاة یسمی العرف ذلک تلفا، اما اذا هزلت الشاة لا یسمیه تلفا بل نقصا.

(و ان کان) تصرف الغابن بالنقیصة (مما لا یوجب شیئا) ای الأرش،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۶

ردّه بلا شیء.

و منه ما لو وجد العین مستأجرة، فان علی الفاسخ الصبر الی ان ینقضی مدة الاجارة، و لا یجب علی الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة الی بقیة المدة بعد الفسخ لان المنفعة من الزوائد المنفصلة

کما اذا کان الثلج اذیب بقدر قلیل بحیث لا یری العرف نقصا فی قیمته بسبب هذا القدر من النقص (ردّه) الغابن (بلا شیء) معه، اذ: المفروض ان النقص لم یوجب الأرش.

(و منه) ای من النقص الّذی لا یوجب الارش (ما لو وجد) المغبون (العین مستأجرة).

مثلا: لو باع دارا بالف و غبن فیها لان قیمتها الف و مائة فلما اراد استرجاعها وجد الدار و قد آجرها الغابن (فان علی) البائع للدار (الفاسخ) بسبب الغبن (الصبر الی ان ینقضی مدة الاجارة) فان هذه النقیصة فی الدار بالاجارة لا ارش لها (و لا یجب علی الغابن) المشتری (بذل عوض المنفعة المستوفاة) ای المنفعة التی استوفاها، و اخذها الغابن (بالنسبة الی بقیة المدة بعد الفسخ) ای المدة الباقیة من حین الفسخ الی آخر زمان الاجارة.

مثلا: لو آجرها بمائة لسنة، و فسخ البائع علی رأس ستة اشهر، فانه لا یجب علی الغابن المشتری ان یرد خمسین الی البائع المغبون (لان المنفعة من الزوائد) علی اصل العین، فلم یتلف بعض العین لیکون لتلفه ارش (المنفصلة) عن الدار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۷

المتخللة بین العقد و الفسخ، فهی ملک للمفسوخ علیه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملک المطلق، فاذا تحقق فی زمان، ملک منفعة العین

يأسرها و يحتمل انفساخ الاجارة فى بقية المدة لان ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل، و هو الّذى جزم به المحقق القمى

(المتخللة) هذه المنفعة (بين العقد و الفسخ) و المنافع المتخللة ملك لمالك الدار فعلا (فهى ملك للمفسوخ عليه) اى الغابن (فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق) لا منفعة خصوص مدة كون الدار باقية فى ملك الغابن (فاذا تحقق) الملك المطلق (فى زمان) ما (ملك) مالك العين (منفعة العين بأسرها) الى الابد.

بمعنى: ان له ان يتصرف فى المنفعة الى الابد، و ذلك مثل ما اذا اشترى انسان دارا فان له كل منفعة الدار الى آخر زمان قيام الدار كمائة سنة مثلا فله ان يؤجرها مائة سنة فاذا وهب الدار بعد ذلك او اورث الدار، او صالح عنها، او باعها مع علم المشترى و المصالح لم يكن لهم الا الدار المسلوبة المنفعة.

(و) لكن (يحتمل انفساخ الاجارة فى بقية المدة) من حين فسخ المغبون، لان ملك الغابن للدار لما كان متزلزلا كانت المنفعة بعد الفسخ للغابن أيضا متزلزلا بخلاف المنفعة قبل الفسخ، فانها للغابن بلا اشكال (لان ملك) اى مالكية (منفعة الملك المتزلزل متزلزل) اذ لا يمكن ان يكون الاصل متزلزلا و يكون الفرع مستقرا (و) هذا- و هو انفساخ الاجارة بعد فسخ المعاملة- (هو الّذى جزم به المحقق القمى) صاحب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۸

فيما اذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع.

و فيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما اذا وقع التفاسخ لاجل اختلاف المتبايعين انه اذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الاجرة للمشترى المؤجر و وجب عليه للبائع اجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ،

القوانين (فيما اذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع).

كما اذا باع داره بشرط ان له الخيار، ثم ان المشترى آجر الدار فاذا فسخ البائع انفسخت اجارة المشترى.

(و فيه) اى فى التلازم بين تزلزل الملك، و بين تزلزل المنفعة (نظر لمنع تزلزل ملك) اى مالكية الغابن (المنفعة) لما عرفت من ان الغابن مالك ملكا مطلقا للمنفعة.

(نعم ذكر العلامة) قولا ثالثا غير ان الاجرة للغابن، و غير ان الاجارة تنفسخ من حين فسخ المعاملة، و الاحتمال الثالث هو ان تكون الاجرة للغابن و يجب على الغابن ان يعطى اجرة المثل بقية المدة للمغبون.

ف (فى القواعد فيما اذا وقع التفاسخ لاجل اختلاف المتبايعين) قال: (انه اذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الاجرة للمشترى المؤجر) لانه قد اجر ملكه فله نفعه (و) لكن (وجب عليه) اى على المشترى المؤجر ان يعطى (للبائع اجرة المثل) سواء كانت ازيد من اجرة المسمى او اقل، او مساوية (للمدة الباقية) من الاجارة (بعد الفسخ) و كانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۶۹

و قرره على ذلك شراح الكتاب، و سيجىء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين.

و ان كان التغيير بالزيادة فان كانت حكمية محضة كقصارة الثوب، و تعليم الصنعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بان تقوم العين معها، و لا معها و يؤخذ النسبة.

لاجل ان المنفعة بعد الفسخ للبائع فاللازم اعطائه اجرة المثل- بعد ان كانت داره مسلوبة المنفعة لاجارة سابقة على الفسخ- (و قرره

علی ذلک شراح الکتاب) ای شراح القواعد (و سیجیء ما یمکن ان یکون فارقا بین المقامین) ای مسألة الفسخ لاجل الغبن، و مسألة الفسخ لاجل التفاسخ هذا کله فیما اذا کان التغییر بالنقیصة.

(و ان کان التغییر بالزیادة) بان زاد المتاع عند الغابن، ثم فسخ المغبون المعاملة (ف) هی اما زیادة حکمیة، او عینیه، او کلتاهما معا.

ف (ان کانت) الزیادة (حکمیة محضة، کقصارة الثوب) ای تنظیفه، فان القصار هو من یغسل الثیاب (و تعلیم الصنعة) للعبد و للحیوان (فالظاهر ثبوت الشرکة فیه بنسبة تلک الزیادة).

و ذلک لان الزیادة حصلت فی ملک المغبون، فهی له، و بذلک یکون شریکا للغابن.

و معنی النسبة هو (بان تقوم العین معها) ای مع الزیادة تارة (و لا معها) تارة اخری (و یؤخذ النسبة) مثلا: یؤخذان الکلب غیر المعلم بسعر دینار، و الکلب المعلم سعره دینار و نصف، فیکون للمغبون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۰

و لو لم یکن للزیادة مدخل فی زیادة القیمة، فالظاهر عدم شیء لمحدثها لانه انما عمل فیما له و عمله لنفسه غیر مضمون علی غیره و لو لم یحصل منه فی الخارج ما یقابل المال، و لو فی ضمن العین.

و لو کانت الزیادة عینا محضا کالغرس ففی تسلط المغبون علی القلع بلا

الّذی تعلم الکلب عنده نصف دینار.

(و لو لم یکن للزیادة) التی حدثت عند المغبون (مدخل فی زیادة القیمة) کما اذا صبغ الباب بما لم یزد قیمته (فالظاهر عدم شیء لمحدثها) ای للمغبون المحدث لهذه الزیادة (لانه) ای المغبون (انما عمل) الزیادة (فیما له) لانه احدثها وقت کون العین للمغبون (و عمله لنفسه غیر مضمون علی غیره) لاصالة عدم الضمان (و لو لم یحصل منه) ای من عمل الزیادة (فی الخارج)- مقابل ماله الاعتبار- (ما یقابل المال، و لو) المال الّذی (فی ضمن العین).

اذ: قد تحدث الزیادة زیادة مستقلة کما اذا جعل للباب غلقا.

و قد تحدث الزیادة زیادة فی ضمن العین کما اذا قصر الثوب فصارت قیمته اکثر، و قد لا تحدث الزیادة شیئا اصلا- کما فیما نحن فیه- هذا کله فی الزیادة الحکمیة.

(و لو کانت الزیادة عینا محضا کالغرس) کما اذا اشتری المغبون ارضا فغرس فیها، ثم تبین انه مغبون فی الارض فردها (ففی) حالة الغرس بعد ارجاعه الارض احتمالات.

الاول: (تسلط المغبون علی القلع) لاشجاره (بلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۱

ارش کما اختاره فی المختلف فی الشفعة، او عدم تسلطه علیه مطلقا، کما علیه المشهور فیما اذا رجع بائع الارض المغروسة بعد تفلیس المشتری او تسلطه علیه مع الارش کما اختاره فی المسالک هنا و قیل به فی الشفعة و

ارش) یأخذه عن مالک الارض لاجل نقص قیمة اشجاره، و لا ارش یعطیه لصاحب الارض لاجل الحفر التی احدثها القلع فی ارض الغابن (کما اختاره فی المختلف فی الشفعة) فیما اذا غرس المشتری اشجارا ثم جاء الشفیع و استرد الارض من المشتری فالمشتری یقلع اشجاره بلا ارش له و لا ارش علیه.

الثانی: (او عدم تسلطه) ای المغبون (علیه) ای علی القلع (مطلقا) لا- مع الارش و لا- بلا ارش (کما علیه المشهور فیما اذا رجع بائع الارض المغروسة بعد تفلیس المشتری) فان البائع اذا باع ارضا للمشتری و غرس المشتری فی الارض ثم ان المشتری فلّس فانه یحق

للبائع ان يأخذ ارضه حيث ان المشترى لم يدفع له الثمن- فاذا اخذ البائع ارضه لم يكن للمشترى قلع شجره لا بارش و لا بلا ارش.

و لا يخفى ان مسألة المغبون من قبيل مسألة المفلس لوحدة المناط فيهما.

الثالث: (او تسلطه) اى المغبون (عليه) اى على القلع (مع الارش) اى يعطى المغبون ارش الحفر لصاحب الارض (كما اختاره) اى القلع مع الارش (فى المسالک هنا) فى مسألة المغبون (و قيل به فى الشفعة) كما تقدم توضيحه فى قوله: كما اختاره فى المختلف فى الشفعة (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۲

العارية وجوه من ان صفة كونه منصوبا- المستلزمة لزيادة قيمته- انما هى عبارة عن كونه فى مكان صار ملكا للغير، فلا حق للغرس كما اذا باع ارضا مشغولة بماله، و كان ماله فى تلك الارض ازيد قيمة.

مضافا الى ما فى المختلف فى مسألة الشفعة، من ان الفائت لما حدث فى محل معرض للزوال لم يجب تداركه

العارية) اذا اعطى ارضا عارية، ثم ان المستعير إن زرع الارض و بعد ذلک استرجع المعير ارضه، ففى الزرع الكلام المتقدم (وجوه) ثلاثة.

وجه تسلط المغبون على القلع بلا ارش ما ذكره: (من ان صفة كونه) اى الزرع (منصوبا- المستلزمة) تلک الصفة (لزيادة قيمته- انما هى عبارة عن كونه) اى الزرع (فى مكان صار ملكا للغير) اى الغابن (فلا حق للغرس) فى البقاء، هناک حتى يكون لصاحب الغرس الارش، بل للمغبون زرعه يقلعه بدون ارش (كما اذا باع) الانسان (ارضا مشغولة بما له، و كان ماله فى تلک الارض ازيد قيمة) فان البائع يأخذ ماله من تلک الارض، لوجوب اخلاء المبيع و تسليمه الى المشترى، و ليس له ارش لنقص قيمة ماله يأخذه من تلک الارض.

(مضافا الى ما فى المختلف) من الاستدلال على عدم الارش بما ذكره (فى مسألة الشفعة، من ان الفائت) من قيمة الزرع الّذى فات بسبب القلع (لما حدث) ذلک الفائت (فى محل معرض للزوال) لانه غرس زرعه فى مكان متزلزل (لم يجب) على الغابن (تداركه) اذ المغبون هو الّذى وجّه الضرر الى نفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۳

و من ان الغرس المنصوب الّذى هو مال للمشترى، مال مغاير للمقلوع عرفا، و ليس كالمتاع الموضوع فى بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان.

لا يقال: انه لم يكن يعلم ان هذا الغرس معرض للزوال، فلم يقدم على الضرر.

لانه يقال: عدم العلم لا مدخلية له، فهو كما اذا غرس زرعه فى ارض الغير و هو يجهل ان الارض للغير بل يزعم انها له، فان جهله و زعمه لا يفيد فى ان يكون الارش على صاحب الارض.

(و) وجه عدم تسلط المشترى المغبون على القلع مطلقا ان «ما يقلع غير الثابت» «فما يقلع ليس للمشترى المغبون» «و الثابت حاله حال ما اذا باع ارضا فيه غرس فانه تابع للارض» (من ان الغرس المنصوب الّذى هو مال للمشترى، مال مغاير للمقلوع عرفا) فان شجرة البرتقال مثلا مغايرة للعيدان الحاصلة عند قلع الشجرة (و ليس) الزرع (كالمتاع الموضوع فى بيت) اذ المتاع موضوعا و غير موضوع شيء واحد عرفا- و ان تفاوتت قيمتهما- (بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان) و اذا تحقق كون المقلوع غير المنصوب، فلا حق للمغبون فى المقلوع- لانه ليس بماله-.

اما حقه فى المنصوب فيسقط عند ارجاع الارض الى الغابن، لان الزرع حينئذ حاله حال الزرع فى الارض ثم بيع الارض حيث ان

الزرع يتبع الارض.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۱۷۴

مضافا الى مفهوم قوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس لعرق ظالم حق، فيكون كما لو باع الارض المغروسة.

و من ان الغرس انما وقع فى ملك متزلزل، و لا دليل على استحقاق الغرس على الارض البقاء.

و قياس الارض المغروسة

(مضافا الى مفهوم قوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس لعرق ظالم حق) فان معناه ان العرق له حق، او ليس له حق.

اما الزرع فهو تابع للارض فالزرع ليس فيه حتى المغبون (فيكون) الزرع (كما لو باع الارض المغروسة) حيث ينتقل الزرع الى المشترى و هنا ينتقل الزرع من المغبون الى الغابن- و لا يخفى ما فى هذا الوجه من التكلف الواضح-.

(و) وجه تسلطه عليه مع الارش (من ان الغرس انما وقع فى ملك متزلزل) و ان لم يعلم المغبون- حين الغرس- ان الملك متزلزل (و لا دليل على استحقاق الغرس على الارض البقاء) فعليه ان يزيل غرسه.

(و) ان قلت: لما ذا لا يكون حال الارض المبيعة حال الارض المستأجرة فى عدم تسلط صاحب الارض على قلع الزرع بعد الفسخ؟ فانه اذا استأجر ارضا فزرع فيها المستأجر، ثم بطلت الاجارة لاجل فسخ الموجر او المستأجر، يكون للمستأجر صاحب الزرع ابقاء زرعه فى الارض بدون اعطاء صاحب الارض اجرة الارض.

قلت: (قياس الارض المغروسة) فى مسئلتنا- و هى ما لو فسخ البيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۱۷۵

على الارض المستأجرة حيث لا يفسخ اجارتها، و لا تغرم لها اجرة المثل فاسد، للفرق بتملك المنفعة فى تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه فان المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان

للغبن- (على الارض المستأجرة حيث لا يفسخ اجارتها) لعيب فى الارض او فى مال الاجرة، او ما اشبه العيب من اسباب الخيار (و لا تغرم) صاحب الزرع المستأجر (لها) اى للارض (اجرة المثل) فقياس ما نحن فيه بالارض المستأجرة (فاسد) اذ فى الارض المستأجرة منفعة الارض للمستأجر قبل ان يأتى الفسخ، فاذا فسخ كان حق الزرع سابقا على حق الفسخ و لذا لم يكن لصاحب الارض اجبار المستأجر بقلع زرعه، كما ليس لصاحب الارض اخذ اجرة الارض لبقاء زرع المستأجر فيها.

اما فى الارض المبيعة فان المشترى زرع فى ملك متزلزل، و اذا كان اصل الملك متزلزلا كان نفعه أيضا متزلزلا، فاذا فسخ البيع رجع نفع الارض الى مالك الارض، فيتمكن مالك الارض ان يجبر مالك الزرع على قلع زرعه و يأخذ منه ارش طمّ الحفر (للفرق بتملك) المستأجر (المنفعة فى تمام المدّة) اى مدّة الاجارة و يكون تملك المستأجر (قبل استحقاق الفاسخ هناك) اى فى باب الاجارة، فالحق السابق يقدم على الحق اللاحق (بخلاف ما نحن فيه) من مسألة زرع المغبون فى ارض الغابن (فان) المغبون لا يستحق نفع الارض الا تبعا، فاذا ذهبت الارض ذهب نفعها أيضا، اذ الشيء (المستحق) الّذى يستحقه المغبون (هو الغرس المنصوب) فقط (من دون استحقاق مكان) الزرع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۱۷۶

فى الارض، فالتحقيق: ان كلا من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر، و لا عليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه فان اراد مالك الغرس قلعه فعليه ارش طمّ الحفر.

و ان اراد مالك الارض تخليصها، فعليه ارش الغرس اعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما، و كونه مقلوعا.

و

(فی الارض).

اقول: هذا ما فهمته من العبارة و فیه ما لا یخفی من الاشکال و لعل فی نسخة کتابی سقط.

و کیف کان (فالتحقیق: ان کلا- من المالکین) مالک الارض و مالک الزرع فی مسألة بیع الغبن (یملک ماله) فیملک هذا ارضه و یملک هذا زرعه (لا بشرط حق له علی الآخر، و لا علیه له) ای للآخر، فلا حق لمالک الارض علی مالک الزرع، و لا حق علی مالک الارض لمالک الزرع.

و اذا کان منهما یملک ماله (فلکل منهما تخلیص ماله عن مال صاحبه).

و حینئذ (فان اراد مالک الغرس) تخلیص ماله، و (قلعه، فعلیه ارش طمّ الحفر) لانه اضرار بالغیر یلزم تدارکه.

(و ان اراد مالک الارض تخلیصها) من الزرع (ف) له ذلک، لکن (علیه ارش الغرس اعنی تفاوت ما بین کونه) ای الزرع (منصوبا دائما، و) بین (کونه مقلوعا).

(و) ان قلت: ان کان لمالک الزرع بقائه منصوبا دائما فکیف یقلعه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۷

کونه مالا للمالک علی صفة النصب دائما لیس اعترافا بعدم تسلطه علی قلعه لان المال هو الغرس المنصوب، و مرجع دوامه الی دوام ثبوت هذا المال الخاص له فلیس هذا من باب استحقاق الغرس للمکان فافهم

مالک الارض.

قلت: (کونه) ای الزرع (مالا- للمالک) ای لمالک الزرع (علی صفة النصب) نصبا (دائما لیس اعترافا) منّا (بعدم تسلطه) ای تسلط مالک الارض (علی قلعه).

و انما لم یکن اعترافا، لان هناک ثلاثة امور.

الاول: ان یکون مال الغابن زرعا موقتا یقلع بعد ذلک الوقت.

الثانی: ان یکون ماله زرعا دائما باقیا فی هذا المکان الخاص.

الثالث: ان یکون ماله زرعا دائما فی ای مکان کان.

و الفرق بین الثانی و الثالث واضح فیما اذا کان الزرع یمکن بقائه بدون مکان، فالزرع للغابن دون کونه فی هذا المکان الخاص.

و کذا فیما اذا امکن قلعه و زرعه فی مکان آخر، کان الزرع الدائم للغابن، دون کونه فی ارض المغبون (لان المال) للغابن (هو الغرس المنصوب) لا- انه فی ارض المغبون (و مرجع دوامه) ای کون الزرع منصوبا دائما (الی دوام ثبوت هذا المال الخاص له) ای للغابن (فلیس هذا) الدوام (من باب استحقاق الغرس للمکان) فهو من قبیل الامر الثالث لا الامر الثانی (فافهم).

لعله اشارة الی انه لا شیء علی مالک الارض من ارش نقص قیمة الزرع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۸

و یبقی الفرق بین ما نحن فیه و بین مسألة التفلیس حیث ذهب الاکثر الی ان لیس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الارش.

و یمکن الفرق بکون حدوث ملک الغرس فی ملک متزلزل فیما نحن فیه، فحق المغبون انما تعلق بالارض قبل الغرس بخلاف مسألة التفلیس، لان سبب

اذا قلع، اذ لا حق لمالک الزرع فی هذه الارض فاللازم ان یقلعه هو بنفسه، و الا قلعه الحاکم، او مالک الارض.

(و یبقی الفرق بین ما نحن فیه) حیث یحق للبائع المغبون قلع غرس الغابن مع اعطائه الارش له (و بین مسألة التفلیس) فیما اذا باع ارضا لانسان بدین، فغرسها ذلک الانسان ثم تفلس، فان صاحب الارض احق بارضه، فاذا اخذها فی قبال طلبه من المشتری لا یحق له ان یقلع الغرس و ان اعطی للمشتری ارش التفاوت (حیث ذهب الاکثر الی ان لیس للبائع الفاسخ قلع الغرس) الّذی للمشتری المفلس (و لو مع) اعطاء البائع للمشتری (الارش) تفاوت قیمة الغرس قائما و مقلوعا.

(و یمکن الفرق بکون) البیع فی الغبن متزلزلا فحق البائع المغبون فی ارضه اسبق من حق زرع الغابن، و البیع فی التفلیس کان لازما فحق المشتری فی الارض اسبق من حق البائع الّذی اخذ حقه بسبب التفلیس ف (حدوث ملک الغرس) للمشتری فی باب الغبن (فی ملک متزلزل) لمکان الغبن (فیما نحن فیه).

و علیه (فحق المغبون) ای البائع (انما تعلق بالارض قبل الغرس) ای الغرس الّذی هو حق للغابن (بخلاف مسألة التفلیس، لان سبب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۷۹

التزلزل هناک بعد الغرس فیشبه بیع الارض المغروسة، و لیس للمشتری قلعه و لو مع الارش بلا خلاف، بل عرفت ان العلامة فی المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق ارش الغرس.

ثم اذا جاز القلع فهل یجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة المالک بالقلع؟ و مع امتناعه یجبره الحاکم، او یقلعه وجوه، ذکروها

التزلزل هناک) ای فی التفلیس (بعد الغرس) لان البیع لازم، لکن لما تفلس المشتری صار للبائع حق ارجاع ارضه، و غرس المشتری کان قبل هذا التزلزل (فیشبه) اخذ البائع ارضه من المفلس (بیع الارض المغروسة) غرسا کان للبائع (و لیس للمشتری قلعه و لو مع) اعطاء المشتری (الارش) للبائع.

و ذلک لان حق الغرس اسبق من حق المشتری فی الارض (بلا خلاف) فی انه لا یحق للمشتری القلع (بل عرفت ان العلامة فی المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق ارش الغرس) فی مسألة الشفعة.

(ثم اذا جاز القلع) و لم نقل بانه لا حق للغابن فی الزرع بعد استرداد المغبون ارضه (فهل یجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة المالک) الغابن (بالقلع؟ و مع امتناعه) ای امتناع المالک (یجبره الحاکم، او یقلعه) المغبون (وجوه) ثلاثة.

۱- ان للمغبون القلع.

۲- انه له القلع اذا امتنع المالک.

۳- انه له القلع اذا امتنع المالک و لم یمکن جبر الحاکم له (ذکروها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۰

فیما لو دخلت اغصان شجر الجار الی داره.

و یحتمل الفرق بین المقامین، من جهة کون الدخول هناک بغیر فعل المالک و لذا قیل فیه بعدم وجوب اجابة المالک الجار الی القلع، و ان جاز للجار قلعها بعد الامتناع او قبله،

فیما لو دخلت اغصان شجر الجار الی داره) فانه لا شک فی ان لمالک الدار ازالة تلک الاغصان، لان: الناس مسلطون علی اموالهم.

(و یحتمل الفرق بین المقامین) مقام الغبن و مقام دخول الاغصان (من جهة کون الدخول هناک) فی دخول الاغصان (بغیر فعل المالک) نعم قد یعد من فعله کما اذ غرس الشجرة فی جنب حائط الجار مما یسبب دخول اغصانه فی دار الجار (و لذا قیل فیه) ای فی دخول الاغصان (بعدم وجوب اجابة المالک الجار) «المالک» فاعل «اجابة» و «الجار» مفعولها (الی القلع) لان دخول الاغصان لیس

فعل مالک الشجر فالاصل عدم وجوب شیء علیه اذ الانسان لا یکلف بفعل غیره سواء کان غیره انسانا او طبیعة او حیوانا (و ان جاز للجار قلعها بعد الامتناع) من مالک الشجر (او قبله).

اما بعد الامتناع فلانه تصرف فی شجر الغیر، فلا یجوز الا اذا امتنع عن اداء الحق الّذی هو الازالة.

و اما قبله فلان الانسان یجوز له دفع الضرر عن نفسه و لا احترام للضار، و لذا اذا وضع انسان یده علی رأس انسان لا یلزم ان یقول ذلک الانسان ارفع یدک، بل له الحق ان یدفع یده و ان لم یرض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۱

هذا کله حکم التخلیص.

و اما لو اختار المغبون الابقاء، فمقتضی ما ذکرنا من عدم ثبوت حق لاحد المالکین علی الآخر استحقاقه الاجرة علی البقاء لان انتقال الارض الی المغبون بحق سابق علی الغرس

المدفوع.

هذا کله وجه انه لیس للجار قطع الاغصان الا بعد الامتناع من صاحب الشجر لانه لم یکن الادخال فعلا اختیار یا من مالک الشجر، و هذا بخلاف زرع الغابن، فانه حیث کان فعلا اختیار یا له، فانه یجوز للمغبون قلع زرعه ابتداء.

لکن یرد علیه أولا: ان هذا لیس بفارق.

و ثانیا قد یکون زرع الغابن طبیعیا- أیضا- لا اختیاریا (هذا کله حکم التخلیص) ای فیما لو اراد المغبون تخلیص ارضه من الزرع.

(و اما لو اختار المغبون الابقاء) و لم یرد الغابن قلعه (فمقتضی ما ذکرنا من عدم ثبوت حق لاحد المالکین علی الآخر) ای لیس لمالک الارض حق علی مالک الزرع، و لا بالعکس (استحقاقه) «خبر» قوله «فمقتضی» ای استحقاق مالک الارض (الاجرة علی البقاء) ای بقاء زرع الغابن فی ملکه (لان انتقال الارض الی) البائع (المغبون) انما هو (بحق سابق علی الغرس) فان الفسخ عبارة عن ابطال الحق الطارئ ای البیع فیرجع الملک الی مالکه الاول، و کانه لم یحدث شیء.

و حیث ان حق مالک الارض سابق علی الغرس کان لمالک الارض اخذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۲

لا بسبب لاحق له، هذا کله حکم الشجر.

و اما الزرع ففی المسالک انه یتعین ابقائه بالاجرة لان له امدا ینتظر.

و لعله لامکان الجمع بین الحقین علی وجه لا ضرر فیه علی الطرفین بخلاف مسألة الشجر، فان فی تعیین ابقائه بالاجرة ضررا علی مالک الارض، لطول مدة البقاء، فتأمّل.

الاجرة من مالک الزرع (لا بسبب لاحق له) ای للغرس، فلیس ملک مالک الارض لاحقا علی الغرس حتی استحق الغرس البقاء (هذا کله حکم الشجر) الّذی غرسه المشتری الغابن فی ارض البائع المغبون.

(و اما الزرع) للغابن فی ارض المغبون (ففی المسالک انه یتعین) علی المغبون (ابقائه بالاجرة) بان یأخذ الاجرة من الغابن المالک للزرع (لان له) ای للزرع (امدا ینتظر) کستة اشهر مثلا.

(و لعله) ای لعل ما ذکره المسالک من الفرق بین الشجر و بین الزرع (لامکان الجمع بین الحقین) حق مالک الارض و حق مالک الزرع، جمعا (علی وجه لا ضرر فیه علی الطرفین) فان قلع الزرع ضرر علی مالک الزرع، و بقائه بدون اجرة، ضرر علی مالک الارض (بخلاف مسألة الشجر، فان فی تعیین) الشارع و ایجاب (ابقائه بالاجرة ضررا علی مالک الارض، لطول مدة البقاء) فان مالک الارض

لا یرید انشغال ارضه ثلاثین سنة مثلا (فتأمل).

فانه لا ـ فرق بینهما فی کون البقاء ضررا علی مالک الارض و القلع ضررا علی مالک الزرع و الشجر، و الوجوه الاعتباریة لا تصلح للفرق شرعا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۳

و لو طلب مالک الغرس القلع فهل لمالک الارض منعه لاستلزامه نقص ارضه؟- فان کلا منهما مسلط علی ماله، و لا یجوز تصرفه فی مال غیره الا باذنه- أم لا، لان التسلط علی المال لا یوجب منع مالک آخر عن التصرف فی ماله، وجهان أقواهما الثانی.

و لو کان التغیر بالامتزاج.

فاما ان یکون بغیر جنسه.

و اما ان یکون بجنسه

(و لو طلب مالک الغرس القلع فهل لمالک الارض منعه لاستلزامه) ای استلزام القلع (نقص ارضه؟) بالحفر و نحوها (- فان کلا منهما) ای مالک الارض و مالک الزرع (مسلط علی ماله، و لا یجوز تصرفه فی مال غیره الا باذنه-) فلا یحق لمالک الغرس ان یتصرف فی مال مالک الارض الا ـ باذنه (أم لا ـ) بل لمالک الغرس ان یقلعه و ان کان ذلک تصرفا فی الارض (لان التسلط) ای تسلط مالک الارض (علی المال) ای علی ارضه (لا ـ یوجب منع مالک آخر) و هو مالک الزرع (عن التصرف فی ماله) الّذی هو الزرع (وجهان أقواهما) عند المصنف (الثانی) و ان کان محل تأمل.

(و لو کان التغیر) الّذی احدثه الغابن فی ملک المغبون (بالامتزاج) کما اذا اخذ الغابن لبنه و مزجه بلبن نفسه- مثلا-.

(فاما ان یکون بغیر جنسه) کاللبن بالسکر.

(و اما ان یکون بجنسه) کاللبن باللبن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۴

فان کان بغیر جنسه فان کان علی وجه الاستهلاک عرفا بحیث لا یحکم فی مثله بالشرکة، کامتزاج ماء الورد المبیع بالزیت فهو فی حکم التالف یرجع الی قیمته.

و ان کان لا علی وجه یعد تالفا کالخل الممتزج مع الانجبین ففی کونه شریکا او کونه کالمعدوم

(فان کان) المزج (بغیر جنسه) فله صورتان: الاستهلاک، و عدمه (فان کان علی وجه الاستهلاک عرفا) ای ان العرف یری انه قد هلک مال المغبون (بحیث لا ـ یحکم فی مثله بالشرکة، کامتزاج ماء الورد المبیع بالزیت) الّذی هو للمشتری الغابن (فهو فی حکم التالف) لانه تلف لماء الورد عرفا، و (یرجع الی قیمته) ان کانت قیمیة، و الا فالرجوع یکون الی مثله.

(و ان کان لا علی وجه یعد تالفا کالخل الممتزج مع الانجبین) اذ الممتزج منهما لا یقال له خل و لا انجبین، فلم یستهلک احدهما فی الآخر بل یعد کل واحد منهما موجودا ضمن هذا الممتزج الّذی یسمی بالسکنجبین (ففی کونه) ای المغبون و هو صاحب الخل فی المثال (شریکا) مع الغابن فی قدر العین، کما اذا کان الخل منّا و الانجبین منین کان المغبون شریکا فی الثلث او شریکا معه فی النسبة المالیة، فلو کانت قیمة الخل ضعف قیمة الانجبین کان المغبون شریکا فی الثلثین او شریکا معه فی الامر المتوسط بین العین و القیمة، ففی المثال یکون شریکا فی النصف احتمالات- و ان کان الاشتراک فی القیمة اظهر- (او کونه کالمعدوم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۵

وجهان، من حصول الاشتراک قهرا لو کانا لمالکین.

و من تغیر حقیقته فیکون کالتلف الرافع للخیار.

و ان کان الامتزاج بالجنس، فان کان بالمساوی یثبت الشرکة.

و ان کان بالاردی فکذلک.

و فی استحقاقه لارش النقص، او تفاوت الرداءة من

فالمرجع المثل او القیمة (وجهان، من حصول الاشتراک قهرا لو کانا لمالکین) و کذا اذا صار بعد المزج لمالکین، فان المغبون لما یفسخ یکون مالک الخل غیر مالک الانجبین.

(و من تغیر حقیقته) فالسکنجبین لیس خلا (فیکون کالتلف الرافع للخیار) فالمرجع: المثل او القیمة.

لکن الاول اقوی لان العرف لا یراه تالفا، فهو مثل البیض اذا صار فرخا، او اللبن اذا صار زبدا، او ما اشبه ذلک فانه هو هو بتغیر.

(و ان کان الامتزاج بالجنس، فان کان بالمساوی) کالماء بالماء مع تساویهما (یثبت الشرکة) لان الجنس لم یتلف، فکل جنس فی المجموع لمالکه.

(و ان کان بالاردی) بان کان جنس المغبون احسن (فکذلک) تثبت الشرکة، لان الجنس لم یتلف عرفا و انما صار اردی.

(و فی استحقاقه) ای المغبون الّذی اخذ الاردی (لارش النقص) فان مائه الجید کان یسوی عشرة و الآن بعد المزج و اخذه قدر مائه السابق یسوی مائه خمسة، فیأخذ الخمسة التالفة (او) یأخذ (تفاوت الرداءة من)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۶

الجنس الممتزج، او من ثمنه، وجوه.

و لو کان بالاجود احتمل الشرکة فی الثمن، بان یباع و یعطی من الثمن بنسبة قیمته.

نفس (الجنس) فیأخذ من نفس الماء (الممتزج) بمقدار خمسة افلس (او من ثمنه) لا من مال خارج.

و لعل الفرق ان ثمن الجنس اقرب الی مال المغبون من الارش، و ان کان لم یظهر فرق حقیقی بین الامرین، لانه لا یخلو الحال اما ان یعطی من نفس الجنس بقدر التفاوت و اما ان یعطی من النقود بقدر التفاوت.

و لا فرق فی النقد ان یکون من ثمن نفس الجنس او من غیره (وجوه).

وجه نفس الجنس انه اقرب حیث ان فیه اجزاء من نفس جنس المغبون و وجه ثمنه ان نفس الجنس کالتالف، فاللازم ثمنه الّذی هو اقرب الی نفس الجنس.

و وجه الارش انه لا خصوصیة لثمن الجنس و انما المعیار تدارک النقص.

(و لو کان) الامتزاج (ب) الجنس (الاجود) بان کان مال المغبون اردی من مال الغابن (احتمل الشرکة فی الثمن).

مثلا: کان جنس المغبون یسوی عشرة دراهم، فللمغبون عشرة دراهم فی ثمن هذا الممتزج (بان یباع و یعطی من الثمن بنسبة قیمته) بدون ملاحظة الوزن فی الجنس الممتزج.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۷

و یحتمل الشرکة بنسبة القیمة، فاذا کان الاجود یساوی قیمتی الردیء کان المجموع بینهما اثلاثا.

و ردّه الشیخ فی مسألة رجوع البائع علی المفلس بعین ماله بانه یستلزم الربا.

قیل و هو حسن مع عموم الربا لکل معاوضة.

(و یحتمل الشرکة بنسبة القیمة) مثلا- (فاذا کان الاجود) الّذی هو للغابن (یساوی قیمتی الردیء) الّذی هو للمغبون (کان المجموع بینهما اثلاثا) ثلث للمغبون و ثلثان للغابن.

و ذلک لان الملحوظ عند العرف فی هذه الموارد: المالیة، و لا خصوصیة للعین.

(و) لکن (ردّه الشیخ) ای رد الشرکة بنسبة القیمة (فی مسألة رجوع البائع علی المفلس بعین ماله) فیما اذا کان المفلس مزج مال البائع الردی بماله الجید، فان مسألتنا و مسألة الشیخ من باب واحد (بانه) ای الشرکة بنسبة القیمة (یستلزم الربا) لان المغبون یعطی الجنس الردیء اکثر مما یأخذ من الجنس الجیّد و الربا یحدث بالتفاوت فی المقدار، و ان کان الاقل ردیئا و الاکثر حسنا.

(قیل و هو) کلام الشیخ (حسن مع عموم الربا لکل معاوضة) و لو کانت معاوضة قهریة کالمقام، لکن لم یعلم عموم الربا للمعاوضات القهریة خصوصا، و ان العلة فی حرمة الربا ما ورد فی الحدیث عن الرضا علیه السلام انه فساد المال، و فی المقام لا یوجب ذلک فساد المال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۸

بقی الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن.

و تفصیله: ان التلف اما ان یکون فیما وصل الی الغابن او فیما وصل الی المغبون، و التلف اما بآفة او باتلاف احد هما، او باتلاف الاجنبی.

و حکمها انه لو تلف ما فی ید المغبون، فان کان بآفة فمقتضی ما تقدم من التذکرة فی الاخراج عن الملک من تعلیل السقوط بعدم امکان الاستدراک

(بقی الکلام فی حکم تلف) ایّ واحد من (العوضین مع) کون (الغبن) فی البین.

(و تفصیله: ان التلف اما ان یکون فیما وصل الی الغابن) کالبقال الّذی یبیع الدهن باغلی من قیمته (او فیما وصل الی المغبون) کالدهن فی المثال (و التلف اما بآفة) کما لو هبّ ریح فانکب الدهن، او جاءت صاعقة فاحرقت الدینار الّذی کان ثمنا للدهن (او باتلاف احدهما) اما الغابن او المغبون (او باتلاف الاجنبی) ای شخص ثالث.

(و حکمها) ای حکم هذه الاقسام (انه لو تلف ما فی ید المغبون) و هو الدهن- مثلا- (فان کان) التلف (بآفة) سماویة و نحوها (فمقتضی ما تقدم من التذکرة فی الاخراج عن الملک) ای اخراج المغبون ما فی یده، من ملکه، بان باع المغبون ما غبن فیه- مثلا- حیث قال العلامة انه یسقط خیاره (من تعلیل) العلامة (السقوط) ای سقوط الخیار (بعدم امکان الاستدراک) لان المغبون لا یتمکن من ارجاع العین الی الغابن.

فمقتضی هذا التعلیل هناک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۸۹

سقوط الخیار.

لکنک قد عرفت الکلام فی مورد التعلیل، فضلا عن غیره.

و لذا اختار غیر واحد بقاء الخیار، فاذا فسخ غرم قیمته یوم التلف او یوم الفسخ.

و اخذ ما عند الغابن او بدله.

(سقوط الخیار) هنا أیضا، لانه لا یقدر المغبون من ارجاع العین الی الغابن، بعد ان تلف العین بآفة سماویة.

(لكنك قد عرفت الكلام) اى اشكالنا على العلامة (فى مورد التعليل) و هو مورد اخراج المغبون عن ملكه، و ان ذلك لا- يوجب سقوط خياره (فضلا عن غيره) اى غير مورد التعليل، و هو ما نحن فيه، و هو مورد التلف بآفة

(و لذا اختار غير واحد) من الفقهاء (بقاء الخيار) للمغبون بعد ان تلفت العين بآفة (فاذا فسخ) المغبون اخذ ثمنه من الغابن، و (غرم) المغبون (قيمته) اى قيمة العين التى تلفت، و هى القيمة فى (يوم التلف) (او) فى (يوم الفسخ).

مثلا: تلفت العين يوم الجمعة و كانت قيمتها حينذاك عشرة، و فسخ يوم السبت و كانت قيمتها خمس عشرة، و هذا فرع ان الضامن يضمن قيمة يوم التلف او غيره، كما سبق الكلام مفصلا فى قوله عليه السلام «قيمة بغل يوم خالف» فى صحيحة ابى ولّاد.

(و) اذا فسخ المغبون (اخذ ما عند الغابن) اذا كان موجودا (او بدله) اذا كان ما عند الغابن تالفا او نحوه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۰

و كذا لو كان باتلافه.

و لو كان باتلاف الاجنبى ففسخ المغبون اخذ الثمن و رجع الغابن الى المتلف، ان لم يرجع المغبون عليه.

و ان رجع عليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف، او يوم الفسخ.

(و كذا) الحال (لو كان) تلف ما عند المغبون (باتلافه) اى اتلاف المغبون له، لا بآفة سماوية- لان الملاك فيهما واحد-.

(و لو كان) تلف المتاع الّذى بيد المغبون (باتلاف الاجنبى) بدون ان يكون الاتلاف بامر من احد المتبايعين، و الا كان الاتلاف على الآمر و يكون بمنزلة تلف نفس الآمر (ففسخ المغبون اخذ) المغبون (الثمن) من الغابن (و رجع الغابن الى المتلف) لان المتلف عليه الضمان و لا يرجع الغابن الى المغبون.

اذ لا حق له عليه مع احتمال الرجوع إليه، لانه من باب تعاقب الايدى على المغصوب (ان لم يرجع المغبون عليه) اى الى المتلف، و الا كان الغابن يرجع الى المغبون.

و الظاهر ان له ان يرجع الى ايهما شاء، لانه من باب تعاقب الايدى (و ان رجع) المغبون (عليه) اى على المتلف (بالبدل) فيما اتلفه الاجنبى (ثم ظهر الغبن ففسخ) المغبون، العقد (رد على الغابن القيمة يوم التلف، او يوم الفسخ).

اما يوم التلف لانه فى هذا اليوم تحول الى البدل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۱

و لو كان باتلاف الغابن، فان لم يفسخ المغبون اخذ القيمة من الغابن، و ان فسخ اخذ الثمن.

و لو كان اتلافه قبل ظهور الغبن فابرئه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغبن، ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة لان ما أبرأه بمنزلة المقبوض.

و اما يوم الفسخ فلانه حيث فسخ وجب عليه ردّ العين، فان لم تكن عين لزم عليه ردّ بدلها، ثم يجب عليه رد القيمة اذا لم يكن الشىء مثليا و الا لزم رد المثل.

(و لو كان) تلف العين المغبون فيها (باتلاف الغابن، فان لم يفسخ المغبون اخذ القيمة من الغابن) لقاعدة: اليد، و لو كان مثليا اخذ مثله- و لعل مراد المصنف من القيمة الاعم من المثل و القيمة- (و ان فسخ) المغبون ثم اتلفه الغابن (اخذ) المغبون (الثمن) الّذى قرر فى العقد من الغابن، لانه مقتضى الفسخ.

(و لو كان اتلافه) اى اتلاف الغابن (قبل ظهور الغبن فابرئه المغبون من الغرامة) بان اسقط ما فى ذمة الغابن المتلف من حقه فى قيمة ما اتلفه الغابن (ثم) بعد ذلك (ظهر الغبن، ففسخ) المغبون (وجب عليه) اى على المغبون (ردّ القيمة) اى قيمة المتاع الى الغابن بعد ان يأخذ من الغابن القيمة التى وقع عليها العقد.

و انما وجب على المغبون ذلك (لان ما أبرأه) المغبون حيث أبرأ الغابن المتلف (بمنزلة المقبوض) فكانه أخذ العين من الغابن المتلف، فاذا فسخ رد على الغابن بدل متاع الغابن، ليأخذ منه عين الثمن الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۲

و لو تلف ما فى يد الغابن بآفة او باتلافه، ففسخ المغبون، اخذ البدل.

و فى اعتبار القيمة يوم التلف او يوم الفسخ قولان.

ظاهر الاكثر الاول، و لكن صرح فى الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع للمحقق الثانى و صاحب الحدائق و بعض آخر انه لو اشترى

دفعه حال العقد.

هذا كله فيما اذا تلف ما فى يد المغبون.

(و) اما (لو تلف ما فى يد الغابن بآفة او باتلافه) اى اتلفه الغابن كما اذا اشترى دارا بالف منّ من الحنطة، و كان الغابن هو البائع و قد اتلف الغابن او أفّت الحنطة (ففسخ المغبون) و ارجع الدار (اخذ) المغبون (البدل).

و الظاهر انه المثل اذا كان مثليا و القيمة اذا كان قيميا.

(و فى اعتبار القيمة يوم التلف) اى تلف الحنطة (او يوم الفسخ) اذا كان هناك اختلاف بين القيمتين فى اليومين (قولان).

(ظاهر الاكثر الاول) لان يوم التلف هو يوم الانتقال الى القيمة (و لكن صرح فى الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع للمحقق الثانى و صاحب الحدائق و بعض آخر) ما يظهر منه ذهابهم الى الثانى و انه يوم الفسخ، فانهم و ان لم يعنونوا هذه المسألة، الا انهم عنونوا مسألة اخرى شبيهة بهذه المسألة فى وحدة الملاك.

فانهم قالوا ب (انه لو اشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۳

عينا بعين، فقبض إحداهما دون الاخرى، فباع المقبوض ثم تلف غير مقبوض ان البيع الاول ينفسخ بتلف متعلقه قبل القبض.

بخلاف البيع الثانى فيغرم البائع الثانى قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض و هذا ظاهر بل صريح فى ان العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين

عينا بعين) فكان الثمن عينا أيضا لا نقدا (فقبض إحداهما دون الاخرى)

مثلا: باع دارا بثمن هو حنطة، و اخذ المشترى الدار و لم يقبض البائع الحنطة (فباع) المشترى- فى المثال- (المقبوض) و هى الدار (ثم تلف) عند المشترى الحنطة، و هى (غير مقبوض) للبائع.

قال هؤلاء الفقهاء (ان البيع الاول) اى بيع الدار بالحنطة (ينفسخ بتلف متعلقه) اى الحنطة (قبل القبض) لان البائع لم يقبض الحنطة- حسب الفرض-.

(بخلاف البيع الثانى) اى بيع المشترى الدار، و عليه فيلزم على المشترى الّذى باع الدار ان يسلم الى البائع الاول داره.

و حيث ان الدار قد باعها المشترى الى انسان ثالث (فيغرم البائع الثانى قيمة ما باعه) اى قيمة الدار (يوم تلف) الحنطة (غير المقبوض) اذ الدار كانت فى مقابلة الحنطة، فاذا تلفت الحنطة انتقل بدل الحنطة- و هى القيمة- الى ذمة المشترى الاول، فان يوم تلف الحنطة هو يوم الانفساخ و يوم بيع المشترى الدار هو يوم تلف العين، اذ الدار بالبيع صارت تالفة (و هذا ظاهر بل صريح فى ان العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۴

و الفرق بین المسألتین مشکل، و تمام الکلام فی باب الاقالة ان شاء اللّه.

و لو تلف باتلاف الاجنبی رجع المغبون بعد الفسخ الی الغابن لانه الّذی یرد إلیه العوض، فیؤخذ منه المعوض او بدله، و لانه ملک القیمة علی المتلف

(و الفرق بین المسألتین) و هما المسألة التی هی محل الکلام التی قال المشهور: ان العبرة بیوم التلف، و المسألة التی ذکرها الشهیدان و غیرهما التی قالوا «ان العبرة بیوم الفسخ» (مشکل) لان کلتیهما من باب واحد (و تمام الکلام فی باب الاقالة ان شاء الله) تعالی هذا فیما لو تلف ما فی ید الغابن بآفة او باتلاف الغابن.

(و لو تلف) ما فی ید الغابن (باتلاف الاجنبی رجع المغبون بعد الفسخ) ای بعد فسخ المغبون (الی الغابن) لا الی المتلف (لانه) ای الغابن هو (الّذی یرد إلیه العوض، فیؤخذ منه المعوض) ان کان المعوض موجودا (او بدله) ان کان مفقودا.

و قوله «لانه» دلیل عقلی، فان من له الغنم فعلیه الغرم (و لانه) ای الغابن (ملک القیمة) ای قیمة التالف (علی المتلف) اذ لما اتلف الاجنبی الشیء کان فی ملک الغابن، و بعد ذلک حدث الفسخ.

و حیث کان المتلف ضامنا للغابن فلا یمکن ان یکون ضامنا للمغبون حتی یرجع المغبون إلیه، لان ما فی ذمة المتلف لا یملکه شخصان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۵

و یحتمل الرجوع الی المتلف، لان المال فی ضمانه، و ما لم یدفع العوض فنفس المال فی عهدته.

و لذا صرح فی الشرائع بجواز المصالحة علی ذلک المتلف بما لو صالح به علی قیمته لزم الربا.

(و یحتمل الرجوع) ای رجوع المغبون (الی المتلف، لان المال فی ضمانه) فان من اتلف مال الغیر فهو له ضامن (و ما لم یدفع) المتلف (العوض) عما اتلفه (فنفس المال فی عهدته) فاذا فسخ المغبون کان المال فی عهدة المتلف فأخذه منه، و حیث قد اتلف عینه اخذ المغبون بدله.

(و لذا) الّذی کان المال فی ضمان المتلف (صرح فی الشرائع بجواز المصالحة علی ذلک) المال (المتلف)- بصیغة اسم المفعول- (بما لو صالح به) مع المتلف (علی قیمته) بان اعطی قیمة المتلف (لزم الربا) فان فی الصلح علی القیمة عملین.

الاول: تبدیل العین بالقیمة.

الثانی: جعل القیمة عوضا فی الصلح، فاذا کان المتلف قد اتلف العین فصالحه المغبون بعد ان فسخ المعاملة علی ان یعطیه خمسین دینارا بدلا عن قیمة العین المتلفة کان ذلک ربا، لان المغبون اعطی للمتلف مائة، القیمة الحقیقیة للعین المتلفة و اخذ منه خمسین.

و هذا بخلاف ما اذا صالح المغبون مع المتلف باعطاء المال للمغبون فی قبال تلفه للعین رأسا- حیث لم یقابل النقد بالنقد-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۶

و صرح العلامة بانه لو صالحه علی نفس المتلف باقل من قیمته، لم یلزم الربا.

و ان صالحه علی قیمته بالاقل، لزم الربا بناء علی جریانه فی الصلح و یحتمل التخییر.

اما الغابن فلانه ملک البدل.

و اما المتلف فلان المال المتلف فی عهدته قبل اداء

(و صرح العلامة بانه لو صالحه) ای لو صالح المغبون المتلف (علی نفس المتلف)- بالفتح- (باقل من قیمته، لم یلزم الربا) لانه نقد فی قبال عین.

(و ان صالحه علی قیمته) ای حوّل المتلف الی القیمة و صالح المغبون المتلف علی تلک القیمة (بالاقل) او بالاکثر (لزم الربا) لانه یحصل التفاضل بین النقدین و هو ربا (بناء علی جریانه) ای جریان الربا (فی الصلح).

(و) هنا احتمال ثالث فی رجوع المغبون الی الغابن او المتلف اذ (یحتمل) رجوعه علی (التخییر) فان شاء رجع الی الغابن و ان شاء رجع الی المتلف.

(اما) الرجوع الی (الغابن فلانه) ای الغابن (ملک البدل) اذ المغبون یعطی عوض ما تلف من ماله الی الغابن.

(و اما المتلف) ای رجوع المغبون الی المتلف- بالکسر- (فلان المال المتلف) بالفسخ (فی عهدته) ای عهدة المتلف (قبل اداء) المتلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۷

القیمة.

و ان کان باتلاف المغبون فان لم یفسخ غرم بدله.

و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف، فظهر الغبن، ففسخ، ردّ الثمن و اخذ قیمة المتلف، لان المبرئ منه کالمقبوض.

هذا قلیل من کثیر ما یکون هذا المقام قابلا له من الکلام، و ینبغی احالة الزائد علی ما ذکروه فی غیر هذا المقام، و اللّه العالم بالاحکام و رسوله و خلفائه الکرام صلوات اللّه علیه و علیهم الی یوم القیام.

(القیمة) فیستصحب بقائه فی عهدته فیرجع المغبون إلیه.

(و ان کان) تلف ما فی ید الغابن (باتلاف المغبون) له (فان لم یفسخ) المغبون المعاملة (غرم) المغبون (بدله) ای بدل ما فی ید الغابن، لانه اتلف مال غیره.

(و لو أبرأه) ای ابرأ المغبون (الغابن من بدل المتلف) ای ما اتلفه المغبون (فظهر الغبن) بعد الابراء (ففسخ) المغبون المتلف (ردّ) المغبون (الثمن) الی الغابن (و اخذ) المغبون من الغابن (قیمة المتلف) و انما یأخذ القیمة (لان المبرئ منه) حیث برء الغابن المغبون عما اتلفه المغبون (کالمقبوض) للغابن.

(هذا قلیل من کثیر ما یکون هذا المقام) خیار الغبن (قابلا له من الکلام و ینبغی احالة الزائد علی ما ذکروه) احالة (فی غیر هذا المقام، و اللّه العالم بالاحکام، و رسوله و خلفائه الکرام صلوات الله علیه و علیهم الی یوم القیام) بل و ما بعده الی ما لا یعلم مداه الا القدیر العلّام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۸

مسئلة الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کل معاوضة مالیة

بناء علی الاستناد فی ثبوته فی البیع، الی نفی الضرر.

نعم لو استند الی الاجماعات المنقولة، امکن الرجوع فی غیر البیع الی اصالة اللزوم.

(مسألة: الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کل معاوضة) لا فی الایقاعات فلو ظن ان عبده یسوی الفا، فاعتقه کفارة، ثم ظهر انه یسوی الفین، او ظن انه اذ اطلق زوجته یزوج باختها، ثم ظهر کذب ظنه، فلا خیار له فی ابطال العتق و الطلاق، و ان کان یسمی مغبونا- عرفا-

فعلیه یثبت خیار الغبن فی کل معاوضة (مالیة) بخلاف ما اذا لم تکن مالیة، کما اذا تعاهد شخصان ان یزور احدهما الامام امیر المؤمنین علیه السلام فی النجف فی قبال ان یزور الآخر عنه الامام الحسین علیه السلام فی کربلاء، ثم تبین ان قیمة زیارة الامام امیر المؤمنین علیه السلام اکثر، مع احتمال ان یجری خیار الغبن هنا أیضا (بناء علی الاستناد فی ثبوته) ای ثبوت خیار الغبن (فی البیع، الی) انه عقلائی، و قد أمضاه الشارع و الی (نفی الضرر) اذ کلا الوجهین جار فی سائر المعاملات.

(نعم لو استند الی الاجماعات المنقولة) فی البیع بان کان مستند خیار الغبن فی باب البیع الاجماع (امکن الرجوع فی غیر البیع) اذ غبن فیه (الی اصالة اللزوم) لان الاصل لزوم کل عقد الا ما خرج بالدلیل و حیث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۱۹۹

و ممن حکی عنه التصریح بالعموم فخر الدین قدس سره فی شرح الارشاد، و صاحب التنقیح و صاحب إیضاح النافع.

و عن اجارة جامع المقاصد جریانه فیها مستندا الی انه من توابع المعاوضات.

نعم حکی عن المهذب البارع: عدم جریانه فی الصلح.

و لعله لکون الغرض الاصلی فیه قطع المنازعة، فلا یشرع فیه الفسخ و فیه ما لا یخفی.

لا اجماع فی غیر البیع فالاصل اللزوم.

(و ممن حکی عنه التصریح بالعموم) و ان خیار الغبن جار فی کل معاوضة (فخر الدین قدس سره فی شرح الارشاد، و صاحب التنقیح و صاحب إیضاح النافع).

(و) کذلک حکی (عن اجارة جامع المقاصد جریانه) ای جریان خیار الغبن (فیها) ای فی الاجارة (مستندا الی انه من توابع المعاوضات) ای ان خیار الغبن من احکام المعاوضات، و الاجارة معاوضة فیجری فیها خیار الغبن.

(نعم حکی عن المهذب البارع: عدم جریانه فی الصلح).

(و لعله) ای لعل وجه عدم الجریان (لکون الغرض الاصلی فیه) ای فی الصلح (قطع المنازعة، فلا یشرع فیه الفسخ) لان الفسخ ارجاع الی المنازعة (و فیه ما لا یخفی).

اذ: لا منافات بین الغرض الاصلی، و بین عدم لزوم الصلح الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۰

و فی غایة المرام التفصیل بین الصلح الواقع علی وجه المعاوضة فیجری فیه، و بین الواقع علی اسقاط دعوی قبل ثبوتها ثم ظهر حقیة ما یدعیه، و کان مغبونا فیما صالح به، و الواقع علی ما فی الذمم، و کان مجهولا ثم ظهر بعد عقد الصلح، و ظهر غبن احدهما علی تأمل.

غبن فیه، کما ان الغرض الاصلی من الاجارة الانتفاع بالعین، و مع ذلک یجری فیها الفسخ المنافی لهذا الغرض.

و کذلک الغرض الاصلی فی البیع و غیره، کما هو واضح.

(و فی غایة المرام التفصیل بین الصلح الواقع علی وجه المعاوضة فیجری فیه) ای فی خیار الغبن، لانه کسائر المعاوضات التی یجری فیها خیار الغبن، فللصلح حکم المعاوضة (و بین) الصلح (الواقع علی اسقاط دعوی قبل ثبوتها ثم ظهر) بعد الصلح (حقیة ما یدعیه، و کان مغبونا فیما صالح به).

مثل: ان یدعی علیه الف دینار فصالحه علی مائة، ثم ظهر انه یطلبه الفا، فانه یکون مغبونا حینئذ، لانه اخذ مائة فی قبال الألف (و) الصلح (الواقع) عطف علی «بین الواقع» (علی ما فی الذمم، و کان) ما فی الذمة (مجهولا) کما اذا طلب زید من محمد شیئا، و لم یعلم قدره فصالحه علی مائة (ثم ظهر) قدره (بعد عقد الصلح، و ظهر غبن احدهما) و ان ما فی الذمة کان الفا، او کان خمسین، فانه لا

یجری فیها الخیار (علی تأمل) ای تأمل فی عدم جریان خیار الغبن فی هذین الصلحین، لاحتمال جریانه فیهما أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۱

و لعله للاقدام فی هذین علی رفع الید عما صالح عنه کائنا ما کان، فقد اقدم علی الضرر.

و حکی عن بعض التفصیل بین کل عقد وقع شخصه علی وجه المسامحة و کان الاقدام فیه علی المعاملة مبنیا علی عدم الالتفات الی النقص و الزیادة بیعا کان او صلحا او غیرهما، فانه لا یصدق فیه اسم الغبن.

و بین غیره.

و فیه- مع ان منع صدق الغبن

(و لعله) ای لعل وجه عدم جریان الخیار فی هذین الصلحین اسقاط الدعوی، و ما فی الذمم (للاقدام فی هذین) القسمین (علی رفع الید عما صالح عنه کائنا ما کان) مقداره (فقد اقدم) المغبون (علی الضرر) و المقدم علی الضرر لا خیار له.

و وجه التأمل انه اقدم علی الضرر القلیل لا الضرر الکثیر، فلم یقدم علی هذا المقدار من الضرر، فیشمله دلیل: لا ضرر.

(و حکی عن بعض التفصیل بین کل عقد وقع شخصه) ای هذا الفرد الخارجی من العقد (علی وجه المسامحة، و) ذلک بمعنی انه (کان الاقدام فیه) ای فی ذلک العقد (علی المعاملة مبنیا علی عدم الالتفات) فیه (الی النقص و الزیادة بیعا کان او صلحا او غیرهما، ف) لا خیار فیه ل (انه لا یصدق فیه اسم الغبن)

(و بین غیره) ففیه الخیار، لانه یصدق فیه اسم الغبن.

(و فیه- مع ان منع صدق الغبن) فیما کان مبنیا علی عدم الالتفات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۲

محل نظر- ان الحکم بالخیار لم یعلق فی دلیل علی مفهوم لفظ الغبن، حتی یتبع مصادیقه.

فان الفتاوی مختصة بغبن البیع، و حدیث نفی الضرر عامّ لم یخرج منه الا ما استثنی فی الفتاوی من صورة الاقدام علی الضرر عالما به.

(محل نظر-) اذ یصدق الغبن، لکن یقال: انه لم یعتن بالغبن (ان) دلیل الخیار یشمل صورة الاقدام المسامحی.

اما بالنسبة الی البیع فدلیل الخیار یقول: البیع الغبنی، و هو موجود فی صورة المسامحة، لانه یسمی بیعا غبنیا.

و اما بالنسبة الی غیر البیع، فدلیل الخیار فیه هو الضرر، و الضرر موجود و ان اقدم فی المعاملة مسامحة.

فان (الحکم بالخیار) فی صورة الغبن (لم یعلق فی دلیل علی مفهوم لفظ الغبن، حتی یتبع مصادیقه) ای مصادیق الغبن، لنری ان ایّ مکان یصدق انه غبن و ای مکان لا یصدق انه غبن، حتی یقول هذا المفصل «مع المسامحة لا یصدق الغبن» اذ الدلیل علی خیار الغبن اما الفتاوی و اما دلیل: لا ضرر، و کلاهما لا یدل علی عدم خیار الغبن فی صورة المسامحة (فان الفتاوی مختصة بغبن البیع) فلا مورد لها فی غیر البیع (و حدیث نفی الضرر عامّ) یشمل البیع و غیره، المسامحی و غیره، و (لم یخرج منه الا ما استثنی فی الفتاوی من صورة الاقدام علی الضرر عالما به) و صورة الجهل بالضرر لا تدخل تحت المستثنی، و منه یعلم عدم کفایة المسامحة فی اسقاط الخیار فی صورة عدم العلم بالضرر.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۲، ص: ۲۰۳

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۳

نعم لو استدل بآیة: التجارة عن تراض، او النهی عن: اکل المال بالباطل امکن اختصاصها بما اذا اقدم علی المعاملة محتملا للضرر مسامحا فی دفع ذلک الاحتمال.

(نعم لو استدل) خیار الغبن (بآیة: التجارة عن تراض، او النهی عن: اکل المال بالباطل) و هما جملتان فی آیة واحدة، هی قوله تعالی: لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ

وجه الاستدلال انه لا رضا مع الغبن، و انه اکل للمال بالباطل.

فلو استدل بهما (امکن) صحة دعوی المفصل «بانه اذا کان مبنی المعاملة علی المسامحة لم یکن خیار» ل (اختصاصها) ای الآیة بصورة الاقدام المسامحی بان الاقدام المسامحی «تجارة عن تراض» و لیس «اکلا بالباطل».

و علیه فلا خیار فی الاقدام المسامحی.

و الحاصل ان الاقدام المسامحی داخل فی «تراض» و لیس داخلا فی «الاکل بالباطل».

و لذا فلا خیار فی صورة الاقدام المسامحی فعدم الرضا المفهوم من «عن تراض» انه یوجب الخیار و «الاکل بالباطل» الموجب للخیار قد خصص (بما اذا اقدم علی المعاملة محتملا للضرر) فی حالکونه (مسامحا فی دفع ذلک الاحتمال) ای لم یدفع هذا الاحتمال بترک المعاملة، بل اقدم علی المعاملة.

و لا یخفی ان احسن احتمال فی استقامة عبارة المصنف ای قوله «امکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۴

و الحاصل: ان المسألة لا تخلو عن اشکال، من جهة اصالة اللزوم، و اختصاص معقد الاجماع و الشهرة بالبیع، و عدم تعرض الاکثر لدخول هذا الخیار فی غیر البیع، کما تعرضوا لجریان خیار الشرط و تعرضهم لعدم جریان خیار المجلس فی غیر البیع

اختصاصها بما اذا» ان «امکن» استثناء عن «بالباطل».

فکانه قال و لو استدل للخیار بآیة: اکل المال بالباطل، کانت صورة المسامحة خارجة عن الآیة- لانه مع الرضا، لیس اکلا بالباطل- فلا خیار، و یکون قوله «بآیة التجارة» محذوف الاستدلال بها، لفهم الاستدلال بها من الاستدلال بالنهی عن اکل المال بالباطل، فیکون من قبیل:

نحن بما عندنا و انت بما عند ک راض و الرأی مختلف

(و الحاصل: ان المسألة) ای مسألة دخول خیار الغبن فی کل معاوضة (لا تخلو عن اشکال، من جهة اصالة اللزوم) فی المعاملة، فلا خیار (و اختصاص) دلیل الخیار من (معقد الاجماع و الشهرة) المحققة (بالبیع) فلا اجماع و لا شهرة محققة فی دخول خیار الغبن فی غیر البیع (و عدم تعرض الاکثر لدخول هذا الخیار فی غیر البیع) مع انهم فی صدد بیان ان کل خیار یدخل فی غیر البیع، أم لا (کما تعرضوا لجریان خیار الشرط) فی کل معاوضة.

(و) اما ما نری من (تعرضهم لعدم جریان خیار المجلس فی غیر البیع) حیث ان المفهوم منه ان سائر الخیارات تدخل فی غیر البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۵

لکونه محل خلاف لبعض العامة فی بعض افراد ما عدا البیع، فلا یدل علی عموم غیره لما عدا البیع، و من دلالة حدیث: نفی الضرر، علی عدم لزوم المعاملة المغبون فیها فی صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت

فلیس له وجه، اذ لا مفهوم لهذا الکلام.

و انما تعرضوا لعدم دخول خیار المجلس فی سائر المعاوضات (لکونه) ای خیار المجلس (محل خلاف لبعض العامة فی بعض افراد ما عدا البیع).

حیث قال بعض العامة ان خیار المجلس یدخل فی بعض المعاوضات أیضا، کما یدخل فی البیع فالفقهاء قالوا بان خیار المجلس لا یدخل فی سائر المعاوضات لرد أولئک العامة (فلا یدل) کلام هؤلاء الفقهاء (علی) ان خیار المجلس فقط لا یدخل فی المعاوضات- ما عدا البیع- حتی یدل کلامهم بالمفهوم علی (عموم غیره) ای غیر خیار المجلس (لما عدا البیع) حتی یفید کلامهم بالمفهوم علی دخول خیار الغبن فی سائر المعاوضات.

و لا یخفی ان قوله «و تعرضهم» مبتدأ خبره «لکونه».

هذا کله وجه عدم دخول خیار الغبن فی سائر المعاوضات.

اما وجه دخول خیار الغبن فی سائر المعاوضات فقد ذکره بقوله: (و من دلالة حدیث: نفی الضرر، علی عدم لزوم المعاملة المغبون فیها فی صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت).

اما اذا بذل الغابن التفاوت، فلا دلالة لحدیث: نفی الضرر،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۶

بعد الحاق غیرها بظهور عدم الفصل عند الاصحاب.

و قد استدل به الاصحاب علی اثبات کثیر من الخیارات، فدخوله فیما عدا البیع لا یخلو عن قوة.

اذ لا ضرر حینئذ، بل هو جمع بین اصالة اللزوم فی المعاملات، و بین حدیث نفی الضرر، و اذا تم وجود خیار الغبن فی سائر المعاملات فی صورة امتناع بذل الغابن التفاوت، فنقول ان الخیار موجود فی صورة البذل أیضا، لعدم القول بالفصل.

ف (بعد الحاق غیرها) ای غیر صورة امتناع البذل و هی صورة البذل بمعنی انا نلحق صورة البذل بصورة الامتناع من البذل.

و انما نلحق (بظهور عدم الفصل عند الاصحاب) بین الصورتین المطلوب، و هو دخول خیار الغبن فی کل معاملة مطلقا- ای سواء بذل الغابن التفاوت أم لم یبذل-.

(و قد استدل به) ای بحدیث: نفی الضرر (الاصحاب علی اثبات کثیر من الخیارات).

فلا یقال: ان حدیث: نفی الضرر، یدل علی السلب، لا علی الایجاب.

لانه یقال: الخیار سلب أیضا، اذ هو نفی لزوم المعاملة.

و علی هذا (فدخوله) ای خیار الغبن (فیما عدا البیع) من سائر المعاملات (لا یخلو عن قوة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۷

نعم یبقی الاشکال فی شموله للصورة المتقدمة، و هی ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلک المعاملة بیعا کان او غیره علی عدم المغابنة و المکایسة من حیث المالیة کما اذا احتاج المشتری الی قلیل من شیء مبتذل لحاجة عظیمة دینیة، او دنیویة، فانه لا یلاحظ فی شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه فان فی شمول الادلة.

(نعم یبقی الاشکال فی شموله) ای خیار الغبن (للصورة المتقدمة و هی ما اذا علم من) الدلیل (الخارج بناء شخص تلک المعاملة بیعا کان او غیره علی) التسامح، و (عدم المغابنة و المکایسة) فلا یهم احدهما بان یکون قد غبن، او صار الطرف الآخر اکیس و افطن منه، بل کل طرف یتسامح سواء غبن أم لا، لان مهمته انهاء النزاع و نحوه، فلا یهم المغبون ان یغبن (من حیث المالیة).

و ذلک (کما اذا احتاج المشتری الی قلیل من شیء مبتذل لحاجهٔ عظیمهٔ دینیهٔ) کما اذا اراد قطع دم جرحه لاجل تصحیح طوافه الضیق وقته، فاشتری قدر حمصهٔ من الزاج بدرهم، بینما قدر مثقال منه یسوی بدرهم (او دنیویهٔ) کما اذا اراد اشعال حطبه لغداء ضیوفه، فاشتری عود ثقاب بفلس، بینما ستون عودهٔ منه بفلس (فانه لا یلاحظ فی شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه) بل همته ان یقضی حاجته المضیقهٔ، حتی اذا قیل له انه غبن فیه قال: لا یهم ذلک (فان فی شمول الادلهٔ) ای ادلهٔ خیار الغبن من «لا ضرر» و ان «بناء العقلاء علی الخیار فی الغبن و الشارع أمضاه بدلیل انه لم یردع عنه» و ان «مع ابطال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۸

لمثل هذا خفاء بل منعا، الا ان یتم بعدم القول بالفصل، و اللّه العالم.

المغبون للمعاملهٔ و عدم قبول الغابن لذلک یکون اکلا للمال بالباطل» (لمثل هذا خفاء بل منعا، الا ان یتم) الشمول (بعدم القول بالفصل) کما لا یبعد ذلک، بل لا یبعد شمول الادلهٔ له أیضا (و اللّه) سبحانه (العالم) بحقائق الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۰۹

مسئلهٔ اختلف اصحابنا فی کون هذا الخیار علی الفور او علی التراخی علی قولین.

و استند للقول الاول و هو المشهور ظاهرا الی کون الخیار علی خلاف الاصل، فیقتصر فیه علی المتیقن.

و قرره فی جامع المقاصد بان العموم فی افراد العقود یستتبع عموم الازمنهٔ، و الّا لم ینتفع بعمومه،

(مسألهٔ: اختلف اصحابنا فی کون هذا الخیار) و هو خیار الغبن (علی الفور او علی التراخی) فاذا علم المغبون بالغبن یحق له ان لا یأخذ به الا بعد زمان، کیوم او اکثر (علی قولین).

(و استند للقول الاول) و هو ان الخیار فوری (و هو المشهور ظاهرا) لتصریح بعضهم به و انصراف کلام بعض إلیه (الی کون الخیار علی خلاف الاصل) لان الاصل فی المعاملات: اللزوم (فیقتصر فیه) ای فی الخیار (علی المتیقن) الّذی هو الفور، اذ لا نعلم بعد الفور هل هناک خیار، أم لا؟ فالمرجع اصالهٔ اللزوم.

(و قرره) ای قرر الرجوع الی المتیقن الّذی هو الفور (فی جامع المقاصد بان العموم فی افراد العقود) ای فی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الشامل لکل عقد عقد (یستتبع عموم الازمنهٔ) فهناک عمومان، عموم افرادی ای کل عقد عقد، و عموم ازمانی ای فی کل زمان زمان (و الا) یکن عموم ازمانی (لم ینتفع بعمومه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۰

انتهی.

و للقول الثانی الی الاستصحاب.

و ذکر فی الریاض ما حاصله ان المستند فی هذا الخیار ان کان الاجماع المنقول اتجه التمسک بالاستصحاب.

و ان کان نفی الضرر، وجب الاقتصار علی الزمان الاول، اذ به یندفع الضرر.

الافرادی، اذ لو کان الواجب الوفاء فی بعض الازمنهٔ، فأیّهٔ فائدهٔ فی القول، بان کل عقد عقد یجب الوفاء به، و الحال انه لا وفاء لایّ فرد، لکفایهٔ الوفاء بقدر قلیل (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(و) استند (للقول الثانی) و هو تراخی الخیار (الی الاستصحاب) فانه اذا ظهر الغبن کان له الخیار، و لا نعلم هل انه یدوم الخیار فی

الزمان الثانى و الثالث، أم لا؟ فمقتضى الاستصحاب دوام الخيار.

(و ذكر فى الرياض ما حاصله) ان كون الخيار فورا و متراخيا تابع لدليل الخيار، و (ان المستند فى هذا الخيار) اى خيار الغبن (ان كان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب) و القول بالتراخى لان الاجماع يثبت الخيار فى الزمان الاول و حيث يشك فى الزمان الثانى كان المرجع الاستصحاب.

(و ان كان) المستند لهذا الخيار دليل (نفى الضرر وجب الاقتصار) فى الخيار (على الزمان الاول، اذ به) اى بكون الخيار فى الزمان الاول (يندفع الضرر) فانه اذا لم يأخذ بالخيار، فهو قد اضر نفسه و اقدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۱

اقول: و يمكن الخدشة فى جميع الوجوه المذكورة.

اما فى وجوب الاقتصار على المتيقن، فلانه غير متّجه مع الاستصحاب و اما ما ذكره فى جامع المقاصد من عموم الازمنة.

على ضرر نفسه، لا ـ ان الشارع قد اضرّ به حتى يرفع ضرره بدليل: لا ـ ضرر (اقول: و يمكن الخدشة فى جميع الوجوه) الثلاثة (المذكورة).

(اما) الوجه لقول المشهور (فى وجوب الاقتصار على المتيقن، فلانه غير متّجه مع الاستصحاب) فان الاستصحاب يجرى الحكم الى ما بعد الزمان المتيقن، فيكون الحكم استمرار الخيار.

(و اما ما ذكره فى جامع المقاصد من عموم الازمنة) حيث قرّر المتيقن بهذا البيان.

فيرد عليه ان مع وجود العموم الا زمانى لا حاجة الى القدر المتيقن اذ ان العموم الا زمانى قسمان.

الاول: ما كان الزمان ملحوظا فيه على وجه الاستمرار حتى ان اكرام زيد- مثلا- من اليوم الى آخر الايام فرد واحد.

الثانى: ما كان الزمان ملحوظا فيه على وجه الانفراد، فاكرام زيد فى كل يوم فرد، فاذا قال: اكرم العلماء فى هذا الاسبوع- مثلا- و كان عددهم ثلاثة، كان على الاول ثلاثة افراد للعموم، و على الثانى واحد و عشرون فردا لانه يجب فى كل يوم ثلاثة اكرامات.

و اذا تحقق ان العموم الا ـ زمانى قسمان فنقول بقول جامع المقاصد بالعموم الا زمانى، هل يراد منه القسم الاول و فيه يكون المرجع- عند

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۲

فان اراد به عمومها المستفاد من اطلاق الحكم بالنسبة الى زمانه الراجع بدليل الحكمة الى استمراره فى جميع الازمنة.

الشك- الاستصحاب، لانه لما خرج هذا الفرد من العام عن العموم فى الزمان الاول فشك فى استمرار خروجه و الاستصحاب يقول باستمرار الخروج، فلا مجال للقدر المتيقن، او يراد منه القسم الثانى و فيه يكون المرجع- عند الشك- عموم العام، لان كل زمان فرد مغاير لزمان آخر فاذا خرج الفرد الاول و هو الزمان الاول و شك فى خروج الفرد الثانى و هو الزمان الثانى، كان اللازم الرجوع الى عموم العام، لان الّذى خرج منه فرد خاص.

و تسرية الحكم الى فرد آخر لا وجه له، و عليه فلا مجال أيضا للقدر المتيقن.

و على كلا الحالين لا يكون ما ذكره جامع المقاصد من العموم الا زمانى مؤيدا لكلام المشهور.

(ف) انه (ان اراد به) اى بعموم الازمنة (عمومها) اى عموم الازمنة (المستفاد) ذلك العموم (من اطلاق الحكم بالنسبة الى زمانه) اذ قد اطلق المولى و قال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يقل فى كل زمان، او فى بعض الازمنة (الراجع) هذا الاطلاق (بدليل الحكمة) لانه لو اراد بعض الازمنة كانت الحكمة تقتضى ان يبين ذلك الزمان، فحيث اطلق و لم يبين دل كلامه (الى استمراره) اى استمرار حكم الوفاء (فى

جمیع الازمنهٔ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۳

فلاـ یخفی ان هـذا العمـوم فی کـل فرد مـن موضـوع الحکم تـابع لـدخوله تحت العمـوم، فـاذا فرض خروج فرد منه فلاـ یفرق فیه بین خروجه عن حکم العـام دائمـا، او فی زمـان مـا، اذ لیس فی خروجه دائمـا زیادهٔ تخصـیص فی العام حتی یقتصـر عنـد الشک فیه علی المتیقن،

و هذا هو القسم الّذی ذکرناه: و مرجعه الی کون الزمان ظرفا، لا مفرّدا.

(فلاـ یخفی ان هـذا العموم) و هو العموم الزمـانی (فی کل فرد من موضوع الحکم) و هو کل فرد فرد من العقود (تابع) للعموم الزمانی (لدخوله تحت العموم) ای عموم: کل عقد عقد، فاذا کان هذا العقد مشـمولا لاوفوا، کان له عموم زمانی، و استمرار فی وجوب الوفاء (فاذا فرض خروج فرد منه) ای من عموم کل عقـد بان قال الشارع: العقـد الغبنی لا یجب الوفاء به (فلا یفرق فیه) ای فی هـذا الخروج (بین خروجه) ای خروج هذا الفرد (عن حکم العام) و هو- اوفوا- (دائما) بان یستمر خیار الغبن (او فی زمان ما) بان یکون خیار الغبن فورا فقط.

و انما لا فرق (اذ لیس فی خروجه دائما زیادهٔ تخصـیص فی العام) فان الخارج فرد واحـد فی کلا الحالین، لفرض کون الزمان ظرفا، و انه لاـ یؤثر فی تکثیر الفرد الواحـد للعـام (حتی یقتصـر عنـد الشـک فیه) بان شک فی انه هل فی الزمان الثانی خارج، فلا یجب الوفاء لوجود الخیار او لیس بخارج لعدم الخیار (علی المتیقن) کما ذکره المشهور، و ایده جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۴

نظیر مـا اذا ورد تحریم فعـل بعنوان العموم، و خرج منه فرد خـاص من ذلـک الفعل، لکن وقع الشک فی ان ارتفاع الحرمـهٔ عن ذلک الفرد مختص ببعض الازمنهٔ، او عام لجمیعها، فان اللازم هنا استصحاب حکم الخاص اعنی الحلّیهٔ، لا الرجوع فی ما بعد الزمان المتیقن الی عموم التحریم.

و لیس هذا من معارضهٔ العموم للاستصحاب.

فالمقـام (نظیر مـا اذا ورد تحریم فعـل بعنوان العموم، و خرج منه فرد خـاص من ذلـک الفعل) کما اذا حرّم المولی علی عبیـده دخول داره بـان قـال: لاـ تـدخلوا بیتی، ثم اسـتثنی منهم عبـده مبارکا (لکن وقع الشک فی ان ارتفاع الحرمـهٔ عن ذلک الفرد) و هو: مبارک (مختص ببعض الازمنـهٔ) کیوم الجمعـهٔ، الّذی نهی فیه المولی عن دخول الـدار (او عـام لجمیعها) بان یجوز لمبارک دخول الـدار ای وقت شاء من ایام السـنهٔ (فان اللازم هنا استصحاب حکم الخاص اعنی الحلّیهٔ) لدخول مبارک للدار بعد یوم الجمعهٔ (لا الرجوع فی ما بعـد الزمان المتیقن) و الزمان المتیقن جوازه هو یوم الجمعـهٔ (الی عموم التحریم) فلا یقال «لا تـدخلوا بیتی» عام لکل عبـد و لکل یوم خرج منه «مبارک، فی یوم الجمعهٔ» فمبارک فی سائر الایام یحرم علیه دخول الدار.

(و) لا یخفی ان تعدّی الاستصحاب للحکم الخاص فی المثال (لیس هذا من معارضهٔ العموم) ای عموم «لا تدخلوا» (للاستصحاب) بل لا مجال للعموم اصلا، حتی و ان لم یکن استصحاب فی البین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۵

و السرّ فیه ما عرفت من تبعیهٔ العموم الزمانی للعموم الافرادی.

فـاذا فرض خروج بعضـها فلاـ مقتضـی للعموم الزمانی فیه حتی یقتصـر فیه من حیث الزمان علی المتیقن، بل الفرد الخارج واحـد، دام زمان خروجه او انقطع.

نعم لو فرض افادة الکلام للعموم الزمانی علی وجه یکون

(و السرّ فیه) ای فی اعطاء الحکم للاستصحاب (ما عرفت من تبعیة العموم الزمانی) و هو عموم «عدم دخول کل یوم لکل عبد» و «دخول مبارک کل یوم» (للعموم الافرادی) فکل یوم تابع لکل عبد عبد، فان حرم علی العبد الدخول حرم علیه کل یوم، و ان حلّ له الدخول حلّ کل یوم.

(فاذا فرض خروج بعضها) عن حکم العام کما فرضنا خروج مبارک عن عموم «لا تدخلوا بیتی» (فلا مقتضی للعموم الزمانی فیه) و لا مقتضی لان یقال: انه یحرم علی مبارک الدخول فی کل یوم (حتی یقتصر فیه) ای فی جواز دخول مبارک (من حیث الزمان) ای زمان جواز الدخول (علی المتیقن) و هو یوم الجمعة (بل الفرد الخارج) و هو مبارک (واحد، دام زمان خروجه او انقطع) فلیس خروج مبارک، یوم الجمعة فردا و خروجه یوم السبت فردا آخر، حتی یقال خرج یوم الجمعة و لم یعلم خروجه یوم السبت، فلیس بخارج، بل داخل فی عموم «لا تدخلوا بیتی»

(نعم) هذا شق ثان لقوله: فان اراد بها.

و حاصله: ان کان الزمان مفرّدا فی قبال الشق الاول الّذی حاصله ان کان الزمان ظرفا (لو فرض افادة الکلام للعموم الزمانی علی وجه یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۶

الزمان مکثرا لافراد العام بحیث یکون الفرد فی کل زمان مغایرا له فی زمان آخر، کان اللازم بعد العلم بخروج فرد فی زمان ما الاقتصار علی المتیقن، لان خروج غیره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غیر ما علم خروجه.

کما اذا قال المولی لعبده: اکرم العلماء فی کل یوم، بحیث کان اکرام کلّ

الزمان مکثرا لافراد العام) کما عرفت فی مثال: اکرم العلماء (بحیث یکون الفرد فی کل زمان مغایرا له) ای للفرد (فی زمان آخر).

مثلا: زید العالم فی یوم الجمعة غیره فی یوم السبت، و لذا وجب اکرامان، فکل یوم له اکرام مستقلّ، لا ان اکرامه فی مجموع الایام اکرام واحد (کان اللازم بعد العلم) ای بعد ان علمنا (بخروج فرد فی زمان ما الاقتصار علی المتیقن) و ان الخارج هو ذلک الفرد لا اکثر و ذلک (لان خروج غیره من الزمان) کما اذا علم خروج یوم الجمعة فانه لا یلحق به یوم السبت.

اذ خروجه (مستلزم لخروج فرد آخر من العام غیر ما علم خروجه) فقد علم خروج یوم الجمعة و لم یعلم خروج یوم السبت، فیکون مثل اکرم العلماء الا زیدا.

فکما انه لا یتعدی من زید الی خالد، کذلک لا یتعدی من یوم الجمعة الی السبت لانهما فرد ان حسب الفرض.

(کما اذا قال المولی لعبده: اکرم العلماء فی کل یوم، بحیث کان اکرام کلّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۷

عالم فی کل یوم واجبا مستقلا غیر اکرام ذلک العالم فی الیوم الآخر.

فاذا علم بخروج زید العالم و شک فی خروجه عن العموم یوما او ازید وجب الرجوع فی ما بعد الیوم الاول الی عموم وجوب الاکرام، لا الی استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلک العموم لم یجز التمسک بالاستصحاب بل یجب الرجوع الی اصل آخر کما ان فی الصورة الاولی لو فرضنا عدم حجیة الاستصحاب، لم یجز الرجوع الی العموم.

عالم فی کل یوم واجبا مستقلا غیر اکرام ذلک العالم فی الیوم الآخر) بحیث کان لکل یوم اطاعة و معصیة، و ثواب و عقاب.

(فاذا علم بخروج زيد العالم) عن وجوب الاكرام (و شک فی خروجه عن العموم يوما او ازيد، وجب الرجوع فی ما بعد اليوم الاول) المعلوم خروجه- كالجمعة مثلا- حيث علم بانه لا يجب اكرامه فی الجمعة (الی عموم وجوب الاكرام) فاللازم اكرامه فی يوم السبت (لا الی استصحاب عدم وجوبه) اذ هو من تعدّ الحكم من موضوع الی موضوع آخر، و يشترط فی الاستصحاب وحدة الموضوع (بل لو فرضنا عدم وجود ذلک العموم) و انما علم من الخارج ان كل يوم واجب مستقل، و علمنا بخروج اليوم الاول، و شككنا فی خروج اليوم الثانی (لم يجز التمسک بالاستصحاب) و الحكم بخروج اليوم الثانی (بل يجب الرجوع الی اصل آخر) من الاصول العمليّة ان لم يكن دليل اجتهادی غير العام فی البين (كما ان فی الصورة الاولی لو فرضنا عدم حجيّة الاستصحاب لم يجز الرجوع الی العموم).

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۸

فما اوضح الفرق بين الصورتين.

ثم لا يخفی: ان مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فی الصورة الاولی من الاطلاق المحمول علی العموم، بدليل الحكمة و كونه فی الصورة الثانية عموما لغويا، بل المناط كون الزمان فی الاولی ظرفا للحكم، و ان فرض عمومه لغويا فيكون الحكم فيه حكما واحدا مستمر الموضوع واحد

(فما اوضح الفرق بين الصورتين) صورة كون الزمان ظرفا حيث ان الفرد المشكوک يجری فيه الاستصحاب، و صورة كون الزمان مفرّدا حيث ان الفرد المشكوک يجری فيه التمسک بالعام.

(ثم لا يخفی: ان مناط هذا الفرق) بين الظرف و المفرّد (ليس كون عموم الزمان فی الصورة الاولی) ای فی الظرف مستفادا (من الاطلاق المحمول) ذلک الاطلاق (علی العموم) حملا (بدليل الحكمة) فان مقدمات الحكمة و هی: كون المولی فی مقام البيان و عدم نصب القرينة، و عدم وجود قدر متيقن فی البين، توجب حمل المطلق علی العموم، و ان المولی يريد الفرد المستمر (و كونه فی الصورة الثانية) فی المفرّد (عموما لغويا) و العموم اللغوی كل زمان فيه فرد (بل المناط) فی الفرق المذكور (كون الزمان فی الاولی) ای فی الصورة الاولی و هو المستمر (ظرفا للحكم، و ان فرض عمومه) ای عموم الحكم (لغويا) بان كان المستعمل من المناط: العموم، لا من الفاظ الاطلاق (فيكون الحكم فيه) ای فی ما اذا كان الزمان ظرفا (حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد).

فاذا قال: اكرم العلماء، و قال: لا تكرم زيدا، كان عدم الاكرام حكما

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۱۹

فيكون مرجع الشک فيه الی الشک فی استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب.

و الزمان فی الثانية مكثر لافراد موضوع الحكم، فمرجع الشک فی وجود الحكم فی الآن الثانی الی ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الاول.

و معلوم ان المرجع فيه الی اصالة العموم، فافهم و اغتنم.

واحدا مستمرا لموضوع واحد هو زيد (فيكون مرجع الشک فيه) اذا شک فی انه هل يكرمه يوم السبت- بعد ان علم انه لا يكرم يوم الجمعة- (الی الشک فی استمرار حكم واحد و انقطاعه) هل استمر؟ او انقطع؟ (فيستصحب) عدم الاكرام لتمام اركان الاستصحاب فيه.

(و الزمان فی) الصورة (الثانية) الّذی كان الزمان فيها مفرّدا، و كان كل زمان فردا (مكثر لافراد موضوع الحكم) فزيد يوم الجمعة فرد، و يوم السبت فرد، و هكذا (فمرجع الشک فی وجود الحكم) و هو عدم الاكرام (فی الآن الثانی) كيوم السبت (الی ثبوت حكم الخاص) و هو عدم الاكرام (لفرد من العام) و هو زيد فی يوم السبت (مغاير) ذلک الفرد (للفرد الاول) الّذی هو يوم الجمعة.

(و معلوم ان المرجع فيه) اى فى هـذا الشك (الى اصالـة العموم) لان القـدر الخارج هو فرد يوم الجمعـة، اما فرد يوم السـبت فقد كان داخلا فى اكرم العلماء، و لم يعلم خروجه (فافهم و اغتنم).

فالفرق بين كون الزمان مفرّدا فالمرجع العام، و بين كون الزمان ظرفا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۲۲۰

و بـذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد بان آيةَ: أَوْفُوا، و غيرها مطلقة، لا عامة فلا تنافى الاستصـحاب الا ان يدعى ان العموم لا يرجع الا الى العموم الزمانى على الوجه الاول.

فالمرجع الاستصحاب.

(و بذلك) الّذى ذكرنا من ان الفارق المفرّد و الظرف، لا العموم و الاطلاق (يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد).

و كلام جامع المقاصد هو «ان عموم الافراد يستتبع عموم الازمنة» فلا استصحاب، و قد دفعه صاحب الجواهر (بان آية، أَوْفُوا) بِالْعُقُودِ (و غيرها) كـ: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ (مطلقـة) فان «الوفاء» و «الحل» مطلق (لا عامّة) عموما لغويا (فلا تنافى الاستصـحاب) اذ لا دلالة للاطلاق على كـل فرد فرد، فـاذا شـك فى مكان كان المرجع الاستصـحاب- كما قال بالاستصـحاب القول الثانى- فى اوّل المسألـة مقابل قول جامع المقاصد القائل بعدم الاستصحاب.

و انما قال المصـنف «يظهر فساد» لما ذكرناه فى قولنا: ثم لا يخفى ان مناط هـذا الفرق، حيث بينا ان المهمّ الظرف و المفرّد، لا العموم و الاطلاق (الا ان يدعى) صاحب الجواهر (ان العموم الاطلاقى) اى العموم المسـتفاد من الاطلاق (لا يرجع الا الى العموم الزمانى على الوجه الاـول) اى ما كان الزمان فيه ظرفا لا مفرّدا، فاللازم استصـحاب الحكم فى الآن الثانى، فيبطل كلام جامع المقاصـد القائل بعـدم الاستصحاب، و ان المرجع عموم العام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۲۲۱

فقـد ظهر أيضـا ممـا ذكرنـا- مـن تغـاير مـوردى الرجوع الى الاستصـحاب و الرجوع الى العمـوم- فسـاد مـا قيـل فى الاـصول من ان الاستصحاب قد يخصص العموم، و مثل له بالصورة الاولى زعما منه ان الاستصحاب قد خصص العموم.

و قد عرفت ان مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع الى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب.

و مقام جريان العموم لا يجوز الرجوع الى الاستصحاب و لو على فرض

(فقـد ظهر أيضـا مما ذكرنا- من تغاير موردى الرجوع الى الاستصـحاب) فى الزمان الظرفى (و الرجوع الى العموم-) فى الزمان المفرد (فسـاد ما قيل فى الاصول من ان الاستصـحاب قـد يخصـص العموم و مثل له بالصورة الاولى) فيما كان الزمان ظرفا (زعما منه) اى من هذا القائل (ان الاستصحاب قد خصص العموم) و الحال انه لم يكن عموم لكل زمان، اذ لم يكن الزمان الا ظرفا لا مفردا.

(و قد عرفت ان مقام جريان الاستصحاب) فى الزمان الظرفى (لا يجوز فيه الرجوع الى العموم) لانه لا عموم بالنسبة الى كل زمان زمان (و لو على فرض عدم الاستصحاب) فاذا لم يكن استصحاب كان اللازم التماس دليل ثالث.

(و مقـام جريـان العموم) فى الزمـان المفرّد (لاـ يجوز الرجوع الى الاستصـحاب) لان الفرد الثانى غير الفرد الاول، فالاستصـحاب معناه سحب الحكم من موضوع الى موضوع آخر (و لو على فرض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۲۲۲

عدم العموم فليس شىء منهما ممنوعا بالآخر فى شىء من المقامين.

اذا عرفت هـذا فما نحن فيه من قبيل الاول، لان العقـد المغبون فيه اذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به

فی زمان واحد، و بین عدم وجوبه رأسا نظیر العقد الجائز دائما فلیس الامر دائرا بین قلة التخصیص و کثرته حتی یتمسک بالعموم فیما عدا المتیقن.

عدم العموم) فاذا لم یکن عموم، کان اللازم التماس دلیل ثالث (فلیس شیء منهما) ای من الاستصحاب و العموم (ممنوعا بالآخر فی شیء من المقامین) و هو مقام الزمان الظرفی، و مقام الزمان المفرّد.

(اذا عرفت هذا) التفصیل بین الزمان الظرفی و الزمان المفرد (ف) اعلم ان (ما نحن فیه) و هو خیار الغبن (من قبیل الاول) و هو الزمان الظرفی، فاذا شک فی ان الخیار فور او تراخی یستصحب الخیار (لان) الزمان ظرف للخیار، فان (العقد المغبون فیه اذا خرج عن عموم وجوب الوفاء) بادلة الخیار (فلا فرق بین عدم وجوب الوفاء به فی زمان واحد) و هو الفور (و بین عدم وجوبه) و هو عدم وجوب الوفاء به (رأسا) الی الاخیر، فیکون العقد الضرری الّذی فیه الغبن جائزا (نظیر العقد الجائز دائما) مثل الهبة غیر اللازمة (فلیس الامر فی الخیار الغبنی (دائرا بین قلة التخصیص) اذا کان الخیار فی الزمان الاول فورا (و کثرته) اذا کان الخیار دائما (حتی یتمسک بالعموم) ای عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (فیما عدا) الغرر (المتیقن) و ما عداه الزمان الثانی و ما بعده، اذ الزمان لیس مفردا حتی یکون کل آن فردا، بل الزمان ظرف و علیه یستصحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۲۳

فلو فرض عدم جریان الاستصحاب فی الخیار علی ما سنشیر إلیه لم یجز التمسک بالعموم أیضا.

نعم یتمسک فیه حینئذ باصالة اللزوم الثابتة بغیر العمومات.

و اما استناد القول بالتراخی الی الاستصحاب، فهو حسن علی ما

الخیار فی الزمان الثانی.

(فلو فرض عدم جریان الاستصحاب فی الخیار علی ما سنشیر إلیه) و انه لا یجری الاستصحاب عند قولنا: و اما استناد.

(لم یجز التمسک بالعموم) ای عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (أیضا) لما تقدم من ان فی الزمان الظرفی لا مجال للعام اصلا، لان الزمان الثانی لیس فردا آخر.

(نعم یتمسک فیه حینئذ) ای حین عدم جریان الاستصحاب (باصالة اللزوم الثابتة) هذه الاصالة (بغیر العمومات) کالضرورة و الاجماع و نحوهما فلا یقال: ان اصالة اللزوم مستفادة من العموم فکیف یتمسک بها مع منعکم التمسک بالعموم؟

و اعلم حیث منع المصنف جریان العموم فی الآن الثانی، اراد بیان انه لا یجری الاستصحاب أیضا لعدم احراز الموضوع، اذ موضوع الخیار ما کان فی ترک الخیار فیه ضرر و هو الآن الاول، و الآن الثانی لیس کذلک.

(و اما استناد القول بالتراخی) فی الخیار (الی الاستصحاب، فهو حسن) بناء (علی ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۲۴

اشتهر من المسامحة فی تشخیص الموضوع فی استصحاب الحکم الشرعی الثابت بغیر الادلة اللفظیة المشخصة للموضوع مع کون الشک من حیث استعداد الحکم للبقاء.

و اما علی التحقیق من عدم احراز الموضوع فی مثل ذلک

اشتهر من المسامحة فی تشخیص الموضوع) فیکفی بقاء الموضوع المسامحی (فی استصحاب الحکم الشرعی الثابت) ذلک الموضوع (بغیر الادلة اللفظیة المشخصة للموضوع) مثل خیار الغبن الثابت بالاجماع.

اما اذا کان الموضوع مذکورا فی النص فیتحقق بذلک موضوع الاستصحاب بخلاف ما اذا لم یذکر فی النص، حیث ان الموضوع لیس له لفظ خاص حتی یستصحب فی الآن الثانی فلا یعلم بقاء الموضوع فی الآن الثانی مع ان الاستصحاب من ارکانه بقاء الموضوع (مع کون الشک من حیث استعداد الحکم للبقاء) ای فی المقتضی فان الشک فی المقتضی لیس مجری للاستصحاب علی رأی المصنف.

فاذا شککنا فی بقاء المال لزید من جهة هل ان ماله کان عشرة، او مائة؟ لم یستصحب بقاء المال- بعد ان صرفت منه عشرة- فلا یعطی لزوجته اذا کان زید غائبا و ابقی مالا مرددا بین ان یکون کله له، او ان عشرة منه له و التسعین الآخر لشخص آخر امانة عنده- مثلا-، و قوله «مع» اشکال آخر علی استصحاب الخیار.

(و اما علی التحقیق) الّذی هو محقق عندنا (من عدم احراز الموضوع فی مثل ذلک) ای المکان الّذی لا لفظ للموضوع، بل استفید من الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۲۲۵

علی وجه التحقیق فلا یجری فیما نحن فیه الاستصحاب، فان المتیقن سابقا ثبوت الخیار لمن لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ.

فاذا فرضنا ثبوت هذا الحکم من الشرع، فلا معنی لانسحابه فی الآن اللاحق، مع کون الشخص قد تمکن من التدارک و لم یفعل لان هذا موضوع آخر یکون اثبات الحکم له من القیاس المحرم.

و نحوه، و قد تقدم ان الغبن لم یرد فی آیة او روایة (علی وجه التحقیق) ای لا- لفظ محقق (فلا- یجری فیما نحن فیه) و هو الزمان الثانی- بعد الفور- (الاستصحاب) ای استصحاب الخیار (فان المتیقن سابقا) فی الآن الاول (ثبوت الخیار لمن لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ) لانه هو حال المغبون فی الآن الاول.

(فاذا فرضنا ثبوت هذا الحکم من الشرع) لدلالة: لا ضرر، و الاجماع علیه (فلا معنی لانسحابه) ای الخیار (فی الآن اللاحق) و هو الآن الثانی بعد الفور (مع) تبدل الموضوع، ل (کون الشخص) المغبون (قد تمکن من التدارک و لم یفعل) فانه تمکن من الفسخ فی الآن الاول، و لم یفسخ فلا موضوع فی الآن الثانی.

اذ الموضوع هو: من لم یتمکن من التدارک (لان هذا) و هو: من تمکن و لم یتدارک (موضوع آخر) غیر الموضوع الکائن فی الآن الاول ف (یکون اثبات الحکم) الخیاری (له) ای لهذا الموضوع الآخر (من القیاس المحرم) الّذی هو اسراء الحکم من موضوع الی موضوع آخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۲۲۶

نعم لو احرز الموضوع من دلیل لفظی علی المستصحب او کان الشک فی رافع الحکم حتی لا- یحتمل ان یکون الشک لاجل تغیر الموضوع اتجه التمسک بالاستصحاب.

و اما ما ذکره فی الریاض.

ففیه انه ان بنی الامر علی التدقیق فی موضوع الاستصحاب کما اشرنا هنا و حققناه فی الاصول، فلا یجری الاستصحاب

(نعم) اذا اجتمع شرطان فی الموضوع صحّ استصحابه.

الاول: و هو ما (لو احرز الموضوع من دلیل لفظی علی المستصحب) لا من دلیل عقلی و نحوه.

الثانی ما اشار إلیه المصنف بقوله: (او کان الشک فی رافع الحکم) ای الشک فی المانع، لا فی المقتضی (حتی لا یحتمل ان یکون الشک لاجل تغیر الموضوع) فان الشک فی المقتضی شک من جهة تغیر الموضوع (اتجه التمسک بالاستصحاب) و کلا الشرطین

مفقود ان فیما نحن فیه، فلا مجال لاستصحاب الخیار فی الزمان الثانی و الله العالم.

(و اما ما ذکره فی الریاض) فی الفرق بین ان یکون المستند الاجماع فالمرجع الاستصحاب، و بین ان یکون نفی الضرر فالمرجع فوریة الخیار.

(ففیه انه) لیس المناط فی الفوریة و التراخی ما ذکره، بل شیء آخر لانه (ان بنی الامر علی التدقیق فی موضوع الاستصحاب) و انه لا یستصحب الا اذا کان الموضوع الدقی باقیا (کما اشرنا هنا) الی احتماله (و حققناه فی الاصول) فی کتاب الرسائل، مفصلا (فلا یجری الاستصحاب) فی الزمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۲۷

و ان کان المدرک للخیار الاجماع.

و ان بنی علی المسامحة فیه کما اشتهر، جری الاستصحاب، و ان استند فی الخیار الی قاعدة: الضرر، کما اعترف به ولده قدس سره فی المناهل، مستندا الی احتمال ان یکون الضرر علة محدثة یکفی فی بقاء الحکم و ان

الثانی لعدم احراز الموضوع بالدقة، لاحتمال ان یکون الموضوع هو الضرر الّذی لم یتمکن المتضرر من تدارکه، و الآن الثانی لیس کذلک لانه تمکن من تدارکه فی الآن الاول (و ان کان المدرک للخیار الاجماع) «ان» وصلیة.

و ذلک لان الاجماع دلیل لبّی له قدر متیقن و هو ما اذا کان ضررا لم یتمکن من تدارکه.

(و ان بنی علی المسامحة فیه) ای فی موضوع الاستصحاب بان یری العرف بقاء الموضوع، و ان رأی العقل بالدقة تغیر الموضوع، او احتمل تغیره (کما اشتهر) من کفایة الموضوع المسامحی فی جریان الاستصحاب (جری الاستصحاب، و ان استند فی الخیار الی قاعدة:

الضرر) اذ العرف یری وجود الضرر فی الآن الثانی کما یراه فی الآن الاول (کما اعترف به) ای بجریان الاستصحاب (ولده قدس سره، فی) کتاب (المناهل، مستندا) ای انه استند فی جریان الاستصحاب (الی احتمال ان یکون الضرر علة محدثة).

ف (یکفی) وجود الضرر آنا ما (فی بقاء الحکم) و حکم الخیار (و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۲۸

ارتفع، الا ان یدعی انه اذا استند الحکم الی الضرر، فالموضوع للخیار هو المتضرر العاجز عن تدارک ضرره، و هو غیر محقق فی الزمان اللاحق کما اشرنا.

ثم انه بنی المسألة بعض المعاصرین علی ما لا محصل له.

ارتفع) الضرر فی الآن الثانی، کما ان التغیر علة محدثة فی نجاسة الکر، فیبقی نجسا و ان ارتفع التغیر (الا ان یدعی) صاحب الریاض فی تصحیح کلامه بانه ان کان مستند الخیار دلیل: الضرر، فاللازم القول بفوریة الخیار (انه اذا استند الحکم) بخیار الغبن (الی الضرر، ف) الخیار فوری، لان (الموضوع للخیار هو المتضرر العاجز عن تدارک ضرره، و هو) محقق فی الزمان الاول، لانه لم یعلم بالضرر قبل ذلک حتی یأخذ بالخیار، و (غیر محقق فی الزمان اللاحق) لانه علم بالضرر فی الزمان الاول و لم یأخذ بالخیار (کما اشرنا) الی ذلک قبل اسطر عند قولنا: و قد تمکن من التدارک و لم یفعل.

(ثم انه بنی المسألة) ای مسألة ان الخیار فوری او تراخی (بعض المعاصرین) و هو الشیخ علی فی خیاراته- کما استظهره المحشی الشهیدی «ره»- (علی ما لا محصل له) و هو لو کان استمراریة الملک مستفادة من الآیة- باعتبار ان الوفاء معناه الاستمرار- کان اللازم القول بفوریة الخیار، لان الفور هو القدر الخارج، و المرجع بعد الفور اللزوم.

و لو كان استمراریة الملک مستفادة من استصحاب لزوم العقد- لان الآیة لا تدل الاعلی لزوم الزمان الاول فقط- كان اللازم القول باستمراریة

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۲۹

فقال ما لفظه: ان المسألة مبتنیة علی ان لزوم العقد معناه ان اثر العقد مستمر الی یوم القیامة، و ان عموم: الوفاء بالعقود، عموم زمانی للقطع بان لیس المراد بالآیة الوفاء بالعقود آنا ما، بل علی الدوام.

و قد فهم المشهور منها ذلک باعتبار ان الوفاء بها، العمل بمقتضاها و لا ریب ان مفاده عرفا، و بحسب قصد المتعاقدین الدوام

الخیار، اذ استصحاب بقاء الخیار مقدم علی استصحاب الملک، لان استصحاب بقاء الخیار وارد علی استصحاب الملک.

و انما قال المصنف: لا محصل له، لان ما ذكره من الرجوع الی العموم فی الشق الاول هو فی الحقیقة رجوع الی الاستصحاب.

(فقال ما لفظه: ان المسألة) ای مسألة كون الخیار علی الفور او التراخی (مبتنیة علی ان لزوم العقد) هل (معناه ان اثر العقد مستمر الی یوم القیامة، و ان عموم: الوفاء بالعقود) فی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، (عموم زمانی) بالإضافة الی عموم افرادی لكل عقد عقد.

و انما كان عموما زمانیا (للقطع بان لیس المراد بالآیة) و هی آیة: أَوْفُوا (الوفاء بالعقود آنا ما بل) الوفاء (علی الدوام) فان الوفاء آنا ما لا یسمی وفاء.

(و قد فهم المشهور منها) ای من الآیة (ذلک) ای الوفاء علی الدوام و انما فهم المشهور ذلک (باعتبار ان الوفاء بها) ای بالعقود، و (العمل بمقتضاها).

(و لا ریب) انه كما تدل الآیة علی الآیة كذلک (ان مفاده) ای مفاد العقد (عرفا، و بحسب قصد المتعاقدین، الدوام) أیضا.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۰

فان دل دلیل علی ثبوت خیار، من ضرر، او اجماع، او نص فی ثبوته فی الماضی،.

او مطلقا بناء علی الاهمال لا- الاطلاق فی الاخبار فیكون استثناء من ذلک العام، و یبقی العام علی عمومه كاستثناء ایام الاقامة و الثلاثین و وقت

فالشرع و العرف و قصد المتعاقدین متطابقات علی عموم الوفاء فی كل زمان، خرج من هذا العموم الفور فقط و بقی الباقی تحت العموم.

و الی هذا اشار بقوله: (فان دل دلیل علی ثبوت خیار) كخیار الغبن (من ضرر، او اجماع، او نص فی ثبوته فی الماضی) فان هذه الادلة الثلاثة تدل علی ثبوت الخیار آنا ما فی الماضی- مقابل الآن الثانی-.

(او) دل دلیل علی ثبوت الخیار (مطلقا) ای بدون قید: الماضی (بناء علی الاهمال) فی دلیل الخیار (لا الاطلاق) فی دلیله.

فقوله «مطلقا» یرید به «الاهمال» (فی الاخبار) ای الاهمال فی الاخبار، فان: لا ضرر و الاجماع لا اطلاق لهما و الغرض ان النص مهمل أیضا.

و قوله: (فیكون) ذلک الدلیل جواب «فان دل دلیل» (استثناء من ذلک العام) و هو عام: اوفوا الدال علی العموم لكل زمان (و یبقی العام علی عمومه) بالنسبة الی الزمان الثانی، فیكون حال استثناء وقت الخیار عن عموم «أَوْفُوا» (كاستثناء ایام الاقامة، و) بقاء (الثلاثین) یوما مترددا (و وقت

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۱

المعصیة و نحوها من حكم السفر.

او ان اللزوم لیس کـالعموم، و انمـا یثبت ملکا سابقا و یبقی حکمه مستصـحبا الی المزیل، فتکون المعارضـة بین استصـحابین، و الثانی وارد علی الاول فیقدم علیه، و الاول اقوی، لان حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة یقضی بعدم اعتبار السابق.

المعصیة و نحوها) کالمرور بالوطن (من حکم السفر).

فکما ان بعد زمان الاسـتثناء من حکم القصـر فی السـفر یرجع الی عموم ادلة السفر و یحکم بقصر الصلاة، کذلک بعد زمان الفور فی باب الخیار یرجع الی حکم اللزوم المستفاد من العموم الزمانی الدال علیه قوله تعالی: أَوْفُوا.

(او) عطف علی قوله «ان لزوم العقـد معناه .. الـخ» (ان اللزوم لیس کالعموم) یفید کل زمان (و انما یثبت) اللزوم فی الآیة (ملکا سابقا) ای اوّل ازمـان العقـد فقـط (و) انمـا (یبقی حکمه) ای اللزوم (مستصـحبا الی) ان یـأتی (المزیـل، ف) اذا جـاء المزیـل کالخیار (تکون المعارضة بین استصـحابین) استصـحاب اللزوم و استصحاب المزیل بعد اللزوم (فیقدم) الثانی (علیه) ای علی الاول (و الاول) ای الّذی ذکرناه فی قولنا «ان لزوم العقد معناه» فان عموم اللزوم الی یوم القیامة یستفاد من اللفظ، لا من الاستصحاب، فهو (اقوی).

و انما کان اقوی (لان حدوث الحادث) ای الخیار (مع زوال العلة السابقة) ای العقد الّذی هو سبب اللزوم (یقضی بعدم اعتبار السابق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۲

اما مع بقائها فلا یلغو اعتبار السابق، انتهی.

و لا یخفی ان ما ذکره من المبنی للرجوع الی العموم و هو استمرار اللزوم مبنی لطرح العموم.

و الرجوع الی الاستصحاب.

«یقضی» خبر «ان» فان الخیار یقضی بعدم اللزوم، اذا سقط اعتبار اللزوم.

(اما مع بقائها) ای بقاء علة اللزوم، و هی العقد- اذ العقد علة اللزوم- (فلا یلغو اعتبار السابق) الّذی هو اللزوم.

و اسـتقامة العبارة هکذا: «لان حدوث الخیار یقضـی بعدم اعتبار اللزوم، او عند زوال علة اللزوم، و هی العقد اما مع بقاء العقد فلا یلغو اعتبار اللزوم» و علیه فلا مکان للخیار فی الآن الثانی، و انما المرجع اللزوم (انتهی) کلام صاحب المناهل.

(و لا یخفی ان ما ذکره) فی الشق الاول (من المبنی للرجوع الی العموم) حیث قال: ان اثر العقد مستمر الی یوم القیامة (و هو اسـتمرار اللزوم مبنی لطرح العموم).

اذ لو کان عموم لم یکن استمرار، بل کل زمان فرد للعام.

مثلا: لا یصح ان یقال: اکرم العلماء، یعنی یستمر العلماء، بل اللازم ان یقال: کل فرد عالم له حکم کذا.

(و) علیه فمعنی کلام الشیخ علی (الرجوع الی الاستصحاب)- و کانه لذا قال المصنف فی اوّل کلامه: لا محصل له-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۳

و اما ما ذکره اخیر المبنی الرجوع الی الاستصحاب.

و حاصله ان اللزوم انما یثبت بالاستصحاب، فاذا ورد علیه استصحاب الخیار، قدم علیه.

ففیه ان الکـل متفقون علی الاسـتناد فی اصالـة اللزوم الی عموم آیـة الوفـاء، و ان امکن الاسـتناد فیه الی الاسـتصـحاب أیضـا فلاـ وجه للاغماض عن الآیة، و ملاحظة الاستصحاب المقتضی للّزوم مع استصحاب الخیار.

(و اما ما ذکره اخیرا) فی الشق الثانی (لمبنی الرجوع الی الاستصحاب) حیث قال: ان اللزوم لیس کالعموم.

(و حاصـله ان اللزوم) الدائم (انما یثبت بالاستصحاب، فاذا ورد علیه) ای علی اللزوم (استصحاب الخیار، قدم) استصحاب الخیار (علیه)

ای علی استصحاب اللزوم.

(ففیه) ان مستند اللزوم- سواء قلنا بالفور او بالتراخی- هو الآیة باتفاق الکل، و قد اعرض عن ذلک الشیخ علی و جعل مستند اللزوم الاستصحاب.

ف (ان الکل) القائلون بفوریة الخیار و القائلون بتراخیه (متفقون علی الاستناد فی اصالة اللزوم الی عموم آیة الوفاء) و هی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فالآیة هی مستند اصالة اللزوم- و لم یذکرها الشیخ علی- (و ان امکن الاستناد فیه) ای فی اللزوم (الی الاستصحاب أیضا).

و علیه (فلا وجه للاغماض عن الآیة) و عدم ذکرها (و ملاحظة الاستصحاب المقتضی للّزوم مع استصحاب الخیار) المقتضی لعدم اللزوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۴

ثم انه قد علم من تضاعیف ما اوردناه علی کلمات الجماعة: ان الاقوی کون الخیار هنا علی الفور، لانه لما لم یجز التمسک فی الزمان الثانی بالعموم لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانی فی هذا المقام الی استمرار الحکم فی الافراد، فاذا انقطع

هذا.

لکن ربما یصحح کلام الشیخ علی بما لا یرد علیه ایراد المصنف، و انه یرید ان یقول: ان مسألة فوریة الخیار و تراخیه مبنیة علی وجود العموم الزمانی و عدمه.

فان کان عموم زمانی فی الآیة کان المرجع- بعد الآن الاول- اللزوم و ان لم یکن عموم زمانی کان المرجع استصحاب الخیار.

(ثم انه قد علم من تضاعیف ما اوردناه علی کلمات الجماعة: ان الاقوی کون الخیار هنا) ای فی خیار الغبن (علی الفور).

لکن الظاهر انه علی التراخی، لان ادلة الخیار- باستثناء الاجماع دلیل علی التراخی، لوجود: بناء العقلاء، و: لا ضرر، و: خیار الرؤیة، و غیرها فی الآن الثانی أیضا (لانه) لا یکون المرجع فی المقام العموم و لا استصحاب الخیار فاللازم التماس دلیل آخر و هو اصالة فساد فسخ المغبون فی الآن الثانی، فانه (لما لم یجز التمسک فی الزمان الثانی) ای بعد الفور (بالعموم) ای عموم: أَوْفُوا (لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانی فی هذا المقام) و هو مقام کون الزمان ظرفا لا مفرّدا (الی استمرار الحکم) و هو حکم اللزوم (فی الافراد، فاذا انقطع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۵

الاستمرار فلا دلیل علی العود إلیه.

کما فی جمیع الاحکام المستمرة اذا طرأ علیها الانقطاع و لا باستصحاب الخیار لما عرفت من ان الموضوع غیر محرز لاحتمال کون موضوع الحکم عند الشارع هو من لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ، فلا یشمل الشخص المتمکن منه التارک له، بل قد یستظهر ذلک من حدیث نفی الضرر

الاستمرار) فی اللزوم، بسبب دلیل الخیار (فلا دلیل علی العود إلیه) ای الی اللزوم، فی الآن الثانی.

(کما) انه کذلک لا دلیل علی العود (فی جمیع الاحکام المستمرة اذا طرأ علیها الانقطاع) مثل الطهارة فانها مستمرة، اما اذا طرأ علیها الانقطاع بالنجاسة لم تعد الطهارة الا بسبب جدید.

و کذلک النکاح الطارئ علیه الطلاق، و الملک الطارئ علیه العتق و غیرهما (و لا باستصحاب الخیار) و هو عطف علی «لم یجز التمسک ..

بالعموم» (لما عرفت من ان الموضوع غیر محرز) لانه یشترط فی الاستصحاب احراز بقاء الموضوع (لاحتمال کون موضوع الحکم عند

الشارع هو من) المغبون الّذی (لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ) فیشمل الخیار الآن الاول فقط (فلا یشمل الشخص) المغبون (المتمکن منه) ای من تدارک ضرره (التارک له) بان علم و لم یأخذ بالخیار فی الآن الاول (بل قد یستظهر ذلک) ای عدم الخیار لمن تمکن و لم یتدارک (من حدیث نفی الضرر) اذ انه هو الّذی اقدم علی ضرر نفسه بعد ان ترک الفسخ مع قدرته علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۶

تعین الرجوع الی اصالة فساد فسخ المغبون، و عدم ترتب الاثر علیه، و بقاء آثار العقد فیثبت اللزوم من هذه الجهة.

و هذا لیس کاستصحاب الخیار، لان الشک هنا فی الواقع فالموضوع محرز، کما فی استصحاب الطهارة بعد خروج المذی فافهم و اغتنم و الحمد لله

و حدیث: نفی الضرر، یدل علی ان الشارع لا یشرع الحکم الضرری (تعین) جواب «لما» (الرجوع) فی الآن الثانی (الی اصالة فساد فسخ المغبون، و عدم ترتب الاثر علیه) ای علی الفسخ، اذا فسخ فی الآن الثانی، لان الفسخ حادث و لا یعلم صحته، فالاصل عدم صحته (و) کذلک الاصل (بقاء آثار العقد) لانه اذا شک فی زوال الآثار بالفسخ کان الاصل بقائها (فیثبت اللزوم) للعقد (من هذه الجهة) و هی جهة اصالة بقاء الآثار.

(و هذا) الاصل و هو اصل عدم تأثیر الفسخ (لیس کاستصحاب الخیار) حیث قلنا: ان موضوعه غیر محرز (لان الشک هنا) فی صحة الفسخ و عدمه (فی الواقع) ای فی تأثیر الامر الواقع (فالموضوع محرز) لانه لم یکن فسخ قبل ذلک (کما فی استصحاب الطهارة بعد خروج المذی) حیث ان الاصل ان المذی لیس برافع لآثار الطهارة، و علی هذا فیثبت اللزوم فی مورد الشک فی ما لو کان الفسخ فی الآن الثانی من جهة الاصل العملی، لا من جهة العموم- علی ما ذکره جامع المقاصد (فافهم و اغتنم و الحمد لله).

و یظهر ان الشیخ «ره» اتعب نفسه الشریفة فی هذا المقام حتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۷

هذا مضافا الی ما قد یقال هنا و فیما یشبهه من اجازة عقد الفضولی و نکاحه و غیرهما من ان تجویز التأخیر فیها ضرر علی من علیه الخیار و فیه تأمّل.

ثم ان مقتضی ما استند إلیه للفوریة عدا هذا المؤید الاخر، هی الفوریة العرفیة، لان الاقتصار علی

امر بالفهم و الاغتنام مرتین و لکنک قد عرفت ان الاقوی عدم فوریة الخیار.

(هذا مضافا الی ما قد یقال هنا) فی وجه ان الخیار فوری (و فیما یشبهه من اجازة عقد الفضولی و نکاحه) حیث ان الفسخ فوری فاذا لم یفسخ فورا کان رضا و امضاء (و غیرهما) کرهنه، و نحوه (من ان تجویز التأخیر فیها) ای فی الاجازة و الفسخ فی هذه الموارد (ضرر علی من علیه الخیار) کالغابن، لانه یبقی معلقا بین ان یکون له اصل المال، او بدله، فدلیل: لا ضرر، ینفی التراخی (و فیه تأمّل).

اذ فی صورة علم الغابن بالغبن، فقد اقدم هو علی ضرر نفسه، و یلحق به غیر صورة علمه لعدم القول بالفصل.

(ثم) لو قلنا: بان الخیار فوری، فهل هو فور عرفی او فور حقیقی؟

ل (ان مقتضی ما استند إلیه للفوریة) کالاجماع، و لا ضرر، و نحوهما (عدا هذا المؤید الاخیر) و هو «مضافا الی ما قد یقال» (هی الفوریة العرفیة)

اما المؤید الاخیر، فیدل علی اوسع من الفوریة العرفیة، اذ لا یتضرر الغابن بکونه معلقا یوما مثلا، فتأمل.

و انما کان مقتضی الادلة الفوریة العرفیة (لان الاقتصار علی) الفوریة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۸

الحقیقیـهٔ حرج علی ذی الخیار، فلا ینبغی تـدارک الضـرر به، و الزائد علیها لا دلیل علیه عدا الاستصـحاب المتسالم علی ردّه بین اهل هذا القول.

لکن الّذی یظهر من التـذکرهٔ فی خیار العیب علی القول بفوریّـهٔ ما هو اوسع من الفور العرفی، قال: خیار العیب لیس علی الفور- علی ما تقدم- خلافا للشافعی فانه اشترط الفوریهٔ و المبادرهٔ بالعادهٔ فلا یؤمر بالعدو

(الحقیقیـهٔ حرج علی ذی الخیـار، فلا ینبغی) من الشارع الرافع للحرج (تـدارک الضـرر به) ای بالفور الحقیقی، اذ المغبون بحاجـهٔ الی شیء من الفکر و الموازنـهٔ بین محاذیر الفسـخ و ارباحه فاذا کلف بان یفسـخ فورا، او ان یترک الفسخ وقع فی الحرج (و الزائد علیها) ای علی الفوریهٔ العرفیهٔ بان یکون للمغبون توسعهٔ اسبوع مثلا (لا دلیل علیه عدا الاستصحاب) ای استصحاب الخیار (المتسالم علی ردّه بین اهل هذا القول) فان القائلین بالفور متسالمون علی انه لا یستصحب الخیار، و الا قالوا بالتراخی، لان التراخی هو مقتضی الخیار.

(لکن الّذی یظهر من التذکرهٔ فی خیار العیب علی القول بفوریهٔ ما هو اوسع من الفور العرفی) و کلامه آت فی خیار الغبن، لان الکل من باب واحـد (قال: خیار العیب لیس علی الفور- علی ما تقـدم-) الکلام فیه (خلافا للشافعی، فانه اشترط الفوریهٔ، و المبادرهٔ بالعادهٔ) ای فوریهٔ عادهٔ یراها العرف مبادرهٔ و فورا، لا الفوریهٔ الحقیقیهٔ (فلا یؤمر) من حصل علی المعیب (بالعدو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۳۹

و لا الرکض للردّ و ان کان مشغولا بصلاهٔ او اکل او قضاء حاجهٔ، فله الخیار الی ان یفرغ.

و کذا لو اطلع حین دخل وقت هذه الامور فاشتغل بها فلا بأس اجماعا.

و کذا لو لبس ثوبا او اغلق بابا.

و لو اطلع علی العیب لیلا فله التأخیر الی ان یصبح و ان لم یکن عذر، انتهی.

و قد صرح فی الشفعهٔ علی القول بفوریتها بما یقرب

و لا الرکض للردّ) لانه خلاف ظاهر الادلـهٔ (و ان کان مشـغولا بصـلاهٔ) و لو نافلـهٔ جائزهٔ القطع (او اکل او قضاء حاجهٔ، فله الخیار) باق (الی ان یفرغ) بل و ان کان بامکانه الفسخ فی الصلاهٔ بان یلقی المتاع الی الغابن اشارهٔ الی ردّه.

(و کذا لو اطلع) علی الغابن (حین دخل وقت هذه الامور) ای وقت الصـلاهٔ و وقت الاکل، الی غیر ذلک (فاشـتغل بها) و ترک الفسخ (فلا بأس) و لا یسقط خیاره بهذا التأخیر (اجماعا).

(و کذا لو لبس) بعد الاطلاع علی العیب قبل ان یفسخ (ثوبا او اغلق بابا) او ما اشـبه ذلک (و لو اطلع علی العیب لیلا فله التأخیر الی ان یصبح و ان لم یکن) له (عذر) فی التأخیر (انتهی) کلام العلامهٔ، فیفهم هذا الکلام ان الامر اوسع من الفوریهٔ العرفیهٔ.

(و قد صرح) العلامهٔ أیضا (فی الشفعهٔ علی القول بفوریتها بما یقرب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۰

من ذلک و جعلها من الاعذار، و صـرح فی الشفعهٔ بانه لا تجب المبادرهٔ علی خلاف العادهٔ، و رجع فی ذلک کله الی العرف، فکل ما لا یعدّ تقصیرا لا یبطل به الشفعهٔ، و کل ما یعد تقصیرا و توانیا فی الطلب فانه مسقط لها، انتهی.

و المسألهٔ لا تخلو عن اشکال لان جعل حضور وقت الصلاهٔ او دخول اللیل

من ذلک) الکلام الّذی ذکره فی خیار العیب (و جعلها) ای الامور التی ذکرها فی خیار العیب (من الاعـذار) التی لا تنافی الفوریـهٔ (و صرح فی الشـفعهٔ) أیضا (بانه لا تجب المبادرهٔ) الی الاخـذ بالشـفعهٔ مبادرهٔ (علی خلاف العادهٔ، و رجع) العلامهٔ (فی ذلک کله) الّذی

قال بانه لا یلزم مبادرة علی خلاف العادة (الی العرف، فکل ما لا یعدّ) عند العرف (تقصیرا) فی الاخذ بالشفعة فورا عرفا (لا یبطل به الشفعة، و کل ما یعد تقصیرا و توانیا) فی الفوریة العرفیة و (فی الطلب) بالحصة المشتراة (فانه مسقط لها) ای للشفعة (انتهی) کلام العلامة فانه نص فی عدم الضرر بالفوریة بما کان اوسع من الفور العرفی.

و الظاهر ان کلامه تام، لانه لا یتبادر من ادلة خیار العیب، و خیار الغبن، و الشفعة حتی الفوریة العرفیة فورا ضیقا- و ان قیل باصل الفوریة- فان الفور أیضا ذو مراتب، ضیقة، و واسعة، و اوسع، مع الغض عن الفوریة بالدقة العقلیة.

(و المسألة) بهذه السعة التی ذکرها العلامة (لا تخلو) عند المصنف (عن اشکال، لان جعل) العلامة (حضور وقت الصلاة، او دخول اللیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۱

عذرا فی ترک الفسخ المتحقق بمجرد قوله: فسخت، لا دلیل علیه.

نعم لو توقف الفسخ علی الحضور عند الخصم، او القاضی او علی الاشهاد، توجه ما ذکر فی الجملة مع ان قیام الدلیل علیه مشکل، الا ان یجعل الدلیل علی الفوریة لزوم الاضرار لمن علیه الخیار

عذرا فی ترک الفسخ المتحقق) ذلک الفسخ (بمجرد قوله: فسخت، لا دلیل علیه).

لکن یمکن ان یقال: ان الادلة لا تدل علی اکثر من ذلک بعد ما تقدم من ان من له الخیار یحتاج علی الاکثر الی المشورة و التفکر فی ترجیح ای من الاجازة و الفسخ علی الآخر.

(نعم لو توقف الفسخ علی الحضور عند الخصم، او) عند (القاضی او علی الاشهاد) بان یفسخ عند الشهود (توجه ما ذکر) ه العلامة (فی الجملة) ای بقدر تحصیل هذه الامور، لا من اللیل الی النهار، او ما اشبه ذلک بالإطلاق الّذی اطلقه العلامة، فانه احیانا لا یتوقف الاشهاد علی مجیء النهار، او ما اشبه بل یمکن فی اللیل (مع ان قیام الدلیل علیه) ای علی الاوسع من الفور العرفی (مشکل) حتی فی صورة الاحتیاج الی حضور الخصم، او ما اشبه.

اذ الدلیل انما دل علی الفور، فما لا- یمکن فیه الفور لا خیار (الا ان یجعل الدلیل علی الفوریة لزوم الاضرار لمن علیه الخیار) کما ذکرناه فی المؤید الاخیر بقولنا «مضافا الی ما قد یقال» فانه ان کان دلیل الفور هذا المؤید یکون کلام العلامة «بالاوسع من الفور العرفی» فی محله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۲

فیدفع ذلک بلزوم المبادرة العرفیة بحیث لا یعدّ متوانیا فیه.

فان هذا هو الّذی یضرّ بحال من علیه الخیار من جهة عدم استقرار ملکه.

و کون تصرفاته فیه فی معرض النقض.

لکنک عرفت التأمّل فی هذا الدلیل.

(ف) انه علی هذا (یدفع ذلک) و هو ضرر من علیه الخیار (بلزوم المبادرة العرفیة) الواسعة.

اذ من الواضح ان التأخیر من اللیل الی النهار، او الی ما بعد الصلاة، لا یکون مضرا بحال من علیه الخیار، فانه اذا اخذ بالخیار فورا موسعا (بحیث لا یعدّ متوانیا فیه) ای فی الاخذ بالخیار لم یکن ضارا بحال من علیه الخیار.

(فان هذا) ما کان متوانیا فوق السعة (هو الّذی یضر بحال من علیه الخیار).

و انما کان یضر (من جهة عدم استقرار ملکه) ای ملک من علیه الخیار، لانه لا یعلم هل یفسخ المغبون، أم لا؟.

(و) من جهة (کون تصرفاته) ای تصرفات من علیه الخیار (فیه فی معرض النقص) و البطلان، و هذا ضرر بلا اشکال، هذا وجه کلام العلامة فی کون الخیار اوسع من الفور العرفی.

(لکنک عرفت التأمل فی هذا الدلیل) المؤید حیث قلنا «و فیه تأمّل».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۳

فالانصاف انه ان تم الاجماع الّذی تقدم عن العلامة علی عدم البأس بالامور المذکورة و عدم قدح امثالها فی الفوریة، فهو، و الا وجب الاقتصار علی اوّل مراتب الامکان ان شاء الفسخ، و الله العالم.

ثم ان الظاهر انه لا خلاف فی معذوریة الجاهل بالخیار فی ترک المبادرة لعموم: نفی الضرر اذ لا فرق بین الجاهل بالغبن و الجاهل بحکمه.

(فالانصاف انه ان تم الاجماع الّذی تقدم عن العلامة علی عدم البأس بالامور المذکورة) من قضاء الحاجة، و انتظار الصباح، و الاشتغال بالصلاة، و غیرها (و عدم قدح امثالها فی الفوریة) بان کان اجماع علی عدم القدح (فهو) و نقول به (و الا وجب الاقتصار) فی الاخذ بالخیار (علی اوّل مراتب الامکان) و هو امکان الفسخ (ان شاء الفسخ، و الله) سبحانه (العالم) بحقائق الاحکام.

(ثم ان الظاهر انه لا خلاف فی معذوریة الجاهل بالخیار) بان کان المغبون لا یعلم ان له الخیار.

و قوله: (فی ترک المبادرة) متعلق ب «معذوریة» فاذا لم یبادر الی الاخذ بالخیار- لجهله- لم یسقط خیاره، بل متی علم اخذ بالخیار (لعموم: نفی الضرر).

اذ لو سقط خیار الجاهل لزم توجه الضرر إلیه من قبل الشارع و الحال ان «لا ضرر» ینفی ذلک، فله الخیار متی علم (اذ لا فرق بین الجاهل ب) اصل (الغبن) بان لم یعلم انه مغبون (و الجاهل بحکمه) و بان له الاخذ بالخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۴

و لیس ترک الفحص عن الحکم الشرعی منافیا لمعذوریته کترک الفحص عن الغبن و عدمه.

فکما ان الجاهل باصل الغبن لا یسقط خیاره کذلک الجاهل بان له الخیار.

(و) ان قلت: ان الجاهل بان له الخیار غیر معذور، لان الواجب معرفة احکام المعاملة، فاذا لم یکن معذورا کان ضرر ترک الاخذ بالخیار متوجها إلیه من نفسه، بجهله، لا من الشارع، فلا یشمله دلیل «لا ضرر»

قلت: (لیس ترک الفحص عن الحکم الشرعی) و هو الحکم بان المغبون له الخیار (منافیا لمعذوریته) ای لکونه معذورا فی ترک الاخذ بالخیار.

و وجه عدم المنافات اطلاق ادلة: لا ضرر، الشاملة للجاهل بالحکم تصورا او تقصیرا خصوصا و ان: لا ضرر، وضع للامتنان و عدم المعذوریة مع الجهل خلاف الامتنان.

فحال ترک الفحص عن ان له الخیار (ک) حال (ترک الفحص عن) الموضوع ای وجود (الغبن و عدمه).

فکما ان الجاهل بالغبن معذور، کذلک الجاهل بان له الخیار.

و لا دلیل علی ان اللازم علی کل انسان معامل معرفة تفاصیل احکام المعاملات، بل الدلیل دل علی ان اللازم معرفة المقدار الّذی لا یقع معه فی الحرام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۵

و لو جهل الفوریة، فظاهر بعض الوفاق علی المعذوریة.

و يشكل بعدم جريان نفى الضرر هنا، لتمكنه من الفسخ، و تدارك الضرر، فيرجع الى ما تقدم من اصالة بقاء آثار العقد، و عدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الاول.

و قد حكى عن بعض الاساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير، و المناط واحد.

(و لو جهل الفورية) مع علمه بانه مغبون، و بان له الخيار (فظاهر بعض الوفاق على المعذورية) و هذا هو الاقرب لتأتى الدليل فى معذورية الجاهل هنا أيضا.

(و) لكن المصنف يرى انه (يشكل) المعذورية (ب) سبب (عدم جريان نفى الضرر هنا) فى الجاهل بالفور (لتمكنه من الفسخ، و) من (تدارك الضرر، ف) اذا لم يفعل (يرجع الى ما تقدم من اصالة بقاء آثار العقد، و عدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الاول).

(و) اما توهم الاجماع فى ان له الحق فى الفسخ حيث قلنا: ان ظاهر بعض الوفاق على المعذورية، ففيه انه لا اجماع.

اذ: (قد حكى عن بعض الاساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير) اذا علم بالخيار، و لم يعلم بالفورية فلم يأخذ بالخيار فورا، فانه لا يصح فسخه بعد الآن الاول، لان جهله بالفورية لا يوجب عذره (و المناط) فى خيار الغبن و خيار التأخير (واحد).

فكما لا يعذر الجاهل بفورية خيار التأخير، كذلك لا يعذر الجاهل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۶

و لو ادعى الجهل بالخيار، فالاقوى القبول الا ان يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى الا لعارض، ففيه نظر.

و قال فى التذكرة- فى باب الشفعة- انه لو قال: انى لم اعلم ثبوت حق الشفعة، او قال: اخّرت، لانى لم اعلم ان الشفعة على الفور فان كان قريب العهد بالاسلام او نشأ فى برية لا يعرفون الاحكام قبل قوله، و له

بفورية خيار الغبن.

(و لو) لم يأخذ بالخيار ثم (ادعى الجهل بالخيار) و ان له الفسخ (فالاقوى القبول) لان الاصل جهالة الانسان و جهله لا يعرف الا من قبله (الا ان يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى الا لعارض) لانه من اهل الخبرة و الاطلاع (ففيه) اى فى قبول قوله: انه جاهل (نظر) لتعارض اصالة الجهل مع ظهور انه غير جاهل.

لكن الاقرب تقديم الاصل اذ لا دليل على ان الظاهر يعارض الاصل بل لا يبعد انه لو ادعى النسيان قبل أيضا، لانه مما لا يعرف الا من قبله و لا طريق له الى اثباته، فعدم حجية قوله يوجب ذهاب حقه- كما قالوا فى كل مورد لا يعرف الا من قبله-.

(و قال فى التذكرة- فى باب الشفعة- انه لو قال: انى لم اعلم ثبوت حق الشفعة، او قال: اخّرت) فى الاخذ بالشفعة (لانى) مع علمى بثبوت اصل حق الشفعة (لم اعلم ان الشفعة على الفور) حتى آخذ به فورا (فان كان قريب العهد بالاسلام او نشأ فى برية) و نحوها بحيث كان ممن (لا يعرفون الاحكام، قبل قوله، و له

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۴۷

الاخذ بالشفعة.

و الا فلا، انتهى.

فان اراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل، فلا حاجة إليه لان اكثر العوام، و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الاحكام.

و ان اراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم.

ففيه انه لا داعى الى اعتبار الظهور، مع ان الاصل العدم.

الاخذ بالشفعة) لان دليل: لا ضرر، يشمله.

(و الا) يكن كذلك (فلا) يقبل قوله و ليس له الاخذ بالشفعة (انتهى) كلام العلامة.

(فان اراد بالتقييد المذكور) حيث قال «فان كان ...» (تخصيص السماع) لقوله (بمن يحتمل فى حقه الجهل، فلا حاجة إليه) اى الى التقييد المذكور (لان اكثر العوام، و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الاحكام) فلا حاجة الى مثال قرب العهد بالاسلام، و سكنى البرية.

(و ان اراد تخصيص السماع) لقوله (بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم) و كان ما ذكره من باب المثال، لا الخصوصية.

(ففيه انه لا داعى الى اعتبار الظهور، مع ان الاصل العدم) اى عدم العلم.

اذ لا يتقدم الظاهر على الاصل، لوجود الدليل على حجية الاصل و عدم وجود الدليل على حجية الظاهر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۲۴۸

و الاقوى ان الناسى فى حكم الجاهل، و فى سماع دعواه النسيان نظر من انه مدع.

و من تعسر اقامة البينة عليه و انه لا يعرف الا من قبله.

و اما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته.

ثم لا يخفى ان استقامة اشكال المصنف على العلامة تكون بعدم الترديد بين الشقين، بل كان اللازم ان يقول اصالة الجهالة محكمة، و ان كان الظاهر على خلاف الاصل، اذ ليس هناك اشكالان على العلامة كل اشكال على شق، بل اشكال واحد على كلا الشقين.

(و الاقوى ان الناسى فى حكم الجاهل) كما ذكرناه قبلا، و من اقسام الناسى الغافل و نحوه (و فى سماع دعواه النسيان نظر) لوجود احتمالين (من انه مدع) فالاصل عدم نسيانه.

(و من تعسر اقامة البينة عليه و انه لا يعرف الا من قبله).

و كلما كان كذلك يسمع قوله، و إلا لزم ابطال الحقوق.

ثم انه قال «تعسر» دون «تعذر» لامكان ان تطلع البينة على حاله بان كان كثير النسيان حتى تعلم البينة بانه يصدق فى نسيانه.

فان الصفات النفسانية و ان كانت مخفية لكنها تعرف بالمظاهر، كما فى العدالة و الشجاعة و نحوهما.

(و اما الشك فى ثبوت الخيار) بان لا يعلم هل ان له الخيار، أم لا؟

اما ما ذكره سابقا من الجهل، فالمراد به الجهل المركب- (فالظاهر معذوريته) فله الاخذ بالخيار اذا علم و ارتفع شكه، لاطلاق ادلة الخيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۲۴۹

و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن، ثم السؤال عن صحته شرعا.

فهو متمكن من الفسخ العرفى، اذ: الجهل بالصحة لا يمنع عن الانشاء، فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر، فافهم و الله العالم.

مثل: لا ضرر، و المناط فى خيار الرؤية، و غيرهما.

(و يحتمل) احتمالا ضعيفا (عدم معذوريته) فاذا علم سقط خياره (لتمكنه من الفسخ) رجاء ان يكون له الفسخ (بعد الاطلاع على الغبن)

لكن فيه ان اطلاق الادلة لا يرفع بمثل هذا الاحتمال، اما ان يفسخ رجاء (ثم السؤال عن صحته) بان يسأل عن فسخه هل هو صحيح

(شرعا)؟ و لیس هو شأن اهل العرف.

(ف) قول المصنف (هو) ای الشاک (متمکن من الفسخ العرفی، اذ:

الجهل بالصحة لا یمنع عن الانشاء) ای إنشاء الفسخ (فهو) اذا لم یفسخ (مقصر بترک الفسخ) ترکا (لا لعذر) فیسقط خیاره، لا یخفی ما فیه.

و لعله اشار الی الاشکال الّذی ذکرناه بقوله: (فافهم و اللّه العالم) بحقائق الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۰

الخامس خیار التأخیر،

اشارة

قال فی التذکرة من باع شیئا و لم یسلمه الی المشتری و لا قبض الثمن، و لا شرط تأخیره و لو ساعة، لزم البیع ثلاثة ایام، فان جاء المشتری بالثمن فی هذه الثلاثة فهو احق بالعین، و ان مضت الثلاثة و لم یأت بالثمن تخیّر البائع بین فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا اجمع.

و الاصل فی ذلک قبل الاجماع المحکی عن الانتصار و الخلاف، و الجواهر و غیرها المعتضد بدعوی الاتفاق

(الخامس) من الخیارات (خیار التأخیر، قال فی التذکرة من باع شیئا و لم یسلمه الی المشتری، و لا قبض الثمن، و لا شرط تأخیره و لو ساعة) سیأتی فی الشرط الثالث تفصیل الکلام حول ذلک، و الاشکال فیما ذکره المصنف هنا (لزم البیع ثلاثة ایام) فلاحق للبائع فی ان یتصرف فی ما باعه فی هذه الایام الثلاثة (فان جاء المشتری بالثمن فی هذه الثلاثة) الایام (فهو احق بالعین) ای ان المعاملة نافذة (و ان مضت الثلاثة و لم یأت بالثمن تخیّر البائع بین فسخ العقد) فاذا جاء المشتری بعد ذلک لم یکن له حق (و) بین (الصبر و المطالبة بالثمن) و اذا لم یعطه تمکن من اجباره بواسطة الحاکم (عند علمائنا اجمع) انتهی.

(و الاصل) ای الدلیل (فی ذلک) الحکم الّذی ذکرناه (قبل الاجماع المحکی عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غیرها المعتضد بدعوی الاتفاق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۱

المصرح بها فی التذکرة و الظاهرة من غیرها و بما ذکره فی التذکرة من ان الصبر ابدا مظنة الضرر المنفی بالخبر، بل الضرر هنا اشد من الضرر فی الغبن حیث ان المبیع هنا فی ضمانه، و تلفه منه، و ملک لغیره لا یجوز له التصرف فیه، الاخبار المستفیضة.

منها روایة علی بن یقطین، قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن

المصرح بها) ای بهذه الدعوی (فی التذکرة و الظاهرة) هذه الدعوی (من غیرها) ای غیر التذکرة.

و اقول: قوله «بدعوی الاتفاق» مراده «الاجماع» الّذی ذکره التذکرة، و کان الانسب ان یقول «بدعوی الاجماع» لان الاتفاق عندهم اقل شأنا من الاجماع (و بما ذکره فی التذکرة) عطف علی الاجماع (من ان الصبر ابدا) اذا کلف به البائع (مظنة الضرر) لانه یوجب عدم تمکن تصرف البائع فی المثمن، بینما هو غیر قادر علی التصرف فی الثمن (المنفی بالخبر) قال صلی الله علیه و آله «لا ضرر و لا ضرار» (بل الضرر هنا اشد من الضرر فی الغبن).

وجه الاشدیـة (حیث ان المبیع هنـا) فی التأخیر (فی ضـمانه) ای ضـمان البائع (و) معنی ضـمانه: ان (تلفه منه) لانه تحت یـده (و ملک لغیره لا یجوز له التصـرف فیه) بینما المغبون له التصـرف فی المبیع، و اذا تلف کان من الغابن، لان التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له.

فعلیه فالاصل فی ذلک (الاخبار المستفیضة) خبر قوله «و الاصل» (منها روایة علی بن یقطین، قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۲

الرجل یبیع البیع، و لا یقبضه صاحبه، و لا یقبض الثمن، قال الاجل بینهما ثلاثة ایام، فان قبض بیعه، و الا فلا بیع بینهما.

و روایة اسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: من اشتری بیعا فمضت ثلاثة ایام، و لم یجئ فلا بیع له.

و روایة ابن الحجاج قال: اشتریت محملا و اعطیت بعض الثمن و ترکته عند صاحبه ثم احتبست ایاما

الرجـل یبیع البیع) ای یبیع بیعـا، و اللام عوض عن التنوین (و لاـ یقبضه) ای لا یقبض المبیع (صاحبه) ای المشتری (و لا یقبض) البائع (الثمن) ما حکمه؟ (قال) علیه السلام (الاجل) ای المدة، فان الاجل یقال لغایة المدة، مثل قوله تعالی «فَإِذٰا جٰاءَ أَجَلُهُمْ»* و لکل المدة، کمـا ان «الاجل» بسکون الجیم یسـتعمل فی اوّل المـدة، کقوله تعالی «مِنْ أَجْلِ ذٰلِکَ کَتَبْنٰا» ای کانت کتابتنا للحکم من ذلک الوقت (بینهما ثلاثة ایام، فان قبض) المشتری فی هذه المدة (بیعه) ای مبیعه، فهو (و الا فلا بیع بینهما) ای لا بیع لازم.

(و) منها (روایة اسـحاق بن عمار عن العبد الصالح) موسـی بن جعفر علیه السـلام (قال: من اشتری بیعا) ای مبیعا، و یقال له البیع مجازا بعلاقـة الحـال و المحـل، لان البیع یقع علی المبیع، عکس: جری النهر (فمضت ثلاثـة ایام، و لم یجئ) المشتری (فلا بیع) لازم (له) ای للمشتری

(و) منها (روایة ابن الحجاج قال: اشتریت محملا، و اعطیت بعض الثمن و ترکته عند صاحبه) ای البائع (ثم احتبست ایاما) کنایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۳

ثم جئت الی بائع المحمل لآخذه، فقال قد بعته فضحکت، ثم قلت: لا و اللّه لا ادعک، او اقاضیک، فقال أ ترضی بابی بکر بن عیاش، قلت نعم، فاتیناه فقصصنا علیه قصتنا، فقال ابو بکر بقول من تحب ان اقضی بینکما أ بقول صاحبک، او غیره؟ قلت: بقول صاحبی، قال سمعته یقول: من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثة ایام، و الا فلا بیع له.

و صـحیحة زرارة عن ابی جعفر علیه السـلام، قلت له: الرجل یشتری من الرجل المتاع، ثم یـدعه عنده، فیقول: آتیک بثمنه قال ان جاء ما بینه و

عن عـدم قدرته علی الذهاب الی البائع لاخذ المحل (ثم جئت الی بائع المحمل لآخذه، فقال) البائع (قد بعته فضـحکت، ثم قلت: لا و الله لاـ ادعـک) ای لاـ اترکـک (او اقاضـیک) «او» بمعنی الاـ ان (فقـال) البـائع (أ ترضـی بابی بکر بن عیاش) قاضیـا (قلت نعم، فاتیناه فقصصـنا علیه قصـتنا، فقال ابو بکر بقول من) من الفقهاء (تحبّ ان اقضـی بینکما أ بقول صاحبک) ای الامام الصادق علیه السـلام (او غیره؟ قلت: بقول صاحبی قال سـمعته یقول: من اشتری شـیئا فجاء) المشتری (بالثمن ما بینه و بین ثلاثـة ایام) فهو (و الا فلا بیع له) ای للبائع فسخ المعاملة، و بهذا اعطی ابن عیاش الحق للبائع.

(و) منها (صحیحة زرارة عن ابی جعفر علیه السلام، قلت له:

الرجل یشتری من الرجل المتاع، ثم یدعه عنده) ای عند البائع (فیقول:

آتیک بثمنه) ما حکمه؟ (قال) علیه السلام: (ان جاء) بالثمن (ما بینه و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۴

بین ثلاثة ایام و الا فلا بیع له.

و ظاهر هذه الاخبار بطلان البیع کما فهمه فی المبسوط، حیث قال روی اصحابنا انه اذا اشتری شیئا بعینه بثمن معلوم، و قال للبائع: اجیئک بالثمن، و مضی، فان جاء فی مدة الثلاثة کان البیع له، و ان لم یرتجع بطل البیع، انتهی.

و ربما یحکی هذا عن ظاهر الاسکافی المعبّر بلفظ الروایات، و توقف فیه المحقق الاردبیلی، و قواه صاحب الکفایة، و جزم به فی الحدائق طاعنا علی العلامة فی المختلف، حیث انه اعترف بظهور

بین ثلاثة ایام) فالبیع لازم (و الا فلا بیع له) ای لازما.

(و ظاهر هذه الاخبار) حیث قال «لا بیع» (بطلان البیع) بعد ثلاثة ایام (کما فهمه فی المبسوط، حیث قال: روی اصحابنا انه اذا اشتری شیئا بعینه) فی قبال ما اذا کان المبیع کلیا (بثمن معلوم، و قال) المشتری (للبائع: اجیئک بالثمن، و مضی) المشتری لشأنه (فان جاء فی مدة الثلاثة) بالثمن (کان البیع له، و ان لم یرتجع) ای لم یرجع المشتری بالثمن فی هذه المدة (بطل البیع، انتهی).

(و ربما یحکی هذا) ای مثل قول المبسوط (عن ظاهر الاسکافی المعبّر بلفظ الروایات، و توقف فیه) فی انه هل یبطل البیع او یکون للبائع الخیار (المحقق الاردبیلی، و قواه) ای البطلان (صاحب الکفایة) و هو السبزواری (و جزم به) ای بالبطلان (فی الحدائق) فی حالکونه (طاعنا علی العلامة فی المختلف، حیث انه) ای العلامة (اعترف بظهور

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۵

الاخبار فی خلاف المشهور.

ثم اختار المشهور، مستدلا بان الاصل بقاء صحة العقد.

و حمل الاخبار علی نفی اللزوم.

اقول ظهور الاخبار فی الفساد فی محله الا ان فهم العلماء و حملهم الاخبار علی نفی اللزوم مما یقرب هذا المعنی.

مضافا

الاخبار فی خلاف المشهور) فالمشهور الخیار، و خلافه البطلان.

(ثم اختار) العلامة (المشهور، مستدلا) لعدم البطلان (بان الاصل بقاء صحة العقد) فلا وجه للقول بالبطلان.

(و حمل) العلامة (الاخبار) القائلة «لا بیع» (علی نفی اللزوم) فان «لا» تأتی لنفی الحقیقة، و لنفی الکمال، و لنفی الصحة، و لنفی اللزوم

(اقول ظهور الاخبار)- ظهورا بدویا- (فی الفساد) ای ان المعاملة فاسدة بعد ثلاثة ایام (فی محله) لان الاصل فی «لا» نفی الحقیقة (الا ان فهم العلماء و حملهم الاخبار علی نفی اللزوم مما یقرب هذا المعنی) ای ان «لا» لیس لنفی الحقیقة، بل انما هو لنفی اللزوم.

(مضافا) الی ان العرف یفهم ان هذا الحکم وضع لمصلحة البائع و مصلحته انما هی فی نفی اللزوم، لا نفی الصحة، مثل ما ذکروا فی باب «لا ضرر» من انه ینفی لزوم الوضوء و الغسل و الصوم، لا انه ینفی اصل الجواز و الصحة فیما لم یکن الضرر کثیرا، و الا کان لنفی الصحة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۶

الی ما یقال من ان قوله علیه السلام فی اکثر تلک الاخبار: لا بیع له ظاهر فی انتفاء البیع بالنسبة الی المشتری فقط و لا یکون الا نفی اللزوم من طرف البائع، الا ان فی روایة ابن یقطین: فلا بیع بینهما.

و کیف کان فلا اقل من الشک، فیرجع الی استصحاب الآثار المترتبة علی البیع.

و توهم کون الصحة سابقا فی ضمن اللزوم فیرتفع بارتفاعه

و (الی ما يقال من ان قوله عليه السلام فی اكثر تلك الاخبار: لا بيع له، ظاهر فی انتفاء البيع بالنسبة الی المشتری فقط) لقوله «له» و لم يقل «لهما» (و لا- يكون) نفی البيع بالنسبة الی المشتری فقط (الا- نفی اللزوم من طرف البائع) فاذا لم يعقل ان يكون البيع من جانب واحد كان معنی النفی من جانب المشتری و لا لزوم علی البائع (الا ان فی رواية ابن يقطين: فلا بيع بينهما) فهذه القرينة «ای: له» خاصة بغير رواية ابن يقطين.

(و كيف كان فلا- اقل من الشك) فی انه يبطل البيع بالتأخير (فيرجع الی استصحاب الآثار المترتبة علی البيع) بل يمكن الرجوع الی استصحاب نفس البيع بعد بقاء موضوعه عرفا.

(و توهم) انه لا يمكن الرجوع الی آثار البيع، ل (كون الصحة سابقا) قبل ثلاثة ايام، كانت (فی ضمن اللزوم فيرتفع) الصحة (بارتفاعه) ای بعد ان ارتفع اللزوم، و عليه فالصحة التی كانت فی ضمن اللزوم قد ارتفعت قطعا، و صحة غيرها لا يعلم بوجودها حتی تستصحب.

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۷

مندفع، بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة.

و انما هو حكم مقارن لها فی خصوص البيع الخالی من الخيار.

ثم انه يشترط فی هذا الخيار أمور.

احدها: عدم قبض المبيع.

فهذا التوهم (مندفع، بان) الصحة و اللزوم امران لا يتلازمان اذ من الممكن الصحة بدون اللزوم، فان (اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة) حتی يكون ارتفاع الصحة ملازما لارتفاع اللزوم، مثل ارتفاع الانسان بارتفاع الناطق.

(و انما هو) ای اللزوم (حكم مقارن لها) ای للصحة (فی خصوص البيع الخالی من الخيار) فلا دليل علی انه كلما ارتفع اللزوم ارتفعت الصحة، و عليه فاذا شككنا فی ارتفاع الصحة بعد ان ارتفع اللزوم كان الاصل بقائه.

(ثم) الظاهر انه يجب علی المشتری احضار المال و اخذ المبيع فی اثناء الثلاثة من جهة وجوب الوفاء بالعقد، الا اذا لم يقدر علی ذلك، او تعسّر عليه من باب رفع العسر، و نحوه.

و لا فرق فی حصول الخيار بعد الثلاثة بين ان يكون البائع و المشتری واحدا كالولی و الوكيل، أم لا، لاطلاق الادلة، و الانصراف الی المتعدد بدوی.

و لا يخفی (انه يشترط فی هذا الخيار امور).

(احدها: عدم قبض المبيع) بان لم يقبض المشتری المبيع لا بنفسه

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۸

و لا خلاف فی اشتراطه ظاهرا.

و يدل عليه من الروايات المتقدمة قوله فی صحيحة علی ابن يقطين المتقدمة، فان قبض بيعه، و الا فلا بيع بينهما، بناء علی ان البيع هنا بمعنی المبيع.

لكن فی الرياض انكار دلالة الاخبار علی هذا الشرط، و تبعه بعض المعاصرين، و لا اعلم له وجها.

و لا- بوكيله (و لا- خلاف فى اشتراطه ظاهرا) كما يظهر من كلماتهم، فاذا قبض المشترى المبيع لم يكن للبائع خيار، بل اذا اخّر المشترى فى اعطاء الثمن له جبره على ذلك.

(و يدل عليه من الروايات المتقدمة قوله) عليه السلام (فى صحيحة على ابن يقطين المتقدمة، فان قبض بيعه) فهو (و الا فلا بيع بينهما).

و انما تدل هذه الرواية على هذا الشرط (بناء على ان البيع هنا بمعنى المبيع) فيكون المعنى: ان قبض المشترى مبيعه، فالبيع لازم.

و يحتمل ان يكون «قبّض» بالتشديد اى ان قبض البائع للمشترى المبيع.

و على كلا الاحتمالين- و ان كان ثانيهما ضعيفا- يدل على ان القبض كاف فى عدم الخيار.

(لكن فى الرياض انكار دلالة الاخبار على هذا الشرط، و تبعه بعض المعاصرين) كانه صاحب الجواهر (و لا اعلم له) اى للانكار (وجها) معتدا به.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۵۹

غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية.

و احتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد يعنى قبض بايعه الثمن.

و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، لان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، بل لم يوجد مع امكان اجراء اصالة عدم التشديد.

(غير سقوط هذه الفقرة) «فان قبض بيعه» (عن النسخة المأخوذة منها الرواية) و ان صاحب الرياض لم يلتفت الى هذه الفقرة.

لكن يبعد هذا الاحتمال وجود هذه الفقرة فى نسخ الرياض و الجواهر- كما قالوا- و يحتمل انه كان فى نسخهم «فان قبض ثمنه» لقرب الكتابة بينهما، اذا كان الخط غير واضح.

(و) غير (احتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد)- هذا احتمال ثان لاجل انكار صاحب الرياض هذا الشرط- (يعنى قبض بايعه الثمن) فانه اذا قبض البائع الثمن لم يكن له خيار الفسخ.

(و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، لان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر) فانه و ان كان يستعمل «البيّعان» تثنية، الا ان استعماله مفردا نادر، و النادر لا يؤخذ به فى الاستعمالات الا اذا علم بذلك لاصالة التكلم متعارفا- عند العقلاء-.

الا ترى ان من قرء «الدينار اسّ كل خطيئة» عوض «الدّنيا رأس كل خطيئة» خطّئ فى قراءته و ان كان ذلك فى نفسه محتملا (بل لم يوجد) حسب تتبع المصنف (مع امكان اجراء اصالة عدم التشديد) اذا دار الامر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۰

نظير ما ذكره فى الروضة من اصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة.

ثم انه لو كان عدم قبض المشترى لعدو ان البائع بان بذل له الثمن فامتنع من اخذه، و اقباض المبيع، فالظاهر عدم الخيار، لان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار ارفاقا للبائع و دفعا لتضرره، فلا يجرى فيما اذا كان الامتناع من قبله.

بين «بيعه» و «بيّعه» (نظير ما ذكره) الشهيد الثانى «ره» (فى الروضة) شرح اللمعة (من اصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة) فان «البكاء» بالمدّ هو مع الصوت، و بدون المدّ «بكا» هو بلا صوت، فاذا شككنا فى ابطال ما لا صوت له نتمسك باصالة عدم المد و نقول بلا صوت أيضا مبطل، اذا المدّ فى المقام: اى الياء الثانية المتولدة عند التشديد شىء زائد لم يعلم وجوده، فالاصل عدمه.

(ثم انه لو كان عدم قبض المشترى لعدوان البائع بان بذل) المشترى (له) اى للبائع (الثمن، فامتنع) البائع (من اخذه، و) من (اقباض المبيع، فالظاهر عدم الخيار) للبائع (لان ظاهر النص و الفتوى) بقرينة الانصراف (كون هذا الخيار ارفاقا للبائع و دفعا لتضرره) حتى، لا يكون بيعه معلقا لا- يتمكن ان يتصرف فى المثمن، لانه ملك الغير، و لا فى الثمن لان المشترى لم يعطه اياه (فلا يجرى) الخيار (فيما

اذا کان الامتناع) فی الأخذ و العطاء (من قبله) ای من طرف البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۱

و لو قبضه المشتری علی وجه یکون للبائع استرداده، کما اذا کان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن، ففی کونه کلا قبض مطلقا، او مع استرداده، او کونه قبضا، وجوه.

رابعها ابتناء المسألة علی ما سیجیء فی احکام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه.

(و لو قبضه) ای المتاع (المشتری) قبضا غیر صحیح (علی وجه یکون للبائع استرداده کما اذا کان) قبض المشتری (بدون اذنه) اذ یلزم ان یکون القبض بأذن المالک الاول کما ذکروه فی باب القبض (مع عدم اقباض الثمن) اما مع اقباضه فله الاخذ و لو جبرا، کما انه لیس للبائع الفسخ (ففی کونه کلا قبض مطلقا) فللبائع خیار الفسخ اذا لم یسلم الثمن لمدة ثلاثة ایام (او مع استرداده) ای استرد البائع المتاع من المشتری، و بعد الاسترداد یکون کلا قبض، فللبائع خیار الفسخ فی هذه الصورة فقط (او کونه قبضا) فلا خیار للبائع مطلقا، لانه قد قبض خارجا، و ان لم یکن قبضه مشروعا و الادلة تقول بالخیار اذا کان المتاع باق عنده (وجوه) ثلاثة.

(رابعها ابتناء المسألة) ای مسألة انه قبض، أم لا (علی ما سیجیء فی احکام القبض، من) انه هل یکون (ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض) فان البائع ما دام المتاع فی یده یکون ضامنا لدرکه (و عدمه) و انه لیس بضامن.

فعلی الاول: فهو قبض للمشتری، و لا خیار للبائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۲

و لعله الاقوی.

اذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر علی البائع الا من جهة وجوب حفظ المبیع لمالکه، و تضرره بعدم وصول ثمنه إلیه و کلاهما ممکن الاندفاع بأخذ المبیع مقاصة.

و اما مع عدم ارتفاع الضمان بذلک، فیجری دلیل الضرر بالتقریب

و علی الثانی: لا یکون قبضا و یکون للبائع الخیار (و لعله) ای الوجه الرابع هو (الاقوی).

(اذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض) عن البائع (لا ضرر علی البائع) حتی یتدارک بالخیار (الا من جهة وجوب حفظ المبیع) اذا استرد البائع المبیع (لمالکه) الّذی هو المشتری (و تضرره) ای البائع (بعدم وصول ثمنه إلیه) لغرض ان المشتری لم یعط الثمن للبائع (و کلاهما ممکن الاندفاع).

اما الاول: فیمکن دفع ضرر البائع من حفظه للمبیع (بأخذ المبیع مقاصة) فی قبال الثمن الّذی لم یوصله المشتری إلیه، فلا ضمان له بالنسبة الی المبیع.

و اما الثانی: فلانه اذا اخذ المبیع مقاصة فقد استوفی الثمن الّذی کان مستحقا له.

(و اما مع عدم ارتفاع الضمان بذلک) بان کان قبض المشتری بدون اذن البائع کلا قبض «عطف علی: اذ مع ارتفاع» (فیجری) بالنسبة الی البائع (دلیل الضرر بالتقریب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۳

المتقدم و ان ادعی انصراف الاخبار الی غیر هذه الصورة.

لکنه مشکل کدعوی شمولها، و لو قلنا بارتفاع الضمان.

و لو مکن المشتری من القبض فلم یقبض ف

المتقدم) فان البائع يتضـرر بلزوم حفظ المتاع مع عدم وصول الثمن إليه و عليه يكون له الخيار (و ان ادعى انصراف الاخبار) اى اخبار الخيـار (الى غير هـذه الصورة) و هى صورة قبض المشترى المتـاع بـدون اذن البـائع، يعنى فلاـ خيـار للبائع، لان القبض حاصل و هـذا الادعاء:

دليل لقوله «او كونه قبضا مطلقا» (لكنه مشـكل) اذ لا وجه للانصـراف (كدعوى شـمولها) اى اخبار الخيار (و لو قلنا بارتفاع الضـمان) عن البائع بقبض المشترى بلا اذن.

فان هذه الدعوى مشكلة أيضا و هذا الادعاء: دليل لقوله «كلا قبض مطلقا».

ثم ان المصنف لم يذكر دليل قوله «او مع استرداده» لوضوح دليله اذ مع الاسترداد بطل قبض المشترى، بخلاف ما اذا لم يسترد.

و جوابه انه لا اهمية للاسترداد و عدمه بعد وضوح ان المعيار يكون فى الضمان و عدمه.

(و لو مكن) البـائع (المشترى من القبض) للمتـاع (فلم يقبض) المشترى (ف) هـل يكون للبـائع الخيـار لاطلاق ادلـة الخيار، أم لا؟ لان البائع لا يتضرر، اذ له ان يأخذ المبيع تقاصا كما ذكرنا قبل ذلك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۴

الاقوى أيضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه.

و ربما يستظهر من قول السائل فى بعض الروايات، ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين، و فيه نظر.

و الاقوى عدم الخيار لعدم الضمان.

و فى كون قبض بعض المبيع كلا قبض لظاهر

لكن (الاقوى أيضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه).

فان قلنا: بان البائع ضامن، كان له الخيار.

و ان قلنا انه ليس بضامن بسبب تمكينه لم يكن له خيار، لما تقدم من وجه هذا البناء فى الفرع السابق.

(و ربما يسـتظهر من قول السائل فى بعض الروايات: ثم يـدعه عنـده، عـدم كفاية التمكين) لانه مع تمكينه للمشترى الظاهر من: يدعه، قـال الامام بالخيار، فيظهر منه ان لا اعتبار بتمكين البائع للمشترى، فى اسـقاط الخيار، و ان للبائع الخيار مطلقا، مكّن او لم يمكن (و فيه نظر)

اذ هـذا الاسـتظهار غير تام، فان قوله فى الروايـة: يـدعه عنده، اعم من كونه بعد التمكين و عدمه، و لا دلالة للاعم على الاخص، فقوله «يدعه عنده» مجمل.

(و الاقوى عدم الخيار) فى صورة تمكين البائع للمشترى (لعدم الضـمان) اذ لو مكن البائع سقط ضمانه للمتاع، اذ الودعى لا يضمن الا بالتعدّى و التفريط.

(و فى كون قبض بعض المبيع كلا قبض) فللبائع الخيار (لظاهر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۵

الاخبار، او كالقبض لدعوى انصـرافها الى صورة عدم قبض شىء منه، او تبعيض الخيار بالنسبة الى المقبوض و غيره استنادا- مع تسليم الانصراف المذكور- الى تحقق الضرر بالنسبة الى غير المقبوض، لا غيره وجوه.

الشرط الثانى: عدم قبض مجموع الثمن،

و اشتراطه مجمع علیه نصا و فتوی

الاخبار) الدالـة علی ان قبض کل المبیع یوجب عـدم خیار البائع (او کالقبض) فلا خیار للبائع (لدعوی انصـرافها) ای اخبار الخیار (الی صورة عـدم قبض شـیء منه) ای من المـبیع (او تبعیض الخیـار بالنسـبة الی المقبوض) فلاـ خیـار للبـائع فیه (و غیره) ای غیر المقبوض، فللبائع فیه الخیار (استـنادا) فی هذا التفصیل (– مع تسلیم الانصراف المذکور–) ای نسلم ان اخبار الخیار منصرفة الی صورة عدم قبض شیء منه (الی تحقق الضرر) للبائع (بالنسبة الی غیر المقبوض) ففیه الخیار (لا غیره) ای لا غیر المقبوض.

اذ لا ضـرر علی البائع، لامکان تقاصه، کما تقدم، و قوله «الی تحقق» متعلق ب «اسـتنادا» (وجوه) ثلاثة و ان کان لا یبعد الوجه الثالث، و الله سبحانه العالم.

(الشرط الثانی: عدم قبض) البائع (مجموع الثمن) فان قبض الکل لم یکن له خیار (و اشتراطه مجمع علیه نصا و فتوی).

فانه حیث کان علیه النص و الفتوی صارت المسألة اجماعیة، و منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۶

و قبض البعض، کلا قبض بظاهر الاخبار المعتضد بفهم ابی بکر بن عیاش فی روایة ابن الحجاج المتقدمة.

و ربما یستدل بتلک الروایة تبعا للتذکرة.

و فیه نظر.

یعلم انه لاـ تکرار فی قـوله «مجمـع علیه ... فتـوی» کمـا انه لاـ تهـافت بین قوله: مجمع علیه، و بین قوله: نصـا، او المراد ان علیه اتفـاق النصوص و اتفاق الفتاوی (و قبض) البائع (البعض، کلا قبض) فکانه لم یقبض ای شیء یکون له الخیار.

لکن هذا هل یشـمل ما لو قبض من الألف تسعا و تسعین، فیه اشکال، لانصراف النص و الفتوی عن ذلک، فلا یبعد القول بعدم الخیار فی امثال هذه الصورة.

و انمـا قلنـا ان قبض البعض کلاـ قبض (ب) سـبب (ظاهر الاخبار) لان ظاهرها انه اذا لم یقبض الثمن جمیعا کان له الخیار (المعتضـد هـذا الظـاهر (بفهم ابی بکر بن عیاش، فی روایـة ابن الحجاج المتقدمـة) لانه اجاب بان للبائع الخیار، مع انه کان قابضا لبعض الثمن، و اسند ذلک الی الامام علیه السلام.

(و ربما یستدل بتلک الروایة) علی ان قبض بعض الثمن کلا قبض (تبعا للتذکرة).

(و) لکن هذا الاستدلال (فیه نظر) اذ کلام ابن عیاش لیس بحجة حتی یصح الاستناد إلیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۷

و القبض بـدون الاـذن کعـدمه، لظهور الاخبـار فی اشتراط وقوعه بالاـذن فی بقاء البیع علی اللزوم مع ان ضـرر ضـمان المبیع مع عـدم وصول الثمن إلیه علی وجه یجوز له التصرف فیه باق.

نعم لو کان القبض بدون الاذن حقا کما اذا عرض المبیع علی المشتری فلم یقبضه، فالظاهر عدم الخیار.

(و القبض) ای قبض البائع الثمن (بـدون الاذن) من المشتری (کعـدمه) فی انه لا یسـقط خیار البائع (لظهور الاخبار فی اشتراط وقوعه) ای وقوع القبض (بالاذن) من المشتری (فی بقاء البیع علی اللزوم).

و انمـا کـان ظاهر الاخبار ذلک، لان المنصـرف من قبض الثمن هو القبض المتعارف الّذی لا یکون الا باذن المشتری (مع ان) سـبب الخیار کما تقدم– هو ان البائع ضامن للمبیع مع انه لا یتمکن من التصـرف فی الثمن، و هذا السبب باق بعد ان قبض البائع الثمن بدون

اذن المشترى، اذ لا يحق له التصرف فى الثمن مع انه ضامن للمبيع.

فان (ضـرر ضـمان) البائع (المبيع مع عدم وصول الثمن إليه) اى الى البائع، وصولا (على وجه يجوز له) اى للبائع (التصرف فيه) اى فى الثمن (باق) فاللازم ان يكون الخيار باقيا لبقاء سببه.

(نعم) استثناء من قوله: القبض بلا اذن كعدمه (لو كان القبض بدون الاذن) من المشترى (حقا) و جائزا شرعا (كما اذا عرض) البائع (المبيع على المشترى فلم يقبضه، فالظاهر عدم الخيار) لانه يكون اخذه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۸

لعدم دخوله فى منصرف الاخبار، و عدم تضرر البائع بالتأخير.

و ربما يقال: بكفاية القبض هنا مطلقا، مع الاعتراف باعتبار الاذن فى الشرط السابق اعنى قبض المبيع

للثمن صحيحا، و اذا كان آخذا للثمن لم يكن له الخيار، اذ الاخبار قالت بانه: اذا لم يقبض الثمن كان له الخيار و هذا قابض للثمن (لعدم دخوله فى منصرف الاخبار).

لان الاخبار قالت «لم يقبض الثمن» و المنصرف منها «لم يقبض قبضا صحيحا» و البائع فى المقام قد قبض قبضا صحيحا، فليس داخلا فى اخبار الخيار التى تجعل الخيار لمن لم يقبض قبضا صحيحا، فلا خيار لهذا البائع الّذى قبض الثمن قبضا صحيحا (و عدم تضرر البائع بالتأخير) اى تأخير اخذ المشترى للمتاع، فانه انما كان له الخيار، لانه كان متضررا، حيث انه كان ضامنا للمبيع و غير متمكن من التصرف فى الثمن فاذا عرض المبيع فلم يأخذه المشترى و اخذ الثمن، ارتفع هذا الضرر لانه يتصرف فى الثمن، و ليس عليه ضمان المبيع.

(و ربما يقال: بكفاية القبض هنا) اى فى الثمن (مطلقا) و لو كان قبضا بغير حق او كفايته بمعنى اسقاطه للخيار (مع الاعتراف) اى اعتراف هذا القائل (باعتبار الاذن) من البائع (فى الشرط السابق اعنى قبض المبيع).

فاذا قبض المشترى المتاع بدون اذن البائع لم يسقط خيار البائع اما اذا قبض البائع الثمن بدون اذن المشترى سقط خياره.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۶۹

نظرا الى انهم شرطوا فى عناوين المسألة فى طرف المبيع عدم اقباض المبيع اياه، و فى طرف الثمن عدم قبضه.

و فيه نظر لان هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبّر فى طرف الثمن و المثمن بما هو فعل له، و هو القبض فى الاول، و الاقباض فى الثانى.

و انما قيل بهذا القول (نظرا الى) ظاهر الفتاوى المفيدة لاشتراط الاذن فى قبض المتاع، و لعدم اشتراط الاذن فى قبض الثمن.

ف (انهم شرطوا فى عناوين المسألة) و هى مسألة خيار البائع (فى طرف المبيع عدم اقباض المبيع اياه) و ظاهره ان يكون قبض المشترى للمبيع باجازة البائع، فان «اقبض» ظاهر فى كون الاقباض اختياريا (و) عنونوا (فى طرف الثمن عدم قبضه) اى عدم قبض البائع، له فاذا قبض سقط خياره، و القبض يحصل و لو مع عدم رضى المشترى.

(و فيه نظر) أولا: لان المناط فى كلتا المسألتين واحد، فلا وجه لهذا الفرق.

و ثانيا: انا لا نسلم ان الفقهاء فرقوا بين المسألتين.

و اختلاف التعبير ليس دليلا على ذلك (لان هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، ف) ان المسألة حيث كانت معنونة باسم البائع، حيث ان الخيار له (يعبّر فى طرف الثمن و المثمن بما هو فعل له، و هو القبض فى الاول) اى فى الثمن فيقال «لم يقبضه» (و الاقباض فى الثانى) اى فى المثمن فيقال «لم يقبضه» من باب الافعال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٢٧٠

فتأمل.

و لو اجاز المشترى قبض الثمن- بناء على اعتبار الاذن- كانت فى حكم الاذن، و هل هى كاشفة، او مثبتة، أقواهما الثانى.

و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فاجاز المشترى بعدها.

(فتأمل).

حيث ان الفقهاء يلاحظون خصوصيات التعبير فلا يمكن حمل كلامهم على ذلك، و لعلهم عبروا بذلك تبعا للسؤال فى رواية ابن يقطين، و لا حجية فى السؤال و انما فى جواب الامام عليه السلام.

(و لو) قبض البائع الثمن بدون اذن المشترى مما يوجب بقاء الخيار للبائع ثم (اجاز المشترى قبض الثمن- بناء على اعتبار الاذن-) فى الايقاعات، اذا لقبض ايقاع (كانت فى حكم الاذن) لانه من قبيل اجازة الفضولى.

و مقتضى القاعدة جريان الفضولية فى كل الامور عقدا او ايقاعا الا ما خرج بالدليل و ليس المقام مما خرج (و هل هى) اى الاجازة فى المقام (كاشفة) بان القبض كان صحيحا من اوّل وقوعه بدون اذن (او مثبتة) للاذن من الآن اى حين صدور الاجازة احتمالان (أقواهما الثانى) و انها مثبتة.

(و يترتب عليه) اى على الفرق بين الكاشفة و المثبتة (ما لو قبض) البائع الثمن بدون اجازة المشترى (قبل الثلاثة) ايام (فاجاز المشترى بعدها) اى بعد الثلاثة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٢٧١

الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين

لان المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر فى مخالفة الاصل على منصرف النص، مع انه فى الجملة اجماعى.

فانه بناء على كون الاجازة كاشفة لم يكن حق للبائع فى الخيار لانه حصل القبض الصحيح قبل الثلاثة.

اما بناء على كون الاجازة مثبتة، كان للبائع حق الفسخ، لانه لم يحصل القبض الصحيح قبل الثلاثة.

و حيث قال المصنف «أقواهما الثانى» كان اللازم ان يكون للبائع حق الفسخ، و الله العالم.

(الشرط الثالث) من شروط خيار التأخير (عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين) فلو شرطا ذلك لم يكن للبائع الفسخ (لان المتبادر من النص) الجاعل للخيار (غير ذلك) اى صورة عدم اشتراط التأخير (فيقتصر فى مخالفة الاصل) لان الاصل هو اللزوم، و الاخيار خلاف الاصل (على منصرف النص) الّذى هو كون الخيار فيما لم يكن شرط التأخير (مع انه) اى هذا الشرط (فى الجملة اجماعى).

و انما قال فى الجملة، لانه اذا شرط تأخير ثلاثة ايام فلا خلاف فى انه لا خيار للبائع.

اما اذا شرطا تأخير ساعة ففى كونه مسقطا للخيار اشكال، و ان كان الاقرب انه يلزم ان يحسب الثلاثة من حين انقضاء الشرط.

و بهذا تبين ان اطلاق المصنف فى اوّل الخامس «و لا شرط تأخير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٢٧٢

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبرة،

نص عليه الشيخ فى عبارته المتقدّمة فى نقل مضمون روايات اصحابنا، و ظاهره كونه مفتى به عندهم.

و صرح به فی التحریر، و المهذب البارع، و غایة المرام، و هو ظاهر جامع المقاصد حیث قال: لا فرق فی الثمن بین کونه عینا او فی الذمة.

ساعة» لیس علی ما ینبغی.

(الشرط الرابع) من شروط خیار التأخیر (ان یکون المبیع عینا او شبهه) ای شخصا او شبه الشخص (کصاع من صبرة) فانه لیس شخصا لانه داخل فی الف صاع مثلا، لکنه شبه الشخص من حیث کونه فی الخارج لا فی الذمة.

و قد (نص علیه) ای علی هذا الشرط (الشیخ فی عبارته المتقدمة فی نقل مضمون روایات اصحابنا) فی کلامه فی المبسوط فی اوائل الخامس (و ظاهره کونه) ای هذا الشرط (مفتی به عندهم).

(و) کذلک (صرح به) ای بهذا الشرط (فی التحریر، و المهذب البارع، و غایة المرام، و هو ظاهر جامع المقاصد) أیضا (حیث قال: لا فرق فی الثمن بین کونه عینا او فی الذمة) فانه- حیث خصص عدم الفرق بالثمن- یظهر منه انه یفرق فی المبیع، و ان عنده لا بد و ان یکون المثمن عینا حتی یتحقق الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷۳

و قال فی الغنیة: و روی اصحابنا ان المشتری اذا لم یقبض المبیع و قال: اجیئک بالثمن و مضی، فعلی البائع الصبر علیه ثلاثا، ثم هو بالخیار بین فسخ البیع و مطالبته بالثمن.

هذا اذا کان المبیع مما یصح بقائه، فان لم یکن کذلک کالخضروات فعلیه الصبر یوما واحدا، ثم هو بالخیار.

ثم ذکر ان تلف المبیع قبل الثلاثة من مال المشتری، و بعده من مال البائع.

(و قال فی الغنیة: و روی اصحابنا ان المشتری اذا لم یقبض المبیع و قال: اجیئک بالثمن) فلم یسلم الثمن الی البائع (و مضی) لشأنه، بعد ان اشتری (فعلی البائع الصبر علیه ثلاثا) فلا یحق له فسخ العقد فی هذه الثلاثة (ثم هو بالخیار بین فسخ البیع و مطالبته بالثمن) بانفاذ البیع حتی لا یکون له الفسخ، او ابقائه علی حال الجواز، فله فی کل آن ان یفسخ او ینفذ.

و (هذا) الحکم الّذی ذکرناه (اذا کان المبیع مما یصح بقائه) کالثوب و الدار، و نحوهما (فان لم یکن کذلک کالخضروات) فی ایام الحر حیث لا وسائل لابقائها (فعلیه) ای علی البائع (الصبر یوما واحدا، ثم هو بالخیار) بعد الیوم الواحد.

(ثم ذکر) ابن زهرة (ان تلف المبیع قبل الثلاثة من مال المشتری) لانه ماله، فتلفه علیه (و بعده من مال البائع) و سیأتی الکلام حول ذلک فی القریب العاجل ان شاء الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷۴

ثم قال: و یدل علی ذلک کله اجماع الطائفة، انتهی.

و فی معقد اجماع الانتصار، و الخلاف، و جواهر القاضی: لو باع شیئا معینا بثمن معین.

لکن فی بعض نسخ الجواهر: لو باع شیئا غیر معین.

و قد اخذ عنه فی مفتاح الکرامة و غیره، و نسب الی القاضی دعوی الاجماع علی غیر المعین، و اظن الغلط فی تلک النسخة.

و لا یخفی ان قوله «مما یصح بقائه» و قوله «من مال المشتری» دلیلان علی ان مراده ما کان المبیع شخصیا، اذ الکلی یبقی و لا یتلف، کما هو واضح.

(ثم قال: و یدل علی ذلک کله اجماع الطائفة، انتهی) کلام الغنیة (و فی معقد اجماع الانتصار، و الخلاف، و جواهر القاضی) دلالة

على ان الخيار انما هو فى البيع الشخصى، لا الكلى.

قالوا: (لو باع شيئا معينا بثمن معين) و الشىء لا يكون معينا الا اذا كان المثمن شخصيا.

(لكن فى بعض نسخ الجواهر: لو باع شيئا غير معين) فيكون ظاهره الشمول للكلى، كما يشمل مثل الصاع فى الصبرة.

(و قد أخذ عنه فى مفتاح الكرامة و غيره، و نسب الى القاضى دعوى الاجماع على) الخيار فى (غير المعين، و) حيث لا اجماع فى الكلى و نحوه، ف (اظن) ان (الغلط فى تلك النسخة) التى اضافت كلمة «غير» هذا بالإضافة الى ان الروايات ظاهرة فى المعين، فكيف يترك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٢٧٥

و الظاهر ان المراد بالثمن المعين فى معقد اجماعهم هو المعلوم فى مقابل المجهول، لان تشخّص الثمن غير معتبر اجماعا.

و لذا وصف فى التحرير تبعا للمبسوط المبيع، بالمعين، و الثمن بالمعلوم.

الجواهر ذلك، و يذكر غير ما ذكر فى الروايات.

(و) اما قولهم «بثمن معين» فلا بد ان يصرف عن ظاهره اذ لا يشترط فى خيار البائع ان يكون الثمن معينا، بل الخيار موجود و ان كان الثمن كليا.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج١٢، ص: ٢٧٥

و بهذه القرينة لا بد و ان نقول: (الظاهر ان المراد بالثمن المعين فى معقد اجماعهم) اى اجماع الانتصار، و الخلاف و الجواهر (هو) الثمن (المعلوم فى مقابل المجهول).

فان الثمن اذا كان مجهولا- كان البيع باطلا- و لا- يبقى مجال لصحة البيع حتى يترتب عليه الخيار و ليس مرادهم «المعين» فى قبال «الكلى» (لان تشخّص الثمن) فى اثبات الخيار (غير معتبر اجماعا).

و لا يمكن ان يدعى هؤلاء العلماء الثلاثة الاجماع على خلاف اجماع الفقهاء، هذا بالإضافة الى انه لا وجه له بعد اطلاق الادلة.

(و لذا) الّذى ذكرنا ان المراد ب «المعين» فى كلامهم «المعلوم» لا- المشخص (وصف فى التحرير تبعا للمبسوط المبيع، بالمعين، و الثمن بالمعلوم).

فان سياق كلامهما مع كلام السيد و القاضى انهما يقصدان شيئا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٢٧۶

و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه فى الخلاف الى اجماع الفرقة و اخبارهم، مع ما نسبه فى المبسوط الى روايات اصحابنا مع انا نقول

واحدا و هو «المعلوم».

(و) مضافا الى انه (من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه فى الخلاف الى اجماع الفرقة و اخبارهم) من قوله «لو باع شيئا معينا بثمن معين» (مع ما نسبه) نفس الشيخ (فى المبسوط الى روايات اصحابنا) من قوله «اذا اشترى شيئا بعينه بثمن معلوم».

و عليه فلا بد من ان يريد الشيخ فى الخلاف «المعلوم» من لفظ «المعين».

و اما وجه البعد، فلانه لا يصح تحقق الاجماع فى مسألة واحدة على معنيين احدهما اعم من الآخر، فلا بد ان يكون المراد منهما شيئا

واحدا هو «المعلوم» لان النص و الاجماع لا یشترطان التشخص فی الثمن.

و لا یخفی ان کلام المصنف فی المثمن و قد اشترط ان یکون معیّنا.

ثم ذکر- استطرادا- حال الثمن، لرفع اشتباه نشأ فی کلام السید و الشیخ، و القاضی.

و حیث انتهی من رفع الاشتباه رجع الی حال المثمن، و لزوم کونه شخصیا او شبه شخصی بقوله: (مع انا نقول) بالإضافة الی اقوال الفقهاء التی سمعتها و التی تنص علی لزوم کون المبیع عینا او شبهه حتی یکون للبائع الخیار، ان دلیل هذا الخیار اما الاجماع، و اما حدیث نفی الضرر، و اما الروایات، و الکل یدل علی هذا الشرط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷۷

ان ظاهر المعین فی معاقد الاجماعات التشخص العینی، لا- مجرد المعلوم فی مقابل المجهول، و لو کان کلیا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة الی الثمن للاجماع علی عدم اعتبار التعیین فیه مع انه فرق بین الثمن المعین، و الشیء المعین، فان الثانی ظاهر فی الشخصی

اما الاجماع، ف (ان ظاهر) لفظ (المعین فی معاقد الاجماعات التشخص العینی، لا مجرد المعلوم فی مقابل المجهول، و لو کان) ذلک المعلوم (کلیا).

فان المعین قد یطلق و یراد «المعلوم» فیشمل «الکلی».

و قد یطلق و یراد به «الشخص» فلا یشمل الکلی (خرجنا عن هذا الظاهر) ای ظهور «المعین» فی «التشخص» (بالنسبة الی الثمن) مع انهم ذکروا أیضا لزوم ان یکون الثمن «معینا» کما تقدم فی کلماتهم، و قلنا ان مرادهم بذلک «المعلوم» (للاجماع علی عدم اعتبار التعیین فیه) و بقی ظهور «المعین» فی «الشخص» سالما عن التصرف فی باب المثمن و بهذا اجاب المصنف عن اشکال انه لو کان المراد من «المعین» المعلوم، لم یکن فرق بین الثمن و المثمن.

فکما لا یشترط فی الثمن التشخص کذلک لا یشترط فی المثمن (مع انه فرق بین الثمن المعین، و الشیء المعین) حیث قالوا: لو باع شیئا معینا بثمن معین- کما تقدم- «فالمعین» فی المقامین لیس بمعنی واحد حتی نحتاج الی الخروج عن ظاهر المعین فی الثمن بالاجماع (فان الثانی) و هو الشیء المعین (ظاهر فی الشخصی) فان «الشیء»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷۸

بخلاف الاول.

و اما معقد اجماع التذکرة المتقدم فی عنوان المسألة فهو مختص بالشخصی، لانه ذکر فی معقد الاجماع ان المشتری لو جاء بالثمن فی الثلاثة فهو احق بالعین.

و لا یخفی ان العین ظاهر فی الشخصی هذه حال معاقد الاجماعات و اما حدیث نفی الضرر فهو مختص بالشخصی، لانه المضمون علی البائع قبل القبض.

بدون القرینة یستعمل فی الامور الشخصیة (بخلاف الاول) فانه یطلق علی کل معلوم کلیا کان او شخصیا.

(و اما معقد اجماع التذکرة المتقدم فی عنوان المسألة) و هی مسألة خیار البائع (فهو) اظهر فی دلالته علی اشتراط ان یکون المثمن شخصیا

فالاجماع (مختص بالشخصی، لانه ذکر فی معقد الاجماع ان المشتری لو جاء بالثمن فی الثلاثة فهو احق بالعین).

(و) وجه الاختصاص ما ذکره بقوله: فانه (لا یخفی ان العین) فی عبارته (ظاهر فی الشخصی) اذ لا یطلق الکلی علی «العین» (هذه حال معاقد الاجماعات) فی ظهورها فی لزوم کون المبیع شخصیا حتی یکون للبائع الخیار، فاذا کان المبیع کلیا لم یکن له خیار.

(و اما حدیث نفی الضرر) الّذی هو المستند الثانی للخیار (فهو مختص بالشخصی، لانه) ای الشخصی هو (المضمون علی البائع قبل القبض).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۷۹

فیتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فیه.

و عدم وصول بدله إلیه، بخلاف الکلی.

و اما النصوص فروایتا ابن یقطین و ابن عمار مشتملتان علی لفظ البیع المراد به المبیع الّذی یطلق قبل البیع علی العین المعرضة للبیع، و لا مناسبة فی اطلاقه علی الکلی، کما لا یخفی.

و روایة زرارة ظاهرة أیضا فی الشخصی من جهة لفظ المتاع و قوله

(ف) اذا بقی عند البائع (یتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فیه).

(و) ذلک لانه مال المشتری مع (عدم وصول بدله) و هو الثمن (إلیه) فهو ممنوع عن المعوض و العوض معا (بخلاف الکلی) فانه لیس هناک شیء فی الخارج حتی یضمنه البائع، و یمنع عن التصرف فیه.

اقول: لکن یمکن ان یقال ان ارتباط البائع بالمشتری ضرر علی البائع، و هو جار فی الکلی کما هو جار فی الشخصی.

کما یمکن ان یقال ان الفتاوی لیست صریحة فی الشخصی.

(و اما النصوص) فتدل أیضا علی ما اذا کان البیع شخصیا (فروایتا ابن یقطین و ابن عمار مشتملتان علی لفظ البیع المراد به المبیع).

قال علیه السلام «فان قبض بیعه».

و قال علیه السلام «من اشتری بیعا» (الّذی یطلق قبل البیع علی العین المعرضة للبیع، و لا مناسبة فی اطلاقه) ای البیع (علی الکلی، کما لا یخفی) علی من تأمّل.

(و روایة زرارة ظاهرة أیضا فی الشخصی من جهة لفظ المتاع و قوله)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۰

یدعه عنده فلم یبق الا قوله علیه السلام فی روایة ابی بکر بن عیاش: من اشتری شیئا، فان اطلاقه و ان شمل المعین و الکلی، الا ان الظاهر من لفظ الشیء الموجود الخارجی، کما فی قول القائل: اشتریت شیئا، و لو فی ضمن امور متعددة، کصاع من صبرة و الکلی المبیع، لیس موجودا خارجیا اذ

علیه السلام (یدعه عنده) قال یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده.

لکن یمکن ان یقال: لا دلالة فی کل ذلک علی الشخصی لان کلا التعبیرین فی روایتی ابن یقطین و ابن عمار یعبران فی الکلی أیضا، و روایة زرارة لا- تنفی ما عداها (فلم یبق الا- قوله علیه السلام فی روایة ابی بکر بن عیاش: من اشتری شیئا، فان اطلاقه) ای اطلاق الشیء (و ان شمل المعین و الکلی) فان الشیء یطلق علی الشخصی و علی الکلی (الا ان الظاهر من لفظ الشیء) و لو بقرینة الانصراف (الموجود الخارجی، کما فی قول القائل: اشتریت شیئا) فان المنصرف انه اشتری عینا خارجیة (و لو) کان ذلک الشیء الخارجی (فی ضمن امور متعددة، کصاع من صبرة) لانه أیضا امر خارجی (و الکلی المبیع، لیس موجودا خارجیا).

فروایة ابن عیاش لا تشمل الکلی.

و ان قلت: الکلی الطبیعی أیضا موجود فی الخارج فیطلق علیه الشیء فانک اذا قلت «الانسان کلی» فالمبتدأ «کلی طبیعی» و الخبر «کلی منطقی» و المجموع من المبتدأ و الخبر «کلی عقلی».

قلت: کلامنا نحن فی الکلی الّذی یمکن ان یوجد فی الخارج أو لا (اذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۱

لیس المراد من الکلی هنا الکلی الطبیعی الموجود فی الخارج، لان المبیع قد یکون معدوما عند العقد، و الموجود منه قد لا یملکه البائع حتی یملکه، بل هو امر اعتباری یعامل فی العرف و الشرع معه معاملة الاملاک، و هذه المعاملة و ان اقتضت صحة اطلاق لفظ الشیء علیه، او علی ما یعمه، الا انه

لیس المراد من الکلی هنا) فی باب البیع (الکلی الطبیعی الموجود فی الخارج) بل المراد: الکلی مقابل الشخصی (لان المبیع) الکلی (قد یکون معدوما عند العقد، و الموجود منه) علی فرض وجود بعض افراده- فالاول کما اذا لم تکن حنطة اصلا، و باع منّا منها، و الثانی کما اذا کانت حنطة فی الخارج لکن البائع لا یملکه- (قد لا یملکه البائع حتی یملکه) للمشتری لانه لا یجوز بیع ما لیس عنده (بل هو) ای الکلّی الّذی یقال: البیع الکلی، فی قبال البیع الشخصی (امر اعتباری) یعتبره العقلاء (یعامل فی العرف و الشرع معه) ای مع هذا الکلی (معاملة الاملاک) الخارجیة (و هذه المعاملة) علی الکلی الّذی هو امر اعتباری (و ان اقتضت صحة اطلاق لفظ الشیء علیه) ای علی الکلی، فان المعاملات تقع علی الاشیاء (او علی ما یعمه) فاذا قال:

عامل علی شیء یربحک، اراد الاعم من الکلی و الشخصی (الا انه) ای ان اطلاق الشیء علی الکلی، او الاعم لا یوجب ان نقول: ان المراد بالشیء فی الروایة هو الاعم بل المتیقن من الروایة الشخصی، و یحتاج الی دخول الکلی فی لفظ الشیء الوارد فی الروایة، الی قرینة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۲

لیس بحیث لو ارید من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجی الشخصی احتیج الی قرینة علی التقیید.

فهو نظیر المجاز المشهور.

و المطلق المنصرف الی بعض افراده انصرافا لا یحوج إرادة المطلق الی القرینة فلا یمکن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجی باصالة عدم القرینة

ف (لیس) صحة اطلاق لفظ الشیء علی الکلی (بحیث لو ارید من اللفظ) ای لفظ الشیء (خصوص ما عداه) ای ما عدا الکلی (من الموجود الخارجی الشخصی، احتیج) ذلک الموجود الخارجی (الی قرینة علی التقیید) ف «الشیء» منصرف الی العین الخارجیة.

(فهو نظیر المجاز المشهور) الّذی شهرته توجب حمل اللفظ علی المجاز، و ان کان غیره حقیقة و «الشیء» منصرف الی العین الخارجیة، و ان کان استعماله فی «الکلی» حقیقة أیضا.

(و) نظیر (المطلق المنصرف الی بعض افراده انصرافا) لا یوجب ان یکون استعمال المطلق فی الاطلاق مجازا، ف (لا یحوج إرادة) المعنی (المطلق) من المطلق (الی القرینة) حیث کان سبب ظهور «الشیء» فی خصوص العین الخارجیة هو الانصراف و الاخذ بالقدر المتیقن (فلا یمکن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجی باصالة عدم القرینة) بان یقال لفظ «الشیء» مطلق یشمل الکلی و الشخصی، فاستعماله فی الشخصی فقط بحاجة الی القرینة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۳

فافهم.

فقد ظهر مما ذکرنا ان لیس فی ادلة المسألة من النصوص و الاجماعات المنقولة، و دلیل الضرر ما یجری فی المبیع الکلی.

و ربما ینسب التعمیم الی ظاهر الاکثر لعدم تقیید هم البیع بالشخصی.

و فيه ان التأمل فى عباراتهم- مع الانصاف-

و حيث ان الاصل عـدم القرينة فلا بد و ان يكون الشـيء استعمل فى الاعم من الكلى و الشخصـى، اذ جوابه ان الأخذ بالقدر المتيقن الناشئ من الانصـراف يعين إرادة الشخصـى من «الشـيء» (فافهم) فانه لا وجه لدعوى الانصـراف و الأخذ بالقدر المتيقن ف «الشيء» مستعمل فى المعنى المطلق الشامل للكلى و الشخصى.

(فقـد ظهر مما ذكرنا ان ليس فى ادلـة المسألة) و هى مسألة خيار التأخير للبائع (من النصوص و الاجماعات المنقولة، و دليل الضـرر ما يجرى فى المبيع الكلى) فاذا باع الشـيء بيعا كليا ثم لم يتسـلم الثمن و لم يسـلم المبيع و مضـى ثلاثـة ايام لم يكن للبائع خيار الفسخ- هـذا على رأى المصـنف- و ان كان الظاهر ان له خيار الفسـخ كما اشـرنا الى ذلك (و ربما ينسب التعميم) و وجود خيار التأخير حتى فى الكلى (الى ظاهر الاكثر، لعدم تقييد هم البيع بالشخصى) و لو كان مرادهم الشخصى لقيّدوه، فان اطلاق كلام الفقهاء حجة، لانهم بصدد بيان كل الخصوصيات فى كتبهم.

(و فيه ان التأمل فى عباراتهم- مع الانصاف-) و الدقة فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٢، ص: ٢٨٤

يعطى الاختصـاص بالمعين، او الشك فى التعميم مع انه معارض بعـدم تصـريح احـد بكون المسألـة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصـيص، الا الشـهيد فى الدروس حيث قال: ان الشـيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعين، فانه ظاهر فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الاصحاب.

ملاحظـة كلمـاتهم (يعطى الاختصـاص) اى اختصـاص كلامـهم (ب) المبيع (المعين، او) لا اقل من (الشك فى) ارادتهم (التعميم) فلا يمكن نسبة التعميم إليهم (مع انه) اى عدم تقييدهم البيع بالشخصى (معارض بعدم تصريح احد بكون المسألة) اى مسألة خيار التأخير (محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص).

وجـه المعارضـة: انهـم حيث لم يـذكروا ان المسألـة ذات قـولين، و ظـاهر الشـيخ انهم يقولـون بالتقييـد، دال على تصـديقهم للشـيخ و الحاصل ان سـكوتهم على الشـيخ دليل التقييـد و هـذا يعارض: ان عـدم تقييـدهم دليل التعميم (الا الشـهيد فى الدروس حيث قال: ان الشـيخ قـدس سره قيـد فى المبسوط هـذا الخيار بشـراء المعين، فانه) اى كلام الشـهيد (ظاهر فى عـدم فهم هـذا التقييـد) بالمعين (من كلمات باقى الاصحاب)

فالشـهيد فهم ان التقييـد خاص بالشـيخ، بينما غير الشـهيد لم يفهم هـذا، و لـذا لم ينسـبوه الى الشـيخ، و قـد عرفت ان ظاهر الشـيخ ان الاصحاب يقيدون.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ١٢، ص: ٢٨٥

لكنك عرفت ان الشيخ قدس سره قد اخذ هذا التقييد فى مضمون روايات اصحابنا.

و كيف كان فالتأمل فى ادلة المسألة، و فتاوى الاصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين.

ثم ان هنا امورا، قيل باعتبارها فى هذا الخيار.

منها: عدم الخيار لاحدهما، او لهما.

قال فى التحرير، و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لاحدهما.

(لكنك عرفت ان الشيخ قدس سره قد اخذ هذا التقييد) بالمعين (فى مضمون روايات اصحابنا) فكيف ينسب الشهيد التقييد الى الشيخ فقط، بينما ظاهر الشيخ ان الاصحاب يقيدون، لا الشيخ فقط.

(و كيف كان) كلام الشيخ و الشهيد (فالتأمل فى ادلة المسألة، و فتاوى الاصحاب) يعطى التعميم، و ان ذكر المصنف انه (يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم) للخيار (بالمعين) فلا يجرى الخيار فى المبيع الكلى.

(ثم ان هنا) اى فى باب خيار التأخير (امورا، قيل باعتبارها فى هذا الخيار) حتى اذا لم توجد تلك الامور فلا خيار.

(منها: عدم الخيار لاحدهما) اى البائع و المشترى (اولهما) فاذا كان لهما او لاحدهما خيار لم يكن للبائع خيار التأخير.

(قال) العلامة (فى التحرير، و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لاحدهما) و بالطريق الاولى لو كان الخيار لهما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۶

و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسألة بقوله و لم يشترطا خيارا لهما او لاحدهما، و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط.

و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة فى كلامه بغير الحيوان، و هو المتاع.

و كيف كان فلا اعرف وجها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط سواء اراد ما يعم خيار الحيوان، أم خصوص خيار الشرط و سواء اريد مطلق الخيار، و

(و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسألة بقوله) انما يكون خيار التأخير للبائع اذا اخّر المشترى التسليم و التسلم الى ثلاثة ايام (و لم يشترطا خيارا لهما او لاحدهما، و ظاهره) حيث لم يشترطا (الاختصاص بخيار الشرط) و ان خيار الشرط لا يدع مجالا لخيار التأخير.

(و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه) اى على خيار الشرط، لا من جهة الخصوصية، بل (لعنوان المسألة فى كلامه بغير الحيوان، و) غير الحيوان (هو المتاع) و فى المتاع لا يكون خيار الحيوان، و الا فهو يرى ان كل خيار ينافى خيار التأخير.

و انما نحتمل هذا الاحتمال، لانه لا خصوصية لخيار الشرط.

(و كيف كان) سواء كان مراده العموم، او الخصوص (فلا اعرف وجها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط) الّذى ذكرناه بقولنا: منها (سواء اراد) من اشتراط ان لا يكون خيار آخر (ما يعم خيار الحيوان، أم خصوص خيار الشرط) فلا تكون منافات بين خيار الحيوان و خيار التأخير (و سواء اريد مطلق الخيار) و ان وجود اى خيار يمنع من خيار التأخير (و) كذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۷

لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة، أم اريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة، سواء احدث فيها، أم بعدها.

و اوجه ما يقال فى توجيه هذا القول مضافا الى دعوى انصراف النصوص

لا اعرف وجها لهذا الشرط (لو اختص) هذا الشرط (بما قبل انقضاء الثلاثة، أم اريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة) اى قالوا: الشرط لخيار التأخير حيث لا يكون خيار، و هذا لا وجه له، سواء ارادوا بان لا يكون خيار فى الثلاثة كالحيوان او ارادوا ان لا يكون خيار بعد الثلاثة، كما اذا شرط الخيار بعد ثلاثة ايام من المبيع (سواء احدث فيها) اى فى الثلاثة، كان قال: لى الخيار من اليوم الثانى الى اسبوع (أم بعدها) كان قال: لى الخيار من اليوم الرابع الى اسبوع.

و قوله «سواء» متعلق بقوله «فيما بعد الثلاثة».

(و اوجه ما يقال فى توجيه هذا القول) اى قول من يشترط فى خيار التأخير ان لا يكون هناك خيار آخر ثلاثة امور.

الاول: انصراف ادلة خيار التأخير الى صورة عدم وجود الخيار فى البين الثانى: ان شرط الخيار معناه ان يكون تأخير المشترى بحق، و

مع كون تأخير المشترى بالحق لم يكن للبائع خيار.

الثالث: ان خيار التأخير وضع لدفع ضرر البائع، فاذا كان ضرره مندفعا بخيار آخر، لم يكن وجه لجعل خيار التأخير.

و قد اشار المصنف الى الوجه الاول بقوله: (مضافا الى دعوى انصراف النصوص) اى نصوص خيار التأخير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۸

الى غير هذا الفرض ان شرط الخيار فى قوة اشتراط التأخير، و تأخير المشترى بحق الخيار ينفى خيار البائع.

و توضيح ذلك ما ذكره فى التذكرة فى احكام الخيار من انه لا يجب على البائع تسليم المبيع، و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار

(الى غير هذا الفرض) لان الخيار لاجل تدارك الضرر، فحيث لا ضرر لا خيار.

و اشار الى الوجه الثانى بقوله: (ان شرط الخيار) فى العقد (فى قوة اشتراط التأخير) اى تأخير المشترى اعطاء الثمن للبائع فان الخيار كما سيأتى- يوجب لصاحب الخيار الامتناع عن تسليم ما عنده (و تأخير المشترى) اعطاء الثمن (ب) سبب (حق الخيار) الّذى له (ينفى خيار البائع).

و حيث ان كلتا المقدمتين «شرط الخيار فى قوة اشتراط التأخير» «و تأخير المشترى بحق الخيار ينفى خيار البائع» تحتاج الى البرهان قال المصنف: (و توضيح ذلك ما ذكره فى التذكرة فى احكام الخيار من انه لا يجب على البائع تسليم المبيع، و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار).

و لعله لان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقول الوفاء بالعقد اللازم لازم اما العقد الجائز فلا يلزم الوفاء به، سواء كان جائزا بذاته كالهبة الجائزة، او بسبب الخيار، او لما ذكره شيخ الطائفة من ان الملك لا يكون الا بعد الخيار ففى حالة عدم ملك الطرف لا يجب تسليم شيء إليه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۸۹

و لو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، و لا يجبر الآخر على تسليم ما فى يده، و له استرداد المدفوع قضية للخيار.

و قال بعض الشافعية ليس له استرداده، و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى.

و حينئذ فوجه هذا الاشتراط ان ظاهر الاخبار كون عدم مجيء المشترى بالثمن بغير حق التأخير، و ذو الخيار له حق التأخير.

(و لو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره) لاصالة بقاء الخيار (و لا يجبر الآخر على تسليم ما فى يده).

مثلا: لو سلم البائع لم يبطل خياره، و لم يجبر المشترى على تسليم الثمن، لاصالة ان للمشترى الامتناع عن التسليم ما دام الخيار موجودا

(و له) اى للذى سلّم (استرداد المدفوع) فكل تلك الاحكام الثلاثة (قضية للخيار) اى لانها مقتضى الخيار.

(و قال بعض الشافعية) اذا سلّم (ليس له استرداده، و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه) اى بدون رضا الصاحب.

فحال تسليم احدهما يكون (كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع) و لا وجه لكلامه (انتهى) كلام التذكرة.

(و حينئذ) اى حين تبين كلام التذكرة (فوجه هذا الاشتراط) اى اشتراط خيار التأخير بان لا يكون خيار آخر (ان ظاهر الاخبار كون عدم مجيء المشترى بالثمن بغير حق التأخير) يوجب خيار البائع (و ذو الخيار له حق التأخير) فاذا كان للمشترى خيار حق فله ان يؤخر الثمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۰

و ظاهرها أيضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له فى عدم الاقباض.

و الحاصل: ان الخيار بمنزلة تأجيل احد العوضين.

و فیه

و اذا حق له لم یکن للبائع خیار.

(و ظاهرها) ای ظاهر الاخبار (أیضا کون عـدم اقباض البائع) تابع (لعـدم قبض) البائع (الثمن) من المشتری، فاذا لم یسـلم احـدهما حق للآخران لا یسلم (لا لحق) مستقل (له) ای للبائع (فی عدم الاقباض).

فاذا کان للمشتری خیار حق فله ان لا یسلم الثمن و اذا لم یسلم الثمن حق للبائع ان لا یسلم المبیع.

فخیار احدهما یوجب ان یحق لکلیهما عدم تسلیم ما عنده.

(و الحاصل) من اسـتدلال العلامـة فی بیان اشتراط خیار التأخیر بعدم خیار آخر لاحدهما (ان الخیار) الکائن لاحدهما (بمنزلة) اشتراط (تأجیل احد العوضین).

فکما انه اذا کان هناک شرط التأجیل لم یکن خیار التأخیر، کذلک اذا کان هناک خیار یکون بمنزلة شرط التأجیل.

(و فیه) ان هذا الدلیل مبنی علی ثلاث مقدمات.

الاولی: ان الخیار یوجب حق تأجیل ذی الخیار لما عنده.

الثانیة: ان اخبار خیار التأخیر انما تعطی الخیار لمن لا یحق له التأخیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۱

بعد تسلیم الحکم فی الخیار و تسلیم انصراف الاخبار الی کون التأخیر بغیر حق انه ینبغی علی هذا القول

الثالثة: انه اذا حق التأخیر لا یکون خیار التأخیر اصلا.

اذا عرفت هذا فنقول (بعد تسـلیم الحکم فی الخیار) و هو المقدمة الاولی (و تسـلیم انصراف الاخبار) ای اخبار خیار التأخیر (الی کون التأخیر بغیر حق) و هو المقدمـة الثانیـة (انه) نمنع المقدمـة الثالثـة اذ لا تلازم بین ان لا یکون خیار التأخیر اصـلا، و بین حق التأخیر فی الجملة اذ نقول: انه ما دام للمشتری خیار حق له التأخیر، اما اذا انتهی خیاره فلا یحق له التأخیر.

و اذا لم یحق له التأخیر و اخّر، کان للبائع الخیار، لدلیل: لا ضرر و غیره هذا أولا.

و نقول ثانیا لو کان خیار التأخیر یتوقف علی عدم وجود خیار، یلزم امران.

الاـول: ان یکون مبـدأ الثلاثـة فی خیـار التأخیر بعـد انتهاء المجلس اذ ما دام المجلس کان هناک خیار، مع ان ظاهرهم ان مبـدأ خیار التأخیر من حین العقد.

الثـانی: ان لا یکون خیار التأخیر فی بیع الحیوان اذ: خیار الحیوان موجود الی ثلاثـة ایام، فلا مجال لخیار التأخیر، مع انهم متفقون علی وجود خیار التأخیر فی بیع الحیوان.

و اشار المصنف الی الاول بقوله: (ینبغی علی هذا القول) و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۲

کون مبدأ الثلاثة من حین التفرق و کون هذا الخیار مختصا بغیر الحیوان مع اتفاقهم علی ثبوته فیه، کما یظهر من المختلف.

و ذهب الصدوق الی کون الخیار فی الجاریة بعد شهر، الا ان یراد

قول ان لا خیار للتأخیر اذا کان هناک خیار (کون مبدأ الثلاثة) فی خیار التأخیر (من حین التفرق) مع ان ظاهرهم انه من حین العقد.

و اشـار الی الثـانی بقوله: (و کون هـذا الخیار) ای خیار التأخیر (مختصا بغیر الحیوان) لمکان خیار الحیوان (مع اتفاقهم علی ثبوته) ای

ثبوت خیار التأخیر (فیه) ای فی بیع الحیوان (کما یظهر) الاتفاق (من المختلف) للعلامة.

(و) ان قلت: اذا کان اتفاق علی ثبوت خیار التأخیر فی الحیوان فکیف انکره الصدوق فانه (ذهب الصدوق الی کون الخیار) ای خیار التأخیر (فی الجاریة بعد شهر) و معنی ذلک انه لا خیار فی الثلاثة الایام الاول من بیع الجاریة.

قلت: ان الصدوق لم ینکر اصل خیار التأخیر، و انما جعل وقته بعد شهر، فلیس کلامه منافیا لکلام المختلف الّذی ادعی الاتفاق علی وجود خیار التأخیر فی کل حیوان، و الجاریة قسم من الحیوان (الا ان یراد) هذا اشکال علی قوله «و کون هذا الخیار» فاصل الکلام هو انه «لو کان الخیار مانعا عن خیار التأخیر، لزم ان لا یکون للحیوان خیار التأخیر» و جوابه انه لا تلازم بین الامرین: «خیار الحیوان، و عدم خیار التأخیر».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۳

بما فی التحریر عدم ثبوت خیار التأخیر ما دام الخیار ثابتا لاحدهما، فلا ینافی ثبوته فی الحیوان بعد الثلاثة.

و قد یفصل بین ثبوت الخیار للبائع من جهة اخری فیسقط معه هذا الخیار، لان خیار التأخیر شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغیره.

اذ من الممکن ان یراد بخیار التأخیر الموجود فی الحیوان حسب نقل العلامة الاتفاق (بما فی التحریر) من (عدم ثبوت خیار التأخیر ما دام الخیار) ای خیار الحیوان (ثابتا لاحدهما، فلا ینافی) عدم خیار التأخیر ما دام (ثبوته) ای ثبوت خیار التأخیر (فی الحیوان بعد الثلاثة).

و بهذا تبین ان قولنا «و کون هذا الخیار» غیر تام، و انه یعمّ ما ذکره ابن ادریس و العلامة من اشتراط خیار التأخیر بان لا یکون هناک خیار، فاذا کان هناک خیار، لم یکن خیار التأخیر.

الثالث من ادلة عدم خیار التأخیر لمن له خیار ما اشار إلیه بقوله:

(و قد یفصل) فانه دلیل لهذا القول فی الجملة، و التفصیل هو: (بین ثبوت الخیار للبائع من جهة اخری) غیر خیار التأخیر (فیسقط معه) ای مع ذلک الخیار (هذا الخیار) ای خیار التأخیر، و بین ما اذا کان الخیار للمشتری فلا یسقط معه خیار التأخیر، کما سیأتی هذا الشق من التفصیل بعد اسطر.

و انما یسقط خیار التأخیر مع خیار البائع (لان خیار التأخیر شرع لدفع ضرره) ای ضرر البائع، حیث لا یتضرر بعدم امکانه التصرف لا فی الثمن و لا فی المثمن (و قد اندفع) الضرر (بغیره) ای بغیر خیار التأخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۴

و لدلالة النص و الفتوی علی لزوم البیع فی الثلاثة، فیختص بغیر صورة ثبوت الخیار له.

قال و دعوی ان المراد من الاخبار اللزوم من هذه الجهة

لان المفروض ان للبائع الخیار من جهة اخری، فله الأخذ به و فسخ المعاملة فیتصرف فی المثمن ان شاء.

(و لدلالة النص و الفتوی علی) ان خیار التأخیر له شقان.

الاول: اللزوم فی الثلاثة فلا خیار له.

و الثانی: الخیار بعد الثلاثة فلا یجری هذا النص و الفتوی فیما اذا لم یکن له لزوم فی الثلاثة.

و اذا کان للبائع خیار فی الثلاثة من جهة الشرط مثلا، لم یکن الاول

و اذا لم یکن الاول لم یکن الثانی، اذا فالنص و الفتوی دلا علی (لزوم البیع فی الثلاثة، فیختص) خیار التأخیر (بغیر صورة ثبوت الخیار) فی الثلاثة (له) ای للبائع.

(قال) المفصل اشکالا علی نفسه فی دعواه بقوله «لدلالة ..» و اراد بهذا بیان ردّه لیقوی برده دلیله الثانی (و دعوی ان المراد من الاخبار اللزوم من هذه الجهة) ای جهة انه لا خیار للتأخیر، فلا دلالة فی الاخبار علی وجود خیار، او عدمه فی الثلاثة الایام فاخبار خیار التأخیر تعمّ صورة جواز البیع فی الثلاثة من غیر جهة للتأخیر.

و الحاصل ان المفصل قال: و الاخبار تشمل ما کان فی الثلاثة لازما و بعد الثلاثة یکون الخیار، فلا تشمل ما اذا کان خیار فی الثلاثة، اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۵

مدفوعة، بان التأخیر سبب للخیار، و لا یتقید الحکم بالسبب و بین ما اذا کان الخیار للمشتری فلا وجه لسقوطه.

فلا خیار للتأخیر اذا کان هناک خیار آخر.

و المستشکل اجاب بان الاخبار تدل علی ان خیار التأخیر لا وجود له فی الثلاثة، و له وجود بعدها، و هی تشمل ما اذا کان العقد فی الثلاثة لازما، أم لا.

فهذه الدعوی (مدفوعة، بان) الظاهر من اخبار خیار التأخیر انه لا جنس للخیار فی الثلاثة اصلا، لا انه لا خیار للتأخیر فقط.

فان (التأخیر) عن الثلاثة (سبب للخیار، و لا یتقید الحکم) و هو الخیار (بالسبب) و هو التأخیر، فانه لا یصح ان یقال: التأخیر سبب الخیار المقید بالتأخیر.

و انما لا- یصح، لانه یستلزم تقدم الموضوع علی الحکم مرة، لانه موضوع و تأخر الموضوع عن الحکم، مرة، لان الموضوع قید للحکم، و قید الحکم مؤخر عن الحکم.

و علی هذا فلا یصح ان نقول: الاخبار ظاهرة، فی انه لا خیار فی الثلاثة من حیث انه خیار التأخیر، بل اللازم ان نقول ظاهر الاخبار انه لا خیار فی الثلاثة مطلقا، و علیه فاذا کان هناک خیار لم یکن خیار التأخیر، و هذا ما قصده المفصل فی الشق الاول من تفصیله.

اما شقه الثانی فهو ما اشار إلیه بقوله: (و بین ما اذا کان الخیار للمشتری) فقط، و لم یکن خیار للبائع (فلا وجه لسقوطه) ای سقوط خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۶

مع ان اللازم منه عدم ثبوت هذا الخیار فی الحیوان.

و وجه ضعف هذا التفصیل ان ضرر الصبر بعد الثلاثة لا یندفع بالخیار فی الثلاثة.

البائع اذا اخر المشتری تسلیم الثمن الی ثلاثة ایام.

و انما لا وجه، لامرین.

الاول: اطلاقات ادلة الخیار الشاملة لما اذا کان للمشتری خیار أم لا الثانی: انه لو کان خیار البائع یسقط لاجل خیار المشتری لزم ان لا یکون للبائع خیار، فیما اذا باع الحیوان، لوجود الخیار للمشتری فی الحیوان ثلاثة ایام.

و الی هذا اشار بقوله: (مع ان اللازم منه) ای من عدم خیار البائع فیما کان للمشتری خیار (عدم ثبوت هذا الخیار) ای خیار التأخیر (فی الحیوان) و الحال انه ثابت فی الحیوان لاطلاقات ادلة خیار التأخیر الشاملة لما اذا کان المبیع حیوانا، و للاجماع الّذی تقدم عن العلامة فی وجود خیار التأخیر فی الحیوان أیضا.

(و وجه ضعف هذا التفصیل) هذا اشکال علی الشق الاول، حیث قال: فیسقط معه هذا الخیار، لان خیار التأخیر شرع ..

و حاصله انکم قلتم: حکمة خیار التأخیر دفع الضرر، و لا ضرر مع وجود خیار آخر، و الحال ان المقدمة الثانیة غیر تامة.

ف (ان ضرر الصبر بعد الثلاثة) اذا كان الخيار للبائع فى الثلاثة كما اذا اشترط خيار ثلاثة ايام لنفسه (لا يندفع بالخيار فى الثلاثة).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۷

و اما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفى الخيار فى الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير و لذا لا ينافى هذا الخيار خيار المجلس.

و منها: تعدد المتعاقدين

لان النص مختص بصورة التعدد.

فدليل المفصل اخص من مدعاه، فان مدعاه «ان مع خيار خارجى لا خيار للتأخير» و دليله: لا ضرر، مع انه يكون احيانا ضرر مع وجود الخيار الخارجى.

(و اما ما ذكره) المفصل (من عدم تقييد الحكم بالسبب) الّذى هو كالموضوع (ف) فيه انه (لا يمنع من كون نفى الخيار فى الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير).

اذ تقيد الحكم بالسبب لا يقتضى انحصار السبب فى التأخير فلا ينافى وجود سبب آخر أيضا للخيار قبل هذا السبب (و لذا لا ينافى هذا الخيار خيار المجلس) هذا تمام الكلام فى الامر الّذى ذكر اشتراطه فى خيار التأخير.

الامر الثانى: هو: ما اشار إليه بقوله: (و منها) اشتراط (تعدد المتعاقدين) بان يكون البائع غير المشترى، فاذا كال انسان واحد كيلا عن المالكين، و باع من هذا لهذا، و لم يقبض المتاع و لا الثمن عنهما و مضى ثلاثة ايام لم يكن له ان يفسخ المعاملة بالخيار، و ذلك لامرين الاول (لان النص مختص بصورة التعدد) فلا يجرى فى غير المتعدد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۸

و لان هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه.

و فيه ان المناط عدم الاقباض و القبض، و لا اشكال فى تصوره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما.

و اما خيار المجلس فقد عرفت انه غير ثابت للوكيل فى مجرد العقد.

(و) الثانى (لان هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس) لما تقدم فى الشرط الاول من انه ما دام للبائع خيار لم يكن له خيار التأخير (و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد) اذ لا يحصل افتراق حتى تنتهى مدة خيار المجلس (الا مع اسقاطه) اى اسقاط خيار المجلس، فاذا اسقط خيار المجلس ثبت خيار التأخير، لانه لا خيار حينئذ.

(و فيه) اما الاول، فيرد عليه (ان المناط) فى خيار التأخير (عدم الاقباض و القبض، و لا اشكال فى تصوره) اى تصور عدم الاقباض و القبض (من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما).

و اذا حصل المناط فى العاقد الواحد كان اللازم القول بوجود خيار التأخير فى العاقد الواحد أيضا.

(و اما) الدليل الثانى، و هو ان وجود (خيار المجلس) مانع عن خيار التأخير (ف) يرد عليه انك (قد عرفت) فى باب خيار المجلس (انه غير ثابت للوكيل فى مجرد العقد) اى فى اجراء الصيغة فقط.

و عليه ففى بعض الاماكن لا خيار للمجلس، فكيف يمكن ان يستدل على عدم خيار التأخير مطلقا بما هو اخص منه، اى بوجود خيار المجلس

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۲۹۹

و علی تقدیره فیمکن اسقاطه، او اشتراط عدمه.

نعم لو کان العاقد ولیا بیده العوضان لم یتحقق الشرطان الاولان اعنی عدم الاقباض و القبض.

و لیس ذلک من جهة اشتراط التعدد.

و منها: ان لا یکون المبیع حیوانا، او خصوص الجاریة،

فان المحکی عن الصدوق فی المقنع: انه اذا اشتری جاریة، فقال:

الّذی لیس کلیا.

(و علی تقدیره) ای تقدیر وجود خیار المجلس کما اذا کان وکیلا مفوضا (فیمکن اسقاطه) ای اسقاط خیار المجلس بعد العقد (او اشتراط عدمه) حین العقد، فلا یکون خیار مجلس حیث یمتنع خیار التأخیر معه.

(نعم لو کان العاقد ولیا بیده العوضان لم یتحقق الشرطان الاولان) ای شرطا خیار التأخیر (اعنی عدم الاقباض و) عدم (القبض) و انما لم یتحققا، لان کون المالین تحت سیطرة الولی کاف فی حصول القبض و الاقباض.

(و) لکن (لیس ذلک) ای لیس عدم خیار التأخیر فی الولی لهما (من جهة اشتراط التعدد) بل هو من جهة عدم شرط خیار التأخیر، و الشرط هو عدم القبض و الاقباض.

(و منها) ای مما قیل باعتبارها فی خیار التأخیر (ان لا یکون المبیع حیوانا، او) ان لا یکون (خصوص الجاریة) اما سائر الحیوانات، فخیارها ثلاثة (فان المحکی عن الصدوق فی المقنع: انه اذا اشتری جاریة فقال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۰

اجیئک بالثمن، فان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر، و الا فلا بیع له.

و ظاهر المختلف: نسبة الخلاف الی الصدوق، فی مطلق الحیوان و المستند فیه روایة ابن یقطین عن رجل اشتری جاریة، فقال:

اجیئک بالثمن، فقال ان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر، و الا فلا بیع له و لا دلالة فیها علی صورة عدم اقباض الجاریة.

و لا قرینة علی حملها علیها، فیحتمل الحمل علی

اجیئک بالثمن، فان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر) فهو (و الا فلا بیع له) ای له الخیار- علی ما تقدم من معنی لا بیع له-.

(و ظاهر المختلف: نسبة الخلاف الی الصدوق، فی مطلق الحیوان) انسانا کان او بهیمة.

(و) کیف کان، ف (المستند فیه روایة ابن یقطین عن رجل اشتری جاریة، فقال: اجیئک بالثمن) فما حکمه ان لم یأت بالثمن (فقال) علیه السلام (ان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر) فهو (و الا فلا بیع له).

و لعل العلامة فهم من الصدوق انه ذکر الجاریة من باب المثال، و لذا نسب إلیه القول فی مطلق الحیوان.

(و) هذه الروایة لا تدل علی مطلوب الصدوق، اذ (لا دلالة فیها علی صورة عدم اقباض الجاریة) و قد سبق ان من شرط خیار التأخیر عدم اقباض البائع المتاع.

(و لا قرینة) فی الداخل او الخارج (علی حملها) ای روایة ابن یقطین (علیها) ای علی صورة عدم اقباض الجاریة (فیحتمل الحمل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۱

اشتراط المجیء بالثمن الی شهر فی متن العقد، فیثبت الخیار عند تخلف الشرط.

و یحتمل الحمل علی استحباب صبر البائع و عدم فسخه الی شهر و کیف کان فالروایة مخالفة لعمل المعظم، فلا بد من حملها علی

بعض الوجوه.

ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق، او من حين العقد، وجهان.

من ظهور قوله فان جاء

اشتراط المجیء بالثمن الى شهر فى متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط).

و سبب هذا الحمل انه يدور امر الرواية بين الطرح، لانها مخالفة للقاعدة، او هذا الحمل، فهذا الحمل اولى.

(و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر) حيث ان الرواية لا حجية فيها لاثبات حكم مخالف للاصل، اما الاستحباب فلا بأس، و ذلك للتسامح فى ادلة السنن.

(و كيف كان فالرواية مخالفة لعمل المعظم، فلا بد من حملها على بعض الوجوه) فبعد كونها شاذة- كما عن الدروس- و ضعيفة السند- كما عن المختلف-، معرض عنها.

(ثم ان مبدأ الثلاثة) فى خيار التأخير حيث انه بعد الثلاثة له الخيار (من حين التفرق، او من حين العقد، وجهان).

وجه انه من حين التفرق (من ظهور قوله) عليه السلام (فان جاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٣٠٢

بالثمن بينه و بين ثلاثة ايام فى كون مدة الغيبة ثلاثة.

و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة ايام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام فى رواية ابن يقطين: الاجل بينهما ثلاثة ايام، فان قبض بيعه، و الا فلا بيع بينهما، و هذا هو الاقوى.

بالثمن بينه و بين ثلاثة ايام فى كون مدة الغيبة ثلاثة) فما داما فى المجلس لا يحسب ذلك من الثلاثة، هذا بالإضافة الى انه ما دام خيار المجلس، يكون للمشترى الحقّ فى عدم اعطاء الثمن- على ما تقدم-.

(و) وجه انه من حين العقد (من كون ذلك) اى بينه و بين ثلاثة ايام (كناية عن عدم التقابض ثلاثة ايام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام فى رواية ابن يقطين: الاجل بينهما ثلاثة ايام، فان قبض) المشترى المبيع، كان (بيعه) تاما (و الا فلا بيع بينهما) اى لا بيع لازم- كما سبق- (و هذا هو الاقوى) لانه المنصرف من اطلاق النص و الفتوى.

ثم لا يبعد ان المراد بالثلاثة- كالمراد بالعشرة فى باب الاقامة- يراد ثلاث نهارات مع ليلتين متوسطتين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٣٠٣

مسئلة يسقط هذا الخيار بامور،

احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال و لا خلاف،

و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة وجهان، من ان السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق الا بعد الثلاثة.

و لذا صرح فى التذكرة بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق اذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع انه اولى بالجواز.

(مسألة: يسقط هذا الخيار) اى خيار التأخير (بامور).

(احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال و لا خلاف) و ذلك لان الخيار حق لذى الخيار، و ليس بحكم، و الحق قابل للاسقاط عرفا، و

الشارع لم يحدث طريقة جديدة، و الا لبيّنها، فاللازم ان يكون قد امضـى طريقة العرف، كما فى سائر موارد المعاملات (و فى سـقوطه بالاسقاط فى الثلاثة وجهان).

وجه عدم السـقوط (من ان السـبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق) السبب (الا بعد الثلاثة) و حيث لا سبب لا مسبب، فلا خيار حتى يسـقط (و لذا) الّذى لا يسـقط الخيار قبل حصوله (صرح فى التذكرة بعدم جواز) اى عدم نفوذ (اسقاط خيار الشرط قبل التفرق، اذا قلنا بكون مبـدئه) اى مبـدأ خيار الشـرط (بعـده) اى بعـد التفرق، و وجه كون مبدئه بعد التفرق انه ما دام المجلس، فخيار المجلس موجود، و مع خيـار المجلس لا ـ وجود لخيـار الشـرط، لا ـنه لا ـ فائـدة منه (مع انه) اى خيار الشـرط (اولى بالجواز) من خيار التأخير اى بجواز الاسـقاط، لانه خيار مجعول من نفس المتعاقدين و ما جعلاه اقرب الى امكان اسـقاط ما جعله الشارع و هو خيار التأخير و أيضا ان الشرط- و هو علة الخيار قد تحقق عند العقد، فاللازم امكان اسقاطه، بخلاف التأخير الّذى هو علة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۳۰۴

و من ان العقد سبب الخيار فيكفى وجوده فى اسقاطه، مضافا الى فحوى جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد،

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الارشاد، و لعله لعموم ادلة الشروط.

و يشكل على عدم جواز اسقاطه فى الثلاثة بناء على ان السبب فى هذا الخيار

الخيار فانه لا يتحقق الا بعد الثلاثة.

(و) وجه عدم سقوطه بالاسقاط (من ان العقد سبب الخيار فيكفى وجوده) اى وجود العقد (فى اسقاطه) فانه لو لا العقد لم يكن خيار، فهو السبب الاولى (مضافا الى فحوى جواز اشتراط سـقوطه فى ضـمن العقد) فانه لا اشـكال عندهم بجواز شرط اسقاط كل الخيارات فى ضمن العقد و هذا الخيار منها

فاذا صح اسـقاطه ضـمن العقد، صح اسقاطه بعد العقد بطريق اولى و الاولوية لانه اذا لم يتحقق بعد العقد و صح اسقاطه، صح اسقاطه بعد تحقق العقد قطعا.

(الثانى) من مسقطات خيار التأخير (اشتراط سقوطه فى متن العقد حكى) هذا المسقط (عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الارشاد، و لعله) اى لعل وجه السقوط بهذا المسقط (لعموم ادلة الشروط) فان «المؤمنون عند شروطهم» يشمل المقام، كما يشمل غيره.

(و يشكل) هذا المسقط بناء (على عدم جواز اسقاطه فى الثلاثة) التى ذكرناها فى المسقط الاول (بناء) فى وجه عدم اسقاطه فى الثلاثة (على ان السبب فى هذا الخيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲، ص: ۳۰۵

هو الضـرر الحادث بالتأخير، دون العقد، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسـقاطه بدون شـرط، فان كان اجماع على السـقوط بالشـرط كما حكاه بعض قلنا به بل بصحة الاسقاط بعد العقد لفحواه، و الا فللنظر فيه مجال.

الثالث: بذل المشترى للثمن بعد [الثلاثة]

هو الضرر الحادث بالتأخير، دون) ان يكون السبب هو (العقد).

وجه الاشکال (فان الشرط انما یسقط به ما یقبل الاسقاط بدون الشرط) لصحهٔ اسقاطه، لانه حق ثابت الآن، و ان لم یکن شرط لاسقاطه و لذا لا یصح ان یقول غیر المتزوج انی اسقطت حقّی علی زوجتی (و لا یوجب) الشرط (شرعیهٔ سقوط ما لا یشرع اسقاطه بدون شرط) فان هذا الاسقاط اذا لم یکن مشروعا لم ینفع شرط اسقاطه فی ضمن العقد فی سقوطه، لانه لیس بحق (فان کان اجماع علی السقوط) لخیار التأخیر (بالشرط) فی ضمن العقد (کما حکاه) ای الاجماع (بعض، قلنا به) ای بهذا المسقط (بل) قلنا (بصحهٔ الاسقاط بعد العقد) أیضا (لفحواه) فانه اذا صح الاسقاط ضمن العقد، صح بعده بطریق اولی، کما تقدم وجه الفحوی (و الا) یکن اجماع (فللنظر فیه) ای فی هذا المسقط (مجال) لکن الاقوی السقوط، لان العقد هو السبب، و هو طریقهٔ العقلاء فی المعاملات، و الشارع لم یحدث طریقا جدیدا، و بذلک دلّ علی انه امضاها.

(الثالث) من مسقطات خیار التأخیر (بذل المشتری للثمن بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۶

الثلاثهٔ، فان المصرح به فی التذکرهٔ سقوط الخیار حینئذ.

و قیل بعدم السقوط بذلک استصحابا، و هو حسن لو استند فی الخیار الی الاخبار.

و اما اذا استند فیه الی الضرر، فلا شک فی عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر لیتدارک بالخیار.

و لو فرض تضرره سابقا بالتأخیر، فالخیار لا یوجب تدارک ذلک، و

الثلاثهٔ) قبل فسخ البائع (فان المصرح به فی التذکرهٔ سقوط الخیار حینئذ) ای حین البذل.

(و قیل بعدم السقوط بذلک) البذل (استصحابا) للخیار (و هو) ای عدم السقوط (حسن) لا للاستصحاب، بل (لو استند فی الخیار الی الاخبار) فان اطلاقها شامل لصورتی البذل و عدمه.

(و اما اذا استند فیه) ای فی الخیار (الی) دلیل (الضرر ف) الاجمال للقول ببقاء الخیار، اذ (لا شک فی عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر) الآن (لیتدارک) هذا الضرر (بالخیار).

اللهم الا اذا کان هناک ضرر بعد الثلاثهٔ بسبب ارتفاع القیمهٔ بعد الثلاثهٔ، فانه ضرر توجه الی المالک لسبب التأخیر، و لا یتدارک ببذل الثمن، فتأمل.

(و لو فرض تضرره) ای البائع (سابقا) فی الثلاثهٔ (بالتأخیر فالخیار) الآن بعد البذل (لا یوجب تدارک ذلک) الضرر حتی یقال: ان الخیار لتدارک الضرر (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۷

انما یتدارک به الضرر المستقبل.

و دعوی ان حدوث الضرر قبل البذل یکفی فی بقاء الخیار، مدفوعهٔ بان الاحکام المترتبهٔ علی نفی الضرر تابعهٔ للضرر الفعلی، لا مجرد حدوث الضرر فی زمان.

و

انما یتدارک به) ای بالخیار (الضرر المستقبل) و المفروض انه لا تأخیر فی البذل عن المستقبل، حتی یوجب ضررا فیوجب خیارا.

(و دعوی ان حدوث الضرر قبل البذل) و لو آنا مّا (یکفی فی بقاء الخیار) مثل الطهارهٔ، و النجاسهٔ، و الملکیهٔ، و الزوجیهٔ، و الحریهٔ، و الرقیهٔ، و غیرها مما یکون حدوثه و لو آنا مّا سببا لبقائه، الا اذا جاء ما ینقض ذلک.

فهذه الدعوی (مدفوعهٔ بان الاحکام المترتبهٔ علی نفی الضرر تابعهٔ للضرر الفعلی، لا مجرد حدوث الضرر فی زمان).

فان علیة الضرر لتلک الاحکام التی منها الخیار فی المقام تقتضی دوران تلک الاحکام مدار الضرر الفعلی وجود او عدما، لا ان الضرر آنا مّا یکفی فی ترتب الاحکام الی الابد.

اما الامثلة التی ذکروها، فان الدلیل الخارجی عقلا او نقلا، دل علی ان المدار الحدوث آنا مّا.

(و) حیث ان المصنف ذکر أولا انه لو کان مبنی خیار التأخیر علی الاخبار، بقی الخیار و لو مع البذل بعد الثلاثة، بقوله «و هو حسن ..

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۸

لا یبعد دعوی انصراف الاخبار الی صورة التضرر فعلا بلزوم العقد، بان یقال بان عدم حضور المشتری علة لانتفاء اللزوم یدور معها وجود او عدما و کیف کان فمختار التذکرة لا یخلو عن قوة.

الرابع: اخذ الثمن من المشتری بناء علی عدم سقوطه بالبذل

و الا لم یحتج

الخ» اراد ردّ هذا الحسن، و انه لا یکون خیار و ان کان المستند الاخبار.

اذ (لا یبعد دعوی انصراف الاخبار الی صورة التضرر فعلا بلزوم العقد) فمفاد الاخبار أیضا مفاد: لا ضرر، و کما ان البذل بعد الثلاثة یرفع الخیار المستند الی: لا ضرر، کذلک یرفع المستند الی الاخبار (بان یقال) ان ظاهر الاخبار یفید (بان عدم حضور المشتری علة لانتفاء اللزوم) ای لزوم البیع، فللبائع الخیار ف (یدور) عدم اللزوم (معها) ای مع هذه العلة (وجودا و عدما) فاذا حضر المشتری صار اللزوم، و ان کان بعد الثلاثة.

(و کیف کان) الامر (فمختار التذکرة) بان بذل المشتری یوجب سقوط الخیار بعد الثلاثة (لا یخلو) عند المصنف (عن قوة) و ان کان الاظهر بقاء الخیار.

(الرابع) من مسقطات خیار التأخیر (اخذ) البائع (الثمن من المشتری) فان الأخذ یسقط الخیار (بناء علی عدم سقوطه) ای عدم سقوط الخیار (بالبذل) من المشتری، ای اذا قلنا ان المسقط الثالث البذل لیس مسقطا، یکون الاخذ مسقطا (و الا) بان کان البذل مسقطا (لم یحتج) الاسقاط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۰۹

الی الاخذ به، و السقوط به، لانه التزام فعلی بالبیع و رضا بلزومه.

و هل یشترط افادة العلم بکونه لاجل الالتزام، او یکفی الظن فلو احتمل کون الاخذ بعنوان العاریة، او غیرها لم ینفع، أم لا یعتبر الظن أیضا، وجوه، من عدم تحقق موضوع الالتزام الا بالعلم.

(الی الاخذ) ای اخذ البائع (به) ای بالثمن لان المسقط حصل قبل الاخذ.

(و) کیف کان، ف (السقوط) للخیار (به) ای بالاخذ، انما هو (لانه) ای الاخذ (التزام فعلی بالبیع و رضا بلزومه) و بعد الرضا لا خیار.

(و هل یشترط) فی سقوط الخیار بأخذ البائع للثمن (افادة) الاخذ (العلم بکونه) ای بکون الأخذ (لاجل الالتزام) ای التزام البائع بالبیع (او یکفی) فی اسقاط الخیار (الظن) بان اخذه لاجل الالتزام (فلو احتمل) احتمالا ضد العلم او احتمالا لا یورث الشک ضد الظن (کون الاخذ) ای اخذ البائع الثمن انما کان (بعنوان العاریة، او غیرها) کالودیعة (لم ینفع) الاخذ فی اسقاط الخیار (أم لا یعتبر الظن أیضا) کما لا یعتبر العلم (وجوه) ثلاثة.

وجه اعتبار العلم (من عدم تحقق موضوع الالتزام) و هو الرضا (الا بالعلم) فانا لا نعلم بان البائع التزم حتی یسقط خیاره الا اذا علمنا انه

اخذ الثمن بعنوان كونه ثمنا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۰

و من كون الفعل مع افادة الظن أمارة عرفية على الالتزام كالقول.

و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان او الشرط، بما كان رضاء نوعيا بالعقد، و هذا من اوضح افراده.

و قد بيّنا عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا.

و خير الوجوه اوسطها، لكن الاقوى الاخير.

و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم للاصل و عدم الدليل

(و) وجه اعتبار الظن (من كون الفعل) اى الأخذ (مع افادة الظن) بانه اخذه بعنوان الثمن (أمارة عرفية على الالتزام) فيكون الفعل المورث للظن (كالقول) المورث له فى ان كليهما حجة عقلائية.

(و) وجه عدم اعتبار الظن أيضا (مما تقدم من سقوط خيار الحيوان او الشرط، بما كان رضاء نوعيا بالعقد، و هذا) اى أخذ الثمن (من اوضح افراده) اى افراد ما يوجب الرضا النوعى.

(و قد بيّنا) هناك (عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا) فيكفى الظن النوعى، و الاخذ يوجب الظن النوعى.

(و خير الوجوه اوسطها) و هو الظن الشخصى، لانه اقرب الى الاحتياط (لكن الاقوى الاخير) فيكفى الظن النوعى.

(و هل يسقط الخيار) اى خيار البائع (بمطالبة) البائع (الثمن المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم) و انه لا يسقط الخيار بذلك (للاصل) فان الاستصحاب يقتضى بقاء الخيار (و عدم الدليل) على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۱

و يحتمل السقوط لدلالته على الرضاء بالبيع.

و فيه ان سبب الخيار هو التضرر فى المستقبل لما عرفت من ان الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر.

و مطالبة الثمن لا يدل على التزام الضرر المستقبل، حتى يكون التزاما بالبيع، بل مطالبة الثمن انما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار.

السقوط، بل اطلاق ادلة الخيار يدل على بقاء الخيار.

(و يحتمل السقوط) للخيار، بسبب مطالبة البائع (لدلالته) اى الطلب للثمن (على الرضاء بالبيع) و قد تقدم ان الرضا يوجب سقوط الخيار.

(و فيه) ردّ لقوله «و يحتمل السقوط» (ان سبب الخيار هو التضرر فى المستقبل) و الطلب لا يرفع تضرر المستقبل، و ما دامت علة الخيار و هى التضرر المستقبلى موجودة، فالخيار باق (لما عرفت من ان الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر) «من» بيان «ما»، و «لما» علة قوله «ان سبب ..».

(و مطالبة الثمن لا يدل على التزام الضرر المستقبل، حتى يكون) الطلب للثمن (التزاما بالبيع) و اسقاطا للخيار (بل مطالبة الثمن انما هو استدفاع) اى طلب دفع (للضرر المستقبل) فالمطالبة (كالفسخ) فى انه دفع ضرر المستقبل (لا) ان المطالبة تكون (الالتزام بذلك الضرر) المستقبلى (ليسقط الخيار) بسبب المطالبة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۲

و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر فى بيع الغبن، و نحوه ممّا كان الضرر حاصلا بنفس العقد حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم

بالضرر التزاما بالضرر الّذی هو سبب الخیار.

و بالجملة، فالمسقط لهذا الخیار لیس الا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن، او التزامه باسقاطه، او اشتراط سقوطه.

(و) ان قلت: فلما ذا یکون الرضا بالعقد فی الغبن، اسقاطا للخیار قلت: هناک فرق بین الغبن و بین المقام، اذ: الضرر فی الغبن ماض، و الضرر فی المقام مستقبل، ف (لیس الضرر هنا) ای فی خیار التأخیر (من قبیل الضرر فی بیع الغبن، و نحوه) کالمعیب (ممّا کان الضرر حاصلا بنفس العقد حتی یکون الرضا به) ای بالعقد (بعد العقد) «بعد» متعلق ب «الرضا» (و العلم بالضرر) ای الرضا مع العلم بالضرر و قوله: (التزاما بالضرر الّذی هو سبب الخیار) خبر «یکون».

(و بالجملة فالمسقط لهذا الخیار) ای خیار التأخیر (لیس الا دفع الضرر المستقبل) دفعا (ببذل الثمن) فان البذل یوجب ان لا یکون ضرر و حیث ارتفع الضرر سقط الخیار (او التزامه) ای التزام البائع (باسقاطه) بان یسقط البائع خیاره (او اشتراط سقوطه) بان یشترط فی ضمن البیع ان لا یکون للبائع خیار، اما مجرد طلب البائع الثمن فلا دلیل علی انه مسقط للخیار.

(و) لا ینتقض بان الخیارات السابقة کالغبن تسقط بمجرد الرضا فلما ذا لا یسقط هنا بمجرد الرضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۱۳

ما تقدم من سقوط الخیارات المتقدمة بما یدل علی الرضا فانما هو حیث یکون العقد سببا للخیار، و لو من جهة التضرر بلزومه، و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل مع ان سقوط تلک الخیارات بمجرد مطالبة الثمن أیضا محل نظر، لعدم کونه تصرفا و اللّه العالم.

اذ: (ما تقدم من سقوط الخیارات المتقدمة بما یدل علی الرضا فانما هو حیث یکون العقد سببا للخیار، و لو) کانت سببیته (من جهة التضرر بلزومه) ای بلزوم العقد (و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل) اذ لیس العقد سببا لخیار التأخیر، بل السبب للخیار هو التأخیر (مع ان سقوط تلک الخیارات) کالغبن (بمجرد مطالبة الثمن أیضا محل نظر).

فلا- نقول بالسقوط بمجرد مطالبة الثمن (لعدم کونه) ای لعدم کون الطلب للثمن فی تلک الخیارات (تصرفا) و الّذی یسقط تلک الخیارات هو التصرف، فاذا لم یسقط تلک الخیارات طلب الثمن، فلا وجه لان یکون طلب الثمن فی خیار التأخیر مسقطا له (و الله سبحانه (العالم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۱۴

مسئلة فی کون هذا الخیار علی الفور او التراخی، قولان،

و قد تقدم ما یصلح ان یستند إلیه لکل من القولین فی مطلق الخیار، مع قطع النظر عن خصوصیات الموارد.

و قد عرفت ان الاقوی الفور.

و یمکن ان یقال فی خصوص ما نحن فیه ان ظاهر قوله علیه السلام:

لا بیع له، نفی البیع رأسا.

و الانسب بنفی الحقیقة بعد عدم إرادة نفی الصحة

(مسألة: فی کون هذا الخیار) ای خیار التأخیر (علی الفور) بعد ثلاثة ایام (او) علی (التراخی، قولان، و قد تقدم) فی بعض الخیارات السابقة (ما یصلح ان یستند إلیه لکل من القولین فی مطلق الخیار) من اطلاق الدلیل المقتضی للتراخی، و من ان القدر المتیقن الفور

العرفی (مع قطع النظر عن خصوصیات الموارد) و الادلة الخاصة بکل مورد مورد (و قد عرفت ان الاقوی) عند المصنف (الفور) و ان کان الاقرب عندنا تبعا للمشهور فی المقام التراخی، و قد سبق ان بیّنا وجه ذلک.

(و یمکن ان یقال فی خصوص ما نحن فیه) من خیار التأخیر التراخی ف (ان ظاهر قوله علیه السلام: لا بیع له، نفی البیع رأسا) بعد الثلاثة.

(و الانسب بنفی الحقیقة بعد عدم إرادة نفی الصحة) اذ قد تقدم ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۵

هو نفی لزومه رأسا بان لا یعود لازما ابدا، فتأمل.

ثم علی تقدیر اهمال النص، و عدم ظهوره فی العموم یمکن التمسک بالاستصحاب هنا، لان اللزوم اذا ارتفع عن البیع فی زمان فعوده یحتاج الی دلیل.

و

المشهور هو عدم لزوم البیع، لا عدم البیع و بطلانه (هو نفی لزومه رأسا بان لا یعود لازما ابدا).

اذ کما ان نفی الحقیقة معناه العدم الابدی، کذلک نفی اللزوم معناه عدم اللزوم ابدا، و معنی ذلک ان الخیار علی التراخی (فتأمل).

فان علة هذا الخیار ضرر البائع، و ذلک ینفی بمجرد الخیار، و لو آنا ما، و هذا یصلح ان یکون قرینة للفور، فلا یسلم ظاهر الروایة دلیلا علی التراخی.

(ثم علی تقدیر اهمال النص، و عدم ظهوره فی العموم) ای فی عموم الخیار لما بعد الفور، بان قلنا: ان النص یدل علی وجود الخیار فی الجملة، فلا یثبت الخیار فیما بعد الفور و لا ینفیه (یمکن التمسک بالاستصحاب هنا) فی خیار التأخیر (لان اللزوم اذا ارتفع عن البیع فی زمان فعوده) ای اللزوم (یحتاج الی دلیل) و اذ فقد الدلیل کان المرجع استصحاب الخیار.

(و) ان قلت: نشک فی الآن الثانی فی موضوع الاستصحاب، و مع الشک فی الموضوع لا یجری الاستصحاب، کما تقدم مثل هذا الشک فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۶

لیس الشک هنا فی موضوع المستصحب نظیر ما تقدم فی استصحاب الخیار لان الموضوع مستفاد من النص فراجع.

و کیف کان، فالقول بالتراخی لا یخلو عن قوة، اما لظهور النص، و اما للاستصحاب.

بعض الخیارات السابقة.

قلت: (لیس الشک هنا) فی خیار التأخیر (فی موضوع المستصحب) حتی لا یجری الاستصحاب (نظیر ما تقدم فی استصحاب الخیار).

و انما لم یکن الشک کذلک (لان الموضوع) فی المقام (مستفاد من النص فراجع) اذ موضوع الخیار هنا «من لم یجئ المشتری إلیه بالثمن» و هذا الموضوع باق.

(و کیف کان، فالقول بالتراخی) فی هذا الخیار (لا یخلو عن قوة اما لظهور النص، و اما للاستصحاب) بل عرفت سابقا ان التراخی هو مقتضی الدلیل فی کل الخیارات.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۷

مسئلة لو تلف المبیع بعد الثلاثة کان من البائع اجماعا مستفیضا، بل متواترا،

کما فی الریاض.

و یدل علیه النبوی المشهور،- و ان کان فی کتب روایات اصحابنا غیر مسطور-: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه.

و اطلاقه کمعاقد الاجماعات یعم: ما لو تلف فی حال الخیار، أم تلف بعد بطلانه کما لو قلنا بکونه

(مسألة: لو تلف المبیع بعد الثلاثة کان من البائع) فهو الّذی یخسره لا المشتری (اجماعا مستفیضا، بل متواترا، کما فی الریاض) دعوی الاجماع علیه.

(و یدل علیه النبوی) صلی الله علیه و آله و سلم (المشهور،- و ان کان) هذا النبوی (فی کتب روایات اصحابنا غیر مسطور-) و انما سطر فی کتب الفتاوی، و ذلک کاف فی الحجیة بعد ان اعتمد المشهور علیه و هو (کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه).

و الظاهر انه یشمل الثمن أیضا، لان الثمن أیضا مبیع و البائع یطلق علی المشتری أیضا، فان البیع یطلق علی کلا الامرین، و الانصراف امر قیل به، فهو بدوی.

(و اطلاقه) ای النبوی (کمعاقد الاجماعات یعم: ما لو تلف فی حال الخیار، أم تلف بعد بطلانه) ای انتهاء مدة الخیار (کما لو قلنا بکونه) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۸

علی الفور فبطل بالتأخیر، او بذل المشتری الثمن فتلف العین فی هذا الحال.

و قد یعارض النبوی بقاعدة الملازمة بین النماء و الدرک المستفادة من النص، و الاستقراء.

الخیار (علی الفور فبطل بالتأخیر) او اسقط الخیار، اذا قلنا بانه دائم (او بذل المشتری الثمن) فانه مسقط للخیار کما تقدم (فتلف العین) بعد البذل (فی هذا الحال) او شرطا سقوط الخیار فی الیوم الخامس من البیع مثلا فیما قلنا بان الخیار دائمی.

(و قد یعارض النبوی بقاعدة الملازمة بین النماء و الدرک).

فان القاعدة تقول: کل من له النماء فعلیه الدرک، و لا شک ان نماء المبیع قبل القبض للمشتری، فکیف یکون الدرک علی البائع (المستفادة) هذه القاعدة (من النص) و هو النبوی صلی الله علیه و آله المشهور الخراج بالضمان ای ان الفائدة فی قبال الدرک، و قد تقدم هذا الحدیث بتفصیله (و الاستقراء) فان استقراء النصوص المتفرقة یعطی ان کل من له الفائدة فعلیه الدرک، کروایة اسحاق، قلت: أ رأیت لو کان للدار غلة لمن تکون الغلة، قال: للمشتری، الا تری انه لو احترقت کانت من ماله؟

و قریب منها روایة معاویة بن میسرة، و کروایة اسحاق، ثم قال علیه السلام: أ رأیت لو کان ثمنه ای ثمن العبد مائة دینار، فزاد و بلغ مائتی دینار، لمن یکون؟ قلت: لمولاه، قال علیه السلام: کذلک یکون علیه ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۱۹

و القاعدة المجمع علیها من ان التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له لکن النبوی اخص من القاعدة الاولی فلا معارضة.

و القاعدة الثانیة لا عموم فیها یشمل جمیع افراد الخیار، و لا جمیع احوال البیع حتی قبل القبض، بل التحقیق فیها- کما سیجیء ان شاء الله- اختصاصها بخیار المجلس و الشرط و الحیوان، مع کون التلف بعد القبض

یکون له (و القاعدة المجمع علیها من ان التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له) فان البائع هو الّذی له الخیار و المشتری لا خیار له، فاللازم ان یکون التلف من المشتری، لا من البائع (لکن النبوی اخص من القاعدة الاولی).

لان القاعدة تشمل ما بعد القبض و ما قبله، بینما النبوی خاص بما قبل القبض.

و القاعدة شاملة للبیع و غیره، بینما النبوی خاص بالبیع (فلا معارضة) بین النبوی و القاعدة، بل یقدم النبوی صلی الله علیه و آله و سلم علیها (و القاعدة الثانیة) و هی: التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له (لا عموم فیها یشمل جمیع افراد الخیار) حتی خیار التأخیر (و لا جمیع احوال البیع حتی قبل القبض) لیشمل ما نحن فیه، و هو کون التلف قبل قبض المشتری للمبیع (بل التحقیق فیها) ای فی القاعدة الثانیة (- کما سیجیء ان شاء الله- اختصاصها بخیار المجلس و الشرط و الحیوان) فقط (مع کون التلف بعد القبض).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۰

و لو تلف فی الثلاثة فالمشهور کونه من مال البائع أیضا.

و عن الخلاف الاجماع علیه خلافا لجماعة من القدماء، منهم: المفید و السیدان مدعین علیه الاجماع، و هو مع قاعدة ضمان المالک لما له یصح حجة لهذا القول.

لکن الاجماع معارض، بل موهون.

و اما الاستقراء فهو بالإضافة الی انه ناقص فهو یشبه التمثیل ای القیاس الممنوع العمل به شرعا، اعم من النبوی صلی الله علیه و آله و سلم «کل مبیع تلف ...».

اذ الاستقراء یشمل البیع و غیره، و قبل القبض و بعده بینما النبوی خاص بالبیع و قبل القبض.

(و لو تلف) المبیع (فی الثلاثة) فی حال عدم کون الخیار للبائع (فالمشهور کونه من مال البائع أیضا) کما ان تلفه بعد الثلاثة من مال البائع.

(و عن الخلاف الاجماع علیه خلافا لجماعة من القدماء، منهم المفید و السیدان) المرتضی و ابن زهرة، فقالوا: ان التلف من مال المشتری (مدعین علیه الاجماع، و هو) ای الاجماع (مع قاعدة ضمان المالک لما له) فالمشتری الّذی هو مالک للمتاع ضامن للمتاع، و لا علاقة لتلفه بالبائع (یصح، حجة لهذا القول) الّذی ذهب إلیه المفید و السیّدان.

(لکن الاجماع معارض) بالاجماع المتقدم فی اوّل المسألة (بل موهون) لان المشهور علی خلاف فتوی المفید و السیدین، فکیف یمکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۱

و القاعدة مخصصة بالنبوی المذکور المنجبر من حیث الصدور مضافا الی روایة عقبة بن خالد فی رجل اشتری متاعا من رجل، و اوجبه، غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال: آتیک غدا ان شاء الله تعالی، فسرق المتاع، من مال من یکون؟ قال: من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بیته حتی یقبض المال و یخرجه من بیته، فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد إلیه حقه.

الاستناد الی مثل هذا الاجماع.

(و القاعدة) و هی: قاعدة ضمان المالک (مخصصة بالنبوی المذکور) و هو: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال مالکه (المنجبر من حیث الصدور) فانه و ان کان ضعیف السند الا ان عمل المشهور به یسنده (مضافا الی روایة عقبة بن خالد) الدالة علی المشهور (فی رجل اشتری متاعا من رجل، و اوجبه) ای اوجب البیع (غیر انه) ای المشتری (ترک المتاع عنده) ای عند البائع (و لم یقبضه) عن البائع، و (قال) المشتری للبائع (آتیک غدا ان شاء الله تعالی) لآخذ المتاع (فسرق المتاع، من مال من یکون) المتاع المسروق (قال: من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بیته) ای من مال البائع (حتی یقبض) المشتری (المال و یخرجه) ای المشتری (من بیته) ای بیت البائع (فاذا اخرجه) المشتری (من بیته) ای بیت البائع (فالمبتاع) ای المشتری (ضامن لحقه) ای حق البائع بمعنی الثمن (حتی یرد) المشتری

(إلیه) ای الی البائع (حقه) و هو الثمن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۲

و لو مکنه من القبض فلم یتسلم فضمان البائع مبنی علی ارتفاع الضمان بذلک و هو الاقوی.

قال الشیخ فی النهایة: اذا باع الانسان شیئا و لم یقبض المتاع، و لا قبض الثمن و مضی المبتاع فان العقد موقوف ثلاثة ایام فان جاء المبتاع

فان هذا الخبر یدل علی المشهور، و علیه ففتوی المفید و السیدین غیر تامة.

(و لو مکنه) ای مکّن البائع المشتری (من القبض) ای قبض المتاع (فلم یتسلم) المشتری المتاع (ف) تلف المتاع، فهل یضمن البائع أیضا او ان المال ذهب من کیس المشتری.

الظاهر ان (ضمان البائع) و عدمه للمتاع المتلف (مبنی علی ارتفاع الضمان) من البائع (بذلک) ای بتمکین المشتری، و عدم ارتفاع الضمان ای انه هل یکفی هذا التمکین فی رفع الضمان، أم لا یکفی؟

فمن یری الکفایة یقول: انه لا ضمان علی البائع، و من یری عدم الکفایة یقول: بان البائع ضامن (و هو) ای ارتفاع الضمان من البائع بتمکین المشتری (الاقوی) فلا ضمان علی البائع و انما یکون التلف من کیس المشتری.

(قال الشیخ فی النهایة: اذا باع الانسان شیئا و لم یقبّض) البائع بتشدید الباء فی یقبض- (المتاع) الی المشتری (و لا قبض) البائع (الثمن) من المشتری (و مضی المبتاع) ای المشتری (فان العقد موقوف) و ثابت (ثلاثة ایام، فان جاء المبتاع) ای المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۳

فی مدة ثلاثة ایام، کان المبیع له، و ان مضت ثلاثة ایام، کان البائع اولی بالمتاع فان هلک المتاع فی هذه الثلاثة ایام و لم یکن قبضه ایاه کان من مال البائع دون المبتاع و ان کان قبّضه ایاه ثم هلک فی مدة ثلاثة ایام، کان من مال المبتاع.

و ان هلک بعد الثلاثة ایام، کان من مال البائع علی کل حال لان الخیار له بعدها، انتهی المحکی فی المختلف و قال:- بعد الحکایة- و فیه نظر

(فی مدة ثلاثة ایام) لیأخذ المبیع و یعطی الثمن (کان المبیع له) ای للمشتری (و ان مضت ثلاثة ایام) و لم یأت المشتری (کان البائع اولی بالمتاع) ان شاء فسخ، و ان شاء صبر- کما تقدم- (فان هلک المتاع فی هذه الثلاثة ایام و لم یکن قبضه)- بالتشدید- ای اعطاه البائع (ایاه) المشتری (کان من مال البائع) لان التلف قبل القبض من مال بائعه (دون المبتاع) ای المشتری (و ان کان قبضه ایاه ثم هلک) المتاع (فی مدة ثلاثة ایام کان) التلف (من مال المبتاع) ای المشتری.

(و ان هلک بعد الثلاثة ایام، کان من مال البائع علی کل حال) و سیأتی معنی علی کل حال-.

و انما کان من مال البائع (لان الخیار له بعدها) ای بعد الثلاثة (انتهی المحکی) عن الشیخ الّذی حکاه (فی المختلف) عنه.

(و قال) العلامة (- بعد الحکایة-) المذکورة (و فیه نظر) ای فی قول الشیخ «و ان هلک بعد الثلاثة ایام کان من مال البائع علی کل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۴

اذ مع القبض یلزم البیع، انتهی.

اقول کانه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتین فتشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصا مع قوله علی کل حال

حال» (اذ مع القبض) قبض المشتری للمتاع (یلزم البیع) فاذا لزم البیع کان التلف من مال المشتری لا من مال البائع هذا أولا.

و ثانیا لا مجال لقول الشیخ «لان الخیار له بعدها» اذ لا خیار بعد القبض (انتهی) کلام العلامة.

(اقول کانه) ای العلامة (جعل الفقرة الثالثة) «و ان هلک بعد الثلاثة ایام ...» (مقابلة للفقرتین) و هما «فان هلک المتاع ... و لم یکن قبضه ..» و «و ان کان قبضه ایاه» (فتشمل) الفقرة الثالثة (ما بعد القبض و ما قبله) فکان الشیخ قال «ان هلک بعد الثلاثة کان من مال البائع سواء قبضه المشتری، أم لا».

فقد عمم العلامة الفقرة الثالثة لما قبل القبض و ما بعد القبض (خصوصا مع قوله) ای قول الشیخ: (علی کل حال) الظاهر فیما قبل القبض و ما بعده.

فهناک قرینتان استند إلیهما العلامة فی ان الشیخ اراد من الفقرة الثالثة الاعم.

الاولی: انه جعل الفقرة الثالثة مقابل الفقرتین.

الثانیة: ان الشیخ قال «علی کل حال» لکن الشیخ لم یرد الاعم و انما اراد «قبل القبض فقط» و ذلک لقرینتین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۲۵

لکن التعمیم مع انه خلاف الاجماع مناف لتعلیل الحکم بعد ذلک بقوله لان الخیار له بعد ثلاثة ایام،

الاولی: الاجماع علی انه اذا قبض المشتری یکون تلفه علی المشتری لا علی البائع.

الثانیة: انه اذا قبضه المشتری لم یکن هناک خیار، مع ان الشیخ قال «لان الخیار له بعدها» اذا فالشیخ اراد بالفقرة الثالثة خصوص «ما قبل القبض».

و علی هذا فالمراد ب «علی کل حال» ان البائع سواء فسخ او لم یفسخ، کان تلف المبیع علیه.

اما اذا فسخ فلوضوح انه ملک له فتلفه علیه.

و اما اذا لم یفسخ کان علیه لان التلف قبل القبض من مال مالکه.

و علی هذا فقوله «لان الخیار له بعدها» علة لبیان ان المالک یمکن له ان یفسخ، کما یمکن له ان لا یفسخ.

فالعلة: هی لقوله: علی کل حال، ای ان العلة لتصویران هناک حالین بعد الثلاثة الایام حال الفسخ، و حال الاجازة.

و قد اشار المصنف الی الاشکالین اللذین ذکرناهما علی کلام العلامة بقوله: (لکن التعمیم) للفقرة الثالثة بالنسبة الی ما قبل القبض و ما بعده (مع انه خلاف الاجماع) اذ لو قبض المشتری لا- یکون المتلف من کیس البائع، فهو (مناف لتعلیل الحکم) فی کلام الشیخ (بعد ذلک) ای بعد الفقرة الثالثة (بقوله) ای قول الشیخ (لان الخیار له بعد ثلاثة ایام).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۲۶

فان المعلوم ان الخیار انما یکون له مع عدم القبض، فیدل ذلک علی ان الحکم المعلل مفروض فیما قبل القبض.

و انما ینافی التعلیل للتعمیم (فان المعلوم ان الخیار انما یکون له) ای للبائع (مع عدم القبض) اما اذا حصل القبض فلا خیار للبائع (فیدل ذلک) التعلیل (علی ان الحکم المعلل) فی کلام الشیخ بقوله: کان من مال البائع (مفروض فیما قبل القبض).

ثم ان غرض المصنف من نقل کلام الشیخ و ایراد العلامة و ردّ ایراد العلامة ان الشیخ لا یقول بمقالة السیدین و المفید، کما توهم ذلک العلامة من کلام الشیخ و ردّه.

و المصنف ردّ العلامة حتی یبین عدم دلالة کلام الشیخ علی مقالة المفید و السیدین.

و لا یخفی ان عبارة الشیخ غیر خالیة عن شوب اشکال، و الله سبحانه العالم بحقائق المقال و الحال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۲۷

مسئلة: لو اشتری ما یفسد من یومه فان جاء بالثمن ما بینه و بین اللیل، و الا فلا بیع له

کما فی مرسلة محمد بن ابی حمزة، و المراد من نفی البیع نفی لزومه.

و یدل علیه قاعدة نفی الضرر فان البائع ضامن للمبیع ممنوع عن التصرف

(مسألة: لو اشتری ما یفسد من یومه) «من» للنشوء تدخل علی العلة باعتبار نشو المعلول منها.

و تسمی بالابتدائیّة أیضا، لان العلة مبدأ لوجود المعلول (فان جاء بالثمن ما بینه و بین اللیل) فالبیع لازم لاصالة اللزوم (و الا فلا بیع له) ای للمشتری، و یحق الفسخ للبائع (کما فی مرسلة محمد بن ابی حمزة) بل قیل: انه یدل علیه أیضا مرسلة ابن رباط عن الصادق علیه السلام، قال: العهدة فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل (و المراد من نفی البیع نفی لزومه) کما تقدم فی المسألة السابقة فی خیار التأخیر.

و وجه ذلک فلا یراد به ان البیع باطل کما هو مقتضی «لا» بالنظرة الابتدائیة.

(و یدل علیه) ای علی هذا الخیار (قاعدة نفی الضرر، ف) انه لو لم یکن خیار للبائع لزم ضرر البائع.

اذ (ان البائع ضامن للمبیع) و (ممنوع عن التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۸

فیه، محروم عن الثمن.

و من هنا یمکن تعدیة الحکم الی کل مورد یتحقق فیه هذا الضرر و ان خرج عن مورد النص، کما اذا کان المبیع مما یفسد فی نصف یوم، او فی یومین، فیثبت فیه الخیار فی زمان یکون التأخیر عنه ضررا علی البائع.

فیه) و یکون تلفه علیه فلا یستفاد منه و (محروم عن الثمن) لانه لم یقبض شیئا.

و معنی ذلک انه لو لا الخیار کان قد ذهب ماله من کفه و لم یصل بدله إلیه.

(و من هنا) استنادا الی قاعدة: نفی الضرر (یمکن تعدیة الحکم) بالخیار (الی کل مورد یتحقق فیه هذا الضرر) بان یکون البائع ضامنا ممنوعا عن التصرف محروما عن الثمن (و ان خرج عن مورد النص) ای نص الخیار لیومه، و تلک التعدیة تکون للمناط فی الروایة، و لادلة: لا ـ ضرر التی ترفع اللزوم، فلا یقال: ان ادلة: لا ضرر لا تثبت الخیار، لانها للنفی لا للاثبات (کما اذا کان المبیع مما یفسد فی نصف یوم، او فی یومین) او فی خمسة ایام- مثلا- (فیثبت فیه الخیار فی زمان یکون التأخیر عنه ضررا علی البائع) بل لا یبعدان لا یکون الفساد هو المحور الوحید، بل لو کان ابقاء المتاع الی وقت کذا یوجب تنزله او عدم حصول المشتری له او یحتاج الی حفظ هو عسیر، او ضرر علی البائع، او ما اشبه ذلک.

مثلا: هذا الیوم یوم زیارة الحسین علیه السلام، فیشتری الزوار هذا المتاع بقیمة دینار فاذا بقی الی غد صارت قیمته نصف دینار الی غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۲۹

لکن ظاهر النص یوهم خلاف ما ذکرنا لان الموضوع فیه ما یفسد من یومه، و الحکم فیه بثبوت الخیار من اوّل اللیل، فیکون الخیار فی اوّل ازمنة الفساد، و من المعلوم ان الخیار حینئذ لا یجدی للبائع شیئا.

لکن المراد من الیوم الیوم و لیلة.

ذلک من الامثلة.

(لکن ظاهر النص یوهم خلاف ما ذکرنا) بقولنا «فیثبت فیه الخیار ..

الخ»

و انما یوهم النص خلاف ذلک (لان الموضوع فیه) ای فی النص (ما یفسد من یومه، و الحکم فیه) کائن (بثبوت الخیار من اوّل اللیل).

و علیه (فیکون الخیار فی اوّل ازمنة الفساد، و من المعلوم ان الخیار حینئذ) ای حین ما یظهر الفساد فی المتاع (لا یجدی للبائع شیئا) معتدا به، اذ تکون القیمة حینئذ اقلّ.

(لکن) نقول: انا لا نسلم ان ظاهر النص یوهم خلاف ما ذکرنا.

اذ (المراد من الیوم) فی النص (الیوم و لیلة) فان الیوم له اطلاقات الاول: جزء منه مثل قوله ثلاثة ایام درست عند محمد، و یرید بذلک جزء الیوم.

الثانی: کل النهار، مثل قوله: عملت فی دار زید بالبناء ثلاثة ایام الثالث: کل النهار و اللیل، مثل قوله: بقیت فی البلد الفلانی عشرة ایام، و القرائن الخارجیة تعین احد المعانی و هنا تدل القرینة التی ذکرناها علی ان المراد بالیوم المعنی الثالث.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۰

فالمعنی انه لا یبقی علی صفة الصلاح ازید من یوم بلیلة، فیکون المفسد له المبیت، لا مجرد دخول اللیل، فاذا فسخ البائع اوّل اللیل امکن له الانتفاع به و ببدله.

و لاجل ذلک عبّر فی الدروس عن هذا الخیار بخیار ما یفسده المبیت و انه ثابت عند دخول اللیل.

و فی معقد اجماع الغنیة ان علی البائع الصبر یوما واحدا، ثم هو بالخیار.

(فالمعنی) فی النص (انه) ای المتاع (لا یبقی علی صفة الصلاح ازید من یوم بلیلة، فیکون المفسد له) ای للمتاع (المبیت) و بقائه الی الصباح (لا مجرد دخول اللیل) او اذا کان وقت بیعه اللیل، فکان یفسده البقاء الی اللیل القادم، فالخیار یشرع من اوّل النهار (فاذا فسخ البائع اوّل اللیل)- فی فرض المصنف- (امکن له الانتفاع به) بان یتصرف فی نفس المتاع اکلا و نحوه (و ببدله) بان یبیعه و یتصرف فی الثمن.

(و لاجل ذلک) الّذی ذکرنا ان المراد من الیوم فی النص النهار بلیله (عبّر فی الدروس عن هذا الخیار بخیار ما یفسده المبیت، و) قال (انه) ای الخیار (ثابت عند دخول اللیل).

(و) قال: (فی معقد اجماع الغنیة ان علی البائع الصبر یوما) ای نهارا (واحدا، ثم هو) من اوّل اللیل (بالخیار).

و لا یخفی انه اذا کان عدم الفسخ و عدم التصرف یوجب الاسراف، وجب، لکن الوجوب تکلیفا لا یستتبع بطلان العقد تلقائیا، بل یتوقف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۱

و فی محکی الوسیلة: ان خیار الفواکه للبائع، فاذا مرّ علی المبیع یوم، و لم یقبض المبتاع کان البائع بالخیار و نحوها عبارة جامع الشرائع.

نعم عبارات جماعة من الاصحاب لا یخلو عن اختلال فی التعبیر.

لکن الاجماع علی عدم الخیار للبائع فی النهار یوجب تأویلها الی ما یوافق الدروس.

و احسن تلک العبارات عبارة الصدوق فی الفقیه التی اسندها فی

البطلان علی الابطال.

(و فی محکی الوسیلة: ان خیار الفواکه للبائع، فاذا) باعها، و (مرّ علی المبیع یوم، و لم یقبض المبتاع) ای المشتری المتاع (کان البائع بالخیار، و نحوها عبارة جامع الشرائع).

و لا یخفی ان غرض المصنف من نقل هذه العبارات بیان اختلافهم فی التعبیر، و ان کان المستظهر انهم یریدون شیئا واحدا هو ما ذکرناه سابقا.

(نعم عبارات جماعة من الاصحاب) لیست کالعبارات السابقة ظاهرة فیما ذکرناه، بل انها (لا یخلو عن اختلال فی التعبیر) حتی ان بعضها توهم وجود الخیار فی نفس النهار، کما ان بعض العبارات السابقة کانت توهم ان الخیار بعد یوم بلیلة.

(لکن الاجماع علی عدم الخیار للبائع فی النهار یوجب تأویلها الی ما یوافق الدروس) فیما نقلناه عنه قبل اسطر.

(و احسن تلک العبارات عبارة الصدوق فی الفقیه التی اسندها فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۲

الوسائل الی روایة زرارة، قال العهدة فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل، فان المراد بالعهدة عهدة البائع.

و قال فی النهایة و اذا باع الانسان ما لا یصح علیه البقاء من الخضر و غیرها، و لم یقبض المبتاع، و لا قبض الثمن، کان الخیار فیه یوما، فان جاء المبتاع بالثمن فی ذلک الیوم، و الا فلا بیع له، انتهی.

الوسائل الی روایة زرارة) عن الصادق علیه السلام، و لا یبعد ان کلام الوسائل یکون اقرب (قال العهدة فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل).

فان ظاهر «الی اللیل» ان العهدة تنتهی بمجیء اللیل (فان المراد بالعهدة عهدة البائع).

و معناها: ان بعد مجیء اللیل لا عهدة و لا ضمان للبائع، و ذلک لا یکون الا بالخیار، و ان ناقش بعض فی دلالة هذا الکلام کما ناقشوا فی کونه روایة، أم لا، الا ان ظاهرها بیان الخیار کما یتراءی منها عند عرضها علی العرف.

ثم لا یخفی ان المراد: الفواکه و البطیخ التی تفسد، و الا فمثل بعض اقسام الرمان و الرقی و نحوهما لا تفسد مدة طویلة.

(و قال فی النهایة و اذا باع الانسان ما لا یصح علیه البقاء من الخضر و غیرها، و لم یقبض المبتاع) ای المشتری للمتاع (و لا قبض) البائع (الثمن، کان الخیار فیه یوما، فان جاء المبتاع بالثمن فی ذلک الیوم) کان المبیع له (و الا فلا بیع له) بمعنی ان للبائع الخیار (انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۳

و نحوها عبارة السرائر، و الظاهر ان المراد بالخیار اختیار المشتری فی تأخیر القبض و الاقباض مع بقاء البیع علی حاله من اللزوم و اما المتأخرون، فظاهر اکثرهم یوهم کون اللیل غایة للخیار و ان اختلفوا بین من عبّر بکون الخیار یوما، و من عبر بان الخیار الی اللیل، و لم یعلم وجه صحیح لهذه التعبیرات، مع وضوح المقصد

فان ظاهر هذه العبارة ان الخیار یشرع من نفس النهار.

لکنک قد عرفت الاجماع علی عدم الخیار فی النهار.

و قد اشار المصنف الی الاختلال فی بعض العبارات.

(و نحوها عبارة السرائر) لابن ادریس.

هذا و لکن المصنف تفادیا عن الاختلال الّذی ذکرناه فی العبارة قال: (و الظاهر ان المراد بالخیار) فی قوله «کان الخیار فیه یوما» (اختیار المشتری فی تأخیر القبض و الاقباض مع بقاء البیع علی حاله من اللزوم) فاذا جاء اللیل انتهی اختیار المشتری، و شرع خیار البائع فتأمل (و اما المتأخرون، فظاهر اکثرهم یوهم کون اللیل غایة للخیار) و ان الخیار یکون بالنهار، فاذا دخل اللیل فقد انتهی الخیار (و ان اختلفوا بین من عبر بکون الخیار یوما) حیث ان ظاهره انه فی النهار (و من عبر بان الخیار الی اللیل) الّذی هو نص فی ان الخیار فی النهار (و لم یعلم وجه صحیح لهذه التعبیرات، مع وضوح المقصد) ای مقصد المعبرین.

حیث انهم ارادوا ما اراده المتقدمون من کون الخیار یبدأ بابتداء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۴

الا متابعة عبارة الشیخ فی النهایة، لکنک عرفت ان المراد بالخیار فیه اختیار المشتری، و ان له تأخیر القبض و الاقباض.

و هذا الاستعمال فی کلام المتأخرین، خلاف ما اصطلحوا علیه لفظ الخیار فلا یحسن المتابعة هنا فی التعبیر.

و الاولی: تعبیر الدروس کما عرفت.

ثم الظاهر ان شروط هذا الخیار شروط خیار التأخیر، لانه فرد من افراده

اللیل (الا متابعة عبارة الشیخ فی النهایة، لکنک عرفت) امکان ان لا یرید المتأخرون من الخیار خیار البائع المصطلح علیه، بل یراد به اختیار المشتری و هو المعنی اللغوی للخیار.

ف (ان المراد بالخیار فیه) ای فی کلام الشیخ (اختیار المشتری و ان له تأخیر القبض) من البائع (و الاقباض) للثمن.

(و هذا) المعنی للخیار، و ان کان تاما فی کلام الشیخ، الا ان هذا (الاستعمال فی کلام المتأخرین، خلاف ما اصطلحوا علیه لفظ الخیار) کانهم یریدون الاصطلاح لا المعنی اللغوی (فلا یحسن) لهم (المتابعة هنا) للشیخ (فی التعبیر).

(و الاولی: تعبیر الدروس کما عرفت) قبل اسطر.

(ثم الظاهر) من وحدة الملاک و وحدة الادلة- غالبا- (ان شروط هذا الخیار) ای خیار الیوم (شروط خیار التأخیر) الی ثلاثة ایام، و قد ذکرنا تلک الشروط فی مسألة سابقة (لانه) ای خیار الیوم (فرد من افراده)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۵

کما هو صریح عنوان الغنیة، و غیرها فیشترط فیه جمیع ما سبق من الشروط نعم لا ینبغی التأمل هنا فی اختصاص الحکم بالبیع الشخصی او ما فی حکمه کالصاع من الصبرة.

و قد عرفت هناک ان التأمل فی الادلة و الفتاوی یشرف الفقیه علی القطع بالاختصاص أیضا.

و حکم الهلاک فی الیوم هنا و فیما بعده حکم المبیع هناک

فان التأخیر یشمل الیوم و الثلاثة ایام (کما هو) ای کون العنوان بحیث یشمل الخیارین (صریح عنوان الغنیة، و غیرها).

و علی هذا (فیشترط فیه) ای فی خیار الیوم (جمیع ما سبق من الشروط) فی خیار الثلاثة.

(نعم لا ینبغی التأمل هنا فی اختصاص الحکم) بخیار الیوم (بالبیع الشخصی) لانه الّذی یفسد لیومه، لا الکلی (او ما فی حکمه کالصاع من الصبرة) فانه کالشخصی، و ان کان کلیا فی الجملة.

(و قد عرفت هناک) ای فی خیار الثلاثة انه یشمل الکلی أیضا، و ان قال المصنف: (ان التأمل فی الادلة و الفتاوی یشرف الفقیه علی القطع بالاختصاص) بالشخصی (أیضا) کما فی خیار الیوم.

(و) فی خیار الیوم مسألة اخری، هی: ان (حکم الهلاک) للمبیع (فی الیوم هنا) کما اذا فسد البطیخ فی النهار، مثلا (و فیما بعده) ای

بعد الیوم بان لم یفسخ البائع ففسد فی اللیل (حکم المبیع هناک) ای فی خیار الثلاثة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۳۶

فی کونه من البائع فی الحالین.

و لازم القول الآخر هناک جریانه هنا، کما صرح به فی الغنیة حیث جعله قبل اللیل من المشتری.

ثم ان المراد بالفساد فی النص و الفتوی لیس الفساد الحقیقی، لان مورد هما هو الخضر و الفواکه و البقول، و هذه لا تضیع بالمبیت و لا تهلک بل المراد ما یشمل تغیر العین، نظیر التغیر الحادث فی هذه الامور

(فی کونه) تلف (من) کیس (البائع فی الحالین) قبل الخیار و فی حال الخیار- کما هو المشهور هناک-.

(و لازم القول الآخر هناک) و هو قول المفید و السیدین فی خیار الثلاثة (جریانه) ای جریان ذلک القول (هنا) أیضا (کما صرح به) ای بهذا القول الآخر فی خیار الیوم (فی الغنیة، حیث جعله) ای جعل التلف (قبل اللیل من المشتری) لا من البائع، کما هو المشهور.

(ثم ان المراد بالفساد فی النص و الفتوی) فی: خیار ما یفسد لیومه (لیس الفساد الحقیقی) بالتلف و التعفن (لان موردهما) ای مورد النص و الفتوی (هو الخضر و الفواکه و البقول) فالخضر کالباذنجان و البامیة، و الفواکه کالتفاح و الموز، و البقول کالنعناع و الاشبنت (و هذه) علی الاغلب (لا تضیع بالمبیت، و لا تهلک) فقرینة الموضوع توجب حمل المتعلق و هو الفساد علی الاعم من الفساد الحقیقی.

و لذا قال: (بل المراد) بالفساد (ما یشمل تغیر العین، نظیر التغیر الحادث فی هذه الامور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۳۷

بسبب المبیت.

و لو لم یحدث فی المبیع إلا فوات السوق ففی الحاقة بتغیر العین وجهان، من کونه ضررا.

و من امکان منع ذلک، لکونه فوت نفع لا ضرر.

بسبب المبیت) کذهاب النضارة و تعکن القشر مما یقلل الرغبة فی شرائه و استعماله.

و من المناط و غیره نعرف تعدی حکم الخیار الی مثل اللحم و السمک و الشرابت التی تفسد بالبقاء.

(و لو لم یحدث فی المبیع إلا فوات السوق ففی الحاقة بتغیر العین) فی وجود الخیار (وجهان، من کونه ضررا) فالخیار موجود.

(و من امکان منع ذلک) الضرر (لکونه فوت نفع لا ضرر) و فوت النفع لا یسمی ضررا.

و الاقرب الاول للمناط و لدلیل الضرر، و فوت النفع فی بعض المواضع ضرر حقیقة، و فی بعضها ضرر عرفا فتشمله ادلة الضرر.

لکن الظاهر: ان مدة الخیار لا تقید بالیوم و الثلاثة حینئذ، بل بما یدفع الضرر و لو بعد شهر او بعد ساعة، کما اذا کان المبیع ثلجا فی الصیف فانه یذوب بعد ساعة.

و لا یخفی ان فروع المسألة کثیرة لکنا اضربنا عنها لخروجها عن مقصد الشرح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج ۱۲، ص: ۳۳۸

السادس: خیار الرؤیة

اشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان.

و يدل عليه- قبل الاجماع المحقق و المستفيض- حديث نفى الضرر و استدل عليه أيضا باخبار منها: صحيحة جميل بن دراج، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما ان نقد المال صار الى الضيعة، فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه

(السادس) من الخيارات (خيار الرؤية و) هو من اضافة المعلول الى العلة، لان (المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع) رؤية بالعين او بالقلب، او بسائر الحواس، فاذا كان اعمى و شرط لين ملمس البضاعة ثم وجدها على خلاف ذلك، كان من مورد خيار الرؤية (على خلاف ما اشترطه فيه) اى فى البيع (المتبايعان) فاعل ما اشترطه.

(و يدل عليه) اى على هذا الخيار (- قبل الاجماع المحقق) وجوده (و المستفيض-) نقله فى كلماتهم (حديث نفى الضرر) فانه اذا كان البيع لازما كان ضررا على المشترى، فلا ضرر يدل على رفع اللزوم، و ذلك معنى الخيار.

(و استدل عليه أيضا) بالإضافة الى الاجماع، و: لا ضرر (باخبار، منها: صحيحة جميل بن دراج، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة) اى بستانا و نحوها (و قد كان يدخلها و يخرج منها) قبل ذلك اى كان مطلعا عليها (فلما ان نقد المال) اى اعطى الثمن لصاحب الضيعة (صار) اى ذهب (الى الضيعة، فقلبها) اى لاحظها بدقة فلم يرها كما كان يظن (ثم رجع) المشترى (فاستقال صاحبه) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۳۹

فلم يقله فقال ابو عبد الله عليه السلام انه لو قلب منها و نظر الى تسع و تسعين قطعة، ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية.

و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة امّا بوصف القطعة غير المرئية، او بدلالة ما رآه منها على ما لم يره.

و قد يستدل بصحيحة زيد الشحام، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين

البائع بان يأخذ الضيعة و يرد الثمن (فلم يقله) البائع فما هو الحكم؟

(فقال ابو عبد الله عليه السلام انه) اى المشترى (لو قلب منها) اى من الضيعة (و نظر الى تسع و تسعين قطعة) قبل ان يشتريها (ثم بقى منها قطعة لم يرها) قبلا (لكان له فيها خيار الرؤية).

(و) حيث ان بيع المجهول غير صحيح (لا بدّ من حملها) اى الرواية (على صورة يصح معها بيع الضيعة) بجميعها حتى القطعة غير المرئية منها (امّا بوصف) البائع (القطعة غير المرئية) منها (او بدلالة ما رآه منها على ما لم يره) و هذا نوع آخر من الاشتراء بالوصف.

(و قد يستدل) لخيار الرؤية (بصحيحة زيد الشحام، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين) و هى ان أربعة من القصابين يتشاركون، فيعطى احدهم عشرة دنانير، و الآخر عشرين و الثالث ثلاثين، و الرابع اربعين، و بهذه المائة يشترون قطيعا فيه مائة رأس من الغنم، ثم تدخل الاغنام الدار و يقف شخص على الباب ثم يخرج الاغنام واحدا واحدا باسم القصاب الاول، فيأخذها الى عشرة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۰

من قبل ان يخرج السهم فقال عليه السلام لا يشتر شيئا حتى يعلم اين يخرج السهم

ثم يخرج اغنام اخر الى عشرين باسم القصاب الثانى و هكذا.

و هذا النحو من التقسیم بین القصابین لا بد و ان یتم بالرضا لانهم اذا اشتروها مشاعا کان للاول عشر الجمیع، و للثانی خمسه، و للثالث اقل من ثلثه، و للرابع خمسیه.

اما افراز هذه الکسور بالاعداد قرعة کما بینا وجه القرعة ای وقوف شخص علی باب الدار و اخراج الاغنام واحدا واحدا، فهو مراضاة بینهم، و الا فعشرة اغنام قد لا تسوی عشرة دنانیر، و قد تسوی اکثر، و هکذا.

ثم انه اذا أتی شخص و اشتری سهم احدهم کسهم القصاب الاول صاحب العشرة مثلا، فاذا کان الشراء بعد الافراز و الرؤیة لم یکن به بأس اما اذا کان الشراء قبل الافراز کان له بعد الافراز خیار الرؤیة، لانه لم یر سهم الاول قبل اخراجه من الدار، هذا ان قلنا بصحة مثل هذا البیع.

نعم لا اشکال فی ان یشتری العشر من الاغنام ای قدر سهم الاول، فیکون بمنزلة القصاب الاول مشترکا مع الآخرین فی الاغنام بقدر عشر الاغنام، ثم یرضی بهذه العشرة التی تخرج من الدار عن حصته التی هی عشر الاغنام.

اذا عرفت هذا قلنا فالسائل سأل عن اشتراء السهام (من قبل ان یخرج السهم) من الدار مثلا (فقال علیه السلام لا یشتر شیئا) ای اعداد الاغنام التی سوف تخرج (حتی یعلم این یخرج السهم) ای یری الاعداد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۱

فان اشتری شیئا فهو بالخیار اذا خرج.

قال فی الحدائق و توضیح معنی هذا الخبر ما رواه فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول- قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: اشتری الغنم او یشتری الغنم جماعة، ثم تدخل دارا.

التی خرجت سهما لهذا القصاب الّذی اشتری سهمه (فان اشتری شیئا فهو بالخیار اذا خرج).

و قد یقال: ان معنی هذه الجملة انه ان اراد الاشتراء فهو مختار فی عمله هذا، لکن لیکن ذلک الاشتراء اذا خرجت الغنم من الدار.

و انما فسرت الجملة بهذا المعنی حتی تطابق الجملة السابقة و هی «لا یشتری ...» و ان لم نفسّرها بهذا المعنی لزم تضاد الجملتین اذ «لا یشتری ...» نهی، و «فان اشتری ..» إباحة، و لا یعقل ذلک.

و قد یقال: ان الروایة فی خیار الرؤیة و انه یصح للمشتری من القصاب ان یشتری سهمه فاذا خرج السهم و رآه المشتری علی غیر ما یرام کان له الفسخ.

(قال فی الحدائق و توضیح معنی هذا الخبر ما رواه فی الکافی، و التهذیب فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج) و الخبر الی هنا صحیح (عن منهال القصاب- و هو مجهول-) ای ان منهال مجهول (قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: اشتری الغنم) ای انا احد القصابین الذین یشترون قطیع الغنم (او یشتری الغنم جماعة) و لست انا احدهم (ثم تدخل) الاغنام «تدخل»- بصیغة المجهول- (دارا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۲

ثم یقوم رجل علی الباب فیعد واحدا و اثنین و ثلاثة و أربعة و خمسة، ثم یخرج السهم، قال لا یصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة الخبر.

اقول لم یعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فیه، لان المشتری لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا

ثم یقوم رجل علی الباب) للدار (فیعد واحدا و اثنین و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم یخرج السهم) ای بمقدار سهم القصاب الاول، و بعده الثانی و هکذا، هل یصلح هذا النحو من التقسیم؟ (قال) علیه السلام (لا یصلح هذا) النحو من التقسیم (انما تصلح السهام) بان تخرج بهذه الکیفیة التعدادیة (اذا عدلت القسمة) ای کانت الافراد للمجموع متساویة الی آخر (الخبر).

كما اذا كانت عشرة اقفزة من الحنطة، او عشر طاقات من قماش متساوى الطاقات، او ما اشبه ذلك، و هذا ما فهمته من معنى الرواية.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۱۲، ص: ۳۴۲

و الظاهران الحدائق اراد ان يقول: ان الرواية الثانية تفسير للرواية الاولى من حيث بيان ان سهام القصابين ما هى كيفيتها، لا انه اراد بيان ان الرواية الثانية تفسر كل خصوصيات الرواية الاولى التى منها مسألة خيار الرؤية.

و على ما ذكرناه، فلا يرد على الحدائق اشكال المصنف.

(اقول لم يعلم وجه الاستشهاد به) اى بهذا الخبر الثانى (لما نحن فيه، لان المشترى لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا) بان صار له سهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۳

فلا مورد لخيار الرؤية.

و ان اشترى سهمه المعين الّذى يخرج فهو شراء فرد غير معين، و هو باطل، و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع.

و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة، و يكون له

مشاع مع بقية القصابين (فلا مورد لخيار الرؤية) لما تقدم من ان خيار الرؤية مورده الشخصى، لا الكلى، و المشاع كلى.

و فيه ان المشاع فى المعين من قبيل الشخصى.

مثلا وصف القصاب ان الاغنام كلها سمان فظهرت ضعافا.

(و ان اشترى سهمه المعين الّذى يخرج) عند اخراج الاغنام من باب الدار (فهو شراء فرد غير معين، و هو باطل) فلا بيع اصلا حتى يأتى فيه خيار الرؤية.

و انما يبطل شراء فرد غير معين، لانه مجهول، فيوجب الغرر، و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر (و على الصحة) بان نقول انه غير مجهول لان المشترى رأى كل افراد الغنم و كلها شبه متساو مما لا يوجب غررا عرفا باى منها صارت القسمة (فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع) الّذى اذا قسم لم يكن فيه خيار.

(و يمكن حمله) اى الحديث (على شراء) المشترى ل (عدد معين) فانه يعلم ان نصيبه عشرة مثلا- كما فى المثال السابق- و يكون ذلك العدد مختلطا فى مائة (نظير الصاع من الصبرة، و يكون له) اى للمشترى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۴

خيار الحيوان اذا خرج السهم.

ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشترى.

و الظاهر الاتفاق على ان هذا الخيار يثبت للبائع أيضا اذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره، فتبين كونه زائدا على ما وصف.

و حكى عن بعض انه يحتمل فى صحيحة جميل ان يكون التفتيش من البائع بان يكون البائع باعه بوصف المشترى و حينئذ فيكون الجواب

(خيار الحيوان اذا خرج السهم) كما فى كل بيع حيوان.

و لا يخفى ان فى المقام كلاما طويلا حول الروايتين، لكنا تركناه رعاية لمقتضى الشرح.

(ثم ان صحیحة جمیل مختصة بالمشتری) و انه هو الّذی له خیار الرؤیة.

(و) لکن (الظاهر الاتفاق) من العلماء (علی ان هذا الخیار یثبت للبائع أیضا اذا لم یر المبیع و باعه بوصف غیره) او باعه بوصف انه هزیل (فتبین) انه صار سمینا، او تبین (کونه زائدا علی ما وصف) او ناقصا عنه اذا کان النقص یوجب زیادة القیمة، کما اذا کان الثور السمین لا یقدر علی الکرب فباعه ثم تبین انه صار هزیلا صالحا للکرب.

(و حکی عن بعض انه یحتمل فی صحیحة جمیل ان یکون التفتیش من البائع) فقوله «صار الی الضیعة» ای صار البائع الی الضیعة (بان یکون البائع باعه بوصف المشتری) للبائع ضیعته، فبعد ان باعه رأی ان ضیعته احسن مما کان یتصور (و حینئذ فیکون الجواب) ای جواب الامام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۵

عاما بالنسبة إلیهما علی تقدیر هذا الاحتمال و لا یخفی بعده، و ابعد منه دعوی عموم الجواب و الله العالم.

علیه السلام (عاما بالنسبة إلیهما) ای الی البائع و المشتری (علی تقدیر هذا الاحتمال).

فقوله علیه السلام: «لو قلب» اراد کلا من البائع و المشتری (و لا یخفی بعده) ای بعد الاحتمال المذکور بان یکون التفتیش من البائع (و ابعد منه دعوی عموم الجواب) لانه علی تقدیر ان یکون صدر الکلام فی البائع فالجواب أیضا یکون للبائع، لا الاعم منه و من المشتری (و الله العالم)

ثم انه قد یکون لکلیهما خیار الرؤیة بالنسبة الی المبیع، او الثمن، او لکلیهما، کما اذا وصف المبیع لهما اجنبی فرأی کل منهما خلاف الوصف، و هکذا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۶

مسئلة مورد هذا الخیار بیع العین الشخصیة الغائبة.

و المعروف انه یشترط فی صحته ذکر اوصاف المبیع التی یرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر، اذ لو لاها لکان غررا.

و عبّر بعضهم عن هذه الاوصاف بما یختلف الثمن باختلافه کما فی الوسیلة و جامع المقاصد، و غیرهما.

و آخر بما یعتبر فی صحة السلم.

(مسألة: مورد هذا الخیار) ای خیار الرؤیة (بیع العین الشخصیة الغائبة) عن البصر، و ان کانت حاضرة، کما اذا اشتراه الاعمی و هو عنده، علی انه اسود فظهر ابیض، مثلا.

(و المعروف انه یشترط فی صحته) ای صحة البیع (ذکر اوصاف المبیع) و قوله: (التی) صفة لاوصاف (یرتفع بها الجهالة الموجبة) تلک الجهالة (للغرر، اذ لولاها) ای لو لا- معرفة الاوصاف المذکورة (لکان) البیع (غررا) فاللازم ذکرها حتی یرتفع الغرر، بسبب الذکر.

(و عبّر بعضهم عن هذه الاوصاف) التی یجب ذکرها (بما یختلف الثمن باختلافه) ای باختلاف کل وصف وصف (کما فی الوسیلة، و جامع المقاصد، و غیرهما).

(و) عبر بعض (آخر بما یعتبر فی صحة السلم) فان فی بیع السلف «السلم» و هو ما کان الثمن نقد او المتاع نسیئة ان یذکر الاوصاف للمبیع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۷

و آخرون كالشيخين و الحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة.

و الظاهر ان مرجع الجميع واحد، و لذا ادعى الاجماع على كل واحد منها.

ففى موضع من التذكرة يشترط فى بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى فى السلم عندنا.

و عنه فى موضع آخر من التذكرة ان شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع، و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس

(و آخرون كالشيخين و الحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة) و ظاهرها الصفة التى توجب اختلاف الرغبات.

(و الظاهر)- و لو بالقرائن الخارجية- (ان مرجع الجميع واحد، و لذا) نرى انه (ادعى الاجماع على كل واحد منها) فلو لا وحدة المراد لم يصح ذلك.

(ففى موضع من التذكرة) قال: (يشترط فى بيع خيار الرؤية) اى البيع الّذى يوجب ذلك (وصف المبيع وصفا يكفى) ذلك الوصف (فى) بيع (السلم عندنا) و «عندنا» عبارة اخرى عن الاجماع.

(و عنه) اى عن العلامة (فى موضع آخر من التذكرة) قال: (ان شرط صحة بيع) العين (الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع).

قال: (و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس) بان البيع حنطة او شعير مثلا و «اللفظ» من باب المثال، و انما المقصود بيان الجنس.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۸

ثم ذكر انه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الاثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها انتهى.

و فى جامع المقاصد: ضابط ذلك ان كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه، و يتفاوت به القيمة تفاوتا ظاهرا لا يتسامح به يجب ذكره فلا بدّ من استقصاء اوصاف السلم، انتهى.

(ثم ذكر) العلامة (انه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز) اى تميز حنطة عن حنطة ان اراد شراء الحنطة مثلا (و ذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الاثمان باختلافها) مثل الحنطة العراقية الشديدة الحمرة الكبيرة الحجم (و) ما اشبه ذلك بحيث لا (يتطرق الجهالة بترك بعضها) و الا لم يصح البيع، لانه من بيع المجهول، و ذلك مبطل للبيع (انتهى) كلام العلامة.

(و) قال المحقق الثانى (فى جامع المقاصد) و (ضابط ذلك) اى ضابط ذكر الاوصاف فى ما يستلزم خيار الرؤية (ان كل وصف يتفاوت الرغبات) العرفية (بثبوته و انتفائه) فيكون وجود ذلك الوصف مرغوبا او غير مرغوب (و يتفاوت به) اى بذلك الوصف (القيمة تفاوتا ظاهرا) بحيث (لا يتسامح به) اى بذلك التفاوت مثل تفاوت دينار فى خمسة دنانير، لا مثل التفاوت بعشرة افلس فى خمسة دنانير- مثلا- (يجب ذكره) عند العقد (فلا بدّ من استقصاء اوصاف السلم) «استقصاء» بمعنى ذكر الجميع (انتهى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۴۹

و ربما يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه، و كفاية ذكر اوصاف السلم من جهة انه قد يتسامح فى السلم فى ذكر بعض الاوصاف، لافضائه الى عزة الوجود، او لتعذر الاستقصاء على التحقيق و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه.

(و ربما يتراءى) اى يظن بانه يرى (التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه) فان معناه وجوب ذكر كل وصف هكذا شأنه (و) بين

(کفایة ذکر اوصاف السلم).

و انما کان بین هذین تنافیا (من جهة) ان الثانی اعم من الاول، ف (انه قد یتسامح فی السلم فی ذکر بعض الاوصاف) فلا یذکرونها، و انما لا یـذکرونها و لیس ذکرها معتبرا (لافضائه) ای ان الذکر یسـبب (الی عزة الوجود) و قلته، و قلة الوجود توجب تعریض المبیع الی خطر عدم الوجود فی زمان التسلیم.

مثلا: اذا قال حنطة عراقیة جنوبیة بصـریة حمراء سـمینة الحب، اوجب ذلک قلة وجود هذا النوع، و لعل فی فصل الحنطة لم توجد هذه الاوصاف (او لتعـذر الاسـتقصاء) لاوصاف شـیء لا یوجد الآن فی السـلم (علی التحقیق) متعلق ب «تعذر» ای علی الدقة، و انما یوجد قسم قریب من الموصوف وصـفا بالدقـة (و هـذا المانع) ای عزة الوجود او عدمه بسـبب دقة الاوصاف (مفقود فیما نحن فیه) فی مورد خیار الرؤیة، و کذا یوصف هنا کل الصفات بالدقة.

و انما کان المانع مفقودا لان المبیع موجود خارجا، و الموجود الخارجی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۰

قال فی التذکرة فی باب السلم لا یشترط وصف کل عضو من الحیوان باوصافه المقصودة، و ان تفاوت به الغرض و القیمة لافضائه الی عزة الوجود انتهی.

و قـال فی السـلم فی الاحجار المتخـذة للبناء انه یـذکر نوعها و لونها و یصف عظمها، فیقول ما یحمل البعیر منها اثنتین او ثلاثا او اربعا علی

یمکن وصفه علی الدقة، و کذا الدقة المعتبرة فی «السلم» اقل من الدقة المعتبرة فیما نحن فیه.

و من هنا اشکلنا انه کیف جمع الاصحاب بین الامرین فی المقام.

و یدل علی ما ذکرنا من ان کل الاوصاف لا یقال فی السـلم خوفا من قلة الوجود ما ذکره العلامة، فانه (قال فی التذکرة فی باب السلم لاـ یشترط) فی صـحة البیع (وصف کـل عضو من) اعضاء (الحیوان) المراد اشترائه (باوصافه المقصودة) للمشتری (و ان تفاوت به) ای بالوصف غیر المذکور (الغرض) عند العقلاء (و القیمة) بان کان ذو الوصف اکثر قیمة.

و انما لا یشترط (لافضائه) ای انجرار الذکر (الی عزة) و قلة (الوجود) الموجبة لتعذر التسـلیم، و العقلاء یرجحون تفویت غرض اصـغر لغرض اکبر (انتهی).

(و قال) العلامـة (فی السـلم فی الاحجار المتخـذة للبناء) اذا اشتراها سـلما (انه یـذکر نوعها و لونها، و یصف عظمها، فیقول) مثلا النوع العراقی الاصفر اللون من (ما یحمل البعیر منها اثنتین او ثلاثا او اربعا) فان کل ذلک (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۱

سبیل التقریب دون التحقیق، لتعذر التحقیق.

و یمکن ان یقال ان المراد ما یعتبر فی السـلم فی حـد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فی بعض افراد السـلم و ان کان یمکن ان یورد علی مسامحتهم هناک ان الاستقصاء فی الاوصاف شرط فی السلم

سبیل التقریب).

اذ من الممکن اختلاف الوان الاصـفر، و کذلک تختلف نواحی العراق فی قوة الحجر و هشاشـته، و البعیر القوی یحمل الاثقل و البعیر العادی یحمل العادی (دون التحقیق، لتعذر التحقیق) هذا نهایة اشکال المصنف الّذی ذکره بقوله «و ربما یتراءی».

(و یمکن ان یقال) فی جواب الاشـکال المذکور (ان المراد) فی خیار الرؤیة (ما یعتبر فی السـلم) من الاوصاف (فی حد ذاته) ای یلزم

أيضا فى السلم الاوصاف الدقيقة (مع قطع النظر عن العذر)- تعذر الوجود او تعسره- (الموجب) ذلك العذر (للمسامحة فى بعض افراد السلم).

فالسلم و خيار الرؤية من باب واحد، الا ان بعض افراد السلم خارج عن لزوم الوصف الدقيق لامر خارجى و هو التعذر او التعسر، فلا تنافى بين الامرين اللذين قال أو لا «و ربما يتراءى ..» (و ان كان يمكن ان يورد على مسامحتهم هناك) اى فى باب السلم، انها غير صحيحة، و كلما لم يكن الوصف الدقيق فى السلم، لم يصح بيع السلم.

وجه الايراد (ان الاستقصاء فى الاوصاف شرط فى) صحة (السلم)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٣٥٢

غير مقيد بحال التمكن.

فتعذره يوجب فساد السلم، لا- الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط اوصافه، و تمام الكلام فى محله.

ثم ان الأوصاف التى يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصا فى العبيد و الاماء فان مراتبهم الكمالية التى يختلف بها اثمانهم غير محصورة جدّا

و هو (غير مقيد بحال التمكن) من الاداء بعد ذلك.

(فتعذره) اى تعذر التسليم لذى الاوصاف الدقيقة (يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه) بان يقال حيث يتعذر الاوصاف الدقيقة فهى غير مشروطة فى باب السلم (كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط اوصافه) و لم يقولوا انه حيث لا يمكن ضبط الاوصاف، فالاوصاف ليست بشرط، و ان السلم صحيح بدون ذكر تلك الاوصاف (و تمام الكلام) فى السلم (فى محله) ان شاء اللّه تعالى.

(ثم) انه بعد ان ذكرنا اشكالا على الضابطين بانهما متنافيان، كما تقدم فى قولنا «ربما يتراءى التنافى ..» نريد الآن بيان الاشكال على الضابط الاول فى نفسه الّذى هو اعتبار «ما يختلف الثمن باختلافه» ف (ان الاوصاف التى يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصا فى العبيد و الاماء) كالجمال و مراتبه، و الكمال و مراتبه و لذا كانت الجارية تباع من الف درهم الى اكثر، كما يظهر من التواريخ (فان مراتبهم الكمالية) و الجمالية (التى يختلف بها اثمانهم غير محصورة جدا).

و كذلك تختلف الصفات فى بعض الاشياء الاخر كالدار، و لذا نرى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٢، ص: ٣٥٣

و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر احالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، لانتفاء الغرر عرفا

دارا بمليون دينار و دارا بعشرة آلاف دينار فى زماننا فى الخليج و غيره فمراده من غير محصورة كثرة التفاوت، لا عدم الانحصار حقيقة، كما ان مراده فى بعض الاشياء لا فى كلها كما هو واضح.

و كيف كان فاذا كانت الاوصاف غير محصورة، لزم عدم امكان بيع العين الغائبة بالتوصيف، لعدم امكان او تعسر ذكر جميع اوصافها الدخيلة فى القيمة، فكيف جعل هذا الضابط الاول: فصل باعتبار ما يختلف الثمن باعتباره.

و كيف كان فهذا الاعتبار للاوصاف التى يختلف الثمن باختلافها، لا يخلو عن احد حالين.

الاول: ان يراد به ذكر كل الصفات و قد عرفت انه متعذر.

(و) الثانى: ان يراد به ذكر ما يرفع به معظم الغرر.

و فیه أولا: ان (الاقتصار علی ما یرفع به معظم الغرر احالة علی مجهول) لان معظم الغرر امر تشکیکی، له بحیث طویل.

و ثانیا: (بل یوجب) هذا الاقتصار (الاکتفاء علی ما دون صفات السلم) لان ذکر الصفات التی یرتفع به معظم الغرر لا یکفی فی السلم. ففی السلم یلزم ذکر کل الصفات التی یرتفع بها الغرر، و قد ذکرنا ان اللازم فی هذا الباب و هو باب خیار الرؤیة، هو ما یلزم فی السلم فکیف یکتفی هنا باقل مما یکتفی به فی السلم (لانتفاء) معظم (الغرر عرفا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۴

بذلک مع انا علمنا ان الغرر العرفی اخصّ من الشرعی.

و کیف کان فالمسألة لا تخلو عن اشکال.

بذلک) ای بذکر ما دون صفات السلم، و قوله «لانتفاء» علة ل «للاکتفاء»

و الحاصل انهم ذکروا تارة اعتبار ذکر صفات السلم هنا، و تارة کفایة ذکر ما یرتفع به معظم الغرر، و هما متنافیان.

اذ لا یکفی فی السلم ذکر ما یرتفع به معظم الغرر.

و ثالثا: ان ارتفاع معظم الغرر العرفی ای الغرر الّذی لا یقدم علیه العرف، لا یکفی فی صحة المعاملة، بل اللازم ارتفاع الغرر الشرعی الّذی هو ادق من الغرر العرفی فان العرف یتسامح بها لا یتسامح به الشرع.

و هذا الاشکال ذکره بقوله: (مع انا علمنا ان الغرر العرفی اخص من الشرعی) ای ان قیود الغرر الشرعی اکثر من قیود الغرر العرفی، فلا یکفی رفع الغرر العرفی، فی صحة المعاملة.

و صورة الاشکال الثالث هکذا «الاکتفاء علی ذکر ما یرفع به معظم الغرر اکتفاء برفع الغرر العرفی» «مع ان المعاملة لا تصح بذلک، و انما تصح بارتفاع الغرر الشرعی».

(و کیف کان) امر تمامیة کل اشکال من الاشکالات الثلاثة (ف) علی ای حال (المسألة) ای مسألة الضابط الاول و هی اعتبار ما یختلف الثمن باختلافه (لا تخلو عن اشکال) فلا یمکن جعل هذا ضابطا للاوصاف التی یجب ذکرها فی باب خیار الرؤیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۵

و اشکل من ذلک ان الظاهر ان الوصف یقوم مقام الرؤیة المتحققة فی بیع العین الحاضرة.

و علی هذا فیجب ان یعتبر فی الرؤیة ان یحصل بها

(و اشکل من ذلک) ای اشکل مما ذکروه فی ضابط الاوصاف التی لا بد من ذکرها فی بیع العین الغائبة، و الضابط هو ما تقدم من اعتبار ما یختلف الثمن باختلافه، اشکل من ذلک و هو الاکتفاء بالرؤیة فی صحة البیع للعین الحاضرة.

وجه الاشکال ان الوصف فی بیع الغائب قائم مقام الرؤیة فی بیع الحاضرة، فاللازم ان لا یحتاج فی الوصف الی اکثر مما یعتبر فی الرؤیة لان الوصف فرع الرؤیة، و الفرع لا یزید علی الاصل، مع انهم لم یذکروا احتیاج الرؤیة علی کل الاوصاف التی یختلف الثمن باختلافها.

و الحاصل انه تناف بین قولهم «یحتاج بیع العین الغائبة الی ذکر الاوصاف التی یختلف الثمن باختلافها» و بین قولهم «لا یحتاج بیع العین الحاضرة الی رؤیة الاوصاف التی یختلف الثمن باختلافها»

وجه التنافی: انه یلزم منه زیادة الفرع و هو الوصف فی الغائبة، علی الاصل و هو الرؤیة فی الحاضرة.

ف (ان الظاهر ان الوصف) فی الغائبة (یقوم مقام الرؤیة المتحققة فی بیع العین الحاضرة).

(و علی هذا) الّذی ذکر من لزوم ذکر الاوصاف التی یختلف الثمن باختلافها (فیجب ان یعتبر فی الرؤیة ان یحصل بها) ای بالرؤیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۶

الاطلاع علی جمیع الصفات المعتبرة فی العین الغائبة مما یختلف الثمن باختلافه.

قال فی التذکرة یشترط رؤیة ما هو مقصود بالبیع کداخل الثوب، فلو باع ثوبا مطویا او عینا حاضرة، لا یشاهد منها ما یختلف الثمن لاجله کان کبیع الغائب، یبطل ان لم یوصف وصفا یرفع الجهالة، انتهی.

و حاصل هذا الکلام اعتبار وقوع المشاهدة علی ما

(الاطلاع علی جمیع الصفات المعتبرة فی العین الغائبة مما) ای من الصفات التی (یختلف الثمن باختلافه) مع انهم لا یشترطون مثل هذا الاطلاع فی بیع العین الحاضرة، بل یکتفون بالرؤیة اجمالا.

مثلا: یقولون اذا اراد ان یبیع الحنطة غائبا، یلزم ان یعین انها عراقیة او شامیة، بینما اذا اراد ان یشتریها و هی حاضرة لا یلزم ان یعرف انها عراقیة او شامیة.

و یؤید ما ذکرنا من الاشکال بقولنا «و اشکل» ان العلامة جعل بیع الحاضرة مثل بیع الغائبة، فکیف لا یعتبر المشهور ذلک، کما سیأتی بقوله «و من المعلوم».

(قال فی التذکرة یشترط) فی بیع العین الحاضرة (رؤیة ما هو مقصود بالبیع کداخل الثوب، فلو باع ثوبا مطویا او عینا حاضرة، لا یشاهد منها ما یختلف الثمن لاجله، کان کبیع الغائب) الّذی (یبطل) بیع الغائب (ان لم یوصف وصفا یرفع الجهالة، انتهی) کلام العلامة.

(و حاصل هذا الکلام اعتبار وقوع المشاهدة علی ما) ای علی الاوصاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۷

یعتبر فی صحة السلم، و بیع الغائب.

و من المعلوم من السیرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤیة علی جمیع الصفات المعتبرة فی السلم، و بیع العین الغائبة، فانه قد لا یحصل الاطلاع بالمشاهدة علی سن الجاریة، بل و لا علی نوعها و لا غیرها من الامور التی لا یعرفها الا اهل المعرفة بها فضلا عن مرتبة کمالها الانسانی المطلوبة فی الجواری المبذول بإزائها الاموال، و یبعد کل البعد التزام ذلک

التی (یعتبر فی صحة السلم، و) فی (بیع الغائب).

(و) اذا تحققت المقدمة الاولی للاشکال و هی اعتبار الدقة فی المشاهدة، کما تعتبر الدقة فی السلم و الغائبة نقول فی بیان المقدمة الثانیة ان (من المعلوم من السیرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤیة) فی العین الحاضرة (علی جمیع الصفات المعتبرة فی السلم، و) فی (بیع العین الغائبة) مثلا- (فانه قد لا یحصل الاطلاع بالمشاهدة علی سن الجاریة بل و لا علی نوعها) و انها من النوع الإفریقی او من النوع الامریکی مع اختلاف صفاتهما النفسیة اختلافا کثیرا (و لا- غیرها من الامور التی لا یعرفها الا اهل المعرفة بها) کالنخاسین الذین یعرفون الخصوصیات و المزایا و الصفات فی کل جاریة من الامور المخفیة علی سائر الناس من غیر اهل الخبرة.

فان غالب الناس لا یعرفون هذه الامور الظاهرة (فضلا عن مرتبه کمالها الانسانی المطلوبة) تلک المرتبة (فی الجواری المبذول بإزائها الاموال و) هذه السیرة تخالف الدلیل، اذ (یبعد کل البعد التزام ذلک) و انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۸

او ما دون ذلک فی المشاهدة، بل یلزم من ذلک عدم صحة شراء غیر العارف باوصاف المبیع الراجعة الی نوعه، او صنفه او شخصه، بل هو بالنسبة الی الاوصاف التی اعتبروها، کالاعمی، لا بد من مراجعته لبصیر عارف، و لا اجد فی المسألة اوثق من ان یقال:

فی صورة المشاهدة لا- یعتبر الاطلاع علی هذه الصفات (او ما دون ذلک) الّذی یعتبر فی بیع العین الغائبة (فی) ما کان الاشتراء ب (المشاهدة بل) لو قلنا: بانه یشترط فی العین المشاهدة الاطلاع علی کل تلک الصفات بالدقة، کما یعتبر فی السلم و بیع الغائبة (یلزم من ذلک عدم صحة شراء غیر العارف باوصاف المبیع الراجعة) تلک الاوصاف (الی نوعه) کالحنطة العراقیة، مقابل الشامیة (او صنفه) کالصنف اللذیذ الطعم من اصناف حنطة العراق (او شخصه) کشخص ارض فلان التی هی اجود الاقسام.

و اذا اشکل ما تعتبره السیرة من عدم الاعتبار بالدقة، فاللازم ان نقول: (بل هو) ای اشتراء العین الحاضرة (بالنسبة الی الاوصاف التی اعتبروها) بالاطلاع علیها فی صحة البیع، یکون حاله (کالاعمی لا بد من مراجعته لبصیر عارف) و الا لم تصح المعاملة، فتحصل وجه الاشکال فی بیع العین الحاضرة: ان السیرة لا تعتبر الدقة، و القاعدة تقتضی الدقة (و لا اجد فی المسألة) ای مسألة بیع العین الحاضرة (اوثق من ان یقال): انه یعتبر الاطلاع علی امر وسط بین الدقة و بین تسامح السیرة، و ان بیع العین الحاضرة و بیع الغائبة من هذه الجهة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۵۹

ان المعتبر هو الغرر العرفی فی العین الحاضرة و الغائبة الموصوفة.

فان دل علی اعتبار ازید من ذلک حجة معتبرة اخذ به.

و لیس فیما ادعاه العلامة فی التذکرة من الاجماع حجة مع استناده فی ذلک الی کونه غررا عرفا، حیث قال فی اوّل مسألة اشتراط العلم بالعوضین: انه

حد سواء ف (ان المعتبر هو) الوصف و الرؤیة الطارئان ل (الغرر العرفی) بان یقول العرف انه لا- غرر فی البین، سواء (فی العین الحاضرة) المرئیة (و الغائبة الموصوفة).

و بهذا یرتفع الاشکال و التنافی الّذی ذکرناه بقولنا «و ربما یتراءی» و بقولنا «و اشکل من ذلک».

(فان دل علی اعتبار ازید من ذلک) ای بان یجب ان تذکر اوصاف اکثر مما یرفع الغرر العرفی (حجة معتبرة اخذ به) ای بذلک الدلیل الدال علی اعتبار الازید.

(و) ان قلت: هناک دلیل علی ذلک، و هو اجماع العلامة.

قلت: (لیس فیما ادعاه العلامة فی التذکرة من الاجماع) الّذی تقدم نقلنا عنه (حجة).

و انما لا یکون حجة، لما ذکره المصنف بقوله: (مع استناده فی ذلک) الاجماع (الی کونه غررا عرفا) فان مستند اجماعه الغرر عرفا.

و حیث انا نری انه لا غرر، فنعرف عدم صحة اجماعه (حیث قال) العلامة (فی اوّل مسألة اشتراط العلم بالعوضین) فی صحة البیع (انه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۰

اجمع علمائنا علی اشتراط العلم بالعوضین لیعرف ما ملک بإزاء ما بذل، فینتفی الغرر فلا یصح بیع العین الغائبة ما لم یتقدم رؤیة، او یوصف وصفا یرفع الجهالة، انتهی.

و لا ریب ان المراد بمعرفة ما ملک معرفته علی وجه وسط بین طرفی الاجمال و التفصیل.

ثم انه یمکن الاستشکال فی صحة هذا العقد

اجمع علمائنا علی اشتراط العلم بالعوضین).

و انما اجمعوا (لیعرف) کل من المتبایعین (ما ملک بإزاء ما بذل) و اذا علم (فینتفی الغرر) و علی لزوم العلم (فلا یصح بیع العین الغائبة ما لم تتقدم) رؤیة المنتقل إلیه لتلک العین (رؤیة) توجب علمه بها (او یوصف وصفا یرفع الجهالة، انتهی) کلام العلامة.

(و لا ریب ان المراد) ای مراد العلامة (بمعرفة ما ملک، معرفته علی وجه وسط بین طرفی الاجمال) المسامحی (و التفصیل) الدقی.

و منه علم ان لا اجماع یدل علی لزوم الدقة فی الوصف و فی الرؤیة ازید مما یرفع الجهالة عرفا.

و لذلک جرت السیرة فی بیع الشیء غائبا او حاضرا ان یری و یوصف بحیث یسمی فی العرف انه لیس بمغرور.

(ثم انه یمکن الاستشکال فی صحة هذا العقد) و هو عقد الغائب سواء ذکرت الاوصاف، أم لا، لانه ان ذکرت الاوصاف بالدقة یمکن تعذر وجوده، فالاقدام علی المعاملة بما یمکن تعذر وجوده غرر، و ان لم تذکر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۱

بان ذکر الاوصاف لا یخرج البیع عن کونه غررا، لان الغرر بدون اخذ الصفات من حیث الجهل بصفات المبیع، فاذا اخذت فیه مقیدا بها صار مشکوک الوجود، لان العبد المتصف بتلک الصفات مثلا لا یعلم وجوده فی الخارج، و الغرر فیه اعظم

و یمکن ان یقال:

الاوصاف بالدقة لزم الغرر من حیث الجهالة بصفات المبیع.

و علیه فالعقد علی الشیء الغائب لا یصح مطلقا (ب) کلتا صورتیه.

ف (ان ذکر الاوصاف لا- یخرج البیع عن کونه غررا) سواء ذکرت الاوصاف بالدقة او بدون دقة (لان الغرر بدون اخذ الصفات) الدقیقة یکون (من حیث الجهل بصفات المبیع) و بیع الغرر باطل (فاذا اخذت) الصفات الدقیقة (فیه) ای فی العقد (مقیدا) المبیع (بها) ای بتلک الصفات (صار) الشیء المتصف بتلک الصفات (مشکوک الوجود) و بیع مشکوک الوجود غرر (لان العبد) الغائب المشتری (المتصف بتلک الصفات) الدقیقة، کان یکون من افریقیا عمره عشرون سنة، و وزنه ستون کیلوغراما، و طوله متعارف، و کان حافظا للقرآن، الی غیر ذلک (مثلا- لا- یعلم وجوده فی الخارج، و) من المعلوم ان (الغرر فیه) ای فی مثل هذا البیع (اعظم) من الغرر فی الشیء الموصوف بصفات قلیلة مسامحة لان الدقة توجب الشک فی اصل العبد، و المسامحة توجب احتمال انتفاء بعض اغراض المشتری.

(و یمکن ان یقال) ان الاخذ بالاوصاف الدقیقة لا یوجب غررا اعظم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۲

ان اخذ الاوصاف فی معنی الاشتراط لا التقیید، فیبیع العبد مثلا ملتزما بکونه کذا و کذا، و لا غرر فیه حینئذ عرفا.

و قد صرح فی النهایة و المسالک- فی مسألة ما لو رأی المبیع ثم تغیّر عما رآه- ان الرؤیة بمنزلة الاشتراط، و لازمه کون الوصف القائم مقام الرؤیة اشتراطا.

مع انتفاء اصل المبیع.

و ذلک ل (ان اخذ الاوصاف فی معنی الاشتراط) فلا یبطل فقدها البیع، بل یکون للمشروط له حق الفسخ (لا) فی معنی (التقیید) حتی یکون فقد کل وصف یوجب بطلان البیع، و یحصل بذلک الغرر الاعظم کما ذکره المستشکل (فیبیع العبد) عند ذکر الاوصاف الدقیقة (مثلا) فی حالکونه (ملتزما بکونه کذا و کذا) من الصفات (و لا غرر فیه حینئذ) ای حین الشرط (عرفا) اذ العرف یری انه لو وجد مثل هذا العبد فهو، و ان لم یوجد کان للمشتری اخذ فاقد الاوصاف، کما یکون له فسخ المعاملة.

(و) لذا الّذی ذکرنا ان الاوصاف الدقیقة لیست قیدا (قد صرح فی النهایة و المسالک- فی مسألة ما لو رأی المبیع ثم تغیر عما رآه-) لکن المشتری لم یعلم بالتغیر، بل اشتراه علی ما رأی (ان الرؤیة بمنزلة الاشتراط) کان یشترط المشتری علی البائع ان یکون المبیع علی ما رآه من الاوصاف ای لیس کالقید (و لازمه) ای لازم کونها کمنزلة الاشتراط (کون الوصف) فی اشتراط العین الغائبة (القائم مقام

الرؤیة) فی تصحیح البیع لانه لا یصح البیع الا بالرؤیة او بالوصف (اشتراطا) فیصح ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۳

و یمکن ان یقال: ببناء هذا البیع علی تصدیق البائع او غیره فی اخباره باتصاف المبیع بالصفات المذکورة، کما یجوز الاعتماد علیه فی الکیل و الوزن.

و لذا ذکروا انه یجوز مع جهل المتبایعین بصفة العین الغائبة المبایعة بوصف ثالث لهما.

ذکرناه من ان الاوصاف الدقیقة لا توجب الغرر.

(و یمکن ان یقال) فی جواب الاستشکال المتقدم، بجواب آخر.

فان المستشکل قال: ان ذکر الاوصاف الدقیقة کان غررا لاحتمال عدم وجوده، و ان لم یذکر الاوصاف الدقیقة کان غررا، لجهل المشتری به و کان الجواب الاول: «یمکن ان یقال ان اخذ ...» ردا للشق الاول من الاشکال، و هذا الجواب أیضا رد للشق الاول ببیان آخر و هو ان ذکر الاوصاف الدقیقة لا- یوجب احتمال المشتری عدم وجود المبیع لان المشتری یصدق البائع فی وجود الشیء ذی الاوصاف الدقیقة و ذلک (ببناء هذا البیع علی تصدیق البائع او غیره) اذا کان الواصف غیر البائع، تصدیقا (فی اخباره باتصاف المبیع بالصفات المذکورة) الدقیقة (کما یجوز الاعتماد علیه) ای علی البائع و غیره، و (فی الکیل و الوزن) اذا قال البائع- مثلا- ان هذه الصبرة مائة کیلو، او بمقدار کرّ.

(و لذا) الّذی یجوز الاعتماد علیه (ذکروا انه یجوز مع جهل المتبایعین بصفة العین الغائبة) تجوز (المبایعة بوصف) شخص (ثالث لهما) ای للمتبایعین، فاذا جاز بوصف ثالث، جاز بوصف البائع بطریق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۴

و کیف کان فلا غرر عرفا فی بیع العین الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة.

و لا- دلیل شرعا أیضا علی المنع من حیث عدم العلم بوجود تلک الصفات، فیتعین الحکم بجوازه مضافا الی الاجماع علیه ممن عدا بعض العامة.

ثم ان الخیار بین الرد و

اولی، و لا یکون حینئذ غررا.

(و کیف کان فلا- غرر عرفا فی بیع العین الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة) و لا یلزم ذکر الصفات بدقة عقلیة، و لا یجوز ذکرها باقل مما یری العرف لانها اقل من الکفایة.

(و لا دلیل شرعا أیضا) کمالا دلیل عرفا (علی المنع) من مثل هذا البیع.

و توهم ان مثل هذا البیع باطل (من حیث) انه غرر ل (عدم العلم بوجود تلک الصفات) فی الخارج قد عرفت جوابه، و ان تطابق العقل و الشرع علی صحة مثل هذا البیع بالصفات المتوسطة بین الدقة و المسامحة (فیتعین الحکم بجوازه) لشمول مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ، و غیرهما له (مضافا الی الاجماع علیه) ای علی جواز هذا البیع (ممن عدا بعض العامة) حیث منعوه، لکن خلافهم لا یضر کما لا یخفی.

(ثم ان الخیار) ای خیار الرؤیة عند تخلف الوصف (بین الرّد و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۵

الامساک مجانا هو المشهور بین الاصحاب.

و صريح السرائر تخييره بين الرد و الامساك بالارش، و انه لا يجبر على احدهما.

و يضعف بانه لا دليل على الارش.

نعم لو كان للوصف المفقود دخل فى الصحة، توجه اخذ الارش لكن بخيار العيب، لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، اذ لو لا الوصف، ثبت خيار العيب

الامساك مجانا) امساكا بلا ارش (هو المشهور بين الاصحاب).

(و) لكن (صريح السرائر تخييره) اى من خلّفت عليه الرؤية (بين الرد و الامساك بالارش) فاذا رأى العبد حافظا للقرآن ثم اشتراه و قد نساه، و كان التفاوت بين الحافظ و غيره ثلث الثمن، كان له ان يقبل العبد و يأخذ ثلث الثمن (و انه لا يجبر على احدهما) فان شاء فسخ، و ان شاء قبله مع الارش.

(و يضعف بانه لا دليل على الارش).

اقول: يكفى دليلا عليه بناء العقلاء، و لم يردعه الشارع، فيشمله اطلاقات الادلة بالإضافة الى المناط فى ارش المعيب.

(نعم لو كان للوصف المفقود دخل فى الصحة) كما لو رأى الدابة صحيحة ثم ظهرت ناقصة (توجه) صحة (اخذ الارش، لكن) الارش (بخيار العيب، لا) ب (خيار رؤية المبيع، على خلاف ما وصفه).

و انما كان خيار العيب (اذ لو لا) تخلف (الوصف، ثبت خيار العيب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۶

أيضا.

و سيجىء عدم اشتراط ذكر الاوصاف الراجعة الى وصف الصحة.

و اضعف من هذا ما ينسب الى ظاهر المقنعة، و النهاية، و المراسم من بطلان البيع اذا وجد على خلاف ما وصف.

لكن الموجود فى المقنعة، و النهاية انه ان لم يكن على الوصف كان البيع مردودا.

و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد، لا الباطل فعلا.

أيضا) فله خياران، احدهما يوجب صحة اخذ الارش.

(و) ان قلت: لم يذكرا وصف الصحة فى العقد فكيف يمكن الاخذ بخيار العيب.

قلت: (سيجىء عدم اشتراط ذكر الاوصاف الراجعة الى وصف الصحة) و انه ثابت ذكراه، أم لا، و ذلك لبناء العقد عليه دائما.

(و اضعف من هذا) الّذى ذكره ابن ادريس من حقه فى اخذ الارش (ما ينسب الى ظاهر المقنعة، و النهاية، و المراسم، من بطلان البيع اذا وجد) المشترى المبيع (على خلاف ما وصف) ه البائع.

(لكن) من الممكن عدم صحة النسبة، لان (الموجود فى المقنعة، و النهاية انه ان لم يكن) المبيع (على الوصف) الّذى ذكره البائع (كان البيع مردودا) انتهى.

(و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد) اى ما فيه الخيار (لا الباطل فعلا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۶۷

و قد عبر فى النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: و لا بأس بان يبيع الانسان متاعا باكثر مما يسوى، اذا كان المبتاع من اهل المعرفة، فان لم يكن كذلك كان البيع مردودا.

و على تقدير وجود القول بالبطلان فلا يخفى ضعفه، لعدم الدليل على البطلان، بعد انعقاده صحيحا عدا ما فى مجمع البرهان.

و حاصله وقوع العقد علی شیء مغایر للموجود،

(و) یؤید هذا الاحتمال انه (قد عبر فی النهایهٔ عن خیار الغبن بذلک) ای مردودا مع ان مراده الخیار (فقال: و لا بأس بان یبیع الانسان متاعا باکثر مما یسوی، اذا کان المبتاع من اهل المعرفهٔ) ای انه یعرف ان قیمهٔ المتاع اقل (فان لم یکن) المبتاع (کذلک) ای من اهل المعرفهٔ (کان البیع مردودا) ای کان للمبتاع ان یرد البیع بخیار الغبن انتهی کلامه.

(و علی تقدیر وجود القول بالبطلان) ای بطلان البیع الّذی تخلف فیه الوصف (فلا یخفی ضعفه، لعدم الدلیل علی البطلان، بعد انعقاده صحیحا).

و انما ینعقد صحیحا لاطلاق ادلهٔ حلیهٔ البیع و نحوها، الا ان یقال:

ان المفهوم من آیهٔ «عَنْ تَرٰاضٍ» الرضا الواقعی، و هذا لیس برضا فی الواقع بالنسبهٔ إلیه، و فیه ان الرضا موجود حال البیع (عدا ما فی مجمع البرهان) من توجیه البطلان.

(و حاصله وقوع العقد علی شیء مغایر للموجود) اذ کان العقد علی

فالمعقود علیه غیر موجود، و الموجود غیر معقود علیه.

و یضعف بان محل الکلام، فی تخلف الاوصاف التی لا یوجب مغایرهٔ الموصوف للموجود عرفا بان یقال ان المبیع فاقد للاوصاف المأخوذهٔ فیه لا انه مغایر للموجود.

نعم لو کان ظهور الخلاف فیما له دخل فی حقیقهٔ المبیع عرفا فالظاهر عدم الخلاف فی البطلان و لو اخذ فی عبارهٔ العقد علی وجه الاشتراط

ذی الوصف، و المبیع الموجود فاقد الوصف (فالمعقود علیه غیر موجود، و الموجود غیر معقود علیه) فلم یحصل متعلق البیع و هذا هو معنی البطلان.

(و یضعف) هذا الوجه (بان محل الکلام، فی تخلف الاوصاف التی لا یوجب مغایرهٔ الموصوف) الّذی وقع علیه العقد (للموجود) مغایرهٔ (عرفا) بل العرف یری ان الموجود هو ما وقع علیه العقد، لکنه فاقد لبعض اوصافه (بان یقال) عرفا (ان المبیع فاقد للاوصاف المأخوذهٔ فیه) و (لا) یقال: (انه مغایر للموجود) و علیه فالمعقود علیه هو الموجود، و الموجود هو المعقود علیه و ذلک لان العقد لم یقع علی خصوص المتصف علی نحو التقیید، بل علی نحو تعدد المطلوب.

(نعم لو کان ظهور الخلاف فیما) ای فی وصف (له دخل فی حقیقهٔ المبیع عرفا) بان رأی العرف ان الموجود غیر المعقود علیه (فالظاهر عدم الخلاف فی البطلان) ای بطلان العقد (و لو) ان الوصف المذکور الموجب فقده للبطلان (اخذ فی عبارهٔ العقد علی وجه الاشتراط) «لو»

کان یقول: بعتک ما فی البیت علی انه عبد حبشی، فبان حمارا وحشیا.

الا ان یقال: ان الموجود و ان لم یعد مغایرا للمعقود علیه عرفا، الا ان اشتراط اتصافه بالاوصاف فی معنی کون القصد الی بیعه بانیا علی تلک الاوصاف فاذا فقد ما بنی علیه العقد فالمقصود غیر حاصل، فینبغی بطلان البیع.

وصلیّهٔ.

و انما قال «و لو» لان العبرة لیست بکیفیـة صـیاغة اللفظ، بل بواقع المراد (کان یقول) لما یکون له مدخلیة فی حقیقة المبیع- و ان کان بلفظ الشـرط- (بعتک ما فی البیت علی انه عبد حبشی، فبان حمارا وحشیا) او قال: بعتک هذا الحب علی انه حنطة فبان ارزا، فان البیع باطل حینئذ لان الموجود لم یعقد علیه.

(الا ـ ان یقـال) فی توجیه کلام مجمع البرهان بان البیع باطل و ان لم یکن الوصف داخلا فی حقیقـة المبیع (ان الموجود و ان لم یعـد) عرفـا (مغـایرا للمعقود علیه) بـل کـان (عرفا) هو هو (الا ان اشتراط اتصافه) ای المعقود علیه (بالاوصاف) التی ذکراها عنـد العقـد (فی معنی کون القصـد الی بیعه) ای بیع المتصف (بانیـا علی تلـک الاوصاف) فالمبیع هو المتصف (فاذا فقـد ما بنی علیه العقـد فالمقصود غیر حاصل) فما قصد لم یکن، و ما کان لم یقصد (فینبغی بطلان البیع) لا صحته متزلزلا بخیار تخلف الوصف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۰

و لذا التزم اکثر المتأخرین بفساد العقد، بفساد شرطه.

فان قصـد الشـرط ان کان مؤثرا فی المعقود علیه فالواجب کون تخلفه موجبا لبطلان العقـد، و الا لم یوجب فساده فساد العقد بل غایة الامر ثبوت الخیار.

و من هنا یظهر ان دفع ما ذکر فی وجه البطلان

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان الموجود غیر مقصود بالبیع اذا فقد الوصف (التزم اکثر المتأخرین بفساد العقد، ب) سبب (فساد شرطه) بان شرطا شرطا فاسدا.

(فـان قصـد الشـرط ان کان مؤثرا فی المعقود علیه) حتی اسـتلزم فساد الشـرط فساد العقـد- کما التزمه کثیر من المتأخرین- (فالواجب کون تخلفه) ای تخلف الشـرط الصـحیح (موجبا لبطلان العقـد، و الا) یکن تخلف الشـرط موجبا لبطلان العقـد (لم یوجب فساده) ای فسـاد الشـرط (فساد العقـد) لتلازم الامرین، فان الشـرط ان کان له مدخلیـة فی حقیقـة العقـد اوجب تخلفه البطلان، کما اوجب فساده البطلان و ان لم یکن له مدخلیة لم یوجب تخلفه البطلان، و لم یوجب فساده البطلان.

و حیث قـالوا بـان فسـاده یوجب البطلـان فاللازم ان یوجب تخلفه البطلـان أیضـا (بل غایـة الامر ثبوت الخیار) بفساد الشـرط، فلما ذا ذکروا ان فساده یوجب بطلان العقد.

(و من هنا) الّذی ذکرنا ان نظر مجمع البرهان الی ما بیناه بقولنا «الا ان یقال ...» (یظهر ان دفع ما ذکر فی وجه البطلان) اذا تخلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۱

الّذی جعله المحقق الاردبیلی موافقا للقاعدة.

و احتمله العلامة ره فی النهایة فیما اذا ظهر ما رآه سابقا علی خلاف ما راه بانه اشتباه

الوصف بانه اشتباه، مجازفـة الدافع و هو الشیخ علی آل کاشف الغطاء کما فی بعض الحواشـی قال «بانه اشـتباه» و المصـنف رده بان کلام الدافع «مجازفة» (الّذی جعله) الضمیر فی «جعله» عائد الی «وجه البطلان» (المحقق الاردبیلی موافقا للقاعدة).

فقال: ان القاعدة تقتضی بطلان العقد بتخلف الوصف.

(و احتمله) ای البطلان (العلامة ره فی النهایة فیما اذا ظهر ما رآه سابقا علی خلاف ما راه).

فالـدافع قـال: (بـانه) ای القول بالبطلـان (اشـتباه) و خلط بین «بیع الکلی و بیع الشخصـی» و بین «الوصف الـذاتی و الوصف العرضـی» فالبطلان انما هو فی وصف الکلی، و فی وصف الشخصی اذا کان الوصف ذاتیا.

اما اذا کان الوصف للشخص، و کان الوصف عرضیا لم یکن بطلان.

قال: ان المخالفة فی الوصف انما یضر فی مکانین.

الاول: فی الکلی کما اذا باعه حنطة حمراء فاراد ان یسلمه صفراء فانه من قبیل الوفاء بغیر الجنس، لان العقد لم یقع علی الحنطة الصفراء.

الثانی: فی الشخصی اذا کان الوصف مقوما، کما اذا باعه حیوانا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۲

ناش عن عدم الفرق بین الوصف المعین للکلیات، و الوصف المعین فی الشخصیات، و بین الوصف الذاتی و العرضی و ان اقصی ما هناک کونه من باب تعارض الاشارة و الوصف، و الاشارة اقوی، مجازفة لا محصل لها

ناطقا فظهر حیوانا ناهقا.

اما اذا کان المبیع شخصیا و کان الوصف عرضیا لم یضر، بل کان من باب تعارض الاشارة و الوصف و تقدم الاشارة حینئذ، کما اذا باعه ما فی الحجرة علی انه حنطة حمراء فظهرت صفراء.

فتحصل ان القول بالبطلان فی تخلف الوصف فی البیع الشخصی اشتباه (ناش) هذا الاشتباه (عن عدم الفرق بین الوصف المعین للکلیات) فی بیع الکلی (و الوصف المعین فی الشخصیات) فی بیع الشخصی (و بین الوصف الذاتی) فی الشخصی (و العرضی) فی الشخصی (و ان اقصی ما هناک) فی مورد التخلف فی الوصف الشخصی العرضی (کونه من باب تعارض الاشارة و الوصف، و) عند تعارضهما تقدم (الاشارة) لانها (اقوی) هذا تمام کلام الدافع فی ایراده علی مجمع البرهان، و قد رده المصنف بانه (مجازفة لا محصل لها).

و قوله «مجازفة» خبر قوله «ان دفع ما ذکر».

و حیث ان ایراد الدافع کان فی البیع الشخصی فی الوصف العرضی اذ یراه صحیحا، لا فی الکلی بوصفیه العرضی و الذاتی، و لا فی الشخصی بوصفه الذاتی، حیث یری هذه الثلاثة باطلة، کان جواب المصنف علی القسم الّذی یری انه صحیح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۳

و اما کون الاشارة اقوی من الوصف عند التعارض فلو جری فیما نحن فیه

و حاصل اشکال المصنف علیه انه حیث کان قصد المتبایعین المتصف و کان رضا هما المعاملی مقیدا بالمتصف، لم یکن وجه لصحة العقد بالنسبة الی غیر المتصف، اذ لا قصد بالنسبة إلیه و لا رضا لهما به.

اذا لا اشتباه فی کلام الاردبیلی حیث حکم ببطلان الشخصی العرضی.

و الحاصل: ان الرضا مقید بالموصوف، لا بالفاقد للوصف، و لا فرق فی ذلک بین الکلی و الشخصی و الوصف الذاتی و العرضی، و حیث لا رضا لم یصح العقد.

(و اما کون الاشارة اقوی من الوصف عند التعارض) الّذی ذکره فی آخر کلامه، فیرد علیه ان التمسک بتقدیم الاشارة علی الوصف انما یکون فیما اذا کان هناک ظهوران ظهور الاشارة و ظهور الوصف، و شک فی تعیین ایهما، فانه یرجع الی قوة دلالة الاشارة علی دلالة الوصف، او بالعکس.

و لیس المقام من باب تعارض ظهورین، بل انا نعلم ان المشتری اراد کلا الامرین الوصف و الاشارة معا فإنه اراد الحنطة الحمراء التی فی الحجرة، فاذا ظهرت مفقودة الوصف لم یکن راضیا بها، و لذا کان الموجود غیر مقصود له (ف) الحاصل: ان کون الاشارة اقوی من الوصف غیر جار فی المقام.

و (لو جرى فيما نحن فيه) من ظهور تخلف الوصف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۲، ص: ۳۷۴

لم يكن اعتبار بالوصف فينبغى لزوم العقد.

و اثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص، لا مشخصا لكلى، حتى يتقوم به، و كونه عرضيا لا ذاتيا، اعادة للكلام السابق.

(لم يكن اعتبار بالوصف) اصلا، اذ حسب كلام الدافع الاشارة مقدمة على الوصف (فينبغى لزوم العقد) لا ان يكون فيه الخيار.

اذ بعد تقدم الاشارة لا وجه لتزلزل العقد حتى يكون فيه خيار.

(و) ان قلت: انما يقول الدافع باثبات الخيار، لان الوصف عرضى فى البيع الشخصى فاذا انتفى كان له الخيار.

ف (اثبات الخيار) انما هو (من جهة كونه) اى كون الوصف المفقود (وصفا لشخص، لا) من جهة كونه (مشخصا لكلى، حتى يتقوم) الكلى (به) اى بذلك الوصف، حيث يكون انتفائه موجبا لبطلان البيع (و) الوصف الشخصى لدى (كونه عرضيا لا ذاتيا) لا يوجب تخلفه بطلان البيع، بل يوجب تزلزله و الخيار فيه.

قلت: هذا (اعادة للكلام السابق) الّذى ذكره الدافع من الفرق بين الكلى و الشخصى، و الذاتى و العرضى.

و قد عرفت ان ما نحن فيه لا يستقيم فيه هذا الكلام، لان الرضا قد تعلق بالشخصى المقيد بهذا الوصف، فعدم الوصف لا رضا به، و حيث لم يكن رضا فالعقد باطل، لا انه متزلزل.

فقوله «اعادة» خبر لقوله «و اثبات الخيار».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۲، ص: ۳۷۵

و يمكن ان يقال ان المستفاد من النصوص و الاجماعات فى الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت فى العقد كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد الا الى الصحيح و منه المصراة و كالحكم

(و يمكن ان يقال) فى جواب اشكالنا السابق الّذى ذكرناه بقولنا «الا ان يقال ان الموجود ..» حيث كان حاصله الاشكال فى صحة البيع مع فقد الوصف بسبب ان المقصود غير موجود، فلم يقع البيع عليه و لا- كان رضا به (ان المستفاد من النصوص و الاجماعات فى الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة) للمشترى (غير المتقومة للمبيع)

و هذا الاستقراء يوجب فهم كلى هو عبارة عن «ان فقد الصفة لا- يوجب بطلان البيع» و من افراد هذا الكلى ما نحن فيه و هو مورد خيار الرؤية (سواء علم القصد إليها) اى الى تلك الصفة المفقودة (من الخارج) كما فى صفة الصحة، فانها و ان لم تذكر فى المعاملة، الا انها مقصودة.

و لذا اذا فقدت كان للمشترى خيار العيب- (أم اشترطت فى العقد) ففى ما نحن فيه من تخلف الرؤية بمضى العقد (كالحكم) اى كحكمهم (بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد) للمشترى (الا الى الصحيح، و منه) اى من موارد صحة البيع مع عدم الوصف بيع الشاة (المصراة) حيث يخدع البائع فيجمع الحليب فى ثدى الحيوان، فيظهر انه يعطى حليبا كثيرا، و يشتريه المشترى بهذا الوصف، ثم اذا ظهرت له الخدعة كان له الخيار، مع انه قد فقد الوصف، لا ان البيع باطل (و كالحكم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۲، ص: ۳۷۶

فى النص و الفتوى بتبعيض الصفقة اذا باع ما يملك و ما لم يملك، و غير ذلك، فتأمل و سيجى‏ء بعض الكلام فى مسألة الشرط الفاسد ان شاء الله

نعم هنا اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخل فى الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار.

فى النص و الفتوى بتبعيض الصفقة اذا باع ما يملك و ما لم يملك) مع ان صفة الاجتماع التى كانت مقصودة للبائع قد انتفت، و مع ذلك حكم عليه بالخيار، لا ببطلان المعاملة (و غير ذلك) كبيع ما يملك و ما لا يملك كالخل و الخمر، حيث ان البيع ليس بباطل، بل له الخيار بعد ظهور بطلان البيع بالنسبة الى ما لا يملك و قد فقد وصف الاجتماع فى المبيع (فتأمل)

لعله اشارة الى ان استقراء الناقص لا يوجب العلم بالكلى، حتى يثبت الحكم بسبب ذلك الكلى فى ما نحن فيه الّذى هو تخلف الرؤية (و سيجىء بعض الكلام) المفيد للمقام (فى مسألة الشرط الفاسد ان شاء الله) تعالى، هذا

(نعم هنا) اى فى مسألة تخلف الوصف الموجب للخيار، و تخلف الحقيقة الموجب للبطلان (اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخل فى الحقيقة) اى فى حقيقة المبيع كالناطق و الناهق (عرفا) بان يرى العرف انه داخل فى حقيقة المبيع (الموجب ظهور خلافه) و ان المبيع ليس مشتملا على هذا الوصف و هو (بطلان البيع و) الوصف (الخارج عنها) اى عن الحقيقة (الموجب ظهور خلافه) فى البيع (للخيار) مثل:

الهزال و السمن فى الغنم مثلا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۷

فان الظاهر دخول الذكورة و الانوثة فى المماليک فى حقيقة المبيع لا فى مثل الغنم، و كذا الرومى و الزنجى حقيقتان عرفا.

و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الاوصاف، كما اذا باعه الدهن او الجبن او اللبن على انه من الغنم، فبان من الجاموس، و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر.

و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف

و لنذكر بعض هذه الاقسام (فان الظاهر دخول الذكورة و الانوثة فى المماليک فى حقيقة المبيع) فاذا اشترى جارية فظهر عبدا بطل البيع، و كذا العكس (لا- فى مثل الغنم) اذ العرف يرى عدم الفرق الا- فى وصف خارج عن الحقيقة (و كذا الرومى) الا- بيض (و الزنجى) الاسود فى العبيد (حقيقتان عرفا) مع انهما وصفان ليسا داخلين فى الحقيقة عقلا

(و ربما يتغاير الحقيقتان) واقعا (مع كونه) اى الحقيقة (فيما نحن فيه من قبيل الاوصاف) فيرى العرف ان عدمه لا يضر بالحقيقة، و انما يضر بالصفة فقط، فللمشترى الخيار، فلا يكون البيع باطلا (كما اذا باعه الدهن او الجبن او اللبن على انه من الغنم، فبان من الجاموس) فان الحقيقة قد تغيرت، و مع ذلک فيه الخيار لان العرف يرى ان الوصف قد تغير (و كذا لو باعه خل الزبيب فبان) انه (من التمر) الى غير ذلک من الامثلة.

(و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف).

فان رأى اتحاد الجنس فالخيار، و ان رأى مغايرة الجنس فالبطلان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۸

و ان خالف ضابطة التغاير المذكورة فى باب الرباء فتأمّل.

و ذلک لان العرف هو الميزان فى رؤية ان هذا هو المبيع او غيره (و ان خالف ضابطة التغاير المذكورة فى باب الرباء) لان فى الربا يلاحظ اصل الشىء، فجبن الغنم و جبن الجاموس شيئان، و لذا يجوز فيهما التفاضل (فتأمل).

لعله اشارة الی ان احالة التغایر و الاتحاد الی العرف احالة علی المجهول، اذ العرف کثیرا ما یختلفون، فبینما یری بعضهم انهما جنسان و یری بعض آخر انهما جنس واحد و اللّه سبحانه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۷۹

مسئلة الاکثر علی ان الخیار عند الرؤیة فوری،

بل نسب الی ظاهر الاصحاب بل ظاهر التذکرة عدم الخلاف بین المسلمین الا من احمد، حیث جعله ممتدا بامتداد المجلس الّذی وقعت فیه الرؤیة.

و احتمل فی نهایة الاحکام و لم اجد لهم دلیلا صالحا علی ذلک الا وجوب الاقتصار فی مخالفة لزوم العقد علی المتیقن.

و یبقی علی القائلین بالتراخی فی مثل خیار الغبن و العیب سؤال الفرق بین المقامین.

(مسألة: الاکثر) من الفقهاء (علی ان الخیار عند الرؤیة فوری) فاذا علم به و اخذ فورا، کان له ذلک، و الا سقط خیاره (بل نسب) هذا القول (الی ظاهر الاصحاب، بل ظاهر التذکرة عدم الخلاف بین المسلمین الا من احمد) بن حنبل (حیث جعله) ای الخیار (ممتدا) زمانا (بامتداد المجلس الّذی وقعت فیه الرؤیة) سواء طال المجلس، او قصر.

(و احتمل) الفور (فی نهایة الاحکام و) لکنّی (لم اجد لهم دلیلا صالحا علی ذلک) الفور (الا وجوب الاقتصار فی مخالفة لزوم العقد) مخالفة بسبب الخیار (علی المتیقن) الّذی هو الفور.

(و) علی هذا، ف (یبقی علی القائلین بالتراخی فی مثل خیار الغبن و العیب سؤال الفرق بین المقامین) لان دلیل المقامین واحد، فاذا اقتضی فی احد المقامین الفور اقتضی فی المقام الثانی الفور أیضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۰

مع ان صحیحة جمیل المتقدمة فی صدر المسألة مطلقة یمکن التمسک- بعدم بیان مدة الخیار فیها- علی عدم الفوریة، و ان کان خلاف التحقیق کما نبهنا علیه فی بعض الخیارات المستندة الی النص.

و قد بینا سابقا ضعف التمسک بالاستصحاب فی اثبات التراخی، و ان استندوا إلیه فی بعض الخیارات السابقة.

(مع ان صحیحة جمیل المتقدمة فی صدر المسألة) الدالة علی خیار الرؤیة (مطلقة) من حیث الفور و التراخی و (یمکن التمسک- ب- سبب (عدم بیان مدة الخیار فیها- علی عدم الفوریة) لانه لو کان الخیار فورا لزم بیان ذلک، فعدم البیان دلیل عدم الفور (و ان کان) التمسک بالإطلاق دلیلا علی التراخی (خلاف التحقیق کما نبهنا علیه فی بعض الخیارات المستندة الی النص).

اذ قلنا هناک ان المنصرف من الخبر هو الخیار فی صورة التضرر، و التضرر لا یکون الا بعدم الخیار فورا.

اما اذا لم یختر فتضرر، فقد اخّر هو علی نفسه بنفسه، و قد ذکرنا هناک ان الانصراف لا وجه له.

(و قد بینا سابقا) هناک (ضعف التمسک بالاستصحاب فی اثبات التراخی).

و بیان الاستصحاب انه کان خیار و نشک فی زواله فی الآن الثانی فالاصل بقائه (و ان استندوا إلیه) ای الی الاستصحاب (فی بعض الخیارات السابقة)

و حیث ان کل تفاصیل ذلک قد تقدمت فلا داعی الی اعادة الکلام فی ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۱

مسئلة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا على الوجه المتقدم فى خيار الغبن،

و باسقاطه بعد الرؤية و بالتصرف بعدها.

و لو تصرف قبلها ففى سقوط الخيار، وجوه.

ثالثها: ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرؤية

(مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا) بناء على القول بانه فور، لكنك قد عرفت سابقا ان مقتضى القاعدة التراخى فلا يسقط بترك المبادرة (على الوجه المتقدم فى خيار الغبن) بالمراد بالفور، و المراد بالتراخى بان لا يكون تراخيا طويلا يوجب ضرر البائع- مثلا- (و باسقاطه) اى اسقاط الخيار (بعد الرؤية) لانه حق لذى الخيار فله اسقاطه (و بالتصرف بعدها) اى بعد الرؤية، لان التصرف دليل الرضا كما سبق فى بعض الخيارات-.

(و لو تصرف قبلها) اى قبل الرؤية، كما لو قال لولده، تصرف فيه او باعه او ما اشبه ذلك (ففى سقوط الخيار) مطلقا، او عدم سقوطه مطلقا (وجوه) ثلاثة.

(ثالثها: ابتناء ذلك) السقوط و عدمه (على جواز اسقاط الخيار) و هو خيار الرؤية (قولا) اى بالقول، بان يقول: اسقطت خيارى (قبل الرؤية) فيجوز السقوط الفعلى أيضا قبل الرؤية.

و عدم جواز اسقاطه قبل الرؤية- قولا- فلا يجوز اسقاطه فعلا أيضا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۲

بناء على ان التصرف اسقاط فعلى.

و فى جواز اسقاطه قبل الرؤية، وجهان مبنيان على ان الرؤية سبب، او كاشف.

قال فى التذكرة: لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم، لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى، و حكى ذلك من غيرها أيضا.

و ظاهره ان الخيار يحدث بالرؤية، لا انه يظهر بها.

(بناء على ان التصرف اسقاط فعلى) فيتبع الاسقاط القولى و قوله «بناء» وجه لقوله «ابتناء ذلك».

(و) على هذا ف (فى) لزوم التكلم حول (جواز اسقاطه قبل الرؤية) اسقاطا بالقول (وجهان) الاسقاط و عدمه، و هما (مبنيان على ان الرؤية سبب) للخيار، فقبلها لا خيار حتى يسقطها (او كاشف) عن كون الخيار من حين العقد فهو حق له، فله اسقاطه قبل الرؤية.

(قال فى التذكرة) مرجحا ان الرؤية سبب فليس له اسقاط الخيار قبل الرؤية (لو اختار امضاء العقد) باسقاط الخيار (قبل الرؤية لم يلزم) الامضاء، بل خياره باق (لتعلق الخيار بالرؤية) و لم تحصل الرؤية بعد فلا خيار فلا اسقاط (انتهى، و حكى ذلك) القول الّذى قال به العلامة (من غيرها) اى من غير التذكرة (أيضا).

(و ظاهره) اى ظاهر هذا القول (ان الخيار يحدث بالرؤية، لا انه) اى الخيار ثابت بالعقد، و انه (يظهر بها) اى بالرؤية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۳

و لو جعلت الرؤية شرطا، لا سببا، امكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق السبب، و هو العقد، و لا يخلو عن قوة.

و لو شرط سقوط هذا الخيار ففى فساده و افساده للعقد كما عن العلامة و جماعة او عدمهما كما عن النهاية، و بعض

(و لو جعلت الرؤیة شرطا) للخیار (لا سببا) فالخیار یثبت بالعقد بشرط الرؤیة (امکن جواز الاسقاط بمجرد تحقق السبب، و هو العقد) و ذلک لان بعض مقوم الخیار قد حدث، فیسقط المشتری هذا المقوم (و لا یخلو) هذا الاحتمال الثالث فی قبال الاحتمالین الاولین (عن قوة).

اذ لا وجه للقول بان العقد سبب کامل لتعلق الخیار بالرؤیة فی النص و الفتوی، و لا للقول بان العقد لا مدخلیة له اصلا، لوضوح انه لو لا العقد لم یکن خیار اصلا، فاللازم القول بمدخلیة کل من العقد و الرؤیة فی الخیار.

لکن الاظهر ان العقد سبب فله اسقاطه اذ الرؤیة کاشفة بحتة عن عدم انطباق المشتری مع الموصوف.

(و لو شرط) حین العقد (سقوط هذا الخیار).

«۱» (ففی فساده) بنفسه (و افساده للعقد) فلا بیع (کما عن العلامة و جماعة).

«۲» (او عدمهما) فلا فساد و لا افساد، بل العقد صحیح، و لا خیار (کما عن النهایة، و بعض).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۴

او الفساد دون الافساد وجوه، بل اقوال، من کونه موجبا لکون العقد غررا کما فی جامع المقاصد من ان الوصف قام مقام الرؤیة، فاذا شرط عدم الاعتداد به کان المبیع غیر مرئی و لا موصوف.

و من ان دفع الغرر عن هذا البیع لیس بالخیار حتی یثبت بارتفاعه،

«۳» (او الفساد دون الافساد) فالعقد صحیح، لکن الشرط فاسد (وجوه) ثلاثة (بل اقوال) حتی الوجه الثالث قد ذهب إلیه بعض.

الوجه الاول «الفساد و الافساد» (من کونه موجبا لکون العقد غررا) لانه لا یعلم کیف یوجب المبیع و الغرر بطلان العقد (کما) بیّنه (فی جامع المقاصد) بقوله: (من ان الوصف) للمبیع (قام مقام الرؤیة) فان کلیهما یرفعان الغرر (فاذا شرط) فی العقد (عدم الاعتداد به) ای بالوصف لان معنی عدم الخیار عند تخالف الوصف: انه لا اعتبار بالوصف (کان المبیع غیر مرئی) حقیقة، لانه لم یره- فرضا- (و لا موصوف) اعتبارا لانه شرط ما یسقط الوصف، و مثله غرر بلا اشکال، و قد نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن بیع الغرر، کما انه صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن الغرر.

(و) وجه الثانی «عدم الفساد و عدم الافساد» انه لا یلزم (من) اسقاط الخیار الغرر اذ عدم الغرر لم یکن بسبب الخیار، حتی یکون اسقاط الخیار سببا للغرر.

ف (ان دفع الغرر عن هذا البیع) و هو بیع غیر المرئی، اعتمادا علی الوصف (لیس بالخیار حتی یثبت) الغرر (بارتفاعه) ای بارتفاع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۵

فان الخیار حکم شرعی لو اثر فی دفع الغرر جاز بیع کل مجهول متزلزلا

و العلم بالمبیع لا یرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبین المخالفة فان الغرر هو الاقدام علی شراء العین الغائبة علی ای صفة کانت و لو کان الالتزام المذکور

الخیار.

و انما لم یکن الخیار سببا لعدم الغرر (فان الخیار حکم شرعی) لا وصف للمبیع، و الرافع للغرر وصف المبیع لا الحکم الشرعی.

و (لو اثر) حکم الشرع بالخیار (فی دفع الغرر، جاز بیع کل مجهول) بیعا (متزلزلا) مع وضوح انه لا یجوز بیع المجهول بیعا متزلزلا.

(و) الحاصل ان صحة بیع غیر المرئی کانت مستندة الی وصفه، و العلم بالمبیع الحاصل من الوصف سبب عدم الغرر، ف (العلم بالمبیع) غیر المرئی المصحح لبیعه (لا یرتفع بالتزام) المشتری (عدم الفسخ عند تبین المخالفة) ای مخالفة الرؤیة للوصف (فان الغرر

هو الاقدام علی شراء العین الغائبة علی ای صفة کانت) تلک العین، و الحال ان مثل ذلک لا یکون فیما نحن فیه، اذ العین مشتراة بصفة ذکرها البائع.

و ان شئت قلت: ان العین الموصوفة ان کانت مجهولة لم یجز بیعها و ان کان خیار، لان الخیار لا یغلب الجهل علما بالعین، و ان لم تکن مجهولة جاز بیعها و ان لم یکن خیار: بان شرط سقوط خیار الرؤیة عند العقد هذا هو جواب الحلّی عن المسألة.

ثم اجاب المصنف جوابا نقضیا بقوله: (و لو کان الالتزام المذکور)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۶

مؤدیا الی الغرر لکان اشتراط البراءة من العیوب أیضا مؤدیا إلیه، لانه بمنزلة بیع الشیء صحیحا او معیبا بای عیب کان، و لا شک انه غرر.

و انما جاز بیع الشیء غیر مشروط بالصحة

ای الالتزام بسقوط خیار الرؤیة (مؤدیا الی الغرر)- کما اشار إلیه القول الاول و هو «الفساد و الافساد»- (لکان اشتراط البراءة من العیوب) فی المبیع المحتمل کونه معیبا (أیضا مؤدیا إلیه) ای الی الغرر (لانه) ای المبیع مع البراءة من العیوب (بمنزلة بیع الشیء صحیحا او معیبا بای عیب کان)- فانه معنی البراءة من کل عیب- (و لا شک انه) ای بیع الشیء صحیحا او معیبا بای عیب (غرر) فما تقولونه فی صحة بیع الشیء بشرط البراءة من العیوب، فقولوا به فی صحة بیع غیر المرئی بشرط سقوط الخیار.

(و) ان قلت: الفرق بین البراءة من العیوب، و بین سقوط خیار الرؤیة، المستلزم للبراءة من الوصف هو ان ذکر الصحة غیر لازم فی البیع و لذا یصح اسقاط الصحة، بالبراءة من العیب او ذکر الوصف لازم فی بیع غیر المرئی، و لذا لا یصح اسقاط الوصف، باسقاط خیار الرؤیة.

قلت: هذا الفرق غیر تام، اذ ذکر الصحة أیضا لازم اما بنفسه او ببدله، و بدله هو الاعتماد علی اصالة الصحة، اذا فذکر الصحة، لفظا او بدلا، لازم، و ذکر الوصف لازم أیضا و کما یصح اشتراط سقوط وصف الصحة فلا خیار للعیب، کذلک یصح اشتراط سقوط الوصف فلا خیار للرؤیة ف (انما جاز بیع الشیء غیر مشروط بالصحة) فلا یلزم شرط الصحة فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۷

اعتمادا علی اصالة الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العیب فی المبیع، لان تخالف افراد الصحیح و المعیب افحش من تخالف افراد الصحیح.

و اقتصارهم فی بیان الاوصاف المعتبرة فی بیع العین الغائبة

العقد (اعتمادا علی اصالة الصحة) القائمة مقام شرط الصحة (لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العیب فی المبیع) مطلقا.

و انما یلزم ذکر الصحة لفظا، او اعتمادا علی الاصل (لان) البیع بدون ذلک غرر.

فان (تخالف افراد الصحیح و المعیب افحش) و اکثر ایجابا للغرر (من تخالف افراد الصحیح) کما فی ما اشتراه بالوصف، فظهر بدون الوصف.

فتحصل ان شرط الوصف مثل شرط الصحة کلاهما یرفع الغرر فکما ان اشتراط سقوط الخیار- خیار العیب- فی شرط الصحة لا یوجب الغرر کذلک اشتراط سقوط الخیار- خیار الرؤیة- فی وصف المبیع لا یوجب الغرر.

(و) ان قلت: اذا کانت الصحة اهم من سائر الاوصاف لما ذکرتم من ان تخالف افراد الصحیح و المعیب افحش من تخالف افراد الصحیح، فلما ذا تذکر الاوصاف فی العین الغائبة، و لا تذکر الصحة غالبا؟ و لم یشترط احد لزوم ذکر وصف الصحة عند تعدد

الاوصاف فی بیع العین الغائبة.

قلت: (اقتصارهم فی بیان الاوصاف المعتبرة فی بیع العین الغائبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۸

علی ما عدا الصفات الراجعة الی العیب انما هو للاستغناء عن تلک الاوصاف باصالة الصحة، لا لجواز اهمالها عند البیع.

فحینئذ فاذا شرط البراءة من العیوب، کان راجعا الی عدم الاعتداد بوجود تلک الاوصاف و عدمها، فیلزم الغرر خصوصا علی ما حکاه فی الدروس عن ظاهر الشیخ و اتباعه من جواز اشتراط البراءة من العیوب فیما لا قیمة لمکسوره، کالبیض و الجوز

علی ما عدا الصفات الراجعة الی العیب) ای المقابلة للعیب.

مثلا: یقولون شاة سلیمة، سمینة، ذکر، و لا یذکرون انها غیر عوجاء و لا عمیاء و لا مجدوعة (انما هو) الاقتصار و عدم ذکر الصحة (للاستغناء عن) ذکر (تلک الاوصاف) ای اوصاف الصحة (باصالة الصحة) المعتبرة عند العقلاء فی کل بیع لم ینصّ فیه علی ان المبیع معیب (لا لجواز اهمالها) ای اهمال اوصاف الصحة (عند البیع).

(فحینئذ) ای حین کان وصف الصحة اهم من سائر الاوصاف، و انه یجب ذکره او الاعتماد علی اصل الصحة (فاذا شرط البراءة من العیوب کان) هذا الشرط (راجعا الی عدم الاعتداد بوجود تلک الاوصاف) ای اوصاف الصحة «فان کل وصف فی مقابل نقص او مرض» (و عدمها، فیلزم الغرر) بل اشد الغرر احیانا (خصوصا) و هذا بیان لاشد الغرر (علی ما حکاه فی الدروس عن ظاهر الشیخ و اتباعه من جواز اشتراط البراءة) ای براءة البائع- عند البیع- (من العیوب) حتی (فیما لا قیمة) لمعیبه و (لمکسوره) بان لا یستفید المشتری منه شیئا (کالبیض و الجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۸۹

الفاسدین کذلک حیث ان مرجعه علی ما ذکروه هنا فی اشتراط سقوط خیار الرؤیة الی اشتراط عدم الاعتداد بمالیة المبیع.

و لذا

الفاسدین) فانهما اذا کسرا لم یکن له نفع اصلا (کذلک) ای مکسورا مع ان اشتراط البراءة معناه ذهاب مال المشتری بلا بدل.

اقول: لعل نظر الشیخ الی ان البیض و الجوز الفاسدین لهما مالیة، لان البیض یصلح للجمال و الجوز للّعب.

فمعنی قبول المشتری لاشتراط البراءة انه مقدم علی اشتراء ما قیمته اقل مما یدفعه من الثمن «فی صورة کونهما فاسدین واقعا» فهو اقدم علی ضرر نفسه باعطاء ثمن اکثر فی قبال متاع اقل قیمة.

و اذا کان هذا الشرط و هو شرط البراءة من العیب صحیحا، صح شرط تخلف الوصف فیما نحن فیه (حیث ان مرجعه) ای مرجع شرط البراءة من العیب (علی ما ذکروه هنا فی اشتراط سقوط خیار الرؤیة) فانهم قالوا: لا یصح اشتراط سقوط خیار الرؤیة، لانه یوجب الغرر بکون الثمن اکثر من قیمة المبیع (الی اشتراط عدم الاعتداد بمالیة المبیع).

و الحاصل: انه اذا کان شرط تخلف الوصف غیر صحیح، کان شرط البراءة من العیب غیر صحیح بطریق اولی، لان فی تخلف الوصف ضرر قلیل و فی العیب خصوصا مثل فساد البیض و الجوز ضرر کثیر، و احیانا یکون کله ضررا.

(و لذا) الّذی یوجب شرط البراءة فی مثل الجوز و البیض، عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۰

اعترض علیهم- الشهید و اتباعه- بفساد البیع مع هذا الشرط.

لکن مقتضی اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العیوب و لو کان للمعیب قیمة، لان مرجعه الی عدم الاعتداد بکون المبیع

صحیحا و معیبا بایّ عیب.

و الغرر فیه افحش من البیع، مع عدم الاعتداد بکون المبیع الغائب متصفا بایّ وصف کان.

الاعتداد بمالیة المبیع (اعترض علیهم) ای علی الشیخ و اتباعه و هم (- الشهید و اتباعه- بفساد البیع مع هذا الشرط) ای شرط البراءة فی الجوز و البیض، لانه لا مالیة له فی قبال الثمن، فلا یتحقق بیع اصلا

(لکن مقتضی اعتراضهم) ای اعتراض الشهید و اتباعه (فساد اشتراط البراءة من سائر العیوب) لا فی خصوص البیض و الجوز (و لو کان للمعیب قیمة).

و انما کان مقتضی اعتراضهم ذلک (لان مرجعه) ای مرجع اشتراط البراءة (الی عدم الاعتداد بکون المبیع صحیحا، و معیبا بایّ عیب) کان (و) من المعلوم ان (الغرر فیه) ای فی شرط البراءة (افحش من البیع، مع عدم الاعتداد بکون المبیع الغائب متصفا بایّ وصف کان).

فکیف یجوز شرط البراءة- حتی فیما لمعیبه قیمة، کما تسالم علیه الشهید و اتباعه، بل ما ذکره الشیخ و اتباعه- و لا یجوز شرط سقوط خیار تخلف الوصف.

اقول: لا یخفی ان فی عبارة المصنف لفّا و تکرارا، و لعل الاضطراب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۱

ثم انه قد یثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر فی البیع حتی یلزم فساد البیع، و لو علی القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة انه اسقاط لما لم یتحقق، بناء علی ما عرفت من ان الخیار انما یتحقق بالرؤیة، فلا یجوز اسقاطه قبلها.

فاشتراط الاسقاط لغو، و فساده

واقع فی نسختی.

(ثم) ان المصنف ذکر فی أوّل المسألة اقوالا ثلاثة، و قد ذکر وجهی «الفساد و الافساد» و «الصحة بدون فساد و لا افساد».

و الآن یرید بیان الوجه الثالث و هو «فساد الشرط- شرط البراءة من الوصف- دون افساده العقد».

ف (انه قد یثبت فساد هذا الشرط) ای شرط سقوط خیار تخلف الوصف (لا من جهة لزوم الغرر فی البیع حتی یلزم فساد البیع) أیضا، فانه لو کان غررا فسد البیع (و لو علی القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد) لانه لو کان غررا لفسد، لا من ناحیة ان الشرط الفاسد مفسد، بل لان الغرر- مهما کان سببه- یکون مفسدا.

فبطلان الشرط لیس من هذه الجهة (بل من جهة انه اسقاط لما لم یتحقق، بناء علی ما عرفت) سابقا (من ان الخیار انما یتحقق بالرؤیة فلا- یجوز) ای لا- یصح (اسقاطه) ای اسقاط الخیار (قبلها) ای قبل الرؤیة فهو مثل اسقاط خیار الغبن قبل البیع مثلا حیث ان هذا الاسقاط لا یؤثر (فاشتراط الاسقاط) لخیار الرؤیة قبل الرؤیة (لغو، و فساده) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۲

من هذه الجهة لا یؤثر فی فساد العقد، فیتعین المصیر الی ثالث الاقوال المتقدمة.

لکن الانصاف ضعف وجه هذا القول.

و اقوی الاقوال اوّلها، لان دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم یکن لثبوت الخیار لان الخیار حکم شرعی، لا دخل له فی الغرر العرفی

فساد الشرط (من هذه الجهة) ای من جهة انه اسقاط لما لم یجب، و انه لغو (لا یؤثر فی فساد العقد) اذ لا علاقة بین الامرین.

و على هذا (فيتعين المصير الى ثالث الاقوال المتقدمة) و هو «فساد الشرط دون فساد العقد».

(لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول) لان اسقاط الخيار ليس اسقاطا لما لم يجب، فان العقد سبب، اما كاملا او فى الجملة.

و فى كلا الحالين يصح اشتراط سقوط الخيار فى ضمنه، فلا يبقى الا احد القولين من الفساد و الافساد، او الصحة عقدا و شرطا.

(و اقوى الاقوال) لدى المصنف (اولها) و هو «الفساد و الافساد» (لان دفع الغرر عن هذه المعاملة) انما هو بالاوصاف لوضوح انه لو لا الاوصاف كانت المعاملة غررية.

فاشتراط سقوط الخيار الّذى معناه عدم الالتزام بالاوصاف يعيد الغرر الى المعاملة فرفع الغرر (و ان لم يكن لثبوت الخيار)- اذ الخيار لا يرفع الغرر- (لان الخيار حكم شرعى، لا دخل له فى الغرر العرفى).

فان الغرر عرفا- ان كان- فهو حاصل، و ان كان خيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۳

المتحقق فى البيع، الا انه لاجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الاوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات لانها اما شروط للبيع، و اما قيود للمبيع كما تقدم سابقا و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الامرين واضح.

و ان لم يكن فليس بحاصل، و ان لم يكن خيار (المتحقق) ذلك الغرر (فى البيع، الا انه) اى دفع الغرر (لاجل سبب الخيار، و) علته سبب الخيار الّذى (هو اشتراط تلك الاوصاف) فى المبيع (المنحل) ذلك الاشتراط (الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات).

فان معنى اشتراط الاوصاف فى البيع: ان المشترط ملتزم بالعقد الّذى فيه هذه الاوصاف.

و انما كان ارتباط بين الالتزام العقدى، و بين هذه الصفات (لانها اما شروط للبيع) فالبيع لا يكون الا مقيدا بهذه الصفات (و اما قيود للمبيع) اى ان المبيع الّذى له هذه الصفات هو الشىء الواقع عليه العقد (كما تقدم سابقا) من الربط بين الالتزام العقدى، و بين هذه الصفات.

اذا فدفع الغرر منوط باشتراط هذه الصفات (و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها) فكانه قال: انى لا التزم بالصفات (و التنافى بين الامرين) و هما:

اشتراط الاوصاف و: اشتراط سقوط الخيار (واضح).

فشرط السقوط للخيار معناه اسقاط اشتراط الاوصاف و سقوط الاوصاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۴

و اما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بان نفى العيوب ليس مأخوذا فى البيع على وجه الاشتراط او التقييد، و انما اعتمد المشترى فيهما على اصالة الصحة، لا على تعهد البائع

يوجب الغرر، و اذا جاء الغرر بطل العقد.

اذا فهذا الشرط فاسد فى نفسه و مفسد للعقد.

اقول: قد تعرض غير واحد من المعلقين لردّ كلام المصنف و تقوية ان هذا الشرط ليس بفاسد و لا مفسد فراجع كلماتهم.

(و) ان قلت: اذا كان هذا الشرط فاسدا مفسدا، فلما ذا يكون شرط البراءة من العيوب صحيحا، مع ان شرط البراءة من العيوب كشرط اسقاط خيار الرؤية، و كلاهما يوجب الغرر فى البيع.

قلت: (اما قیاس هـذا الاشتراط) ای اشتراط سـقوط خیار الرؤیـة (باشتراط البراءة) کما تقدم بیان هذا القیاس (فیدفعه الفرق بینهما بان) البائع لم یتعهـد نفی العیوب حتی ینافی ذلک براءته من العیوب و فی المقام البائع تعهد الاوصاف فینافی ذلک اشتراط البراءة ای نفی تعهد الاوصاف.

فان (نفی العیوب لیس مأخوذا فی البیع علی وجه الاشتراط، او التقیید) فلم یقل: بعتک بشـرط ان لا یکون معیبا، و کذا لم یقل: بعتک هـذا المبیع مقیـدا بان لا یکون معیبا (و انما اعتمـد المشتری فیهما) ای فی الاشتراط او التقییـد (علی اصالـة الصـحة) اذ الاصل فی کل شیء ان یکون صحیحا (لا علی تعهد البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۵

لانتفائها حتی ینافی ذلک اشتراط براءة البائع عن عهـدة انتفائها بخلاف الصـفات فیما نحن فیه فان البائع یتعهـد لوجودها فی المبیع، و المشتری یعتمد علی هذا التعهد، فاشتراط البائع علی المشتری عدم تعهده لها، و التزام العقد علیه بدونها ظاهر المنافات لذلک.

نعم

لانتفائها) فلم یتعهـد البائع بانتفاء العیوب (حتی ینافی ذلک) ای ینافی تعهده انتفاء العیوب (اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها) فیقع البائع فی امرین متنافیین.

اذا فنفی شـرط البراءة من العیوب، تعهـد واحـد من البـائع (بخلاف الصـفات فیما نحن فیه) ای فی البیع بخیار الرؤیـة (فان البائع یتعهد لوجودها) ای لوجود تلک الصـفات (فی المبیع، و المشتری یعتمد علی هذا التعهد) و هذا التعهد قائم مقام الرؤیة (فاشتراط البائع علی المشتری عدم تعهده لها).

فـان معنی البراءة من مخالفـة الصـفات باسـقاط الخیـار، معناه عـدم تعهـد البائع بالصـفات (و التزام) البائع (العقـد علیه) ای علی المبیع (بدونها) ای بدون تلک الصفات (ظاهر المنافات لذلک) التوصیف.

فبالوصف قال البائع: انی ملتزم بالمبیع ذی الصفات.

و بالبراءة قال البائع: انی لست ملتزما بالمبیع ذی الصفات.

(نعم) لو کـان اعتماد المشتری فی وجود الصـفات علی ما رآه سابقا- لا علی التزام البائع- فشـرط البائع البراءة، کاشتراط البائع البراءة، من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۶

لو شاهـده المشتری و اشتراه معتمـدا علی اصالـة بقاء تلک الصـفات فاشترط البائع لزوم العقد علیه و عدم الفسخ، لو ظهرت المخالفة، کان نظیر اشتراط البراءة من العیوب کما انه لو اخبر بکیله او وزنه، فصـدقه المشتری فاشترط عـدم الخیار، لو ظهر النقص، کان مثل ما نحن فیه.

العیب، و لم تکن هناک منافات.

ف (لو شاهـده المشتری) سابقا (و اشتراه معتمدا علی اصالة بقاء تلک الصـفات) بدون التزام البائع للصـفات (فاشترط البائع) براءته من الخیـار اذا ظهرت الصـفات مخالفـة ب (لزوم العقـد علیه) ای علی المشتری (و عـدم) حق للمشتری فی (الفسـخ، لو ظهرت المخالفـة) للصـفات (کـان نظیر اشتراط البراءة من العیوب) فان هـذا الشـرط غیر ضارّ حینئـذ، اذ لا منافات بین مشاهـدة المشتری للصـفات و بین اشتراط البائع البراءة من الصفات.

اذا فالبیع اعتمادا علی مشاهدة الصفات لا یضره شرط البراءة، و البیع اعتمادا علی اخبار البائع بالصفات یضره شرط البراءة.

و كـذلك: البيع اعتمادا على اخبار البائع بالوزن يضره شرط عدم الخيار للمشترى لو ظهر النقص، و البيع اعتمادا على معرفة المشترى بالوزن لا يضرّه شرط عدم الخيار للمشترى لو ظهر النقص (كما انه لو اخبر) البائع (بكيله او وزنه، فصدقه المشترى) فى باب المكيل و الموزون (فاشترط) البائع (عدم الخيار، لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه) فى الفساد و الافساد، لان الشرط ينافى الاخبار، مثل ما نحن فيه مما كان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۷

كما يظهر من التحرير فى بعض فروع الاخبار بالكيل.

و الضابط فى ذلك: ان كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، و كل وصف اعتمد المشترى فى رفع الغرر على أمارة اخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالاصل، او غلبة مساوات باطن الصبرة لظاهرها

شرط البراءة ينافى الوصف (كما يظهر) التنافى بين الاخبار بالكيل، و شرط عدم الخيار، لو ظهر النقص (من التحرير فى بعض فروع الاخبار بالكيل) و الوزن.

(و الضابط فى ذلك) فى ان البراءة تكون فاسدة و مفسدة او تكون صحيحة لا فاسدة و لا مفسدة (ان كل وصف تعهده البائع) صفة او صحة او كيلا او وزنا (و كان رفع الغرر بذلك) الوصف (لم يجز) اى لم يصح، و يوجب فساد او افسادا (اشتراط سقوط خيار فقده) اى الخيار الناشئ من عدم ذلك الوصف (و كل وصف اعتمد المشترى فى رفع الغرر) الغرر الناشئ من عدم ذلك الوصف (على أمارة اخرى) من رؤية سابقة، او علم شخص بذلك الوصف (جاز اشتراط سقوط خيار فقده).

و قد تقدم السبب فى هذا الضابط و انه ان اوجب التنافى، فسد و افسد، و ان لم يوجب صح الشرط و صح العقد.

ثم مثل المصنف بما اعتمد المشترى عليه من أمارة اخرى، لا تعهد البائع (كالاصل) اى اصالة السلامة من العيب، فاشترط البائع البراءة من العيب (او غلبة مساوات باطن الصبرة لظاهرها) تلك الغلبة الموجبة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۸

او نحو ذلك.

و مما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد و غيره فى المنع و الجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة فى بيع العين الغائبة، و بين اشتراط البراءة من العيوب فى العين المشكوك فى صحته و فساده.

و ظهر أيضا انه لو تيقن المشترى بوجود الصفات المذكورة فى العقد فى المبيع، فالظاهر جواز اشتراط

للظن العقلائى الموجب للاقدام و ان اسقط البائع الخيار، اذا ظهر للمشترى لكل الصبرة ان باطنها أردأ من ظاهرها (او نحو ذلك).

كما اذا علم المشترى بالوصف من رؤيته له سابقا، فاشترط البائع سقوط خياره ان ظهر خلاف ما رآه.

(و مما ذكرنا) من الفرق بين وصف البائع، فلا يصح الشرط، و بين اعتماد المشترى على شىء آخر فيصح الشرط (ظهر وجه فرق الشهيد و غيره) من الأعلام (فى المنع) مكانا (و الجواز) مكانا آخر (بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة فى بيع العين الغائبة) حيث منعوا هذا الشرط (و بين اشتراط البراءة من العيوب فى العين المشكوك فى صحته و فساده) حيث اجازوا مثل هذا الشرط.

و وجه الفرق ما تقدم من ان الشرط فى الاول يوجب التنافى، و الشرط فى الثانى لا يوجب التنافى.

(و) كذلك (ظهر أيضا انه لو تيقن المشترى بوجود الصفات المذكورة فى العقد) بان علم وجودها (فى المبيع، فالظاهر جواز اشتراط) البائع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۳۹۹

عدم الخيار على تقدير فقدها لان رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها.

و كذا لو اطمئن بوجودها و لم يتيقن.

و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه هذا

(عدم الخيار) للمشترى (على تقدير فقدها) اى فقد تلك الصفات.

و انما جاز شرط عدم الخيار (لان رفع الغرر ليس ب) سبب (التزام) البائع (تلك الصفات) حتى يكون التزام البائع، و عدم التزامه الناشئ ذلك من اسقاط الخيار متنافيان (بل لعلمه) اى علم المشترى (بها) اى بتلك الصفات.

و من المعلوم: ان علم المشترى بالصفات لا ينافى التزام البائع بعدم الخيار.

(و كذا لو اطمئن) المشترى (بوجودها) اى بوجود تلك الصفات (و لم يتيقن) فان الاطمينان اقل مرتبة من العلم، فان اطمينان المشترى بوجود الصفات لا ينافى اشتراط البائع عدم الخيار، لو فقدت تلك الصفات.

(و) كيف كان، ف (الضابط) فى المنع عن الشرط، و جوازه (كون اندفاع الغرر باشتراط) البائع (الصفات و تعهدها من البائع) على نفسه، فلا يصح اشتراط اسقاط الخيار (و عدمه) اى عدم تعهد البائع للصفات، فيصح اشتراط عدم الخيار، لما عرفت من عدم التنافى (هذا) تمام الجواب عن اشكال انه كيف لا يجوز اشتراط سقوط الخيار مع وصف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۰

مع امكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتبر علمها فى البيع، خرج اشتراط التبرى من العيوب بالنص و الاجماع لان قاعدة نفى الغرر قابلة للتخصيص، كما اشرنا إليه سابقا.

و ظهر أيضا ضعف ما يقال من ان الاقوى فى محل الكلام

البائع مع جواز اشتراط سقوط الخيار فى ما لو ظهر المبيع على خلاف وصف الصحة (مع امكان) ان نذكر جوابا آخر، و هو: انه لا يجوز اشتراط سقوط الخيار مطلقا، اى خيار يوجب الغرر، سواء تعهد البائع بذلك الوصف، او علم به المشترى من الرؤية، او غيرهما الا انه استثنى من هذه الكلية اسقاط خيار العيب و الاستثناء انما هو بالدليل الخاص.

و ذلك ب (التزام فساد اشتراط) البائع (عدم الخيار) للمشترى (على تقدير فقد الصفات المعتبر علمها) اى العلم بتلك الصفات (فى البيع).

و ذلك لان شرط عدم الخيار يوجب الغرر مطلقا (خرج) من هذه الكلية (اشتراط) البائع (التبرى من العيوب) خروجا (بالنص و الاجماع) فانه يجوز هذا الشرط.

ان قلت: كيف خرج هذا الشرط فجاز مع انه يوجب الغرر.

قلت: (لان قاعدة نفى الغرر قابلة للتخصيص، كما اشرنا إليه سابقا) فان القاعدة ليست عقلية، حتى يقال: انها لا تقبل التخصيص.

(و ظهر أيضا) بما ذكرناه من ان نفس الخيار ليس مجديا فى دفع الغرر، بل المجدى التزام البائع وجود الوصف (ضعف ما يقال) و القائل هو صاحب الجواهر (من ان الاقوى فى محل الكلام) اشتراط سقوط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۱

الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول.

و لو ان الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يجد فى الصحة ثبوت الخيار و الا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، و هو معلوم العدم

و

خیار الرؤیة ب (الصحة) لان الاشکال فی تعلق البیع بالمجهول، و لان المشتری لا یعلم هل هو واجد للصفات، أم لا؟ و هذا الاشکال غیر تام (لصدق تعلق البیع بمعلوم غیر مجهول) فان اسقاط الخیار لا یوجب جهالة البیع.

و المبیع- عند ذکر الصفة- ان کان معلوما لم یضره اسقاط الخیار و ان کان مجهولا- لم ینفعه ثبوت الخیار لان الخیار لا یحول المجهول معلوما.

(و) ذلک لانه (لو ان الغرر ثابت فی البیع نفسه لم یجد فی الصحة) ای صحة البیع (ثبوت الخیار) لما ذکرنا من ان الغرر لا یرتفع بالخیار (و الا) فان کان الخیار یرفع الغرر (لصح ما فیه الغرر من البیع) کالبیع المجهول المطلق (مع اشتراط الخیار، و) الحال ان هذا (هو معلوم العدم) اذ یصدق الغرر المنهی عنه فی قوله: نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم، عن بیع الغرر، و قوله نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم، عن الغرر.

(و) ان قلت: اذا اقدم انسان علی ضرر نفسه لم یکن بذلک بأس اذا لم یکن ضررا زائدا ممنوعا شرعا، و لذا جاز ان یقدم علی اشتراء الشیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۲

اقدامه علی الرضا بالبیع المشترط فیه السقوط مع عدم الاطمینان بالوصف ادخال الغرر علیه من قبل نفسه، انتهی.

توضیح الضعف ان المجدی فی الصحة ما هو سبب الخیار، و هو التزام البائع وجود

بازید من ثمنه، و ان یقدم علی شراء ما یحتمل العیب باسقاط خیار العیب

قلت: هذا انما یصح اذا لم ینه الشارع عنه، و لذا لا یصح الاقدام علی بیع المجهول، و فی ما نحن فیه اذا قلنا بان البیع غرری لا یصح اقدامه و ان کان خیار، لان الشارع نهی عن بیع الغرر، ف (اقدامه) ای اقدام المشتری (علی الرضا بالبیع) لغیر المرئی (المشترط فیه) ای فی ذلک البیع (السقوط) لخیار الرؤیة (مع عدم الاطمینان بالوصف) الّذی ذکره البائع حین البیع (ادخال الغرر علیه من قبل نفسه) هذا غایة ما یقال فی تفسیر قوله: و اقدامه ..

لکن الظاهر: ان مراد الجواهر: ان الضرر القلیل الوارد علی المشتری غیر ضار، بعد ان اقدم هو علی ضرر نفسه.

و انما فسرنا کلامه: ادخال الغرر، بالضرر القلیل حتی لا ینافی مع قوله قبلا: «لصدق تعلق البیع بمعلوم غیر مجهول» فتأمل (انتهی) کلام الجواهر.

(توضیح الضعف) الّذی ظهر من کلامنا السابق، علی کلام الجواهر أولا (ان المجدی) و المفید (فی الصحة) ای صحة بیع غیر المرئی (ما هو سبب الخیار) ای ما کان عدمه سببا للخیار (و هو التزام البائع وجود

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۳

الوصف، لا نفس الخیار.

و اما کون الاقدام من قبل نفسه فلا یوجب الرخصة فی البیع الغرری و المسألة موضع اشکال.

الوصف، لا) ان المجدی (نفس الخیار) لانه قد تقدم ان الخیار لا یرفع الغرر، و الا لجاز بیع کل مجهول بشرط الخیار، مع انه لیس بصحیح.

اذا فالمجدی التزام البائع، بینما الظاهر عن کلام الجواهر ان المجدی نفس الخیار، حیث قال «لم یجد فی الصحة ثبوت الخیار».

و ثانیا: ان قول الجواهر «ادخال الغرر علیه من قبل نفسه» ظاهر فی ان الغرر اذا کان من قبل نفسه لم یضر، بینما الغرر ضار مطلقا سواء

کان من قبل نفسه، أم لا.

و إليه اشار بقوله: (و اما كون الاقدام من قبل نفسه) فلا يضر- كما ذكره الجواهر- (ف) فيه انه غير تام.

اذ: الاقدام على الغرر (لا يوجب الرخصة فى البيع الغررى) لان الشارع منع عنه كما تقدم.

(و) كيف كان، ف (المسألة) اى مسألة اشتراط البائع سقوط خيار الرؤية (موضع اشكال) و الله العالم بحقيقة الحال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۵

قريبا جدا سيصدر الجزء الثالث عشر من الموسوعة الضخمة (ايصال الطالب الى المكاسب) عن قريب ان شاء الله تعالى.

الناشر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۷

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة مقدمة الشارح ۲

فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع فقط ۳

الرابع: خيار الغبن ۳۲

فى شرائط خيار الغبن ۶۴

فى ان ظهور الغبن هل هو شرط شرعى او كاشف عقلى ۱۰۲

فى مسقطات خيار الغبن ۱۱۳

فى اسقاطه بعد العقد ۱۱۳

فى اسقاطه فى متن العقد ۱۲۴

فى ان تصرف المغبون مسقط لخيار الغبن ۱۳۰

فى ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية ۱۹۸

فى كون خيار الغبن على الفور او التراخى ۲۰۹

الخامس: خيار التأخير ۲۵۰

فى شروط خيار التأخير ۲۵۷

فى مسقطات خيار التأخير ۳۰۳

فى اسقاطه بعد الثلاثة ۳۰۳

فى اشتراط سقوطه فى متن العقد ۳۰۴

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۲، ص: ۴۰۸

فى ان بذل المشترى للثمن بعد الثلاثة مسقط ۳۰۵

فى ان اخذ الثمن من المشترى مسقط ۳۰۸

فى كون خيار التأخير على الفور او التراخى ۳۱۴

فى ان تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع ۳۱۷

فى ما لو اشترى ما يفسد من يومه ۳۲۷

السادس: خيار الرؤية ۳۳۸

فی مورد خیار الرؤیة ۳۴۶

فی ان خیار الرؤیة فوری ۳۷۹

فی مسقطات خیار الرؤیة ۳۸۱

محتویات الکتاب ۴۰۷

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الثالث عشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین و صلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و لعنة اللّه علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الثالث من کتاب الخیارات و الجزء الثالث عشر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة اللّه الانصاری قدس سره.

و یشرع فی مسئلة عدم سقوط خیارا لرؤیة ببذل التفاوت و ابدال العین کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مٰالٌ وَ لٰا بَنُونَ إِلّٰا مَنْ أَتَی اللّٰهَ بِقَلْبٍ سَلِیمٍ.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴

[تتمة القول فی الخیار]

[تتمة أقسام الخیارات]

[تتمة السادس خیار الرؤیة]

مسئلة لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت و لا بابدال العین،

لان العقد انما وقع علی الشخصی، فتملک غیره یحتاج الی معاوضة جدیدة.

و لو شرط فی متن العقد الابدال لو ظهر علی خلاف الوصف ففی الدروس: ان الاقرب الفساد.

(مسألة: لا یسقط هذا الخیار) ای خیار الرؤیة (ببذل التفاوت) بین العین الموصوفة و العین المشتملة، اذا کان بینهما تفاوت، و ذلک لاصالة عدم السقوط، و ان کان الظاهر ان للمشتری ان یتصالح عن حقه فی الخیار بأخذ شیء، و أن لم یکن بین العینین تفاوت (و لا بابدال العین) بعین اخری متصفة بالصفات المذکورة فی العقد (لان العقد انما وقع علی) الشیء (الشخصی، فتملک غیره یحتاج الی معاوضة جدیدة).

نعم لهما ان یتراضیا بالابدال، فکانه اسقط المشتری خیاره فی قبال ان یبدله البائع بعین اخری.

(و لو شرط فی متن العقد الابدال لو ظهر علی خلاف الوصف ففی الدروس: ان الاقرب الفساد) و ان کان الظاهر الصحة، لانه من قبیل شرط معاملة اخری فی ضمن معاملة، فان هذا البیع صحیح، لکن اللازم علی البائع اخذ العین الفاقدة للاوصاف، و اعطاء عین اخری واجدة للاوصاف بمعاملة جدیدة، و لا یلزم ان تکون المعاملة الجدیدة بیعا او غیره من العناوین الواردة فی الادلة بالخصوص، بل یکفی صدق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵

و لعله لان البدل المستحق علیه بمقتضی الشرط، ان کان بإزاء الثمن، فمرجعه الی معاوضة جدیدة علی تقدیر ظهور المخالفة بان ینفسخ البیع بنفسه عند المخالفة و ینعقد بیع آخر فیحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر، کل منهما معلق علی المخالفة.

و من المعلوم عدم نهوض الشرط لا ثبات ذلک و ان کان بإزاء المبیع الّذی

العقد و التجارة علیه، لیدخل فی آیة الوفاء بالعقد، و تجارة عن تراض.

(و) اما ما ذکره الشهید، ف (لعله لان البدل المستحق علیه) ای علی البائع (بمقتضی الشرط، ان کان) ذلک البدل (بإزاء الثمن ف) حیث ان الثمن لا یکون بإزاء مثمنین، یکون (مرجعه) ای مرجع کونه بإزاء الثمن (الی معاوضة جدیدة علی تقدیر ظهور المخالفة) فی الوصف، و لا یکون الثمن بإزاء البدل الا (بان ینفسخ البیع بنفسه عند المخالفة) فی الوصف (و ینعقد بیع آخر).

و علی هذا (فیحصل بالشرط انفساخ عقد) سابق (و انعقاد عقد آخر) جدید ف (کل منهما) ای العقد السابق انفساخا، و العقد الجدید انعقادا (معلق علی المخالفة) فی الوصف.

(و من المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلک) فان الشرط لا یبطل عقدا، و لا یثبت عقدا، لکن ربما یقال بانه: لا بأس بذلک ما لم یدل دلیل علی لزوم سبب خاص فی التملیک و التملک، فلیس الملک بحاجة الی لفظ خاص، مثل: النکاح، و الطلاق (و ان کان) البدل المستحق علیه (بإزاء المبیع الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶

ظهر علی خلاف الوصف.

فمرجعه أیضا الی انعقاد معاوضة تعلیقیة غرویة، لان المفروض جهالة المبدل.

و علی ای تقدیر فالظاهر عدم مشروعیة الشرط المذکور، فیفسد و یفسد العقد.

و بذلک ظهر ضعف ما فی الحدائق من الاعتراض علی الشهید ره حیث قال:- بعد نقل عبارة الدروس، و حکمه بالفساد- ما

ظهر علی خلاف الوصف) بان یکون الشرط نافعا للزوم بدل الفاقد للوصف بالواجد له.

(فمرجعه أیضا الی انعقاد معاوضة تعلیقیة) معلقة تلک المعاوضة علی فقدان العین للوصف (غرریة).

و انما کانت غرریة (لان المفروض جهالة المبدل) الّذی یعطیه البائع بدل ما اعطاه أولا مما کان فاقدا للوصف.

و فیه انه لیست غرریة، اذ الموصوف لا یوجب الغرر.

(و علی ای تقدیر) من التقدیرین (فالظاهر عدم مشروعیة الشرط المذکور، فیفسد) الشرط (و یفسد العقد) لان الشرط الفاسد مفسد.

و فیه انه علی تقدیر فساده، لا دلیل علی انه مفسد.

(و بذلک) الّذی ذکره المصنف فی وجه کلام الشهید (ظهر ضعف ما فی الحدائق من الاعتراض علی الشهید ره حیث قال) الحدائق (- بعد نقل عبارة الدروس، و) نقل (حکمه بالفساد-) لهذا الشرط (ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷

لفظه: ظاهر كلامه ان الحكم بالفساد اعم من ان يظهر على الوصف أو لا، و فيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط.

و مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد، لعموم الاخبار المتقدمة.

نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاسدا من حيث المخالفة، و لا يجبره

لفظه: ظاهر كلامه) اى كلام الدروس (ان الحكم بالفساد اعم من ان يظهر) المبيع (على الوصف) المقرر (أو لا، و فيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط).

اذ لا وجه للفساد بعد شمول ادلة الوفاء بالعقد، و التجارة عن تراض له، و لا دليل على ان مثل هذا الشرط مفسد.

(و) ذلك لوضوح ان (مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور) اى ظهور المبيع (على الوصف) المقرر (لا يصلح سببا للفساد، لعموم الاخبار المتقدمة) فان اخبار خيار الرؤية تدل بمفهومها على ان المبيع لو كان موصوفا بالوصف الّذى ذكراه، كان البيع ثابتا، و لازما.

و هذا بالإضافة الى عمومات حل: البيع، و: تجارة عن تراض.

و كان المصنف عند اشكاله على الحدائق يرى الفساد فى صورة عدم المخالفة أيضا، لان الشرط فاسد على ما ذكره، و الشرط الفاسد مفسد، و فيه ما لا يخفى.

(نعم لو ظهر) المبيع (مخالفا) فى الوصف (فانه) اى البيع (يكون فاسدا من حيث المخالفة) لمخالفة المعقود عليه مع المتسلم (و لا يجبره)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٨

هذا الشرط، لاطلاق الاخبار.

و الاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور، و عدمه.

و بالجملة فانى لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة على الاطلاق وجها يحمل عليه، انتهى.

اى لا يجبر الفساد الآتى من ناحية المخالفة (هذا الشرط، لاطلاق الاخبار) الدالة على ان الشرط المخالف للكتاب و السنة يوجب الفساد، فاذا فسد الشرط افسد أيضا.

(و الا ظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة) المتقدمة عن الشهيد (الى الشرط المذكور) يعنى ان مراد الشهيد هو ان الشرط فاسد، لا ان مراده ان البيع فاسد (حيث لا تأثير له) اى للشرط (مع الظهور) اى ظهور المخالفة لما عرفت من بطلان البيع فلا تأثير للشرط (و عدمه) اى عدم ظهور المخالفة، لان البيع حينئذ صحيح- كما عرفت- و لا تأثير لهذا الشرط

(و بالجملة فانى لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة). و هى صورة اشتراط الابدال لدى المخالفة (على الاطلاق) اى انه فاسد مطلقا حتى فى صورة عدم ظهور المخالفة (وجها يحمل) كلام الشهيد «ره» (عليه، انتهى).

اذ قد عرفت ان الشرط لا يضر اذا لم تظهر المخالفة و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٩

مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح، و الاجارة،

لانه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فاما ان يحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الاردبيلى فى بطلان بيع العين الغائبة

و اما ان یحکم بلزومه من دون خیار، و الاول مخالف لطریقه الفقهاء فی تخلف الاوصاف المشروطهٔ فی المعقود علیه.

(مسألهٔ: الظاهر ثبوت خیار الرؤیهٔ فی کل عقد واقع علی عین شخصیهٔ موصوفهٔ) فظهرت خلاف الوصف (کالصلح، و الاجارهٔ) و الهبهٔ المشروطهٔ و المعوضهٔ، و غیرها.

و انما نحکم بالخیار (لانه لو لم یحکم بالخیار) دار الامر بین البطلان و بین الصحهٔ بدون خیار.

و الاول: خلاف ادلهٔ: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و الثانی: خلاف دلیل: لا ضرر، بالإضافهٔ الی المناط فی باب البیع اذ (مع تبین المخالفهٔ، فاما ان یحکم ببطلان العقد).

فوجه البطلان (لما تقدم عن الاردبیلی فی بطلان بیع العین الغائبهٔ) بان المقصود لیس بموجود، و ما هو موجود لم یعقد علیه.

(و اما ان یحکم بلزومه من دون خیار، و) کلاهما باطل.

لان (الاول مخالف لطریقهٔ الفقهاء فی) صورهٔ (تخلف الاوصاف المشروطهٔ فی العقود علیه) و طریقتهم کما عرفت مستفادهٔ من ان النصوص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰

و الثانی فاسد من جههٔ ان دلیل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد، و حرمهٔ النقض، و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد علی العین الفاقدهٔ للصفات المشترطهٔ فیها لیس نقضا للعقد، بل قد تقدم عن بعض ان ترتیب آثار العقد علیها لیس وفاء و عملا بالعقد حتی یجوز، بل هو تصرف لم یدل علیه العقد، فیبطل.

الدالهٔ علی العقود تشمل حتی صورهٔ المخالفهٔ.

و السرّ ان المخالفهٔ لا تضر الجوهر، و لذلک جرت طریقهٔ العقلاء علی صحهٔ المعاملهٔ، و منتهی الامر ان یکون فی العقد الخیار.

(و الثانی) و هو لزوم العقد من دون خیار (فاسد من جههٔ ان دلیل اللزوم) للعقود (هو وجوب الوفاء بالعقد، و حرمهٔ النقض) قال تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد علی العین الفاقدهٔ للصفات المشترطهٔ فیها) ای فی تلک العین عدم الالتزام: بان یکون له الفسخ او ابطال العقد بالخیار، اذا شاء (لیس نقضا للعقد).

اذ المستفاد عرفا من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجوب الوفاء بالعقد الّذی تعلق بما تعلقت به إرادهٔ المتعاقدین، لا بایّ عقد کان، و ان کان متعلقه علی خلاف إرادهٔ احدهما (بل قد تقدم عن بعض) و هو الاردبیلی «ره» (ان ترتیب آثار العقد علیها) ای علی العین الفاقدهٔ للوصف (لیس وفاء و عملا بالعقد حتی یجوز) ترتیب الآثار (بل هو) ای ترتیب الآثار (تصرف لم یدل علیه العقد، فیبطل).

و نحن و ان لم نقل بمقالهٔ ذلک البعض من البطلان، لکن نقول:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱

و الحاصل: ان الامر فی ذلک دائر بین فساد العقد و ثبوته مع الخیار.

و الاول مناف لطریقهٔ الاصحاب فی غیر باب، فتعین الثانی.

بان وجوب الوفاء، لا یشمل مثل هذا العقد المخالف فی الوصف.

(و الحاصل: ان الامر فی ذلک) العقد، و سائر العقود: غیر البیع (دائر بین فساد العقد) مطلقا (و ثبوته مع الخیار).

(و الاول مناف لطریقهٔ الاصحاب فی غیر باب) واحد، بل فی جمیع الابواب، فانهم لا یبطلون المعاملهٔ بمجرد مخالفهٔ وصف غیر مقوم، و قد عرفت ان طریقتهم اتباع اطلاق الادلهٔ (فتعین الثانی) و هو ثبوت العقد مع الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲

مسئلة لو اختلفا، فقال البائع: لم یختلف صفة، و قال المشتری: قد اختلف ففی التذکرة قدم قول المشتری،

لاصالة براءة ذمته من الثمن، فلا یلزمه ما لم یقرّ به، او یثبت بالبینة.

و رده فی المختلف فی نظیر المسألة بان اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال بالثمن.

و یمکن ان یکون مراده ببراءة الذمة: عدم وجوب

(مسألة: لو اختلفا، فقال البائع: لم یختلف) الموجود عن الموصوف (صفة) و انما سلمتک نفس الّذی وصفته لک (و قال المشتری: قد اختلف) فاراد المشتری الاخذ بالخیار و امتنع البائع.

(ففی التذکرة) قال: (قدم قول المشتری، لاصالة براءة ذمته من الثمن، فلا- یلزمه) اعطاء الثمن (ما لم یقرّ به) ای ان اللازم علیه اعطاء الثمن (او یثبت) وجوب اعطائه الثمن (بالبینة) الدالة علی ان المسلّم هو الموصوف من غیر اختلاف.

(و رده فی المختلف فی نظیر المسألة بان اقراره) ای اقرار المشتری (بالشراء، اقرار بالاشتغال بالثمن).

فاللازم ان یعطی الثمن، الا اذا اثبت مخالفة المسلّم للمعقود علیه فی الوصف.

(و یمکن ان یکون مراده) ای مراد التذکرة (ببراءة الذمة: عدم وجوب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳

تسلیمه الی البائع، بناء علی ما ذکره فی احکام الخیار من التذکرة من عدم وجوب تسلیم الثمن، و لا المثمن فی مدة الخیار، و ان تسلم الآخر.

و کیف کان فیمکن ان یخدش بان المشتری قد اقرّ باشتغال ذمته بالثمن، سواء اختلف صفة المبیع، أم لم یختلف.

غایة الامر سلطنته علی الفسخ لو ثبت ان البائع التزم علی نفسه اتصاف البیع باوصاف مفقودة.

تسلیمه) ای تسلیم الثمن (الی البائع، بناء علی ما ذکره فی احکام الخیار من التذکرة من عدم وجوب تسلیم) المشتری (الثمن، و لا) البائع (المثمن فی مدة الخیار، و ان تسلم) الطرف (الآخر).

و قد تقدم فی بعض المسائل السابقة وجه ذلک، و فی المقام حیث یدعی المشتری خلاف الوصف، فله الخیار، و اذا کان له الخیار کان له ان لا یسلم الثمن.

فمراد التذکرة براءة ذمته من تسلیم الثمن- لا من اصل الثمن-.

(و کیف کان) مراد العلامة من براءة الذمة (فیمکن ان یخدش بان المشتری قد اقرّ باشتغال ذمته بالثمن) حیث انه معترف بالمعاملة الموجبة لاشتغال ذمته (سواء اختلف صفة المبیع) الموجبة للخیار (أم لم یختلف) فیلزم العقد.

(غایة الامر سلطنته) ای المشتری (علی الفسخ لو ثبت ان البائع التزم علی نفسه اتصاف المبیع باوصاف مفقودة).

فقوله «لو ثبت» ای انه ان ثبت، تثبت له السلطنة، لا ان السلطنة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴

کما لو اختلفا فی اشتراط کون العبد کاتبا.

و حیث لم یثبت ذلک فالاصل عدمه، فیبقی الاشتغال لازما غیر قابل للازالة بفسخ العقد هذا.

و یمکن دفع ذلک بان اخذ الصفات فی المبیع و ان کان فی معنی الاشتراط الا انه بعنوان التقیید.

فمرجع الاختلاف الی الشک فی تعلق البیع بالعین الملحوظ فیها

متوقفة علی الثبوت، اذ لا شک ان للمشتری الفسخ- واقعا- و ان لم یثبت خارجا فقد المبیع للاوصاف (کما لو اختلفا فی اشتراط کون العبد کاتبا) فانکر البائع هذا الشرط، و اثبته المشتری و لم یکن العبد المسلّم إلیه کاتبا.

(و حیث لم یثبت ذلک) ای لم یثبت ان البائع التزم فی العقد کون العبد کاتبا (فالاصل عدمه) ای عدم لزوم وصف العبد بکونه کاتبا (فیبقی الاشتغال) لذمة المشتری بالثمن (لازما غیر قابل للازالة بفسخ العقد)

و علی هذا فاللازم علی المشتری ان یسلّم الثمن، الا اذا تمکن من اثبات ما یقوله (هذا) تمام الکلام فی وجه الاشتغال.

(و یمکن دفع ذلک) و تأیید براءة المشتری (بان اخذ الصفات فی المبیع و ان کان فی معنی الاشتراط) فکانه قال: بعتک عبدا بشرط ان یکون کاتبا (الا انه بعنوان التقیید) فالمشتری العبد الکاتب، لان العبد الامّی لم یقع علیه العقد اصلا.

(فمرجع الاختلاف الی الشک فی تعلق البیع بالعین الملحوظ فیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵

صفات مفقودة، او تعلقه بعین لوحظ فیها الصفات الموجودة، او ما یعمها و اللزوم من احکام البیع المتعلق بالعین علی الوجه الثانی.

و الاصل عدمه.

و منه یظهر الفرق بین ما نحن فیه و بین الاختلاف فی اشتراط کتابة العبد، و قد تقدم توضیح ذلک و بیان ما قیل او یمکن ان یقال فی هذا المجال فی مسألة ما اذا اختلفا فی.

صفات مفقودة) للعبد الامّی و هل کان مشمولا للعقد (او تعلقه بعین لوحظ فیها الصفات الموجودة) للعبد الکاتب (او) تعلق البیع ب (ما یعمها) ای ما یعم الصفات فهو مشتر للعبد عالما کان او أمّیا (و اللزوم) للبیع (من احکام البیع المتعلق بالعین علی الوجه الثانی) و هی العین التی لوحظ فیها الصفات الموجودة.

(و) حیث انه امر وجودی، ف (الاصل عدمه) و علیه فلا تشتغل ذمة المشتری بالثمن.

(و منه) ای و مما ذکرناه من ان البیع مقید، فالاصل عدمه (یظهر الفرق بین ما نحن فیه) الّذی هو مقید (و بین الاختلاف فی اشتراط کتابة العبد) حیث ان کلیهما متفقان علی اشتراء العبد، لکن اختلفا، فقال المشتری کان بشرط الکتابة، و انکره البائع.

فان الاصل هنا مع البائع لان المشتری یدعی شرطا زائدا (و قد تقدم توضیح ذلک) الفرق (و بیان ما قیل او یمکن ان یقال فی هذا المجال) ای مجال اختلافهما تقدم ذلک (فی مسألة ما اذا اختلفا فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶

تغییر ما شاهداه قبل البیع.

تغییر ما شاهداه قبل البیع) فراجع.

و الظاهر ان الاصل مع البائع فی امثال هذه المقامات و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷

مسئلة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی ان ینسج الباقی کالاول بطل،

کما عن المبسوط، و القاضی، و ابن سعید قدس سرهما، و العلامة فی کتبه و جامع المقاصد.

و استدل علیه فی التذکرة، و جامع المقاصد بان بعضه عین حاضرة و بعضه فی الذمة مجهول.

و عن المختلف صحته و لا یحضرنی الآن حتی اتأمّل فی دلیله.

و الّذی ذکر للمنع، لا ینهض مانعا.

(مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه) المشتری (علی ان ینسج الباقی کالاول) فی النسج (بطل) البیع فی الجمیع (کما عن المبسوط و القاضی و ابن سعید قدس سرهما، و العلامة فی کتبه و جامع المقاصد)

(و) ذلک لما (استدل علیه فی التذکرة، و جامع المقاصد بان بعضه عین حاضرة و بعضه فی الذمة مجهول) فالبعض المجهول باطل لجهالته و البعض الحاضر باطل، لان فی ضمنه شرط مجهول، و الشرط الفاسد مفسد.

(و عن المختلف صحته) و هو الاقرب، لان ما فی الذمة لیس مجهولا- بعد ان کان موصوفا و هی معاملة عقلائیة فیشملها دلیل المعاملات، مثل أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ و غیره (و لا یحضرنی) المختلف (الآن حتی اتأمّل فی دلیله) الّذی بنی علیه الصحة.

(و) لکن (الّذی ذکر) دلیلا (للمنع، لا ینهض مانعا) لما عرفت.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸

فالذی یقوی فی النظر انه اذا باع البعض المنسوج المنضم الی غزل معین علی ان ینسجه علی ذلک المنوال، فلا مانع منه.

و کذا اذا ضم معه مقدارا معینا کلیا من الغزل الموصوف علی ان ینسجه کذلک، اذ لا مانع من ضم الکلی الی الشخصی.

و إلیه ینظر بعض کلمات المختلف فی هذا المقام، حیث جعل اشتراط نسج الباقی کاشتراط الخیاطة و الصبغ.

هذا بالإضافة الی ان المجهول لو کان جزءا کان البیع فی الموجود صحیحا و له خیار تبعض الصفقة، و لو کان شرطا کان باطلا فی نفسه، و قد سبق ان الشرط الفاسد لیس مفسدا.

(فالذی یقوی فی النظر انه اذا باع البعض المنسوج المنضم الی غزل) غیر منسوج (معین علی ان ینسجه علی ذلک المنوال) ای علی ذلک الطراز و الکیفیة (فلا مانع منه) لانه باع المنسوج و غیر المنسوج، و شرط نسج غیر المنسوج.

(و کذا اذا ضم معه) ای مع المنسوج (مقدارا معینا کلیا من الغزل الموصوف) مثل کیلو من الغزل الموصوف بانه مثل غزل هذا النسج (علی) شرط (ان ینسجه کذلک) ای کهذا المنسوج (اذ لا مانع من ضم الکلی) فی البیع (الی الشخصی) فان اطلاقات ادلة البیع تشمله، و الشرط جائز

(و إلیه) ای الی انه من باب الشرط (ینظر بعض کلمات المختلف فی هذا المقام، حیث جعل اشتراط نسج الباقی) من باب الشرط (کاشتراط الخیاطة و الصبغ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹

و کذا اذا باعه اذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال

و لو لم ینسجه فی الصورتین الاولیین علی ذلک المنوال، ثبت الخیار لتخلف الشرط.

و لو لم ینسجه کذلک فی الصورة الاخیرة لم یلزم القبول و بقی علی مال البائع، و کان للمشتری الخیار فی المنسوج لتبعض الصفقة علیه و اللّه العالم.

کما اذا باعه قماشا بشرط ان یخیطه او ان یصبغه (و کذا) یصح و یکون من باب ضم الکلی الی الشخصی (اذا باعه اذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج) الموجود فعلا (بهذا المنوال) «بهذا» متعلق ب «منسوجة»

هذا (و لو لم ینسجه) البائع (فی الصورتین الاولیین) و هما «المنضم الی غزل معین» «و کذا اذا ضم معه» (علی ذلک المنوال) حسب الشرط (ثبت الخیار) للمشتری (لتخلف الشرط) اذا لشرط ان ینسجه علی ذلک الطراز.

(و لو لم ینسجه کذلک) ای علی ذلک المنوال (فی الصورة الاخیرة) و هی «اذا باعه اذرعا معلومة» (لم یلزم) المشتری (القبول) لما یقدمه البائع له (و بقی) الّذی قدمه البائع مما لم ینسج علی ذلک المنوال (علی مال البائع) لانه لیس مصداقا لما بیع (و کان للمشتری الخیار فی المنسوج لتبعض الصفقة علیه) ای علی المشتری (و اللّه العالم) بحقائق الاحکام

ثم انه لو کان التبدیل ممکنا فی الصورة الاخیرة لزم علی البائع التبدیل فاذا لم یبدل کان للمشتری خیار تبعض الصفقة، کما هو واضح.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰

السابع خیار العیب،

اشارة

اطلاق العقد یقتضی وقوعه مبنیا علی سلامة العین من العیب.

و انما ترک اشتراطه صریحا اعتمادا علی اصالة السلامة، و الا لم یصح

(السابع) من الخیارات (خیار العیب) و هو من اضافة المعلول الی العلة، ای الخیار الثابت بواسطة العیب.

اعلم ان (اطلاق العقد) و عدم تقییده بکون متعلق العقد صحیحا او معیبا (یقتضی) اقتضاء حسب الفهم العرفی (وقوعه) ای العقد (مبنیا علی سلامة العین من العیب) سواء کان ثمنا او مثمنا، فلیس المراد بالعین المثمن فقط.

و انما ذکر ذلک لئلا یتوهم ان المراد سلامة العین من الرهن و نحوه لانه أیضا فرع من السلامة.

(و انما ترک) بصیغة المجهول، و فاعله البائع و المشتری (اشتراطه) ای اشتراط ان تکون العین سالمة (صریحا) فی اللفظ (اعتمادا علی اصالة السلامة) و هی عبارة عن ان الاشیاء کلها علی السلامة، الا ما خرج و لیس المراد ان کل شیء سالم بذاته، بل المراد ان الکلی سالم بصورة غالبة، فلا یستشکل ان بعض الاشیاء توجد ناقصة، فلا اصل.

و الحاصل: ان لیس المراد بالاصل: الاستصحاب، بل القاعدة الغالبیة فی الاشیاء (و الا) یعتمد علی اصل السلامة فی العقد (لم یصح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱

العقد من جهة الجهل بصفة العین الغائبة، و هی صحتها التی هی من اهم ما یتعلق به الاغراض.

و لذا اتفقوا فی بیع العین الغائبة علی اشتراط ذکر الصفات التی یختلف الثمن باختلافها، و لم یذکروا اشتراط صفة الصحة.

العقد) ایّ عقد کان (من جهة الجهل) من المشتری (بصفة العین الغائبة) عن الرؤیة (و هی) ای تلک الصفة المجهولة (صحتها) ای صحة العین (التی هی) ای الصحة (من اهم ما یتعلق به الاغراض).

و الحاصل انه لو لا اصالة الصحة لم یصح ایّ بیع، لانه بیع مجهول غرری.

فصحة البيع كاشفة- إنّيا- عن اصالة السلامة.

و اذا كانت اصالة السلامة هى المعتمدة عند العقلاء، صح الاعتماد عليها بدون ذكرها.

فاذا تخلف كان للطرف المقابل ان يفسخ المعاملة لفقدان الشرط ثم انه ليس المراد بإطلاق العقد اللفظ، اذ خيار العيب جار فى المعاطاة أيضا، بناء على لزوم المعاطاة، او بناء على جريانه فى المعاطاة حتى على القول بعدم لزومها، بل المراد بالعقد: الاعمّ من اللفظى و العملى، كما لا يخفى.

(و لذا) الّذى ذكرناه من ان الاطلاق يقتضى السلامة (اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها) كاللون و الطعم و الرائحة و ما اشبه (و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۲

فليس ذلك الا من حيث الاعتماد فى وجودها على الاصل فان من يشترى عبدا لا يعلم انه صحيح سوّى، أم فالج مقعد، لا يعتمد فى صحته الاعلى اصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقائه على ما شاهده فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد.

و كما يعتمد على اخبار البائع بالوزن

هذه الجملة متعلقة ب «و لذا» اى و لذا لم يذكروا اشتراط صفة الصحة، مع انهم اشترطوا ذكر الصفات الاخر.

(فليس ذلك) اى عدم ذكرهم اشتراط صفة الصحة (الا من حيث الاعتماد فى وجودها) اى وجود صفة الصحة (على الاصل) اى اصالة الصحة.

ثم بيّن كيف ان العرف يعتمد على اصالة الصحة بقوله: (فان من يشترى عبدا لا يعلم انه صحيح سوىّ، أم فالج مقعد، لا يعتمد فى صحته الاعلى اصالة السلامة) و الا فكيف يشترى من لا يفى بغرضه على فرض المرض و النقص (كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا) قبل مدة من البيع (على بقائه) كالسابق (على ما شاهده) فى الصفات (فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد).

فلو تبين بعد ذلك تغيّره تغيّرا يختلف الغرض بسبب ذلك التغير كان له الخيار، و يسمى بخيار الرؤية.

(و كما يعتمد) المشترى (على اخبار البائع بالوزن) فلا يزن المتاع عند اشترائه، فاصالة الصحة، مثل اصالة البقاء، و اصالة صحة كلام البائع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۳

قال فى التذكرة الاصل فى المبيع من الاعيان و الاشخاص: السلامة من العيوب و الصحة، فاذا اقدم المشترى على بذل ماله فى مقابلة تلك العين، فانّما بنى اقدامه على غالب ظنه المستند الى اصالة السلامة انتهى

و قال فى موضع آخر: اطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ من ان القضاء العرفى يقتضى ان المشترى انما بذل ماله بناء على اصالة السلامة، فكانها مشترطة

فى الوزن، مما يعتمد عليه العقلاء فى البيع (قال فى التذكرة) ما يؤيد ما ذكرناه من اعتماد المشترى على اصالة السلامة (الاصل فى المبيع من الاعيان) كالدار (و الاشخاص) كالعبيد (السلامة من العيوب) فلا يكون العبد ناقصا- مثلا- (و الصحة) فلا يكون مريضا (فاذا اقدم المشترى على بذل ماله فى مقابلة تلك العين) «بذل» مصدر.

و جواب «اذا» قوله: (فانّما بنى اقدامه على غالب ظنه) اى ظنه الغالب على الطرف الآخر الّذى هو الوهم، فى مقابل الشك الّذى لا غلبة له فى طرف، و الصفة توضيحية، اذ كل ظن غالب (المستند الى اصالة السلامة) فان الظن انما حصل من اصل السلامة (انتهى).

(و قال فى موضع آخر: اطلاق العقد و اشتراط السلامة) اى اشتراطه البنائى، لا اللفظى، حيث انهما اذا بنيا على السلامة فكانهما

اشترطاها (یقتضیان السلامة علی ما مرّ) ای انما یقتضیان ذلک بناء علی ما ذکرنا (من ان القضاء العرفی) ای حکمهم (یقتضی ان المشتری انما بذل ماله) ای الثمن (بناء علی اصالة السلامة، فکانها) ای السلامة (مشترطة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴

فی نفس العقد، انتهی.

و مما ذکرنا یظهر ان الانصراف لیس من باب انصراف المطلق الی الفرد الصحیح لیرد علیه.

او لا: منع الانصراف و لذا لا یجری فی الایمان و النذور.

فی نفس العقد، انتهی) فلا فرق بین اللفظ، و بین البناء، لان العرف یری البناء کاللفظ.

و الحاصل انه من باب اشتراط وصف الصحة، لا من باب الانصراف فقد یقول البائع: بعتک العبد الصحیح بکذا، و قد لا یتلفظ بلفظ الصحیح و انما یقصد ذلک قصدا، و القصد کاللفظ.

(و مما ذکرنا) من ان اطلاق العقد یقتضی الصحة (یظهر ان الانصراف) الی الصحیح من باب الشرط المفهوم عرفا، و (لیس من باب انصراف المطلق الی الفرد الصحیح) و ان کان هذا الانصراف فی موضعه أیضا صحیحا، فان الانسان اذا اطلق الکلی کان منصرفا الی الصحیح.

فاذا قال المولی لعبده: اشتر لی إناء کان منصرفا الی الصحیح لکن مقامنا لیس من ذلک (لیرد علیه) ای لو کان المستند فی اصالة صحة المبیع الانصراف یرد علیه.

(أولا: منع الانصراف) فان المطلق یصدق علی کل افراده، سواء کان صحیحا او غیر صحیح (و لذا لا یجری) الانصراف (فی الایمان و النذور).

فاذا نذر ان یذبح شاة کفی فی ذبح الشاة الناقصة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۵

و ثانیا: عدم جریانه فیما نحن فیه لعدم کون المبیع مطلقا بل هو جزئی حقیقی خارجی.

و ثالثا: بان مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا

و کذلک اذا حلف ان یعطی زیدا، ثوبا، صح اعطائه الثوب الناقص او الخلق- مثلا- و لو کان لفظ الشاة منصرفا الی الصحیح، لزم ان یقال بلزوم الصحیحة فی النذر و الحلف.

و الحاصل ان اللفظ لیس منصرفا، فمن این تقولون بلزوم الصحیح فی المبیع، مع ان لفظ الشاة- مثلا- فی کل من النذر و البیع لفظ واحد.

(و ثانیا: عدم جریانه) ای الانصراف (فیما نحن فیه) من البیع اذ الانصراف انما یأتی فی المطلق الکلی، کما اذا قال: جئنی بعبد، فان اللفظ حیث یکون مطلقا ینصرف الی العبد الکامل مثلا، و فی بیع العین الشخصیة لیس کذلک (لعدم کون المبیع مطلقا بل هو جزئی حقیقی خارجی).

فکما لا یصح ان یقال: زید منصرف الی فلان، کذلک لا یصح ان یقال بعتک زیدا منصرف الی فلان، اذ: الانصراف انما یجری فیما له افراد و الشخص الجزئی لا افراد له.

(و ثالثا: بان مقتضاه) ای مقتضی ما ذکرتم من الانصراف الی الصحیح (عدم وقوع العقد رأسا) و اصلا- ای من اوّل الامر- لا انه یقع و لکن له خیار الفسخ، فاذا فسخ کان العقد کان لم یقع علی المعیب ذیلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۶

على المعيب، فلا معنى لامضاء العقد الواقع عليه او فسخه حتى يثبت التخيير بينهما.

و دفع جميع هذا بان وصف الصحة قد اخذ شرطا فى العين الخارجية نظير معرفة الكتابة، او غيرها من الصفات المشروطة فى العين الخارجية.

- اى بعد ان وقع أولا و رأسا- (على المعيب).

فاذا كان لفظ العبد- مثلا- منصرفا الى الصحيح، فلم يقع العقد على العبد المعيب، فاذا اعطاه عبدا معيبا كان من قبيل ان يعطى حيوانا عوض العبد (فلا معنى) حين لم يقع العقد على المعيب (لا مضاء) المشترى (العقد الواقع عليه) اى على المعيب (او فسخه) اذا لم يشاء قبول المعيب (حتى يثبت التخيير بينهما) اى بين الامضاء و الفسخ

و «حتى» غاية ل «وقوع العقد» فى قوله «عدم وقوع العقد رأسا»

(و) قد تبين لك (دفع جميع هذا) الاشكالات الثلاثة (بان وصف الصحة) ليس من باب الانصراف، بل (قد اخذ شرطا فى العين الخارجية) التى وقع عليها البيع، فكانه قال: ابيعك هذا العبد الخارجى و اسمه مبارك، بشرط ان يكون صحيحا، فاذا لم يكن صحيحا كان للمشترى خيار تخلف الشرط.

فالصحة المشروطة (نظير معرفة الكتابة، او غيرها) اى غير معرفة الكتابة، ككونه ابيض مثلا، او المراد غير الكتابة، كمعرفة الخياطة (من الصفات المشروطة فى العين الخارجية) مما لا يوجب ذهابها الاخيار الفسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۷

و انما استغنى عن ذكر وصف الصحة، لاعتماد المشترى فى وجودها على الاصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد فى وجود اصلها، و صفاتها على الاصل.

و لقد اجاد فى الكفاية حيث قال: ان المعروف بين الاصحاب: ان اطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا او سلما كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام أيضا.

(و انما استغنى عن ذكر وصف الصحة) فى العقد، بينما سائر الصفات بحاجة الى الذكر (لاعتماد المشترى فى وجودها) اى الصحة (على الاصل) اى اصالة الصحة (كالعين المرئية سابقا) قبل البيع (حيث يعتمد) المشترى عند اشترائها (فى وجود اصلها) فى مقابل احتمال ان تكون تالفة (و) فى بقاء (صفاتها على الاصل) اى استصحاب البقاء اصلا و وصفا.

(و لقد اجاد) السبزوارى (فى الكفاية) حيث فرق بين الجزئى الّذى تكون الصحة فيه من باب الشرط، و بين الكلى الّذى تكون الصحة فيه من باب الانصراف (حيث قال: ان المعروف بين الاصحاب: ان اطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة) اى من باب الشرط (و لو باع كليا حالا او سلما) اى سلفا، بان اعطى الثمن الآن فى مقابل ان يأخذ المثمن، بعد ذلك (كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام أيضا) فان المتعارف ان الانسان لا يقدم على شراء او بيع المعيب، فتكون الصحة أيضا من باب الشرط كالجزئى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۸

و يحتمل كونه من جهة الاطلاق المنصرف الى الصحيح فى مقام الاشتراء و ان لم ينصرف إليه فى غير هذا المقام، فتأمل.

ثم ان المصرح به فى كلمات جماعة ان اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد، لانه تصريح بما يكون الاطلاق منزلا عليه.

و انما ترك لاعتماد المشترى على اصالة السلامة، فلا يحصل من اجل هذا الاشتراط خيار آخر، غير خيار العيب

(و یحتمل کونه) ای لزوم الصحة (من جهة الاطلاق) فی الکلی المبیع (المنصرف الی الصحیح) عرفا (فی مقام الاشتراء) متعلق ب «المنصرف» (و ان لم ینصرف إلیه) ای الی الصحیح (فی غیر هذا المقام) کمقام النذور و الایمان- علی ما عرفت سابقا- (فتأمل).

اذ لو کان وجه الصحة فی الکلی الانصراف، لزم عدم صحة قبول المشتری المعیب من باب الوفاء، لان البیع وقع علی غیر المعیب، فاللازم ان یقال: ان الصحة فی کل من الجزئی و الکلی من باب الشرط لا من باب الانصراف فی الکلی.

(ثم ان المصرح به فی کلمات جماعة) من الفقهاء (ان اشتراط الصحة فی متن العقد یفید التأکید) للشرط المنصرف إلیه، و ان لم یذکر فی المتن (لانه تصریح بما یکون الاطلاق منزلا علیه).

(و انما ترک) ذکر الشرط (لاعتماد المشتری علی اصالة السلامة) و حین کان الشرط المذکور تأکیدا، لا تأسیسا (فلا یحصل من اجل هذا الاشتراط) فی اللفظ (خیار آخر، غیر خیار العیب).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹

کما لو اشترط کون الصبرة کذا و کذا صاعا، فانه لا یزید علی ما اذا ترک الاشتراط و اعتمد علی اخبار البائع بالکیل، او اشترط بقاء الشیء علی الصفة السابقة المرئیة فانه فی حکم ما لو ترک ذلک اعتمادا علی اصالة بقائها.

و بالجملة فالخیار خیار العیب اشترط الصحة، أم لم یشترط.

فلا یتوهم ان للمشتری خیارین، خیار الشرط غیر المذکور، و خیار الشرط المذکور، فیکون ذکر شرط الصحة- فی افادته التأکید- (کما لو اشترط کون الصبرة) ای الحفنة من الحنطة (کذا و کذا صاعا) کاحد عشر صاعا، او کذا صاعا، کعشرة مثلا (فانه) ای شرط المقدار (لا یزید علی ما اذا ترک الاشتراط و اعتمد علی اخبار البائع بالکیل) فانه اذا قال البائع هذه الصبرة عشرة اصوع، ثم اشتراها- مطلقا- او اشتراها قائلا: بشرط ان تکون عشرة اصوع لم یکن بین الامرین فرق، بل للمشتری فی کلتا الصورتین و هما الاشتراط و عدم الاشتراط اذا لم تکن عشرة اصوع خیار واحد (او اشترط) لفظا (بقاء الشیء علی الصفة السابقة المرئیة) بان قال اشتری منک العین الغائبة علی شرط ان تکون باقیة علی صفتها السابقة (فانه فی حکم ما لو ترک ذلک) الشرط (اعتمادا علی اصالة بقائها) فی ان الشرط الملفوظ لا یوجب خیارا زائدا، بل سواء لفظ بالشرط أم لا، فله خیار واحد و هو خیار الرؤیة.

(و بالجملة فالخیار) فیما اذا ظهر المبیع معیبا (خیار العیب اشترط الصحة) لفظا (أم لم یشترط) بل اعتمد علی الفهم العرفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰

و یؤیده ما ورد من روایة یونس فی رجل اشتری جاریة علی انها عذراء فلم یجدها عذراء، قال: یرد علیه فضل القیمة فان اقتصاره علیه السلام علی اخذ الارش الظاهر فی عدم جواز الرد یدل علی ان الخیار خیار العیب.

و لو کان هنا خیار تخلف الاشتراط لم یسقط الرد بالتصرف فی الجاریة بالوطی او مقدماته.

(و یؤیده) ای کون الخیار للعیب، و ان اشترط، لا انه خیار جدید (ما ورد من روایة یونس فی رجل اشتری جاریة علی انها عذراء، فلم یجدها عذراء) حین تصرف فیها (قال: یرد) البائع (علیه) ای علی المشتری (فضل القیمة) ای التفاوت بین البکر و الثیب.

وجه الاستدلال بالحدیث ما ذکره بقوله: (فان اقتصاره علیه السلام علی اخذ الارش الظاهر) هذا الاقتصار (فی عدم جواز الرد) مع ان مقتضی الشرط جواز الرد أیضا (یدل علی ان الخیار خیار العیب) و ان اللفظ الّذی ذکره المشتری کان تأکیدا، لا تأسیسا.

(و لو کان هنا) ای فی الروایة (خیار تخلف الاشتراط) بالإضافة الی خیار العیب، بان کانت اصالة السلامة تفید خیار العیب، و الاشتراط یفید خیار الشرط (لم یسقط الرد بالتصرف فی الجاریة بالوطی او مقدماته) اذ خیار الشرط لا یسقطه التصرف، و انما خیار العیب هو الّذی یسقطه التصرف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱

و منه يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك، من ثبوت خيار الاشتراط هنا، فلا يسقط الرد بالتصرف.

و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف، او عدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد كما ترى.

(و منه) اى مما ذكرنا من ان الشرط اللفظى تأكيد لخيار العيب (يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك، من ثبوت خيار الاشتراط هنا) اى فيما ذكره المشترى فى اللفظ (فلا يسقط الرد بالتصرف).

(و) اما الرواية فلا تخالف ذلك، ل (دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف) لان الرواية لم يصرح بالتصرف فيها.

اذ قوله عليه السلام «فلم يجدها عذراء» يمكن ان يكون لاجل اخبار القابلة و تجربته بنفسه بغير الوطى و مقدماته او ما اشبه.

فاذا خلت الرواية عن ذكر التصرف، فعدم ذكر الامام للرد ليس من باب انه لا يحق له الرد، بل اقتصر الامام على ذكر احد شقى الحق و هو الارش فقط (او عدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد) لان قوله:

على انها عذراء يحتمل ان يكون المراد بنائه على كونها عذراء، لا انه تلفظ بذلك، و على ذلك: فليس هناك ذكر لفظى حتى يستدل بذلك على ان الذكر اللفظى تأكيد (كما ترى).

اذ ظاهر الرواية انه وطئها، فان وجد ان عدم العذرة غالبا انما يكون من الوطى كما ان ظاهر قوله «على انها عذراء» انه شرط ذلك لفظا، فتحصل ان دلالة الرواية على كون اللفظ الّذى يذكره المشترى تأكيدا، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲

مسئلة ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذ الارش بلا خلاف.

و يدل على الرد: الاخبار المستفيضة الآتية.

و اما الارش فلم يوجد فى الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد، بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد

ليس تأسيسا لخيار الشرط يتوقف على دلالة الرواية على تصرف المشترى و على دلالتها على اشتراط البكارة فى متن العقد، و الرواية دالة عليها فالمدعى الّذى يريد ان يمنع احد الامرين، دعواه منظور فيها.

(مسألة: ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذ الارش) فيختار ايّهما شاء (بلا خلاف) بين الفقهاء.

(و يدل على) حقه فى (الرد: الاخبار المستفيضة الآتية).

(و اما الارش) و هو اخذ المشترى التفاوت بين الصحيح و المعيب (فلم يوجد فى الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد) ابتداء بدون التصرف (بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد).

لكن فى كتاب الدعائم رواية عن الصادق عليه السلام انه قال: اذا اشترى القوم متاعا فقوّموه و اقتسموه، ثم اصاب بعضهم فيما صار إليه عيبا فله قيمة المعيب و ان اشترى رجل سلعة فاصاب بها عيبا و قد احدث فيها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۳

فيجوز ان يكون الارش فى هذه الصورة لتدارك ضرر المشترى، لا لتعيين احد طرفى التخيير، بتعذر الآخر.

نعم فى الفقه الرضوى: فان خرج السلعة معيبا و علم المشترى فالخيار إليه، ان شاء رده، و ان شاء اخذه، او رد عليه بالقيمة ارش العيب.

و ظاهره كما فى الحدائق: التخيير بين الرد و اخذه بتمام الثمن و اخذ الارش

حدثا، او حدث عنده، قيل له: ردّ ما نقص عندك و خذ الثمن ان شئت او فخذ قيمة المعيب.

و كيف كان (ف) اذا لم يذكر الارش فى الروايات تخييرا بينه و بين الرد (يجوز ان يكون الارش فى هذه الصورة) اى صورة التصرف المانع من الرد (لتدارك ضرر المشترى، لا لتعيين احد طرفى التخيير، ب) سبب (تعذر) الطرف (الآخر) الّذى هو الرد، و النتيجة انه لا يحق للمشترى اخذ الارش من اوّل الامر.

(نعم فى الفقه الرضوى) ما يدل على التخيير قال: (فان خرج السلعة معيبا و علم المشترى) بالعيب (فالخيار إليه، ان شاء رده، و ان شاء اخذه، او رد عليه بالقيمة ارش العيب) انتهى ما فى الفقه الرضوى.

(و ظاهره كما فى الحدائق: التخيير بين الرد و اخذه بتمام الثمن و اخذ الارش) فيكون التخيير بين امور ثلاثة، و ذلك لقوله عليه السلام «ان شاء رده و ان شاء اخذه، او رد عليه بالقيمة ارش العيب».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۴

و يحتمل زيادة الهمزة فى لفظة: او، و يكون و او العطف، فيدل على التخيير بين الرد و الارش.

و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار، و هو صعب جدا و اصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناء على ان الصحة و ان كانت وصفا فهى بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة.

(و يحتمل) احتمالا تبرعيا (زيادة الهمزة فى لفظة: او) ردّ عليه بالقيمة (و يكون) مكان «او» (و او العطف، فيدل على التخيير بين الرد و الارش) ابتداءً، و لم يذكر فى الرواية حينئذ الاخذ بدون الارش.

(و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم) اى التخيير الابتدائى بين الرد و الارش (من سائر الاخبار) بان يراد ب «الرد» فيها، الاعم من رد الكل، او رد البعض، فان اخذ الارش ردّ لبعض البيع (و) لكنه خلاف الظاهر فلذا (هو صعب جدا) من حيث عدم ظهوره (و اصعب منه جعله) اى اخذ الارش (مقتضى القاعدة) بان يقال: ان قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، يدل على لزوم الوفاء بالقدر الخاص من العقد الّذى هو عقده، ففى الزائد لا يجب الوفاء، فيأخذ بمقداره من الثمن (بناء على ان الصحة و ان كانت وصفا، فهى بمنزلة الجزء) عرفا (فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذ) اى حين العيب (لتبعض الصفقة) و اذا كان ذلك على وفق القاعدة لم يحتج الى الدليل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۵

و فيه منع المنزلة عرفا و لا شرعا.

و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة و غيره.

(و فيه منع المنزلة) اى ان الصحة ليست بمنزلة الجزء لا (عرفا و لا شرعا) فان العرف لا يرى ان العبد المريض ناقص جزءا، او كالناقص من حيث اليد و الرجل و الشارع لم يصرح بذلك و لم يظهر منه ذلك فى دليل

(و لذا) الّذى ليس وصف الصحة بمنزلة الجزء (لم يبطل البيع فيما قابله) اى قابل وصف الصحة (من الثمن) فاذا كان العبد الصحيح مائة و المريض تسعين فباع العبد المريض بمائة، لم يبطل البيع فى ما يقابل العشرة، و الحال انه لو كان وصف الصحة بمنزلة الجزء لزم بطلان البيع بقدر عشرة، و يكون حاله حال ما اذا باع الف متر من الارض بالف دينار، فبان انه تسعمائة مترا، فان مقتضى القاعدة بطلان البيع بقدر مائة دينار (بل كان الثابت بفواته) اى فوات وصف الصحة (مجرد استحقاق المطالبة) للارش، لا بعنوان ان البيع باطل

(بل لا یستحق المطالبة بعین ما قابله) فلو کان البیع باطلا لزم ان یطالبه یعین العشرة التی اعطاها ایاه، لان العشرة لم تنتقل الی البائع- حین بطلان عشر البیع فی المثال- (علی ما صرح به العلامة و غیره).

و هذا الکلام لدفع توهم ان یقال: ان الصحة بمنزلة الجزء عرفا و شرعا، لان العرف و الشارع یرون وجوب رد الارش الّذی هو جزء من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶

ثم منع کون الجزء الفائت یقابل بجزء من الثمن اذا اخذ وجوده فی المبیع الشخصی علی وجه الشرطیة، کما فی بیع الارض علی انها جریان معینة و ما نحن فیه من هذا القبیل.

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة، بل الاجماع علی التخییر بین الرد و الارش.

الثمن و لازم ذلک ان الصحة بمنزلة الجزء (ثم) حتی فی فوات الجزء لا نقول ببطلان البیع فی مقداره، بل نقول بان للمشتری حق الارش، فاذا انتفی البطلان فی الجزء کان انتفائه فی وصف الصحة بطریق اولی، ل (منع کون الجزء الفائت یقابل بجزء من الثمن اذا اخذ وجوده فی المبیع الشخصی).

و انما قیده بالشخصی، لانه اذا کان المبیع کلیا، لم یتصور فیه نقص الجزء، اذ: الناقص لیس مصداقا للکلی (علی وجه الشرطیة) لا علی وجه الجزئیة (کما فی بیع الارض علی انها جربان) و هو: جمع جریب (معینة) کالمائة، فظهرت تسعین جریبا، فانه قد یبیع مائة جریب بمائة دینار، و قد یبیع هذه الارض المشاهدة بشرط ان تکون مائة جریب (و ما نحن فیه من هذا القبیل) لان الصحة شرط و لیست جزءا.

(و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة) ای مسألة استحقاق الارش فی صورة فقدان وصف الصحة، و ان لم یتصرف المشتری فی المبیع (بل الاجماع علی التخییر بین الرد و الارش) مطلقا، سواء تصرف المشتری فی المبیع، أم لا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷

نعم یظهر من الشیخ فی غیر موضع من المبسوط: ان اخذ الارش مشروط بالیأس عن الرد.

لکنه مع مخالفته لظاهر کلامه فی النهایة، و بعض مواضع المبسوط ینافیه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش، فافهم.

ثم ان فی کون ظهور العیب مثبتا للخیار، او کاشفا عنه ما تقدم فی خیار الغبن.

و قد عرفت ان الاظهر ثبوت الخیار بمجرد العیب و الغبن واقعا

(نعم یظهر من الشیخ فی غیر موضع من المبسوط: ان اخذ الارش مشروط بالیأس عن الرد) و هذا ینافی الاجماع علی التخییر.

(لکنه مع مخالفته لظاهر کلامه فی النهایة) حیث اطلق کلا من الرد و الارش (و بعض مواضع المبسوط ینافیه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش) مطلقا، الّذی یجوّز الاخذ مع امکان الرد (فافهم).

فان العرف یرون ان الارش جزء من الثمن فی مقابل الجزء الفائت من المثمن سواء کان جزءا حقیقة کنقص الارض عشرة اجربة، او نقصا حکما، کنقص صحة العبد، او نقص یده مثلا.

(ثم ان فی کون ظهور العیب مثبتا للخیار) حتی انه اذا کان هناک عیب و لم یظهر، لم یکن له خیار (او کاشفا عنه) بان یکون الخیار موجودا لکنه غیر مکشوف (ما تقدم فی خیار الغبن).

(و قد عرفت) هناک (ان الاظهر ثبوت الخیار بمجرد العیب و الغبن واقعا) اذ لعلة هو العیب و الغبن، و الظهور کاشف کسائر موارد العلم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۸

و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط.

و قد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها، معللا بان الخيار انما يثبت بالرؤية.

لكن المتفق عليه هنا نصّا و فتوى جواز التبرى، و اسقاط خيار العيب.

(و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه) اى حدوث الخيار (بظهور العيب) لا بواقعه (خصوصا بعد كون) وجود مثل ذلك فى بعض الخيارات الاخر مما ليس لواقعه عليه، بل لظهوره.

ف (ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط) فان الرؤية تثبت الخيار.

(و) لذا (قد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها) اى قبل الرؤية و ان علم المشترى بتغيّر الصفات (معللا بان الخيار انما يثبت بالرؤية) فقبل الرؤية لا خيار، و الاسقاط فرع الوجود.

لكن من الممكن جواز الاسقاط لوجود المقتضى على فرض التغير، مثل اسقاط الزوجة للنفقة قبل استحقاقها لها.

(لكن) كلام العلامة فى خيار الرؤية لا يلائم ما ذكروه فى خيار العيب من جواز اسقاط الخيار قبل ظهور العيب.

فان (المتفق عليه هنا نصّا و فتوى جواز التبرى) و ان صاحب المثمن او صاحب الثمن برئ عن العيب (و اسقاط خيار العيب) على تقدير وجود العيب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۹

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة بالارش الّذى هو احد طرفى الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب.

(و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة بالارش الّذى هو احد طرفى الخيار) فان له الحق فى الفسخ و الارش اذا كان معيبا (لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو) اى استحقاق المطالبة (ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة).

و يمكن ان يوجه كلام المصنف ان العرف يفهم من ادلة الارش انه فى مقابل انتفاء الصحة، لا انه يثبت بظهور العيب.

و انما قال: يؤيد، لإمكان ان يرد ذلك بان الشارع جعل الظهور سببا للارش أيضا (هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب) فان الغالب ان يؤخذ «العلم» طريقيا لا موضوعيا، فكلمة «ظهور العيب» فى الروايات يراد بها: ان الظهور طريق، اذ لو لا الظهور لم يكن يعرف من انتقل إليه المعيب انه معيب حتى يرده.

هذا بالإضافة الى بعض الاخبار التى تشبه النص فى كون نفس العيب سببا كالمروى عن ابى عبد اللّه عليه السلام، قال: كان على عليه السلام لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۴۰

لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط.

و كيف كان فالتحقيق ما ذكرنا فى خيار الغبن من وجوب الرجوع فى كل حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، و انه يفيد ثبوته بمجرد العيب او بظهوره.

(لكنها لا تدل على العلية التامة) بان يكون العيب علة تامة سواء كان ظهور، أم لا (فلعل الظهور) للعيب (شرط) فى ثبوت الخيار، و ذلك للجمع بين ما دل على ان السبب هو العيب، و ما دل على لفظ الظهور الظاهر فى مدخليته أيضا.

(و کیف کان فالتحقیق ما ذکرنا فی خیار الغبن من وجوب الرجوع فی کل حکم من احکام هذا الخیار الی دلیله، و) ذلک حتی نعرف من الدلیل هل (انه یفید ثبوته) ای ثبوت الخیار (بمجرد العیب، او بظهوره) ای ظهور العیب.

مثلا: اذا شککنا فی انه هل یمکن اسقاط هذا الخیار قبل ظهور العیب، أم لا؟ فاللازم ان نرجع الی الدلیل الذی یدل علی ان الاسقاط مسقط أم لیس بمسقط.

و اذا شککنا فی انه هل ان حق الاخذ بهذا الخیار قبل ظهور العیب أم بعد ظهور العیب، فاللازم ان نرجع الی الدلیل الّذی یدل علی مثبت هذا الخیار فی انه هل هو نفس العیب، أم ظهوره و هکذا فی کل مورد مورد، اذ من الممکن ان یکون حکم لظهوره و حکم لاصل العیب، کان یکون حکم جواز الاسقاط لما بعد العیب، و ان لم یکن ظهور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۱

و المرجع فیما لا یستفاد من دلیله احد الامرین هی القواعد، فافهم.

ثم انه لا فرق فی هذا الخیار بین الثمن و المثمن کما صرح به العلامة و غیره هنا و فی باب الصرف فیما اذا ظهر احد عوضی الصرف معیبا.

و الظاهر: انه مما لا خلاف فیه

و حکم الاخذ بالخیار لما بعد الظهور لا لما بعد العیب.

(و المرجع فیما لا یستفاد من دلیله) انه حکم العیب او حکم ظهور العیب (احد الامرین) فاعل ل «لا یستفاد» (هی القواعد) الاولیة، مثل:

اطلاق ادلة الوفاء بالعقد، و الحاصل انه اذا لم یکن دلیل خاص رجعنا الی الدلیل العام (فافهم) حیث ان الظاهر ان الاحکام المترتبة علی الخیار کلها متلازمة، لا ان بعض الاحکام مترتبة علی نفس العیب، و بعض الاحکام مترتبة علی ظهور العیب.

(ثم انه لا فرق فی هذا الخیار بین الثمن و المثمن).

فکما ان المثمن اذا کان معیبا کان للمشتری الرد، کذلک اذا کان الثمن معیبا کان للبائع الرد، و ذلک بخلاف خیار الحیوان الّذی هو ثابت فیما اذا کان المثمن حیوانا، لا ما اذا کان الثمن حیوانا (کما صرح به العلامة و غیره هنا) فی باب خیار العیب (و فی باب الصرف) و هو بیع الاثمان، ای الذهب و الفضة (فیما اذا ظهر احد عوضی الصرف) و هو المثمن او الثمن (معیبا) و انه هل یبطل البیع، أم لا؟

(و الظاهر: انه مما لا خلاف فیه) ای عدم الفرق بین وجود الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۲

و ان کان مورد الاخبار ظهور العیب فی المبیع، لان الغالب کون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا، فیکثر فیه العیب، بخلاف النقد.

بین المثمن و الثمن (و ان کان مورد الاخبار ظهور العیب فی المبیع) فقط.

و انما خصت الاخبار الذکر بالمثمن (لان الغالب کون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا، فیکثر فیه) ای فی المثمن (العیب، بخلاف النقد) الّذی لا یکون فیه عیب غالبا.

و قد قرر فی موضعه ان المورد لا یخصص، و عموم الخیار للثمن أیضا بالمناط و قاعدة لا ضرر و قاعدة تخلف الشرط و الاجماع و نحو ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۳

القول فی مسقطات هذا الخیار بطرفیه او احدهما

مسألة: یسقط الردّ خاصة بامور.

احدها: التصریح بالتزام العقد، و اسقاط الرد، و اختیار الارش.

(القول فی مسقطات هذا الخیار) ای خیار العیب (بطرفیه) ای الرد و الارش (او احدهما) الرد فقط، فله حق الارش، او الارش فقط فله حق الرد.

(مسألة: یسقط الرد خاصة) فلصاحب الخیار ان یأخذ الارش (بامور)

(احدها: التصریح) من صاحب الخیار (بالتزام العقد، و اسقاط الرد، و اختیار الارش).

کما اذا قال: اشتریت هذا الشیء و اسقط الرد فیما اذا کان معیبا او انه بعد ظهور العیب قال: اسقطت الرد، و آخذ الارش.

و انما یسقط الرد بالاسقاط، لانه حق لصاحب الخیار، فاذا اسقطه سقط، اذ هو مقتضی کونه حقا، و لیس بحکم حتی لا یسقط بالاسقاط.

اما انه حق، فلظهور ادلته فی ذلک.

و اما ان الحق یسقط بالاسقاط، لانه المفهوم من الحق عرفا و شرعا فلیس من قبیل حق الارث الّذی لا یحق للوارث ان یسقطه، او من قبیل حق السلام الذی لیس للانسان ان یسقط حق سلام الغیر له، بل من قبیل حق النفقة للزوجة، و حق التحجیر، و ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۴

و لو اطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الارش.

و لو اسقط الخیار فلا یبعد سقوطه.

الثانی: التصرف فی المعیب عند علمائنا

کما فی التذکرة.

و فی السرائر الاجماع علی ان التصرف یسقط الرد بغیر خلاف

و کلما شک فی حق انه قابل للاسقاط، أم لا، فالظاهر ان مقتضی القاعدة اصالة الاسقاط.

و لو شک فی انه هل سقط أم لا و لم یکن عموم او اطلاق فالاستصحاب یقتضی العدم و یدل علیه او یؤیده روایات باب سقوط خیار من اوجب البیع علی نفسه و رضی، کما فی الوسائل و المستدرک من ابواب الخیارات فراجع.

(و لو اطلق الالتزام بالعقد) بان قال: اشتریت هذا الشیء و انی ملتزم بالعقد (فالظاهر عدم سقوط الارش) و انما یسقط الرد خاصة، اذ الارش لا ینافی الالتزام بالعقد، و انما الرد ینافیه.

نعم: اذا قصد الالتزام بمعنی قطع العلاقة کلیا مع الطرف الآخر کان لازمه سقوط الارش أیضا.

(و لو اسقط الخیار) بان قال: اشتریت و اسقطت الخیار (فلا یبعد سقوطه) او الارش أیضا- کما یسقط الرد- اذ الارش من فروع الخیار، فاذا سقط الخیار سقط الارش، کما یسقط الرد.

(الثانی) من مسقطات الرد خاصة دون الارش (التصرف) من صاحب الخیار (فی المعیب عند علمائنا کما فی التذکرة) نسبة ذلک الی

العلماء

(و فی السرائر الاجماع علی ان التصرف یسقط الرد بغیر خلاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۵

منهم، و نحوه المسالک، و سیأتی الخلاف فی الجملة من الاسکافی و الشیخین و ابن زهرة و ظاهر المحقق، بل المحقق الثانی.

و استدل علیه- فی التذکرة أیضا تبعا للغنیة- بان تصرفه فیه رضا منه به علی الاطلاق، و لو لا ذلک کان ینبغی له الصبر و الثبات حتی یعلم حال صحته و عدمها.

منهم، و نحوه) عبارة (المسالک، و سیأتی الخلاف فی الجملة من الاسکافی و الشیخین و ابن زهرة و ظاهر المحقق، بل) و (المحقق الثانی) صاحب جامع المقاصد و انهم لا یرون ان التصرف مطلقا مسقط للرد.

(و استدل علیه-) ای علی السقوط للردّ بالتصرف (فی التذکرة أیضا تبعا للغنیة- بان تصرفه فیه) ای صاحب الخیار، فی المعیب (رضاء منه) ای من صاحب الخیار (به) ای بالمعیب (علی الاطلاق) ای سواء رضی قلبا، أم لا (و لو لا ذلک) ای لو لا رضاه بالمعیب (کان ینبغی له الصبر و الثبات حتی یعلم حال صحته) ای هل انه صحیح (و عدمها) أم لیس بصحیح؟

فالدلیل هکذا «التصرف رضا» و «الرضا مسقط».

اما ان التصرف رضا، فلانه لو لم یرض لم یتصرف.

و اما ان الرضا مسقط، لان الرضا عبارة اخری عن الاسقاط.

و انت خبیر بما فیهما من الاشکال، اذ لیس التصرف ملازما للرضا، کما ان الرضا لا دلیل علی کونه مسقطا، کما ان الرضا لیس عقدا الا فیما اذا کان هناک دلیل خاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۶

و بقول ابی جعفر علیه السلام فی الصحیح ایّما رجل اشتری شیئا و به عیب او عوار و لم یتبرأ إلیه، و لم یتبین له فاحدث فیه بعد ما قبضه شیئا ثم علم بذلک العوار و بذلک العیب، فانه یمضی علیه البیع، و یرد علیه بقدر ما ینقص من ذلک الداء، و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به.

و یدل علیه مرسلة جمیل عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری الثوب او المتاع، فیجد به عیبا قال: ان کان الثوب قائما بعینه رده علی صاحبه و اخذ الثمن، و ان کان الثوب قد

(و بقول ابی جعفر علیه السلام فی الصحیح ایّما رجل اشتری شیئا و به عیب او عوار) العیب کنقص رجل الدابة، و العوار ککونها مجروحة، مثلا (و لم یتبرأ) البائع (إلیه) ای الی المشتری بان یقول له: انی ابیعک هذا الشیء، و انی برئ من عیبه (و لم یتبین) العیب (له) ای للمشتری، اذ لو تبین له انه معیب و اشتراه، لم یکن له الحق فی الخیار لانه اقدم علی المعیب، ای کان العیب مجهولا- لدیه (فاحدث) المشتری (فیه) ای فی المعیب (بعد ما قبضه شیئا) کان فصّل القماش ثوبا- مثلا- (ثم علم بذلک العوار و بذلک العیب، فانه یمضی) و ینفذ (علیه) ای علی المشتری (البیع، و یرد) البائع (علیه بقدر ما ینقص من ذلک الداء، و العیب من ثمن ذلک) المبیع (لو لم یکن به) عیب.

(و یدل علیه مرسلة جمیل عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری الثوب او المتاع، فیجد به عیبا) ما حکمه؟ (قال: ان کان الثوب قائما بعینه ردّه) المشتری (علی صاحبه و اخذ الثمن، و ان کان الثوب قد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۷

قطع او خیط او صبغ، رجع بنقصان العیب هذا.

و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری ناولنی الثوب، او اغلق الباب- علی ما صرح به العلامة فی التذکرة- فی غایة الاشکال، لاطلاق قوله علیه السلام ان کان الثوب قائما بعینه رده، المعتضد بإطلاق الاخبار فی الرد

قطع او خیط) بلا قطع (او صبغ، رجع) المشتری علی البائع (بنقصان العیب) ای التفاوت بین الصحیح و المعیب.

و الرضوی فی الرجل یشتری المتاع فیجد به عیبا یوجب الرد، فان کان المتاع قائما بعینه، ردّ علی صاحبه و ان کان قد قطع او خیط او حدث فیه حادثة، رجع فیه بنقصان العیب علی سبیل الارش.

و عن دعائم الاسلام عن الصادق علیه السلام، انه قال: اذا اشتری القوم متاعا، فقوموه و اقتسموه ثم اصاب بعضهم فیما صار إلیه عیبا فله قیمة العیب (هذا) فی الجملة مما لا اشکال فیه.

(و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری)- بصیغة المفعول- (ناولنی الثوب، او اغلق الباب- علی ما صرح به العلامة فی التذکرة-) فانه یری سقوط الخیار بهذه الامور فهو (فی غایة الاشکال).

وجه الاشکال (لاطلاق قوله علیه السلام ان کان الثوب قائما بعینه ردّه) فان العبد قائم بعینه، و لو قال له: ناولنی او اغلق (المعتضد بإطلاق الاخبار فی الرد) ای الاخبار الدالة علی ان المعیب یرد بالعیب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۸

خصوصا ما ورد فی ردّ الجاریة بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتری، و رد المملوک فی احداث السنة و نحو ذلک مما یبعد التزام التقیید فیه بصورة عدم التصرف فیه بمثل: اغلق الباب، و نحوه و عدم ما یصلح للتقیید

(خصوصا ما ورد فی ردّ الجاریة بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتری).

اذ من المعلوم ان المولی فی طول هذه المدة امرها بأوامر کثیرة، اذ حمل ذلک علی ما لم یأمرها بامر، حمل علی فرد شاذ جدا (و ردّ المملوک فی احداث السنة) فان المملوک اذ احدث فیه فی السنة حدث کالجنون و الجذام و البرص و القرن- فی المرأة- کان للمشتری ان یرده و الاخبار بذلک کثیرة و من المعلوم ان المولی امره فی السنة بأوامر کثیرة (و نحو ذلک) کاخبار سقوط خیار الحیوان بالتصرف، لوحدة المناط فی الحیوان و غیره (مما یبعد التزام التقیید فیه) ای فیما ورد فی رد الجاریة و العبد (بصورة عدم التصرف فیه) ای فی المبیع و هو العبد او الجاریة تصرفا (بمثل: اغلق الباب، و نحوه) مما ذکره العلامة، فلا یمکن ان یقال: ان الامة و العبد، اذا تصرف فیهما المولی، بان قال لهما: اغلق الباب، فلا رد.

و ما دل علی انهما یردان باحداث السنة و بعد ستة اشهر، انما هو فیما اذا لم یتصرف المولی فیهما بمثل هذا التصرف فان هذا التقیید فی کمال البعد.

و الحاصل: ان ما دل علی ان التصرف فی المبیع مسقط للخیار، لا یشمل مثل هذا التصرف ای اغلق الباب و نحوه (و عدم ما یصلح للتقیید)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۴۹

مما استدل به للسقوط.

فان مطلق التصرف لا یدل علی الرضا، خصوصا مع الجهل بالعیب.

و اما المرسلة فقد عرفت اطلاقها لما یشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل وطئ الجاریة

هذا عطف على قوله «لاطلاق».

ای ان ما ذکره فی التذکرة مشکل لوجود اطلاق الاخبار بالرد- و ان تصرف فیه بمثل اغلق الباب- و عدم وجود مقید لتلک الاخبار، بان یقیدها بصورة عدم التصرف، بمثل اغلق الباب ای تقیید تلک الاطلاقات، بعدم قوله: مثل اغلق الباب (مما استدل به للسقوط) ای سقوط الخیار و «مما» بیان «ما یصلح».

و ذلک لانهم استدلوا لسقوط الخیار بسبب التصرف بانه رضی بالبیع و من المعلوم ان مثل «اغلق الباب» لیس کاشفا عن الرضا.

(فان مطلق التصرف لا یدل على الرضا، خصوصا مع الجهل بالعیب) فان الجاهل بالعیب اذا تصرف تصرفا خفیفا، لم یدل تصرفه على الرضا

(و اما المرسلة) ای مرسلة جمیل (فقد عرفت اطلاقها) فی جواز الردّ بالعیب (لما یشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل وطئ الجاریة) فان کل ذلک لا یمنع من الرد، لاطلاق المرسلة انه یجوز الرد و ان حدث کل ذلک، لانها قالت: ان کان الثوب قائما بعینه.

و من المعلوم انه حتى وطی الجاریة لا یضر بصدق «قائما بعینه» بل العین قائمة.

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۰

لو لا النص المسقط للخیار به.

و اما الصحیحة فلا یعلم المراد من احداث شیء فی المبیع.

لکن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغة و لا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه مما مرّ من الامثلة، فلا تدل على ازید مما دل علیه ذیل المرسلة من ان العبرة بتغیر العین، و عدم قیامها بعینها.

و قوله «فقد عرفت اطلاقها» ای حین قلنا «لاطلاق قوله ان کان الثوب».

نعم انما کنا نقول بان وطی الجاریة لا- یسقط الخیار (لو لا النص المسقط للخیار به) ای بالوطی، فالوطی و ان کان لا ینافی صدق «قائما بعینه» الا ان النص دل على انه مسقط للخیار.

(و اما الصحیحة) ای الصحیحة المرویة عن ابی جعفر علیه السلام (ف) لا تدل على کلام العلامة، بان «اغلق الباب» مسقط للخیار، لانه و ان (لا یعلم المراد من احداث شیء فی المبیع) هل المراد بالاحداث مثل قطع الثوب او یشمل حتى مثل لبسه؟- مثلا-.

(لکن الظاهر) من لفظ «الاحداث» عرفا (بل المقطوع عدم شموله) ای «الاحداث» (لغة و لا عرفا لمثل استخدام أم العبد و شبهه) کلبس الثوب- مثلا- (مما مرّ من الامثلة) مثل: اغلق الباب، و ناولنی الثوب (فلا تدل) الصحیحة (على ازید مما دل علیه ذیل المرسلة) من قوله علیه السلام: و ان کان الثوب قد قطع الخ (من ان العبرة بتغیر العین، و عدم قیامها بعینها) عرفا.

إیصال الطالب إلى المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۱

اللهم الا ان یستظهر بمعونة ما تقدم فی خیار الحیوان من النص الدال على ان المراد باحداث الحدث فی المبیع هو ان ینظر الی ما حرم النظر إلیه قبل الشراء، فاذا کان مجرد النظر المختص بالمالک حدثا دل على سقوط الخیار هنا بکل تصرف فیکون ذلک النص دلیلا على المراد

(اللهم الا ان یستظهر) قول العلامة القائل بان: اغلق الباب، و ناولنی الثوب، موجب لسقوط خیار العیب بالنسبة الی الردّ.

و انما یحق له الارش فقط (بمعونة ما تقدم فی خیار الحیوان من النص الدال على) سقوط الخیار باحداث الحدث، حیث قال علیه السلام فی صحیحة ابن رئاب فی جواب السائل بقوله «ما الحدث»: فان لامس او قبّل او نظر الی ما یحرم النظر إلیه قبل الشراء (ان المراد باحداث الحدث فی المبیع هو ان ینظر الی ما حرم النظر إلیه قبل الشراء).

فقوله «ان المراد» نـائب فاعل «یسـتظهر» بتقریب ان الحـدث فی خیار الحیوان و خیار العیب واحـد، فاذا کان الحـدث فی خیار الحیوان یشمل مثل النظر، کان اللازم ان یشمل الحدث فی خیار العیب مثل:

اغلق البـاب، و نـاولنی الثوب (فـاذا کـان مجرد النظر المختص بالمالـک حـدثا) فی بـاب خیار الحیوان، و کان الحـدث له معنی واحد هناک و فی باب خیار العیب– لبعـد أن یکون للحـدث معنی فی هـذا الباب مخالفا لمعناه فی باب خیار الحیوان– (دل) النص فی باب خیار الحیوان (علی سقوط الخیار هنا) ای فی باب العیب (بکل تصرف) و لو مثل:

اغلق الباب (فیکون ذلک النص دلیلا علی المراد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۲

بالحدث هنا، و هذا حسن.

لکن اقامهٔ البینهٔ علی اتحاد معنی الحدث فی المقامین مع عدم مساعدهٔ العرف علی ظهور الحدث فی هذا المعنی مشکلهٔ.

ثم انه اذا قلنا: بعموم الحدث فی هذا المقام لمطلق التصرف، فلا دلیل علی کونه من حیث الرضا بالعقد.

بالحدث هنا) فی خیار العیب (و هذا) الاستدلال لکلام العلامهٔ بالنص الوارد فی خیار الحیوان (حسن) فی نفسه.

(لکن اقامـهٔ البینهٔ علی اتحاد معنی الحدث فی المقامین) الحیوان و العیب (مع عدم مساعدهٔ العرف علی ظهور الحدث فی هذا المعنی) الشامـل لمثـل: اغلق البـاب، (مشـکلهٔ) اذ: لما لم یکن الحـدث معناه ذلک، کان اللازم ان یحمل لفظ الحـدث فی اخبار الحیوان، علی المجاز

و اذا استعمل لفظ مجازا، فی باب، فلیس معناه ان ذلک اللفظ کلما استعمل ارید به ذلک المعنی المجازی.

هـذا بالإضافهٔ الی المناقشـهٔ فی اصل کون الحـدث اسـتعمل فی باب خیار الحیوان فی مثل النظر و اللمس، و انما الظاهر ان الامام «ع» اجاب بما یفید الحکم، لا بما یفید تفسیر «الحدث» الواقع فی کلام السائل، فراجع الحدیث بتمامه.

(ثم انه اذا قلنا: بعموم الحـدث فی هـذا المقام) الی خیار العیب (لمطلق التصـرف) حتی مثل: اغلق الباب (فلا دلیل علی کونه) ای علی کون الحدث مسقطا للرد (من حیث الرضا بالعقد) بل الحدث مسقط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۳

فلاـ یتقیـد بالتصـرف الـدال علیه، و ان کان النص فی خیار الحیوان دالا علی ذلک بقرینـهٔ التعلیل المـذکور فیه علی الوجوه المتقـدمهٔ هناک فی المراد من التعلیل.

لکن کلمات کثیر منهم فی هذا المقام أیضا یدل علی سـقوط هذا الخیار بالتصـرف من حیث الرضا، بل عرفت من التذکرهٔ و الغنیهٔ ان علهٔ

للردّ، سواء رضی به المحدث أم لا، و ذلک لاطلاق ادلهٔ ان الحدث یسقط الرد (فلا یتقید) الحدث المسقط (بالتصرف الدال علیه) ای علی الرضـا (و ان کـان النص فی خیـار الحیوان دالاـ علی ذلـک) ای علی ان المسـقط هو التصـرف الـدال علی الرضا (بقرینـهٔ التعلیل المـذکور فیه) حیث علـل الامام علیه السـلام اسـقاط التصـرف للخیار بقوله: لانه رضـی بالبیع (علی الوجوه المتقدمـهٔ هناک) فی خیار الحیوان (فی المراد من التعلیل) ای ما هو المراد من الرضا، هل هو الرضا النوعی او الشخصی او غیرهما؟

و انما لا نقول هنا بتقید التصرف بما یدل علی الرضا، و ذلک لاطلاق الادلهٔ هنا، دون هناک.

(لکن کلمات کثیر منهم) ای من الفقهاء (فی هذا المقام) ای مقام خیار العیب (أیضا یدل علی سـقوط هذا الخیار بالتصـرف من حیث الرضا) و ان التصـرف انما یسـقط الرد لانه یدل علی الرضا (بل عرفت من التذکرهٔ و الغنیهٔ) فی اوّل المبحث عند قولنا «الثانی التصرف

فی المعیب عند علمائنا، الخ» (ان علة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۴

السقوط دلالة التصرف نوعا علی الرضا.

و نحوه فی الدلالة علی کون السقوط بالتصرف من حیث دلالته علی الرضا کلمات جماعة ممن تقدم علیه و من تأخر عنه.

قال فی المقنعة: فان لم یعلم المبتاع بالعیب حتی احدث فیه حدثا لم یکن له الرد، و کان له ارش العیب خاصة، و کذلک حکمه اذا احدث فیه حدثا بعد العلم.

و لا یکون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعیب رضاء به منه، انتهی

السقوط) للخیار بالتصرف (دلالة التصرف نوعا) ای دلالة نوعیة، فان نوع من یتصرف فی المعیب راض عن البیع، و لا یرید الرد (علی الرضا) متعلق ب «دلالة».

(و نحوه) ای نحو کلام العلامة (فی الدلالة علی کون السقوط بالتصرف) انما هو (من حیث دلالته) ای التصرف (علی الرضا کلمات جماعة ممن تقدم علیه و من تأخر عنه) الضمیر عائد الی العلامة.

(قال) المفید (فی المقنعة: فان لم یعلم المبتاع) ای المشتری (بالعیب حتی احدث فیه حدثا لم یکن له الرد، و کان له ارش العیب خاصة، و کذلک حکمه) ای له الارش خاصة، و لا حق له فی الرد (اذا احدث فیه حدثا بعد العلم) بالعیب.

(و) انما نقول: بان الحدث لا یسقط الارش- کما یسقط الرد- اذ (لا یکون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعیب رضاء به) ای بالعیب (منه) ای من المشتری، فلا یسقط الارش (انتهی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۵

فان تعلیله عدم سقوط الارش بعدم دلالة الاحداث علی الرضا بالعیب ظاهر- خصوصا بملاحظة ما یأتی من کلام غیره- فی ان سقوط الرد بالحدث لدلالته علی الرضا باصل البیع.

و مثلها عبارة النهایة من غیر تفاوت، و قال

و انما علل المفید صورة «المعرفة» و لم یذکر صورة عدم العلم، لوضوح انه اذا لم یعلم بالعیب لم یرض به قطعا.

و الحاصل: ان التصرف لیس مسقطا للارش، لانه اذا عرف العیب و تصرف لم یکن تصرفه یلازم رضاه بالمجانیة حتی یسقط الارش، و اذا لم یعرف العیب فالاولی ان لا یکون تصرفه رضا.

(فان تعلیله) ای المفید (عدم سقوط الارش) بالتصرف (بعدم دلالة الاحداث علی الرضا بالعیب).

و قوله: (ظاهر)- خبر انّ- (- خصوصا بملاحظة ما یأتی من کلام غیره- فی ان سقوط الرد بالحدث لدلالته) ای التصرف (علی الرضا باصل البیع) و ان الرضا باصل البیع اوجب سقوط الرد.

و الحاصل ان المشتری اذا تصرف بعد العلم لم یسقط الارش و سقط الرد.

و انما لا یسقط الارش، لان التصرف لا یدل علی الرضا بسقوط الارش و هذا الکلام انما یفید سقوط الرد، لان التصرف یدل علی الرضا بسقوط الرد.

(و مثلها) ای مثل عبارة المقنعة (عبارة النهایة من غیر تفاوت و قال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۶

فی المبسوط اذا کان المبیع بهیمة، فاصاب بها عیبا، کان له ردها، فاذا کان فی طریق الردّ جاز له رکوبها و علفها و سقیها و حلبها و

اخذ لبنها و ان نتجت كـان له نتاجها، كل هـذا لانه ملكه و له فيه فائدته، و عليه مئونته و الرد لا يسقط لانه انما يسقط الرد بالرضا بالمعيب، او ترك الرد بعد العلم به، او بان يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

و قال فى الغنية و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالارش

فى المبسوط) أيضا (اذا كان المبيع بهيمة، فاصاب) المشترى (بها عيبا كان له ردها، فاذا كان فى طريق الردّ جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و اخذ لبنها و ان نتجت كان له نتاجها، كل هذا) اى كل هذا التصرف فى الحيوان انما يجوز (لانه ملكه و له فيه) اى فى الملك (فائدته و عليه مئونته) اى مصارف الحيوان (و الرد لا يسقط) بهذه التصرفات (لانه انما يسقط الرد بالرضا بالمعيب) و لا رضا هنا، لفرض انه فى طريق الرد (او ترك الرد بعد العلم به) اى بالعيب (او بان يحدث فيه) اى فى المبيع (عيب عنده) اى عند المشترى، لان حدوث العيب فى المبيع يوجب عدم تمكن المشترى من الرد بسبب العيب القديم، لدلالة الدليل على ذلك (و ليس هنا) اى فى طريقه للرد (شيء من ذلك) اى مما ذكرناه من اسباب الرد (انتهى).

(و قال فى الغنية: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالارش) «حق» فاعل «لا يسقط»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۵۷

لان التصرف دلالة الرضا بالبيع، لا بالعيب انتهى.

و فى السرائر قال- فى حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه-: و لا يجبر على احد الامرين، يعنى الرد و الارش.

قال: هذا اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة او ينقص قيمته بالتصرف انتهى.

و فى الوسيلة و يسقط الرد باحد ثلاثة اشياء بالرضا، و بترك الرد بعد العلم به اذا عرف ان له الرد، و بحدوث عيب آخر عنده، انتهى.

(لان التصرف دلالة الرضا بالبيع) فلا ردّ (لا بالعيب) حتى يسقط الارش أيضا (انتهى).

(و فى السرائر قال- فى حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه-: و لا يجبر) المشترى- بصيغة المجهول- (على احد الامرين، يعنى الرد و الارش) بل له ان يردّه و له ان يأخذ الارش.

(قال: هذا) الاختيار بين الرد و الارش (اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة) بان تكون عادة العرف انهم اذا تصرفوا بمثل هذا التصرف كانوا راضين بالبيع (او ينقص قيمته بالتصرف) و الا لم يكن له الامران، بل الارش خاصة (انتهى).

(و فى الوسيلة) قال: (و يسقط الرد باحد ثلاثة اشياء، بالرضا) بالبيع (و بترك الردّ بعد العلم به) اى بالعيب (اذا عرف ان له الرد) فانه اذا لم يعرف ان له الرد، لم يكن تصرفه مؤذنا بالرضا (و بحدوث عيب آخر عنده، انتهى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۵۸

و هى بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة فى ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا اذا دل على الرضا.

و قال فى التذكرة لو ركبها ليسقيها، ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكها، و لو حلبها فى طريق الرد، فالاقوى انه تصرف يؤذن بالرضا بها.

و قال بعض الشافعية: لا يكون رضاء بامساكه، لان اللبن ما له قد استوفاه فى حال الردّ انتهى.

و فى جامع المقاصد و المسالك- فى رد ابن حمزة القائل بان التصرف بعد العلم يسقط الارش أيضا-: ان التصرف لا يدل على اسقاط الارش.

(و هى) اى عبارة الوسيلة (بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة فى ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا اذا دل على الرضا) بالبيع

(و قال فی التذکرة لو رکبها لیسقیها، ثم ردها لم یکن ذلک رضا منه بامساکها) حتی یکون مسقطا للرد (و لو حلبها فی طریق الرد فالاقوی انه تصرف یؤذن) ای یشعر (بالرضا بها) ای بالمعاملة.

(و قال بعض الشافعیة: لا یکون) الحلب (رضا بامساکه، لان اللبن ماله قد استوفاه فی حال الرد) فلا یدل علی الرضا (انتهی).

(و فی جامع المقاصد و المسالک- فی رد ابن حمزة القائل بان التصرف بعد العلم یسقط الارش أیضا-: ان التصرف لا یدل علی اسقاط الارش) فلا وجه للقول بسقوط الارش بالتصرف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۵۹

نعم یدل علی الالتزام بالعقد.

و فی التحریر: لو نقل المبیع، او عرضه للبیع، او تصرف فیه بما یدل علی الرضا قبل علمه بالعیب و بعده، سقط الرد انتهی.

و قد ظهر من جمیع ذلک ان التصرف من حیث هو لیس مسقطا و انما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا، فکل تصرف یدل علی ذلک عادة فهو مسقط و ما لیس کذلک فلا دلیل علی الاسقاط به، کما لو وقع نسیانا او للاختبار.

(نعم یدل علی الالتزام بالعقد) فلا یحق له الرد.

(و) قال (فی التحریر: لو نقل المبیع، او عرضه للبیع، او تصرف فیه بما یدل علی الرضا قبل علمه بالعیب و بعده، سقط الرد) خاصة (انتهی).

(و قد ظهر من جمیع ذلک) ای الکلمات التی نقلناها من الفقهاء (ان التصرف من حیث هو) تصرف (لیس مسقطا) لخیار العیب (و انما هو) مسقط من حیث انه (التزام و رضاء بالعقد) التزاما (فعلا) فی مقابل الالتزام القولی، فقد یقول انی ملتزم، و قد یعمل عملا یدل علی الالتزام، فالمسقط هو الرضا المکشوف عنه بالقول او الفعل (فکل تصرف یدل علی ذلک) ای الرضا (عادة) ای فی العادة و العرف (فهو مسقط) للخیار (و ما لیس کذلک) ای دالا علی الرضا عادة (فلا دلیل علی الاسقاط به) ای فی کلام الفقهاء، و الا فقد عرفت اطلاق الادلة (کما لو وقع) التصرف (نسیانا) ای تصرفا صادرا عن النسیان، کان اراد ان یتصرف فی دابته القدیمة، فتصرف فی الدابة المشتراة جدیدا- مثلا- (او للاختبار) و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۰

و مقتضی ذلک انه لو وقع التصرف قبل العلم بالعیب، لم یسقط، خصوصا اذا کان مما یتوقف العلم بالعیب علیه و حصل بقصد الاختبار، الا ان المعروف خصوصا بین العلامة، و من تأخر عنه عدم الفرق فی السقوط بالتصرف بین وقوعه قبل العلم بالعیب، او بعده.

و الّذی ینبغی ان یقال

الامتحان.

فان هذین التصرفین لا یدلان علی الرضا، بل علی عکس ذلک، و انه لم یرض بعد.

(و مقتضی ذلک) الّذی ذکرناه من ان التصرف المسقط هو الدال علی الرضا (انه لو وقع التصرف قبل العلم بالعیب، لم یسقط) الخیار لانه لیس دالا علی الرضا (خصوصا اذا کان) التصرف الواقع قبل العلم بالعیب (مما یتوقف العلم بالعیب علیه) کرکوب الدابة لیعرف مدی سرعتها و بطئها فی المشی (و حصل) ذلک التصرف (بقصد الاختبار) اذ التصرف الاختباری یقابل التصرف الرضائی (الا ان المعروف خصوصا بین العلامة و من تأخر عنه عدم الفرق فی السقوط) للخیار (بالتصرف بین وقوعه قبل العلم بالعیب، او بعده) و هذا ینافی قولهم ذلک.

(و الّذی ینبغی ان یقال) ان التصرف ان کان مغیرا، کان مانعا عن الرد، و لو کان قبل العلم او بقصد الاختبار، لانه المصرح به فی

النصوص.

و ان لم یکن مغیرا، فان کان مقارنا لا نشاء الرضا اسقط الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۱

- و ان کان ظاهر المشهور خلافه- ان التصرف بعد العلم مسقط للرد اذا کان دالا بنوعه علی الرضا کدلالة اللفظ علی معناه، لا مطلق التصرف

و الدلیل علی اسقاطه مضافا الی انه التزام فعلی فیدل علیه ما یدل علی اعتبار الالتزام اذا دل علیه باللفظ

أیضا، لانه رضا، و عموم الادلة او مناطها یشمله، و الا لم یکن مسقطا، اذ لا دلیل علی الاسقاط فی غیر هاتین الصورتین.

اما ما ذکره المصنف فلا یخلو من اشکال.

و کیف کان فالذی ینبغی ان یقال بنظره «ره» (- و ان کان ظاهر المشهور خلافه-) اذ المشهور لم یفصلوا التفصیل الذی نذکره (ان التصرف بعد العلم) بالعیب (مسقط للرد) خاصة، لا للارش، فله ان یأخذ الارش (اذا کان دالا بنوعه) و ان لم یکن دالا بفرده (علی الرضا کدلالة اللفظ علی معناه).

منتهی الامر ان اللفظ قول دال، و ما نحن فیه عمل دال، و کلاهما یدلان علی إرادة المستعمل- لفظا او عملا- لهذا المعنی (لا مطلق التصرف) عطف علی «اذا کان».

(و الدلیل علی اسقاطه) ای اسقاط مثل هذا التصرف للرد (مضافا الی انه) ای ان هذا التصرف (التزام فعلی) فی مقابل الالتزام اللفظی (فیدل علیه) ای علی کونه مسقطا (ما یدل علی اعتبار الالتزام اذا دل علیه) ای علی ذلک الالتزام (باللفظ) و «دل» بصیغة المجهول، فان الخیار حق، و الحق قابل للاسقاط الا اذا دل الدلیل علی انه غیر قابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۲

ما تقدم فی خیار الحیوان، من تعلیل السقوط بالحدث بکونه رضا بالبیع

و لذا تعدّینا الی خیار المجلس و الشرط، و حکمنا بسقوطهما بالتصرف فکذلک خیار العیب.

و اما التصرف قبل العلم بالعیب، فان کان مغیرا للعین بزیادة او نقیصة او تغیر هیئة او ناقلا لها بنقل لازم، او جائز.

للاسقاط کحق السلام و ما اشبه.

و قوله: (ما تقدم)- خبر «و الدلیل علی ذلک»- (فی خیار الحیوان من تعلیل) الامام علیه السلام (السقوط) لخیار الحیوان (بالحدث) فی الحیوان (بکونه رضاء بالبیع) «بکونه» متعلق ب «التعلیل».

فانه انما یسقط خیار الحیوان باحداث الحدث فیه، لان الحدث دلیل الرضا، و هذه العلة فی خیار الحیوان عامة تشمل ما نحن فیه.

(و لذا) الّذی کانت العلة فی خیار الحیوان عامة (تعدّینا) من خیار الحیوان (الی خیار المجلس و الشرط، و حکمنا بسقوطهما بالتصرف) و ان لم یکن فیهما دلیل خاص (فکذلک) فی (خیار العیب) نحکم بسقوطه بالتصرف.

(و اما التصرف) فی المبیع (قبل العلم بالعیب، فان کان مغیرا للعین بزیادة) فی العین کاضافة الماء علی اللبن (او نقیصة) کشرب بعض اللبن (او تغیر هیئة) کقطع الثوب (او ناقلا لها بنقل لازم) کبیعها (او جائز) کهبتها هبة یمکن ارجاعها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۳

و بالجملة صار بحیث لا یصدق معه قیام الشیء بعینه، فهو مسقط أیضا، لمرسلة جمیل المتقدمة.

و یلحق بذلک تعذر الرد بموت او عتق او اجارة او شبه ذلک.

(و بالجملة صار) المتاع (بحيث لا يصدق معه) اى مع هذا الحدث الحادث فيه (قيام الشىء بعينه، فهو) اى هذا التصرف المغيّر (مسقط أيضا) للخيار (لمرسلة جميل المتقدمة) لقوله عليه السلام فيها: ان كان الثوب قائما بعينه ...

(و يلحق بذلك) اى بعدم قيام الشىء بعينه فيسقط الخيار (تعذر الرد) للمبيع، و ان كان قائما بعينه (بموت او عتق او اجارة او شبه ذلك)

و لا يخفى ان ذكر الموت غير مناسب لان الشىء ليس قائما بعينه اذا مات الحيوان.

و انما يلحق بذلك ما ذكره من الموارد لان المستفاد عرفا من المرسلة اعتبار امكان الرد، فكانه عليه السلام قال: ان كان باقيا على اوصافه ردّه، و الا لم يرده.

و من المعلوم انه لو اعتق او مات لم يبق على اوصافه.

لكن ربما يستشكل فى هذه الاستفادة فى مثل العتق و الاجارة بان حق الخيار مقدم على حق العتق و الاجارة، فاذا فسخ انفسخ ما اجراه عليه، لان العين قائمة.

و ارجاع كلام الامام عليه السلام الى ما ذكر غير واضح، او يقال: ان اسقاط هذه الامور لحق الرد لا وجه له، بل اذا ردّ، و لم يتمكن من الارجاع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۶۴

و ظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال فى اوّل المسألة: و يسقط الرد باحداثه فيه حدثا، كالعتق و قطع الثوب، سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده.

و فى مسئلة ردّ المملوك من احداث السنة، فلو احدث ما يغير عينه او صفته ثبت الارش، انتهى، و هو الظاهر من المحكى عن الاسكافى حيث قال: فان وجد بالسلعة عيبا، و قد احدث فيه ما لا يمكن معه ردها الى ما كانت عليه قبله

اعطى مثله او ثمنه.

(و ظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك) اى التصرف المغيّر (حيث قال فى اوّل المسألة: و يسقط الرد باحداثه فيه حدثا، كالعتق و قطع الثوب، سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده) فان مثاله خاص بمورد تغير الشىء، فلا يشمل مثل: اغلق الباب، و ناولنى الثوب.

(و) قال المحقق (فى مسئلة ردّ المملوك من احداث السنة) كالجنون و ما اشبه فان المملوك اذا حدث فيه جنون او نحوه من يوم بيعه الى سنة كاملة، كان للمشترى ان يرده الى البائع (فلو احدث) المشترى فى المملوك (ما يغير عينه) كما لو قطع يده او فقأ عينه (او صفته) كما لو انساه الكتابة مثلا- (ثبت الارش) و لا يحق له الرد (انتهى) كلام المحقق (و هو) اى اختصاص سقوط الرد بما اذا كان التصرف مغيرا هو (الظاهر من المحكى عن الاسكافى حيث قال: فان وجد بالسلعة عيبا، و قد احدث فيه ما لا يمكن معه ردها الى ما كانت عليه قبله) فى مقابل ما اذا امكن رده الى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۶۵

كالوطى للامة، و القطع للثوب، او تعذر الردّ بموت او نحوه، كان له فضل ما بين الصحة و العيب، انتهى.

و هذا هو الّذى ينبغى ان يقتصر عليه من التصرف قبل العلم.

و اما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم، كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك، فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس.

و اقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم فى خيار

الصفة السابقة، کما اذا نسی العبد الکتابة مثلا، لکن علّمه المشتری ثانیا حتی رجع الی حالته السابقة (کالوطی للامة) فان الامة لا ترجع الی غیر الموطوءة (و القطع للثوب، او تعذر الردّ بموت او نحوه) کالعتق و البیع، و السقوط فی البحر - مثلا- (کان له) ای للمشتری (فضل) ای تفاوت (ما بین الصحة و العیب) ای الارش (انتهی) کلامه.

(و هذا) القسم من التصرف، ای المغیّر او شبهه (هو الّذی ینبغی ان یقتصر علیه من التصرف قبل العلم) بالعیب.

نعم بعد العلم لو تصرف و لو غیر مغیّر، ینبغی ان یقال: باسقاطه للردّ، لدلالته علی الرضا بالعیب- کما تقدم-.

(و اما ما عدا ذلک) ای المغیّر (من التصرف قبل العلم) بالعیب (کحلب الدابة و رکوبها و شبه ذلک، فلا دلیل علی السقوط به) دلیلا (بحیث یطمئن به النفس) فیفتی علی طبقه.

(و اقصی ما یوجد لذلک) من الدلیل (صحیحة زرارة المتقدمة) حیث قال علیه السلام: فاحدث فیه بعد ما قبضه شیئا (بضمیمة ما تقدم فی خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۶

الحیوان من التمثیل للحدث بالنظر و باللمس.

و قیام النص و الاجماع علی سقوط رد الجاریة بوطیها قبل العلم مع عدم دلالته علی الالتزام بالبیع، و عدم تغییره للعین.

و اطلاق معقد الاجماع المدعی فی کثیر من العبائر، کالتذکرة، و السرائر و الغنیة، و غیرها.

و فی نهوض ذلک کله

الحیوان من التمثیل للحدث بالنظر و باللمس).

فالصحیحة تشکل الکبری و ما ذکر فی خیار الحیوان یشکل الصغری هکذا «الحدث مسقط» «و النظر و اللمس حدث».

(و قیام النص و الاجماع علی سقوط رد الجاریة بوطیها قبل العلم) «و قیام» عطف علی «ما تقدم» فان الوطی لا یغیّر، و مع ذلک قام النص و الاجماع علی انه مسقط، فیدل علی ان کل متصرف- و لو لم یکن مغیرا- یکون مسقطا (مع عدم دلالته) ای الوطی (علی الالتزام بالبیع) لفرض انه وقع قبل العلم بالعیب (و عدم تغییره للعین) فاذا کان الوطی مسقطا، دل علی ان کل تصرف مسقط، و ان لم یکن مغیّرا.

(و اطلاق) عطف علی «ما تقدم» (معقد الاجماع) ای لفظه الّذی انصب علیه الاجماع (المدعی فی کثیر من العبائر کالتذکرة و السرائر و الغنیة، و غیرها) من سائر الکتب التی ذکرت: ان التصرف مسقط، فان «التصرف» شامل لما اذا لم یکن مغیّرا.

(و فی نهوض ذلک کله) ای «ما تقدم» و «النص و الاجماع» و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۷

لتقیید اطلاق اخبار الرد خصوصا ما کان هذا التقیید فیه فی غایة البعد، کالنص برد الجاریة بعد ستة اشهر، و ردّ الجاریة اذا لم یطأها و ردّ المملوک من احداث السنة نظر، بل منع خصوصا معاقد الاجماع فان نقلة الاجماع کالعلامة و الحلّی و ابن زهرة قد صرحوا فی کلماتهم المتقدمة بان العبرة بالرضا

«اطلاق معقد الاجماع» (لتقیید اطلاق اخبار الرد) فان اطلاقها یقول:

لک حق الرد، سواء تصرفت فیه أم لا- و الخارج من الاطلاق التصرف المغیّر، اما غیر المغیّر فهو داخل فی الاطلاق، فله الردّ، و ان تصرف تصرفا غیر مغیّر (خصوصا ما کان) من الاخبار حاویا (هذا التقیید فیه فی غایة البعد، کالنص برد الجاریة بعد ستة اشهر، و ردّ

الجاریة اذا لم یطأها، و ردّ المملوک من احداث السنة).

فان القول بان الرد فی هذه الموارد الثلاثة مقید بما اذا لم یقل المولی للجاریة او العبد ناولنی الثوب، فاذا قال له ذلک سقط حق رده (نظر، بل منع) «مبتدأ» خبره تقدم و هو قوله «و فی نهوض».

و انما کان فیه نظر، اذ یبعد جدا ان یشتری الانسان العبد او الجاریة و یبقی عنده سنة او ما اشبه، و لا یأمره بمثل: اغلق الباب، فاللازم القول بإطلاق هذه الاخبار، و ان للمشتری الرد بالعیب، سواء تصرف فیه تصرفا غیر مغیر، أم لا (خصوصا معاقد الاجماع) لا تکون دالة علی ان کل تصرف یکون مسقطا (فان نقلة الاجماع کالعلامة و الحلّی و ابن زهرة قد صرحوا فی کلماتهم المتقدمة بان العبرة) فی اسقاط الخیار (بالرضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۸

بالعقد، فکان دعوی الاجماع وقعت من هؤلاء علی السقوط بما یدل علی الرضا من التصرف، خصوصا ابن زهرة فی الغنیة، حیث انه اختار ما قویناه من التفصیل بین صورتی العلم و الجهل، و المغیر، و غیره حیث قال قدس سره و خامسها- یعنی مسقطات الرد- التصرف فی المبیع الّذی لا یجوز مثله الا بملکه، او الاذن الحاصل له بعد العلم بالعیب

بالعقد) فلا تدل اجماعاتهم علی ان التصرف مسقط و ان لم یکن عن رضا (فکان دعوی الاجماع وقعت من هؤلاء علی السقوط) للخیار، و الجار متعلق ب «دعوی» (بما یدل علی الرضا) ای رضا المشتری بالمعیب (من التصرف، خصوصا) اجماع (ابن زهرة فی الغنیة، حیث انه اختار ما قویناه من التفصیل بین صورتی العلم) ای علم المشتری بالعیب (و الجهل، و) التصرف (المغیر، و غیره) فان علم بالعیب و تصرف کان مسقطا سواء کان مغیرا أم لا، و ان جهل و تصرف کان مسقطا اذا کان مغیرا.

فان کلامه یدل علی انه لیس کل تصرف مغیر، بل المعیار احد الامرین اما کون التصرف مغیرا، و اما کونه عن رضا (حیث قال قدس سره و خامسها- یعنی مسقطات الرد- التصرف فی المبیع) ای التصرف (الّذی لا یجوز مثله الا بملکه، او الاذن) من المالک (الحاصل) ذلک الاذن (له) ای للمتصرف، تصرفا (بعد العلم بالعیب).

مثلا: وطی الجاریة لا یجوز الا للمالک، او المأذون من قبل المالک بإباحتها له.

اما التصرف الّذی یجوز لغیر المالک و لغیر المأذون من المالک،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۶۹

فانه یمنع من الرد لشیء من العیوب و لا یسقط حق المطالبة بالارش لان التصرف دلالة الرضا بالبیع، لا بالعیب.

و کذا حکمه ان کان قبل العلم بالعیب، و کان مغیرا للعین بزیادة فیه، مثل الصبغ للثوب او نقصان فیه، کالقطع للثوب، و ان لم یکن کذلک فله الرد بالعیب اذا علمه ما لم یکن وطی الجاریة، فانه یمنع من ردها لشیء من العیوب الا الحبل، انتهی کلامه.

کقول الانسان لجاریة الغیر: اغلقی الباب، فان ذلک لا یکون مسقطا للرد (فانه) ای هذا القسم من التصرف (یمنع من الرد لشیء من العیوب) ای لای قسم من اقسام العیب (و) لکنه (لا یسقط حق المطالبة بالارش)

و انما لا یسقط الارش (لان التصرف دلالة الرضا بالبیع) و انه یرید السلعة و لا یرید ردّها (لا بالعیب) فلا یدل علی انه قبل المتاع بعیبه بحیث لا یرید ارشا.

(و کذا حکمه) ای التصرف فی کونه مسقطا للرد (ان کان قبل العلم بالعیب، و کان) التصرف (مغیر اللعین بزیادة فیه، مثل الصبغ للثوب) فانه زیادة حکمیة (او نقصان فیه، کالقطع للثوب، و ان لم یکن) التصرف (کذلک) ای مغیرا (فله الرد بالعیب اذا علمه) ای اذا علم العیب (ما لم یکن) التصرف غیر المغیر (وطی الجاریة، فانه یمنع من ردها لشیء من العیوب) ایّ عیب کان (الا الحبل) فان کانت

حاملا قبل ذلک، کان له ردها و ان وطئها (انتهی کلامه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۰

و قد اجاد قدس سره فیما استفاده من الادلة.

و حکی عن المبسوط أیضا ان التصرف قبل العلم لا یسقط به الخیار لکن صرح بان الصبغ و قطع الثوب یمنع من الرد، فاطلاق التصرف قبل العلم محمول علی غیر المغیّر، و ظاهر المقنعة و المبسوط انه اذا وجد العیب بعد عتق العبد و الامة لم یکن له ردهما، و اذا وجده بعد تدبیرهما او هبتهما کان مخیرا بین الرد و اخذ ارش العیب.

و فرقا بینهما و

(و قد اجاد قدس سره فیما استفاده من الادلة).

(و حکی عن المبسوط أیضا ان التصرف قبل العلم) بالعیب (لا یسقط به الخیار).

و کلامه هنا و ان کان مطلقا یشمل التصرف المغیّر، و غیره (لکن صرح بان الصبغ و قطع الثوب یمنع من الرد، فاطلاق) کلام الشیخ (التصرف قبل العلم) الّذی ذکر انه مانع من الرد (محمول علی) التصرف (غیر المغیّر، و) مع ان ما ذکره الشیخ کالمفید من الکلی صحیح، الا ان مثالهما بالتصرف غیر المغیر مشکل.

فان (ظاهر المقنعة و المبسوط انه اذا وجد) المشتری (العیب بعد عتق العبد و الامة لم یکن له ردهما) لان العتق تصرف مغیّر، بل له حق اخذ الارش (و اذا وجده) ای العیب (بعد تدبیرهما او هبتهما کان مخیرا بین الرد) بعد ابطال التدبیر و الهبة (و) بین (اخذ ارش العیب).

(و فرقا) ای المفید و الشیخ (بینهما) ای بین التدبیر و الهبة (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۱

بین العتق، بجواز الرجوع فیهما دون العتق.

و یردّه- مع ان مثلهما تصرف یؤذن بالرضا- مرسلة جمیل، فان العین مع الهبة و التدبیر غیر قائمة.

و جواز الرجوع، و عدمه لا دخل له فی ذلک.

و لذا

بین العتق، بجواز الرجوع فیهما) لان کلیهما عقد جائز- و من ذلک یعرف ان کلامهما فی الهبة الجائزة، لا اللازمة، کما اذا کانت الهبة معوضة او بقصد القربة، او لذی رحم، او ما اشبه- (دون العتق) الّذی لا یجوز الرجوع فیه.

(و یردّه) ای یرد کلامهما فی جواز الرد فی الهبة و التدبیر (- مع ان مثلهما) ای التدبیر و الهبة (تصرف) فی المبیع (یؤذن بالرضا-) ای رضا ذی الخیار، و قد تقدم ان الرضا یوجب سقوط الخیار (مرسلة جمیل) فاعل «یرده» (فان العین مع الهبة و التدبیر غیر قائمة) عرفا، و قد قالت المرسلة ان حق الرجوع انما هو فی مورد قیام العین.

(و) ان قلت: بل العین قائمة، لانه اذا جاز الرجوع و رجع کانت العین کحالتها السابقة.

قلت: (جواز الرجوع) فی الهبة و التدبیر (و عدمه) فی العتق (لا دخل له فی ذلک) ای فی قیام العین، فان العین لیست قائمة عرفا، و ان جاز للواهب و المدبر الرجوع.

(و لذا) الّذی ذکرناه من ان العین لیست قائمة، و ان جاز الرجوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۲

اعترض عليهما الحلى بالنقض بما لو باعه بخيار، مع انه لم يقل احد من الامهٔ بجواز الرد حينئذ.

و قال: بعد ما ذكر ان الّذى يقتضيه اصول المذهب ان المشترى اذا تصرف فى المبيع انه لا يجوز له ردّه، و لا خلاف فى ان الهبهٔ و التدبير تصرف.

و بالجملهٔ فتعميم الاكثر لا فراد التصرف

(اعترض عليهما الحلى بالنقض بما لو باعه بخيار) اى باع العبد المعيوب او سائر الاشياء المعيوبهٔ، فلو جاز الرد فى الهبهٔ لانه يتمكن من ارجاع العين، لزم القول بجواز الرد فيما اذا باعه ذو الخيار، و جعل الخيار لنفسه، لانه يتمكن أيضا من رد العين (مع انه لم يقل احد من الامهٔ بجواز الرد حينئذ) اى حين باعه بخيار.

اللهم الا ان يستشكل بان المقنعهٔ و المبسوط لا يلتزمان بعدم جواز الرد فى صورهٔ ما اذا باعه ذو الخيار، و جعل لنفسه الخيار.

(و قال) الحلّى (بعد ما ذكر) من الاشكال على المقنعهٔ و المبسوط (ان الّذى يقتضيه اصول المذهب) اى القواعد العامهٔ مثل قاعدهٔ ان الرد انما يكون اذا لم يتصرف فى المبيع (ان المشترى اذا تصرف فى المبيع) المعيب (انه لا يجوز) اى لا يصح (له ردّه، و لا خلاف فى ان الهبهٔ و التدبير تصرف).

فالقياس هكذا: الهبهٔ و التدبير تصرف، و التصرف ماتع مع الارجاع، فلا بد من اخذ الارش فقط.

(و بالجملهٔ فتعميم الاكثر لا فراد التصرف) و ان كل تصرف يوجب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۷۳

مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله، مشكل.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج۱۳، ص: ۷۳

و العجب من المحقق الثانى انه تنظّر فى سقوط الخيار بالهبهٔ الجائزهٔ، مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الاكثر.

الثالث: تلف العين او صيرورته كالتالف

اشارهٔ

فانه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمهٔ غير الساقطهٔ بتلف العين و المستند فيه- بعد

سقوط الرد و لو مثل حلب الدابهٔ (مع التعميم) منهم (لما بعد العلم و ما قبله) حتى انه لو حلبها قبل العلم سقط رده (مشكل) لما عرفت من الفرق قبل العلم و بعد العلم، و ان بعض التصرفات المسقطهٔ اذا حصلت بعد العلم بالعيب لا توجب السقوط اذا حصلت قبل العلم.

(و العجب من المحقق الثانى انه تنظّر) و اشكل (فى سقوط الخيار بالهبهٔ الجائزهٔ، مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الاكثر) من سقوط الخيار بكل تصرف، الّذى منه الهبهٔ، فانه تهافت فى الكلام.

(الثالث) من مسقطات هذا الخيار (تلف العين) كانكسار الكوز (او صيرورته كالتالف) كما اذا سقط الكوز فى البحر (فانه) اى التلف (يسقط الخيار هنا) فى المعيب (بخلاف الخيارات المتقدمهٔ) كخيار الغبن (غير الساقطهٔ بتلف العين) و لعل السرّ فى الفرق ان الرد له بدل فى باب العيب و هو الارش، فاذا لم يتمكن من الرد اخذ الارش.

اما فی سائر الخیارات فاذا سقط الخیار، لم یکن له بدل حتی یتدارک به النقص الّذی حصل لذی النقص (و المستند فیه) ای فی کون التلف هنا یسقط الخیار (- بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۴

ظهور الاجماع- اناطة الرد فی المرسلة السابقة بقیام العین، فان الظاهر منه اعتبار بقائها فی ملکه، فلو تلف، او انتقل الی ملک الغیر او استوجر، او رهن، او ابق العبد، او انعتق العبد علی المشتری، فلا ردّ.

و مما ذکرنا ظهر ان عدّ انعتاق العبد علی المشتری مسقط برأسه کما فی الدروس لا یخلو عن شیء.

ظهور الاجماع- اناطة الرد فی المرسلة السابقة) و هی مرسلة جمیل (بقیام العین) لانها قالت ان کان الثوب قائما بعینه ردها علی صاحبه (فان الظاهر منه اعتبار بقائها فی ملکه) ای بقاء العین فی ملک المشتری (فلو تلف) المال (او انتقل الی ملک الغیر) بان باعه او صالحه او وهبه مثلا (او استوجر، او رهن، او ابق العبد) المعیب من عند المشتری (او انعتق العبد علی المشتری) کما لو کان احد عمودیه الآباء او الامهات (فلا ردّ) لعدم صدق قیام العین.

(و مما ذکرنا) من ان انعتاق العبد من مصادیق «عدم قیام العین» (ظهر ان عدّ انعتاق العبد علی المشتری مسقط) للخیار (برأسه) ای مستقلا لا جعله مصداقا (کما فی الدروس لا یخلو عن شیء) من الاشکال اذ لیس هو سبب مستقل بل من مصادیق عدم قیام العین.

و لعل نظر الدروس الی ان الانعتاق مفوت خاص فی قبال التصرف الّذی هو مفوت من قسم آخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۵

نعم ذکر انه یمکن ارجاع هذا الوجه الی التصرف.

و هو أیضا لا یخلو عن شیء.

و الاولی ما ذکرناه.

ثم انه لو عاد الملک الی المشتری لم یجز ردّه للاصل خلافا للشیخ بل المفید قدس سرهما.

(نعم ذکر) بعض فی توجیه کلام الدروس (انه یمکن ارجاع هذا الوجه) ای الانعتاق (الی التصرف) لا التلف، فانما عده قسما برأسه، لانه قسم من التصرف، و هو یقابل التلف، و لذا عدهما قسمین.

(و هو) ای هذا التوجیه (أیضا لا یخلو عن شیء) لانه لیس تصرفا، فالانعتاق قهری علی المشتری و الشیء القهری لا یسمی تصرفا، فان الحاکم لو حجر علی مال زید- مثلا- لا یصح ان یقال: ان زیدا تصرف فی ماله

(و الاولی ما ذکرناه) من ان الانعتاق فی حکم التلف، و من مصادیق عدم قیام العین.

(ثم انه) بعد ان ذهب العین من ملک المشتری ببیع او رهن، او وقوع فی البحر او ما اشبه (لو عاد الملک الی المشتری لم یجز ردّه) الی البائع (للاصل) فانه حین خرج عن ملکه لم یکن له الرد، و انما له الارش، فاذا شککنا بعد ذلک هل ان له ان یرد، أم لا؟ کان الاستصحاب مقتضیا لعدم الرد (خلافا للشیخ، بل المفید قدس سرهما) حیث اجازا الرد، و کان نظرهما الی انه لا مجال للاستصحاب بعد ان تبدل موضوعه، فانه یصدق حینئذ ان الشیء قائم بعینه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۶

فرع: لا خلاف نصا و فتوی فی ان وطی الجاریة یمنع عن ردها بالعیب

سواء قلنا بان مطلق التصرف مانع، أم قلنا: باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم کون الشیء قائما بعینه.

غايـة الامر كون الوطى على هـذا القول مسـتثنى عن التصـرف غير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع ان العلامة علل المنع فى موضع من التذكرة: بان الوطى جناية، و

(فرع: لاـ خلاـف نصـا و فتوى فى ان وطى الجاريـة يمنع عن ردهـا بـالعيب) سواء علم بـالعيب و وطئ أم لاـ و (سواء قلنـا) فى المسألة السابقة (بان مطلق التصـرف مانع) عن الردّ (أم قلنا باختصاصه) اى اختصاص المانع (بالتصـرف الموجب لعدم كون الشىء قائما بعينه) و ذلك لوجود النص و الاجماع، فلا يهمّنا ان يكون الوطى داخلا فى القاعدة السابقة.

(غاية الامر كون الوطى على هذا القول) اى القول الثانى (مستثنى عن التصرف غير المغير للعين).

اذ «كل ما ليس مغيرا لا يوجب سـقوط الردّ» الا «الوطى» فانه ليس بمغير، و مع ذلك يوجب سـقوط الرد (كما عرفت من عبارة الغنيـة) فـانه قـال فى عبـارته المتقدمـة قبـل اسطـر: و كـان مغيرا للعين .. ما لم يكن وطيا للجاريـة، فانه يمنع من ردها (مع ان العلامـة) يرى ان اسقاط الوطى للرد، لانه مغير للعين فكونه مسقطا على طبق القاعدة.

فانه (علل المنع) اى منع الوطى عن الرد (فى موضع من التذكرة:

بان الوطى جناية) و من المعلوم ان الجناية عبارة عن الشىء المغير (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۷۷

لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة، كسائر جنايات المملوك.

و قد تقدم فى كلام الاسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله.

و يشير إليه ما سيجىء فى غير واحد من الروايات من قوله: معاذ اللّه ان يجعل لها اجرا،

لهـذا يوجب) الوطى (غرامـة جزء من القيمـة) فاذا اشترى زيد جارية عمرو، و وطئها، ثم وجد انها حامل من عمرو، كان لزيد الحق فى ردهـا لوجود عيب الحمـل، فـاذا ردهـا ردّ معهـا ارش وطئه لها فان ردّ الارش هنا الى البائع دليل على ان الوطى تصـرف مغير، و الا لم يكن وجه لرد الارش، فالمشترى يغرم جزءا من القيمـة حين رد الجاريـة المعيبة، بعيب الحمل (كسائر جنايات المملوك) فان من جنى على المملوك لزمه ان يعطى لسيد المملوك مقدار جنايته.

(و قد تقدم فى كلام الاسـكافى أيضا ان الوطى) اذا حصل من المشترى (مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان) المبيع (عليه قبله) اى قبل الوطى فانه يدل أيضا على ان الوطى- عند الاسكافى- مغير للعين.

(و يشـير إليه) اى الى كون الوطى تصـرفا مغيّرا (مـا سـيجىء فى غير واحـد من الروايات من قوله) عليه السـلام (معاذ اللّه ان يجعل لها اجرا) يعنى انه اذا قلنا: بان الجاريـة الموطوءة تردّ، لزم ان يرد المشترى شـيئا من المال الى البائع فى مقابل وطئه للجاريـة، فيكون ذلك المال اجرا للوطى، و هذا مما يستعاذ به الى اللّه سبحانه- اى انه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۷۸

فان فيه اشارة الى انه لو ردها لا بدان يرد معها شيئا تداركا للجناية.

اذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردّها الى ردّ عوض المنفعة.

فاطلاق الاجر عليه فى الرواية على طبق ما يتراءى فى نظر العرف، من كون هذه الغرامة كانها اجرة للوطى.

باطل- فان كلام الامام عليه السـلام يدل على ان الوطى جناية- توجب ردّ بعض المال- (فان فيه) اى فى قول الامام عليه السـلام: معاذ اللّه (اشارة الى انه لو ردها لا بدان يرد معها شيئا تداركا للجناية) التى جناها المشترى على الجارية بسبب وطيه لها.

و انما قلنا ان المستفاد من کلام الامام انه جنایة.

(اذ لو) لم یکن الوطی جنایـة، بل (کان الوطی مجرد استیفاء منفعـة لم یتوقف ردّها الی ردّ عوض المنفعـة) اذ من الممکن الرد بـدون رد عوض الانتفاع، و ذلک بخلاف ما اذا کان الوطی جنایة فانه لا یصدق رد الجاریة الا اذا ردها و رد الارش معا، و الا فبدون الارش یکون الرد ناقصا کالرد لبعض السلعة لا لکلها.

(فاطلاق الاجر علیه فی الروایـة) لا لانه حقیقـة أجر- حتی یـدل علی ان الجاریـة کاملـة و لیست ناقصة بسـبب الوطی- بل ان الاطلاق (علی طبق ما یتراءی فی نظر العرف، من کون هذه الغرامة کانها اجرة للوطی)

و قوله «فاطلاق» دفع دخل مقدر هو ان ظاهر «اجر» ان الوطی لیس جنایة، و الا سماه الامام غرامة و ارشا، لا ان یسمیه اجرا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۷۹

و حاصل معناه انه اذا حکمت بالرد مع ارش جنایتها کان ذلک فی الانظار بمنزلة الاجرة.

و هی ممنوعة شرعا، لان اجارة الفروج غیر جائزة.

و هذا انما وقع من امیر المؤمنین علیه السلام مبنیا علی تقریر رعیته علی ما فعله

و الجواب انه تعبیر عرفی، و الا ففی الحقیقة هو ارش و غرامة.

(و حاصل معناه) ای معنی قول الامام علیه «معاذ اللّه»- و هذا الحاصل لا ثبات کلام العلامة من ان الوطی جنایة- (انه اذا حکمت بالرد مع ارش جنایتها) ای رد الجاریـة و اعطاء ارش الوطی (کان ذلک) الارش (فی الانظار) ای انظار العرف (بمنزلـة الاجرة) و ان کان فی الحقیقة ارشا.

(و هی) ای الأجرة (ممنوعـة شـرعا، لان اجارة الفروج غیر جائزة) فلا یصح ان یقول انسان لامرأة اسـتأجر فرجک ساعة مثلا، و ما ورد من انهن مستأجرات، و قوله تعالی: فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ، فان ذلک من باب المجاز و الشبه عرفا.

(و) ان قلت: ان الاجرة للفرج فی مذهب الشیعة جائزة، و انما لا تجوز فی مذهب العامة، فکیف ان الامام امیر المؤمنین علیه السلام منع عن ذلک، و الحال ان الامام علیه السلام یقول بصحة عقد المتعة الموجبة للاجرة.

قلت: (هذا) المنع عن الاجرة (انما وقع من امیر المؤمنین علیه السلام مبنیا علی تقریره) علیه السلام (رعیته علی ما فعله) الخلیفة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۰

الثانی، من تحریم العقد المنقطع.

فلا یقال: ان المتعة مشروعة و قد ورد ان المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذة باللّه من جعل الأجرة للفروج، هذا ما یخطر عاجلا

(الثـانی، من تحریم العقـد المنقطع) فکان الامام علیه السـلام لم یرد ان یصـدم اذهانهم بما الّفوه منـذ زمن عمر من المنع عن المتعـة و اعتقاد ان مهرها اجرة فلا یجوز.

و حیث ظهر ان کلام الامام علیه السلام من باب المجازات للرعیة.

(فلا یقال: ان المتعة مشروعة و قد ورد ان المنقطعات مستأجرات) و حیث ان الاجرة صحیحة (فلا وجه للاستعاذة باللّه) فی کلام الامام (من جعل الأجرة للفروج).

و الحاصل انه لو حکم برد الجاریة لزم الحکم برد شیء معها، لمکان الوطی، و لا یجوز ردّ شیء لا فی متن الواقع و لا فی الظاهر.

اما الواقع فلان الحکم الشرعی واقعا هو عدم الرد.

و اما فی الظاهر فلان الناس- الـذین ألّفوا حرمـة المتعة و حرمة الاجرة للفرج- یرون ان ذلک اجرة للفرج، فالامام علیه السـلام اسـتعاذ

باللّه، و لم یذکر علهٔ الاستعاذهٔ الواقعیهٔ- التی هی حکم اللّه سبحانه بحرمهٔ الرد مع الارش-.

و انما ذکر علهٔ الاستعاذهٔ الظاهریهٔ من ان الاجرهٔ لا تجوز للفرج و کثیرا ما یذکر الانسان البلیغ العلهٔ العرفیهٔ لانها اقرب الی اذهان السامعین (هذا ما یخطر عاجلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۱

بالبال فی معنی هذه الفقرهٔ، و اللّه العالم.

و کیف کان ففی النصوص المستفیضهٔ الواردهٔ فی المسألهٔ کفایهٔ، ففی صحیحهٔ ابن حازم عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجل اشتری جاریهٔ فوقع علیها، قال ان وجد فیها عیبا، فلیس له ان یردها، و لکن یردّ علیه بقدر ما نقصها العیب، قلت: هذا قول أمیر المؤمنین علیه السلام، قال نعم، و صحیحهٔ ابن مسلم عن احدهما علیهما السلام انه سئل عن الرجل یبتاع الجاریهٔ فیقع علیها، فیجد بها عیبا بعد ذلک قال: لا یردها علی صاحبها، و لکن یقوّم ما بین العیب و الصحهٔ، و یرد علی المبتاع.

بالبال فی معنی هذه الفقرهٔ)- معاذ اللّه ان یجعل لها اجرا- (و اللّه العالم) بمراد اولیائه.

(و کیف کان) الامر فی معنی الفقرهٔ المذکورهٔ (ففی النصوص المستفیضهٔ الواردهٔ فی المسألهٔ کفایهٔ، ففی صحیحهٔ ابن حازم عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجل اشتری جاریهٔ فوقع علیها) بان وطئها فوجد بها عیبا، هل له ان یردها؟ (قال) علیه السلام: (ان وجد فیها عیبا، فلیس له ان یردها، و لکن یرد علیه)- یرد، بصیغهٔ المجهول- ای یرد البائع الی المشتری (بقدر ما نقصها العیب، قلت: هذا قول امیر المؤمنین علیه السلام، قال: نعم، و صحیحهٔ ابن مسلم عن احدهما) ای الباقر او الصادق (علیهما السلام انه سئل عن الرجل یبتاع الجاریهٔ فیقع علیها، فیجد بها عیبا بعد ذلک) هل له ان یردها؟ (قال: لا یردها علی صاحبها، و لکن یقوّم ما بین العیب و الصحهٔ، و یرد) البائع التفاوت (علی المبتاع) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۲

معاذ اللّه ان یجعل لها اجرا.

و روایهٔ میسر، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: کان علی لا یرد الجاریهٔ بعیب اذا وطئت، و لکن یرجع بقیمهٔ العیب، و کان یقول: معاذ اللّه ان اجعل لها اجرا، الخبر.

و فی روایهٔ طلحهٔ بن زید عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل اشتری جاریهٔ فوطئها، ثم رأی فیها عیبا، قال: تقوم و هی صحیحهٔ، و تقوم و بها الداء، ثم یرد البائع علی المبتاع فضل ما بین الصحهٔ و الداء.

المشتری (معاذ اللّه ان یجعل لها اجرا) فان المشتری لو رد الجاریهٔ و رد معها شیئا من المال فی مقابل وطئه لها، کانت اجرهٔ للفرج، و هی ما یستعاذ باللّه منه.

(و روایهٔ میسر، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: کان علی) علیه السلام (لا یرد الجاریهٔ بعیب اذا وطئت، و لکن یرجع بقیمهٔ العیب) ای یرجع قیمهٔ العیب الی المشتری (و کان یقول: معاذ اللّه ان اجعل لها اجرا) الی آخر (الخبر).

(و فی روایهٔ طلحهٔ بن زید عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل اشتری جاریهٔ فوطئها، ثم رأی فیها عیبا، قال: تقوم و هی صحیحهٔ) مثلا مائهٔ (و تقوم و بها الداء) مثلا ثمانون (ثم یرد البائع علی المبتاع) ای المشتری (فضل ما بین الصحهٔ و الداء) ای العشرین فی المثال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۳

و ما عن حمّاد فی الصحیح عن ابی عبد اللّه علیه السلام یقول: قال علی بن الحسین علیه السلام: کان القضاء الاول فی الرجل اذا

اشتری امة فوطئها ثم ظهر علی عیب ان البیع لازم، و له ارش العیب الی غیر ذلک مما سیجیء.

ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجمیع افراد العیب الحمل فانه عیب اجماعا

(و ما عن حمّاد فی الصحیح عن ابی عبد اللّه علیه السلام یقول: قال علی بن الحسین علیه السلام: کان القضاء الاول) ای فی اوّل الاسلام قبل ان یلعب القضاة بالاحکام بالقیاس و الاستحسان (فی الرجل اذا اشتری امة فوطئها ثم ظهر) و اطلع (علی عیب ان البیع لازم) فلا ترد الجاریة (و له ارش العیب) هذه جملة من الاحادیث (الی غیر ذلک مما سیجیء) کصحیح ابن سنان، و روایة عبد الملک.

(ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجمیع افراد العیب) حیث ان هذه الاخبار دلت علی ان الوطی مانع عن رد الجاریة اذا وجد الواطئ فیها العیب «ای عیب کان» سواء کان العیب نقصا فی الخلقة کالعمی و العرج، او نقصا فی العقل، کما اذا کانت معتوهة، او نقصا فی الکمال کما اذا کانت ثرثارة مثلا، او سلیطة (الحمل) مفعول «استثنوا» (فانه) ای الحمل (عیب اجماعا).

فاذا اشتری الجاریة ثم وجد المشتری انها حامل، فانه عیب فی الجاریة اذ هی لا تتمکن من العمل- کما ینبغی- مدة الحمل و مدة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۴

کما فی المسالک، الا ان الوطی لا یمنع من الرد به، بل یردها و یرد معها العشر، او نصف العشر علی المشهور بینهم.

و استندوا فی ذلک الی نصوص مستفیضة، منها: صحیحة ابن سنان عن ابی عبد اللّه علیه السلام، عن رجل اشتری جاریة حبلی، و لم یعلم بحبلها فوطئها، قال یردّها علی الّذی ابتاعها منه، و یرد علیها نصف عشر قیمتها، لنکاحه ایاها.

النفاس، و انها معرضة للخطر حال الولادة (کما فی المسالک) دعوی الاجماع علی ذلک (الا ان الوطی) ای وطی المشتری (لا یمنع من الرد به) ای بالوطی (بل یردها و یرد معها العشر) ای عشر الثمن، اذا کانت بکرا (او نصف العشر) اذا کانت ثیبة.

فاذا اشتراها زید بالف، فوطئها، و بعد الوطی وجد انها حامل، ردها و اعطی البائع مائة او خمسین.

و هذا العشر او نصف العشر، انما هو لاجل وطئه لها (علی المشهور بینهم) فی ردّ العشر، و نصف العشر.

(و استندوا فی ذلک الی نصوص مستفیضة، منها: صحیحة ابن سنان عن ابی عبد اللّه علیه السلام، عن رجل اشتری جاریة حبلی، و لم یعلم بحبلها فوطئها) فما حکمه؟ (قال) علیه السلام (یردّها علی الّذی ابتاعها) ای اشتراها (منه، و یرد علیها نصف عشر قیمتها، لنکاحه ایاها) النکاح هنا بمعنی الوطی، فانه اما مشترک بین الوطی و العقد، و اما خاص بالوطی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۵

و قد قال علی علیه السلام: لا ترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان فیها.

و روایة عبد الملک بن عمرو، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال: لا ترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها و له ارش العیب، و ترد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها.

و زاد فی الکافی قال: و فی روایة اخری ان کانت بکرا فعشر قیمتها، و

و العقد انما یسمی نکاحا لعلاقة السبب و المسبب اذ العقد سبب الوطی ثم ان اطلاق الروایة عدم الفرق بین وطئها مرة او مرات، و الظاهر ان تخصیص نصف العشر بالذکر هنا، لاجل ان غالب الاماء ثیبات (و قد قال علی علیه السلام: لا ترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها) ای المشتری- و هذا من تتمة کلام الامام علیه السلام، ظاهرا- (و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان) عیب (فیها) بان یرد البائع علی المشتری التفاوت بین الصحیح و المعیب فاذا کان الصحیح مائة و المعیب ستین ردّ البائع الی المشتری اربعین

دینارا، لمکان العیب.

(و روایة عبد الملک بن عمرو، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال:

لاـ ترد) الجاریة (التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها) و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب (و له) ای للمشتری (ارش العیب، و ترد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها).

(و) بعد هذه الروایة (زاد فی الکافی قال: و فی روایة اخری ان کانت بکرا فعشر قیمتها، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۶

ان کانت ثیبا فنصف عشر قیمتها.

و مرسلة ابن ابی عمیر، عن سعید بن یسار، قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن رجل باع جاریة حبلی، و هو لا یعلم، فینکحها الّذی اشتری، قال یردها و یرد نصف عشر قیمتها.

و روایة عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یشتری الجاریة فیقع علیها فیجدها حبلی، قال ترد و یرد معها شیئا.

و صحیحة ابن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام، فی الرجل یشتری

ان کانت ثیبا فنصف عشر قیمتها) کانه اراد بذلک تقیید اطلاق روایة عبد الملک.

(و مرسلة ابن ابی عمیر، عن سعید بن یسار، قال سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن رجل باع جاریة حبلی، و هو لا یعلم) انها حبلی، اذ لو علم بذلک و اشتراها، لم یکن له بذلک ردّ، و لا ارش (فینکحها الّذی اشتری، قال یردها و یرد نصف عشر قیمتها).

(و روایة عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه) علیه السلام (قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام، عن الرجل یشتری الجاریة فیقع علیها فیجدها حبلی، قال) علیه السلام (ترد) الجاریة- بصیغة المجهول، او بصیغة المعلوم، و قد حذف مفعوله- (و یرد) بصیغة المعلوم (معها شیئا) و اطلاق «شیئا» یحمل علی العشر و نصف العشر.

(و صحیحة ابن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام، فی الرجل یشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۸۷

الجاریة الحبلی فینکحها، قال یردها و یکسوها.

و روایة عبد الملک بن عمرو، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، فی الرجل یشتری الجاریة و هی حبلی فیطأها، قال یردها و یرد عشر قیمتها، هذه جملة ما وقفت علیها من الروایات، و قد عمل بها المشهور، بل ادعی علی ظاهرها الاجماع فی الغنیة کما عن الانتصار و عدم الخلاف فی السرائر خلافا للمحکی عن الاسکافی، فحکم بالرد مع کون الحمل من المولی لبطلان بیع أمّ الولد حیث قال: فان وجد فی السلعة عیبا، کان

الجاریة الحبلی فینکحها، قال یردها و یکسوها) الکسوة فی مقابل الوطی.

(و روایة عبد الملک بن عمرو، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، فی الرجل یشتری الجاریة و هی حبلی فیطأها، قال یردها و یرد عشر قیمتها، هذه جملة ما وقفت علیها من الروایات).

و هناک بعض الروایات الاخر مذکورة فی المستدرک (و قد عمل بها المشهور) فی صورة کون الحمل من غیر المولی البائع، اما اذا کان الحمل من البائع فالاجماع قائم علی الرد لانه لا یصح بیع أمّ الولد (بل ادعی علی ظاهرها الاجماع فی الغنیة کما عن الانتصار) للسید المرتضی دعوی الاجماع أیضا (و عدم الخلاف فی السرائر) لابن ادریس (خلافا للمحکی عن الاسکافی، فحکم ب) ان (الرد)

انما هو (مع كون الحمل من المولى) فقط.

و انما يرد (لبطلان بيع أمّ الولد) اما اذا كان الحمل من غير المولى فلا ردّ (حيث قال) الإسكافى (فان وجد) المشترى (فى السلعة عيبا كان)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۸۸

عند البائع، و قد احدث المشترى فى السلعة ما لا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبله، كالوطى للامة، او القطع للثوب، او تلف السلعة بموت، او غيره كان للمشترى فضل ما بين الصحة و العيب دون ردها فان كان العيب ظهور حمل من البائع، و قد وطئها المشترى من غير علم بذلك كان عليه ردّها، و نصف عشر قيمتها، انتهى.

و اختاره فى المختلف، و هو ظاهر الشيخ فى النهاية، حيث قال: فان

ذلك العيب قد حدث فيها حال كونها (عند البائع، و قد احدث المشترى فى السلعة ما لا يمكن ردها الى ما كانت) السلعة (عليه قبله) اى قبل احداث المشترى للحدث فيها (كالوطى للامة، او القطع للثوب، او تلف السلعة بموت، او غيره) كما اذا طار الطائر، او نفر الوحش، او سقطت السلعة فى البحر، فانه لا يمكن ردّ السلعة بعد هذه الاحداث الى حالتها السابقة (كان للمشترى فضل ما بين الصحة و العيب) بان يأخذ الارش من البائع (دون ردها) و اخذ جميع الثمن (فان كان العيب ظهور حمل من البائع، و قد وطئها المشترى من غير علم بذلك) الحمل (كان عليه ردّها، و) اعطاء (نصف عشر قيمتها، انتهى) فان عبارته صريحة فى كون الحمل من البائع، فتبقى صورة كون الحمل من غير البائع داخلة فى عموم: ان الوطى يمنع الرد مطلقا- اى سواء كان العيب حملا او غير حمل-.

(و اختاره) العلامة (فى المختلف، و هو) اى كلام الاسكافى (ظاهر الشيخ فى النهاية حيث قال: فان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۸۹

وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردها، و كان له ارش العيب خاصة

اللهم الا ان يكون العيب من حبل، فيلزمه ردها على كل حال وطئها أم لم يطأها، و يرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها، انتهى.

و يمكن استفادة هذا من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد.

وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردها، و كان له ارش العيب خاصة) و ذلك لان الوطى مانع عن الرد كما عرفت.

(اللهم الا ان يكون العيب من حبل، فيلزمه ردها على كل حال وطئها أم لم يطأها).

وجه الظهور: ان قوله «فيلزمه» ظاهر فى كون الحبل من المولى اذ فى هذه الصورة يلزم الرد، و الا فان الحبل اذا لم يكن من المولى لم يلزم الرد لتخيير المشترى بين الرد و الارش (و يرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها، انتهى) كلام النهاية.

(و يمكن استفادة هذا) اى كون الاستثناء من «كون الوطى مانعا عن الرد» خاصا بصورة «كون الحبل من المولى» لا- صورة «ما اذا كانت حاملة و لو من غير المولى» (من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد) و ذلك لان الشيخ لم يستثن الحبل.

فاما ان تكون صورة الحبل داخلة فى اطلاقه «و على هذا فهو مخالف للمشهور القائلين بان الحبل لا يمنع الرد».

و اما ان تكون صورة الحبل خارجة عن اطلاقه بان لم يتعرض للاستثناء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۰

فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتهار المسألة فى الروايات و السنة القدماء.

و قال فى الوسيلة: اذا وطئ الامة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردّها الا اذا كان العيب حملا، و كان حرّا، فانه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها.

و ان كان الحمل مملوكا، لم يجب ذلك انتهى.

اصلا، و هذا الاحتمال بعيد.

(فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل و عدم تعرضه) اى الشيخ (لحكمه) اى حكم وطى الحامل (مع اشتهار المسألة فى الروايات و السنة القدماء) اذا فتحقق ان الشيخ فى المبسوط موافق للاسكافى و مخالف للمشهور.

(و قال فى الوسيلة: اذا وطئ الامة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردّها الا اذا كان العيب حملا، و كان) الحمل (حرّا) بان كان من المولى او ممن حللها له المولى بعقد او نحوه، او كان وطى شبهة (فانه وجب عليه ردها) لان بيع أمّ الولد باطل (و يرد معها نصف عشر قيمتها) لمكان الوطى.

(و ان كان الحمل مملوكا، لم يجب ذلك) الردّ (انتهى) كلام الوسيلة فان مراده ب «لم يجب» لم يجز، فيكون موافقا للاسكافى، لكن لا يخفى ان ظاهر كلامه موافق للمشهور، فان معنى «لم يحب» الجواز، لا «عدم الجواز».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۱

و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول.

و الانصاف ان ظاهر الاخبار المتقدمة فى بادئ النظر، و ان كان ما ذكره المشهور، الا ان العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه اخر.

احدها:

(و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول) اى قول الاسكافى او خلاف المشهور.

(و الانصاف ان ظاهر الاخبار المتقدمة فى بادئ النظر، و ان كان ما ذكره المشهور) من انه ترد الحبلى مطلقا، و ان وطئها المشترى (الا ان العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه اخر) فاللازم ان نقول بمقالة الاسكافى، و نخصص ارجاع الحبلى بما اذا كانت حبلى من المولى فقط.

اما اذا كانت حبلى من غير المولى، فلا رد، و انما للمشترى الواطئ اخذ الارش فقط.

(احدها) و حاصله: ان المشهور يقولون بان الحبل الموجب للرد اعمّ من كونه حبلا من المولى، او من غير المولى و كلام المشهور يلزم منه احد خلافى الظاهر بدون القرينة.

و الاسكافى يقول: بان الحبل الموجب للردّ هو ما اذا كان الحبل من المولى، و هذا أيضا خلاف الظاهر، لكنه خلاف الظاهر مع القرينة فاللازم تقديم قول الاسكافى و قول المشهور.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۲

من حيث مخالفة ظهورها فى وجوب ردّ الجارية او تقييد الحمل بكونه من غير المولى

بيان ذلك ان الاسكافى يقول: المراد ب «الحبلى» الحبلى من المولى فقط، و قرينة هذا التقييد لفظة «ترد» الظاهرة فى وجوب الرد فكان ذلك تصرفا فى اطلاق «الحبلى».

لكن التصرف انما كان بسبب القرينة، اما المشهور الذين قالوا برد الحبلى مطلقا- سواء كان الحبل من المولى او من غيره- فيلزم عليهم اما حمل لفظة «ترد» على خلاف ظاهره، اذ ظاهره الوجوب و الحال ان رد الحبلى التى كانت حاملة من غير المولى ليس بواجب.

و اما حمل «الحبلى» المطلق الشامل للحبلى من المولى و من غير المولى، على صورة الحمل من غير المولى، فتكون لفظة «ترد» لدفع

توهم الحظر اذ رد الموطوءة محظور، فدفعا لتوهم هذا الحظر جاء الامام علیه السلام بالجملة الخبریة الظاهرة فی الوجوب.

و من المعلوم ان الامر فی مقام توهم الحظر لا یدل علی الوجوب.

و کیف کان فاللازم من کلام المشهور خلاف الظاهر (من حیث مخالفة ظهورها) ای یلزم ان تخالف ظهور الروایة الظاهرة (فی وجوب ردّ الجاریة) ان ابقینا لفظة «الحبلی» علی اطلاقها، و هنا ارید من لفظة «ترد» خلاف الظاهر (او تقیید الحمل) الوارد فی الروایة (بکونه من غیر المولی) و هذا خلاف الظاهر اذ لفظة «الحبلی» شاملة لما اذا کان الحبل من المولی او من غیر المولی.

و علی هذا الاحتمال لم یکن تصرف فی لفظة «ترد» اذ لم ینعقد له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۹۳

حتی تکون الجملة الخبریة واردة فی مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الاخبار المتقدمة المانعة من رد الجاریة بعد الوطی.

اذ: لو بقی الحمل علی اطلاقه لم یستقم دعوی وقوع الجملة الخبریة فی مقام دفع توهم الحظر اذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتی أمّ الولد فلا بد اما من التقیید، او من مخالفة ظاهر الجملة الخبریة.

ظهور فی الوجوب فان القرینة تمنع انعقاد الظهور، کما حقق فی محله (حتی تکون الجملة الخبریة) ای لفظة «ترد» (واردة فی مقام دفع توهم الحظر الناشئ) ذلک الحظر (من الاخبار المتقدمة المانعة من رد الجاریة بعد الوطی).

فحیث کانت الحبلی أیضا مورد توهم هذا الحظر، جاء الامام (ع) بالجملة الخبریة لدفع هذا التوهم، لا انه علیه السلام اراد بذلک وجوب الرد، حتی یقال: ان الرد لیس بواجب، بل للمشتری ان یختار بینه و بین الارش.

(اذ: لو بقی الحمل علی اطلاقه) الشامل لکونه من المولی او من غیره (لم یستقم دعوی وقوع الجملة الخبریة) ای لفظة «ترد» (فی مقام دفع توهم الحظر).

و انما لم یستقم (اذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتی أمّ الولد) فان أمّ الولد یلزم ان ترد، فکیف یمکن ان یتوهم احد ان ردها محظور (فلا بد اما من التقیید) فی الحمل (او من مخالفة ظاهر الجملة الخبریة) ای لفظة «ترد».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۹۴

الثانی:

(الثانی) من وجوه لزوم مخالفة الظاهر علی فتوی المشهور القائلین بان الحبلی المعیبة تردّ بعد الوطی، و ان کانت حاملا من غیر المولی ان هناک قاعدتین مسلمتین.

الاولی: قاعدة انه لا عقر فی الوطی بالملک.

الثانیة: قاعدة ان الفسخ من حینه، لا من اصله، فاذا قلنا بمقالة الاسکافی، سلمت القاعدتان، و اذا قلنا بمقالة المشهور لزم رفع الید عن احدی القاعدتین.

بیان ذلک، اما القاعدة الاولی: فالعقر عبارة عن الجرح، و حیث ان الواطئ للبکر یجرحها بفض بکارتها، سمی الوطی عقرا، و سمیت الدیة التی یلزم ان یعطیها من فضّ البکارة غصبا عقرا أیضا، بعلاقة السبب و المسبب.

و اما القاعدة الثانیة: ففی عبارة عن ان الانسان اذا اشتری شیئا و کان له خیار الفسخ، ثم بعد مدة فسخ، فهل ان وقوع الفسخ من حین الفسخ؟ حتی یکون تصرفه فی المدة قبل الفسخ تصرفا فی ملک نفسه؟ أم یکون الفسخ من حین العقد حتی یکون تصرفه فی المدة قبل الفسخ تصرفا فی ملک غیره، و القاعدة انه تصرف فی ملک نفسه، فالفسخ من حین الفسخ لا من حین العقد.

اذا عرفت هاتین القاعدتین قلنا ان المشهور الذین یقولون بان الحبل اعم من ان یکون من المولی او من غیره، یلزم علیهم رفع الید عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۵

مخالفة لزوم العقر على المشترى لقاعدة عدم العقر فى وطى الملك.

او قاعدة كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من اصله.

احدى القاعدتين اذ ان الاخبار المتقدمة حكمت بلزوم العقر على المشترى بعد ان ترد الحبلى، و اللازم من ذلك:

اما خرق قاعدة «لا عقر فى الملك» بان نقول ان الامة و ان كانت ملكا للمشترى و ان الفسخ كان من حين الفسخ الا ان هذه الاخبار تثبت العقر خلافا للقاعدة المذكورة.

و اما خرق قاعدة «ان الفسخ من حينه» بان نقول: ان فسخ المشترى كان فسخا من حين العقد، و لذا كان وطيه وطيا فى ملك الغير فتسلم قاعدة «لا عقر فى الملك» و تنهدم قاعدة «ان الفسخ من حينه».

و هذا بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسكافى، فانه يلزم العقر على المشترى، لان الحبلى لم تنتقل الى ملك المشترى اصلا، فلا تنهدم احدى القاعدتين.

و الحاصل: انه بناء على المشهور تتحقق (مخالفة لزوم العقر على المشترى) المصرح به فى الاخبار.

اما (لقاعدة عدم العقر فى وطى الملك) اذا قلنا بان الفسخ من حين الفسخ.

(او) ل (قاعدة كون الرد بالعيب فسخا من حينه) اى حين الفسخ (لا من اصله) اى حين العقد، و ليس كذلك اذا قلنا بمقالة الاسكافى، فالقاعدتان سالمتان على كلامه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۶

الثالث: مخالفته لما دل على كون التصرف عموما، و الوطى بالخصوص مانعا من الرد.

الرابع: ان الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن ابى عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، و الا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة.

(الثالث) ما يرد على المشهور القائلين بكون الرد بالحبل اعم من ان يكون الحمل من المولى او من غيره (مخالفته) اى ما دل من الاخبار على الرد بالحبل، و ان الوطى ليس بمانع اذا كان العيب هو الحبل (لما دل على كون التصرف عموما) اىّ تصرف كان (و الوطى بالخصوص مانعا من الرد).

فاذا قلنا بمقالة المشهور لزمت هذه المخالفة، بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسكافى، لانه يرى ان البيع باطل من اصله، حيث انه يكون من بيع أمّ الولد، فلا يلزم من الردّ مخالفة تلك الاخبار.

(الرابع: ان الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن ابى عمير المتقدمة، رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد) بان كان الحبل عن المولى البائع (و الا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة).

اذ لا فرق فى صحة بيع الحامل اذا كان الحمل من غير المولى بين ان يعلم البائع بانها حامل او لا يعلم، بخلاف ما اذا كان الحمل من المولى فانه اذا علم بالحمل، كان ملوما بانه كيف باع أمّ الولد، بخلاف ما اذا لم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۹۷

و يشير إليه ما فى بعض الروايات المتقدمة من قوله (ع): يكسوها، فان فى ذلك اشارة الى تشبثها بالحرية للاستيلاد، فنسب الكسوة إليها تشبها بالحرائر، و لم يصرح بالعقر الّذى هو جزء من القيمة.

الخامس: ظهور هذه الاخبار فى كون الردّ بعد تصرف المشترى فى الجارية بغير الوطى، من نحو: اسقنى ماء او: اغلق

یعلم فانه لا یکون ملوما.

(و یشیر إلیه) ای الی کون المراد بیع أمّ الولد (ما فی بعض الروایات المتقدمة من قوله ع: یکسوها، فان فی ذلک) الاکساء (اشارة الی تشبثها بالحریة) و انما تشبثت بالحریة (للاستیلاد) فان أمّ الولد فی سبیل الحریة اذا مات المولی لانها تعتق من نصیب ولدها (فنسب الکسوة إلیها تشبها بالحرائر) فان الکسوة لا تقال لکونها ثمنا للوطی، بل تقال فی مقام نوع احترام یلیق بالحرة.

و لذا قال: (و لم یصرح بالعقر الّذی هو جزء من القیمة) ای لم یسمّ عوض الوطی عقرا، بل سماه کسوة، و ذلک دلیل علی ان کلام الروایة انما هو فی أمّ الولد.

لکن لا ـ یخفی ان امثال هذه الاستحسانات لا ـ یمکن ان تکون صارفة للاطلاق، و الّما قلّ ما یخلو اطلاق عن امثالها الموجبة لتقیید الاطلاق الی جهة خاصة.

(الخامس: ظهور هذه الاخبار فی کون الردّ بعد تصرف المشتری فی الجاریة بغیر الوطی) ای بالإضافة الی الوطی (من نحو: اسقنی ماء او: اغلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۹۸

الباب، و غیرهما مما قل ان تنفک عنه الجاریة.

و تقییدها بصورة عدم هذه التصرفات تقیید بالفرض النادر

الباب، و غیرهما) من سائر التصرفات (مما قلّ ان تنفک عنه الجاریة) اذ:

الغالب ان الوطی یتحقق عقیب مثل هذه التصرفات.

و من المعلوم انه لو قلنا: بمقالة المشهور من کون الوطی لیس بمانع من ردّ الحبلی مطلقا، سواء کان حملا ـ من المولی او من غیر المولی، لزم ان یکون ما دل علی انه ترد الجاریة الحبلی مخالفا لما دل علی ان التصرف مانع من الرد.

و ذلک بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسکافی من ان الرد خاص بالمرأة الحبلی من المولی، حیث ان الردّ لاجل ان البیع باطل، فلا یهم الوطی و سائر التصرفات فی الرد.

(و) ان قلت: لا یلازم القول بمقالة المشهور، تخصیصا فی الاخبار الدالة علی ان التصرف مانع من الرد، اذ نقول: ان الوطی لا یمنع الرد اذا کانت المرأة حبلی فیما اذا لم یتصرف المولی فیها تصرفا آخر، مثلا:

لم یقل لها: اغلقی الباب، و نحوها.

قلت: (تقییدها) ای تقیید الاخبار الدالة علی الرد اذا کانت حبلی و ان کانت موطوءة (بصورة عدم هذه التصرفات تقیید بالفرض النادر) و ذلک خلاف اطلاق الرد اذا کانت حبلی، و التقیید النادر مستهجن فی الکلام لا یصار إلیه الا لدی الضرورة، و لا ضرورة فی المقام.

و الحاصل: ان الامر دائر بین الذهاب الی مقالة الاسکافی بان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۹۹

و انما دعی الی هذا التقیید فی غیر هذه الاخبار مما دل علی رد الجاریة بعد مدة طویلة الدلیل الدال علی اللزوم بالتصرف.

الرد خاص بالحبل من المولی و ان تصرف فیها المشتری و لا یعارض حینئذ ما دل علی ان التصرف مانع من الرد، و بین الذهاب الی مقالة المشهور بان الرد عام بالحبل من البائع او غیره، و لکن اذا لم یتصرف فیها المشتری، و ذلک لئلا یعارض ما دل علی ان التصرف

مانع.

لکن هـذا الاحتمال الثانی یوجب تخصـیص روایات الرد بالفرد النادر و التقیید بالفرد النادر خلاف المتفاهم عرفا، فاللازم الذهاب الی مقالة الاسکافی.

(و) ان قلت: لا بأس بتقیید روایات الرد فی الحبلی بصورة ما اذا لم یتصرف فیها المشتری، و ذلک کما قیدنا سائر الروایات الدالة علی رد الجاریـة بعـد مـدة طویلـة بهـذه الصورة أیضـا، و کمـا لم یلزم الاسـتهجان فی سائر الروایات بسـبب هـذا التقییـد، کـذلک لم یلزم الاستهجان فی روایات رد الحبلی.

قلت: (انما دعی الی هـذا التقییـد) بصورة عدم التصـرف (فی غیر هذه الاخبار) ای غیر اخبار الرد للحبلی (مما دل علی ردّ الجاریة بعد مدة طویلة) «مما» بیان «غیر» (الدلیل الدال علی اللزوم بالتصرف) فکنا مجبورین فی تقیید تلک الاخبار بسبب وجود القرینة.

و الحاصل: ان هناک طائفتین من الاخبار.

الطائفة الاولی ما دلّ علی الرد للجاریة بعد مدة طویلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۰

لکن لا داعی هنا لهذا التقیید.

اذ یمکن تقیید الحمل بکونه من المولی لتسلم الاخبار عن جمیع ذلک و غایة الامر

الثانیة ما دل علی ان التصرف مانع من الرد، فقیدنا الطائفة الاولی بالطائفة الثانیة و ان کانت نتیجة ذلک ان الردّ یکون نادرا لغلبة وجود التصرف.

(لکن لا داعی هنا) ای فی اخبار الرد بالحبل (لهذا التقیید) ای تقیید الرد بصورة عدم التصرف.

(اذ یمکن تقییـد الحمـل) الموجب للرد (بکونه من المولی) فانه اذا کان الحمل من المولی ردت الجاریـة و ان تصـرف فیها المشتری، لان بیع أمّ الولد باطل من اصله (لتسلم الاخبار) الدالة علی الردّ بالحمل (عن جمیع ذلک) و هی الوجوه الخمسة.

و الحاصل ما دلّ علی رد الجاریـة الحبلی ان قیـدناه بصورة ما اذا کان الحبل من المولی لم نحتـج الی تقییـدها بصورة عـدم التصـرف فیها.

و ان قلنا بإطلاقها لما اذا کان الحبل من المولی او من غیر المولی احتجنا الی تقییدها بصورة ما اذا لم یتصرف فیها.

و التقییـد الاـول اولی لانه لا یوجب تقییـد الاخبار بالفرض النادر، بخلاف التقییـد الثانی، اذ فرض عـدم تصـرف المشتری فی الجاریة حتی بمثل اغلقی الباب، فرض نادر جدا.

(و غایة الامر) الّذی نتوخاه من ذکر هذه الوجوه الخمسة، هو ترجیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۱

تعارض هذه الاخبار مع ما دل علی منع الوطی عن الرد بالعموم من وجه فیبقی ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقیید هذه الاخبار.

مقالة الاسکافی علی مقالة المشهور بعد وقوع التعارض بین الاخبار.

بیان ذلک انه (تعارض هذه الاخبار) و هی اخبار الرد بالحبل (مع ما دل علی منع الوطی عن الرد بالعموم من وجه).

فاخبار «الحبلی ترد» اعم من کون الحمل من المولی او من غیر المولی و اخبار ان «الموطوءة لا ترد» اعم مما اذا کانت حاملة أم لا.

و من المعلوم انه لاـ تعـارض فیمـا اذا کـانت حاملـة من المولی اذ اخبـار «ان الموطوءة لا ترد» لا تشـمل الحاملـة من المولی کما انه لا تعـارض فیمـا اذا کـانت موطوءة غیر حاملـة اذ اخبار «ان الحبلی ترد» لا تشـمل غیر الحاملـة و انما التعارض فی الحبلی من غیر المولی

الموطوءة.

فاخبار الحبلی تقول «ترد» و اخبار الموطوءة تقول «لا ترد» (فیبقی ما عدا الوجه الثالث) من الوجوه الخمسة (مرجحا لتقیید هذه الاخبار) ای اخبار «الحبلی ترد» تقییدا بما اذا کان الحبل من المولی، بمعنی ان الوجوه المذکورة توجب اعطاء هذا الفرد الّذی هو مورد التعارض، و هو «الحبلی من غیر المولی الموطوءة» الی اخبار «الموطوءة لا ترد» فتکون اخبار «الحبلی ترد» خاصة «بالحبل من المولی».

و انما قال «ما عدا الوجه الثالث» اذا لوجه الثالث و هو «اخبار ان الوطی مانع عن الرد»- فی هذا التقریب- طرف لاخبار «الحبلی ترد» فلا تکون مرجحة کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۲

و لو فرض التکافؤ بین جمیع ما تقدم و بین اطلاق الحمل فی هذه الاخبار او ظهور اختصاصه بما لم یکن من المولی وجب الرجوع الی عموم ما دل علی ان

(و لو فرض التکافؤ بین جمیع ما تقدم) من الوجوه الخمسة المؤیدة لمقالة الاسکافی (و بین اطلاق الحمل) اطلاقا یشمل کونه من البائع او من غیره (فی هذه الاخبار) ای اخبار ما دل علی ان الحمل یوجب الرد و ان وطئها المشتری، و التکافؤ بان نقول، ان الوجوه الخمسة تؤید الاسکافی، و الاطلاق یؤید المشهور و لا ترجیح لاحدهما علی الآخر (او) بین (ظهور اختصاصه) ای ما دل علی الرد اذا کانت حاملة (بما لم یکن من المولی).

فالوجوه الخمسة تؤید الاسکافی، و ظهور اخبار الرد اذا کانت حاملة فی الحمل من غیر المولی یؤید المشهور.

فقوله «او ظهور» عطف علی قوله «اطلاق الحمل» و هذا ترقّ عن «الاطلاق» ای نقول أولا: بان اطلاق اخبار ردّ الحمل یتکافؤ مع الوجوه الخمسة و ثانیا: بان ظهور اخبار رد الحمل و هو الظهور فی الحمل من غیر المولی یتکافؤ مع الوجوه الخمسة، و انما قیل بانه ظهور لان الرد بالحمل اذا کان الحمل من المولی لا یحتاج الی البیان، فانه من قبیل توضیح الواضحات.

فالالیق بکلام الامام ان یکون منصبّا لما اذا کان الحمل من غیر المولی (وجب الرجوع) بعد تساقط المتکافئین (الی عموم ما دل علی ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۳

احداث الحدث مسقط، لکونه رضاء بالبیع.

و یمکن الرجوع الی ما دل علی جواز الرد مع قیام العین.

نعم لو خدش فی عموم ما دل علی المنع من الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الی اصالة جواز الرد الثابت قبل الوطی.

احداث) المشتری (الحدث مسقط) لخیاره (لکونه) ای احداث الحدث (رضاء بالبیع).

و من المعلوم ان الوطی حدث، فهو مسقط لخیار المشتری فی رد الجاریة المعیبة عیبا بسبب الحمل.

(و یمکن) بعد تساقط الدلیلین المذکورین (الرجوع الی ما دل علی جواز الرد مع قیام العین).

فحیث ان العین لیست قائمة بعد الوطی، لا یجوز ارجاعها- و هذا وجه آخر لعدم الخیار بعد الوطی فی الحاملة من غیر البائع- فهو من تأیید کلام الاسکافی القائل باختصاص الرجوع بما اذا کانت حاملة من المولی.

(نعم) یمکن تأیید المشهور القائلین بالردّ و لو کان الحمل من غیر البائع.

و ذلک لانه (لو خدش فی عموم ما دل علی المنع من الرد بمطلق التصرف) بمعنی انه لیس کل تصرف مانعا من الرد، بل التصرف

المغیر فقط یمنع الرد (وجب) فی مورد الشک و هو ما اذا کانت حاملهٔ من غیر المولی (الرجوع الی اصالهٔ جواز الرد الثابت) ذلک الجواز (قبل الوطی) فانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۴

لکن یبقی لزوم العقر مما لا دلیل علیه الا الاجماع المرکب، و عدم الفصل بین الرد و العقر، فافهم

اذا شک فی بقاء الجواز- بعد الوطی- کان الاستصحاب مقتضیا لبقائه.

(لکن) اذا قلنا بان الرد فی الحامل من غیر المولی بواسطهٔ اصالهٔ جواز الرد (یبقی لزوم العقر) باعطاء المشتری نصف العشر الی البائع ثمنا لوطیه لها (مما لا دلیل علیه).

اذ ما دل علی العقر انما هو خاص بما اذا کانت حاملهٔ من البائع فلا دلالهٔ لذلک الدلیل فیما اذا کانت حاملهٔ من غیر المولی.

و الحاصل ان المرأهٔ الحاملهٔ من المولی ترد، و یعطی الواطئ العقر لوجود النصوص المذکورهٔ.

اما المرأهٔ الحاملهٔ من غیر المولی فترد للاستصحاب، و لا دلیل علی لزوم اعطاء الواطئ العقر، (الا الاجماع المرکب، و عدم الفصل).

لان الفقهاء بین الاسکافی القائل بانها لا ترد اصلا، و بین المشهور الذین قالوا: بانها ترد مع العقر، فلا قول بانها ترد بلا عقر.

فاذا قلنا: بانها ترد- حسب الاستصحاب- یلزم ان نقول: بان لها العقر أیضا، خروجا من مخالفهٔ الاجماع المرکب، لانه اذا قلنا: بانها ترد بلا عقر، لزم خلاف الاجماع.

اذ لا فصل (بین الرد و العقر، فافهم).

اذ کیف نتمسک بالاستصحاب للرد، مع وضوح ان الموضوع قد تغیر فان الامهٔ غیر الموطوءهٔ تختلف عن الامهٔ الموطوءهٔ، فاذا حکم الشارع برد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۵

ثم ان المحکی عن المشهور: اطلاق الحکم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار و الغنیهٔ الاجماع علیه، الا ان یدعی انصراف اطلاق الفتاوی و معقد الاجماع، کالنصوص الی الغالب من کون الحامل ثیبا، فلا یشمل فرض حمل البکر بالسحق او بوطی الدبر.

و لذا ادعی عدم الخلاف فی السرائر علی اختصاص نصف العشر بالثیب، و

غیر الموطوءهٔ لا یمکن سحب هذا الحکم الی الموطوءهٔ.

(ثم) هل العقر نصف العشر، او یفصل بین البکر فالعشر، و الثیب فنصف العشر، و ما ذا یجب ان یعمل بالروایات الواردهٔ فی هذا الباب فاللازم هو التفصیل بین البکر و الثیب، لانه مقتضی الجمع بین الروایات ف (ان المحکی عن المشهور: اطلاق الحکم بوجوب ردّ نصف العشر بل عن الانتصار و الغنیهٔ الاجماع علیه) سواء کانت بکرا او ثیبا (الا ان یدعی) باختصاص ذلک بالثیب، اما البکر فلها العشر.

و ذلک بادعاء (انصراف اطلاق الفتاوی و معقد الاجماع ک) انصراف (النصوص الی الغالب من کون الحامل ثیبا) فان جذب الرحم المنیّ بدون الوطی و ذهاب البکارهٔ نادر جدا، و الاطلاق لا یحمل علی النادر (فلا یشمل) الاطلاق (فرض حمل البکر بالسحق او بوطی الدبر) الموجب لجذب الرحم المنی من حواشی الدبر.

(و لذا) الّذی ذکرناه من الانصراف فی الفتاوی و النصوص (ادعی) ابن ادریس (عدم الخلاف فی السرائر علی اختصاص نصف العشر بالثیب، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۶

ثبوت العشر فی البکر، بل معقد اجماع الغنیة- بعد التأمل- موافق للسرائر أیضا، حیث ذکر فی الحامل انه یرد معها نصف عشر قیمتها- علی ما مضی- بدلیل اجماع الطائفة.

و مراده بما مضی- کما یظهر لمن راجع کلامه- ما ذکره سابقا مدعیا علیه الاجماع، من انه اذا وطئ المشتری فی مدة خیار البائع، ففسخ، یرد معها العشر ان کانت بکرا، و نصف العشر ان کانت ثیبا.

ثبوت العشر فی البکر) فلو لم یکن انصراف للفتاوی، کانت دعواه مصادمة لفتواهم (بل معقد اجماع الغنیة- بعد التأمل-) فی کلامه (موافق للسرائر أیضا) من دعواه الاجماع علی اختصاص نصف العشر بالثیب (حیث ذکر) صاحب الغنیة (فی الحامل انه یرد) المشتری الواطئ (معها نصف عشر قیمتها- علی ما مضی- بدلیل اجماع الطائفة) انتهت عبارة الغنیة.

(و مراده بما مضی- کما یظهر لمن راجع کلامه- ما ذکره سابقا) علی هذه العبارة (مدعیا علیه) ای علی ما ذکره سابقا (الاجماع، من انه اذا وطئ المشتری فی مدة خیار البائع، ففسخ) البائع بعد وطی المشتری (یرد) المشتری (معها العشر ان کانت بکرا) بان کان الوطی فی الدبر، او لم یذهب الوطی الغشاء بان ادخل مقدار الحشفة فقط فان هذا المقدار لا یوجب فض الغشاء، کما لا یخفی (و نصف العشر ان کانت ثیبا) او المراد البکارة و الثیبوبة قبل الوطی، فلا یحتاج الی تکلف بقاء البکارة بما ذکرناه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۷

و اما الانتصار فلا یحضرنی حتی اراجعه.

و قد عرفت امکان تنزیل الجمیع علی الغالب.

و حینئذ فیکون مرسلة الکافی المتقدمة بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنیة دلیلا علی التفصیل فی المسألة کما اختاره جماعة من المتأخرین مضافا الی ورود العشر فی بعض الروایات المتقدمة لمحمولة علی

و کیف کان فقد ظهر من هذه العبارة من الغنیة انه موافق للسرائر (و اما الانتصار) الّذی ادعی انه ادعی الاجماع علی مقالة المشهور (فلا یحضرنی حتی اراجعه).

نعم قال بعض المعلقین: ان ذیل عبارة الانتصار الّذی قال فیه «و لیس یجری وطی الثیب» دلیل علی ان کلامه و دعواه الاجماع أیضا فی الثیب فهو أیضا موافق للسرائر.

(و قد عرفت امکان تنزیل الجمیع) ای جمیع عبارات الفقهاء (علی الغالب) من انه فی الثیب.

(و حینئذ) ای حین ظهور فتوی الفقهاء بالتفصیل بین البکر و الثیب (فیکون مرسلة الکافی المتقدمة) ان کانت بکرا فعشر قیمتها، و ان کانت ثیبا فنصف عشر قیمتها (بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنیة) من الاجماع علی التفصیل (دلیلا علی التفصیل فی المسألة) خلافا لما نقل عن المشهور (کما اختاره) ای التفصیل (جماعة من المتأخرین).

و (مضافا) الی المرسلة المؤیّدة بالاجماع (الی ورود العشر فی بعض الروایات المتقدمة) و هی روایة عبد الملک (المحمولة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۸

البکر، الا انه بعید.

و لذا نسبه الشیخ الی سهوا لراوی فی اسقاط لفظ النصف.

و فی الدروس ان الصدوق ذکرها بلفظ: النصف.

و اما ما تقدم مما دلّ علی انه یرد معها شیئا، فهو بإطلاقه خلاف الاجماع فلا بد من جعله واردا فی مقام ثبوت اصل العقر، لا مقداره.

البکر) جمعا بینها و بین ما دل علی نصف العشر المحمول علی الثیب (الا انه) ای کون الروایة بلفظ «العشر» (بعید) لندرة البکارة فی الاماء خصوصا فی الحامل منهن.

(و لذا) الّذی انه بعید (نسبه الشیخ) ای ما ذکر فیه العشر (الی سهو الراوی فی اسقاط لفظ النصف) من الروایة.

(و فی الدروس) قال: (ان الصدوق ذکرها) ای ذکر روایة عبد الملک (بلفظ: النصف) هذا هو وجه الجمع بین ما دل علی العشر و ما دل علی نصف العشر.

(و اما ما تقدم مما دل علی انه یرد معها شیئا، فهو بإطلاقه خلاف الاجماع) اذ لم یقل احد بذلک (فلا بد من جعله واردا فی مقام ثبوت اصل العقر، لا مقداره) فلا منافات بین هذه الروایة، و الروایات المعیّنة للعشر و نصف العشر.

نعم ذهب بعض الی ان الشیء هو: الواجب، و ان الکسوة و العشر و نصف العشر محمولة علی مراتب الاستحباب.

اقول: و لعل هذا اقرب الی الجمع العرفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۰۹

و اما ما دل علی انه یکسوها، فقد حمل علی کسوة تساوی العشر او نصفه، و لا بأس به فی مقام الجمع.

ثم ان مقتضی الاطلاق: جواز الرد، و لو مع الوطی فی الدبر.

و یمکن دعوی انصرافه الی غیره فیقتصر فی مخالفة العمومات

(و اما ما دل علی انه یکسوها، فقد حمل علی کسوة تساوی العشر او نصفه) جمعا بینه و بین الروایات المتقدمة (و لا بأس به فی مقام الجمع) و ان کان خالیا عن شاهد صناعی.

ثم الظاهر انه لا فرق بین تکرر الوطی و مدته، لاطلاق الادلة، کما لا فرق بین الوطی مع الانزال و بدونه.

اما اذا کان الواطئ غیر المشتری بان اباحها لغیره، فالظاهر: ان حکمه حکم وطی المشتری لاستفادة العرف اناطة الحکم بالوطی، و ان وطی المشتری من باب المثال.

و الظاهر توقف صدق الوطی بادخال الحشفة.

و ربما قیل بتحققه بما دون ذلک فی هذا الباب و سائر الابواب التی انیط الحکم فیها بالوطی.

(ثم ان مقتضی الاطلاق) ای اطلاق روایات ان الحمل عیب ترد بسببه الجاریة، و ان وطئها المشتری (جواز الرد، و لو مع الوطی فی الدبر) فالوطی مطلقا لیس بمانع الّا من الرد، اذا کان العیب الحمل.

(و یمکن دعوی انصرافه) ای انصراف ما دل علی ان الوطی لا- یمنع من الردّ (الی غیره) ای غیر وطی الدبر (فیقتصر فی مخالفة العمومات)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۰

علی منصرف اللفظ.

و فی لحوق التقبیل و اللمس بالوطی وجهان.

من الخروج عن مورد النص.

و من الاولویة.

الدالة علی ان الوطی مانع من الردّ، و ان مطلق التصرف مانع من الردّ (علی منصرف اللفظ) ای لفظ الوطی.

و الحاصل ان العمومات دلت علی ان الوطی مانع من الرد، و هذا شامل للوطی فی القبل و فی الدبر.

ثم دل دلیل ثان علی ان الوطی لا ـ یمنع الردّ، اذا کان العیب الحمل، فنقول: باختصاص الوطی هنا بالوطی فی القبل- لانه المنصرف عرفا- فاذا وطئها فی الدبر ثم ظهر انها حامل، لم یتمکن من ردها، لانه داخل فی عمومات مانعیة الوطی عن الرد، لکن لا یخفی ما فی ذلک.

(و فی لحوق التقبیل و اللمس) من المشتری للامة (بالوطی) فی انهما لا یسقطان الردّ اذا ظهر فی الامة عیب الحمل (وجهان).

(من الخروج عن مورد النص) الدال عن ان الوطی لا ـ یمنع الرد، یعنی ان اللمس و التقبیل یمنعان الردّ، لانهما تصرف و کل تصرف یمنع الرد.

(و من الاولویة) اذ لو کان الوطی- و هو اعظم منهما- لا یمنع الرد، فهما بطریق اولی لا یمنعان عن الرد، هذا بالإضافة الی ان الوطی یلازم اللمس و التقبیل فالدلیل الدال علی ان الوطی لا یمنع الرد یدل علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۱

و لو انضم الی الحمل عیب آخر.

فقد استشکل فی سقوط الرد بالوطی من صدق کونها معیبة بالحمل و کونها معیبة بغیره.

و فیه ان کونها معیبة بغیر الحمل لا یقتضی إلا عدم تأثیر ذلک العیب فی الرد مع التصرف، لا نفی تأثیر عیب الحمل.

ان اللمس و التقبیل أیضا لا یمنعان الرد.

(و لو انضم الی الحمل عیب آخر) کان کانت حاملة و عوراء- مثلا- فوطئها المشتری ثم علم بعیبها، فهل له ان یردها لانها معیبة بالحمل أم لا؟ لان ما دل علی الرّد بالحمل انما هو خاص بما اذا کان العیب الحمل فقط.

(فقد استشکل فی سقوط الرد بالوطی) کان الاولی ان یقول فقد استشکل «فی ان له حق الرد بعد الوطی» (من صدق کونها معیبة بالحمل) فله الرد و ان وطئها (و کونها معیبة بغیره) ای بغیر الحمل، فلا حق له فی ردها بعد الوطی.

(و فیه) ای لا ـ وجه للاشکال، بل اللازم القول بان له حق الرد و (ان کونها معیبة بغیر الحمل) بالإضافة الی کونها معیبة بالحمل (لا یقتضی إلا عدم تأثیر ذلک العیب فی الرد مع التصرف) ای لا أثر لذلک العیب (لا نفی تأثیر عیب الحمل) بل اطلاق دلیل ان الحمل عیب ترد معه الجاریة- و ان وطئها المشتری- شامل لما اذا کان هناک عیب آخر أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۲

ثم ان صریح بعض النصوص و الفتاوی و ظاهر باقیها اختصاص الحکم بالوطی مع الجهل بالعیب.

فلو وطئ عالما به، سقط الرد.

لکن اطلاق کثیر من الروایات یشمل العالم.

الرابع: من المسقطات حدوث عیب عند المشتری.

اشارة

و تفصیل ذلک انه اذا حدث العیب بعد العقد علی المعیب.

(ثم ان صریح بعض النصوص و الفتاوی) حیث ان ظاهر قوله فی الروایة «فیجد» ان الوجد ان بعد الوطی، و هکذا کلام الفقهاء (و ظاهر باقیها اختصاص الحکم) ای الحکم بالردّ و ان الوطی لا یمنع الرد- اذا کان العیب الحمل- (بالوطی مع الجهل بالعیب) الّذی هو الحمل.

(فلو وطئ) المشتری (عالما به، سقط الرد) لکن اللازم تقیید ذلک بما اذا لم یکن الحمل من البائع، و الا فقد عرفت بطلان البیع، لانه من بیع أمّ الولد.

(لکن اطلاق کثیر من الروایات یشمل العالم) بالعیب قبل الوطی، لکن الظاهر انصراف الادلة عن مثله.

(الرابع: من المسقطات) للردّ فی خیار العیب، و انحصار الامر فی الارش (حدوث عیب عند المشتری) و لکن لا مطلقا.

(و) انما (تفصیل ذلک انه اذا حدث العیب) الجدید (بعد العقد علی المعیب) الّذی کان معیبا قبل العقد بما اوجب خیار العیب للمشتری فهو علی ثلاثة اقسام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۳

فاما ان یحدث قبل القبض.

و اما ان یحدث بعده فی زمان خیار یضمن فیه البائع المبیع، اعنی خیار المجلس و الحیوان و الشرط.

و اما ان یحدث بعد مضیّ الخیار، و المراد بالعیب الحادث هنا هو الاخیر.

و اما الاول: فلا خلاف ظاهرا فی انه لا یمنع الرد، بل فی انه هو کالموجود قبل العقد

(فاما ان یحدث) العیب (قبل القبض) فیشمله: التلف قبل القبض من مال مالکه.

(و اما ان یحدث بعده) ای بعد القبض (فی زمان خیار یضمن فیه البائع المبیع، اعنی خیار المجلس و الحیوان و الشرط).

(و اما ان یحدث بعد مضیّ الخیار) ای انتهاء زمانه، او فیما لا خیار فیه اصلا (و المراد بالعیب الحادث هنا) الّذی هو من المسقطات للرد (هو الاخیر) الحادث بعد مضی زمن الخیار.

(و اما الاول) ای ما حدث قبل القبض (فلا خلاف ظاهرا فی انه لا یمنع الرد، بل فی انه هو کالموجود قبل العقد).

فکما انه یصح الرد بالعیب السابق علی العقد، کذلک یصح الرد بالعیب اللاحق بعد العقد و قبل القبض، حتی انه لو لم یکن معیبا سابقا و صار معیبا بعد العقد قبل القبض، کان للمشتری حق الرد.

ثم ان العیب الحاصل قبل القبض لا خلاف فی انه کالعیب السابق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۴

حتی فی ثبوت الارش فیه، علی الخلاف الآتی فی احکام القبض.

و اما الحادث فی زمن الخیار فکذلک لا خلاف فی انه غیر مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للرد بل الارش، علی الخلاف الآتی فیما قبل القبض بناء علی اتحاد المسألتین کما یظهر من بعض.

علی العقد فی جواز الرد.

نعم فی ثبوت الارش بهذا العیب خلاف و لذا قال: (حتی فی ثبوت الارش فیه، علی الخلاف الآتی فی احکام القبض).

اما ما فی بعض نسخ الکتاب بهذا اللفظ «بل فی انه هو کالموجود» فالظاهر انه غلط، لانه لا یستقیم مع قوله «علی الخلاف» کما لا یخفی.

(و اما) العیب (الحادث فی زمن الخیار) الخاصّ بالمشتری- اما اذا کان الخیار للبائع أیضا لم یشمله دلیل: التلف فی زمن الخیار ممن لا- خیار له- (فکذلک لا خلاف فی انه غیر مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل) للخیار حتی انه لو فرض انه لم یتمکن ارجاعه بخیار سابق تمکن من ارجاعه بالخیار الجدید الناشئ من التعیب، فهو (موجب للرد بل الارش) أیضا (علی الخلاف الآتی فیما قبل القبض).

فکما انه خلاف فی استحقاقه الارش اذا تعیب قبل القبض، کذلک خلاف فی استحقاقه الارش اذا تعیّب بعد القبض و لکن فی زمان

خيار المشترى (بناء على اتحاد المسألتين) و هما مسألـة قبل القبض، و مسألة بعد القبض فى زمن الخيار (كما يظهر من بعض) الفقهاء، و ذلك لوحدة المناط فيهما الّذى هو كون الخسارة على البائع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۵

و يدل على ذلك ما يأتى من ان الحدث فى زمان الخيار مضمون على البائع، و من ماله.

و معناه ضمانه على الوجه الّذى يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد، الا ان المحكى عن المحقق فى درسه فيما لو حدث فى المبيع عيب

(و يـدل على ذلك) اى على ان التعيب بعـد القبض فى زمان الخيار يوجب الرد و الارش على البائع (ما يأتى من ان الحـدث فى زمان الخيار مضمون على البائع، و من ماله) اذا لم يكن له خيار.

(و معناه) اى معنى كونه على البائع (ضمانه على الوجه الّذى يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد).

و الوجه هنـا هو انه يكون للمشترى كـل من الرد او الارش (الاـ ان المحكى عن المحقق فى درسه فيمـا لو حـدث فى المبيع عيب) انه ليس مضمونا على الوجه الّذى يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد، فان العيب الحادث قبل العقد او قبل القبض يكون للمشترى الحق فى ارجاع المبيع بسبب ذلك العيب، و ان انقضى خيار المشترى.

مثلاـ لو كـان فى الشاـة عيب قبـل بيعهـا او حـدث فيهـا عيب قبل قبضـها، فانه اذا انقضت الايام الثلاثـة التى يكون للمشترى فيها خيار الحيوان، كان حق المشترى فى ارجاع الشاة بالعيب باقيا، بخلاف العيب الّذى حدث فى زمن الخيار.

فان المحقق يرى انه ما دام الخيار باقيا يكون للمشترى الحق فى الارجاع بهذا العيب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۶

ان تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار، و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم، انما هو ما دام الخيار.

فاذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشترى

اما اذا انقضى زمن الخيار فليس للمشترى الارجاع بهذا العيب بل له حق اخذ الارش فقط.

و اضاف المحقق على ذلك بانه لو كان فيه عيب قـديم، ثم حـدث فيه عيب فى زمن خيار المشترى، فما دام الخيار باقيا كان للمشترى الحق فى ارجاعه بالعيب القديم او الجديد.

اما اذا انقضى زمن الخيار فليس له ارجاعه حتى بالعيب القديم.

لان هذا العيب الجديد- بعد انقضاء الخيار- مضمون على المشترى و العيب المضمون على المشترى يمنع الرد بسبب العيب المضمون على البائع.

فان المحقق يرى (ان تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار) و تأثيره هو ان يكون للمشترى الرد او الارش بسبب هـذا العيب الحادث (و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم) فان هذا العيب الحادث لا يوجب سـقوط حق المشترى فى ردّ السـلعة بسبب العيب القديم، بل يكون له حق الرد بسبب العيب القديم، او بسبب العيب الجديد (انما هو ما دام الخيار) اى مدة بقاء الخيار.

(فاذا انقضـى الخيار كان حكمه) اى حكم هـذا العيب الحادث (حكم العيب المضـمون على المشترى) فى انه لا يتمكن من الرد بهـذا العيب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۷

قـال فى الـدروس: لـو حـدث فى المـبيع عيب غير مضـمون على المشـترى لم يمنـع من الرد، قبـل القبض، او فى مـدة خيـار المشـترى المشترط، او بالاصل فله الرد ما دام الخيار، فان خرج الخيار ففى الردّ خلاف، بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سرهما.

فجوّزه ابن نما لانه من ضمان البائع.

الحادث، و ان هذا العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم أيضا- لان من مسقطات الرد ان يتعيب المبيع بعيب جديد-.

(قال فی الدروس) ما يظهر عنه رأی المحقق الّذی نقلناه (لو حدث فی المبيع عيب غير مضمون على المشتری) كان كان العيب فی زمن الخيار او قبل القبض- مقابل العيب المضمون على المشتری و هو الّذی يكون بعد انقضاء الخيار- (لم يمنع) هذا العيب الحادث (من الرد) بالخيار السابق على هذا العيب (ان كان) العيب الحادث (قبل القبض، او) بعد القبض، و لكن (فی مدة خيار المشترط) ای خيار الشرط (او) خيار المشتری (بالاصل) كخيار الحيوان (فله) ای للمشتری (الرد) بهذا العيب الجديد (ما دام الخيار) باقيا (فان خرج الخيار) كما لو انقضت الايام الثلاثة التی له فيها خيار الحيوان (ففی) كون حق (الردّ) له (خلاف، بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سرهما).

(فجوّزه) ای الرد (ابن نما لانه من ضمان البائع) حيث ان العيب حدث فی حال كونه مضمونا على البائع، فسقوط ضمان البائع بعد انقضاء مدة الخيار خلاف الاستصحاب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۸

و منعه المحقق قدس سره لان الردّ لمكان الخيار، و قد زال.

و لو كان حدوث العيب فی مبيع صحيح فی مدة الخيار فالباب واحد انتهى.

لكن الّذی حكاه فی اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانی و هو حدوث العيب فی مبيع صحيح.

(و منعه) ای الرد (المحقق قدس سره لان) المشتری كان له (الردّ لمكان الخيار) فان: التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له (و قد زال) الخيار فيسقط حق الرد بذهاب موضوعه، هذا كله فيما اذا حدث العيب فی بيع كان معيبا قبل العقد أيضا.

(و لو كان حدوث العيب) الجديد (فی مبيع صحيح) حدوثا (فی مدة الخيار) كخيار الحيوان (فالباب واحد) فی انه ما دام الخيار كان له الرد بهذا العيب، فاذا انقضى زمن الخيار كان رای ابن نما انه يتمكن الرد بهذا العيب.

و ابن نما يستدل بالاستصحاب، و المحقق يستدل بذهاب الموضوع للرد- الموضوع الّذی هو زمن الخيار- فاذا انتفى الموضوع انتفى الحكم الّذی هو حق الرد (انتهى) كلام الشهيد فی الدروس.

(لكن الّذی حكاه) الشهيد (فی اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانی) فقط (و هو حدوث العيب فی مبيع صحيح) حدوثا فی زمن الخيار الّذی اشار إليه الدروس بقوله: «و لو كان حدوث العيب فی مبيع صحيح الخ»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۱۹

و لعل الفرع الاول مترتب عليه، لان العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البائع حتى يكون سببا للخيار- غاية الامر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة- كان مانعا عن الردّ بالعيب السابق.

اذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتری

(و لعل الفرع الاول) و هو حدوث العيب فی مبيع معيب- عيبا قبل العقد- (مترتب عليه) ای على الفرع الثانی- فان الفرعين من واد واحد-.

و انما كان الفرع الاول مترتبا عليه (لان العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البائع) لزوال الخيار حسب الفرض (حتى يكون سببا للخيار غاية الامر كونه) ای العيب الحادث (غير مانع عن الرد ب) سبب (الخيارات الثلاثة) ای ثلاثة ايام التی هی خيار الحيوان، فان

العیب اذا کـان حادثـا فی غیر زمن الخیـار کـان مانعـا عن الرد، لان شـرط الرد ان یکون المبیع قائما بعینه (کان) العیب السابق، و هـذا جواب: اذا، و جملة: غایة الامر ... الثلاثة، اعتراضیّة (مانعا عن الردّ بالعیب السابق) الّذی کان قبل العقد.

(اذ) علة: کان مانعا، (لا یجوز الردّ بالعیب مع حدوث عیب مضـمون علی المشتری) لما عرفت من ان النصّ و الفتوی متطابقان علی ان صحة الردّ بالعیب انما هو فیما اذا کان المبیع قائما بعینه فاذا سقط عن القیام بسبب عیب حادث، لم یکن للمشتری ردّه.

و الحاصل ان هناک عیبا سابقا، و عیبا فی زمن الخیار، و الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۰

فیکون الرد فی زمان الخیار بالخیار، لا بالعیب السابق.

فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعیب الحادث.

و لذا ذکر فی اللمعة: ان هذا

نفسه، و لا یحق للمشتری ان یرد بالعیب السابق، لان العیب الجدید اسقط المتاع عن کونه قائما بعینه.

و من المعلوم ان من شروط الرد کون الشیء قائما بعینه، و لا یحق له ان یرد بالعیب الجدید، لفرض ان خیار الثلاثة انقضی، و العیب الجدید انما کان مضمونا علی البائع اذا اخذ المشتری بالخیار فی الایام الثلاثة و ذلک لما تقدم من المحقق فاذا انقضی الخیار کان حکمه حکم العیب المضمون علی المشتری، فاذا انقضت الایام الثلاثة فلا یحق للمشتری ان یأخذ بالخیار لاجل هذا العیب الجدید، و لا یحق له ان یرد بخیار الثلاثة لفرض ان الایام انقضت، و هذا الیوم هو الیوم الرابع مثلا.

نعم کان یحق له ان یرد فی الثلاثة ایام لا بالعیب السابق او اللاحق (فیکون الرد فی زمان الخیار بالخیار، لا بالعیب السابق).

اذ قد عرفت ان العیب السابق سقط بسبب حدوث العیب اللاحق.

(فمنشأ هذا القول) ای قول المحقق: بانه لا یحق للمشتری الرد بالعیب- ردا بعد انقضاء خیار الثلاثة- (عدم ضمان البائع للعیب الحادث) فی الثلاثة.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان ظاهر کلام المحقق عدم الضمان بالعیب الحادث فی الثلاثة (ذکر فی اللمعة: ان هذا) القول بعدم الضمان فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۱

من المحقق، مناف لما ذکره فی الشرائع، من ان العیب الحادث فی الحیوان مضمون علی البائع، مع حکمه بعدم الارش ثم انه ربما یجعل قول المحقق عکسا لقول شیخه

العیب الحادث فی الثلاثة (من المحقق، مناف لما ذکره فی الشرائع، من ان العیب الحادث فی الحیوان) فی الثلاثة (مضمون علی البائع).

و المنافاة انما تکون (مع حکمه) ای صاحب الشرائع (بعدم الارش) لانه اذا لم یکن ارش فمرة قال فی درسه: ان العیب لیس مضمونا، و مرة قال فی الشرائع، ان العیب مضمون.

ثم ان المصنف «ره» انما قال: «مع حکمه» لئلا یقال: انه لا منافات بین کلامی المحقق، لانه حیث قال «ان العیب لیس بمضمون» مراده الضمان بالردّ، و حیث قال «ان العیب مضمون» مراده الضمان بالارش

فتحصل ان المحقق قال فی درسه «ان العیب لیس موجبا للرد» و قال فی شرائعه «ان العیب مضمون و لا ارش» ما معناه ان العیب یوجب الرد، و هذا ما ذکرناه من المنافات.

ثم لا یخفی ان کلام المحقق بعدم خیار للعیب الحادث فی زمن خیار الثلاثة یحتمل امران.

الاول: انه لا خیار مطلقا.

و الثانی: انه لا خیار اذا انقضت الایام الثلاثة، و نحن شرحنا المتن حسب الاحتمال الثانی (ثم انه ربما یجعل قول المحقق عکسا لقول شیخه) ابن نما، فیقال ان المحقق یقول بالرد بالعیب القدیم قبل القبض و ابن نما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۲

و یضعف کلاهما بان الظاهر تعدد الخیار.

و فیه ان قول ابن نما ره لا یأبی عن التعدّد، کما لا یخفی.

و اما الثالث: اعنی العیب الحادث فی ید المشتری بعد القبض و الخیار فالمشهور انه مانع عن الرد،

یقول بالرد بالعیب الجدید فی زمن الخیار، فیما اذا تعیب المبیع قبل القبض، ثم تعیب عیبا ثانیا فی زمن الخیار.

(و یضعف کلاهما) ای یضعف من جعل قولهما معاکسین (بان الظاهر) من الادلة (تعدد الخیار) فللمشتری ان یرد بالعیب القدیم و ان یرد بالعیب الجدید، فلیس هناک خیار واحد فقط و هو الخیار بالعیب القدیم، کما قال المحقق، او الخیار بالعیب الجدید کما قاله ابن نما.

(و فیه)- هذا اشکال الشیخ علی کلّ من «یجعل» و «یضعف»- (ان قول ابن نما ره لا یأبی عن التعدّد) ای تعدد الخیار (کما لا یخفی) فلیس قوله عکسا لقول المحقق، بل المحقق یقول بخیار واحد هو خیار العیب القدیم.

و ابن نما یقول بخیارین، خیار العیب القدیم و خیار العیب الجدید.

و منه یظهر ان التضعیف لقول ابن نما أیضا لیس فی محله.

(و اما الثالث: اعنی العیب الحادث فی ید المشتری بعد القبض و) بعد (الخیار) بان کان المبیع معیبا عیبا مضمونا علی البائع، ثم لما انقضی ثلاثة ایام فی خیار الحیوان تعیب عیبا جدیدا فی ید المشتری (فالمشهور انه) ای هذا العیب الجدید (مانع عن الرد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۳

بالعیب السابق، بل عن شرح الارشاد لفخر الاسلام، و فی ظاهر الغنیة الاجماع علیه.

و المراد بالعیب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما یوجب الارش، فیعم عیب الشرکة و تبعض الصفقة اذا اشتری اثنان شیئا فأراد احدهما رده بالعیب

ب) سبب (العیب السابق) لان العیب الجدید یسقط المتاع عن کونه قائما بعینه، و قد طابق النص و الفتوی علی انه یلزم ان یکون قائما بعینه فی صحة ارجاعه بالخیار (بل عن شرح الارشاد لفخر الاسلام، و فی ظاهر الغنیة الاجماع علیه) ای علی انه ان تعیب بعد الخیار لا یرجع بالعیب القدیم، بل للمشتری حق الارش فقط اذا کان عیبا یوجب الارش، و ان لم یکن عیبا یوجب الارش فلا شیء للمشتری، لا الرد و لا الارش.

(و المراد بالعیب هنا) ای فی عنوان المسألة، و هو قولنا «و اما الثالث اعنی العیب الحادث الخ» (مجرد النقص) الحاصل فی السلعة سواء اوجب الارش، أم لا (لا خصوص ما یوجب الارش، فیعم) العیب المذکور فی العنوان (عیب الشرکة و تبعض الصفقة).

و لا یخفی ان هذا العیب انما یحدث بسبب الرد، اما النقص فهو یحدث قبل الرد.

و مثل المصنف لعیب الشرکة بقوله: (اذا اشتری اثنان شیئا فاراد احدهما رده بالعیب) السابق، فان ردّه اوجب ان یکون المشتری الّذی لم یرد شریکا للبائع، فحاله حال ما اذا اشتری شیئا، ثم ظهر ان الشیء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۴

او اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه، فاراد ردّ المعيب خاصة

مخلوط او مشاع بمال البائع، فان للمشترى الحق فى ان يرد المبيع، و ذلك لخيار الشركة حيث انه ضرر على الانسان ان يكون شريكا لغيره.

لا يقال: فى مقامنا الشركة حاصلة على كل حال، اذ كان المشترى الّذى لم يرد شريكا مع المشترى الّذى رد، و الحال بعد ان رد صار شريكا مع البائع.

لانه يقال: الشركة مع زميله قد اقدم عليه، اما الشركة مع البائع فلم يقدم عليه.

مثلا: اشترى زيد و عمرو متاعا من بكر، فانه اذا رد عمرو حصته صار زيد شريكا مع بكر، و هذا ما لم يقدم عليه زيد، و انما اقدم على ان يكون شريكا مع عمرو.

و مثل المصنف «ره» لتبعض الصفقة بقوله: (او اشترى) انسان (واحد صفقة) واحدة (و ظهر العيب فى بعضه، فاراد ردّ المعيب خاصة) كما اذا اشترى كتابين فظهر احدهما معيبا، فاراد رد المعيب خاصة.

فان هذا الرد يوجب تبعض الصفقة على المشترى، فله الحق فى رد الكتاب الّذى ليس بمعيب.

و كيف كان فان هذا العيب الحادث بسبب رد الشريك، او بسبب رد نفس المشترى لبعض السلعة عيب، و ليس بنقص يوجب الارش، بخلاف ما اذا كانت الدابة عرجاء، ثم بعد انقضاء الثلاثة صارت عوراء أيضا، فان العوار نقص يوجب الارش.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۵

و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به فى القواعد و غيره، و نسيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد

ففى هذا المثال يتمكن المشترى من اخذ الارش من البائع لاجل العيب القديم، و لا يتمكن من الرد، و العيب الحادث يوجب فى نفسه الارش اما فى مثال الشركة و تبعض الصفقة، فالعيب الحادث لا يوجب فى نفسه الارش.

و لا- يخفى انه سواء كان العيب الحادث من قبيل ما يوجب الارش، او لم يكن من قبيل ما يوجب الارش، لا يؤثر العيب الحادث فى جواز اخذ الارش بالعيب القديم، و لا فى اسقاطه للرد الّذى اوجبه العيب القديم.

(و نحوه) اى نحو العيب بالشركة و تبعض الصفقة مما يوجب اسقاط الرد بالعيب القديم (نسيان العبد الكتابة) بان اشترى العبد و كان اعور ثم بعد انقضاء الخيار نسى الكتابة، فان نسيانه الكتابة يوجب اسقاط حق المشترى فى الرد، نعم له ان يأخذ الارش لاجل كونه اعور (كما صرح به فى القواعد، و غيره) اى صرح بانه عيب يوجب اسقاط حق المشترى فى الرد (و نسيان الدابة للطحن) بعد ان كانت عوراء مثلا (كما صرح به فى جامع المقاصد) فان عيب الشركة و تبعض الصفقة و نسيانهما الكتابة و الطحن، اذا حدث بعد انقضاء خيار الحيوان يوجب اسقاط حق الرد بالعيب السابق فى الدابة و العبد، و انما يبقى للمشترى ان يأخذ الارش بالعيب القديم.

و اذا كان العيب القديم غير موجب للارش كما اذا لم يكن على رقبتها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۶

و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسألة بمرسلة جميل المتقدمة، فان قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الاوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسئلة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين،

شعر- و كان عدم الشعر مما لا يوجب ارشا- لم يكن للمشترى الرد و لا الارش.

(و یمکن الاستدلال علی الحکم) ای حکم ان العیب الجدید- بعد انقضاء الخیار- یوجب اسقاط الرد الناشئ من العیب القدیم (فی المسألة بمرسلة جمیل المتقدمة) التی قال فیها «ان کان الثوب قائما بعینه» (فان قیام العین و ان لم یناف بظاهره) عرفا (مجرد نقص الاوصاف) فاذا نسی العبد الکتابة، او نسیت الدابة الطحن فهما قائمان عرفا باعینهما.

اذ المنصرف من مقابل «القائم بعینه» النقص فی العین، کما اذا عمیت الدابة، او شلت ید العبد، مثلا (کما اعترف به) ای بانه لا ینافی مع نقص الوصف (بعضهم فی مسئلة تقدیم قول البائع فی قدر الثمن مع قیام العین) فانه اذا اختلف البائع و المشتری فی قدر الثمن، فقال البائع مائة، و قال المشتری خمسون، فان کان المتاع قد تلف فی ید المشتری، فلا اشکال فی تقدیم قول المشتری لاصالة عدم الزیادة.

اما اذا کان المتاع قائما بعینه فهل یقدم قول المشتری أیضا لاصالة عدم الزیادة، أم یقدم قول البائع لاصالة عدم البیع بالاقل؟ احتمالان فتأمل.

و کیف کان فان کلمة «قیام العین» فی هذه المسألة شبیهة بما ورد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۷

الا ان الظاهر منه بقرینة التمثیل لمقابله بمثل قطع الثوب و خیاطته و صبغه ما یقابل تغیر الاوصاف و النقص الحاصل، و لو لم یوجب ارشا کصبغ الثوب و خیاطته

فی مرسلة جمیل (الا ان الظاهر منه) ظهورا بالقرینة- فلا ینافی ما قاله سابقا «بظاهره»- (بقرینة التمثیل) فی المرسلة (لمقابله) ای مقابل «القائم بعینه» و المقابل هو «ما لیس قائما بعینه» (بمثل قطع الثوب و خیاطته و صبغه ما یقابل تغیر الاوصاف و) ما یقابل (النقص الحاصل، و لو لم یوجب ارشا کصبغ الثوب و خیاطته) فالمراد بالقائم بالعین، ما لم یغیر له ذات و لا وصف، بقرینة انه مثل لما لیس قائما بعینه بما غیر ذاته کقطع الثوب، او غیر وصفه کما لو خیط الثوب او صبغه.

فتحصل انه بناء علی ما فسرنا به مرسلة جمیل ان المرسلة تشمل تغیر الذات کما تشمل تغیر الوصف کما اذا نسی العبد الکتابة، او نسیت الدابة الطحن، او صار النقص من قبیل تبعض الصفقة او الشرکة.

اقول: لکن فی عدم صدق «قائما بعینه» علی مثل الشرکة و تبعض الصفقة نظر واضح.

اذ: الظاهر من المرسلة: انه لا یجبر البائع بتقبل ما عین علیه.

و من المعلوم انه لو رجع جنسه إلیه کاملا بدون ای تغییر بالنسبة الی البائع، لم یضر تغیر الصفة عند المشتری، فان الشرکة او تبعض الصفقة الحاصلین عند المشتری نقص الوصف بالنسبة الی المشتری، لا بالنسبة الی البائع، بل البائع حصل عنده جنسه، کما کان بلا زیادة، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۸

نعم قد یتوهم شموله لما یقابل للزیادة کالثمن و تعلم الصنعة.

لکنه یندفع بان الظاهر من قیام العین بقائه، بمعنی: ان لا ینقص مالیته، لا بمعنی ان لا یزید و لا ینقص

لا نقصان، فانه لا نقصان فیه عند البائع لا فی الذات و لا فی الوصف.

(نعم قد یتوهم شموله) ای قیام العین فی المرسلة (لما یقابل للزیادة).

فاللازم ان لا تزید العین عند المشتری، و الا فان زادت لم تکن قائمة بعینها، فلا یحق للمشتری الرد بالعیب السابق (کالثمن و تعلم الصنعة) فی العبد- مثلا- فاذا اشتری عبدا امیا، ثم تعلم الکتابة، فانه لا یحق للمشتری ان یرده بسبب عیبه السابق- کما زعم المتوهم-

قال: لان العبد ليس قائما بعينه بعد ان تعلم الصنعة.

(لكنه) اى هذا التوهم (يندفع بان الظاهر من قيام العين) الموجود فى المرسلة (بقائه) اى المتاع (بمعنى: ان لا ينقص ماليته، لا بمعنى ان لا يزيد و لا ينقص).

فقيام العين فى مقابل النقص، لا فى مقابل الزيادة، فان نقص عينا او وصفا، لا يحق له الارجاع بالعيب القديم.

اما ان زاد عينا كما اذا سمن او وصفا كما اذا تعلم علما، لم تكن الزيادة مانعة عن ارجاعه، هذا.

و لكن الظاهر ان الزيادة على قسمين.

الاول: ما لا ينافى صدق «قائما بعينه» و مثل هذه الزيادة لا تمنع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۲۹

كما لا يخفى على المتأمل.

و استدل العلامة فى التذكرة على اصل الحكم قبل المرسلة بان العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضمونا على المشترى فيسقط رده للنقص الحاصل

من الرد بالعيب كما اذا سمنت الدابة خمس كيلوات مثلا، او تعلمت الطحن:

الثانى: ما ينافى صدق «قائما بعينه» و مثل هذه الزيادة تمنع من الرد بالعيب السابق، كما اذا سمن العبد سمنا خارقا يمنعه عن القيام بالخدمة، او تعلم السحر مثلا، مما يخشى منه و لا يرغب الناس فى مثله لانه محظور، فانه حينئذ يقال: بان هذه الزيادة تمنع الرد، لانه يصدق عليه «انه ليس قائما بعينه» (كما لا يخفى على المتأمل).

اللهم الا ان يدخل مثل هذه الزيادة فى النقص، لانه نقص الخدمة او الامانة- فى المثالين اللذين ذكرناهما-.

(و استدل العلامة فى التذكرة على اصل الحكم) اى حكم ان المتاع يجب ان يكون قائما بعينه، حتى يصح ارجاعه بالعيب الحادث قبل العقد او قبل القبض، او فى زمن الخيار (قبل المرسلة) و هى مرسلة جميل الدالة على اشتراط «القيام بعينه» فى صحة رده بالعيب (بان العيب الحادث) عند المشترى بعد ايام الخيار (يقتضى اتلاف جزء من المبيع، فيكون) هذا الجزء التالف (مضمونا على المشترى) اى ان خسارته على المشترى لانه حدث فى ملكه (فيسقط رده) اى رد المتاع (للنقص الحاصل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۰

فى يده.

فانه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق اولى من تحمل المشترى له للعيب الحادث هذا.

و لكن المرسلة لا تشمل جميع افراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه.

و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن افادة المدعى.

فى يده) اى فى يد المشترى.

(ف) ان قلت: عدم رده يستلزم تحمل المشترى للعيب السابق.

قلت: (انه ليس تحمل البائع له) اى للمتاع (ب) سبب (العيب السابق اولى من تحمل المشترى له) اى للمتاع (للعيب الحادث).

فان الامر دائر بين ان نحمل البائع المتاع مع عيبه الحادث عند المشترى و بين ان نحمل المشترى المتاع مع عيبه الحادث عند البائع و ليس تحميل البائع اولى من تحميل المشترى (هذا) غاية ما يقال فى وجه انه اذا نسى العبد الكتابة، او نسيت الدابة الطحن، سقط حق المشترى فى ارجاعهما بالعيب السابق.

(و لكن) فيه نظر، اذ (المرسلة لا تشمل جميع افراد النقص) فان الظاهر منها نقص العين لا نقص الصفة (مثل نسيان الدابة للطحن، و شبهه) اذ يصدق عرفا ان يقال: ان الدابة و العبد قائمان بعينهما، و ان نسيا الكتابة و الطحن.

(و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن افادة المدعى) فلا يشمل مثل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۱

لان المرجع بعد عدم الاولوية من احد الطرفين الى اصالة ثبوت الخيار و عدم ما يدل على سقوطه، غاية الامر انه لو كان الحادث عيبا كان عليه الارش للبائع، اذا رده، كما اذا تقايلا او فسخ احدهما بخياره

نسيان الكتابة و الطحن (لان المرجع بعد عدم الاولوية من احد الطرفين) الّذى بينه بقوله «فانه ليس تحمل البائع .. الخ» (الى اصالة ثبوت الخيار) فانه قبل حدوث العيب الجديد، كان للمشترى الخيار فى رد المبيع للعيب السابق، فاذا شك فى بقاء الخيار- لاجل حدوث عيب جديد- كان الاستصحاب يقتضى بقاء الخيار.

(و) ذلك ل (عدم ما يدل على سقوطه) اى سقوط الخيار، حتى يكون دليلا رافعا للاستصحاب.

ان قلت: كيف يقبل البائع الدابة التى اصبحت عرجاء عند المشترى و الحال ان الدابة الصحيحة الرجل قيمتها مائة و العرجاء قيمتها عشرون مثلا.

قلت: (غاية الامر انه لو كان الحادث) عند المشترى (عيبا) يوجب نقص القيمة- كما مثلتم- (كان عليه) اى على المشترى (الارش للبائع، اذا رده) بان يدفع إليه ثمانين فى مفروض المثال، و يكون حال ذلك (كما اذا تقايلا) بدون اخذ المشترى بالخيار، فانه لا اشكال فى صحة التقايل بعد ان تعيب عيبا جديدا عند المشترى.

و من المعلوم: انه بعد التقايل يلزم على المشترى ان يتدارك النقص الّذى حدث عنده (او فسخ احدهما بخياره) اى بمقتضى الخيار الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۲

بعد تعيب العين.

اما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب ارشا، بل يرده، لان النقص حدث فى ملكه

كان له- كخيار الحيوان او خيار الشرط او خيار المجلس- (بعد تعيب العين) كما اذا صارت عرجاء فى الثلاثة، فانه اذا كان التعيب من المشترى، كان ضامنا، فاذا فسخ او فسخ البائع رد المتاع و اخذ البائع من المشترى الارش، لان العيب مضمون على المشترى.

(اما مثل نسيان الصنعة و شبهه) كنسيان الدابة الطحن (ف) اذا رد الدابة او العبد المشترى (لا يوجب ارشا) عليه، بان يعطى التفاوت بين قيمتى المتذكر للصنعة، و الناسى لها الى البائع (بل) للمشترى ان (يرده) بلا ارش- فيما اذا نسى الصنعة-.

و انما لا يجب عليه الارش (لان النقص حدث فى ملكه) اى ملك المشترى، لان المفروض ان الدابة نسيت الطحن حينما كانت مملوكة للمشترى، فاذا رد الدابة الى المالك فقد ردها كاملة، و الثمن كان بإزاء الدابة، لا بإزاء الدابة و الصنعة معا.

و انما زادت قيمة الدابة اذا كانت طاحنة لاجل الداعى، لا ان الثمن فى مقابل الصنعة.

و الحاصل ان الصنعة لا تقابل بالثمن، ففقد انها لا يوجب ارشا للبائع اذا ردها المشترى بسبب العيب القديم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۳

و انما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزء التالف، فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله.

نعم

(و) ان قلت: اذا کـان نقص الصـفة لاـ یوجب ارشـا علی المشتری للبـائع اذا رد المشتری المتـاع بـالعیب السابق، فلما ذا تقولون بانه اذا تعیب عیبا جدیدا کان اللازم علی المشتری ان یعطی ارشا للبائع اذا رد المتاع
مثلا کانت عرجاء، ثم صارت عنـد المشتری عمیاء، فانکم تقولون یرجعها و یعطی التفاوت بین قیمتی البصـیرة و العمیاء، مع ان ذهاب وصف الصحة کان فی ملک المشتری، کذهاب وصف الطحن فی المثال السابق.
قلت: (انما یضـمن) المشتری (وصف الصحة) فاذا ردها لزم علیه ان یعطی الارش (لکونه) ای وصف الصـحة (کالجزء التالف، فیرجع البائع بعـد الفسـخ ببـدله) ای بـدل وصف الصـحة، فان الانسان اذا اشتری دابة بمائة، کانت المائة فی الحقیقة موزعة علی اجزاء الدابة، فمقابـل عینهـا مثلاـ خمسـة دراهم، فـاذا ذهبت عین الدابـة، و اراد المشـتری ردّ الدابـة لزم علیه ان یرد خمسـة دراهم مع الدابـة، لاـن المشتری انما ردّ بعض المبیع، لا کل المبیع.
(نعم) هـذا اسـتثناء من اشـکاله علی العلامـة بقوله: «و الوجه المذکور فی التذکرة الخ» فان العلامة اسـتدل لعدم الخیار بتعارض تحمل المشتری للعیب القـدیم، و تحمل البائع للعیب الجدید و اشـکل علیه المصـنف بان تعارض التحملین یوجب التساقط، و یکون المرجع اصالة
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۴
لو علل الرد بالعیب القدیم بکون الصبر علی المعیب ضـررا امکن ان یقال ان تدارک ضرر المشتری بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر علی العیب الحادث، مما لا یقتضیه قاعدة: نفی الضرر.

الخیار الثابت قبل العیب الجدید.
و الآن یرید المصنف ان یبین ان العلامة لو کان یستدل للخیار «بلا ضرر المشتری» لم یرد علیه اشکالنا.
اذ یتساقط حینئذ: لا ضرر البائع الناشئ من العیب الجدید، و لا ضرر المشتری الناشئ من العیب القدیم.
فالمرجع اصالة لزوم العقد، فانه (لو علل الرد بالعیب القدیم یکون الصبر) ای صبر المشتری (علی المعیب) بالعیب القدیم (ضررا) علی المشتری (امکن ان یقال) بتعارض الضررین، فالمرجع اصالة لزوم العقد
و ذلک ل (ان تـدارک ضـرر المشتری بجواز الرد) ای حتی لا یتضـرر المشتری بسـبب العیب القدیم (مع تضـرر البائع) اذا رد (بالصبر علی العیب الحادث، مما لا یقتضیه قاعدة: نفی الضرر).
فان: لا ضرر، انما یتمشی اذا لم یستلزم ضررا علی انسان آخر، و الا لم تجر قاعدة: لا ضرر.
أولا: لانه حکم امتنائی، و الحکم الامتنائی انما یکون علی الکل، لا علی انسان دون انسان.
و ثانیا: لانه اذا تعارض مصـداقان من قاعدة واحدة، کان المرجع عدم شـمول تلک القاعدة لذین المصداقین، اذ لا تشـملهما، لانه غیر ممکن
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۵
لکن العمدة فی دلیل الرد هو النص، و الاجماع.
فاستصحاب الخیار عند الشک فی المسقط، لا بأس به.
الا ان الانصاف ان المستفاد من التمثیل فی الروایة بالصبغ و الخیاطة هو اناطة الحکم بمطلق النقص.

و لا تشمل احدهما لانه ترجیح بلا مرجح.

(لکن) التعارض و التساقط و الرجوع الی اصالة اللزوم انما هو فرع کون دلیل خیار المشتری منحصرا فی قاعدة: لا ضرر، و الحال انه لیس کذلک، بل (العمدة فی دلیل الرد) ای ردّ المشتری (هو النص) المتقدم عن جمیل (و الاجماع) المتقدم حکایته عن بعض (فاستصحاب الخیار عند الشک فی المسقط) فانه نشک فی انه هل سقط خیار المشتری عند ما تعیب المبیع بعیب جدید، أم لم یسقط خیاره؟ (لا بأس به).

منتهی الامر انّ علی المشتری الارش للعیب الجدید، کما تقدم.

(الا ان الانصاف ان) القول بحق المشتری فی الرد فی بعض اقسام العیب، لان ذلک العیب غیر مشمول لمرسل جمیل، و لا لدلیل العلامة حیث اشرنا الی القول بحق المشتری عند قولنا «لکن المرسلة ... الخ، و الوجه المذکور فی التذکرة ... الخ» غیر تام، بل اللازم ان نقول بانه لا حق للمشتری فی الرد فیما اذا نسی العبد الکتابة او نسیت الدابة الطحن، لان (المستفاد من التمثیل فی الروایة) ای روایة جمیل (بالصبغ و الخیاطة هو اناطة الحکم) ای حکم عدم الرد عند التصرف فی المبیع (بمطلق النقص).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۶

توضیح ذلک ان المراد بقیام العین هو ما یقابل الاعم من تلفها و تغیرها علی ما عرفت من دلالة ذکر الامثلة علی ذلک. لکن

فکلما حدث فی المبیع المعیب نقص- ایّ نقص کان- منع ذلک النقص من رده بالعیب القدیم، و انما یبقی للمشتری حق الارش.

(توضیح ذلک) الّذی ذکرنا «بان المستفاد من التمثیل مطلق النقص» (ان المراد بقیام العین) الّذی شرطته الروایة لجواز الرد (هو ما یقابل الاعم من تلفها و تغیرها) فاذا تلفت او تغیرت لم تکن العین قائمة، فلا یحق للمشتری الرد، و التغیر یشمل کل نقص، فیشمل مثل نسیان العبد و الدابة.

هذا حاصل ما استدل به و هو مرکب من کبری و صغری و صورة القیاس هکذا «العین لا ترد اذا تغیرت» «و التغیر یشمل کل نقص» «فالعین لا ترد اذا حصل ای نوع من النقص».

و من المعلوم ان نسیان الدابة و العبد نوع من النقص.

ثم انه استدل المصنف لشمول «عدم قیام العین» ل «کل انواع التغیر» بقوله: (علی ما عرفت) قبل سطر (من دلالة ذکر الامثلة) بالصبغ و الخیاطة (علی ذلک) ای علی ان کل تغیر موجب لاسقاط الرد، فان صبغ الثوب و نسیان العبد للکتابة من واد واحد عرفا، فاذا کان الصبغ مسقطا للرد کان النسیان مسقطا أیضا.

(لکن) ینبغی التنبیه علی امر خارج عن المبحث، فان المبحث هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۷

المراد من التغیر هو الموجب للنقص، لا الزیادة، لان مثل السمن لا یمنع الرد قطعا.

و المراد بالنقص هو الاعم من العیب الموجب للارش فان النقص الحاصل بالصبغ و الخیاطة انما هو لتعلق حق المشتری بالثوب من جهة الصبغ و الخیاطة و هذا لیس عیبا اصطلاحیا.

عبارة عن شمول «عدم قیام العین لکل تغیر» و الامر الخارج هو ان (المراد من التغیر هو الموجب للنقص) فی العین (لا الزیادة، لان مثل السمن لا یمنع الرد قطعا).

لکنک قد عرفت اشکالنا فی هذا الکلام عند قول المصنف «نعم قد یتوهم شموله لما یقابل للزیادة».

(و المراد بالنقص هو الاعم من العیب الموجب للارش) و العیب الّذی لا یوجب الارش.

و انما نقول ان المراد بالنقص هو الاعم (فان النقص الحاصل بالصبغ و الخیاطة) لیس نقصا اصطلاحیا مع انه مثل بهما فی الروایة، بل النقص الحاصل بهما (انما هو لتعلق حق المشتری بالثوب من جهة الصبغ و الخیاطة) اذ المشتری زاد فی قیمة الثوب بفعله، فان الثوب قبل الخیاطة یسوی عشرة مثلا، و الحال یسوی عشرین، و کذلک النسبة بین الثوب المصبوغ و غیر المصبوغ (و هذا) التعلق لحق المشتری (لیس عیبا اصطلاحیا) فان العیب الاصطلاحی هو النقیصة و هاهنا شرکة، و الشرکة:

لا یقال لها عیب، و اذا تحقق ان المراد بالنقص کل عیب شمل مثل نسیان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۸

و دعوی اختصاصه بالتغیر الخارجی الّذی هو مورد الامثلة، فلا یعم مثل نسیان الدابة للطحن، یدفعه ان المقصود مجرد النقص مع انه اذا ثبت الحکم فی النقص الحادث و ان لم یکن عیبا اصطلاحیا ثبت فی المغیر و غیره

الدابة و العبد، فلا یقال ان النسیان لیس نقصا خارجیا.

و الحاصل: انا نفهم من امثلة الروایة: کل نقص، و علیه فیشمل النقص مثل نسیان الدابة و العبد.

(و) ان قلت: النقص یطلق علی ثلاثة اقسام.

الاول: النقص بمعنی تلف شیء من المبیع، مثل ان تکسر رجله.

الثانی: النقص بمعنی التغیر الخارجی، مثل صبغ الثوب.

الثالث: النقص بمعنی کل نقیصة و لو مثل نسیان الدابة.

فاذا علمنا ان النقص اعم من الاوّل نتعدی الی النقص بالمعنی الثانی، اما المعنی الثالث فهو بعید فلا یشمل النقص مثل نسیان الدابة.

قلت: (دعوی اختصاصه) ای اختصاص النقص (بالتغیر الخارجی الّذی هو مورد الامثلة) فی الروایة ای الصبغ و الخیاطة (فلا یعم) النقص (مثل نسیان الدابة للطحن) و نسیان العبد للکتابة.

ف (یدفعه ان المقصود) حسب الفهم العرفی من امثلة الروایة (مجرد النقص) و ان لم یکن مغیرا، و لذا لا نشک بان العرف یری نسیانه نقصا اذا اطلع علی ان الشرکة بسبب الصبغ و الخیاطة نقص.

هذا (مع انه اذا ثبت الحکم فی النقص الحادث و ان لم یکن عیبا اصطلاحیا، ثبت فی) النقص (المغیر) کالصبغ (و غیره) کنسیان الدابة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۳۹

للقطع بعدم الفرق.

فان المحتمل هو ثبوت الفرق فی النقص الحادث بین کونه عیبا اصطلاحیا لا ـ یجوز ردّ العین الا ـ مع ارشه، و کونه مجرد نقص لا یوجب ارشا کنسیان الکتابة و الطحن.

اما الفرق فی افراد النقص غیر الموجب للارش بین مغیر العین حسّا و غیره فلا مجال لاحتماله.

(للقطع بعدم الفرق) بین هذه الاقسام من النقص.

(ف) انما نقطع بعدم الفرق، ل (ان المحتمل هو ثبوت الفرق فی النقص الحادث بین کونه عیبا اصطلاحیا لا ـ یجوز ردّ) المشتری (العین) الی المالک (الا مع ارشه) مثل کسر رجل الدابة (و کونه مجرد نقص لا یوجب ارشا کنسیان الکتابة و الطحن) فی العبد و الدابة، و انما کان هذا الفرق محتملا للتفاوت فی الارش، بان یقال فرق بین العیب الموجب للارش، و العیب غیر الموجب للارش.

و انما لا یوجب نسیان الکتابة و الطحن ارشا، لما سبق من ان الثمن یقابل بالعین، لا بمثل هذه الصفات، فهذه الصفات لا ارش لها.

(اما الفرق فی افراد النقص غیر الموجب للارش بین مغیر العین حسّا) کصبغ الثوب (و غیره) کنسیان الدابة و العبد، بان یقال فی مثل

الصبغ لا یرد، اما فی مثل النسیان یردّ (فلا مجال لاحتماله) لان هذین النقصین من واد واحد، فان اوجب احدهما حکما اوجب الثانی نفس ذلک الحکم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۰

ثم ان ظاهر المفید فی المقنعة المخالفة فی اصل المسألة و ان حدوث العیب لا یمنع من الرد، لکنه شاذ علی الظاهر.

ثم مقتضی الاصل عدم الفرق فی سقوط الخیار بین بقاء العیب الحادث و زواله، فلا یثبت بعد زواله لعدم الدلیل علی الثبوت بعد

و الحاصل ان کسر رجل الدابة، و صبغ الثوب، و نسیان العبد للکتابة کلها من واد واحد، فاذا حدثت احدی هذه الامور فی المبیع الّذی کان معیبا عند البائع- مما اوجب خیار المشتری فی الرد- اسقط هذا العیب الحادث: الرد بالعیب القدیم.

(ثم ان ظاهر المفید) «ره» (فی المقنعة المخالفة فی اصل المسألة و) ذلک لانه قال: (ان حدوث العیب) فی المبیع عند المشتری (لا یمنع من الرد) بالعیب القدیم (لکنه شاذ علی الظاهر) الّذی نجده فی کلمات الفقهاء.

(ثم مقتضی الاصل) ای عدم استصحاب الخیار للمشتری هو (عدم الفرق فی سقوط الخیار) سقوطا بالعیب الجدید (بین بقاء العیب الحادث و زواله).

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۳، ص: ۱۴۰

فاذا اشتری عبدا معیبا، و کان للمشتری حق خیار الفسخ، ثم نسی العبد الکتابة، فسقط خیار المشتری برده، ثم تذکر الکتابة کان مقتضی الاصل ان المشتری لا حق له فی الرد بعد ان سقط خیاره (فلا یثبت) الخیار من جدید (بعد زواله لعدم الدلیل علی الثبوت) للخیار (بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۱

السقوط.

قال فی التذکرة عندنا: ان العیب المتجدد مانع عن الرد بالعیب السابق، سواء زال أم لا؟ لکن فی التحریر لو زال العیب الحادث عند المشتری، و لم یکن بسببه، کان له الردّ و لا ارش علیه، انتهی.

و لعل وجهه ان الممنوع هو رده معیبا لاجل تضرر البائع و ضمان المشتری لما یحدث، و قد انتفی الامران.

السقوط) و بهذا افتی العلامة فی بعض کتبه.

(قال فی التذکرة عندنا: ان العیب الحادث مانع عن الرد بالعیب السابق، سواء زال) العیب الجدید (أم لا؟ لکن) العلامة افتی (فی التحریر) بان العیب الجدید اذا زال کان للمشتری حق الرد.

فقال: (لو زال العیب الحادث عند المشتری، و لم یکن) العیب (بسببه کان له الرد) بعد زوال العیب و ذلک لمکان العیب القدیم (و لا ارش علیه) لانه یرده کاملا غیر منقوص، فلما ذا یکون علیه ارش عیب قد زال؟

(انتهی) کلام العلامة.

(و لعل وجهه) ای وجه ان له حق الرد بعد زوال العیب (ان الممنوع هو رده معیبا).

و ذلک (لاجل تضرر البائع) بالمعیب عیبا جدیدا (و) لاجل (ضمان المشتری لما یحدث) فاذا ضمن المشتری العیب لم یکن له ارجاع

ما ضمنه، (و قد انتفی الامران) و هما التضرر و الضمان، بعد ان زال العیب.

و انما قال العلامة: «و لم یکن بسببه» لانه اذا کان العیب الجدید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۲

و لو رضـی البـائع برده مجبورا بالارش او غیر مجبور جاز الرد، کما فی الـدروس و غیره، لان عـدم الجواز، لحقّ البائع، و الا فمقتضـی قاعدة خیار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العیب غایة الامر ثبوت قیمة العیب.

و انما منع من الردّ هنا للنص و الاجماع او للضرر.

بسبب المشتری، کان ذلک تصرفا من المشتری، و قد تقدم ان تصرف المشتری فی المعیب یسقط الخیار.

(و لو رضی البائع برده) ای المعیب بالعیب الجدید (مجبورا بالارش) ای الارش الّذی یعطیه المشتری للبائع بسبب عیبه الجدید (او غیر مجبور) بان قبل البائع ان یفسخ المشتری بـدون ان یعطی المشتری ارش العیب الجدیـد (جاز الرد، کما فی الدروس و غیره، لان عدم الجواز) ای عدم جواز ردّ المشتری اذا عاب بالعیب الجدید، انما هو (لحق البائع) فاذا اسقط البائع حقه سقط.

و الحاصـل ان عـدم الارجـاع حقّ، لا ـ حکم (و الا ـ فمقتضـی قاعـدة خیار الفسـخ) ای خیار المشتری فی الفسخ بالعیب القـدیم (عـدم سقوطه) ای الخیار (بحـدوث العیب) عنـد المشتری (غایـة الامر ثبوت قیمـة العیب) الجدید علی المشتری، اذا اراد ان یرده، و قد عاب عنده.

(و انما منع من الردّ هنا) بعد ان عاب بعیب جدید عند المشتری (للنص و الاجماع او للضرر) علی البائع بان یسترد المعیب.

و من المعلوم ان النص و الاجماع انما هما فیما اذا ابی البائع من الاسترداد، و الضرر اذا اقدم علیه البائع بنفسه لم یکن مانعا من الرد،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۳

و مما ذکرنا یعلم ان المراد بالارش الّذی یغرمه المشتری عند الرد قیمة العیب، لا الارش الّذی یغرمه البائع للمشتری عند عدم الرد.

لان العیب القدیم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان الید.

اذ لا یشمله دلیل: لا ضرر.

(و مما ذکرنا) بقولنا «غایـة الامر ثبوت قیمة العیب» (یعلم ان المراد بالارش الّذی یغرمه المشتری عند الرد) و غرامة القیمة لاجل العیب الحادث (قیمة العیب) سواء کان اغلی من الثمن، او مساویا له، او اقل منه، لانه ضامن لهذا العیب.

فاللازم ان یـدفع قیمته (لا الارش الّذی یغرمه البائع للمشتری عند عدم الرد) فان الارش هنا تفاوت ما بین الصـحیح و المعیب، لکن مع نسبته الی الثمن المسمی، لا القیمة الواقعیة.

و انما کان فرق بین الارش هنا و بین الارش هناک.

(لان العیب القـدیم مضـمون بضـمان المعاوضـة) ای ما تبانیا علیه من القیمـة، فاذا کان هناک عیب نقص العیب من الثمن بالنسبـة (و الحادث مضمون بضمان الید) و ضمان الید انما یکون بالنسبة الی القیمة الواقعیة

مثلا: اذا کان شـیء قیمته الواقعیـة عشـرة و قیمته البنائیـة عشـرون، و کان العیب القـدیم ینقص منه العشـر، و العیب الجدیـد ینقص منه العشـر فان البائع یلزم ان یعطی للمشتری دینارا حسب القیمة الواقعیة، اما المشتری فیلزم ان یعطی للبائع دینارین حسب القیمة البنائیة، و بالعکس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۴

ثم ان صریح المبسوط انه لو رضی البائع باخذه معیوبا لم یجز مطالبته بالارش.

و هذا احد المواضع التى اشرنا فى اوّل المسألة الى تصريح الشيخ فيها بان الارش مشروط باليأس من الرد.

و ينافيه اطلاق الاخبار بأخذ الارش.

فى العكس، و هكذا.

(ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع باخذه معيوبا لم يجز مطالبته بالارش) اى لم يجز للمشترى ان يلتزم بالبيع و يطالب البائع بارش المعيب.

و الحاصل انه ليس الاختيار بيد المشترى حتى اذا شاء ردّ و اذا شاء قبل البيع و اخذ الارش، بل لو قال المالك: رد ايها المشترى على البضاعة لزم على المشترى ان يردها، و ان لا يطالب بالإبقاء و الارش.

(و هذا) الّذى ذكره الشيخ فى المبسوط (احد المواضع التى اشرنا فى اوّل المسألة الى تصريح الشيخ فيها بان الارش مشروط باليأس من الرد) خلافا للمشهور الذين يقولون بانه يخير المشترى بين الرد و الارش تخييرا مطلقا- اى سواء يأس من الردّ، أم لا-.

(و ينافيه) اى ينافى كلام المبسوط (اطلاق الاخبار بأخذ الارش) مما يدل على انه للمشترى حق اخذ الارش و ان رضى البائع بالرد للسلعة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۵

تنبيه: ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع.

و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة ان التعدد المتصور فيه التبعض اما فى احد العوضين، و اما فى البائع، و اما فى المشترى.

فالاول كما اذا اشترى شيئا واحدا او شيئين بثمن واحد.

(تنبيه: ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب) الجديد (المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع) فاذا كان الرد مستلزما لتبعض الصفقة لم يصح الرد، و انما كان للمشترى اخذ الارش فقط، ان كان للعيب ارش و الا فلا ارش، كما لا ردّ أيضا.

(و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة ان التعدد) اى التوزع الى اثنين او اكثر (المتصور فيه) اى فى ذلك التعدد (التبعض) للصفقة على ثلاثة اقسام.

لان التبعض (اما فى احد العوضين) و هو المثمن او الثمن (و اما فى البائع) بان يتعدد البائع (و اما فى المشترى) بان يتعدد المشترى.

(فالاول كما اذا اشترى شيئا واحدا او شيئين) مثل دار و بستان (بثمن واحد) مقابل كليهما، لانه قد يكون هناك بيعان فى صيغة واحدة مثلا: يقول: الدار بالف و البستان بثمانمائة، ثم يقول: بعتهما بكذا، حتى يكون فى الحقيقة بيعان، لا بيع واحد، و انما الصيغة واحدة و قد يكون بيع واحد ذا اجزاء فى المثمن، كما اذا قال الدار و البستان معا بكذا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۶

و من المعلوم ان كونهما بيعين او بيعا واحدا يختلف بالقصد.

نعم فى مثل النكاح لامرأتين او الطلاق لهما، لا يكون الا معاملتين، فاذا قصد الوحدة بطل.

فاذا قال: انكحتك بنتى و اختى، و قصد نكاحا واحدا لهما- حتى يكون من قبيل بيع واحد لذى اجزاء- بطل النكاح رأسا، لان الشارع لم يجعل نكاحا واحدا لامرأتين، و هكذا فى الطلاق.

و عليه فاذا كانت احدى المرأتين معيبة بالعيوب الموجبة للفسخ، لا يحق للزوج ردهما بفسخ نكاحهما، بل له فسخ نكاح المعيبة فقط، كما اذا طلقهما بصيغة واحدة، ثم ظهر ان إحداهما غير جامعة لشرائط الطلاق، لم يبطل الطلاق بالنسبة الى الجامعة للشرائط، كما لا

یخفی انه لا یصح- احیانا- عقد ان فی عقد، بل هناک عقد واحد حتی ان قصد التعدد مبطل له، کما اذا باع حیوانا و قصد ان یده بکذا، و راسه بکذا بان قصد تعدد البیع فی صیغة واحدة، اذ الشارع لم یعتبر مثل هذا البیع، مع احتمال انه یصح، لاطلاق ادلة العقود و التجارة و الشارع لم ینه عنه.

نعم لا اشکال فی عدم صحة التعدد فی النکاح لامرأة واحدة او طلاق امرأة واحدة، بان یقصد عقدا علی رأسها و عقدا علی یدها، و هکذا.

و بناء علی ما ذکرنا فالاقسام ثلاثة.

الاول: ما یمکن الوحدة و التعدد فی عقد واحد.

الثانی: ما لا یمکن الا الوحدة فیه.

الثالث: ما لا یمکن الا التعدد فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۷

من بائع واحد فظهر بعضه معیبا.

و کذا لو باع شیئا بثمن فظهر بعض الثمن معیبا.

و الثانی کما اذا باع اثنان من واحد شیئا واحدا، فظهر معیبا، و اراد المشتری ان یرد علی احدهما نصیبه دون الآخر.

و منه یظهر انه لو اشتری حیوانا و غیر حیوان فی صفقة واحدة، فان اراد عقدین فی عقد واحد، فلا اشکال فی صحة رد الحیوان فی الثلاثة و عدم صحة ردّ غیر الحیوان، و ان اراد عقدا واحدا فهل یصح ردهما أو لا- یصح اصلا او یصح رد الحیوان دون غیره؟ احتمالات و المسألة تحتاج الی التفصیل لکنا اردنا الالماع الی اصل المسألة لتوضیح معنی المتن «بثمن واحد».

فعلیه اذا اشتری شیئا واحدا او شیئین بثمن واحد (من بائع واحد فظهر بعضه معیبا) فانه تبعیض فی المثمن.

(و کذا لو باع شیئا بثمن) واحد ذی اجزاء کما اذا باعه بدینارین فظهر احد الدینارین معیبا.

اما اذا کان الثمن ذا جزء واحد فقط، کما اذا کان الثمن دینارا واحدا فظهر بعضه معیبا، فهذا لا یسمی ان بعضه معیب، بل کله معیب، کما لا یخفی (فظهر بعض الثمن معیبا) فانه تبعیض فی الثمن.

(و الثانی) و هو التبعیض فی البائع (کما اذا باع اثنان من واحد شیئا واحدا، فظهر) ذلک الشیء (معیبا، و اراد المشتری ان یرد علی احدهما نصیبه) من المثمن (دون الآخر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۸

و الثالث: کما اذا اشتری اثنان من واحد شیئا، فظهر معیبا فاختار احدهما الردّ دون الآخر.

و الحق بذلک الوارثان لمشتری واحد للمعیب.

کما اذا اشتری زید دارا علی الاشاعة من اخوین و رثاها، فظهرت الدار معیبة، و اراد المشتری ان یرد نصفها علی احدهما.

(و الثالث) و هو التبعض فی المشتری (کما اذا اشتری اثنان من واحد شیئا، فظهر) المبیع (معیبا، فاختار احدهما الردّ دون الآخر) فانه یستلزم التبعض فی المشتری، و ذلک فیما اذا لم یکن بیعان فی ضمن عقد واحد، و الا فلیس ذلک من تبعض المشتری، اذ حال البیع حینئذ حال بیعین مستقلین، منتهی الامر انّ الصیغة واحدة.

(و الحق بذلک) ای التبعض فی المشتری (الوارثان لمشتری واحد للمعیب).

کما اذا اشتری زید من عمرو دارا، ثم مات زید و ورثه ابناه و کانت الدار معیبة فاراد احد الوارثین رد المعیب، و اراد الآخر عدم رده-

و ذلک لان الخیار یورث- فانه من باب التبعض فی المشتری، لکن فیه تأمل لا یخفی.

و مثله ما لو باعه المشتری الواحد لشخصین فاراد احدهما الرد دون الآخر.

و من قبیل تبعض البائع ما لو ورث البائع اثنان، فاراد المشتری ان یرد علی احدهما دون الآخر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۴۹

و اما التعدد فی الثمن بان یشتری شیئا واحدا بعضه بثمن، و بعضه الآخر بثمن آخر، فلا اشکال فی کون هذا عقدین، و لا اشکال فی جواز التفریق بینهما.

اما الاول فالمعروف انه لا یجوز التبعیض فیه من حیث الردّ، بل الظاهر المصرّح به فی کلمات بعض الاجماع علیه.

(و اما التعدد فی الثمن بان یشتری شیئا واحدا بعضه بثمن، و بعضه الآخر بثمن آخر).

و لو کان البیعان فی ضمن صیغة واحدة (فلا اشکال فی کون هذا عقدین) کما تقدم (و لا اشکال فی جواز التفریق بینهما) بان یرد المشتری احدهما دون الآخر، و کذلک العکس بان یبیع شیئین بثمن واحد، لکن باعتبار ان کل شیء بنصف الثمن.

(اما الاول) و هو التبعض فی احد العوضین (فالمعروف انه لا یجوز التبعیض فیه من حیث الردّ) بان یردّ بعض المبیع، دون بعض مثلا (بل الظاهر) عند التتبع (المصرّح به فی کلمات بعض) الفقهاء (الاجماع علیه).

و استدل علیه بانه نقص، و انه ضرر، و انه خلاف بعض الروایات، و انه لا مقتضی للخیار، لان الخیار بالنسبة الی الکل، لا بالنسبة الی کل بعض، بالإضافة الی الاجماع المذکور.

فهذه ادلة خمسة استدلوا بها علی عدم الخیار بالنسبة الی البعض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۰

لان المردود ان کان جزاء مشاعا من المبیع الواحد فهو ناقص من حیث حدوث الشرکة.

و ان کان معینا فهو ناقص من حیث حدوث التفریق فیه و کل منهما نقص یوجب الخیار لو حدث فی المبیع

(لان المردود) اما جزء مشاع، کما لو اشتری دارا ثم اراد رد نصفها المشاع، او جزء مفروز کما لو اراد رد نصف الدار الواقع فی طرف الشرق مثلا.

ف (ان کان جزاء مشاعا من المبیع الواحد) الّذی جری علیه بیع واحد (فهو ناقص من حیث حدوث الشرکة) اذ الشرکة نقص، فلا یحق للمشتری ان یرد المتاع الناقص الی البائع، فان ظاهر ادلة الرد بالخیار هو رد الکامل الّذی اخذه، لا رد الناقص.

(و ان کان) المردود جزءا (معینا فهو ناقص من حیث حدوث التفریق فیه) فان العرف کثیرا ما یرید معیة الاجزاء، بحیث یرون تفریقها نقصا، و هذا المقدار کاف فی تحقق النقص، و ان لم یکن بالنسبة الی هذا البیع الخاص نقصا، کما اذا باعه کتابین لا یرتبط احدهما بالآخر فانه لا- یحق للمشتری ردّ احدهما فقط، و ان لم یکن ذلک نقصا بالنسبة الی هذا البائع، کما انه اذا کان البیض المشتری فیه الدم، کان للمشتری الحق فی رده بخیار العیب، و ان لم یکن ذلک نقصا بالنسبة الی هذا المشتری لانه لا یریده للاکل و انما یریده لاجل دواء، او ما اشبه (و کل منهما) ای الشرکة و التفریق (نقص یوجب الخیار لو حدث فی المبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۱

الصحیح.

فهو اولی بالمنع عن الرد من نسیان الدابة الطحن.

و هذا الضرر و ان امکن جبره بخیار البائع، نظیر ما اذا کان بعض الصفقة حیوانا فرده المشتری بخیار الثلاثة.

الصحیح) و العیب هنا لا یوجب تفاوتا فی الحکم، فاللازم ان نقول بعدم جواز الرد، اذ لا فرق فی ان یکون النقص المانع من الردّ قبل الردّ، او یحصل النقص بنفس الرد، فان المانع هو ان یصل الی ید البائع ناقصا و ذلک یحصل حتی اذا کان النقص بنفس الرد.

(فهو) ای هذا النقص (اولی بالمنع عن الرد من نسیان الدابة الطحن) و العبد الکتابة، لان النسیان لا یوجب شرکة و تفرقة، فان العبد و الدابة یرجعان الی المالک کاملین و نقص الشرکة و التفرقة اهم فی نظر العرف من نقص النسیان، و اذا کان النسیان یوجب سقوط الرد فالشرکة و التفرقة اولی بمنعهما من الرد.

(و) ان قلت: ان هذا النقص یمکن جبره بخیار البائع بان یکون للمشتری الرد، و لکن یکون للبائع خیار ابطال البیع لهذا النقص الجدید اعنی الشرکة و التفرقة.

قلت: (هذا الضرر و ان امکن جبره بخیار البائع، نظیر ما اذا کان بعض الصفقة حیوانا) کما اذا باعه حیوانا و متاعا صفقة واحدة (فرده) ای الحیوان (المشتری بخیار الثلاثة) فان هذا الرد یوجب نقصا بالتفرقة فی المثمن علی البائع، و ذلک یوجب ان یکون للبائع خیار فسخ البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۲

الا انه یوجب الضرر علی المشتری، اذ قد یتعلق غرضه بامساک الجزء الصحیح.

و یدل علیه النص المانع عن الرد بخیاطة الثوب و الصبغ فان المانع فیهما لیس الا حصول الشرکة فی الثوب بنسبة الصبغ و الخیاطة لا مجرد تغیر الهیئة، و لذا لو تغیر بما یوجب

بارجاع الکل- و هو الحیوان و المتاع- الی نفسه (الا انه) ای خیار البائع (یوجب الضرر علی المشتری) فیشمل المشتری دلیل: لا ضرر (اذ قد یتعلق غرضه) ای غرض المشتری (بامساک الجزء الصحیح) و علیه فیسقط خیار البائع- بارجاع الکل الی نفسه- بلا ضرر المشتری، فیبقی کون رد البعض ضررا علی البائع سلیما، فلا ردّ للمشتری علی البائع.

(و یدل علیه) ای علی ان نقص الشرکة و التفریق ضرر یسقط الرد علی البائع (النص المانع عن الرد) للمتاع الی البائع، اذا کان النقص حاصلا (بخیاطة الثوب و الصبغ).

وجه الدلالة (فان المانع) عن الرد (فیهما) ای فی الصبغ و الخیاطة (لیس الا حصول الشرکة) بین البائع و المشتری (فی الثوب بنسبة الصبغ و الخیاطة) و الشرکة نقص و لذا یمنع من الرد.

ان قلت: لعل المانع من الرد فی الصبغ و الخیاطة لیس هو الشرکة بل تغیر هیئة الثوب، و التغیر لیس حاصلا فی المقام، فلا یمکن الاستدلال بالروایة فی مقامنا هذا.

قلت: (لا) ای لیس المانع (مجرد تغیر الهیئة، و لذا لو تغیر بما یوجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۳

الزیادة کالسمن لم یمنع عن الرد قطعا.

و قد یستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذکرناه مع جوابه بظهور الادلة فی تعلق حق الخیار بمجموع المبیع، لا کل جزء منه لا اقل من الشک

الزیادة کالسمن) فی الدابة (لم یمنع عن الرد قطعا) لان المفهوم من الروایة ان وجه عدم الرد فی الصبغ لیس تغیر الوصف و الهیئة حتی یشمل السمن.

(و قد يستدل) لعدم جواز التبعيض فى الثمن و المثمن (بعد رد الاستدلال) لذلك (بتبعض الصفقة بما ذكرناه) «بما» متعلق ب «الرد» (مع جوابه) «الاستدلال» هو تبعض الصفقة «و رده» هو ان تبعض الصفقة على البائع يتدارك بان يكون للبائع الخيار فى ابطال البيع «و جوابه» ان جعل الخيار للبائع ضرر على المشترى، و المستدل هو صاحب الجواهر (بظهور الادلة) اى ادلة الخيار، «بظهور» متعلق ب «يستدل» (فى تعلق حق الخيار بمجموع المبيع، لا كل جزء منه) فليس للمشترى ان يرد بعض المبيع الّذى كان معيبا، لان خيار العيب متعلق بمجموع السلعة، فاما ان يأخذها كلها او يردها كلها.

اما ان يأخذ بعض السلعة و يرد بعضها الآخر، فذلك مما لا يدل عليه دليل الخيار (لا اقل من الشك) فى انه هل ادلة الخيار تدل على تعلق الخيار بكل جزء جزء؟

فأولا: ندعى ظهور الادلة فى تعلق الخيار بالمجموع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۴

لعدم اطلاق موثوق به، و الاصل اللزوم.

و فيه مضافا الى ان اللازم من ذلك عدم جواز رد المعيب منفردا، و ان رضى البائع لان المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار فى الجزء، لا لوجود

و ثانيا: اذا رفعنا اليد عن الظهور، نقول: بانا نشك فى تعلق الخيار بكل جزء جزء و الاصل عدم الخيار هكذا (لعدم اطلاق) فى ادلة الخيار (موثوق به) «لعدم» دليل قوله «لا اقل من الشك» (و الاصل اللزوم) الا بمقدار ما خرج من الخيار الّذى هو متعلق بالمجموع.

(و فيه) أولا: ان الخيار متعلق بكل جزء جزء- و لذا اذا رضى البائع برد الجزء صح الرد-.

و ثانيا ان موضع الخيار هو الجزء المعيب اما سراية الخيار الى الجزء الصحيح فهو تطفلى، فرد الجزء المعيب لا مانع منه (مضافا الى ان اللازم من ذلك) الّذى ذكره الجواهر من عدم تعلق الخيار بكل جزء (عدم جواز رد المعيب منفردا) فيما اذا كانت السلعة ذات جزءين، جزء صحيح و جزء معيب، و اراد المشترى ان يرد المعيب فقط (و ان رضى البائع) بردّ المعيب منفردا و الحال انه لا يقول احد بعدم صحة الرد فى صورة رضا البائع.

و انما قلنا لازم كلام الجواهر ذلك (لان المنع) عن ردّ الجزء (حينئذ) اى حين كان المنع من جهة عدم اطلاق دليل الخيار (لعدم المقتضى للخيار فى الجزء) اى جزء المبيع، اذ لو لم يكن اطلاق، لم يكن مقتض (لا لوجود

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۵

المانع عنه، و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع انه لا يشك احد فى ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع، لا كل جزء.

و لذا لم يجوّز احد تبعيض ذى الخيار اجزاء ما له فيه الخيار، و لم يحتمل هنا احد رد الصحيح دون المعيب.

المانع عنه) اى عن الخيار فى الجزء- على ما ادعيناه نحن- (و) المانع (هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى) المانع (برضا البائع) لرد جزء المبيع، و «حتى» غاية لقوله «وجود المانع» (انه) مربوط بقوله «مضافا» و هذا هو الجواب الثانى ف (لا يشك احد فى ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع، لا- كل جزء) فليس كلام الجواهر ابداعا خاصا بنفسه، بل ليس الكلام هنا- و انه هل حق الخيار متعلق بالمجموع او بكل جزء- بل الكلام فى محل آخر، و هو ان محل الخيار هل هو الشيء المعيوب فقط أم الكل؟

(و لذا) الّذى ذكرناه «انه لا يشك احد» (لم يجوّز احد تبعيض ذى الخيار اجزاء ما له) اى اجزاء المبيع الّذى له (فيه الخيار، و) كذلك

(لم یحتمل هنا احد رد الصحیح دون المعیب) فیما اذا کان جزء منه صحیحا و جزء منه معیبا، و هذان ای عدم التبعیض و عدم رد الصحیح دلیلان علی ان الفقهاء لا یقولون بتعلق الخیار بکل جزء جزء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۶

و انما وقع الاشکال فی ان محل الخیار هو هذا الشیء المعیوب غایة الامر انه یجوز ردّ الجزء الصحیح معه، لئلا تتبعض الصفقة علیه، و اما لقیام الاجماع علی جواز رده، و اما لصدق المعیوب علی المجموع کما تقدم او ان محل الخیار هو مجموع ما وقع علیه العقد لکونه معیوبا و لو من حیث بعضه.

و بعبارة اخری

(و انما وقع الاشکال فی ان محل الخیار هو هذا الشیء المعیوب) فقط (غایة الامر انه یجوز ردّ الجزء الصحیح معه) ای مع الجزء المعیوب (لئلا تتبعض الصفقة علیه) ای علی المشتری، فانه ان قیل له بان یرد الجزء المعیوب فقط کان ضررا علیه، لانه یخیر حینئذ بین الابقاء و تحمل العیب، و بین ارجاع الجزء المعیوب و تبعض الصفقة علیه (و اما لقیام الاجماع علی جواز رده) ای رد الجزء الصحیح- و هذا عطف علی قوله «لئلا»- (و اما لصدق المعیوب علی المجموع کما تقدم) فیشمله ما دل علی رد المعیوب (او ان محل الخیار هو مجموع ما وقع علیه العقد) هذا عطف علی قوله «فی ان محل الخیار» (لکونه معیوبا و لو من حیث بعضه)

و الفرق بین هذا و بین قوله أو لا: «و اما لصدق المعیوب» ان فی الاول الخیار متعلق بالجزء و منه ینبعث الی الکل.

و فی الثانی الخیار ابتداءً متعلق بالکل، و علة الخیار هو الجزء المعیوب.

(و بعبارة اخری) بیان لما ذکره بقوله «فی ان محل الخیار هو.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۷

الخیار المسبب عن وجود الشیء المعیوب فی الصفقة نظیر الخیار المسبب عن وجود الحیوان فی الصفقة فی اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخیار، أم لا، بل غایة الامر ظهور النصوص الواردة فی الرد فی رد البیع الظاهر فی تمام ما وقع علیه العقد.

او ان محل الخیار» (الخیار المسبب عن وجود الشیء المعیوب فی الصفقة) هل هو (نظیر الخیار المسبب عن وجود الحیوان فی الصفقة) فیما اذا اشتری شاة و قلما بمائة، فان له الخیار فی الحیوان فقط فی الثلاثة الایام (فی اختصاصه) ای اختصاص الخیار (بالجزء المعنون بما هو سبب للخیار) «بما» متعلق ب «المعنون» ای اختصاص الخیار بالحیوان الّذی هو جزء معنون بالحیوانیة التی هی سبب الخیار (أم لا) هذا هو الشق الثانی لقوله «نظیر الخیار».

و معنی «أم لا» ان الخیار هنا لیس کخیار الصفقة التی فیها الحیوان بل هو کخیار الغبن الّذی یتعلق ابتداءً بکل الشیء المغبون.

و حیث ان الشق الاول و هو قوله «نظیر الخیار» کان موردا لان یستشکل علیه، و یقال: اذا کان الخیار هنا نظیر الخیار المسبب عن وجود الحیوان فی الصفقة، یلزم علیه ان یکون الخیار فی المعیوب فقط، لا فی کل الصفقة التی بعضها معیوب و بعضها غیر معیوب.

اجاب بقوله: (بل غایة الامر ظهور النصوص الواردة فی الرد) بسبب العیب (فی رد البیع) «فی» متعلق ب «ظهور» (الظاهر) صفة «رد البیع» (فی تمام ما وقع علیه العقد).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۸

لکن موردها المبیع الواحد العرفی المتصف بالعیب، نظیر اخبار خیار الحیوان و هذا المقدار لا یدل علی حکم ما لو انضم المعیب الی غیره، بل قد یدل- کاخبار خیار الحیوان- علی اختصاص الخیار

ففرق بين ما اذا كان فى الصفقة حيوان، او كان فى الصفقة معيب.

حيث ان فى الاول يكون المردود الحيوان فقط، و فى الثانى المردود كل المبيع، و ذلك لظهور نصوص الرد، فى رد كل المبيع.

(لكن) اذا قلنا بالشق الاول، و ان الاخبار ظاهرة فى رد كل المبيع و ليس المقام مثل ما اذا كان فى الصفقة حيوان، فاللازم ان نستثنى من ذلك صورة ما اذا كان المبيع ذا جزءين منفصلين، و كان بعض احد جزئيه معيبا دون الجزء الآخر.

كما اذا باعه ثوبا و كتابا و كانت ورقة من الكتاب معيبة فانه و ان استلزم رد كل الكتاب، لا الورقة المعيبة فقط، لكنه لا يستلزم رد الثوب أيضا، اذ الثوب ليس معيبا، و لا جزءا من المعيب.

و على هذا ف (موردها) اى مورد النصوص الحاكمة بردّ كل المبيع فيما اذا كان جزئه معيبا (المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب) مثل الكتاب الّذى فيه ورقة معيبة (نظير اخبار خيار الحيوان) التى هى خاصة بالحيوان فيما اذا كان بعض المبيع حيوانا (و هذا المقدار) اى كون موردها المبيع الواحد (لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب الى غيره) كما مثلنا فى الكتاب المعيب، و الثوب غير المعيب اصلا (بل قد يدل) هذا المقدار (- كاخبار خيار الحيوان- على اختصاص الخيار) فى مثل الكتاب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۵۹

بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه او جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى، كاحد الشيئين الّذى هو محل الكلام.

و منه يظهر عدم جواز التشبث فى المقام بقوله فى مرسلة جميل: اذا كان الشىء قائما بعينه، لان المراد بالشىء هو المعيب، و لا شك فى قيامه هنا بعينه

المعيب و الثوب (بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه) اى نفس ذلك المعيب، كالورقة المعيبة (او جزئه الحقيقى) كالكتاب الّذى هو صحيح، و لكن جزئه الحقيقى الّذى هو الورقة معيب (كبعض الثوب) مثال لما اذا كان جزئه الحقيقى معيبا (لا جزئه الاعتبارى، كاحد الشيئين الّذى هو محل الكلام) فلا خيار فى الثوب، فيما اذا كان ورق الكتاب معيبا لان الثوب جزء اعتبارى لمجموع الثوب و الكتاب الّذى وقع عليه العقد.

(و منه) اى مما ذكرنا بقولنا «بل يدل» (يظهر عدم جواز التشبث فى المقام) لاجل اثبات ان للمشترى حق ارجاع مجموع الكتاب و الثوب فى المثال- (بقوله فى مرسلة جميل: اذا كان الشىء قائما بعينه).

و وجه التشبث ان متعلق الخيار هو تمام ما وقع عليه العقد من الثوب و الكتاب و هو قائم بعينه، فللمشترى حق رد المجموع.

و انما يظهر عدم جواز التشبث (لان المراد بالشىء) فى المرسلة (هو المعيب) الّذى هو الكتاب فقط، لا مجموع الثوب و الكتاب (و لا شك فى قيامه هنا بعينه) فله ان يرد الكتاب، اما الثوب و الكتاب، فليس شيئا واحدا، و عليه فالكتاب تصدق عليه المرسلة، اما الثوب فهو خارج عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۰

و بالجملة فالعمدة فى المسألة- مضافا الى ظهور الاجماع- ما تقدم من ان مرجع جواز الردّ منفردا الى اثبات سلطنة للمشترى على الجزء الصحيح من حيث امساكه، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع.

و منع سلطنته على الردّ أوّلا، اولى.

مصداق المرسلة، فلا تدل المرسلة على رده.

(و بالجملة فالعمدة فى المسألة) اى مسألة ردّ الثوب و الكتاب معا (- مضافا الى ظهور الاجماع-) فى ان جزء الصفقة اذا كان معيبا

فللمشتری ردّ کل الصفقة (ما تقدم من ان مرجع جواز الرّد) للمعیب (منفردا) عن الجزء الصحیح (الی اثبات سلطنة للمشتری علی الجزء الصحیح من حیث امساکه) ای ان للمشتری امساک الجزء الصحیح، و رد المعیب فقط (ثم سلب سلطنته) ای المشتری (عنه) ای عن الجزء الصحیح (ب) سبب (خیار البائع) حیث انه اذا تبعضت الصفقة علی البائع کان له ابطال البیع، لئلا یتضرر بتبعض الصفقة.

(و) من المعلوم ان (منع سلطنته) ای المشتری (علی الردّ أوّلا)- فلیس له ان یمسک الجزء الصحیح او یرده، بل علیه ان یرده اذا اراد ردّ الجزء المعیب- (اولی) من ان یقال للمشتری: ان لا یرد الصحیح، و للبائع ان یسترده.

وجه الاولویة ان الشارع اراد دفع الضرر عن کل من البائع و المشتری و ذلک یتحقق، اما بان یشرع الشارع قبول الکل او رد الکل، و اما بان یشرع رد البعض، ثم یشرع استرداد البائع للبعض الآخر الّذی هو الجزء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۱

و لا اقل من التساوی فیرجع الی اصالة اللزوم.

و الفرق بینه و بین خیار الحیوان الاجماع، کما ان للشفیع ان یأخذ بالشفعة فی بعض الصفقة

الصحیح.

و من المعلوم ان تشریعا واحدا اولی و اقرب الی الحکمة من تشریعین اذا کانت نتیجة التشریعین نفس نتیجة التشریع الواحد، فتأمل (و لا اقل من التساوی) بین قسمی التشریع، بان لا نعلم هل ان الشارع شرع هکذا؟ او هکذا؟ (ف) مع التساوی (یرجع الی اصالة اللزوم) ای لزوم العقد بالنسبة الی ارجاع البعض، فان مقتضی العقد انه لا یحق للمشتری ان یرجع الکل و لا ان یرجع البعض، خرج من هذا المقتضی بالأدلّة الدالة علی ان للمشتری ان یرجع الکل- اذا کان بعض المبیع معیبا- و بقی ارجاع البعض منفردا علی اصالة عدمه.

(و) ان قلت: فلما ذا تقولون للمشتری ارجاع البعض اذا کان المبیع صفقة تشتمل علی الحیوان و غیره، حیث تقولون بان المشتری یرجع الحیوان فقط و لا یحق له ان یرجع الکل.

قلت: (الفرق بینه) ای بین ما اذا کان بعض المبیع معیبا حیث نقول بعدم جواز ارجاع المعیب منفردا (و بین خیار الحیوان) حیث نقول: بصحة ارجاع الحیوان فقط (الاجماع) و الا لکان مقتضی الاصل اللزوم أیضا، الا اذا اراد رد الکل، و ذلک (کما ان للشفیع ان یأخذ بالشفعة فی بعض الصفقة) فاذا کان زید و عمر شریکین فی دار فباع عمرو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۲

و بالجملة فالاصل کاف فی المسألة.

ثم ان مقتضی ما ذکروه من الحاق تبعض الصفقة بالعیب الحادث

حصته من الدار مع بستان له- مثلا- صفقة واحدة لخالد، فیحق لزید شریکه ان یأخذ بالشفعة بالنسبة الی حصة عمرو من الدار، مع ان الاخذ بالشفعة هنا انما یکون فی بعض الصفقة.

و ذلک لدلالة الدلیل علی صحة الاخذ بالشفعة مطلقا، سواء کان الشیء المبیع تمام السلعة او بعضها، و لا یرتبط هذا الحق بالبستان- لانه لا شفعة فیه حیث لا شرکة فیه- و خیار الحیوان من هذا القبیل فان ما دل علی ان للمشتری ارجاع الحیوان شامل لما اذا بیع الحیوان منفردا او منضما، فاذا بیع منضما کان للمشتری الحق فی ارجاع الحیوان فقط لدلیل خیار الحیوان، دون ما کان منضما مع الحیوان لعدم شمول الدلیل لتلک الضمیمة.

(و بالجملة فالاصل) الّذی ذکرناه بقولنا «یرجع الی اصالة اللزوم» (کاف فی المسألة) فلا یحق للمشتری ارجاع المعیب فقط، اذا کانت الصفقة تشتمل علی الصحیح و المعیب، و انما یحق له ارجاع الکل او امساک الکل.

(ثم ان مقتضى ما ذكروه من الحاق تبعض الصفقة) على البائع، فيما اذا اراد المشترى ردّ البعض المعيب منفردا، و امساك البعض الصحيح (بالعيب الحادث) الّذى يمنع الرد بالعيب القديم، لان تبعض الصفقة على البائع عيب- كما تقدم- فاللازم اما ان يرد المشترى الكل او ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۳

انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد كما فى التذكرة معللا بان الحق لا يعدوهما.

و هذا مما يدل على ان محلّ الخيار هو الجزء المعيب، الا انه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقى المبيع، اذ لو كان محله المجموع لم يجز رد المعيب وحده الا بالتفاسخ، و معه يجوز رد الصحيح منفردا أيضا.

يمسك الكل (انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة) بان قبل ارجاع المعيب فقط (جاز الرد) بالنسبة الى المعيب فقط (كما فى التذكرة معللا) جواز الرد حينئذ (بان الحق لا يعدوهما) فاذا رضى من له الحق فقد اسقط حقه، و ليس ذلك من قبيل الحكم الّذى لا يكون امره الا بيد الشارع فقط.

(و هذا) الكلام الّذى ذكره صاحب التذكرة (مما يدل على ان محلّ الخيار هو الجزء المعيب) فقط (الا انه منع من رده) اى رد محل الخيار منفردا (نقصه) على البائع (ب) سبب (الانفراد عن باقى المبيع).

و انما يدل قول التذكرة على ذلك (اذ لو كان محله) اى محل الخيار (المجموع لم يجز رد المعيب وحده) و ان رضى البائع (الا بالتفاسخ) اذ لا خيار فى البعض حتى يرد ذلك البعض بالخيار.

فاذا اريد رد البعض فقط لزم ان يتفاسخ البائع و المشترى فى ذلك البعض (و معه) اى مع كون رد البعض بالتفاسخ لا بالخيار، (يجوز رد) الجزء (الصحيح منفردا أيضا) اذ كما يتحقق التفاسخ فى المعيب كذلك يتحقق فى الصحيح.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۴

و اما الثالث: و هو تعدّد المشترى بان اشتريا شيئا واحدا، فظهر فيه عيب، فان الاقوى فيه عدم جواز انفراد احدهما على المشهور، كما عن جماعة.

و استدل عليه فى التذكرة و غيرها بان التشقيص عيب مانع من الرد خلافا للمحكى عن الشيخ فى باب الشركة، و الاسكافى و القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق.

(و اما الثالث: و هو تعدّد المشترى بان اشتريا) زيد و عمرو مثلا (شيئا واحدا، فظهر فيه عيب) و كان البائع واحدا فاراد احدهما رد المعيب من حصة نفسه، و اراد الآخر امساكه (فان الاقوى فيه عدم جواز) اى عدم نفوذ (انفراد احدهما) بالفسخ (على المشهور كما عن جماعة) دعوى الشهرة عليه.

(و استدل عليه) اى على عدم جواز فسخ احدهما (فى التذكرة، و غيرها بان التشقيص) اى ارجاع شقص اى جزء على البائع و ابقاء جزء عند المشترى (عيب مانع من الرد) و قد تقدم ان العيب لا يفرق فيه بين ما حصل قبل الرد او ما حصل بنفس الرد (خلافا للمحكى عن الشيخ فى باب الشركة، و الاسكافى و القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق) بين المشتريين بان يرد احدهما و لا يرد الآخر- و هذا قول ثان فى المسألة-.

فان الاقوال على ما ذكرها المصنف أربعة، العدم مطلقا، و الجواز مطلقا، و التفصيل بين علم البائع بالتعدد فالجواز، و عدم علمه فعدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۵

و فى التذكرة ليس عندى فيه بعد اذ البائع اخرج العبد إليهما مشقصا، فالشركة حصلت بايجابه و قواه فى الايضاح لما تقدم من

التذکرة.

و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفریق بصورة علم البائع بتعدد المشتری، و استجوده فی التحریر، و قواه فی جامع المقاصد، و صاحب

الجواز.

و التفصیل الّذی یظهر من المبسوط، و هو الجواز مع تحقق القبول من المشتریین، و الوجهان مع اتحاد القبول.

(و فی التذکرة) قال: (لیس عندی فیه) ای فی جواز الافتراق (بعد) بضم الباء (اذا البائع اخرج العبد) المبیع (إلیهما مشقصا) ای جزءا لهذا، و جزءا لذاک (فالشرکة حصلت بایجابه) فکانه بیعان فلهما خیاران، و لیس ببیع واحد حتی یکون لهما خیار واحد (و قواه فی الایضاح لما تقدم من التذکرة) من الدلیل.

(و ظاهر هذا الوجه) ای وجه الظهور، ان الظاهر نسبة الفعل الی الشخص الّذی فعله عن علم و عمد.

فاذا قلنا ضرب زید، انصرف الی کون ضربه صدر عن علم و عمد.

فقول التذکرة «اخرج العبد» ظاهر فی ان البائع کان عالما بان المشتری متعدد.

فظاهر کلامه (اختصاص جواز التفریق بصورة علم البائع بتعدد المشتری و استجوده) ای تعدد الخیار فیما اذا کان البائع عالما بتعدد المشتری (فی التحریر، و قواه فی جامع المقاصد، و صاحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۶

المسالک.

و قال فی المبسوط: اذا اشتری الشریکان عبدا بمال الشرکة، ثم اصابا به عیبا، کان لهما ان یرداه، و کان لهما ان یمسکاه، فان اراد احدهما الرد، و الآخر الامساک، کان لهما ذلک.

ثم قال: و لو اشتری احد الشریکین للشرکة، ثم اصابا به عیبا، کان لهما ان یردا، و ان یمسکا فان اراد احدهما الرد و الآخر الامساک.

المسالک) و هذا هو القول الثالث الّذی اشرنا إلیه.

(و قال فی المبسوط: اذا اشتری الشریکان عبدا بمال الشرکة) و کونهما اشتریاه من مال الشرکة من باب المثال: و الا فالمراد مطلقا کون المشتری شخصین- و لکن مع وحدة البیع کما لا یخفی- (ثم اصابا به عیبا، کان لهما ان یرداه، و کان لهما ان یمسکاه) هذا بلا اشکال کما انه لا اشکال فی انه لیس لاحدهما رد جزء مما ملکه، اذ الخیار- لو قیل به- انما هو بالنسبة الی تمام حصته، لا بالنسبة الی کل جزء جزء.

و کیف کان (فان اراد احدهما الرد و الآخر الامساک، کان لهما ذلک)

و هذا الکلام من المبسوط هو شق مما ذهب إلیه من التفصیل الّذی تقدمت الاشارة إلیه، و هو انه اذا کان القبول من المشتریین کان لکل واحد منهما خیار مستقل.

و اشار الی الشق الثانی من تفضیله بقوله: (ثم قال: و لو اشتری احد الشریکین للشرکة، ثم اصابا به عیبا، کان لهما ان یردا، و ان یمسکا فان اراد احدهما الرد و الآخر الامساک) و لا یحق لاحدهما ان یرد الکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۷

نظر، فان اطلق العقد، و لم یخبر البائع انه قد اشتری للشرکة لم یکن له الرد، لان الظاهر انه اشتراه لنفسه، فاذا ادعی انه اشتراه له و لشریکه فقد ادعی خلاف الظاهر فلم یقبل قوله، و کان القول قول البائع مع یمینه الی ان قال: و ان اخبر البائع بذلک قیل فیه وجهان،

احدهما- و هو الصحیح- ان له الرّد، لان الملک بالعقد وقع لاثنین، فقد علم البائع انه یبیعه من اثنین، و کان لاحدهما ان ینفرد بالرّد دون الآخر.

او ان یمسک الکل، الا اذا کان وکیلا عن الشریک الآخر، کما فی مال المضاربة (نظر، فان اطلق العقد، و) ذلک بان (لم یخبر البائع انه قد اشتری للشرکة لم یکن له الرد) وحده، بل اللازم اما ردهما او امساکهما (لان الظاهر) عند اشترائه (انه اشتراه لنفسه) فلم یتحقق علم البائع بالشرکة الّذی هو المیزان فی جواز رد احدهما (فاذا ادعی انه اشتراه له) ای لنفسه (و لشریکه، فقد ادعی خلاف الظاهر) ای ما ظهر للبائع عند اشترائه من ان یشتریه لنفسه فقط (فلم یقبل قوله، و کان القول) فی عدم اطلاعه علی الشرکة (قول البائع مع یمینه) لانه منکر لعلمه بالشرکة، و المشتری مدّع لعلم البائع بالشرکة (الی ان قال) الشیخ (و ان اخبر) المشتری (البائع بذلک) الاشتراک عند اشترائه (قیل فیه) ای فی ان لاحدهما حق الرد دون رد الآخر (وجهان، احدهما- و هو الصحیح-) عند الشیخ (ان له الرد، لان الملک بالعقد وقع لاثنین، فقد علم البائع انه یبیعه من اثنین) فحکمه حکم بیعین (و کان لاحدهما) حینئذ (ان ینفرد بالرد دون) رد (الآخر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۸

و قیل فیه وجه آخر و هو انه لیس له الرد، لان القبول فی العقد کان واحدا، انتهی.

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما اذا کان القبول فی العقد واحدا من اثنین.

اما اذا تحقق القبول من الشریکین، فلا کلام فی جواز الافتراق.

ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول، التفصیل

(و قیل فیه وجه آخر و هو انه لیس له الرد) وحده (لان القبول فی العقد کان واحدا، انتهی) فهو بیع واحد، و البیع الواحد لیس له الاخیار واحد.

(و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع) فی ان للشریکین خیارین او خیارا واحدا (بما اذا کان القبول فی العقد واحدا من اثنین) بان کان احدهما وکیلا عن الآخر فقبل عنهما، او کان لهما وکیل فقبل الوکیل عنهما.

و انما کان هذا ظاهر العبارة لانه خصص القولین بما اذا کان القبول من واحد.

(اما اذا تحقق القبول من الشریکین) کما اذا قال البائع: بعتکما هذه الدار بالف، فقال کل واحد منهما: قبلت (فلا کلام فی جواز الافتراق) فی الخیار، بان یختار احدهما الرد و الآخر الابقاء، لانه قال فی اوّل کلامه «فان اراد احدهما الرد و الآخر الامساک کان لهما ذلک».

(ثم الظاهر منه) ای من کلام المبسوط انه (مع اتحاد القبول التفصیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۶۹

بین علم البائع و جهله.

لکن التأمل فی تمام کلامه قد یعطی التفصیل بین کون القبول فی الواقع لاثنین، او لواحد، فانه قدس سره علل عدم جواز الرد فی صورة عدم اخبار المشتری بالاشتراک، بان الظاهر انه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم البائع بالتعدد.

بین علم البائع) بتعدد المشتری، فیجوز ان یرد احدهما و یمسک الآخر (و جهله) فلیس لهما الا خیار واحد، لانه قال: و لم یخبر البائع انه اشتری للشرکة، الی غیره مما یظهر منه التفصیل بین علمه و جهله.

(لکن التأمل فی تمام کلامه قد یعطی التفصیل بین کون القبول فی الواقع) و نفس الامر (لاثنین، او لواحد).

فاذا کان لاثنین کان لکل منهما خیار مستقل.

و ان کان لواحد فلیس هناک الا خیار واحد- من باب السالبهٔ بانتفاء الموضوع اذ لیس هناک الا مشتری واحد فلا یمکن تعدد الخیار- (فانه قدس سره علل عدم جواز الرد فی صورهٔ عدم اخبار المشتری بالاشتراک، بان الظاهر انه) ای المشتری (اشتراه لنفسه).

و من المعلوم ان ظاهر هذا الکلام ان وجه عدم التعدد عدم تعدد المشتری- فی الظاهر- (لا بعدم علم البائع بالتعدد).

و لو کان المعیار فی عدم تعدد الخیار عدم علم البائع بالتعدد لکان اللازم التعلیل بعدم علم البائع بالتعدد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۰

و کذا حکمه قدس سره بتقدم قول البائع بیمینه المستلزم لقبول البینهٔ من المشتری علی ان الشراء بالاشتراک دلیل علی انه یجوز التفریق بمجرد ثبوت التعدد فی الواقع بالبینهٔ، و ان لم یعلم به البائع، الا ان یحمل الیمین علی یمین البائع علی نفی العلم و یراد من البینهٔ البینهٔ علی اعلام المشتری للبائع بالتعدد.

(و کذا) یظهر ذلک من (حکمه قدس سره بتقدم قول البائع بیمینه) فیما اذا قال المشتری انه اشتراه لنفسه و لشریکه، و قال البائع بل انه اشتراه لنفسه وحده (المستلزم لقبول البینهٔ من المشتری) لانه اذا کان البائع هو المنکر، کان المشتری هو المدعی، و قوله «المستلزم» صفهٔ «حکمه» (علی ان الشراء بالاشتراک) «علی» متعلق ب «قبول البینهٔ» ف (دلیل) خبر «حکمه» (علی انه یجوز التفریق) فی الخیار بان یختار احدهما الرد و الآخر الامساک (بمجرد ثبوت التعدد) فی المشتری (فی الواقع بالبینهٔ) متعلق ب «ثبوت» (و ان لم یعلم به) ای بالتعدد (البائع) حال البیع مما یظهر منه ان لیس هناک تفصیل بین علم البائع و جهله (الا ان یحمل الیمین) فی کلام المبسوط (علی یمین البائع علی نفی العلم) لا یمینه علی نفی الشرکهٔ (و یراد من البینهٔ) التی یأتی بها المشتری لا ثبات کلامه (البینهٔ علی اعلام المشتری للبائع بالتعدد) ای تعدد المشتری، لا البینهٔ علی تعدد المشتری.

و علی هذا: فالمناط فی تفریق الخیار علم البائع و جهله، لا تعدد المشتری و وحدته.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۱

و کیف کان فمبنی المسألهٔ- علی ما یظهر من کلام الشیخ- علی تعدد العقد بتعدد المشتری و وحدته.

و الاقوی فی المسألهٔ عدم جواز الافتراق مطلقا، لان الثابت من الدلیل هنا خیار واحد متقوم باثنین فلیس لکل منهما الاستقلال.

و لا دلیل علی تعدد الخیار هنا الا اطلاق الفتاوی و النصوص من ان من اشتری

(و کیف کان فمبنی المسألهٔ) ای مسألهٔ: انه هل هناک خیاران او خیار واحد؟ فیما اذا کان البائع واحدا فی عقد واحد و کان المشتری متعددا (- علی ما یظهر) ذلک المبنی (من کلام الشیخ- علی تعدد العقد بتعدد المشتری و وحدته) ای وحدهٔ العقد، فاذا کان المشتری متعددا، یلزم ان یکون العقد متعددا، و ان کان فی صورهٔ عقد واحد، و لازم تعدد العقد تعدد الخیار، و اذا کان المشتری واحدا کان هناک خیار واحد.

(و الاقوی فی المسألهٔ) ای مسألهٔ تعدد المشتری، و وحدهٔ العقد (عدم جواز الافتراق) فی الخیار (مطلقا) سواء علم البائع بالتعدد، أم لا (لان الثابت من الدلیل) المثبت للخیار (هنا) فی باب العیب، بل فی کل ابواب الخیارات کالغبن، و الرؤیهٔ، و نحوهما (خیار واحد متقوم باثنین) ای ان الواحد لهما معا.

و اذا کان الخیار متقوما بهما (فلیس لکل منهما الاستقلال) بالفسخ بل لا بد من فسخهما معا اذا ارادا الاخذ بالخیار.

(و لا دلیل علی تعدد الخیار هنا) ای فی صورهٔ تعدد المشتری (الا اطلاق الفتاوی و النصوص من ان من اشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۲

معیبا فهو بالخیار الشامل لمن اشتری جزءا من المعیب.

لکن الظاهر بعد التأمل انصرافه الی غیر المقام.

و لو سلمنا الظهور، لکن لا ریب فی ان رد هذا المبیع منفردا عن المبیع الآخر نقص حدث فیه بل لیس قائما بعینه و لو بفعل الممسک لحصته،

معیبا فهو بالخیار) فان «من» شامل لما اذا کان المشتری واحدا، او متعددا (الشامل) هذا الاطلاق (لمن اشتری جزءا من المعیب) منضما الی شخص آخر فی عقد واحد.

(لکن الظاهر) من اطلاقهم (بعد التأمل انصرافه الی غیر المقام) ای غیر مقام تعدد المشتری فی عقد واحد.

فانه منصرف الی ما کان المشتری متعددا فی عقدین او فی عقد واحد قائم مقام عقدین- کما تقدم مثاله فی بعض الحواشی السابقهٔ-.

(و لو سلمنا الظهور) ای ظهور اطلاق النص و الفتوی فی المقام أیضا (لکن لا ریب فی ان رد هذا المبیع) الّذی هو جزء- فی عقد واحد- (منفردا عن المبیع الآخر نقص حدث فیه).

و قد تقدم ان النقص الحادث عند المشتری عیب مانع عن الرد بالعیب القدیم، فهو مخصص لاطلاق النص و الفتوی المجوز للرد (بل) المتاع (لیس قائما بعینه) اذا کان الرد لجزء منه، و قد شرط النص المتقدم- فی جواز الرد- ان یکون المتاع قائما بعینه (و لو) ان عدم القیام بعینه انما هو (بفعل الممسک لحصته) فان ما دل علی اشتراط القیام بعینه مطلق، یشمل کل اقسام عدم القیام، سواء کان عدم القیام بفعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۳

و هو مانع من الرد.

و من ذلک یعلم قوهٔ المنع و ان قلنا بتعدد العقد.

و ما ذکروه تبعا للتذکرهٔ من ان التشقیص حصل بایجاب البائع فیه انه اخرجه غیر مبعض، و انما تبعض بالاخراج

ذی الخیار، او بفعل اجنبی، او بفعل الطبیعهٔ (و هو) ای عدم القیام بعینه (مانع من الرد) کما ورد فی النص.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا ان القیام بعینه شرط فی وجود الخیار (یعلم قوهٔ المنع) عن الرد بالنسبهٔ الی احدهما (و ان قلنا بتعدد العقد) و انهما لو اشتریاه فی عقد واحد، کان هناک عقدان، و ذلک لصدق انه لیس قائما بعینه.

و حینئذ فاذا اشتری زید نصف الدار، ثم اشتری عمرو النصف الآخر، فیحق لاحدهما الفسخ، لصدق ان نصف الدار قائما بعینه.

اما اذا اشتریاه فی عقد واحد- و ان کان ذلک فی قوهٔ تعدد العقد- لم یحق لاحدهما الرد، لانه یصدق ان الدار المشتراهٔ لیست قائمهٔ بعینها، فتأمل.

(و) ان قلت: ان التبعض لیس بفعل المشتری، بل هو بفعل البائع الّذی باعه من اثنین، کما ذکره التذکرهٔ.

قلت: (ما ذکروه تبعا للتذکرهٔ من ان التشقیص حصل بایجاب البائع) فللمشتری حق الخیار (فیه، انه) ای البائع (اخرجه غیر مبعض، و انما تبعض بالاخراج) فان المعتبر فی جواز الرد حصوله فی ید البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۴

و المقصود حصوله فی ید البائع، کما کان قبل الخروج، و خلاف ذلک ضرر علیه.

و

و الحاصل: ان التبعض لم یحصل فی ید البائع، بل حصل عند اخراج البائع المتاع من ملکه الی ملک المشتری فحصول التشقیص بایجاب البائع لیس حاله حال العیب الحاصل عند البائع.

و علیه فارجاع شقصه الی البائع ضرر علیه، بخلاف ما اذا کان التشقیص حاصلا عند البائع، کما اذا باع نصف السلعة لزید، و نصفها الآخر لعمرو فی عقدین مستقلّین (و المقصود) الّذی یمکن معه ارجاع الشقص (حصوله) ای حصول المتاع (فی ید البائع، کما کان قبل الخروج) ای مثل حالته التی کان علیها قبل خروج المتاع من یده ای انه کلما رجع المتاع الی البائع- حتی یکون المتاع قبل البیع و بعد الفسخ علی حد سواء- جاز فی هذه الصورة الرد و الفسخ.

و کلما کان حال المتاع قبل البیع غیر حاله بعد الفسخ، لا یصح الرد و الفسخ، و ما نحن فیه من القسم الثانی اذ المتاع قبل البیع «کل» و بعد الرد «بعض» (و خلاف ذلک) بان لم یحصل فی ید البائع مثل حالته قبل البیع (ضرر علیه) فیدل: لا ضرر، علی انه لم یشرع الشارع الرد الّذی یوجب ضررا علی البائع.

(و) ان قلت: ان البائع حین بیعه لاثنین کان عالما بانه یخرجه عن ملکه مبعضا، و معنی ذلک ان البائع بنفسه اقدم علی ضرر نفسه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۵

علم البائع بذلک لیس فیه اقدام علی الضرر الاعلی تقدیر کون حکم المسألة جواز التبعیض و هو محل الکلام.

و الحاصل ان الفرق بین هذه المسألة، و المسألة الاولی غیر وجیه

و اما الثانی: و هو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف فی جواز التفریق، اذ لا ضرر علی البائع بالتفریق

قلت: (علم البائع بذلک) الاخراج عن ملکه مبعضا (لیس فیه اقدام علی الضرر) اذ لا تلازم بین الامرین و هما: الاخراج المبعض، و: الاقدام علی الضرر (الاعلی تقدیر کون حکم المسألة) ای مسألة البیع لاثنین فی عقد واحد (جواز التبعیض) بان علم البائع ان بیعه لاثنین یستلزم جواز رد احدهما الموجب لضرر البائع، و مع ذلک اقدم علی البیع لهما (و) الحال انه (هو) ای کون حکم المسألة جواز التبعیض (محل الکلام) الآن

(و الحاصل ان الفرق بین هذه المسألة) ای مسألة تعدد البیع فی عقد واحد (و المسألة الاولی) و هی وحدة العقد، بان لا نجوز الرد فی المسألة الاولی، و نجوز الرد فی المسألة الثانیة التی اشرنا إلیها بقولنا: و من ذلک یعلم قوة المنع (غیر وجیه).

(و اما الثانی: و هو تعدد البائع) و وحدة المشتری (فالظاهر عدم الخلاف فی جواز التفریق) فاذا باع بائعان دارهما من زید، فوجد فیهما عیبا، جاز له ان یرد دار احدهما دون دار الآخر (اذ لا ضرر علی البائع بالتفریق) لعدم تبعض الصفقة علیه.

لکن ربما یقال: ان التفریق قد یکون ضررا علی البائع، کما اذا کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۶

و لو اشتری اثنان من اثنین عبدا واحدا، فقد اشتری کل من کل ربعا فان اراد احدهما رد ربع الی احد البائعین دخل فی المسألة الثالثة و لذا لا یجوز، لان المعیار تبعض الصفقة علی البائع الواحد.

مصراعی باب لبائعین، فباعاهما بعشرة، بینما کان ثمن الباب الواحدة من دون مصراعه. باثنین، فانه لو رد المشتری علی احدهما تضرر بثلاثة.

و علیه ففی هذه الصورة لا یجوز الرد علی احدهما، بل اللازم قبولهما او ردهما.

(و لو اشتری اثنان من اثنین عبدا واحدا، فقد اشتری کل) من المشتریین (من کل) من البائعین (ربعا) من العبد، اذ کل واحد من البائعین باع نصف ما یملک و هو ربع العبد من احد المشتریین (فان اراد احدهما) ای احد المشتریین (رد ربع) العبد (الی احد البائعین

دخل فی المسألة الثالثة) و هی: ما اذا کان البائع واحدا و المشتری متعددا، و اراد احد المشتریین رد حصته الی البائع، فان البائع هنا باع نصف عبده لاثنین، و اراد احد المشتریین رد حصته و هی الربع الی البائع.

(و لذا) الّذی دخل فی المسألة الثالثة (لا یجوز، لان المعیار) فی عدم الجواز (تبعض الصفقة علی البائع الواحد) و ذلک حاصل هنا.

ثم انه لا اشکال فی انه لاحق للمشتری فی ردّ بعض المبیع اذا کان کله معیبا، لانه من تبعیض الصفقة علی البائع الا اذا قبل البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۷

مسئلة یسقط الارش دون الردّ فی موضعین.

احدهما: اذا اشتری ربویا بجنسه، فظهر عیب فی احدهما

فلا ارش حذرا من الربا.

و یحتمل جواز اخذ الارش و نفی عنه البأس فی التذکرة- بعد ان حکاه وجها ثالثا لبعض الشافعیة-

---

(مسألة: یسقط الارش دون الردّ فی موضعین) فلیس للمشتری ان یأخذ الارش و له ان یرد المبیع المعیب.

(احدهما: اذا اشتری ربویا بجنسه، فظهر عیب فی احدهما) کان اشتری منّا من الحنطة بمنّ من الحنطة.

و لا یخفی ان تسمیة احدهما بائعا، و الآخر مشتریا، انما هو بالقصد و یظهر فی اللفظ من کلمة «الباء» حیث انه یدخل علی الثمن (فلا ارش) هنا (حذرا من الربا) لانه یکون طرف المعیب اکثر.

و من المعلوم ان النتیجة صارت رطلین من المعیب فی مقابل رطل من الصحیح مثلا.

(و یحتمل جواز اخذ الارش و نفی عنه البأس فی التذکرة- بعد ان حکاه وجها ثالثا لبعض الشافعیة-).

فالوجه الاول فسخ البیع مطلقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۸

موجها له بان المماثلة فی مال الربا انما یشترط فی ابتداء العقد و قد حصلت، و الارش حق ثبت بعد ذلک لا یقدح فی العقد السابق، انتهی

ثم ذکر ان الاقرب انه یجوز اخذ الارش من جنس العوضین لان الجنس لو امتنع اخذه لامتنع اخذ غیر الجنس لانه یکون بیع مال الربا بجنسه مع

و الوجه الثانی فسخ البیع مع رضا البائع.

و الوجه الثالث اخذ المشتری الارش کسائر الموارد التی لا تکون ربویة (موجها) العلامة (له) ای لاخذ الارش (بان المماثلة فی مال الربا) ای الجنس الربوی (انما یشترط فی ابتداء العقد و قد حصلت) المماثلة فی ابتداء العقد، لان المفروض انه اعطی رطلا من التمر الصحیح فی مقابل رطل من التمر المعیب (و الارش حق ثبت بعد ذلک) و الادلة التی تقول بالمماثلة انما تنصرف الی حالة العقد، فلا تشمل بعد ذلک.

و (لا یقدح) هذا الحق الجدید (فی العقد السابق) لانه لا دلیل علی قدحه، بعد انصراف الادلة عن مثله (انتهی) کلام العلامة.

(ثم) یأتی الکلام فی انه اذا جاز اخذ الارش، فهل یلزم ان یکون الارش من غیر جنس العوضین کان یکون الارش نقودا فی الوقت الّذی یقع العقد علی التمر مثلا؟ أم یجوز ان یکون الارش من جنس العوضین (ذکر) العلامة (ان الاقرب انه یجوز اخذ الارش من جنس العوضین).

و ذلک (لان الجنس لو امتنع اخذه، لامتنع اخذ غیر الجنس) أیضا (لانه) ای غیر الجنس اذا اخذ ارشا (یکون) العقد عبارة عن (بیع مال الربا ب) مقابل (جنسه مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۷۹

شیء آخر، انتهی.

و عن جامع الشرائع حکایة هذا الوجه عن بعض اصحابنا المتقدم علی العلامة.

و حاصل وجهه ان صفة الصحة لم تقابل بشیء من الثمن حتی یکون المقابل للمعیب الفاقد للصحة انقص منه

شیء آخر) و لا-فرق فی حرمة الربا بین ان یعطی رطلا-و نصف رطل من التمر فی مقابل رطلین، او ان یعطی الرطل و النصف فی مقابل رطل و نصف و دینار.

فاذا کان الارش موجبا للربا، لا فرق فی المنع بین الجنس و غیر الجنس، و اذا لم یکن موجبا للربا لم یکن فرق فی الجواز بین الجنس و غیر الجنس (انتهی) کلام العلامة «ره».

(و عن جامع الشرائع حکایة هذا الوجه) الّذی ذکره العلامة بقوله «بان المماثلة فی مال الربا» (عن بعض اصحابنا المتقدم علی العلامة)

(و حاصل وجهه) بتوجیه من المصنف: ان الارش غرامة قدرها الشارع، فهو اجنبی عن العوضین، و لذا لا یوجب اخذه الربا، لانه لیس جزءا منهما.

ف (ان صفة الصحة) المفقودة فی المعیب (لم تقابل بشیء من الثمن) فان من یشتری العبد بمائة، لیس مراده ان العبد بتسعین، و ان وصف کونه «لیس بمریض» بعشرة (حتی یکون المقابل للمعیب الفاقد للصحة) «الفاقد» صفة توضیحیة ل «المعیب» (انقص منه) ای من ثمن الصحیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۰

قدرا، بل لم تقابل بشیء اصلا، و لو من غیر الثمن، و الا لثبت فی ذمة البائع و ان لم یختر المشتری الارش بل الصحة وصف التزمه البائع فی المبیع من دون مقابلته بشیء من المال کسائر الصفات المشترطة فی المبیع، الا ان الشارع جوز للمشتری مع تبین فقده اخذ ما یخصه بنسبة المعاوضة من الثمن

(قدرا) بان یکون ثمن الصحیح مائة و ثمن المعیب تسعین (بل لم تقابل) صفة الصحة (بشیء اصلا، و لو من غیر الثمن) بان یجب علی البائع دفع شیء من کیسه للمشتری الّذی اشتری منه المعیب (و الا) فان کان وصف الصحة قوبل بشیء من الثمن، او من غیر الثمن (لثبت) ذلک الشیء (فی ذمة البائع، و ان لم یختر المشتری الارش) فان المفروض ان البائع اعطی المتاع للمشتری بدون وصف الصحة، فعلیه ان یعطی للمشتری الشیء المقابل لوصف الصحة- و ان لم یطلبه المشتری- (بل الصحة وصف التزمه البائع فی المبیع من دون مقابلته بشیء من المال) فکانّ البائع قال: اعطیک هذا المتاع بهذا الثمن، و انی ملتزم ان یکون صحیحا (کسائر الصفات المشترطة فی المبیع) التی لا تقابل بالمال.

کما اذا قال: ابیعک هذا الشیء بشرط ان اسلّمه ألیک فی الزمان الفلانی، او المکان الکذائی، او ما اشبه ذلک، فانه اذا لم یف بشرطه لم یکن علیه شیء من المال (الا-ان الشارع جوز للمشتری مع تبین فقده) ای فقد وصف الصحة (اخذ) المشتری (ما یخصه) فان الصحیح مثلا یباع فی السوق بمائة، و المعیب بتسعین، فمن ذلک یظهر ان ما یخص وصف الصحة هو عشرة، و لکن الاخذ یکون (بنسبة المعاوضة من الثمن) فاذا کانت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۱

او غيره، و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشترى لتغريم البائع.

هـذا و لكن يمكن ان يـدعى ان المسـتفاد من ادلـة تحريم الربا، و حرمـة المعاوضة الا مثلا بمثل- بعد ملاحظة ان الصـحيح و المعيب جنس واحد-

---

قيمة العبد الصـحيح مائة، و المعيب تسـعين، كان للمشترى ان يأخذ عشـر القيمة، فاذا اشتراه خمسين كان له خمسه، و اذا اشتراه مائتين كان له عشرون- و ليس له ان يأخذ العشرة مطلقا، الا اذا اشتراه بمائة-.

قوله: (او غيره) عطف على «من الثمن» اى سواء كان ما يأخـذه من نفس الثمن، او غير الثمن، بان كان من نقد لم يكن جزءا من الثمن عند اعطائه للبائع (و هذه غرامة شـرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشترى لتغريم البائع) و ليس مثل الضـمان بالاتلاف الّذى هو فى ذمة البائع، سواء اراد الغريم أم لا، فان الضمان ثابت الا ان يسقطه الغريم، و الارش ليس بثابت الا اذا اراد المشترى.

(هـذا) هو توجيه كلاـم العلامـة الّـذى قال بجواز اخـذ الارش (و لكن يمكن ان يـدعى ان المسـتفاد من ادلـة تحريم الربا، و) من ادلة (حرمـة المعاوضـة الا مثلا بمثل) بـدون زيادة (- بعـد ملاحظـة انّ الصـحيح و المعيب جنس واحـد-) فلا يجوز بيع احدهما بالآخر مع الزيادة، و لو كانت تلك الزيادة فى طرف المعيب بمقدار يتدارك به عيبه، بحيث يتساوى الصحيح و المعيب ثمنا فى نظر العرف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۲

ان وصف الصحة فى احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض.

و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا.

فالعقد على المتجانسين لا يجوز ان يصير سببا لاستحقاق احدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر.

و انما قلنا «بعد ملاحظة» لان اطلاقات ادلة الربا الدالة على عدم المفاضلة تشمل الصحيح و المعيب، كما تشمل الصحيحين.

قوله: (ان) متعلق ب «ان المسـتفاد» (وصف الصـحة فى احد الجنسـين كالمعدوم) و انما كان كالمعدوم بمعنى انه (لا يترتب على فقده اسـتحقاق عوض) يعنى ان الشارع لم يهتم بوجود وصف الصـحة، فسواء كان فى المبيع وصف الصـحة أم لم يكن فيه وصف الصحة، فالمعيار مقدار المبيع و يلزم ان لا يكون مقدار المثمن اكثر من مقدار الثمن اذا كان من جنس واحد.

(و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا) فيشكل القياس هكذا «الارش عوض» «و وصف الصحة لا عوض له» «فلا يمكن ان يؤخذ الارش:- الّذى هو عوض- لمقابل وصف الصحة:- الّذى لا عوض له-».

(فالعقـد على المتجانسين لاـ يجوز ان يصـير سـببا لاسـتحقاق احـدهما) و هو المشترى (على الآخر) و هو البائع (زائـدا على ما يساوى الجنس الآخر) و ان كان ذلك الزائد الارش فيما اذا كان احد الجنسين معيبا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۳

و بالجملة، فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال فى مقابل الصحة المفقودة فى احدهما.

و المسألة فى غاية الاشكال، و لا بد من مراجعة ادلة الربا، و فهم حقيقة الارش، و سيجىء بعض الكلام فيه ان شاء اللّه تعالى.

الثانى: ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة،

فانه لا يتصور هنا ارش حتى يحكم بثبوته.

(و بالجملـة، ف) نقول فى رد العلامـة- الّـذى افتى بصـحة اخـذ الارش- ان (بناء معاوضة المتجانسـين على عدم وقوع مال فى مقابل)

وصف (الصحة المفقودة فی احدهما) لان البیّعین یعلمان انه لا یجوز التفاضل، فیعاملان بان هذا فی مقابل ذاک فقط و فقط، و ان کان احدهما معیبا و الآخر صحیحا، فتأمل.

(و المسألة فی غایة الاشکال، و لا بد من مراجعة ادلة الربا) و هل انها تقول بعدم جواز اخذ الزیادة ابتداءً؟ او عمومها شامل لمثل الارش أیضا- مما یؤخذ بعد العقد- (و فهم حقیقة الارش) و هل انه غرامة شرعیة؟ او جزء من الثمن فی مقابل وصف الصحة (و سیجیء بعض الکلام فیه) ای فی الارش (ان شاء اللّه تعالی) هذا تمام الکلام حول الموضع الاول الّذی للمشتری یکون فیه الرد و لا یکون له الارش.

الموضع (الثانی: ما لو لم یوجب العیب نقصا فی القیمة) بان سمی معیبا عرفا، فانطبق علیه دلیل الخیار (فانه لا یتصور هنا ارش) ای تفاوت بین قیمة الصحیح و قیمة المعیب (حتی یحکم بثبوته) علی البائع، فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۴

و قد مثلوا لذلک بالخصاء فی العبید.

و قد یناقش فی ذلک بان الخصاء موجب فی نفسه لنقص القیمة لفوات بعض المنافع عنه کالفحولة، و انما یرغب فی الخصی قلیل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة اعنی عدم تستر النساء منه، فیکون واسطة فی الخدمات بین المرء و زوجته.

الحکم تابع للموضوع (و قد مثلوا لذلک بالخصاء فی العبید) حیث ان العبد الخصی لا تنقص قیمته لرغبة الناس فیه، و مع ذلک فلا اشکال فی انه معیب و ناقص.

(و قد یناقش فی ذلک) ای فی المثال بالعبد الخصی (بان الخصاء) أیضا یوجب الارش، لان الاعتبار فیه بالعرف المتدین، و هم یشترون الخصی باقل قیمة من العبد السالم.

اما اشتراء بعض ذوی الاغراض الفاسدة للخصی بقیمة زائدة فذلک لا یکون میزانا للقیمة، حتی لا یوجب الخصاء الارش فالخصاء أیضا (موجب فی نفسه لنقص القیمة لفوات بعض المنافع عنه کالفحولة) فانه لا یقدر علی الاخصاب و النسل (و انما یرغب فی الخصی قلیل من الناس) کالملوک و من اشبههم (لبعض الاغراض الفاسدة اعنی عدم تستر النساء منه) و هذا غرض فاسد، اذ یحرم عدم التستر من الرجل الاجنبی الا اذا دخل فی غیر اولی الاربة، و من الاغراض الفاسدة أیضا عدم حصول نسل له اذا خان و اقترب من امرأة فی الحرم (فیکون واسطة فی الخدمات بین المرء و زوجته) و سائر حرمه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۵

و هذا المقدار لا یوجب زیادة فی اصل المالیة فهو کعنب معیوب یرغب فیه لجودة خمره.

لکن الانصاف ان الراغب فیه لهذا الغرض حیث یکون کثیرا- لا نادرا- بحیث لا یقدح فی قیمته المتعارفة لو لا هذا الغرض صح ان یجعل الثمن المبذول من الراغبین مقدارا لمالیة الخصی، فکان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا.

(و هذا المقدار) من رغبة ذوی الاغراض الفاسدة (لا یوجب زیادة فی اصل المالیة) زیادة واقعیة حتی لا یکون هناک ارش (فهو کعنب معیوب یرغب فیه) اهل الباطل (لجودة خمره) فاذا اشتراه انسان جاهلا بعیبه کان له الارش، لان قیمة العنب الفاسد اقل من قیمة العنب الصحیح.

(لکن الانصاف) ان المناقشة لیست تامة، ل (ان الراغب فیه لهذا الغرض) الفاسد (حیث یکون کثیرا- لا نادرا- بحیث لا یقدح) هذا الغرض (فی قیمته المتعارفة) فان الغرض الفاسد لا یقدح نادرا فی قیمة الفاسد، اذ مع الندرة تکون قیمته المتعارفة اقل من قیمة الصحیح، اما مع الکثرة فقیمة الفاسد مثل قیمة الصحیح (لو لا هذا الغرض) الفاسد (صح ان یجعل الثمن المبذول من الراغبین مقدارا

لمالیة الخصی) و کذلک نقول فی العنب المعیوب، فانه اذا کان الراغب فیه کثیرا حتی صارت قیمته السوقیة مساویة لقیمة الصحیح لم یقدح ذلک فی قیمته السوقیة، فلا ارش (فکان هذا الغرض) الفاسد (صار غرضا مقصودا متعارفا)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۶

و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها فی المالیة العرفیة، کما لا یخفی.

و بالجملة فالعبرة فی مقدار المالیة برغبة الناس فی بذل ذلک المقدار من المال بإزائه، سواء کان من جهة اغراض انفسهم، أم من

بحیث اوجب زیادة المالیة السوقیة حتی تساوی المعیب مع الصحیح فی القیمة.

(و) ان قلت: کیف رتب الشارع حکمه- بعدم الارش- علی ما حرمه من الغرض الفاسد.

قلت: (صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها فی المالیة العرفیة کما لا یخفی) فان الشارع رتب حکمه علی القیمة السوقیة و القیمة السوقیة حاصلة الآن، و ان کان الغرض الباعث لها فاسدا کما ان الشارع رتب حکمه- الخیاری- علی إرادة الفسخ فی المجلس- فی خیار المجلس مثلا- فللمشتری الفسخ و ان کان قصده من هذا الفسخ غرضا حراما، مثل اضرار البائع بکسر سلعته، حیث ان السلعة المردودة تکسر فی نظر العرف- احیانا- حالها حال المرأة المخطوبة التی ترد بعد الخطبة.

(و بالجملة) نقول فی جواب المناقش (فالعبرة فی مقدار المالیة برغبة الناس فی بذل ذلک المقدار من المال بإزائه) ای بإزاء المتاع- کالعبد الخصی و العنب المعیوب فی المثال- (سواء کان) البذل (من جهة اغراض انفسهم) کاشتراء العبد الصحیح للخدمة (أم من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۷

جهة بیعه علی من له غرض فیه، مع کثرة ذلک المشتری و عدم ندرته بحیث یلحق بالاتفاقیات.

جهة بیعه علی من له غرض فیه) و ان کان ذلک الغرض فاسدا، و لکن انما تکون مالیة المعیب کثیرة (مع کثرة ذلک المشتری) الّذی له غرض فاسد (و عدم ندرته) ندرة (بحیث یلحق) شراء هذا المشتری الّذی له غرض فاسد (بالاتفاقیات) حتی تکون القیمة السوقیة للمعیب انقص من الصحیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۸

مسئلة یسقط الرد و الارش معا، بامور.

احدها: العلم بالعیب قبل العقد،

بلا خلاف و لا اشکال لان الخیار انما ثبت مع الجهل.

و قد یستدل بمفهوم صحیحة زرارة المتقدمة.

(مسألة: یسقط الرد و الارش معا) فی المبیع المعیب (بامور).

(احدها: العلم بالعیب قبل العقد، بلا خلاف و لا اشکال) بان اقدم المشتری علی اشترائه مع علمه بعیبه، و لکن بشرط ان یکون علمه بالعیب بمقدار العیب کما و کیفا.

مثلا: علم بان للعبد عین واحدة عوراء، فاذا ظهر ان عینیه عوراوتان او ظهر ان عینه عمیاء کان له حق الرد و الارش (لان الخیار انما ثبت مع الجهل) لانصراف الادلة و تصریح الفقهاء بذلک ففی مورد العلم کان المتبع هو اصالة اللزوم.

(و قد یستدل) لذلک علی ما فی الجواهر (بمفهوم صحیحة زرارة المتقدمة) عن ابی جعفر علیه السلام: ایما رجل اشتری شیئا و به

عیب او عوار، و لم یتبرأ إلیه و لم یتبین له، فاحدث فیه بعد ما قبضه شیئا، ثم علم بذلک العوار او ذاک العیب، فانه یمضی علیه البیع و یرد علیه بقدر ما ینقص من ذاک الداء و العیب من ثمن ذلک.

وجه الاستدلال بالصحیحهٔ- ضمن المفهوم منها- انه ان تبین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۸۹

و فیه نظر و حیث لا یکون العیب المعلوم سببا لخیار، فلو اشترط العالم ثبوت خیار العیب مریدا به الخیار الخاص الّذی له احکام خاصهٔ فسد الشرط و افسد، لکونه مخالفا للشرع، و

العیب للمشتری لم یکن له حق فی الرد، کما ان المفهوم منه انه ان تبرأ البائع من عیبه لم یکن للمشتری حق الرد.

(و فیه نظر) فلا تدل هذه الروایهٔ علی ان علم المشتری بالعیب یسقط حقه فی الرد و الارش.

و وجه النظر ان کلمهٔ «و لم یتبین له» انما ذکر فی الحدیث لاجل تفریع «ثم علم بذلک العوار» علیه، لان العلم المتأخر فرع الجهل المتقدم.

و علیه فکلمهٔ «و لم یتبین» لیست قیدا حتی یکون له مفهوم، فتأمل (و حیث لا یکون العیب المعلوم سببا ل) وجود (خیار) العیب (فلو) غبنه فی القیمهٔ بان علم المشتری بالعیب و لکن ظن ان قیمهٔ المعیب کذا فظهر بخلاف ذلک، کان للمشتری خیار الغبن و ان لم یکن له خیار العیب، و لو (اشترط العالم) بالعیب (ثبوت خیار العیب مریدا به الخیار الخاص الّذی له احکام خاصهٔ) من الرد و الارش و غیرهما (فسد الشرط) لان الشارع لم یجعل هذا الخیار فی هذا الحال، فهو کما اذا اشترط ان یکون له خیار الغبن فی حال انه لیس بمغبون و الحاصل انه تشریع (و افسد) بناء علی ان الشرط الفاسد مفسد (لکونه مخالفا للشرع) لکن المشهور بین المتأخرین ان الشرط الفاسد لیس بمفسد (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۰

لو اراد به مجرد الخیار، کان من خیار الشرط، و لحقه احکامه لا احکام خیار العیب.

الثانی: تبرّی البائع عن العیوب اجماعا فی الجملهٔ

علی الظاهر المصرح به فی محکی الخلاف و الغنیهٔ، و نسبه فی التذکرهٔ الی علمائنا اجمع.

و الاصل فی الحکم قبل الاجماع- مضافا الی ما فی التذکرهٔ من ان الخیار انما یثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامهٔ

لو اراد) المشتری (به) ای بخیار العیب الّذی یشترطه (مجرد الخیار) لا خیار العیب المقرر فی الشریعهٔ (کان من خیار الشرط، و لحقه احکامه) ای احکام خیار الشرط (لا) من خیار العیب، فلا یلحقه (احکام خیار العیب) کما هو واضح.

(الثانی) مما یسقط الرد و الارش معا (تبرّی البائع عن العیوب اجماعا فی الجملهٔ) ای ان الاجماع لیس فی کل صغریات المسألهٔ، و انما هو موجود فی بعض الصغریات (علی الظاهر) ای انا نستظهر الاجماع من کلماتهم (المصرح به) ای بالاجماع (فی محکی الخلاف و الغنیهٔ، و نسبه فی التذکرهٔ الی علمائنا اجمع).

(و الاصل) ای الدلیل (فی الحکم) بعدم الخیار فی صورهٔ التبری (قبل الاجماع- مضافا الی ما فی التذکرهٔ من ان الخیار انما یثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامهٔ) ای ان اطلاق العقد و عدم تقییده بکون احد العوضین معیبا، یقتضی ان یکونا صحیحین، لانصراف العوضین الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۱

فاذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع- صحیحة زرارة المتقدمة.

و مکاتبة جعفر بن عیسی الآتیة.

و مقتضی اطلاقهما کمعقد الاجماع المحکی عدم الفرق بین التبرّی تفصیلا و

الصحیحین فیکون العقد واقعا علی الجنس بشرط الصحة (فاذا صرح البائع بالبراءة) من العیب (فقد ارتفع-) الاصل فلا شرط، و لا وجه للخیار.

فمضافا الی ما فی التذکرة (صحیحة زرارة المتقدمة) حیث قال علیه السلام: «و لم یتبرأ إلیه» فان المفهوم منه انه ان تبرأ لم یکن للمشتری الخیار، و هذا قید لانه ذکر فی مقام القیدیة، بخلاف قوله علیه السلام:

«و لم یتبین له» حیث انه ذکر لاجل تفریع «ثم علم بذلک» علیه- کما تقدم-.

(و مکاتبة جعفر بن عیسی الآتیة) قال: کتبت الی ابی الحسن علیه السلام، جعلت فداک: المتاع یباع فیمن یزید، فینادی علیه المنادی، فاذا نادی علیه برئ من کل عیب فیه، فاذا اشتراه المشتری و رضیه، و لم یبق الا نقد الثمن، فربما زهد فیه، فاذا زهد فیه ادعی عیوبا، و انه لم یعلم بها، فیقول له المنادی: قد برئت منها، فیقول المشتری: لم اسمع البراءة منها، أ یصدّق؟ فلا یجب علیه، أم لا یصدّق؟ فکتب علیه السلام:

ان علیه الثمن. فأنّ منطوقها ان البراءة توجب عدم الخیار.

(و مقتضی اطلاقهما) مفهوم زرارة و منطوق جعفر (کمعقد الاجماع المحکی، عدم الفرق بین التبرّی تفصیلا) کان یقول: انی أبرأ من العیب الّذی فی عینه، او من عواره (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۲

اجمالا- و لا بین العیوب الظاهرة و الباطنة، لاشتراک الکل فی عدم المقتضی للخیار مع البراءة خلافا للمحکی فی السرائر عن بعض اصحابنا من عدم کفایة التبرّی اجمالا.

و عن المختلف نسبه الی الاسکافی، و قد ینسب الی صریح آخر کلام القاضی المحکی فی المختلف، مع ان المحکی عن کامل القاضی موافقة المشهور.

و فی الدروس نسب المشهور الی اشهر القولین.

اجمالا-) کان یقول: انی أبرأ من کل عیب فیه (و لا- بین العیوب الظاهرة) کالعمی و العرج (و الباطنة) کمرض فی القلب، او المعدة (لاشتراک الکل) ای کل هذه العیوب (فی عدم المقتضی للخیار مع البراءة) لاطلاق ادلة اسقاط البراءة للخیار (خلافا للمحکی فی السرائر عن بعض اصحابنا من عدم کفایة التبرّی اجمالا) و انما اللازم التبرّی التفصیلی فلو تبرأ اجمالا، لم یتبرأ و بقی الخیار، لاصالة بقائه.

(و عن المختلف نسبه) ای القول بعدم کفایة التبری الاجمالی (الی الاسکافی، و قد ینسب) أیضا (الی صریح آخر کلام القاضی المحکی فی المختلف) حیث نقل المختلف عن القاضی کلاما یوهم ذلک (مع ان المحکی عن کامل القاضی موافقة المشهور) فی کفایة التبرّی الاجمالی لاسقاط الخیار.

(و فی الدروس نسب) کلام (المشهور) من کفایة التبری الاجمالی (الی اشهر القولین) مما یظهر منه ان عدم الکفایة أیضا فیه شهرة، و ذهب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۳

ثم ان ظاهر الادلة هو التبرّی من العیوب الموجودة حال العقد.

و امّا التبرّی من العیوب المتجددة الموجبة للخیار.

فیدل علی صحته و سقوط الخیار به عموم: المؤمنون عند شروطهم.

قال فی التذکرة بعد الاستدلال بعموم: المؤمنون.

لا یقال: ان التبرّی مما لم یوجد یستدعی البراءة مما

إلیه جماعة.

و کیف کان فاللازم القول بإطلاق اسقاط التبرّی لاطلاق النص و الفتوی.

(ثم ان ظاهر الادلة هو التبرّی من العیوب الموجودة حال العقد) فاذا تبرأ منها لم یکن للمشتری خیار.

(و اما التبرّی من العیوب المتجددة الموجبة للخیار) کالعیوب التی تحدث قبل القبض و التی تحدث فی زمن الخیار، فانها علی البائع، لان التلف قبل انقبض من مال مالکه، و التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له.

(فیدل علی صحته) ای صحة هذا التبرّی (و سقوط الخیار به عموم:

المؤمنون عند شروطهم) فانه یشترط البائع علی المشتری ان لا یکون له خیار، و الشرط یقتضی الوضع، فلا خیار له، لا ان له خیارا، و لکن لا یحق له ان یجعل به.

(قال فی التذکرة بعد الاستدلال) للمطلب (بعموم: المؤمنون).

(لا یقال: ان التبری مما لم یوجد) اذا صح (یستدعی البراءة مما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۴

لم یجب.

لانا نقول ان التبرّی انما هو من الخیار الثابت بمقتضی العقد، لا من العیب انتهی.

اقول: المفروض ان الخیار لا یحدث الا بسبب حدوث العیب، و العقد لیس سببا لهذا الخیار فاسناد البراءة الی الخیار

لم یجب).

فکما انه لا یمکن ابراء انسان عما لم یجب علیه بعد کذلک لا یمکن التبرّی من خیار لم یوجد بعد، فهل یصح ان یقول زید لعمرو: أبرأتک من الطلب الّذی سوف اطلب منک بعد اعطائک دینارا؟

(لانا نقول) لیس التبرّی من العیب تبریا مما لم یوجد، و ذلک ل (ان التبرّی انما هو من الخیار الثابت بمقتضی العقد) و التبرّی انما هو فی حال العقد (لا من العیب) حتی یقال: ان العیب لم یوجد بعد فکیف یتبرأ منه؟ (انتهی) کلام التذکرة.

و الاحسن فی الجواب ان یقال: ان هذا امر اعتباری، فاذا اعتبره العرف کفی، و براءة ما لم یجب اذا لم یکن هناک دلیل علی منعه، و کان العرف یساعد علیه، جاز.

(اقول) کلام العلامة فیه اشکال، لان (المفروض ان الخیار لا یحدث الا بسبب حدوث العیب) و العیب متأخر عن العقد، فالخیار متأخر عن العقد (و العقد لیس سببا لهذا الخیار) کما حقق فی محلّه (فاسناد البراءة الی الخیار) الّذی فعله العلامة حیث قال «التبرّی انما هو من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۵

لا ینفع.

و قد اعترف قدس سرّه فی بعض کلماته بعدم جواز اسقاط خیار الرؤیة بعد العقد و قبل الرؤیة.

نعم ذکر فی التذکرة جواز اشتراط نفی خیار الرؤیة فی العقد لکنه مخالف لسائر کلماته، و کلمات غیره کالشهید، و المحقق الثانی.

و بالجملة فلا فرق بین البراءة من خیار العیوب و البراءة من خیار الرؤیة

الخیار» (لا ینفع) فی دفع ایراد «لا یقال».

(و قد اعترف) العلامة (قدس سرّه فی بعض کلماته بعدم جواز اسقاط خیار الرؤیة بعد العقد و قبل الرؤیة) لان الخیار انما یحدث بالرؤیة لا بالعقد فاسقاطه قبل الرؤیة اسقاط لما لم یوجد.

و من المعلوم انه لا فرق فی الخیار بین خیار الرؤیة و خیار العیب من هذه الجهة-.

(نعم ذکر فی التذکرة جواز اشتراط نفی خیار الرؤیة فی العقد) مما یدل علی ان العقد سبب للخیار، او ان العلامة یجوز اسقاط ما لم یوجد (لکنه مخالف لسائر کلماته، و کلمات غیره کالشهید، و المحقق الثانی) اللذین قالوا بانه لا یمکن اشتراط اسقاط الخیار فی العقد.

(و بالجملة فلا فرق بین البراءة من خیار العیوب و البراءة من خیار الرؤیة).

فکما لا یمکن التبرّی من خیار الرؤیة- کما ذکره العلامة فی بعض کلماته- کذلک لا یمکن التبرّی من خیار العیب، فان فی التبری من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۶

بل الغرر فی الاول اعظم.

الا انه لما قام النصّ و الاجماع علی صحة التبری من العیوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته

هذین الخیارین یستلزم توالی فاسدة.

منها: لزوم صحة اسقاط ما لم یوجد.

و منها لزوم الغرر، اذ یلزم من عدم الخیار، الغرر، و قد نهی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم عن الغرر (بل الغرر فی الاول) و هو اسقاط خیار العیب (اعظم) و ذلک لاعظمیة کون المبیع معیبا من کونه فاقدا لبعض الصفات.

و لا یخفی ما فیه من التأمّل، اذ بین فقد بعض الصفات و فقد وصف الصحة عموم من وجه.

مثلا: فقد العین اعظم من فقد اللون المشترط فی الحیوان، و فقد السمن الّذی یوجب ضعف القیمة اعظم من فقد صحة الاذن بان کان الحیوان مشقوق الاذن.

(الا انه لما قام النصّ و الاجماع علی صحة التبرّی من العیوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته) ای صحة التبرّی فی باب العیب.

فالاستثناء من دلیل الغرر موجود فی باب العیب، و لیس بموجود فی باب خیار الرؤیة.

و لذا نلتزم بصحة التبرّی فی باب العیب، و لا نلتزم بصحة اسقاط خیار الرؤیة فی باب خیار الرؤیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۷

مع امکان الفرق بین العیوب و الصفات المشترطة فی العین الغائبة

اللهم ان یقال: انه مع التبرّی لیس لغرر عرفا فهو من باب التخصص لا من باب التخصیص، و یجری مثله فی خیار الرؤیة أیضا، فلا فرق بین الخیارین (مع امکان الفرق بین العیوب و الصفات المشترطة فی العین الغائبة) و هی الصفات التی یوجب فقدها الخیار.

یعنی ان وجه الاختلاف بین خیار الرؤیة و خیار العیب، حیث قلنا بجواز اسقاط خیار العیب فی العقد، و قلنا بعدم جواز اسقاط خیار الرؤیة فی العقد- مع ان اسقاط خیار الرؤیة فی العقد- مع ان اسقاط کل منهما موجب للغرر- هو:

أولا: ان النص و الاجماع دلا علی جواز اسقاط خیار العیب، بخلاف خیار الرؤیة، فلا دلیل علی جواز اسقاطه.

و ثانیا: ان بین الخیارین فرقاء، و هو ان فی باب خیار العیب، دافعان للغرر و هما اصالة السلامة، و خیار العیب.

و فی باب خیار الرؤیة دافع واحد للغرر و هو خیار الرؤیة فقط.

فاذا شرطنا سقوط الخیار فی باب العیب لم یکن غرر لوجود اصالة السلامة.

اما اذا شرطنا سقوط الخیار فی باب الرؤیة کان الغرر لعدم وجود ما یدفع الغرر.

و الحاصل ان اشتراط سقوط الخیار فی باب العیب لا یوجب الغرر و اشتراط سقوط خیار الرؤیة فی باب الرؤیة یوجب الغرر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۸

باندفاع الغرر فی الاول بالاعتماد علی اصالة السلامة، فلا یقدح عدم التزام البائع بعدمها، بخلاف الثانی، فان الغرر لا یندفع فیه الا بالتزام البائع بوجودها، فاذا لم یلتزم بها، لزم الغرر

و لا یخفی ان قوله أو لا: «لما قام النص و الاجماع» جواب عن اشکال التساوی بین خیار الرؤیة و خیار العیب، مع تسلیم ان فی کلّ من التبرّی من العیب و من خیار الرؤیة غررا.

و قوله ثانیا: «مع امکان الفرق» جواب عن اشکال التساوی بانه لا غرر فی اسقاط خیار العیب، و الغرر فی اسقاط خیار الرؤیة.

فالجواب الاول: من باب التخصیص فی ادلة الغرر.

و الجواب الثانی: من باب التخصّص.

و حاصل الفرق (باندفاع الغرر فی الاول) حین اسقاط خیار العیب (بالاعتماد علی اصالة السلامة) اذ الاصل فی کل بیع ان یکون سالما (فلا یقدح عدم التزام البائع بعدمها) ای بعدم السلامة و اسقاطه الخیار (بخلاف الثانی) حین اسقاط خیار الرؤیة (فان الغرر لا یندفع فیه الا بالتزام البائع بوجودها) ای بوجود الصفات المشترطة فی العین الغائبة (فاذا لم یلتزم بها) ای بالصفات، بان اشترط اسقاط خیار الرؤیة (لزم الغرر) و قد نهی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم عن الغرر،

فتحصل ان البراءة عن العیوب السابقة صحیحة أولا: لانه و ان کان غررا الا ان النص و الاجماع قاما علی انه لا بأس بهذا الغرر.

و ثانیا: لانه لیس بغرر لوجود اصالة السلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۱۹۹

و اما البراءة عن العیوب المتجدّدة، فلا یلزم من اشتراطها غرر فی البیع حتی یحتاج الی دفع الغرر باصالة عدمها لانها غیر موجودة بالفعل فی المبیع حتی یوجب جهالة.

ثم ان البراءة فی هذا المقام یحتمل اضافتها الی امور.

(و اما البراءة عن العیوب المتجدّدة) فلا نحتاج الی الجواب الثانی فیها، فلا نقول: البراءة لیست بغرر لوجود اصالة السلامة، بل نقول: البراءة لیست بغرر لوجود السلامة الفعلیة، اذ المفروض ان البیع صحیح الآن، فلا غرر اصلا (فلا یلزم من اشتراطها) ای اشتراط البراءة عن العیوب المتجدّدة قبل القبض او فی زمن الخیار- مما یکون ضمانه علی البائع- (غرر فی البیع حتی یحتاج الی دفع الغرر باصالة عدمها) ای اصالة عدم العیب.

و انما لا نحتاج (لانها) ای تلک العیوب المتجدّدة (غیر موجودة بالفعل فی المبیع حتی یوجب) اشتراط عدم الخیار (جهالة) و غررا.

و اصالهٔ السلامهٔ انما یتمسک بها فیما اذا جهل حال المبیع فی انه هل هو صحیح او معیب؟ اما اذا علمنا بصحهٔ المبیع، فلا مورد لاصالهٔ السلامهٔ.

(ثم ان البراءهٔ) عن العیب (فی هذا المقام) ای مقام اشتراط البراءهٔ عن العیب عند العقد (یحتمل) ان یصح (اضافتها الی امور) ثلاثهٔ:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۰

الاول: عهدهٔ العیوب، و معناه تعهد سلامته من العیوب فیکون مرجعه الی عدم التزام سلامته فلا یترتب علی ظهور العیب ردّ و لا ارش، فکانه باعه علی کل تقدیر.

الثانی: ضمان العیب، و هذا انسب بمعنی البراءهٔ.

(الاول: عهـدهٔ العیوب) ای ان البائع لا یتعهـد سـلامته من العیوب و معنی: و لیس علی عهدتی، ان لا اضـمن عیبه (و معناه) نفی (تعهد سلامته من العیوب فیکون مرجعه الی عـدم التزام سـلامته) قوله: «و معناه» الضـمیر راجع الی «عهدهٔ» و حیث ان تائه مصدریهٔ، فلا بأس بـان یرجع إلیه ضـمیر المـذکر، و نحن فی الشـرح اضـفنا کلمـهٔ «نفی» لاجـل بیـان الحاصل من «براءهٔ العهـدهٔ» کما لا یخفی، و ضـمیر «مرجعه» راجع الی التبرّی و من المعلوم ان «لا اتعهد» یرجع الی «لا التزم» اذ الالتزام فرع التعهد فان الانسان اذا تعهد شیئا کان لازمه ان یلتزم بلوازم تعهده.

و علی هذا (فلا یترتب علی ظهور العیب ردّ و لا ارش، فکانه باعه علی کل تقدیر) تقدیر الصحهٔ، و تقدیر عدم الصحهٔ.

(الثانی) من محتملات الاضافهٔ لضمان البراءهٔ (ضمان العیب) ای أتبرأ من ضمان العیب- و هذا المعنی فرع للمعنی الاول- لان الضمان فرع التعهـد (و هـذا انسب بمعنی البراءهٔ) لانه المتبادر عرفا من البراءهٔ، اذ العرف ینظر الی النتائج کالضـمان لا الی المقدمات کالتعهد، فان العرف یرید ان یکون له المال الّذی بإزاء العیب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۱

و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصیر الصحهٔ کسائر الاوصاف المشترطهٔ فی عقد البیع لا یوجب الا تخییرا بین الرّد و الامضاء مجانا.

و مرجع ذلک الی اسقاط ارش العیوب فی عقد البیع، لا خیارها.

الثالث: حکم العیب و معناه البراءهٔ من الخیار الثابت بمقتضی العقد بسبب العیب.

(و مقتضاه) ای مقتضـی هـذا المعنی الثانی (و عـدم ضـمانه) ای ضـمان العیب (ب) اعطاء (مال) یساوی العیب (فتصـیر الصـحهٔ کسائر الاوصاف المشترطهٔ فی عقد البیع) التی اذا فقدت تخیر المشتری بین الرد و الامضاء مجانا.

و الحاصل: ان المعنی الثانی هو اسـقاط الارش فقط بدون اسـقاط الرد فللمشتری الرد، بینما المعنی الاول یوجب ان لا یکون للمشتری لا الرد و لا الارش- و هذا بالإضافهٔ الی ان الضمان فرع التعهد کما عرفت-.

و الحاصل ان المعنی الثانی (لا یوجب الا تخییرا بین الرّد) للسلعهٔ المعیبهٔ (و الامضاء مجانا) بدون ارش.

(و مرجع ذلک) ای المعنی الثانی (الی اسقاط ارش العیوب فی عقد البیع، لا) اسقاط (خیارها) ای خیار العیوب، لان الخیار باق.

(الثالث: حکم العیب و معناه البراءهٔ من الخیار الثابت بمقتضی العقد بسبب العیب).

ثم ان الفرق بین الاول و الثالث، ان فی الاول باعه علی تقدیر، فاذا قلنا: بانه یوجب الغرر بطل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۲

و الاظهر فی العرف هو المعنی الاول.

و الانسب بمعنی البراءهٔ هو الثانی.

و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث، و هو بعيد عن اللفظ، الا ان يرجع الى المعنى الاول، و الامر سهل.

ثم ان تبرى البائع عن العيوب مطلقا، او عن عيب خاص انما يسقط تأثيره من حيث الخيار، اما سائر احكامه فلا.

و اما فى الثالث فهو انما يسقط الخيار فقط، فلا يلزم الغرر.

فكان الاول ينفى الموضوع، و الثالث ينفى الحكم.

(و الاظهر فى العرف هو المعنى الاول) لان العرف يريد الخلاص من المعاملة فليس عليه شىء، لا ردا و لا ارشا.

(و الانسب بمعنى البراءة هو الثانى) لان البراءة بمعنى عدم الضمان.

(و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث) حيث قال: لانا نقول: ان التبرى انما هو من الخيار (و هو بعيد عن اللفظ) اذ لا خيار فى اللفظ (الا ان يرجع) كلام العلامة (الى المعنى الاول) فيكون مراده ان لا رد و لا ارش مما هو مقتضى الخيار (و الامر سهل) بعد وضوح المقصد.

(ثم ان تبرئ البائع عن العيوب مطلقا) اىّ عيب كان (او عن عيب خاص) كان يقول: انى أبرأ من عوار عينه او وجع بطنه (انما يسقط تأثيره) اى تأثير العيب (من حيث الخيار) فلا خيار للمشترى بسبب هذا العيب (اما سائر احكامه) اى احكام العيب (فلا) تسقط بسبب التبرّى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۳

فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشترى لم يزل ضمان البائع، لعموم النص.

لكن فى الدروس انه لو تبرى من عيب فتلف به فى زمن خيار المشترى فالاقرب عدم ضمان البائع.

و كذا لو علم المشترى به قبل العقد او رضى به بعده و تلف فى زمان خيار المشترى

(فلو تلف) المتاع (بهذا العيب) المتبرّئ منه (فى ايام خيار المشترى) و هو الخيار الّذى سقط بسبب التبرى (لم يزل ضمان البائع) فان خيار المشترى الناشئ عن العيب له تأثيران:

الاول: ان للمشترى الرد و الارش.

و الثانى: انه اذا تلف المتاع فى زمن الخيار كان التلف من البائع فاذا تبرأ البائع من العيب سقط التأثير الاول، اما التأثير الثانى فهو باق على حاله (لعموم النص) الدال على ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

(لكن) ذكر الشهيد (فى الدروس انه لو تبرى) البائع (من عيب فتلف به فى زمن خيار المشترى فالاقرب عدم ضمان البائع) لانه مع التبرّى لا خيار، فلا يشمله الدليل الدال على ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له- اذ لا «زمن خيار» فلا موضوع-.

(و كذا لو علم المشترى به) اى بالعيب (قبل العقد او رضى به) اى بالعيب (بعده) اى بعد العقد (و تلف فى زمان خيار المشترى) لانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۴

و يحتمل الضمان، لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه و اقوى اشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد فى الخيار انتهى كلامه رفع مقامه

لا خيار حسب الفرض لان علم المشترى و رضاه مسقط للخيار- فلا موضوع-.

(و يحتمل الضمان) على البائع اذا تلف فى زمن الخيار الّذى سقط (لبقاء علاقة الخيار) لانه زمن خيار قد سقط (المقتضى) ذلك الخيار (لضمان العين معه) اى مع الخيار.

و معنى بقاء علاقة الخيار، ان العيب كان سببا للخيار، و لكون التلف فى ذلك الزمان من كيس البائع، فسقوط الخيار لا يلازم سقوط الحكم الآخر.

(و اقوى اشكالا) فى انه هل يكون التلف من كيس البائع أم لا؟ فيما اذا تبرأ من العيب و نحوه (ما لو تلف) المبيع فى زمن الخيار الساقط (به) اى بالعيب القديم (و بعيب آخر تجدد فى) زمن (الخيار).

مثلا: كان العبد محموما و تبرأ البائع من حمّاه، ثم تجدد له كسر الرجل فى زمن الحمّى، ثم مات بالامرين، فهل ان تلفه من كيس البائع أم لا؟

احتمالان:

الاول: ان يكون من كيس البائع لبقاء علاقة الخيار.

الثانى: ان لا يكون من كيسه لان الموت يستند الى جزءين: جزء على البائع، هو كونه تلفا فى زمن الخيار و جزء على المشترى و هو ان العيب الجديد الّذى يكون على المشترى دخيل فى التلف (انتهى كلامه رفع مقامه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۵

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها

منها: زوال العيب قبل العلم به،

كما صرح به فى غير موضع من التذكرة، و مال إليه فى جامع المقاصد، و اختاره فى المسالك، بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد، و هو ظاهر التذكرة، حيث قال- فى اواخر فصل العيوب-: لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلا رد، لعدم موجبه.

و

و لو شككنا فى ان التلف على البائع أم لا، كان الاصل عدم كونه على البائع، لاصالة عدم الضمان، فتأمّل.

(ثم ان هنا امورا) اخر (يظهر من بعض الاصحاب سقوط الردّ و الارش بها) فلا يحق للمشترى رد، و لا ارش، و ان كان المبيع معيبا.

(منها: زوال العيب قبل العلم) اى علم المشترى (به) كما اذا كان العبد محموما حال البيع، ثم زال حمّاه قبل ان يعلم بذلك المشترى (كما صرح به) اى بانه مسقط للرد و الارش (فى غير موضع من التذكرة، و مال إليه فى جامع المقاصد، و اختاره فى المسالك، بل و كذا) يسقط الرد و الارش (لو زال) العيب (بعد العلم به قبل الرد و هو) اى السقوط فى هذه الصورة (ظاهر التذكرة، حيث قال- فى اواخر فصل العيوب-:

لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه) للمشترى (و قد زال عيبه) عند البائع (فلا رد، لعدم موجبه) اى موجب الرد، اذ لا عيب.

(و) ان قلت: قد سبق انه كان معيبا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۶

سبق العيب لا يوجب خيارا، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد، سقط حق الرد، انتهى.

و هو صريح فى سقوط الرد و ظاهر فى سقوط الارش كما لا يخفى على المتأمّل خصوصا مع تفريعه فى موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الارش معا على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبد او حدث فى يد المشترى نكتة بياض فى عينه، و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما، فقال البائع الزائلة هى القديمة، فلا رد و لا ارش، و قال المشترى، بل الحادثة، ولى الرد.

قلت: (سبق العیب لا یوجب خیارا، کما لو سبق علی العقد ثم زال قبله) ای قبل العقد (بل مهما زال العیب قبل العلم او بعده) و لکن کان الزوال (قبل الرد، سقط حق الرد، انتهی) کلام العلامهٔ.

(و هو صریح فی سقوط الرد) لانه قال: «فلا رد» (و ظاهر فی سقوط الارش) لانه قال: «کما لو سبق علی العقد ثم زال قبله» اذ من الواضح ان العیب الزائل قبل العقد لا یوجب ردّا و لا ارشا، فکذا المشبّه (کما لا یخفی علی المتأمّل، خصوصا مع تفریعه فی موضع آخر قبل ذلک) الکلام (عدم الرد و الارش معا) «عدم» مفعول ل «تفریعه» (علی زوال العیب، حیث قال) العلامهٔ ره (لو اشتری عبد او حدث فی ید المشتری نکتهٔ بیاض فی عینه، و وجد نکتهٔ قدیمهٔ) کانت حادثهٔ قبل البیع (ثم زالت إحداهما، فقال البائع) النکتهٔ (الزائلهٔ هی القدیمهٔ، فلا رد و لا ارش) اذ الردّ، و الارش متفرعان علی وجود العیب القدیم و قد زال العیب (و قال المشتری بل) الزائلهٔ هی (الحادثهٔ) فی یدی (ولی الرد) و الارش.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۷

قال الشافعی: یتحالفان الی آخر ما حکاه عن الشافعی.

و کیف کان ففی سقوط الرد بزوال العیب وجه، لان ظاهر ادلهٔ الرد خصوصا بملاحظهٔ ان الصبر علی العیب ضرر هو ردّ المعیوب و هو المتلبس بالعیب، لا ما کان معیوبا فی زمان.

فلا یتوهم هنا استصحاب الخیار.

(قال الشافعی: یتحالفان الی آخر ما حکاه عن الشافعی).

فان ظاهر هذا الکلام التلازم بین الرد و الارش ثبوتا و سقوطا فی امثال المقام.

(و کیف کان) مراد العلامهٔ ره (ففی سقوط الرد بزوال العیب) بعد البیع (وجه) یقاوم استصحاب الخیار- ردّا و ارشا- (لان ظاهر ادلهٔ الرد خصوصا بملاحظهٔ ان الصبر علی العیب ضرر هو ردّ المعیوب) عیبا فی الحال (و هو المتلبس بالعیب) الآن (لا ما کان معیوبا فی زمان) سابق، فان ظاهر المشتق التلبس بالمبدإ فی الحال.

(فلا یتوهم هنا) بعد ان صار المعیوب صحیحا (استصحاب الخیار) بعد زوال العیب اذ لا موضوع له.

اللّهم الا ان یقال: ان الادلهٔ دلت علی ان المعیوب حکمه کذا فزوال الحکم بزوال العیب خلاف ظاهر الادلهٔ.

و الانصراف الی العیب الحالی بدوی، فهو من قبیل ما اذا غبنه ثم ارتفعت قیمته، فان له حق الردّ، لان الارتفاع فی ملک المشتری لا یرفع الغبن الّذی کان مناط الرد و کیف کان فالمصنف علی انه لا رد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۸

و اما الارش فلما ثبت استحقاق المطالبهٔ به لفوات وصف الصحهٔ عند العقد، فقد استقرّ بالعقد خصوصا بعد العلم بالعیب.

و الصحهٔ انما حدثت فی ملک المشتری، فبراءهٔ ذمهٔ البائع عن عهدهٔ العیب المضمون علیه یحتاج الی دلیل.

فالقول بثبوت الارش و سقوط الردّ قویّ

(و اما الارش) فهل یستحق، أم لا بعد زوال العیب؟ فالظاهر استحقاقه (ف) انه (لما ثبت استحقاق المطالبهٔ به) ای بالارش (لفوات وصف الصحهٔ عند العقد، فقد استقرّ) الارش (بالعقد خصوصا) ان الاستقرار الکامل صار (بعد العلم بالعیب) لما یقال من ان العلم بالعیب هو الموجب للخیار.

(و) ان قلت: ان المتاع صحیح الآن، و قد زال وجه الارش؟

قلت: (الصحهٔ انما حدثت فی ملک المشتری) فالصحهٔ ملک المشتری کما اذا سمنت الدابهٔ فی ملک المشتری، فان السمن لیس من

البائع (فبراءة ذمة البائع عن عهدة العیب المضمون علیه یحتاج الی دلیل) فقد ثبت الارش، و لم یثبت ما یسقطه.

(فالقول بثبوت الارش و سقوط الردّ قویّ).

و فیه ان کان المثبت للرد و الارش العیب حال العقد، فاللازم القول بکلیهما.

و ان کان المثبت لهما بقاء العیب حال الرد و الارش فاللازم القول بسقوطهما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۰۹

لو لم یکن تفصیلا مخالفا للاجماع، و لم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة او بعده.

نعم هذا داخل فی فروع القاعدة التی اخترعها الشافعی، و هو:

ان الزائل العائد کالذی لم یزل، او کالذی لم یعد.

لکن عرفت مرارا ان المرجع فی ذلک هی الادلة.

فالقول بثبوت احدهما و سقوط الآخر لا یخلو عن اشکال (لو لم یکن تفصیلا مخالفا للاجماع) و الا کان باطلا رأسا (و لم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة او بعده) فلا اجماع فی المسألة، اذ المشهور لم یتعرضوا للمسألة، فکیف یمکن دعوی الاجماع علی عدم التفصیل؟

(نعم هذا) الفرع (داخل فی فروع القاعدة التی اخترعها الشافعی، و هو: ان الزائل العائد) کما اذا کان مریضا، ثم برء، ثم مرض ثانیا فهو (کالذی لم یزل) حتی یکون حاله حال المعیب (او کالذی لم یعد) حتی یکون حاله حال الصحیح، و الزائل العائد یراد به هنا: وصف الصحة. و لا یخفی الاشکال فی جعل المسألة من فروع القاعدة، کما اشار الی الاشکال فیه غیر واحد من المعلقین.

اللهم الا ان یرید المصنف ان مناط تلک المسألة موجود فی المقام.

(لکن عرفت مرارا ان المرجع فی ذلک) ای فی حکم الزائل العائد (هی الادلة).

فان کان الدلیل دلّ علی ترتب الحکم لوجود هذه الصفة و لو بعد ان انعدمت، کان الزائل العائد کالذی لم یزل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۰

و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها: التصرف بعد العلم بالعیب،

فانه مسقط للامرین عند ابن حمزة فی الوسیلة.

و لعله لکونه علامة للرضا بالمبیع بوصف العیب.

و النص المثبت للارش بعد التصرف ظاهر فی ما قبل العلم.

و ان دلّ الدلیل علی ترتب الحکم لبقاء هذه الصفة فانعدامها یوجب ذهاب الحکم، و ان رجعت بعد ذلک کان الزائل العائد کالذی لم یعد (و لا منشأ لهذه القاعدة) بحیث یکون الحکم هو انه «کالذی لم یعد» او «کالذی لم یزل» فی جمیع المواضع علی حد سواء.

(و منها) ای من المواضع التی ذکر بعض الاصحاب انه یسقط الرد و الارش فیها (التصرف بعد العلم بالعیب، فانه مسقط للامرین) و هما الرد و الارش (عند ابن حمزة فی الوسیلة).

(و لعله) ای لعل الوجه فی اسقاطه الامرین (لکونه) ای التصرف (علامة للرضا بالمبیع بوصف العیب) لا انه رضی بالمبیع فی الجملة حتی یتمکن من الرد، اذ الرضا بالبیع فی الجملة لا یلازم الرضا به بوصف العیب.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۳، ص: ۲۱۰

(و) ان قلت: هب ان التصرف یسقط الرد فلما ذا نقول باسقاطه الارش أیضا؟

قلت: (النص المثبت للارش بعد التصرف) کصحیحة زرارة و مرسلة جمیل، و اخبار وطی الجاریة (ظاهر فی) کون التصرف (ما قبل العلم) فالتصرف بعد العلم یسقط الارش أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۱

و رد بانه دلیل الرضا بالمبیع، لا بالعیب.

و الاولی ان یقال: ان الرضا بالعیب لا یوجب اسقاط الارش و انما

و انما کانت تلک النصوص ظاهرة فیما قبل العلم، لان الانسان اذا علم بالعیب لا یتصرف فی المبیع، الا اذا اخذ ارشه، فانه اذا تصرف ثم اراد اخذ الارش احتمل ان البائع لم یقبل، و انما اراد البائع الرد.

(و رد) ابن حمزة (بانه) ای التصرف (دلیل الرضا بالمبیع) و انه لا یرید رده (لا بالعیب) حتی یسقط الارش أیضا.

و الحاصل: ان التصرف انما یسقط الرد فقط، لا الرد و الارش معا.

(و الاولی ان یقال) فی رد ابن حمزة (ان الرضا بالعیب لا یوجب اسقاط الارش) و ان اوجب اسقاط الرد.

و الحاصل: ان ابن حمزة یقول: ان التصرف دلیل الرضا بالمعیب فذلک الرضا یسقط الرد و الارش.

و الراد یقول: ان التصرف دلیل الرضا بالمبیع لا بالمعیب، فلا یوجب الا اسقاط الرد، و اما الارش فهو باق علی حاله.

و الشیخ یقول: نسلّم کلام ابن حمزة بان التصرف دلیل الرضا بالمعیب، لکنه مع ذلک لا یسقط الارش، اذ المسقط للارش الابراء، لا الرضا.

فاذا کان لک دین علی انسان لا یکفی فی اسقاطه عن ذمته ان ترضی بان لا یعطیک، بل اللازم ان تبرئه حتی یسقط الدین عن ذمته، فالرضا لا یوجب اسقاط الارش (و انما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۲

المسقط له ابراء البائع عن عهدة العیب.

و حیث لم یدل التصرف علیه فالاصل بقاء حق الارش الثابت قبل التصرف.

مع ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فلیراجع.

و منها: التصرف فی المعیب الّذی لم ینقص قیمته بالعیب،

کالبغل الخصیّ بل العبد الخصیّ علی ما عرفت فان الارش منتف لعدم تفاوت القیمة و الرد

المسقط له) ای للارش هو (ابراء البائع عن عهدة العیب) و لم یحصل الابراء.

(و حیث لم یدل التصرف علیه) ای علی الابراء (فالاصل بقاء حق الارش الثابت قبل التصرف).

و المراد بالاصل: الدلیل الدال علی ثبوت الارش، لا الاصل العملی کما لا یخفی.

(مع) انه یرد علی ابن حمزة فیما قاله بقوله: و النص المثبت للارش الخ (ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع) لاطلاق النص (فلیراجع) حتی یشاهد الا طلاق فیه، فلا انصراف له الی ما قبل التصرف.

(و منها) ای مما قیل انه یسقط الرد و الارش معا (التصرف فی المعیب الّذی لم ینقص قیمته بالعیب، کالبغل الخصی) فانه لا تنقص قیمته، بل ربما تزداد (بل العبد الخصیّ علی ما عرفت) من الرغبة فیه، رغبة توجب عدم نقص قیمته (فان الارش منتف لعدم تفاوت القیمة) بین الصحیح و المعیب، (و الرد) ینتفی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۳

لاجل التصرف.

و قد یستشکل فیه من حیث لزوم الضرر علی المشتری بصبره علی المعیب

و فیه ان العیب فی مثله لا یعد ضررا مالیا بالفرض، فلا بأس بان یکون الخیار فیه کالثابت بالتدلیس فی سقوطه بالتصرف، مع عدم ارش فیه و حلّه ان الضرر اما ان یکون من حیث القصد الی ما هو أزید مالیة من الموجود و اما ان یکون من حیث القصد الی خصوصیة مفقودة فی العین، مع قطع

(لاجل التصرف) فانه قد عرفت ان التصرف یوجب اسقاط الرد.

(و قد یستشکل فیه) ای فی کونه مسقطا للردّ (من حیث لزوم الضرر علی المشتری) اذا قلنا انه لا یحق له الرد (ب) سبب (صبره علی المعیب) «بصبره» متعلق ب «الضرر».

(و فیه ان العیب فی مثله) الّذی لا- تنقص قیمته (لا- یعد ضررا مالیا بالفرض) ای حسب ما فرض انه لا نقص فی قیمته (فلا بأس بان یکون الخیار فیه ک) الخیار (الثابت بالتدلیس فی سقوطه بالتصرف).

و کما ان هذا لا اشکال فیه، کذلک ما نحن فیه، و القصد التنظیر، لا القیاس کما لا یخفی (مع عدم ارش فیه) ای فی باب التدلیس.

(و حلّه) ای وجه ان العیب هنا لا یوجب ضررا (ان الضرر اما ان یکون من حیث القصد) ای قصد المشتری (الی ما هو ازید مالیة من الموجود) فاذا لم یتحقق قصده تضرر، حیث اعطی مالا مقابل أقل من قصده.

(و اما ان یکون من حیث القصد الی خصوصیة مفقودة فی العین) کخصوصیة سلامته من الخصی، مثلا (مع قطع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۴

النظر عن قیمته.

و الاول مفروض الانتفاء.

و الثانی قد رضی به و اقدم علیه المشتری بتصرفه فیه بناء علی ان التصرف دلیل الرضا بالعین الخارجیة، کما لو رضی بالعبد المشروط کتابته مع تبین عدمها فیه.

الا ان یقال ان المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت

النظر عن قیمته) فلا ضرر من حیث قلة المالیة.

(و الاول) ای ازیدیة المالیة (مفروض الانتفاء) اذ المفروض ان مالیة الخصی، کمالیة الصحیح مقدارا.

(و الثانی) ای الخصوصیة المفقودة (قد رضی به و اقدم علیه المشتری) اقداما (ب) سبب (تصرفه فیه) و التصرف ملازم للرضا (بناء علی ان التصرف دلیل الرضا بالعین الخارجیة) و لذا قال علیه السلام: لانه رضی به (کما لو رضی بالعبد المشروط کتابته مع تبین عدمها) ای عدم الکتابة (فیه) ای فی ذلک العبد.

(الا ـ ان یقال) ان الردّ فی مسئلتنا هـذه لا یسـقط بالتصـرف، فله ان یرد و ان تصـرف، و ذلک لان الرد انما یسـقط بالتصـرف اذا کان للمشتری ان یأخـذ الارش، امـا اذا لم یکن للمشتری اخـذ الارش لفرض ان العیب لا ارش له، فتصـرفه لا یسـقط الرد، ل (ان المقـدار الثابت من سقوط) حق المشتری فی (الرد) اذا کان المتاع معیبا (ب) سبب (التصرف) فیه (هو مورد ثبوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۵

الارش.

و الا فمقتضی القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف کما فی غیر العیب و التدلیس من اسباب الخیار خصوصا بعد تنزیل الصحة فیما نحن فیه منزلة الاوصاف المشترطة التی لا یوجب فواتها ارشا فان خیار التخلف فیها

الارش) حتی یکون للمشتری مجال اخذ الارش، اذا لم یکن له حق الرد

(و الا) یکن للمشتری حق الارش، کمسألـة الخصـی (فمقتضـی القاعـدة عدم سـقوط الرد بالتصـرف) فی المبیع (کما فی غیر العیب و التـدلیس من اسباب الخیـار) فـانه لا ـ دلیـل علی سـقوط الرد بالخیـار اذا تصـرف المشـتری فی المـبیع، ثم ظهر الغبن، او کـان مخـالفا للصفات- مثلا- کما فی موردی خیار الغبن و خیار الرؤیة.

امـا فی العیب و التـدلیس حیث ان المشتری مخیر بین الرد و الارش فان تصـرفه یسـقط رده و یبقی له الارش، فاذا لم یکن له ارش لم یکن تصـرفه مسـقطا لرده (خصوصا بعد تنزیل الصحة فیما نحن فیه) ای فی باب خیار العیب (منزلة الاوصاف المشترطة التی لا یوجب فواتها ارشا).

فقـد عرفت فیمـا سـبق ان وصف الصـحة لا ـ یقابل بالمال، فالصـحة شـرط و اذا فقـد الشـرط کان للمشتری الفسـخ، کما انه اذا تخلف الوصف کان له الفسخ.

و الحاصل: ان هذا الخیار من قبیل خیار تخلف الشرط، و التصرف لا یسقط خیار التخلف (فان خیار التخلف فیها) ای فی الاوصاف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۶

لا یسقط بالتصرف، کما صرح به.

نعم لو اقتصر فی التصرف المسقط علی ما یدل علی الرضا، کان مقتضی عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

و منها: حدوث العیب فی المعیب المذکور.

(لا یسقط بالتصرف، کما صرح به) الفقهاء فی باب خیار تخلف الوصف.

و الحاصل ان التصرف فی المعیب الّذی لا ارش له- کالخصیّ- لا یسقط الرد.

(نعم لو اقتصر فی التصرف المسقط علی ما یدل علی الرضا) بان قلنا:

ان التصـرف انمـا یسـقط الرد اذا کـان تصـرفا عن رضـا المشتری بالمعیب- و لم نقل ان کل تصـرف مسـقط- (کان مقتضـی عموم ما تقدمه) من ان الرضا بالمبیع مسقط للخیار، هو (سقوط الرد بالتصرف مطلقا) سواء کان هناک بدیل للرد- و هو الارش- أم لم یکن له بدیل.

فتحصل ان المعیب الّذی لا ارش له، اذا تصـرف المشتری فیه تصـرفا دالا علی الرضا، سقط رده، و الا بان لم یکن تصرف بدون الرضا بالمبیع، لم یسقط رده.

(و منها) ای و مما ذکر من انه یسـقط الرد و الارش معا- فی باب خیار العیب- (حدوث العیب فی المعیب المذکور) ای المعیب الّذی

لم تنقص قیمته بالعیب، لما سبق من ان حدوث العیب عند المشتری یوجب سقوط الرد.

و حیث انه لا ارش له حسب الفرض، فحدوث العیب یوجب ان لا یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۷

و الاستشکال هنا بلزوم الضرر، فی محله، فیحتمل ثبوت الرد مع قیمة النقص الحادث لو کان موجبا له، لان الصحة فی هذا المبیع کسائر الاوصاف المشترطة فی المبیع التی لا یوجب فواتها ارشا.

له رد و لا ارش.

(و) ان قلت: کیف یسقط رد المشتری، و الحال انه ضرر علیه؟

قلت: (الاستشکال هنا بلزوم الضرر) علی المشتری، اذا قلنا بسقوط حق رده (فی محله) اذ لم یرض المشتری بالمبیع، و لم یقدم علی ضرر نفسه بالتصرف و نحوه، فکیف یلزمه الشارع بهذا الضرر.

و علیه (فیحتمل ثبوت الرد) للمشتری بالعیب السابق (مع) الزام المشتری باعطائه للبائع (قیمة النقص الحادث) فی المبیع بسبب العیب الجدید (لو کان) العیب الجدید (موجبا له) ای لنقص، له قیمة.

و انما نقول بان له الرد و ان حدث فی المبیع عیب (لان الصحة فی هذا المبیع کسائر الاوصاف المشترطة فی المبیع) کان تکون الشاة سوداء او بیضاء، و ان تکون الدار اوّل الشارع او آخره (التی لا یوجب فواتها ارشا) لاستواء قیمة ذات الوصف و غیرها فی نظر العرف، فانه اذا فات الوصف استحق المشتری الرد، و لیس له الارش، و فی ما نحن فیه أیضا کذلک، لان النقص لا یوجب الارش- حسب الفرض- فلا بد و ان یکون للمشتری الرد و ان حدث فی المبیع عیب.

(و) ان قلت: العیب الجدید یوجب عدم قیام العین و قد شرط الشارع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۸

و النص الدال علی اشتراط الرد بقیام العین- و هی المرسلة المتقدمة- مختص بمورد امکان تدارک ضرر الصبر علی المعیب بالارش.

و الاجماع فیما نحن فیه غیر متحقق، مع ما عرفت من مخالفة المفید فی اصل المسألة.

هذا کله مضافا الی اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العیب،

الرد بقیام العین؟

قلت: (النص الدال علی اشتراط الرد بقیام العین- و هی المرسلة المتقدمة-) عن جمیل (مختص بمورد امکان تدارک ضرر الصبر علی المعیب بالارش) «بالارش» متعلق ب «تدارک» فلا یشمل النص ما نحن فیه، و یبقی دلیل: لا ضرر، للمشتری حق الرد.

(و الاجماع) علی اشتراط الرد بقیام العین (فیما نحن فیه) مما لا ارش له (غیر متحقق) اذ القدر المتیقن من الاجماع هو صورة اخذ الارش و علیه فلا اجماع، و یصح رد المعیب و ان حدث فیه عیب جدید (مع ما عرفت من مخالفة المفید فی اصل المسألة) حیث ان المفید قال: بعدم منع حدوث عیب جدید عن الرد بالعیب القدیم، کما تقدم فی المسقط الرابع من مسقطات خیار العیب، فاذا لم یمنع العیب الجدید من الرد بالعیب القدیم- حتی فیما کان للمبیع ارش- کان عدم المنع فیما لا ارش فیه اولی.

(هذا کله) لبیان ان ادلة منع الرد بسبب العیب الجدید لا یشمل المقام (مضافا الی اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العیب) فانه لا شک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۱۹

و هی المرجع بعد معارضة الضرر المذکور بتضرر البائع بالفسخ، و نقل المعیب الی ملکه بعد خروجه عن ملکه، سلیما عن هذا العیب.

و کیف کان فلو ثبت الاجماع او استفیض بنقله علی سقوطه الرد بحدوث العیب و التغیر علی وجه یشمل المقام، و الا فسقوط الرد هنا محل نظر، بل منع.

فی جواز الرد قبل حدوث العیب، فاذا شککنا فی جواز الرد بعد حدوث العیب، کان استصحاب الجواز محکما (و هی) ای اصالهٔ جواز الرد (المرجع بعد) تعارض دلیل لا ضرر، للبائع، و دلیل: لا ضرر، للمشتری، اذ لو رد المشتری تضرر البائع بالعیب الجدید، و لو لم یرد المشتری تضرر بالعیب القدیم، فیتعارض: لا ضرر، هذا، بلا ضرر ذاک و یتساقطان، فیکون المرجع اصالهٔ جواز الرد.

فبعد (معارضهٔ الضرر المذکور) ای ضرر المشتری اذا قلنا بانه لا رد (بتضرر البائع بالفسخ، و نقل المعیب) بالعیب الجدید (الی ملکه) ای ملک البائع (بعد خروجه عن ملکه، سلیما عن هذا العیب) الجدید.

(و کیف کان) الامر، سواء قلنا بوجود الاستصحاب، أم لم نقل بوجوده لتغیر الموضوع (فلو ثبت الاجماع او استفیض بنقله) و ان لم یثبت عندنا (علی سقوطه الرد بحدوث العیب) الجدید (و) حدوث (التغیر) فی المبیع مما اوجب ان لا یکون المبیع قائما بعینه (علی وجه یشمل المقام) الّذی لا ارش له فهو الحجهٔ (و الا) یثبت الاجماع (فسقوط الرد هنا) فیما لا ارش له (محل نظر، بل منع) لشمول ادلهٔ الرد لمثله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۰

و منها: ثبوت احد مانعی الرد فی المعیب الّذی لا یجوز اخذ الارش فیه لاجل الربا.

اما المانع الاول فالظاهر ان حکمه کما تقدم فی المعیب الّذی لا تنقص مالیته فان المشتری لما اقدم علی معاوضهٔ احد الربویین بالآخر، اقدم علی عدم مطالبهٔ مال زائد علی ما یأخذه

و الحاصل ان للمشتری حق الرد، اما لعموم ادلهٔ رد المبیع المعیب و اما لوجود الاصل العملی و هو استصحاب جواز الرد.

(و منها) ای من الموارد التی یسقط فیها الرد و الارش معا (ثبوت احد مانعی الرد فی المعیب الّذی لا یجوز اخذ الارش فیه).

و انما لا یجوز اخذ الارش (لاجل الربا) فیما اذا کان العوضین ربویین کالذهب بالذهب و الحنطهٔ بالحنطهٔ.

و المراد بمانعی الرد: التصرف و حدوث العیب بعد القبض، و ذلک لان مانع الرد یمنع من الرد، و کون الجنس ربویا یمنع الارش، فلا ارش و لا رد.

(اما المانع الاول) و هو التصرف (فالظاهر ان حکمه کما تقدم فی المعیب الّذی لا تنقص مالیته) بالعیب کالعبد الخصی، فکما ان التصرف فی العبد الخصی یمنع الرد و الارش، فلا ارش، لانه لا تنقص القیمهٔ بالخصاء و لا رد لانه تصرف فیه، کذلک ما نحن فیه، فانه لا رد لانه تصرف فیه، و لا ارش لان الارش مستلزم للربا (فان المشتری لما اقدم علی معاوضهٔ احد الربویین بالآخر اقدم علی عدم مطالبهٔ مال زائد علی ما یأخذه) «علی»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۱

بدلا علی ماله و ان کان المأخوذ معیبا فیبقی وصف الصحهٔ کسائر الاوصاف التی لا یوجب اشتراطها الا جواز الرد بلا ارش.

فاذا تصرف فیه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا علی الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد، کما فی خیار التدلیس بعد التصرف.

نعم التصرف قبل العلم لا یسقط خیار الشرط کما تقدم.

و اما المانع الثانی: فظاهر جماعهٔ کونه مانعا فیما نحن فیه من الرد أیضا

متعلق ب «زائـد» (بدلا علی ماله و ان کان المأخوذ معیبا) فهو بنفسه اسـقط حق الارش (فیبقی وصف الصـحهٔ کسائر الاوصاف التی لا یوجب اشتراطها الا جواز الرد بلا ارش) کما فی العبد الخصیّ.

(فاذا تصـرف) المشتری (فیه) ای فی المبیع الربوی (خصوصا بعد العلم) بالعیب (تصـرفا دالا علی الرضا) منه (بفاقد الوصف المشترط) «المشترط» صفهٔ «الوصف».

و المراد بالوصف المشترط، وصف الصـحهٔ (لزم العقد) فلا رد و لا ارش (کما فی خیار التدلیس بعد التصـرف) حیث لا ارش فیه و لا رد.

(نعم التصـرف قبل العلم) بالعیب (لا یسـقط خیار الشـرط) ای شـرط الصـحهٔ (کما تقدم) لان هذا التصرف لیس رضا بالمعیب فتشمل المقام ادلهٔ ردّ المعیب.

(و اما المانع الثانی) و هو حـدوث العیب عنـد المشتری فی الجنس الربوی (فظاهر جماعـهٔ کونه) ای العیب الجدید (مانعا فیما نحن فیه من الرد أیضا) کما یمنع العیب الجدید من الرد بالعیب القدیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۲

و هو مبنی علی عموم منع العیب الحادث من الردّ حتی فی صورهٔ عدم جواز اخذ الارش.

و قد عرفت النظر فیه.

و ذکر فی التذکرهٔ وجها آخر لامتناع الرد و هو انه لو ردّ فاما ان یکون مع ارش العیب الحادث.

و اما ان یرد بدونه، فان ردّه بدونه کان ضررا علی البائع و ان ردّ مع الارش لزم الربا قال: لان المردود حینئذ

(و هو مبنی علی عموم) دلیل (منع العیب الحادث من الرد حتی فی صورهٔ عدم جواز اخذ الارش).

(و) لکن (قد عرفت النظر فیه) ای فی الامر السابق حیث قال: «و الاستشکال هنا بلزوم الضرر».

(و ذکر) العلامـهٔ (فی التـذکرهٔ وجهـا آخر لامتنـاع الرد) فیما اذا کان الجنس ربویا، ثم حـدث فیه عیب جدیـد (و هو انه لو ردّ فاما ان یکون مع ارش العیب الحادث) لان العیب الحادث ضرر توجه من المشتری الی البائع.

(و اما ان یرد بـدونه) ای بدون الارش (فان ردّه بدونه کان ضـررا علی البائع) فیشـمله دلیل: لا ضـرر، و لا یشـرع الشارع حکما یوجب ضررا علی البـائع (و ان رد مع الاـرش لزم الربا) و الربا حرام و حیث ان الرد مسـتلزم للمحـذور علی کلا التقـدیرین، فالشارع لا یحکم بمثل هذا الرد.

و (قال) العلامهٔ- فی بیان لزوم الربا-: (لان المردود حینئذ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۳

یزید علی وزن عوضه.

و الظاهر ان مراده من ذلک ان رد المعیب لما کان بفسخ المعاوضهٔ و مقتضـی المعاوضهٔ بین الصحیح و المعیب من جنس واحد ان لا یضـمن وصف الصـحهٔ بشـیء، اذ لو جاز ضـمانه لجاز اخذ المشتری الارش فیما نحن فیه، فیکون وصف الصحهٔ فی کل من العوضین نظیر سائر

ای حین کان مع الارش (یزیـد علی وزن عوضه) الّذی هو الثمن، یعنی انه یلزم ان تکون حقهٔ حنطهٔ و دینار- المثمن و الارش- مقابل حقهٔ حنطهٔ- الثمن-.

(و الظـاهر ان مراده) ای العلامـهٔ (من ذلک) ای من قوله «لان المردود ..» (ان رد المعیب لما کان بفسـخ المعاوضـهٔ) فالارش المردود،

اما ان یکون باعتبار مقابلهٔ وصف الصحهٔ فی اصل المعاملهٔ بالعوض فیلزم زیادهٔ المثمن علی الثمن فی اصل المعاوضهٔ و اما ان یکون باعتبار مقابلهٔ وصف الصحهٔ فی الفسخ بالعوض، فیلزم زیادهٔ الثمن علی المثمن فی الفسخ، و کلا الامرین ربا محرم (و) ذلک لان (مقتضی المعاوضهٔ بین الصحیح و المعیب من جنس واحد ان لا یضمن وصف الصحهٔ بشیء) حتی اذا فقد وصف الصحهٔ، لم یوجب الارش (اذ لو جاز ضمانه) ای ضمان وصف الصحهٔ، و «اذا» علهٔ «لا یضمن» (لجاز اخذ المشتری الارش فیما نحن فیه) ای فیما اذا کان المثمن معیبا فی الجنس الربوی و الحال انه لا یجوز للمشتری اخذ الارش- حسب الفرض- فلا یضمن وصف الصحهٔ بشیء (فیکون وصف الصحهٔ فی کل من العوضین نظیر سائر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۴

الاوصاف غیر المضمونهٔ بالمال فاذا حصل الفسخ وجب تراد العوضین من غیر زیادهٔ و لا نقیصهٔ.

و لذا یبطل التقایل مع اشتراط الزیادهٔ او النقیصهٔ فی احد العوضین، فاذا استرد المشتری الثمن لم یکن علیه الا رد ما قابله لا غیر فان رد الی البائع قیمهٔ العیب الحادث عنه کما هو الحکم فی غیر الربویین اذا حصل العیب عنده لم یکن ذلک الا باعتبار کون ذلک العیب مضمونا علیه

الاوصاف غیر المضمونهٔ بالمال) الّذی لا یوجب فقده نقص القیمهٔ (فاذا حصل الفسخ) لاجل العیب السابق (وجب تراد العوضین) فقط (من غیر زیادهٔ) فی احدهما و هو الّذی تعیب عند المشتری (و لا نقیصهٔ) فی الآخر و هو الثمن فلا ینقص الثمن عن المثمن، بل یرجع المثمن و الثمن فقط.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان اللازم تراد العوضین فقط بلا زیادهٔ و لا نقیصهٔ (یبطل التقایل مع اشتراط الزیادهٔ او النقیصهٔ فی احد العوضین) فلا یصح ان یقول البائع للمشتری النادم: ارجع ألیک الثمن بشرط ان تجعل شیئا علی المثمن عند رده إلیّ (فاذا استرد المشتری الثمن لم یکن علیه) ای علی المشتری (الا رد ما قابله) من المثمن (لا غیر فان ردّ) المشتری (الی البائع قیمهٔ العیب الحادث عنده کما هو الحکم) برد قیمهٔ العیب الحادث عند المشتری (فی غیر الربویین اذا حصل العیب عنده) ای عند المشتری- فیما اذا اراد رد المثمن- (لم یکن ذلک) الرد لقیمهٔ العیب الحادث (الا باعتبار کون ذلک العیب مضمونا علیه) ای علی المشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۵

بجزء من الثمن، فیلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثمن و وصف صحته فینقص الثمن عن نفس المعیب فیلزم الربا فمراد العلامهٔ ره بلزوم الربا اما لزوم فی اصل المعاوضهٔ اذ لو لا ملاحظهٔ جزء من الثمن فی مقابلهٔ صفهٔ الصحهٔ لم یکن وجه لغرامهٔ بدل الصفهٔ، و قیمتها عند استرداد الثمن.

و اما لزوم الربا فی الفسخ حیث قوبل فیه الثمن

(بجزء من الثمن، فیلزم) من رد قیمهٔ العیب (وقوع الثمن) فی حال البیع (بإزاء مجموع المثمن و وصف صحته) و الا فلو لم یکن جزء من الثمن بإزاء الصحهٔ فلما ذا یجب علی المشتری رد قیمهٔ العیب.

و علیه (فینقص الثمن عن نفس المعیب) اذ المفروض ان حقهٔ من الحنطهٔ- الثمن- واقع فی قبال نصف حقهٔ من الحنطهٔ- المثمن-.

و لذا یلزم ان یضم المشتری الی الثمن دینارا- مثلا- لیساوی حق البائع (فیلزم الربا).

و علی هذا (فمراد العلامهٔ ره بلزوم الربا، اما لزوم فی اصل المعاوضهٔ) و ذلک لان «الحقهٔ» مع «وصف الصحهٔ» قوبلت «بحقهٔ الثمن» فالثمن صار ازید من المثمن (اذ لو لا ملاحظهٔ جزء من الثمن فی مقابلهٔ صفهٔ الصحهٔ لم یکن وجه لغرامهٔ بدل الصفهٔ، و قیمتها) ای قیمهٔ الصفهٔ- عطف بیان ل «بدل»- (عند استرداد الثمن) فان صفهٔ الصحهٔ اذا کانت ذات قیمهٔ عند الفسخ، کانت من باب انها ذات

قیمة عند البیع.

(و اما لزوم الربا فی الفسخ) و ذلک لان المثمن و الدینار قوبلا بالثمن فالمثمن صار ازید من الثمن (حیث قوبل فیه) ای فی الفسخ (الثمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۶

بمقداره من المثمن و زیادة و الاول اولی.

و مما ذکرنا ظهر ما فی تصحیح هذا بان قیمة العیب الحادث غرامة لما فات فی یده مضمونا علیه، نظیر المقبوض بالسوم اذا حدث فیه العیب فلا ینضم الی المثمن حتی یصیر ازید من الثمن.

بمقداره من المثمن و زیادة) «و زیادة» عطف علی «المثمن» (و الاول) ای لزوم الربا فی اصل المعاوضة (اولی) بمراد العلامة.

اذ لزوم الربا فی الفسخ لا مانع منه، فان الدلیل دلّ علی حرمة الربا فی المعاوضة و فی القرض، اما الربا فی الفسخ فلم یدل الدلیل علی حرمته.

(و مما ذکرنا) من انه یلزم الربا اما فی اصل المعاوضة او فی الفسخ- اذا ردّ المشتری المثمن مع قیمة العیب- (ظهر ما) ای ظهر الاشکال (فی تصحیح هذا) ای فی تصحیح ردّ قیمة العیب- تصحیحا بحیث لا یلزم ربا لا فی اصل المعاوضة و لا فی الفسخ- (بان قیمة العیب الحادث) «بان» بیان «التصحیح» (غرامة) شرعیّة (لما فات فی یده) ای ید المشتری من الصحة فی حالکون ما فات (مضمونا علیه، نظیر المقبوض بالسوم) فان الانسان اذا قبض المتاع بقصد ان یشتریه، ثم تلف فی یده قبل الاشتراء، کان ضامنا للبائع (اذا حدث فیه العیب) فان هذا الضمان غرامة شرعیة، و لیس من باب انه جزء من الثمن او المثمن.

و علی هذا (فلا ینضم) ما یعطیه المشتری الی البائع عند الفسخ من الغرامة (الی المثمن حتی یصیر ازید من الثمن) و یلزم الربا فی الفسخ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۷

اذ فیه وضوح الفرق فان المقبوض بالسوم انما یتلف فی ملک مالکه فیضمنه القابض.

و العیب الحادث فی المبیع لا یتصور ضمان المشتری له الا بعد تقدیر رجوع العین فی ملک البائع، و تلف وصف الصحة منه فی ید المشتری فاذا فرض ان صفة الصحة لا یقابل بجزء من المال فی عقد المعاوضة الربویة فیکون تلفها فی ید المشتری کنسیان العبد الکتابة لا یستحق

(اذ) وجه قوله: «ظهر» (فیه وضوح الفرق) بین المقبوض بالسوم و بین ما نحن فیه، و الفارق هو ان «المقبوض بالسوم» مضمون علی الآخذ فاذا تلف وجب علیه ان یعطی الغرامة.

اما ما نحن فیه فالمثمن وصل بید المشتری مقابل الثمن- و وصف الصحة لا قیمة له- فاذا استرجع المشتری ثمنه لیس علیه الا ان یرد نفس المثمن فقط، فانه لم یتلف فی ید المشتری الا وصف الصحة، و قد عرفت انه لا قیمة له، فلما ذا یجب علی المشتری ان یرد ارش الصحة (فان المقبوض بالسوم انما یتلف فی ملک مالکه فیضمنه القابض) لقاعدة علی الید.

(و) اما (العیب الحادث فی المبیع) الربوی- فیما نحن فیه- ف (لا یتصور ضمان المشتری له) ای لهذا العیب (الا بعد تقدیر) الفسخ و (رجوع العین فی ملک البائع، و تلف) عطف علی «رجوع» (وصف الصحة منه) ای من المثمن (فی ید المشتری، فاذا فرض ان صفة الصحة لا یقابل بجزء من المال فی عقد المعاوضة الربویة فیکون) فقوله «یکون» جواب «اذا» (تلفها فی ید المشتری کنسیان العبد الکتابة) ف (لا یستحق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۸

البائع عند الفسخ قیمتها.

و الحاصل ان البائع لا یستحق من المشتری الا ما وقع مقابلا بالثمن و هو نفس المثمن من دون اعتبار صحته جزء، فکانه باع عبدا کاتبا فقبضه المشتری ثم فسخ او تفاسخا بعد نسیان العبد الکتابة.

نعم هذا یصح فی غیر الربویین لان وصف الصحة فیه یقابل بجزء من الثمن

البائع عند الفسخ قیمتها) ای قیمة صفة الصحة المفقودة.

(و الحاصل) فالفارق بین ما نحن فیه و بین المقبوض بالسوم (ان البائع) فیما نحن فیه (لا یستحق من المشتری الا ما وقع مقابلا بالثمن، و هو) ای المقابل للثمن (نفس المثمن من دون اعتبار صحته) ای صحة المثمن (جزء) من المثمن حتی یکون الثمن فی مقابل ذات المثمن و صحته (فکانه) ای فکان مقامنا هذا من قبیل ما لو (باع) البائع (عبدا کاتبا فقبضه المشتری ثم فسخ) احدهما (او تفاسخا بعد نسیان العبد الکتابة) فانه لا- یرجع البائع الی المشتری بارش النسیان و فیما نحن فیه اذا عاب المثمن فی الربوی- لا یرجع البائع الی المشتری بثمن العیب، بعد انفساخ البیع.

(نعم هذا) ای رجوع البائع الی المشتری بقیمة الصحة- التی فقدت عند المشتری- (یصح فی غیر الربویین).

و ذلک (لان وصف الصحة فیه) ای فی غیر الربویین (یقابل بجزء من الثمن) فاذا فقدت الصحة کان للبائع ان یأخذ ارشها من المشتری عند

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۲۹

فیرد المشتری قیمة العیب الحادث عنده لیأخذ الثمن المقابل لنفس المبیع مع الصحة.

ثم ان صریح جماعة من الاصحاب عدم الحکم علی المشتری بالصبر علی المعیب مجانا فیما نحن فیه، فذکروا فی تدارک ضرر المشتری وجهین اقتصر فی المبسوط علی حکایتهما.

احدهما: جواز رد المشتری للمعیب مع غرامة قیمة العیب الحادث لما تقدم إلیه الاشارة، من: ان ارش العیب الحادث فی ید المشتری

الفسخ (فیرد المشتری) الی البائع (قیمة العیب الحادث عنده لیأخذ الثمن المقابل لنفس المبیع مع الصحة) ای الثمن المقابل لشیئین المبیع و الصحة، فاذا کانت الشاة السلیمة عشرة و المعیبة ثمانیة، فالصحة تقابل باثنین، فاذا فسخ البیع اخذ عشرته التی ثمانیة منها تقابل بنفس المبیع و اثنتان منها تقابل بالصحة.

(ثم) بعد ان ذکر الفقهاء ان الجنس الربوی المعیب لا- یمکن رده اذا تعیب عند المشتری عیبا جدیدا، ف (ان صریح جماعة من الاصحاب عدم الحکم علی المشتری بالصبر علی المعیب مجانا فیما نحن فیه، فذکروا فی تدارک ضرر المشتری) بالعیب القدیم (وجهین، اقتصر فی المبسوط علی حکایتهما) من دون ان یبین نظره بالنسبة إلیهما.

(احدهما: جواز رد المشتری للمعیب مع) اعطائه (غرامة قیمة العیب الحادث) عنده، و انما یصح اعطاء الغرامة، لانه لا یلزم منها الربا (لما تقدم إلیه الاشارة، من: ان ارش العیب الحادث فی ید المشتری) لیس فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۰

نظیر ارش العیب الحادث فی المقبوض بالسّوم فی کونها غرامة تالف مضمون علی المشتری لا دخل له فی العوضین حتی یلزم الربا.

الثانی: ان یفسخ البیع، لتعذر امضائه و الزام المشتری ببدله من غیر الجنس معیبا بالعیب القدیم، و سلیما عن الجدید

مقابل وصف الصحة، حتی یلزم الربا، بل هو (نظیر ارش العیب الحادث فی المقبوض بالسّوم فی کونها غرامة تالف مضمون علی المشتری) و (لا دخل له) ای للارش (فی العوضین حتی یلزم الربا).

و من المعلوم ان الامر یختلف بالاعتبار، فاعتبار الارش فی مقابل الصحة غیر اعتبار الارش غرامة شرعیة.

(الثانی: ان یفسخ) اصل (البیع، لتعذر امضائه) بلا ارش و لا مع الارش.

اما بلا ارش، فلکونه ضررا علی المشتری.

و اما مع الارش فلکونه ربا.

و حیث ان الشارع رفع الضرر، و منع الربا، فلا بد و ان یکون مجیزا الفسخ بدلیل الاقتضاء، و ذلک یخصص عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و الزام المشتری ببدله) ای ببدل المثمن، لا نفس المثمن فی حال کون ذلک البدل (من غیر الجنس) ای ان یعطی القیمة لا المثل، فی حالکون الجنس (معیبا بالعیب القدیم، و سلیما عن) العیب (الجدید) ای یقوم الجنس هکذا ثم یعطی المشتری قیمة مثل هذا الجنس الی البائع و لا یعطی نفس المعیب و لا مثله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۱

و یجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا ارش و مع الارش.

و اختار فی الدروس تبعا للتحریر: الوجه الاول مشیرا الی تضعیف الثانی بقوله: لان تقدیر الموجود معدوما خلاف الاصل.

اما انه لا یعطی نفس المعیب، لانه ان رده مع الارش لزم الربا، و ان رده بلا ارش لزم الضرر، و لا یرد مثله لانه ان رد المثل الصحیح لزمت الزیادة، و ان رد المثل المعیب بالعیبین، لزم الاشکال المتقدم- الربا او الضرر- و ان رد المثل المعیب بالعیب القدیم فقط فذلک متعسر غالبا، و العسر مرفوع شرعا.

اقول: لکن الظاهر ان لفظة «غیر» زائدة، فالعبارة الصحیحة «من الجنس» لان المثل یقوم مقام العین، اذا کان المثل ممکنا، و لا تصل النوبة الی القیمة.

و العسر خاص ببعض الموارد فلا یکون دلیلا علی التنزل الی القیمة مطلقا (و یجعل) المبیع المعیب (بمثابة التالف) فیرجع الی مثله.

و انما کان بمنزلة التالف (لامتناع ردّه بلا ارش) لانه ضرر علی البائع (و) لا (مع الارش) لانه ربا، و الممنوع شرعا کالممتنع عقلا.

(و اختار فی الدروس تبعا ل) العلامة فی (التحریر: الوجه الاول) و هو رد نفس المعیب مع الغرامة (مشیرا الی تضعیف) الوجه (الثانی بقوله: لان تقدیر) المبیع (الموجود معدوما) حتی یکون اللازم اعطاء بدله (خلاف الاصل) ای اصالة لزوم ارجاع نفس المبیع عند الفسخ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۲

و تبعه المحقق الثانی معللا بان الربا ممنوعة فی المعاوضات، لا فی الضمانات، و انه کارش عیب العین المقبوضة بالسوم اذا حدث فی ید المستام و ان کانت ربویة.

فکما لا یعد هنا ربا، فکذا لا یعد فی صورة النزاع.

اقول قد عرفت الفرق بین ما نحن فیه، و بین ارش عیب المقبوض بالسوم فانه یحدث فی

(و تبعه المحقق الثانی معللا بان الربا ممنوعة فی المعاوضات) ای البیوع و القروض (لا فی الضمانات) و اذا فسخ البیع و ارجع المعیب کان اللازم اعطاء نقصه من باب الضمان، لا من باب المعاوضة، فلا مانع فی مثل هذا الارش (و انه) ای الارش الّذی یعطیه المشتری للمالک فی مقابل عیبه الجدید (کارش عیب العین المقبوضة بالسوم اذا حدث) العیب (فی ید المستام) ای الآخذ بالسوم (و ان کانت)

العین المقبوضة بالسوم (ربویة).

(فکما لا_ یعد) ارش العیب (هنا) فی المقبوض بالسوم (ربا) بل غرامة شرعیة (فکذا لا یعد فی صورة النزاع) و هو ما اذا تعیب عند المشتری عیبا جدیدا، و اراد المشتری ردّه- ان کان الجنس ربویا- فان الارش الّذی یعطیه المشتری فی مقابل العیب الجدید لا یعد ربا.

(اقول قد عرفت الفرق) حیث قلنا قبل اسطر «اذ فیه وضوح الفرق ..»

(بین ما نحن فیه، و بین ارش عیب المقبوض بالسوم) فلا یصح تنظیر احدهما بالآخر (فانه) ای العیب الموجب للارش فی المقبوض بالسوم (یحدث فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۳

ملک مالکه بید قابضه، و العیب فیما نحن فیه یحدث فی ملک المشتری و لا یقدر فی ملک البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الی المشتری و المفروض عدم المقابلة بین شیء منه، و بین صحة المبیع.

و منها: تأخیر الاخذ بمقتضی الخیار

فان ظاهر الغنیة اسقاطه للرد و الارش کلیهما، حیث جعل المسقطات خمسة، التبری، و الرضا بالعیب،

ملک مالکه) و لکن (بید قابضه) فإعطاؤه الارش لا یعد رباء بل هو من باب ضمان: من اتلف، لقاعدة: علی الید ما اخذت، و لسائر ادلة الضمان (و العیب) الجدید (فیما نحن فیه یحدث فی ملک المشتری و لا یقدر) کون هذا العیب (فی ملک البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الی المشتری) فالارش یعطی فی مقابل وصف الصحة.

(و) الحال ان (المفروض عدم المقابلة بین شیء منه) ای من الثمن (و بین) وصف (صحة المبیع) لانه ان کان شیء من الثمن مقابل وصف الصحة- فی اوّل البیع- لزم زیادة المثمن علی الثمن، و ان کان فی مقابل وصف الصحة- حال الفسخ- لزم زیادة الثمن علی المثمن، و کلاهما باطل، فتأمل:

(و منها) ای من الامور المسقطة للرد و الارش معا، کما ذکره بعض الاصحاب (تأخیر الاخذ بمقتضی الخیار) بعد العلم به (فان ظاهر الغنیة اسقاطه للرد و الارش کلیهما، حیث جعل) الغنیة (المسقطات) لخیار العیب (خمسة، التبری) من البائع عن کل عیب (و الرضا بالعیب)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۴

و تأخیر الرد مع العلم، لانه علی الفور بلا خلاف، و لم یذکر فی هذه الثلاثة ثبوت الارش.

ثم ذکر حدوث العیب، و قال: لیس له هاهنا الا الارش.

ثم ذکر التصرف و حکم فیه بالارش فان فی الحاق الثالث بالاولین فی ترک ذکر الارش فیه، ثم ذکره فی الاخیرین و قوله لیس له هاهنا ظهورا فی عدم ثبوت الارش بالتأخیر.

من المشتری، سواء رضی قبل البیع او بعده (و تأخیر الرد مع العلم) بالعیب و بان له الرد (لانه) ای الرد (علی الفور بلا خلاف، و لم یذکر) الغنیة (فی هذه الثلاثة ثبوت الارش).

(ثم ذکر حدوث العیب) عند المشتری، و انه مسقط للرد بالعیب القدیم- و هذا رابع المسقطات- (و قال: لیس له) ای للمشتری (هاهنا) فی صورة حدوث عیب جدید (الا الارش).

(ثم ذکر التصرف) ای تصرف المشتری فی المبیع المعیب (و حکم فیه بالارش) لانه یسقط الرد بالتصرف.

اما وجه دلالة کلام الغنیة علی ان التأخیر یسقط الرد و الارش معا فلما ذکره المصنف «ره» بقوله: (فان فی الحاق الثالث) ای تأخیر الرد (بالاولین) ای التبری و الرضا (فی ترک ذکر الارش فیه) ای فی الثالث و قوله «فی ترک» متعلق ب «الحاق» (ثم ذکره) ای الارش (فی الاخیرین) ای حدوث العیب و التصرف (و قوله) ای الغنیة: (لیس له هاهنا) الا الارش (ظهورا فی عدم ثبوت الارش بالتأخیر) اذ لو کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۵

و هذا احد القولین منسوب الی الشافعی.

و لعله لان التأخیر دلیل الرضا.

و یرد بعد تسلیم الدلالة ان الرضا بمجرده لا یوجب سقوط الارش کما عرفت فی التصرف.

نعم سقوط الرد وحده له وجه، کما هو صریح المبسوط و

الارش فی التأخیر کان التأخیر ملحقا بالاخیرین لا بالاولین.

و قوله «ظهورا» خبر «فان فی الحاق الخ» (و هذا) ای اسقاط التأخیر للرد و الارش معا (احد القولین) فی المسألة، و هو (منسوب الی الشافعی).

(و لعله) ای وجه اسقاط التأخیر للرد و الارش معا (لان التأخیر دلیل الرضا) بالمعیب، و اذا رضی فلا رد و لا ارش.

(و یرد) هذا الدلیل (بعد تسلیم الدلالة).

ای أولا: لا نسلم ان التأخیر دلیل الرضا بالمبیع، اذ یمکن ان یکون التأخیر لاجل المشهورة، او التفکر، او الغفلة بعد العلم او ما اشبه ذلک.

و ثانیا نقول: سلمنا ان التأخیر دلیل الرضا، لکن نقول: (ان الرضا بمجرده لا یوجب سقوط الارش، کما عرفت فی التصرف) حیث قلنا: ان التصرف لا یدل علی سقوط الارش، و ان رضی بالبیع، اذ السقوط یحتاج الی الابراء و الاسقاط و الرضا لیس باسقاط.

(نعم سقوط الرد وحده) بالتأخیر (له وجه، کما هو صریح المبسوط، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۶

الوسیلة علی ما تقدم من عبارتهما فی التصرف المسقط و یحتمله أیضا عبارة الغنیة المتقدمة بناء علی ما تقدم فی سائر الخیارات من لزوم الاقتصار فی الخروج عن اصالة اللزوم علی المتیقن السالمة عما یدل علی التراخی عدا ما فی الکفایة من اطلاق الاخبار، و

الوسیلة علی ما تقدم من عبارتهما فی التصرف المسقط) للرد (و یحتمله أیضا عبارة الغنیة المتقدمة) بان یرید الغنیة ان التأخیر مسقط للرد فقط لا للرد و الارش معا.

و ذلک لاحتمال ان الغنیة انما هی فی مقام تعداد اصل المسقطات لا فی مقام بیان ما یسقط بالمسقطات.

ثم انه: انما قلنا «له وجه» (بناء علی ما تقدم فی سائر الخیارات من لزوم الاقتصار فی الخروج عن اصالة اللزوم) ای لزوم العقد (علی) القدر (المتیقن) خروجه «علی» متعلق ب «الاقتصار» و المتیقن هو فوریة الخیار.

و الحاصل: ان الاصل لزوم العقد، خرج من هذا الاصل- فیما اذا کان الشیء معیبا- ان اخذ بالخیار فورا، فان لم یأخذ بالخیار فورا کان البیع داخلا فی کلی اصالة اللزوم، فلا حق له فی الرد (السالمة) ای تلک الاصالة (عما یدل علی التراخی) ای لا مخصص للاصالة، یدل ذلک المخصص علی التراخی (عدا ما فی الکفایة) للسبزواری (من اطلاق الاخبار) ای اخبار خیار العیب فانها مطلقة

تدل علی ان المشتری له الخیار سواء اخذ بالخیار فورا او تراخیا، و بإطلاق الاخبار نخصص اصالة اللزوم (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۷

خصوص بعضها.

و فیه: ان الاطلاق فی مقام بیان اصل الخیار.

و اما الخبر الخاص فلم اقف علیه.

و حینئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للاصل لا یخلو عن قوة مع ما تقدم من نفی الخلاف فی الغنیة فی کونه علی الفور، و لا یعارضه ما فی المسالک و الحدائق من انه لا نعرف فیه خلافا، لانا عرفناه.

خصوص بعضها) کمرسلة جمیل الدالة علی ان المشتری یحق له الرد بمجرد کون الشیء قائما بعینه، فتشمل صورتی الرد فورا و متراخیا.

(و فیه: ان الاطلاق فی مقام بیان اصل الخیار) فلیس للاخبار اطلاق له من جهة الفور و التراخی لعدم تمامیة مقدمات الحکمة، لکن الانصاف ان العرف یفهم من الاخبار الاطلاق.

(و اما الخبر الخاص) الدال علی جواز التراخی (فلم اقف علیه) و مرسلة جمیل لا دلالة لها الا بالإطلاق.

(و حینئذ) فحیث لاـ دلیل علی التراخی (فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم) کالمبسوط و الوسیلة (للاصل) ای لاصل اللزوم (لا یخلو عن قوة) لکن فیه ما تقدم (مع ما تقدم من نفی الخلاف فی الغنیة فی کونه علی الفور و لا یعارضه) ای نفی خلاف الغنیة (ما فی المسالک و الحدائق من انه لا نعرف فیه خلافا) ای فی جواز التأخیر (لانا عرفناه) عن الغنیة، و ظاهر المبسوط، و الوسیلة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۸

و لذا جعله فی التذکرة اقرب.

و کذا ما فی الکفایة من عدم الخلاف، لوجود الخلاف.

نعم فی الریاض: انه ظاهر اصحابنا المتأخرین کافة.

و التحقیق رجوع المسألة الی اعتبار الاستصحاب فی مثل هذا المقام و عدمه.

و لذا

(و لذا) الّذی یوجب الخلاف فی مسئلة جواز التراخی (جعله) ای التأخیر (فی التذکرة اقرب) مما یدل علی ان هناک قولین، فلو صح کلام المسالک و الحدائق، لم یکن وجه لقول التذکرة «انه اقرب» بل اللازم ان یفتی بجواز التأخیر جزما.

(و کذا) لا یعارضه (ما فی الکفایة) و هذا عطف علی «ما فی المسالک و الحدائق» (من عدم الخلاف) فی جواز التأخیر.

و انما لا یعارضه (لوجود الخلاف) عن الغنیة و المبسوط و الوسیلة.

(نعم فی الریاض: انه) ای جواز التأخیر (ظاهر اصحابنا المتأخرین کافة) فلا خلاف فی مسألة جواز التأخیر بین المتأخرین.

(و التحقیق) فی انه هل یجوز تأخیر الخیار، أم لا؟ (رجوع المسألة الی اعتبار الاستصحاب فی مثل هذا المقام) بان یقال: ان المشتری کان له الخیار فی الآن الاول، فاذا شککنا فی انه بقی خیاره، أم لا، کان الاصل بقاء خیاره (و عدمه) بتبدل الموضوع اذ الفور غیر التراخی.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان التحقیق رجوع المسألة الی اعتبار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۳۹

لم يتمسک فی التذکرة للتراخی الا به و الا فلا يحصل من فتوی الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين المستندة الی الاستصحاب و لا اعتبار بمثلها و ان قلنا بحجية الشهرة او حکاية نفی الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن کما لا يخفی

الاستصحاب و عدمه (لم يتمسک فی التذکرة للتراخی الا به) ای بالاستصحاب (و الا) يکن الاستصحاب مدرکا فی جواز التراخی لم يبق مدرک آخر، (ف) انه لا يبقی الا الشهرة بين المتأخرين، و الظن الناشئ من: لا خلاف، المذکور فی المسالک و الحدائق- من باب حجية مطلق الظن- و کلاهما لا يصلحان مستندا لجواز التراخی-.

اذ (لا يحصل من فتوی الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين) الّذی ذکره الرياض- اذ قد عرفت اختلاف القدماء- (المستندة) تلک الشهرة (الی الاستصحاب) بقرينة ذکر التذکرة للاستصحاب (و لا اعتبار بمثلها) ای بالشهرة المستندة الی الدليل، فحينئذ يکون ذلک الدليل هو المستند لا الشهرة، بل ذکروا ان الاجماع المحتمل الاستناد ليس بحجة (و ان قلنا بحجية الشهرة) فی نفسها «ان» وصلية (او حکاية نفی الخلاف) عطف علی «الشهرة» ای بحجية نفی الخلاف (من باب مطلق الظن) «من» متعلق «بحجية».

و انما قلنا «لا اعتبار بمثلها» (لعدم الظن) فيما اذا کان المستند للشهرة و نفی الخلاف معلوما- کما فی ما نحن فيه- حيث ان مستندهم فی جواز التراخی «الاستصحاب» (کما لا يخفی).

إيصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۰

و اللّه العالم.

و لکن الانصاف انه لم يوجد فی الفور قول صريح الا- فی الغنية، و فی قباله دعوی عدم الخلاف، و الاتفاق- کما فی الجواهر- و الشهرة، و فتاوی الاصحاب، بالإضافة الی الاطلاق و الاستصحاب، فالقول بالتراخی متعين (و اللّه العالم) بحقائق الاحکام.

إيصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۱

مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]

قال فی المبسوط: من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا، و کان المشتری بالخيار، انتهی.

و مثله ما عن الخلاف، و فی موضع آخر من المبسوط وجب عليه ان يبينه و لا يکتمه، او يتبرأ إليه من العيوب، و الاول احوط.

و نحوه عن فقه الراوندی.

و مثلهما ما فی التحرير، و زاد الاستدلال عليه

(مسألة: قال فی المبسوط: من باع شيئا فيه عيب) و (لم يبينه) مع علمه بالعيب (فعل محظورا) ای حراما (و کان المشتری بالخيار) ان شاء امسک، و ان شاء ردّ (انتهی).

(و مثله ما عن الخلاف، و فی موضع آخر من المبسوط وجب عليه ان يبينه و لا يکتمه).

و الظاهر ان الکتمان شیء، و عدم البيان شیء آخر، فانه ربما لا يکتمه و لکن لا يبينه أيضا (او يتبرأ إليه) ای الی المشتری، و «او» عطف علی «ان» (من العيوب، و الاول احوط) لاحتمال ان يکون التبری موجبا للغرر المنهی عنه بقوله عليه السلام: نهی النبی صلی اللّه عليه و آله عن الغرر.

(و نحوه عن فقه الراوندی).

(و مثلهما ما فی التحریر، و زاد الاستدلال علیه) ای علی اصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۲

بقوله: لئلا یکون غاشا.

و ظاهر ذلک کله عدم الفرق بین العیب الجلی و الخفی و صریح التذکرة و السرائر کظاهر الشرائع الاستحباب مطلقا، و ظاهر جماعة التفصیل بین العیب الخفی و الجلی، فیجب فی الاول مطلقا کما هو ظاهر جماعة او مع عدم التبری کما فی الدروس.

فالمحصل من ظاهر کلماتهم خمسة اقوال

الفتوی بالتحریم (بقوله: لئلا یکون غاشا) و الغش حرام بالنص و الاجماع

(و ظاهر ذلک کله عدم الفرق بین العیب الجلی و الخفی) فالجلیّ کالثقبة الواضحة فی القماش، و الخفی کالوهن الّذی لا یعرف الا بالاستعمال فی القماش (و صریح التذکرة و السرائر کظاهر الشرائع الاستحباب) لبیان العیب (مطلقا) خفیا کان العیب او جلیا (و ظاهر جماعة التفصیل) الی قولین.

الاول: التفصیل (بین العیب الخفی و الجلی، فیجب فی الاول) ای الخفی البیان (مطلقا) سواء تبرأ، أم لا (کما هو ظاهر جماعة) و لا یجب فی الجلی (او) القول الثانی: انه یجب البیان فی الخفی (مع عدم التبری کما فی الدروس) اما مع جلاء العیب او التبری فلا یجب البیان.

(فالمحصل من ظاهر کلماتهم خمسة اقوال):

الاول: وجوب الاعلام مطلقا.

الثانی: وجوب الاعلام مع عدم التبری.

الثالث: استحباب الاعلام مطلقا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۳

و الظاهر ابتناء الکل علی دعوی صدق الغش و عدمه.

و الّذی یظهر من ملاحظة العرف و اللغة فی معنی الغش ان کتمان العیب الخفی، و هو الّذی لا یظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البیع، غش، فان الغش کما یظهر من اللغة خلاف النصح.

الرابع: وجوب الاعلام فی الخفی مطلقا- و لو تبرأ- و لا یجب فی الجلی.

و الخامس: وجوب الاعلام فی الخفی اذا لم یتبرأ، و لا یجب فی الجلی.

(و الظاهر ابتناء الکل علی دعوی صدق الغش و عدمه) فمن یدعی انه غش مطلقا، یقول بوجوب الاعلام مطلقا.

و من یدعی انه لیس بغش مطلقا یقول بعدم وجوبه مطلقا- بل استحبابه-.

و من یری انه غش فی بعض الصور دون بعض، یقول بوجوب الاعلام فی صورة انه غش، دون صورة ما اذا لم یکن غشا.

(و الّذی یظهر من ملاحظة العرف و اللغة فی معنی الغش) الّذی علق علیه النهی فی النص و الفتوی (ان کتمان العیب الخفی، و هو الّذی لا یظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البیع) «قبل» متعلق ب «المتعارف» فان المتعارف قبل البیع اختبار الشیء قلیلا.

فقوله: (غش) خبر «ان کتمان» (فان الغش کما یظهر من اللغة خلاف النصح) و الّذی یخفی عیب متاعه بنحو لا یظهر للمشتری لا شک فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۴

اما العيب الظاهر فالظاهر ان ترك اظهاره ليس غشا.

نعم لو اظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما اذا فتح قرآنا بين يدى العبد الاعمى- مظهرا انه بصير يقرأ- فاعتمد المشترى على ذلك و اهمل اختباره كان غشا.

قال: فى التذكرة فى رد استدلال الشافعى- على وجوب اظهار العيب

انه لم ينصح، فهو غاش.

(اما العيب الظاهر فالظاهر) من مراجعة العرف فى تطبيق كلى الغش على مصاديقه (ان ترك اظهاره ليس غشا) و لذا نرى العرف يوجهون اللوم للمشترى فى مثله، لا للبائع.

(نعم لو اظهر) البائع (سلامته) اى المبيع (عنه) اى عن العيب الظاهر (على وجه يعتمد عليه) اى على ذلك الاظهار، مما يوجب عدم الاختبار (كما اذا فتح قرآنا بين يدى العبد الاعمى- مظهرا انه بصير يقرأ- فاعتمد المشترى على ذلك) الظاهر الخادع (و اهمل اختباره كان غشا) فالغش قد يكون لخفاء العيب، و قد يكون لصرف المشترى عن معرفة العيب الظاهر.

و لعله ترشد الى القسمين صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام: انه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه اجود من بعض قال عليه السلام اذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يغط الجيد الردىء.

(قال: فى التذكرة فى رد استدلال الشافعى- على وجوب اظهار العيب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۵

مطلقا- بالغش ان الغش ممنوع، بل يثبت فى كتمان العيب بعد سؤال المشترى و تبيّنه و التقصير فى ذلك من المشترى انتهى.

و يمكن ان يحمل بقرينة ذكر التقصير على العيب الظاهر كما انه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان، و على الاستدلال بالغش على العيب الخفى، بل هذا الجمع ممكن فى

مطلقا-) جليا كان او خفيا (بالغش) متعلق «بالاستدلال» (ان الغش ممنوع) هذا استدلال العلامة (بل الغش انما (يثبت فى كتمان) البائع (العيب بعد سؤال المشترى و تبيّنه) اى فحصه (و التقصير فى ذلك من المشترى).

قوله «و التقصير» مبتدأ اى ان التقصير فى عدم الالتفات الى العيب الظاهر انما هو من المشترى، فلا يكون غشا من البائع، و لذا فاطلاق الشافعى «ان عدم الاظهار مطلقا غش» غير تام (انتهى).

(و يمكن ان يحمل) كلام العلامة: (بقرينة ذكر التقصير على العيب الظاهر) اذ لو كان العيب خفيا لم يكن تقصير من المشترى (كما انه يمكن حمل عبارة) العلامة فى (التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان، و على الاستدلال بالغش على العيب الخفى) اذ فى العيب الظاهر لا يسمى كتمانا، كما ان فى العيب الظاهر لا يسمى غشا.

و على هذا فلا- منافات بين كلامى العلامة فى التذكرة و التحرير (بل هذا الجمع) الّذى ذكرناه بين كلامى العلامة، من حمل نفى الغش على العيب الظاهر، و حمل وجود الغش على العيب الخفى (ممكن فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۶

كلمات الاصحاب مطلقا و من اقوى الشواهد على ذلك انه حكى عن موضع من السرائر: ان كتمان العيوب مع العلم بها حرام محظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده- كما عن المشهور- أم لا؟ فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغش، و من ان لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد فى التزام البائع بالصحة فاذا

کلمات الاصحاب مطلقا) فحمل کلام مثبت الغش، علی العیب الخفی، و کلامنا فی الغش، علی العیب الخفی (و من اقوی الشواهد علی ذلک) الجمع (انه حکی عن موضع من السرائر: ان کتمان) البائع (العیوب مع العلم بها حرام محظور) شرعا (بغیر خلاف، مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إلیه) فلا بد ان یحمل کلامه الاول علی العیب الخفی، و کلامه الثانی علی العیب الجلیّ، و الا لزم التناقض فی کلامه، و ذلک فی غایة البعد (فلاحظ) کلامه تعرف صدق ما ذکرناه.

(ثم) ان (التبری من العیوب هل یسقط وجوب الاعلام فی مورده) ای مورد وجوب الاعلام (- کما عن المشهور-) کما اذا کان فی المبیع عیب خفی، و لکن قال البائع ابیعک و انی متبرئ عن کل عیب فیه و لا یعلم المشتری بالعیوب التی فیه (أم لا) یسقط بل لا بد من ذکر العیوب (فیه اشکال نشأ) الاشکال (من دعوی صدق الغش) و ان تبرأ فلا بد من الاعلام و لا یکفی التبرّی (و من ان لزوم الغش) انما هو (من جهة ظهور اطلاق العقد فی التزام البائع بالصحة) «فی» متعلق ب «ظهور» (فاذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۷

تبری من العیوب ارتفع الظهور.

او من جهة ادخال البائع للمشتری فیما یکرهه عامدا، و التبری لا یرفع اعتماد المشتری علی اصالة الصحة.

فالتغریر انما هو لترک ما یصرفه عن الاعتماد علی الاصل.

و الاحوط الاعلام مطلقا کما تقدم من المبسوط.

تبری) البائع (من العیوب ارتفع الظهور) فلا غش.

(او من جهة) و هذا وجه لعدم صدق الغش فهو دلیل ثان للقائل بعدم صدق الغش، و هو عطف علی «من جهة» الاول (ادخال البائع للمشتری فیما یکرهه) المشتری ادخالا (عامدا، و التبری لا یرفع اعتماد المشتری علی اصالة الصحة) فالبائع لم یدخله فیما کرهه- بعد ان تبرّأ- بل المشتری هو الّذی ادخل نفسه فیما یکره، لاجل قبوله الاشتراء مع التبری.

(فالتغریر) من البائع للمشتری الموجب للغش (انما هو لترک) البائع (ما یصرفه) ای یصرف المشتری (عن الاعتماد علی الاصل) ای اصالة السلامة، فاذا لم یترک البائع الصارف، بل ذکر الصارف «و هو التبری» اذ معنی التبری، انه «لا تعتمد ایها المشتری علی الاصل» لم یکن تغریر فلا غش.

(و الاحوط الاعلام مطلقا) فی الجلیّ و الخفیّ، تبرأ، أم لا (کما تقدم من المبسوط).

و لا یخفی ان فی بعض نسخ المتن هکذا «و التبری لا یرفع اعتماد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۸

ثم ان المذکور فی جامع المقاصد و المسالک و عن غیرهما: انه ینبغی بطلان البیع فی مثل شوب اللبن بالماء لان ما کان من غیر الجنس لا یصح العقد فیه و الآخر مجهول الا ان یقال ان جهالة الجزء غیر مانعة ان کانت الجملة معلومة، کما لو ضم ماله و مال غیره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا فان البیع لا یبطل فی ملکه و ان کان مجهولا قدره وقت العقد انتهی.

المشتری»- بزیادة لفظة «لا»-.

لکن بعض النسخ المصححة شطبت علی «لا» و هذا عندی اقرب، و لذا شرحت العبارة بدون «لا».

(ثم ان المذکور فی جامع المقاصد و المسالک و) المنقول (عن غیرهما انه ینبغی بطلان البیع فی مثل شوب اللبن بالماء لان ما کان من غیر الجنس) کالماء فی المثال (لا یصح العقد فیه) اذ العقد علی اللبن، لا علی الماء (و الآخر) الّذی یصح العقد فیه و هو اللبن

(مجهول) القدر، و بيع المجهول باطل (الا ان يقال ان جهالة الجزء) و هو اللبن (غير مانعة) عن صحة البيع (ان كانت الجملة معلومة) فيكون حال المقام (كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما) صفقة واحدة (ثم ظهر البعض مستحقا) للغير و لم يجز ذلک الغير (فان البيع لا يبطل فى ملكه) اى ملك البائع (و ان كان مجهولا قدره وقت العقد) و ذلک لان معلومية الجملة كافية.

اذ ادلة النهى عن بيع المجهول منصرفة عن امثال هذه المقامات (انتهى) كلام جامع المقاصد و المسالک.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۴۹

اقول الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلک فى اللبن و لا يخرجه عن حقيقته كالملح الزائد فى الخبز، فلا وجه للاشكال المذكور.

نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشىء من دون ان يستهلک فيه بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلک الشىء توجه ما ذكروه فى بعض الموارد.

(اقول) .. ان بيع اللبن الممزوج على قسمين:

الاول: ان يكون اللبن مستهلكا للماء.

و الثانى: ان لا يكون كذلک.

فان كان (الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلک فى اللبن و لا يخرجه عن حقيقته) العرفية (كالملح الزائد فى الخبز) المستهلک فيه (فلا وجه للاشكال المذكور) اذ كل المبيع لبن عرفا- على الفرض-.

(نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشىء) و هو اللبن (من دون ان يستهلک) الماء (فيه بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلک الشىء) عرفا.

قوله «بحيث» بيان الاستهلاک، اى لم يكن استهلاک حتى يخرج الماء من الحقيقة المائية الى الحقيقة اللبنية (توجه ما ذكروه) من بطلان البيع (فى بعض الموارد) التى كان مقدار اللبن فيه مجهولا، اما اذا كان معلوما لم يبطل البيع، كما لا يخفى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۰

مسائل: فى اختلاف المتبايعين

اشارة

و هو تارة فى موجب الخيار، و اخرى فى مسقطه، و ثالثة فى الفسخ.

اما الاول: [الاختلاف فى موجب الخيار] ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف او نحوه، فالقول قول المنكر بيمينه.

(مسائل فى اختلاف المتبايعين، و هو) اى الاختلاف (تارة فى موجب الخيار، و اخرى فى مسقطه) بعد اتفاقهما على اصل الخيار (و ثالثة فى الفسخ) و انه هل فسخ البيع أم لا؟

(اما الاول) و هو الاختلاف فى موجب الخيار (ففيه مسائل:

الاولی: لو اختلفا فی تعیب المبیع و عدمه) بان قال المشتری انه کان معیبا عند البائع و انکر البائع العیب (مع تعذر ملاحظته) للتحقق من کونه معیبا، اذ لو لم تتعذر ملاحظته لم تکن دعوی (لتلف او نحوه) کإباق العبد و شرود الدابة (فالقول قول المنکر) و هو البائع غالبا (بیمینه) لاصل البینة علی المدعی، فاذا لم تکن له بینة کان اللازم حلف المنکر و یکون القول قوله حینئذ، فان لم یحلف المنکر ردّ الیمین الی المدعی علی قول، فاذا حلف کان الحق له، و قیل ان مجرد النکول کاف فی اعطاء الحق للمدعی، ثم ان لم یأت المدعی بالبینة و لا حلف المنکر و لا استعد المدعی للحلف فیما لو توجه الحلف إلیه بقی علی البیع علی لزومه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۱

الثانیة: لو اختلفا فی کون الشیء عیبا و تعذر تبین الحال لفقد اهل الخبرة، کان الحکم کسابقه.

نعم لو علم کونه نقصا کان للمشتری الخیار فی الردّ دون الارش لاصالة البراءة.

(الثانیة: لو اختلفا فی کون الشیء) ککثرة اکل العبد، او نومه، او عدم اکل الدابة المقدار المتعارف مثلا (عیبا) أم لا، فقال المشتری انه عیب فله خیار العیب، و قال البائع انه لیس بعیب (و تعذر تبین الحال لفقد اهل الخبرة) او اختلافهم (کان الحکم کسابقه) فیلزم ان یأتی من یدعی انه عیب بالبینة، فان لم تکن بیّنة یحلف المنکر، الی آخر ما ذکرناه هناک.

(نعم لو علم) من الخارج او باتفاقهما (کونه نقصا) و ان لم یکن عیبا کالخصاء فی العبد- علی ما تقدم- (کان للمشتری الخیار فی الردّ دون الارش) لانه نقص یمکن معه الرد.

اما کونه عیبا یوجب تفاوت القیمة فلم یثبت (لاصالة البراءة) ای براءة ذمة البائع عن الارش، و هذا علة قوله «دون الارش».

و لو اختلفا فی کمیة العیب فی ان عینه الواحدة عمیاء أم عینیه، او فی کیفیة العیب فی ان عینه هل تری نصف المتعارف او ربعه، او فی مکان العیب بان یده الیمنی شلاء أم الیسری.

ففی الاول کان الاصل مع مدعی الاقل.

و فی الثانی ان عدّ الکیفان- عرفا- مراتب کان الاصل مع مدعی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۲

الثالثة: لو اختلفا فی حدوث العیب فی ضمان البائع او تأخره عن ذلک،

اشارة

بان حدث بعد القبض و انقضاء الخیار، کان القول قول منکر تقدمه للاصل حتی لو علم تاریخ الحدوث و جهل تاریخ العقد، لان اصالة عدم العقد حین حدوث العیب لا یثبت وقوع العقد علی المعیب.

و عن المختلف: انه حکی عن ابن الجنید انه ان ادعی البائع ان العیب

المرتبة النازلة، و ان عدا متباینین کان کالثالث من اصالة عدم ما یدعیه المشتری.

(الثالثة: لو اختلفا فی حدوث العیب فی ضمان البائع) فی انه هل کان قبل العقد، او قبل القبض، او فی زمن الخیار؟ (او تأخره عن ذلک) ای عن وقت ضمان البائع (بان حدث) العیب (بعد القبض و انقضاء الخیار) فهو من مال المشتری (کان القول قول منکر تقدمه للاصل) ای لاصالة عدم تقدم العیب (حتی لو علم تاریخ الحدوث) کیوم الجمعة (و جهل تاریخ العقد) هل انه کان فی یوم الخمیس او یوم السبت.

فانه ربما یتوهم انه فی هـذه الصورة یکون القول قول من یثبت تقـدم العیب علی العقـد، لاستصـحاب عـدم العقـد الی ما بعـد حدوث العیب.

و لکن فیه نظر (لان اصالـة عدم العقد حین حدوث العیب لا یثبت وقوع العقد علی المعیب) اذ الاصل مثبت و هو لیس بحجة کما قرر فی الاصول، و الواسطة لیست خفیة بل جلیة.

(و عن المختلف: انه حکی عن ابن الجنید انه ان ادعی البائع ان العیب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۳

حدث عند المشتری، حلف المشتری ان کان منکرا، انتهی.

و لعله لاصالـة عـدم تسـلیم البائع العین الی المشتری علی الوجه المقصود، و عـدم اسـتحقاقه الثمن کلّا، و عـدم لزوم العقـد نظیر ما اذا ادعی البائع تغیر العین عند المشتری و انکر المشتری.

حـدث عند المشتری) فلیس للمشتری الخیار (حلف المشتری ان کان منکرا انتهی) لحدوث العیب عنده، و هذا عکس ما ذکرناه، لانه جعـل البـائع مـدعیا و المشتری منکرا، مع ان تعریف المـدعی و المنکر ینطبق علی المشتری و البائع، فان المنکر من اذا ترک ترک، و هذا حال المشتری لانه یرید الاخذ بالخیار، فاذا ترک المشتری و البائع ترک و لیس کذلک البائع.

(و لعله) ای لعل الوجه لکلام ابن الجنید انه تصور الدعوی علی وجه آخر غیر الوجه الّذی ذکرناه.

فان الوجه الّـذی ذکرناه نحن هو ان المشتری یـدعی تقـدم العیب و البائع ینکره، لکنه تصور بان البائع یدعی انه سـلّم العین کاملة الی المشتری، و المشتری ینکر ذلـک (لاصالـة عـدم تسـلیم البـائع العین الی المشتری علی الوجه المقصود) الّذی هو بلاـ عیب (و) اصالة (عـدم اسـتحقاقه الثمن کلّا) فالمشتری سـلّم بعض الثمن- باسـتثناء قـدر الارش الی البائع، فلما طالبه البائع بالبقیـة انکره المشتری، فاذا ترک البائع ترک (و) اصالـة (عـدم لزوم العقـد) فیما اذا اراد المشتری الفسـخ (نظیر ما اذا ادعی البائع تغیر العین عنـد المشتری و انکر المشتری)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۴

و قـد تقـدم فی محله هـذا اذا لم تشـهد القرینة القطعیة مما لا یمکن عادة حصوله بعد وقت ضـمان المشتری او تقدمه علیه، و الا عمل علیها من غیر یمین.

قال فی التذکرة: و لو اقام احدهما بینة عمل بها، ثم قال و لو اقاما

ذلـک التغیر لکن لاـ یخفی الاشـکال فی هـذا التقریر، و الاـ لاـمکن جعـل کـل مـدع منکرا او بـالعکس (و قـد تقـدم فی محله) فساد التمسک بهذه الاصول الثلاثة، و ان الاصل الجاری فی المسألة هو اصالة لزوم العقد و اصالة عدم تقدم العیب (هذا) کله فیما اذا ادعی المشتری تقـدم العیب فالاصل عدمه (اذا لم تشـهد القرینة القطعیة مما لا یمکن عادة حصوله) ای العیب (بعد وقت ضـمان المشتری او تقـدمه علیه) ای علی وقت ضـمان المشتری (و الا) فاذا شـهدت القرینة القطعیة علی تقدمه علی الضـمان او تأخره عنه (عمل علیها من غیر یمین) لان الشهود و الیمین انما تقبل فیما اذا لم یعلم صدق احدهما فاذا علم الصدق بالقرینة کان الحق مع من شهدت له القرینة.

مثلا: اشتری عبـدا و بعد یوم ظهر فیه السلّ، فانه علی البائع اذ السلّ لا یحدث فی یوم واحد بحیث تظهر آثاره، او حدث فیه کسـر ظهر بحیث لا یتمکن من المشی و قد کان وقت البیع و القبض یمشی، فانه دلیل علی تأخر الکسر عن البیع و القبض.

(قال فی التـذکرة) فرعا جدیدا (و لو اقام احدهما بینة عمل بها) مما یظهر منه کفایة بینة المنکر عن الیمین (ثم قال) العلامة (و لو اقاما) کلاهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۵

بينة عمل ببينة المشترى لان القول قول البائع، لانه ينكر، فالبينة على المشترى.

و هذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامة البينة.

و فيه كلام فى محله

(بينـة عمل ببينـة المشترى) فانه هو المـدعى، و الشـرع ينظر أولا فى بينة المدعى (لان القول) بدون البينة (قول البائع، لانه ينكر) العيب (فالبينة على المشترى) كما انه اذا وصل الامر الى الحلف و حلف كلاهما عمل بحلف البائع لانه المطلوب بالحلف اذا لم تكن بينة.

(و هـذا) الّذى ذكره العلامـة من قبول بينـة البـائع- اذا لم يكن للمشترى بينـة- (منه) اى من العلامـة ره (مبنى على سـقوط اليمين عن المنكر باقامة البينة) و كانه لاجل ان يمين المنكر من باب البدل، لا انه اصل، فاذا جاء المبدل منه- و هو البينة- سقط البدل.

(و فيه كلام فى محله) من كتاب القضاء.

و حاصله ان وظيفة المنكر ليست الا اليمين، لما ورد من ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر.

فالتفصيل يظهر منه ان اليمين هو الاصل فى المنكـر- لا انه بدل عن البينة- كما ان البينة هى الاصل فى المدعى.

و يؤيـد ذلـك بعض الروايـات كخبر منصور عن الصـادق عليه السـلام، قلت له: رجـل فى يـده شـاة، فجاء رجل و ادعاها، و اقام البينة العدول انها ولدت له عنده لم يبع و لم يهب قال ابو عبد اللّه عليه السلام: حقها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۶

و ان كان لا يخلو عن قوة.

و اذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب، او نفى استحقاق الرد او الارش

للمـدعى، و لا اقبل من الّذى هى فى يده بينة لان اللّه عز و جل امر ان تطلب البينة من المدعى، فان كانت له بينة، و الا فيمين الّذى هو فى يده هكذا امر اللّه عز و جل.

فهذا الكلام (و ان كان لا يخلو عن قوة) لجملة من الروايات المطلقة و الخاصة الدالة على ان من اقام البينة قبلت منه و ان كان المنكر- كما ذكرها المستند و الجواهر و غيرهما- و لذا ذهب العلامة و الشهيد و غيرهما الى قبول البينة من المنكر.

نعم اذا تعارضت البينتان قدم ما للمدعى على تفصيل تجده فى كتاب القضاء فراجع.

(و اذا) اراد البـائع ان يحلف فهو امـا ان يعلم بحالـة المبيع و انه لم يكن معيبا عنـد البيع و القبض فحينئـذ يحلف على عـدم العيب حال البيع و القبض.

و امـا ان لاـ يعلم بحالـة المبيع، و انمـا اعتمـد على اصالـة السـلامة، فحينئـذ يحلف على عـدم العلم بالعيب، و الحلف على عـدم العيب اعتمادا على اصالة السلامة ففيه نظر.

فاذا (حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب) على البيع و القبض (او) على (نفى استحقاق) المشترى (الرد او الارش) و هذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۷

ان كان قد اختبر المبيع، و اطلع على خفايا امره كما يشهد بالاعسار و العدالة و غيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر.

و لو لم يختبر، ففى جواز الاستناد فى ذلك الى اصالة عدمه اذا شك فى ذلك وجه احتمله فى جامع المقاصد.

و حكى عن جماعة كما

معلول لعدم تقدم العیب، فالحلف اما علی العلة، و اما علی المعلول (ان کان قد اختبر) البائع (المبیع، و اطلع علی خفایا امره) و علم انه لم یکن فیه عیب حال البیع و القبض، فیشهد بسلامته حتی عن العیوب الخفیة، اما العیوب الظاهرة فتعرف بادنی التفات (کما یشهد بالاعسار و العدالة و غیرهما) کالجبن و الشجاعة من الصفات النفسیة الخفیة، التی تعرف غالبا بآثارها (ممّا یکتفی فیه بالاختبار الظاهر) و لو انسد باب الظاهر فی امثال هذه الامور لم یکن طریق إلیها اطلاقا الا بعلم الغیب

(و لو لم یختبر، ففی جواز الاستناد فی ذلک) ای فی الحلف علی عدم تقدم العیب (الی اصالة عدمه) ای عدم العیب (اذا شک فی ذلک) ای فی انه هل کان معیبا قبل القبض، أم لا؟ (وجه احتمله فی جامع المقاصد) مقابل الوجه الآخر الّذی هو الحلف علی عدم العلم بالعیب.

اذ کیف یمکن الحلف علی عدم العیب و هو شاک فی انه هل کان معیبا، أم لا؟.

(و) لکن القول بالحلف علی نفی العیب (حکی عن جماعة) قالوا: و لا بأس بذلک لان الاصل الّذی هو مستنده فی الحلف دلیل شرعی (کما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۸

یحلف علی طهارة البیع استنادا الی الاصل.

و یمکن الفرق بین الطهارة و بین ما نحن فیه بان المراد بالطهارة فی استعمال المتشرعة ما یعم غیر معلوم النجاسة، لا الطاهر الواقعی، کما ان المراد بالملکیة و الزوجیة ما استند الی سبب شرعی ظاهری.

یحلف علی طهارة البیع استنادا الی الاصل) و یحلف علی انه ملکه استنادا الی ید البائع الّذی اشتراه منه، او الی سوق المسلمین، او ما اشبه، مع انه لا یعلم علما قاطعا بان الشیء طاهر واقعا و ان المال له واقعا.

(و) لکن الانصاف ان الحلف علی عدم العیب استنادا الی اصل السلامة مشکل، و تنظیر المسألة بباب الطهارة و الملکیة غیر تام.

و ذلک لانه (یمکن الفرق بین الطهارة و بین ما نحن فیه بان) الطهارة و الملکیة و الزوجیة و ما اشبه لها مرتبتان، مرتبة الواقع، و مرتبة الظاهر، و الّذی یمکن الحلف علیه بالقطع استنادا الی الاصل هو الظاهر و لذا لا یقدر ان یحلف انه طاهر واقعا، او ملک او زوجة واقعا، بخلاف ما نحن فیه فان العیب لیس علی قسمین، عیب ظاهر و عیب واقع حتی یقال انه یحلف علی المرتبة الظاهریة من العیب.

ف (المراد بالطهارة فی استعمال المتشرعة) التی یحلف علیها استنادا الی الاصل (ما یعم غیر معلوم النجاسة، لا الطاهر الواقعی) فهو یحلف علی خصوص الظاهری، او علی الاعم (کما ان المراد بالملکیة و الزوجیة ما استند الی سبب شرعی ظاهری) فالحلف علی الاعم، او علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۵۹

کما تدل علیه روایة جعفر الواردة فی جواز الحلف علی ملکیة ما اخذ من ید المسلمین.

و فی التذکرة- بعد ما حکی عن بعض الشافعیة جواز الاعتماد علی اصالة السلامة فی هذه الصورة- قال: و عندی فیه نظر اقربه الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم و استحسنه فی المسالک، قال

خصوص الظاهری (کما تدل علیه) ای علی ان المراد بالملکیة ما استند الی سبب ظاهری (روایة جعفر الواردة فی جواز الحلف علی ملکیة ما اخذ من ید المسلمین) بعد وضوح عدم الفرق بین الامارة و الاصل من هذه الجهة اذ فی کلیهما لا علم بالواقع، منتهی الامر ان الشک اخذ فی الامارة ظرفا، و فی الاصل جزءا من الموضوع، فاذا جاز الحلف علی طبق الامارة جاز الحلف علی طبق الاصل.

(و فی التذکرة- بعد ما حکی عن بعض الشافعیة جواز الاعتماد علی اصالة السلامة فی هذه الصورة-) ای صورة عدم العلم بالعیب، و

معنی جواز الاعتماد ان یحلف البائع علی عدم العیب (قال) العلامة:

(و عندی فیه نظر) اذ کیف یحلف علی العدم و الحال انه لا یعلم.

و ذلک مثل ان یحلف الانسان علی انه لیس فی المدرسة احد و الحال انه لا یعلم هل فیها احد أم لا؟ و انما یحلف استصحابا- مثلا-.

ثم قال العلامة: (اقربه الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم) فاذا حلف البائع بانه لا- یعلم فی المتاع عیبا سابقا، کفی فی عدم تمکن المشتری من رد المتاع الی البائع او اخذ الارش منه (و استحسنه فی المسالک قال)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۰

لاعتضاده باصالة عدم التقدم فیحتاج المشتری الی اثباته و قد سبقه الی ذلک فی المیسیة و تبعه فی الریاض.

اقول: ان کان مراده الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم فی اسقاط اصل الدعوی بحیث لا یسمع البینة بعد ذلک، ففیه اشکال.

نعم لو ارید سقوط الدعوی الی ان

صاحب المسالک: (لاعتضاده) ای حلف البائع (باصالة عدم التقدم) ای عدم تقدم البیع (فیحتاج المشتری الی اثباته) ای اثبات التقدم (و قد سبقه) ای سبق المسالک (الی ذلک فی المیسیة و تبعه فی الریاض).

و الحاصل انه اذا ادعی المشتری تعیب المبیع قبل القبض و انکر البائع، و کان البائع شاکا لأنه لم یختبره قبلا، و لم تکن للمشتری بینة حلف البائع علی انه لا یعلم تعیبه، و تسقط بهذا الحلف دعوی المشتری.

(اقول: ان کان مراده) ای العلامة (الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم فی اسقاط اصل الدعوی بحیث لا یسمع البینة بعد ذلک) کما هو شأن الیمین، فانه اذا طلب الحاکم من المدعی البینة فلم یأت بها فطلب من المنکر الحلف، فحلف علی العدم، سقطت دعوی المدعی حتی انه لو جاء بعد ذلک بالبینة لم تسمع، لان الایمان تذهب بالحقوق شرعا (ففیه اشکال) لان ما دلّ علی اسقاط الیمین للدعوی بالنص و الاجماع منصرف الی الیمین القطعی، لا الیمین علی عدم العلم، فمقتضی القاعدة بقاء الدعوی حتی اذا جاءت البینة سمعت کما صرح بذلک غیر واحد من الفقهاء

(نعم لو ارید سقوط الدعوی) بحلف البائع علی عدم علمه (الی ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۱

تقوم البینة، فله وجه و ان استقرب فی مفتاح الکرامة ان لا یکتفی بذلک منه فیرد الحاکم الیمین علی المشتری فیحلف، و هذا اوفق بالقواعد.

ثم الظاهر من عبارة التذکرة اختصاص یمین نفی العلم- علی القول به- بما اذا لم یختبر البائع المبیع بل عن الریاض لزوم الحلف مع

تقوم البینة، فله وجه).

اذ لا بینة للمدعی، و المنکر لم یعترف، فمن این تثبت الدعوی؟ مع ان اصالة اللزوم و اصالة عدم ضمان البائع للارش محکمة (و ان استقرب فی مفتاح الکرامة ان لا- یکتفی بذلک) ای بالحلف علی عدم العلم (منه) ای من البائع (فیرد الحاکم الیمین علی المشتری فیحلف) علی ان المتاع کان معیبا قبل القبض (و هذا اوفق بالقواعد) لان ادلة الیمین ان شملت الیمین علی نفی العلم لم یکن وجه لبقاء الدعوی، و ان لم تشمل الیمین علی نفی العلم لم یکن وجه لسقوط الدعوی- و لو سقوطا موقتا-.

و حیث ان ادلة الیمین لا تشمل الیمین علی نفی العلم، فاللازم ان نرجع الی القواعد الاولیة، و هی تقتضی ان الیمین تردّ علی المدعی اذا لم یحلف المنکر، فاذا حلف المدعی حکم له.

(ثم) انه لو قلنا بکفایة یمین نفی العلم فی الجملة، هل نقول بالکفایة حتی فی صورة الاختبار؟ (الظاهر من عبارة التذکرة اختصاص

یمین نفی العلم- علی القول به-) ای بـان البـائع یحلف علی نفی العلم بالعیب (بما اذا لم یختبر البائع المبیع) فلا یعلم هل انه کان معیبا أم لا؟ (بل عن الریاض لزوم الحلف مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۲

الاختبار علی البتّ قولا واحدا.

لکن الظـاهر ان المفروض فی التـذکرة صورة الحاجـة الی یمین نفی العلم اذ مع الاختبـار یتمکن من الحلف علی البتّ فلا حاجـة الی عنوان مسئلة الیمین علی نفی العلم، لا ان الیمین علی نفی العلم لا یکفی من البائع مع الاختبار، فافهم.

الاختبـار) للمبیع (علی البتّ) و القطع، لاـ علی نفی العلم (قولاـ واحـدا) فـاذا اختبر حلف علی عـدم العیب، اما اذا لم یختبر حلف علی عـدم العلم (لکن الظـاهر ان) رأی صـاحب التـذکرة هو: صـحة یمین نفی العلم حـتی فی صورة الاختبـار، لاـن (المفروض فی) عبـارة (التـذکرة صورة الحاجـة الی یمین نفی العلم) و هی صورة مـا اذا لم یعلم البـائع هل کان معیبا أم لا (اذ مع الاختبار یتمکن من الحلف علی البتّ) و القطع (فلا حاجة) فی صورة الاختبار (الی عنوان مسئلة الیمین علی نفی العلم).

فالعلامـة انما عنون المسألـة بصورة عدم الاختبار، و قال انه یکفی فیها الیمین علی نفی العلم، لان فی صورة الاختبار لا حاجة الی نفی العلم بـل یحلـف علی عـدم العیب (لاـ) ان مراد العلامـة (ان الیمین علی نفی العلم لاـ یکفی من البـائع مع الاختبـار) فلم یفت العلاـمة ببطلاـن یمین نفی العلم فی صورة الاختبـار- نعم افتی بـذلک الریـاض- (فـافهم) فـانه کیف یکفی نفی العلم مع الاختبار، و الحال ان الاکتفاء بیمین نفی العلم خلاف الاصل، فلا یصار إلیه الا فی حالة الاضطرار- و هو صورة عدم علم البائع-

اما فی صورة علمه بالعدم لاجل اختباره المتاع، فلا وجه لقبول نفی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۳

فرع: لو باع الوکیل فوجد به المشتری عیبا یوجب الرد، رده علی الموکل لانه المالک،

و الوکیل نائب عنه بطلت وکالته بفعل ما امر به فلا عهدة علیه.

و لو اختلف الموکل و المشتری فی قـدم العیب و حـدوثه فیحلف الموکل علی عدم التقدم کما مرّ، و لا یقبل اقرار الوکیل بقدمه لانه اجنبی.

العلم.

(فرع: لو بـاع الوکیـل فوجـد به المشتری عیبـا یوجب الرد، رده علی الموکـل) فیما اذا کان الوکیل وکیلا فی اجراء العقـد فقط- مثلا- (لانه المالک) فهو المردود علیه (و الوکیل نائب عنه بطلت وکالته بفعل ما امر به فلا عهدة علیه).

نعم لو کان وکیلا عاما صح الارجاع إلیه و الی الموکّل، لانه بمنزلة الاصیل.

اما نتیجة الرد، فانها الی الموکل فی کل صورة، کما انّه اذا طلب الارش، ففی الوکیل فی الصیغة فقط یرجع الی الموکل، و فی الوکیل العام یرجع الی ایهما شاء و ان کانت نتیجة الامر ان الارش یخرج من کیس الموکل.

(و لو اختلف الموکـل و المشـتری فی قـدم العیب) حیث یقول به المشتری (و حـدوثه) حیث یقول به الموکـل (فیحلف الموکـل علی عـدم التقـدم کما مرّ) قبل الفرع (و لا یقبل اقرار الوکیل بقـدمه) ای قدم البیع لان اقرار العقلاء علی انفسـهم جائز، لا علی غیرهم (لانه اجنبی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۴

و اذا کان المشتری جاهلا بالوکالـۀ و لم یتمکن الوکیل عن اقامـۀ البینۀ فادعی علی الوکیل بقدم العیب، فان اعترف الوکیل بالتقدم لم یملک الوکیل رده علی الموکل لان اقرار الوکیل بالسبق دعوی بالنسبۀ الی الموکل لا یقبل الّا بالبینۀ.

نعم یکون هو من باب الشاهد، اذ لا فرق فی الشاهد بین ان یکون وکیلا أم لا.

لکن الظاهر ان عدم نفوذ اقرار الوکیل انما هو فی الوکیل لمجرد الصیغۀ.

امـا الوکیل العام القائم مقام الموکل فی کل الشـئون حسب الوکالـۀ فالظاهر قبول اقراره، فانه فی هـذا أیضا نائب عن الموکل، کما لو قال الموکل لانسان: اعترف عن قبلی.

(و اذا کان المشتری جاهلا بالوکالـۀ) ای بوکالـۀ البائع عن غیره (و لم یتمکن الوکیل عن اقامۀ البینۀ) علی انه وکیل (فادعی) المشتری (علی الوکیـل بقـدم العیب، فان اعترف الوکیل بالتقـدم) ای تقـدم العیب علی القبض (لم یملک الوکیل رده علی الموکل) لما عرفت من انه اقرار فی حق الغیر، کمـا لو اعترف الوکیـل بان ما بیـده لزیـد، فاذا اعطاه لزیـد خسـر للمالک مثل او قیمـۀ ما اعترف به، کما ان الوکیـل لو اعطی ارش العیب الی المشتری- حسب اعترافه بقـدم العیب- لاـ یحق له ان یرجع الی الموکـل (لاـن اقرار الوکیل بالسـبق) للعیب (دعوی بالنسبۀ الی الموکل لا یقبل الا بالبینۀ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۵

فله احلاف الموکل علی عدم السبق لانه لو اعترف، نفع الوکیل بدفع الظلامۀ عنه، فله علیه مع انکاره الیمین.

و لو رد الیمین علی الوکیل فحلف علی السبق، الزم الموکل.

فان اقام الوکیل البینۀ علی الموکل بسبق العیب کان الحکم للوکیل و ان لم یقم البینۀ و اعترف الموکل بالسبق فیها و نعمت.

و ان لم یعترف الموکل بل انکر (فله) ای للوکیل (احلاف الموکل علی عدم السبق).

ان قلت: ایّ حق للوکیل فی احلاف الموکل و الحال انه لیس طرفا للدعوی و انما یقبل الحاکم احلاف الخصم اذا طلب خصـمه لا اذا طلب احلافه انسان اجنبی.

قلت: بل الوکیل طرف للدعوی (لانه لو اعترف) الموکل بسـبق العیب (نفع) الموکل (الوکیل بدفع الظلامۀ عنه) فانه لو لم یعترف وقع تحمـل قبول المتـاع علی الوکیل، و هـذا ضـرر علیه جاء من طرف عـدم اعتراف الموکل بسـبق العیب (فله) ای للوکیل (علیه) ای علی الموکل (مع انکاره) سبق العیب (الیمین) فان حلف الموکل خسر الوکیل، و الا ردّ الوکیل المتاع إلیه.

(و لـو) لم یحلف الموکـل بـل (رد الیمین علی الوکیـل) المـدعی (فحلف علی السـبق) ای سـبق العیب علی القبض (الزم الموکـل) ان یسترجع متاعه و یرجع الثمن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۶

و لو انکر الوکیل التقدم حلف لیدفع عن نفسه الحق اللازم علیه لو اعترف و لم یتمکن من الرد علی الموکل، لانه لو اقرّ، ردّ علیه.

و هـل للمشتری تحلیف الموکـل لاـنه مقر بالتوکیـل، الظـاهر لا، لان دعواه علی الوکیل یسـتلزم انکار وکالته، و علی الموکل، یسـتلزم الاعتراف به.

(و لو انکر الوکیل التقدم) عند ادعاء المشتری تقدم العیب (حلف)

ان قلت: لا وجه لحلفه لانه لیس صاحب مثمن، و لا صاحب ثمن فکیف یکلف بالحلف.

قلت: انمـا یحلف (لیـدفع عن نفسه الحق اللازم علیه لو اعترف و لم یتمکن من الرد علی الموکل، لانه) ای المشتری (لو اقرّ) بالعیب و

لم یتمکن من رده علی الموکل (ردّ) المتاع (علیه) ای علی المشتری، لانه ضرر علیه، و حیث انه طرف للنزاع، کان له ان یحلف.

(و هل للمشتری) الاعراض عن الوکیل، و (تحلیف الموکل) فیما اذا کان الموکل منکرا لسبق العیب، و انما له تحلیف الموکل- مع ان الموکل لم یبعه المتاع- (لانه مقر بالتوکیل) فهو مقر بانه طرف النزاع (الظاهر لا، لان دعواه) ای المشتری (علی الوکیل) بانه اصیل و لیس بوکیل (یستلزم انکار وکالته) فالمشتری یقول ان البائع هو المالک، لا انه وکیل و علیه فالموکل- واقعا- اجنبی عن النزاع بتطرف المشتری فکیف یحلف المشتری من یراه اجنبیا (و) توجیهه، الحلف (علی الموکل، یستلزم الاعتراف به) ای الاعتراف بان البائع وکیل، و هذا تناقض.

و حیث اعترف سابقا بان البائع اصیل لا یتمکن من الاضراب عنه و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۷

و احتمل فی جامع المقاصد ثبوت ذلک مؤاخذة له باقراره.

ثم اذا لم یحلف الوکیل و نکل فحلف المشتری الیمین المردودة و ردّ العین علی الوکیل، فهل للوکیل ردّها علی الموکل أم لا؟ وجهان، بناهما فی القواعد علی کون الیمین المردودة کالبینة، فینفذ فی حق الموکل، او کاقرار المنکر، فلا ینفذ.

و تنظر فیه فی جامع المقاصد بان کونها کالبینة لا یوجب نفوذها للوکیل علی

توجیه الحلف الی الموکل- واقعا-.

(و احتمل فی جامع المقاصد ثبوت ذلک) ای تحلیف الموکل (له) ای للوکیل (مؤاخذة له) ای للموکل (باقراره) بانه المالک الواقعی.

(ثم اذا لم یحلف الوکیل و نکل) فیما اذا ادعی المشتری تقدم العیب (فحلف المشتری الیمین المردودة) او قلنا: ان مجرد النکول یوجب الحکم للمدعی (و ردّ) المشتری (العین علی الوکیل، فهل للوکیل ردّها علی الموکل، أم لا؟ وجهان، بناهما فی القواعد علی کون الیمین المردودة) التی حلف بها المدعی المشتری (کالبینة، فینفذ فی حق الموکل) فان البینة نافذة فی حق الکل، و علی هذا فللوکیل ردّ العین الی الموکل (او کاقرار المنکر، فلا ینفذ) و لا یتمکن الوکیل ردّها الی الموکل لان الاقرار انما ینفذ فی حق المقر، لا غیره.

(و تنظر فیه) ای فی الوجه الاول، و مبناه (فی جامع المقاصد بان کونها) ای الیمین المردودة (کالبینة لا یوجب نفوذها) ای الیمین (للوکیل) و بنفعه (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۸

الموکل، لان الوکیل معترف بعدم سبق العیب، فلا تنفعه البینة القائمة علی السبق الکاذبة باعترافه.

قال: اللهم الا ان یکون انکاره لسبق العیب استنادا الی الاصل، بحیث لا ینافی ثبوته، و لا دعوی ثبوته، کان یقول: لا حق لک علی فی هذه الدعوی، اذ لیس فی المبیع عیب ثبت لک به الرد علیّ، فانه لا تمنع حینئذ

الموکل، لان الوکیل معترف بعدم سبق العیب) لفرض انه اعترف أولا بان لم یکن فیه عیب، و لکن لما لم تکن بینة للمشتری و لم یحلف الوکیل ردت الیمین الی المشتری (فلا تنفعه البینة القائمة علی السبق) للعیب (الکاذبة) لان البینة التی یأتی بها المشتری علی سبق العیب، و ما قام مقام البینة کالیمین المردودة کاذبة (باعترافه) ای الوکیل فکیف یلزم الموکل بما یعترف الوکیل بانه کذب.

(قال) فی جامع المقاصد (اللهم الا ان یکون انکاره) ای الوکیل (لسبق العیب استنادا الی الاصل) ای اصالة صحة العین و عدم تعیبها (بحیث لا ینافی) انکاره (ثبوته) ای ثبوت العیب واقعا (و لا دعوی ثبوته) ای دعوی المشتری ثبوت العیب، اذ علم المشتری بالعیب لا ینافی جهل الوکیل بعدم العیب.

و قوله «و لا دعوى» عطف على «ثبوته» فيكون انكار الوكيل حاله (كان يقول) الوكيل (لا حق لك على فى هـذه الدعوى، اذ ليس فى المبيع عيب ثبت لـك به) اى بسبب ذلـك العيب (الرد علىّ، فـانه) اذا كـان الانكـار من الوكيـل بهـذه الصورة- لاـ بصورة العلم بعد العيب- (لا تمنع حينئذ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۶۹

تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى.

و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد

تخريج المسألة) اى المسألة التى ذكرها العلامة (على القولين المذكورين) اى ان اليمين المردودة كالبينة أم لا.

و الحاصل ان العلامة قال: ان اليمين من المشترى ان كانت كالبينة ردّ الوكيل المتاع الى الموكل.

و جامع المقاصد قال: ان كان الوكيل يدعى عدم علمه بالعيب، كانت اليمين كالبينة فى ان البينة نافذة على الكل حتى على الموكل.

امـا اذا كـان الوكيـل يعلم بانه لم يكن فيه عيب فقـد فوّت المعاملـة على المالك بسوء اختياره عـدم الحلف، فلا يتحمل المالك عاقبة فعل الوكيل، بل العين ترجع الى الوكيل نفسه، و على الوكيل ان يعطى ثمنها للمالك (انتهى) كلام جامع المقاصد.

(و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه) اى جامع المقاصد على العلامة (مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد) الّذى هو الوكيل.

و من المعلوم ان الوكيل قد يدعى علمه بعدم العيب، و قد يدعى عدم علمه بالعيب.

و على هـذا فاشـكال جامع المقاصد على العلامة وارد، اذ الراد قد يكون مع علمه بالعدم، و قد يكون من باب انه لا يعلم، فاذا كان من باب انه يعلم بالعدم فكيف يلزم الموكل بما يقول الوكيل انه كذب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۰

و المعروف بينهم انه كبينة المدعى اقول: كونه كبينته لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل

و الحاصل: ان كانت يمين المشترى نازلـة منزلـة بينة الراد اتى فيه تفصـيل جامع المقاصد (و) الحال ان (المعروف بينهم انه) اى اليمين المردودة (كبينة المدعى) و بينة المدعى نافذة فى حق الكل، فلا يصح تفصـيل جامع المقاصد، و يكون الحق مع العلامة بان اليمين ان كانت كالبينة نفذت فى حق الموكل- مطلقا- اى سواء قال الوكيل انه يعلم بعدم الغيب او قال انه لا يعلم بالعيب.

(اقول) اراد الشيـخ بهـذا الكلام تأييـد جامع المقاصـد، و الاشـكال على مفتاح الكرامة، فان (كونه) اى يمين المشترى (كبينته) اى بينة المدعى (لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها) اى للبينة (على الموكل).

فكانه اذا اتى المشترى بالبينـة و كـذبها الوكيل، فلا حق للوكيل فى الرجوع الى الموكل فكـذلك اذا حلف المشترى اليمين المردودة، فانها كالبينة فى عدم نفوذها على الموكل الا فى صورة ان يقول الوكيل: لا اعلم بالعيب.

و حاصـل الكلمات ان (۱) المشـترى ادعى العيب (۲) و الوكيل انكر (۳) و لم يأت المشترى بالبينـة (۴) و لم يحلف الوكيـل (۵) ورد الحلف الى المشترى فنفـذ فى حق الموكل (۶) قال العلامـة: لا تنفـذ يمينه فى حق الموكل، الا فى صورة ان تكون اليمين كالبينـة (۷) قال جامع المقاصد: اذا كانت كالبينة لا تنفذ الا اذا قال الوكيل لا علم لى (۸) قال مفتاح الكرامة:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۱

و تمام الكلام فى محله.

الرابعة: لو ردّ سلعة بالعيب فانكر البائع انها سلعته قدم قول البائع

كذا فى التذكرة، و الدروس، و جامع المقاصد، لاصالة عدم حق له عليه، و اصالة عدم كونها سلعته.

و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيار، فانكر كونها له، فاحتمل هنا فى

لا يصح اشكال جامع المقاصد على العلامة (۹) قال الشيخ: لا يصح اشكال مفتاح الكرامة على جامع المقاصد (۱۰) اذا فالشيخ يرى تمامية كلام جامع المقاصد، و ورود الاشكال على العلامة، فلا تغفل (و تمام الكلام فى محله).

(الرابعة: لو ردّ) المشترى (سلعة بالعيب) اى بجهة خيار العيب (فانكر البائع انها سلعته) قال بل سلعتى غير هذه (قدم قول البائع) لاصالة عدم جريان العقد على هذه السلعة الخاصة (كذا فى التذكرة، و الدروس، و جامع المقاصد).

و ذلك (لاصالة عدم حق له) اى للمشترى (عليه) اى على البائع (و اصالة عدم كونها سلعته) اى سلعة البائع، فان الاصل عدم اضافة الشيء الى الانسان، الا اذا ثبتت الاضافة.

(و هذا) الحكم فى الرد بالعيب (بخلاف ما لو ردّها) اى رد المشترى السلعة (بخيار) آخر غير العيب، كخيار الغبن و خيار الشرط و نحوهما (فانكر) البائع (كونها) اى السلعة (له) مع قبوله اصل وجود الخيار (فاحتمل هنا فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۲

التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى، و نسبه فى التحرير الى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الاولى

اقول: النزاع فى كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار، و مع الاتفاق عليه، كما لا يخفى.

التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى) فى ان السلعة التى فيها الخيار هى هذه السلعة (و نسبه فى التحرير الى القيل).

و ذلك (لاتفاقهما على استحقاق الفسخ) فالبائع الّذى يقول: انها ليست سلعته يحتاج الى الدليل (بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الاولى) من تقديم قول البائع لاصالة عدم جريان العقد على هذه السلعة المتنازع فيها، و ذلك لانه لا فرق بين خيار العيب و بين سائر الخيارات من هذه الجهة.

(اقول: النزاع فى كون السلعة سلعة البائع) أم لا (يجتمع مع الخلاف فى الخيار، و مع الاتفاق عليه).

فقد يتفقان على ان للمشترى خيار العيب، لكن البائع يقول: ان هذه السلعة ليست سلعتى المعيوبة التى بعتك اياها، و يدعى المشترى ان هذه السلعة سلعتك.

و قد يختلفان فى اصل الخيار، فيقول المشترى: ان هذه سلعتك، و هى معيبة فلى الخيار، فيقول البائع: هذه ليست سلعتى و سلعتى لم تكن معيبة، فليس لك الخيار (كما لا يخفى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۳

لكن ظاهر المسألة الاولى: كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبة او غيرها.

و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه.

و اما اذا اتفقا على الخيار، و اختلفا فى السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ، من دون توقف على كون هذه السلعة هى المبيعة او غيرها فاذا فسخ و اراد ردّ

(لكن ظاهر المسألة الاولى) التى ذكرناها بقولنا «لو ردّ سلعة بالعيب الخ» (كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب) الّذى يدعيه المشترى و ينكره البائع (ناشئا عن كون السلعة) التى وقع عليها العقد (هذه السلعة المعيوبة او غيرها).

فالمراد بالمسألة صورة الاختلاف فی اصل الخیار، لا صورة الاتفاق فی الخیار و انما الاختلاف فی السلعة فقط.

(و الحکم) فی مسألة الاختلاف فی الخیار للاختلاف فی ان هذه السلعة المعیبة سلعته، أم لا (تقدیم قول البائع مع یمینه) لان المشتری یدعی العیب و لا بینة له، فالبائع المنکر للعیب اذا حلف حکم له.

(و اما اذا اتفقا علی الخیار، و اختلفا فی السلعة) هل هذه سلعة البائع- کما یقول المشتری- او هذه لیست سلعة البائع؟- کما یقول البائع- (ف) لا شک ان (لذی الخیار) و هو المشتری (حینئذ) ای حین اتفاقهما علی ان له الخیار (الفسخ، من دون توقف) للفسخ (علی کون هذه السلعة هی المبیعة او غیرها، فاذا فسخ) المشتری (و اراد ردّ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۴

السلعة فانکرها البائع، فلا وجه لتقدیم قول المشتری مع اصالة عدم کون السلعة هی التی وقع العقد علیها.

نعم استدل علیه فی الایضاح- بعد ما قواه- بان الاتفاق منهما علی عدم لزوم البیع و استحقاق الفسخ و الاختلاف فی موضعین.

احدهما: خیانة المشتری فیدعیها البائع بتغیر السلعة و المشتری ینکرها، و الاصل

السلعة فانکرها البائع) ان تکون هی سلعته (فلا وجه لتقدیم قول المشتری) الّذی یقول: هذه هی سلعة البائع (مع اصالة) ای استصحاب (عدم کون) هذه (السلعة هی التی وقع العقد علیها) فاللازم ان یرد المشتری الی البائع المثل او القیمة.

و من المعلوم ان اصالة عدم کون سلعة اخری وقع علیها العقد، لا تعارض اصالة عدم وقوع العقد علی هذه السلعة لانها مثبتة من قبیل نفی احد الضدین لاثبات الضد الآخر.

(نعم استدل علیه) ای علی تقدیم قول المشتری (فی الایضاح- بعد ما قواه-) ای قوی تقدیم قول المشتری فی ان هذه هی سلعة البائع (بان الاتفاق منهما) ای من البائع و المشتری (علی عدم لزوم البیع و استحقاق الفسخ) «و استحقاق» عطف بیان ل «عدم لزوم» (و الاختلاف) بینهما (فی موضعین).

(احدهما: خیانة المشتری فیدعیها البائع) علی المشتری (بتغیر السلعة و المشتری ینکرها) و یقول: ان هذه هی سلعة البائع (و الاصل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۵

عدمها.

الثانی: سقوط حق الخیار الثابت للمشتری، فالبائع یدعیه و المشتری ینکره و الاصل بقائه و تبعه فی الدروس حیث قال: لو انکر البائع کون المبیع مبیعه حلف، و لو صدقه علی کون المبیع معیوبا، و انکر تعیین المشتری حلف المشتری، انتهی.

اقول:

عدمها) ای عدم الخیانة.

(الثانی: سقوط حق الخیار الثابت للمشتری، فالبائع یدعیه) ای یدعی السقوط لانه یقول قد تلفت السلعة فلا حق لک فی الخیار، لانه اذا تلف المعیب فی باب خیار العیب یسقط الخیار- کما تقدم- (و المشتری ینکره) لانه یقول: لم تتلف السلعة، بل هی هذه (و الاصل بقائه) لاستصحاب بقاء الخیار (و تبعه فی الدروس حیث قال: لو انکر البائع کون المبیع مبیعه حلف) البائع، لان الاصل عدم جریان العقد علی هذا المبیع (و لو صدقه) ای صدق البائع المشتری (علی کون المبیع معیوبا و انکر تعیین المشتری) للسلعة، بل قال: هذه لیست سلعتی (حلف المشتری) انها سلعته، و اجبر البائع علی القبول (انتهی) کلام الایضاح

(اقول) لا یتم کلام الایضاح فی ان الاصل عدم الخیانة- فی المقام- و بذلک یجعل المشتری منکرا.

و ذلک لان الاصل عدم کون هذه السلعة للبائع- کما یقول البائع انها لیست سلعته- و هذا الاصل الّذی فی جانب البائع مقدم علی

اصل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۲۷۶

اما دعوى الخيانة فلو احتاجت الى الاثبات، و لو كان معها اصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسألة الاولى.

عدم الخيانة، الّذى هو فى جانب المشترى.

و لا يدع اصل البائع مجالا لاصل المشترى، فلا جريان لاصالة عدم الخيانة فى المقام.

(اما دعوى الخيانة) التى يقول بها البائع- تبعا لقوله بان السلعة ليست سلعته- (فلو احتاجت الى الاثبات) و الى الشهود من جانب البائع (و لو كان معها) اى مع هذه الدعوى (اصالة عدم كون المال الخاصّ) الّذى جاء به المشترى (هو المبيع) قصده ان اصل عدم كون السلعة للبائع، لا يدع مجالا للشهود اى لا يحتاج البائع الى الشهود بعد ان كان الاصل معه (لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسألة الاولى) و هى انه لو رد السلعة بالعيب، فانكر البائع انها سلعته، حيث تقدم انه يقدم قول البائع، و انما وجب تقديم قول المشترى، لان البائع فى المسألة الاولى أيضا يدعى الخيانة، و المشترى ينكرها، و الاصل عدم الخيانة.

ثم ان قول المصنف «لوجب» هذا الزام على الايضاح، لان الايضاح قبل فى المسألة الاولى تقديم قول البائع، و اشكال المصنف عليه ان المسألتين من واد واحد، فاما ان يقدم «اصل عدم الخيانة» لنفع البائع فيها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۲۷۷

و ان كانت هناك اصول متعددة على ما ذكرها فى الايضاح و هى اصالة عدم الخيار، و عدم حدوث العيب، و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه.

فكيف يقول صاحب الايضاح بتقديم «اصل عدم كون السلعة للبائع» فى المسألة الاولى، و بتقديم «اصل عدم الخيانة» فى المسألة الثانية.

(و ان كانت هناك) فى المسألة الاولى (اصول متعددة) الى جنب البائع، لكن هذه الاصول لا تقاوم «اصل عدم الخيانة» فالاصل الّذى يقاوم اصل عدم الخيانة، هو اصل عدم كون السلعة للبائع، فليس لصاحب الايضاح ان يقول: انما نقول باصل عدم الخيانة، فى المسألة الثانية، و لا نقول بها فى المسألة الاولى، لاجل سقوط «اصل عدم الخيانة» فى المسألة الاولى، باصول اخر، و اصل عدم الخيانة ليست ساقطة فى المسألة الثانية.

و كيف كان فالاصول المتعددة فى المسألة الاولى (على ما ذكرها فى الايضاح) كلها الى جنب البائع (و هى اصالة عدم الخيار) للمشترى (و) اصالة (عدم حدوث العيب) فى المبيع حتى يكون للمشترى الخيار (و) اصالة (صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه) اى ضمان القبض.

و ذلك لان السلعة لو كانت معيبة لم يخرج البائع من الضمان بتسليم هذا المعيب.

فمقتضى صحة القبض- اى حمل فعل المسلم على الصحيح- ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۲۷۸

لان اصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الاصول العملية نظير اصالة الصحة.

و اما ما ذكره من اصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و ان فسرناها من قبله

القبض المخرج عن الضمان قد تحقق.

و انما قلنا: ان الاصول المتعددة الموجودة فی جانب البائع لا تسقط «اصل عدم الخیانة» الّذی هو فی جانب المشتری (لان اصالة عدم الخیانة) أمارة، و الامارة مقدمة علی الاصل فتلک الاصول کلها ساقطة بهذا الاصل.

اذ اصالة عدم الخیانة (مستندها ظهور حال المسلم) فی انه لا یخون (و هو وارد علی جمیع الاصول العملیة نظیر اصالة الصحة) الواردة علی جمیع الاصول العملیة، فاذا اشترینا لحما من القصاب کان الاصل عدم کون اللحم له، و عدم کونه مذکی، و عدم کونه حلال اللحم- مثلا- و مع ذلک فاصالة صحة عمل القصاب واردة علی جمیع هذه الاصول.

فتحصل فی ردّ الایضاح: ان اصل عدم الخیانة لا تجری فی المسألة الثانیة، کما لا تجری فی المسألة الاولی- ثم ان المصنف ذکر اشکالا ثانویا علی الایضاح، و هو قوله باصالة صحة القبض- بقوله:

(و اما ما ذکره من اصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها) ای لیس لهذا الاصل دلیل شرعی (و ان فسرناها من قبله) ای من جانب صاحب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۷۹

بما ذکرناه.

لکن اصالة الصحة لا تنفع لا ثبات لزوم القبض.

و اما دعوی سقوط حق الخیار فهی انما تجدی اذا کان الخیار المتفق علیه لاجل العیب- کما فرضه فی الدروس-

---

الایضاح (بما ذکرناه) بمعنی خروج البائع من ضمانه، اذ مستنده اصل صحة عمل البائع.

(لکن اصالة الصحة لا تنفع لا ثبات لزوم القبض) علی المشتری اذ صحة القبض لا تلازم اللزوم، بل تلائم عدم اللزوم- ای الخیار- فان القبض فی موارد الخیارات صحیح و مع ذلک فللمشتری الخیار.

فقوله «لکن ..» اشکال علی الایضاح، و بیان لقول المصنف «فلم نتحقق معناها».

(و اما دعوی سقوط حق الخیار) الّذی جعله الایضاح موردا ثانیا من موردی الاختلاف بین البائع و المشتری، فالبائع یدعیه و المشتری ینکره (فهی) ای هذه الدعوی (انما تجدی) لا ثبات بقاء الخیار اذ سقوط خیار العیب یتوقف علی التلف الّذی یدعیه البائع، و المشتری ینکره (اذا کان الخیار المتفق علیه) بین البائع و المشتری (لاجل العیب- کما فرضه فی الدروس-) ای مفروض کلام الدروس فی صورة کون الاختلاف فی السلعة، انما هو فی خیار العیب، و فی هذا الخیار یصح کلام الایضاح بان یقول ان البائع یدعی خلاف الاصل- لانه یدعی تلف المبیع فالخیار ساقط- و المشتری یدعی وفق الاصل لانه یدعی ان المبیع هو هذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۰

و الا فاکثر الخیارات مما اجمع علی بقائه مع التلف علی ان اصالة عدم سقوط الخیار لا تثبت الا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بینهما.

الّذی یرید رده الی البائع فالخیار باق (و الا) یکن الخیار لاجل العیب فلا یسقط الخیار، لاجل تلف المتاع (ف) ان (اکثر الخیارات مما اجمع) الفقهاء (علی بقائه مع التلف) للمبیع.

فقول البائع هذه لیست سلعتی- بمعنی انه تلف سلعتی- لا یوجب سقوط الخیار، حتی یکون قوله مخالفا للاصل، و حتی یقال ان البائع یدعی سقوط حق الخیار و المشتری ینکره و الاصل بقائه (علی) انه نفرض الکلام فی خیار العیب الّذی یوجب تلف المتاع سقوط خیار العیب لکنا نقول: (ان اصالة عدم سقوط الخیار) الّذی هو فی جانب المشتری (لا تثبت الا ثبوته) ای ثبوت الخیار (لا وجوب

قبول هـذه السـلعة) التى يقول البـائع انها ليست سـلعته (الا من جهـة التلازم) العقلى (الواقع بينهما) اى بين ثبوت الخيار و وجوب قبول السلعة.

فان لازم ثبوت الخيار ان هذه سلعة البائع، و لازم سقوط الخيار ان هذه ليست سلعة البائع.

و من المعلوم: فجريان الاصل فى احد المتلازمين لا يثبت اللازم الآخر، لانه من الاصل المثبت.

و الحاصل ان قول الدروس «و لو صدقه على كون المبيع معيوبا و انكر تعيين المشترى حلف المشترى» يرد عليه اشكالان:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۲۸۱

و لعل نظر الدروس الى ذلك لكن للنظر فى اثبات احد المتلازمين بالاصل الجارى فى الآخر مجال، كما نبّهنا عليه مرارا.

و اما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل.

الأولى: لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب. [و عدمه]

الاول: ان كون البائع مدعيا و المشترى منكرا انما يصح اذا كان الكلام فى خيار العيب، لان البائع يـدعى انه تلف المتاع، فلا خيار و المشترى يقول: ان المتاع لم يتلف فالخيار باق، و الاصل عدم التلف، لكن فى سائر الخيارات ليس كذلك، فان البائع اذا قال: قد تلف المتاع، فلا يمكنه ان يقول: فالخيار ساقط، لان سائر الخيارات لا تسقط بالتلف.

الثـانى: حتى فى خيـار العيب لا يثبت حلف المشترى- المنكر للتلف ان هـذا المتاع هو متاع البائع لان عـدم سـقوط الخيار يلازم كون هذا متاع البائع فهو لازم عقلى له و الاصول الشرعية لا تثبت اللوازم العقلية.

(و لعـل نظر الـدروس) فى قوله «و لو صـدقه على كون المبيع معيوبا الـخ» (الى ذلك) الى وجوب قبول هـذه السـلعة من جهـة التلازم (لكن) اذا كـان نظر الـدروس ذلـك فنقول (للنظر فى اثبـات احـد المتلازمين بالاصـل الجارى فى) المتلازم (الآخر مجال) لانه اصـل مثبت (كما نبّهنا عليه مرارا) و الاصل المثبت ليس بحجة.

(و اما الثانى و هو الاختلاف) بين البائع و المشترى (فى المسقط) للخيار، و هل ان الخيار سقط أم لا (ففيه أيضا مسائل).

(الاولى: لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب) فقال البائع انك كنت

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه‍ ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۱۳، ص: ۲۸۲

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۳، ص: ۲۸۲

و عدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى او بعده

- على القول بـان زواله بعـد العلم لاـ يسـقط الارش، بل و لا الرد،- ففى تقـديم مـدعى البقاء فيثبت الخيار لاصالـة بقائه و عـدم زواله المسقط للخيار،

تعلم بالعيب، و اقدمت على شرائه فلا خيار لك (و عدمه) فقال المشترى لم اكن عالما بالعيب عند الشراء و لذا لى الخيار (قدم منكر

العلم) لان الاصل عدم العلم، فالبائع يحتاج الى البينة فان لم تكن له بينة حلف المشترى و كان له الخيار (فيثبت الخيار).

و كذا اذا اختلفا فى انه هل كان يعلم كمّ العيب او كيفه، فادعى البائع علمه، و قال المشترى كنت اعلم انه اقل كمّا او كيفا- و كان من باب الاقل و الاكثر لا من باب المتباينين- حلف المشترى و كان له الخيار.

(الثانية لو اختلفا فى زواله) اى زوال العيب (قبل علم المشترى) بالعيب حتى لا يكون للمشترى خيار (او بعده) حتى يكون للمشترى الخيار (- على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش، بل و لا الردّ-) اما اذا كان زواله بعد العلم مسقطا للرد و الارش- كما هو قول فى المسألة- فلا اثر لهذا النزاع، لانه بعد الزوال لا خيار، سواء كان الزوال قبل العلم او بعد العلم (ففى تقديم مدعى البقاء) للعيب الى ما بعد العلم (فيثبت الخيار).

و انما نقول بتقديم مدعى البقاء (لاصالة بقائه) اى بقاء العيب (و) اصالة (عدم زواله) اى العيب، ذلك الزوال (المسقط للخيار) فالقول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٢٨٣

او تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لان سببه او شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت، فالاصل لزوم العقد و عدم الخيار، وجهان اقواهما الاول

و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد تؤمى الى الثانى، فراجع.

قول المشترى بيمينه (او تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار) و هو البائع غالبا- (لان سببه او شرطه) اى سبب الخيار (العلم به) اى بالعيب (حال وجوده، و هو) اى العلم به حال وجوده (غير ثابت فالاصل لزوم العقد) لانه كلما شك فى الخيار فالمرجع اصالة اللزوم المستفاد من النص و الاجماع حيث انه يجب الوفاء بكل عقد الا اذا ثبت الخيار فيه (و) نتيجة ذلك (عدم الخيار، وجهان) (اقواهما الاول) لان استصحاب بقاء العيب الى ما بعد العلم هو الموجب شرعا للخيار، كاستصحاب الطهارة الى دخول الوقت الموجب لصحة الصلاة، و ليس الاصل مثبتا.

و اذا جرى هذا الاستصحاب لم يبق مجال لاصالة لزوم العقد، و ليس ذلك من باب دفع النص بالاصل، بل من باب توسيع دائرة المخصص بسبب الاصل، كما حقق فى محلّه.

(و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد تؤمى الى الثانى) و هو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار (فراجع).

حيث قال «لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه» لانها تؤمى الى ان الموجب للخيار هو العيب الموجود

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٢٨٤

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد، و زوال احد العيبين فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار او الحادث حتى يثبت الخيار. فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار.

و لا يعارضه اصالة بقاء الجديد، لان بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار، الا من حيث استلزامه لزوال القديم.

حين الرد.

(و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد، و زوال احد العيبين) من العيب القديم او الجديد (فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار) لما تقدم من ان زوال العيب القديم يوجب سقوط الخيار (او الحادث حتى يثبت) بقاء (الخيار) السابق.

(فمقتضى القاعدة) اى الاستصحاب (بقاء) العيب (القديم الموجب للخيار) لاصالة بقاء العيب القديم الموجب للخيار.

(و لا یعارضه اصالة بقاء) العیب (الجدید، لان) العیب القدیم له اثر.

اما استصحاب العیب الجدید، فلا اثر له.

اما اثر الاستصحاب الاول فهو بقاء الخیار.

و استصحاب العیب الجدید لا اثر له الا سقوط الخیار و ذلک مثبت فلا یجری، لان (بقاء) العیب (الجدید لا یوجب بنفسه سقوط الخیار الا من حیث استلزامه لزوال القدیم).

بمعنی انه لو کان الموجود هو العیب الجدید، فلا بد و ان یکون العیب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۵

و قد ثبت فی الاصول ان اصالة عدم احد الضدین لا یثبت وجود الضد الآخر، لیترتب علیه حکمه لکن المحکی فی التذکرة عن الشافعی فی مثله التحالف.

قال: لو اشتری عبدا و حدث فی یده نکتة بیاض بعینه، و وجد نکتة قدیمة ثم زالت احداهما، فقال البائع الزائلة القدیمة، فلا رد و لا ارش و قال المشتری بل الحادثة ولی الرد، قال الشافعی یحلفان علی ما یقولان، فاذا حلفا استفاد البائع بیمینه دفع الرد،

القدیم قد زال، و اذا زال العیب القدیم سقط الخیار.

(و قد ثبت فی الاصول ان اصالة عدم احد الضدین لا یثبت وجود الضد الآخر).

مثلا: اصالة عدم اللیل لا یثبت وجود النهار (لیترتب علیه) ای علی الضد الآخر (حکمه) هذا.

و (لکن المحکی فی التذکرة عن الشافعی فی مثله) ای مثل مسألة زوال احد العیبین، و الشک فی ان الزائل هل هو القدیم او الجدید (التحالف) لا ان الاصل مع من له الخیار و هو المشتری.

(قال: لو اشتری عبدا و حدث فی یده) ای فی ید المشتری (نکتة بیاض بعینه، و وجد نکتة قدیمة) أیضا (ثم زالت احداهما، فقال البائع الزائلة) هی (القدیمة، فلا رد و لا ارش، و قال المشتری بل) الزائلة هی (الحادثة ولی الرد) و الارش (قال الشافعی یحلفان علی ما یقولان) لان کل واحد منهما مدع و منکر (فاذا حلفا استفاد البائع بیمینه دفع الرد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۶

و استفاد المشتری بیمینه اخذ الارش، انتهی.

الثالثة: لو کان عیب مشاهد غیر المتفق علیه، فادعی البائع حدوثه عند المشتری، و المشتری سبقه،

ففی الدروس انه کالعیب المنفرد یعنی انه یحلف البائع کما لو لم یکن سوی هذا العیب و اختلفا فی السبق و التأخر.

و لعله لاصالة عدم التقدم.

عن نفسه لان المعیب بعیب عند المشتری لا یرد (و استفاد المشتری بیمینه اخذ الارش) لان الّذی اشتراه کان معیبا، و قیمة المعیب اقل (انتهی) کلام العلامة، و قد تبین مما سبق وجه النظر فی کلام الشافعی فراجع.

(الثالثة: لو کان عیب مشاهد غیر المتفق علیه) ای کان هناک عیب اتفقا علی انه کان عند البائع موجودا مما اوجب للمشتری خیار الفسخ، کما لو کانت الدابة عوراء، و کان هناک عرج فی رجلها (فادعی البائع حدوثه) ای العرج- فی المثال- (عند المشتری، و) ادعی (المشتری سبقه) عند البائع (ففی الدروس انه کالعیب المنفرد) کما لو کان فی المبیع عیب واحد فادعی البائع انه حدث عند المشتری و قال المشتری بل کان قبل القبض (یعنی انه یحلف البائع) لاصالة عدم سبق العیب عند البائع.

فحاله (كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر).

(و لعله) اى لعل وجه ما ذكره الدروس (لاصالة عدم التقدم) لان العيب امر حادث فاذا شك فى تقدمه او تأخره، فالاصل عدم التقدم، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۷

و يمكن ان يقال: ان عدم التقدم هناك راجع الى عدم سبب الخيار

و اما هنا فلا- يرجع الى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشترى، و قد مر غير مرة ان اصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر و انما يثبت بها عدم التقدم الّذى لا يثبت به التأخر.

لا يراد بهذا الاصل اثبات التأخر حتى يكون الاصل مثبتا، بل نفى آثار التقدم التى منها الخيار.

(و يمكن ان يقال) بالفرق بين العيب المنفرد و بين المقام.

ف (ان) اصل (عدم التقدم هناك) فى العيب المنفرد (راجع الى عدم سبب الخيار) فانه لو شك فى وجود سبب الخيار، و عدم وجود سببه، كان الاصل عدم وجود سببه.

(و اما هنا) فيما لو اختلفا فى عيب ثان مع اتفاقهما فى وجود العيب الاول (فلا يرجع) اصل عدم التقدم (الى ثبوت المسقط) حتى يقال اذا شك فى ثبوت المسقط فالاصل عدمه- كما كنا نقول هناك اذا شك فى ثبوت المثبت للخيار فالاصل عدم المثبت- (بل المسقط هو حدوث العيب عند المشترى، و) اصل عدم التقدم لا يثبت التأخر الّذى هو مسقط للخيار.

لانه (قد مر غير مرة ان اصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر) اذ بنفى احد الضدين لا يثبت الضد الآخر، فان الاصل المثبت ليس بحجة (و انما يثبت بها) اى باصالة التأخر (عدم التقدم الّذى لا يثبت به التأخر).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۸

ثم قال فى الدروس: لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشترى و انكر احتمل حلف المشترى، لان الخيار متيقن و الزيادة موهومة.

و يحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد.

اقول: قد عرفت الحكم فى العيب الجديد و ان حلف البائع فيه محل نظر

و الحاصل ان اسقاط العيب الجديد للخيار انما يكون اذا ثبت حدوث العيب فى ملك المشترى، و اصل عدم تقدم العيب او اصل تأخر العيب لا يثبت حدوث العيب عند المشترى.

و على هذا فالاصل حلف المشترى، لان البائع يدعى سقوط الخيار و الاصل بقائه فالبائع مدع و المشترى منكر.

(ثم قال فى الدروس: لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشترى) زيادة توجب سقوط خيار المشترى، لان شرط الرد ان يكون المبيع قائما بعينه، و مع زيادة العيب لا- يكون المبيع قائما بعينه (و انكر) المشترى الزيادة (احتمل حلف المشترى لان الخيار متيقن و الزيادة موهومة) فاذا شك فى الخيار كان الاصل بقائه.

(و يحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد) لان المشترى يدعى كون الزيادة عند البائع و البائع ينكره، و الاصل عدم سبق الزيادة.

(اقول: قد عرفت) فى الفرع السابق (الحكم فى العيب الجديد) فيما لو اختلفا فى انه هل كان عند البائع او حدث عند المشترى (و ان حلف البائع فيه محل نظر) فاللازم هنا أيضا حلف المشترى الّذى هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۸۹

ثم انه لا بد من فرض المسألة فیما لو اختلفا فی مقدار من العیب موجود زائد علی المقدار المتفق علیه انه کان متقدما او متأخرا.
و اما اذا اختلفا فی اصل الزیادة فلا اشکال فی تقدیم قول المشتری

اولی احتمالی الدروس.
(ثم انه لا ـ بـد من فرض المسألـة) التی ذکرها الـدروس بقوله «لو ادعی البائع زیادة العیب» (فیما لو اختلفا فی مقـدار من العیب موجود زائد علی المقدار المتفق علیه) ای اختلفا فی (انه) هل هذا الزائد الموجود الآن (کان متقدما او متأخرا) مع اتفاقهما علی اصل الزیادة.
(و اما اذا اختلفا فی اصل الزیادة) فقال البائع: انه زاد العیب عندک فسقط خیارک، و قال المشتری: انه لا زیادة اصلا بل العیب هو هو کما کان عندک (فلا اشکال فی تقدیم قول المشتری) بحلفه، لان البائع مدّع و المشتری منکر.
مثلا: انه لو اشتری قماشا فیه خرق فلنزاعهما صورتان.
الاـولی ان یتفق البـائع و المشتری فی ان اصل الخرق کان مقـدار انمله، ثم زاد بان صار مقـدار انملتین، فالبائع یقول: ان مقـدار الانملة الثانیة حدث عند المشتری و المشتری یقول: انه حدث عند البائع.
الثانیـة: ان یقول البائع: انه کان عندی مقدار انملة و حدث عندک مقدار انملة ثانیة، و یقول المشتری: بل الخرق من اصـله کان مقدار انملتین، فان المشتری فی هذه الصورة ینکر اصل الزیادة.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۰

الرابعة: لو اختلف فی البراءة قدم منکرها،

فیثبت الخیار، لاصالة عدمها الحاکمة علی اصالة لزوم العقد.
و ربما یتراءی من مکاتبة جعفر بن عیسی خلاف ذلک.
قـال کتبت الی ابی الحسن علیه السـلام جعلت فـداک، المتـاع یباع فیمن یزیـد فینادی علیه المنادی، فاذا نادی علیه برئ من کل عیب فیه، فاذا اشتراه المشتری و رضیه و لم یبق الا نقد الثمن، فربما زهد فیه،

(الرابعـة: لو اختلف) بصیغة المجهول، ای اختلف البـائع و المشتری (فی البراءة) فقال البائع: انی تبرئت ألیک من کل عیب حین العقد فلا خیار لک، و قال المشتری: لم تتبرّأ، فلی خیار العیب (قدم منکرها) لاصالة عدم البراءة، و المنکر غالبا هو المشتری (فیثبت الخیار).
و انمـا یقـدم المنکر (لاصالـة عـدمها) ای عـدم البراءة (الحاکمـة علی اصالـة لزوم العقـد) نعم لا بـد من الحلف و انما یلاحظ الاصـل لتشخیص المدعی من المنکر.
(و ربما یتراءی) عند بادی النظر (من مکاتبة جعفر بن عیسی خلاف ذلک) و ان القول قول مدعی البراءة.
(قال کتبت الی ابی الحسن علیه السـلام جعلت فـداک، المتاع یباع فیمن یزید) ای عند الدلالین (فینادی علیه المنادی) من یزید؟ (فاذا نادی علیه برئ من کل عیب فیه) و قال: انی ابیع هـذا الشـیء و لا التزم بعیبه (فاذا اشتراه المشتری و رضـیه) ای رضـی به (و لم یبق الا نقد الثمن) ای بعد تمام العقد و اخذه المتاع (فربما زهد) المشتری (فیه)
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۱
فـاذا زهـد فیه ادعی عیوبـا، و انه لم یعلم بها فیقول له المنادی قـد برئت منها، فیقول المشتری لم اسـمع البراءة منها أ یصـدق فلا یجب علیه؟ أم لا یصدق، فکتب علیه السلام ان علیه الثمن، الخبر.
و عن المحقق الاردبیلی انه لا یلتفت الی هذا الخبر، لضعفه مع الکتابة، و مخالفة القاعدة، انتهی.

و ما ابعد ما بینه و بین ما فی الکفایة من جعل الروایة

ای لم یرغب فی المتاع (فاذا زهد فیه ادعی) المشتری (عیوبا) فی المتاع (و انه) ای المشتری (لم یعلم بها) فله خیار العیب (فیقول له المنادی) لا حق لک فی الخیار، اذ (قد برئت) انا (منها) عند النداء (فیقول المشتری لم اسمع البراءة منها) فلی حق الخیار (أ یصدق المشتری بانه لم یسمع (فلا- یجب) العقد (علیه؟) ای لم یلزم العقد، لمکان الخیار (أم لا یصدق) بل العقد علیه لازم (فکتب علیه السلام ان علیه الثمن، الخبر) مما یدلّ علی انه لو اختلفا، فقال البائع: برئت و قال المشتری: لم تبرأ یکون الاصل مع البائع و قد فرضنا ان الاصل مع المشتری.

(و عن المحقق الاردبیلی) صحة دلالة الخبر، و انما ناقش فی سنده فقال: (انه لا- یلتفت الی هذا الخبر، لضعفه مع الکتابة) فان المکاتبات نوعا ما- ضعیفة، لاحتمال التقیة فیها بما لا یحتمل فی غیر المکاتبة (و مخالفة القاعدة) التی تقول: ان الاصل مع منکر البراءة (انتهی) کلام الاردبیلی.

(و ما ابعد ما بینه و بین ما فی الکفایة) للسبزواری (من جعل الروایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۲

مؤیدة لقاعدة: البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر و فی کل منهما نظر.

و فی الحدائق: ان المفهوم من مساق الخبر المذکور ان انکار المشتری انما وقع مدالسة لعدم رغبته فی المبیع، و الا فهو عالم بتبری البائع، و الامام علیه السلام انما الزمه بالثمن من هذه الجهة.

و فیه: ان مراد السائل لیس

مؤیدة لقاعدة: البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر) لان المشتری مدع بانه لم یسمع و البائع منکر، فاللازم ان یحلف البائع و یأخذ الثمن کما قال الامام علیه السلام (و فی کل منهما نظر).

اما وجه النظر فی کلام الاردبیلی فلان الروایة معمول بها، فلا یمکن طرحها للضعف.

و اما وجه النظر فی کلام الکفایة، فلان البائع مدع و المشتری منکر فهی علی خلاف القاعدة، لان البائع یدعی انه تبرأ و المشتری یدعی انکاره.

(و فی الحدائق: ان المفهوم من مساق الخبر المذکور ان انکار المشتری انما وقع مدالسة) ای کذبا، و الا فهو قد سمع التبری.

و انما انکر (لعدم رغبته فی المبیع، و الا فهو) ای المشتری (عالم بتبری البائع، و الامام علیه السلام انما الزمه) ای المشتری (بالثمن من هذه الجهة) لانه علم بالبراءة، فلا حق له فی الخیار.

(و فیه) ای فی کلام الحدائق (ان مراد السائل لیس) السؤال عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۳

حکم العالم بالتبری المنکر له فیما بینه و بین اللّه بل الظاهر من سیاق السؤال استعلام من یقدم قوله فی ظاهر الشرع من البائع و المشتری مع ان حکم العالم بالتبرّی المنکر له مکابرة معلوم لکل احد خصوصا للسائل کما یشهد به قوله: أ یصدق أم لا یصدق؟ الدال علی وضوح حکم صورتی صدقه و کذبه.

و الاولی توجیه الروایة بان الحکم بتقدیم قول المنادی لجریان

(حکم العالم بالتبری) ای المشتری الّذی یعلم تبری البائع (المنکر له) لفظا، و ان کان عالما (فیما بینه و بین اللّه) اذ هذا لا یحتاج الی

السؤال (بل الظاهر من سیاق السؤال استعلام من یقدم قوله فی ظاهر الشرع من البائع و المشتری) «من» بیان «من» (مع ان حکم العالم بالتبرّی المنکر له) انکارا (مکابرة معلوم لکل احد) فلا یحتاج الی السؤال (خصوصا للسائل، کما یشهد به) ای بان حکم المکابر معلوم له (قوله:

أ یصدق أم لا- یصدق؟) حیث انه یعلم بان حکم الصادق له الخیار، و ان حکم الکاذب لیس له الخیار، و انما یسأل هل المقام یلحق بالصادق أم الکاذب (الدال علی وضوح حکم صورتی صدقه و کذبه) «الدال» بیان لقوله «کما یشهد».

(و الاولی توجیه الروایة) بان الشارع قدم الظاهر علی الاصل فی المقام، مثل تقدیمه: ظاهر الدخول علی الزوجة علی اصالة عدم الدخول فیما اذا اختلی بها و اسدل الستر ثم ادعت الزوجة عدم الدخول، و ذلک (بان الحکم بتقدیم قول المنادی) المخالف للاصل انما هو (لجریان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۴

العادة بنداء الدلال عند البیع بالبراءة من العیوب علی وجه یسمعه کل من حضر للشراء، فدعوی المشتری، مخالفة للظاهر، نظیر دعوی الغبن و الغفلة عن القیمة ممن لا یخفی علیه قیمة المبیع.

بقی فی الروایة اشکال آخر

العادة بنداء الدلال عند البیع بالبراءة من العیوب) نداء (علی وجه یسمعه کل من حضر للشراء).

و علیه (فدعوی المشتری) انه لم یسمع النداء (مخالفة للظاهر، نظیر دعوی) المشتری (الغبن و الغفلة عن القیمة) العادلة، حیث اشتراه باکثر من قیمته، اذا کان المشتری (ممن لا یخفی علیه قیمة المبیع).

فاذا اصل عدم معرفة القیمة هنا ساقطة بظهور ان اهل الخبرة یعلمون القیمة.

کما ان اصالة عدم الغفلة ساقطة بکون المشتری من اهل الخبرة.

و علی هذا یکون المشتری مدعیا لمخالفة قوله الظاهر، و البائع منکرا و لیس المناط فی المدعی ان یکون قوله مخالفا للاصل، بل احیانا یکون المدعی هو الّذی یخالف قوله الظاهر، فتأمّل.

(بقی فی الروایة اشکال آخر) و هو ان المسقط لخیار العیب البراءة فی ضمن العقد.

و الروایة دلت علی سقوط الخیار فیما اذا کانت البراءة قبل العقد، لان الدلال انما یتبرأ عند النداء.

و الجواب ان العقد وقع بناء علی ذلک التبری و ذلک کاف فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۵

من حیث ان البراءة من العیوب عند نداء المنادی لا یجدی فی سقوط خیار العیب، بل یعتبر وقوعه فی متن العقد.

و یمکن التفصّی عنه اما بالتزام کفایة تقدم الشرط علی العقد بعد وقوع العقد علیه- کما یأتی فی باب الشروط-.

و اما بدعوی ان نداء الدلال بمنزلة الایجاب لانه لا ینادی الا بعد ان یرغب فیه احد الحضّار بقیمته.

اسقاط الخیار من قبیل سائر الشروط الضمنیة کشرط السلامة و نحوها.

و قد اشار المصنف الی الاشکال بقوله: (من حیث ان البراءة من العیوب) علی وجه یسمعه کل من حضر للشراء (عند نداء المنادی) «عند» متعلق ب «البراءة» (لا یجدی) ای التبری عند النداء (فی سقوط خیار العیب، بل یعتبر وقوعه) ای التبری (فی متن العقد) حتی یوجب اسقاط الخیار.

(و یمکن التفصی) و التخلص (عنه) ای عن هذا الاشکال (اما بالتزام کفایة تقدم الشرط علی العقد بعد وقوع العقد علیه) ای بناء علی

هذا الشرط (- کما یأتی فی باب الشروط-) لان ذلک شرط عند العرف، فیشمله دلیل: المؤمنون عند شروطهم.

(و اما بدعوی ان نداء الدلال بمنزلهٔ الایجاب) فیکون الشرط فی ضمن العقد (لانه لا ینادی الا بعد ان یرغب فیه احد الحضّار بقیمته) ای رغبته بالقیمهٔ المعینهٔ من قبل الدلال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۶

فینادی الدلال، و یقول: بعتک هذا الموجود بکل عیب، و یکرر ذلک مرارا من دون ان یتم الایجاب حتی یتمکن من ابطاله عند زیادهٔ من زاد.

و الحاصل: جعل نـدائه ایجابا للبیع و لو ابیت الا عن ان المتعارف فی الدلال کون ندائه قبل ایجاب البیع، امکن دعوی کون المتعارف فی ذلک الزمان غیر ذلک، مع ان الروایهٔ

(ف) حینئذ (ینادی الدلال، و یقول: بعتک هذا الموجود بکل عیب و یکرر ذلک) الایجاب (مرارا).

و ان قلت: اذا کان ندائه ایجابا، فکیف یمکن من ابطاله عند زیادهٔ من یزید.

قلت: ینادی الدلال بالایجاب (من دون ان یتم الایجاب) لانه لا یذکر کل المتعلقات التی من جملتها الثمن، فهو من قبیل الوکیل الّذی لم یصله الامر النهائی من الموکل فی قدر الثمن، حیث یشرع فی الایجاب و ینتظر امر الموکل یـذکر الثمن (حتی یتمکن من ابطاله عند زیادهٔ من زاد) فی الثمن.

(و الحاصل: جعل نـدائه ایجابا للبیع) لکنه فی غایهٔ البعد کما لا یخفی (و لو ابیت الا عن) القول ب (ان المتعارف فی الدلال کون ندائه قبل ایجاب البیع، امکن) لاجل تصحیح الروایهٔ (دعوی کون المتعارف فی ذلک الزمان) ای زمان صدور الروایهٔ (غیر ذلک) بل کون النداء هو ایجاب البیع، فان هـذه الروایهٔ تحتاج الی التوجیه، و من توجیهاتها ما ذکرناه و ان کان التوجیه الاول و هو کفایهٔ تقدم الشرط اقرب (مع ان الروایهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۷

لا تصریح فیها بکون البراءهٔ فی النداء قبل الایجاب، کما لا یخفی.

ثم الحلف هنا علی نفی العلم بالبراءهٔ لانه الموجب لسقوط الخیار لا انتفاء البراءهٔ واقعا.

الخامسهٔ: لو ادعی البائع رضاء المشتری به بعد العلم،

او اسقاط

لا تصریح فیها بکون البراءهٔ فی النداء قبل الایجاب، کما لا یخفی) فمن المحتمل ان تکون البراءهٔ فی الایجاب.

(ثم) ان قلنا: ان البائع مدّع و المشتری منکر، حلف المشتری، لانه منکر.

و ان قلنا: ان المشتری مدع و البائع منکر- حسبما وجهنا به الروایهٔ ثم لم یأت المشتری بالبیّنهٔ، و لا حلف البائع رد الحلف الی المشتری المدعی-.

و علی کلا التقـدیرین ف (الحلف) من المشتری (هنا علی نفی العلم بالبراءهٔ) ای انه لا یعلم بان البائع تبرّأ- و لا یحتاج الی الحلف بان البائع لم یتبرأ-.

و انمـا یکفی نفی العلم (لانه الموجب لسقوط الخیـار) فالعلم بالبراءهٔ یسقط الخیار، کما ان عدم العلم ظرف لوجود الخیار (لا انتفاء البراءهٔ واقعا) ای لا نحتاج الی هذا، و ان کان مفیدا اذا علم المشتری بانه لم یتبرأ و حلف علی انه لم یتبرأ.

(الخامسة: لو ادعى البائع رضاء المشترى به) اى بالمعيب (بعد العلم) بالعيب (او اسقاط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۸

الخيار، او تصرفه فيه، او حدوث عيب عنده حلف المشترى لاصالة عدم هذه الامور.

و لو وجد فى المعيب عيب اختلفا فى حدوثه و قدمه ففى تقديم مدعى الحدوث لاصالة عدم تقدمه- كما تقدم سابقا فى دعوى تقدم العيب و تأخره- او مدعى عدمه

الخيار، او تصرفه فيه، او حدوث عيب عنده) مما يوجب اسقاط الخيار (حلف المشترى) اذا لم تكن للبائع بينة (لاصالة عدم هذه الامور) و قد تقدم ان الاصل- غالبا- مع المنكر.

(و لو وجد فى المعيب عيب اختلفا فى حدوثه و قدمه) فقال البائع:

انه حادث، و قال المشترى: انه قديم، فلى الخيار (ففى تقديم) قول (مدعى الحدوث) الّذى هو البائع (لاصالة عدم تقدمه- كما تقدم سابقا فى دعوى تقدم العيب و تأخره-).

فان فرض المسألة فى السابق انه كان فى المتاع عيب واحد و اختلفا فى حدوثه و قدمه.

و فرض المسألة هنا فى المسقط للخيار بعد انهما اتفقا على انه كان معيبا عند البائع، مما اوجب الخيار، لكن البائع يقول: ان هذا العيب الثانى عيب جديد فسقط خيارك، و المشترى يقول: بل كان فى السابق، فخيارى باق.

فعلى جريان اصالة عدم تقدم هذا العيب المتنازع فيه يكون العيب حادثا، و يكون مسقطا للخيار بالعيب القديم (او مدعى عدمه) اى عدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۲۹۹

لاصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب، و الشك فى سقوطه بحدوث العيب الآخر فى ضمان المشترى فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب، حتى يضمنه المشترى.

و اما الثالث [الاختلاف فى الفسخ] ففيه مسائل.

الأولى: لو اختلفا فى الفسخ فان كان الخيار باقيا، فله انشاؤه.

الحدوث (لاصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب) لان البائع يدعى سقوط الخيار، و الاصل بقائه، فيقدم قول المشترى (و الشك فى سقوطه) اى الخيار (ب) سبب (حدوث العيب الآخر) و هو العيب الثانى (فى ضمان المشترى).

و عليه (فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب، حتى يضمنه) اى يضمن هذا العيب (المشترى) و يسقط بذلك خياره، «حتى متعلق ب «عدم وقوع» اى لم يقع فلا يضمن.

و هذا القول هو مقتضى القاعدة، لان اصل عدم تقدم العيب الثانى لا يثبت تأخره، لانه يكون حينئذ مثبتا، فاللازم ان يحلف المنكر الّذى هو المشترى ان لم يكن للبائع بينة على تأخر العيب المختلف فيه.

(و اما الثالث) و هو الاختلاف فى الفسخ (ففيه مسائل).

(الاولى: لو اختلفا فى الفسخ) بان قال المشترى: فسخت و قال البائع: لم تفسخ (فان كان الخيار باقيا، فله) اى للمشترى (انشائه) اما اذا انعكس بان قال البائع: فسخت، و قال المشترى: لم افسخ، فالاصل عدم الفسخ، و احتاج البائع الى البينة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۰

و فی الدروس: انه یمکن جعل اقراره إنشاء.

و لعله لما اشتهر من ان: من ملک شیئا ملک الاقرار به، کما لو ادعی الزوج الطلاق.

و یدل علیه بعض الاخبار الواردة فیمن اخبر بعتق مملوکه، ثم جاء العبد یدعی النفقة علی ایتام الرجل، و انه رق لهم

(و فی الدروس) قال: (انه یمکن) شرعا (جعل اقراره إنشاء) للفسخ، و ان لم یکن فسخ سابقا- فی الواقع- ای انه فی مقام الاثبات یکون الاقرار بمنزلة الانشاء.

(و لعله) ای مستند الدروس (لما اشتهر) بین الفقهاء (من ان: من ملک شیئا ملک الاقرار به) فحیث ان المشتری یملک الفسخ، یملک الاقرار به، فاذا اقرّ به کان بمنزلة الانشاء (کما لو ادعی الزوج الطلاق) فانه یقبل منه لانه یملک الطلاق.

(و یدل علیه) ای علی ان: من ملک شیئا ملک الاقرار به (بعض الاخبار الواردة فیمن اخبر بعتق مملوکه) قال فی حاشیة الطباطبائی الیزدی ره ان لفظ: العتق غلط من النسخة، او سهو من القلم، و الصحیح: البیع (ثم جاء العبد یدعی النفقة علی ایتام الرجل، و انه رق لهم) فعن محمد بن عبد اللّه الکاهلی، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: کان لعمّی غلام فابق، فاتی الانبار فخرج إلیه عمی ثم رجع فقلت ما صنعت یا عم فی غلامک، قال بعته فمکث ما شاء اللّه ثم ان عمی مات فجاء الغلام، فقال: انا غلام عمک، و قد ترک عمی اولادا صغارا و انا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۱

و سیجیء الکلام فی فروع هذه القاعدة.

و ان کان بعد انقضاء زمان الخیار کما لو تلف العین افتقر مدعیه الی البینة، و مع عدمها حلف الآخر علی نفی علمه بالفسخ ان ادعی علیه علمه بفسخه.

وصیّهم، فقلت: ان عمی ذکر انه باعک، فقال: ان عمک کان لک مضار، و کره ان یقول لک، فتشمت به، و انا و اللّه غلام بنیه، فقال علیه السلام صدّق عمک، و کذّب الغلام فاخرجه و لا تقبله.

فان هذا الخبر دلیل علی انّ من ملک شیئا ملک الاقرار به، فان العم کان مالکا للغلام، فکان مالکا للاقرار بانه باعه، و العبد لا یملک نفسه و لذا لا اعتبار باقراره (و سیجیء الکلام فی فروع هذه القاعدة) ان شاء اللّه تعالی.

(و ان کان) قول المشتری بانه فسخ (بعد انقضاء زمان الخیار کما لو تلف العین) اذ بالتلف یسقط الخیار فی باب خیار العیب (افتقر مدعیه الی البینة، و مع عدمها) بان لم تکن للمدعی البینة (حلف الآخر) و هو المنکر (علی نفی علمه بالفسخ ان ادعی) المدعی (علیه) ای علی المنکر (علمه بفسخه).

مثلا: قال المشتری: فسخت و لم تکن له بینة و انکر البائع، حلف البائع بانه لا یعلم ان المشتری فسخ، هذا اذا کان المنکر البائع لا یعلم بالفسخ و عدمه.

اما اذا علم بعدم الفسخ- من طریق ما- حلف علی علمه بعدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۲

ثم اذا لم یثبت الفسخ فهل یثبت للمشتری المدعی للفسخ الارش؟

لئلا یخرج من الحقین أم لا لا قراره بالفسخ.

و زاد فی الدروس انه یحتمل ان یأخذ اقل الامرین من الارش و ما زاد علی القیمة من الثمن

الفسخ، هذا کله اذا کان المدعی المشتری.

اما اذا کان مدعی الفسخ البائع و انکر المشتری، فالغالب انه یحلف علی عدم فسخه.

نعم مع طول الزمان و نسیانه انه فسخ أم لا یحلف المشتری علی نفی علم نفسه بالفسخ.

(ثم اذا لم یثبت الفسخ) بادعاء المشتری انه فسخ، و ذلک لانه لم تکن له بینهٔ و حلف البائع علی نفی علمه بالفسخ او علی علمه بعدم الفسخ (فهل یثبت للمشتری المدعی للفسخ الارش؟) اذا کان المعیب مما له ارش (لئلا یخرج) المشتری (من الحقین) فان الشارع حیث لم یقبل منه الفسخ فقدا بقی حقه فی الارش، لانه اذا لم یکن فسخ کان الارش (أم لا) حق له فی الارش (لا قراره بالفسخ) فهو باقراره اسقط حقه فی الارش، و الشارع اسقط حقه فی الفسخ بسبب حلف البائع.

(و زاد فی الدروس) احتمالا ثالثا، و هو ان لیس له الفسخ، و لا الارش، بل (انه یحتمل ان یأخذ) المشتری (اقل الامرین من الارش، و ما زاد علی القیمهٔ من الثمن).

مثلا: اشتری الشاهٔ بعشرهٔ و التفاوت بین الصحیح و المعیب الخمس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۳

ان اتفق لانه بزعمه یستحق استرداد الثمن و رد القیمهٔ فیقع التقاص فی قدر القیمهٔ، و یبقی قدر الارش مستحقا علی التقدیرین، انتهی.

و هو اثنان و قیمهٔ الشاهٔ السوقیهٔ تسعهٔ او سبعهٔ.

فانه فی الاول یستحق دینارا واحدا، و فی الثانی یستحق دینارین.

و ذلک لان المشتری یدعی انه فسخ، فاللازم ان یرجع إلیه الثمن «العشرهٔ».

لکن حیث ان الشارع لم یقبل فسخه کان عنده الشاهٔ التی تسوی تسعهٔ، فله دینار واحد، و هذا الدینار اقل من دینارین الّذی هو الارش و لکن فی الثانی یدعی انه یطلب ثلاثهٔ، و الارش الّذی هو ديناران اقل من الثلاثهٔ، فله دیناران، لانه سقط حقه فی الفسخ لحلف البائع و بقی حقه فی الارش، و الارش دیناران حسب الفرض (ان اتفق) زیادهٔ القیمهٔ من الثمن.

و انما یأخذ اقل الامرین (لانه) ای المشتری (بزعمه) انه فسخ (یستحق استرداد الثمن) بان یأخذ الثمن من البائع (ورد القیمهٔ) علی البائع، اذ المفروض ان المتاع قد تلف عند المشتری، فاذا کان هناک فسخ لزم علیه ان یرد قیمهٔ المتاع الی البائع (فیقع التقاص) القهری بین البائع و المشتری (فی قدر القیمهٔ، و یبقی) للمشتری (قدر الارش) الّذی هو دینار او دیناران (مستحقا علی التقدیرین) و هما تقدیر زیادهٔ التفاوت علی الارش، و زیادهٔ الارش علی التفاوت، و وجه کلام الشهید یظهر من هذا الجدول (انتهی) کلام الشهید «ره».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۴

الثانیهٔ: لو اختلفا فی تأخر الفسخ عن اوّل الوقت

بناء علی فوریهٔ الخیار، ففی تقدیم مدعی التأخیر لاصالهٔ بقاء العقد، و عدم حدوث الفسخ فی اوّل الزمان، او مدعی عدمه لاصالهٔ صحهٔ الفسخ، وجهان.

و لا یخفی ما فیه من الاشکال اذ بعد ابطال الشارع حکم الفسخ بالیمین فقد ذهب الیمین بالحق، فتأمل.

الثمن القیمهٔ الارش خمس الثمن التفاوت بین الثمن و القیمهٔ القدر المستحق ۱۰/ ۹/ ۲/ ۱/ ۱ ۱۰/ ۷/ ۲/ ۳/ ۲

(الثانیهٔ: لو اختلفا فی تأخر الفسخ عن اوّل الوقت) للذی له حق الفسخ، و هو وقت علم المشتری بالعیب (بناء علی فوریهٔ الخیار).

اما بناء علی عدم فوریهٔ الخیار، فلیس له وقت محدد، الا بمقدار ان لا یتضرر البائع من تأخیر الفسخ.

و كيف كان فاذا ادعى البائع تأخير الفسخ، فلا فسخ، و قال المشترى بل قدم الفسخ فى وقته الفورى (ففى تقديم مدعى التأخير) الّذى هو البائع (لاصالة بقاء العقد، و) اصالة (عدم حدوث الفسخ فى اوّل الزمان) اى الزمان الاول الّذى للمشترى فيه حق الفسخ- لانه فور- (او مدعى عدمه) اى عدم التأخير و هو المشترى (لاصالة صحة الفسخ وجهان)

و الظاهر الثانى لان المشترى يملك الفسخ، و من ملك شيئا كان قوله هو المسموع، الا ان يأتى الطرف الآخر بالبينة و فى الكلام تفصيل خارج عن هذا الشرح.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۵

و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ، ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف، بان اصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى اصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى اوّل الزمان.

(و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد) فى انه هل وقع فى الساعة الاولى او الثانية؟ (مع الاتفاق على زمان الفسخ) و انه وقع فى الساعة الثالثة، فالمشترى يدعى ان العقد وقع فى الساعة الثانية، و لذا كان الفسخ فوريا و البائع يدعى ان العقد وقع فى الساعة الاولى، و لذا لم يكن الفسخ فوريا فالفسخ باطل (ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ، وجه) لاصالة تأخر العقد، و لحمل فعل المسلم- الّذى هو الفسخ- على الصحيح.

و لكن هذا الوجه (يضعف، بان اصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى اصالة عدم تقدمه) اذ الاصل عدم التقدم- فهو الّذى له حالة سابقة-.

اما التأخر فلا حالة سابقة له حتى يستصحب، فالاصل عدم تقدم العقد (على الزمان المشكوك وقوعه فيه) اى وقوع العقد فى ذلك الزمان- كالساعة الاولى فى المثال- فليس العقد واقعا فى الساعة الاولى (لا يثبت وقوع الفسخ فى اوّل الزمان) فالاستصحاب لا ينفع، لانه مثبت و اصالة الصحة لا توجب ترجيح احد طرفى النزاع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۶

و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره عنها.

الثالثة: لو ادعى المشترى الجهل بالخيار، او بفوريته- بناء على فوريته- سمع قوله

ان احتمل فى حقه الجهل، للاصل.

و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر.

(و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره) اى تأخر الرجوع (عنها) اى عن العدة، فان اصالة عدم تقدم الرجوع، لا تثبت كون الرجوع كان فى حالة انقضاء العدة، لان الاصل مثبت، فتأمل.

(الثالثة) من مسائل الاختلاف فى الفسخ (لو ادعى المشترى الجهل بالخيار) و لذا لم يأخذ به (او بفوريته) و لذا لم يأخذ به فورا، و انه علم الآن به او بفوريته فأخذ بالخيار و فسخ (- بناء على فوريته-) امّا على القول بعدم الفورية، فلا فائدة من ادعائه الجهل بالفورية (سمع قوله ان احتمل فى حقه الجهل) بان لم يكن من اهل الخبرة باحكام الخيارات (للاصل) لان الاصل فى الانسان الجهالة.

اما اذا كان من اهل العلم و الخبرة، فلا يسمع قوله- اى ليس معه الاصل المحكم- لما تقدم من ان الظاهر مقدم على الاصل فى امثال هذه المقامات.

(و قد یفصل بین الجهل بالخیار فلا یعذر) بل یسقط خیاره بعدم اخذه بالخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۷

الا اذا نشأ فی بلد لا یعرفون الاحکام، و الجهل بالفوریة فیعذر مطلقا، لانه مما یخفی علی العامة.

القول فی ماهیة العیب

و ذکر بعض افراده.

اعلم ان حکم الرد و الارش معلق فی الروایات علی مفهوم العیب و العوار.

اما العوار ففی الصحاح انه العیب.

و اما العیب، فالظاهر من اللغة و العرف انه النقص عن مرتبة الصحة

و انما لا یعذر لان دعواه الجهل مخالفة للظاهر، فیقدم الظاهر علی الاصل (الا اذا نشأ فی بلد لا یعرفون الاحکام) فیعذر (و) بین (الجهل بالفوریة فیعذر مطلقا، لانه مما یخفی علی العامة) فدعواه الجهل بها موافقة للظاهر و للاصل معا.

(القول فی ماهیة العیب و ذکر بعض افراده) التی صار الکلام بین الفقهاء حولها، نذکرها من باب تطبیق الکبری علی الصغری.

(اعلم ان حکم الرد و الارش معلق فی الروایات علی مفهوم العیب و العوار) ای علی هذین اللفظین فاللازم اتباع مفهومها عند إرادة الحکم بالردّ و الارش.

(اما العوار ففی الصحاح انه العیب) فلا نتکلم حوله بل نقتصر فی الکلام حول العیب.

(و اما العیب، فالظاهر من اللغة و العرف) عند تفسیره او موارد استعماله (انه النقص عن مرتبة الصحة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۸

المتوسطة بینه و بین الکمال.

فالصحة ما یقتضیه اصل الماهیة المشترکة بین افراد الشیء- لو خلی و طبعه- و العیب و الکمال یلحقان له لامر خارج عنه.

ثم مقتضی حقیقة الشیء قد یعرف

المتوسطة بینه) ای بین النقص (و بین الکمال) فالمتوسط هو الصحیح، و الانزل منه هو المعیب، و الا رفع منه هو الکامل.

(فالصحة) عبارة عن (ما یقتضیه اصل الماهیة المشترکة بین افراد الشیء- لو خلی و طبعه-) «لو» متعلق ب «یقتضی» (و العیب و الکمال یلحقان له) ای لما یقتضیه اصل الماهیة (لامر خارج عنه).

ثم النقص و الکمال قد یکونان نفسیین، و قد یکونان جسدیین، و قد یکونان خارجیین.

فالنقص النفسی کان یکون العبد حسودا، و الدابة شموسا.

و الکمال النفسی کان یکون العبد کاتبا، و الدابة فهیمة.

و النقص الجسدی کان یکون العبد اعور، و الدابة عرجاء.

و الکمال الجسدی کان یکون العبد قوی البنیة شدید العضلات اکثر من المتعارف، و کذلک الدابة.

و النقص الخارجی کان یکون العبد جانیا و الدّابة موطوءة او جلّالة.

و الکمال الخارجی کان یکون العبد ذا عشیرة کثیرة او ذا اقرباء اصحاب مناصب مثلا.

(ثم مقتضى حقيقة الشيء) التى بها يقاس النقص و الكمال (قد يعرف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۰۹

من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الاناسى و غيره، فانه يعلم ان العمى عيب، و معرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الامة كمال فيهما، و قد يستكشف ذلك بملاحظة اغلب الافراد، فان وجود صفة فى اغلب افراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين افراده، و كون التخلف فى النادر لعارض.

من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الاناسى و غيره) اى عير الاناسى كسائر افراد الحيوان (فانه يعلم ان العمى عيب، و معرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الامة) و كون الحيوان معلما (كمال فيهما، و قد يستكشف ذلك) اى يستكشف ان الشيء الفلانى مقتضى الحقيقة، حتى يفهم به ما هو ناقص و ما هو كامل (بملاحظة اغلب الافراد) فان حالة اغلب الافراد هى ميزان التوسط (فان وجود صفة فى اغلب افراد الشيء يكشف عن كونه) اى كون وجود تلك الصفة (مقتضى الماهية المشتركة) تلك الماهية (بين افراده) اى افراد ذلك الشيء (و) يكشف عن (كون التخلف) عن تلك الصفة (فى النادر) انما هو (لعارض).

و المراد بالماهية فى المقام ليس الماهية الاصطلاحية، بل الوجود الخارجى الخلقى- كما لا يخفى-.

ثم ان قوله: و قد يستكشف، انما ذكره لاجل تصحيح كلام المشهور فى تعريف ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع- كما سيأتى عند قوله «اذا عرفت هذا»-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۰

و هذا و ان لم يكن مطردا فى الواقع اذ كثيرا ما يكون اغلب الافراد متصفة بصفة لامر عارضى، او لامور مختلفة، الا ان بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد.

و من هنا استمرت العادة على حصول الظنّ بثبوت صفة الفرد من ملاحظة

(و هذا) اى كشف وجود الصفة فى اغلب الافراد عن كون تلك الصفة مقتضى الطبيعة (و ان لم يكن مطردا فى الواقع) فلا يكون الكاشف مطابقا للمكشوف (اذ كثيرا ما يكون اغلب الافراد متصفة بصفة لامر عارضى) على الاغلب، ككون اغلب الافراد الساكنين فى خط الاستواء سودا لامر عارضى على الجميع و هو شدة اشراق الشمس على تلك المنطقة (او لامور مختلفة) بان تكون هناك علل متعددة تعطى مفعولا واحدا، ككون اغلب الافراد فى منطقة كذا عوراء و العلة تارة عدم النظافة المؤدية الى رمد العين، ثم عورها، و تارة الاصابة بالجدرى لعدم الصحة، و تارة الوارثة (الا ان بناء العرف و العادة) الفرق بين الامرين هو ان العرف عما تبانوا عليه بانفسهم، و العادة عبارة عن اتخاذ امر الاسلاف مستندا، و ان لم يكن تبان حالى (على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد) بل كثيرا ما يستكشفون حال الماهية عن حال جملة من الافراد بضميمة مقدمة حدسية هى ان الافراد المتعددة تكشف عن الجامع الموجود فى الكل.

(و من هنا) اى من هذا البناء الّذى ذكرناه (استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۱

اغلب الافراد فان وجود الشيء فى اغلب الافراد و ان لم يمكن الاستدلال به على وجوده فى فرد غيرها، لاستحالة الاستدلال- و لو ظنا- بالجزئى على الجزئى، الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك.

ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك.

اذا عرفت هذا

اغلب الافراد) فاذا رأينا اغلب الحيوانات تحرّك فكها الاسفل عند المضغ ظننا ان كل حيوان كذلك (فان وجود الشىء فى اغلب الافراد و ان لم يمكن الاستدلال به) اى بهذا الوجود (على وجوده) اى وجود ذلك الشىء (فى فرد غيرها) اى غير تلك الافراد التى رأيناها.

و ذلك (لاستحالة الاستدلال- و لو ظنا- بالجزئى على الجزئى) لان الاستدلال اما من العلة الى المعلول و اما من المعلول الى العلة و الجزئى لا يكون علة لجزئى آخر.

فالاستدلال القطعى هو ما اذا علمنا بالعلة، و الاستدلال الظنى هو ما اذا ظننا بالعلة، اما اذا علمنا بانه لا علية فلا استدلال، لا علما و لا ظنا (الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك) من باب الاستدلال من المعلول الى العلة، لانه لو لا القدر المشترك لم يكن حال الاغلب بهذه الصفة.

(ثم يستدل من ذلك) القدر المشترك (على حال الفرد المشكوك) استدلالا من العلة الى المعلول.

(اذا عرفت هذا) الّذى ذكرناه بقولنا قبل اسطر «و قد يستكشف ذلك»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۲

تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى، و هو ما يقتضيه الخلقة الاصلية، و ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع، و ان ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب، و ما خرج عنه بالمزية فهو كمال.

فالضيعة اذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال

(تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى) اى الطبيعة التى اودعها اللّه سبحانه فى الاشياء و اجرى على تلك الطبيعة الافراد (و هو) اى المجرى الطبيعى (ما يقتضيه الخلقة الاصلية) اى اصل الخلقة فى النوع (و ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع) فليس مرادهم من الاغلب، الاغلب التابع لجهات عارضة بل الاغلب التابع لاصل الخلقة (و ان ما خرج عن ذلك) المجرى الطبيعى (بالنقص) فى قبال ما خرج عنه بالكمال (فهو عيب و) ان (ما خرج عنه بالمزية) و الزيادة (فهو كمال).

و حيث ان الكلام كان موهما لطبيعة الخلقة، اراد المصنف ان يبين المراد من الطبيعة و انها اعم من الخلقة و من الامور الخارجية.

(ف) قال: (الضيعة اذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها) العرفية (فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب) يوجب حق الفسخ و الارش (و نقصه عنه كمال)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۳

و كذا كونها مورد العساكر.

ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية و حال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى، و حكم للشىء بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها.

و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع ان حقيقتها

اذا غفل عنه الموجر، او البائع كان له حق الفسخ (و كذا كونها مورد العساكر) فقد يكون كمالا لانها بذلك محفوظة عن يد العابثين، و قد يكون نقصا لمزاحمتهم لصاحب الضيعة، هذا تمام الكلام فى بيان معيار العيب.

(ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية و حال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا) بحيث لو لم تعرف الحقيقة لاستدل بحال الاغلب على الحقيقة (رجح الثانى) الّذى هو حال اغلب الافراد.

فاذا كان المبيع خارجا عن حال الاغلب، كان معيبا.

اما اذا كان خارجا عن حال الحقيقة لم يكن معيبا.

و ذلك لان المعيار فى العيب العرف، و ما يكون مطابقا للاغلب ليس معيبا عرفا (و حكم للشىء بحقيقة ثانوية اعتبارية) بحيث (يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها) فان كان على حسب الاغلب كان صحيحا و ان كان انقص من الاغلب كان معيبا، و ان كان ازيد من الاغلب كان كاملا

(و من هنا) و هو الاعتبار بحال الاغلب (لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا) لان الاغلب ان يكون الخراج على الضيعة (مع ان حقيقتها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۴

لا تقتضى ذلك، و انما هو شىء عرض اغلب الافراد، فصار مقتضى الحقيقة الثانوية، فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب.

و لعل هذا هو الوجه فى قول كثير منهم، بل عدم الخلاف بينهم فى ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء.

لا تقتضى ذلك) الخراج- كما هو واضح- (و انما هو) الخراج (شىء عرض اغلب الافراد) اى افراد الضياع التى ليست مستثناة من هذا الحكم (فصار) الخراج (مقتضى الحقيقة الثانوية) فهذا هو الميزان.

و عليه (فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب) كما ان الكمال هو بنقص الخراج عن مقتضى الاغلب.

فاذا كان خراج امثال هذه الضيعة مائة، و كان خراج هذه الضيعة مأتين كانت معيبة.

و اذا كان خراجها خمسين كانت كاملة.

(و لعل هذا) الّذى ذكرناه من اعتبار الاغلب فيها اذا كانت هناك غلبة تخالف الطبيعة الاولية (هو الوجه فى قول كثير منهم، بل عدم الخلاف بينهم فى ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء) اذ الغالب فى الاماء ان تنال و لا تكون بكرا، فهذه حقيقة ثانوية تقاس بها الامة المعيوبة و الكاملة.

فاذا كانت بالإضافة الى الثيبوبة مفضاة كانت معيبة و اذا كانت بكرا كانت كاملة، و اذا كانت ثيبة فقط كانت صحيحة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۵

و قد ينعكس الامر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الاصلية، و الصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفة فانها عيب فى الكبير لكونها مخالفة لما عليه الاغلب.

الا ان يقال ان الغلفة بنفسها ليست عيبا انما العيب كون الاغلف

(و قد ينعكس الامر) اى امر الحقيقة الاولية (فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الاصلية و) انما يكون هذا انعكاسا لان اللازم ان تكون الحقيقة الاصلية معيارا للصحة.

فاذا كانت (الصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية) كان ذلك انعكاسا للاول، و ذلك (كالغلفة فانها) مع كونها مقتضى الحقيقة الاصلية لكنها (عيب فى الكبير، لكونها مخالفة لما عليه الاغلب) فاذا اشترى عبدا و كان اغلف كان له خيار العيب.

نعم ربما يفصل بين ما اذا اشترى عبدا مسلما فالغلفة عيب فيه، بخلاف ما اذا اشترى عبدا غير مسلم.

كما ان للمكان و الزمان أيضا مدخلية فى صدق العيب و عدمه.

فلو اشترى عبدا فى افريقيا لم يكن السواد عيبا فيه، بخلاف ما اذا اشترى عبدا مجلوبا من البلاد الباردة.

و كذلك اذا اشترى شاة فى العراق فعدم وجود الالية لها عيب، بخلاف ما اذا اشترى شاة فى اليمن لان الغالب عدم الالية لشياهها

(الا ان يقال) لا نسلم ان الغلفة- التى هى مقتضى الطبيعة الاصلية- عيب ف (ان الغلفة بنفسها ليست عيبا انما العيب كون الاغلف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٣١٦

موردا للخطر، بختانه، و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير

و يمكن ان يقال: ان العبرة بالحقيقة الاصلية و النقص عنها عيب، و ان كان على طبق الاغلب، الا ان حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ لانه انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو

موردا للخطر، ب) سبب (ختانه، و لذا) الّذى يكون الخطر عيبا لا الغلفة (اختص هذا العيب بالكبير) الّذى هو مورد الخطر (دون العبد (الصغير).

اللّهم الا- ان يقال: ان عدم كونه عيبا فى الصغير لغلبة عدم الاختتان، فليس العيب الخطر، بل الغلفة فى الكبير لانها مخالفة لاغلب الافراد.

(و يمكن ان يقال) ان ما تقدم من ان مقتضى الخلقة الاصلية الثانوية بكون الاعتبار بها، فالثيبوبة فى الاماء ليست عيبا، غير تام، فالثيبوبة عيب و لكن حكم العيب لا يثبت لها.

و ذلك ل (ان العبرة بالحقيقة الاصلية و النقص عنها عيب، و ان كان) ذلك النقص (على طبق الا-غلب) غلبة ثانوية (الا ان حكم العيب) من الرد و الارش (لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ) اى حين كان الاغلب على خلاف الطبيعة الاصلية.

و انما لا- يثبت حكم العيب مع وجود موضوعه (لا-نه انما يثبت) حكم العيب (من جهة اقتضاء الاطلاق للا-لتزام) اى التزام البائع (بالسلامة فيكون) الاطلاق- بدون البراءة من العيب- (كما لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١٣، ص: ٣١٧

التزمه صريحا فى العقد، فاذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية لم تقض الاطلاق ذلك، بل اقتضى عكسه اعنى التزام البراءة من ذلك النقص.

فاطلاق العقد على الجارية- بحكم الغلبة- منزل على التزام البراءة من عيب الثيبوبة.

و كذا الغلفة فى الكبير فهى أيضا عيب فى الكبير، لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان الا- ان الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان

التزمه) اى السلامة (صريحا فى العقد) بان خلافها يقتضى الخيار (فاذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية) كالثيبوبة فى الاماء (لم يقتض الاطلاق ذلك) اى التزام البائع بالسلامة (بل اقتضى) الاطلاق (عكسه) اى عكس التزام السلامة (اعنى التزام البراءة من ذلك النقص) و لذا ليس للمشترى خيار العيب.

(فاطلاق العقد على الجارية- بحكم الغلبة-) فى ثيبوبة الاماء (منزل) ذلك الاطلاق (على التزام) البائع (البراءة من عيب الثيبوبة) هذا فى صورة نقص المبيع عن الحقيقة الاصلية.

(و كذا) فى صورة بقاء المبيع على الحقيقة الاصلية مثل (الغلفة فى الكبير فهى أيضا عيب فى) العبد (الكبير، لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان) اذا كان مسلما او اسلم، و الا لم يجب ختان غير المسلم فان الكفار و ان كانوا مكلفين بالفروع الا انه لا يجبرون

على تطبيقها، كما قرر فى محلّه (الا ان الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۸

هى الغلفة لم يقتض الاطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب، فقولهم ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء، و قول العلامة فى القواعد: ان الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الردّ و الارش لا نفى حقيقته

و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبة ليست عيبا مع انه فى التحرير و التذكرة اختار الارش مع اشتراط البكارة مع انه لا ارش فى تخلف الشرط بلا

هى الغلفة لم يقتض الاطلاق) فى العقد (التزام سلامته من هذا العيب) الّذى هو الغلفة (بل اقتضى) اطلاق العقد (التزام البائع البراءة من هذا العيب) فموضوع العيب و ان كان موجودا، لكن حكمه ليس بموجود

و على هذا (فقولهم ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء، و قول العلامة فى القواعد: ان الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب) من بلاد الكفر (لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الردّ و الارش) «من» بيان «حكم» (لا نفى حقيقته) اى حقيقة العيب، فكلامهم مجاز من باب نفى الموصوف لنفى الصفة، نحو: لا رجال، فيما يراد بذلك نفى صفات الرجولة.

(و يدل عليه) اى على ان مرادهم نفى حكم العيب- لا نفى العيب حقيقة- (نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبة ليست عيبا) اى قال فى التحرير «لا خلاف فى ان الثيبوبة ليست عيبا» (مع انه فى التحرير و التذكرة اختار الارش مع اشتراط) المشترى على البائع (البكارة) فى الامة المشتراة، ثم ظهرت انها ثيبة (مع انه لا ارش فى تخلف الشرط بلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۱۹

خلاف ظاهر.

و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان، فانه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الرد و الارش لثبوت العيب غاية الامر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتنزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فاذا زال مقتضى الاطلاق.

خلاف ظاهر) بين الفقهاء.

فجعل العلامة الارش للثيبوبة يدل على ان العلامة يرى الثيبوبة عيبا، و ذلك دليل على ان قوله فى التحرير «الثيبوبة ليست عيبا» يريد بذلك انه ليس لها حكم العيب، لا انه يريد انها ليست عيبا حقيقة.

(و تظهر الثمرة) بين كون الثيبوبة ليست بعيب اصلا، و بين كونها عيبا، و لكن ليس لها حكم العيب (فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان) ثم تخلف شرطه، فكانت الامة ثيبة، و العبد اغلف (فانه يثبت على الوجه الثانى) اى انهما عيب و لكن لا حكم لهما مع الاطلاق (حكم العيب من الرد و الارش) فى صورة تخلف الشرط (لثبوت العيب) «لثبوت» متعلق ب «يثبت».

ان قلت: اذا كان هذان عيبا فلما ذا لا يثبت حكم العيب فى صورة اطلاق العقد.

قلت: (غاية الامر عدم ثبوت الخيار) للمشترى (مع الاطلاق) اى اطلاق العقد (لتنزله) اى تنزل الاطلاق (منزلة تبرّى البائع من هذا العيب) الّذى هو الغلفة و الثيبوبة (فاذا زال مقتضى الاطلاق،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۰

بالاشتراط ثبت حكم العيب.

و اما على الوجه الاول فان الاشتراط لا يفيد الاخيار تخلف الشرط دون الارش.

لکن الوجه السابق اقوی.

و علیه فالعیب انما یوجب الخیار اذا لم یکن غالبا فی افراد الطبیعة بحسب نوعها او صنفها

ب) سبب (الاشتراط) ای اشتراط المشتری الختان و البکارة (ثبت حکم العیب) الّذی هو الردّ و الارش.

(و اما علی الوجه الاول) من ان الثیبوبة و الغلفة لیستا بعیب اصلا (فان الاشتراط لا یفید) اذا ظهر خلاف الشرط (الاخیار تخلف الشرط) الّذی یعطی للمشتری حق الرد فقط (دون الارش) اذ لیس هناک عیب حتی یوجب الارش.

و الحاصل انه تظهر الثمرة فی انه لو شرط المشتری الختان و البکارة و تخلف الشرط، کان له الرد و الارش- بناء علی ان الثیبوبة و الغلفة عیب- و کان له الرد فقط- بناء علی انهما لیستا بعیب-.

(لکن الوجه السابق) و هو انهما عیب (اقوی) لما عرفت.

(و علیه) ای بناء علی الوجه الاول (فالعیب انما یوجب الخیار، اذا لم یکن غالبا فی افراد الطبیعة بحسب نوعها او صنفها) فاذا غلب العیب بحسب النوع کالغلفة لان نوع الذکر اغلف او غلب بحسب الصنف کالثیبوبة لان صنف الاماء الکبیرات ثیب، فلا خیار لان اطلاق العقد حینئذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۱

و الغلبة الصنفیة مقدمة علی النوعیة عند التعارض، فالثیبوبة فی الصغیرة غیر المجلوبة عیب، لانها لیست غالبة فی صنفها و ان غلبت فی نوعها.

ثم ان مقتضی ما ذکرنا دوران العیب مدار نقص الشیء من حیث عنوانه مع قطع النظر عن کونه مالا فان الانسان الخصی ناقص فی نفسه و

منزل علیه (و الغلبة الصنفیة مقدمة علی) الغلبة (النوعیة عند التعارض) کان یکون النوع بکرا، و لکن الصنف ثیبا (فالثیبوبة فی الصغیرة غیر المجلوبة عیب، لانها لیست غالبة فی صنفها) اذ الصغیرة تقتضی عدم تناولها بالوطی، و کونها غیر مجلوبة یقتضی بعدها عن تناول الایدی الملازم لوطئها- حتی و هی صغیرة- (و ان غلبت فی نوعها) ای نوع الاماء.

(ثم ان مقتضی ما ذکرنا) من ان العیب عبارة عن الخروج عن مقتضی الطبیعة الاولیة او الطبیعة الثانویة الغالبة (دوران العیب مدار نقص الشیء من حیث عنوانه) الشخصی (مع قطع النظر عن کونه مالا) فان بین الامرین عموما من وجه.

اذ ربما یکون نقص شخص بدون نقص المال.

و ربما یکون نقص فی المال بدون نقص الشخص.

و ربما یجتمعان، مثلا: الخصی نقص فی شخصه بدون نقص فی مال و الثیبوبة فی الاماء نقص فی المال لانها ارخص من البکر و لکن بدون نقص فی الشخص لما عرفت من ان البکر طبیعة غالبة فی الاماء، و العوار نقص فی الشخص و المال (فان الانسان الخصی ناقص فی نفسه، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۲

ان فرض زیادته من حیث کونه مالا و کذا البغل الخصی حیوان ناقص و ان کان زائدا من حیث المالیة علی غیره.

و لذا ذکر جماعة ثبوت الرد دون الارش، فی مثل ذلک.

و یحتمل قویا ان یقال ان المناط فی العیب هو النقص المالی فالنقص الخلقی غیر الموجب للنقص کالخصاء و نحوه لیس عیبا الّا ان الغالب فی افراد الحیوان لما کان عدمه کان اطلاق العقد

ان فرض زیادته من حیث کونه مالاـ) فلاـ نقص فی مالیته (و کـذا البغل الخصـی حیوان ناقص و ان کان زائـدا من حیث المالیهٔ علی غیره).

(و لذا) الّذی لیس فیهما نقص فی المالیهٔ (ذکر جماعهٔ ثبوت الرد دون الارش، فی مثل ذلک) مما له نقص خلقی، و لکن لا نقص فی مالیته فانه حیث کان معیبا کان للمشتری الخیار، و لکن حیث لا نقص فی مالیته لم یکن له ارش.

(و یحتمل قویا ان یقال ان المناط فی العیب هو النقص المالی).

و علیه (فالنقص الخلقی) بکسر الخاء (غیر الموجب للنقص) المالی (کالخصاء و نحوه لیس عیبا).

و منشأ هذا الاحتمال ان الظاهر من الادلهٔ کون الرد و الارش معا من مقتضیات العیب، فاذا لم یکن ارش تبین انه لا عیب فلا رد أیضا- من جههٔ خیار العیب- و ان کان له الرد من جههٔ اخری.

و الجههٔ الاخری هی ما ذکره بقوله: (الّا ان الغالب فی افراد الحیوان لما کان عدمه) ای عدم الخصاء- مثلا- (کان اطلاق العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۳

منزلا علی اقدام المشتری علی الشراء مع عـدم هـذا النقص اعتمادا علی الاصل و الغلبـهٔ، فکانت السـلامهٔ عنه بمنزلهٔ شـرط اشترط فی العقد لا یوجب تخلفه الا خیار تخلف الشرط.

و تظهر الثمرهٔ فی طروّ موانع الرد بالعیب بناء علی عدم منعها عن الرد بخیار تخلف الشرط، فتأمل.

منزلا علی اقدام المشتری علی الشراء مع عـدم هـذا النقص) لانصـراف الاطلاق إلیه (اعتمادا) من المشتری (علی الاصل و الغلبـهٔ) ای غلبـهٔ عـدم هـذا العیب (فکانت السـلامهٔ عنه) ای عن هـذا النقص (بمنزلـهٔ شـرط اشترط فی العقد) و (لا یوجب تخلفه) ای تخلف هذا الشرط (الاخیار تخلف الشرط) فله حق الرد و لیس له حق الارش.

(و تظهر الثمرهٔ) فی کون الخیار خیار العیب، او خیار تخلف الشـرط (فی طروّ موانع الرد بالعیب) «بالعیب» متعلق ب «الرد» اذا طرأ مانع من موارد الرد بسبب العیب (بناء علی عـدم منعها) ای عدم منع تلک الموانع (عن الرد ب) سـبب (خیار تخلف الشـرط) فان المانع اذا وجـد کالتصـرف مثلاـ- ان کـان الخیـار خیـار العیب لم یتمکن المشتری من رده بالخیـار لاـن التصـرف مـانع عن الرد- فی باب خیار العیب- و ان کـان الخیـار خیار الشـرط تمکن المشتری من الرد- لان التصـرف لا یمنع من الرد، فی باب خیار الشـرط- (فتأمل) لعـدم تمامیهٔ هذه الثمرهٔ، اذ موانع الرد انما تمنع الرد فیما اذا کان هناک ارش، ورد.

اما اذا کان هناک ردّ فقط- کالعیب الّذی لا یوجب نقص المالیهٔ-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۴

و فی صورهٔ حصول هذا النقص قبل القبض او فی مدهٔ الخیار فانه مضمون علی الاول بناء علی اطلاق کلماتهم ان العیب مضمون علی البائع.

بخلاف الثانی فانه لا دلیل علی ان فقد الصفهٔ المشترطهٔ قبل القبض او فی مدهٔ الخیار مضمون علی البائع بمعنی کونه سببا للخیار.

فان موانع الرد لا تأتی هناک، بل للمشتری الرد و ان تصرف فی المبیع.

فلا فرق بین کون الخیار خیار العیب او خیار تخلف الشرط فی ان للمشتری الرد، هذه هی الثمرهٔ الاولی بین کون الخیار خیار العیب او خیار الشرط.

و الثمرهٔ الثانیـهٔ ما ذکره بقوله: (و فی) عطف علی «فی طروّ» (صورهٔ حصول هذا النقص قبل القبض او فی مدهٔ الخیار) کما اذا اخصـی

الحيوان او العبد فى وقت ضمان البائع (فانه مضمون على الاول) اى كون الخيار خيار العيب (بناء على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع) بحيث يشمل العيب المنقص للمالية، و العيب غير المنقّص للمالية يعنى ان قولهم «ان التلف قبل القبض او التلف فى مدة الخيار مضمون على البائع» يشمل العيب، سواء اوجب نقص المالية كالعوار، او لم يوجب كالخصاء.

(بخلاف الثانى) اى كون الخيار خيار الشرط (فانه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة) فقدا (قبل القبض او فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه) اى كون فقد الصفة (سببا للخيار).

و انما فسر الضمان بهذا، اذ لا معنى للضمان بمعنى الارش فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۵

و للنظر فى كلا شقّى الثمرة مجال.

و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة السيارى

المقام، الّذى هو نقص خلقى، و لكنه لا يوجب نقصا فى المال، كالخصاء.

(و للنظر فى كلا شقى الثمرة) الثانية، و هما ما اشار إليهما بقوله «فانه مضمون على الاول» و «بخلاف الثانى» (مجال).

اما النظر فى الشق الاول، فهو ان ما دلّ على ان التلف قبل القبض و فى زمن الخيار من مال البائع، لا اطلاق له، بحيث يشمل التلف غير المنقص للمالية، بل دليل هذا الخيار هو قوله عليه السلام «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» و قوله عليه السلام «ان التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له».

و حيث ان التلف اعم من تلف الذات و تلف الوصف، فنقول بان النقص أيضا حكمه حكم التلف، و القدر المتيقن من تلف الوصف ما يشمل النقص المالى، فلا يشمل الدليل مقامنا و هو ما اذا لم يكن النقص الخلقى موجبا للنقص المالى.

و اما النظر فى الشق الثانى فلان ما يدل على ضمانه- قبل القبض و فى مدة الخيار- على تقدير كونه عيبا هو بعينه دليل على ضمانه، على تقدير عدم كونه عيبا، لصدق التلف، سواء كان عيبا، أم لا، فلا فرق بين العيب و الشرط فى ضمان البائع.

(و ربما يستدل لكون الخيار هنا) و هو فيما لا نقص فى ماليته و انما النقص فى خلقته (خيار العيب) لا خيار الشرط (بما فى مرسلة السيارى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۶

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى حيث قدم إليه رجل خصما له، فقال: ان هذا باعنى هذه الجارية، فلم اجد على ركبها حين كشفها شعرا، و زعمت انه لم يكن لها قط.

فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه، فما الّذى كرهت فقال له ايها القاضى ان كان عيبا، فاقض لى به، قال فاصبر حتى اخرج أليك، فانى اجد اذى فى بطنى ثم دخل بيته و خرج من

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى) و كان من قضاة العامة (حيث قدم إليه رجل خصما له، فقال) المدعى (ان هذا) الرجل (باعنى هذه الجارية، فلم اجد على ركبها) اى عورتها- سميّت بذلك لانها تركب- (حين كشفها شعرا و زعمت) الجارية (انه لم يكن لها قط) و هذا عيب لان عدم الشعر يوجب سقوط الموضع عن النظارة و الرونق، بخلاف ما له شعر و يزال بالنورة و نحوها

(فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا) الذهاب للشعر (بالحيل حتى يذهبوه) و الحيلة بمعنى العلاج، قال عليه السلام و لا تمكر بى فى حيلتك (فما الّذى كرهت) ايها المشترى من عدم شعر على الركبة، و الحال انه امر حسن (فقال له) المشترى (ايها القاضى ان كان) عدم الشعر (عيبا، فاقض لى به) فانى اريد الحكم الشرعى لا الارشاد العرفى (قال) ابن ابى ليلى (فاصبر حتى اخرج أليك، فانى

اجد اذى فی بطنی) و جعل هذا وسیلة لتهربه عن الجواب، حیث لم یكن یتمكن من ان یجیب بجواب اعتباطی، فانه كان مسئولا عند الناس (ثم دخل بیته، و خرج من

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۷

باب آخر، فاتی محمد بن مسلم الثقفی، فقال له: ای شیء تروون عن ابی جعفر فی المرأة لا تكون علی ركبها شعر، أ یكون هذا عیبا؟ فقال له محمد ابن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه، و لكن حدثنی ابو جعفر عن ابیه عن آبائه عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم قال: كلما كان فی اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عیب، فقال له ابن ابی لیلی: حسبك هذا فرجع الی القوم، فقضی لهم بالعیب، فان ظاهر اطلاق الروایة المؤید بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلك القضیة المشعر بظهورها فیها

باب آخر، فاتی محمد بن مسلم الثقفی، فقال له: ای شیء تروون عن ابی جعفر) علیه السلام (فی المرأة لا تكون علی ركبها شعر، أ یكون هذا عیبا؟) حتی یوجب الخیار (فقال له محمد بن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه، و لكن) هناك دلیل عام یشمل مثل ذلك، فقد (حدثنی ابو جعفر عن ابیه عن آبائه عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم قال: كلما كان فی اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عیب) فعدم وجود الشعر عیب لانه خلاف اصل الخلقة (فقال له ابن ابی لیلی: حسبك هذا) ای یكفیك فلا احتاج الی المزید (فرجع الی القوم، فقضی لهم بالعیب).

وجه الاستدلال بهذا الحدیث (فان ظاهر اطلاق الروایة المؤیّد بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلك القضیة) فان ابن مسلم قال: اما هذا نصا فلا اعرفه (المشعر) لنفی النصوصیة (بظهورها) ای الروایة (فیها) ای فی تلك القضیة- فان فهم ابن مسلم یؤید الاطلاق و فهمه ناش من قوله: لا نص، اذ قوله: لا نص، یفید ان الروایة ظاهرة

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۸

و فهم ابن ابی لیلی من حیث قوله و عمله، كون مجرد الخروج عن المجری الطبیعی عیبا و ان كان مرغوبا فلا ینقص لاجل ذلك من عوضه كما یظهر من قول ابن ابی لیلی ان الناس لیحتالون الخ و تقریر المشتری له فی ردّه.

لكن الانصاف عدم دلالة الروایة علی ذلك.

اما أولا:

فی القضیة (و فهم ابن ابی لیلی من حیث قوله) حسبك هذا، اذ لو لا استظهاره لم یكتف (و عمله) حیث حكم للمشتری (كون) خبر «ان ظاهر» (مجرد الخروج عن المجری الطبیعی عیبا و ان كان) ذلك الخروج (مرغوبا) عند الناس (فلا ینقص لاجل ذلك) الخروج (من عوضه) ای الثمن، و قوله «فلا ینقص» تفریع علی «مرغوبا» (كما یظهر من قول ابن ابی لیلی ان الناس لیحتالون الخ) فان ظاهره ان ذلك مرغوب فیه (و تقریر المشتری له فی رده) حیث ان ظاهر كلام المشتری: انه مرغوب فی نفسه، لكن هو یرید حكمه الشرعی.

(لكن الانصاف عدم دلالة الروایة علی ذلك) ای علی ان الخیار خیار العیب فیما اذا لم یوجب النقص الخلقی نقصا فی المالیة.

(اما أولا) فلان ما ذكر من تأیید فهم ابن مسلم، و فهم و عمل ابن ابی لیلی، غیر تام، فان المصنف قرب الروایة أولا بان اطلاق الروایة یدل علی ان الخروج من المجری الطبیعی عیب، و ثانیا: لفهم ابن مسلم و ابن ابی لیلی بان الروایة ظاهرة فی ان الخروج عن المجری الطبیعی عیب

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۲۹

فلان ظاهر الحكایة ان رد المشتری لم یكن لمجرد عدم الشعر، بل لكونها فی اصل الخلقة كذلك الكاشف عن مرض فی العضو او فی اصل المزاج، كما یدل علیه عدم اكتفائه فی عذر الرد، بقوله: لم اجد علی ركبها شعرا، حتی ضم إلیه دعواه انه لم یكن لها قط.

و قول ابن ابی لیلی ان الناس لیحتالون فی ذلک حتی یذهبوه، لا یدل علی مخالفة المشتری فی کشف ذلک عن المرض.

(ف) نقول اما التأیید فلا نسلمه (لان ظاهر الحکایة ان رد المشتری لم یکن لمجرد عدم الشعر) فلیس العیب لمجرد الخروج عن المجری الطبیعی، بل لاجل کشف عدم الشعر عن المرض، فلا تدل الروایة علی ان کل خروج عن الطبیعة عیب حتی یکون الخیار خیار العیب (بل لکونها فی اصل الخلقة کذلک) ای کون المرأة بلا شعر خلقة (الکاشف عن مرض فی العضو) و هو الرکب (او فی اصل المزاج) بصورة عامة، و قد ظهر انحراف المزاج فی هذا العضو (کما یدل علیه) ای علی ان عدم الشعر کاشف عن المرض (عدم اکتفائه) ای المشتری (فی عذر) ه فی (الرد، بقوله: لم اجد علی رکبها شعرا، حتی ضم إلیه دعواه انه لم یکن لها قط) شعر لیفهم ان عدم الشعر من المرض.

(و قول ابن ابی لیلی ان الناس لیحتالون فی ذلک حتی یذهبوه لا یدل) «لا یدل» خبر «قول» و هذا جواب عما ذکره سابقا بقوله «کما یظهر من قول ابن ابی لیلی» (علی مخالفة المشتری فی کشف ذلک) ای عدم الشعر (عن المرض) حتی اذا کان ابن ابی لیلی مخالفا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۰

و انما هی مغالطة علیه تفصیا عن خصومته لعجزه عن حکمها، و الاحتیال لا ذهاب شعر الرکب، لا یدل علی ان عدمه فی اصل الخلقة شیء مرغوب فیه، کما ان احتیالهم لا ذهاب شعر الرأس لا یدل علی کون عدمه من اصله لقرع او شبهه امرا مرغوبا فیه.

و بالجملة، فالثابت من الروایة هو کون عدم الشعر علی الرکب مما یقطع او یحتمل کونه لاجل مرض عیبا.

و قد عدّ من العیوب الموجبة

للمشتری، دل کلامه علی ان الخیار لیس بخیار عیب (و انما هی) قول ابن ابی لیلی- و تأنیث الضمیر باعتبار الخبر- و هو (مغالطة علیه) ای علی المشتری (تفصیا) و تخلصا (عن خصومته) ای مخاصمة المشتری مع البائع (لعجزه) ای ابن ابی لیلی (عن حکمها) ای حکم الخصومة.

(و) ما ذکره ابن ابی لیلی من (الاحتیال لاذهاب شعر الرکب) انما هو تتمیم لمغالطته، فان الاحتیال (لا یدل علی ان عدمه) ای عدم الشعر (فی اصل الخلقة شیء مرغوب فیه، کما ان احتیالهم لاذهاب شعر الرأس لا یدل علی کون عدمه) ای عدم شعر الرأس (من اصله) خلقة و (لقرع او شبهه امرا مرغوبا فیه).

(و بالجملة، ف) نقول فی رد التأیید ان (الثابت من الروایة هو کون عدم الشعر علی الرکب) اذا کان عدمه (مما یقطع او یحتمل کونه لاجل مرض) لا فیما اذا علمنا انه لیس لاجل المرض (عیبا) خبر «کون».

(و) کیف لا یکون ذلک عیبا و الحال انه (قد عدّ من العیوب الموجبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۱

للارش ما هو ادون من ذلک.

و أما ثانیا: فلان قوله علیه السلام: فهو عیب، انما یراد به بیان موضوع العیب توطئة لثبوت احکام العیب له.

للارش ما هو ادون من ذلک) فتبین ان لیس ظاهر الروایة ان مجرد الخروج من المجری الطبیعی عیب- اذ الروایة تقول ان الخروج المسبب عن المرض عیب-.

و لذا یحتمل ان الخیار فی العیب الّذی لا یوجب نقص الماهیة هو خیار الشرط، لا خیار العیب.

(و أما ثانیا: فلان) الظاهر من الروایة ان للمشتری الرد، اما انه من باب خیار العیب او خیار تخلف الشرط، فلا دلالة فی الروایة علی

ذلک، فما تقدم من ان ظاهر الروایهٔ ان الرد لاجل خیار العیب غیر تام.

فان (قوله علیه السلام: فهو عیب، انما یراد به بیان موضوع العیب توطئهٔ) و مقدمهٔ (لثبوت احکام العیب له) و حکم العیب هو الرد، اما باقی احکام العیب فلا ظهور فی الروایهٔ بالنسبهٔ إلیها.

و الحاصل ان هذا العیب الّذی لا یوجب نقص القیمهٔ، لیس للمشتری الا رده، اما کل احکام العیب فهی تترتب علی العیب المنقص للقیمهٔ.

و الحاصل لیس المراد بقوله علیه السلام «عیب» الا «ان له الرد» و الرد یلائم العیب، کما لا یلائم الشرط، فلا دلالهٔ فی الروایهٔ علی خیار العیب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۲

و الغالب الشائع المتبادر فی الاذهان هو رد المعیوب.

و لذا اشتهر کل معیوب مردود، و اما باقی احکام العیب و خیاره مثل عدم جواز رده بطروّ موانع الرد بخیار العیب و کونه مضمونا علی البائع قبل القبض و فی مدهٔ الخیار، فلا یظهر من الروایهٔ ترتبها علی العیب، فتأمل.

و أما ثالثا: فلان الروایهٔ لا تدل علی الزائد

و لا یخفی ان بعض المعلقین ذکروا فی تفسیر کلام الشیخ معنی آخر لکن الراجح هو ما ذکرناه بقرینهٔ قول الشیخ- توطئهٔ-

فذکر العیب توطئهٔ لبیان «حکم الرد».

(و) ذلک لان (الغالب الشائع المتبادر فی الاذهان هو رد المعیوب).

(و لذا) الّذی ان الرد هو الشائع فقط (اشتهر) فی الالسنهٔ (کل معیوب مردود، و اما باقی احکام العیب) التی یرید اثباتها القائل بان الخیار خیار عیب (و خیاره) عطف علی «احکام» (مثل عدم جواز رده) ای المعیوب (ب) سبب (طروّ موانع الرد بخیار العیب) «بخیار» متعلق ب «رده» (و کونه مضمونا علی البائع قبل القبض و فی مدهٔ الخیار، فلا یظهر من الروایهٔ ترتبها علی العیب) الّذی لا ینقص القیمهٔ (فتأمل) فان کون لفظ العیب فی الروایهٔ من باب التوطئهٔ خلاف الظاهر، بل الظاهر انه ذکر لثبوت احکام العیب علیه مطلقا من الرد و غیره.

(و أما ثالثا: ف) لا اطلاق فی الروایهٔ (لان الروایهٔ لا تدل علی الزائد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۳

عما یدل علیه العرف لان المراد بالزیادهٔ و النقیصهٔ علی اصل الخلقهٔ لیس مطلق ذلک قطعا فان زیادهٔ شعر رأس الجاریهٔ أو حدهٔ بصر العبد، او تعلمهما للصنعهٔ و الطبخ، و کذا نقص العبد بالختان، و حلق الرأس لیس عیبا قطعا فتعین ان یکون المراد بها الزیادهٔ و النقیصهٔ الموجبتین لنقص فی الشیء

عما یدل علیه العرف) من کون المراد بالزائد و الناقص، ما کان موجبا لنقص المالیهٔ (لان المراد بالزیادهٔ و النقیصهٔ علی اصل الخلقهٔ لیس مطلق ذلک قطعا) حتی یشمل غیر المنقص للمالیهٔ (فان زیادهٔ شعر رأس الجاریهٔ) فی الطول، لا الزیادهٔ فی موضع الاثبات (او حدهٔ بصر العبد او تعلمهما للصنعهٔ و الطبخ).

المثالان الاولان للزیادهٔ الجسمیهٔ و المثالان الاخیر ان للزیادهٔ النفسیهٔ (و کذا نقص العبد بالختان، و حلق الرأس) و نقص الجاریهٔ بالخفض او بثقب الاذن (لیس عیبا قطعا).

و الحاصل ان الزیادهٔ و النقصان لهما اطلاقات ثلاثهٔ.

الاول: ما کان موجبا لنقص القیمة.

الثانی: ما کان زیادة و نقصا و لکن لا فی القیمة.

الثالث: ما لا یعد زیادة و نقصا اصلا.

و حیث ان الثالث لیس بمراد، دار الامر بین الاطلاق و بین إرادة خصوص الاول، و العرف یفهم من العبارة خصوص الاول (فتعین ان یکون المراد بها) ای بالروایة (الزیادة و النقیصة الموجبتین لنقص فی الشیء) نقصا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۴

من حیث الآثار و الخواص المترتبة علیه.

و لازم ذلک نقصه من حیث المالیة لان المال المبذول فی مقابل الاموال بقدر ما یترتب علیها من الآثار و المنافع.

و اما رابعا: فلانا لو سلمنا مخالفة الروایة للعرف فی معنی العیب فلا تنهض لرفع الید بها عن العرف المحکم فی مثل ذلک لو لا النص المعتبر، لا مثل هذه الروایة الضعیفة بالارسال، فافهم.

(من حیث الآثار و الخواص المترتبة علیه).

(و لازم ذلک) النقص من حیث الخواص و الآثار (نقصه من حیث المالیة) للتلازم بین الامرین (لان المال المبذول فی مقابل الاموال) انما هو (بقدر ما یترتب علیها) ای علی تلک المثمنات (من الآثار و المنافع) فکلما کان اثر الشیء اکثر یکون ثمنه اکثر.

(و اما رابعا: فلانا لو سلمنا مخالفة الروایة للعرف) و ان المراد بالروایة الاطلاق بحیث تشمل حتی النقص الّذی لا یوجب نقصا فی الثمن (فی معنی العیب) بان یرید العرف من العیب: العیب المنقص، و الروایة تشمل حتی العیب غیر المنقص (فلا تنهض) الروایة (لرفع الید بها عن العرف المحکم فی مثل ذلک) لان الادلة الدالة علی خیار العیب انما تقول بالخیار فیما یسمیه العرف عیبا، لان المرجع فی الموضوعات العرف، فاذا جاءت روایة بتعمیم العیب لم یکن ان یؤخذ بها (لو لا النص المعتبر، لا مثل هذه الروایة الضعیفة بالارسال) خصوصا و السیاری ضعیف کما ذکره علماء الرجال (فافهم) فان الروایة مجبورة کما ذکره بعض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۵

و قد ظهر مما ذکرنا ان الاولی فی تعریف العیب ما فی التحریر و القواعد: من انه نقص فی العین او زیادة فیها یقتضی النقیصة المالیة فی عادات التجار.

و لعله المراد بما فی الروایة کما عرفت و مراد کل من عبّر بمثلها.

و لذا قال فی التحریر بعد ذلک: و بالجملة کلما زاد او نقص عن اصل الخلقة، و القید الاخیر

العلماء.

(و قد ظهر مما ذکرنا) فی تضعیف اطلاق العیب علی ما لا یوجب نقص المالیة (ان الاولی فی تعریف العیب ما فی التحریر و القواعد: من انه) ای العیب (نقص فی العین او زیادة فیها یقتضی النقیصة المالیة فی عادات التجار) و ان کان یرد علی ذلک انه لم یذکر النقص فی نفس العبد کالجنون مثلا، او فی جهة خارجة کزیادة خراج الارض، او کون العبد جانیا، فتأمل.

(و لعله المراد بما فی الروایة) ای روایة السیاری المتقدمة (کما عرفت) وجه تطبیق الروایة علی هذا المعنی بانه لا اطلاق لها (و) لعله أیضا (مراد کل من عبّر بمثلها) ای بمثل هذه العبارة.

(و لذا قال فی التحریر بعد ذلک) التعریف للعیب (و بالجملة کلما زاد او نقص عن اصل الخلقة) فانه جعل هذه العبارة مرادفة للعبارة السابقة التی ذکر فیها نقص المالیة مما یدل علی ان من اطلق و لم یذکر نقص المالیة، مراده أیضا نقص المالیة (و القید الاخیر)

المذكور فی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۶

لادراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض، كما قد يقال ذلك فی العبد الخصی.

و لا ينافيه ما ذكره فی التحرير: من ان عدم الشعر على العانة عيب فی العبد و الامة لانه مبنی على ما ذكرنا فی الجواب الاول عن الرواية من ان ذلك كاشف او موهم لمرض فی العضو او المزاج.

القواعد و التحرير- من قوله: فی عادات التجار- (لادراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض كما قد يقال ذلك فی العبد الخصیّ) فانه خارج من تعريف النقص المتقدم، لانه لم يوجب نقصا فی المالية، و فی بعض النسخ «لادراج» و المراد به- حينئذ- ان بذل بعض الناس للزيادة لا يوجب كون عادات التجار كذلك، لان عادتهم أيضا عدم بذل الثمن الكامل و انما يبذلون ثمنا قليلا لانه ناقص فمثل هذا العيب أيضا داخل فی العيب الموجب للخيار، و ان بذل بعض التجار الزيادة او المساواة.

(و لا ينافيه) ای لا ينافی ما ذكرناه من ان مرادهم بالعيب هو العيب الموجب لنقص المالية (ما ذكره فی التحرير: من ان عدم الشعر على العانة عيب فی العبد و الامة) مع انه ربما لا يوجب نقص المالية.

و انما لا ينافی (لانّه) ای كونه عيبا (مبنی على ما ذكرنا فی الجواب الاول عن الرواية) لا مطلق عدم الشعر- حتی لا يوجب نقص المالية- (من ان ذلك) ای عدم الشعر (كاشف او موهم لمرض فی العضو او المزاج) العام.

و من المعلوم ان وهم المرض أيضا يوجب نقص المالية، و لذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۷

لا على انه لا يعتبر فی العيب النقيصة المالية.

و فی التذكرة بعد اخذ نقص المالية فی تعريف العيب، و ذكر كثير من العيوب و الضابط انه يثبت الرد بكل ما فی المعقود عليه من منقص القيمة او العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب فی امثال المبيع عدمه، انتهى كلامه، و ما احسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد.

فالحيوان الموهم انه مريض يكون انقص قيمة من الحيوان الّذی ليس فيه هذا الوهم (لا) عطف على «مبنی» (على انه لا يعتبر فی العيب النقيصة المالية) بان يقال: بان عدم الشعر لا يوجب نقص المالية.

(و) يؤيد ما ذكرناه من اشتراط نقص المالية ما (فی التذكرة) فانه (بعد اخذ نقص المالية فی تعريف العيب، و ذكر كثير من العيوب) قال:

(و الضابط انه يثبت الرد بكل ما فی المعقود عليه من منقص القيمة او العين) و ان لم يكن نقص فی القيمة لكن يجب ان يكون (نقصا يفوت به غرض صحيح) من اغراض العقلاء (بشرط ان يكون الغالب فی امثال المبيع عدمه) اما اذا كان الغالب وجوده كالثيبوبة فی الاماء فلا يوجب الرد (انتهى كلامه، و ما احسنه حيث لم يجعل ذلك) الضابط (تعريفا للعيب، بل لما يوجب الرد).

اذ لو جعله تعريفا للعيب لزم ان يكون منقص العين الّذی لا يوجب نقصا فی القيمة أيضا داخلا فی المعيب.

و قد عرفت ان نقص العين بدون نقص القيمة خارج عن الادلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۸

فيدخل فيه مثل خصاء العبد كما صرح به فی التذكرة، معللا بان الغرض قد يتعلق بالفحولة و ان زادت قيمته باعتبار آخر، و قد دخل المشتری على ظن السلامة، انتهى.

و یخرج منه مثل الثیبوبة و الغلفة فی المجلوب.

و لعل من عمّم العیب لما لا یوجب نقص المالیة کما فی المسالک و عن جماعة اراد به مجرد موجب الردّ، لا العیب

(فیدخل فیه) ای فی ضابط الرد (مثل خصاء العبد) و ان لم یوجب نقص القیمة (کما صرح به فی التذکرة) بانه عیب یوجب الرد (معللا- بان الغرض قد یتعلق بالفحولة) لاجل الضراب و نحوه (و ان زادت قیمته) ای الخصیّ (باعتبار آخر) لانه اسمن، او یمکن الاعتماد علیه فی دخوله حرم النساء او ما اشبه (و قد دخل المشتری) فی البیع (علی ظن السلامة) فکانه شرط اذا تخلف کان له الخیار (انتهی) کلام التذکرة.

(و یخرج منه) ای من کلام العلامة فی التذکرة حیث قال «بشرط ان یکون الغالب فی امثال المبیع عدمه» (مثل الثیبوبة و الغلفة فی المجلوب) فلا یوجب هذا العیب ردّا، لانه لیس عدمه غالبا فلم یشتریهما المشتری علی انها بکر، او انه مختون.

(و لعل من عمّم العیب لما لا یوجب نقص المالیة کما فی المسالک و عن جماعة) نقله أیضا، حیث ان کلامهم یوجب ان الخصی ان نحف فهو معیوب- علی خلاف ما رجحناه و ذکره التذکرة من اختصاص العیب بما یوجب نقص المالیة- (اراد به) ای بالعیب (مجرد موجب الرد لا العیب)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۳۹

الّذی یترتب علیه کثیر من الاحکام کسقوط خیاره بتصرف، او حدوث عیب او غیر ذلک.

و علیه یبنی قول جامع المقاصد- کما عن تعلیق الارشاد- حیث ذکر ان اللازم تقیید قول العلامة یوجب نقص المالیة بقوله غالبا لیندرج مثل الخصاء و الجبّ.

حقیقة (الّذی یترتب علیه کثیر من الاحکام کسقوط خیاره) ای المشتری (بتصرف) فی المعیب (او حدوث عیب) آخر عنده بالإضافة الی العیب الّذی کان عند البائع (او غیر ذلک).

و الحاصل ان العیب الموجب لترتب کل احکام العیب هو العیب المنقص للقیمة.

اما ما لا- ینقص القیمة- بل کان نقصا فی العین فقط- فانه یوجب الرد فقط، فاذا اشتری خصیّا کان له حق الرد و ان تصرف فیه او حدث عنده فیه عیب جدید.

اما اذا اشتری عبدا اعور فلیس له ان یرده اذا تصرف فیه او حدث فیه عیب جدید عند المشتری.

(و علیه) ای علی ان المراد العیب الموجب للرد فقط، لا- العیب الّذی له کل الاحکام (یبنی قول جامع المقاصد- کما عن تعلیق الارشاد-) نقله (حیث ذکر ان اللازم تقیید قول العلامة) فی تعریف العیب بما (یوجب نقص المالیة) تقییده (بقوله غالبا) قال: و انما قیدنا کلام العلامة ب «غالبا» (لیندرج) فی کلام العلامة (مثل الخصاء و الجبّ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۰

لان المستفاد من ذکر بعض الامثلة ان الکلام فی موجبات الرد لا خصوص العیب.

و یدل علی ذلک انه قید کون عدم الختان فی الکبیر المجلوب من بلاد الشرک لیس عیبا بعلم المشتری بجلبه، اذ ظاهره انه مع عدم العلم عیب فلو لا انه اراد بالعیب مطلق ما یوجب الرد لم یکن معنی لدخل علم المشتری و جهله فی ذلک.

فان جامع المقاصد انما قید هذا القید لیدخل الخصاء فی موجبات الرد لا لانه عیب بحیث یترتب علیه کل احکام العیب، و انما قلنا «و علیه یبنی قول جامع المقاصد» (لان المستفاد من ذکر بعض الامثلة) فی جامع المقاصد (ان الکلام فی موجبات الرد) و قد عرفت انه

اعم مما یوجب نقص المالیة، أم لا (لا خصوص العیب) الّذی له احکام کثیرة و من جملتها الرد.
(و یدل علی ذلک) ای علی ان کلام جامع المقاصد فی موجبات الرد فقط، لا فی العیب الّذی له احکام (انه قید: کون عدم الختان فی الکبیر المجلوب من بلاد الشرک لیس عیبا) قیّده (بعلم المشتری بجلبه) من تلک البلاد، و انما کان هذا القید دلیلا علی ما ذکرناه (اذ ظاهره انه مع عدم العلم) بجلبه من بلاد الشرک (عیب) فالقید بالعلم لاجل تصنیف العیب الی صنفین، صنف یوجب کل الاحکام، و صنف یوجب الرد فقط (فلو لا انه) ای ان جامع المقاصد (اراد بالعیب مطلق ما یوجب الرد) و ان لم یوجب سائر الاحکام (لم یکن معنی لدخل علم المشتری و جهله فی ذلک) فان الغلفة عیب سواء علم او لم یعلم فمراده من انه لیس بعیب فی صورة العلم انه لا یوجب الرد، فتأمّل.
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۱

الکلام فی بعض افراد العیب

مسألة: لا اشکال و لا خلاف فی کون المرض عیبا،

و اطلاق کثیر و تصریح بعضهم، یشمل حمّی یوم بان یجده فی یوم البیع قد عرض له الحمی، و ان لم یکن نوبة له فی الاسبوع.
قال فی التذکرة: الجذام و البرص و العمی و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق و القرع و الصمم و الخرس عیوب اجماعا و کذا انواع المرض، سواء استمر کما فی الممراض او کان عارضا و لو حمی یوم، و الإصبع

(الکلام فی بعض افراد العیب) الّذی صار محلا للکلام، او ورد فیه الدلیل.
(مسألة: لا اشکال و لا خلاف فی کون المرض عیبا) یوجب الفسخ و الارش (و اطلاق کثیر و تصریح بعضهم، یشمل حمّی یوم بان یجده) المشتری (فی یوم البیع قد عرض له الحمّی، و ان لم یکن نوبة له فی الاسبوع) او فی اقل او اکثر من ذلک.
(قال فی التذکرة: الجذام و البرص و العمی و العور) و هو عمی فی احدی العینین (و العرج و القرن) و هو العظم او اللحم النابت فی الفرج (و الفتق) فی الرجل او المرأة (و الرتق) و هو ضیق فرج المرأة (و القرع) و هو عدم الشعر فی بعض مواضع الرأس بسبب المرض (و الصمم و الخرس عیوب اجماعا و کذا انواع المرض، سواء استمر کما فی الممراض) الّذی له ضعف یهیأه للمرض دائما (او کان عارضا و لو حمی یوم، و الإصبع
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۲
الزائدة و الحول و الحوص و السیل و استحقاق القتل فی الردة او القصاص و القطع بالسرقة، او الجنایة و الاستسعاء فی الدین عیوب اجماعا.
ثم ان عدّ حمی الیوم المعلوم کونها حمی یوم یزول فی یومه و لا یعود مبنی علی عدّ موجبات الردّ، لا العیوب الحقیقیة لان ذلک لیس منقصا للقیمة

الزائدة و الحول) و هو انحراف خاص فی العین (و الحوص) و هو ضیق فی مؤخر العین (و السیل) و هو زیادة فی الاجفان (و استحقاق القتل فی الردة) فیما اذا ارتد العبد المسلم (او القصاص) بان کان قد قتل انسانا عمدا (و) استحقاق (القطع بالسرقة، او) استحقاق القتل او القطع بسبب (الجنایة) کما فی الزانی المحصن او قاطع ید الناس مثلا (و الاستسعاء فی الدین) کما اذا کان مدیونا مکلفا بان یسعی فی اداء دینه فکل هذه المذکورات (عیوب اجماعا) انتهی کلام التذکرة.

(ثم ان عد حمی الیوم المعلوم کونها حمی یوم یزول فی یومه و لا- یعود مبنی علی عدّ موجبات الرد) و ان لم تکن عیوبا توجب احکام العیب (لا العیوب الحقیقة لان ذلک) و هو حمی یوم (لیس منقصا للقیمة).

و قد عرفت ان المیزان فی ترتب کل احکام العیب نقص القیمة.

ثم ان العلامة لم یذکر العیوب النفسیة کالجبن الزائد، و التهور، و الحسد، و ما اشبه، مع ان الظاهر انها أیضا داخلة فی العیب بکلا المعنیین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۳

مسئلة الحبل عیب فی الاماء،

کما صرح به جماعة، و فی المسالک الاجماع علیه فی مسألة رد الجاریة الحامل بعد الوطی.

و یدل علیه الاخبار الواردة فی تلک المسألة.

و علّله فی التذکرة باشتماله علی تغریر النفس لعدم یقین السلامة بالوضع هذا، مع عدم کون الحمل للبائع، و الا فالامر اوضح.

(مسألة: الحبل عیب فی الاماء) فیما اذا لم یکن من المولی، و الا فالبیع باطل (کما صرح به جماعة، و فی المسالک الاجماع علیه فی مسألة رد الجاریة الحامل بعد الوطی) و ستأتی هذه المسألة.

(و یدل علیه) ای علی ان الحبل عیب (الاخبار الواردة فی تلک المسألة).

(و علّله فی التذکرة) و هذا دلیل ثان بالإضافة الی الاجماع المتقدم (باشتماله علی تغریر النفس) و ذلک (لعدم یقین السلامة) للام (بالوضع) فان بعض النساء یهلکن فی حال الولادة، و قد نهی النبی صلی اللّه علیه و آله عن الغرر (هذا، مع عدم کون الحمل للبائع، و الا فالامر اوضح) لانه من بیع أمّ الولد، و ذلک باطل کما تقدم.

اللهم الا اذا کان من موارد جواز بیع أمّ الولد.

و حینئذ لا فرق بین أمّ الولد و غیرها من جهة العیب کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۴

و یؤیده عجز الحامل عن کثیر من الخدمات، و عدم قابلیتها للاستیلاد الا بعد الوضع.

اما فی غیر الاماء من الحیوانات، ففی التذکرة انه لیس بعیب و لا یوجب الردّ، بل ذلک زیادة فی المبیع ان قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل، کما هو مذهب الشیخ.

و قال بعض الشافعیة یرد به و لیس بشیء، انتهی.

و رجح المحقق الثانی کونه عیبا، و ان قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل لانه و ان کان زیادة من وجه

(و یؤیده) و هذا دلیل ثالث لکون الحمل عیبا (عجز الحامل عن کثیر من الخدمات، و عدم قابلیتها للاستیلاد) الّذی یریده المشتری (الا بعد الوضع) هذا فی حمل الجاریة.

(اما) الحمل (فی غیر الاماء من الحیوانات، ف) هل هو عیب أم لا؟ قال (فی التذکرة انه لیس بعیب و لا یوجب الرد، بل ذلک) الحمل (زیادة فی المبیع) کما اذا اشتری منّا من الحنطة، فکان مقدار من و نصف (ان قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل، کما هو مذهب الشیخ) حیث یری ان الحمل تبع فهو داخل فی بیع الحامل.

(و قال بعض الشافعیة یرد) الحیوان (به) ای بالحمل (و لیس) کلامه (بشیء، انتهی) کلام التذکرة.

(و رجح المحقق الثانی کونه عیبا، و ان قلنا بـدخول الحمل فی بیع الحامل) فتفصـیل الشـیخ لا وجه له (لانه و ان کان زیادة من وجه) لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۵

الا انه نقیصة من وجه آخر لمنع الانتفاع بها عاجلا، و لانه لا یؤمن علیها من اداء الوضع الی الهلاک.

و الاقوی علی قول الشیخ ما اختاره فی التذکرة لعدم النقص فی المالیة بعد کونه زیادة من وجه آخر.

و اداء الوضع الی الهلاک نادر فی الحیوانات لا یعبأ به.

نعم عدم التمکن من بعض الانتفاعات، نقص یوجب الخیار دون الارش

یحصـل علی ولـد (الا انه نقیصـة من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلا) اذ لا تتمکن الحامل من الکرب و السـقی و الرکوب علیها، و عـدم اعطـاء اللبن و غیر ذلـک من انحـاء الانتفاعات و لو فی بعض اوقات الحمل (و لانه لا یؤمن علیها من اداء الوضع الی الهلاک) و هذا نوع من النقص عند العقلاء، هذا.

(و) لکن (الاقوی) عند المصـنف «ره» بناء (علی قول الشـیخ) من ان الحمل للمشتری (ما اختاره فی التذکرة) من انه لیس بعیب یوجب الرد (لعدم النقص فی المالیة بعد کونه زیادة من وجه آخر).

و قد عرفت رأی المصنف بان النقص فی المالیة هو میزان العیب.

(و) اما استدلاله باداء الوضع الی الهلاک.

ففیه ان (اداء الوضع الی الهلاک نادر فی الحیوانات لا یعبأ به) عند العرف، فلا یعد ذلک عیبا عرفا.

(نعم عدم التمکن من بعض الانتفاعات، نقص یوجب الخیار دون الارش) لعدم نقص فی القیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۶

کوجدان العین مستأجرة.

و کیف کان، فمقتضـی کون الحمل عیبا فی الاماء انه لو حملت الجاریـة المعیبـة عنـد المشتری لم یجز ردّها، لحـدوث العیب فی یده سواء نقصت بعد الولادة أم لا، لان العیب الحادث مانع، و ان زال علی ما تقدم من التذکرة.

و فی التذکرة

فحال عدم التمکن (کوجدان العین مستأجرة) حیث یوجب الرد دون الارش.

(و کیف کان ف) الاقوال فی المسألة ثلاثة ۱- ان الحمل عیب مطلقا ۲- و انه لیس بعیب مطلقا ۳- و انه ان کان للبائع، فهو عیب و ان کان للمشتری فلیس بعیب.

ثم ان (مقتضـی الحمل عیبا فی الاماء انه لو حملت الجاریـة المعیبة) عند البائع، و حملت (عند المشتری لم یجز ردها، لحدوث العیب) الّذی هو الحمل (فی یده) ای ید المشتری.

و قـد تقـدم ان العیب الجدیـد عنـد المشتری یوجب اسـقاط الرد بالعیب القـدیم لدی البائع (سواء نقصت) الام (بعد الولادة أم لا) فان نفس الحمل عیب (لان العیب الحادث مانع، و ان زال علی ما تقدم من التذکرة) فزواله لا یؤثر فی رجوع الخیار.

(و) لکن (فی) موضع آخر من (التذکرة) التفصیل بین زوال الحمل و بین بقائه- و هذا مخالف لکلامه السابق-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۷

لو کان المعیب جاریـة معیبـة فحبلت و ولدت فی ید المشتری، فان نقصت بالولادة سـقط الرد بالعیب القدیم و کان له الارش و ان لم

تنقص فالاولى جواز ردها وحدها، من دون الولد، الى ان قال: و كذا حكم الدابة لو حملت عند المشترى و ولدت، فان نقصت بالولادة فلا رد، و ان لم تنقص ردها دون ولدها، لانه للمشترى، انتهى.

و فى مقام آخر: لو اشترى جارية حائلا او بهيمة حائلا فحبلت ثم اطلع على عيب، فان نقصت بالحمل، فلا رد ان كان الحمل فى يد المشترى و به قال

قال (لو كان المعيب جارية معيبة فحبلت و ولدت فى يد المشترى، فان نقصت بالولادة) بهزال او مرض او ما اشبه (سقط الرد بالعيب القديم) لاسقاط العيب له (و كان له) اى للمشترى (الارش) ان كان العيب القديم مما يوجب الارش (و ان لم تنقص) بالولادة (فالاولى جواز ردها وحدها من دون الولد) لان الولد حصل فى ملك المشترى (الى ان قال: و كذا حكم الدابة لو حملت عند المشترى و ولدت، فان نقصت بالولادة فلا رد) لانه عيب جديد يمنع الرد بالعيب القديم (و ان لم تنقص ردها دون ولدها، لانه) اى الولد (للمشترى، انتهى) كلام التذكرة.

(و) قال (فى مقام آخر: لو اشترى جارية حائلا او بهيمة حائلا، فحبلت، ثم اطلع) المشترى (على عيب) فيها، مضمون على البائع، حيث انه كان قبل العقد او حدث قبل القبض (فان نقصت) الجارية او الدابة (بالحمل، فلا رد ان كان الحمل فى يد المشترى) «ان كان» تأكيد لقوله «لو اشترى جارية حائلا» (و به قال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۸

الشافعى، و ان لم تنقص او كان الحمل فى يد البائع فله الرد، انتهى.

و فى الدروس لو حملت احداهما يعنى الجارية و البهيمة عند المشترى لا بتصرفه فالحمل له، فان فسخ رد الام ما لم تنقص بالحمل او الولادة.

و ظاهر القاضى ان الحمل عند المشترى يمنع الرد، لانه اما

الشافعى) انه لا رد فى هذه الصورة (و ان لم تنقص) بالحمل فى يد المشترى (او) لم تحمل فى يد المشترى اصلا، بان (كان الحمل فى يد البائع) و ان نقص (فله الرد، انتهى).

و الحاصل: ان الصور اربع لان الحمل اما فى يد البائع، و اما فى يد المشترى.

و على كل حال، اما ان ينقص بعد الولادة أم لا، ففى ثلاث صور منها ترد- و هى ما اذا حملت فى يد البائع و نقصت، و ما اذا حملت فى يد البائع و لم تنقص، و ما اذا حملت فى يد المشترى و لم تنقص- و فى صورة منها لا ترد- و هى ما اذا حملت فى يد المشترى و نقصت-.

(و فى الدروس لو حملت احداهما يعنى الجارية و البهيمة عند المشترى لا بتصرفه) اذ لو كان الحمل بتصرف المشترى كان التصرف مسقطا للخيار- كما تقدم فى مسقطات الخيار- (فالحمل له) اى للمشترى لانه حاصل فى ملكه (فان فسخ) المشترى (رد الام) وحدها، و انما له الفسخ (ما لم تنقص بالحمل او الولادة) و الا فالنقص مانع من الرّد.

(و ظاهر القاضى ان الحمل عند المشترى يمنع الرد) مطلقا (لانه اما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۴۹

بفعله او اهمال المراعات حتى ضربها الفحل، و كلاهما تصرف، انتهى.

لكن صرح فى المبسوط باستواء البهيمة و الجارية فى انه اذا حملت احداها عند المشترى و ولدت و لم تنقص بالولادة، فوجد فيها عيبا رد الام دون الولد.

و ظاهر ذلک کله- خصوص نسبة منع الرد الی خصوص القاضی و خصوصا مع استدلاله علی المنع بالتصرف لا حدوث العیب- تسالمهم علی ان الحمل الحادث عند المشتری فی الامة لیس فی نفسه عیبا، بل العیب هو النقص الحادث بالولادة،

بفعله او اهمال المراعات) للمبیع (حتی ضربها الفحل) و احبلها (و کلاهما تصرف) لان الاهمال المنتهی الی ذلک نوع من التصرف (انتهی).

(لکن صرح فی المبسوط باستواء البهیمة و الجاریة فی انه اذا حملت احداهما عند المشتری و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد) المشتری (فیها عیبا، رد الام دون الولد).

(و ظاهر ذلک کله) ای العبارات التی نقلناها من الفقهاء (- خصوص نسبة منع الرد الی خصوص القاضی) مما یدل علی ان سائر العلماء لا یقولون بالمنع، بل یقولون بجواز الرد (و خصوصا مع استدلاله) ای القاضی (علی المنع) عن الرد (بالتصرف) کما تقدم فی کلامه (لا حدوث العیب-) فلم یقل القاضی، لان الحمل عیب (تسالمهم علی ان الحمل الحادث عند المشتری فی الامة لیس فی نفسه عیبا، بل العیب هو النقص الحادث بالولادة) ای حدث بسبب الولادة نقص من هزال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۰

و هذا مخالف للاخبار المتقدمة فی رد الجاریة الحامل الموطوءة من عیب الحبل، و للاجماع المتقدم عن المسالک، و تصریح هؤلاء یکون الحبل عیبا یرد منه لاشتماله علی التغریر بالنفس، و الجمع بین کلماتهم مشکل خصوصا بملاحظة العبارة الاخیرة المحکیة عن التذکرة من اطلاق کون الحمل عند البائع عیبا، و ان لم ینقص، و عند المشتری بشرط النقص من غیر فرق بین الجاریة و البهیمة، مع ان ظاهر العبارة الاولی

او افضاء او مرض او ما اشبه (و هذا) التسالم (مخالف للاخبار المتقدمة فی رد الجاریة الحامل الموطوءة) و هی التی وطئها المشتری، ردا (من) جهة (عیب الحبل) حتی ان وطی المشتری لم یسقط الخیار الناشئ من الحبل، فکان الحمل عیب کبیر (و للاجماع المتقدم عن المسالک، و) ل (تصریح هؤلاء بکون الحبل عیبا یرد منه) فاذا اشتری جاریة و وجدها حاملا ردها، لان الحمل عیب.

و عللوا ذلک بقولهم: (لاشتماله علی التغریر بالنفس) لاحتمال هلاک الحامل عند الولادة (و الجمع بین کلماتهم مشکل) حیث یظهر منهم مرة ان الحمل لیس بعیب، و مرة ان الحمل عیب (خصوصا بملاحظة العبارة الاخیرة المحکیة عن التذکرة من اطلاق کون الحمل عند البائع عیبا، و ان لم ینقص) بالولادة (و عند المشتری بشرط النقص) مما تدل علی ان الحمل بنفسه عیب (من غیر فرق بین الجاریة و البهیمة) کما صرح بذلک التذکرة (مع ان ظاهر العبارة الاولی) التی نقلناها عن التذکرة بقولنا:

و اما فی غیر الاماء من الحیوانات، ففی التذکرة انه لیس بعیب و لا یوجب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۱

کالتحریر و القواعد الفرق، فراجع.

قال فی القواعد: لو حملت غیر الامة عند المشتری من غیر تصرف فالاقرب ان للمشتری الردّ بالعیب السابق، لان الحمل زیادة، انتهی.

و هذا بناء منه ان الحمل لیس عیبا فی غیر الامة.

الرد، فان هذه العبارة صریحة فی الفرق، حیث انه صرح قبل ذلک بکون الحمل فی الاماء عیبا یوجب الرد، ثم صرح بانه فی غیر الاماء لیس بعیب (ک) عبارة (التحریر و القواعد الفرق) بین الحمل فی الحیوان، و الحمل فی الامة، و انه فی الحیوان لیس بعیب و فی الامة عیب (فراجع)

ثم ان قول المصنف «مع ان» خارج عن موضوع الکلام، اذ موضوع الکلام التنافی بین کلامی الفقهاء، بان الحبل عیب، و انه لیس بعیب.

و قوله «مع ان» لبیان تناف آخر فی کلام العلامة بالذات لانه مرة جعل حبل الحیوان عیبا، و مرة قال بان حبل الحیوان لیس بعیب.

ثم اشار المصنف الی سائر کلمات الفقهاء فی باب الحبل مما یدل علی التنافی بین جعلهم الحمل تارة عیبا، و تارة لیس بعیب بقوله:

(قال فی القواعد: لو حملت غیر الامة عند المشتری من غیر تصرف) من المشتری فی هذا الحمل- فلا یکون تصرفا حتی یکون مسقطا للخیار- (فالاقرب ان للمشتری الرد بالعیب السابق، لان الحمل) لیس بنقص حتی یوجب اسقاطه لخیار العیب، بل (زیادة) و الزیادة لا تسقط الخیار (انتهی) کلام القواعد.

(و هذا بناء منه) ای من العلامة علی (ان الحمل لیس عیبا فی غیر الامة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۲

و فی الایضاح ان هذا بناء علی قول الشیخ فی کون الحمل تابعا للحامل، فی الانتقال ظاهر.

و اما عندنا فالاقوی ذلک، لانه کالثمرة المتجددة علی الشجرة و کما لو اطارت الریح ثوبا للمشتری فی الدار المبتاعة، و الخیار له فلا یؤثر.

(و) قال: (فی الایضاح ان هذا) الکلام من العلامة (بناء علی قول الشیخ فی کون الحمل تابعا للحامل فی الانتقال) ای انتقال الحمل الی البائع اذا ردّ المشتری الحامل (ظاهر) اذ لم تنقص الحامل عند المشتری، بل زادت و رجعت الی البائع مع الزیادة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۳، ص: ۳۵۲

(و اما عندنا) حیث لا نقول بالانتقال، بل نقول بان الحمل للمشتری لانه تحقق فی ملکه فاذا رد المشتری الحامل کانت الحامل للبائع و الحمل للمشتری (فالاقوی) أیضا (ذلک) ای ان الحمل عند المشتری لا یمنع من الرد بالعیب القدیم (لانه کالثمرة المتجددة علی الشجرة) فان المشتری اذا وجد بالشجرة عیبا سابقا و قد اثمرت عنده، لم یمنع الثمر رد المشتری، فاذا رد کانت الشجرة للبائع، و الثمرة المتجددة للمشتری (و کما لو اطارت الریح ثوبا للمشتری فی الدار المبتاعة و) الحال ان (الخیار له) ای للمشتری (فلا یؤثر) فی ابطال الخیار، فانه اذا اشتری المشتری دارا و کان له فیها الخیار، ثم اطارت الریح ثوبا للمشتری الی الدار لم یبطل وقوع الثوب فی الدار خیاره، لانه لیس بتصرف، و ان کان الثوب له و کذا الحال فی الثمرة المتجددة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۳

و یحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعها فانها لا تقدر علی الحمل العظیم، انتهی.

و مما ذکرنا ظهر الوهم فیما نسب الی الایضاح، من ان ما قربه فی القواعد مبنی علی قول الشیخ من دخول الحمل فی بیع الحامل.

نعم ذکر فی جامع المقاصد ان ما ذکره المصنف ان تم، فانما

(و یحتمل عدمه) ای عدم سقوط الخیار بالحمل عند المشتری (لحصول خطر ما) علی الحامل بسبب الحمل (و لنقص منافعها) ای الحامل (فانها لا تقدر علی الحمل العظیم، انتهی).

(و مما ذکرنا) من نقل کلام الایضاح (ظهر الوهم فیما نسب الی الایضاح، من ان ما قربه فی القواعد) من ان للمشتری الرد بالعیب

السابق و لا یضر الحمل عند المشتری فی جواز الرد (مبنی علی قول الشیخ من دخول الحمل فی بیع الحامل).

و انما ظهر الوهم لان الایضاح صحح الردّ علی کلا الاحتمالین.

و هما احتمال دخول الحمل فی بیع الحامل، و احتمال عدم دخول الحمل فی بیع الحامل، لانه قال «و اما عندنا» حیث لا نقول بدخول الحمل فی بیع الحامل «فالاقوی ذلک» أیضا، لان الحمل کالثمرة المتجددة الی آخر ما ذکره.

(نعم) بناء کلام القواعد علی کلام الشیخ ظاهر من جامع المقاصد لانه (ذکر فی جامع المقاصد ان ما ذکره المصنف) و هو العلامة فی القواعد (ان تم) و قلنا: بان الحمل عند المشتری لا یضر الرد بالعیب القدیم (فانما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۴

یخرج علی قول الشیخ من کون المبیع فی زمن الخیار ملکا للبائع بشرط تجدد الحمل فی زمان الخیار.

و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها علی ما یتراءی من تعلیله بقوله: لان الحمل زیادة یعنی ان الحامل ردت الی البائع مع الزیادة لا مع النقیصة.

یخرج علی قول الشیخ من کون المبیع فی زمن الخیار ملکا للبائع) لان الشیخ یری ان الانتقال الی ملک المشتری انما هو بعد انتهاء زمان الخیار (بشرط تجدد الحمل فی زمان الخیار).

اما اذا تجدد الحمل قبل القبض فلا اشکال فی انه لا یمنع الرد بالعیب القدیم، اذ الضمان قبل القبض علی البائع بلا اشکال.

و الحاصل ان الشیخ یقول بان الحمل فی زمن الخیار للبائع، اذا فلا یمنع الحمل الرد بالعیب القدیم- و هذا ما ذکره العلامة فی القواعد- فقول العلامة مبنی علی قول الشیخ و هکذا قال جامع المقاصد.

(و لعله) ای جامع المقاصد (فهم من العبارة) ای عبارة القواعد (رد الحامل مع حملها) و لذا کان مبناه علی کلام الشیخ، اذ الحمل لا یصح رده الا اذا کان ملکا للبائع- و ملکیة الحمل للبائع لا یکون الا اذا قلنا بان المبیع فی زمن الخیار للبائع- و انما فهم جامع المقاصد من القواعد «رد الحمل الی البائع» (علی ما یتراءی من تعلیله) ای تعلیل القواعد (بقوله: لان الحمل زیادة) فظن ان العلامة یرید ردّ الحمل، ففهم منه ذلک (یعنی ان الحامل ردت الی البائع مع الزیادة لا مع النقیصة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۵

لکن الظاهر من التعلیل: کونه تعلیلا لعدم کون الحمل عیبا فی غیر الامة.

و کیف کان فالاقوی فی مسألة حدوث حمل الامة عدم جواز الرد ما دام الحمل.

و ابتناء حکمها بعد الوضع و عدم النقص

فلیس الحمل نقصا حتی یوجب اسقاط الخیار.

(لکن الظاهر) ان فهم جامع المقاصد تعلیل العلامة غیر تام و لذا کان بناء کلام العلامة علی کلام الشیخ غیر تام.

اذ الظاهر (من التعلیل) المذکور فی کلام القواعد (کونه تعلیلا لعدم کون الحمل عیبا فی غیر الامة) من البهائم فلا یمنع الرد بالعیب القدیم، اذ العیب نقیصة و الحمل لیس بنقیصة، لا ان القواعد اراد ردّ الحمل الی البائع حتی یبنی کلامه علی کلام الشیخ.

و الحاصل ان العلامة قال «الحمل لیس بعیب لانه زیادة» قصده «انه لیس نقیصة» و لیس قصده «انه یرد الحمل الی البائع» و صاحب جامع المقاصد فهم الثانی و لذا بناه علی کلام الشیخ القائل «بان المبیع فی زمن الخیار ملک للبائع».

(و کیف کان) مراد العلامة (فالاقوی فی مسألة حدوث حمل الامة) عند المشتری (عدم جواز الرد) بالعیب القدیم (ما دام الحمل) موجودا بان لم تضع الحامل حملها.

(و ابتناء حکمها) ای حکم المسألة (بعد الوضع) للحمل (و عدم النقص)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۶

علی ما تقدم من ان زوال العیب الحادث یؤثر فی جواز الرد، أم لا؟.

و اما حمل غیر الامة فقد عرفت انه لیس عیبا موجبا للارش، لعدم الخطر فیه غالبا، و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا یوجب إلا فوات بعض المنافع الموجب للتخییر فی الرد دون الارش.

لکن لما کان المراد بالعیب الحادث المانع عن الرد ما یعم نقص الصفات

بان لم تنقص بالوضع- و ان نقصت لم تردّ، لان النقص عیب حادث یمنع من الرد بالعیب القدیم- (علی ما تقدم) «خبر» «ابتناء» (من ان زوال العیب الحادث) هل (یؤثر فی جواز الرد، أم لا؟) یؤثر فهناک قولان

قول بانه یؤثر لسقوط الردّ بالحمل، فلا دلیل علی اعادة جواز الرد- بعد الوضع-.

و قول بانه لا یؤثر لزوال المانع عن الرد و هو الحمل- هذا کله فی حمل الامة-.

(و اما حمل غیر الامة) من سائر البهائم (فقد عرفت انه لیس عیبا موجبا للارش، لعدم الخطر فیه غالبا) اذ قلّما تموت البهیمة عند الوضع (و عجزها) مبتدأ، خبره «لا یوجب» (عن تحمل بعض المشاق) فی حال ثقلها بالحمل (لا یوجب إلا فوات بعض المنافع الموجب) ذلک الفوات (للتخییر فی الرد) ان شاء ردّ، و ان شاء لم یرد (دون الارش) لانه لا یوجب نقص القیمة.

(لکن لما کان المراد بالعیب الحادث المانع عن الرد ما یعم نقص الصفات

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۷

غیر الموجب للارش، و کان محققا هنا مضافا الی نقص آخر، و هو کون المبیع متضمنا لمال الغیر لان المفروض کون الحمل للمشتری، اتجه الحکم بعدم جواز الرد حینئذ.

غیر الموجب) ذلک النقص (للارش، و کان) نقص الصفة (محققا هنا) لانه لا یتحمل المشاق فی حال الحمل، فنقص صفة قدرته (مضافا الی نقص آخر، و هو کون المبیع متضمنا لمال الغیر) الّذی هو الحمل فانه ملک للمشتری (لان المفروض کون الحمل للمشتری)- بناء علی ما رجحناه خلافا للشیخ الّذی یری ان الحمل للبائع-.

فخبر قوله: لکن لما کان ... قوله: (اتّجه الحکم بعدم جواز الرد حینئذ) ای حین الحمل.

و الحاصل فهنا مانعان من الرد، الاول نقص الصفة، و الثانی اختلاط المبیع بملک الغیر «فلیس الشیء قائما بعینه» و اذا لم یکن قائما بعینه فلیس له رده.

و حیث ان النقص لیس نقصا فی المالیة، فلیس له الارش أیضا، و اللّه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۸

مسئلة: الاکثر علی ان الثیبوبة لیست عیبا فی الاماء بل فی التحریر لا نعلم فیه خلافا،

و نسبه فی المسالک- کما عن غیره- الی اطلاق الاصحاب لغلبتها فیهن فکانت بمنزلة الخلقة الاصلیة.

و استدل علیه أیضا بروایة سماعة المنجبرة بعمل الاصحاب- علی ما ادعاه المستدل- عن رجل باع جاریة علی انها بکر، فلم یجدها کذلک، قال لا ترد علیه، و لا یجب علیه شیء انه قد یکون تذهب فی حال مرض، او

(مسألـة: الاـكثر على ان الثيوبـة ليسـت عيبـا فى الامـاء) فلاـ خيـار و لاـ رد و لاـ ارش (بـل فى التحرير لاـ نعلـم فيه خلافـا، و نسـبه فى المسالک- كما عن غيره-) أيضا (الى اطلاق الاصـحاب) اى اطلاق كلامهم فى عـدم الرد- الا لعيوب خاصـة- بان الثيوبة ليست عيبا، و الا لذكروها بين العيوب.

و انما لا تكون الثيوبة عيبا (لغلبتها فيهن) اذ الغالب انهن غير ابكار (فكانت بمنزلة الخلقة الاصلية) و ليست من العيوب الموجبة للخيار.

(و اسـتدل عليه) اى على ان الثيوبة ليست عيبا (أيضا برواية سـماعة المنجبرة بعمل الاصـحاب- على ما ادعاه المسـتدل-) بانها منجبرة (عن رجل باع جاريـة على انها بكر، فلم يجـدها كذلک) اى بكرا (قال) عليه السـلام: (لا ترد عليه) اى على البائع (و لا يجب عليه) اى على البائع (شىء) اى ارش، ل (انه قد يكون تذهب) البكارة (فى حال مرض، او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۵۹

امر يصيبها.

و فى كلا الوجهين نظر.

ففى الاـول: مـا عرفت سابقـا من ان وجود الصـفة فى اغلب افراد الطبيعـة انمـا يكشف عن كونهـا بمقتضـى اصـل وجودهـا المعبّر عنه بالخلقة

امر يصيبها) كالقفز او ما اشبه ذلک.

وجه الدلالة ان الامام عليه السلام لم يوجب الخيار بعدم البكارة مع الشرط فبدون الشرط اولى.

و لعل وجه عـدم الخيار، مع وجود الشـرط: ان الشـرط هو ان لا يكون البائع او غيره قد مس الجارية و عدم البكارة لا يلازم مس البائع او غيره و هذا هو الظاهر من تعليل الامام عليه السلام.

ثم لا يخفى ان عـدم كون الثيوبة عيبا انما هو حسب المتعارف اما اذا كانت عيبا فى بعض الازمنة او الامكنة، او بعض اصـناف الاماء، او ما اشبه ذلک فالمناط فيه العرف و تكون حينئذ عيبا.

(و) كيف كان ف (فى كلا الوجهين) اى «الغلبة» و «الرواية» (نظر)

(ففى الاـول: مـا عرفت سابقـا من ان وجود الصـفة فى اغلب افراد الطبيعـة) لاـ يفى بـان لاـ تكون الصـفة عيبا الا اذا كانت كاشـفة عن الطبيعة، و الثيوبة ليست كذلک لمعلومية ان البكارة هى مقتضى الطبيعة.

فوجود الصفة فى اغلب الافراد (انما يكشف عن كونها) اى تلک الصفة (بمقتضى اصل وجودها) فى الطبيعة (المعبّر عنه) اى عن اصل الوجود (بالخلقة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۰

الاصلية اذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فى ما نحن فيه، و الا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقة الاصلية.

و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية، كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسلة السيارى

الاصلية اذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فى ما نحن فيه) اى فى مورد غلبة الصفة، و قوله «اذا» متعلق ب «يكشف» اى ان الكشف عن اصل الخلقـة انما يحصل بالغلبـة، اذا لم يكن اصل الخلقة معلوما (و الا) بان كان اصل الخلقة معلوما (فمقتضـى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقة الاصلية) فاذا تعارض مقتضى الخلقة الاصلية و مقتضى الغالب قدم الاول.

(و) لكن لا يخفى ان هذا مناف لما تقدم منه «ره» من تقديم الثانى فراجع.

ثم ان تقـديم مقتضـى الخلقة الاصـلية انما هو فيما اذا (علم كون النقص عنها) اى عن الخلقة الاصـلية (موجبا لنقص المالية) و هذا بناء

من الشيخ ره على ما اختاره سابقا من ان النقص انما يوجب الخيار اذا اوجب نقصا فى الماليه (كما فيما نحن فيه) فان البكارة خلقة اصلية، و نقصها يوجب نقص المالية (خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسلة السيارى) من قوله عليه السلام: كل ما كان فى اصل الخلقة، فزاد او نقص فهو عيب، فان البكارة كانت فى اصل الخلقة، فنقص، اذا تحقق ان الثيوبة عيب.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۱

غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة، و لا يثبت الخيار بوجودها و ان كانت نقصا فى الخلقة الاصلية.

و اما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود لتعليله عليه السلام عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض.

و قدح هذا الاحتمال اما لجريانه بعد قبض المشترى فلا يكون مضمونا على

و (غاية ما يفيد الغلبة المذكورة) اى غلبة الثيوبة (هنا) فى هذه المسألة (عدم تنزيل اطلاق العقد) اذا اطلق الطرفان و لم يشترطا البكارة (على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة) اى صفة الثيبوبة (و لا يثبت الخيار بوجودها) اى وجود الثيبوبة (و ان كانت نقصا فى الخلقة الاصلية).

و على هذا فالمصنف و المشهور متفقان على عدم الخيار، لكن الاختلاف فى ان المشهور يقولون: انها ليست بعيب اصلا، و المصنف يقول انها عيب و لكن لا يوجب الخيار.

(و اما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود) الّذى هو ان الثيبوبة ليست بعيب (لتعليله عليه السلام عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها) اى البكارة (بعارض) خارجى، و قوله «باحتمال» متعلق ب «تعليل»، و «بعارض» متعلق ب «ذهابها».

(و قدح هذا الاحتمال) و ايجابه رفع الشرط (اما لجريانه بعد قبض المشترى فلا يكون مضمونا على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۲

البائع.

و اما لان اشتراط البكارة كناية عن عدم وطى احد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال انه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعى، فعدمها نقص فى اصل الطبيعة، فيكون عيبا.

و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا.

البائع) فان الشرط هو البكارة الى حال القبض، فاذا ذهبت البكارة بعد القبض لم يكن للمشترى حق على البائع.

(و اما لان اشتراط البكارة كناية عن عدم وطى احد لها) لا ان المراد بالشرط البكارة الفعلية.

و على كون المراد بالشرط الكناية (فمجرد ثبوتها) اى الثيبوبة (لا يوجب تخلف الشرط) ذلك التخلف (الموجب للخيار، بل) الرواية على خلاف مطلوب المستدل ادل.

اذ (مقتضى تعليل) الامام عليه السلام (عدم الرد بهذا الاحتمال) اى احتمال جريانه بعد القبض (انه لو فرض عدمه) اى عدم هذا الاحتمال بان علمنا ذهاب بكارتها قبل القبض (لثبت الخيار) و هذا هو المطلوب (فيعلم من ذلك) الّذى ذكرناه بقولنا «لو فرض» (كون البكارة صفة كمال طبيعى، فعدمها نقص فى اصل الطبيعة، فيكون عيبا) و هذا خلاف ما ذكره المستدل من ان الثيبوبة ليست عيبا، و استدل له بهذه الرواية.

(و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا) اما عرفا فواضح، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۳

الّا انها لمّا غلبت علی الاماء لم یقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلک.

و تظهر الثمرة فیما لو اشترط فی متن العقد سلامة المبیع عن العیوب مطلقا، او اشترط خصوص البکارة فانه یثبت بفقدها التخییر بین الرد و الارش لوجود العیب، و عدم المانع من تأثیره.

و مثله ما لو کان المبیع صغیرة او کبیرة لم تکن الغالب.

اما شرعا فلروایة السیاری و لهذه الروایة (الّا انها لمّا غلبت علی الاماء لم یقتض اطلاق العقد)- بان لم یشترط المشتری البکارة- (التزام سلامتها) ای الامة (عن ذلک) العیب.

(و تظهر الثمرة) فی کون الثیبوبة عیبا، أم لا- (فیما لو اشترط فی متن العقد سلامة المبیع عن العیوب مطلقا) ایّ عیب کان (او اشترط خصوص البکارة فانه) اذا قلنا بانها عیب (یثبت بفقدها التخییر بین الرد و الارش) کما هو شأن کل عیب (لوجود العیب، و) ل (عدم المانع من تأثیره) فالمانع هو الاطلاق، و هو مفقود فی المقام.

و الحاصل انها حیث تکون عیبا، فاذا اشترطها یکون له الرد و الارش اما اذا لم تکن عیبا، فلم یکن للمشتری مع تخلفه الا الرد، اذ لا ارش فی باب الشرط- کما حققناه سابقا-.

(و مثله) فی الثمرة- و هذا دلیل آخر علی ان الثیبوبة عیب- (ما لو کان المبیع) امة (صغیرة او) کانت (کبیرة) و لکن (لم تکن الغالب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۴

علی صنفها الثیبوبة فانه یثبت حکم العیب.

و الحاصل ان غلبة الثیبوبة مانعة عن حکم العیب لا موضوعه، فاذا وجد ما یمنع عن مقتضاها ثبت حکم العیب.

و لعل هذا هو مراد المشهور أیضا.

و یدل علی ذلک ما عرفت من العلامة ره فی التحریر من نفی الخلاف فی عدم کون الثیبوبة عیبا مع انه فی کتبه بل المشهور- کما فی الدروس-

---

علی صنفها الثیبوبة) کما لو کانت الامة لامرئة، و قد ولدت فی بیتها- و لم تکن مجلوبة و لا مزوجة و لا محلّلة- (فانه) اذا ظهرت ثیبة (یثبت حکم العیب) من الرد و الارش.

(و الحاصل ان غلبة الثیبوبة مانعة عن حکم العیب) فلا رد و لا ارش (لا موضوعه) حتی یقال: انها لیست بعیب اصلا (فاذا وجد ما یمنع عن مقتضاها) ای مقتضی الغلبة بان کانت صغیرة او ما اشبه- کما ذکرناه- (ثبت حکم العیب) من الرد و الارش.

(و لعل هذا) الّذی ذکرناه من انها الغلبة تمنع حکم العیب لا موضوعه (هو مراد المشهور أیضا) فهم ینفون الحکم بنفی موضوعه.

(و یدل علی ذلک) الّذی ذکرناه من انها عیب عند المشهور و لکن لیس لها حکم العیب (ما عرفت من العلامة ره فی التحریر من نفی الخلاف فی عدم کون الثیبوبة عیبا) ای لا خلاف فی ان الثیبوبة لیست بعیب (مع انه فی کتبه) کلها (بل المشهور- کما فی الدروس-) نسبته الی المشهور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۵

علی ثبوت الارش اذا اشترط البکارة، فلو لا ان الثیبوبة عیب، لم یکن ارش فی مجرد تخلف الشرط.

نعم یمکن ان یقال: ان مستندهم فی ثبوت الارش ورود النص بذلک فیما رواه فی الکافی و التهذیب عن یونس فی رجل اشتری جاریة علی انها عذراء، فلم یجدها عذراء، قال یرد علیه فضل القیمة اذا علم انه صادق.

ثم انه نسب فی التذکرة الی اصحابنا عدم الرد بمقتضی

(علی ثبوت الارش اذا اشترط البکارة) فان الارش لیس الا فی العیب اذ تخلف الشرط- فی نفسه- لا یوجب ارشا (فلو لا ان الثیبوبة عیب، لم یکن ارش فی مجرد تخلف الشرط) فاللازم ان یکون مراد العلامة و المشهور فی قولهم انها لیست بعیب- انه لیس لها حکم العیب.

(نعم یمکن ان یقال ان مستندهم فی ثبوت الارش) انه من باب تخلف الشرط و انما ثبت الارش للنص الخاص، فلیس الارش فیها من باب العیب.

و ذلک ل (ورود النص بذلک) الارش (فیما رواه فی الکافی و التهذیب عن یونس فی رجل اشتری جاریة علی انها عذراء، فلم یجدها عذراء، قال یرد علیه فضل القیمة) و هو ارش التفاوت بین الثیب و البکر (اذا علم انه صادق) فی انه لم یجدها عذراء.

(ثم انه نسب فی التذکرة الی اصحابنا عدم الرد) لهذه الجاریة (بمقتضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۶

روایة سماعة المتقدمة، و اوّله بما وجهنا به تلک الروایة.

و ذکر الشیخ فی النهایة مضمون الروایة مع تعلیلها الدال علی تأویلها.

و لو شرط الثیبوبة فبانت بکرا، کان له الرد لانه قد یقصد الثیب لغرض صحیح.

روایة سماعة المتقدمة) فی اوّل هذه المسألة (و اوّله) ای عدم الرد، مع انه حسب الشرط یلزم ان یکون للمشتری الرد (بما وجهنا به تلک الروایة) من احتمال حدوث الثیبوبة بعد القبض، او کون المراد من الشرط عدم وطی انسان لها، لا البکارة الفعلیة.

(و ذکر الشیخ فی النهایة مضمون الروایة) او روایة سماعة (مع تعلیلها) ای قوله علیه السلام «انه قد یکون تذهب فی حال مرض أو أمر یصیبها» (الدال علی تأویلها) ای تأویل الروایة بما ذکرناه من الاحتمالین فان تعلیل الامام علیه السلام دال علی التأویل المذکور.

(و) هنا مسألة اخری و هی انه (لو شرط الثیبوبة) لان المشتری لا یقدر علی البکر- مثلا- (فبانت بکرا، کان له الرد) لتخلف الشرط.

ان قلت: هذا الشرط غیر عقلائی فلا اثر له.

قلت: بل هو عقلائی (لانه قد یقصد الثیب لغرض صحیح) عند العقلاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۷

مسئلة ذکر فی التذکرة و القواعد من جملة العیوب عدم الختان فی العبد الکبیر

لانه یخاف علیه من ذلک و هو حسن علی تقدیر تحقق الخوف علی وجه لا یرغب فی بذل ما یبذل لغیره بإزائه.

و یلحق بذلک المملوک غیر المجدّر فانه یخاف علیه لکثرة موت الممالیک بالجدری.

و

(مسألة: ذکر فی التذکرة و القواعد من جملة العیوب عدم الختان فی العبد الکبیر) فللمشتری حق الرد و الارش اذا کان بینه و بین المختون تفاوت (لانه یخاف علیه من ذلک) ای الختان، بان یموت (و هو حسن علی تقدیر تحقق الخوف علی وجه) عقلائی، بحیث (لا یرغب فی بذل ما یبذل لغیره) من العبید المختونین (بإزائه).

لکن الظاهر وجوب تقیید ذلک بما اذا کان العبد مسلما اذ لا یجب ختان العبد الکافر الّذی یقر علی کفره.

(و یلحق بـذلک) ای غیر المختون (المملوک غیر المجدّر) الّذی هو فی معرض الاصابة بمرض الجدریّ (فانه یخاف علیه لکثرة موت الممالیک بالجدریّ).

(و) ان قلت: لیس هذان نقصا فی الخلقة الاصلیة، و قد تقدم ان المیزان فی العیب النقص فی الخلقة الاصلیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۸

مثل هذین و ان لم یکن نقصا فی الخلقة الاصلیة، الا ان عروض هذا النقص اعنی الخوف مخالف لمقتضی ما علیه الاغلب فی النوع او الصنف.

و لو کان الکبیر مجلوبا من بلاد الشرک، فظاهر القواعد کون عدم الختان عیبا فیه مع الجهل دون العلم.

و هو غیر مستقیم لان العلم و الجهل بکونه مجلوبا لا یؤثر فی کونه عیبا نعم لما کان الغالب فی المجلوب عـدم الختان لم یکن اطلاق العقد الواقع

قلت: (مثل هذین) ای غیر المختون و غیر المجدّر (و ان لم یکن نقصا فی الخلقة الاصلیة، الا ان عروض هذا النقص اعنی الخوف) من الجدریّ او إرادة الاختتان (مخالف لمقتضی ما علیه الاغلب فی النوع) لکل العبید (او الصنف) کالعبد المسلم- مثلا-.

(و لو کان الکبیر مجلوبا من بلاد الشـرک، فظاهر القواعد کون عدم الختان عیبا) أیضا (فیه) ای فی المجلوب (مع الجهل) بانه مجلوب من بلاد الشرک (دون العلم) لانه مع العلم اقدم بنفسه علی هذا الضرر فهو مثل ان یقدم علی اشتراء المعیب.

(و هو) ای تفصـیل العلامـة (غیر مسـتقیم) فـان ظـاهر کلام العلامـة انه مع العلم لیس العبـد بمعیب و هـذا غیر تام (لان العلم و الجهل بکونه مجلوبا لا یؤثر فی کونه عیبا) و انما یؤثران فی عدم ترتب حکم العیب مع العلم بکونه مجلوبا.

(نعم لما کان الغالب فی المجلوب عدم الختان لم یکن اطلاق العقد الواقع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۶۹

علیه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العیب کما ذکرنا نظیره فی الثیب.

و تظهر الثمرة هنا أیضا فیما لو اشترط الختان فظهر اغلف فیثبت الردّ و الارش.

فاخراج العلّامة الثیبوبة و عدم الختان فی الکبیر المجلوب مع العلم بجلبه من العیوب لکونه ره فی مقام عد العیوب الموجبة فعلا للخیار.

علیه) ای علی المجلوب (مع العلم) ای علم المشتری (بجلبه التزامـا بسـلامته من هـذا العیب کما ذکرنا نظیره فی الثیب) من انه عیب، و لکنه لا یوجب الخیار.

(و تظهر الثمرة) بین کون عـدم الختـان عیبـا، او لیس بعیب (هنا أیضا) کما ذکرنا فی ظهور الثمرة بین کون الثیبوبـة عیبا أم لا (فیما لو اشترط) المشتری (الختان فظهر اغلف فیثبت الردّ و الارش) اذا کان عدم الختان عیبا.

اما اذا لم یکن عیبا فانه لا یثبت الا الرد، اذ لا ارش فی تخلف الشرط کما ذکرناه فی باب الثیبوبة-.

(فاخراج العلامـة) ای ذکره (الثیبوبـة و عـدم الختان فی الکبیر المجلوب مع العلم) ای علم المشتری (بجلبه من العیوب) «من» متعلق ب «اخراج» (لکونه ره فی مقام عد العیوب الموجبة فعلا للخیار).

و قد عرفت ان المجلوب لا خیار فیه الا بالشرط، و ذلک لاقدام المشتری علی اشتراء المعیوب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۰

مسئلة عدم الحیض ممّن شأنها الحیض بحسب السّن و المکان و غیرهما من الخصوصیّات التی لها مدخلیة فی ذلک عیب ترد معه الجاریة،

لانه خروج عن المجرى الطبيعى.

و لقول الصادق عليه السلام: و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر، و ليس بها

(مسألة: عدم الحيض ممّن شأنها الحيض) و المراد بالشأن، الشأن الفعلى لا الشأن التقديرى، فان الكثير من النساء ينقطع عنهن الحيض فى اواخر سنّ الحيض، مثل ما اذا اقترب سنّهن من الخمسين فى غير القرشية، و من الستين فى القرشية، فان الانقطاع حينئذ ليس عيبا لغلبة هذا الانقطاع كما لا يخفى (بحسب السنّ) بين التاسعة و سن اليأس (و المكان) فان فى البلاد الحارة تحيّض المرأة اسرع من حيضها فى البلاد الباردة (و غيرهما من الخصوصيّات التى لها مدخلية فى ذلك) الحيض كخصوصية المزاج العام للقبيلة، فان بعض القبائل لحرارة مزاجها تحيض اسرع- الى غير ذلك- (عيب ترد معه الجارية، لانه) اى عدم الحيض (خروج عن المجرى الطبيعى) و قد عرفت سابقا ان الخروج عن المجرى الطبيعى عيب.

(و لقول الصادق عليه السلام: و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها) عند الرجل (ستة اشهر، و ليس بها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۱

حمل، قال ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه

و ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا فى مورد السؤال، فلا داعى الى تقييد كونه عيبا بذلك كما فى ظاهر بعض الكلمات.

ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية حتى بمثل قول المولى لها: اسقنى ماء او اغلق الباب فى غاية البعد

حمل) فمع الحمل ينقطع الحيض غالبا، فهل له خيار أم لا- (قال) عليه السلام (ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك) الانقطاع عن الحيض (من كبر) كسن اليأس (فهذا عيب ترد منه) و المفهوم منه انه ان لم تكن كذلك فليس ذلك عيب.

(و) لا يخفى انه (ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا فى مورد السؤال) فلا يشترط مضى هذه المدة، بل اذا لم تحض فى مدة اقل من ذلك مع كون المتعارف تحيضها كانت أيضا معيبة (فلا داعى الى تقييد كونه) اى كون عدم الحيض (عيبا بذلك) اى بمضى ستة اشهر (كما فى ظاهر بعض الكلمات) و هو عبارة الشرائع.

(ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية) اىّ تصرف (حتى بمثل قول المولى لها: اسقنى ماء او اغلق الباب) مما تقدم من انه مسقط للرد، فهو (فى غاية البعد) اذ كيف تبقى الجارية فى بيت شخص ستة اشهر، ثم لا يتصرف الشخص فيها حتى بامثال هذه التصرفات فلا بعد من القول بان مطلق التصرف ليس مسقطا، بل المسقط هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۲

و ظاهر الحلّى فى السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

التصرف الدال على الرضا او المغير او الناقل.

(و) لكن (ظاهر الحلى فى السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا) بناء منه على عدم العمل باخبار الآحاد، و فيه نظر واضح.

ثم انه لو كانت طبيعة نساء منطقة خاصة عدم التحيض هذه المدة او اكثر، فليس ذلك بعيب اذا علم المشترى، اما اذا لم يعلم ففيه اشكال بل لا يبعد القول بالخيار، لانه خروج عن المتعارف و ان لم يكن عيبا بالنسبة الى نساء المنطقة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۳

مسئلة الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف،

لانه من افحش العيوب.

و يدل عليه صحيحة ابى همام الآتية فى عيوب السنة.

لكن فى رواية محمد بن قيس: انه ليس فى الا باق عهدة.

و يمكن حملها على انه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله عليه السلام- فى رواية يونس-: ان العهدة فى الجنون و

(مسألة: الإباق) فى العبد، بان يكون من طبعه الا باق، و ان لم يأبق عند المشترى (عيب بلا اشكال و لا خلاف، لانه من افحش العيوب) عرفا

(و يدل عليه صحيحة ابى همام الآتية فى عيوب السنة) مما يكمن منشأ المرض قبل سنة من ظهوره، ففى آخر الصحيحة فقال له يعنى للرضا عليه السلام فلا باق؟ قال عليه السلام: ليس الا باق من ذا، الا ان يقيم البينة انه كان قد ابق عنده.

(لكن فى رواية محمد بن قيس: انه ليس فى الإباق عهدة) اى عهدة البائع، مما ظاهره عدم الخيار.

(و يمكن حملها على انه ليس) الا باق (كعيوب السنة) بحيث (يكفى حدوثها بعد العقد) فى الخيار، اذ كثيرا ما يحدث الا باق بعد اشتراء المشترى له كسائر العيوب التى تحدث عند المشترى و لا يلزم بها البائع (كما يشهد) على هذا الحمل (قوله عليه السلام- فى رواية يونس-: ان العهدة فى الجنون و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۴

البرص سنة، بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع، و الا فحدوثه عند المشترى ليس فى عهدة البائع، و لا خلاف اذا ثبت وجوده عند البائع.

و هل يكفى المرة عنده، او يشترط الاعتياد، قولان، من الشك فى كونه عيبا، و الاقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة، لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف.

و لا يشترط اباقه عند المشترى قطعا.

البرص سنة، بل لا بد من ثبوت كونه) اى العبد (كذلك) اى آبقا (عند البائع، و الا فحدوثه عند المشترى ليس فى عهدة البائع).

اللهم الا اذا كشف ذلك عن نفسية دنيئة، كسائر النفسيات المنحطة بما يعد فى العرف عيبا (و لا خلاف) فى الخيار (اذا ثبت وجوده) اى الا باق (عند البائع) لانه عيب كما تقدم.

(و هل يكفى المرة عنده) بان ابق عند البائع مرة (او يشترط الاعتياد قولان) و قد جعل المسالك الاعتياد بالمرتين فما فوق (من الشك فى كونه عيبا) اذا ابق مرة و الاصل عدم العيب، فاللازم الاكثر من مرة (و الاقوى ذلك) اى كفاية المرة فى كونه عيبا (وفاقا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة لكون ذلك) اى الا باق عند البائع مرة (بنفسه نقصا) و ان لم يكن اعتيادا (بحكم العرف).

لكن ربما يقال: انه فرق بين الاعتياد و بين ذلك، اذ كثيرا ما لا تكون المرة نقصا خصوصا اذا علم بانه تائب او كان اباقه عند البائع لضغط عليه او ما اشبه.

(و) كيف كان، ف (لا يشترط اباقه عند المشترى قطعا) اذ العيب يتحقق بدون ذلك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۵

مسئلة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب،

یثبت به الردّ و الارش، لکون ذلک خلاف ما علیه غالب افراد الشیء.

و فی روایهٔ میسر بن عبد العزیز، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری زق زیت یجد فیه دردیا، قال ان کان یعلم ان الدردی یکون فی الزیت فلیس علیه ان یردّه، و ان لم یکن یعلم، فله ان یردّه.

نعم فی روایهٔ السکونی، عن جعفر عن ابیه

(مسألهٔ: الثفل الخارج عن العادهٔ فی الزیت و البذر و نحوهما عیب یثبت به الردّ و الارش) اذا کان هناک تفاوت بین ذی الثفل و غیره فی القیمهٔ (لکون ذلک) الثفل (خلاف ما علیه غالب افراد الشیء) فهو خلاف المجری الطبیعی للجنس.

(و فی روایهٔ میسر بن عبد العزیز، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری زق زیت یجد فیه دردیا) الدردی من الزیت و غیره ما یبقی فی اسفله کما فی اللغهٔ (قال ان کان یعلم ان الدردی یکون فی الزیت فلیس علیه ان یردّه) لانه اقدم بنفسه علی ذلک (و ان لم یکن یعلم، فله ان یرده) لانه عیب، و الروایهٔ و ان لم تذکر الارش لکنه یفهم ذلک من القواعد العامهٔ.

(نعم فی روایهٔ السکونی، عن جعفر عن ابیه) علیهما السلام ما یدل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۶

ان علیا قضی فی رجل اشتری من رجل عکهٔ فیها سمن احتکرها حکرهٔ فوجد فیها ربّا، فخاصمه الی علی علیه السلام، فقال له علی علیه السلام:

لک بکیل الربّ سمنا، فقال له الرجل انما بعته منه حکرهٔ فقال له علی علیه السلام: انما اشتری منک سمنا و لم یشتر منک ربّا.

قال فی الوافی یقال: اشتری المتاع حکرهٔ ای جملهٔ.

و هذه الروایهٔ بظاهرها مناف لحکم العیب من الرد و الارش، و توجیهها بما یطابق القواعد مشکل

علی حکم آخر، و هو حق المشتری فی ان یأخذ المقدار الناقص مکان الدردی (ان علیا) علیه السلام (قضی فی رجل اشتری من رجل عکهٔ فیها سمن احتکرها حکرهٔ فوجد فیها ربّا) الربّ دردیّ السمن (فخاصمه الی علی علیه السلام، فقال له علی علیه السلام: لک بکیل الربّ سمنا) تأخذه من البائع (فقال له الرجل) البائع (انما بعته منه حکرهٔ) ای جملهٔ فلست مکلفا باعطائه بدل الربّ (فقال له علی علیه السلام: انما اشتری منک سمنا و لم یشتر منک ربّا) فیجب علیک ان تفی بما بعته.

(قال فی الوافی یقال: اشتری المتاع حکرهٔ ای جملهٔ) فمعنی احتکرها حکرهٔ، ای جمعها جمعا، و معنی حکرهٔ ای جملهٔ و مجموعا لا، ان یکون الاشتراء علی نحو کل کیل بکذا.

(و هذه الروایهٔ بظاهرها مناف لحکم العیب) ای حکم المعیب المستفاد من النص و الفتوی (من) اختیار المشتری بین (الرد و الارش و توجیهها بما یطابق القواعد مشکل) بان یقال: ان البیع کان کلیا و کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۷

و ربما استشکل فی اصل الحکم بصحهٔ البیع لو کان کثیرا للجهل بمقدار المبیع.

و کفایهٔ معرفهٔ وزن السمن بظروفه خارجهٔ بالاجماع، کما تقدم، او مفروضهٔ فی صورهٔ انضمام الظرف المفقود هنا، لان الدردی غیر متمول.

اعطائه العکهٔ من باب الوفاء.

و وجه الاشکال فی ذلک ان ظاهر الروایهٔ ان البیع کان شخصیا لا کلیا و کیف کان فان کان البیع علی نحو الکلی، فلا اشکال فی

مطابقة الروایة للقواعد العامة.

(و ربما استشکل فی اصل الحکم بصحة البیع)- لا ما فی الروایة من اعطاء السمن مقابل الدردی- (لو کان) الدردی (کثیرا) و ذلک (للجهل بمقدار المبیع) و بیع المجهول باطل.

(و) ان قلت: لا نسلم بطلان بیع المجهول- اذا کان معلوما فی الجملة- لانه ورد صحة بیع المظروف بظرفه مع ان مقدار المظروف مجهول

قلت: (کفایة معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع) و النص فلا یقاس علیه ما نحن فیه الا اذا اثبتت حجیة الروایة، و عمل بها المشهور (کما تقدم) الکلام حول بیع المظروف بظرفه (او مفروضة فی صورة انضمام الظرف) فی البیع، فکان الشارع اکتفی بمعرفة الجملة و ان کانا من جنسین (المفقود هنا) صفة «الظرف».

و ذلک (لان الدردی غیر متمول) فهو من باب انضمام ما یملک الی ما لا یملک، فقدر ما یملک مجهول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۸

و الاولی ان یقال: ان وجود الدردی ان افاد نقصا فی الزیت من حیث الوصف و ان افضی بعد التخلیص الی نقص الکم نظیر الغش فی الذهب کان الزائد منه علی المعتاد عیبا و ان افرط فی الکثرة.

و لا اشکال فی صحة البیع حینئذ لان المبیع زیت و ان کان معیوبا.

لکن لا یخفی مالیة الثفل أیضا لانه سمن ردئ، لا انه لیس بسمن اصلا (و الاولی ان یقال) ان البیع اما کلی او شخصی.

فاذا کان کلیا فلا اشکال فی صحة البیع و انه یلزم اعطائه الناقص.

و ان کان شخصیا ف (ان وجود الدردیّ ان افاد نقصا فی الزیت من حیث الوصف) بان یقال- عرفا- انه زیت ردئ (و ان افضی بعد التخلیص الی نقص الکم) لانه ان صفی من الدردی کان ناقصا کمّا (نظیر الغش فی الذهب) الّذی هو ناقص کیفا، حیث یقال انه ذهب ردئ لکنه بعد التصفیة یکون ناقصا کمّیا و (کان الزائد منه) ای من النقص الکمّی (علی المعتاد) کما لو کان الثفل المتعارف اوقیة فکان فی هذا العکة أوقیتین (عیبا).

و من المعلوم ان حکم العیب الرد او الارش- ان کان العیب موجبا للتفاوت- (و ان افرط) الثفل (فی الکثرة) اذ الکثرة لا تخرجه عن موضوع المعیب الّذی له حکم الرد و الارش.

(و لا اشکال فی صحة البیع حینئذ لان المبیع زیت) و هو ما اشتراه المشتری (و ان کان معیوبا) فحاله حال الامور المعیوبة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۷۹

و علیه یحمل ما فی التحریر، من ان الدردیّ فی الزیت و البذر عیب موجب للرد و الارش و ان لم یفد إلا نقصا فی الکم، فان باع ما فی العکة بعد وزنها مع العکة و مشاهدة شیء منه تکون أمارة علی باقیه، و قال: بعتک ما فی هذه العکة من الزیت کل رطل بکذا، فظهر امتزاجه بغیره غیر الموجب لتعیبه فالظاهر صحة البیع، و عدم ثبوت الخیار اصلا، لانه اشتری السمن الموجود فی هذه العکة، و لا یقدح الجهل بوزنه

(و علیه) ای علی ما ذکرناه من کونه نقصا فی الوصف (یحمل ما فی التحریر، من ان الدردی فی الزیت و البذر عیب موجب للرد و الارش) اذ لا یمکن ان یرید به صورة النقص فی الکم ابتداءً الّذی اشرنا إلیه بقولنا:

(و ان لم یفد) الدردیّ الموجود (إلا نقصا فی الکم) کما لو کان فوق العکة سمن صافی، و تحته الدردیّ، فکان السمن مثلا نصف الکم المشتری (فان باع ما فی العکة بعد وزنها مع العکة و مشاهدة شیء منه) بحیث (تکون) تلک المشاهدة (أمارة علی باقیه، و قال:

بعتک ما فی هذه العکة من الزیت کل رطل بکذا) مع علمهما بعدد الارطال، و الا کان من المجهول کما لا یخفی (فظهر امتزاجه بغیره) امتزاجا (غیر الموجب لتعیبه) بان لم یکن الدردی خلیطا، بل کان فی الاسفل مثلا- لانه اذا اوجب التعیب کان من نقص الکیف کما تقدم- (فالظاهر صحة البیع) فلیس البیع باطلا (و عدم ثبوت الخیار اصلا) لا ردّا و لا ارشا (لانه اشتری السمن الموجود فی هذه العکة) کیفما کان، فلا جهل حتی یوجب البطلان، و لا تعیب حتی یوجب الخیار (و لا یقدح الجهل بوزنه) ای وزن السمن لانه لا یعلم کم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۸۰

للعلم به مع الظرف.

و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شیء منها بفتح رأس العکة، فلا عیب و لا تبعض صفقة.

الا ان یقال: ان اطلاق شراء ما فی العکة من الزیت فی قوة اشتراط کون ما عدا العکة سمنا، فیلحق بما سیجیء فی الصورة الثالثة من اشتراط کونه بمقدار خاص.

السمن، و کم الدردیّ (للعلم به مع الظرف) و مثل هذا العلم کاف، کما فی کل مورد یشتری الانسان الشیء المخلوط، مع انه لا یعلم کمیة کل واحد من الخلیطین- و هذا وجه انه لا بطلان للبیع-.

(و) اما وجه انه لا خیار له، فلان (المفروض معرفة نوعه بملاحظة شیء منها) لانه لاحظ شیئا مما فی العکة (بفتح رأس العکة، فلا عیب و لا تبعض صفقة) فلیس له خیار العیب، و خیار تبعض الصفقة، فالمفروض انه اشتری تمام ما فی العکة و الظرف و لا تبعض فیه.

(الا ان یقال) ان له خیار الشرط، ل (ان اطلاق شراء ما فی العکة من الزیت فی قوة اشتراط کون ما عدا العکة سمنا) اذا کان قصدهما ذلک

اذ قد یکون القصد شراء ما فی العکة- مهما کان- و قد یکون القصد شراء السمن الّذی فی العکة (فیلحق) هذا البیع (بما سیجیء فی الصورة الثالثة) و هی ما ذکره بعد ذلک بقوله «و لو باع ما فی العکة من الزیت» (من اشتراط کونه بمقدار خاص) مما یلزم منه تبعض الصفقة فله الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۸۱

و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله: بعتک ما فی هذه العکة فتبین بعضه دردیا، صح البیع فی الزیت مع خیار تبعض الصفقة، قال فی التحریر: لو اشتری سمنا فوجد فیه غیره تخیر بین الرد و اخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن.

و لو باع ما فی العکة من الزیت علی انه کذا و کذا رطلا، فتبین نقصه عنه لوجود الدردی صح البیع، و کان للمشتری خیار تخلف الوصف او الجزء علی

(و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله: بعتک ما فی هذه العکة) و کان القصد السمن الموجود فیه، لا مطلق ما فیه (فتبین بعضه دردیا صح البیع فی الزیت) فقط، لانه مصب العقد (مع) ان له (خیار تبعض الصفقة) لان بعض الصفقة ظهرت انها لیست الجنس المقصود بالاشتراء.

و لذا (قال فی التحریر: لو اشتری سمنا فوجد فیه غیره تخیر بین الرد) للکل (و) بین (اخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن) الی المجموع، فان کان نصف العکة سمنا کان له نصف الثمن و هکذا.

(و لو باع ما فی العکة من الزیت علی انه کذا و کذا رطلا، فتبین نقصه عنه لوجود الدردیّ) و انه اقل من الارطال المشتراة (صح البیع)

لانه ليس بمجهول (و) لكن (كان للمشترى خيار تخلف الوصف) لان هذا السمن ليس له وصف كذائية الارطال (او الجزء) فهو خيار تبعض الصفقة.

و انما تردّدنا فى انه خيار تخلف الوصف، او تخلف الجزء، لانه مبنى (على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۸۲

الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا و كذا فظهر ناقصا.

و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحة البيع و ان عرف وزن المجموع مع العكة لان كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف انما هى من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف، لكن علم بوجود صخرة فى الزيت مجهولة الوزن.

الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا و كذا) مقدارا (فظهر ناقصا) و انه هل هو من خيار تخلف الوصف او خيار تخلف الجزء؟

(و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول) كالتراب، بخلاف الدردى الّذى يتمول و لكن بقيمة انقص (بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحة البيع) اصلا، لانه من بيع المجهول (و ان عرف وزن المجموع مع العكة).

و ذلك (لان كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف انما هى من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما).

فالشارع انما اجاز الجهل بمقدار ما فى العكة فيما اذا اشتراه مع العكة اذا كان ما فى العكة مما يتمول (لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع) كما هو مورد الكلام الآن، فانه باطل و لم يجزه الشارع (كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف، لكن علم بوجود صخرة فى الزيت مجهولة الوزن) فان البيع باطل حينئذ لوجود جهالتين هنا، و الشارع انما اجاز جهالة واحدة و هى الجهالة الناشئة من قبل الظرف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۳، ص: ۳۸۳

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة كلمة الشارح ۳

فى عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت و ابدال العين ۴

فى ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية ۹

فى اختلاف البائع و المشترى فى الوصف ۱۲

فى اختلاف الاقوال فى النسج ۱۷

خيار العيب ۲۰

فى ظهور العيب فى المبيع ۳۲

مسقطات خيار العيب ۴۳

فى النصوص الدالة على ان الوطى مانع عن ردّ الجارية ۷۶

فى ان الحمل عيب اجماعا ۸۳

فى ان العمل بظاهر بعض الاخبار يستلزم مخالفته من وجوه اخر ۹۱

فى التفصيل بين ان تكون الجارية بكرا او ثيبا ۱۰۵

فی ما اذا انضم مع الحمل عیب آخر ۱۱۱
فی ان حدوث العیب عند المشتری مسقط للردّ ۱۱۲
فی ان العیب المانع من الرد تبعض الصفقة ۱۴۵
فی سقوط الارش فقط ۱۷۷
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۳، ص: ۳۸۴
الموضوع الصفحة فی سقوط الردّ و الارش معا ۱۸۸
فی الامور التی یسقط بها الردّ و الارش ۱۹۹
فی عدم بیان عیب المعیوب للمشتری ۲۴۱
فی اختلاف المتبایعین ۲۵۰
فی ماهیة العیب ۳۰۷
فی ان المرض عیب ۳۴۱
فی ان الحبل عیب فی الاماء ۳۴۳
فی ان الثیبوبة لیست عیبا فی الاماء ۳۵۸
فی ان عدم الختان عیب فی العبد الکبیر ۳۶۷
فی ان عدم الحیض ممن شانها الحیض عیب ۳۷۰
فی ان الإباق عیب ۳۷۳
فی ان الثفل الکثیر عیب ۳۷۵
محتویات الکتاب ۳۸۴

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الرابع العشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین من الآن الی یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الرابع من کتاب الخیارات و الجزء الرابع عشر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیة الله الانصاری قدس سره.

و یشرع فی مسئلة ان الامراض التی تحدث خلال السنة عیب کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الّا من اتی الله بقلب سلیم.

کربلاء المقدسة محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴

[تتمة القول فی الخیار]

[تتمة القول فی أقسام الخيار]

[تتمة السابع خيار العيب]

[تتمة الكلام فی بعض أفراد المعيب]

مسألة قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن.

و لكن يختص هـذه الاربعـة من بين العيوب بانهـا لو حـدثت الى سـنة من يوم العقـد يثبت لاجلهـا التخيير بين الرد و الاـرش، هـذا هو المشهور.

و يـدل عليه ما اسـتفيض عن مولانا ابى الحسن الرضا عليه السـلام ففى روايـة على بن اسـباط عنه فى حـديث خيار الثلاثة، ان احداث السنة

(مسألـة: قـد عرفت ان مطلق المرض عيب) فـاذا كـان العبـد او الحيوان مريضـا، و لم يعلم به المشترى كـان له الرد و الاـرش، ان كـان هناك تفاوت بين الصحيح و المعيب (خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن) فى العبد و الامة و الخصوصية للنص و الفتوى بها.

(و لكن يختص هـذه الاربعـة من بين العيوب بانها لو حدثت الى سـنة) ابتداءً (من يوم العقد يثبت لاجلها التخيير بين الرد و الارش). و (هذا هو المشهور) بين العلماء.

(و يدل عليه ما اسـتفيض) من الرواية (عن مولانا ابى الحسن الرضا عليه السلام ففى رواية على بن اسباط عنه) عليه السلام (فى حديث خيار الثلاثـة) فى الحيوان هكـذا، قال سـمعته عليه السـلام يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى، و فى غير الحيوان ان يتفرقا، و (ان احداث السنة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵

ترد بعد السـنة، قلت و ما احداث السـنة؟ قال: الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه.

و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال فى أربعة اشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص.

و فى روايـة اخرى له عنه عليه السـلام، قـال ترد الجاريـة مع اربع خصال من: الجنون و الجـذام و البرص و القرن و الحدبـة، هكـذا فى التهذيب.

و فى الكافى القرن: الحدبة، الا انها تكون فى الصدر تدخل الظهر و

ترد بعد السـنة، قلت و ما احداث السـنة؟ قال: الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه) و على هذا فقوله عليه السلام «بعد السنة» اى فى السنة.

(و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال) قال عليه السلام (فى أربعة اشياء خيار سنة: الجنون و الجذام و القرن و البرص).

(و فى روايـة اخرى له) اى لاـبن فضال (عنه عليه السـلام، قال: ترد الجاريـة مع اربع خصال، من: الجنون و الجـذام و البرص و القرن و الحدبة) بفتح الحاء المهملة و الدال (هكذا) رواه (فى التهذيب) باتيان واو العطف على الحدبة.

(و) لكن (فى الكافى) هكذا روى الرواية (القرن الحدبة، الا انها) اى الحدبة (تكون فى الصدر تدخل الظهر و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۶

تخرج الصدر، انتهى.

و مراده ان الحدب ليس خامسا لها، لان القرن يرجع الى حدب فى الفرج.

لكن المعروف انه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطى.

و فى الصحيح عن محمد بن على، قيل و هو مجهول و احتمل بعض كونه الحلبى عنه عليه السلام، قال: يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن،

تخرج الصدر، انتهى) كلام الكافى.

(و مراده) اى الكافى من هذا التفسير (ان الحدب ليس خامسا لها) و يدل عليه قوله عليه السلام- فى اوّل الرواية- من اربع خصال، فتفسير القرن بالحدبة انما هو (لان القرن يرجع الى حدب فى الفرج) فذكر الحدبة فى الرواية- سواء كان مع الواو كما فى بعض النسخ، او بدون الواو كما فى نسخ اخرى- من باب عطف البيان.

(لكن) هذا العطف مشكل.

اذ (المعروف انه) اى القرن (عظم فى الفرج كالسن) فى الفم (يمنع الوطى) فلا حدبة فى ذات الفرج، الا ان يقال ان الحدبة فى الصدر أيضا عبارة عن العظام التى تقوس الصدر فالحدبة أيضا عظم.

(و فى الصحيح عن محمد بن على، قيل و هو مجهول، و احتمل بعض) و هو الاردبيلى (كونه الحلبى) و على هذا لا يكون مجهولا (عنه عليه السلام، قال: يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۷

قال: قلت: و كيف يرد من احداث فقال هذا اوّل السنة يعنى المحرم، فاذا اشتريت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة، رددت على صاحبه.

و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام، مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور، فيمكن ان يدعى معارضتها لباقى الاخبار المتقدمة

و من هنا استشكل المحقق الاردبيلى فى الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد، كما ذكره فى الحدائق ردّا على الاردبيلى ره.

قال: قلت: و كيف يرد من احداث) السنة، و مراد السائل معنى احداث السنة (فقال) عليه السلام (هذا اوّل السنة يعنى المحرم، فاذا اشتريت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة، رددت) المملوك (على صاحبه).

(و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام، مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور) لانه هو الظاهر من قوله عليه السلام: من احداث السنة عرفا، و من المعلوم ان المفهوم منه حينئذ عدم وجود عيب آخر بهذه المنزلة (فيمكن ان يدعى معارضتها لباقى الاخبار المتقدمة) الدالة على كون الجذام أيضا من احداث السنة.

(و من هنا) حيث ظهر التعارض (استشكل المحقق الاردبيلى فى الجذام) و هل انه يرد به، أم لا؟ (و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد، كما ذكره فى الحدائق ردّا على الاردبيلى ره).

فان مفهوم الصحيحة يقول: لا عيب آخر غير الثلاثة، و منطوق تلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۸

الا ان یرید ان التعارض یشبه تعارض المطلق و المقید فی وجوب العمل بما لا یجری فیه احتمال یجری فی معارضه.

و هو هنا احتمال سهو الراوی فی ترک ذکر الجذام فانه اقرب الاحتمالات المتطرقهٔ فی ما نحن فیه.

الروایات یقول ان هناک عیبا واحدا آخر، فیقید المفهوم بالمنطوق، هذا هو مراد الحدائق.

لکن الشیخ رحمه الله کانه فهم منه ان المراد من المقید مثل «رقبهٔ مؤمنهٔ» و لذا نفاه- فتأمل-.

(الا ان یرید) الحدائق (ان التعارض یشبه تعارض المطلق و المقید فی وجوب العمل بما لا یجری فیه احتمال یجری فی معارضه).

فان المطلق یجری فیه احتمال ان یکون عدم ذکر القید من باب کون کلام المطلق فی مقام بیان الحکم فی الجملهٔ، او انه اعتمد علی القرائن الداخلیهٔ و الخارجیهٔ و هذا الاحتمال لا یجری فی المطلق، و لذا یحمل المطلق علی المقید.

(و هو) ای الاحتمال الّذی یجری فی المطلق دون المقید (هنا) فی عدم ذکر الجذام، و ذکره (احتمال سهو الراوی فی ترک ذکر الجذام) مع انه ذکره الامام علیه السلام عند ذکر الحدیث (فانه اقرب الاحتمالات المتطرقهٔ فی ما نحن فیه) مثل احتمال زیادهٔ الراوی الجذام فی تلک الروایات، و احتمال ان یکون الحکم فی الجذام فی تلک الروایات من باب استحباب قبول البائع، لا من باب الخیار، او ان هذه الصحیحهٔ لیست

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹

و یمکن ان یکون الوجه فی ترک الجذام فی هذه الروایهٔ انعتاقها علی المشتری بمجرد حدوث الجذام، فلا معنی للرّد.

و حینئذ فیشکل الحکم بالردّ فی باقی الاخبار.

و وجّهه فی المسالک بان عتقه علی المشتری موقوف علی ظهور الجذام بالفعل.

فی مقام التحدید، الی غیرها.

و لکن لا یخفی ان السید الطباطبائی قال فی تعلیقته: ان الروایهٔ مذکورهٔ فیها الجذام، و ان الاردبیلی رحمه الله لم یستشکل فی الجذام، فکلام المکاسب- علی ما ذکره الطباطبائی رحمه الله- یحتاج الی المراجعهٔ.

(و یمکن ان یکون الوجه فی ترک الجذام فی هذه الروایهٔ) انه لا مجال لرد المجذوم اصلا.

و ذلک ل (انعتاقها) ای الرقبهٔ (علی المشتری بمجرد حدوث الجذام فلا معنی للردّ) اذ لا موضوع له، فانه قد ورد النص و الفتوی بان العبد اذا اجذم انعتق.

(و حینئذ) ای حین کان لا معنی للرد بالجذام (فیشکل الحکم بالرد فی باقی الاخبار).

(و وجّهه) ای کیف یرد العبد بالجذام و الحال انه ینعتق فلا مورد للرد (فی المسالک بان عتقه علی المشتری موقوف علی ظهور الجذام بالفعل) و اما ردّه بالعیب فلا یحتاج الی الظهور، بل تکفی مادهٔ الجذام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰

و یکفی فی العیب الموجب للخیار وجود مادته فی نفس الامر، و ان لم یظهر، فیکون سبب الخیار مقدما علی سبب العتق، فان فسخ، انعتق علی البائع، و ان امضی، انعتق علی المشتری.

و فیه أولا ان ظاهر هذه الاخبار ان سبب الخیار ظهور هذه الامراض لانه المعنی بقوله: فحدث فیه هذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجهٔ

و علیه فما دلّ علی ان المجذوم یعتق یقول: اذا ظهر الجذام.

و الّذی یقول: ان المجذوم یرد، یرید انه اذا حصلت فیه مادة الجذام فلا تعارض بین الروایتین، لانه اذا کانت المادة فقط، یردّ، اما اذا ظهر الجذام فیعتق.

(و) الحاصل انه (یکفی فی العیب الموجب للخیار وجود مادته فی نفس الامر) و الواقع (و ان لم یظهر، فیکون سبب الخیار مقدما علی سبب العتق) فاذا عرف المشتری ان فیه مادة الجذام حق له ان یفسخ (فان فسخ) ثم ظهر الجذام عند البائع (انعتق علی البائع) لان الجذام ظهر فی ملکه (و ان امضی) المشتری و لم یفسخ، حتی ظهر الجذام عند المشتری (انعتق علی المشتری) انتهی جمع المسالک بین الروایتین.

(و فیه أولا ـ ان ظاهر هذه الاخبار) المثبتة للخیار بالجذام (ان سبب الخیار ظهور هذه الامراض، لانه المعنی بقوله: فحدث فیه هذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجة) فلیس الموجب موادّ هذه الامراض کما قاله الشهید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱

و لو لا ذلک لکفی وجود موادها فی السنة، و ان تأخر ظهورها عنها و لو بقلیل، بحیث یکشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة.

و هذا مما لا ـ اظن احدا یلتزمه، مع انه لو کان الموجب للخیار هی مواد هذه الامراض، کان ظهورها زیادة فی العیب حادثة فی ید المشتری فلتکن مانعة من الرد، لعدم قیام المال بعینه حینئذ، فیکون فی التزام خروج هذه العیوب من عموم کون النقص الحادث مانعا

(و لو لا ذلک) الّذی ذکرناه من ان العبرة حدوث هذه الامراض (لکفی وجود موادها فی السنة، و ان تأخر ظهورها) ای ظهور هذه الامراض (عنها) ای عن السنة (و لو بقلیل، بحیث یکشف) ظهورها بعد السنة بقلیل (عن وجود المادة قبل انقضاء السنة) او علمنا وجود المادة قبل انقضاء السنة من دلیل آخر.

(و هذا) ای کفایة الظهور بعد السنة بقلیل فی الخیار (مما لا اظن احدا یلتزمه) اذ النص و الفتوی تطابقا علی لزوم الظهور فی السنة.

اللهم الا ـ ان یقال: ان انحصار المواد مع الظهور فی السنة- و لکنه خلاف الظاهر- (مع انه لو کان الموجب للخیار هی مواد هذه الامراض کان ظهورها زیادة فی العیب حادثة فی ید المشتری) لان الظهور عبارة عن انتشار المرض (فلتکن مانعة من الرد، لعدم قیام المال بعینه حینئذ) ای حین الظهور، و قد تقدم ان من شروط الرد بالعیب القدیم عدم حدوث عیب جدید فی ید المشتری- و الزیادة عیب جدید- (فیکون فی التزام خروج هذه العیوب من عموم کون النقص الحادث مانعا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۲

عن الرد تخصیصا آخر للعمومات.

و ثانیا ان سبق سبب الخیار لا یوجب عدم الانعتاق بطروّ سببه، بل ینبغی ان یکون الانعتاق القهری سببه مانعا شرعیا بمنزلة المانع العقلی عن الرد کالموت، و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غیر الجذام

عن الرد).

فهناک دلیل یقول: ان النقص الحادث مانع عن الرد، و دلیل ثان یقول: بان موادّ هذه الامراض توجب الرد، و ان زادت- بالظهور- فی ید المشتری، فیکون دلیل هذه العیوب (تخصیصا آخر للعمومات) اذ هذا الدلیل یخصص عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- أولا- و دلیل: ان العیب مانع عن الرد بالعیب القدیم- ثانیا- و زیادة التخصیص خلاف الاصل.

اما اذا قلنا بان ظهور هذه الامراض یوجب الرد، فهو تخصیص واحد- هو التخصیص الاوّل فقط-.

(و ثانیا ان سبق سبب الخیار) علی سبب الانعتاق (لا یوجب عدم الانعتاق) للعبد (بطروّ سببه) ای سبب الانعتاق فاذا اجتمعا قدم سبب الانعتاق (بل ینبغی ان یکون الانعتاق القهری سببه) و هو الجذام (مانعا شرعیا) عن الردّ فیکون (بمنزلة المانع العقلی عن الرد

کالموت).

فاللازم اما ان نقول: بالرجوع الی بدل الرد- و هو الارش ان کان هناک ارش-

او نقول انه یرد لکن حیث لا یتمکن من ردّ العین یرجع الی رد بـدله- و هو القیمـۀ- (و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غیر الجذام) مثل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۳

فلا اظن احدا یلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البیع، خصوصا مع بناء العتق علی التغلیب.

هذا و لکن رفع الید عن هذه الاخبار الکثیرة المعتضدة بالشهرة المحققة و الاجماع المدعی فی السرائر و الغنیة، مشکل، فیمکن العمل بها فی موردها.

تنکیل المولی به (فلا اظن احـدا یلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البیع) بل الانعتاق یحصل و یکون للمشتری الرد برد القیمۀ، او الارش، کما ذکرنا (خصوصا مع بناء العتق علی التغلیب) فانه فهم من الادلـۀ الشرعیۀ ان التشبث القلیل بالحریـۀ موجب للانعتاق حتی فی مال الناس فکیف بما اذا کان مال نفسه، و له حق الفسخ.

(هذا و لکن رفع الید عن هذه الاخبار الکثیرة المعتضدة بالشهرة المحققة و الاجماع المدعی فی السرائر و الغنیۀ) علی ان الجذام أیضا من اسباب ردّ العید فی جملۀ احداث السنۀ (مشکل).

فلا یمکن ان نقول: بان العبـد اذا اجذم صار حرّا، فلا ردّ له، بل اللازم ان نقول: ان العبد اذا اجذم کان للمشتری حق الردّ، و لم یصبح حرّا.

و لاـ یخفی ان قوله «و لکن» اشکال علی رد المصـنف علی الشـهید بقوله «و ثانیا» (فیمکن العمل بها) ای باخبار ردّ العبـد من الجـذام (فی موردها) ای احداث السنۀ بان نقول: ان الجذام مطلقا یوجب انعتاق العبد، الا فی مورد کان فی ضمن السنۀ، فانه لا ینعتق العبد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴

او الحکم من اجلها بان تقدم سبب الخیار یوجب توقف الانعتاق علی امضاء العقد و لو فی غیر المقام

ثم

حینئذ، بل للمشتری حق رده علی البائع (او الحکم) ای ان نحکم (من اجلها) ای من اجل اخبار احداث السـنۀ (بان تقدم سـبب الخیار) و هو مادۀ الجذام علی الجذام الّذی هو سبب الانعتاق (یوجب توقف الانعتاق علی امضاء العقد).

فاذا امضی المشتری العقد انعتق، و اذا لم یمض، لم ینعتق، بل ردّه الی البائع (و لو فی غیر المقام) ای غیر مقام احداث السنۀ.

مثلا: اذا اشتری عبدا و جعل لنفسه الخیار الی سنتین، او کان المشتری مغبونا فیه ثم اجذم العبد بعد السنۀ.

فان امضی المشتری العقد انعتق و ان لم یمض العقد کان له ردّه الی البائع، و قوله «و لو» متعلق ب «یوجب».

(ثم) الظـاهر انه لاـ فرق بین الجنون الادواری و الاطباقی و الخفیف و الثقیل، و کـذا فی سائر الاحـداث، کما ان سـبب هـذه الامور لو حـدث فی اثناء السـنۀ، کما لو وقع العبد من مکان مرتفع فحدث فیه الجنون- بان لم تکن مادۀ هذه الامور موجودۀ فیه فی حال البیع- ففی الخیار و عدمه احتمالان: من اطلاق الروایات و من ظاهر بعض الفقهاء، علی ان الخیار انما هو لاجل وجود مادۀ هذه الامراض فی العبد من قبل بالإضافۀ الی انصراف الروایات الی وجود المادۀ من قبل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵

لو فسخ المشتری فانعتاقه علی البائع موقوف علی دلالـۀ الـدلیل علی عـدم جواز تملک المجذوم، لا ان جذام المملوک یوجب انعتاقه

بحیث یظهر اختصاصه بحدوث الجذام فی ملکه.

ثم ان زیادة القرن لیس فی کلام الاکثر، فیظهر منهم العدم، فنسبة المسالک الحکم فی الاربعة الی المشهور کانه لاستظهار ذلک من ذکره

و منه یظهر الاشکال فیما لو ظهر الحدث بعد السنة لکن علمنا بان المادة کانت موجودة عند البائع، لکن الظاهر ان هنا یکون الخیار لوجود العیب اذ العبد الّذی یوجد فیه هذه المادة معیوب ف (لو فسخ المشتری) بعد جذام العبد عنده (ف) هل یعتق علی البائع، أم لا؟ نقول ان (انعتاقه علی البائع موقوف علی دلالة الدلیل علی عدم جواز تملک المجذوم) ای ان یفهم من دلیل انعتاق المجذوم انه اعم من ان یجذم عند المالک، او یدخل فی ملکه و هو اجذم (لا) ان یفهم من الدلیل (ان جذام المملوک یوجب انعتاقه بحیث یظهر اختصاصه) ای دلیل انعتاق المجذوم (بحدوث الجذام فی ملکه).

اما اذا فهم من الدلیل ذلک، فلا ینعتق لانه لم یجذم فی ملک البائع، بل دخل فی ملکه و هو اجذم.

(ثم ان زیادة القرن) علی الثلاثة (لیس فی کلام الاکثر، فیظهر منهم العدم) لانهم فی مقام بیان احداث السنة لم یذکروا الا ثلاثة- فی مقام التحدید- (فنسبة المسالک الحکم فی) جمیع (الاربعة الی المشهور کانه لاستظهار ذلک) ای الشهرة فی الاربعة (من ذکره) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶

فی الدروس ساکتا عن الخلاف فیه.

و عن التحریر نسبه الی ابی علی، و فی مفتاح الکرامة انه لم یظفر بقائل غیر الشهیدین و ابی علی.

و من هنا تأمل المحقق الاردبیلی من عدم صحة الاخبار، و فقد الانجبار.

ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار- علی وجه یبعد التقید فیها- شمول الحکم لصورة التصرّف لکن المشهور تقید الحکم بغیرها

الاربعة (فی الدروس ساکتا عن الخلاف فیه) مع ان من عادة الدروس ذکر المخالف.

(و عن التحریر نسبه) ای کون القرن من احداث السنة (الی ابی علی، و) لکن (فی مفتاح الکرامة انه لم یظفر بقائل غیر الشهیدین و ابی علی)

(و من هنا) ای عدم وجود القائل بذلک الا الثلاثة فقط (تأمل المحقق الاردبیلی) فی کون القرن من احداث السنة (من) جهة (عدم صحة الاخبار، و فقد الانجبار) بشهرة، او نحوها.

لکن لا یخفی ان حجیة بعض الروایات کافیة فی العمل بها، و لعل عدم ذکرهم للقرن للاجمال فی معناه و الله العالم.

(ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار- علی وجه یبعد التقید فیها- شمول الحکم) بالخیار و الرد (لصورة التصرّف).

و ذلک لان من المستبعد جدا ان الانسان لا یتصرف فی العبد المشتری ما یقارب السنة (لکن المشهور تقید الحکم) بالردّ (بغیرها) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷

و نسب إلیهم جواز الارش قبل التصرّف، و تعینه بعده، و الاخبار خالیة عنه و کلاهما مشکل، الا ان الظن من کلمات بعض عدم الخلاف الصریح فیهما.

لکن کلام المفید قدس سرّه مختص بالوطی، و الشیخ و ابن زهرة لم یذکرا التصرف و لا الارش

بغیر صورة التصرف (و نسب إلیهم جواز الارش) او الرد (قبل التصرّف) فان لم یکن تصرف المشتری فی العبد، فظهر فیه احد العیوب السابقة کان له ان یرد او ان یأخذ الارش (و تعینه) ای الارش (بعده) ای بعد التصرف، لان التصرف یسقط الرد کما تقدم (و الاخبار

خالیة عنه) ای عن هذا التفصیل (و کلاهما) ای تقیید الاخبار بصورة عدم التصرف، و الحکم بالارش- قبل التصرف تخییرا، و بعد التصرف تعیینا- (مشکل).

اما الاشکال فی الاول فلما عرفت من انه بعید.

و اما الاشکال فی الثانی: فلانه لم یذکر الارش فی الاخبار مطلقا فکیف یقال به- خصوصا بهذا التفصیل قبل التصرف و بعد التصرف- (الا ان الظن من کلمات بعض) الاعلام (عدم الخلاف الصریح فیهما) ای فی الحکمین، و هما تقیید الاخبار، و الحکم بالارش- علی التفصیل المذکور-

(لکن کلام المفید قدس سره مختص بالوطی) و انه اذا وطئ الامة ثم ظهر فیها احد العیوب الاربعة سقط حق الرد، و الظاهر من التخصیص بالوطء ان سائر التصرفات لا تسقط الرد (و الشیخ و ابن زهرة لم یذکرا) حکم (التصرف) و هل انه مسقط للرد، أم لا؟ (و لا الارش) فکیف یمکن ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸

نعم ظاهر الحلّی: الاجماع علی تساویها مع سائر العیوب من هذه الجهة، و ان هذه العیوب کسائر العیوب فی کونها مضمونة، الا ان الفارق ضمان هذه اذا حدثت فی السنة بعد القبض و انقضاء الخیار.

و لو ثبت ان اصل هذه الامراض تکمن قبل سنة من ظهورها، و ثبت ان اخذ الارش للعیب الموجود قبل العقد، او القبض مطابق للقاعدة.

یدعی بعض الاعلام عدم الخلاف الصریح فی الحکمین.

(نعم ظاهر الحلّی: الاجماع علی تساویها مع سائر العیوب من هذه الجهة) ای جهة اسقاط التصرف للخیار و الارش (و ان هذه العیوب) الاربعة (کسائر العیوب فی کونها مضمونة) علی البائع ردا و ارشا (الا ان الفارق) بین هذه العیوب الاربعة و سائر العیوب (ضمان هذه) العیوب الاربعة (اذا حدثت فی السنة بعد القبض و انقضاء الخیار) ایّ خیار کان، بینما ضمان البائع لسائر العیوب انما هو فیما اذا حدثت قبل القبض او فی زمان خیار المشتری.

(و) الّذی یمکن ان یقال- من جهة الارش و عدمه-: انه (لو ثبت ان اصل هذه الامراض تکمن قبل سنة من ظهورها) حتی یکون العبد معیوبا عند البائع لان فیه مادة المرض (و ثبت ان اخذ الارش للعیب الموجود قبل العقد، او) قبل (القبض) او فی زمان خیار المشتری (مطابق للقاعدة) العامة، حیث ان البائع اعطی اقل من مقدار الثمن، فاللازم علیه ان یرجع فاضل الثمن، فلا یحتاج الارش الی دلیل خاص فی کل مورد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹

ثبت الارش هنا بملاحظة التعیّب بمادة هذه الامراض الکامنة فی المبیع لا بهذه الامراض الظاهرة فیه، قال- فی المقنعة-: و یرد العبد و الامة من الجنون و الجذام و البرص ما بین ابتیاعها و بین سنة واحدة، و لا یردان بعد سنة.

و ذلک ان اصل هذه الامراض یتقدم ظهورها بسنة و لا یتقدم بازید، فان وطئ المبتاع الامة فی هذه السنة لم یجز له

(ثبت الارش هنا) ای فی هذه العیوب الاربعة (بملاحظة التعیّب) فی العبد (بمادة هذه الامراض الکامنة فی المبیع) عند البائع (لا بهذه الامراض الظاهرة فیه) حتی یقال: ان ظهور المرض لم یکن عند البائع و لا بعد القبض فی زمان خیار المشتری، فلا ارش، بل یقال: ان المادة کانت موجودة عند البائع، و هی عیب، فللمشتری الارش.

و یشهد لتقدم مادة هذه الامراض ما ذکره المفید، فانه رحمه الله (قال- فی المقنعة-: و یرد العبد و الامة من الجنون و الجذام و

البرص) اذا حدثت (ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة، و لا يردان) اى العبد و الامة اذا ظهرت (بعد سنة).
(و) انما يكون (ذلك) لاجل (ان اصل هـذه الامراض يتقـدم ظهورها بسـنة) فالمادة موجودة قبل الظهور بسـنة (و لا يتقـدم بازيد) من سنة، فاذا ظهرت بعد سنة من البيع لم يكن خيار للمشترى، لان المادة تكونت فى ملك المشترى.
(فان وطئ المبتاع الامة فى هذه السنة) ثم ظهر العيب (لم يجز له

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۰

ردّها، و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى.
و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة.
و لذا اورد عليه فى السرائر ان هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع، فلا يصح البيع.
و يمكن ان يريد به ما ذكرنا من إرادة موادّ هذه الامراض.

ردّها) لان الوطء مانع عن الردّ (و كان له) اى للمشترى (قيمته) اى قيمة العيب (ما بينها صحيحة و سقيمة) اى بالنسبة (انتهى).
(و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة) لانه قال «اصل هذه الامراض».
(و لـذا) الّـذى ظاهر المقنعـة ذلك (او رد عليه فى السـرائر) ب (ان هـذا) الكلام ان تمّ فهو (موجب لانعتاق المملوك على البائع) لان الجذام و ما اشبه يوجب عتق المملوك (فلا يصح البيع) اصلا.
(و يمكن ان يريـد به) اى بقوله «اصل هـذه الامراض» (ما ذكرنا من إرادة موادّ هذه الامراض) لا نفسـها و هناك فرق بين المادة و بين نفس الشيء.
ثم انه لو حـدثت هـذه الامراض عند المشترى و برئ العبد قبل رده، فهل له الرد، أم لا؟ احتمالان- كما تقدم شـبه ذلك فى كل عيب يرتفع قبل اخذ المشترى بالخيار-.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱

خاتمة فى عيوب متفرقة،

قال فى التذكرة: ان الكفر ليس عيبا فى العبد و لا الجارية.
ثم استحسن قول بعض الشافعية بكونه عيبا فى الجارية اذا منع الاستمتاع، كالتمجس و التوثن، دون التهوّد و التنصّر.
و الاقوى كونه موجبا للردّ فى غير المجلوب و ان كان أصـلا فى المماليك الا ان الغالب فى غير المجلوب الاسـلام، فهو نقص موجب لتنفر الطباع

(خاتمـة فى عيوب متفرقـة، قـال فى التـذكرة: ان الكفر ليس عيبا فى العبـد و لا الجاريـة) لانه ليس بنقص فى العين، و لا يوجب نقص القيمة- غالبا- اللهم الا اذا كان فى مكان يوجب نقص القيمة.
(ثم اسـتحسن) العلامة (قول بعض الشافعية بكونه عيبا فى الجارية اذا) كان الكفر كفرا (منع) شـرعا عن (الاستمتاع، كالتمجس) اذا قلنا بان المجوسى ليس من اهل الكتاب، و الا كان حاله حال اليهودى و النصرانى (و التوثن، دون التهوّد و التنصّر) لانه يجوز و طيهما، بل و نكاحهما دواما و انقطاعا.
(و الاقوى) التفصـيل و (كونه) اى الكفر (موجبا للردّ فى غير المجلوب) من بلاد الكفر، بل ربّى فى بلاد الاسـلام، لان مثله مسـلم غالبا

(و ان کـان) الکفر (أصـلا فی الممالیـک) لان الکافر هو الّذی یسترق، دون المسـلم (الا ان الغالب فی غیر المجلوب الاسـلام) فقـدم الغالب علی الاصل لما تقدم فی صورة تعارضهما کالبکارة و الثیبوبة فی الامة (فهو نقص موجب لتنفر الطباع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۲

عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن کثیر من الاستخدامات.

نعم: الظاهر عدم الارش فیه، لعدم صدق العیب علیه عرفا و عدم کونه نقصا او زیادة فی اصل الخلقة.

و لو ظهرت الامة محرّمة علی المشتری برضاع او نسب، فالظاهر عدم الردّ به، لانه لا یعد نقصا بالنوع و لا عبرة بخصوص المشتری.

و لو ظهر ممن ینعتق علیه، فکذلک کما فی التذکرة، معللا بانه لیس نقصا عند کل الناس، و عدم نقص مالیته عند

عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن کثیر من الاستخدامات) المتوقفة علی الطهارة، کالغسل و الطبخ و نحوهما.

(نعم: الظاهر عـدم الارش فیه، لعدم صدق العیب علیه عرفا) حتی تکون قیمة المعیب اقل (و عدم کونه نقصا او زیادة فی اصل الخلقة) المستتبع لنقص القیمة، و الحاصل انه لا نقص فی قیمته فلا ارش له.

(و لو ظهرت الامة محرّمة علی المشتری برضاع او نسب) او مصاهرة (فالظاهر عدم الردّ به، لانه لا یعد نقصا بالنوع).

و المعیار فی العیب النقص النوعی لا بالنسـبة الی خصوص المشتری لاجل فوات غرض له، فانه لیس بعیب حتی یکون له حکم العیب (و لا عبرة بخصوص المشتری).

(و) کذا (لو ظهر) العبد (ممّن ینعتق علیه) کالعمودین (فکذلک) ای ان الظاهر عدم الردّ (کما فی التذکرة، معلّلا) عدم الرد (بانه لیس نقصا عند کل الناس) لا المشتری و لا غیر المشتری (و عدم نقص مالیته عند

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۳

غیره.

و فی التذکرة: لو ظهر ان البائع باعه وکالة او ولایة او وصایة او امانة ففی ثبوت الردّ لخطر فساد النیابة احتمال.

اقول: الاقوی عدمه، و کذا لو اشتری ما علیه اثر الوقف.

نعم لو کان علیه أمارة قویة لم یبعد کونه موجبا للرد، لقلّة رغبة الناس فی تملک مثله، و تأثیر

غیره) ای غیر المشتری و نقص مالیته عند المشتری لا یوجب الخیار.

(و) قال (فی التـذکرة: لو ظهر ان البائع باعه) المتاع (وکالـة او ولایـة او وصایـة او امانة) بان لم یکن المتاع ملکا له (ففی ثبوت) الخیار ب (الردّ لخطر فسـاد) البیع، لفسـاد (النیابـة) بان یظهر بعـد ذلک ان البائع کان فضولا، لا وکیلا و ما اشـبه (احتمال) فقاعـدة: لا ضـرر، تقول ان البیع لیس بلازم، و منه یظهر انه لو تبین ان البائع کان فضولا کان للمشتری حق الفسخ.

(اقول: الاقوی عـدمه) لاصالـة الصـحّة فی عمل المسـلم، و احتمال الفساد مما لا یعتنی به العقلاء (و کـذا) الاقوی انه لا خیار فیما (لو اشتری ما علیه اثر الوقف) لاصالة عدم الوقف.

(نعم لو کان علیه أمارة قویة) کما لو کان مکتوبا علی الفراش، او الظرف انه وقف للحسـین علیه السـلام، او کانت البنایة منذ عشـرات السـنوات تعامل معاملة الوقف، کالمدرسة و الحسـینیة و المسجد بدون دلیل شـرعی یقتضـی انه وقف (لم یبعد کونه موجبا للرد، لقلّة رغبة الناس فی تملک مثله، و تأثیر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴

ذلک فی نقصان قیمته عن قیمة اصل الشیء- لو خلیّ و طبعه- اثرا بیّنا

و ذکر فی التذکرة: ان الصیام و الاحرام و الاعتداد لیست عیوبا.

اقول: اما عدم ایجابها الارش فلا اشکال فیه.

و اما عدم ایجابها الرد، ففیه اشکال اذا فات بها الانتفاع فی مدة طویلة، فانه لا ینقص عن ظهور المبیع مستأجرا.

و قال أیضا: اذا کان المملوک نمّاما او ساحرا او قاذفا للمحصنات او شاربا للخمر او مقامرا ففی کون هذه عیوبا اشکال، اقربه العدم.

ذلک) ای تأثیر قلة الرغبة (فی نقصان قیمته عن قیمة اصل الشیء- لو خلّی و طبعه-) ای بدون وجود اثر الوقف علیه (اثرا بیّنا) و مثل ذلک عیب بلا اشکال.

(و ذکر) العلامة (فی التذکرة: ان الصیام و الاحرام و الاعتداد لیست عیوبا) اذا کان العبد المشتری متصفا بها.

(اقول: اما عدم ایجابها الارش فلا اشکال فیه) اذا لم یوجب نقصا فی القیمة، و الا فلا اشکال فی ان فیه الارش.

(و اما عدم ایجابها الرد، ففیه اشکال) بل اللازم ان نقول: ان له الرد أیضا (اذا فات بها) ای بهذه الاعمال (الانتفاع فی مدة طویلة فانه لا ینقص عن ظهور المبیع مستأجرا) فکما ان له الرد، کذلک هنا.

(و قال) العلامة (أیضا: اذا کان المملوک نمّاما او ساحرا او قاذفا للمحصنات او شاربا للخمر او مقامرا ففی کون هذه عیوبا اشکال، اقربه العدم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۵

و قال لو کان الرقیق رطب الکلام او غلیظ الصوت او سیّئ الادب او ولد زنا او مغنیا او حجاما او اکولا او زهیدا، فلا ردّ و تردّ الدابة بالزهادة

و کون الامة عقیما لا یوجب الرد، لعدم القطع بتحققه فربما کان من الزوج او لعارض، انتهی.

و مراده: العارض الاتفاقی لا المرض العارضی، قال فی التذکرة فی آخر ذکر موجبات الردّ و الضابط ان الرد

لکن الظاهر اختلاف الزمان و المکان فی امثال هذه الامور، فاذا کانت عیبا عند العرف فاللازم القول بالردّ و الارش.

(و قال) العلامة (لو کان الرقیق رطب الکلام) بمعنی کثرة قذفه البصاق عند التکلم، او انه یتکلم بکل ما اراد، فلا یجف لسانه عن التکلم (او غلیظ الصوت او سیّئ الادب او ولد زنا) او زانیا او سارقا (او مغنیا او حجّا ما او اکولا او زهیدا) فی الاکل (فلا ردّ) اذا لم تکن هذه عیوبا عند العرف، و الا کان له الرد (و ترد الدابة بالزهادة) فی الاکل لانها تؤثر فی قوتها و عملها.

(و کون الامة عقیما لا یوجب الرد لعدم القطع بتحققه) منها (فربما کان من الزوج او لعارض) خارجی، لا لانها عقیمة، و هذا من باب الشک فی الموضوع لا الاشکال فی الحکم، و منه یظهر انه لو تبین عقمها قطعا کان له الردّ (انتهی).

(و مراده: العارض الاتفاقی) الّذی لا یوجب کونه عیبا (لا المرض العارضی) الّذی یوجب تعیبها.

و (قال فی التذکرة فی آخر ذکر موجبات الردّ و الضابط ان الرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶

یثبت بکل ما فی المعقود علیه من منقص القیمة، او العین نقصا یفوت به غرض صحیح، بشرط ان یکون الغالب فی امثال المبیع عدمه، انتهی.

یثبت بکل ما فی المعقود علیه من منقص القیمة، او) منقص (العین نقصا یفوت به غرض صحیح، بشرط ان یکون الغالب فی امثال المبیع عدمه) و الا فمجرّد فوت الغرض لا یوجب نقصا حتی یثبت الخیار (انتهی) کلام التذکرة.

<>

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷

القول فی الارش

[الأرش لغة و اصطلاحا]

اشارة

و هو لغة- کما فی الصحاح، و عن المصباح- دیة الجراحات.

و عن القاموس: انه الدیة.

و یظهر من الاولین انه فی الاصل اسم للفساد.

و یطلق فی کلام الفقهاء علی مال یؤخذ بد لا عن نقص مضمون فی مال او بدن، و لم یقدر له فی الشرع مقدر.

[کلام الشهید فی معنی الأرش]

و عن حواشی الشهید قدس سره انه یطلق بالاشتراک

(القول فی الارش) موضوعا و حکما (و هو لغة- کما فی الصحاح، و عن المصباح- دیة الجراحات) سواء کانت مقدرة شرعا، او لا، بل بنظر الحاکم الشرعی.

(و عن القاموس: انه الدیة) فیشمل دیة قتل النفس.

(و یظهر من الاولین) و هما الصحاح و المصباح (انه فی الاصل) قبل تنوع استعماله فی معانی متعددة (اسم للفساد) ثم اطلق علی ثمن الفساد، من باب علاقة السبب و المسبب.

(و یطلق) الارش (فی کلام الفقهاء علی مال یؤخذ بد لا عن نقص مضمون فی مال او بدن) کارش نقص قیمة المبیع او نقص حاصل فی البدن من الجراحة (و) الحال انه (لم یقدر له فی الشرع مقدر) خاص، لانه اذا کان له مقدر خاص سمّی دیة، فیقال دیة القتل، و لا یقال ارش القتل و قوله «لم یقدر» صفة «مال».

(و عن حواشی الشهید قدس سرّه انه) ای الارش (یطلق بالاشتراک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸

اللفظی علی معان.

منها: ما نحن فیه.

و منها: نقص القیمة لجنایة الانسان علی عبد غیره فی غیر المقدّر الشرعی.

و منها: ثمن التالف المقدر شرعا بالجنایة، کقطع ید العبد.

اللفظی علی معان) متعددة.

(منها: ما نحن فیه) ای ارش عیب المبیع.

(و منها: نقص القیمـة لجنایـة الانسان علی عبـد غیره) فانه بمقـدار نقص العبـد یلزم علی الجانی اعطاء ثمن ذلک الی مالک العبد (فی غیر المقدّر الشرعی) اما فی المقدر فیسمی دیة لا ارشا- کما تقدم-.

(و منها: ثمن التالف المقـدر شـرعا بالجنایـة، کقطع ید العبد) فان قدره الشـرعی نصف قیمة العبد، کما ان فی قطع ید الحرّ خمسـمائة دینار، نصف الألف الّذی هو دیة الحرّ.

و النسـبة بین هـذا المعنی و معنی نقص القیمـة لجنایة الانسان علی عبد غیره عموم من وجه، لان ذاک النقص یلاحظ من جهة تفاوت النسبة بین العبد صاحب الید، و العبد مقطوع الید.

و هذا النقص یلاحظ بنسبة النصف- فی قطع الید- الی قیمة العبد.

مثلا: اذا کان عبد صحیح یسوی مائة دینار، فالمقطوع یده، ربما یسوی خمسین، و ربما ستین، و ربما اربعین- علی ان الارش بمعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹

و منها: اکثر الامرین من المقدر الشرعی و الارش، و هو ما تلف بجنایة الغاصب، انتهی.

و فی جعل ذلک من الاشتراک اللفظی اشارة الی ان هـذا اللفظ قـد اصـطلح فی خصوص کل من هـذه المعانی عنـد الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنی اللغوی.

نقص القیمة لجنایة الانسان علی عبد غیره- بینما ارش الید هو خمسون- علی معنی ثمن التالف المقدر شرعا-.

فاذا قطعت الید فقد یکون الارش بالمعنی الاول اکثر، لان قیمة العبد صار اربعین و قد یکون الارش بالمعنی الثانی اکثر لان قیمة العبد صار ستین، و قد یتساویان، لان قیمة العبد صار خمسین.

(و منها: اکثر الامرین من المقدر الشرعی و الارش و هو ما تلف بجنایة الغاصب)

و المقـدر الشـرعی هو الثالث، و الارش هو الثانی و انما کان اکثر الامرین، لان الغاصب یؤخذ باشق الاحوال- علی ما ذکروا- (انتهی) کلام الشهید.

(و فی جعل) الشهید رحمه الله (ذلک) الاستعمال للارش فی المعانی الثلاثة (من الاشتراک اللفظی) و الحال انه لیس فی اللغة کذلک (اشارة الی ان هذا اللفظ قد اصطلح فی خصوص کل من هذه المعانی عند الفقهاء).

فاللفظ اولا یستعمل فی هذه المعانی بالاصطلاح لا باللغة، و ثانیا انما اصطلح فی هذه المعانی (بملاحظة مناسبتها للمعنی اللغوی) لان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰

مع قطع النظر عن ملاحظـة العلاقـة بین کل منها و بین الآخر، فلا یکون مشترکا معنویا بینهما، و لا حقیقـة و مجازا، فهی کلها منقولات عن المعنی اللغوی، بعلاقة الاطلاق و التقیید.

و ما ذکرناه فی تعریف الارش فهو کلّی انتزاعی عن تلک المعانی کما یظهر بالتأمل.

کـل ارش اصـطلاحی هو قسم من المال المعطی لاجل نقص فی الجسم او المال، و ثالثا انما کان اشتراکا لفظیا لان الاصـطلاح یکون (مع قطع النظر عن ملاحظـة العلاقـة بین کـل منهـا) ای من هـذه المعانی الثلاثـة (و بین الآخر، فلا یکون مشترکا معنویا بینهما) ای بین المعانی و الآخر

و المشترک المعنوی هو ان یکون اللفظ قد وضع لمعنی، و ذلک المعنی یستعمل فی مصادیق ثلاثة، مثل اشتراک الانسان بین الزنجی و الرومی و الآسیوی مثلا، فانه لم یوضع لهـذا مرة و لـذاک مرة، بل وضع لمعنی جامع بین الثلاثـة (و لا) یکون (حقیقـة و مجازا) بان یکون استعماله فی احـدها من بـاب الحقیقـة و فی الآخر من باب المجاز (فهی) ای المعانی الثلاثـة للارش التی ذکرها الشـهید (کلها

منقولات عن المعنی اللغوی، بعلاقهٔ الاطلاق و التقیید) فان المعنی اللغوی مطلق شامل للکل و انتقل اللفظ الی کل مقید مقید، لان المقید قسم من المطلق.

(و ما ذکرناه) من قولنا «و یطلق فی کلام الفقهاء» (فی تعریف الارش فهو کلی انتزاعی عن تلک المعانی) الثلاثهٔ، لان الجامع بین المعانی الثلاثهٔ هو ما ذکرناه (کما یظهر بالتأمل).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۱

و کیف کان فقد ظهر من تعریف الارش انه لا یثبت الا مع ضمان النقص المذکور.

ثم ان ضمان النقص تابع فی الکیفیهٔ لضمان المنقوص

و هو الاصل، فان کان مضمونا بقیمته کالمغصوب و المستام و شبههما- و یسمی ضمان

(و کیف کان) الامر (فقد ظهر من تعریف الارش) حیث قلنا انه بدل عن نقص مضمون (انه لا یثبت الا مع ضمان النقص المذکور) لانه اذا لم یکن ضمان لم یکن ارش، و کانه اراد بهذا الکلام ان کلام الشهید الخالی من الضمان لیس علی ما ینبغی.

(ثم ان ضمان النقص) علی قسمین.

الاول ضمان القیمهٔ، کما اذا تلف مال الغیر فانه یضمن قیمته.

الثانی ضمان العوض- سواء کان اقل من القیمهٔ او اکثر او مساویا- کما اذا باعه شیئا بعشرهٔ، و کان فیه نقص خمس العین، فانه یضمن اثنین سواء کانت قیمته الواقعیهٔ خمسهٔ، او خمسهٔ عشر، او عشرهٔ.

و علیه فضمان النقص (تابع فی الکیفیهٔ) ای کیفیهٔ الضمان (لضمان المنقوص) ای کیف کان ضامنا للمنقوص فهل کان ضامنا لقیمته او ضامنا لعوضه، اذ النقص جزء من الاصل.

فکیفما یکون ضمان الاصل یکون ضمان النقص (و هو) ای المنقوص هو (الاصل، فان کان) الاصل (مضمونا بقیمته کالمغصوب و المستام) و هی البضاعهٔ التی فی سوم البیع، قبل ان یجری علیها العقد (و شبههما) کما اذا جنی علی عبد الغیر، او کسر إناء الغیر (و یسمی) ضمانه (ضمان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۲

الید- کان النقص مضمونا بما یخصه من القیمهٔ اذا وزعت علی الکل، و ان کان مضمونا بعوض بمعنی ان فواته یوجب عدم تملک عوضه المسمی فی المعاوضهٔ و یسمی ضمانه ضمان المعاوضهٔ کان النقص مضمونا بما یخصه من العوض اذا وزع علی مجموع الناقص و المنقوص، لا نفس قیمهٔ العیب.

الید) لان دلیله قوله علیه السلام «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» (کان النقص مضمونا بما یخصه من القیمهٔ) الواقعیهٔ (اذا وزعت) القیمهٔ (علی الکل)

فمثلا: اذا کانت قیمهٔ الکتاب عشرهٔ و کان النقص الوارد علیه یساوی الخمس، فانه یلزم ان یدفع اثنین، اذ العشرهٔ اذا وزعت علی کل الکتاب کان نصیب هذا الجزء المنقوص اثنین (و ان کان) الشیء (مضمونا بعوض بمعنی ان فواته) علی ید الضامن (یوجب عدم تملک عوضه المسمی) ای الّذی سمی (فی المعاوضهٔ).

فمثلا: اذا سمی فی المعاوضهٔ ان الکتاب بخمسهٔ، ففواته فی ید البائع یوجب عدم تملک البائع الخمسهٔ التی هی العوض المسمی للکتاب (و یسمی ضمانه ضمان المعاوضهٔ) لانه ضمان لعوض مذکور، لا بقیمته الواقعیهٔ (کان النقص مضمونا بما یخصه من العوض)

فـاذا سلّم البـائع الكتاب- فى المثال- و قـد نقص خمسه، ضـمن درهما واحـدا، لانه خمس العوض المسـمى (اذا وزع) ذلک العوض (على مجموع النـاقص و المنقوص) منه فـان الخمسـة اذا وزّعت على كـل الكتاب، كان درهم واحـد فى مقابل القـدر الناقص منه لان الناقص الخمس و كانت أربعة دراهم فى مقابل القدر الباقى و هو المنقوص منه (لا) ب (نفس قيمة العيب) عطف على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳

لان الجزء تابع للكل فى الضمان.

و لذا عرف جماعة الارش فى عيب المثمن- فيما نحن فيه- بانه جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح.

«بما يخصه».

فاذا فرضنا ان قيمة الكتاب فى السوق عشرة، و كان الناقص خمسة، لم يضمن البائع الّذى تلف فى يده خمس الكتاب اثنين، بل واحدا فقط- كما ذكرنا- (لان الجزء) الناقص (تابع للكل فى الضمان) الّذى فرض ان قيمته المعاوضية خمسة.

(و لذا) الّذى ذكرنا من ان الضـمان هنا ضمان العوض لا ضمان القيمة (عرف جماعة الارش فى عيب المثمن- فيما نحن فيه- بانه) اى الارش (جزء من الثمن، نسبته إليه) اى الى الثمن (كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح) فالصحيح عشرة، و المعيب ثمانية، و التفاوت الخمس.

فاذا اشتريناه بخمسة، لزم على البائع ان يردّ إلينا واحدا، فان الواحد جزء من الثمن و هى الخمسة، فنسبة الواحد الى الخمسة كنسبة التفاوت و هو الخمس بين الصحيح الّذى هو عشرة و المعيب الّذى هو ثمانية الى الصحيح الّذى هو العشرة اى التفاوت بين الصحيح و المعيب اثنان، فنسبته الى الصحيح و هى العشرة: الخمس، و بهذا القدر اى الخمس نأخذ من الثمن المسمّى الّذى هو الخمسة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۴

و ذلک لان ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة، بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تامّا الى المشترى، فاذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصّه من الثمن، لا بقيمته.

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كاكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلها، الا انها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقرينة ما فيها من ان البائع يردّ على المشترى، و ظاهره

(و ذلک) اى اخذ النسبة الّذى هو الواحد لا التفاوت الواقعى الّذى هو اثنان فى المثال (لان ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة) اى ان البائع ضمن ان يعطى المبيع الّذى عوّض بخمسة (بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تامّا الى المشترى، فاذا فاته) اى البائع (تسليم بعضه) اى خمس المبيع (ضمنه) اى الخمس (بمقدار ما يخصّه من الثمن) الّذى هو خمس الثمن،- و هو دينار واحد- (لا بقيمته) اى قيمة الفائت السوقية، التى هى ديناران.

(نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كاكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب) السوقية (كلها) فالخمس الّذى يجب اعطائه- فى المثال- هو ديناران (الّا انها) اى كلمات الفقهاء و الروايات (محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع) فالغالب ان الانسان يشترى الشيء بقيمته السوقية لا باكثر و لا باقل.

و انما نقول انها محمولة على الغالب (بقرينة ما فيها) اى ما فى الكلمات و الروايات (من ان البائع يردّ على المشترى، و ظاهره) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵

كون المردود شيئا من الثمن الظاهر فى عدم زيادته عليه، بل فى نقصانه

فلو کـان اللازم هو نفس التفاوت لزاد على الثمن فى بعض الاوقات کما اذا اشترى جارية بدينارين و كان معيبها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد فيلزم استحقاق مائة دينار فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقرينة عدم صدق الرد، و الاسترجاع، تعين كون هذا التعبير لاجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن.

ظاهر «يرد» (كون المردود شيئا من الثمن الظاهر) صفة «شيئا» (فى عدم زيادته) اى عدم زيادة المردود (عليه) اى على الثمن (بل) الظاهر (فى نقصانه) اى نقصان المردود عن الثمن.

(فلو كان اللازم) فى المردود (هو نفس التفاوت) بين الصحيح و المعيب (لزاد) المردود (على) تمام (الثمن فى بعض الاوقات) و هذا خلاف ظاهر قولهم: يرد بعض الثمن (كما اذا اشترى جارية بدينارين و كان معيبها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد) كمائة و خمسين (فيلزم استحقاق) المشترى (مائة دينار) و من المعلوم ان المائة ليست جزءا من الثمن، فلا يراد بالارش المائة، بل نسبة التفاوت، فاذا استغرق العيب ثلثى الجارية يلزم ان يرد البائع ثلثى الدينارين الى المشترى (فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا) فى كلماتهم و فى الروايات- الدالة على رد الجزء- (بقرينة عدم صدق الرد، و) عدم صدق (الاسترجاع، تعين كون هذا التعبير) اى قولهم: ردّ قيمة العيب (لاجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن) كله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶

فاذا بنى الامر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة.

و قد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان فى الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب.

(فاذا بنى الامر) فى قولهم: يردّ التفاوت (على ملاحظة الغلبة) اى اذا كانت كلماتهم منصّبة على الغالب (فمقتضاها) اى مقتضى ملاحظة الغلبة (الاختصاص) اى اختصاص كلامهم (بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة).

و الحاصل ان خروج الفرد- الا زيد قيمة- دليل على ارادتهم الغلبة، و الغلبة لتساوى القيمة، فليس كلامهم منافيا لكلامنا من ملاحظة النسبة.

ثم انه قد تقدم بعض الروايات فى باب الارش فى مسألة سقوط الرد لخيار العيب بسبب التصرف، فراجعها لترى صدق كلام المصنف.

(و قد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان فى الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب) بعد تسليمه ان العيب اذا كان فى المثمن كان ارشه بالنسبة- كما ذكره المشهور-.

فعلى قوله مثلا اذا اشترينا من البقال حقة من الحنطة بحقة من الارز، و كانت قيمة الحنطة بالنقد دينارا، و قيمة الارز: صحيحها عشرة و معيبها ثمانية، لزم ان نعطى للبقال دينارين و هو القدر الناقص من الارز فيجتمع عند البقال الثمن و المثمن و شيء زائد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۷

و منشأه ما يتراءى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع، فاذا ظهر معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و الّا فلو فرض انه اشترى عبدا بجارية تسوى معيبها اضعاف قيمته فانه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيبها قطعا.

- فالثمن دينار و هى قيمة الحنطة، و المثمن ثمانية دنانير و هى قيمة الارز، و الشيء الزائد دينار اضافى- و كان هذا الشخص الّذى لا تحصيل له ظن ان كلام المشهور فى معيب المثمن، فلا يجرى فى معيب الثمن.

(و منشأه) اى منشأ توهمه هو (ما يتراءى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع) السوقية (فاذا ظهر) الثمن (معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت) مثل ان يشترى حنطة بدينار معيب، و التفاوت بين الدينار الصحيح و الدينار المعيب ربع

دینار، فاللازم اعطاء المشتری للبائع ربع دینار (و الا) یکن الثمن من النقد المساوی للقیمة، فالمحذور الّذی ذکرناه فی المثمن آت فی الثمن أیضا (فلو فرض انه اشتری عبدا) مثمنا (بجاریة) ثمنا (تسوی معیبها اضعاف قیمته) ای قیمه العبد، بان کان العبد بمائة و الجاریة صحیحها بالف و معیبها بخمسمائة (فانه لا یجب بذل نفس التفاوت بین صحیحها و معیبها قطعا) حتی یجب اعطاء المشتری للبائع خمسمائة دینار، بل اللازم اعطاء المشتری للبائع خمسین دینارا هو نسبة التفاوت بین صحیح الجاریة و معیبها.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۸

و کیف کان فالظاهر انه لا اشکال و لا خلاف فی ذلک و ان کان المترائی من الاخبار خلافه، الا ان التأمل فیها قاض بخلافه.

نعم یشکل الامر فی المقام من جهة اخری، و هی: ان مقتضی ضمان وصف

اذا العبد لمّا سوّی بمائة کانت قیمة الجاریة- القیمة فی المعاملة- صحیحها بمائة و معیبها بخمسین، لانها کانت عدلا للعبد فی القیمة- حسب بناء المتعاملین-.

(و کیف کان فالظاهر انه لا اشکال و لا خلاف فی ذلک) الّذی ذکرناه من ملاحظة النسبة، سواء فی المثمن او الثمن (و ان کان المترائی) فی بادی الامر (من الاخبار خلافه) و ان اللازم ملاحظة نفس التفاوت (الا ان التأمل فیها) ای فی الاخبار (قاض بخلافه) ای بخلاف المترائی.

(نعم یشکل الامر) ای امر کون الارش انما هو بملاحظة النسبة، لا بملاحظة القیمة الواقعیة انه ان تم ذلک لزم ان لا یکون ارش لفوات وصف الصحة، اذ وصف الصحة لم یقابل بالمال، فکیف یأخذ المشتری بدل وصف الصحة الفائتة من الثمن.

و هذا الاشکال لا یرد لو قلنا: بان الارش بملاحظة القیمة، و لا یرد ان قلنا: بانه ضامن للقیمة السوقیة لان البائع فوت بعض المبیع فیلزمه اعطاء بدله السوقی فحاله حال ما اذا فوت الغاصب وصف الصحة، حیث ان الغاصب یعطی مقدار قیمته السوقیة.

ف (فی المقام) یشکل الامر (من جهة اخری و هی ان مقتضی ضمان وصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۹

الصحة بمقدار ما یخصه من الثمن لا بقیمته، انفساخ العقد فی ذلک المقدار، لعدم مقابل له حین العقد، کما هو شأن الجزء المفقود من المبیع، مع انه لم یقل به احد.

و یلزم من ذلک أیضا تعیّن اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعینه منه، معلّلا بانه غرامة.

الصحة بمقدار ما یخصه من الثمن) ای بالنسبة (لا بقیمته) ای لا بقیمة وصف الصحة السوقیة (انفساخ العقد فی ذلک المقدار، لعدم مقابل له) ای للثمن (حین العقد، کما هو) ای الانفساخ (شأن الجزء المفقود من المبیع).

فاذا باعه حقة من الحنطة الخارجیة، ثم تبین انها نصف حقة، بطل البیع فی النصف المفقود (مع انه لم یقل به احد) بان فقد وصف الصحة یوجب انفساخ العقد بقدر الوصف، بل یکون للمشتری الخیار لانه لم یبطل العقد بمقدار وصف الصحة.

(و یلزم من ذلک) ای من ضمان وصف الصحة بمقدار ما یخصه من الثمن (أیضا تعیّن اخذ الارش من الثمن) لا من مال خارجی.

و انما یلزم ذلک، لان وصف الصحة اذا کان فی مقابل جزء من الثمن ففی فواته یلزم ان یفوت- فی مقابله- ذلک الجزء من الثمن (مع ان ظاهر جماعة) من الفقهاء (عدم تعینه) ای عدم تعین کون الارش (منه) ای من نفس الثمن (معللا) ای علّلوا أولئک الجماعة (بانه) ای الارش (غرامة) شرعیة و عرفیة، و الغرامة لا تتعین فی شیء خاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴۰

و توضیحه ان الارش لتتمیم المعیب حتی یصیر مقابلا للثمن لا لتنقیص الثمن حتی یصیر مقابلا للمعیب، و لذا سمی ارشا کسائر الا

روش المتدارکة للنقائص، فضمان العیب علی هذا الوجه خارج عن الضمانین المذکورین

(و توضیحه) ای توضیح رفع الاشکالین و هما ما اشار إلیهما بقوله «ان مقتضی ضمان» و «یلزم من ذلک» (ان الارش لتتمیم المعیب حتی یصیر مقابلا للثمن) فالبائع اعطی شاة معیبة تسوی بتسعین، و اعطی عشرة، فی مقابل ما اخذه من المشتری من مائة درهم (لا) ان الارش (لتنقیص الثمن حتی یصیر مقابلا للمعیب) فلیس للبائع ان یرد من المائة عشرة الی المشتری لتکون الشاة المعیبة فی مقابل تسعین (و لذا) الّذی ان الارش متمم للمعیب (سمی ارشا کسائر الاروش) فی الابدان و الاموال (المتدارکة)- باسم الفاعل- (للنقائص) فان الانسان اذا خدش وجه انسان- مثلا- فاعطاه ارش الخدشة، کان ذلک الارش لتتمیم الانسان اذا اورد علیه العیب، و بناء علی کون الارش تتمیما للمعیب یرتفع الاشکالان فلا انفساخ للعقد بقدر وصف الصحة اذ لیس الارش استرجاعا لبعض الثمن و لا یلزم تعین اخذ الارش من الثمن لانه لیس من الثمن، بل تدارک من البائع بدل وصف الصحة الفائتة (فضمان العیب علی هذا الوجه) ای وجه انه تتمیم للمعیب (خارج عن الضمانین المذکورین) ای ضمان المعاوضة و ضمان القیمة، فلیس مثل ان یظهر بعض المبیع مستحقا للغیر- مثلا- حیث انه یکون من تبعض الصفقة، و البائع یرد من نفس الثمن بالنسبة و لا مثل ان یحدث الانسان فی اناء الغیر عیبا، حیث انه یضمن قیمة ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴۱

لان ضمان المعاوضة یقتضی انفساخ المعاوضة بالنسبة الی الفائت المضمون و مقابله، اذ لا معنی له غیر ضمان الشیء و اجزائه بعوضه المسمّی و اجزائه.

و الضمان الآخر یقتضی ضمان الشیء بقیمته الواقعیة فلا اوثق

الشیء- بقدر ما عیبه- قیمة سوقیة.

و انما کان ما نحن فیه- من الارش- خارجا عن الضمانین (لان ضمان المعاوضة یقتضی انفساخ المعاوضة بالنسبة الی) القدر (الفائت المضمون) علی البائع (و مقابله) من الثمن الّذی یکون علی المشتری.

فاذا اشتری شاتین بمائتین، ثم ظهرت إحداهما للغیر، انفسخ البیع بالنسبة الی شاة منهما و الی المائة التی هی فی مقابل تلک الشاة.

و انما نقول بالانفساخ (اذ لا معنی له) ای لضمان المعاوضة (غیر ضمان الشیء) کلّا (و اجزائه) جزءا جزءا (بعوضه المسمّی و اجزائه) ای اجزاء العوض.

فکلا الشاتین فی مقابل کلا المائتین، و کل شاة- و هو جزء جزء- فی مقابل مائة مائة.

(و الضمان الآخر) ای ضمان القیمة (یقتضی ضمان الشیء بقیمته الواقعیة) و حیث ان الارش الفائت لیس فی مقابل جزء من نفس الثمن بل یصح اعطائه من مال آخر و لا یکون بالقیمة الواقعیة بل بالقیمة المعاوضیة، کان اللازم ان نقول بان الارش قسم ثالث من الضمان (فلا اوثق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴۲

من ان یقال: ان مقتضی المعاوضة- عرفا- هو عدم مقابلة وصف الصحة بشیء من الثمن، لانه امر معنوی کسائر الاوصاف.

و لذا لو قابل المعیب بما هو انقص منه قدرا

من ان یقال) فی تقریب لزوم الارش مقابل انتفاء وصف الصحة: ان البائع حیث تعهد ان یکون متاعه صحیحا کان للمشتری ان یطالبه بالوفاء بتعهده

اما بان يسلمه وصف الصحة- مع المبيع-.

و اما ان يسلّم الى المشترى قدرا من المال- غرامة- بسبب عدم وصف الصحة لنقصان قيمة المبيع بقدر ذلك المال.

توضيح ذلك (ان مقتضى المعاوضة- عرفا- هو عدم مقابلة وصف الصحة بشىء من الثمن، لانه) اى لان وصف الصحة (امر معنوى كسائر الاوصاف) الموجبة لارتفاع قيمة الشىء، مثل وصف الكمال و مثل ان يكون العبد كاتبا، فان الكتابة لا تقابل بالمال حتى يكون اصل العبد بتسعين و كتابته بعشرة- مثلا-.

و من المعلوم: ان الامور المادية تقابل بالمال لا الامور المعنوية- نعم الامور المعنوية توجب زيادة قيمة العين- فالثمن بإزاء العين و لكن يرتفع اذا كان فى العين وصف كمال.

(و لذا) الّذى ليس فى مقابل وصف الصحة شىء من المال (لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا) فى الاجناس الربوية.

مثلا: اعطى نصف مثقال من الذهب الخالص بمثقال من الذهب المعيب، باعتباران وصف الصحة الفائتة فى المعيب يوجب نقص قدر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۴۳

حصل الربا من جهة صدق الزيادة، و عدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشىء من مقابله، الا ان الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف، و كونه فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل باصل المبيع لاجل اتصافه بوصف الصحة فان هذا الوصف

الخالص (حصل الربا من جهة صدق الزيادة) فى طرف المعيب (و) من جهة (عدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشىء من مقابله) و لو كان وصف الصحة يقابل بالمال، لم يلزم الربا، لانه نصف المثقال المعيب فى مقابل نصف المثقال الخالص و النصف الآخر من المعيب فى مقابل وصف الصحة (الا ان الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف) فالبائع ضامن لوصف الصحة بينما لا يضمن وصف الكمال، فاذا لم يكن العبد كاتبا- فى حال اشتراط الكتابة- ليس للمشترى الارش، بل له اما القبول بكل الثمن و اما الرد (و) على (كونه) اى كون وصف الصحة (فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه) اذا كان مفقودا (بمقدار من الثمن يضاف) ذلك المقدار (الى ما يقابل باصل المبيع لاجل اتصافه) اى اتصاف المبيع (بوصف الصحة) فان اتصاف المبيع بوصف الصحة اوجب ان يضيف المشترى على الثمن المقابل لذات العين- فذات العين ثمنها تسعون، و اضاف المشترى الى التسعين عشرة لاجل اتصاف المبيع بوصف الصحة- فالعشرة ليست فى مقابل الوصف و انما هى فى مقابل العين و لكن زاد المشترى العشرة لاجل هذا الوصف (فان هذا الوصف) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۴۴

كسائر الاوصاف و ان لم يقابله شىء من الثمن، لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن، و عدمه، فاذا تعهده البائع كان للمشترى مطالبته بخروجه عن عهدته باداء ما كان يلاحظ من الثمن لاجله، و للمشترى أيضا اسقاط هذا الالتزام عنه.

[هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]

نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض

وصف الصحة (كسائر الاوصاف) مثل وصف الكمال (و ان لم يقابله شىء من الثمن، لكن له) اى لوصف الصحة (مدخل فى وجود مقدار من الثمن) ان كان وصف الصحة موجودا (و عدمه) اى عدم وجود مقدار من الثمن ان كان وصف الصحة معدوما (فاذا تعهده البائع) اى تعهد وصف الصحة (كان للمشترى مطالبته) اى مطالبة البائع (بخروجه) اى بان يخرج البائع (عن عهدته) اى عهدة هذا

الوصف، و الخروج انما هو (باداء) البائع (ما كان) قد قدر من المال (يلاحظ من الثمن لاجله) اى لاجل هذا الوصف فيقول المشترى للبائع انى اعطيتك عشرة زائدة لاجل وصف الصحة فاذا فقد فعليك ان ترد علىّ العشرة (و للمشترى أيضا اسقاط هذا الالتزام) اى التزام البائع بوصف الصحة (عنه) اى عن البائع، فلا يطالبه بشىء.

و الى هنا تم ان المال ليس بإزاء الوصف حتى يوجب عدم الوصف الفسخ، فهذا تمام الجواب عن الاشكال الاول.

ثم شرع فى جواب الاشكال الثانى بقوله: (نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۴۵

الثمن كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بانه جزء من الثمن، او بمقداره، كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة، و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما وجهان تردد بينهما فى جامع المقاصد، و أقواهما الثانى لاصالة عدم تسلط المشترى على شىء من الثمن، و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه لان المتيقن من مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفائت

الثمن) فان المشترى انما اعطى بعض الثمن لاجل وصف الصحة فاذا انتفى وصف الصحة، فله استرجاعه، فلما ذا يقول جملة من الفقهاء بان الارش لا يلزم ان يكون عين الثمن، بل اللازم ان يكون الارش (كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بانه جزء من الثمن، او بمقداره) «او» عطف على «بعين» اى هل يلزم ان يكون الارش بعض نفس الثمن، او لا بل يكفى ان يكون بمقداره (كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة، و ظاهر غيرها) اى غير التذكرة من كتب العلامة (و) ظاهر (الشهيدين فى كتبهما وجهان) «وجهان» متعلق بقوله «بعين» «او بمقداره» (تردد بينهما فى جامع المقاصد، و أقواهما الثانى) و هو انه بمقداره، لا بعينه (لاصالة عدم تسلط المشترى على شىء من الثمن) لانه خرج عن ملكه بالعقد، فتسلطه عليه بعد العقد يحتاج الى دليل (و) اصالة (براءة ذمة البائع من وجوب دفعه) فان القدر المتيقن لزوم دفع القدر المشترك اما خصوص عين الثمن فالاصل براءة ذمته منه (لان المتيقن من مخالفة الاصل) و هو اصل عدم ضمان البائع اصلا (ضمان البائع لتدارك الفائت) و هو وصف الصحة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۴۶

الّذى التزم وجوده فى المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن، لداعى وجود هذه الصفة، لا فى مقابلها.

مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام فى روايتى حمّاد و عبد الملك انه له ارش العيب و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير فى روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشترى الظاهر فى كون المردود شيئا كان عنده أو لا و هو بعض الثمن

(الّذى التزم وجوده) اى وجود ذلك الفائت (فى المبيع بمقدار) متعلق ب «تدارك» (وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته) اى زيادة ذلك المقدار (على الثمن) فان المتبايعين جعلا تسعين فى مقابل ذات الشاة و جعلا عشرة فى مقابل الشاة أيضا، و لكن هذه العشرة انما جعلت فى مقابل الشاة (لداعى وجود هذه الصفة) و هى صفة الصحة فى الشاة (لا فى مقابلها) اى لم تجعل الزيادة و هى العشرة فى مقابل الصفة و هى وصف الصحة و إلا لزم الربا- على التقريب الّذى ذكرناه-.

(مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام فى روايتى حمّاد و عبد الملك انه له ارش العيب) فانه شامل لكونه من نفس الثمن او من غيره (و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى) فى بادى الرأى (من ظاهر التعبير فى روايات الارش عن تدارك العيب بردّ التفاوت الى المشترى) «برد» متعلق ب «التعبير» (الظاهر) صفة «الرد» (فى كون المردود شيئا كان عنده) اى عند المشترى (أولا، و هو بعض الثمن) و الا لم يسم ردّا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۴۷

لکن التأمل التام یقضی بان هذا التعبیر وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الی البائع، و کونه من النقدین، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.

و من ذلک ظهر ان قوله علیه السلام فی روایة ابن سنان: و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان فیها محمول علی الغالب من کون الثمن کلیا فی ذمة المشتری، فاذا اشتغلت ذمة البائع

(لکن التأمل التام یقضی ب) عدم الظهور المذکور، و (ان هذا التعبیر) بالرد (وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الی البائع) فی مقابل ما اذا لم یصل الثمن إلیه، لانه طلبه منه سابقا، او کانت المعاملة نسیئة- فانه أیضا لیس بحقیقة الردّ- (و کونه من النقدین، فالرد باعتبار النوع) فانه اذا اخذ دینارا، و ان لم یکن نفس دینار الثمن، قیل عرفا انه استرد دیناره- باعتبار استرداد نوع ما اعطاه- (لا الشخص) و کذا قال بعض فی قوله تعالی: إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِها، ان اللازم ردّ المثل و ان لم یکن عینا.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا من ان الرد باعتبار النوع لا الشخص (ظهر ان قوله علیه السلام فی روایة ابن سنان: و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان فیها) عیب (محمول علی الغالب من کون الثمن کلیا فی ذمة المشتری).

فمعنی الوضع عدم الاعطاء، لا انه بملاحظة لزوم نفس الثمن، و لا جار فیما اذا کان الثمن نقدا فی ید المشتری (فاذا اشتغلت ذمة البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴۸

بالارش حسب المشتری عند اداء الثمن ما فی ذمته علیه.

ثم علی المختار من عدم تعینه من عین الثمن، فالظاهر تعینه من النقدین، لانهما الاصل فی ضمان المضمونات، الا ان یتراضی علی غیرهما من باب الوفاء، او المعاوضة.

بالارش حسب المشتری عند اداء الثمن ما فی ذمته) ای ذمة البائع- من الارش- (علیه) ای علی البائع، من باب التقاص و تهاتر الذمم فالبائع یطلب من المشتری مائة ثمنا للمبیع و المشتری یطلب من البائع عشرة و هی الارش، فتتهاتر عشرة فی مقابل عشرة، و یعطیه المشتری تسعین.

و علی هذا فاذا کان الثمن عینا لزم اعطاء المشتری للبائع کل الثمن ثم یأخذ منه الارش.

(ثم علی المختار من عدم تعینه) ای عدم تعین الارش (من عین الثمن، فالظاهر تعینه من النقدین) و المراد نقد البلد و ان کان ورقا کما هو المتعارف الآن.

و الحاصل ان اللازم اعطائه النقد فی مقابل اعطائه الجنس، فلا یصح ان یعطی البائع للمشتری السکر او الشای بعنوان الارش (لانهما الاصل فی ضمان المضمونات) بمعنی انصراف ادلة الضمان الی النقد (الا ان یتراضی) کل من البائع و المشتری (علی غیرهما) ای غیر النقدین (من باب الوفاء) بان یقبل المشتری ان یکون وفاء البائع لارشه بالسکر مثلا (او) من باب (المعاوضة) بان یعوض المشتری ما علی البائع من النقد بالسکر مثلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۴۹

و استظهر المحقق الثانی من عبارة القواعد و التحریر بل الدروس عدم تعینه منهما، حیث حکما فی باب الصرف بانه لو وجد عیب فی احد العوضین المتخالفین بعد التفرق، جاز اخذ الارش من غیر النقدین و لم یجز منهما.

فاستشکل ذلک بان الحقوق المالیة انما یرجع فیها الی النقدین، فکیف الحق الثابت باعتبار نقصان فی احدهما.

(و) لکن (استظهر المحقق الثانی من عبارة القواعد و التحریر بل الدروس عدم تعینه) ای عدم تعین ان یکون الارش (منهما) ای من

النقدين (حيث) ان العلامة و الشهيد (حكما فى باب الصرف) و هو بيع الاثمان (بانه لو وجد عيب فى احد العوضين المتخالفين) كبيع الذهب بالفضة (بعد التفرق) من المجلس، فانه يشترط فى بيع الصرف التقابض فى المجلس (جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما) لان الارش جزء، و لا يمكن التقابض فى باب بيع الصرف بعد المجلس، للزوم ان يكون التقابض فى الصرف فى المجلس.

(فاستشكل) المحقق الثانى (ذلك) الّذى ذكره العلامة و الشهيد من كون الارش من غير النقدين (بان الحقوق المالية) كالخمس و الزكاة و الضمان فى غير المثلى و نحو ذلك (انما يرجع فيها الى النقدين) فاللازم اعطاء الحق من النقد، لا من الاجناس الّا برضا الاطراف (فكيف) ب (الحق الثابت باعتبار نقصان فى احدهما) كما نحن فيه، فان الارش حق ثابت باعتبار نقصان فى الذهب او الفضة فى باب بيع احدهما بالآخر،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵۰

و يمكن رفع هذا الاشكال بان المضمون بالنقدين هى الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس ما لا فى الذمة و الا بطل البيع فيما قابله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق

فاللازم صحة اخذ الارش من احدهما فى باب الصرف أيضا.

(و يمكن رفع هذا الاشكال) و ذلك بتصحيح كلام العلامة و الشهيد (بان المضمون بالنقدين هى الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا فى الذمة) فالضمان بالنقدين يعتبر فيه ثلاثة امور:

الاول: ان يكون مالا، و مقامنا ليس كذلك، لان المضمون حق الخيار و الخيار ليس بمال.

الثاني: ان يكون متعينا، و مقامنا ليس كذلك، لانه يخيّر بين الرد و الارش.

الثالث: ان يكون مستقرا فى الذمة، و ليس هنا كذلك اذ الارش تغريم اى تكليف باعطاء قدر من المال للمشترى (و الا) فلو كان فى المقام ضمان للمال المستقر الثابت فى الذمة (بطل البيع فى ما قابله) اى ما قابل العيب (من الصحيح، لعدم وصول عوضه) اى عوض ما قابل الصحيح (قبل التفرق).

و قد عرفت ان فى الصرف يشترط وصول تمام العوضين قبل التفرق، فاذا باع الذهب الصحيح بالفضة الرديئة المعيبة، فان كان اللازم على صاحب الفضة اعطاء درهم آخر- مثلا- لمكان العيب، لزم بطلان البيع بالنسبة الى مقدار درهم من الذهب، اذ قد سلّم صاحب الذهب ذهبه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵۱

و انما هو حق لو اعمله جاز له مطالبة المال.

فاذا اختار الارش من غير النقدين ابتداءً، و رضى به الآخر فمختاره نفس الارش، لا عوض عنه.

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعينه عليه، كما ان لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام و ان لم يكن للآخر

و لم يسلّم صاحب الفضة فضته- بمقدار الدرهم من الجانبين- و لذا فاللازم ان نقول ان الارش تكليف شرعى خارجى مثل التكليف بنفقة الاقارب (و انما هو) اى الارش (حق لو اعمله) صاحب الحق الّذى انتقل إليه المعيب (جاز له مطالبة المال) و ان اراد الفسخ او لم يعمل حقه، لم تكن مطالبة للمال.

(فاذا اختار) صاحب الحق (الارش من غير النقدين ابتداءً) لا بعنوان المعاوضة بالنقدين، اذ الكلام فى ان الارش ليس من النقدين و الا لزم بطلان البيع فى ما قابل من الصحيح- كما عرفت- (و رضى به) اى بغير النقدين الطرف (الآخر) الّذى عليه ان يدفع الارش

(فمختاره نفس الارش، لا عوض عنه).

(نعم للآخر) الّذی علیه الارش (الامتناع منه) ای من اعطاء غیر النقدین (لعدم تعینه علیه) ای لیس غیر النقدین معینا علی من علیه الحق، بل الحق کلّی ینطبق علی المال و علی البضاعة فاللازم اختیارهما معا لشیء واحد حتی ینطبق علیه الکلی (کما ان لذی الخیار مطالبة النقدین فی غیر هذا المقام) و هو باب الصرف (و ان لم یکن للآخر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۵۲

الامتناع حینئذ.

و بالجملة فلیس هنا شیء معین ثابت فی الذمة، الا ان دفع غیر النقدین یتوقف علی رضا ذی الخیار، و یکون نفس الارش بخلاف دفع النقدین، فانه اذا اختیر غیرهما لم یتعین للارشیة.

ثم انه قد

[هل یعقل استغراق الأرش للثمن]

تبین مما ذکرنا فی معنی الارش انه لا یکون الا مقدارا مساویا لبعض الثمن و لا یعقل ان یکون مستغرقا له لان المعیب ان لم یکن مما

الامتناع حینئذ) و لا یکون له الامتناع، لان النقدین هما الاصل فی الضمانات بخلاف البضائع.

(و بالجملة) فالفرق بین الارش هنا فی النقدین و فی غیره ان الارش هنا کلی قابل للانطباق علی غیر النقدین، بخلاف سائر المقامات فالارش خاص بالنقدین (فلیس هنا) ای فی باب النقدین (شیء معین ثابت فی الذمة، الا ان دفع) من علیه الضمان (غیر النقدین یتوقف علی رضا ذی الخیار) اذ الکلی لا- ینطبق علی الفرد الا- برضا الطرفین (و یکون) المدفوع من غیر النقدین- لدی رضا ذی الخیار- (نفس الارش) لانطباق الکلی علیه ابتداءً (بخلاف دفع النقدین، فانه اذا اختیر غیرهما لم یتعین للارشیة) لان النقد هو الاصل و بهذا تبین ان اشکال المحقق الثانی علی العلامة و الشهید لیس بوارد فتأمل.

(ثم انه قد تبین مما ذکرنا فی معنی الارش) و هو مقدار الفائت من المعیب- حسب المعاوضة- (انه لا یکون الا مقدارا مساویا لبعض الثمن) المسمّی (و لا یعقل ان یکون) الارش (مستغرقا له) ای لکل الثمن.

و ذلک (لان المعیب ان لم یکن مما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۵۳

یتمول، و یبذل فی مقابله شیء من المال بطل بیعه، و الا فلا بد من ان یبقی له من الثمن قسط.

نعم ربما یتصور ذلک فیما اذا حدث قبل القبض، او فی زمان الخیار عیب یستغرق للقیمة مع بقاء الشیء علی صفة التملک بناء علی ان مثل ذلک غیر ملحق بالتلف فی انفساخ

یتمول، و) مما (یبذل فی مقابله شیء من المال) بان کان العیب قد اسقطه عن المالیة، کالبیض الفاسد الّذی لا ینتفع به اصلا (بطل بیعه) و استرجع المشتری کل ثمنه من باب انه لا بیع، لا من باب انه الارش (و الا) یکن کذلک، بل کان مما یتمول فی الجملة (فلا بد من ان یبقی له) ای للمبیع (من الثمن قسط) و لو اقل من مقدار الارش، کما لو کان العیب مستغرقا ثلاثة ارباع المبیع، فان المشتری یرجع ثلاثة ارباع الثمن و یبقی للمبیع- عند البائع- ربع الثمن.

(نعم ربما یتصور ذلک) ای استغراق العیب لکل الثمن (فیما اذا حدث) العیب (قبل القبض، او فی زمان الخیار).

اما العیب المستغرق الحادث قبل العقد، فذلک یوجب بطلان البیع لانه لا مالیة له حینئذ حتی یصح العقد علیه (عیب یستغرق) العیب

الحادث (للقيمة مع بقاء الشىء على صفة التملك) اذ لو خرج الشيء عن صفة التملك خرج عن ملك المشترى، فلا يسمى ما يأخذه من البائع من تمام الثمن ارشا، و انما يأخذ الثمن من البائع لان التلف قبل القبض و فى زمن الخيار من البائع (بناء على ان مثل ذلك العيب المستغرق للقيمة (غير ملحق بالتلف فى انفساخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵۴

العقد به، بل يأخذ المشترى ارش العيب، و هو هنا مقدار تمام الثمن لكن عدم الحاقة بالتلف مشكل بناء على ان العيب اذا كان مضمونا على البائع- بمقتضى قوله عليه السلام: ان حدث فى الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره- كان هذا العيب كانه حدث فى ملك البائع، و المفروض انه اذا حدث مثل هذا فى ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بإزائه شىء من المال.

العقد به) اى بهذا العيب المستغرق.

و انما لا يكون ملحقا لاصالة صحة العقد و بقائه و يبقى اختصاص الشىء المعيب الّذى لا مالية له للمشترى، دون البائع، بينما اذا قلنا بانفساخ العقد يكون الاختصاص للبائع (بل يأخذ المشترى ارش العيب و هو هنا) اى فى العيب المستغرق (مقدار تمام الثمن) هذا.

و (لكن عدم الحاقة) اى عدم الحاق العيب المستغرق (بالتلف) فى بطلان البيع (مشكل).

و انما كان مشكلا (بناء على ان العيب اذا كان مضمونا على البائع- بمقتضى قوله عليه السلام: ان حدث فى الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره- كان هذا العيب كانه حدث فى ملك البائع و) البيع الحادث فى ملك البائع موجب للبطلان، اذ (المفروض انه اذا حدث مثل هذا) العيب المستغرق للمثمن و المسقط للمتاع عن المالية (فى ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه) اى المتاع المعيب بهذا العيب المستغرق (متمولا يبذل بإزائه شىء من المال) و اذا كان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵۵

فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع الا ان يمنع ذلك.

و ان ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع فى هذا الحكم، لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به، و يرجع هذا الملك الموجود غير المتمول الى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك

هذا العيب موجبا لعدم انعقاد البيع اذا كان قبل العقد (فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا) العيب (بعده) اى بعد العقد، فيما اذا كان (مضمونا على البائع) لانه قبل القبض او فى زمن الخيار، اللهم (الا ان يمنع ذلك) بان يقال: ليس حال العيب بعد العقد مثل حاله قبل العقد.

(و) ذلك ل (ان) كون (ضمانه) اى ضمان العيب بعد العقد (على البائع) انما هو (بمعنى الحكم بكون دركه) و تلفه (عليه) اى على البائع (فهو) اى العيب بعد العقد (بمنزلة الحادث قبل البيع فى هذا الحكم) الّذى دركه على البائع (لا مطلقا) فى جميع الاحكام (حتى ينفسخ العقد به) اى بالعيب الحادث بعد العقد، فيكون كالعيب الحادث قبل العقد فى عدم صحة العقد عليه (و) حتى (يرجع هذا الملك الموجود) المعيب (غير المتمول الى البائع) بل يبقى فى ملك المشترى، و ان استحق المشترى تمام الثمن من البائع (بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك) و المشهور فرقوا بين الملك و المال، فان الاول شامل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۵۶

فلا دليل على الحاقة بالتلف بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشترى، و ان لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل و يأخذ الثمن او مقداره من البائع ارشا لا من باب انفساخ العقد.

هـذا الا ان العلامـة قـدس سره فی القواعـد و التـذکرة و التحریر و محکی النهایة یظهر منه الارش المستوعب فی العیب المتقدم علی العقد الّذی

لما لا مالیـة له أیضا، بینما الثانی یطلق علی ماله مالیـة بالإضافـة الی الملکیـة مثلا حبـة الحنطة ملک و لیس بمال (فلا دلیل علی الحاقة بالتلف) حتی یکون حاله حال ما لا ملکیـة له قبل العقد- بحیث یوجب فسخ العقد- (بل تبقی العین غیر المملوکة حقا للمشتری، و ان لم یکن ملکـا له) اذ الحق شامل للمال و الملک و الاختصاص (کالخمر المتخـذ للتخلیل) فانها لیس بمال و لا ملک، و لکنها مختصـة بالانسان الّذی کان له المائع قبل التخمیر (و) بناء علی هذا (یأخذ) المشتری (الثمن او مقداره من البائع ارشا).

فـان المشتری یأخـذ الثمن اذا قلنـا بـان الارـش عین الثمن، او مقـداره اذا قلنـا بـان الارـش لا یلزم ان یکون من عین الثمن (لا من باب انفساخ العقد) و رجوع کل شیء الی مالکه، بل من باب الارش، و لذا یبقی المثمن المعیب خاصا بالمشتری.

(هـذا، الا ان العلامـة قـدس سره فی القواعـد و التـذکرة و التحریر و محکی النهایـة) للعلامـة، و هناک نهایة اخری للشـیخ (یظهر منه الارش المستوعب فی) باب (العیب المتقدم علی العقد الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۵۷

ذکرنا انه لا یعقل فیه استیعاب الارش للثمن.

قـال فی القواعـد: لو بـاع العبـد الجانی خطأ ضـمن اقل الامرین علی رأی، و الارش علی رأی، و صـحّ البیع ان کان موسـرا، و الا تخیر المجنی علیه و لو کان عمدا وقف علی اجازة المجنی علیه

ذکرنا انه لا یعقل فیه) ای فی العیب المتقدم علی العقد (استیعاب الارش للثمن) حیث قلنا بان المعیب ان لم یکن متمولا بطل بیعه.

(قال فی القواعد: لو باع العبد الجانی) جنایة (خطأ، ضمن) البائع (اقل الامرین) من قیمة العبد و من قیمة الجنایة.

فان کانت قیمة العبد اقل ضـمنها لا اکثر، اذ لا یجنی الجانی اکثر من قیمته، و ان کانت قیمة الجنایة اقل لم یلزم اکثر من الجنایة- کما ذکر فی محله- هذا (علی رأی، و) ضمن (الارش علی رأی) آخر.

فعلی هـذا هنـاک رأی بصـحة الارش المسـتوعب (و صـحّ البیع ان کان) المولی (موسـرا) و بـذل الارش لان المجنی علیه لا یطلب الا الارش و قـد دفعه المولی، فلما ذا لم یصـح البیع بعـد شـمول ادلة البیع و العقد له (و الا) یکن المولی موسرا او کان مؤسـرا و لکن لم یـدفع الارـش (تخیر المجنی علیه) فی ابطال البیع، و استرقاق العبـد او الصبر حتی یسار المولی و اعطائه الارش (و لو کان) العبـد جنی (عمدا) لا خطأ- کما کان مفروض الشق الاول- (وقف) البیع (علی اجازة المجنی علیه).

اذ من حق المجنی علیه استرقـاق العبـد، فـاذا بـاعه المولی فقـد تصـرف فی حق الغیر، مثـل بیع الراهن للرهن، فـانه یتوقف علی اجـازة المرتهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۵۸

و یضمن الاقل من الارش و القیمة، لا الثمن معها.

و للمشتری الفسخ مع الجهل، فیرجع بالثمن او

(و) اذا اجاز المجنی علیه البیع (یضـمن) المولی (الاقل من الارش) و هو ارش الجنایة (و القیمة) ای قیمة العبد، فان کان الارش اقل لم یضـمن اکثر منه لان ذلک قـدر الجنایة، و ان کانت القیمة اقل لم یضـمن اکثر منها لان الجانی لا یجنی اکثر من قیمته، و (لا) یضـمن المـولی (الثمن) فلیس علیه ان یعطی الثمن الّـذی اخـذه من المشـتری الی المجنی علیه (معهـا) ای مع زیـادة الثمن عن الارـش، او عن

القیمة.

فمثلا: لو جنی العبد بمقدار مائة دینار، و قد باع المولی العبد بالف لزم علی المولی اعطاء المائة لا الألف هذا فی ما کانت القیمة ازید من الارش و لو جنی العبد بمقدار مائة، و کانت قیمته السوقیة خمسین، و قد باعه المولی بمائة، فالواجب علی المولی اعطاء خمسین فقط، لانه قیمة العبد و لا یجنی الجانی اکثر من قیمته، اما الخمسون الاخر الزائد علی القیمة، فهو کسب للمولی خارج عن قیمة العبد السوقیة فلا یکلف المولی باعطائه و ان کانت الجنایة اکثر من الخمسین، هذا تمام الکلام فی المولی و المجنی علیه.

(و) اما حال المشتری فنقول: ان (للمشتری الفسخ) للبیع (مع الجهل) بان العبد جان لانه نوع من العیب (فیرجع) المشتری (بالثمن) ان فسخ فیأخذ الثمن الّذی اعطاه للبائع، لانه مع الفسخ ارجع العبد فیأخذ الثمن الّذی دفعه الی البائع (او) یرجع المشتری الی البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۵۹

الارش فان استوعب الجنایة القیمة فالارش ثمنه أیضا، و الا فقدر الارش، و لا یرجع لو کان عالما و له ان یفدیه کالمالک، و لا یرجع به علیه.

ب (الارش) ان لم یفسخ، لان العبد الجانی اقل قیمة من غیر الجانی فاذا کانت قیمة الجانی تسعین، و قیمة غیر الجانی مائة، و دفع المشتری الی البائع مائة، ارجع عشرة، ارش العیب (فان استوعب الجنایة القیمة) بان کانت قیمة العبد مائة، و کانت جنایته أیضا مائة- و قد امضی المشتری البیع- (ف) الشیء الّذی یأخذه المشتری ارشا کل المائة، لان (الارش) مساو ل (ثمنه أیضا) و معنی «أیضا» انه ثمنه و انه ارشه- فی وقت واحد- (و الا) تستوعب الجنایة القیمة، بان کانت الجنایة اقل من القیمة (ف) المشتری یأخذ (قدر الارش) فقط.

مثلا: کانت القیمة مائة، و کان الارش- و هو التفاوت بین الجانی و غیر الجانی العشر- عشرة فالمشتری اذا امضی البیع اخذ العشرة (و لا یرجع) المشتری الی البائع بالارش (لو کان عالما) بان العبد جان و مع ذلک اقدم علی شرائه، لان العالم لیس له الخیار لا فسخا و لا ارشا (و) حین کان عالما (له) ای للمشتری (ان یفدیه) ای یعطی للمجنی علیه فدیة جنایة العبد ای قدر جنایته، فان المجنی علیه یرجع الی المشتری الّذی بیده العبد، لیأخذ ثمن الجنایة (کالمالک) کما ان للمالک ان یفدی العبد (و) اذا افداه المشتری (لا یرجع) المشتری (به) ای بما دفع الی المجنی علیه من الفدیة (علیه) ای علی البائع، لفرض ان المشتری اقدم علی اشتراء المعیب عالما بالعیب، فلیس له حق علی البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۰

و لو اقتصّ منه فلا رد و له الارش و هو نسبة تفاوت ما بین کونه جانیا و غیر جان من الثمن، انتهی.

و ذکر فی التذکرة هذه العبارة بعینها فی باب العیوب، و قال فی اوائل البیع من التذکرة- فی مسألة بیع العبد الجانی- و لو کان المولی معسرا لم یسقط حق المجنی علیه من الرقبة، ما لم یجز البیع أولا،

(و لو اقتصّ) المجنی علیه (منه) ای من العبد الجانی، فی ید المشتری- فیما لو اشتراه و هو لا یعلم بالجنایة- (فلا رد) ای فلیس للمشتری ان یرد العبد لان نقص العبد بالاقتصاص عیب جدید، و قد تقدم ان تعیّب المبیع فی ید المشتری یوجب سقوط الرد (و) لکن (له) ای للمشتری (الارش) اذ الارش لا یسقط بعیب جدید فی ید المشتری (و هو) ای الارش (نسبة تفاوت ما بین کونه جانیا و غیر جان من الثمن) فان کان التفاوت العشر، استرجع المشتری عشر الثمن، و ان کان التفاوت الربع، استرجع ربع الثمن، و هکذا (انتهی) کلام العلامة.

و قد ظهر منه انه یقول بالارش المستوعب و هذا یظهر منه فی عبارته الآتیة أیضا، و لذا نقلها المصنف.

(و ذکر فی التذکرة هذه العبارة بعینها فی باب العیوب، و قال فی اوائل البیع من التذکرة- فی مسألة بیع العبد الجانی- و لو کان المولی

معسرا) و قد باع العبد الجانی (لم یسقط حق المجنی علیه من الرقبة) ای رقبة العبد بمجرد بیع المولی للعبد (ما لم یجز) المجنی علیه (البیع) فان اجاز المجنی علیه البیع (أولا) سقط حقه عن الرقبة اذ:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۱

فان البائع انما یملک نقل حقه عن رقبته بفدائه.

و لا یحصل من ذمة المعسر فیبقی حق المجنی علیه مقدما علی حق المشتری، و یتخیر المشتری الجاهل فی الفسخ و یرجع بالثمن، و به قال احمد و بعض الشافعیة، او مع الاستیعاب

اجازته للبیع معناها رفع یده عن حقه کما اذا اجاز المرتهن بیع الراهن للرهن، فانه یسقط حقه فی المبیع المرهون.

و انما لا یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد ببیع المولی للعبد (فان البائع انما یملک نقل حقه) ای حق المجنی علیه، فینقله عن رقبة العبد- بان یصبح العبد خالی الرقبة عن تعلق حق المجنی علیه بها- (عن رقبته) ای رقبة العبد (بفدائه) ای فیما اذا اعطی المولی الفدیة فان رقبة العبد تفک عن الجنایة حینئذ، اما البیع فلا یوجب فکّ رقبة العبد

(و) من المعلوم انه (لا یحصل) الفداء (من ذمة المعسر) فلیس للمعسر ان ینقل حق المجنی علیه من رقبة العبد الی ذمّة نفسه (فیبقی حق المجنی علیه مقدما علی حق المشتری) فیملک المجنی علیه الاقتصاص و یملک الاسترقاق- فیما اذا کان له الاسترقاق- (و یتخیر المشتری الجاهل) بان العبد جان (فی الفسخ) لان الجنایة عیب فی العبد (و) اذا فسخ (یرجع بالثمن، و به) ای بان المشتری له حق الفسخ و الرجوع بالثمن (قال احمد) بن حنبل (و بعض الشافعیة، او) یبقی المشتری البیع علی حاله و لا یفسخ، و لکنه مع ذلک یرجع بتمام الثمن، و ذلک (مع الاستیعاب) للارش کل الثمن فیما اذا کانت الجنایة تستوعب کل قیمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۲

لان ارش مثل هذا جمیع ثمنه.

و ان لم یستوعب یرجع بقدر ارشه، و لو کان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع، الی ان قال: و ان اوجبت الجنایة قصاصا تخیر المشتری الجاهل بین الارش و الرد، فان اقتصّ منه احتمل تعین الارش.

العبد.

و انما یرجع المشتری بکل الثمن- مع انه لم یفسخ البیع- (لان ارش مثل هذا) الّذی استوعبت جنایته کل ثمنه (جمیع ثمنه) «جمیع» خبر «ان».

(و ان) ابقی المشتری البیع، و لم یفسخ و الحال انه (لم یستوعب) ارش الجنایة جمیع الثمن (یرجع) المشتری الی البائع (بقدر ارشه) لان هذا القدر هو ناقص عن المبیع، فللمشتری ان یأخذ المقدار الناقص من البائع (و لو کان) المشتری (عالما بتعلق الحق به) ای بالعبد الجانی، و مع ذلک اقدم علی شرائه (فلا رجوع) للمشتری الی البائع لا فسخا و رجوعا الی الثمن، و لا ارشا، لانه هو الّذی اقدم علی ضرر نفسه (الی ان قال) صاحب التذکرة: (و ان اوجبت الجنایة قصاصا) بان تعمّد العبد الجنایة بماله قصاص (تخیر المشتری الجاهل) بجنایة العبد (بین الارش) و هو التفاوت بین العبد الجانی، و العبد غیر الجانی (و الرد) لانه معیب فله الخیار (فان اقتصّ منه) ای من العبد فی ملک المشتری (احتمل تعین الارش) و ذلک لان العبد المقتصّ منه قد تعیب بعیب جدید، و قد سبق انه ان حدث فی ملک المشتری عیب جدید فلیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۳

و هو قسط قیمة ما بینه جانیا، و غیر جان، و لا یبطل البیع من اصله، لانه تلف عند المشتری بالعیب الّذی کان فیه، فلم یوجب الرجوع

بجمیع الثمن کالمریض و المرتد.

و قال ابو حنیفة و الشافعی یرجع بجمیع ثمنه،

للمشتری الرد، و یکون له حق الارش فقط (و هو) ای الارش (قسط) ای جزء (قیمة ما بینه) ای ما بین العبد (جانیا، و) ما بینه (غیر جان).

و ذکر معنی الارش هنا، لبیان الفرق بین هذا الارش، و بین الارش المستوعب الّذی تقدم الکلام حوله (و لا یبطل البیع من اصله) بسبب القصاص الجاری علیه المتلف له (لانه) لم یتلف عند البائع، بل (تلف عند المشتری).

منتهی الامران تلفه عند المشتری انما کان (ب) سبب (العیب الّذی کان فیه) عند البائع، و العیب هو جنایته، و لا دلیل علی ان التلف عند المشتری- و لو کان بعیب سابق- یکون بمنزلة التلف عند البائع، فی بطلان البیع، بل استصحاب العقد یقتضی بقائه، نعم له الخیار- کما سبق-.

و حیث لم یبطل البیع (فلم یوجب) القصاص غیر المستوعب (الرجوع بجمیع الثمن) و انما الرجوع بالارش فقط (کالمریض) الّذی مات عند المشتری (و المرتد) الّذی قتل عند المشتری، فانهما لا یوجبان بطلان البیع، بل یوجبان الارش.

(و قال ابو حنیفة و الشافعی یرجع) المشتری (بجمیع ثمنه) اذ اقتص

لان تلفه لامر استحق علیه عند البائع، فجری مجری اتلافه، انتهی.

و قال فی التحریر فی بیع الجانی خطأ، و لو کان السید معسرا لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد، و للمشتری الفسخ مع عدم علمه فان فسخ رجع بالثمن، و ان لم یفسخ و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت، یرجع المشتری بالثمن أیضا و ان لم تستوعب قیمته رجع بقدر الارش

علیه بالقتل عند المشتری (لان تلفه لامر استحق علیه) ای علی العبد (عند البائع، فجری) هذا التلف (مجری اتلافه) ای اتلاف البائع له (انتهی)

و فیه ان کونه جاریا مجری الاتلاف یحتاج الی دلیل مفقود، فاصالة بقاء العقد محکمة، و من هذه العبارة للتذکرة أیضا ظهر ان العلامة قائل بالارش المستوعب.

(و قال فی التحریر فی بیع الجانی) جنایة (خطأ، و لو کان السید معسرا لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد) بان یتعلق بذمة السید- فیما اذا باعه السیّد- و ذلک لعدم دلیل علی انتقال الحق (و للمشتری الفسخ مع عدم علمه) بان العبد جان (فان فسخ رجع بالثمن) کله لبطلان البیع (و ان لم یفسخ و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت) الرقبة و اجری علیها الحد (یرجع المشتری بالثمن أیضا) من باب الارش لا- من باب بطلان البیع، و ان لم ینتزع بان اعرض المجنی علیه عنه، او فداه البائع، لم یکن حق للمشتری للارش او الفسخ، لان العیب قد ازیل- بناء علی ان العیب الزائل یسقط الخیار- (و ان لم تستوعب) الجنایة (قیمته رجع) المشتری الی البائع (بقدر الارش) اذا لم یفسخ

و لو علم المشتری بتعلق الحق برقبة العبد، لم یرجع بشیء.

و لو اختار المشتری ان یفدیه جاز و رجع به علی البائع مع الاذن، و الا فلا، انتهی.

قوله: و انتزعت اما راجع الی رقبة العبد او الی القیمة اذا باعه المجنی علیه و اخذ قیمته، و هذا القید غیر موجود فی باقی عبارات

العلامة فی کتبه الثلاثة.

بالعیب.

(و لو علم المشتری بتعلق الحق برقبة العبد، لم یرجع بشیء) لانه اقدم علی شراء المعیب.

(و لو اختار المشتری ان یفدیه) عوض الاقتصاص منه (جاز و رجع به) ای بما افداه (علی البائع مع الاذن) بان استأذن البائع فی الفدیة، لان قرار الفدیة علی البائع (و الا) یستأذن (فلا) حق له فی الرجوع الی البائع، اذ لیس البائع مکلفا باعطاء الفدیة (انتهی) کلام التحریر، و فیه أیضا ذکر للارش المستوعب.

(قوله: و انتزعت اما راجع الی رقبة العبد) کما فسرنا، فی الشرح (او الی القیمة اذا باعه المجنی علیه و اخذ قیمته) لکن الاقرب الاول (و هذا القید) ای انتزاع العبد (غیر موجود فی باقی عبارات العلامة فی کتبه الثلاثة) فلم یقید الرجوع بتمام الثمن فی صورة الاستیعاب، بقید الانتزاع.

و لا یخفی ان کلمات العلامة تحتاج الی کثیر من الشرح و التطبیق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۶

و کیف کان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنی علیه یستوعب قیمته اما ان تکون له قیمة تبذل بإزائه، أو لا.

و علی الاول: فلا بد ان یبقی شیء من الثمن للبائع بإزائه، فلا یرجع بجمیع الثمن علیه.

و علی الثانی: فینبغی بطلان البیع، و لو قیل ان انتزاعه

علی القواعد، کما لا یخفی بعض موارد النظر فیها.

(و کیف کان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنی علیه) بحیث (یستوعب) الحق (قیمته) ف (اما ان تکون له قیمة تبذل بإزائه) ای بإزاء العبد، و لا- منافات بین استیعاب الجنایة، و بین قیمة تبذل بإزاء العبد و ذلک فیما اذا کانت قیمته السوقیة مثلا مائة، لکن المشتری لرغبته فی العبد اشتراه بمائة و عشرة، و کانت الجنایة تستغرق مائة، فان حق المجنی علیه یستوعب قیمة العبد لکن بعد ذلک یبقی للعبد قدر زائد بذل بإزاء العبد، و هو العشرة- فتأمل- (أولا) قیمة له ازید من حق المجنی علیه.

(و علی الاول) و هو ما کان له قیمة زائدة تبذل بإزائه (فلا بد ان یبقی شیء من الثمن) و هو العشرة (للبائع بإزائه) ای بإزاء العبد (فلا یرجع) المشتری (بجمیع الثمن علیه) ای علی البائع، بل یرجع بالقدر الّذی تضرره و هو المائة.

(و علی الثانی) و هو الّذی اشار إلیه بقوله «أو لا» (فینبغی بطلان البیع) لانه لا مالیة له اصلا (و لو قیل ان انتزاعه) ای انتزاع المجنی علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۶۷

عن ملک المشتری لحق کان علیه عند البائع یوجب غرامته علی البائع کان اللازم من ذلک- مع بعده فی نفسه- ان یکون الحکم کذلک فیما لو اقتصّ من الجانی عمدا.

و قد عرفت من التذکرة و القواعد الحکم بقسط من الثمن فیه.

و بالجملة فالمسألة محل تأمّل، و الله العالم.

العبد (عن ملک المشتری، ل) اجل (حق کان علیه) ای علی العبد (عند البائع یوجب غرامته علی البائع) لا بطلان البیع، فلا وجه لما ذکرتم من ان البیع باطل، و «یوجب» خبر «ان انتزاعه» (کان اللازم من ذلک- مع بعده) ای بعد هذا القیل (فی نفسه-) اذ لا وجه لصحة البیع فی المبیع الّذی لا قیمة له اصلا، فلا معنی لصحة البیع و الغرامة (ان یکون الحکم کذلک فیما لو اقتصّ من الجانی عمدا)

بان نقول بصحة البيع و غرامة البائع.

(و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه) اى فى باب القصاص، فلم يبطلا البيع، مع ان باب الانتزاع و باب الاقتصاص واحد.

فاللازم اما بطلان البيع فيهما، او صحة البيع فيهما، مع اخذ المشترى من البائع الخسارة.

(و بالجملة فالمسألة محل تأمّل، و الله العالم) بحقائق الاحكام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۶۸

مسألة يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب

ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت.

و اذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع الى العارف بها، و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين، او

(مسألة: يعرف الارش) فى باب المعاملة (بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب) و ذلك (ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع) الّذى اعطاه المعيب (بنسبة ذلك التفاوت) من الثمن، اذ نفس التفاوت لا يلزم اعطائه دائما، فاذا كانت النسبة الربع اخذ ربع الثمن، و هكذا.

(و اذا لم تكن القيمة معلومة) لدى المتبايعين (فلا بد من الرجوع الى العارف بها) بمقتضى الرجوع الى اهل الخبرة فى كل موضوع شك فيه (و هو) اى العارف (قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة) فالقيمة عند الشواذ- لا المتعارف- لا اعتبار بها، كما ان القيمة المشكوكة او التخمينية- لا المعلومة- لا اعتبار بها.

و كذلك لا اعتبار بالمتعارفة المعلومة غير المضبوطة، بان كان فى كل سوق يباع بقيمة- مثلا- (عند اهل البلد) عامة اذا كان الشىء معلوما للجميع (او اهل الخبرة منهم) خاصة اذا كان الشىء يحتاج الى اهل الخبرة (لهذا المبيع المعين) «لهذا» متعلق ب «القيمة» (او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۶۹

لمثله فى الصفات المقصودة، كمن يخبر بان هذه الحنطة او مثلها يباع فى السوق بكذا، و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الاخبار عن الحسّ و التعدّد.

و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته اشباه هذا الشىء و ان لم يتفق اطاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله، و هذا يحتاج الى الصفات السابقة و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار

لمثله) اذا كان المبيع مفقودا او غائبا (فى الصفات المقصودة) للعقلاء (كمن يخبر بان هذه الحنطة) المعيّنة (او مثلها يباع فى السوق بكذا و هذا) القسم من الاخبار (داخل فى الشهادة) لانه يشهد بالقيمة السوقية ف (يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة) فى المخبر (و الاخبار عن الحسّ) لا عن الحدس (و التعدّد) لانه صغرى من صغريات الشهادة.

(و قد يخبر عن نظره و حدسه) عطف على «قد يخبر عن القيمة المتعارفة» (من جهة كثرة ممارسته اشباه هذا الشىء) حتى صار هو بنفسه مقوما (و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله) فانه لا يريد الاخبار حتى يشترط اطلاعه على مقدار رغبة الناس (و هذا يحتاج الى الصفات السابقة) اى العدد و العدالة (و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس) الّذى يقوّمه (و يقال له بهذا الاعتبار) اى اعتبار زيادة المعرفة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۷۰

اهل الخبرة.

و قد یخبر عن قیمته باعتبار خصوصیات فی المبیع یعرفها هذا المخبر مع کون قیمته علی تقدیر العلم بالخصوصیات واضحة کالصائغ العارف باصناف الذهب و الفضة من حیث الجودة و الرداءة، مع کون قیمة الجیّد و الردیء محفوظة عند الناس معروفة بینهم، فقوله: هذا قیمته کذا یرید به انه من جنس قیمته کذا، و هذا فی الحقیقة لا یدخل فی المقوّم و کذا القسم الاول

(اهل الخبرة).

لکن الظاهر انه اذا سمی فی العرف باهل الخبرة لم یشترط فیه الا الوثاقة، اذ هو المتعارف عند العقلاء، و لم یدل دلیل علی ان الشارع غیّر ذلک بالزیادة او النقیصة، و هذا القدر کاف للاستصحاب مضافا الی السیرة و نحوهما.

(و قد یخبر عن قیمته باعتبار خصوصیات فی المبیع یعرفها) ای یعرف تلک الخصوصیات (هذا المخبر مع کون قیمته علی تقدیر العلم بالخصوصیات واضحة) لدی الجمیع (کالصائغ العارف باصناف الذهب و الفضة من حیث الجودة و الرداءة) و انه عیارکم؟ (مع کون قیمة الجیّد و الردیء محفوظة عند الناس معروفة بینهم، فقوله: هذا قیمته کذا یرید به انه من جنس قیمته کذا) فهو یعین الموضوع، لا المحمول الّذی هو القیمة (و هذا فی الحقیقة لا یدخل فی المقوّم) بل فی شخص الموضوع (و کذا القسم الاول) فانه لیس بمقوّم بل شاهد علی المحمول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۱

فمرادهم بالمقوم: هو الثانی.

لکن الاظهر عدم التفرقة بین الاقسام من حیث اعتبار شروط القبول و ان احتمل فی غیر الاول الاکتفاء بالواحد اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد، و اما لاعتبار الظن فی مثل ذلک مما انسد فیه باب العلم و یلزم من طرح قول العادل الواحد و الاخذ بالاقل

و الحاصل ان الاول شاهد علی القیمة ای المحمول، و الثانی مقوم للموضوع، ای یجعل قیمة له من حدسه، و الثالث شاهد علی الموضوع ای انه ایّ جنس (فمرادهم بالمقوم: هو الثانی).

(لکن الاظهر) عند المصنف (عدم التفرقة بین الاقسام من حیث اعتبار شروط القبول) من العدد و العدالة (و ان احتمل فی غیر الاول) ای الثانی و الثالث (الاکتفاء بالواحد).

اما الاول الّذی هو عبارة عن الشهادة فلا بد فیه من العدد و العدالة (اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد) اذا الغالب عدم وجود الاثنین او صعوبة تحصیل رأیهما (و اما لاعتبار الظن) الحاصل من الواحد اعتبارا من باب الانسداد الصغیر ای حجیة الظن فی هذا المقام، مقابل الانسداد الکبیر المقتضی لحجیة الظن فی کل الموضوعات و الاحکام.

ف (فی مثل ذلک مما انسد فیه باب العلم) یؤخذ الظن (و یلزم من طرح قول العادل الواحد و الاخذ بالاقل) فیما اذا قوم العادل الواحد الفرق بین الصحیح و المعیب بمائة مثلا، فشککنا فی ان الفرق مائة او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۲

لاصالة براءة ذمة البائع تضییع حق المشتری فی اکثر المقامات، و اما لعموم ما دل علی قبول قول العادل، خرج منها ما کان من قبیل الشهادة کالقسم الاول، دون ما کان من قبیل الفتوی کالثانی لکونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الاشباه و الانظار و قیاسه علیها حتی انه یحکم لاجل ذلک

تسعون، فاجرینا اصالة البراءة عن العشرة الزائدة المشکوکة.

فقوله: (لاصالهٔ براءهٔ ذمهٔ البائع) علهٔ لقوله: الاخذ بالاقل (تضییع حق المشتری فی اکثر المقامات).

اذا للازم علی اصالهٔ البراءهٔ اعطاء المشتری الارش الاقل من الارش الّذی عینه العادل الواحد.

و انما قال فی اکثر المقامات اذ ربما لا یلزم التضییع، کما اذا قوم العادل الارش بمائهٔ، و کان ذلک قدرا متیقنا و انما الشک فی انه ازید من المائهٔ او مائهٔ فقط- مثلا- فانه لا یلزم من اجراء اصل البراءهٔ تضییع حق المشتری (و اما لعموم ما دل علی قبول قول العادل) مثل مفهوم آیهٔ النبإ، و منطوق آیهٔ الذکر و غیرهما (خرج منها) ای من هذه العمومات الدالهٔ علی قبول قول العادل الواحد (ما کان من قبیل الشهادهٔ کالقسم الاول، دون ما کان من قبیل الفتوی، کالثانی) فان الفتوی رأی و المقوم الثانی یخبر عن رأیه و حدسه (لکونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع) المقوّم- عطف علی حدس- (الاشباه و الانظار، و قیاسه) عطف علی حدس، ای قیاس المقام الّذی یقومه (علیها) ای علی الاشباه و الانظار (حتی انه) ای المقوم (یحکم لاجل ذلک) الحدس و التتبع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۳

بانه ینبغی ان یبذل بإزائه کذا و کذا و ان لم یوجد راغب یبذل له ذلک.

ثم لو تعذر معرفهٔ القیمهٔ لفقد اهل الخبرهٔ او توقفهم، ففی کفایهٔ الظن او الاخذ بالاقل، وجهان.

و یحتمل ضعیفا الاخذ بالاکثر لعدم العلم بتدارک العیب المضمون الّا به.

(بانه ینبغی ان یبذل بإزائه کذا و کذا) من المال (و ان لم یوجد راغب) الآن (یبذل له ذلک) المقدار.

و الاظهر کما تقدم هو کفایهٔ الثقهٔ للسیرهٔ، و لانه استبانهٔ عرفیهٔ فیشمله قوله علیه السلام: حتی یستبین، و غیر ذلک. بالإضافهٔ الی ما ذکره المصنف من الادلهٔ و الشواهد.

(ثم لو تعذر معرفهٔ القیمهٔ لفقد اهل الخبرهٔ او توقفهم) فی التقویم (ففی کفایهٔ الظن) بالقیمهٔ ان کان ظن (او الاخذ بالاقل) فیما کان شک بین الاقل و الاکثر (وجهان).

وجه الاول ان الظن قائم مقام العلم فی امثال المقام من باب الانسداد الصغیر.

و وجه الثانی اجراء اصالهٔ البراءهٔ عن الاکثر.

(و یحتمل ضعیفا الاخذ بالاکثر لعدم العلم بتدارک العیب المضمون) الّذی کان فی ضمان البائع (الّا به) ای بالاکثر، فقد علم البائع بضمانه فاذا اعطی الاقل شک فی انه هل ادی ما علیه، أم لا؟ و الاصل عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۴

....

براءهٔ ذمته، لانه من الشک فی المحصّل.

و انما کان ضعیفا، لان البراءهٔ محکمهٔ، اذ الشک فی اداء ما علیه تابع للشک فی انه هل اشتغلت ذمته باکثر من الاقل، أم لا؟ و لاصالهٔ براءهٔ الذمهٔ عن الاکثر، و یحتمل القرعهٔ.

<>

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۵

مسألهٔ لو تعارض المقومون،

اشارهٔ

فیحتمل تقدیم بینة الاقل للاصل، و بینة الاکثر، لانها مثبتة، و القرعة لانها لکل امر مشتبه، و الرجوع الی الصلح لتشبث کل من المتبایعین بحجة شرعیة ظاهریة.

و المورد غیر قابل للحلف، لجهل کل منهما بالواقع، و تخییر الحاکم

(مسألة: لو تعارض المقومون) فقال احدهم ان الارش مائة، و قال الآخر انه تسعون- مثلا- (فیحتمل تقدیم بینة الاقل) ای المقوم الاقل الّذی هو بمنزلة البینة (للاصل) ای اصالة عدم ضمان الذمة بالعشرة فی المثال (و) یحتمل تقدیم (بینة الاکثر، لانها مثبتة) و اذا تعارض النفی و الاثبات قدم بینة الاثبات، اذ المثبت مدّع، و علی المدعی البینة، اما النافی فهو منکر و علی المنکر الیمین، لا البینة، (و) یحتمل (القرعة لانها لکل امر مشتبه) و المقام منه (و) یحتمل (الرجوع الی الصلح) القهری (لتشبث کل من المتبایعین بحجة شرعیة ظاهریة) و لا دلیل علی تقدیم احدهما علی الآخر.

(و) ان قلت: نعطی الحکم لمن حلف.

قلت: (المورد غیر قابل للحلف، لجهل کل منهما بالواقع) حسب الفرض، فتأمّل، او لانهما یحلفان، و انما نقول بالصلح- بمعنی تنصیف المقدار المشکوک فیه کالعشرة فی المثال- لانه مقتضی قاعدة العدل و الانصاف، کدرهم الودعی (و) یحتمل (تخییر الحاکم) بان یعطی الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۶

لامتناع الجمع و فقد المرجح.

[الأقوی وجوب الجمع بین البینات مهما أمکن]

اشارة

لکن الاقوی من الکل ما علیه المعظم من وجوب الجمع بینهما بقدر الامکان، لان کلا منهما حجة شرعیة یلزم العمل به فاذا تعذر العمل به فی تمام مضمونه وجب العمل به فی بعضه.

للاکثر او للاقل (لامتناع الجمع) بین القولین (و فقد المرجح) لاحد القولین، فلا بد من التخییر، و یحتمل احتمال سادس و هو تساقط القولین و الرجوع الی الاصل.

(لکن الاقوی من الکل) ای کل هذه الاقوال (ما علیه المعظم) و هو سابع الاحتمالات، و ان کان بالنتیجة یطابق الصلح- ان قلنا بان مراد من قال بالصلح: التصالح علی النصف- (من وجوب الجمع بینهما بقدر الامکان) ای بقدر امکان الجمع، لا ان هناک صورة لا یمکن فیها الجمع کما لا یخفی.

و انما یجب الجمع بینهما (لان کلا منهما حجة شرعیة یلزم العمل به) عملا مطلقا (فاذا تعذر العمل به فی تمام مضمونه) و مؤدّاه (وجب العمل به فی بعضه) سواء کان ذلک البعض نصفا او ثلثا فیما اذا کان المقومون ثلاثة او اکثر.

و لا یخفی ان هذا الکلام من المصنف مناف لما قرّره فی الاصول من تساقط الحجّتین.

و یؤیّد ما اخترناه فی الفقه و الاصول من لزوم اعمال الحجّتین حسب الامکان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۷

فاذا قوم احدهما بعشرة، فقد قوّم کلا من نصفه بخمسة، و اذا قوم الآخر بثمانیة، فقد قوم کلا من نصفه بأربعة، فیعمل بکل منهما فی نصف المبیع

و قولا هما و ان کانا متعارضین فی النصف أیضا کالکل فیلزم بما ذکر طرح کلا القولین فی النصفین، الا ان طرح قول کل منهما فی النصف مع العمل به فی النصف الآخر اولی فی مقام امتثال ادلة العمل بکل بیّنة من طرح کلیهما، او إحداهما رأسا.

(فاذا قوم احدهما) المتاع (بعشرة، فقد قوّم کلا من نصفه بخمسة، و اذا قوم الآخر) الکل (بثمانیة، فقد قوم کلا من نصفه بأربعة، فیعمل)- بصیغة المجهول- (بکل منهما فی نصف المبیع) فاذا کان التفاوت بین الصحیح و المعیب: الربع، استرجع المشتری دینارین و ربعا.

(و) ان قلت: ان قول کل واحد یعارض قول الآخر فی کل نصف نصف فاللازم تساقط القولین.

قلت: (قولاهما و ان کانا متعارضین فی النصف أیضا کالکل فیلزم بما ذکر) من سقوط المتعارضین (طرح کلا القولین فی النصفین) و نتیجته طرح القولین رأسا (الا ان طرح قول کل منهما فی النصف مع العمل به فی النصف الآخر اولی فی مقام امتثال ادلة العمل بکل بیّنة) اذ الدلیل شامل لکلتا البیّنتین (من طرح کلیهما) و الرجوع الی امر ثالث (او إحداهما) و اخذ الاخری (رأسا) لان الموافقة الاحتمالیة اولی من المخالفة القطعیة، و الموافقة الاحتمالیة و ان کانت فی الاخذ بإحداهما أیضا، الا ان هذا النوع من الموافقة الاحتمالیة اقرب الی الامتثال-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۸

و هذا معنی قولهم ان الجمع بین الدلیلین و العمل بکل منهما- و لو من وجه- اولی من طرح احدهما رأسا.

و لذا جعل فی تمهید القواعد من فروع هذه القاعدة الحکم بالتنصیف فیما لو تعارضت البیّنتان فی دار فی ید رجلین یدعیهما کل منهما، بل ما نحن فیه اولی بمراعات هذه القاعدة من الدلیلین المتعارضین فی احکام الله تعالی لان الاخذ باحدهما کلیة و ترک الآخر کذلک فی التکالیف

عرفا- من الاخذ بإحداهما کلا و طرح الاخری رأسا- کما لا یخفی-.

(و هذا) الّذی ذکرناه من الاخذ بقول کل واحد منهما فی النصف (معنی قولهم ان الجمع بین الدلیلین و العمل بکل منهما- و لو من وجه- اولی من طرح احدهما رأسا) و العمل بالآخر کلا.

(و لذا) الّذی ذکرناه من الاولویة (جعل فی تمهید القواعد من فروع هذه القاعدة) ای قاعدة الجمع (الحکم بالتنصیف فیما لو تعارضت البیّنتان فی دار فی ید رجلین یدعیهما) ای یدعی تمام الدار (کل منهما)

و علی هذا فلو ادعی احدهما الکل، و الآخر النصف، کان لمدّعی الکل ثلاثة ارباع الدار، و لمدعی النصف ربع الدار، و هکذا (بل ما نحن فیه) من تعارض المقوّمین (اولی بمراعات هذه القاعدة) ای قاعدة الجمع مهما امکن اولی (من) اعمال هذه القاعدة فی (الدلیلین المتعارضین فی احکام الله تعالی).

و وجه الاولویة (لان الاخذ باحدهما کلیة و ترک الآخر کذلک) کلیة فی احکام اللّه تعالی (فی التکالیف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۷۹

الشرعیة الإلهیة لا ینقص عن التبعیض من حیث مراعات حق الله سبحانه لرجوع الکل الی امتثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التکلیف باحقاق حقوق الناس، فان فی التبعیض جمعا بین حقوق الناس و مراعاة للجمیع و لو فی الجملة.

و لعلّ هذا

الشرعیة الإلهیة).

کما اذا علم انه نذر اما ان یتزوج هاتین المرأتین، او ان یترک زواجهما، فان زواجهما معا، او ترکهما معا (لا ینقص عن التبعیض) بزواج إحداهما و ترک الاخری (من حیث مراعات حق الله سبحانه) «من» متعلق ب «لا ینقص» ای ان الاطاعة فی جانب و ترک الجانب الآخر حاله حال اطاعة النصف و ترک النصف (لرجوع الکل) ای کل واحد من اطاعة جانب او اطاعة بعض الجانب (الی امتثال امر الله سبحانه) فهو ممتثل لله تعالی علی کلا التقدیرین، منتهی الامر یختلف الامتثال.

فربما یمتثل کل جانب و یترک کل جانب آخر و ربما یمتثل بعض جانب و یترک بعض جانب (بخلاف مقام التکلیف) ای تکلیف الحاکم الشرعی (باحقاق حقوق الناس) و ایصالها إلیهم (فان فی التبعیض) باعطاء کل واحد من المدعیین نصف الدار- فی المثال- (جمعا بین حقوق الناس و مراعاة للجمیع) ای لکل اطراف الدعوی (و لو فی الجملة) باعطاء کل منهما نصف ما یدعیه بخلاف ما اذا اعطی الدار لاحدهما فان فیه تضییعا لحق من لم یعطه شیئا.

(و لعلّ هذا) الّذی ذکرناه من ان فی التبعیض جمعا لحقوق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۰

هو السر فی عدم تخییر الحاکم عند تعارض اسباب حقوق الناس فی شیء من الموارد.

و قد یستشکل ما ذکرنا تارة بعدم التعارض بینهما عند التحقیق، لان مرجع بینة النفی الی عدم وصول نظرها و حدسها الی الزیادة، فبینة الاثبات المدعیة للزیادة، سلیمة.

و اخری بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدی البیّنتین بمرجح، و اصالة البراءة هنا مرجحة للبیّنة الحاکمة بالاقل.

الناس- و هو اولی من اعطاء الحق لاحدهما و حرمان الآخر- (هو السر فی عدم تخییر الحاکم) الشرعی (عند تعارض اسباب حقوق الناس فی شیء من الموارد) «فی» متعلق ب «عدم تخییر» بل اللازم علیه الجمع.

(و قد یستشکل ما ذکرنا) من الجمع بین المقوّمین (تارة بعدم التعارض بینهما عند التحقیق) و الواقع و ان کان بینهما تعارض بحسب الظاهر (لان مرجع بینة النفی) الّذی یقول بان القیمة تسعون- مثلا- (الی عدم وصول نظرها و حدسها الی الزیادة) عن تسعین فی المثال (فبینة الاثبات المدعیة للزیادة) و ان القیمة مائة (سلیمة) عن المعارض فاللازم العمل علی بینة الاثبات.

(و) تارة (اخری بان الجمع) بین البیّنتین (فرع عدم اعتضاد احدی البیّنتین بمرجح) و الا قدمت علی ما لیس لها مرجّح- کما هو المیزان فی باب التعادل و الترجیح- (و اصالة البراءة) عن الزائد (هنا مرجحة للبیّنة الحاکمة بالاقل) فتقدم بینة الاقل علی بینة الاکثر، و هذا مقابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۱

و ثالثة بان فی الجمع مخالفة قطعیة و ان کان فیه موافقة قطعیة.

لکن التخییر الّذی لا یکون فیه الا مخالفة احتمالیة اولی منه.

و یندفع الاول: بان المفروض ان بینة النفی تشهد بالقطع علی نفی الزیادة واقعا، و ان بذل الزائد فی مقابل المبیع سفه.

و یندفع الثانی بما قررناه فی الاصول من ان الاصول الظاهریة

الاشکال الاول الّذی حکم بتقدم بینة الاکثر.

(و ثالثة بان فی الجمع مخالفة قطعیة) فی الجملة، لانه مخالف لکلتا البیّنتین، فأیّ منهما لا یقول بالتسعة، فاخذنا بالتسعة- فی مثال المصنف- مخالف لهما (و ان کان فیه) ای فی الجمع (موافقة قطعیة) أیضا، لانه موافق لکل واحد منهما فی نصف کلامه.

(لکن التخییر الّذی لا یکون فیه الا مخالفة احتمالیة) لانه اذا عملنا باحدهما احتملنا المخالفة، کما نحتمل الموافقة للواقع (اولی منه) ای

من الجمع.

(و) لكن هذه الاشكالات كلها غير تامة.

اذ (ينـدفع الاول: بان المفروض) فى كلامنا الّذى نقول فيه بالجمع (ان بينة النفى تشـهد بالقطع على نفى الزيادة واقعا) لا انه يقول: لم يصل نظره الى الزائد (و ان بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه) لا يقدم عليه العقلاء.

(و يندفع الثانى بما قررناه فى الاصول من ان الاصول الظاهرية)

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۱۴، ص: ۸۲

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۴، ص: ۸۲

لا تصير مرجحة للادلة الاجتهادية، بل تصلح مرجعا فى المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لاجل التعارض، كما فى الظاهرين المتعارضين، كالعامّين من وجه المطابق

كالبراءة و الاحتياط و الاستصحاب و التخيير (لا تصير مرجحة للادلة الاجتهادية) اى الامارات و الطرق، و ذلك لان موضوع الاصول هو الشك و موضوع الطرق و الامارات هو الموضوع الواقعى و ان كان الشك اخذ ظرفا فيها.

و من المعلوم ان الشيء بما هو هو- الّذى هو موضوع الطرق و الامارات- غير الشيء بما هو مشكوك- الّذى هو موضوع الاصول- و ما نراه فى كتب الفقه من ذكرهم البراءة او الاستصحاب او الاحتياط فى عداد الادلة الاجتهادية، ليس ذاك الا لبيان ان المرجع فيه هذه الادلة، بعد عدم تمامية الادلة الاجتهادية (بل تصلح) البراءة (مرجعا فى المسألة لو تساقط الدليلان) المتعارضان (من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما) و مناط الدلالة هو اصالة الظهور، و مراده من الدلالة الظهور.

و انما ترتفع اصالة الظهور (لاجل التعارض) فان العقلاء انما يعملون بالظاهر اذا لم يكن له معارض، فاذا كان معارضا بظاهر آخر لم يعمل العقلاء باىّ منهما (كما فى الظاهرين المتعارضين، كالعامّين من وجه) مثل: اكرم العلماء و لا تكرم الفساق المتعارضين فى العالم الفاسق حيث يشمله «اكرم» لانه عالم و «لا تكرم» لانه فاسق فيتساقطان (المطابق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۴، ص: ۸۳

احدهما للاصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل.

و الحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للاصل، و معارضتها بالاخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرة، لفقد المرجح.

احدهما للاصل) اى اصالة عدم وجوب الاكرام، فانا نرجع الى الاصل حينئذ بعد تساقطهما (و ما نحن فيه) اى البيّنتان المتعارضتان (ليس من هذا القبيل) اى من قبيل الظاهرين المتعارضين فى سقوط مناط الظهور فان الظهور مأخوذ فى موضوعه الشك بالواقع، فاذا علمنا بخلاف احد الظهورين، سقط الشك الّذى هو مناط الظهور فى احدهما- على الاجمال- و حيث لا ترجيح لاحدهما على الآخر، سقط الظهوران.

اما ما نحن فيه فان البينة تبقى على دلالتها على مفاد كلامها، و ان كانت معارضة ببيّنة اخرى.

و الحاصل: ان الظهور يسقط بالمعارضة، و البينة ظهورها لا يسقط بالمعارضة، و حيث ان البينة لا تسقط، فلا تصل النوبة الى الاصول.

(و الحاصل ان بينة الزيادة) التى تقول بانها تسوى مائة (تثبت امرا مخالفا للاصل) اذ الاصل عدم زيادة العشرة (و معارضتها بالاخرى)

التی تقول انه بتسعین (النافیة لها) ای للزیادة (لا یوجب سقوطها) ای سقوط الزیادة (بالمرة، لفقد المرجح) ای لان الزیادة لا مرجح لها، بخلاف النقیصة التی لها مرجح و المرجح هو الاصل، و «لفقد» علة ل «سقوط»

و انما لا یوجب لما عرفت من بقاء الظهور حتی مع المعارضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۴

فیجمع بین النفی و الاثبات بالنصفین.

و یندفع الثالث بان ترجیح الموافقة الاحتمالیة غیر المشتملة علی المخالفة القطعیة علی الموافقة القطعیة المشتملة علیها انما هو فی مقام الاطاعة و المعصیة

(ف) حیث لم تسقط بینة الزیادة (یجمع بین النفی) للعشرة (و الاثبات) لها (بالنصفین) نصف العشرة نعطیه لبینة الاثبات و نصف العشرة نعطیه لبینة النفی

(و یندفع الثالث) الّذی قال بان فی الجمع مخالفة قطعیة، و الموافقة الاحتمالیة اولی (بان ترجیح الموافقة الاحتمالیة غیر المشتملة علی المخالفة القطعیة) «غیر» صفة «الموافقة» ای ترجیح عدم التنصیف فی العشرة (علی الموافقة القطعیة) باعطائه النصف، ای الخمسة (المشتملة) تلک الموافقة (علیها) ای علی المخالفة القطعیة لان الخمسة لیست موافقة لمن یقول بالعشرة الزائدة، و لا لمن یقول بعدم العشرة اصلا، فاذا اعطیناه خمسة و تسعین، فقد خالفنا کلتا البیّنتین.

فترجیح الاحتمال علی القطع (انما هو فی مقام الاطاعة و المعصیة) فالاطاعة الاحتمالیة اولی من العصیان القطعی، فاذا علم بانه نذر اما ان یجلس فی المسجد طول النهار، او نذر ان لا یجلس فی المسجد طول النهار، فالاولی اما ان یجلس کل النهار او یترک کله، لا ان یجلس بعض النهار و یترک بعضه.

فالموافقة الاحتمالیة المشتملة علی المخالفة الاحتمالیة، اولی من الموافقة القطعیة فی نصف النهار المشتملة علی المخالفة القطعیة فی نصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۵

الراجعتین الی الانقیاد و التجری، حیث ان ترک التجری اولی من تحصیل العلم بالانقیاد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس، فان مراعات الجمیع اولی من اهمال احدهما رأسا، و ان اشتمل علی اعمال الآخر، اذ لیس الحق فیها لواحد معین کما فی حقوق اللّه سبحانه.

النهار (الراجعتین الی الانقیاد) فی الموافقة الاحتمالیة (و التجری) فی المخالفة الاحتمالیة (حیث ان ترک التجری) فی نصف النهار (اولی من تحصیل العلم بالانقیاد) فی نصف النهار.

و الحاصل: ان من یجلس نصف النهار فقط، فقد حصل له العلم بالانقیاد فی نصف النهار، و لکن أیضا تجرّی فی نصف النهار بالعصیان اما اذا تلبس اما بالجلوس او بالترک، فلم یقطع بالتجری، فامره دائر بین ان یجلس النصف حتی یکون متجریا قطعا، او ان یلتبس باحدهما حتی لا یقطع بالتجری، و الاول اولی بنظر العقلاء.

اقول: و عندی فی ذلک نظر اذ لم نحرز من العقلاء الاولویة (بخلاف مقام احقاق حقوق الناس، فان مراعات الجمیع اولی من اهمال احدهما رأسا، و ان اشتمل) اهمال احدهما رأسا (علی اعمال الآخر) کلا.

فوجه الفرق بین حق الله و حق الناس (اذ لیس الحق فیها) ای فی حقوق الناس (لو احد معین) حتی یتحقق الانقیاد له علی کل تقدیر ای بترک الکل او فعل الکل (کما فی حقوق الله سبحانه) حیث ان الحق لواحد

اما علی ما نختاره فالجمع فی حقوق الناس لما ذکر، و التخییر بین الجمع او الانقیاد الاحتمالی یکون فی حقوق الله تعالی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۶

ثم ان قاعدة الجمع حاکمة علی دلیل القرعة لان المأمور به هو العمل بکل من الدلیلین، لا بالواقع المردّد بینهما، اذ قد یکون کلاهما مخالفا للواقع.

فهما سببان مؤثران- بحکم الشارع- فی

ففی مثال النذر له ان یجلس فی کل النهار و له ان یترک فی کل النهار، و له ان یجلس بعضا و یترک بعضا- حسب ما نراه من بناء العقلاء فی مثل هذه الموارد المشکوکة-.

(ثم ان قاعدة الجمع حاکمة علی دلیل القرعة) فلا مجال للقرعة بعد الجمع (لان المأمور به هو العمل بکل من الدلیلین) اذا دلة البیّنة تشملهما (لا بالواقع المردّد بینهما) و دلیل القرعة انما یأتی فیما اذا کان هناک واقع مردّد یجب العمل به، و فی مقامنا نشکّ فی انه هل هناک واقع بین البیّنتین، أم لا؟ (اذ قد یکون کلاهما مخالفا للواقع) و القیمة الحقیقیة ثمانون او مائة و عشرون فلا واقع بین البیّنتین حتی تکون القرعة کاشفة عنه.

اللهم الا ان یقال ان لفظ «مشکل» فی دلیل القرعة یشمل الواقع المردّد و المقام الّذی یحتمل انه لا واقع بینهما، مع ان له واقعا قطعا و لا واقع له اصلا کما اذا اطلق إحداهن بصیغة المجهول، کما قال به جمع من الفقهاء حیث یعینها بالقرعة، او اقرع لطلاق واحدة فیمن اسلم عن خمس

(ف) ان قلت: اذا لم یکن واقع بینهما فکیف تکون البینة واجبة الاتباع، و هل تکون البینة الا طریقا الی کشف الواقع المجهول.

قلت: (هما) ای البیّنتان (سببان مؤثران- بحکم الشارع- فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۷

حقوق الناس، فیجب مراعاتها و اعمال اسبابها بقدر الامکان، اذ لا ینفع توفیة حق واحد مع اهمال حق الآخر رأسا علی النهج الّذی ذکرنا من التنصیف فی المبیع.

ثم ان المعروف فی الجمع بین البیّنات الجمع بینهما فی قیمتی الصحیح فیؤخذ من القیمتین للصحیح نصفهما، و من الثلث ثلثهما و من

حقوق الناس) فالبیّنة لها موضوعیة لا طریقیة (فیجب مراعاتها) ای مراعات حقوق الناس (و اعمال اسبابها) ای اسباب الحقوق، و من تلک الاسباب البیّنة (بقدر الامکان) و القدر الممکن هنا التنصیف (اذ لا ینفع) فی باب مراعات حقوق الناس کلهم (توفیة حق واحد) من الطرفین، بان نقول ان القیمة مائة، او نقول: ان القیمة تسعون، ففی کل واحد منهما توفیة حق واحد (مع اهمال حق الآخر رأسا علی النهج الّذی ذکرنا من التنصیف فی المبیع).

فاذا قلنا ان القیمة مائة و الارش العشر، کان اللازم اعادة عشرة و هذا یوجب اهمال حق البائع.

و اذا قلنا ان القیمة تسعون کان اللازم اعادة تسعة، و هذا یوجب اهمال حق المشتری، بخلاف ما اذا اعدنا تسعة و نصف، فانه جمع بین الحقین، کما لا یخفی.

(ثم ان المعروف) بین الفقهاء (فی الجمع بین البیّنات الجمع بینهما فی قیمتی الصحیح) او قیمة المعیب (فیؤخذ من القیمتین للصحیح نصفهما، و من الثلث ثلثها و من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۸

الاربع ربعهما و هکذا فی المعیب ثم یلاحظ النسبة بین المأخوذ للصحیح، و بین المأخوذ للمعیب، و یؤخذ بتلک النسبة، فاذا کان

احدی قیمتی الصحیح اثنی عشر و الاخری ستة و احدی قیمتی المعیب أربعة و الاخری اثنین اخذ للصحیح تسعة، و للمعیب ثلاثة، و التفاوت بالثلثین فیکون الارش ثلثی الثمن.

و یمکن أیضا علی وجه التنصیف فیما به التفاوت بین القیمتین بان تعمل فی نصفه

الاربع ربعهما و هکذا) من الخمس خمسهما الی ما فوق و یؤخذ (فی المعیب) بعد الجمع بین قیم المعیب (ثم یلاحظ النسبة بین المأخوذ للصحیح، و بین المأخوذ للمعیب، و یؤخذ) الارش (بتلک النسبة، فاذا کان احدی قیمتی الصحیح اثنی عشر) حسب تقویم احدی البیّنتین (و الاخری) للصحیح (ستة) حسب تقویم البیّنة الثانیة (و) کانت (احدی قیمتی المعیب أربعة) سواء حدّدتها احدی البیّنتین المقوّمتین للصحیح او بینة خارجیة (و الاخری اثنین اخذ) فی مقام الارش (للصحیح تسعة) نصف مجموع اثنی عشر و ستة (و للمعیب ثلاثة) نصف مجموع أربعة و اثنین (و التفاوت) بین الصحیح و المعیب (بالثلثین فیکون الارش ثلثی الثمن) سواء کان الثمن بقدر احدی القیم التی ذکرتها البیّنة، أم لا، مثل ان تکون القیمة خمسة عشر.

(و یمکن أیضا) معرفة الارش بوجه آخر، و هو (علی وجه التنصیف فیما به التفاوت بین القیمتین بان تعمل فی نصفه) ای نصف المبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۸۹

بقول المثبت للزیادة، و فی نصفه الآخر بقول النافی فاذا قومه إحداهما باثنی عشر و الاخری بثمانیة اخذ فی نصف الاربعة بقول المثبت و فی نصفها الآخر بقول النافی جمعا بین حقی البائع و المشتری

(بقول المثبت للزیادة، و فی نصفه الآخر بقول النافی) للزیادة (فاذا قومه إحداهما) ای احدی البینتین (باثنی عشر و) البینة (الاخری بثمانیة اخذ فی نصف الاربعة) و هی مقدار التفاوت بین الصحیح علی البینة الاولی، و الصحیح علی البینة الثانیة (بقول المثبت) الّذی یقول ان القیمة اثنی عشر (و فی نصفها الآخر بقول النافی) الّذی یقول ان القیمة ثمانیة

و معنی ذلک ان نجعل قیمة البضاعة عشرة، و نضیف علی الثمانیة اثنین، و ننقص من الاثنی عشر اثنین فتکون قیمة الصحیح عشرة (جمعا بین حقی البائع) الّذی یرید اعطاء ارش اقل (و المشتری) الّذی یرید ان یأخذ ارشا اکثر.

مثلا: اذا قوم الصحیح احدهما اثنا عشر، و الآخر بثمانیة و قوم المعیب احدهما عشرة، و الآخر أربعة.

فعلی الطریقة الاولی نجمع بین الاثنی عشر و الثمانیة فیصیر عشرین، و نصفه عشرة، فالعشرة قیمة الصحیح، و نجمع بین العشرة و الاربعة فیصیر أربعة عشر و نصفه سبعة و النسبة بین العشرة و بین السبعة ثلاثة اعشار، فیرد البائع علی المشتری ثلاثة اعشار الثمن.

و علی الطریقة الثانیة نجعل القیمة للصحیح عشرة حیث نعطی نصف الاربعة الی الثمانیة، و ننقص نصف الاربعة من الاثنی عشر و نجعل القیمة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۰

لکن الاظهر هو الجمع علی النهج الاول.

و یحتمل الجمع بطریق آخر، و هو ان یرجع الی البینة فی مقدار التفاوت و یجمع بین البیّنات فیه من غیر ملاحظة القیم، و هذا منسوب الی الشهید قدس سره علی ما فی الروضة.

و حاصله قد یتحد مع طریق المشهور کما فی المثال المذکور، فان التفاوت بین الصحیح و المعیب علی قول کل من البیّنتین بالثلثین، کما ذکرنا فی الطریق الاول.

للمعیب سبعة حیث نضیف نصف الستة الی الاربعة، و ننقص نصف الستة عن العشرة، فیرد البائع علی المشتری ثلاثة اعشار الثمن

أیضا.

و قد عرفت ان لا فرق بینهما فی النتیجة- هذا کله هو الجمع بطریق المشهور، لکن باسلوبین- (لکن الاظهر هو الجمع علی النهج الاول).

(و یحتمل الجمع بطریق آخر، و هو ان یرجع الی البینة فی مقدار التفاوت) بین صحیح و صحیح آخر، و التفاوت بین معیب و معیب آخر (و یجمع بین البیّنات فیه) ای فی التفاوت (من غیر ملاحظة القیم) لا قیمة الصحیح و لا قیمة المعیب (و هذا منسوب الی الشهید قدس سره علی ما فی الروضة).

(و حاصله) ای حاصل هذا الجمع (قد یتحد مع طریق المشهور کما فی المثال المذکور، فان التفاوت بین الصحیح و المعیب علی قول کل من البیّنتین) ای بینة الزیادة، و بینة النقیصة (بالثلثین، کما ذکرنا فی الطریق الاول) و هو طریق المشهور، فالتفاوت بین الاثنی عشر و الثمانیة بالثلثین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۱

و قد یختلفان کما اذا کانت احدی قیمتی الصحیح اثنی عشر، و الاخری ثمانیة، و قیمة المعیب علی الاول عشرة، و علی الثانی خمسة.

فعلی الاول یؤخذ نصف مجموع قیمتی الصحیح اعنی العشرة، و نصف قیمتی المعیب، و هو سبعة و نصف، فالتفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعنی ثلاثة من اثنی عشر- لو فرض الثمن اثنی عشر-.

و علی الثانی یؤخذ التفاوت بین الصحیح و المعیب علی احدی البیّنتین بالسدس.

و کذلک التفاوت بین الستة و الاثنین أیضا بالثلثین.

(و قد یختلفان) فالارش بطریق المشهور یزید او ینقص عن الارش بطریق الشهید (کما اذا کانت احدی قیمتی الصحیح اثنی عشر، و) القیمة (الاخری ثمانیة، و قیمة المعیب علی الاول عشرة، و علی الثانی خمسة)

(ف) اما (علی الاول) ای علی تقویم المشهور (یؤخذ نصف مجموع قیمتی الصحیح) و (اعنی) بالنصف (العشرة، و) یؤخذ (نصف قیمتی المعیب، و هو) ای النصف (سبعة و نصف، فالتفاوت) بین عشرة و بین سبعة و نصف (بالربع، فالارش ربع الثمن اعنی ثلاثة من اثنی عشر- لو فرض الثمن اثنی عشر-).

(و) اما (علی الثانی) و هو طریق الشهید (یؤخذ التفاوت بین الصحیح و المعیب علی احدی البیّنتین بالسدس) لان التفاوت بین اثنی عشر، و بین عشرة: السدس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۲

و علی الاخری ثلاثة اثمان، و ینصف المجموع اعنی ستة و نصفا، من اثنی عشر جزءا، و یؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع، و قد کان فی الاول ثلاثة، و قد ینقص عن الاول.

کما اذا اتفقا علی ان قیمة المعیب ستة، و قال إحداهما قیمة الصحیح ثمانیة، و قال الاخری عشرة.

فعلی الاول یجمع القیمتان و یؤخذ نصفهما

(و علی) البینة (الاخری ثلاثة اثمان) لان التفاوت بین ثمانیة و خمسة ثلاثة اثمان (و ینصف المجموع) ای مجموع التفاوتین (اعنی ستة و نصفا، من اثنی عشر جزءا) اذ ثلاثة اثمان اثنی عشر، أربعة و نصف، و سدس اثنی عشر اثنان، فالمجموع ستة و نصف من اثنی عشر (و یؤخذ نصفه) ای نصف مجموع التفاوت (و هو ثلاثة و ربع) فاللازم ان یدفع البائع الی المشتری ثلاثة و ربع، اذا کان الثمن اثنی عشر- حسب الفرض- (و قد کان) الارش (فی الاول) و هو حساب المشهور (ثلاثة) فقد زاد الارش علی حساب الشهید عن الارش

علی حساب المشهور بالربع ای ربع نصف السدس فی هذا المثال (و قد ینقص) الارش علی حساب الشهید (عن الاول) الّذی هو الارش علی حساب المشهور.

(کما اذا اتفقا) ای البیّنتان (علی ان قیمهٔ المعیب ستهٔ، و قال إحداهما قیمهٔ الصحیح ثمانیهٔ، و قال الاخری عشرهٔ).

(فعلی الاول) الّذی هو حساب المشهور (یجمع القیمتان و یؤخذ نصفهما) ای نصف الصحیحین- و هما ثمانیهٔ و عشرهٔ- فیکون نصفهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۳

تسعهٔ و نسبته الی الستهٔ بالثلث.

و علی الثانی یکون التفاوت علی احدی البیّنتین ربعا.

و علی الاخری خمسین فیؤخذ نصف الربع و نصف الخمسین فیکون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

(تسعهٔ) فهذا قیمهٔ الصحیح (و نسبته الی الستهٔ) التی هی قیمهٔ المعیب (بالثلث) فاللازم ان یرد البائع الی المشتری ثلث الثمن، و هو أربعهٔ- اذا فرضنا ان قیمهٔ المبیع اثنی عشر-.

(و علی الثانی) و هو حساب الشهید (یکون التفاوت) بین الصحیح و المعیب (علی احدی البیّنتین) و هی التی تقول: بان الصحیح ثمانیهٔ و المعیب ستهٔ (ربعا) لان اثنین ربع الثمانیهٔ.

(و علی) البینهٔ (الاخری خمسین) لانها قالت: الصحیح عشرهٔ و المعیب ستهٔ، و التفاوت بأربعهٔ، و هی خمسان من العشرهٔ (فیؤخذ نصف الربع) من اثنی عشر- حسب فرض انه قیمهٔ المبیع- و هی واحد و نصف (و نصف الخمسین) ای الخمس، و هو اثنان و خمسان من اثنی عشر (فیکون ثمنا و خمسا) و المجموع ثلاثهٔ و أربعهٔ اخماس و نصف ای ثلاثهٔ اعداد و تسعهٔ اعشار (و هو) ای الارش علی حساب الشهید (ناقص عن الثلث) الّذی هو أربعهٔ (بنصف خمس) ای واحد من عشرهٔ.

و ان شئت قلت: ان الثمن اذا کان اثنی عشر دینارا، فالارش علی حساب المشهور أربعهٔ دنانیر، و علی حساب الشهید ثلاثهٔ دنانیر و تسعمائهٔ فلسا، لان کل دینار الف فلس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۴

[صور اختلاف المقومین]

اشارهٔ

توضیح هذا المقام ان الاختلاف

[الاختلاف فی الصحیح فقط]

اما ان یکون فی الصحیح فقط مع اتفاقهما علی المعیب.

و اما ان یکون فی المعیب فقط.

و اما ان یکون فیهما، فان کان فی الصحیح فقط کما فی المثال الاخیر، فالظاهر التفاوت بین الطریقین دائما، لانک قد عرفت ان الملحوظ علی طریق المشهور نسبهٔ المعیب الی مجموع نصفی قیمتی الصحیح

(توضیح هذا المقام) و انه فی ای مورد یکون حساب المشهور و الشهید متساویین، و فی ای مورد یزید حساب المشهور علی حساب

الشهید و فی ای مورد ینقص حساب المشهور عن حساب الشهید (ان الاختلاف) بین المقوّمین علی ثلاثة اقسام.

ف (اما) الاوّل (ان یکون فی الصحیح فقط مع اتفاقهما علی المعیب)

(و اما) الثانی: (ان یکون) الاختلاف (فی المعیب فقط) مع اتفاقهما علی الصحیح.

(و اما) الثالث: (ان یکون) الاختلاف (فیهما) ای فی الصحیح، و المعیب (فان کان) الاختلاف (فی الصحیح فقط) و هو القسم الاول (کما فی المثال الاخیر) و هو ما اذا اتفقتا علی ان قیمة المعیب ستة، و قالت إحداهما ان قیمة الصحیح ثمانیة، و قالت الاخری عشرة (فالظاهر التفاوت بین الطریقین دائما) و هما طریق الشهید و طریق المشهور (لانک قد عرفت ان الملحوظ علی طریق المشهور نسبة المعیب) الواحد لفرض اتفاقهما فی المعیب (الی مجموع نصفی قیمتی الصحیح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۵

المجعول قیمة متنزعة و علی الطریق الآخر نسبة المعیب الی کل من من القیمتین المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر لیجمع بین البیّنتین فی العمل.

و المفروض فی هذه الصورة ان نسبة المعیب الی مجموع نصفی قیمتی الصحیح

المجعول قیمة منتزعة) «المجعول» صفة «مجموع» (و علی الطریق الآخر) ای طریق الشهید (نسبة المعیب الی کل من القیمتین) فالمعیب تارة ینسب الی هذا الصحیح، و تارة اخری ینسب الی ذلک الصحیح (المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه) ای نصف حاصل النسبة الاولی (مع نصف الآخر) ای مع نصف حاصل النسبة الثانیة (لیجمع بین البینتین فی العمل).

فمثلا: قوم احدهما الصحیح بأربعة، و قومه الآخر بخمسة، و کلاهما قوما المعیب بثلاثة.

فعلی المشهور یجمع بین الاربعة و الخمسة، و ینصف فیصیر أربعة و نصف، فینسب الثلاثة الی الاربعة و النصف.

و علی طریقة الشهید ینسب الواحد و النصف الی اثنین مرة و ینسب الواحد و النصف باثنین و نصف مرة اخری، و النسبة الاولی ثلاثة ارباع و النسبة الثانیة ثلاثة اخماس، فیجمع بین نصف ثلاثة ارباع، و نصف ثلاثة اخماس.

(و المفروض فی هذه الصورة) ای القسم الاول الّذی هو وحدة المعیب و تعدد الصحیح (ان نسبة المعیب الی مجموع نصفی قیمتی الصحیح)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۹۶

التی هی طریقة المشهور، مخالفة لنسبة نصفه الی کل من النصفین لان نسبة الکل الی الکل تساوی نسبة نصفه الی کل من نصفی ذلک الکل و هو الاربعة و النصف فی المثال، لا الی کل من النصفین المرکب منهما ذلک الکل، کالاربعة و الخمسة بل النصف

کنسبة الثلاثة الی الاربعة و النصف- فی مثالنا- (التی هی طریقة المشهور، مخالفة لنسبة نصفه) ای نصف المعیب، کواحد و نصف- فی مثالنا- (الی کل من النصفین) ای الی اثنین و نصف مرة، و الی اثنین مرة اخری.

و انما کانت مخالفة (لان نسبة الکل الی الکل تساوی نسبة نصفه الی کل من نصفی ذلک الکل).

فمثلا: نسبة الاربعة الی العشرة تساوی نسبة الاثنین الی خمسة مرة، و الی خمسة أیضا مرة اخری، فان أربعة اعشار تساوی خمسین لخمسة، و خمسین لخمسة اخری (و هو) ای کل من نصفی ذلک الکل (الاربعة و النصف فی المثال) و هو مثال المصنف، و هو ان قیمة المعیب ستة علی کلا القولین و ان قیمة الصحیح ثمانیة علی قول إحداهما و عشرة علی قول الاخری.

فنسبة الاربعة الی التسعة تساوی نسبة الثلاثة الی کل من أربعة و نصف و أربعة و نصف (لا الی کل من النصفین المرکب منهما ذلک الکل) ای کل من البعضین و هما (کالاربعة و الخمسة)- فی مثال المصنف- و المرکب منهما ذلک الکل هو تسعة، لانهار کبت من

الاربعة و الخمسة.

و انما قلنا «لا» لما اشار إليه بقوله: (بل) نسبة (النصف) ای الثلاثة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۹۷

المنسوب الی احد بعض المنسوب إليه کالاربعة نسبة مغايرة لنسبته الی البعض الآخر اعنی الخمسة، و هكذا غيره من الامثلة.

[الاختلاف فی المعیب فقط]

و ان كـان الاختلاف فی المعيب فقط فالظاهر عـدم التفاوت بين الطريقين ابـدا لان نسـبة الصـحيح الی نصف مجموع قيمتی المعيب- علی ما هو طريق المشهور- مساوية لنسبة نصفه الی نصف إحداهما

- فی مثال المصـنف- (المنسوب الی احـد بعض المنسوب إليه) و المنسوب إليه هو تسـعة، واحـد بعضه (كالاربعة) فنسـبة الثلاثة إليها (نسبة مغايرة لنسبته الی البعض الآخر اعنی الخمسة).

اذ نسبة الثلاثة الی الاربعة ثلاثة ارباع، و نسبة الثلاثة الی الخمسة ثلاثة اخماس.

لكن لا يخفی ان هذا الدليل غير كاف فی افادة الكلية، فاثبات الكلية بحاجة الی الاستقراء، او الی دليل آخر.

فقوله: (و هكذا غيره من الامثلة) يحتاج الی احد الامرين من الاستقراء او الدليل القطعی.

(و ان كـان الاختلاف) بين المقوّمين (فی المعيب فقـط) مع اتفاقهما علی الصـحيح (فالظاهر عـدم التفاوت بين الطريقين) و هما طريق المشـهور و طريق الشهيد (ابدا، لان نسبة الصحيح) المتّفق عليه (الی نصف مجموع قيمتی المعيب- علی ما هو طريق المشهور-) حيث يجمعون قيمتی المعيب و ينصـفونهما، و ينسـبون الصـحيح الی ذلک النصف (مساويـة لنسـبة نصـفه) ای نصف الصـحيح (الی نصـف إحداهما) ای احدی القيمتين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۹۸

و نصـفه الآخر الی نصف الاخری، كما اذا اتفقا علی كون الصـحيح اثنی عشـر، و قالت إحـداهما المعيب ثمانية، و قالت الاخری سـتة فان تفاوت السـبعة و الاثنی عشر الّذی هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتی الثمانية الاثنی عشر و الستة مع الاثنی عشر، لان نسبة الاولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع.

و هذا بعينه تفاوت السبعة و

للمعيب (و) نسبة (نصفه الآخر) ای النصف الثانی للصحيح (الی نصف) القيمة (الاخری) للمعيب.

و ذلـک (كمـا اذا اتفقـا علی كون الصـحيح اثنی عشـر، و) اختلفـا فی المعيب، ف (قـالت إحـداهما المعيب ثمانيـة، و قـالت الاخری) المعيب (ستة)- فمجموعهما أربعة عشر، و نصفهما سبعة- (فان تفاوت السبعة) نصفی المعيبين (و الاثنی عشر) قيمة الصحيح (الّذی هو طريق المشـهور) حيث ينسـبون الصحيح الی نصف قيمة المعيبين (مساو لنصف مجموع تفاوتی الثمانية مع الاثنی عشر) فيكون تفاوت الثمانية مع الاثنی عشـر بالثلث (و السـتة مع الاثنی عشر) و يكون تفاوت الستة مع الاثنی عشر بالنصف (لان نسبة الاولين) ای الثمانية و الاـثنی عشـر (بـالثلث) فـان الثمانيـة تنقص عن الاـثنی عشـر بمقـدار ثلث الاثنی عشـر (و) نسـبة (الآخرين) و هما السـتة و الاثنی عشـر (بالنصف) فان الستة نصف الاثنی عشر (و نصفهما) ای الاولين و الآخرين (السدس و الربع).

(و) من المعلوم ان (هذا) السدس و الربع (بعينه تفاوت السبعة و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۹۹

الاثنی عشر.

[الاختلاف فی الصحیح و المعیب معا]

و ان اختلفا فی الصحیح و المعیب فان اتحدت النسبة بین الصحیح و المعیب علی کلتا البیّنتین فیتحد الطریقان دائما، کما اذا قوّمه إحداهما صحیحا باثنی عشر و معیبا بستة، و قوّمه الاخری صحیحا بستة و معیبا بثلاثة فان نصف الصحیحین اعنی التسعة تفاوته مع نصف مجموع المعیبین و هو الاربعة و نصف

الاثنی عشر) اذ سدس الاثنی عشر و ربعه: خمسة، و التفاوت بین السبعة و الاثنی عشر، خمسة أیضا.

و لا یخفی ان هذه الکلیة التی ذکرها المصنف تحتاج الی الدلیل او الاستقراء.

(و ان اختلفا) المقومان (فی الصحیح و المعیب) معا فهو علی قسمین فسم یتحد طریق المشهور و طریق الشهید.

و قسم یختلفان فی النتیجة (فان اتحدت النسبة بین الصحیح و المعیب علی کلتا البیّنتین) کما اذا کان کل صحیح ضعف المعیب، او کان کل معیب ثلثی الصحیح- مثلا- (فیتّحد الطریقان) و هما طریق المشهور و طریق الشهید (دائما، کما اذا قوّمه إحداهما صحیحا باثنی عشر و معیبا بستة، و قوّمه) البیّنة (الاخری صحیحا بستة، و معیبا بثلاثة) فان کل صحیح ضعف المعیب- علی کلا التقویمین- (فان نصف الصحیحین) ای الاثنی عشر و الستة (اعنی التسعة تفاوته مع نصف مجموع المعیبین) ای الستة و الثلاثة (و هو الاربعة و نصف) فان هذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۰

عین نصف تفاوتی الاثنی عشر مع الستة، و الستة مع الثلاثة.

و الحاصل: ان کل صحیح ضعف المعیب، فیلزمه کون نصف الصحیحین ضعف نصف المعیبین.

و ان اختلفت النسبة فقد یختلف الطریقان و قد یتحدان، و قد تقدم مثالهما فی اوّل المسألة.

النسبة- علی طریق المشهور- (عین) النسبة علی طریق الشهید، و هو (نصف تفاوتی الاثنی عشر مع الستة) النصف (و الستة مع الثلاثة) النصف أیضا

(و الحاصل: ان کل صحیح ضعف المعیب، فیلزمه کون نصف الصحیحین ضعف نصف المعیبین) فالصحیحان هما اثنی عشر و ستة و جمعها ثمانیة عشر و نصفها تسعة و المعیبان هما الستة و الثلاثة و نصفهما أربعة و نصف.

و من المعلوم ان التسعة ضعف الاربعة و النصف.

(و ان اختلفت النسبة) بین الصحیح و المعیب علی کلتا البیّنتین کما اذا قوّمت إحداهما الصحیح باثنی عشر و المعیب بستة و قوّمت الاخری الصحیح بعشرة و المعیب بثمانیة (فقد یختلف الطریقان) ای طریق المشهور عن طریق الشهید (و قد یتحدان، و قد تقدم مثالهما فی اوّل المسألة) فراجع.

و قد عرفت أیضا ان الکلّیات التی ذکرها المصنف بحاجة الی الاستقراء او الدلیل القطعی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۱

ثم ان الاظهر، بل المتعیّن فی المقام هو الطریق الثانی المنسوب الی الشهید قدس سرّه وفاقا للمحکی عن إیضاح النافع، حیث ذکر ان طریق المشهور لیس بجیّد و لم یذکر وجهه و یمکن ارجاع کلام الاکثر إلیه کما سیجیء.

و وجه تعیّن هذا الطریق ان اخذ القیمة من القیمتین علی طریق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتین علی الطریق الثانی.

اما للجمع بین البیّنتین باعمال کل منهما فی نصف العین- کما ذکرنا-.

(ثم ان الاظهر) حسب الادلة (بل المتعیّن فی المقام هو الطریق الثانی المنسوب الی الشهید قدس سرّه وفاقا للمحکی عن إیضاح النافع، حیث ذکر ان طریق المشهور) فی باب التقویم (لیس بجیّد و) لکن (لم یذکر وجهه) ای وجه انه لیس بجید (و یمکن ارجاع کلام الاکثر إلیه) ای الی طریق الشهید (کما سیجیء) وجه الارجاع.

(و وجه) ما ذکرناه من (تعیّن هذا الطریق ان اخذ القیمة من القیمتین) ای نصف القیمتین (علی طریق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتین علی الطریق الثانی) للمشهور أیضا هذا ما ذکره قبلا بقوله «و یمکن أیضا»- قبل قوله: و یحتمل الجمع ... الی قوله منسوب الی الشهید، فراجع.

(اما للجمع بین البینتین باعمال کل منهما فی نصف العین- کما ذکرنا-) فنأخذ بنصف احدی البیّنتین فی احد النصفین للعین، و نأخذ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۲

و اما لاجل ان ذلک توسط بینهما لاجل الجمع بین الحقین بتنصیف ما به التفاوت نفیا و اثباتا علی النهج الّذی ذکرناه اخیرا فی الجمع بین البیّنتین، کما یحکم بتنصیف الدرهم الباقی من الدرهمین المملوکین لشخصین اذا ضاع احدهما المردّد بینهما من عند الودعی، و لم تکن

بنصف البینة الثانیة فی النصف الثانی للعین.

(و اما لاجل ان ذلک) ای طریق المشهور (توسط بینهما) فلا نعمل، لا بهذه البینة و لا بتلک، و انما نأخذ بالاوسط بینهما.

فانه اذا قال احدهما ان القیمة اثنی عشر، و قال الثانی انها ثمانیة نأخذ القیمة المتوسطة بینهما ای عشرة فانها دون اثنی عشر باثنین و فوق ثمانیة باثنین.

و انما نفعل ذلک (لاجل الجمع بین الحقین) و هما حق البائع و حق المشتری (بتنصیف ما به التفاوت) و هو أربعة فی المثال (نفیا) لان احدی البیّنتین تنفی الاربعة (و اثباتا) حیث تثبت الاربعة البیّنة الثانیة (علی النهج الّذی ذکرناه اخیرا فی الجمع بین البیّنتین) حیث قلنا «و یمکن أیضا» قبل قوله «و یحتمل الجمع ... الی قوله منسوب الی الشهید».

و قوله «علی» متعلق بقوله «و اما لاجل ان ذلک».

ثم مثل لتنصیف الاربعة بقوله: (کما یحکم بتنصیف الدرهم الباقی من الدرهمین المملوکین لشخصین اذا ضاع احدهما المردّد) ذلک الضائع (بینهما) ای بین درهم زید او درهم عمرو (من عند الودعی) «من» متعلق ب «ضاع» (و لم تکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۳

هنا بینة تشهد لاحدهما بالاختصاص، بل و لا ادعی احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلی الاول فاللازم و ان کان هو جمع نصفی قیمتی الصحیح و المعیب- کما فعله المشهور-

---

هنا بینة تشهد لاحدهما بالاختصاص) و ان الدرهم خاص بزید او عمرو (بل و لا ادعی احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود) فان التنصیف مقتضی قاعدة العدل و الانصاف.

و ذلک کما اذا علمنا نحن بانفسنا- بدون البیّنة- ان قیمة الصحیح اما ثمانیة او اثنی عشر، فانه لا جمع بین البیّنتین حینئذ، و انما اللازم الاخذ بعشرة بمقتضی قاعدة العدل و الانصاف.

(فعلی الاول) ای یرد علی ما ذکره بقوله: اما للجمع بین البیّنتین ان جمع النصفین- ای نصف ثمانیة و نصف اثنی عشر- تام، اما نسبة

هـذا المجموع الی المعیب غیر تام، بل اللازم نسـبة أربعـة الی نصف المعیب، و نسـبة سـتة الی نصـفه الآخر، اما نسـبة الکل الی الکل، فذلک یقتضی ان ننسب الاربعة الی کلا نصفی المعیب، و الحال ان الاربعة کانت منسوبة الی النصف، لا الی الکل.

و یوضح ذلک ان النصـفین اذا کانا لشخصـین، فان صـحیح کل نصف مربوط بنفس ذلک النصف، لا بالنصف الآخر الّذی هو ملک لانسـان آخر (فاللازم و ان کـان هو جمع نصـفی قیمتی الصـحیح و المعیب) اذا کـان للصـحیح قیمتان، و للمعیب قیمتان (- کما فعله المشهور-) من الجمع

بان یجمع الاثنی عشر و الثمانیة المفروضتان قیمتین للصحیح فی المثال المتقدم، و یؤخذ نصف إحداهما قیمة نصف المبیع، صحیحا، و نصف الاخری قیمة للنصف الآخر منه.

و لـازم ذلـک کون تمـامه بعشرة، و یجمع قیمتا المعیب اعنی العشرة و الخمسة، و یؤخـذ لکل نصف من المبیع المعیوب نصف من احدهما.

و لـازم ذلـک کون تمام المبیع بسـبعة و نصف، الا انه لا ینبغی ملاحظـة نسبة المجموع من نصـفی احـدی القیمتین اعنی العشـرة الی المجموع من نصف

(بان یجمع الاثنی عشر و الثمانیـة المفروضـتان قیمتین للصـحیح) حسب تقویم البیّنتین (فی المثال المتقـدم، و یؤخـذ نصف إحداهما) کستة مثلا (قیمة نصف المبیع) فی حالکون المبیع (صحیحا، و نصف) القیمة (الاخری) کاربعة مثلا (قیمة للنصف الآخر منه).

(و لازم ذلک) ای لازم ان نصـفه بسـتة و نصـفه بأربعـة (کون تمامه بعشـرة، و) کـذلک (یجمع قیمتا المعیب اعنی العشـرة و الخمسة) حسب ما قوّمه مقوّماه (و یؤخـذ لکل نصف من المبیع المعیوب نصف من احـدهما) فلنصف المعیوب خمسـة، و لنصـفه الآخر اثنان و نصف.

(و لازم ذلک) الجمع بین النصفین المعیبین (کون تمام المبیع بسبعة و نصف الا انه) «الا» متعلق بقوله «فاللازم و ان کان» و هذا شروع فی الاشـکال علی طریقة المشهور (لا ینبغی ملاحظة نسبة المجموع من نصفی احدی القیمتین) المراد بالقیمتین: قیمة الصحیح، و قیمة المعیب (اعنی العشرة) فانها نصفان لقیمة الصحیح نصفه ستة، و نصفه أربعة (الی المجموع من نصف) القیمة

الاـخری اعنی سـبعة و نصـفا،- کمـا نسب الی المشـهور- لـانه اذا فرض لکـل نصف من المبیع قیمـة تغایر قیمـة النصف الآخر، وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة الی کل من النصفین، صحیحا و معیبا، و اخذ الارش لکل نصف علی حسب تفاوت صحیحه و معیبه.

فالعشـرة لیست قیمـة لمجموع الصـحیح، الاـ باعتبـار ان نصـفه مقوّم بسـتة و نصـفه الآخر بأربعـة، و کـذا السـبعة و النصف لیست قیمة لمجموع

(الاخری) ای المعیب (اعنی سبعة و نصفا) فانها نصفان لقیمة المعیب نصفه خمسة، و نصفه اثنان و نصف (- کما نسب الی المشهور-) حیث ینسبون الکل الی الکل.

و انما لا یصـح نسـبة الکل الی الکل (لانه اذا فرض لکل نصف من المبیع قیمة تغایر قیمة النصف الآخر) فنصـفه سـتة و نصـفه أربعة- صحیحا- و نصـفه خمسة، و نصـفه اثنان و نصف- معیبا- (وجب ملاحظة التفاوت بالنسـبة الی کل من النصـفین، صحیحا و معیبا) بان ننسب ستة الی خمسة و ننسب أربعة الی اثنین و نصف (و اخذ الارش لکل نصف علی حسب تفاوت صحیحه و معیبه) فارش النصف الاول السدس، و ارش النصف الثانی ثلاثة اثمان، لا ان ننسب العشرة الی سبعة و نصف، و نقول ان الارش الربع.

(فالعشرة لیست قیمة لمجموع الصحیح، الا باعتبار ان نصفه) ای نصف الصحیح (مقوّم)- بصیغة المفعول- ای قوّم البینة نصفه (بستة، و نصفه الآخر) مقوّم (بأربعة و کذا السبعة و النصف لیست قیمة لمجموع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۶

المعیب الا باعتبار ان نصفه مقوّم بخمسة، و نصفه الآخر باثنین و نصف، فلا وجه لاخذ تفاوت ما بین مجموع العشرة و السبعة و النصف، بل لا بدّ من اخذ تفاوت ما بین الاربعة و الاثنین و نصف لنصف منه، تفاوت ما بین الستة و الخمسة للنصف الآخر.

و توهم ان حکم شراء شیء تغایر قیمتا نصفیه

المعیب الا باعتبار ان نصفه) ای نصف المعیب (مقوّم) بصیغة المفعول (بخمسة، و نصفه الآخر) مقوّم (باثنین و نصف).

و حیث ان المجموع باعتبار کل نصف نصف (فلا وجه لاخذ تفاوت ما بین مجموع العشرة) ای قیمة الصحیح (و) ما بین (السبعة و النصف) ای قیمة المعیب (بل لا بدّ من اخذ تفاوت ما بین الاربعة) قیمة نصف الصحیح (و الاثنین و نصف) قیمة نصف المعیب (لنصف منه) ای من المبیع «لنصف» متعلق ب «اخذ» (و) لا بد من اخذ (تفاوت ما بین الستة) قیمة نصف الصحیح (و) ما بین (الخمسة) قیمة نصف المعیب (للنصف الآخر) من المبیع

و من المعلوم فرق فی النتیجة بین نسبة الکل الی الکل و بین نسبة البعض الی البعض.

(و) ان قلت: لا فرق بین نسبة الکل الی الکل، و نسبة البعض الی البعض- فکلا الامرین جائز- و ذلک کما اذا اشتری شیئین مختلفین فی القیمة صفقة واحدة، فان معیب الکل ینسب الی صحیح الکل.

قلت: (توهم ان حکم شراء شیء تغایر قیمتا نصفیه) کما فیما نحن فیه اذ تقویم کل نصف حسب رأی بیّنة بمنزلة تغایر قیمة کل نصف عن النصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۷

حکم ما لو اشتری بالثمن الواحد مالین معیبین مختلفین فی القیمة صحیحا و معیبا، بان اشتری عبدا و جاریة باثنی عشر فظهرا معیبین، و العبد یسوی أربعة صحیحا و اثنین و نصف معیبا، و الجاریة تسوی ستة صحیحة و خمسة معیبة، فانه لا شک فی ان اللازم فی هذه الصورة ملاحظة مجموع قیمتی الصفقة صحیحة و معیبة اعنی العشرة و السبعة و النصف، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن، و هو ثلاثة، اذا فرض الثمن اثنی عشر کما هو طریق المشهور فیما نحن فیه

الآخر (حکم ما لو اشتری بالثمن الواحد) فی صفقة واحدة (مالین معیبین مختلفین فی القیمة صحیحا و معیبا) ای یختلف صحیح کل مال عن معیبه فی القیمة (بان اشتری عبدا و جاریة باثنی عشر) دینارا فی صفقة واحدة (فظهرا معیبین، و) الحال ان (العبد یسوی أربعة صحیحا و اثنین و نصف معیبا، و الجاریة تسوی ستة) فی حالکونها (صحیحة، و خمسة معیبة فانه لا شک) اذا اردنا ان نأخذ الارش (فی ان اللازم فی هذه الصورة ملاحظة مجموع قیمتی الصفقة صحیحة و معیبة اعنی) ملاحظة (العشرة و السبعة و النصف، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن) لان سبعة و نصف اقل من العشرة بالربع (و هو ثلاثة) دنانیر (اذا فرض الثمن اثنی عشر).

و انما لا نشک فی ذلک لان الصفقة واحدة فلا وجه لتجزئتها الی الابعاض (کما هو طریق المشهور فیما نحن فیه) من اختلاف المقوّمین.

فاللازم ان نقول: ان حال اختلاف المقومین حال اختلاف ابعاض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۸

مدفوع بان الثمن فی المثال لما کان موزعا علی العبد و الجاریة بحسب قیمتهما فاذا اخذ المشتری ربع الثمن ارشا فقد اخذ للعبد ثلاثة

اثمان قیمته و للجاریة سدسها

الصفقة الواحدة فی ملاحظة المجموع و نسبته الی المجموع اذا ارید اخذ الارش

فهذا التوهم (مدفوع بان الثمن فی المثال لما کان موزعا علی العبد و الجاریة بحسب قیمتها فاذا اخذ المشتری ربع الثمن ارشا) ای ثلاثة من اثنی عشر (فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قیمته، و للجاریة سدسها).

توضیح ذلک یظهر من هذه الجداول:

الجدول الاول: اذا کانت قیمة العبد و الجاریة عشرة، فقیمة الجاریة ستة و قیمة العبد أربعة و یتفاوت المعیب عن الصحیح بربع القیمة ای اثنان و نصف من العشرة.

و لنفرض ان قیمة الجاریة المعیبة خمسة، و قیمة العبد المعیب اثنان و نصف، اذا ... فالجاریة نقصت قیمتها بمقدار سدسها ای الواحد، و العبد نقصت قیمته بمقدار ثلاثة اثمانه ای واحدا و نصفا.

و للتوضیح نقول مرة ثانیة: مجموع قیمة العبد و الامة، صحیحین عشرة، قیمة العبد فقط أربعة، قیمة الامة فقط ستة، مجموع قیمة العبد و الامة معیبین سبعة و نصفا، فقیمة العبد فقط معیبا اثنان و نصف، و هو ینقص عن الاربعة بمقدار ثلاثة اثمان، و قیمة الامة فقط معیبة خمسة و هو ینقص عن الستة بمقدار السدس

الجدول الثانی: اذا کانت قیمة الجاریة: ستة من عشرة- حسب الجدول الاول- فقیمتها: سبعة و خمسا من اثنا عشر، حسب ما فرضنا من ان قیمة الاشتراء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۰۹

....

للعبد و الجاریة اثنا عشر، لان عشر الاثنی عشر یساوی واحدا و خمسا.

فاذا ضربنا واحدا و خمسا فی ستة صارت النتیجة سبعة و نصفا فهذا علة قولنا: اذا کانت قیمة الجاریة ستة من عشرة فقیمتها سبعة و خمسا من اثنی عشر، و اذا کانت قیمة العبد: أربعة من عشرة- حسب الجدول الاول- فقیمته: أربعة و أربعة اخماس من اثنی عشر، حسب ما فرضنا من ان قیمة الاشتراء للعبد و الجاریة اثنی عشر، لان عشر الاثنی عشر یساوی واحد او خمسا، فاذا ضربنا واحدا و خمسا فی أربعة صارت النتیجة أربعة و أربعة اخماس، و هذا علة قولنا: اذا کانت قیمة العبد أربعة من عشرة فقیمته أربعة و أربعة اخماس من اثنی عشر.

الجدول الثالث: ینقص معیب الجاریة عن صحیحها بالسدس- حسب الفرض فی الجدول الاول- فاذا کانت قیمة الجاریة الصحیحة سبعة و خمسا من اثنی عشر- حسب الفرض فی الجدول الثانی- کانت قیمة معیبها ستة، فان الستة تنقص عن السبعة و الخمس بمقدار سدس قیمتها، اذ کل سدس واحد و خمس ینقص معیب العبد عن صحیحه بثلاثة اثمان- حسب الفرض فی الجدول الاول- فاذا کانت قیمة العبد الصحیح أربعة و أربعة اخماس من اثنی عشر- حسب الفرض فی الجدول الثانی- کانت قیمة معیبه ثلاثة، فان الثلاثة تنقص عن الاربعة و الاربعة اخماس بمقدار ثلاثة اثمان قیمته، اذ کل ثمن ثلاثة اخماس، و مجموع ثلاثة اثمان قیمة العبد واحد، او أربعة اخماس، ننقص واحد او أربعة اخماس من أربعة و أربعة اخماس، یبقی ثلاثة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۰

کما هو الطریق المختار، لانه اخذ من مقابل الجاریة اعنی سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد اعنی أربعة و أربعة اخماس ثلاثة اثمان و هو واحد و أربعة اخماس

الجدول الرابع<>:

و الحاصل:

(<>کما هو الطریق المختار) فتبعا للشهید ننسب معیب کل الی صحیحه، لا ان ننسب مجموع المعیبین الی مجموع الصحیحین- کما نسب الی المشهور-.

و انما قلنا: فقد اخذ للعبد الخ (لانه اخذ من مقابل الجاریة اعنی سبعة و خمسا) من الاثنی عشر (سدسه) ای سدس السبعة و الخمس (و هو) ای السدس (واحد و خمس) کما عرفت فی الجدول (و) اخذ (من مقابل العبد اعنی أربعة و أربعة اخماس) من اثنی عشر (ثلاثة اثمان) و هی ثلاثة اثمان الاربعة و أربعة اخماس (و هو) ای ثلاثة اثمانه (واحد و أربعة اخماس).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۱

فالثلاثة التی هی ربع الثمن منطبق علی السدس و ثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فیه فان المبذول فی مقابل کل من النصفین المختلفین بالقیمة امر واحد و هو نصف الثمن.

و ان شئت توضیح ذلک فمثّله بالدینار الّذی هو الف فلس.

فاذا اشتری العبد و الجاریة باثنی عشر دینارا، فمقابل الجاریة سبعة دنانیر و خمس دینار ای مأتا فلس، فسدسه یکون دینارا و مائتی فلس، و مقابل العبد أربعة دنانیر و أربعة اخماس دینار، ای ثمانمائة فلس، فثلاثة اثمانه یکون دینارا و ثمانمائة فلس (فالثلاثة التی هی ربع الثمن) لفرض ان قیمة المعیب اقل من قیمة الصحیح بمقدار الربع، و ان قیمة المجموع اثنی عشر (منطبق علی السدس) و هو ارش الجاریة (و ثلاثة اثمان) و هو ارش العبد، فان الثلاثة تعادل مجموع واحد و خمس، و واحد و أربعة اخماس (بخلاف ما نحن فیه) الّذی هو عبارة عن ان الثمن المعطی للشیئین انما اعطی بالتساوی بحیث ان کل نصف من المبیع کان بإزاء نصف الثمن (فان المبذول فی مقابل کل من النصفین المختلفین بالقیمة) اذ لکل نصف قیمة خاصة به- لاننا نأخذ فی کل نصف بقول مقوّم و تقویم احدهما ازید من تقویم الآخر- (امر واحد) و هو خبر «ان» (و) الامر الواحد (هو نصف الثمن) فاللازم نسبة کل معیب الی صحیحه لا نسبة مجموع المعیب الی مجموع الصحیح.

و الحاصل: ان المصنف اختار فی نسبة المعیب الی الصحیح طریقة الشهید بان ینسب کل معیب الی صحیح نفسه، لا طریقة المشهور التی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۲

فالمناسب لما نحن فیه فرض شراء کل من الجاریة و العبد- فی المثال المفروض-

هی ان ینسب الکل الی الکل.

و المتوهم، قال: بانه یجب ان ینسب الکل الی الکل، لان الاختلاف فی صحیح کل نصف و معیبه، و بان یکون تقویم نصف المبیع ازید من تقویم النصف الآخر، صحیحا و معیبا، انما هو مثل الاختلاف فی قیمة العبد و الجاریة صحیحا و معیبا، و مع ذلک ینسب الکل الی الکل، و لا ینسب معیب العبد الی صحیحه و معیب الجاریة الی صحیحها.

و المصنف اجاب بانه فرق بین تقویمین، و هو محل الکلام و بین العبد و الجاریة فی مثالکم، فان الشراء فی باب تقویمین یوجب ان یکون لکل نصف من المبیع نصف من الثمن، فنقبل کلام کل مقوم بالنسبة الی النصف صحیحا و معیبا، اما العبد و الجاریة فلیس لکل واحد منهما نصف الثمن بل لکل واحد منهما ما یخصه من الثمن- و لذا کانت نسبة الکل الی الکل و نسبة البعض الی البعض

فی النتیجة واحدة-.

اما اذا کان کل نصف من المبیع بنصف من الثمن تکون نسبة الکل الی الکل مخالفة لنسبة البعض الی البعض، فیجب ان نأخذ نسبة البعض الی البعض، لا الکل الی الکل.

(فالمناسب لما نحن فیه) الّذی هو ان یکون لکل نصف ثمن مماثل لثمن النصف الآخر، حیث ان الشیء قد اشتری بثمن واحد فلکل نصفه نصف الثمن (فرض شراء کل من الجاریة و العبد- فی المثال المفروض-) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۳

بثمن مساو للآخر، بان اشتری کلا منهما بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد او عقدین، فلا یجوز حینئذ اخذ الربع من اثنی عشر، بل المتعین حینئذ ان یؤخذ من ستة الجاریة سدس، و من ستة العبد اثنان و ربع، فیصیر مجموع الارش ثلاثة و ربعا، و هو المأخوذ فی المثال المتقدم علی الطریق الثانی.

الّذی فرضه المتوهم (بثمن مساو للآخر، بان اشتری کلا منهما) ای العبد و الامة (بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد او عقدین، ف) انه (لا یجوز حینئذ) ای حین ما اشتری العبد بستة و الجاریة بستة (اخذ الربع من اثنی عشر) اذ یلزم ان ینسب کل معیب الی صحیحه، و یؤخذ التفاوت (بل المتعین حینئذ ان یؤخذ من ستة الجاریة) ای قیمتها التی هی ستة (سدس) ای واحد لان المفروض ان معیب الجاریة انقص من صحیحها بسدس قیمتها (و) یؤخذ (من ستة العبد) ای قیمته التی هی ستة (اثنان و ربع) لان المفروض ان معیب العبد ینقص عن صحیحه بثلاثة اثمان، اذ ثمن الستة ثلاثة ارباع فثلاثة اثمانه اثنان و ربع (فیصیر مجموع الارش) فی العبد و الجاریة (ثلاثة و ربعا، و هو المأخوذ فی المثال المتقدم) ای ما ذکره فی اوائل البحث بقوله: و قد یختلفان کما اذا کانت احدی قیمتی الصحیح اثنی عشر الخ (علی الطریق الثانی) ای طریقة الشهید.

و قد ذکر هناک انه ثلاثة و ربع و ان شئت توضیحا لکلام المصنف ففی المقام ثلاثة امور:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۴

و قد ظهر مما ذکرنا انه لا فرق بین شهادة البیّنات بالقیم، او شهادتهم بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب

الاول: ان نشتری العبد و الجاریة کل واحد منهما بستة دنانیر، و فی هذه الحال، یجب ان ننسب معیب کل الی ستة، و التفاوت حینئذ ثلاثة و ربع- حسب التقدیرات التی ذکرناها فی الجداول-.

الثانی: ان نشتری العبد و الامة صفقة واحدة باثنی عشر، لکن مع التفاوت، و فی هذه الحال لا یختلف ان ننسب المجموع الی المجموع او البعض الی البعض، فی ان التفاوت حینئذ ثلاثة.

الثالث: ان نشتری الشیء بثمن واحد، لکن اختلف المقوّمان، فجعلنا لکل مقوّم نصفا من المبیع، فان حال هذا حال الاول، لا حال الثانی لانه اشتری النصفین بقیمتین متساویتین، و انما الاختلاف حسب اختلاف المقوّمین، کما ان اختلاف الاول حسب اختلاف القیمة السوقیة.

فالمتوهم شبه ما نحن فیه بالثانی و لذا نسب الکل الی الکل، و الحال ان ما نحن فیه شبیه بالاول، و لذا یلزم ان ننسب معیب کل نصف الی صحیحه.

(و قد ظهر مما ذکرنا) من انه یجب نسبة کل معیب الی صحیحه لا نسبة الکل الی الکل (انه لا فرق بین شهادة البیّنات بالقیم) کان یقول احدهما الصحیح عشرة و المعیب خمسة، و یقول الآخر الصحیح ثمانیة، و المعیب سبعة (او شهادتهم بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب).

كان يقول الاول المعيب نصف الصحيح، و يقول الثانى المعيب سبعة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۵

و ان لم يذكروا القيم.

هذا كله اذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيّنتين فى جزء من المبيع.

و اما اذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقّين على ما ذكرناه اخيرا بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حدّ سواء، فالمتعيّن الطريق

اثمان الصحيح، فان اللازم فى الحالة الثانية- أيضا- ان نأخذ بقول كل واحد فى النصف (و ان لم يذكروا القيم) اذ قد عرفت ان الجمع بين البيّنتين يقتضى تنفيذ كل بيّنة فى نصف المبيع ثم ننسب معيب كلّ الى صحيحه و نجمع النسبتين و تنصيف التفاوت بينهما.

(هذا كله) وجه لزوم تنصيف التفاوتين- لا جمع القيمتين و تنصيفهما- (اذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى) بين القيمتين (العمل بكل من البيّنتين فى جزء من المبيع) اذ قد عرفت ان مقتضى ذلك اخذ نصف التفاوتين لا نصف القيمتين

(و اما اذا كان المستند) للمشهور فى طريقتهم (مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرناه اخيرا) قبل كلام الشهيد بقولنا «و يمكن أيضا ..»

(بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع) القيمة (الناقصة على حدّ سواء) اى ينقص بعد ان زاد فاذا قوّمه احدهما باثنى عشر و الآخر بثمانية، ننزل اثنى عشر بقدر نصف التفاوت اى اثنين و نرفع الثمانية بذلك المقدار اى اثنين حتى تكون القيمة عشرة- كما سبق- (فالمتعيّن الطريق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۶

الثانى أيضا، سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب؟

اما اذا شهدتا بنفس التفاوت فلانه اذا شهدت إحداهما بان التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس، و هو الاثنان من اثنى عشر و شهدت الاخرى بانه بثلاثة اثمان، و هو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما ينقص من ثلاثة اثمان

الثانى) المنسوب الى الشهيد (أيضا) اى لزوم اخذ نصف التفاوتين (سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين) كان قالتا اثنى عشر و ثمانية (أم شهدتا بنفس النسبة) كان قالتا النسبة (بين الصحيح و المعيب؟) كذا و كذا، بدون ان تذكرا القيمة.

(اما اذا شهدتا بنفس التفاوت ف) اللازم ما ذكره الشهيد، لا ما نسب الى المشهور (لانه اذا شهدت إحداهما بان التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس، و هو الاثنان من اثنى عشر) فيما اذا كانت القيمة اثنى عشر (و شهدت) البيّنة (الاخرى بانه) اى بان التفاوت (بثلاثة اثمان، و هو الثلاثة من ثمانية) اى بعد ان قوّم الصحيح بثمانية (زدنا على السدس) و هو اثنان (ما ينقص) السدس (من ثلاثة اثمان) بعد نسبة ثلاثة اثمان الى اثنى عشر، اذ المفروض ان المبيع قيمته اثنى عشر.

و من المعلوم ان ثلاثة اثمان من اثنى عشر، يكون أربعة و نصفا، فهناك قولان للبينة.

احدهما ان التفاوت باثنين.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۷

و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثنى عشر، ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقا.

و ان شهدت البيّنتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حقّى البائع و المشترى فى مقام اعطاء الارش و اخذه تعديل قيمتى كل من الصحيح

و المعیب بالزیادة

و الثانی ان التفاوت بأربعة و نصف، فالزائد علی الاثنین هو اثنان و نصف ننصّفه، لنزید نصفه علی الاثنین، فنصفه هو واحد و ربع فاذا زدناه علی السدس صار ثلاثة و ربعا (و) علی هذا (صار کل واحد من التفاوتین) و هما تفاوت باثنین، و تفاوت بأربعة و نصف (بعد التعدیل) ای تنصیف الزائد و جعل نصفه علی الناقص، و طرح نصفه عن الزائد (سدسا) و هو اثنان من اثنی عشر القیمة (و نصف سدس) و هو واحد (و ثمنه) ای ثمن السدس، و هو الربع (و هو) ای هذا التفاوت المعدّل (من الثمن المفروض) کونه (اثنی عشر، ثلاثة و ربع، کما ذکرنا سابقا) فی بیان طریقة الشهید.

(و ان شهدت البیّنتان بالقیمتین) لا بالتفاوت و هذا عطف علی قوله «اما اذا شهدتا بنفس التفاوت» (فمقتضی الجمع بین حقّی البائع و المشتری فی مقام اعطاء) البائع (الارش و اخذه) ای اخذ المشتری اياه

و قوله «فی مقام» بیان «الجمع» اذ قبل الاعطاء و الاخذ لیس هناک مقام للجمع.

ف (تعدیل قیمتی کل من الصحیح و المعیب بالزیادة) علی ما قاله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۸

و النقصان باخذ قیمة نسبته الی المعیب، دون نسبة القیمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة، فیؤخذ من الاثنی عشر و العشرة، و من الثمانیة و الخمسة قیمتان للصحیح و المعیب نسبة إحداهما الی الاخری یزید علی السدس بما ینقص من ثلاثة اثمان فیؤخذ قیمتان یزید صحیحهما علی المعیب بسدس، و نصف سدس، و ثمن سدس

بینة الاقل قیمة (و النقصان) علی ما قاله بینة الاکثر قیمة، و التعدیل انما هو (باخذ قیمة نسبته الی المعیب، دون نسبة القیمة الزائدة و فوق نسبة) القیمة (الناقصة، فیؤخذ من الاثنی عشر) اعلی قیمة للصحیح (و العشرة) اعلی قیمة للمعیب (و من الثمانیة) انزل قیمة للصحیح (و الخمسة) انزل قیمة للمعیب (قیمتان) نائب فاعل «یؤخذ» (للصحیح و المعیب).

و هاتان القیمتان الجدیدتان (نسبة إحداهما الی الاخری) ای نسبة القیمة الجدیدة للصحیح الی القیمة الجدیدة للمعیب (یزید علی السدس) ای التفاوت بین اثنی عشر و عشرة (بما) ای زیادة بمقدار (ینقص من ثلاثة اثمان) و هو التفاوت بین الثمانیة و الخمسة فسدس القیمة التی هی اثنی عشر اثنان، و ثلاثة اثمان القیمة التی هی اثنی عشر أربعة و نصف، فالمتوسط بین الامرین ثلاثة و ربع (فیؤخذ قیمتان) جدیدتان (یزید صحیحهما علی المعیب بسدس، و نصف سدس، و ثمن سدس) فاذا فرضنا ان قیمة الصحیح ثمانیة و اربعون و قیمة المعیب خمسة و ثلاثون کان التفاوت بینهما کما ذکره المصنف بالسدس و نصف السدس و ثمن السدس

و من المعلوم ان هذا التفاوت یعادل نصف السدس، و نصف ثلاثة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۱۹

....

اثمان فان قال احد المقوّمین التفاوت بالسدس، و قال المقوّم الآخر التفاوت بثلاثة اثمان فنأخذ من کل مقوّم نصف قوله، و اذا اردت توضیح الحال فانظر الی هذین الجدولین:

الجدول الاول: المقوم الاول قال: التفاوت بالسدس ننصف قوله و نأخذ نصف السدس.

و المقوم الثانی قال: التفاوت بثلاثة اثمان ننصف قوله و نأخذ ثمن و نصف ثمن، فاللازم ان یکون الاختلاف بین الصحیح و المعیب بنصف السدس، و بالثمن و نصف الثمن.

ثم نقول: السدس و الثمن و نصف الثمن: تعادل: السدس، و نصف السدس، و ثمن السدس، فالمصنف بدل ان يقول: السدس و الثمن و نصف الثمن قال: السدس و نصف السدس، و ثمن الثمن فلا تغفل.

اذا فرضنا ان الصحيح ثمانية و اربعون و المعيب خمسة و ثلاثون فالتفاوت بينهما ثلاثة عشر، فثلاثة عشر تعادل. نصف السدس و هو أربعة اذ السدس من ثمانية و اربعين يكون ثمانية و نصف ثلاثة اثمان و هو تسعة اذ كل ثمن ستة فثلاثة اثمان تساوى ثمانية عشر و نصفها تسعة و تعادل أيضا- السدس و هو ثمانية و نصف السدس و هو أربعة و بهذا عبّر المصنف بدل ان يعبّر بنصف السدس و نصف ثلاثة اثمان و ثمن السدس و هو واحد.

الجدول الثانى: اذا كان الثمن الّذى اشترى به اثنى عشر و قوّمه احدهما باثنى عشر صحيحا و عشرة معيبا، فالتفاوت بالسدس، و قوّمه الآخر بثمانية صحيحا و خمسة معيبا و التفاوت بثلاثة اثمان فاللازم ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۰

و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثانى بان يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها الى قيمة الآخر

يسترجع المشترى نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان، و هو ثلاثة و ربع

فنقول: ثلاثة و ربع تعادل: نصف السدس و هو واحد لان السدس اثنان و نصف ثلاثة اثمان و هو اثنان و ربع لان الثمن واحد و نصف فثلاثة اثمان تساوى أربعة و نصفا فالمجموع يساوى ثلاثة و ربع و تعادل أيضا السدس و هو اثنان و نصف السدس و هو واحد و ثمن السدس و هو الربع فالمجموع ثلاثة و ربع.

و لا يخفى ان المصنف عبّر بسدس و نصف سدس و ثمن سدس بدل نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان.

(و من هنا) الّذى ذكرنا من ترجيح كلام الشهيد على كلا الطريقين المنسوبين الى المشهور (يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثانى) الّذى ذكره الشهيد (بان يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب) سواء تعددت القيمة فى الصحيح فقط، او فى المعيب فقط، او فيهما (القيمة المتوسطة بين القيم، لكل منها) اى من قيمة الصحيح او المعيب، المتوسطة (من حيث نسبتها الى قيمة الآخر) فالمراد انه اذا قوّم احدهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بعشرة و قوّم الثانى الصحيح بثمانية و المعيب بخمسة.

فنأخذ بين الاثنى عشر و العشرة و الثمانية و الخمسة قيمة متوسطة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۱

فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما الى الاخرى بين اقوال جميع البيّنات المقوّمين للصحيح و الفاسد.

و ليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة.

و كذلك قيم المعيب ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى قال فى المقنعة: فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم، و نحوه

فرقها عن القيمتين يكون التفاوت بمقدار نصف السدس، و نصف ثلاثة اثمان (فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمة متوسطة) لا توسطا فى ذات القيمة، بل توسطا (من حيث نسبة إحداهما الى الاخرى) بان تكون تلك القيمة المتوسطة (بين اقوال جميع البيّنات المقوّمين للصحيح و الفاسد) فليست القيمة منتزعة عن القيم، بل القيمة متوسطة بين نسب القيم الصحيحة الى نسب القيم الفاسدة.

(و ليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة).

(و كذلك) يجمع (قيم المعيب) و ينتزع منها قيمة (ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى).

نعم صرح بذلك بعض، لكن نسبته الى المشهور لا وجه له.

و أليك كلمات بعض الفقهاء حتى ترى قابلية انطباقها على كلام الشهيد.

(قال) المفيد (فى المقنعة: فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم) فانه قابل لان يراد به الاوسط بين نسب القيم (و نحوه) كلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۲

فى النهاية.

و فى الشرائع حمل على الاوسط.

و بالجملة فكل من عبّر بالاوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة، لا من حيث العدد، هذا مع ان المستند فى الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيّنتين فى قيمة نصف المبيع.

نعم لو لم تكن بيّنة اصلا، لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا و اما ذاك، و كذلك قيمة المعيب

الشيخ (فى النهاية).

(و) قال (فى الشرائع) ان اختلف اهل الخبرة (حمل على الاوسط) الى غيرها من عبارات الفقهاء.

(و بالجملة فكل من عبّر بالاوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة) كما قاله الشهيد (لا من حيث العدد) كما نسب الى المشهور (هذا) من جهة كلمات الفقهاء (مع) ان الدليل لا يدل الا على كلام الشهيد- كما تقدم- ل (ان المستند فى الجميع) للبيّنات (هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيّنتين فى قيمة نصف المبيع) فالفرق بين اثنا عشر و عشرة فى نصفهما: السدس و الفرق بين الثمانية و الخمسة فى نصفهما: نصف من ثلاثة اثمان، و الحاصل ثلاثة و ربع لا ثلاثة كما نسب الى المشهور من انهم يقولون بثلاثة فقط.

(نعم لو لم تكن بيّنة اصلا، لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا و اما ذاك، و كذلك) علمنا من الخارج ان (قيمة المعيب) اما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۳

- و لم نقل حينئذ بالقرعة او الاصل- فاللازم الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقّين على هذا الوجه.

و قد عرفت ان الجمع بتعديل التفاوت لانه الحق، دون خصوص القيمتين المحتملين

هذا و اما ذاك (- و لم نقل حينئذ بالقرعة) لانها لكل امر مشكل (او الاصل-) اى اصالة براءة ذمة البائع من القدر الزائد على المتيقن (فاللازم الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقّين على هذا الوجه) اى اعطاء كل نصف من المبيع، لاحد الاحتمالين، فيكون موافقا لطريق الشهيد أيضا.

و انما قال «نعم» مع ان اللازم ان يقول: و كذا لو لم تكن بينة اصلا، لانه اشار الى عدم مجىء طريقة المشهور فى صورة عدم وجود البينة بل فى هذه الصورة يأتى طريق الشهيد فقط.

فكانه قال: فى صورة وجود البيّنة، يحتمل طريق المشهور و طريق الشهيد- و طريق الشهيد اقرب- اما فى صورة عدم البينة فاللازم طريق الشهيد فقط.

و انما كان اللازم فى صورة عدم البيّنة طريق الشهيد فقط، اذ (قد عرفت ان الجمع) انما هو (بتعديل التفاوت) اى بان نأخذ نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان فانه يحتمل السدس و يحتمل ثلاثة اثمان فاللازم ان نأخذ من كل نصفه (لانه الحق) و طريق العدل و

الانصاف (دون خصوص القيمتين المحتملين)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۴

و الله العالم.

اذ لا خصوصية للقيمة المحتملة، بل قد عرفت ان القيمة الخارجية كثيرا ما تخالف كل القيم المحتملة، كما تخالف كل القيم التى ذكرتها البينة (و الله العالم) بحقائق الاحكام.

<>

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۵

القول فى الشروط التى يقع عليها العقد،

اشارة

و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها،

الشرط يطلق فى العرف على معنيين.

احدهما المعنى الحدثى

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للامر الفلانى، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له، او عليه.

و فى القاموس انه الزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره، و ظاهره

(القول فى الشروط التى يقع عليها العقد) عند الناس و التى تعرض لها الفقهاء اثباتا او نفيا (و شروط صحتها) اى صحة الشروط شرعا، كان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (و ما يترتب على صحيحها و فاسدها) من الاحكام، مثل انه هل الشرط الفاسد مفسد، أم لا؟

فنقول: (الشرط يطلق فى العرف على معنيين)- و تنقيح المعنى العرفى لان الموضوع الشرعى يؤخذ من العرف، كما يؤخذ من اللغة-

(احدهما المعنى الحدثى) مثل النصر و الحمد (و هو) اى الشرط (بهذا المعنى) الحدثى (مصدر شرط) يشترط (فهو شارط للامر الفلانى، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له) اذا كان الشرط فى نفعه (او) مشروط (عليه) اذا كان الشرط فى ضرره.

(و فى القاموس) فسر الشرط بالمعنى الحدثى، حيث قال: (انه الزام الشىء) على الغير، مثل ان البائع يشترط على المشترى قراءة القرآن (فى البيع و غيره) اى غير البيع كالرّهن و الاجارة (و ظاهره)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۶

كون استعماله فى الالزام الابتدائى مجازا، او غير صحيح، لكن لا اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، مثل قوله صلى الله عليه و آله فى حكاية بيع بريرة ان قضاء الله احق و شرطه اوثق، و الولاء لمن اعتق.

حيث اقتصر على هذا المعنى (كون استعماله) اى الشرط (فى الالزام الابتدائى) كان يقول زيد لعمرو: اشترط عليك ان تأتى الى دارى

(مجازا) من باب مشابهة الشرط الابتدائی للشرط الضمنی (او غیر صحیح) اصلا

و انما کان ظاهره ذلک، لان بناء القاموس استقصاء المعانی الحقیقیة للالفاظ، فتقیید الشرط بکونه فی البیع دلیل علی ان الشرط الابتدائی اما مجاز او غیر صحیح، اذا کان بنائه ذکر المعانی الحقیقیة و المجازیة

اقول: لکن من المحتمل ان یکون قول القاموس «و غیره» عطفا علی مجموع «فی البیع» لا علی خصوص «البیع».

و حینئذ یکون شاملا للشرط الابتدائی (لکن لا اشکال فی صحته لوقوعه فی الاخبار کثیرا) و هی و ان کانت قابلة للتأویل بما یرجع الی الشرط الضمنی، لکن التأویل خلاف الظاهر (مثل قوله صلی الله علیه و آله فی حکایة بیع بریرة) الآتیة فی الرابع من شروط صحة الشرط (ان قضاء الله احق) ای ما قضاه و امره احق بالاتباع (و شرطه اوثق) من شرط الناس ما یخالف قول الله، فالمراد بالشرط هنا حکم الله (و الولاء لمن اعتق) العبد لا لمن باع العبد للمعتق، قال صلی الله علیه و آله ذلک حینما شرط البائع ان یکون الولاء له، لا للمشتری المعتق و معنی الولاء، انه اذا مات العبد بعد ان اعتقه المشتری، و لم یکن له وارث، فالمشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۷

و قول امیر المؤمنین صلوات الله علیه- فی الردّ علی مشترط عدم التزوج بامرأة اخری فی النکاح- ان شرط الله قبل شرطکم، و قوله ما الشرط فی الحیوان؟ قال ثلاثة ایام للمشتری، قلت: و فی غیره قال: هما بالخیار حتی یفترقا، و قد اطلق علی النذر او العهد او الوعد فی بعض اخبار الشرط

المعتق له هو الّذی یرثه.

و وجه التأویل فی هذا الخبر و مثله: ان المراد بان الله سبحانه وعد الناس بالجنة بشرط ان یطیعوه فاحکامه تعالی شروط وقعت فی ضمن الوعد، او إِنَّ اللّهَ اشْتَری مِنَ الْمُؤْمِنِینَ أَنْفُسَهُمْ وَ أَمْوالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ و شرط علیهم اطاعة الاحکام او ما اشبه ذلک.

(و قول امیر المؤمنین صلوات الله علیه- فی الرد علی مشترط عدم التزوج بامرأة اخری فی النکاح- ان شرط الله قبل شرطکم) ای حکم الله بان الانسان یجوز له ان یتزوج بالمتعدّد، ثم انه لا بد من تقیید هذا الحدیث بما اذا کان الشرط غیر جامع لشرائط الصحة، لان هذا الشرط لیس محلّلا لحرام و لا محرما لحلال، حتی یسقط بمخالفته الکتاب و السنة و کیف کان فقد اطلق الامام الشرط علی الحکم (و قوله) سائلا من الامام علیه السلام (ما الشرط فی الحیوان؟ قال) علیه السلام (ثلاثة ایام للمشتری، قلت: و) ما الشرط (فی غیره) من سائر انواع البیوع؟ (قال) علیه السلام (هما بالخیار حتی یفترقا) فان الشرط اطلق علی الخیار (و قد اطلق) الشرط (علی النذر او العهد او الوعد فی بعض اخبار الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۸

فی النکاح.

و قد اعترف فی الحدائق بان اطلاق الشرط علی البیع کثیر فی الاخبار

و اما دعوی کونه مجازا فیدفعها- مضافا الی اولویة الاشتراک المعنوی، و الی ان المتبادر من قوله: شرط علی نفسه کذا لیس الا مجرد

فی النکاح).

و ذلک مثل خبر ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام، فی رجل قال لامرأته: ان نکحت علیک او تسریت فهی طالق، قال علیه السلام:

لیس ذلک بشیء، ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: ان من اشترط شرطا سوی کتاب الله فلا یجوز ذلک له و لا علیه، فان الشرط اطلق علی الوعد- لعدم دلیل فی الروایة علی انه کان فی ضمن النکاح-.

(و قد اعترف فی الحدائق بان اطلاق الشرط علی البیع کثیر فی الاخبار) و کذا اطلق الشرط فی الاخبار علی المتعة، و علی الاجل فی المتعة، و علی المبیع فی اخبار السلم.

(و اما دعوی کونه) ای کون اطلاق الشرط علی غیر الشرط فی ضمن العقد (مجازا فیدفعها- مضافا الی اولویة الاشتراک المعنوی) فانهم قد ذکروا فی مبحث تعارض الاحوال انه لو دار الامر بین الحقیقة و المجاز، و بین الاشتراک المعنوی، فالثانی اولی.

اذ الاول یحتاج الی القرینة، و الاصل عدم القرینة، و کذلک الاول یحتاج الی النقل، و الاصل عدم النقل، فتأمّل (و الی ان المتبادر من قوله: شرط علی نفسه کذا، لیس الا مجرد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۲۹

الالتزام- استدلال الامام علیه السلام بالنبوی: المؤمنون عند شروطهم فیما تقدم من الخبر الّذی اطلق فیه الشرط علی النذر او العهد، و مع ذلک فلا حجة فیما فی القاموس مع تفرّده به، و لعله لم یلتفت الی الاستعمالات التی ذکرناها، و الا لذکرها و لو بعنوان یشعر بمجازیتها.

ثم قد یتجوز فی لفظ الشرط بهذا المعنی، فیطلق علی نفس

الالتزام-) لا الالتزام فی الالتزام، و التبادر آیة الحقیقة کما ذکر فی الاصول (استدلال الامام علیه السلام) فاستدلال، فاعل یدفعها (بالنبوی: المؤمنون عند شروطهم، فیما تقدم من الخبر) ای خبر ابن سنان الّذی ذکرناه و اشار إلیه المصنف بقوله «و قد اطلق .. الخ» (الّذی اطلق فیه الشرط علی النذر او العهد) او الوعد- کما عرفت- (و مع ذلک) الّذی ذکرناه من اطلاقه فی الاخبار علی الشرط الابتدائی اطلاقا تدل القرائن علی انه بنحو الحقیقة (فلا حجة فیما فی القاموس) من انه خاص بالالزام و الالتزام فی البیع و نحوه (مع تفرّده به) اذ غیره لم یخصّصه بذلک (و لعله لم یلتفت الی الاستعمالات التی ذکرناها، و الا لذکرها) ای ذکر هذه الاستعمالات، بان الشرط یستعمل فی الشرط الابتدائی- کالموارد المذکورة- (و لو) ذکرا (بعنوان یشعر بمجازیتها) فعدم الذکر دلیل علی عدم الالتفات، اذ لو اغمضنا النظر عن کونه حقیقة فلا اقل من کونه مجازا.

(ثم قد یتجوز) ای یرتکب المجاز (فی لفظ الشرط بهذا المعنی)، و هو المعنی الاول- مقابل المعنی الثانی الآتی- (فیطلق علی نفس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۰

المشروط، کالخلق بمعنی المخلوق فیراد به ما یلزمه الانسان علی نفسه

الثانی: ما یلزم من عدمه العدم،

من دون ملاحظة انه یلزم من وجوده الوجود، أو لا، و هو بهذا المعنی اسم جامد لا مصدر

المشروط، کالخلق بمعنی المخلوق) فان الخلق قد یطلق و یراد به المعنی المصدری، کالضرب و النصر، و قد یطلق و یراد به ما تعلق به الخلق، ای المخلوقات، کقوله تعالی: هٰذٰا خَلْقُ اللّٰهِ ای ما خلقه الله.

و علی هذا الاطلاق (فیراد به) ای بالشرط (ما یلزمه الانسان علی نفسه) فاذا شرط زید علی عمرو ان یخیط قبائه یقال: الشرط خیاطة القباء، مثلا، و هذا مجاز، کما لا یخفی.

(الثانی) من المعنیین للشرط (ما یلزم من عدمه العدم) ای القید فی الشیء، کسائر القیود، مثل الحال و التمیز و الوصف و غیرها (من دون ملاحظة انه یلزم من وجوده الوجود، أو لا) یلزم.

مثلا یقال: الوضوء شرط الصلاة، و یراد بانه یلزم من عدم الوضوء عدم الصلاة، مع انه لا یلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة، اذ ربما

يتوضأ الانسان و لا يصلّى.

كما انه قد يطلق الشرط بهذا المعنى و يراد انه يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، فيقال شرط قبول العمل الاخلاص، حيث انه ان كان الاخلاص فى العمل قبل، و ان لم يكن اخلاص لم يقبل (و هو) اى لفظ الشرط (بهذا المعنى) الثانى (اسم جامد) اطلق على القيد (لا مصدر) له، حتى يكون له معنى حدثى، كالمعنى الاول الّذى هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۱

فليس فعلا و لا حدثا و اشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط.

مصدر و له معنى حدثى.

و اما الفرق بينه و بين المعنى المجازى الاول- و هو ما ذكره بقوله:

و قد يتجوز فى لفظ الشرط- هو ان المعنى الثانى قيد، و المعنى المجازى مقيّد.

فالخلق بمعنى المخلوق ليس قيدا لشىء، كذلك الشرط بمعنى المشروط ليس قيدا لشىء، اما الوضوء، فهو قيد للصلاة.

كما ان الشرط بالمعنى الاصولى مقابل للسبب، و قد عرفت ان الشرط بالمعنى الثانى اعم من السبب، لانه يطلق على ما يلزم من عدمه العدم، سواء لزم من وجوده الوجود أيضا و هو السبب، أم لا و هو الشرط الاصولى

و الشرط بالمعنى النحوى ما يكون بعد اداة الشرط، و هذا غير معتبر هنا كما لا يخفى.

و كيف كان (ف) المعنى الثانى للشرط (ليس فعلا) للانسان (و لا حدثا) فلعل الحدث اعم من الفعل، اذ يشمل كل حادث سواء كان فعلا للانسان أم لا، فهو من باب الترقى مثل ان نقول: الحجر ليس بإنسان و لا بحيوان (و اشتقاق المشروط) كان يقال: الصلاة مشروطة بالوضوء (منه) اى من الشرط- بالمعنى الثانى- (ليس على الاصل) اى اصل الشرط بمعنى القيد، اذ الجامد لا يشتق منه (ك) اشتقاق (الشارط) منه، فانه أيضا ليس على الاصل، بل اللازم ان نضمّنه معنى الشرط الحدثى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۲

و لذا ليسا بمتضايفين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط

(و لذا) الّذى ذكرنا ان الاشتقاق منه ليس على الاصل ف (ليسا) اى الشارط و المشروط (بمتضايفين).

و المتضايفان هما الامران الوجوديان الّذى يلازم كل واحد منهما الآخر، كالضارب و المضروب، فانه لا يتحقق الضارب الا اذا تحقق المضروب و لا يتحقق المضروب الا اذا تحقق الضارب، و الشارط و المشروط بالمعنى الثانى الجامد ليس بينهما تضايف (فى الفعل و الانفعال) فليس كلّما تحقق احدهما تحقق الآخر، و الحال ان المتضايفين بينهما فعل و انفعال، اذا كلما تحقق الفعل تحقق الانفعال، و كلما تحقق الانفعال تحقق الفعل.

و حيث انه ليس بين الشارط و المشروط- بالمعنى الثانى- تضايف، دلّ ذلك على ان اشتقاقهما ليس على الاصل، بل لكل واحد معنى مضمن فى الشرط بمعناه الجامد (بل الشارط هو الجاعل) اى جاعل الشرط (و المشروط هو ما جعل له الشرط) كالصلاة، فيقال: الصلاة مشروطة بالطهارة.

فالشارط هو اللّه الجاعل للوضوء، اما المشروط فليس هو الوضوء المنجعل، بل المشروط هو الصلاة المنجعل لها، و الحال انه لو كان الشارط و المشروط متضايفين، كان اللازم ان يكون المشروط هو منجعل الشارط الجاعل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۳

كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب.

و الحاصل ان عدم التضايف بين الشارط و المشروط دليل على ان الشرط- بالمعنى الثاني- ليس مشتقا، بل جامدا، و ان اشتقاق الشارط و المشروط منه، انما هو بالتضمين، و ليس على الاصل.

فحال هذه الالفاظ الثلاثة (كالمسبب بالكسر) الّذى يقال لعلة الشيء (و الفتح) الّذى يقال للمسبب له، لا لنفس السبب (المشتقين من السبب) مثلا الله سبحانه مسبب- بالكسر- و النار سبب، و الاحتراق مسبب- بالفتح-.

فليس بين المسبب و المسبب تضايف، اذ لو كان بينهما تضايف، لكان المسبب الله، و المسبب النار، لان الصادر من المسبب بالكسر، النار، لا الاحتراق.

فعدم التضايف بين المسبب و المسبب دليل على ان السبب جامد، و ان الاشتقاق منه بالتضمين.

و ان شئت قلت: الشارط هو الله و المشروط الصلاة و الشرط الوضوء و لو كان الشرط مشتقا لكان اللازم ان يكون المشروط هو الوضوء- لا الصلاة-.

و كذلك المسبب هو الله و المسبب هو الاحتراق، و السبب النار.

و لو كان السبب مشتقا لزم ان يكون المسبب هو النار- لا الاحتراق- فتأمّل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۴

فعلم من ذلك ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر، و بمعنى الشيء.

و اما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة، لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثاني، كما ان استعماله فى السنة اهل المعقول و الاصول فيما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده

(فعلم من ذلك) الّذى ذكرنا فى معنيى الشرط الاول و الثانى (ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر) لأمر يأمر امرا، و هذا على قياس الشرط بالمعنى الاول الحدثى (و بمعنى الشيء) نحو اذا قضى امرا اى شيئا، و هذا على قياس الشرط بالمعنى الثانى الجامد.

(و اما استعماله) اى الشرط (فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة الشرط) مثل: ان جاءك زيد فاكرمه، فانهم يسمون جملة جاءك زيد شرطا، كما يسمونه جملة شرطية (فهو اصطلاح خاص مأخوذ) هذا الاصطلاح (من افادة تلك الجملة):- الشرط- فان جملة الشرط تفيد ان المجيء شرط للاكرام، فالاكرام مقيد بقيد المجيء، كما ان الصلاة مقيدة بالوضوء.

فكما ان الوضوء يسمى شرطا كذلك المجيء يسمى شرطا (لكون مضمونها) اى مضمون الجملة الاولى و هى ان جاءك زيد (شرطا بالمعنى الثاني) و هو المعنى الجامد (كما ان استعماله) اى الشرط (فى السنة اهل المعقول و الاصول فيما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۵

الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى، الا انه اضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب.

فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين، و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية، بل هى مردّدة بين الاولين.

فان قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الاول

الوجود) و هذا اخص مما ذكرنا فى المعنى الثانى حيث قلنا: انه ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود فيشمل ما يلزم و ما لا يلزم (مأخوذ من ذلك المعنى) الثانى أيضا (الا انه اضيف) عند اهل المعقول و الاصول (إليه) اى الى المعنى الثانى (ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب).

فالمعنى الثانى اعم من الشرط و السبب- عند اهل المعقول- بينما المعنى عند اهل المعقول خاص بالشرط الاصطلاحى عندهم، و لا يشمل السبب.

(فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين) و هما ما ذكرناه بقولنا:

الاول، الثانى (و آخرين اصطلاحيين) فى اصطلاح النحاة، و فى اصطلاح اهل المعقول (لا- يحمل عليهما) اى على المعنيين الاصطلاحيين (الاطلاقات العرفية، بل هى) اى الاطلاقات العرفية (مرددة بين الاولين) و هما المعنى الحدثى الاول، و المعنى الجامد الثانى.

(فان) استعمل الشرط فى لسان العرف، آية او رواية او كلام فقيه.

او ما اشبه، و (قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الاول) اى الحدثى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۶

او على إرادة الجامد تعين الثانى، و الا حصل الاجمال.

و ظهر أيضا ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم:

المؤمنون عند شروطهم، هو الشرط باعتبار كونه مصدرا.

اما مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم.

و اما مستعملا بمعنى ملتزماتهم.

و اما بمعنى جعل الشىء شرطا بالمعنى الثانى،

(او على إرادة الجامد تعين الثانى، و الا) تحصل قرينة على احد المعنيين (حصل الاجمال) و المرجع فى ذلك الاصول العملية، كما هو الشأن فى كل مكان لا ظهور فيه.

(و ظهر أيضا) مما ذكرنا فى معنى الشرط (ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم: المؤمنون عند شروطهم، هو الشرط باعتبار كونه مصدرا) اى ما يشترطون على انفسهم و هو مصدر شرط يشرط.

(اما مستعملا فى معناه) الحقيقى (اعنى) المؤمنون عند (الزاما) تهم (على انفسهم) و معنى: عند، انهم مقترنون معها اقترانا لا يفارقونها، و هذا الاقتران شرعى، بمعنى ان الشارع جعلهم بحيث لا يتمكنون من الانفكاك.

(و اما مستعملا) فى معناه المجازى (بمعنى ملتزماتهم) بان استعمل الشرط بمعنى المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق، و هذا ما اشار إليه سابقا بقوله: ثم قد يتجوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى الخ.

(و اما بمعنى جعل الشىء شرطا بالمعنى الثانى) الّذى اشار إليه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۷

بمعنى التزام عدم شىء عند عدم آخر و سيجىء الكلام فى ذلك.

و اما الشرط فى قوله: ما الشرط فى الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشترى، قلت: و ما الشرط فى غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و قوله: الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى اشترط او لم يشترط، فيحتمل ان يراد به ما قرّره الشارع و الزمه على المتبايعين او احدهما

بقوله الثانى ما يلزم من عدمه العدم (بمعنى التزام عدم شىء عند عدم آخر) اى يجب عليهم الالتزام بعدم المشروط عند عدم الشرط.

و حاصل معنى الحديث: ان المؤمنين يجب عليهم الخروج عن عهدة التزاماتهم على انفسهم- على المعنى الاول الحقيقى-.

او يجب عليهم الخروج عن عهدة ملتزماتهم- على المعنى الاول المجازى-.

او یجب علیهم الالتزام بعدم المشروط عند عدم الشرط- علی المعنی الثانی (و سیجیء الکلام فی ذلک) و انه بایّ معنی اقرب الی اللفظ ان شاء الله تعالی.

(و اما الشرط فی قوله: ما الشرط فی الحیوان؟ قال) علیه السلام (ثلاثة ایام للمشتری، قلت: و ما الشرط فی غیره؟) ای غیر الحیوان من سائر اقسام البیوع (قال: البیعان بالخیار حتی یفترقا، و قوله) علیه السلام (الشرط فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتری اشترط) المشتری ذلک لنفسه (او لم یشترط، فیحتمل ان یراد به) ای بلفظ الشرط (ما قرّره الشارع و الزمه علی المتبایعین) فی خیار المجلس (او) الزمه علی (احدهما)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۸

من التسلط علی الفسخ فیکون مصدرا بمعنی المفعول، فیکون المراد به نفس الخیار المحدود من الشارع.

و یحتمل ان یراد به الحکم الشرعی المقرّر، و هو ثبوت الخیار.

و علی کل تقدیر ففی الاخبار عنه بقوله: ثلاثة ایام، مسامحة.

فی خیار الحیوان (من التسلط علی الفسخ) «من» بیان «ما قرّره» (فیکون) الشرط (مصدرا بمعنی المفعول) فالسائل سئل: ما هو الملتزم من قبل الشارع (فیکون المراد به) ای بالملتزم (نفس الخیار المحدود من الشارع) بثلاثة ایام او بمدة کونهما فی المجلس.

(و یحتمل ان یراد به) ای بلفظ الشرط (الحکم الشرعی المقرّر) فالشرط اسم مصدر، لانه مستعمل فی الهیئة بدون النسبة (و) المراد بالحکم الشرعی المقرّر (هو ثبوت الخیار) ای الخیار الثابت شرعا و هو الخیار المنسوب الی الشرع.

و الحاصل انه قد یکون السؤال عن الموضوع، ای نفس الخیار فکانه قال السائل: ما هو الخیار فی الحیوان، و قد یکون السؤال عن الحکم، فکانه قال السائل: ما ذا قرّر الشارع فی الحیوان.

(و علی کل تقدیر) سواء کان السؤال عن الحکم او عن الموضوع (ففی الاخبار عنه بقوله: ثلاثة ایام، مسامحة) اذ الثلاثة لیست موضوعا للخیار و لا حکما للخیار.

فعلی ارجاع لفظ الشرط الی الموضوع یکون التقدیر ما مدة الشرط بتقدیر لفظ المدة بین «ما» و «الشرط» فان الخیار لا یحمل علی ثلاثة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۳۹

نعم فی بعض الاخبار فی الحیوان کلّه شرط ثلاثة ایام، و لا یخفی توقفه علی التوجیه.

ایام.

اما مدة الخیار فتحمل علی ثلاثة ایام و علی ارجاع لفظ الشرط الی الحکم، فیکون التقدیر کائن فی الثلاثة.

و من المعلوم ان امثال هذه التقدیرات کتقدیر لفظ المدة، او کائن، لا تحتاج الی التوجیه لانها من المجازات المتعارفة.

(نعم فی بعض الاخبار فی الحیوان کله شرط ثلاثة ایام، و لا یخفی توقفه علی التوجیه) اذ الشرط بایّ معنی کان لا یکون فی الحیوان، بل اللازم ان یقال: الحیوان متعلق الخیار، او متعلق حکم الخیار، فتأمل.

<>

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۰

الکلام فی شروط صحة الشرط،

اشارة

و هی امور قد وقع الكلام او الخلاف فيها.

احدها: ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف،

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها مثل صيرورة الزرع سنبلا و كون الامة و الدابة تحمل فی المستقبل او تلد كذا او كان عملا كجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا، كما مثل به فی القواعد.

(الكلام فی شروط صحة الشرط، و هی امور قد وقع الكلام او الخلاف فيها).

(احدها: ان يكون) الشرط (داخلا تحت قدرة المكلف) بان يقدر المكلف على انجاز الشرط مباشرة او بالتسبيب، بفعل نفس الشرط او مقدماته المؤدية إليه، كان يشترط عليه الاحراق، فانه قادر عليه بايجاد مقدماته (فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها) ای بتلك الصفة (مثل صيرورة الزرع سنبلا) بان يبيعه الزرع بشرط ان يصير فی المستقبل سنبلا (و كون الامة و الدابة تحمل فی المستقبل او تلد كذا) ای تلد ذكرا او انثى مثلا (او كان عملا كجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا، كما مثل به فی القواعد).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۱

لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلا و تمرا، و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كافعال الله سبحانه، لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لان الالزام

و الفرق بين الصفة و الجعل، ان الصفة لا- ينسبها العاقد الى نفسه بخلاف الجعل، ففی الاول لا يقول، انا اجعل، بل يقول هو يصير سنبلا و فی الثانی يقول: انا اجعل.

(لكن الظاهر ان المراد به) ای بالجعل (جعل الله الزرع و البسر) و هو التمر قبل ان يحلو و ينضج (سنبلا و تمرا) فشرط ان يجعل العاقد بنفسه الزرع سنبلا، شرط غير عقلائی، و الكلام فی الشروط التی يجريها العرف، و ان كانت غير مقدورة، واقعا (و الغرض) من شرطهم: كون الشرط داخلا تحت قدرة المكلف (الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته) بان يشترط فعلا ليس هو فعل العاقد، و لا يكون تحت قدرة العاقد (كافعال الله سبحانه) كاشتراط الحمل و السنبل، فان الحمل ليس فعل العاقد، و لا يكون تحت قدرته، بخلاف ما اذا شرط سقی الحديقة مثلا، فانه فعل العاقد، او تحت قدرته بان يأمر عبده او ولده بالسقی (لا) ان قصدهم بهذا الشرط «المقدورية» الاحتراز (عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه) و ان كان الفعل فی نفسه ليس مستحيلا، او كان الفعل فی نفسه أيضا مستحيلا.

و انما قلنا ليس قصدهم الاحتراز عن مثل هذا الشرط (لان الالزام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۲

و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا- او عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين او الطير ان فی الهواء مما لا يرتكبه العقلاء و الاتيان بالقيد المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز، و الصحة، بعيد عن شأن الفقهاء، و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك فی باب الاجارة و الجعالة

مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنی عن اشتراط القدرة.

و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا او عادة) و ان لم یمتنع عقلا (مما لا یرتکبه العقلاء و) من المعلوم ان (الاحتراز عن مثل الجمع بین الضدّین) المستحیل عقلا (او الطیر ان فی الهواء) المستحیل عادة (مما لا یرتکبه العقلاء) اذ کلام العقلاء فی الامور الممکنة عقلا و عادة (و الاتیان بالقید المخرج لذلک) بان یقیدوا الشرط بکونه مقدورا لاخراج المحال العقلی و العادی (و الحکم علیه) ای علی هذا النحو من القید (بعدم الجواز، و) عدم (الصحة، بعید عن شأن الفقهاء، و لذا لم یتعرضوا لمثل ذلک) القید المخرج للمستحیلات (فی باب الاجارة و الجعالة) فلم یقولوا: یشترط فی الاجارة ان یکون متعلقها مقدورا، فلا تصح اجارة الانسان علی ان یطیر، او یجمع بین الضدین- هذا أولا-.

(مع ان اشتراط کون الفعل) و هو الشرط (سائغا) ای جائزا (یغنی عن اشتراط القدرة) فیتأتی ان الشرط یلزم ان یکون جائزا، اذ غیر المقدور، لا یصح ان یقال له انه جائز، اذ الجواز و عدم الجواز یتعلقان بالمقدور، کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۳

نعم اشتراط تحقق فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین المحتمل وقوعه فی المستقبل، و ارتباط العقد به بحیث یکون التراضی منوطا به و واقعا علیه امر صحیح عند العقلاء مطلوب لهم، بل اولی بالاشتراط من الوصف الحالی غیر المعلوم تحققه، ککون العبد کاتبا و الحیوان حاملا

(نعم اشتراط تحقق فعل الغیر الخارج) ذلک الفعل (عن اختیار المتعاقدین) مثل افعال الله تعالی (المحتمل وقوعه فی المستقبل، و ارتباط) عطف علی «اشتراط» (العقد به) ای بذلک الفعل، ارتباطا (بحیث یکون التراضی منوطا به) ای بذلک الفعل (و واقعا علیه) مثل ان یقول: انی ابیعک هذا الشیء بشرط ان لا یأتی الحاج او انی استأجر منک هذه الدار بشرط ان یأتی الزوّار، لانه اذا اتی الحاج او الزوار احتاج الی الدار، لیؤجرها لهم بمبلغ کثیر- مثلا- (امر صحیح عند العقلاء مطلوب لهم) فلا وجه للمنع عن مثل هذا الشرط بعد شمول الادلة العقلیة و الشرعیة له (بل) اشتراط فعل الغیر- علی النحو الّذی ذکرناه- (اولی بالاشتراط من الوصف الحالی غیر المعلوم تحققه) الآن (ککون العبد کاتبا و الحیوان حاملا) مثل ان یشتری العبد بشرط ان یکون کاتبا، فی الحال او یشتری الحیوان بشرط ان یکون حاملا فی الحال.

وجه الاولویة امکان الغناء عن الشرط الحالی بالتجربة- غالبا- فلا یحتاج الی الشرط، بخلاف شرط فعل الغیر الاستقبالی، فانه غالبا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۴

و الغرض الاحتراز عن ذلک.

و یدل علی ما ذکرنا تعبیر اکثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلا و تمرا او لصیرورتهما کذلک و تمثیلهم لغیر المقدور بانعقاد الثمرة و ایناعها و حمل الدابة فی ما بعد و وضع الحامل فی وقت کذا

لا یعرف، و لذا یحتاج الی الشرط، فیما اذا کان الغرض متعلقا بالشرط- نعم یصح کلاهما- (و الغرض) من هذا الشرط (الاحتراز عن ذلک) هو الاحتراز عن فعل الغیر، لا الاحتراز عن شرط المستحیل عقلا او عادة، اذ قد عرفت ان ذلک لا یلیق بکلام الفقهاء.

(و یدل علی ما ذکرنا) من انهم قصدوا باشتراط کون الشرط داخلا تحت القدرة، ان لا یکون تحت قدرة الغیر، لا انهم قصدوا ان لا یکون محالا (تعبیر اکثرهم) لمقابل شرط القدرة (ببلوغ الزرع و البسر سنبلا و تمرا).

و من المعلوم ان ذلک لیس بمحال عقلا و لا عادة، و انما هو بحیث لا یکون داخلا تحت قدرة المشروط علیه، بل داخلا تحت قدرة الله تعالی (او لصیرورتهما کذلک) عطف علی «ببلوغ» حیث ان بعضهم عبّر: بشرط ان یبلغ الزرع، و بعضهم عبّر بشرط ان یصیر الزرع (و تمثیلهم لغیر المقدور) «تمثیلهم» عطف علی «تعبیر» (بانعقاد الثمرة و ایناعها) ای بنضجها (و حمل الدابة فی ما بعد) العقد (و وضع

الحامل فی وقت کذا) فان کل ذلک مقدور لغیر الشارط- و خارج عن قدرة الشارط-.

نعم لو شرط تبلیغ المشروط علیه البسر تمرا و عقده الثمرة و تحمیله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۵

و غیر ذلک.

و قال فی القواعد: یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غیره، کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا، قال الشهید ره فی محکی حواشیه علی القواعد ان المراد جعل الله الزرع سنبلا و البسر تمرا، لانا انما نفرض فیما یجوز ان

الدابة کان ذلک غیر مقدور له اصلا، بل محال بالنسبة إلیه.

و قوله «و تمثیلهم» مثال آخر لبلوغ الزرع الّذی ذکره أولا- لا- انه شیء جدید، کما ربما یتوهم من ظاهر العبارة (و غیر ذلک) من الامثلة.

و الحاصل ان الشیخ یقول: ان قولهم: بوجوب ان یکون الشرط داخلا تحت القدرة، یریدون قدرة الشارط، مقابل ما کان تحت قدرة غیره، بدلیل ان اخراج المحال لا یحتاج الی القید، و بشهادة امثلتهم لا انهم یریدون مطلق القدرة، مقابل المحال العقلی او العادی.

(و) یدل علی ما ذکرناه ما ذکره الشهید فی شرح عبارة القواعد (قال فی القواعد: یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غیره) ای دون ما لا یدخل تحت قدرة البائع، و مثّل للغیر بقوله (کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا).

ثم (قال الشهید ره فی محکی حواشیه علی القواعد ان المراد) من «الغیر» فی کلام العلامة (جعل الله الزرع سنبلا و البسر تمرا) لا ان مراد العلامة اخراج جعل المشروط علیه الزرع سنبلا (لانا انما نفرض) الکلام- فی ان ای شرط صحیح و ای شرط غیر صحیح- (فیما یجوزان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۶

یتوهمه عاقل لامتناع ذلک من غیر الاله جلّت عظمته، انتهی، لکن قال فی الشرائع: و لا یجوز اشتراط ما لا یدخل فی مقدوره، کبیع الزرع علی ان یجعله سنبلا و الرطب علی ان یجعله تمرا، انتهی، و نحوها عبارة التذکرة، لکن لا- بد من ارجاعها الی ما ذکر، اذ لا یتصور القصد من العاقل الی الالزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلی.

یتوهمه عاقل).

و جعل الشرط ان یصیّر الله الزرع سنبلا، یجوز ان یتوهمه العقلاء اما ارادتهم شرط ان یجعل المشروط علیه الزرع سنبلا، فلیس مفروض الکلام (لامتناع ذلک من غیر الاله جلّت عظمته) فلا یمکن ان یقع فیه الکلام حتی یقال: انه لا یجوز (انتهی) کلام الشهید.

و (لکن قال فی الشرائع) ما ظاهره ان شرط المقدوریة لاخراج شرط جعل المشروط علیه الزرع سنبلا- الّذی قلنا انه محال- قال (و لا یجوز اشتراط ما لا یدخل فی مقدوره) ای مقدور المشروط علیه (کبیع الزرع علی ان یجعله سنبلا و الرطب علی ان یجعله تمرا) ای یجعله المشروط علیه (انتهی، و نحوها عبارة التذکرة) حیث عبّر ب «یجعله» (لکن لا- بد من ارجاعها) ای ارجاع عبارة الشرائع و التذکرة (الی ما ذکر) ای الی شرط ان یجعل الله البسر تمرا (اذ لا یتصور القصد من العاقل الی الالزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلی) حتی نقول بانه غیر جائز.

و الحاصل ان الفقهاء انما یتکلمون حول الاشیاء الممکنة، لیروا ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۷

اللهم الا ان یراد اعمال مقدمات الجعل علی وجه توصل إلیه مع التزام الایصال، فاسند الجعل الی نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

ایّا منها جائز، و ایا منها غیر جائز، اما الاشیاء الممتنعة فالعقلاء لا یرتکبونها بانفسهم، فلا یحتاج الی تکلم الفقیه حوله.

(اللّهم الا ان یراد) من عدم صحة شرط ان یجعل ... (اعمال مقدمات الجعل علی وجه توصل إلیه) ای الی الجعل، فالفقهاء، یریدون ان یقولوا لا یصح ان یشترط علی البائع ان یأتی بمقدمات صیرورة البسر تمرا (مع التزام) البائع (الایصال) الی التمریة.

و انما لا یصح هذا الشرط، لان الایصال لیس بید البائع (فاسند)- بالمجهول- ای فی کلام الفقهاء (الجعل الی نفسه) ای نفس المشروط علیه (بهذا الاعتبار) ای اعتبار إرادة مقدمات الجعل من لفظ الجعل.

فتحصل ان الشرط علی أربعة اقسام.

۱-: ان یجعل الله الزرع سنبلا، و هذا ممکن غیر جائز.

۲-: و ان یجعل الانسان الزرع سنبلا، و هذا محال.

۳-: و ان یأتی المشروط علیه بالمقدمات فقط، و هذا ممکن جائز.

۴-: و ان یأتی المشروط علیه بالمقدمات علی وجه توصل الی النتیجة و هذا ممکن غیر جائز (فافهم) فان ارجاع عبارتی المحقق و التذکرة الی خلاف ظاهرهما لا وجه له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۸

و کیف کان فالوجه فی اشتراط الشرط المذکور- مضافا الی عدم الخلاف فیه- عدم القدرة علی تسلیمه، بل و لا علی تسلیم المبیع اذا اخذ متصفا به، لان تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا یناط بإرادة المشروط علیه فیلزم الغرر فی العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحققه

و لذا نفی الخلاف فی الغنیة عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط

(و کیف کان فالوجه فی اشتراط الشرط المذکور) ای شرط ان یکون الشرط داخلا تحت قدرة المکلف (- مضافا الی عدم الخلاف فیه-) بین الفقهاء (عدم القدرة علی تسلیمه) ای تسلیم الشرط غیر المقدور (بل و لا علی تسلیم المبیع اذا اخذ) المبیع (متصفا به) ای بهذا الشرط.

و صورة القیاس هکذا، هذا الشرط غیر مقدور علی تسلّمه و کل شرط غیر مقدور علی تسلّمه فهو باطل، فهذا الشرط باطل.

اما الصغری: ف (لان تحقق مثل هذا الشرط) انما هو (بضرب من الاتفاق، و لا یناط) تحققه (بإرادة المشروط علیه) فانه ربما یشاء الله سبحانه جعل الزرع سنبلا و ربما یشاء عدمه، و کذلک فی حمل الدابة، و سائر الامثلة.

و اما الکبری (ف) لانه (یلزم) من اشتراط هذا الشرط (الغرر فی العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحققه) و قد نهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر.

(و لذا) الّذی ذکرنا من سرایة مجهولیة الشرط الی العقد فهو غرری (نفی الخلاف فی الغنیة عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط) غیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۴۹

استنادا علی عدم القدرة علی تسلیم المبیع کما یظهر بالتأمل فی آخر کلامه فی هذه المسألة.

و لا ینقض ما ذکرنا بما لو اشترط و صفا حالیا لا یعلم تحققه فی المبیع کاشتراط کونه کاتبا بالفعل او حاملا، للفرق بینهما- بعد الاجماع- بان التزام وجود الصفة فی الحال بناء علی وجود الوصف الحالی

المقدور (استنادا) فی البطلان (علی عدم القدرة علی تسلیم المبیع) اذ لا یتمکن البائع من تسلیم المبیع المشروط بهذا الشرط (کما

یظهر) کونه استند الی ذلک (بالتأمّل فی آخر کلامه فی هذه المسألة).

لکن لا یخفی الاشکال فی الکبری، اذ عدم القدرة لا یجعل الامر غرریا- عرفا- بل العقلاء یتعلق غرضهم بهکذا معاملة، کما تقدم من مثال اشتراطهم الاجارة و البیع بعدم مجیء الزوّار او بمجیئهم- مثلا-

(و) ان قلت: اذا کان الشرط المجهول التحقق یوجب بطلان الشرط بل بطلان البیع، فلما ذا لا تقولون بمثله فی الشرط الحالی.

قلت: (لا- ینقض ما ذکرنا بما لو اشترط وصفا حالیا) و کان الوصف بحیث (لا یعلم تحققه فی المبیع کاشتراط کونه کاتبا بالفعل او حاملا) فی حال انه لا یعلم انه کاتب او انها حامل، فانه لا اشکال فی صحة هذا الشرط مع انه و الشرط الاستقبالی بمنزلة واحدة.

و انما لا ینقص (للفرق بینهما) ای بین الشرط الاستقبالی المجهول و الشرط الحالی المجهول (- بعد الاجماع-) المتقدم (بان التزام وجود الصفة فی الحال بناء علی وجود الوصف الحالی) «بناء» خبر «التزام»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۰

و لو لم یعلما به.

فاشتراط کتابة العبد المعین الخارجی بمنزلة توصیفه بها و بهذا المقدار یرتفع الغرر، بخلاف ما سیتحقق فی المستقبل، فان الارتباط به لا یدل علی البناء علی تحققه.

ای ان البائع یلتزم وجود الوصف، و التزامه هذا یرفع الغرر، بخلاف الوصف الاستقبالی فان البائع لا یتمکن من الالتزام به، لانه لیس بیده المستقبل، و اذا لم یتمکن من الالتزام به، کان ذلک غرریا.

ثم ان التزام البائع کاف فی رفع الغرر (و لو لم یعلما به) ای بالوصف هل هو موجود الآن أم لا؟ فان الرافع للغرر الالتزام، لا وجود الوصف الفعلی او العلم به.

(فاشتراط کتابة العبد المعین الخارجی) بان باعه هذا العبد علی شرط ان یکون کاتبا الآن حال البیع (بمنزلة توصیفه بها) ای بمنزلة ان یقول: انی ابیعک هذا العبد الکاتب (و بهذا المقدار) من الالتزام و التوصیف (یرتفع الغرر) فلا مانع من مثل هذا البیع (بخلاف ما سیتحقق فی المستقبل) کجعل الزرع سنبلا (فان الارتباط به) ای ارتباط البائع العقد بهذا الشرط الاستقبالی (لا یدل علی البناء علی تحققه).

و فیه أولا: ان مجرد البناء فی الوصف الحالی لا یخرج العقد من الغرر- اذا کان الجهل بهذا المقدار غررا-.

و ثانیا: ان البناء و التوصیف موجودان فی الاستقبالی أیضا، فهو بمنزلة ان یقول: انی ابیعک هذا الزرع المتصف بانه سیصبح سنبلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۱

و قد صرح العلامة فیما حکی عنه ببطلان اشتراط ان تکون الامة تحمل فی المستقبل لانه غرر عرفا، خلافا للمحکی عن الشیخ و القاضی، فحکما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ اذا لم یتحقق و ظاهرهما- کما استفاده فی الدروس- تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فیتحقق الخلاف فی مسألة اعتبار القدرة فی صحة الشرط.

و یمکن توجیه کلام الشیخ بارجاع اشتراط الحمل فی المستقبل الی اشتراط صفة حالیة موجبة للحمل.

(و قد صرح العلامة فیما حکی عنه ببطلان اشتراط ان تکون الامة تحمل فی المستقبل) و علل ذلک بقوله: (لانه غرر عرفا).

ثم ان ما ذکرناه من بطلان الشرط الاستقبالی لیس اتفاقیا، بل (خلافا للمحکی عن الشیخ و القاضی، فحکما بلزوم العقد مع تحقق الحمل) فی المستقبل (و بجواز الفسخ) لانتفاء الشرط (اذا لم یتحقق) الحمل فی المستقبل (و ظاهرهما- کما استفاده فی الدروس- تزلزل العقد باشتراط) شرط (مجهول التحقق) لا بطلان العقد، کما ادعاه الغنیة.

و علیه (فیتحقق الخلاف فی مسألة اعتبار القدرة فی صحة الشرط) لان تزلزل العقد یلازم صحة هذا الشرط.

(و یمکن توجیه کلام الشیخ) و القاضی (ب) ما لا ینافی کلام المشهور القائلین ببطلان البیع بمثل هذا الشرط الاستقبالی المجهول ب (ارجاع اشتراط الحمل فی المستقبل الی اشتراط صفة حالیة موجبة للحمل) حتی یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۲

فعدمه کاشف عن فقدها.

و هذا الشرط و ان کان للتأمل فی صحته مجال، الا ان إرادة هذا المعنی یخرج اعتبار کون الشرط مما یدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثم ان عدم القدرة علی الشرط تارة لعدم مدخلیته فیه اصلا کاشتراط ان الحامل تضع فی شهر کذا.

الشرط حالیا- من قبیل شرط کتابة العبد- بان یشترط ان تکون فی الامة قابلیة الحمل (فعدمه) بان لم تحمل، مما یکشف عن انه لم تکن لها قابلیة (کاشف عن فقدها) ای فقد تلک الصفة حال العقد، کما لو تبین ان العبد لم یکن کاتبا.

(و هذا الشرط) ای شرط الصفة الحاضرة (و ان کان للتأمل فی صحته مجال) لانه لا یکفی فی دفع الغرر التزام البائع بما لا یعلمان بوجوده و عدمه، و ان التزام البائع وجود الوصف (الا ان إرادة هذا المعنی) من عبارة الشیخ و القاضی (یخرج اعتبار کون الشرط مما یدخل تحت القدرة عن الخلاف).

و یحقق ما ذکرناه سابقا من انه لا خلاف فی ذلک الّا ان ارجاع کلام الشیخ و القاضی الی ما ذکره المصنف خلاف ظاهرهما فلا وجه له، و قد عرفت ان مثل هذا الشرط الاستقبالی لا یوجب الغرر.

(ثم ان عدم القدرة علی الشرط تارة لعدم مدخلیته) ای عدم مدخلیة المشروط علیه (فیه) ای فی الشرط (اصلا) فلا یتمکن من ایجاده و ذلک (کاشتراط ان الحامل تضع فی شهر کذا) او یوم کذا، او ان یصیر الزرع سنبلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۳

و اخری لعدم استقلاله فیه، کاشتراط بیع المبیع من زید فان المقدور هو الایجاب فقط، لا العقد المرکب فان اراد اشتراط المرکب فالظاهر دخوله فی اشتراط غیر المقدور، الا ان العلامة قدس سره فی التذکرة بعد جزمه بصحة اشتراط بیعه علی زید قال: لو اشترط بیعه علی زید فامتنع زید من شرائه احتمل ثبوت الخیار بین الفسخ و الامضاء، و العدم، اذ تقدیره: بعه علی زیدان اشتراه انتهی.

و لا اعرف وجها للاحتمال الاول، اذ علی تقدیر

(و اخری لعدم استقلاله) ای استقلال المشروط علیه (فیه) ای فی حصول الشرط، و ان کانت له مدخلیة (کاشتراط بیع المبیع من زید) او بیع المبیع من ایّ انسان کان (فان المقدور هو الایجاب فقط، لا العقد المرکب) من الایجاب و القبول (فان اراد) الشارط (اشتراط المرکب) بان یأتی المشروط علیه بالعقد بایجاب و قبول (فالظاهر دخوله فی اشتراط غیر المقدور) و یکون الشرط باطلا حینئذ (الا ان العلامة قدس سره فی التذکرة بعد جزمه بصحة اشتراط بیعه علی زید) مثلا (قال: لو اشترط بیعه علی زید فامتنع زید من شرائه احتمل ثبوت الخیار) للبائع (بین الفسخ و الامضاء) لان شرطه لم یتحقق (و) احتمل (العدم) فلا خیار له (اذ تقدیره) ای تقدیر الشرط (بعه علی زیدان اشتراه، انتهی) فاذا لم یشتره فلا امر بالبیع فلا خیار، لانه لم یتخلف الشرط- کما لو شرط علیه اکرام زید ان اتاه فلم یأت زید- فانه لا مجال للفسخ.

(و لا اعرف وجها للاحتمال الاول) ای ثبوت الخیار (اذ علی تقدیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۴

إرادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط.

و على تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغى البطلان، الا ان يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب، فاتفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذّر الشرط.

و عليه يحمل قوله فى التذكرة و لو اشترط على البائع اقامة

إرادة اشتراط) الشارط (الايجاب فقط) او عرضه على البيع ف (قد حصل الشرط) فلا وجه لخيار الفسخ، لان المفروض ان المشروط عليه عرض المتاع على البيع او اوجب البيع.

(و على تقدير اشتراط المجموع المركب) من الايجاب و القبول (ينبغى البطلان) لان هذا الشرط غير مقدور للمشروط عليه، فهذا الشرط باطل لكنك قد عرفت صحة مثل هذا الشرط، فكلام العلامة فى محلّه (الا ان يحمل) كلام العلامة (على صورة الوثوق) من الشارط (بالاشتراء) فالشرط و ان كان غير مقدور، الا ان الوثوق بحصوله كاف فى صحته (فاشتراط النتيجة) اى اشتراط البائع: الاشتراء الخارجى (بناء) خبر «اشتراط» (على حصولها) اى النتيجة (بمجرد الايجاب فاتفاق امتناعه) اى المشترى (من الشراء بمنزلة تعذّر الشرط) المقدور كما اذا شرط على المشترى ان يخيط قبائه ثم اصابه الشلل و لا يقدر على الخياطة، فانه يوجب خيار الفسخ للشارط، لا ان الشرط باطل من اصله

(و عليه) اى على ما ذكرنا من صورة الوثوق بحصول الشرط، ثم تعذر الشرط (يحمل قوله فى التذكرة و لو اشترط) المشترى (على البائع اقامة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۵

كفيل على العهدة فلم يوجد، او امتنع المعين ثبت للمشترى الخيار، انتهى.

و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط، كاشتراط كون امرأة مزوجة او الزوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب اما

كفيل على العهدة) بان المتاع ان ظهر ملكا للغير، او ظهر معيبا فالكفيل يكفل البائع لئلا يهرب من اداء ما عليه (فلم يوجد) الكفيل الّذى يكفله (او) كان الشرط كفالة انسان معين للبائع، ف (امتنع المعين) عن قبول الكفالة (ثبت للمشترى الخيار).

و انما نحمل كلام العلامة على ذلك، لانه لو لم نحمله عليه كان الشرط باطلا لانه غير مقدور (انتهى) كلام التذكرة.

لكنك قد عرفت عدم الاحتياج الى امثال هذه التجشّمات.

(و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية) بنفس الشرط من دون الاتيان باسبابها الشرعية بان كانت تلك الغاية (متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط) كان الاولى ادخال ذلك فى اشتراط ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (كاشتراط كون امرأة مزوجة) مثل ان يبيع الرجل المتاع لامرأة اجنبية بشرط ان تكون زوجة له بنفس هذا الشرط (او الزوجة مطلقة) كان يبيع للزوج متاعا بشرط ان تكون زوجته مطلقة بنفس هذا الشرط (من غير ان يراد من ذلك) الشرط (ايجاد الاسباب اما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۶

لو اراد ايجاد الاسباب او كان الشرط مما يكفى فى تحققه نفس الاشتراط فلا اشكال.

و لو شك فى حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتى الكلام فيه فى حكم الشرط.

الثانى: ان يكون الشرط سائغا فى نفسه،

فلا یجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

لو اراد ایجاد الاسباب) بالشرط بان تکون زوجهٔ له بالنکاح الشرعی، او ان یطلق زوجته (او کان الشرط مما یکفی فی تحققه نفس الاشتراط) کان یشترط البائع، ان تکون دار المشتری ملکا للبائع، فان الشرط کاف فی نقل الملکیهٔ (فلا اشکال) فی صحهٔ مثل هذا الشرط، لانه مقدور و جائز شرعا.

(و لو شک فی حصوله) ای حصول ذلک المشروط (بنفس الاشتراط کملکیهٔ عین خاصهٔ) اذا شککنا فی انه هل یحتاج الملک الی اسباب خاصهٔ او انها تتحقق بنفس الشرط؟ (فسیأتی الکلام فیه) ای فی حکم ما لو شک و هل یصح شرطه أم لا؟ (فی حکم الشرط) ان شاء الله تعالی.

(الثانی) من شروط صحهٔ الشرط (ان یکون الشرط سائغا فی نفسه فلا یجوز اشتراط جعل العنب خمر او نحوه) کاشتراط نحت الخشب صلیبا او صنما (من) سائر (المحرمات) و ذلک (لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم) و الا لا نفتح باب تحلیل المحرمات و اسقاط الواجبات بالشرط فی ضمن العقد، و هو بدیهی البطلان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۷

و یدل علیه ما سیجیء من قوله المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا احلّ حراما او حرّم حلالا.

فان الشرط اذا کان محرّما کان اشتراطه و الالتزام به احلالا للحرام و هذا واضح لا اشکال فیه.

الثالث: ان یکون مما فیه غرض معتد به عند العقلاء نوعا،

او بالنظر الی خصوص المشروط له.

(و یدل علیه ما سیجیء من قوله) علیه السلام (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احلّ حراما او حرّم حلالا) و المراد بالحلال مقابل الحرام فیشمل الاحکام الاربعهٔ الاخر و هی: الواجب و المندوب و المکروه و المباح و کذلک فی قوله علیه السلام: حلال محمّد «ص» حلال الی یوم القیامهٔ، و حرام محمد حرام الی یوم القیامهٔ- و سیأتی الکلام فیه-.

(فان الشرط اذا کان محرّما کان اشتراطه) من المشترط (و الالتزام به) من المشترط علیه (احلالا للحرام) او تحریما للحلال (و هذا واضح لا اشکال فیه) فان الالتزام و ان لم یکن عملا- و الظاهر الّذی علیه جمع من المحققین ان الالتزام بالاحکام غیر لازم، و انما اللازم العمل- الا انه عرفا احلال للحرام، و لا یخفی ان هذا الشرط داخل فی الشرط الرابع فذکره مستقلا لم یعرف له وجه.

(الثالث) من شروط صحهٔ الشرط (ان یکون) الشرط (مما فیه غرض معتد به عند العقلاء نوعا) لهذا المشروط له و لغیره (او بالنظر الی خصوص المشروط له) و ان لم یکن فیه غرض للعقلاء فاذا لم یکن هناک غرض للعقلاء و لهذا الشارط او کان غرض غیر معتد به لم یصح الشرط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۸

و مثل له فی الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات.

و قد صرح جماعهٔ بان اشتراط الکیل او الوزن بمکیال معین او میزان معین من افراد المتعارف لغو، سواء فی السلم، و غیره.

و فی التذکرهٔ لو شرط ما لا غرض للعقلاء فیه، و لا یزید به المالیهٔ،

اما اذا کان فیه غرض للعقلاء لا لهذا الشارط، او کان فیه غرض لهذا الشارط لا للعقلاء، فانه یصح لما سیأتی من انه حق عرفا، فیشمله دلیل الشرط المنصرف الی ما کان حقا، و قوله: نوعا، لان الغالب عدم اتفاق کافة العقلاء فی الاغراض.

(و مثل له) الشهید (فی الدروس) بما فیه غرض لخصوص المشروط له لا عند العقلاء (باشتراط جهل العبد بالعبادات) اذ الجهل لا یتعلق به غرض العقلاء بل العلم غرضهم، و انما شرطه الشارط لان العبد الجاهل لا یقیم العبادة فیزید فی العمل لمولاه.

(و قد صرح جماعة بان اشتراط الکیل او الوزن بمکیال معین او میزان معین من افراد) الکیل و الوزن (المتعارف) کما لو اشتری منه بعنوان الکلی طنّا من الطعام بشرط ان یکیله فی هذا المکیال الخاص (لغو، سواء) کان الشرط (فی) بیع (السلم) الّذی هو اعطاء الثمن مقابل المثمن المستقبل (و غیره) کسائر البیوع الکلیة.

و انما کان لغوا لانه لا یتعلق به غرض للعقلاء و لا للافراد فی ذلک.

(و) قال (فی التذکرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فیه، و لا یزید به المالیة،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۵۹

فانه لغو لا یوجب الخیار.

و الوجه فی ذلک ان مثل ذلک لا یعدّ حقا للمشروط له حتی یتضرر بتعذره، فیثبت له الخیار او یعتنی به الشارع فیوجب الوفاء به و یکون ترکه ظلما.

فهو نظیر عدم امضاء الشارع لبذل المال علی ما فیه منفعة لا یعتد بها عند العقلاء.

و لو شک فی تعلق غرض صحیح به

فانه لغو لا یوجب) تخلفه (الخیار) و قوله «لا یزید» من عطف الخاص علی العام.

(و) کیف کان، ف (الوجه فی ذلک) الّذی ذکرناه بلزوم الغرض فی الشرط (ان مثل ذلک) الّذی لا غرض فیه (لا یعدّ حقا للمشروط له حتی یتضرر بتعذره) ای بعدم اتیان المشروط علیه به، سواء کان متعذرا أم لا (فیثبت له الخیار) من باب: لا ضرر، (او) حق (یعتنی به الشارع فیوجب الوفاء به) و یدخل تحت: المؤمنون عند شروطهم (و یکون ترکه ظلما) فدلیل الشرط منصرف عن مثله، فهو داخل فی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(فهو) ای عدم امضاء الشارع لمثل هذا الشرط (نظیر عدم امضاء الشارع لبذل المال علی ما فیه منفعة لا یعتد بها عند العقلاء) و لا غرض شخصی للباذل فیه، مثل ان یشتری الخنافس، و ما اشبه مما ذکره الفقهاء انه لا یصح بیعه اذا لم تکن فیه منفعة.

(و لو شک فی تعلق غرض صحیح به) ای بهذا الشرط، سواء کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۰

حمل علیه.

و من هنا اختار فی التذکرة صحة اشتراط ان لا یأکل الا الهریسة، و لا یلبس الا الخز.

و لو اشترط کون العبد کافرا ففی صحته او لغویته قولان للشیخ، و الحلی.

من تعلق الغرض المعتد به لجواز بیعه علی المسلم و الکافر، و لاستغراق اوقاته بالخدمة.

و من ان الاسلام یعلو و لا یعلی علیه،

الشاک البائع او المشتری (حمل علیه) ای علی ان فیه غرضا صحیحا، لاصالة الصحة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۱۴، ص: ۱۶۰

(و من هنا) الّذى يكفى الشك فى الغرض الصحيح، فى وجوب الوفاء بالشرط (اختار فى التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل) العبد (الا الهريسة و لا يلبس الا الخز) لاحتمال ان يكون للبائع الشارط غرض صحيح.

(و لو اشترط كون العبد كافرا ففى صحته او لغويته قولان للشيخ) فقال باللغوية (و الحلى) فقال بالصحة.

(من تعلق الغرض المعتد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر) بينما العبد المسلم لا يجوز بيعه للكافر (و لاستغراق اوقاته بالخدمة) بخلاف المسلم الّذى يصرف بعض وقته فى العبادة و الطهارة و نحوهما- و هذا وجه صحة الاشتراط-.

(و من ان الاسلام يعلو و لا يعلى عليه) فلا يمكن ان يكون العبد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۴، ص: ۱۶۱

و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخروية.

و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

الرابع: ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة.

فلو اشترط رقية حرّ او توريث اجنبى كان

الكافر افضل من المسلم، فلا يكون فى المسلم الخيار، دون الكافر (و الاغراض الدنيوية) كالبيع للمسلم و الكافر، و استغراق الوقت بالخدمة (لا تعارض الاخروية) بل الاخروية تقدم على الدنيوية- و هذا وجه لغوية الاشتراط-.

و المراد بالغرض الاخروى بغض الكفر و حب الاسلام، و حب العبادة مما ينفع فى الآخرة.

(و جزم بذلك) اى باللغوية- تبعا للشيخ- (فى الدروس و بما قبله) اى بالصحة تبعا ل (العلامة) الحلّى (قدس سره).

و كان المصنف رحمه الله توقف فى المسألة و لذا لم يرجح احدهما على الآخر و مثل اشتراط الكفر اشتراط ان يكون عاصيا بترك العبادات

نعم ربما يقال ان مثل هذا الشرط مناف لمنع المنكر و دفعه الّذى من اعظم الكفر ثم ترك العبادات.

(الرابع) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة) مخالفا فى مطلق الاحكام، او فى الاحكام التكليفية.

(فلو اشترط رقية حرّ) او حرّية عبد (او توريث اجنبى) او حرمان وارث و كذلك اذا شرط ان لا يصلّى او ان يشرب الخمر (كان) الشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۴، ص: ۱۶۲

فاسدا، لان مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شي‌ء.

نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بادلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة.

(فاسدا، لان مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شي‌ء) من شرط او عهد او نذر او يمين او امر والدين او زوج او غير ذلك.

اما ارتفاع الاحكام بالاضطرار و نحوه فليس ذلك مخالفة للكتاب و السنة بل هى موافقة للكتاب و السنة لانهما قالا: برفع الحكم لدى

الاضطرار.

(نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بادلة الوفاء) فيما اذا ورد دليل خاص على جواز شرط فى مورد خاص، مع كونه مخالفا للكتاب و السنة بان يقال: ان دليل الوفاء بالشرط مثل ادلة الاضطرار تخصص عموم الكتاب و السنة، لان دليل الوفاء مثل دليل الاضطرار حاكم على عموم الكتاب، لانه دليل ثانوى، و الكتاب و السنة دليل اوّلى، و الدليل الثانوى مقدم على الدليل الاولى.

و لا يخفى ان هذا مجرد احتمال و ليس بصحيح كما يظهر مما يأتى (بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة).

ثم انه انما استدرك ذلك بقوله «نعم» لافادة ان ما ذكره أولا بقوله «لان مخالفة الكتاب» خاص بما كان التنافى بين الشرط و الكتاب بنحو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۳

لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه.

و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة فى هذا الشرط، ثم التعرض لمعناها.

التباين.

و الحاصل ان الشرط قد يكون مخالفا للكتاب و السنة بنحو التباين و لا اشكال فى تقديم الكتاب و السنة فلا احتمال لتقديم الشرط اصلا، اما اذا كانت المخالفة بنحو العموم المطلق فهناك احتمال تقديم الشرط.

(لكنه) مجرد احتمال، و هو (مما لا يرتاب فى ضعفه).

لان الحكم قد يكون ثابتا للموضوع على كل تقدير، و فى هذه الصورة لا اشكال فى ان العنوان الطارئ بالشرط لا يتمكن من تغيير الحكم- لفرض ان الحكم ثابت على كل تقدير-.

و قد يكون ثابتا للموضوع بعنوانه الاوّلى- مع قطع النظر عن العنوان الطارئ بالشرط- و فى هذه الصورة ان تغير الحكم بالشرط لم يكن ذلك مخالفا للكتاب، اذ الكتاب لم يثبت الحكم على كل تقدير بل اثبته بالعنوان الاوّلى للموضوع- حسب الفرض-.

(و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة) و بيان انه فى ایّ مورد يخالف الشرط و فى ایّ مورد لا يخالف (موقوف على ذكر الاخبار الواردة فى هذا الشرط) اى شرط ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب (ثم التعرض لمعناها) حتى تتبين دلالتها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۴

فنقول: ان الاخبار فى هذا المعنى مستفيضة، بل متواترة معنى.

ففى النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله عليه السلام: من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل، فلا يجوز ذلك له و لا عليه.

و المذكور فى كلام الشيخ و العلامة ره المروى من طريق العامة قوله صلى الله عليه و آله فى حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها ولائها، ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله فما كان من شرط

(فنقول: ان الاخبار فى هذا المعنى) اى ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (مستفيضة، بل متواترة معنى) و التواتر المعنوى عبارة عن ان يكون المعنى واحد او ان كان اللفظ متعددا.

(ففى النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله عليه السلام: من اشترط شرطا سوى كتاب الله) اى ليس فى كتاب الله (عز و جل، فلا

یجوز ذلک) الشرط (له) ای للشارط فلیس له المطالبة به (و لا علیه) ای علی المشروط علیه، فلیس علیه الوفاء به.

(و) کذلک الخبر (المذکور فی کلام الشیخ و العلامة ره المروی من طریق العامة قوله صلی الله علیه و آله فی حکایة بریرة) و هی امة (لما اشترتها عائشة و شرط موالیها علیها) ای علی عائشة (ولائها) ای بانها اذا ماتت، هم یرثونها لا عائشة- و هذا ما یسمی بولاء العتق فی باب الارث، قال صلی الله علیه و آله و سلم (ما بال اقوام یشترطون شروطا لیست فی کتاب الله) ای لم یصدّق و لم یقرر الکتاب هذه الشروط (فما کان من شرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۵

لیس فی کتاب الله عز و جل فهو باطل، قضاء الله احق، و شرطه اوثق، و الولاء لمن اعتق.

و فی المروی موثقا عن امیر المؤمنین علیه السلام من شرط لامرأته شرطا فلیف به لها فان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرّم حلالا او احلّ حراما

لیس فی کتاب الله عز و جل فهو باطل) وضعا، و الظاهر انه حرام تکلیفا اذ هو من الامر بالمنکر و التعاون علیه (قضاء الله) ای حکمه (احق) بالاتباع

- و التفضیل هنا لا یراد به معنی المفاضلة الحقیقة حتی یکون قضاء غیر الله حقا أیضا، بل المراد انه حق، و انما یؤتی بالتفضیل للتعبیر العرفی- (و شرطه اوثق) و المراد بالشرط هنا الحکم، و عبّر به للمقابلة مع شرط البائع، فهو من قبیل: تعلم ما فی نفسی و لا اعلم ما فی نفسک، مع ان الله سبحانه لا نفس له.

و معنی اوثق انه متین محکم لا یقبل الانفصام و البطلان، فقضاء الله مطابق للحق و الواقع ای للمصلحة، و شرطه سبحانه وثیق متین لا یسقط من تمسک به کالحبل الّذی یتعلق به الانسان فانه اذا کان متینا یأمن من القطع و السقوط (و الولاء لمن اعتق) لا لمن باع للمعتق.

(و فی المروی موثقا عن امیر المؤمنین علیه السلام من شرط لامرأته شرطا) ای فی ضمن النکاح (فلیف به) ای بالشرط (لها، فان المسلمین عند شروطهم) ای من احکام الاسلام ان یکون الانسان عند شرطه فلا یفارق شرطه بالمخالفة (الا شرطا حرّم حلالا او احلّ حراما) و قد تقدم المراد بالحلال فی امثال هذه الروایات و سیأتی أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۶

و فی صحیحة الحلبی: کل شرط خالف کتاب الله فهو مردود.

و فی صحیحة ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لکتاب الله عز و جل فلا یجوز له، و لا یجوز علی الّذی اشترط علیه، و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله.

و فی صحیحته الاخری: المؤمنون عند شروطهم الّا کلّ شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز.

و فی روایة محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام فی من تزوج امرأة و اصدقها

(و فی صحیحة الحلبی) قال علیه السلام (کل شرط خالف کتاب الله فهو مردود) ای باطل.

(و فی صحیحة ابن سنان) قال علیه السلام (من اشترط شرطا مخالفا لکتاب الله عز و جل فلا یجوز له) ای للشارط المطالبة، او المراد لا یجوز له ان یشترط هذا الشرط ای یحرم علیه- علی ما عرفت من انه امر بالمنکر- (و لا یجوز علی الّذی اشترط علیه) ان یأتی به (و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله) ای اباحه الکتاب و لو علی نحو العموم.

(و فی صحیحته الاخری) قال علیه السلام (المؤمنون عند شروطهم الّا کلّ شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز) ای لا ینفذ-

وضعا- او لا یجوز- تکلیفا- و اذا لم یجز تکلیفا لم ینفذ وضعا- کما لا یخفی-.

(و فی روایهٔ محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام، فی من تزوج امرأهٔ و اصدقها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۷

و اشترطت علیه ان بیدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنهٔ و ولیت حقا لیست اهلاله، فقضی ان علیه الصداق و بیده الجماع و الطلاق، و ذلک السنهٔ.

و فی معناها مرسلهٔ ابن بکیر عن ابی عبد الله علیه السلام و مرسلهٔ مروان بن مسلم، الا ان فیهما عدم جواز هذا النکاح.

و اشترطت علیه ان بیدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنهٔ) ای الحکم الاسلامی (و ولیت) بالمجهول ای فوض إلیها (حقا لیست اهلاله) ای ان الشارع لم یجعل لها هذا الحق لا ابتداءً و لا بالشرط (فقضی) ای حکم الامام علیه السلام (ان علیه) ای علی الرجل (الصداق) فلم یوجب بطلان الشرط بطلان النکاح، کما لم یوجب سقوط الشرط اکثریهٔ الصداق علی الرجل، حیث ربما یزعم ان کون الشرط للمرأهٔ تقلیل صداقها فاذا سقط الشرط کان اللازم ازدیاد الصداق (و بیده الجماع و الطلاق و ذلک السنهٔ).

و لا یخفی ان هذا لا ینافی اعطائها الوکالهٔ فی ان تطلق نفسها بشرط کذا، اذ التوکیل جائز سواء کان الوکیل رجلا او امرأهٔ، زوجا او غیره.

اما الجماع فلعل المراد بالشرط الشرط بعد عقد الزواج، لان ظاهر الواو الترتیب، کما قالوا ان ظاهره ذلک فی قوله تعالی: فَاغْسِلُوا وُجُوهَکُمْ وَ أَیْدِیَکُمْ، الآیهٔ.

(و فی معناها مرسلهٔ ابن بکیر عن ابی عبد الله علیه السلام و مرسلهٔ مروان بن مسلم، الا ان فیهما عدم جواز هذا النکاح).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۸

و فی روایهٔ ابراهیم بن محرز، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام:

رجل قال لامرأته امرک بیدک فقال علیه السلام: انی یکون هذا، و قد قال الله تعالی: الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ.

و عن تفسیر العیاشی، عن ابن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأهٔ تزوجها رجل، و شرط علیها و علی اهلها: ان تزوج علیها او هجرها او اتی علیها

و لعل وجه ذلک ان الطلاق لا یکون بید المرأهٔ الا وکالهٔ، فجعل الطلاق بید المرأهٔ خلاف حکم الله، فاذا رضیت المرأهٔ بالنکاح المقید فلا رضا لها بالنکاح المجرد، و یکون النکاح حینئذ باطلا لعدم الرضا.

(و فی روایهٔ ابراهیم بن محرز، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام رجل قال لامرأته امرک بیدک) فاطلاق الروایهٔ شامل لما اذا قال ذلک بعد النکاح، او قال ذلک شرطا فی ضمن النکاح، و کانّه لهذا ذکره المصنف فی عداد هذه الاخبار (فقال علیه السلام: انی یکون هذا، و قد قال الله تعالی: الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ) فان کان ذلک بعد العقد فهو وعد لا یجب الوفاء به، و ان کان فی ضمن النکاح فهو شرط خلاف الکتاب، اذ القیمومهٔ حکم و لیس بحق و لذا لا یقبل الانتقال او الاسقاط او الارث.

(و عن تفسیر العیاشی، عن ابن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأهٔ تزوجها رجل، و شرط علیها و علی اهلها: ان تزوج علیها او هجرها) هجرا شرعیا (او اتی علیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۶۹

سریهٔ فهی طالق، فقال علیه السلام: شرط اللّه قبل شرطکم ان شاء وفی بشرطه و ان شاء امسک امرأته و تزوج علیها و تسرّی و هجرها ان اتت بسبب ذلک، قال اللّه تعالی: فَانْکِحُوا ما طابَ لَکُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنی وَ ثُلاثَ، و قال: أُحِلَّ لَکُمْ. ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ، وَ اللّاتِی

تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ الآیة

ثم الظاهر ان المراد بکتاب اللّه

سریة) ای امة (فهی طالق) فهل یصح هذا الشرط (فقال علیه السلام شرط اللّه قبل شرطکم) «شرط الله» ای حکم اللّه سمی شرطا، اما من باب ما تقدم فی معنی الشرط، و اما من باب المقابلة «بشرط الرجل» من قبیل: تعلم ما فی نفسی و لا اعلم ما فی نفسک (ان شاء و فی بشرطه) بمعنی لم یفعل کل ذلک، او اذا فعل طلق زوجته (و ان شاء امسک امرأته و تزوج علیها و تسرّی و هجرها ان اتت بسبب ذلک) الهجران، و هو النشوز.

و ذلک لان الطلاق لا یکون الا بسببه، لا بهذه الاعمال، فشرطه باطل

ثم استدل الامام علیه السلام لذلک بقوله: (قال الله تعالی:

فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنیٰ وَ ثُلاٰثَ) فللرجل حق التزویج علیها (و قال: أُحِلَّ لَکُمْ. مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ) فللرجل حق التسرّی.

و الظاهر ان المراد نقل معنی الآیـة، و الا فلا توجد هکذا آیة فی القرآن، و قال: (وَ اللاّٰتِی تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ الآیة) فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فللرجل حق الهجران ان اتت بسبب الهجران من النشوز.

(ثم الظاهر) من بعض الروایات کروایة بریرة (ان المراد بکتاب اللّه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۰

هو ما کتب اللّه علی عباده من احکام الدین، و ان بیّنه علی لسان رسوله (ص)

فاشتراط ولاء المملوک لبایعه انما جعل فی النبوی مخالفا لکتاب اللّه بهذا المعنی.

لکن ظاهر النبوی، و احدی صحیحتی ابن سنان: اشتراط موافقة کتاب اللّه فی صحة الشرط، و ان ما لیس فیه

هو ما کتب اللّه علی عباده، من احکام الدین، و ان بیّنه علی لسان رسوله (ص) بان ذکره الرسول او الأئمة الطاهرون علیهم السلام.

(فاشتراط ولاء المملوک لبایعه انما جعل فی النبوی) ای خبر بریرة (مخالفا لکتاب اللّه بهذا المعنی) ای الکتاب الشامل للسنة.

لکن ربما یقال: ان المراد نفس الکتاب الّذی هو القرآن الحکیم، و العمومات تدل علی کل حکم.

فحال ما نحن فیه حال عرض الخبرین المتعارضین علی القرآن.

اما خبر بریرة: فلعله- بعـد عدم حجیته سـندا- اراد ان کون الولاء للبائع مخالف لانقطاعه عن المبیع و انتقاله الی المشتری، فهو مخالف لقوله: تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْکُمْ.

و کیف کان فقد تقدم اشتراط ان لا یکون الشرط مخالفا لکتاب الله، فلا تعتبر الموافقة، و انما المعتبر عدم المخالفة.

(لکن ظاهر النبوی) حیث قال: قضاء الله احق، الظاهر فی لزوم المطابقـة مع قضاء الله (و احـدی صـحیحتی ابن سـنان) و هی الصـحیحة الاولی (اشتراط موافقة کتاب اللّه فی صحة الشرط، و ان ما لیس فیه) کما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۱

او لا یوافقه، فهو باطل.

و لاـ یبعـد ان یراد بالموافقـة عـدم المخالفـة نظرا الی موافقـة مـا لم یخـالف کتاب الله بالخصوص لعموماته المرخّصـة للتصـرفات غیر المحرمة

النبوی (أو لا یوافقه) کما فی الصحیحة (فهو باطل).

و الفرق بین لزوم الموافقهٔ و لزوم عدم المخالفهٔ یظهر فیما اذا لم یکن حکم فی القرآن، فان کان اللازم الموافقهٔ، بطل ذلک الشرط، اما اذا کان اللازم عدم المخالفهٔ، لم یبطل لان الشرط حینئذ لم یکن مخالفا، من باب السالبهٔ بانتفاء الموضوع.

(و لا یبعدان یراد بالموافقهٔ عدم المخالفهٔ) فکل ما لم یخالف موافق، و لیس بین الامرین عموم مطلق.

و انما نقول بان ذلک لیس ببعید، لانه عبّر فی الروایات بالتعبیرین و هما: الموافقهٔ و عدم المخالفهٔ، بل فی روایهٔ واحدهٔ عبّر بالامرین کما فی صحیحهٔ ابن سنان الاولی.

و الجمع العرفی بین الامرین یقتضی ان یکون بینهما تساویا، و لذا عبّر باحدهما مرهٔ، و بالآخر مرهٔ اخری.

ان قلت: کیف یکون کل ما لم یخالف، موافقا، فانا نری ان بعض الاحکام لیس بمخالف، لانه غیر مذکور فی القرآن، لکنه لیس بموافق.

قلت: انما نقول ذلک (نظرا الی موافقهٔ ما لم یخالف کتاب الله بالخصوص لعموماته المرخّصهٔ)- بصیغهٔ الفاعل- (للتصرفات غیر المحرمهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۲

فی النفس و المال، فخیاطهٔ ثوب البائع مثلا موافق للکتاب بهذا المعنی

ثم ان المتصف بمخالفهٔ الکتاب اما نفس المشروط و الملتزم ککون الاجنبی وارثا و عکسه، و کون الحر أو ولده رقّا، و ثبوت الولاء لغیر المعتق و نحو ذلک.

فی النفس و المال، فخیاطهٔ ثوب البائع مثلا) اذا شرطه علی المشتری (موافق للکتاب بهذا المعنی) فانه لیس بمخالف، حیث انه لیس بمنهی عنه، و موافق، لانه قال: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ، مثلا.

ثم لا یخفی ان المصنف لا یحتاج الی تجشم التوفیق، بین الموافقهٔ و عدم المخالفهٔ، اذ بنائه علی ان المراد بالکتاب الاعم من الکتاب و السنهٔ.

و من المعلوم انه ذکر فی السنهٔ حکم کل شیء، فکل ما لیس بمخالف للسنهٔ موافق لها قطعا، و لیست السنهٔ کالقرآن بحیث لم یذکر فیها کثیر من الاحکام- بالنص-.

(ثم ان المتصف بمخالفهٔ الکتاب اما نفس المشروط و الملتزم)- بصیغهٔ المفعول- (ککون الاجنبی وارثا و عکسه) ای القریب لیس بوارث (و کون الحرّ او ولده) ای ولد الحر- کما لو باع الحر جاریته و شرط علی المشتری ان یکون ولدهما (رقّا) للبائع- (و ثبوت الولاء لغیر المعتق و نحو ذلک)

فان هذه الملتزمات مخالفهٔ للکتاب مع قطع النظر عن الالتزام بها فان من یلتزم عدم شرب الماء لم یفعل حراما، و ان کان الماء فی الاسلام حلال شربه، اما انقلاب الحرّ عبدا فقد حرمه الاسلام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۳

و اما ان یکون التزامه مثلا: مجرد عدم التسرّی و التزوج علی المرأهٔ لیس مخالفا للکتاب، و انما المخالف الالتزام به، فانه مخالف لإباحهٔ التسرّی و التزوج الثابتهٔ بالکتاب.

(و اما ان یکون) المخالف للکتاب (التزامه) و ان لم یکن نفس الملتزم حراما (مثلا: مجرد عدم التسرّی و) عدم (التزوج علی المرأهٔ) و هی الزوجهٔ السابقهٔ (لیس مخالفا للکتاب) اذ الکتاب اباح کلا من التسرّی و التزوج، فان شاء الانسان فعله و ان شاء ترکه (و انما المخالف) للکتاب (الالتزام به) بان یلتزم الانسان بنذر او شرط او ما اشبه، ان لا یتسرّی او لا یتزوج (فانه) ای الالتزام (مخالف لاباحهٔ

التسرّی و التزوج الثابتة) تلک الاباحة (بالکتاب).

ان قلت: مـا هو الفرق بین شـرب المـاء و بین التسـرّی، فان کلیهما مباح، و الحال انکم تقولون بجواز نـذر عـدم شـرب الماء فلما ذا لا تقولون بمثله فی التسرّی.

قلت: المباح علی قسمین، قسم فهمنا من الشارع انه لا یرید الا بقائه مباحا، و قسم لم نفهم من الشارع ذلک.

ففی القسم الاول لا مجال للادلة الثانویة، بل یبقی علی اباحته، و ان عرض علیه النذر او الشرط او ما اشبه.

و امّا القسم الثانی ففیه مجال للادلة الثانویة.

و التسری من القسم الاوّل حسب الدلیل، و شرب الماء من القسم الثانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۴

و قد یقال: ان التزام ترک المباح لا ینافی اباحته، فاشتراط ترک التزوج و التسری لا ینافی الکتاب، فینحصر المراد فی المعنی الاول.

و فیه ان ما ذکر لا یوجب الانحصار، فان التزام ترک المباح و ان لم یخالف الکتاب المبیـح له الا ان التزام فعل الحرام یخالف الکتاب المحرّم له، فیکفی هذا مصداقا لهذا المعنی.

(و قـد یقال: ان التزام ترک المباح لا ینافی اباحته) اذ الاباحـة حکم اوّلی، و الالتزام یکون بالحکم الثانوی کالنذر و الشـرط (فاشتراط ترک التزوج و) ترک (التسـرّی لاـ ینـافی الکتـاب، فینحصـر المراد) من مخالف الکتاب (فی المعنی الاول) و هو ما کان نفس الملتزم مخالفا للکتاب و لا معنی لکون الالتزام فی نفسه مخالفا للکتاب.

(و فیه ان مـا ذکر) ای ان التزام ترک المبـاح لیس مخالفـا للکتـاب فاللازم ان یکون المراد بمخالف الکتاب خاصا بما اذا کان الملتزم مخالفـا (لاـ یوجب الانحصار) فان اخراج التزام ترک المباح لا یحصـر مخالفـة الکتاب بما اذا کان الملتزم مخالفا، بل هناک فرد آخر یکون التزامه مخالفـا للکتـاب فیثبت مـا ذکرنا من ان مخالف الکتاب اما الملتزم، و اما الالتزام (فان التزام ترک المباح و ان لم یخالف الکتـاب المبیـح له) ای لـذاک المبـاح (الاـ ان التزام فعـل الحرام) کـان یلتزم الانسان بالنـذر او الشـرط ان یشـرب الخمر مثلا (یخالف الکتـاب المحرّم له) ای لـذلک الحرام، فالاـلتزام أیضا صار مخالفا للکتاب فی بعض الصور (فیکفی هـذا) القسم من الالتزام المخالف للکتاب (مصداقا لهذا المعنی) ای ما ذکرنا بقولنا: و اما ان یکون التزامه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۵

مع ان الروایة المتقدمة الدالة علی کون اشتراط ترک التزوج و التسـرّی مخالفا للکتاب مستشهدا علیه بما دلّ من الکتاب علی اباحتهما کالصریحة فی هذا المعنی.

و ما سیجیء من تأویل الروایة بعید.

مع ان قوله علیه السـلام فی روایـة اسحاق بن عمار: المؤمنون عند شـروطهم، الا شـرطا حرّم حلالا او احلّ حراما ظاهر، بل صریح فی فعل الشارط.

(مع ان الروایة المتقدمة الدالة علی کون اشتراط ترک التزوج، و) ترک (التسـری مخالفا للکتاب مستشـهدا) فی الروایة (علیه) ای علی انه مخالف للکتاب (بما دلّ من الکتاب علی اباحتهما) ای قوله تعالی:

فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ و قوله تعالی: أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ* (کالصـریحة فی هـذا المعنی) الّـذی ذکرناه، و هو ان الالتزام مخالف للکتاب، و ان لم یکن الملتزم مخالفا للکتاب.

(و مـا سیجیء من تأویـل الروایـة) بـان المراد ترتب الطلاـق علی هـذه الامور بـدون اجراء الصـیغة- و علیه فالملتزم خلاف الکتاب لا

الالتزام- (بعيد) لما سيجیء من انه خلاف استشهاد الامام بالآيات.

(مع ان قوله عليه السلام فی روایة اسحاق بن عمّار: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا حرّم حلالا، او احل حراما، ظاهر، بل صریح فی فعل الشارط) فليس المراد ان المشترط مخالف للكتاب، بل المراد ان الالتزام مخالف للكتاب فالاحلال و التحريم- الصادران من الشارط- مستثنيان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۶

فانه الّذی يرخص باشتراطه الحرام الشرعی و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعی، اذ المراد من التحريم و الاحلال ما هو من فعل الشارط، لا الشارع.

و اصرح من ذلك كله المرسل المروی فی الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة.

ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة

من قاعدة: المؤمنون عند شروطهم (فانه) ای الشارط هو (الّذی يرخص ب) سبب (اشتراطه الحرام الشرعی) «الحرام» مفعول «يرخص» (و) هو الّذی (يمنع ب) سبب (اشتراطه عن المباح الشرعی) ففعله حرام، و لا يشمله: المؤمنون عند شروطهم (اذ المراد من التحريم و الاحلال) فی قوله عليه السلام: حرّم حلالا- او احلّ حراما (ما هو من فعل الشارط، لا) من فعل (الشارع) فليس المراد ان الملتزم حرام، بل المراد الالتزام غير صحيح.

(و اصرح من ذلك كله) فی افادة انه قد يكون نفس الالتزام حراما (المرسل المروی فی الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه) ای من الشرط (كتاب او سنة) فانه صريح فی ان الشرط فی نفسه ممنوع بالكتاب و السنة، لا ان متعلق الشرط- ای الملتزم- فثبت ما ذكرناه من انه قد يكون الملتزم مخالفا و قد يكون الالتزام مخالفا، فظهر عدم تمامية ما تقدم من جملة: و قد يقال ان التزام ترك المباح الخ.

(ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة) الّذی يجب ان لا يكون الشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۷

الّذی يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط له هو ما ثبت علی وجه لا- يقبل تغيّره بالشرط لاجل تغيّر موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه.

مخالفا له، فان جملة: الشرط مخالف لحكم الكتاب تشتمل علی اربع كلمات و قد بيّنا ان المراد بالشرط هو الاعم من الالتزام و الملتزم، و بيّنا ان المراد بالمخالف و الموافق ما هو، و بيّنا المراد بالكتاب انه كل حكم الله تعالی بقی ان نبيّن المراد بالحكم.

فنقول المراد بحكم الكتاب و السنة (الّذی يعتبر عدم مخالفة المشروط)- ای الملتزم- (او نفس الاشتراط)- ای الالتزام- (له) ای لذلك الحكم (هو ما ثبت) فی الشرع (علی وجه لا يقبل تغيّره بالشرط) تغيّرا (لاجل تغيّر موضوعه بسبب الاشتراط) فانه ربما يتغيّر الحكم بسبب الشرط، بتغيّر موضوع الحكم بسبب الاشتراط.

مثلا: اذا شرط ان لا- يشرب الماء، فانه تغيّر حكم الماء و هو الاباحة بهذا الشرط، لتغيّر موضوع الاباحة، و هو بما هو هو بسبب الاشتراط لان الماء بما هو هو، غير الماء بما هو مشروط عدم شربه، فالاباحة هی الحكم الاول و التحريم هو الحكم الثانی.

(توضيح ذلك) و انه كيف يتغيّر الموضوع بالشرط، فيتبعه تغير الحكم (ان حكم الموضوع قد يثبت له) ای للموضوع (من حيث نفسه) ای نفس الموضوع (و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه) ای علی الموضوع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۸

و لازم ذلک من عدم التنافی بین ثبوت هذا الحکم و بین ثبوت حکم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلک الموضوع.

و مثـال ذلـک اغلب المباحات و المسـتحبات و المکروهات بل جمیعها، حیث ان تجویز الفعل و الترک انما هو من حیث ذات الفعل، فلاـ ینـافی طروّ عنوان یوجب المنع عن الفعـل او الترک کأکـل اللحم، فان الشـرع قـد دلّ علی اباحته فی نفسه بحیث لا ینافی عروض التحریم له اذا حلف علی ترکه أو أمر الوالد بترکه، او عروض الوجوب له اذا صار مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده

(و لازم ذلک) ای کون الحکم للموضوع (من) حیث نفسه (عـدم التنافی بین ثبوت هذا الحکم) الاول- کالاباحة للماء- (و بین ثبوت حکم آخر له) ای للموضوع (اذا فرض عروض عنوان آخر لذلک الموضوع) کعنوان ان الماء مشروط عدم شربه

(و مثـال ذلـک) الموضوع الثابت له الحکم من حیث نفسه (اغلب المباحات و المسـتحبات و المکروهات بل جمیعها حیث ان تجویز) الشارع (الفعل و الترک) بالتساوی، کما فی المباح، او مع ترجیح الفعل، کما فی المستحب او مع ترجیح الترک کما فی المکروه (انما هو من حیث ذات الفعـل) بمـا هو بـدون طروّ عنوان آخر ثانوی علیه (فلا ینافی) حکمه الاولی (طروّ عنوان) ثانوی علیه (یوجب المنع عن الفعل او الترک) کان ینـذر مثلا فعله فیجب، او ینـذر ترکه فیحرم (کأکل اللحم، فان الشرع قـد دلّ علی اباحته فی نفسه بحیث لا ینافی) حکمه بالإباحـة (عروض التحریم له) ای لاکل اللحم (اذا حلف علی ترکه، او امر الوالـد بترکه) او شـرط ترکه مثلا (او عروض الوجوب له) «او» عطف علی «عروض التحریم» (اذا صار مقدمة لواجب، او نذر فعله مع انعقاده)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۷۹

و قد یثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطاریة علیه.

و لـازم ذلـک حصول التنـافی بین ثبوت هـذا الحکم، و بین ثبوت حکم آخر له، و هـذا نظیر اغلب المحرمات و الواجبات فان الحکم بالمنع عن الفعل او الترک مطلق لا مقید بحیثیة تجرد الموضوع، الا عن بعض

ای انعقاد النذر، بان کان فعله راجحا اذ الشرط فی النذر رجحان متعلقه (و قد یثبت) الحکم (له) ای للموضوع، و هذا عطف علی قوله «قـد یثبت له من حیث نفسه» (لا مع تجرده) ای تجرد الموضوع (عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطاریة علیه) بل مطلقا سواء طرأ علیه عنوان، أم لا

(و لـازم ذلـک) الحکـم الثـابت للموضـوع مطلقـا (حصـول التنـافی بیـن ثبـوت هـذا الحکم) المطلـق (و بین ثبـوت حکم آخر له) ای للموضوع- ای حکم ثانوی- فحکمه الاولی و حکمه الثانوی متنافیان (و هذا نظیر اغلب المحرمات و الواجبات).

و انما قال اغلب، لان بعض هذه الاحکام تتغیر بالعنوان الثانوی مثل حرمة الاحرام قبل المیقات فانها تتغیر بالنذر، و مثل وجوب القصـر فی السـفر فـانه یتغیر بالجهـل (فـان الحکم بالمنع عن الفعل) فی الحرام کالخمر (او) بالمنع عن (الترک) فی الواجب کالصـیام (مطلق) سواء تعلق به النـذر و الشـرط و امر الوالـد، أم لاـ (لاـ مقیـد بحیثیـة تجرد الموضوع) فسواء کـان الموضوع مجردا، او طاریا علیه عنوان ثانوی- کالنذر- فان الخمر حرام، و الصیام واجب (الا) استثناء عن «مطلق» (عن بعض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۰

العنوانات، کالضـرر و الحرج فاذا فرض ورود حکم آخر من غیر جهـة الحرج و الضـرر فلا بـد من وقوع التعارض بین دلیلی الحکمین فیعمل بالراجح بنفسه

العنوانات، کالضـرر و الحرج) فان الحکم مقید بعد مهما، فاذا صار الموضوع ضـرریا بان مات اذا لم یشـرب الخمر، او اذا صام- مثلا-

ارتفع التحریم و الوجوب.

و علی هذا فالاحکام علی أربعة اقسام:

الاول: ما هو مطلق- بقول مطلق- کوجوب الاعتقاد بالله تعالی.

الثانی: ما هو مطلق حتی بالنسبة الی الضرر و الحرج، کالجهاد و اعطاء الخمس فان الضرر و الحرج لا یرفعهما.

الثالث: ما هو مطلق- الا اذا کان ضررا او حرجا- کتحریم الخمر و وجوب الصیام.

الرابع: ما هو مقید بعدم طروّ عنوان ثانوی علیه، کالاحکام الثلاثة المستحب و المکروه و المباح، فانه اذا طرأ علیها النذر او الشرط یرتفع الحکم (فاذا فرض ورود حکم آخر) من جهة النذر و الشرط فی الواجبات و المحرمات (من غیر جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بین دلیلی الحکمین) و هو دلیل «کُتِبَ عَلَیْکُمُ الصِّیامُ» و دلیل «یُوفُونَ بِالنَّذْرِ» فالاول یقول: صم، و الثانی یقول: لا تصم.

اما اذا کان من جهة الضرر فقد عرفت ان دلیل الضرر مقدم علیه، لان دلیل الضرر ناظر الی الاحکام الاوّلیة (فیعمل بالراجح بنفسه) کدلیل الصیام المقدم علی دلیل نذر عدم الصوم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۱

او بالخارج.

اذا عرفت هذا فنقول: الشرط اذا ورد علی ما کان من قبیل الاوّل، لم یکن الالتزام بذلک مخالفا للکتاب، اذ المفروض انه لا تنافی بین حکم ذلک الشیء فی الکتاب و السنة، و بین دلیل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به، و اذا ورد علی ما کان من قبیل الثانی کان التزامه مخالفا للکتاب و السنة.

و لکن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبیل الاوّل کترک التزوج

(او بالخارج) کدلیل نذر الاحرام من غیر المیقات الراجح علی دلیل وجوب الاحرام من المیقات.

(اذا عرفت هذا فنقول: الشرط اذا ورد علی ما کان من قبیل الاوّل) الّذی ثبت له الحکم من حیث هو هو، کالاحکام الثلاثة اللّااقتضائیة (لم یکن الالتزام بذلک) الشرط (مخالفا للکتاب، اذ المفروض) من عدم اقتضائیة الحکم (انه لا تنافی بین حکم ذلک الشیء فی الکتاب و السنة، و بین دلیل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به) ای بمضمون: المؤمنون عند شروطهم، بل الحکم الاول یخلی مکانه للحکم الجدید (و اذا ورد) الشرط (علی ما کان من قبیل الثانی) ای من قبیل الاحکام الاقتضائیة کالواجب و الحرام (کان التزامه) ای التزام الشرط (مخالفا للکتاب و السنة) و لذا فالشرط باطل.

(و لکن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبیل الاوّل) و ان الشرط باطل، و ان کان واردا علی المورد اللااقتضائی (کترک التزوّج

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۲

و ترک التسرّی، فانهما مباحان من حیث انفسهما، فلا ینافی ذلک لزومها بواسطة العنوانات الخارجة، کالحلف و الشرط و امر السیّد و الوالد.

و حینئذ فیحب اما جعل ذلک الخبر کاشفا عن کون ترک الفعلین فی نظر الشارع من الجائز الّذی لا یقبل اللزوم بالشرط و ان کان فی انظارنا نظیر ترک اکل اللحم و التمر و غیرهما من المباحات القابلة لطروّ عنوان التحریم.

و ترک التسرّی، فانهما) ای التزوّج و التسرّی (مباحان من حیث انفسهما) فاللازم تقدم الشرط علیهما، و مع ذلک قدمهما الامام علیه السلام علی الشرط، و ابطل حکم الشرط (فلا ینافی ذلک) ای کونهما مباحان (لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، کالحلف و

الشرط و امر السیّد و الوالد) و النذر و العهد، فکیف قال الامام علیه السلام ببطلان الشرط.

(و حینئذ) ای حین ورد الخبر ببطلان الشرط (فیجب اما جعل ذلک الخبر) الدال علی بطلان الشرط (کاشفا عن کون ترک الفعلین) و هما التزوّج و التسرّی (فی نظر الشارع من الجائز الّذی لا یقبل اللزوم بالشرط) بان اراد الشارع بقائهما جائزا، فشرط عدمهما- المخرج من الجواز الی التحریم- خلاف إرادة الشارع (و ان کان فی انظارنا) لو لا الخبر (نظیر ترک اکل اللحم و التمر و غیرهما من المباحات القابلة لطروّ) ای عروض (عنوان التحریم) فالخبر جاء لرفع هذا الاشتباه، و حینئذ یکون المباح تارة قابلا لطروّ عنوان ثانوی، و تارة غیر قابل لطروّ عنوان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۳

لکن یبعده استشهاد الامام لبطلان تلک الشروط باباحة ذلک فی القرآن، و هو فی معنی اعطاء الضابطة لبطلان الشروط.

و اما الحمل علی ان هذه الافعال مما لا یجوز تعلق وقوع الطلاق علیها، و انها لا توجب الطلاق کما فعله الشارط، فالمخالف للکتاب هو ترتب طلاق المرأة، اذ الکتاب دال علی اباحتها،

ثانوی.

(لکن یبعده) ای یبعد ان یکون لهذین خصوصیة بل ظاهر الخبر انّ کل مباح کذلک.

و ذلک ل (استشهاد الامام لبطلان تلک الشروط باباحة ذلک فی القرآن) فالشرط باطل، لانه مباح، لا لانه قسم خاص من المباح (و هو) ای تعلیل الامام للبطلان، بانه مذکور فی القرآن (فی معنی اعطاء الضابطة لبطلان الشروط) و ان کل ما ذکر فی القرآن و لو کان حکما مباحا لا یمکن رفعه بالشرط و نحوه من الاحکام الثانویة.

(و اما الحمل علی) ان السائل سئل هل انه یقع الطلاق بمجرد مخالفة الزوج للشرط؟- بدون اجراء صیغة الطلاق- فاجاب الامام: علی (ان هذه الافعال) و هی: التزوج و التسری و الهجران (مما لا یجوز تعلق وقوع الطلاق علیها، و انها) ای هذه الافعال (لا توجب الطلاق کما فعله الشارط) ای انه ان فعل احد هذه الافعال فبمجرد الفعل هی طالق- بدون اجراء الصیغة- (فالمخالف للکتاب هو ترتب طلاق المرأة) علی تلک الافعال (اذ الکتاب دال علی اباحتها) ای إباحة تلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۴

و انها مما لا یترتب علیه حرج، و لو من حیث خروج المرأة بها عن زوجیة الرجل.

و یشهد لهذا الحمل- و ان بعد- بعض الاخبار الظاهرة فی وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل روایة منصور بن یونس، قال قلت لابی الحسن علیه السلام: ان شریکا لی کان تحته امرأة، فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها فقالت له المرأة: لا و الله، لا اتزوجک ابدا حتی یجعل الله لی علیک ان لا تطلقنی و لا تتزوج علی، قال: و قد فعل، قلت: نعم،

الافعال (و انها مما لا یترتب علیه حرج، و لو) کان الحرج (من حیث خروج المرأة بها عن زوجیة الرجل).

و الحاصل ان الکتاب المجوز لهذه الامور له اطلاق بانها جائزة، سواء شرطت الخروج بها عن زوجیة الرجل أم لا.

(و یشهد لهذا الحمل- و ان بعد-) و انما بعد لظهور ان سبب بطلان الشرط هو کونها مباحات فی الکتاب و (بعض الاخبار الظاهرة فی وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام) مما ینافی تلک الاخبار الدالة علی عدم لزوم الوفاء (مثل روایة منصور بن یونس، قال قلت لابی الحسن علیه السلام: ان شریکا لی کان تحته امرأة، فطلقها فبانت منه) ای انقضت عدتها (فاراد مراجعتها) بانکاح الجدید (فقالت له المرأة: لا و الله، لا اتزوجک ابدا حتی یجعل الله لی علیک ان لا تطلقنی و لا تتزوج علی) فهل هذا الشرط صحیح؟ (قال) علیه السلام (و) هل (قد فعل، قلت: نعم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۵

جعلنى الله فداك قال: بئسما صنع، ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار، ثم قال: اما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المسلمون عند شروطهم، فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على إرادة عدم سببيته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل.

ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين، و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

جعلنى الله فداك قال) عليه السلام (بئسما صنع، ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار) من إرادة طلاقها او تزوّج امرأة عليها (ثم قال:

اما الآن) و قد اشترط لها (فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فان رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: المسلمون عند شروطهم، ف) بحكم هذه الرواية (يمكن حمل رواية محمد بن قيس) الدالة على بطلان مثل هذا الشرط (على إرادة عدم سببيته) اى سببيّة هذا العمل (للطلاق بحكم الشرط) لا ان الشرط فى نفسه باطل، لانه مخالف لحكم مباح.

و الحاصل ان الشرط لا يجعل هذه الامور موجبا للطلاق بدون الصيغة و ذلك للجمع بين هذين الخبرين (فتأمل) حيث ان ظاهر استدلال الامام عليه السلام فى رواية محمد بن قيس ان إباحة هذه الامور فى القرآن الحكيم هى سبب بطلان الشرط.

(ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين) قسم يرد عليه الشرط فاللازم تنفيذ الشرط، و قسم يبقى الحكم على حاله، فيبطل الشرط (و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۶

القسم الثانى، لا الاول، و انما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات.

منها: كون من احد ابويه حرّ رقا، فان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقّية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد- ينعقد لو خلّى و طبعه- تابعا لاشرف الابوين، فلا ينافى جعله رقّا بالشرط فى ضمن عقد، و ان يراد به ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقّا، فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة

القسم الثانى، لا) القسم (الاول) فانه ليس مخالفا للكتاب (و انما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات) و هل انها من القسم الاول حتى ينفذ الشرط فيه؟ أم من القسم الثانى حتى لا ينفذ الشرط فيه؟.

(منها: كون من احد ابويه حرّ رقا) كما اذا زوج المولى جاريته لحرّ بشرط ان يكون ولدهما رقا للمولى، او بالعكس (فان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقيّة ولد الحرّ بنفسه) حتى يكون هذا الحكم من قبيل إباحة شرب الماء، مما يمكن ان يزحزحه الشرط (بمعنى ان الولد- ينعقد لو خلّى و طبعه-) بدون الشرط (تابعا لاشرف الابوين فلا ينافى جعله رقّا بالشرط) الكائن ذلك الشرط (فى ضمن عقد) لان الشرط انما يكون لازم الوفاء اذا كان فى ضمن العقد- كما تقدم- (و ان يراد به ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقّا) من قبيل اشتراط شرب الخمر (فاشتراطه) اى الرقية (اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۷

الدالين على هذا الحكم.

و منها: إرث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة او عقد آخر، أم لا؟ فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر و عدم مشروعية اشتراط إرث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ

الدالین علی هذا الحکم) ای حکم عدم رقیة ولد الحرّ و ان کان الحرّ احد الابوین فقط فاللازم ان نری ان الشارع رجح ایّهما.

(و منها: إرث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط فی ضمن عقد المتعة او عقد آخر، أم لا)

و بعد الاتفاق علی انه لا یمکن اسقاط الوارث الشرعی عن الارث بواسطة الشرط کان یبیع الأب لولده دار او یشترط علیه فی ضمن العقد ان لا یرثه (فان الظاهر الاتفاق علی عدم مشروعیة اشتراطه) ای اشتراط إرث المتعة (فی ضمن عقد آخر) ای عقد بیع او شبهه (و عدم مشروعیة اشتراط إرث اجنبی آخر فی ضمن عقد مطلقا) سواء کان ذلک العقد متعة أم لا، کان یشترط إرث اجنبی فی ضمن عقد بیع، او ضمن عقد متعة علی امرأة، و المراد بالاجنبی من لا یرث و لو کان قریبا، و انما لا یرث لان فیه موانع الارث کالرقیة او لوجود من هو اقرب منه، و منه اشتراط زیادة الارث کان یشترط ان یرث کل بنت بمقدار الولد، کما ان اشتراط إرث المتعة علی القول بصحته انما هو فیما اذا بقیت تحت جعالته الی حین الموت، اما اذا انقضی وقتها او وهبها فلا ترث (فیشکل الفرق حینئذ) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۸

بین افراد غیر الوارث، و بین افراد العقود.

و جعل ما حکموا بجوازه مطلقا مطابقا للکتاب و ما منعوا عنه مخالفا الا ان یدعی ان هذا الاشتراط مخالف للکتاب الا فی هذا المورد، او ان الشرط المخالف للکتاب ممنوع

حین قلنا بانها ترث بالشرط فی ضمن عقد المتعة- ان کان الدلیل لذلک عموم: المؤمنون عند شروطهم- (بین افراد غیر الوارث) فلما ذا ترث المتعة بالشرط دون سائر الاجانب (و بین افراد العقود) فلما ذا ترث اذا شرط فی ضمن عقد المتعة دون سائر العقود کالبیع و نحوه.

(و) یشکل (جعل ما حکموا بجوازه) من إرث المتمتع بها عند الشرط فی ضمن عقد المتعة (مطلقا) ای نافذا بمعنی انه لم یمنع عنه مانع (مطابقا للکتاب) الّذی یقول: وَ الَّذِینَ هُمْ لِأَمٰانٰاتِهِمْ وَ عَهْدِهِمْ رٰاعُونَ* فان الشرط نوع من العهد (و ما منعوا عنه) من عدم إرث سائر الاجانب بالشرط، و عدم إرث المتعة بالشرط فی ضمن سائر العقود (مخالفا) للکتاب الّذی یقول: وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلیٰ بِبَعْضٍ*.

و انما یشکل الفرق لان دلیل الشرط ان کان مقدما علی الکتاب قدم فیهما و ان کان الکتاب مقدما سقط الشرط فیهما، فالتفصیل لا وجه له.

(الا ان یدعی) فی وجه الفرق (ان هذا الاشتراط) ای اشتراط إرث المتعة (مخالف للکتاب الا فی هذا المورد) فلیس مخالفا له، لانه اخص مطلقا فیثبت بالخبر الدال علی ان المتعة ترث کما تخصص عمومات الکتاب بالاخبار التی هی حجة (او ان الشرط المخالف للکتاب ممنوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۸۹

الا فی هذا المورد.

و لکن عرفت وهن الثانی، و الاول یحتاج الی تأمل.

و منها: انهم اتفقوا علی جواز اشتراط الضمان فی العاریة و اشتهر عدم جوازه فی عقد الاجارة

الا فی هذا المورد) فانه و ان کان مخالفا للکتاب الا ان الشارع قدم المخالف، و هذا تخصیص لقوله علیه السلام «کل شرط خالف کتاب الله فهو مردود» فقولنا «الشرط المخالف مردود» له فی المقام جوابان- علی سبیل منع الخلو-.

الاول: ان هذا الشرط لیس مخالفا.

الثانی: انه مخالف و لکنه لیس بمردود.

(و لکن عرفت) عند قولنا فی اوّل المسألة «لکنه مما لا یرتاب فی ضعفه» (وهن الثانی) لانه اذا کان مخالفا للکتاب فلا یمکن نفوذه (و الاول یحتاج الی تأمل) فکیف یکون هذا الشرط لیس مخالفا مع ان مثله- من إرث الاجنبی او إرث المتعة فی ضمن عقد غیر المتعة- مخالف، فاما ان نقول بمخالفتهما او بعدم مخالفتهما.

(و منها: انهم اتفقوا علی جواز اشتراط الضمان فی العاریة) فاذا اعطی شیئا عاریة- فالاصل فیه عدم ضمان المستعیر، اذا تلف بدون تعد او تفریط-، لان المستعیر امین، و لیس علی الامین الا الیمین.

اما اذا شرط صح الشرط، لان المؤمنین عند شروطهم (و) الحال انه (اشتهر عدم جوازه فی عقد الاجارة) لانه لیس علی الامین الا الیمین، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۰

فیشکل ان مقتضی ادلة عدم ضمان الامین عدم ضمانه فی نفسه من غیر اقدام علیه بحیث لا ینافی اقدامه علی الضمان من اوّل الامر، او عدم مشروعیة ضمانه و تضمینه و لو بالاسباب، کالشرط فی ضمن عقد تلک الامانة او غیر ذلک.

و منها: اشتراط ان لا یخرج بالزوجة الی بلد آخر فانهم اختلفوا فی جوازه

المستأجر امین، فالشرط خلاف ما کتبه الله و بیّنه اولیائه علیهم السلام (فیشکل) الفرق بین البابین، بل اللازم ان نقول باستواء البابین اما بالضمان فیهما اذا شرط الضمان، و اما بعدم الضمان فیهما و ان شرط.

ف (ان مقتضی ادلة عدم ضمان الامین) اما (عدم ضمانه فی نفسه من غیر اقدام علیه) ای ان عدم الضمان انما هو فی صورة عدم اقدام الامین علی الضمان (بحیث لا ینافی) دلیل عدم الضمان (اقدامه علی الضمان) بواسطة الشرط (من اوّل الامر) حین العقد، و علیه فاللازم القول بضمان الامین فی بابی الاجارة و العاریة- اذا شرط- (او عدم مشروعیة ضمانه) ای ضمان الامین (و تضمینه) ای تضمین الموجر و المستعیر (و لو) تضمینا (بالاسباب، کالشرط فی ضمن عقد تلک الامانة) و الاجارة (او غیر ذلک) من سائر الاسباب، کالنذر و العهد علی الضمان، و علیه فاللازم القول بعدم ضمانهما، فالفرق بینهما مما لا وجه له.

(و منها: اشتراط) الزوجة علی الزوج فی ضمن عقد النکاح (ان لا یخرج بالزوجة الی بلد آخر) او یکون بیدها اختیار السکنی (فانهم اختلفوا فی جوازه) و منعه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۱

و الاشهر علی الجواز.

و جماعة علی المنع من جهة مخالفته للشرع من حیث وجوب اطاعة الزوج و کون مسکن الزوجة و منزلها باختیاره.

و اورد علیهم بعض المجوزین بان هذا جار فی جمیع الشروط السائغة من حیث ان الشرط ملزم لما لیس بلازم فعلا او ترکا.

(و الا شهر علی الجواز) لانه مقتضی: المؤمنون عند شروطهم.

(و جماعة علی المنع من جهة مخالفته للشرع من حیث وجوب اطاعة الزوج) و الشرط لا یرفع الحکم الواجب، کما لا یرفع وجوب الصلاة (و) من حیث (کون مسکن الزوجة و منزلها باختیاره) و الاحکام الوضعیة لا ترفع بالشرط، کما لا ترفع بالشرط الحریة و الرقیة و الزوجیة الاجنبیة- بان تصبح الاجنبیة زوجة بالشرط مثلا-.

(و اورد علیهم بعض المجوزین بان هذا) الاشکال الّذی ذکرتموه (جار فی جمیع الشروط السائغة من حیث ان الشرط ملزم)- بالکسر- (لما لیس بلازم فعلا- او ترکا) ای الزام فعل او الزام ترک، و هناک فرق بین وجوب الصلاة و بین حق الزوج، فحقه قابل للاسقاط،

کما قال علیه السلام فی مثل ذلک: لم یعص الله و انما عصی سیّده، فاذا اجاز جاز

و الاحکام الوضعیة علی قسمین، فما کان من حق الله تعالی لیس بقابل لان یرفع بالشرط، اما اذا کان من قبیل حق الانسان فهو قابل لذلک، کما قبل ان تسقط الزوجة نفقتها او قسمها مع انهما حکمان وضعیان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۲

و بالجملة فموارد الاشکال فی تمیز الحکم الشرعی القابل لتغیّره بالشرط بسبب تغیّر عنوانه عن غیر القابل کثیرة یظهر للمتتبع، فینبغی للمجتهد ملاحظة الکتاب و السنة الدالین علی الحکم الّذی یراد تغیّره بالشرط، و التأمل فیه حتی یحصل له التمیز و یعرف ان المشروط من قبیل ثبوت الولاء لغیر المعتق المنافی لقوله صلی الله علیه و آله: الولاء لمن اعتق، او من قبیل ثبوت الخیار للمتبایعین غیر المنافی لقوله علیه السلام: اذا افترقا وجب البیع، او عدمه لهما فی المجلس مع قوله علیه السلام: البیّعان بالخیار ما لم یفترقا

(و بالجملة فموارد الاشکال فی تمیز الحکم الشرعی القابل لتغیّره بالشرط بسبب تغیّر عنوانه) و تغیر العنوان یکون بانضمام الشرط إلیه فالحکم الاولی کذا، و الحکم بعد انضمام الشرط إلیه کذا (عن غیر القابل) متعلق ب «تمیز» (کثیرة یظهر للمتتبع، فینبغی للمجتهد ملاحظة الکتاب و السنة الدالین علی الحکم الّذی یراد تغیّره بالشرط، و التأمل فیه) ای فی ذلک الحکم (حتی یحصل له التمیز، و یعرف ان المشروط من قبیل ثبوت الولاء لغیر المعتق المنافی لقوله صلی الله علیه و آله: الولاء لمن اعتق) فلا یجوز (او من قبیل ثبوت الخیار للمتبایعین غیر المنافی لقوله علیه السلام: اذا افترقا وجب البیع) فیما یرید اثبات الخیار لاحدهما بعد الافتراق، و هو ما یسمی بخیار الشرط (او) من قبیل (عدمه) ای عدم الخیار (لهما فی المجلس) فیما اذا شرط ضمن العقد عدم الخیار لهما فی المجلس (مع) وجود (قوله علیه السلام: البیّعان بالخیار ما لم یفترقا)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۳

الی غیر ذلک من الموارد المتشابهة صورة، المخالفة حکما، فان لم یحصل له بنی علی اصالة عدم المخالفة فیرجع الی عموم: المؤمنون عند شروطهم و

المقتضی لخیار المجلس، فاذا تمیز ان مورده من ایّ القسمین، ظهر انه یصح فیه الشرط او لا یصح فیه الشرط (الی غیر ذلک من الموارد المتشابهة صورة، المخالفة حکما) فان قبل المجلس و بعد المجلس متشابهة من حیث ان العقد قدتم، لکن لهما حکمان مختلفان لوجود الخیار فی المجلس و عدمه فی خارج المجلس.

و کیف کان فان حصل له تمیز و ان المورد من ایّ القسمین، القسم القابل للشرط او القسم الّذی لا یقبل الشرط فهو، و الّا (فان لم یحصل له) التمیز و وقع فی الشک (بنی علی اصالة عدم المخالفة) ای عدم مخالفة الشرط لدلیل ذلک الحکم الّذی یراد رفعه بالشرط (فیرجع الی عموم:

المؤمنون عند شروطهم) و یقول بصحة الشرط.

و الحاصل ان دلیل: المؤمنون، شامل لکل شرط الا ما کان مخالفا فاذا لم نعلم المخالفة فعموم المؤمنون محکّم، فتأمّل.

(و) ان قلت: الخارج من عموم: المؤمنون، ما کان مخالفا واقعا، و عدم العلم بالمخالفة- و هو ظرف جریان اصالة عدم المخالفة- لا یحقق عدم المخالفة واقعا، فکیف یکون مجری لعموم: المؤمنون.

و بعبارة اخری، المؤمنون عند شروطهم یجری فی ظرف عدم المخالفة واقعا، لا فی ظرف عدم العلم بالمخالفة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۴

الخارج عن هذا العموم و ان کان هو المخالف واقعا للکتاب و السنة، لا ما علم مخالفته الا ان البناء علی اصالة عدم المخالفة یکفی

فی احراز عدمها واقعا کما فی سائر مجاری الاصول.

و مرجع هذا الاصول الی اصالة عدم ثبوت هذا الحکم علی وجه لا یقبل تغیّره بالشرط.

قلت: (الخارج عن هـذا العموم) ای عموم: المؤمنون عند شروطهم (و ان کان هو المخالف واقعا للکتاب و السنة) علمنا به أم لم نعلم (لا ما علم مخالفته) فان العلم و الجهل لا مدخلیة لهما فی الاحکام الاوّلیة (الا ان البناء علی اصالة عدم المخالفة) التی ذکرناها (یکفی فی احراز عدمها) ای عدم المخالفة (واقعا) قید ل «عدمها» (کما فی سائر مجاری الاصول) فان الاصل ینزل الشیء منزلة الواقع فیترتب علیه حکم الواقع.

مثلا: الصلاة مشروطة بالطهارة الواقعیة، فاذا شککنا فی الطهارة، و کان هناک استصحاب الطهارة، کفی الاستصحاب فی احراز الطهارة، و صح اتیان الصلاة بهذه الطهارة المستصحبة- لانها نازلة شرعا منزلة الطهارة الواقعیة-.

(و مرجع هذا الاصل) ای اصالة عدم المخالفة (الی اصالة عدم ثبوت هذا الحکم) الّذی نرید رفعه بالاصل- کحکم کون السکنی بید الرجل- (علی وجه لا یقبل تغیّره بالشرط) فاذا شککنا فی ان حکم السکنی بید الرجل هل هو ثابت علی کل تقدیر، او علی تقدیر عدم الشرط فقط کان المتیقن انه ثابت علی تقدیر عدم الشرط، فاذا جاء الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۵

مثلا: نقول: ان الاصل عدم ثبوت الحکم بتسلط الزوج علی الزوجة من حیث المسکن، لا من حیث هو لو خلّی و طبعه و لم یثبت فی صورة الزام الزوج علی نفسه بعض خصوصیات المسکن.

لکن هـذا الاصل انما ینفع بعد عدم ظهور الدلیل الدال علی الحکم فی اطلاقه بحیث یشمل صورة الاشتراط کما فی اکثر الادلة المتضمنة للاحکام المتضمنة للرخصة و التسلیط

ارتفع الحکم و صار السکنی بید الزوجة حسب الشرط.

(مثلا: نقول: ان الاصل عدم ثبوت الحکم بتسلط الزوج علی الزوجة من حیث المسکن) ای لیس تسلطه تسلطا مطلقا، فان الثابت من تسلّطه هو التسلط فی الجملة (لا من حیث هو) بدون الشرط (لو خلّی و طبعه) هذا التسلط (و لم یثبت فی صورة الزام الزوج علی نفسه بعض خصوصیات المسکن) بان یکون البلد او المسکن الخاص بید الزوجة.

(لکن هـذا الاصل انما ینفع) حتی یکون مسرحا للشرط (بعد عدم ظهور الدلیل الدال علی الحکم فی اطلاقه) «فی» متعلق ب «ظهور» اطلاقا (بحیث یشمل صورة الاشتراط).

فاذا کان دلیل المسکن مطلقا اطلاقا یشمل صورة وجود الشرط أیضا فلا یبقی مجال للشرط (کما فی اکثر الادلة المتضمنة للاحکام المتضمنة للرخصة) فی الشیء (و التسلیط) علی الشیء، فانها غیر ظاهرة فی الاطلاق، فقوله «کما» بیان لقوله «عدم ظهور».

فالادلة التی تقول ان الرجل مرخص فی تهیئة ایّ اکل او لباس او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۶

فان الظاهر سوقها فی مقام بیان حکم الشیء من حیث هو، الّذی لا ینافی طروّ خلافه لملزم شرعی، کالنذر و شبهه من حقوق الله، و الشرط و شبهه من حقوق الناس.

اما ما کان ظاهره العموم کقوله: لا یملک ولد حرّ، فلا مجری فیه لهذا الاصل.

ثم ان بعض مشایخنا المعاصرین بعد ما خصّ الشرط المخالف للکتاب

مسكن او ما اشبه لزوجته ليس لها اطلاق (فان الظاهر سوقها) اى تلك الادلة (فى مقام بيان حكم الشيء من حيث هو، الّذى لا ينافى طروّ خلافه لملزم شرعى) ثانوى (كالنذر و شبهه) من العهد و اليمين (من حقوق الله و) ك (الشرط و شبهه) من امر الأب و السيد (من حقوق الناس) فاذا طرأ الخلاف ارتفع الحكم الاوّلى.

(اما ما كان ظاهره العموم) بمعنى ان له قوة فى العموم بحيث يطارد كل حكم ثانوى و الا فالقسم الاول أيضا له عموم كما لا يخفى، منتهى الامر لم يكن عمومه بهذه القوة (كقوله: لا يملك ولد حرّ، فلا مجرى فيه لهذا الاصل) اى اصالة عدم المخالفة.

فاذا زوّج الأب ابنته لشخص، و كلاهما حران، و اشترط عليه ان يكون ولده رقّا بطل الشرط- كما لا يخفى- فالمهمّ ان يعرف قوة العموم من القرائن الخارجية، و الّا جرى الاصل.

(ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين) و هو النراقى فى عوائده (بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۷

الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب و ان التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار ذكر ان المتعيّن فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل، و ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات

الممنوع عنه فى الاخبار) حيث قال عليه السلام: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود (بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب) «بما» متعلق ب (خصّ) و لم يذكر ما اذا كان الالتزام مخالفا، اذ قد عرفت سابقا ان المخالف على قسمين، الاول ما كان الملتزم مخالفا و الثانى ما كان الالتزام مخالفا (و) بعد ان ذكر (ان التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او) ترك (الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار) فان الالتزام ليس مخالفا للكتاب، سواء كان متعلق الالتزام حكما لا اقتضائيا كالمباح، او حكما اقتضائيا كالواجب و الحرام (ذكر ان المتعيّن فى هذه الموارد)- التى التزم فيها المشروط عليه بفعل شيء او ترك شيء- الخارجة عن مدلول الاخبار اعنى التزام فعل المباح الخ (ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل) مع قطع النظر عن الشرط (و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط) اى المؤمنون عند شروطهم (و يرجع الى المرجحات) فى مورد الاجتماع.

فاذا ورد: لا تشرب الخمر، ورد: المؤمنون عند شروطهم، كان بينهما عموم من وجه، لان الشرط يشمل غير هذا الشرط أيضا، كما ان لا تشرب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۸

و ذكر ان المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع.

قال: و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الاصول.

و فيه من الضعف ما لا يخفى.

مع ان اللازم على ذلك

يشمل غير مورد الشرط.

فاذا شرط شرب الخمر تعارض الدليلان فى مورد الاجتماع، فاللازم الرجوع الى المرجحات الخارجية (و ذكر ان المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع) الّذى يقول بحرمة شرب الخمر حتى مع الشرط

(قال) النراقى (و ما لم يكن فيه مرجح) مثل ما اذا اشترط إرث المتعة حيث يعارض «أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى»* مع «المؤمنون عند شروطهم»

(یعمل فیه بالقواعد و الاصول) و ان لم تکن قاعدهٔ و اصل فرضا کان من قبیل الدلیلین المتعارضین فاللازم اعمال قواعد التعادل و الترجیح.

(و فیه من الضعف ما لا یخفی).

أولا: لما عرفت من ان ما دل علی عدم نفوذ مخالف الکتاب اعم مما کان الملتزم مخالفا، او کان الالتزام مخالفا.

و ثانیا: ضرورهٔ ان دلیل: المؤمنون عند شروطهم، لا یشمل مثل شرب الخمر و الزنا و اکل الربا، فایقاع التعارض بینها لا یلیق بالفقیه فکیف بمثل النراقی الّذی حاز قصب السبق فی العلم و الفضیلهٔ.

(مع) انه یرد علیه ثالثا (ان اللازم علی ذلک) الّذی ذکره من کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۱۹۹

الحکم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحته فی جمیع موارد عدم الترجیح لان الشرط ان کان فعلا یجوز ترکه کان اللازم مع تعارض ادلهٔ وجوب الوفاء بالشرط و ادلهٔ جواز ترک ذلک الفعل مع فقد المرجح الرجوع الی اصالهٔ عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا یلزم، بل لا یصح.

المرجع- اذا لم یکن مرجح فی البین- هو القواعد و الاصول (الحکم بعدم لزوم الشرط) اذا کان الشرط الفاسد لا یوجب فساد العقد (بل عدم صحته) اصلا اذا قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (فی جمیع موارد عدم الترجیح) بخلاف ما یظهر من النراقی من بقاء الشرط علی حاله فتأمل.

و انما قلنا ان اللازم علی ذلک عدم لزوم الشروط او عدم صحته (لان الشرط ان کان) متعلقه (فعلا یجوز ترکه) مثل شرط طلاق الزوجهٔ فانه فعل یجوز ترکه، فی نفسه، مع قطع النظر عن الشرط (کان اللازم مع تعارض ادلهٔ وجوب الوفاء بالشرط) مثل: المؤمنون عند شروطهم (و ادلهٔ جواز ترک ذلک الفعل) فیما اذا نکحها بشرط ان یطلقها اذا شاءت فانه یقع التعارض بین:

المؤمنون عند شروطهم، المقتضی للطلاق اذا شاءت، و بین: الطلاق بید من اخذ بالساق، المقتضی لجواز ان یترک الزوج الطلاق، حتی اذا شاءت هی الطلاق (مع فقد المرجح) لاحدهما علی الآخر (الرجوع الی اصالهٔ عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا یلزم) الشرط، ان قلنا ببقاء العقد لان الشرط الفاسد لیس بمفسد (بل لا یصح) ان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد، فانه اذا بطل العقد بطل الشرط بطریق اولی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۰

و ان کان فعل محرم او ترک واجب لزم الرجوع الی اصالهٔ بقاء الوجوب و التحریم الثابتین قبل الاشتراط.

فالتحقیق ما ذکرنا من ان من الاحکام المذکورهٔ فی الکتاب و السنهٔ ما یقبل التغییر بالشرط لتغییر عنوانه کاکثر ما ترخص فی فعله و ترکه، و منها ما لا یقبله

(و ان کان) الشرط متعلقه (فعل محرم او ترک واجب) کما اذا شرط شرب الافیون او ترک الانفاق علی زوجته، فانه یتعارض دلیل الشرط و دلیل وجوب ذلک الواجب، و حرمهٔ ذلک المحرم، فیتساقطان و (لزم الرجوع الی اصالهٔ بقاء الوجوب و التحریم الثابتین قبل الاشتراط).

و اذا ردّ کلام النراقی لورود الاشکالات الثلاثهٔ علیه.

(فالتحقیق ما ذکرنا من) انه لا تتعارض ادلهٔ الاحکام، و ادلهٔ الشرط اصلا، بل اذا جری دلیل الشرط انسحب دلیل الحکم، و اذا جری دلیل الحکم انسحب دلیل الشرط.

فحاصل ما ذكرناه (ان من الاحكام المذكورة فى الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه) فان ذلك عنوان الحكم لو خلى و طبعه.

فاذا لحقه شرط او نذر او ما اشبه خرج عن كونه لو خلى و طبعه فتبدل حكم ذلك الموضوع على وفق الشرط ايجابا او تحريما (كاكثر ما ترخص فى فعله و تركه) مع التساوى كالمباح او مع ترجيح الفعل كالمستحب، او مع ترجيح الترك كالمكروه.

و انما قال «كاكثر» لان بعض المرخصات لا يغيرها الشرط، كما قال بعضهم فى اشتراط عدم التسرّى (و منها ما لا يقبله) اى لا يقبل التغيير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۱

كالتحريم و كثير من موارد الوجوب.

و ادلة الشروط حاكمة على القسم الاول، دون الثانى فان اشتراطه مخالف لكتاب اللّه كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك.

و قد تفطن قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى، و ان الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفطن

بالشرط (كالتحريم و كثير من موارد الوجوب) فان الشرط لا يتمكن من إباحة حرمة شرب الخمر و الزنا، كما لا يتمكن من اسقاط الصلاة و الصيام و الحج عن وجوبها.

و انما قال «كثير» لان بعض موارد الوجوب يسقط عن وجوبه بواسطة الشرط مثل اشتراط ان يكون السكنى بيد الزوجة، فانه يسقط وجوب متابعة الزوجة للزوج فى البلد و المكان.

(و ادلة الشروط) التى تقول: المؤمنون عند شروطهم (حاكمة على القسم الاول) القابل للتغيير (دون الثانى) الّذى لا يقبل التغيير (فان اشتراطه) اى اشتراط القسم الثانى (مخالف لكتاب الله) الّذى يقتضى عدم تغير هذا القسم (كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك) فيما اذا شككنا ان الحكم من القسم الاول او القسم الثانى، و ان الاصل يقتضى كون الحكم من القسم القابل للتغيير بالشرط.

(و قد تفطن) النراقى (قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى) الّذى لا يتغير بالشرط (و ان الشرط فيه) اى فى هذا القسم (مخالف للكتاب بعض التفطن) فلا تعارض بين دليل الشرط، و دليل الحكم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۲

بحيث كاد ان يرجع عما ذكره أولا- من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال: و لو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا، انتهى.

و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله (ع) فى رواية اسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا او احل حراما، فان

(بحيث كاد ان يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال) ما يظهر منه الرجوع بما نصّه:

(و لو جعل هذا الشرط) اى شرط شرب الخمر (من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا) انه مخالف للكتاب- فلا نلاحظ الدقة المقتضية للتعارض، على ما ذكرناه أولا- (لم يكن بعيدا، انتهى).

و انما قلنا «بعض التفطن» لانا قلنا بانه لا تعارض، لا دقة و لا عرفا و النراقى نفى التعارض العرفى، مما يظهر منه انه باق على رأيه فى وجود التعارض الدقى

(و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين) قسم يقبل التغيير بالشرط لتغير عنوانه، و قسم

لا یقبل التغییر بالشرط (یظهر لک معنی قوله (ع) فی روایة اسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما، فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۳

المراد بالحلال و الحرام فیها ما کان کذلک بظاهر دلیله حتی مع الاشتراط، نظیر شرب الخمر، و عمل الخشب صنما او صورة حیوان، و نظیر مجامعة الزوج التی دل بعض الاخبار السابقة علی عدم ارتفاع حکمها- اعنی الاباحة- متی اراد الزوج، باشتراط کونها بید المرأة، و نظیر التزوج و التسری و الهجر حیث دلّ بعض تلک الاخبار علی عدم ارتفاع اباحتها باشتراط ترکها، معللا بورود الکتاب العزیز باباحتها.

المراد بالحلال و الحرام فیها) ای فی هذه الروایة القسم الثانی الّذی لا یقبل التغییر (ما کان کذلک) حلالا او حراما (بظاهر دلیله حتی مع الاشتراط، نظیر شرب الخمر، و عمل الخشب صنما او صورة حیوان) هذه امثلة الحرام الّذی لا یقبل الحلیة بالشرط (و نظیر مجامعة الزوج التی دل بعض الاخبار السابقة علی عدم ارتفاع حکمها- اعنی الاباحة- متی اراد الزوج) الجماع (باشتراط کونها بید المرأة) «باشتراط» متعلق ب «عدم ارتفاع» فهذا حلال لا یقبل الحرمة بالشرط (و نظیر التزوج) بامرأة ثانیة (و التسری) بجاریة (و الهجر) للزوجة اذا اتت بسبب الهجر و هو النشوز (حیث دلّ بعض تلک الاخبار علی عدم ارتفاع اباحتها باشتراط ترکها) فهذه حلال لا تقبل الحرمة بالشرط (معللا) فی الاخبار (بورود الکتاب العزیز باباحتها).

و الحاصل: ان الواجب و الحرام لا یقبل الشرط الا بدلیل خاص و الاحکام الثلاثة الاخر تقبل الشرط الا بدلیل خاص.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۴

اما ما کان حلالا لو خلّی و طبعه بحیث لا ینافی حرمته او وجوبه بملاحظة طروّ عنوان خارجی علیه او کان حراما کذلک، فلا یلزم من اشتراط فعله او ترکه الا تغیّر عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغیر الحل و الحرمة فلا یکون حینئذ تحریم حلال و لا تحلیل حرام.

الا تری انه لو نهی السیّد عبده، او الوالد ولده عن فعل مباح اعنی مطالبة ماله فی ذمة غریمه،

(اما ما کان حلالا لو خلّی و طبعه بحیث لا ینافی) حلیته الذاتیة (حرمته او وجوبه بملاحظة طروّ عنوان خارجی علیه) کطروّ النذر او الشرط علی فعله او ترکه (او کان حراما کذلک) لو خلّی و طبعه، بحیث لا تنافی حرمته الذاتیة طروّ عنوان خارجی علیه یوجب حلیته مثل حرمة عصیان الزوج فی السکنی بان لا تطیع الزوج اذا أراد لها السکنی فی مکان خاص فتشترط علیه ان یکون السکنی بیدها فان الحرمة الذاتیة لا تنافی طروّ هذا العنوان الموجب لاباحة مخالفة الزوج لها (فلا یلزم من اشتراط فعله او ترکه الا تغیّر) الموضوع، و ذلک بتبدل (عنوان الحلال و الحرام الموجب) ذلک التغیر (لتغیر الحل و الحرمة) فکلما تبدل الموضوع تبدل الحکم (فلا یکون حینئذ) ای حین تبدل الموضوع (تحریم حلال و لا تحلیل حرام) بل کان ذلک من قبیل وجوب الصیام فی الحضر، و وجوب الافطار فی السفر.

(الا تری انه لو نهی السیّد عبده، او الوالد ولده عن فعل مباح) إباحة ذاتیة (اعنی مطالبة ماله) ای الشیء الّذی للولد (فی ذمة غریمه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۵

او حلف المکلف علی ترکه لم یکن الحکم بحرمته شرعا من حیث طروّ عنوان معصیة السیّد و الوالد، و عنوان حنث الیمین علیه تحریما لحلال فکذلک ترک ذلک الفعل فی ضمن عقد یجب الوفاء به، و کذلک امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الی بلد آخر محرم فی نفسه و کذلک امتناعها من المجامعة و لا ینافی ذلک حلیتهما باشتراط عدم اخراجها عن بلدها او باشتراط عدم مجامعتها

المطلوب للولد (او حلف المکلف) الدائن (علی ترکه) ای ترک المدیون بان لا یطالبه، (لم یکن الحکم) الثانوی (بحرمته) ای المطالبة (شرعا) قید «الحکم» (من حیث طروّ عنوان معصیة السید و الوالد، و عنوان حنث الیمین علیه) ای علی المطالبة (تحریما لحلال) لان المطالبة فی ذاتها موضوع و معصیة السیّد، و حنث الیمین موضوع آخر، و اذا کانت المعصیة للوالد، و الحنث للیمین یبدلان الموضوع الموجب لتبدل الحکم (فکذلک) تحریم الحلال الذاتی مثل (ترک ذلک الفعل فی ضمن عقد یجب الوفاء به) موضوع آخر غیر الفعل الّذی کان موضوعا للاباحة فان الفعل بما هو هو، غیر الفعل بما هو وقع فی ضمن العقد (و کذلک) بالنسبة الی تحلیل الحرام الذاتی، مثل (امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الی بلد آخر محرم فی نفسه) اذا لم یطرأ علیه عنوان آخر (و کذلک امتناعها من المجامعة و لا ینافی ذلک) التحریم (حلیتهما) ای حلیة الامتناع عن الخروج و الامتناع عن المجامعة (ب) سبب (اشتراط عدم اخراجها عن بلدها) فی ضمن العقد (او باشتراط عدم مجامعتها) کذلک فی ضمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۶

کما فی بعض النصوص.

و بالجملة فتحریم الحلال و تحلیل الحرام انما یلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لادلة اصل الحکم حتی یستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلک و طرح دلیله.

اما اذا کان دلیل ذلک الحکم لا یفید الا ثبوته لو خلّی الموضوع و طبعه فانه لا یعارضه ما دلّ علی ثبوت ضدّ ذلک الحکم اذا طرأ علی الموضوع عنوان آخر لم یثبت ذلک الحکم له

العقد (کما فی بعض النصوص).

(و بالجملة، ف) الشرط لا یلازم تحریم الحلال او تحلیل الحرام فان (تحریم الحلال و تحلیل الحرام انما یلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لادلة اصل الحکم) بان کان دلیل الحکم عامّا یشمل حتّی صورة الشرط، کما فی ادلة حرمة شرب الخمر، و وجوب الصلاة، فانها عامّة تشمل حتّی صورة شرط ترک الصّلاة او شرط شرب الخمر (حتّی یستلزم وجوب الوفاء) بالشرط (مخالفة ذلک) الدلیل المتعرّض لاصل الحکم (و طرح دلیله) اذا قدّمنا دلیل وجوب الوفاء بالشرط.

(أمّا اذا کان دلیل ذلک الحکم لا یفید الا ثبوته) ای ثبوت ذلک الحکم (لو خلّی الموضوع و طبعه) مثل دلیل کون السّکنی بید الزوج (فانه لا یعارض ما دلّ علی ثبوت ضدّ ذلک الحکم) کالتّحلیل فی مثال سکنی الزّوجة (اذا طرأ علی الموضوع) ای السّکنی فی المثال (عنوان آخر) کعنوان الشرط (لم یثبت ذلک الحکم) ای حرمة عدم الاطاعة (له)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۷

الا مجردا عن ذلک العنوان.

ثم انه یشکل الامر فی استثناء الشرط المحرّم للحلال علی ما ذکرنا فی معنی الروایة بان ادلة حلّیة اغلب المحلّلات بل کلها انما تدل علی حلّیتها فی انفسها لو خلّیت و انفسها، فلا تنافی حرمتها من اجل الشرط کما قد تحرم من اجل النذر و اخویه، و من جهة اطاعة الوالد و السیّد، و من جهة صیرورتها علة للمحرم و غیر ذلک من العناوین الطارئة لها.

ای لموضوع السکنی مثلا (الا مجردا عن ذلک العنوان) فان وجوب اطاعة الزوج فی السکنی ثابت للسکنی غیر المعنون بعنوان الشرط، فاذا جاء الشرط تبدل الحکم.

(ثم انه یشکل الامر فی استثناء الشرط المحرّم للحلال علی ما ذکرنا فی معنی الروایة) من ان المراد بالحلال و الحرام: ما کان کذلک حتی مع الشرط، و لذا لا یتمکن الشرط من تبدیل حکمهما (بان ادلة حلّیة اغلب المحلّلات بل کلها انما تدل) دلالة عرفیة (علی

حلّيتها فى انفسها لو خلّيت و انفسها) فلا اطلاق لها لجميع الحالات (فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط) لان الشىء بعنوان الشرط غير الشىء بعنوان نفسه (كما قد تحرم) المحلّلات (من اجل النذر و اخويه) و هما العهد و اليمين (و من جهة اطاعة الوالد و السيّد) و الزوج (و من جهة صيرورتها عنه للمحرم) و مقدمة له بناء على ان مقدمة الحرام حرام (و غير ذلك من العناوين الطارئة لها) اى للمحلّلات.

وجه الاشكال انه لا يبقى حينئذ مصداق للشرط المحرّم للحلال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۸

نعم لو دلّ دليل حلّ شيء، على الحلّية المطلقة، نظير دلالة ادلة المحرمات بحيث لا يقبل طروّ عنوان مغير عليه اصلا، او خصوص الشرط من بين العناوين، او دلّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دلّ بعض الاخبار بالنسبة الى بعض الافعال كالتسّرى و التزوّج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه

لكن دلالة نفس دليل الحلّية على ذلك

(نعم لو دلّ دليل حلّ شيء، على الحلية المطلقة) و انه حلال سواء وقع عليه عنوان ثانوى، أم لا (نظير دلالة ادلة المحرمات) حيث انها تدل على الحرمة المطلقة- دلالة عرفية- (بحيث لا يقبل) ذلك الحلال (طروّ عنوان مغير عليه اصلا) سواء كان ذلك العنوان الثانوى شرطا او نذرا او من الوالدين (او) لا يقبل طروّ (خصوص الشرط من بين العناوين) الثانوية (او دلّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك) اى لا- يقبل طروّ عنوان مغيّر عليه اصلا و هذا عطف على قوله «لو دلّ دليل حلّ الشيء الخ ...» (كما دلّ بعض الاخبار) المتقدمة (بالنسبة الى بعض الافعال) و هذا مثال للدليل الخارجى (كالتسرّى و التزوّج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة) و ترك الهجران مع اتيانها بالنشوز (كان مقتضاه) اى مقتضى هذا الدليل الخارجى او الداخلى، و «كان» جواب «لو» (فساد اشتراط خلافه) اى خلاف ذلك الحلّ، فالشىء يبقى حلالا و ان شرط خلاف الحلّية.

(لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك) الاطلاق، و انه حلال و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۰۹

لم توجد فى مورد.

و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك، اذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط.

و مورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة

ان ورد عليه الشرط بخلافه (لم توجد فى مورد) حسب ما استقرأناه.

(و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط) بان نقول: كلما دلّ دليل خارجى على اطلاق الحلّية، لم يرد عليه الشرط و كلّما لم يكن هكذا دليل كان قابلا لورود الشرط (يخرج الرواية) التى قالت «الا ما احل حراما او حرم حلالا» (عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك) اذ ظاهر الرواية ان كل حلال لا يقبل الحرمة بالاشتراط، كما ان كل حرام لا يقبل الحلّية بالاشتراط.

و انما يخرج الرواية (اذ مورد الشك حينئذ) اى حين الاحتياج الى الدليل الخارجى (محكوم بصحة الاشتراط) لانه كلما لم يكن دليل خارج على بطلان الاشتراط كان اللازم القول بصحة الاشتراط.

(و مورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه) «باشتراط» متعلق ب «عدم تغير» (مستغن عن الضابطة).

اذ لو لم تكن الضابطة كان الدليل الخارج- الدال على عدم تغير الحلال بالاشتراط- كاف فى افادة ان الحلال فى المسألة الفلانية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۰

مع ان الامام علّل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرما للحلال، كما عرفت فى الرواية التى تقدمت فى عدم صحة اشتراط عدم التزوّج، و التسرّى، معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على اباحتها.

نعم لا يرد هذا الاشكال فى طرف تحليل الحرام، لان

لا يقبل التغير بالشرط، هذا أولا اشكال على الاحتياج الى الدليل الخارج

و ثانيا (مع ان الامام) عليه السلام (علّل فساد الشرط فى هذه الموارد) و هى التسرّى و التزوّج و ما اشبه (بكونه محرما للحلال، كما عرفت فى الرواية التى تقدمت) عن ابن مسلم، عن الباقر عليه السلام (فى عدم صحة اشتراط عدم التزوج، و) عدم (التسرّى، معللا بكونه) اى عدم التزوّج، او عدم التسرّى (مخالفا للكتاب الدال على اباحتها).

و الظاهر من الرواية عدم الاحتياج الى الدليل الخارجى و انما يكفى وجود الحلّية فى الكتاب.

و الحاصل: ان قولكم بالاحتياج الى الدليل الخارجى يستشكل عليه أولا بانه موجب للاستغناء عن الضابط.

و ثانيا: بانه خلاف ظاهر كلام الامام (ع) فى رواية ابن مسلم.

(نعم لا يرد هذا الاشكال) و هو ان اطلاق الحكم اما ان يفهم من دليل داخلى، او دليل خارجى، و الدليل الداخلى ليس موجودا فى المحلّلات، و الدليل الخارجى موجب لهدم الضابطة، و مخالفة ظاهر رواية ابن مسلم (فى طرف تحليل الحرام، لان) فى ادلة المحرمات دليل داخلى على اطلاق الحرام، و انه لا يرتفع بالشرط، و الدليل الداخلى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۱

ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام فى نفسه لو لا الشرط.

و ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال، فانا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط، لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

هو الظهور العرفى، فان العرف اذا القى عليه ان الشىء الفلانى حرام يستظهر انه حرام بقول مطلق، فلا يقبل الحلّية بالشرط و النذر و نحوهما

فان (ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما) كاطاعة الوالد و الزوج (بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام) استثنائه (عما يجب الوفاء به) حيث قال:

المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احلّ حراما (دليل على إرادة الحرام فى نفسه) اى (لو لا الشرط) اذ المفروض ان الشرط يريد تحليل الحرام، فالحرام لوحظ مجردا عن الشرط، فقال انه لا يحلل بالشرط.

(و) ان قلت: فلتكن هذه القرينة التى ذكرتموها فى تحليل الحرام بقولكم: بل نفس .. الخ، أيضا قرينة على ان المراد بتحريم الحلال، الحلال فى نفسه، فتدل هذه القرينة على ان الحلال لا يحرم بالشرط.

قلت: (ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال) فالقرينة خاصة بتحليل الحرام (فانا قد علمنا) من الخارج (ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط).

و وجه علمنا هو ما ذكره بقوله: (لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۲

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا.

و ربما يتخيّل ان هذا الاشكال مختصّ بما دلّ على الاباحة التكليفية،

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط) من مجيء زيد و عدم مجيئه، و خياطة القباء و تسليم الدار فى وقت كذا، و غيرها من الشروط الواقعة فى ضمن المعاملات (عدا) اشتراط (فعل الواجبات و ترك المحرمات) كما اذا شرط عليه فى ضمن العقد ان يصلّى او يترك شرب الخمر، فان الشرط صحيح و مؤكّد للواجب و الحرام، كما ان نذر فعل الواجب و ترك الحرام أيضا صحيح و مؤكّد (مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا) فان الحلال فعله و تركه جائز، فاذا شرط الفعل حرم الترك، و الترك حلال فى نفسه، و اذا شرط الترك حرم الفعل و الفعل حلال فى نفسه.

فتحصّل ان جملة «حرم حلالا» يرد عليه الاشكال بخلاف جملة «حلّل حراما» لان الحرام حرام مطلقا- على كل حال- فلا يرفعه الشرط بخلاف الحلال فانه حلال لو خلّى و طبعه فهو قابل لورود الشرط عليه و اذا ورد عليه الشرط حرّمه.

و عليه فاللازم تقييد حرّم حلالا، بما اذا علم انه حلال مطلق، و هذا و ان كان خلاف الظاهر الا انه لا بد ان يصار إليه صيانة للكلام عن اللغوية، فتأمل.

(و ربما يتخيّل ان هذا الاشكال) و هو ما ذكرناه بقولنا: ثم انّه يشكل الامر فى استثناء المحرم. الخ (مختصّ بما دلّ على الاباحة التكليفية.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۳

كقوله: تحل كذا و تباح كذا.

اما الحلّية التى تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية، او الملكية، او الرقية، او اضدادها فهى احكام لا تتغيّر لعنوان اصلا.

كقوله: تحل كذا و تباح كذا) فانها قابلة لورود الشرط عليها، فلا ينطبق على هذا القسم من المحللات قوله عليه السلام: الا شرطا حرم حلالا فان الشرط المحرم للحلال التكليفى كثير.

(اما الحلّية التى تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية) المتضمن لاباحة الوطى و النظر و اللمس و ما اشبه (او الملكية) المتضمن لاباحة التصرف و الاذن فى التصرف و الاتلاف- فيما لم يكن اسرافا- (او الرقية) المتضمن لاباحة الامر و النهى و التزويج و الاستخدام و ما اشبه (او اضدادها) اى اضداد الزوجية و الملكية و الرقية، كالاجنبية و الاباحة الاصلية و الحرّية، فانها أيضا تشتمل على مباحات.

فالمرأة الاجنبية يحل زواجها بالدوام و بالمتعة، و يحل ان تكون مرضعة، و ان تكون أم زوجة.

و المباح الاصلى يحل الانتفاع به و اقتنائه- فيما لم يكن اسرافا- و استملاكه.

و الانسان الحر يحل استيجاره و الاشتراء منه و البيع له و تزويجه و غير ذلك من الاحكام التكليفية المترتبة على الاحكام مما لا تعدّ و لا تحصى (فهى احكام لا تتغيّر لعنوان) ثانوى (اصلا) فالشرط لا يتمكن من تحريمها كما لا يتمكن من تحليل المحرمات.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۴

فان الانتفاع بالملك فى الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر الى أمّها و بنتها من المباحات التى لا تقبل التغيّر.

و لذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع بماله، او لا يطأ جاريته.

و بعبارة اخرى ترتب آثار الملكيّة على الملك فى الجملة و آثار الزوجيّة على الزوج كذلك من المباحات التى لا تتغيّر عن اباحتها، و ان كان ترتب بعض الآثار قابلا لتغير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة

(فان الانتفاع بالملک فی الجملة و الاستمتاع بالزوجة) فی الجملة.

و انما قلنا فی الجملة، لانه یمکن تحریم بعض الانتفاعات و الاستمتاعات بالشرط او سائر العناوین الثانویة (و النظر الی أمّها و بنتها) و استخدام العبد (من المباحات التی لا تقبل التغییر) بالشرط و نحوه.

(و لذا ذکر فی مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ینتفع) المصالح (بماله) اصلا (او لا یطأ جاریته) اصلا، لانهما من الحلال الناشئ عن الاحکام الوضعیة- ای الملکیة و الرقیة- فلا یحرم بالشرط.

(و بعبارة اخری ترتب آثار الملکیة علی الملک فی الجملة و آثار الزوجیة علی الزوج کذلک) ای فی الجملة (من المباحات التی لا تتغیر عن اباحتها) بالشرط او النذر او ما اشبه من سائر العنوانات الثانویة (و ان کان)- ان: وصلیة- (ترتب بعض الآثار) للحکم الوضعی (قابلا لتغیر حکمه الی التحریم کالسکنی فیما لو اشترط اسکان البائع فیه مدة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۵

و اسکان الزوجة فی بلد اشترط ان لا یخرج إلیه او وطیها مع اشتراط عدم وطیها اصلا کما هو المنصوص.

و لکن الانصاف انه کلام غیر منضبط، فانه کما جاز تغیر إباحة بعض الانتفاعات کالوطی فی النکاح، و السکنی فی البیع الی التحریم لاجل الشرط، کذلک یجوز

فان حلّیة سکنی المشتری الّذی ملک الدار من آثار الحکم الوضعی- للذی له الملک- لکن یمکن نقله الی البائع مؤقتا بالشرط فالحلال یصبح حراما علی المشتری (و اسکان الزوجة فی بلد اشترط)- بالمجهول- (ان لا یخرج) الرجل بزوجته (إلیه) فهذا کان حلالا، و صار حراما بالشرط (او وطیها) ای وطی الزوجة (مع اشتراط عدم وطیها اصلا) فان الوطی حلال، لکنه اذا اشترط عدم الوطی، حرم الحلال بسبب الشرط (کما هو المنصوص) فی ان للمرأة ان تشترط ان لا یطئها الزوج.

و من هذا کله تبیّن انه لا یصح الشرط المحرم للحلال، اذا کان الحلال ناشئا عن الاحکام الوضعیة، و الحلال الناشئ من الاحکام الوضعیة کثیر جدا، کما لا یصح الشرط المحلل للحرام.

(و لکن الانصاف) ان هذا التخیل غیر تام، اذ (انه کلام غیر منضبط) فلا ضابطة لما یمکن تحریمه بالشرط و ما لا یمکن تحریمه بالشرط- من المباحات التابعة للاحکام الوضعیة- (فانه کما جاز تغیر إباحة بعض الانتفاعات کالوطی فی النکاح) المحلل فی نفسه (و السکنی فی البیع) المحلل فی نفسه للمشتری (الی التحریم لاجل الشرط، کذلک یجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۶

تغیر إباحة سائرها الی الحرمة.

فلیس الحکم بعدم تغیر إباحة مطلق التصرف فی الملک، و الاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط الّا للاجماع او لمجرد الاستبعاد و الثانی غیر معتد به، و الاول یوجب ما تقدم من عدم الفائدة فی بیان هذه الضابطة

تغیر إباحة سائرها) ای سائر الانتفاعات (الی الحرمة) بسبب الشرط، و علیه فالشرط تمکن من ان یحرم الشیء الّذی کان محللا بسبب الحکم الوضعی.

(ف) ان قلت: نعم الشرط یتمکن من ذلک فی الجملة، لکنه لا یتمکن من تحریم کل إباحة تابعة لحکم وضعی.

قلت: (لیس الحکم بعدم تغیر إباحة مطلق التصرف فی الملک، و) مطلق (الاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط) «لاجل» متعلق ب «التغیر» (الا للاجماع او لمجرد الاستبعاد) و انه کیف یمکن ان یرفع الشرط کل آثار الملک او کلّ آثار الزوجیة (و الثانی غیر معتقد به، و الاول) و ان کان صحیحا الا انه (یوجب ما تقدم) فی جوابنا عن: ثم انه یشکل الامر (من عدم الفائدة فی بیان هذه الضابطة) و هی

قوله عليه السلام «الا شرطا حرّم حلالا».

وجه عدم الفائدة، هو ان الاجماع منع عن هذا الشرط الّذى يقتضى تحريم مطلق التصرف و الاستمتاع، لا ان بطلان الشرط كان لاجل انه محرّم للحلال، بينما ظاهر الرواية ان الشرط المحرم للحلال باطل، لانه محرّم للحلال.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۷

مع ان هذا العنوان- اعنى: تحريم الحلال و تحليل الحرام- انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين.

و ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال، و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما، معللا بانه ليس لك ان تحرم ما احلّ اللّه، و من المعلوم ان إباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هى من الاحكام التكليفية الابتدائية.

(مع ان) هناك اشكالا ثانيا على قول المتخيّل، لان المتخيّل قال:

تحريم الحلال عبارة عن تحريم الحلال المستفاد من الحكم الوضعى.

فاشكل المصنف عليه أولا بقوله: لكن الانصاف، و ثانيا: بانا نرى ان الامام عليه السلام استعمل تحريم الحلال فيما كان الحلال حكما تكليفيا فكيف يمكن ان يستعمل هذه الجملة: الا ما حرّم حلالا تارة فى الحلال الوضعى، كما قال المتخيّل و تارة فى الحلال الوضعى، كما فى باب اليمين

فان (هذا العنوان- اعنى: تحريم الحلال و تحليل الحرام- انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين).

(و) ذلك حيث (ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال، و قد ورد) صغرى لتلك الكلية (بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح) فى مقابل العصير المحرم الّذى فيه سكر (دائما) و ان صحّ الحلف على ترك شربه مؤقتا (معللا) البطلان (بانه ليس لك ان تحرم ما احلّ اللّه، و) الحال انه (من المعلوم ان إباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هى) اى إباحة العصير (من الاحكام التكليفية الابتدائية)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۸

و بالجملة فالفرق بين التزوج و التسرّى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما، معللا بانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهما، و بين ترك الوطى الّذى و رد جواز اشتراطه.

و كذا بين ترك شرب العصير المباح الّذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللا بانه من تحريم

لا الثانوية التابعة لحكم وضعى فمن مثال الامام (ع) ل «تحريم الحلال» ب «شرب العصير» يعرف ان ليس المراد من تحريم الحلال، الحلال الوضعى و الحال ان المتخيّل قال: ان المراد من الحلال فى الضابطة هو الحلال الوضعى.

(و بالجملة) نقول فى بيان انه لم يفهم المراد من قوله «الا شرطا حرم حلالا»: ان بعض المحللات جعلها الشارع من تحريم الحلال، و بعضها لم يجعله من ذلك فما هو الفرق؟ (فالفرق بين التزوج و التسرّى اللذين)- بصيغة التثنية- (ورد عدم جواز اشتراط تركهما، معللا) عدم الجواز (بانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهما، و بين ترك الوطى الّذى ورد جواز اشتراطه) مع انه أيضا ورد الدليل من الكتاب و السنة على جوازه، قال تعالى «وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ إِلَّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ»*.

(و كذا) الفرق (بين ترك شرب العصير المباح) شربه- فى مقابل العصير المسكر الّذى لا يباح شربه- و كذا العصير الّذى لم يذهب ثلثاه (الّذى ورد عدم جواز الحلف عليه، معللا) عدم الجواز (بانه من تحريم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۱۹

الحلال، و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه فى غاية الاشكال.

و ربما قیل فی توجیه الروایهٔ، و توضیح معناها ان معنی قوله: الا شرطا حرم حلالا، او احلّ حراما، اما ان یکون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال.

الحلال، و بین ترک بعض المباحات) کترک التدخین (المتفق علی جواز الحلف علیه) مع ان کلیهما مباحان، فاما ان یجوز الحلف علی ترکهما، او لا یجوز (فی غایهٔ الاشکال).

و لیس الجواب عن وجه ذلک الفرق ان یقال: بان الشارع فرّق، فانه من المعلوم ان الشارع فرق، و انما الکلام فی انه کیف فرق الشارع مع ان کلیهما داخل فی تحریم الحلال، او لیس بداخل فی تحریم الحلال

و الحاصل: انا نرید فهم وجه انطباق الکلیهٔ علی فرد دون فرد حتی نفهم من ذلک الموارد التی هی من تحریم الحلال و الموارد التی لیست من تحریم الحلال.

(و ربما قیل فی توجیه الروایهٔ، و توضیح معناها) و القائل هو النراقی فی عوائده، و المراد بالروایهٔ قوله علیه السلام «الا شرطا حرّم حلالا ... الخ» (ان معنی قوله: الا شرطا حرم حلالا، او احلّ حراما اما ان یکون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال).

فان الانسان الّذی یشترط علی نفسه عدم وطی الزوجهٔ صار وطی الزوجهٔ علیه حراما، فوجوب الوفاء بالشرط حرم علیه الحلال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۰

و اما ان یکون الا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال.

و الاول مخالف لظاهر العبارهٔ مع مناقضته لما استشهد به الامام علیه السلام فی روایهٔ منصور بن یونس المتقدمهٔ الدالهٔ علی وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج، بل یلزم کون الکل لغوا اذ ینحصر مورد:

(و اما ان یکون) المراد به (الا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال) بان یصبح الحلال حراما، و هذا یکون حراما قبل وجوب الوفاء.

و الحاصل ان الشرط قد یحرم الحلال بضمیمهٔ وجوب الوفاء حتی ان الشارع لو لم یقل ف بشرطک لم یحرم الشرط، و قد یحرم الشرط الحلال بدون ملاحظهٔ وجوب الوفاء حتی یکون الشرط مشرّعا لتحریم الحلال.

(و الاول مخالف لظاهر العبارهٔ) ای عبارهٔ «الا شرطا حرم حلالا او احل حراما» لان تقدیر وجوب الوفاء به فی الکلام خلاف الظاهر، بل الظاهر ان نفس الشرط یحرّم (مع مناقضته) ای مناقضهٔ المعنی الاول (لما استشهد به الامام علیه السلام فی روایهٔ منصور بن یونس المتقدمهٔ الدالهٔ علی وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و) عدم (التزوج).

فالوفاء بهذا الشرط یحرم علیه الطلاق و التزوج، و مع ذلک اجازه الامام فلیس المراد من تحریم الحلال ما کان الوفاء به یحرم الحلال (بل یلزم) من إرادهٔ المعنی الاول (کون الکل) ای کل الشروط (لغوا) و لا یلزم الوفاء به، اذ قبل الشرط کان الفعل و الترک مباحا، فالوفاء بالشرط یلزم منه عدم اجتناب الحلال (اذ ینحصر مورد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۱

المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات.

فیبقی الثانی، و هو ظاهر الکلام فیکون معناه الا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال، بان یکون المشروط هو حرمهٔ الحلال.

ثم قال: فان قیل اذا شرط عدم فعله فلا یرضی بفعله فیجعله حراما علیه.

المسلمون عند شروطهم)- علی المعنی الاول- (باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات) فان الوفاء بمثل هذا الشرط لا یلزم منه تحریم الحلال و تحلیل الحرام.

(فيبقى) المعنى (الثانى) للروايـة الّذى اشرنا إليه بقولنا «حرم ذلك الشرط الحلال» (و هو ظاهر الكلام) اذ ليس فيه تقدير، فالمعنى الاول خلاف الظاهر و يناقض روايـة منصور و يوجب اللغويـة بخلاف المعنى الثاني (فيكون معناه) على هـذا (الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال، بان يكون المشروط هو حرمة الحلال) بان شرط ان يكون شرب الماء حراما، و هذا الشرط باطل، لان الشرط ليس بمشرّع، و لهذا ابطل الامام (ع) بقوله «الا شرطا حرم حلالا».

(ثم قال) النراقى ره (فان قيل) ان المعنى الاول أيضا مشرّع و محرم للحلال، فانه (اذا شرط) المشترط (عدم فعله) اى عدم فعل الحلال (فلا يرضى) المشترط (بفعله) اى بان يفعل ذلك الحلال (فيجعله) اى الفعل (حراما عليه).

فلا فرق بين ان يقول «بشرط ان احرم الماء على نفسى» او يقول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۲

قلنا لا نريد ان معنى الحرمة طلب الترك من المشترط، بل جعله حراما ذاتيا اى مطلوب الترك شرعا.

و لا شك ان شرط عدم فعل، بل نهى شخص عن فعل، لا يجعله حراما شرعيا.

ثم قال: فان قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب

«بشرط ان لا ـ اشرب الماء» اذ «لا اشرب» معناه «احرم» أيضا، فلما ذا قلتم بالفرق بين المعنيين، و ان المراد بالروايـة المعنى الثانى دون المعنى الاول.

(قلنا) هنا فرق بين المعنيين، فاننا (لا ـ نريد ان معنى الحرمة) فى المعنى الثانى (طلب الترك من المشترط) حتى يكون كلا المعنيين بالنتيجة طلب الترك، فلا ـ يكون فرق بينهما (بل) مرادنا من المعنى الثانى (جعله) اى الفعل (حراما ذاتيا) كسائر المحرمات الشرعية، مثل الزنا و شرب الخمر (اى مطلوب الترك شرعا)

(و) اما المعنى الاول فليس كذلك، اذ (لا شك ان شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل، لا يجعله حراما شرعيا).

و الحاصل: ان المراد بالروايـة النهى عن شرط يكون هكـذا «بشرط ان احرّم على نفسى شرب الماء» اما الشرط الّذى يكون هكـذا «بشرط ان لا اشرب الماء» فليس فيه محذور.

(ثم قال) النراقى (فان قيل: الشرط من حيث هو) شرط صادر من المشترط (مع قطع النظر عن ايجاب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۳

الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا، فلا يحرم و لا يحلل.

قلنا: ان اريد انه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس كذلك بل حكم الشرط ذلك، و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله.

و على هذا فلا اجمال فى الحديث، و لا تخصيص فى ذلك

الشارع الوفاء) به (لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا، فلا يحرم و لا يحلل) فكيف قلتم ان المراد بالرواية «تحريم الشرط» فالصحيح هو المعنى الاول، فالمراد وجوب الوفاء بالشرط يوجب التحريم لا ان الشرط بذاته يوجب التحريم.

(قلنا: ان اريد انه) اى الشرط (لا ـ يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط) اى ان الشرط لا يوجب الحكم الشرعى بالحرمة (فهو) اى الشرط (ليس كذلك) اى ليس «لا يوجب تحليلا و تحريما» (بل) الشرط يوجب تحليلا و تحريما، ف (حكم الشرط ذلك) اى التحليل و التحريم (و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله) الّذى نهى عنه الامام عليه السلام بقوله «الا شرطا حرم حلالا او احلّ حراما» و ان اريـد ان الشرط لا يوجب تحليلا و لا تحريما بـذاته اى مع قطع النظر عن الشـرع فهو كـذلك، لكنا لم ندعه حتى يستشكل علينا

«بان قیل» بل ادعینا ان الشرط یوجب تحلیلا و تحریما بحکم الشارع، و قلنا ان المراد بالروایة «النهی عن ان یحرم علی نفسه بان یجعل المشروط محرما شرعیا ذاتیا».

(و علی هذا) المعنی الّذی ذکرناه من ان المراد جعل المشروط حراما ذاتیا (فلا اجمال فی الحدیث، و لا تخصیص فی ذلک).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۴

کالنذر و العهد و الیمین، فان من نذر ان لا یأکل المال المشتبه ینعقد و لو نذر ان یکون المال المشتبه حراما علیه شرعا او یحرم ذلک علی نفسه شرعا لم ینعقد، انتهی.

اقول لا افهم معنی محصلا لاشتراط حرمة الشیء او حلیته شرعا، فان هذا امر

کان یقال ان کل شرط محرم للحلال غیر صحیح، الا شرط ان لا یطأ زوجته، فانه شرط صحیح- لورود النص الخاص بجواز هذا الشرط- (کالنذر و العهد و الیمین) فان حال الثلاثة أیضا حال الشرط فی انها لا یمکن ان تحرّم الحلال (فان من نذر ان لا یأکل المال المشتبه ینعقد) نذره لانه لم یجعل المال المشتبه حراما ذاتیا، بل نذر ان یترکه (و لو نذر ان یکون المال المشتبه حراما علیه شرعا) من قبیل الزنا و الخمر (او) نذر ان (یحرم ذلک علی نفسه شرعا لم ینعقد) نذره (انتهی) کلام النراقی

و الفرق بین «ان یکون» و بین «او یحرم» ان الاول من قبیل نذر الغایة، و الثانی من قبیل نذر الفعل.

نظیر الفرق بین نذر کون داره ملکا لزید، و بین نذر ان یملک داره لزید، و کذلک قد ینذر ان تکون زوجته طالق، و هذا باطل، و قد ینذر ان یطلق زوجته و هذا صحیح.

(اقول لا افهم معنی محصلا)- و ان امکن ان یتلفظ به المشترط- (لاشتراط حرمة الشیء او حلّیته شرعا) بان یقول المشترط ان الشیء الفلانی حرام شرعا- بینما قد حلّله الشارع- (فان هذا) الجعل (امر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۵

غیر مقدور للمشترط، و لا یدخل تحت الجعل فهو داخل فی غیر المقدور و لا معنی لاستثنائه عما یجب الوفاء به، لان هذا لا یمکن عقلا الوفاء به، اذ لیس فعلا خصوصا للمشترط.

و کذلک الکلام فی النذر و شبهه.

و العجب منه قدس سره حیث لاحظ ظهور الکلام فی کون

غیر مقدور للمشترط، و لا یدخل تحت الجعل) ای جعل المشترط (فهو داخل فی غیر المقدور) فان شرطه کان باطلا، لانه غیر مقدور للمشترط، و قد تقدم اشتراط ان یکون الشرط مقدورا (و لا معنی لاستثنائه) ای استثناء جعل الشیء حراما و حلالا شرعا (عما یجب الوفاء به) بان یقول الشارع: المؤمنون عند شروطهم الا ما حرم حلالا بهذا المعنی (لان هذا) ای التحریم و التحلیل (لا یمکن عقلا الوفاء به) «عقلا» قید ل «الوفاء به» (اذ لیس فعلا) و عملا (خصوصا للمشترط).

و من المعلوم: ان الاستثناء یلزم ان یکون معقولا، مثلا: لا یصح ان یقال یجوز کل شرط الا شرط خلق الانسان، اذ المستثنی یلزم ان یکون من جنس المستثنی منه، و المستثنی منه یلزم ان یکون مقدورا.

(و کذلک الکلام فی النذر و شبهه) فانه لا یتعلق النذر بغیر المقدور فقول النراقی اخیرا «کالنذر و العهد و الیمین» فیه اشکال.

(و العجب منه قدس سره) ای من النراقی ره (حیث لاحظ ظهور الکلام) ای قوله علیه السلام «الا شرطا حرم حلالا او حلل حراما» (فی کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۶

المحرم و المحلل نفس الشرط و لم یلاحظ کون الاستثناء من الافعال التی یعقل الوفاء بالتزامها.

و حرمة الشیء شرعا لا یعقل فیها الوفاء و النقض.

و قد مثل جماعة للصلح المحلّل للحرام بالصلح علی شرب الخمر، و للمحرم للحلال بالصلح علی ان لا یطأ جاریته و لا ینتفع بماله.

و کیف کان فالظاهر بل المتعین

المحرم و المحلل) بالکسر (نفس الشرط) ای لاحظ هذه الدقة (و لم یلاحظ کون الاستثناء) لا بدّ و ان یکون (من الافعال التی یعقل الوفاء بالتزامها) لانه اذا لم یعقل الوفاء بها، لم یکن معنی لاستثناء الشارع لها، اذ النهی انما یتعلق بالمقدور.

(و) من المعلوم ان (حرمة الشیء شرعا لا یعقل فیها الوفاء و النقض) فان الشارع ان حرّم ذلک الشیء فذاک حرام، و ان لم یحرمه فلیس بحرام و کلا هما لیسا بید المشترط، حتی یفی بالتحریم او ینقض التحریم.

(و) مما یدل علی ان المراد بتحلیل الحرام و تحریم الحلال هو العمل للانسان، لا التشریع الّذی لیس الا بید الله تعالی، ف (قد مثل جماعة للصلح المحلّل للحرام بالصلح علی شرب الخمر، و للمحرم للحلال بالصلح علی ان لا یطأ جاریته و لا ینتفع بماله) و لم یمثلوا بان یصالح علی ان تکون الخمر حلالا او ان تکون جاریته علیه حراما.

(و کیف کان) الامر فی تمثیلهم للصلح و وطی الجاریة (فالظاهر) من الانصراف العرفی عند القاء عبارة الروایة علیهم (بل المتعین) لان ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۷

ان المراد بالتحلیل و التحریم المستندین الی الشرط، هو الترخیص و المنع

نعم المراد بالحلال و الحرام ما کان کذلک بحیث لا یتغیر موضوعه بالشرط، لا ما کان حلالا لو خلّی و طبعه، بحیث لا ینافی عروض عنوان التحریم له لاجل الشرط.

و قد ذکرنا ان المعیار فی ذلک

عداه لا یصدر من الشارع الحکیم (ان المراد بالتحلیل المستندین الی الشرط، هو الترخیص) فی التحلیل (و المنع) فی التحریم، ای لا یشترط شرب الخمر او منع وطی الجاریة.

(نعم المراد بالحلال و الحرام ما کان کذلک) ای حلالا مطلقا و حراما مطلقا (بحیث لا یتغیر موضوعه بالشرط)- کما ذکرنا سابقا- فالحلال الّذی لا یصح تحریمه بالشرط، و الحرام الّذی لا یصح تحلیله بالشرط، هو الحلال و الحرام علی کل تقدیر- ای هو حلال و ان لحقه الشرط، و هو حرام و ان لحقه الشرط- (لا ما کان حلالا لو خلّی و طبعه بحیث لا ینافی) حلّیته (عروض عنوان التحریم له) ای ذلک الحلال (لاجل الشرط) «لاجل» متعلق ب «عروض» لا ما کان حراما لو خلّی و طبعه بحیث لا ینافی حرمته عروض عنوان التحلیل له لاجل الشرط.

فالحلال علی کل تقدیر مثل التزویج- کما فی الروایة- و الحرام علی کل تقدیر مثل شرب الخمر، و الحلال لو خلّی و طبعه مثل وطی الزوجة و الحرام لو خلّی و طبعه، مثل مخالفة الزوجة للزوج فی السکنی.

(و قد ذکرنا ان المعیار فی ذلک) ای فی انه حلال و حرام علی کل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۸

وقوع التعارض بین دلیل حلّیة ذلک الشیء او حرمته و بین وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه.

ففی الاول یکون الشرط- علی تقدیر صحته- مغیرا للحکم الشرعی و فی الثانی یکون مغیرا لموضوعه

تقـدير، او حرام و حلال لو خلّى و طبعه، و انما نحتاج الى فهم المعيار لنرى هل ان الشـرط يقـدم على الحكم، او ان الحكم يقدّم على الشرط؟

فالمعيـار (وقـوع التعـارض بيـن دليـل حلّيـة ذلـك الشـىء او حرمتـه و بين وجـوب الوفـاء بالشـرط) مثلاـ يقـع التعـارض بين «إِلّا عَلى أَزْواجِهِمْ»* و «إِنَّمَا الْخَمْرُ .. رِجْسٌ» و بين «المؤمنون عند شـروطهم» اذا شرط عدم التزويج او شرب الخمر (و عدم وقوعه) عطف على «وقوع التعارض» اى هل يقع التعارض او لا يقع؟

مثلا: لا يقع التعارض بين «الماء حلال» و «الزوجة لا تخالف الزوج فى السكنى» و بين «المؤمنون عند شروطهم».

(ففى الاول) الّذى يقع التعارض (يكون الشرط- على تقدير صحته-).

و انما قلنا «على تقدير» لان بنائنا ان الشـرط ليس بصـحيح، فان الشرط لا يتمكن من إباحة الخمر- مثلا- (مغيرا للحكم الشرعى) الّذى قال: الخمر حرام لكن الشارع لم يصحح هذا الشرط، لانه قال «الا شرطا حلل حراما».

(و فى الثانى) الّذى لا يقع التعارض (يكون) الشرط (مغيرا لموضوعه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۲۹

فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط انهما لا يغيّر ان حكما شرعيّا، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم، لاجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه.

و اما تغييرهما لموضوع الاحكام الشرعية ففى غاية الكثرة، بل هما

اذ موضوع الحلّية فى «الماء حلال» هو «الماء لو خلّى و طبعه» فاذا شـرط عدم شـربه تغير الموضوع، لان قيد «لو خلّى و طبعه» قد زال و موضوع الحرمـة فى «يحرم على الزوجة مخالفة الزوج فى السـكنى» هو «يحرم .. لو خلى و طبعه» فاذا شـرط اسـكانها فى بلد كذا، تغيّر الموضوع، لان قيد «لو خلى و طبعه» قد زال (فحاصل المراد بهذا الاسـتثناء فى حديثى الصـلح و الشرط) الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا، و المؤمنون عند شـروطهم الا شـرطا حلل حراما او حرم حلالا (انهما) اى الصـلح و الشرط (لا يغيّر ان حكما شـرعيا بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم، لاجل الوفاء بالصـلح و الشرط) فلا يحللان حكم الخمر و لا حكم التزويج (كالنذر و شبهه) فانهما لا يغير ان حكما شرعيا، فاذا نذر شرب الخمر او ترك التزويج، لم يحل الاول و لم يحرم الثانى.

(و اما تغييرهما) اى الصـلح و الشـرط، و كذلك النذر و اخويه (لموضوع الاحكام الشرعية) فيما اذا كان الحكم مرتبا على الموضوع- لو خلى و طبعه- فاذا جاء النـذر و الشـرط و الصـلح خرج الموضوع عن كونه لو خلّى و طبعه (ففى غاية الكثرة، بل هما) اى الصـلح و الشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۰

موضوعان لذلك.

و قد ذكرنا ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميّز احد القسمين من الاحكام عن الآخر.

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الّذى تكلمنا عليه ذكره المحقق القمّى صاحب القوانين فى رسالته التى الّفها فى هذه المسألة

(موضوعان لذلك) اى تفسير الموضوعات، فاذا تغير الموضوع تغير الحكم طبعا.

(و قد) عرفت فيما سبق ما (ذكرنا) من (ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميّز احد القسمين من الاحكام عن) القسم (الآخر) و هل

انه رتب على الموضوع- على كل تقدير- او على الموضوع لو خلى و طبعه

كما انك قد عرفت أيضا ان فى مورد الشك يرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم، لاصالة عدم كون الحكم على كل تقدير.

(و مما ذكرنا) فى الاشكال على تفسير النراقى ره للاستثناء الّذى وقع فى قوله عليه السلام «الا ما حرم حلالا او احل حراما» (يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الّذى تكلمنا عليه) اى يقرب من تفسير النراقى ما (ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى الّفها فى هذه المسألة) و هى مسئلة معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال.

و عليه فللحديث ثلاثة تفاسير.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۱

....

التفسير الاول للشيخ المصنف ره و هو ان كل حكم علم من الشرع ان يريده مطلقا لا يمكن تغيره بالشرط، سواء كان ذلك الحكم حلالا او حراما فالحلال المطلق و الحرام المطلق لا يمكن تغيّره بالشرط، و كل حكم علم من الشرع ان الشارع يريده لو خلّى و طبعه، امكن تغيّره بالشرط، و كل حكم لم يعلم انه من قبيل الاول او الثانى فهو كالثانى فى انه يمكن تغييره بالشرط.

ثم ان حال النذر و العهد و امر الوالدين و الزوج، حال الشرط أيضا

التفسير الثانى للنراقى، و هو ان الشرط لا يتمكن ان يجعل الحرام حلالا او الحلال حراما، بمعنى ان يكون مشرعا، لكنه يتمكن ان يمنع المشروط عليه من اتيان الفعل، او من ترك الفعل، فقد يقول المشترط:

احرم على المشروط عليه الطلاق، و قد يقول: بشرط ان لا يطلق زوجته

و اشكل الشيخ عليه بان: تحريم الحلال و تحليل الحرام غير مقدور للمكلف، لانه بيد الشارع، فاللازم ان يدخل ذلك فى كون الشرط مقدورا لا فى كونه لا يحلل الحرام و لا يحرم الحلال.

التفسير الثالث: للمحقق القمى، و حاصله ان الشرط لا يتمكن من المنع المطلق لجميع افراد كلّى حلال، او الاباحة المطلقة لجميع افراد كلّى محرّم.

اما المنع عن بعض الافراد و الاباحة لبعض الافراد، فلا بأس به فاذا شرط ان لا يتزوج ابدا، فهو شرط باطل.

اما اذا شرط ان لا يتزوج بهذه المرأة الخاصة فهو شرط صحيح، و المصنف يرى ان الاشكال الّذى ورد على النراقى وارد عليه أيضا، اذ لو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۲

فانه بعد ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز فى نفسه- مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه- شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات، و فعل المستحبات كان يشترط تقليم الاظفار بالسنّ ابدا و

كان الكلى الّذى يريد الشرط تغييره حكما للشيء لو خلى و طبعه امكن للشرط تغييره، و لو كان الكلى حكما للشيء بصورة مطلقة، لم يتمكن الشرط تغييره، و كذا الجزئى فان كان الحكم للجزئى لو خلّى و طبعه تمكّن الشرط من تغييره، و ان كان الحكم للجزئى على كل تقدير، لم يتمكن الشرط من تغييره.

و من ذلك تعرف ان الاشكال على المحقق القمى نفس الاشكال على النراقى رحمهما الله (فانه) اى القمى (بعد ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز فى نفسه- مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه-) اى ان المحرم هو «المستلزم» مع قطع النظر عن «الالتزام» فانك قد

عرفت فی کلام المصنف ان الحرام قد یکون «الملتزم» و قد یکون «الالتزام» (شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات) «شرب» مفعول «ذکر» (و) بعد ما ذکر (من امثلة ما یکون التزامه و الاستمرار علیه من المحرمات) ف «الالتزام» حرام لا- «الملتزم» (فعل المرجوحات و ترک المباحات و فعل المستحبات) «فعل» و «ترک» مفعولان «لذکر».

و ینبغی اضافة «فعل المباحات» لان ما ذکره القمی من العلة آت فیه أیضا (کان یشترط تقلیم الاظفار بالسنّ ابدا) فانه مکروه فی نفسه (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۳

ان لا یلبس الخزّ ابدا، و لا یترک النوافل فان جعل المکروه او المستحب واجبا، و جعل المباح حراما حرام الا برخصة شرعیة حاصلة من الاسباب الشرعیة، کالنذر و شبهه فیما ینعقد فیه و یستفاد ذلک من کلام علیّ علیه السلام فی روایة اسحاق بن عمار، من اشترط لامرأته شرطا فلیف لها به، فان المسلمین عند شروطهم الا

ان لا یلبس الخزّ ابدا) فان لبس الخزّ مباح (و لا یترک النوافل) فان النافلة مستحبة.

و انما لا یصح هذا النوع من الشرط (فان جعل المکروه او المستحب واجبا، و جعل المباح حراما) بل جعل الاحکام الثلاثة واجبا او حراما (حرام) خبر «ان» (الا برخصة شرعیة حاصلة من الاسباب الشرعیة، کالنذر و شبهه فیما ینعقد فیه) النذر، لان النذر لا ینعقد الا فی الامر الراجح.

و لا- یخفی انه علی ما ذکره القمّی ره لا- فرق بین النذر و الشرط فی ان کلا- منهما لا یتمکن من تغییر الحکم الکلّی، و فی ان کلا منهما یتمکن من تغییر الحکم الکلّی، و فی ان کلا- منهما یتمکن من تغییر الجزئیّات و یضاف فی النذر لزوم ان یکون متعلقه راجحا بخلاف الشرط، فتأمل.

قال المحقق ره: (و یستفاد ذلک) الّذی ذکرنا من ان «الالتزام» فی هذه الموارد حرام (من کلام علی علیه السلام فی روایة اسحاق بن عمار، من اشتراط لامرأته شرطا فلیف لها به، فان المسلمین عند شروطهم، الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۴

شرطا حرّم حلالا او احل حراما، قال قدس سره.

فان قلت: ان الشرط کالنذر و شبهه من الاسباب الشرعیة المغیرة للحکم بل الغالب فیه هو ایجاب ما لیس بواجب فان بیع الرجل ماله، او هبته لغیره مباح.

و اما لو اشترط فی ضمن عقد آخر یصیر واجبا فما وجه تخصیص الشرط بغیر ما ذکرته من الامثلة؟.

شرطا حرّم حلالا- او احل حراما) فان الشرط فی ان لا یفعل المباح تحریم للحلال (قال قدس سره) «قال» خبر «فانّه» الّذی ذکر قبل اسطر.

(فان قلت: ان الشرط کالنذر و شبهه من الاسباب الشرعیة المغیرة للحکم) فکما ان النذر یغیّر المباح الی الواجب، کذلک الشرط (بل الغالب فیه) ای فی الشرط (هو ایجاب ما لیس بواجب).

و انما قال «الغالب» لانه یصح ان یتعلق الشرط بالواجب، کان یشترط علی المشتری ان یصلی مثلا (فان بیع الرجل ماله، او هبته لغیره مباح) فی نفسه.

(و اما لو اشترط فی ضمن عقد آخر) مقابل ان یشترط ذلک فی نفس عقد الهبة مثلا، فانه لا یوجب- کما لا یخفی- (یصیر) البیع و الهبة (واجبا) فقد غیّر الشرط الحکم الاول، ای غیّر الاباحة الی الوجوب- (فما وجه تخصیص الشرط) الصحیح (بغیر ما ذکرته من

الامثلة؟) ای «تقلیم الاظفار ... الخ».

و الحاصل: انه لا فرق بین شرط البیع و الهبة، و بین شرط التقلیم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۵

قلت: الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال هو تأسیس القاعدة و هو تعلق الحکم بالحلّ او الحرمة ببعض الافعال علی سبیل العموم من دون النظر الی خصوصیة فرد، فتحریم الخمر معناه: منع المکلف عن شرب جمیع ما یصدق علیه هذا الکلّی، و کذا حلیة المبیع

و ترک النافلة فما هو الفارق الّذی اوجب ان یصح الشرط الاول و لا یصح الشرط الثانی، مع ان کلا من البیع و التقلیم مباح فی نفسه مع کراهة او بلا کراهة.

(قلت: الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال هو تأسیس) المشترط (القاعدة) الکلیة (و هو) ای تأسیس القاعدة انما یکون ب (تعلق الحکم بالحلّ او الحرمة ببعض الافعال علی سبیل العموم) ای ان یحرم المشترط او یحلّ فعلا من الافعال علی سبیل الکلیة، لا ان یحرم او یحلل فردا جزئیا من ذلک الفعل.

مثلا قد یحرم علی نفسه نکاح أیة امرأة، و هذا هو تأسیس القاعدة و قد یحرم علی نفسه نکاح هند مثلا و هذا لا بأس به، فالشرط المحرم للحلال و المحلل للحرام هو ما کان معلقا بالکلّیة (من دون النظر الی خصوصیة فرد) بان لا یشترط تحریم فرد- فانه لا بأس به-.

و ذلک یظهر بمثال ما ذکره بقوله: (فتحریم الخمر) التی حرمها الشارع (معناه: منع المکلّف عن شرب جمیع ما یصدق علیه هذا الکلی) الّذی هو الخمر (و کذا حلّیة المبیع) معناه إباحة کلی البیع للمکلف بحیث یحق له ان یزاول ایّ فرد منه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۶

فالتزوج و التسری امر کلی حلال، و التزام ترکه مستلزم لتحریمه.

و کذلک جمیع احکام الشرع من التکلیفیة و الوضعیّة و غیرها انما یتعلق بالجزئیات باعتبار تحقق الکلی فیها.

فالمراد من تحلیل الحرام، و تحریم الحلال المنهی عنه: هو ان یحدث المشترط قاعدة کلیة، و یبدع حکما جدیدا.

اذا عرفت المثال نقول: (فالتزوج و التسرّی امر کلی حلال، و التزام) الشارط (ترکه مستلزم لتحریمه) و هذا غیر جائز.

نعم اذا شرط عدم التسرّی بجاریة خاصة، او فی وقت خاص لم یکن بذلک بأس.

(و کذلک جمیع احکام الشرع من التکلیفیة) کترک النافلة (و الوضعیّة و غیرها) کترک التزوج مطلقا (انما یتعلق بالجزئیّات باعتبار تحقق الکلی فیها)

فنکاح هند حلال باعتبار ان کلی النکاح حلال، و نکاح هند فرد من ذلک الکلی.

و کذلک صلاة زید واجبة باعتبار انها فرد من کلی الصلاة، و صلاة زید فرد من ذلک الکلی و هکذا.

(فالمراد من تحلیل الحرام، و تحریم الحلال المنهی عنه) فی روایة:

المؤمنون عند شروطهم (هو ان یحدث المشترط قاعدة کلّیة، و یبدع حکما جدیدا) کتحریم نکاح مطلق النساء، او وجوب الاتیان بکل نافلة.

فان الاول تحریم للحلال و الثانی ایجاب للمستحب.

و قد اراد الشارع حلّیة الاول و استحباب الثانی، فما فعله المشترط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۷

و قد اجیز فی الشرع البناء علی الشروط الّا شرطا اوجب ابداع حکم کلی جدید، مثل تحریم التزوج و التسرّی و ان کان بالنسبة الی نفسه فقط.

و قد قال الله تعالی: فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ، و کجعل الخیرة فی الجماع و الطلاق بید المرأة و قد قال الله تعالی: الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَی النِّسٰاءِ.

و فیما لو اشترطت علیه ان لا تتزوج او لا تتسری بفلانة خاصة اشکال

بدعة.

(و قد اجیز فی الشرع البناء علی الشروط) الجزئیة، مثل ترک تزویج فلانة، او الاتیان فی هذا الیوم بالنافلة (الّا شرطا اوجب ابداع حکم کلی جدید، مثل تحریم التزوج و التسرّی) مطلقا بایة امرأة و أیة جاریة (و ان کان) التحریم (بالنسبة الی نفسه فقط) فانه أیضا کلی، و ان کان کلی التحریم بالنسبة الی کل واحد کلی اوسع من الکلیة السابقة.

(و) کیف یحرم علی نفسه مطلق التزوج و التسرّی، و الحال انه (قد قال الله تعالی: فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ) و قال سبحانه «أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ»* (و کجعل الخیرة فی الجماع و الطلاق بید المرأة) فانه لا یصح کیف (و قد قال الله تعالی: الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَی النِّسٰاءِ) و مقتضی القیمومة: ان یکون الامر بیده لا بیدها.

(و) اما (فیما لو اشترطت علیه ان لا تتزوج او لا تتسری) انت ایها الرجل (بفلانة خاصة اشکال) من انه جزئی، فلا بأس.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۴، ص: ۲۳۸

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۸

فما ذکر فی السؤال من وجوب البیع الخاص الّذی یشترطانه فی ضمن عقد لیس مما یوجب احداث حکم للبیع، و لا تبدیل حلال الشارع و حرامه.

کذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب، الی ان قال: قدس سره:

و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما یشترطانه من الشروط الجائزة لیس من باب تحلیل حرام، او تحریم حلال، او ایجاب جائز علی سبیل القاعدة

و من ان عدم التزوج بفلانة أیضا له شائبة الکلیة بالنسبة الی مختلف الازمنة و الخصوصیات، ففیه بأس.

نعم اذا شرطت ان لا یتزوج بها فی یوم کذا و ما اشبه فلا اشکال فیه (فما ذکر فی السؤال) ب «ان قلت ان الشرط ... الخ» (من وجوب البیع الخاص) وجوبه بالشرط (الّذی یشترطانه) ای یشترط ذلک البیع البائع و المشتری (فی ضمن عقد) بیع او اجارة او ما اشبه (لیس) ذلک الوجوب (مما یوجب احداث حکم للبیع) مقابل حکم الشارع (و لا) یوجب أیضا (تبدیل حلال الشارع و حرامه) حتی یشمله: الا ما حرم حلالا او احل حراما

(و کذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب) بان یطأها کل ستة اشهر بدل کل أربعة اشهر، فان ذلک لا یوجب تبدیل حکم الشارع (الی ان قال) المحقق القمی (قدس سره: و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما یشترطانه من الشروط الجائزة) «من» بیان «لما» (لیس من باب تحلیل حرام، او تحریم حلال، او ایجاب جائز) بحیث یکون (علی سبیل القاعدة) و الکلیة، فیشمله قوله علیه السلام: الا شرطا

حرم حلالا او احل حراما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۳۹

بل الّذى يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطانه و هذا الحكم أيضا من جعل الشارع.

فقولنا: العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب، حكم كلي شرعى، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام، و عكسه بل انما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه

و للنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم

(بل الّذى يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلى) «حكم» فاعل «يحصل» (هو) خبر «الّذى» (وجوب العمل على ما يشترطانه).

فان المستفاد من الادلة المختلفة و الموارد الجزئية الواردة فى الشريعة: انه يلزم العمل بما يشترطه الطرفان المتعاقدان اذا لم يكن على سبيل القاعدة (و هذا الحكم) اى حكم وجوب العمل بالشرط (أيضا من جعل الشارع) فليس هو فى مقابل حكم الشارع و فى مقابل جعله.

(فقولنا: العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب، حكم كلي شرعى) لان الشارع قال بوجوبه (و حصوله) اى حصول هذا الوجوب (ليس من جانب شرطنا) حتى يقال: ان شرطكم اوجب ما ليس بواجب فى الشرع (حتى يكون من باب تحليل الحرام، و عكسه) و هو تحريم الحلال (بل انما هو) وجوب العمل بالشرط (صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه) اى كلام المحقق القمى.

(و للنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم) حيث انه فرق بين النذر و بين الشرط، مع انهما من باب واحد، و انه جعل تحريم الحلال و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۰

و اللّه العالم.

الشرط الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد،

و الا لم يصح لوجهين.

احدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الّذى لا يتخلف عنه، و بين الشرط

تحليل الحرام خاصا بما اذا كان المتعلق كليا، مع انه مطلق فى الرواية و جعل تعلق الشرط بالكلّى بدعة، مع انه داخل فى: المؤمنون عند شروطهم، الى غير ذلك (و الله العالم) بحقائق الاحكام.

(الشرط الخامس) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون) الشرط (منافيا لمقتضى العقد) منافاة تباين، او عموم مطلق، او عموم من وجه.

فالاول: مثل ان ينكحها بشرط ان تبقى اجنبية.

و الثانى: مثل ان ينكحها بشرط ان تكون فى بعض الايام اجنبية.

و الثالث: ان ينكحها متعة سنة، بشرط ان تكون من ستة اشهر الى بعد سنة كاملة اجنبية.

فانهما يجتمعان فى الستة الاشهر المتوسطة، و يفترق النكاح فى الستة الاشهر الاولى، و يفترق الشرط فى الستة الاشهر الاخيرة (و الا) اى ان شرط ما ينافى العقد (لم يصح) الشرط (لوجهين).

(احدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه) اى مقتضى العقد (الّذى لا يتخلف) ذلك المقتضى (عنه) اى عن العقد، فان مقتضى العقد الزوجية و هى لا تتخلّف عن عقد النكاح (و بين الشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۱

الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط فلا بدّ اما ان يحكم بتساقط كليهما، و اما ان يقدم جانب العقد، لانه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع.

و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثانى: ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه،

الملزم)- بصيغة المفعول- (لعدم تحققه) اى عدم تحقق المقتضى (فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط) لانه من الجمع بين المتنافيين (فلا بدّ) له اذا شرط هذا الشرط (اما ان يحكم بتساقط كليهما) فيبطل العقد و الشرط معا (و اما ان يقدم جانب العقد، لانه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع) و مقصود بالعرض فيسقط الشرط.

(و على كل تقدير) سواء سقط كلاهما، او سقط الشرط ف (لا يصح الشرط) و هذا هو المطلوب.

(الثانى: ان الشرط المنافى) لمقتضى العقد (مخالف للكتاب و السنة الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه) اذ الشريعة دلّت على ان العقد الفلانى مقتضاه كذا، فاذا شرطنا عدم ذلك المقتضى، فقد خالفنا الشريعة.

لكن الظاهر ان مثل هذه المخالفة اذا لم تكن تشريعا لم تكن حراما فلم يفعل المشترط الحرام، و انما بطل شرطه فقط، و ابطل العقد أيضا، ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۲

فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب.

و لذا ذكر فى التذكرة: ان اشتراط عدم بيع المبيع، مناف لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: الناس مسلطون على اموالهم.

و دعوى ان العقد انما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام، اذ الكلام فى

قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (فاشتراط تخلفه) اى العقد (عنه) اى عن مقتضاه (مخالف للكتاب) و السنة.

(و لذا) الّذى انه مخالف للشريعة (ذكر فى التذكرة: ان اشتراط) البائع على المشترى (عدم بيع المبيع، مناف لمقتضى ملكيته) لان مقتضى الملك ان يكون للمشترى السلطة على كل تصرف (فيخالف) هذا الشرط (قوله صلى الله عليه و آله و سلم: الناس مسلطون على اموالهم).

لكن لا يخفى ما فى الصغرى، اذ اقتضاء العقد جواز البيع، و هو مقتضى اطلاقه لا مقتضى ماهيته.

(و) ان قلت: ان العقد لا يقتضى شيئا الا بسبب اطلاقه، فاذا شرط عدم ذلك الشيء كان الشرط منافيا للاطلاق لا للماهية.

قلت: (دعوى ان العقد انما يقتضى ذلك) المقتضى- بالفتح- (مع عدم اشتراط عدمه) اى اشتراط عدم ذلك المقتضى- بالفتح- (فيه) اى فى العقد (لا) ان العقد يقتضى ذلك (مطلقا) سواء اشتراط عدمه، أم لم يشترط (خروج عن محل الكلام) الّذى نحن بصدده (اذ الكلام فى)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۳

ما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية فى كل فرد منه، لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه، و خلوه عن الشرائط و القيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيد يقيده، و شرط يشترط فيه، هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط فلا اشكال فى اصل الحكم و انما الاشكال فى تشخيص

الشرط الّذى يخالف (ما يقتضيه مطلق العقد) اى العقد مطلقا (و طبيعته السارية فى كل فرد منه) حتى كان الشرط مخالفا لماهية العقد (لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه) و عدم ذكر الشرط فيه (و) بوصف (خلوه عن الشرائط و القيود)- لا ما يقتضيه ..- (حتى لا ينافى تخلفه) اى العقد (عنه) اى عن ذلك المقتضى- بالفتح- تخلفا (ل) اجل (قيد يقيده) اى يقيد العقد (و شرط يشترط فيه) عطف بيان لقوله «لقيد يقيده».

مثلا شرط ان لا يكون المبيع ملكا للمشترى، مناف للعقد مطلقا، و شرط ان لا يبيعه مناف للعقد المطلق، و كلا منا نحن فى الاول لا فى الثانى.

فاذا شرط ان لا يملكه بطل الشرط، لانه مناف لماهية العقد.

اما اذا شرط ان لا يبيعه لم يكن منافيا للماهية، و انما نافى الاطلاق.

و من الواضح ان كل شرط ينافى الاطلاق، ليس بمضرّ (هذا كله) دليلان لاشتراط ان لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد (مع) ان هناك دليلا ثالثا و هو: (تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط) المنافى لمقتضى العقد (فلا اشكال فى اصل الحكم) و ان الشرط المنافى لمقتضى العقد باطل (و انما الاشكال فى تشخيص

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۴

آثار العقد التى لا يتخلف عن مطلق العقد فى نظرا العرف او الشرع و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد، و ان اتضح ذلك فى بعض الموارد لكون الاثر كالمقوم العرفى للبيع او غرضا اصليا كاشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع، و عدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك، الا ان الاشكال فى كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم

آثار العقد التى لا- يتخلف عن مطلق العقد) لانها من آثار الماهية (فى نظرا العرف) الممضى من قبل الشرع (او الشرع) و ان لم ير العرف ذلك الأثر من مقتضيات الماهية.

مثلا «الملكية» من آثار ماهية البيع عرفا، اما القبض فى باب السلم فانه ليس من آثار الماهية عرفا، و انما هو اثر الماهية شرعا، فاذا شرط عدمه بطل الشرط (و) فى (تميزها) اى تميز آثار الماهية (عما) اى عن الآثار التى (يقبل التخلف) عن العقد تخلفا (لخصوصية) كالشرط مثلا (تعترى) و تطرأ تلك الخصوصية (العقد) و الاشكال فى بعض الآثار (و ان اتضح ذلك) و ان الشرط مخالف للماهية (فى بعض الموارد لكون الاثر كالمقوم العرفى للبيع او غرضا اصليا) فان لم يكن مقوّما (كاشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع، و عدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر) فان التصرف و الاستمتاع مقومان او غرضان اصليان، فاشتراط عدمهما مخالف لمقتضى العقد (و نحو ذلك) كان يشترط فى العارية ان لا يسلمها للمستعير (الا ان الاشكال فى كثير من المواضع خصوصا) يقع الاشكال (بعد ملاحظة اتفاقهم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۵

على الجواز فى بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه، و يصعب الفرق بينهما و ان تكلف له بعض، مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع، و الهبة فى ضمن عقد البيع، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل او وقفه حتى على البائع و ولده، كما صرح به فى التذكرة.

و قد اعترف فى التحرير بان اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد.

على الجواز فى بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه) اى عدم جواز الشرط و انه شرط باطل (فيما يشبهه) فى الخصوصيات (و

یصعب الفرق بینهما) ای بین الشبیهین اللذین قالوا بعدم الجواز هنا، و بالجواز فی شبیهه (و ان تکلف له) ای لبیان الفرق (بعض) الفقهاء (مثلا المعروف) بینهم (عدم جواز) شرط (المنع عن البیع، و الهبة فی ضمن عقد البیع) بان یبیعه علی شرط ان لا یبیعه المشتری لاحد، و ان لا یهبه لاحد، قالوا لان هذا الشرط خلاف مقتضی العقد، فان مقتضی العقد التسلط الکامل علی المبیع، و هذا الشرط ینافی التسلط الکامل (و جواز اشتراط عتقه بعد البیع بلا فصل) مع انه أیضا مناف للسلطة، اذ قید «بلا فصل» یوجب ان لا یتمکن المشتری من ایّ تصرف فیه (او وقفه حتی علی البائع و ولده) ای ولد البائع الّذی یوجب ان لا ینتفع المشتری به اصلا (کما صرح به فی التذکرة) و الحال ان المنع عن البیع و الهبة مثل شرط الوقف و العتق کلا هما اما مناف لمقتضی العقد، فاللازم بطلان الشرط فیهما، و اما لیس بمناف فاللازم صحة الشرط فیهما.

(و قد اعترف فی التحریر بان اشتراط العتق مما ینافی مقتضی العقد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۶

و انما جاز لبناء العتق علی التغلیب.

و هذا لو تم لم یجز فی الوقف، خصوصا علی البائع و ولده، فانه شرط مناف کالعتق لیس مبنیا علی التغلیب.

و لاجل ما ذکرنا وقع فی موارد کثیرة الخلاف و الاشکال فی ان الشرط الفلانی مخالف لمقتضی العقد، أم لا، منها اشتراط عدم البیع، فان المشهور عدم الجواز.

فان العقد یقتضی التسلط، و شرط العتق یقتضی عدم التسلط.

(و انما جاز) شرط العتق (لبناء العتق علی التغلیب) ای ان کل شائبة من العتق توجب ترتب العتق علیها.

(و هذا) الکلام من التذکرة (لو تم) فی شرط العتق- لانه مبنی علی التغلیب- (لم یجز فی الوقف) لانه غیر مبنی علی التغلیب (خصوصا علی البائع و ولده، فانه شرط مناف) لمقتضی العقد (کالعتق) الّذی هو مناف، و (لیس مبنیا علی التغلیب).

(و لاجل ما ذکرنا) من عدم وضوح مقتضیات العقود (وقع فی موارد کثیرة الخلاف و الاشکال فی ان الشرط الفلانی مخالف لمقتضی العقد، أم لا).

لکن اللازم ان نقول بصحة کل شرط الا اذا علمنا بانه مخالف لمقتضی العقد علما من العرف او من الشرع.

ف (منها) ای من تلک الموارد (اشتراط عدم البیع، فان المشهور عدم الجواز) لان مقتضی البیع التسلط التام علی البیع، فاذا شرط عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۷

لکن العلامة فی التذکرة استشکل فی ذلک، بل قوی بعض من تأخر عنه صحته.

و منها: ما ذکره فی الدروس فی بیع الحیوان من جواز الشرکة فیه اذا قال: الربح لنا و لا خسران علیک لصحیحة رفاعة فی الشرکة فی الجاریة.

قال: و منعه ابن ادریس لانه مناف لقضیة الشرکة.

بیعه کان ذلک خلاف مقتضی العقد، فیبطل الشرط.

(لکن العلامة فی التذکرة استشکل فی ذلک) ای فی کون شرط عدم البیع شرطا فاسدا (بل قوّی بعض من تأخر عنه صحته) لانه خلاف اطلاق العقد، لا خلاف مقتضی العقد، و هذا عندی اقرب.

(و منها: ما ذکره فی الدروس فی بیع الحیوان من جواز الشرکة فیه) ای فی الحیوان (اذا قال) احدهما للشریک الآخر (الربح لنا) جمیعا (و لا خسران علیک) و انما الخسارة علیّ فقط (لصحیحة رفاعة فی الشرکة فی الجاریة) قال سألت أبا الحسن علیه السلام، عن رجل

شارک آخر فی جاریة له، و قال: ان ربحنا فیها فلک نصف الربح، و ان کانت خسارة فلیس علیک شیء فقال علیه السلام: لا اری بذلک بأسا اذا طابت نفس صاحب الجاریة.

و مثلها: خبر ابی الربیع عن الصادق علیه السلام: الّا انه قال لا اری بهذا بأسا اذا کانت الجاریة للقائل.

(قال: و منعه ابن ادریس لانه مناف لقضیة الشرکة) ای لمقتضاها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۸

قلنا: لا نسلّم ان تبعیة المال لازمة لمطلق الشرکة، بل للشرکة المطلقة، و الاقرب تعدّی الحکم الی غیر الجاریة من المبیعات انتهی.

و منها: ما اشتهر بینهم من جواز اشتراط الضمان فی العاریة، و عدم جوازه فی الاجارة مستدلّین بان مقتضی عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر، فاورد

اذ الشرکة تقتضی الاشتراک فی الربح و الخسارة.

(قلنا) هذا مقالة الشهید فی ردّ ابن ادریس (لا نسلّم ان تبعیة المال لازمة لمطلق الشرکة) حتی تکون التبعیة من ماهیة الشرکة (بل للشرکة المطلقة) ای اطلاقها و عدم تقییدها، فاذا قیدت الشرکة کان اللازم اتباع القید (و الأقرب تعدّی الحکم) بعدم تحمل احد الشریکین الخسارة (الی غیر الجاریة من المبیعات).

اذ لا خصوصیة للجاریة فی النص، فاطلاق ادلّة المؤمنون عند شروطهم شامل لکل موارد الشرکة اذ قد عرفت ان هذا الشرط لیس خلاف مقتضی العقد، بل خلاف اطلاقه (انتهی) کلام الدروس.

(و منها: ما اشتهر بینهم من جواز اشتراط الضمان فی العاریة) فیجوز للمعیر أن یشترط ضمان المستعیر اذا تلف المتاع بدون تعدّ او تفریط، اما مع التعدّی و التفریط فهو ضامن بلا اشکال (و عدم جوازه فی الاجارة) و ذلک لان المستأجر امین، و لیس علی الامین الا الیمین (مستدلّین) علی عدم صحة شرط الضمان فی الاجارة (بان مقتضی عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر) فشرط الضمان خلاف مقتضی العقد (فاورد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۴۹

علیهم المحقق الاردبیلی و تبعه جمال المحققین فی حاشیة الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلک، انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظیر العاریة.

و منها: اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها، فقد جوزه جماعة لعدم المانع، و للنص.

و منعه آخرون، منهم فخر الدین فی الایضاح مستدلّا بان مقتضی العقد تسلط الرجل علی المرأة فی الاستمتاع و الاسکان.

علیهم المحقق الاردبیلی و تبعه جمال المحققین فی حاشیة الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد) ای ماهیة عقد الاجارة (لذلک) ای لعدم الضمان (انما المسلم اقتضاء العقد المطلق) ای (المجرد عن اشتراط الضمان) اما اذا کان العقد مقیدا بالضمان فالشرط نافذ فیه (نظیر العاریة) فما الّذی اوجب ان یقولوا بصحة الشرط فی العاریة و لا یقولوا بصحة الشرط فی الاجارة؟ ثم انه لا فرق بین المستأجر و الاجیر فی هذا الحکم

(و منها: اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها) الا برضاها (فقد جوزه جماعة) بالشرط فی ضمن العقد (لعدم المانع) من هذا الشرط لانه لیس مخالفا للکتاب و السنة، و لا مخالفا لمقتضی العقد (و للنص) الوارد فی ذلک.

(و منعه آخرون، منهم فخر الدین فی الایضاح) لان هذا الشرط خلاف مقتضی العقد (مستدلا بان مقتضی العقد تسلط الرجل علی المرأة فی الاستمتاع و الاسکان) فشرط کون الاسکان بید المرأة خلاف مقتضی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۰

و قد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء

و منها: مسئلة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط او معه و عدم توارثهما مع

العقد.

(و قد بالغ) فخر الدين (حتى جعل هذا) الّذى ذكره من كون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد (قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء) فاذا قبل الرجل الشرط كان الشرط باطلا، لكن يستحب له الوفاء بالشرط لانه اعطاها وعدا بذلك.

و فيه أولا: انه ليس خلاف مقتضى العقد.

و ثانيا: انا اذا رأينا شيئا خلاف مقتضى العقد ثم راينا نصا صحيحا يقول بصحته كان اللازم ان نخطئ رأينا، و نقول ان الرواية قرينة على ان الشيء الفلانى ليس مقتضى العقد.

(و منها: مسئلة توارث الزوجين بالعقد المنقطع).

و فى المسألة أربعة اقوال.

الاول: ان العقد المنقطع يوجب التوارث كالعقد الدائم- مطلقا- و هذا ما اشار إليه المصنف بقوله: (من دون شرط).

الثانى: انه ان شرط الارث كان الارث، و الا فلا إرث، و هذا ما اشار إليه بقوله: (او معه) اى مع شرط الارث.

الثالث: انهما لا يتوارثان اذا شرط عدم الارث، اما اذا لم يشترط عدم الارث فهما يتوارثان، و هذا ما اشار إليه بقوله: (و عدم توارثهما مع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۱

الشرط، أو لا معه، فانها مبنية على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع قال فى الايضاح- ما ملخّصه بعد اسقاطه ما لا يرتبط بالمقام- انهم اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى التوارث، أم لا.

و على الاول فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لان كل ما تقتضيه الماهية من حيث هى هى فيستحيل عدمه مع وجودها.

الشرط) اى مع شرط عدم الارث.

الرابع: انهما لا يتوارثان مطلقا، سواء شرطا الارث، أم لم يشترطا و هذا ما اشار إليه بقوله: (او لا معه)- و لا يخفى غموض العبارة- (فانها) اى هذه المسألة (مبنية) فى الجملة (على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع).

و لتوضيح المطلب ننقل كلام فخر الدين (قال فى الايضاح- ما ملخّصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام- انهم اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى التوارث، أم لا) قولان.

(و على الاول) و هو اقتضاء هذا العقد التوارث (فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو) فحال الزوجة المنقطعة حال الزوجة الدائمة فى انها ترث (فعلى هذا القول لو شرط سقوطه) اى سقوط الارث (لبطل الشرط، لان كل ما تقتضيه الماهية من حيث هى هى) اى من حيث هى ماهية، سواء كان ذلك فى الامور العينية او الامور الاعتبارية (فيستحيل عدمه) اى عدم ذلك «المقتضى» بالفتح (مع وجودها) اى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۲

و قيل: المقتضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط نقيضه اعنى الماهيّة بشرط لا شيء، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه.

و على الثانى: قيل: يثبت مع الاشتراط، و يسقط مع عدمه، و قيل:

لا يصح اشتراطه، انتهى.

و مرجع القولين الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد، او ماهيته.

وجود الماهيّة.

مثلا: يستحيل وجود الانسان بدون وجود الحيوان الناطق و يستحيل وجود البيع بدون وجود النقل و الانتقال.

(و قيل: المقتضى) للارث فى المتعة (اطلاق العقد) و عدم شرط نقيض الارث فيه (اى العقد المجرّد عن شرط نقيضه) اى نقيض الارث (اعنى) المقتضى للارث (الماهية بشرط لا شيء، فيثبت الارث) فى المتعة (ما لم يشترط سقوطه) اى سقوط الارث.

(و على الثانى) و هو ما اشار إليه بقوله «أولا» (قيل يثبت) الارث (مع الاشتراط، و يسقط مع عدمه) اى عدم الاشتراط (و قيل لا يصح اشتراطه) اصلا، فهو من قبيل شرط إرث الاجنبى (انتهى) كلام الايضاح.

(و مرجع القولين) اى القولين المذكورين بعد قوله «و على الثانى» (الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد) اعنى الماهية بشرط لا شيء و عليه يثبت الارث مع الاشتراط (او) من مقتضى (ماهيته) فلا يصح اشتراط الارث.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۳

و اختار هو هذا القول الرابع تبعا لجدّه و والده قدس سرهما.

و استدل عليه اخيرا بما دلّ على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال: فجعل نفى الارث من مقتضى الماهيّة.

و لاجل صعوبة دفع ما ذكرنا- من الاشكال فى تميّز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه- التجأ المحقق الثانى

(و اختار هو) الايضاح (هذا القول الرابع) اى ان ماهية العقد تقتضى عدم التوارث، فلا يرث حتى مع الاشتراط (تبعا لجدّه و والده) العلامة (قدس سرهما).

(و استدل عليه) اى على ما اختاره من القول الرابع (اخيرا بما دلّ على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال) الايضاح فى وجه الاستدلال بهذه الرواية لمذهبه (فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية).

و من المعلوم ان ما كان من مقتضى الماهية لا يتغير بالاشتراط، فلو شرط الارث لم يصح الشرط، بل بقيت المتعة على حالها فى انها لا توجب الارث.

(و) كيف كان، ف (لاجل صعوبة دفع ما ذكرنا- من الاشكال فى تميّز مقتضيات ماهية العقد) حتى لا ينفع الشرط المخالف، لان مقتضى الماهية لا يتغير (من مقتضيات اطلاقه-) حتى ينفع الشرط المخالف، لانّه اذا قيّد الاطلاق ارتفع الاطلاق.

و لاجل ما ذكرنا (التجأ المحقق الثانى) الكركى ره صاحب جامع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۴

مع كمال تبحّره فى الفقه حتى ثنّى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافات، و عدم الاجماع على الصحة او البطلان الى نظر الفقيه.

فقال أوّلا: المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الأثر الّذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه و رتب عليه

المقاصد (مع كمال تبحّره فى الفقه حتى ثنّى به المحقق) و اولهما المحقق الحلى صاحب الشرائع (فارجع هذا التمييز) بين مقتضى الماهية، و مقتضى الاطلاق (عند عدم اتضاح المنافات) اى عدم وضوح منافات الشرط لمقتضى العقد (و) عند (عدم الاجماع على

الصحة او البطلان) فان کان هناک وضوح فی المنافات بطل الشرط، و ان کان هناک اجماع علی صحة الشرط او علی بطلان الشرط قلنا بمقتضی الاجماع.

اما اذا لم یکن وضوح و لا اجماع فیرجع (الی نظر الفقیه) متعلق بقوله «فارجع».

ای ان رأی الفقیه- من القرائن- ان الشرط، مناف، حکم ببطلانه و الا حکم بصحته، و لم یجعل لذلک میزانا، مع ان الارجاع الی نظر الفقیه یقتضی ان یکون نظر کل فقیه شیئا و هذا مما یوجب الفوضی.

(فقال) المحقق الثانی (أوّلا: المراد بمنافی مقتضی العقد ما یقتضی عدم ترتب الأثر الّذی جعل الشارع العقد من حیث هو هو) «ما یقتضی» بیان «للمنافی» و «الّذی» صفة «الأثر» (بحیث یقتضیه) «بحیث» متعلق ب «جعل» (و رتب)- بالمجهول- ای رتب ذلک الاثر (علیه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۵

علی انه اثره و فائدته التی لاجلها وضع، کانتقال العوضین الی المتعاقدین و اطلاق التصرف فیهما فی البیع، و ثبوت التوثق فی الرهن و المال فی ذمة الضامن بالنسبة الی الضمان، و انتقال الحق الی ذمة المحال علیه فی الحوالة، و نحو ذلک فاذا شرط عدمها او عدم البعض

ای علی العقد (علی انه اثره) ای اثر العقد (و فائدته التی لاجلها) ای لاجل تلک الفائدة (وضع) العقد و مثّل لمقتضی العقد بقوله: (کانتقال العوضین الی المتعاقدین و) ک (اطلاق التصرف فیهما) فکل من المتعاقدین له حق التصرف فی العوض الّذی انتقل إلیه (فی) باب (البیع) فاذا شرط عدم الانتقال، او شرط ان لا حق للمنتقل إلیه التصرف فی الشیء الّذی انتقل إلیه، کان الشرط منافیا لمقتضی العقد (و) ک (ثبوت التوثق فی) باب (الرهن) فاذا شرط عدم کون المال المرهون وثیقة، کان ذلک خلاف مقتضی العقد (و) کثبوت (المال فی ذمة الضامن بالنسبة الی) باب (الضمان) فانه من مقتضیات عقد الضمان، فاذا شرط عدمه کان ذلک الشرط خلاف مقتضی العقد (و) ک (انتقال الحق الی ذمة المحال علیه فی) باب (الحوالة) فاذا اشترط عدم انتقال الحق کان ذلک الشرط خلاف مقتضی عقد الحوالة (و نحو ذلک) کاشتراط عدم السقی فی باب المساقات، و اشتراط عدم الفرقة فی باب الطلاق، فان حال العقود و الایقاعات واحد من هذه الجهة (فاذا شرط عدمها) ای عدم هذه الفوائد التی هی آثار لتلک العقود و الایقاعات (او عدم البعض) ای عدم بعض الأثر فی بعض الاحیان، کان اشترط عدم ترتب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۶

اصلا نافی مقتضی العقد.

ثم اعترض علی ذلک بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معینا و اجاب بکفایة جواز الانتفاع وقتا ما فی مقتضی العقد.

ثم اعترض بان العقد یقتضی الانتفاع مطلقا، فالمنع عن البعض مناف له.

ثم قال: و دفع ذلک لا یخلو عن عسر

آثار الملک فی ایام الجمعة عند البیع (اصلا) ای عدم الکل او عدم البعض اطلاقا، لا العدم فی الجملة، فان کل شرط یرفع بعض الآثار فی الجملة (نافی) هذا الشرط (مقتضی العقد) فیکون الشرط باطلا.

(ثم اعترض علی ذلک) الّذی ذکره من ان رفع بعض الآثار موجب لکونه خلاف مقتضی العقد (بصحة اشتراط عدم الانتفاع) فی باب البیع (زمانا معینا) کان یشترط علیه ان لا ینتفع بالدار فی ایام الجمعة فان هذا شرط صحیح قطعا (و اجاب بکفایة جواز الانتفاع وقتا ما) فی الجملة (فی مقتضی العقد) فان المنافی لمقتضی العقد عدم الانتفاع مطلقا، او عدم ترتب آثار الملک و لو فی بعض الاحیان، اما

عدم الانتفاع فى الجملة فليس منافيا، اذ الانتفاع مطلقا من آثار اطلاق العقد.

(ثم اعترض) على جواب الاعتراض (بان العقد يقتضى الانتفاع مطلقا فالمنع عن البعض) اى بعض الانتفاعات (مناف له) اى لمقتضى العقد.

(ثم قال: و دفع ذلك) الاعتراض (لا يخلو عن عسر) و كانه اعتقد ان مقتضى العقد الانتفاع المطلق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۷

و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا، فان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له.

ثم قال: و لا يمكن ان يقال ان مقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله كانتقال العوضين، فان ذلك ينافى منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلا

لكنك قد عرفت ان المقتضى الانتفاع فى الجملة، فاذا اطلق العقد اقتضى الانتفاع مطلقا، و الا لم يطلق بان شرط عدم الانتفاع فى بعض الاوقات، كان ذلك خلاف اطلاق العقد، لا خلاف ماهية العقد.

قال: (و كذا) لا يخلو عن عسر (القول فى نحو خيار الحيوان مثلا، فان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له) اى منافيا لمقتضى العقد، فيلزم ان يكون هذا الشرط باطلا.

(ثم قال: و لا يمكن ان يقال) فى توجيه صحة ما ذكرنا انه «لا يخلو عن عسر» (ان مقتضى العقد ما لم يجعل) العقد (الا لاجله، كانتقال العوضين) فى باب البيع، فان العقد وضع لانتقال العوضين، فالشرط الّذى ينافى ذلك باطل.

اما شرط عدم الانتفاع فى الجملة، او شرط عدم خيار الحيوان فلا ينافى مقتضى العقد، فلما ذا قلتم ان فيه عسرا، و انما لا يمكن ان يقال لان العقد وضع للانتقال و الانتفاع، و من مقتضى ماهية الخيار (فان ذلك) الّذى ذكرتم لو صحّ بان العقد وضع للانتقال فقط، فهو (ينافى منع اشتراط ان لا يبيع) المشترى (المبيع مثلا).

فحيث منع الفقهاء من شرط ان لا يبيع المبيع، تبين ان مقتضى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۸

ثم قال: و الحاسم لمادة الاشكال ان الشروط على اقسام.

منها: ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد.

و منها: ما وضح فيه المنافات للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع، او وضح مقابله و لا كلام فيما وضح.

و منها: ما ليس واحدا من النوعين، فهو

العقد الانتفاع بالإضافة الى الانتقال.

(ثم قال: و الحاسم لمادة الاشكال) حتى يعرف انّ اى شرط ينافى و اى شرط لا ينافى (ان الشروط على اقسام).

(منها: ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد) مثل: ان يرث الاجنبية، فانه مجمع على فساده و مثل: ان يشترط خياطة ثوبه، فانه مجمع على صحته.

(و منها: ما وضح فيه المنافات للمقتضى) اى مقتضى العقد (كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع) بان يشترط المشترى على البائع ان المبيع مضمون على البائع، بعد ان قبضه المشترى و كذا العكس بان اشترط البائع ضمان الثمن على المشترى، بعد ان قبض الثمن، فان مثل هذا الشرط مناف لمقتضى العقد الّذى يقول: بان الملك ينتقل الى المنتقل إليه انتقالا كاملا، فتلفه من كيس المنتقل إليه، لا المنتقل عنه (او وضح مقابله) و انه ليس منافيا لمقتضى العقد، كاكثر الشروط التى يشترطها احد المتعاقدين على الآخر (و لا كلام فيما وضح) منافاته و عدم منافاته.

(و منها: ما ليس واحدا من النوعين) فلا اجماع و لا وضوح (فهو)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۵۹

بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول وضوح المنافات ان كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين، و عدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه فلا يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفى.

و ان كان بغير العرف، فمرجعه الى الشرع، من نص او اجماع على صحة الاشتراط و عدمه

اى هذا القسم من الشروط (بحسب نظر الفقيه) فان رأى حسب اجتهاده انه مناف لمقتضى العقد ابطله، و ان رأى انه ليس بمناف قال بصحته (انتهى كلامه رفع مقامه).

(اقول) يدل على قوله «و منها: ما وضح فيه المنافات ... الخ» ان (وضوح المنافات ان كان بالعرف) اى ان العرف يرى بكل وضوح ان العقد مناف للشرط (كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين) فى باب البيع (و عدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه، ف) يرد على المحقق الثانى انه (لا- يتأتى معه) اى مع وضوح المنافات (إنشاء مفهوم العقد العرفى) فالعقد باطل من رأس، لا ان العقد يقع و لكن الشرط باطل، فان الانسان لا يتمكن من إنشاء المتناقضين، و الحال ان كلام المحقق فى بطلان الشرط.

(و ان كان) وضوح المنافات الّذى ذكره المحقق (بغير العرف، فمرجعه) اى مرجع وضوح المنافات (الى الشرع، من نص او اجماع على صحة الاشتراط و عدمه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۰

و مع عدمها وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه.

فان دل عليه على وجه يعارض بإطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حينئذ للكتاب و السنة.

و على هذا يرد الاشكال على المحقق فى شقّه الاخير الّذى ذكره بقوله «و منها: ما ليس واحدا من النوعين» (و مع عدمهما) اى عدم النص و الاجماع (وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه) شرطا فى ضمن العقد.

(فان دل) الدليل (عليه) اى على ذلك الاثر (على وجه يعارض) دليل الأثر (بإطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به) اى بالشرط، و هو المؤمنون عند شروطهم، معارضة (بحيث لو اوجبنا الوفاء به) اى بالشرط (وجب طرح عموم ذلك الدليل) الدال على ذلك الأثر (و تخصيصه) عطف بيان ل «طرح عموم» (حكم بفساد الشرط) المذكور (لمخالفته) اى الشرط (حينئذ) اى حين كان معارضا لعموم دليل ذلك الاثر (للكتاب و السنة).

مثلا عموم الكتاب الّذى يقول «الرِّجالُ قَوّامُونَ» يدل على ان الوطى بيد الرجل، فاذا شرطت الزوجة ان يكون الوطى بيدها، كان دليل «أَوْفُوا» معارضا لدليل «قَوّامُونَ».

فاذا قدمنا دليل الشرط لزم طرح عموم «قَوّامُونَ» و عليه: فنطرح

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۱

و ان دل على ثبوته للعقد لو خلّى و طبعه، بحيث لا ينافى تغير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط.

و قد فهم من قوله تعالى: الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ، ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا- تتغير، فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافيا لهذا الاثر، و لم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا.

دلیل الوفاء بالنسبة الی هذا الشرط، و تکون النتیجة ان الشرط باطل و الوطی یبقی بید الزوج.

(و ان دل) دلیل ذلک الاثر (علی ثبوته للعقد لو خلّی) العقد (و طبعه، بحیث لا ینافی) دلیل ذلک الاثر (تغیر حکمه بالشرط حکم بصحة الشرط) لان الشرط یقید اطلاق دلیل الاثر.

(و قد فهم) الفقهاء (من قوله تعالی: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّسَاءِ

ان السلطنة علی الزوجة من آثار الزوجیة التی لا تتغیر) و فهموا ان من آثار هذه السلطنة کون الجماع بید الرجل (فجعل) الفقهاء (اشتراط کون الجماع بید الزوجة فی الروایة السابقة) فی اوّل المبحث (منافیا لهذا الاثر).

و لذا اسقطوا هذا الشرط (و لم یجعل) الفقهاء (اشتراط عدم الاخراج) للزوجة (من البلد منافیا) لهذه السلطنة، و لذا جعلوا شرط عدم اخراجها من بلدها نافذا لانه خلاف اطلاق العقد لا خلاف ماهیة العقد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۲

و قد فهم الفقهاء من قوله: البیعان بالخیار حتی یفترقا فان افترقا وجب البیع عدم التنافی، فاجمعوا علی صحة اشتراط سقوط الخیار الّذی هو من الآثار الشرعیة للعقد، و کذا علی صحة اشتراط الخیار بعد الافتراق.

و لو شک فی مؤدّی الدلیل وجب الرجوع الی اصالة ثبوت ذلک الأثر علی الوجه الثانی، فیبقی عموم ادلة الشرط سلیما عن المخصص.

(و قد فهم الفقهاء من قوله: البیعان بالخیار حتی یفترقا فان افترقا وجب البیع عدم التنافی) بین هذا الدلیل و بین دلیل: المؤمنون عند شروطهم (فاجمعوا علی صحة اشتراط سقوط الخیار الّذی هو من الآثار الشرعیة) لا آثار الماهیة العرفیة مثل الانتقال فی البیع (للعقد، و کذا) فهموا عدم التنافی بین دلیل الشرط و دلیل لزوم البیع بعد الافتراق، فاجمعوا (علی صحة اشتراط الخیار بعد الافتراق) و هل فهمهم حجة لنا؟ الظاهر، لا، و لذا لا یستبعد انه فی ایّ مقام لم یدل دلیل قطعی علی کونه خلاف مقتضی العقد نحکم بمقتضی الشرط.

(و لو شک فی مؤدّی الدلیل) المثبت لذلک الاثر علی العقد، و هل انه علی وجه العموم او انه اثر للعقد لو خلّی و طبعه؟ (وجب الرجوع الی اصالة ثبوت ذلک الأثر علی الوجه الثانی) ای انه اثر للعقد لو خلّی و طبعه (فیبقی عموم ادلة الشرط) مثل: المؤمنون عند شروطهم (سلیما عن المخصص) فیحکم بمقتضی الشرط.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۳

و قد ذکرنا هذا فی بیان معنی مخالفة الکتاب و السنة.

الشرط السادس: ان یکون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فی البیع

لان الشرط فی الحقیقة کالجزء من العوضین،

(و قد ذکرنا هذا) و ان الاثر من باب العموم، او من باب لو خلّی و طبعه (فی بیان معنی مخالفة الکتاب و السنة) فلا تغفل.

ثم انه لو اختلف الاجتهاد ان، او التقلید ان فی ان الشرط مخالف أم لا، حیث کان احدهما یری هذا اجتهادا او تقلیدا، و یری الآخر خلافه، فالحکم فیه کما اذا اختلفا فی اصل صحة العقد، او ما اشبه و تفصیل الکلام لا یناسب هذا الشرح و قد ذکرناه فی شرحنا علی العروة الوثقی.

(الشرط السادس) من شروط صحة الشرط (ان لا یکون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر) العرفی- علی ما نختاره- او الغرر الشرعی علی ما اختاره المصنّف، اما الجهالة التی لا توجب الغرر العرفی کما اذا اشتراط ان یخیط قبائه بدون تعیین ان یخیطه رومیا او فارسیا، او یصبغ داره بدون ذکر اللون، فیما لا یکون ذلک غررا عرفیا فلا بأس بها.

ثم الظاهر ان الشرط بنفسه یلزم ان یکون غیر غرری لما ورد من نهی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم عن الغرر، کما انه یشترط ان لا یوجب الغرر (فی البیع) لما ورد من نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن بیع الغرر بالإضافة الی شمول الحدیث الاول له أیضا (لان الشرط فی الحقیقة کالجزء من العوضین) و کل غرر فی الجزء او فیما هو بمنزلته فهو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۴

کما سیجیء بیانه قال فی التذکرة: و کما ان الجهالة فی العوضین مبطلة فکذا فی صفاتهما و لو احق المبیع، فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البیع، انتهی.

و قد سبق ما یدل علی اعتبار تعیین الاجل المشروط فی الثمن بل لو فرضنا عدم سرایة الغرر فی

مفسد للبیع (کما سیجیء بیانه).

اما ان الشرط کالجزء فلان المال یبذل فی مقابل کل من الجزء و الشرط- فی الحقیقة- و کذلک فی طرف الشرط الّذی یکون فی جانب الثمن، فان المال و الشرط یعدان بمنزلة الثمن.

و اما الکبری التی ذکرناها بقولنا «و کل غرر الخ» فلما عرفت من نهی النبی صلی الله علیه و آله و سلم عن الغرر، فتأمل.

و یدل علی ما ذکرناه من الکبری و الصغری ما ذکره العلامة، فانه (قال فی التذکرة: و کما ان الجهالة فی العوضین مبطلة) للبیع (فکذا فی صفاتهما) کما اذا علم انه ذهب، لکن لم یعلم انه مسکوک، أم لا (و لواحق المبیع) ای ما یلحق المبیع کالشرط (فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البیع، انتهی).

و لعل وجه ذلک ان الشرط الفاسد مفسد، او لان الجهالة فی الشرط تتسری الی الجهالة فی البیع، و ان لم نقل بان کل شرط فاسد مفسد

(و قد سبق ما یدل علی اعتبار تعیین الاجل المشروط فی الثمن) لانه اذا لم یعین الاجل، کان غررا فکان مبطلا (بل لو فرضنا عدم سرایة الغرر فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۵

البیع کفی لزومه فی اصل الشرط بناء علی ان المنفی مطلق الغرر حتی فی غیر البیع.

و لذا یستندون إلیه فی ابواب المعاملات حتی الوکالة.

فبطلان الشرط المجهول لیس لإبطاله البیع المشروط به.

و لذا قد یجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشکال فی بطلان البیع.

البیع کفی لزومه فی اصل الشرط) ای کفی لزوم الغرر فی نفس الشرط فی ایجابه بطلان الشرط، و ذلک ما نحن بصدده من اشتراط ان لا- یکون الشرط غرریا (بناء علی ان المنفی) فی الشریعة (مطلق الغرر حتی فی غیر البیع) اما لفهم المناط من قوله علیه الصلاة و السلام نهی النبی عن بیع الغرر، و اما لوجود حدیث نهی النبی عن الغرر الشامل لما نحن فیه

(و لذا یستندون إلیه) ای الی انه غرر فهو باطل (فی) مختلف (ابواب المعاملات حتی الوکالة) التی هی عقد غیر لازم، و لا یهم الغرر فیها لانها مبنیة علی تفویض الامر الی الوکیل کیفما عمل.

(فبطلان الشرط المجهول) تفریع علی قوله «بل لو فرضنا» (لیس لابطاله البیع المشروط به) حتی یکون وجه الاستدلال انه اذا بطل البیع الّذی هو اصل، بطل الشرط الّذی هو فرع.

(و لذا) الّذی لیس بطلان الشرط فرعا لبطلان البیع (قد یجزم ببطلان هذا الشرط) الّذی هو مجهول (مع الاستشکال فی بطلان البیع).

و لو کان بطلان الشرط منوطا ببطلان البیع، لزم الاستشکال فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۶

فان العلامة فی التذکرة ذکر فی اشتراط عمل مجهول فی عقد البیع ان فی بطلان البیع وجهین مع الجزم ببطلان الشرط.

لکن الانصاف ان جهالة الشرط یستلزم- فی العقد- دائما مقدارا من الغرر الّذی یلزم من جهالته جهالة احد العوضین.

و من ذلک یظهر وجه النظر فیما

الشرط اذا استشکل فی البیع، لا الجزم ببطلان الشرط.

(فان العلامة فی التذکرة ذکر فی اشتراط عمل مجهول فی التذکرة ذکر فی اشتراط عمل مجهول فی عقد البیع ان فی بطلان البیع وجهین) البطلان، لسرایة جهاله الشرط الی جهالة البیع، و عدم البطلان، لان الشرط تابع، و بطلان التابع لا یلازم بطلان المتبوع (مع الجزم) ای جزم العلامة (ببطلان الشرط) مما یدل علی عدم التلازم بین البطلانین.

(لکن الانصاف) التلازم، فان بطل الشرط للجهالة ابطل البیع أیضا، لسرایة جهالته الی جهالة البیع.

ف (ان جهالة الشرط یستلزم- فی العقد- دائما مقدارا من الغرر الّذی یلزم من جهالته) ای جهالة الشرط (جهالة احد العوضین) الّذی انضم الشرط إلیه، ثمنا کان او مثمنا.

اقول لا یخفی الالتواء فی العبارة، و الاولی ان یقال «مقدارا من الغرر بحیث یسری الی البیع» او ما اشبه ذلک.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا من التلازم بین بطلان البیع، و بطلان الشرط لسرایة جهالة الشرط الی جهالة البیع (یظهر وجه النظر فیما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۷

ذکره العلامة فی مواضع من التذکرة، من الفرق فی حمل الحیوان و بیض الدجاجة، و مال العبد المجهول المقدار بین تملیکها علی وجه الشرطیة فی ضمن بیع هذه الامور بان یقول: بعتکها علی انها حامل، او علی ان لک حملها، و بین تملیکها علی وجه الجزئیة بان یقول: بعتکها و حملها، فصحح الاول لانه تابع، و ابطل الثانی لانه جزء.

ذکره العلامة فی مواضع من التذکرة، من الفرق فی حمل الحیوان و بیض الدجاجة، و مال العبد المجهول المقدار).

فان العبد اذا بیع انتقل ماله معه بحیث یکون تحت سلطة المالک الثانی، و ان لم یملکه المالک لان العبد یملک نفسه بنفسه، لکن هناک تفاوت بین قیمة العبد الغنی، و قیمة العبد الفقیر (بین تملیکها علی وجه الشرطیة فی ضمن بیع هذه الامور بان یقول: بعتکها علی) شرط (انها حامل) فالحمل للمشتری، لکن یملکه علی وجه الشرط، لا علی وجه الجزء (او علی ان لک حملها) عبارة ثانیة تفید نفس المعنی السابق (و بین تملیکها علی وجه الجزئیة بان یقول: بعتکها و حملها) بان یکون الحمل جزء المبیع (فصحح) العلامة (الاول) و هو جعله شرطا (لانه تابع) و لا یشترط عرفان التابع معرفة تامة (و ابطل الثانی) و هو جعله جزء (لانه جزء) و اجزاء البیع یجب ان تکون معلومة.

و فیه ان جهالة الشرط تسری الی جهالة البیع، فلا فرق فی البطلان بین جعله شرطا او جزء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۸

لکن قال فی الدروس: لو جعل الحمل جزء من المبیع، فالاقوی الصحة، لانه بمنزلة الاشتراط، و لا یضر الجهالة لانه تابع.

و قال فی باب بیع المملوک: و لو اشتراه و ما له صح، و لم یشترط علمه و لا التفصی من الربا ان قلنا انه یملک، و لو احلناه اشترطا،

(لکن) عکس الشهید، ف (قال فی الدروس: لو جعل الحمل جزء من المبیع، فالاقوی الصحهٔ، لانه) ای جعله جزء (بمنزلهٔ الاشتراط، و لا یضر الجهالهٔ) بخصوصیات هذا الجزء انه ذکر او انثی، کبیر او صغیر و کم حمله من الاشهر و ما اشبه ذلک (لانه تابع) و التابع و ان کان جزء لم یضر، کما ان جهالهٔ اسّ البناء لا تضر فی بیع الدار و هکذا فی سائر التوابع.

(و قال) صاحب الدروس (فی باب بیع المملوک: و لو اشتراه) ای العبد (و ماله) بان یتسلط المشتری علی مال العبد (صح) البیع (و لم یشترط علمه) ای علم المشتری بمقدار ماله (و لا التفصی من الربا) المحتمل لانه اذا کان للعبد مائهٔ مثقال ذهب، و اشتراه بمائهٔ مثقال لزم الربا لان المثمن «العبد و المائهٔ» و الثمن «المائهٔ» فقط و هو محل توهم الربا، لکن لا یلزم الربا لان المال تابع و المائهٔ- الثمن- فی مقابل رقبهٔ العبد.

هذا (ان قلنا انه) ای العبد (یملک، و لو احلناه) ای قلنا ان تملک العبد محال، بل ان کل ما فی یده للمولی (اشترطا) ای علم المشتری بمقدار ماله، و بانه لا یلزم الربا، اذ المال حینئذ للمالک الاول، فهو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۶۹

انتهی.

و المسألهٔ محل اشکال، و کلماتهم لا یکاد یعرف التیامها حیث صرحوا بان للشرط قسطا من احد العوضین، و ان التراضی علی المعاوضهٔ وقع منوطا به و لازمه کون الجهالهٔ فیه قادحهٔ.

و الاقوی اعتبار العلم لعموم نفی الغرر، الا اذا عدّ الشرط فی العرف تابعا غیر مقصود بالبیع کبیض الدجاج.

یبیع شیئین، و هما العبد و ماله، فکان ماله جزء المبیع.

و من الواضح لزوم علم المشتری بالشیء، و لزوم عدم کون البیع مستلزما للربا (انتهی) کلام صاحب الدروس.

(و المسألهٔ) ای مسئلهٔ لزوم العلم بالشرط (محل اشکال، و کلماتهم لا یکاد یعرف التیامها) بحیث تکون شهرهٔ علی شیء اذ بعضهم ذهب الی لزوم العلم بالشرط، و بعضهم ذهب الی عدم لزوم العلم (حیث) ان جماعهٔ منهم ذکر عدم لزوم معرفهٔ الشرط، مع انهم (صرحوا بان للشرط قسطا من احد العوضین، و ان التراضی علی المعاوضهٔ وقع منوطا به) ای بهذا الشرط فاذا بطل الشرط لم یکن رضا، فلا تشمله: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (و لازمه کون الجهالهٔ فیه) ای فی الشرط (قادحهٔ) ای مضرهٔ فی البیع

(و الاقوی اعتبار العلم) بخصوصیات الشرط (لعموم نفی الغرر، الا اذا عدّ الشرط فی العرف تابعا غیر مقصود بالبیع) ای لیس فی الحقیقهٔ کالجزء لاحد العوضین (کبیض الدجاج) فانه لا تضر جهالته، لانه لیس بغرر عرفا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۰

و قد مرّ ما ینفع هذا المقام فی شروط العوضین، و سیأتی بعض الکلام فی بیع الحیوان ان شاء الله.

الشرط السابع: ان لا یکون مستلزما لمحال،

کما لو شرط فی البیع ان یبیعه علی البائع فان العلامهٔ قد ذکر هنا انه مستلزم للدور.

و الّذی یقرب فی الذهن ان کان الشرط غررا ساریا الی البیع بطل البیع، و ان کان غررا غیر سار الی البیع بطل الشرط، لاشتراط عدم الغرر فیه أیضا، و ان لم یکن غررا عرفا، و ان کان مجهولا فی الجملهٔ لانه تابع لم یبطل البیع و لا الشرط.

(و قد مرّ ما ینفع هذا المقام فی شروط العوضین، و سیأتی بعض الکلام فی بیع الحیوان ان شاء الله) تعالی.

و قد تقدم ذلک فی ذیل مسئلة عنونها بقوله: لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم إلیه و عدمه.

ثم اللازم ان یعرف الشرط کلاهما فلا ینفع علم احدهما، لانه حینئذ بالنسبة الی الآخر غرر، و الغرر اذا دخل البیع فسد.

(الشرط السابع) من شروط صحة الشرط (ان لا یکون) الشرط (مستلزما لمحال) و ذلک لان المستلزم للمحال غیر مقدور، فیأتی فیه دلیل اشتراط ان یکون الشرط مقدورا (کما لو شرط فی البیع ان یبیعه علی البائع) و انما یکون هذا الشرط محالا (فان العلامة قد ذکر هنا انه مستلزم للدور).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۱

قال فی التذکرة لو باعه شیئا بشرط ان یبیعه ایاه لم یصح، سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا، أو لا، و الا جاء الدور، لان بیعه له یتوقف علی ملکیته له المتوقفة علی بیعه فیدور.

اما لو شرط ان یبیعه علی غیره فانه یصح عندنا حیث لا منافاة فیه للکتاب و السنة.

(قال فی التذکرة لو باعه شیئا بشرط ان یبیعه) المشتری (ایاه) ای لنفس البائع (لم یصح) الشرط (سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا) کما لو باعه بعشرة من الدنانیر الموصوف بانها عراقیة، بشرط ان یبیعه ایاه بنفس ذلک المبلغ (أولا) بان شرط علیه شرطا مطلقا، و لم یعین قدر الثمن فی البیع الثانی (و الا) ای و ان جاز هذا الشرط (جاء الدور، لان بیعه له) ای بیع المشتری للبائع (یتوقف علی ملکیته له) اذ ما لم یملک المشتری المبیع لا یمکنه بیعه- فانه لا بیع الا فی ملک- (المتوقفة) تلک الملکیة (علی بیعه) للبائع.

فالبیع للبائع متوقف علی ملکیة المشتری للمبیع، لانه لا بیع الا فی ملک و ملکیة المشتری للمبیع متوقفة علی بیعه للبائع.

اذ لو لم یبعه لم یف بالشرط و اذا لم یف بالشرط لم تتم ملکیته (فیدور) و الشرط المستلزم للدور باطل.

(اما لو شرط ان یبیعه علی غیره فانه یصح) الشرط (عندنا حیث لا منافاة فیه) ای فی هذا الشرط (للکتاب و السنة) فیشمله عموم: المؤمنون عند شروطهم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۲

لا یقال: ما التزموه من الدور آت هنا.

لانا نقول: الفرق ظاهر، لجواز ان یکون جاریا علی حدّ التوکیل، او عقد الفضولی، بخلاف ما لو شرط البیع علی البائع، انتهی.

(لا یقال: ما التزموه من الدور آت هنا) ای فی ما لو شرط ان یبیعه علی غیره، لان البیع للغیر یتوقف علی ملک المشتری للمبیع، و ملک المشتری للمبیع لا یتم الا بعد البیع، فالبیع للغیر یتوقف علی البیع للغیر

(لانا نقول) لا دور هنا، لان (الفرق ظاهر، لجواز ان یکون) البیع للاجنبی (جاریا علی حدّ التوکیل) بان یکون البائع وکیلا عن المالک (او عقد الفضولی) بان یکون البائع فضولیا- فالبیع ممکن و لیس بمستحیل- (بخلاف ما لو شرط البیع علی البائع، انتهی) فانه مستحیل.

و حاصل هذا الجواب: انه لو فرضنا ان البیع الاول لم یکن صحیحا لم یعقل بیع المشتری للمتاع الی البائع، اذ یستحیل ان یباع ملک المالک الی المالک نفسه، فهل یعقل ان نبیع دار زید لنفس زید؟ کلا

اما مع فرض ان البیع الاول لم یکن صحیحا، یعقل بیع المتاع الی الاجنبی بعنوان کون البائع وکیلا عن المالک او فضولیا.

اذا تحقق ذلک و هو البیع الی المالک الاول لا یصح، اذا کان البیع الاول باطلا، و البیع الی الاجنبی یصح اذا کان البیع الاول باطلا.

قلنا: یتوقف الملکیة للمشتری علی العمل بالشرط فاذا لم یعمل بالشرط لم یکن ملکا له.

فاذا لم یکن ملکا له لم یصح بیعه للمالک، لانه من بیع الشیء لمالکه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۳

و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة.

و قد صرح فى الدروس بان هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد

و يصح بيعه لاجنبى، لانه من بيع الوكيل او بيع الفضولى.

و على هذا فيصح شرط البيع للاجنبى، لانه لا يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول، فالمشترى يتمكن ان يبيعه للاجنبى، و ان لم يكن مالكا، و لا يصح شرط البيع الى المالك نفسه لانه يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول.

اذا عرفت ذلك، نقول: الدور آت فى شرط البيع على المالك، و ليس بآت فى شرط البيع على الاجنبى.

اما الاول: فلان البيع الى المالك يتوقف على ملكية المشترى للمبيع و ملكية المشترى للمبيع متوقفة على البيع الى المالك.

و اما الثانى: فلان البيع الى الاجنبى لا يتوقف على ملكية المشترى للمبيع.

و الى منع هذه المقدمة الاولى، اشار العلامة ره بقوله: لجواز ان يكون بيع المشترى للاجنبى جاريا على حد التوكيل او عقد الفضولى، فلا تغفل.

(و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة) ان شاء اللّه تعالى.

(و قد صرح فى الدروس بان هذا الشرط) اى شرط ان يبيعه الى المالك الاول (باطل، لا للدور، بل لعدم القصد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۴

الى البيع.

و يرد عليه، و على الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشترى ان يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرح فى التذكرة بجوازه.

و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه

الشرط الثامن: ان يلتزم به فى متن العقد.

الى البيع) فان المالك الّذى يشترط هذا الشرط على المشترى لا يقصد فى الحقيقة نقل المتاع عن نفسه، و الا لم يشترط هذا الشرط.

(و يرد عليه، و على الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشترى ان يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرح فى التذكرة بجوازه) مع ان اشكال الدور، و اشكال عدم القصد آت هنا أيضا، اذ يتوقف الوقف على الملك، و يتوقف الملك على الوقف بمثل ما ذكره العلامة فى تقرير الدور، و لانه لا يقصد البائع البيع حقيقة، بل يقصد ان يوقف على نفسه و على عقبه، فكيف قالوا هنا بالصحة، و قالوا فى شرط البيع لنفسه بالبطلان.

(و صرح) صاحب التذكرة أيضا (بجواز اشتراط رهن المبيع) عند البائع (على الثمن) فاذا لم يرد المشترى، دفع الثمن الى البائع حالا (مع جريان الدور فيه) أيضا اذ لا رهن الا فى ملك، فالرهن متوقف على ملك المشترى، و ملك المشترى متوقف على الرهن.

(الشرط الثامن) من شروط صحة الشرط (ان يلتزم به) المشترى (فى متن العقد) قبل قراءة الصيغة او بعدها او فى وسطها، كان يقول: على شرط ان تخيط ثوبى بعتك الدار، او يقول: بعتك الدار على شرط ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۵

فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتى لان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا، و ان كان

اثره مستمرا فی نفس الملزم الی حین العقد بل الی حین حصول الوفاء و بعده، نظیر بقاء اثرا لطلب المنشأ

تخیط ثوبی، او یقول: بعت لک علی شرط ان تخیط ثوبی الدار.

و ذلک لانه لا فرق بین الاقسام الثلاثهٔ فی شمول اطلاقات الشرط له

(فلو تواطیا) ای المتعاقدان (علیه) ای علی الشرط (قبله) ای قبل العقد (لم یکف ذلک فی التزام المشروط به) فهو من قبیل الشرط الابتدائی (علی المشهور) بین الفقهاء (بل لم یعلم فیه خلاف) بناء علی ان الشرط الابتدائی لیس بلازم (عدا ما یتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سیأتی) کلاهما، و انما شرطنا ان یکون الشرط فی متن العقد لا ما قبله (لان المشروط علیه ان انشأ الزام الشرط علی نفسه قبل العقد، کان الزاما ابتدائیا لا یجب الوفاء به قطعا) لما تقدم من ان الالزام الابتدائی لا یلزم الوفاء به، اذ الادلهٔ خاصهٔ بالالزام و الالتزام فی ضمن عقد و نحوه (و ان کان اثره) ای اثر الالزام «ان» وصلیّهٔ (مستمرا فی نفس الملزم)- بالکسر- (الی حین العقد) و اثره عبارهٔ عن ارادته للشرط (بل الی حین حصول الوفاء و بعده) ای بعد الوفاء فان الانسان الّذی یرید شیئا یریده الی حین تحققه، فاذا تحقق انمحی اثر الإرادهٔ عن نفسه، فبقاء اثر الالزام هو (نظیر بقاء اثر الطلب المنشأ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۶

فی زمان الی حین حصول المطلوب، و ان وعد بایقاع العقد مقرونا بالتزامه فاذا ترک ذکره فی العقد، فلم یحصل، ملزم له.

نعم یمکن ان یقال: ان العقد اذا وقع مع تواطئهما علی الشرط، کان قیدا معنویا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا یکون الا مع العمل بذلک لشرط و یکون العقد بدونه تجارهٔ، لا عن تراض اذا التراضی وقع مقیدا بالشرط.

فی زمان) «المنشأ» بصیغهٔ المفعول (الی حین حصول المطلوب) بل لا اثر للشرط اذا لم یذکر فی متن العقد (و ان وعد) المشترط علیه (بایقاع العقد مقرونا بالتزامه) فشرط المشترط قبل العقد، و التزام المشروط علیه بانه یوقع العقد ملتزما به لا ینفعان، اذا لم یتحقق الشرط فی ضمن البیع (فاذا ترک ذکره) ای ذکر الشرط (فی العقد، فلم یحصل ملزم له) ای للشرط، لان المقاولهٔ و الالزام و الالتزام الخارج عن العقد لا اثر لهما فی اللزوم.

(نعم یمکن ان یقال: ان العقد اذا وقع مع تواطئهما علی الشرط کان) الشرط (قیدا معنویا له) ای للعقد (فالوفاء بالعقد الخاص) ای بهذا العقد الّذی هو من صغریات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (لا یکون الا مع العمل بذلک الشرط) المبنی علیه، فان القرائن المکتنفهٔ بالکلام لها مدخلیهٔ فی الکلام (و یکون العقد بدونه) ای بدون الشرط، بان لم یأت المشروط علیه بالشرط یکون (تجارهٔ، لا عن تراض) فان المشترط لم یرض بهذه التجارهٔ (اذا التراضی وقع مقیدا ب) هذا (الشرط) فبدون الشرط لا رضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۷

فانهم قد صرحوا بان الشرط کالجزء من احد العوضین، فلا فرق بین ان یقول: بعتک العبد بعشرهٔ، و شرطت لک ماله، و بین تواطئهما علی کون مال العبد للمشتری، فقال: بعتک العبد بعشرهٔ، قاصدین العشرهٔ المقرونهٔ بکون مال العبد للمشتری هذا مع ان الخارج من عموم، المؤمنون عند شروطهم هو ما لم یقع العقد مبنیا علیه، فیعمّ محل الکلام.

و علی هذا فلو تواطیا علی شرط فاسد، فسد العقد المبنی علیه و ان لم یذکر

(ف) ان قلت: الشرط لا یرتبط بالرضا، لان الرضا کان لاجل تبادل المثمن بالثمن و هذا حاصل.

قلت: الشرط کجزء من احد العوضین، فالرضا منوط به، ل (انهم قد صرّحوا بان الشرط کالجزء من احد العوضین، فلا فرق بین ان یقول بعتک العبد بعشرهٔ، و شرطت لک ماله) شرطا لفظیا (و بین تواطئهما علی کون مال العبد للمشتری، فقال) البائع (بعتک العبد

بعشرة، قاصدین) ای البائع و المشتری (العشرة المقرونة بکون مال العبد للمشتری) فلا فرق بینهما لدی العرف، فیشمله دلیل الشرط (هذا) وجه الاستدلال بآیة:

تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، (مع ان الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم یقع العقد مبنیا علیه، فیعمّ) العموم (محل الکلام) الّذی هو الشرط البنائی المتواطئ علیه.

(و علی هذا) الّذی ذکرنا من شمول الشرط للشرط الضمنی (فلو تواطیا علی شرط فاسد، فسد العقد المبنی علیه) اذا قلنا: بان الشرط الفاسد، مفسد (و ان لم یذکر) الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۸

فیه.

نعم لو نسیا الشرط المتواطأ علیه فاوقعا العقد غیر بانین علی الشرط بحیث یقصد ان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، و عدم لزوم الشرط.

هذا، و لکن الظاهر من کلمات الاکثر عدم لزوم الشرط غیر المذکور فی متن العقد، و عدم اجراء احکام الشرط علیه، و ان وقع العقد مبنیا علیه، بل فی الریاض عن بعض الاجلة حکایة

(فیه) ای فی العقد، لما عرفت من انه لا فرق بین الشرط المذکور فی العقد و الشرط المبنی علیه.

(نعم لو نسیا الشرط المتواطأ علیه) من قبل (فاوقعا العقد غیر بانین علی الشرط بحیث یقصد ان من العوض) العوض (المقرون بالشرط) ای لم یقصدا هکذا.

فقوله «بحیث» بیان لمدخول غیر، فالمعنی لم یقصدا عوضا مقرونا بالشرط (اتّجه صحة العقد، و عدم لزوم الشرط) لانه لا شرط اصلا.

(هذا و لکن الظاهر من کلمات الاکثر عدم لزوم الشرط غیر المذکور فی متن العقد، و عدم اجراء احکام الشرط علیه، و ان وقع العقد مبنیا علیه).

فانهم یحصرون الشرط اللازم الوفاء بالشرط اللفظی، فلا یشمل الشرط المتواطئ علیه دلیل الشرط، کما انه تجارة عن تراض، فانه لا اعتبار الا بالرضا الّذی ذکر فی متن العقد (بل فی الریاض عن بعض الاجلة حکایة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۷۹

الاجماع علی عدم لزوم الوفاء بما یشترط لا فی عقد بعد ما ادعی هو قدس سره الاجماع علی انه لا حکم للشروط اذا کانت قبل عقد النکاح، و تتبع کلماتهم فی باب البیع و النکاح یکشف عن صدق ذلک المحکی فتریهم یجوزون فی باب الربا و الصرف الاحتیال فی تحلیل معاوضة احد المتجانسین بازید منه ببیع الجنس بمساویه ثم هبة الزائد من دون ان یشترط ذلک فی العقد.

الاجماع علی عدم لزوم الوفاء بما یشترط الا فی عقد) بل فی خارج العقد و ان بنی العقد علیه (بعد ما ادعی هو قدّس سره الاجماع علی انه لا- حکم للشروط اذا کانت) تلک الشروط مذکورة (قبل عقد النکاح، و) کلامه صحیح لان (تتبع کلماتهم فی باب البیع و النکاح یکشف عن صدق ذلک المحکی) ای ما حکاه بعض الاجلّة (فتریهم یجوزون فی باب الربا و الصرف)

ففی باب الربا لا یجوز زیادة احد المتجانسین عن الآخر اذا کان مکیلا او موزونا فلا یجوز بیع کیلو من الحنطة بکیلو و نصف.

و فی باب الصرف و هو عبارة عن بیع النقود، لا یجوز زیادة احدهما علی الآخر (الاحتیال) المراد بالحیلة العلاج، و الفرار من الحرام الی الحلال، قال الامام علیه السلام «و لا تمکر بی فی حیلتک» و من هذا القبیل باب الحیل المذکور فی الفقه، لا المراد الحیلة بمعنی الشیطنة کما هو اصطلاح العرف (فی تحلیل معاوضة احد المتجانسین بازید منه) ای من الاحتیال (ببیع الجنس بمساویه ثم هبة الزائد

من دون ان يشترط ذلک فی العقد).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۰

فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطؤ على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا الى ما بعده.

و قد صرح المحقق و العلامة فی باب المرابحة بجواز ان يبيع الشیء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلک الى البائع، ليخبر بذلک الثمن عند بيعه مرابحة اذا لم يشترطا ذلک لفظا.

وجه الاستدلال بهذا على ان الشرط الخارج لا يؤثر ما ذكره بقوله:

(فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطؤ) قبل العقد (على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها) ای بالهبة (قبل العقد) التزاما (مستمرّا الى ما بعده).

فلو كان هذا الشرط المقدم المبنی عليه العقد مؤثرا فی العقد لزم الربا، لان جانب الشرط زائد على الجانب الّذی لا شرط فيه.

لكن الظاهر ان مرادهم التواطؤ بدون بناء العقد عليه، و الاعتماد على الاقوال فقط و مثل هذا قد نجده بين المتدينين الآن.

(و قد صرح المحقق و العلامة فی باب المرابحة) و هو البيع بالربح مع اخبار البائع بقدر رأس المال (بجواز ان يبيع الشیء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله) ای المبيع (بعد ذلک الى البائع، ليخبر) المشتری البائع (بذلک الثمن) الّذی فيه الزيادة (عند بيعه مرابحة اذا لم يشترطا) و هما البائع الاول و المشتری (ذلک) النقل الى البائع بعد البيع (لفظا).

مثلا: اشترى خالد من بكر كتابا بعشرة- بينما الكتاب يسوى خمسة-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۱

و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون الا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا.

نعم خصّ فی المسالک ذلک بما اذا وثق البائع بان المشتری ينقله إليه من دون التزام ذلک، و ايقاع العقد على هذا الالتزام، لكنه

ثم اشتراه البائع من المشتری بعشرة، و ذلک لان يخبر البائع عند ما يريد بيعه لهذا بانه اشتراه بعشرة.

و مثله ما لو اشترى زيد من محمّد قلما بعشرة دراهم و تواطئا على ان يرد عليه البائع خمسة، و فائدة ذلک انه اذا اراد المشتری بيع القلم باحد عشر مرابحة اخبر بانه اشتراه بعشرة فان هذا البناء لو كان بمنزلة الشرط كان اللازم على المشتری الّذی يريد بيعه مرابحة ان يقول اشتريته بعشرة بشرط ان يرد علیّ خمسة اذ يلزم فی بيع المرابحة ذكر الشرط الّذی يرتفع او ينتقص منه الثمن.

(و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض) ای ردّ المشتری على البائع المثمن (لا يكون الا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل) للمتاع الى البائع (ثانيا).

اقول لكن فيه ان الظاهر كون مرادهم التزام قولی، لا من قبيل الشرط

(نعم خصّ فی المسالک ذلک) الالتزام بالنقل الّذی اشار إليه بقوله «بجواز ان يبيع» (بما اذا وثق البائع بان المشتری ينقله إليه من دون التزام ذلک، و) من دون (ايقاع العقد على هذا الالتزام) فهو من قبيل التعهد اللفظی، لا انه من قبيل الشرط (لكنه) ای كلام المسالک

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۲

تقييد لاطلاق كلماتهم، خصوصا مع قولهم: اذا لم يشترطا لفظا.

و بالجملة فظاهر عبارتی الشرائع و التذكرة ان الاشتراط و الالتزام من قصدهما، و لم يذكراه لفظا، لا ان النقل من قصدهما، فراجع.

(تقييد لاطلاق كلماتهم) بدون دليل على، هذا التقييد (خصوصا مع قولهم: اذا لم يشترطا لفظا) مما يدل على ان اشتراطهم الالتزامی و

البنائی غیر ضار.

اللهم الا ان یقال: ان مرادهم من اللفظ الاعم من اللفظ فی ضمن العقد، او اللفظ المبنی علیه العقد.

(و بالجملة فظاهر عبارتی الشرائع و التذکرة ان الاشتراط و الالتزام من قصدهما) ای فی مسئلة البیع مرابحة التی ذکرها بقوله «و قد صرح المحقق و العلامة» (و لم یذکراه) ای لم یذکر المتبایعان الاشتراط (لفظا) عند العقد، و علیه فالشرط البنائی عند المحقق و العلامة لا اعتبار به (لا) ان الظاهر من عبارة المحقق و العلامة (ان النقل من قصدهما) ای قصد المتبایعین، و علیه فالشرط البنائی له اعتبار (فراجع) عبارتی الشرائع و التذکرة.

و الحاصل: ان المتبایعین قد یشترطان النقل لفظا.

و قد یلتزمان به من دون لفظ.

و قد یقصد انه بدون لفظ و بدون التزام، و کلامنا فی انه هل القسم الثانی ملزم أم لا؟

فالشیخ یقول ان المشهور قالوا بانه غیر ملزم، و استدلاله بعبارتی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۳

و أیضا فقد حکی عن المشهور ان عقد النکاح المقصود فیه الاجل و المهر المعین اذا خلی عن ذکر الاجل ینقلب دائما.

نعم ربما ینسب الی الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخیار قبل عقد البیع.

الشرائع و العلامة فان کانت عبارتهما ظاهرة فی القسم الثانی تحقق کلام الشیخ.

اما اذا کان کلاهما فی القسم الثالث لم یتحقق کلام الشیخ و بینما صاحب المسالک یقول ان کلام المشهور فی القسم الثالث، و الظاهر لدی أیضا ما ذکره المسالک لا ما ذکره المصنف ره.

(و أیضا) یدل علی ان الشرط البنائی لا اثر له ما ذکروه فی باب النکاح (فقد حکی عن المشهور ان عقد النکاح المقصود فیه الاجل و المهر المعین) ای اذا کان قصدهما المتعة (اذا خلی عن ذکر الاجل ینقلب دائما) مع ان الشرط البنائی موجود، و انما لم یلفظ به اشتباها، فیدل کلامهم علی ان الشرط البنائی لا ینفع.

و فیه ان ذلک ثبت بالنص، و الا کان اللازم البطلان، اذ لا شک فی ان العقود تتبع القصود، و هما لم یقصدا الدوام، فلیس المقام من باب ما ذکره المصنف، بل امر ثابت بالنص الخاص.

(نعم ربما ینسب الی الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخیار قبل عقد البیع) و بناء العقد علیه، فانه یوجب سقوط الخیار مع انه لا لفظ فیه، فان هذا یدل علی ان الشرط البنائی کاف فی لزوم العمل به

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۴

لکن قد تقدم فی خیار المجلس النظر فی هذه النسبة الی الخلاف، بل المختلف فراجع.

ثم ان هنا وجها آخر لا یخلو عن وجه، و هو بطلان العقد الواقع علی هذا الشرط، لان الشرط من ارکان العقد المشروط، بل عرفت انه کالجزء من احد العوضین، فیجب ذکره فی الایجاب و القبول، کاجزاء العوضین.

(لکن قد تقدم فی خیار المجلس النظر فی) صحة (هذه النسبة الی الخلاف، بل) النظر فی نسبته الی (المختلف) أیضا (فراجع) ما ذکرناه فی خیار المجلس.

(ثم ان هنا) ای فی باب عدم ذکر الشرط فی متن العقد مع البناء علیه قبلا (وجها آخر) غیر ما ذکر.

فان بعضهم ذکر صحة العقد و الشرط، و بعضهم ذکر صحة العقد دون الشرط، و الوجه الآخر الّذی یذکره الآن، هو بطلان العقد و

الشرط معا.

و هـذا الوجه (لا يخلو عن وجه) اى عن دليل (و هو بطلان العقـد الواقع على هـذا الشـرط) البنائى الّذى لم يـذكر فى متن العقد (لان الشـرط من اركـان العقـد المشـروط) اذ العقـد مقيـد به، و المقيـد بـدون القيـد كالعـدم (بـل عرفت انه) اى الشـرط (كالجزء من احد العوضـين، فيجب ذكره فى الايجاب و القبول، ك) سائر (اجزاء العوضـين) فاذا لم يذكر فكانّه لم يذكر الجزء، و من المعلوم ان العقد بدون ذكر اجزائه باطل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۵

و قـد صـرح الشـهيد فى غايـة المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقـد و عدم الاسـتغناء عنه بذكره سابقا، كما اذا قال: بعنى بدرهم، فقال: بعتك فقال المشترى، قبلت و سيأتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد

، بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

(و قد صـرح الشـهيد فى غاية المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقد و عدم الاسـتغناء عنه) اى عن ذكر الثمن (بذكره سابقا، كما اذا قال) المشترى (بعنى بدرهم، فقال) البائع (بعتك) بدون ذكر: بدرهم (فقال المشترى: قبلت).

لكن الظاهر انه لا وجه لهذا القول، بل الشـرط البنائى كاف لانه متعارف عرفا و لم يردع عنه الشارع فتشمله ادلة الشروط (و سيأتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى).

كما ان الظاهر ان الشـرط الفاسـد ليس مفسـدا، لانه الزام فى الزام فاذا بطل الالزام الثانى لم يسـتلزم عرفا الا الخيار فى الالزام الاول، لا البطلان.

(و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط) مثل ان يقول: بعتك على ان تخيط لى ان جاء زيد.

و انما يجب تنجيز الشرط (بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد) و انما يسرى الى العقد (بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۶

العوضـين، فان مرجع قوله: بعتك هـذا بـدرهم على ان تخيط لى ان جاء زيـد على وقوع المعاوضـة بين المبيع و بين الـدرهم المقرون بخياطـة الثوب على تقـدير مجيء زيـد، بل يؤدى الى البيع بثمنين على تقـديرين فباعه بالـدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه.

و يندفع بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء

العوضين) و من المعلوم ان العقد المعلق باطل- كما تقدم فى شرائط العقد-.

امـا كيف يرجع تعليق الشـرط الى تعليق العقـد لمـا ذكره بقوله: (فان مرجع قوله: بعتك هـذا بـدرهم على ان تخيط لى) ثوبى (ان جاء زيـد) مرجعه (على وقوع المعاوضـة بين المبيع) من جانب (و بين الـدرهم المقرون بخياطـة الثوب على تقـدير مجيء زيـد) من جانب آخر، و هـذا عين التعليق، لاـن تعليق الجزء يوجب تعليق الكـل، فـان النتيجـة تابعـة لأـخسّ المقـدمتين (بل يؤدى الى البيع بثمنين على تقديرين) و هو باطل قطعا، لانه لم يتحقق العقد- على ما ذكروا-.

و بيان ذلك ما ذكره بقوله: (فباعه بالـدرهم المجرّد على تقـدير عـدم مجيء زيد) لانه لا خياطة حينئذ (و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه) اى مجيء زيد فهذان وجهان للزوم عدم التعليق فى الشرط.

(و یندفع) کلا الوجهین (بان الشرط هو الخیاطة علی تقدیر المجیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۷

لا الخیاطة المطلقة لیرجع التعلیق الی اصل المعاوضة الخاصة.

و مجرّد رجوعهما- فی المعنی- الی امر واحد لا یوجب البطلان.

و لذا اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت وکیلی اذا جاء رأس الشهر فی ان تبیع و انت وکیلی فی ان تبیع اذا جاء رأس الشهر الی واحد،

لا الخیاطة المطلقة) فهو من قبیل ان یقول «خیّط لی یوم الجمعة» فلیس معنی ذلک ان الخیاطة معلقة، بل معناه تحدیدها بشرط خاص او بزمان خاص او بمکان خاص، و هذا لا یسمّی تعلیقا.

و علی التقادیر الثلاثة لیس هناک تعلیق فی الشرط و ما اشبه (لیرجع التعلیق الی اصل المعاوضة الخاصة) ای المعاوضة المقیدة بهذا الشرط.

(و) ان قلت: لا فرق بین ان یقول: الشرط هو الخیاطة علی تقدیر المجیء و بین ان یقول: الشرط هو ان جاء زید فخیّطه، و کما ان الثانی تعلیق کذلک الاول.

قلت: (مجرد رجوعهما- فی المعنی-) و الواقع (الی امر واحد لا یوجب البطلان) و إلا لزم بطلان الجعالة فیما تبطل فیه الاجارة للجهالة، و هکذا، و الحال ان لکل موضوع حکمه- و ان کانت النتیجة واحدة-.

(و لذا) الّذی ذکرنا من ان کون المرجع امرا واحدا الا یوجب البطلان (اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت وکیلی اذا جاء رأس الشهر فی ان تبیع) حیث ان الوکالة معلقة بمجیء رأس الشهر (و انت وکیلی فی ان تبیع اذا جاء رأس الشهر) حیث ان الوکالة من الآن و البیع معلق (الی واحد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۸

مع الاتفاق علی صحة الثانی، و بطلان الاول.

نعم ذکره فی التذکرة انه لو شرط البائع کونه احق بالمبیع لو باعه المشتری ففیه اشکال، لکن لم یعلم ان وجهه تعلیق الشرط، بل ظاهر عبارة التذکرة، و کثیر منهم فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن کون الشرط- و هو الخیار- معلقا علی ردّ الثمن.

و قد ذکرنا ذلک سابقا فی بیع الخیار.

و هو البیع اوّل الشهر (مع الاتفاق علی صحة الثانی) لان الوکالة منجّزة (و بطلان الاول) لان الوکالة معلّقة.

(نعم ذکره فی التذکرة) الاشکال فی الشرط المعلّق، فقال: (انه لو شرط البائع کونه احق بالمبیع لو باعه المشتری) ای اراد بیعه (ففیه اشکال، لکن لم یعلم ان وجهه تعلیق الشرط) بإرادة البیع (بل ظاهر عبارة التذکرة، و کثیر منهم فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن) بان شرط فی عقد البیع ان المشتری ان ردّ الثمن فله الفسخ (کون الشرط- و هو الخیار- معلقا علی ردّ الثمن) فالبیع انما یکون بشرط الخیار المعلق، و منه یعلم ان العلامة لا یستشکل فی الشرط المعلق.

(و قد ذکرنا ذلک) الخیار بشرط ردّ الثمن (سابقا فی بیع الخیار) فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۸۹

مسألة فی حکم الشرط الصحیح

اشارة

و تفصیله ان الشرط اما ان یتعلق بصفة من صفات المبیع الشخصی ککون العبد کاتبا و الجاریة حاملا و نحوهما.

و اما ان یتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدین او غیرهما، کاشتراط اعتاق العبد و خیاطة الثوب.

(مسألة: فی حکم الشرط الصحیح) و بیان ایّ شرط صحیح، و ایّ شرط غیر صحیح (و تفصیله ان الشرط اما ان یتعلق بصفة من صفات المبیع الشخصی) و ذکر الشخصی لانه اذا کان المبیع کلیا، کما اذا باعه کتابا بصفة کذا فسلمه کتابا لیس بتلک الصفة فان المشتری لیس له خیار الفسخ و انما له ان لا یقبل هذا الفرد، و یطالب البائع بتسلیم فرد آخر مشتمل علی الشرط (ککون العبد کاتبا و الجاریة حاملا و نحوهما) من الصفات الفعلیة او الماضیة، کان یشترط علیه ان لا یکون للعبد سابقة سوء، او المستقبلة کان یشترط ان تکون الجاریة ولودا.

(و اما ان یتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدین او غیرهما) سواء کان فعل الغیر باختیار احدهما، او خارجا عن اختیارهما (کاشتراط اعتاق العبد و خیاطة الثوب) سواء کان ذلک بالنسبة الی احد المتعاقدین او بالنسبة الی ثالث.

و هذا تارة یکون مع سلطة احد المتعاقدین علیه، کان یشترط علیه ان یخیط ثوبه خیّاط البائع، فان الخیاط تحت سلطة البائع بمعنی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۰

و اما ان یتعلق بما هو من قبیل الغایة للفعل، کاشتراط تملک عین خاصة و انعتاق مملوک خاص و نحوهما.

و لا اشکال فی انه لا حکم للقسم الاول، الا الخیار مع تبین فقد الوصف المشروط، اذ لا یعقل تحصیله هنا فلا معنی لوجوب الوفاء فیه، و عموم:

ان البائع یتمکن من بعثه علی الخیاطة.

و تارة اخری یکون بلا سلطة احد المتعاقدین کان یشتری داره علی شرط ان تفتح الحکومة شارعا من امام الدار.

(و اما ان یتعلق بما هو من قبیل الغایة للفعل، کاشتراط تملک) المشتری من البائع (عین خاصة و انعتاق مملوک خاص) للبائع (و نحوهما) و اشتراط زوجیة بنت البائع للمشتری مثلا.

(و لا اشکال فی انه لا حکم للقسم الاول) الّذی تعلق الشرط فیه بصفة من صفات البیع (الا الخیار مع تبین فقد الوصف المشروط).

و انما لا اشکال (اذ لا یعقل تحصیله هنا) اذ المشروط هو الوصف فی حال البیع، و المفروض انه غیر موجود.

نعم لو کان الشرط بحیث یشمله الوصف المفقود الّذی سوف یحصل قبل القبض او حتی بعده، کما اذا اراد المشتری ان یکون العبد کاتبا حین تسلیمه إلیه، و جعله المشترط کاتبا بین البیع و بین القبض، لم یکن له خیار، لکنه خارج عن مفروض المتن (فلا معنی لوجوب الوفاء فیه) اذ وجوب الوفاء انما هو فیما وقع التراضی علیه، و هذا لم یقع التراضی علیه (و عموم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۱

المؤمنون، مختص بغیر هذا القسم.

و اما الثالث فان ارید باشتراط الغایة اعنی الملکیة و الزوجیة و نحوهما، اشتراط تحصیلهما باسبابهما الشرعیة، فیرجع الی الثانی، و هو اشتراط الفعل.

و ان ارید حصول الغایة بنفس الاشتراط فان دلّ الدلیل الشرعی علی عدم تحقق تلک الغایة الا بسببها الشرعی الخاص کالزوجیة

المؤمنون، مختص بغیر هذا القسم) اذ لا موضوع، فلا حکم.

(و امـا الثـالث) و هو مـا اذا تعلق الشـرط بمـا هو من قبیل الغایـة للفعل (فان اریـد باشتراطه الغایـة اعنی الملکیـة و الزوجیـة و نحوهما) کالانعتاق (اشتراط تحصیلهما باسبابهما الشرعیة، فیرجع الی الثانی و هو اشتراط الفعل).

فمعنی شرط زوجیة المشتری لبنت البائع: ان یزوجه البائع ابنته.

و معنی شـرطیة ملکیـة المشتری لـدار البائع ان یبیعه البائع داره او یهبه له، فاذا کان هناک اسـباب متعددة یمکن الوصول بها الی تلک الغایة یحق للبائع اختیار ایّ سبب شاء، کان یبیعه، او یهبه، او یصالحه او ما اشبه، لان الشرط حصول هذه الغایة بایّ سبب کان.

(و ان اریـد حصول الغایـة بنفس الاشتراط فان دلّ الدلیل الشـرعی علی عدم تحقق تلک الغایة الا بسـببها الشـرعی الخاص کالزوجیة) التی لا تتحقق الا بالصیغة الخاصّة.

نعم لعل التحلیل للامة یقع بلا عقد و یکفی فیه الشرط- لکن الکلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۲

و الطلاـق و العبودیـة و الانعتاق و کون المرهون مبیعا عنـد انقضاء الاجل و نحو ذلک، کان الشـرط فاسـدا، لمخالفته للکتاب و السـنة کما انه لو دلّ الدلیل علی کفایة الشرط فیه کالوکالة و الوصایة و کون مال العبد و حمل الجاریة و ثمر الشجرة ملکا للمشتری، فلا

لیس فی هذا الموضوع- (و الطلاق) الّذی یحتاج الی الصـیغة (و العبودیة) التی تحتاج الی اسـبابها الخاصة من بیع، او نحوه، او اسـر او شرط فی ضـمن النکاح ان یکون ولـد الحرة و العبـد- المتزوجین- عبـدا ان قلنا بصـحة هذا الشـرط فانه لا تتحقق بدون هذه الاسـباب الخاصة (و الانعتاق) الّذی یحتاج الی صـیغة التحریر (و کون المرهون مبیعا) بنفسه (عند انقضاء الاجل) بدون اجراء صیغة البیع (و نحو ذلک) ککون المرأة الاجنبیة وارثة (کان) ذلک (الشرط فاسدا، لمخالفته للکتاب و السنة).

اذ الکتاب و السـنة جعلا لهذه الغایات اسـبابا خاصة، و الشـرط لیس من اسـبابها، فلا یکون الشـرط مشـرعا (کما انه لو دلّ الدلیل علی کفایة الشرط فیه) ای فی حصول تلک الغایة المشروطة (کالوکالة و الوصایة) بان باعه شیئا بشرط ان یکون المشتری وکیله، او وصیه، او ولیه، او قیما علی اولاده، او ما اشبه ذلک (و کون مال العبد) فیما لو باعه العبد بشرط ان یکون ماله للمشتری (و حمل الجاریة) فیما اذا باع الجاریة له و هی حامل من غیر المولی بما یصح انتقال الحمل، فشـرط ان الحمل للمشتری (و ثمر الشـجرة) فیما اذا باعها بشرط ان یکون الثمر (ملکا للمشتری، فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۳

اشکال.

و اما لو لم یـدل دلیل علی احـد الوجهین، کما لو شـرط فی البیع کون مال خاص غیر تابع لاحد العوضـین- کالامثلة المذکورة- ملکا لاحدهما، او صدقة، او کون العبد الفلانی حرا و نحو ذلک.

اشکال) فی صحة الشرط، لانه لم یعلم من الشارع احتیاج هذه الامور الی اسباب خاصة.

و حیث ان العرف یری کفایة الشرط، و الشارع سکت عن ذلک فهو امضاء منه للامر العرفی.

(و اما لو لم یـدل دلیل علی احـد الوجهین) و هل ان هذه الغایة تحتاج الی سـبب خاص، أم تتحقق بکل سـبب و لو بالشـرط؟ (کما لو شرط فی البیع کون مال خاص غیر تابع لاحـد العوضـین- کالامثلة المـذکورة-) ای امثلة الحمل، و الثمر، و مال العبد حیث انها تابعة لاحد العوضین.

و مثال ما لیس بتابع کما لو باع داره بشرط ان یکون قلمه للمشتری، فان القلم لیس تابعا للدار (ملکا لاحدهما، او صدقة، او کون العبد الفلانی حرا) الحریة غیر الانعتاق.

فـان الاول غیر منسوب الی الفاعل، و الثانی انفعال لا بـد فیه من الفعل، و لـذا جعل الانعتاق کالزوجیـة مما یحتاج الی سـبب خاص و جعـل الحریـة مما یشک فیه هل انه من هـذا القبیل او من قبیل تملک التابع کالحمل؟ (و نحو ذلک) من سائر ما یشک هل ان الشارع قرر له اسبابا خاصة، أم لا؟

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۴

ففی صحة هذا الشرط اشکال من اصالة عدم تحقق تلک الغایة الا بما علم کونه سببا لها.

و عموم المؤمنون عند شروطهم، و نحوه لا یجری هنا، لعدم کون الشرط فعلا لیجب الوفاء به، و من ان الوفاء لا یختص بفعل ما شرط، بل یشمل ترتیب الآثار علیه نظیر الوفاء بالعهد.

(ففی صحة هذا الشرط) ای شرط الغایة (اشکال من اصالة عدم تحقق تلک الغایة الا بما علم کونه سببا لها) فلا یصلح الشرط.

(و) ان قلت: المؤمنون عند شروطهم، عامّ یشمل کل شرط الا الشرط الّذی علم خروجه، و حیث لا نعلم بخروج هذا الشرط فهو داخل فی العموم.

قلت: (عموم المؤمنون عنـد شـروطهم، و نحوه لاـ یجری هنـا، لعـدم کون الشـرط فعلا) من افعال المشـروط علیه (لیجب الوفاء به) فان وجوب الوفاء انما یتعلق بالافعال، و الغایة المشـروطة لیست من الافعال (و من ان الوفاء) بالشـرط المستفاد من: المؤمنون عند شروطهم (لا یختص بفعل ما شرط) فلا یلازم الوفاء فعل المشروط علیه (بل یشمل) أیضا (ترتیب الآثار علیه) ای علی ما شرط، فاذا شرط ملکیة داره للمشـروط علیه، کان معنی الشرط ترتیب آثار الملکیة للمشروط له علی الدار (نظیر الوفاء بالعهد) فاذا قال: عاهدت اللّه ان تکون الدار لزید، کان معناه ترتیب آثار ملکیة الدار لزید، فهو فعل أیضا، لکنه فعل ترتیب الآثار، لا فعل تملیک او نحوه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۵

و یشـهد له تمسک الامام علیه السـلام بهـذا العموم فی موارد کلها من هـذا القبیل، کعـدم الخیار للمکاتبة التی اعانها ولد زوجها علی اداء مال الکتابة مشترطا علیها عدم الخیار علی زوجها بعد الانعتاق، مضافا الی کفایة دلیل الوفاء بالعقود فی ذلک بعد صـیرورة الشرط جزء للعقد

(و یشـهد له) ای لان: المؤمنون، شامل لترتیب الآثار کما یشـمل الافعال (تمسک الامام علیه السـلام بهذا العموم) ای عموم: المؤمنون عنـد شـروطهم (فی موارد کلهـا من هـذا القبیل) ای من قبیل ترتیب الآثار، لا من قبیل الافعال (کعـدم الخیار للمکاتبـة التی اعانها ولد زوجها علی اداء مال الکتابـة مشترطا علیها) ای ان ولـد الزوج اشترط علیها عند قراره معها ان یؤدی عنها مال الکتابة (عدم الخیار علی زوجها) فی ابطال نکاحها (بعـد الانعتاق) فان الجاریـة المکاتبـة اذا ادت مال الکتابـة کان لها الخیار فی البقاء علی نکاحها و فی ابطال نکاحها.

لکن اذا شرط علیها عدم الخیار، لم یکن لها ذلک، فهذا دلیل علی ان الشرط یقتضی ترتیب الآثار، لا انه خاص بالفعل.

اللهم الا ان یقال: ان الروایـة لیست دلیلا، لان ترک الابطال للنکاح فعل أیضا، کما اذا شـرط عـدم الـذهاب الی بیت زیـد (مضافا الی کفایة دلیل الوفاء بالعقود) ای قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه (فی ذلک) ای فی شموله لشرط الغایة، ای بالإضافة الی شمول دلیل: المؤمنون عند شـروطهم، له (بعد صـیرورة الشـرط جزء للعقد) اذ الشرط جزء عرضی، او کالجزء- کما تقدم- و: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، یقول: اوف بکل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۶

و اما توقف الملک و شـبهه علی اسـباب خاصـة فهی دعوی غیر مسـموعة مع وجود افراد اتفق علی صـحتها، کما فی حمل الجاریة، و

مال العبد، و غیرهما.

و دعوی تسویغ ذلک لکونها توابع للمبیع، مدفوعة، لعدم صلاحیة

اجزاء العقد، و ما یرتبط بالعقد، فاللازم الوفاء بهذا الشرط أیضا، و ان کان شرطا موجها، و بهذا تحقق ان الاقوی هو هذا الوجه الّذی ذکره بقوله «و من ان الوفاء لا یختص».

(و) ان قلت: الملک و ما اشبه متوقف علی اسباب خاصة، فلا یمکن ایجاده بالشرط.

قلت: (اما توقف الملک و شبهه علی اسباب خاصة) کالبیع، و الهبة، و الصلح، و نحوها فلا یتحقق بالشرط (فهی دعوی غیر مسموعة مع وجود افراد) من التملیک بدون تلک الاسباب (اتفق) الفقهاء (علی صحتها) اذ لو کان الملک یتوقف علی اسباب خاصة لم یتحقق بدون تلک الاسباب و الحال انا نری تحققه باتفاق الفقهاء (کما فی حمل الجاریة، و مال العبد، و غیرهما) کبیض الدجاجة، و ثمرة الشجرة، فانها اذا انتقل الاصل انتقل الفرع بالتبع بدون سبب آخر غیر الفرعیة.

(و دعوی تسویغ ذلک) شرعا، فانه فرق بین کون الشرط موجبا للملک و بین ما اذا کانت التبعیة موجبة للملک، فان الثانی جائز (لکونها توابع للمبیع) دون الاول (مدفوعة).

أولا: (لعدم صلاحیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۷

ذلک للفرق مع انه یظهر من بعضهم جواز اشتراط ملک حمل دابة فی بیع اخری کما یظهر من المحقق الثانی فی شرح عبارة القواعد فی شرائط العوضین، و کل مجهول مقصود بالبیع لا یصح بیعه، و ان انضم الی معلوم.

و کیف کان، فالاقوی صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة.

ذلک) الّذی ذکرتم من الفارق (للفرق) اذ ان الملک لو کان یحصل باسباب خاصة فالتبعیة و الشرط کلاهما لیسا من تلک الاسباب، و لو کان الملک لا یحتاج الی اسباب خاصة، فکلاهما جائز.

ثانیا: (مع انه یظهر من بعضهم جواز اشتراط ملک حمل دابة فی بیع اخری) مع ان حمل الدابة لیس تابعا لدابة اخری.

فمن هذا الکلام یظهر ان الشرط من موجبات الملک، و انه لیس لتسویغ ذلک من جهة کونه من توابع البیع (کما یظهر) ذلک (من المحقق الثانی فی شرح عبارة القواعد فی شرائط العوضین).

و عبارة القواعد هی هذه (و کل مجهول مقصود بالبیع لا یصح بیعه و ان انضم الی معلوم).

فان المحقق الثانی ذکر فی شرح هذه العبارة ما تقدم من جواز بیع الحمل تبعا لحیوان آخر.

(و کیف کان، فالاقوی صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة) و بنفس الشرط تقع تلک الغایة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۸

کما یصح نذر مثل هذه الغایات بان ینذر کون المال صدقة او الشاة اضحیة او کون هذا المال لزید.

و حینئذ فالظاهر عدم الخلاف فی وجوب الوفاء بها بمعنی ترتیب الآثار.

و انما

الخلاف و الاشکال فی القسم الثانی، و هو ما تعلق فیه الاشتراط بفعل، و الکلام فیه یقع فی مسائل.

الاولی: فی وجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی،

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوی: المؤمنون عند شروطهم،

(کما یصح نذر مثل هذه الغایات بان ینذر کون المال صدقة او) کون (الشاة اضحیة) بحیث لا من التصرف فیها لغیر الاضحیة (او کون هذا المال لزید) او ما اشبه ذلک.

(و حینئذ) ای حین نذر هذه الامور (فالظاهر عدم الخلاف فی وجوب الوفاء بها) ای بهذه النذور (بمعنی ترتیب الآثار) ای آثار الصدقة و الاضحیة، فلا یجوز التصرف فی المال و فی آثار مالکیة زید.

(و) اذا ظهر حال القسم الاول و القسم الثالث من الشرط فنقول:

(انما الخلاف و الاشکال فی القسم الثانی، و هو ما تعلق فیه الاشتراط بفعل) من افعال المکلف (و الکلام فیه یقع فی مسائل).

(الاولی: فی وجوب الوفاء) بالشرط (من حیث التکلیف الشرعی) ای الحکم التکلیفی.

و (ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوی: المؤمنون عند شروطهم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۲۹۹

و العلوی من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا او حلل حراما و یؤکد الوجوب ما ارسل فی بعض الکتب من زیادة قوله: الا من عصی اللّه، فی النبوی، بناء علی کون الاستثناء من المشروط علیه، لا من الشارط.

هذا کله مضافا الی عموم وجوب الوفاء بالعقد، بعد کون الشرط کالجزء من رکن العقد،

فان الظاهر من کلمة «عند» التلازم بین المؤمن و شرطه، و التلازم لا یعقل الا ان یکون بحکم الشرع بان یحکم الشارع بهذا التلازم، و الحکم الشرعی لیس الا الوجوب (و العلوی) المروی عن امیر المؤمنین علیه السلام کما تقدم (من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او حلل حراما).

و من المعلوم ان صیغة الامر ظاهرة فی الوجوب، و لا خصوصیة للامرأة فیها بالإضافة الی کلمة «عند» کما ذکر فی النبوی (و یؤکد الوجوب ما ارسل فی بعض الکتب من زیادة قوله: الا- من عصی الله، فی النبوی) اذ ظاهره ان المشروط علیه الّذی لا یفی بالشرط عاص لله تعالی (بناء علی کون الاستثناء من المشروط علیه) المفهوم من الکلام (لا من الشارط) المذکور بقوله «المؤمنون» اما اذا کان «من الشارط» کان معناه الا شرطا کان فیه عصیانا لله تعالی.

(هذا کله مضافا الی عموم وجوب الوفاء بالعقد، بعد کون الشرط کالجزء من رکن العقد) لان الشرط و الجزء- فی نظر العرف- مآلهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۰

خلافا لظاهر الشهید فی اللمعة، و ربما ینسب الی غیره حیث قال:

انه لا یجب علی المشروط علیه فعل الشرط و انما فائدته جعل العقد عرضة للزوال.

و وجهه مع ضعفه یظهر مما ذکره قدس سره فی تفصیله المحکی فی الروضة عنه قدس سره فی بعض تحقیقاته، و هو ان الشرط الواقع فی العقد اللازم ان کان العقد کافیا فی تحققه و لا یحتاج بعده الی صیغة، فهو لازم لا یجوز الاختلال به، کشرط الوکالة.

الی شیء واحد، فلا فرق بین ان یقول: ابیعک هذا الکتاب بدینار و خیاطة قبائی، او یقول: بشرط ان تخیط قبائی (خلافا لظاهر الشهید فی اللمعة، و ربما ینسب الی غیره) أیضا (حیث قال: انه لا یجب علی المشروط علیه فعل الشرط) وجوبا شرعیا (و انما فائدته) ای فائدة الشرط (جعل العقد عرضة) و معرضا (للزوال) اذا لم یف المشروط علیه بالشرط

(و وجهه) ای وجه کلام الشهید (مع ضعفه) ای ضعف هذا الوجه (یظهر مما ذکره قدّس سره فی تفصیله) حول الشرط (المحکی) هذا الوجه (فی الروضة عنه قدّس سره) ای عن الشهید الاول (فی بعض تحقیقاته، و هو) ای وجه ما ذکره من عدم لزوم الشرط (ان الشرط الواقع فی العقد اللازم) علی قسمین.

الاول (ان کان العقد کافیا فی تحققه) ای فی تحقق ذلک الشرط (و لا یحتاج بعده) ای بعد العقد (الی صیغة) ثانیة (فهو) ای الشرط (لازم لا یجوز الاختلال به، کشرط الوکالة) فانه لو باع داره بشرط ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۱

و ان احتاج بعده الی امر آخر وراء ذکره فی العقد کشرط العتق فلیس بلازم، بل یقلب العقد اللازم جائزا.

و جعل السرّ فیه ان اشتراط ما العقد کاف فی تحققه، کجزء من الایجاب و القبول فهو تابع لهما فی اللزوم و الجواز.

و اشتراط ما سیوجد امر منفصل عن

یکون المشتری وکیله فی معاملاته صار المشتری وکیلا بنفس هذا العقد.

(و) الثانی: انه (ان احتاج) الشرط (بعده) ای بعد العقد (الی امر آخر وراء ذکره فی العقد کشرط العتق) کما لو باع عبده بشرط ان یعتق ذلک العبد، فانه بمجرد الشرط لا ینعتق العبد، بل یحتاج الی ان یجری المشتری صیغة العتق (فلیس) الشرط (بلازم، بل) الشرط (یقلب العقد اللازم جائزا) فان شاء المشتری وفی، و ان لم یشأ لم یف، و اذا لم یف کان للشارط خیار فسخ البیع.

(و جعل) الشهید (السرّ فیه) ای فی هذا التفصیل بقسمیه.

اما الاول: (فلأن اشتراط ما العقد کاف فی تحققه، کجزء من الایجاب و القبول فهو) ای الشرط (تابع لهما) ای للایجاب و القبول (فی اللزوم و الجواز).

فان کان العقد لازما کالبیع، کان الشرط لازما بالتبع، و ان کان العقد جائزا کالوکالة کان الشرط جائزا أیضا، لان الشرط تبع فهو تابع للعقد فی جوازه أیضا.

(و) اما الثانی: فلان (اشتراط ما سیوجد) کالعتق (امر منفصل عن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۲

العقد، و قد علّق علیه العقد، و المعلق علی الممکن ممکن.

و هو معنی قلب اللازم جائزا، انتهی.

قال فی الروضة- بعد حکایة هذا الکلام- و الا قوی اللزوم مطلقا، و ان کان تفصیله اجود مما اختاره هنا.

اقول: ما ذکره قدس سره فی بعض تحقیقاته لا یحسن عده تفصیلا فی محل الکلام مقابلا لما اختاره فی اللمعة،

العقد) لان العتق یتحقق بصیغة خاصة بعد العقد (و قد علّق علیه العقد، و المعلق علی الممکن) للذی هو العتق (ممکن) اذ لا یعقل ان یکون العقد التابع للشرط الممکن واجبا لازما.

(و هو معنی) ما ذکرناه من ان الشرط المنفصل یوجب (قلب اللازم جائزا) اذ لو لا الشرط کان العقد لازما (انتهی) کلام الشهید الاول.

(قال فی الروضة- بعد حکایة هذا الکلام- و الا قوی اللزوم) للعقد (مطلقا) سواء کان الشرط کالجزء او کان منفصلا (و ان کان تفصیله) ای تفصیل الشهید الاول (اجود مما اختاره هنا) من کون الشرط مطلقا یوجب جواز العقد، انتهی کلام الشهید الثانی.

(اقول: ما ذکره قدّس سره فی بعض تحقیقاته لا یحسن عدّه تفصیلا فی محل الکلام مقابلا لما اختاره فی اللمعة) فانه اختار فی اللمعة انه لا- یجب علی المشروط علیه فعل الشرط کالعتق، و اختار فی تحقیقه ان مثل الوکالة اذا کانت شرطا تجب، و ان الفعل الخارجی

كالعتق لا يجب.

و من المعلوم ان الفعل الخارجي و فعل الشرط شيء واحد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۳

لان الكلام فى اشتراط فعل سائغ و انه هل يصير واجبا على المشروط عليه، أم لا؟ كما ذكره الشهيد فى المتن.

فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار، او عدم ثبوته له فلا يقال: انه يجب فعله أو لا يجب.

نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد، مما لا خلاف فيه

و اختار فى كلا المقامين و هما اللمعة و تحقيقه، انه لا يجب، فجعل الشهيد الثانى تحقيقه تفصيلا مقابلا لما ذكره فى اللمعة غير تام (لان الكلام) فى اللمعة (فى اشتراط فعل سائغ) كالعتق (و انه هل يصير واجبا على المشروط عليه، أم لا؟) و قد اختار اللمعة عدم وجوبه (كما ذكره الشهيد) الاول (فى المتن) اى اللمعة.

(فمثل اشتراط كونه وكيلا) الّذى ذكره فى تحقيقه، و انه واجب الوفاء (ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار، او عدم ثبوته له) كان يشترط ان يكون للمشترى الخيار بعد انقضاء المجلس، او يشترط ان لا يكون له خيار فى المجلس.

(فلا يقال: انه يجب فعله او لا يجب) فعله، اذ ليس هو عملا لاحدهما بل شيء يقع تلقائيا بالشرط.

(نعم وجوب الوفاء) فى امثال هذه الشروط و هى «شرط كونه وكيلا» او «له الخيار» او «ليس له الخيار» (بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد، مما لا خلاف فيه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۴

اذ لم يقل احد بعدم ثبوت الخيار او آثار اللزوم بعد اشتراطهما فى العقد.

و بالجملة فالكلام هنا فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد

فاللازم ترتيب آثار الوكالة و ترتيب آثار الخيار، و ترتيب آثار عدم الخيار، اذا شرط الوكالة، او الخيار، او عدم الخيار.

لكن كل ذلك لا يسمى «فعل الشرط» فهناك «فعل الشرط» كالعتق و «الشرط المتحقق بنفس العقد» كالوكالة و الخيار و عدم الخيار، و «آثار هذا الشرط» المتحقق كترتيب اثر الوكالة و الخيار، فالكلام فى اللمعة و فى «تحقيقه» فى «فعل الشرط» و فى كلا المقامين قال الشهيد الاول انه لا يجب، و فى «تحقيقه» قال بوجوب «الشرط المتحقق بنفس العقد» و المصنف اضاف ان «آثار الشرط المتحقق» لازمة أيضا (اذ لم يقل احد بعدم ثبوت الخيار) فيما اذا اشترط الخيار (او) عدم ثبوت (آثار اللزوم) فيما اذا اشترط عدم الخيار (بعد اشتراطهما) اى الخيار او عدم الخيار (فى العقد) و لذلك لم يقل احد بعدم ثبوت الوكالة فيما اذا اشترط فى العقد ان يكون وكيلا عنه، كما مثل الشهيد فى بعض تحقيقاته.

(و بالجملة) نقول: توضيحا لما ذكرناه من ان كلام الشهيد فى «تحقيقه» ليس تفصيلا مخالفا لما ذكره فى «اللمعة» (فالكلام هنا) اى فى كلا الموردين و هما «اللمعة» و «تحقيقه» (فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد) كالعتق.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۵

نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه و من كل شرط لم يسلّم لمشترطه و مراده تعذر الشرط.

و كيف كان فمثل اشتراط الوكالة او الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام.

اذ لا كلام و لا خلاف فى وجوب ترتب آثار الشرط عليه.

و لا فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار.

و الحاصل: ان المصنف یرید اقصاء مثل شرط الوکالهٔ عن محل الکلام فلا وجه لجعل الروضهٔ ذلک تفصیلا فی المسألهٔ.

(نعم کلام الشهید فی اللمعهٔ اعمّ منه) ای من شرط الفعل (و من کل شرط لم یسلّم لمشترطه) «لم یسلّم» بالمجهول (و مراده) من الشرط الّذی لم یسلّم (تعذر الشرط) فلا یشمل کلام اللمعهٔ مثل شرط الوکالهٔ، و الخیار و عدم الخیار.

(و کیف کان) الامر (فمثل اشتراط الوکالهٔ او الخیار و عدمه خارج عن محل الکلام) الّذی هو عبارهٔ عن اشتراط فعل علی المشروط علیه، و انه هل فائدته لزوم الشرط، او فائدته ما ذکره الشهید الاول من جعل العقد عرضهٔ للزوال.

(اذ لا کلام و لا خلاف فی وجوب ترتب آثار الشرط علیه) ای علی مثل اشتراط الوکالهٔ، و الخیار، و عدمه.

(و لا ـ) خلاف أیضا (فی عدم انفساخ العقد بعدم ترتیب الآثار) فان لم یرتب المشروط علیه الاثر علی شرط الوکالهٔ مثلا بان کان وکیلا فی بیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۶

و لا فی ان المشروط علیه یجبر علی ترتیب الآثار.

و ان شئت قلت: اشتراط الوکالهٔ من اشتراط الغایات، لا المبادئ.

و مما ذکرنا یظهر ان تأیید القول المشهور، او الاستدلال علیه بما فی الغنیهٔ من الاجماع علی لزوم الوفاء بالعقد غیر صحیح، لانه انما ذکر ذلک فی مسئلهٔ اشتراط الخیار، و قد عرفت خروج مثل ذلک عن محل الکلام

املاک الشارط فلم یفعل لم ینفسخ العقد.

(و لا) خلاف أیضا (فی ان المشروط علیه یجبر) من قبل الحاکم الشرعی او القائم مقامه (علی ترتیب الآثار) ان لم یرتب الأثر بنفسه.

(و ان شئت قلت: اشتراط الوکالهٔ من اشتراط الغایات) التی تتحقق بنفس الشرط (لا المبادئ) التی یکون فیها الاختلاف.

فهل ان فائدهٔ الشرط فیها اللزوم او جعل العقد عرضهٔ للزوال؟

(و مما ذکرنا) من ان الخلاف بین المشهور و الشهید انما هو فی شرط الفعل لا شرط الغایهٔ اذ لا خلاف فی شرط الغایهٔ (یظهر ان تأیید القول المشهور، او الاستدلال علیه بما فی الغنیهٔ من الاجماع علی لزوم الوفاء بالعقد غیر صحیح).

و انما کان اجماع الغنیهٔ لا یرتبط بقول المشهور، فلا یکون مؤیدا له (لانه) ای صاحب الغنیهٔ (انما ذکر ذلک) الاجماع (فی مسئلهٔ اشتراط) ان یکون (الخیار) لاحد المتعاقدین (و قد عرفت خروج مثل ذلک) من شرط الغایهٔ (عن محل الکلام) الّذی هو شرط الفعل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۷

نعم فی التذکرهٔ: لو اشتری عبدا بشرط ان یعتقه المشتری صحّ البیع و لزم الشرط، عند علمائنا اجمع.

ثم ان ما ذکره الشهید قدس سرّه من ان اشتراط ما سیوجد امر منفصل و قد علق علیه العقد الخ، لا یخلو عن نظر.

اذ حاصله ان الشرط قد علق علیه العقد فی الحقیقهٔ، و ان کان لا تعلیق صورهٔ فحاصل قوله: بعتک هذا العبد علی ان تعتقه ان الالتزام بهذه المعاوضهٔ معلق علی التزامک بالعتق، فاذا لم یلتزم

(نعم) قال (فی التذکرهٔ: لو اشتری عبدا بشرط ان یعتقه المشتری صحّ البیع و لزم الشرط، عند علمائنا اجمع) فان هذا الاجماع الّذی ذکره صاحب التذکرهٔ یکون مؤیّدا للمشهور، اذ کلامه فی شرط الفعل فان العتق فعل لا غایهٔ، کما هو واضح.

(ثم ان ما ذکره الشهید) الاول (قدّس سرّه) فی تحقیقه السابق (من ان اشتراط ما سیوجد امر منفصل، و قد علق علیه العقد الخ، لا یخلو عن نظر)

و حاصل نظره انه لو کان العقد معلقا علی الممکن فیلزم بطلان العقد اذا لم یتحقق المعلق علیه- و هو الشرط-، لا ما ذکره من انقلاب العقد جائزا.

(اذ حاصله) ای حاصل کلام الشهید (ان الشرط قد علق علیه العقد فی الحقیقة، و ان کان لا تعلیق صورة، فحاصل قوله: بعتک هذا العبد علی ان تعتقه)- بناء علی کلام الشهید- (ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق علی التزامک بالعتق) او معلق علی عتقک- خارجا- (فاذا لم یلتزم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۸

بالاعتاق لم یجب علی المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

و فیه مع ان المعروف بینهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضین و ان القاعدة اللفظیة فی العقد المشروط لا یقتضی هذا المعنی أیضا.

و ان رجوعه الی التعلیق علی المحتمل یوجب عدم الجزم المفسد للعقد،

بالاعتاق) و لم یعتق (لم یجب علی المشروط له الالتزام بالمعاوضة) لان المعاوضة التزام علی تقدیر التزام.

(و فیه) أولا: (مع ان المعروف بینهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضین) ففقده لا یوجب الا ما یشبه خیار تبعض الصفقة، و لیس الشرط مما علق به التزام المعاملة، بل الشرط یقتضی التزام المشروط علیه و الالتزام غیر التعلیق.

(و) ثانیا: (ان القاعدة اللفظیة فی العقد المشروط لا یقتضی هذا المعنی أیضا) ای لا یقتضی التعلیق، بل یقتضی الالتزام، فالبیع محقق و انما التزم المشروط علیه ان یأتی بالشرط، لا ان البیع معلق علی الشرط

نعم اذا قال: بعتک بیعا معلقا، کان البیع معلقا، فکلام الشهید لا یؤیّده المعنی المقصود للمتعاقدین، و لا ظاهرا للفظ حسب القواعد اللفظیة التی تدل علی ان الشرط التزام و لیس بتعلیق.

(و) ثالثا: (ان رجوعه) ای الشرط (الی التعلیق علی المحتمل) بان کان البیع معلقا علی الشرط المحتمل وقوعه، و عدم وقوعه (یوجب عدم الجزم المفسد للعقد) اذ یشترط فی العقد الجزم، فاذا کان الشرط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۰۹

و ان لم یکن فی صورة التعلیق، ان لازم هذا الکلام اعنی دعوی تعلیق العقد علی الممکن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط، لا انقلابه جائزا.

الثانیة: فی انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی فهل یجبر علیه لو امتنع،

ظاهر جماعة ذلک.

و ظاهر التحریر خلافه قال فی باب الشروط ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدین، کالاجل

تعلیقا کما ذکره الشهید لم یکن جزما، فاللازم بطلان کل عقد ذکر فیه الشرط و هذا ما لا یقول به حتی الشهید نفسه (و ان لم یکن فی صورة التعلیق) «ان» وصلیة اذ کل تعلیق معنوی، سواء کان فی صورة التعلیق، أم لا، فهو مفسد.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‏۱۴، ص: ۳۰۹

و رابعا: (ان لازم هـذا الكلام)- هذا هو الجواب، و هو مربوط بقوله «مع ان المعروف» (اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه) اى ارتفاع العقد (من رأس عند فقد الشرط، لا انقلابه جائزا) و قد ذكر الشهيد انه ينقلب جائزا.

(الثانية) من المسائل المرتبطة بالشرط المتعلق بالفعل (فى انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع) عن فعل الشـرط (ظاهر جماعـة ذلك) اى انه يجبر، لانه حق للمشـروط له، فله انقاذه من المشـروط عليه كسائر الحقوق التى يمتنع من عليه ادائها.

(و ظاهر التحرير خلافه) و انه لا يجبر (قال فى باب الشروط ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين) اى بما ينفع احدهما (كالاجل)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۴، ص: ۳۱۰

و الخيار و الشـهادة، و التضـمين و الرهن، و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز، و لزم الوفاء، ثم قال: اذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط، فان اعتقه المشترى، و الّا ففى اجباره وجهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

و قال فى الـدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقـد، فيلزم الشـرط فى طرف المشترط عليه، فان اخل به فللمشترط الفسـخ، و هل يملك اجباره عليه؟

بان يعطيه الثمن او المثمن بعد شـهر مثلا (و الخيار) بان يكون لاحدهما الخيار حتى اذا شاء فسخ (و الشـهادة) كان يبيعه على شرط ان يشـهد له عند الطلاق مثلا (و التضـمين) كان يضمنه عند مطالبة دائنه (و الرهن) كان يرهن عنده داره، او يرهنها عند اجنبى لاجل دينه (و اشتراط صـفة مقصودة كالكتابـة) كما لو اشترى عبده الامّى على شـرط ان يجعله كاتبا (جاز) الشـرط (و لزم الوفاء) به (ثم قال: اذا باع بشـرط العتق) و هـذا قسم ثان، لانه لا مصـلحة لهما و انما المصـلحة لثالث و هو العبد (صح البيع و الشـرط، فان اعتقه المشترى) فهو المطلوب (و الّا) بان لم يعتقه (ففى اجباره وجهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى) كلام العلامة.

(و قال فى الـدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشـرط فى طرف المشترط عليه) اما فى طرف المشترط فلا يلزم، اذ هو حقه، فله ان يرفع اليـد عنه (فـان اخـل) المشـروط عليه (به) اى بالشـرط (فللمشترط الفسـخ، و هـل يملك) المشترط (اجباره عليه؟) اى على الشرط، أم لا يملك؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۴، ص: ۳۱۱

فيه نظر، انتهى.

و لا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به.

و قال فى التذكرة- فى فروع مسئلة العبد المشترط عتقه- اذا اعتقه المشترى فقد و فى بما وجب عليه، الى ان قال: و ان امتنع اجبر عليه، ان قلنا انه حق للّه تعالى، و ان قلنا انه حق للبائع لم يجبر كما فى شرط الرهن و الكفيل.

(فيه نظر، انتهى) كلام الدروس.

(و لا معنى للزوم الشـرط الا وجوب الوفـاء به) فلا يتوهم ان الشـهيد لا يقول بوجوب الوفـاء، فلا يقول بلزوم الاجبـار، بل قوله «لزم الشرط» معناه وجوب الوفاء و مع ذلك لا يقول بالاجبار.

(و قال فى التذكرة- فى فروع مسئلة العبد المشترط عتقه-) فى ضمن العقد (اذا اعتقه المشترى فقد و فى بما وجب عليه، الى ان قال: و ان امتنع) عن العتق (اجبر عليه، ان قلنا انه) اى الشـرط (حق للّه تعالى) باعتبار انه سـبحانه امر به (و ان قلنا انه حق للبائع) كما فى باب الدين، فانه حق للدائن (لم يجبر) المشـروط عليه على الوفاء بالشـرط (كما فى شرط الرهن و الكفيل) فانه اذا باعه بشرط ان يرهن شيئا

عنده حتى اذا ظهر المبيع مستحقا للغير استوفى ثمنه من الرهن، او شرط ان يأتى البائع بكفيل حتى اذا ظهر المتاع ملكا للغير اخذ حقه من الكفيل ان امتنع البائع من اداء الثمن الّذى اخذه، فانه اذا لم يفعل البائع ما شرط عليه من اتيان الكفيل و وضع الرهن، لم يجبر البائع على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۲

لكن يتخيّر البائع فى الفسخ بعد سلامة ما شرط.

ثم ذكر للشافعى وجهين فى الاجبار و عدمه، الى ان قال: و الاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلا، فاهمل، انتهى.

و يمكن ان يستظهر هذا القول، اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم: المؤمنون، مع قوله بعدم

ذلك.

و كذلك فى العكس، اذا اراد البائع من المشترى الكفيل او الرهن ثم لم يف المشترى بالشرط، فان المشترى لم يجبر (لكن يتخيّر البائع فى الفسخ) و الامضاء (بعد سلامة ما شرط) اذا كان شرطه شرعيا، و لم يكن من الشروط الباطلة.

(ثم ذكر) صاحب التذكرة (للشافعى وجهين فى الاجبار و عدمه الى ان قال) صاحب التذكرة (و الاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع) المشروط عليه (كما لو شرط) البائع على المشترى (تسليم الثمن معجلا، فاهمل) فان للبائع حق اجباره فى التسليم كما شرط (انتهى) كلام صاحب التذكرة.

(و يمكن ان يستظهر هذا القول، اعنى الوجوب) و هو وجوب الوفاء بالشرط (تكليفا مع عدم جواز الاجبار) اذا لم يف بالشرط (من كل من استدل على صحة الشرط بعموم: المؤمنون) عند شروطهم (مع قوله بعدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۳

وجوب الاجبار كالشيخ فى المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم.

ثم ذكر ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب، لان عتقه قد استحق بالشرط.

و عدم الوجوب، و انما يجعل له الخيار، ثم قال: و الاقوى هو الثانى انتهى.

فان ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه،

وجوب الاجبار).

فان ظاهر استدلاله ب «المؤمنون» انه واجب (كالشيخ فى المبسوط حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع) بان شرط البائع على المشترى ان يعتقه (بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم) و العتق من صغريات الشرط فشرطه صحيح.

(ثم ذكر) الشيخ (ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع) عن العتق (قولين).

الاول: (الوجوب، لان عتقه قد استحق بالشرط) فيجب الوفاء به.

(و) الثانى: (عدم الوجوب، و انما يجعل له) اى للمشروط له (الخيار ثم قال: و الاقوى هو الثانى، انتهى) و ذلك لاصالة عدم الوجوب، و فى القول بعدم الوجوب نظر

(فان ظهور النبوى) اى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم (فى الوجوب من حيث نفسه) حيث ان المستفاد من كلمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۴

و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة، مما لا مساغ لانكاره، بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه فى عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة الوجوب منه، اذ لا تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط، و فساده.

فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته.

«عند» التلازم، و الظاهر التلازم الشرعى المفيد للوجوب (و من جهة القرائن المتصلة) كقوله صلى الله عليه و آله و سلم فى بعض الروايات «الا من عصى الله» بناء على ما تقدم من انه استثناء من المشروط عليه، لا من المشترط (و المنفصلة) كقوله فى العلوى: فليف لها به، بصيغة الامر الظاهرة فى الوجوب (مما لا مساغ لانكاره، بل الاستدلال به) اى ب «المؤمنون عند شروطهم» (على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه فى عدم افساد الشرط الفاسد) للعقد فالشرط الفاسد ليس بمفسد، كما هو احد القولين فى المسألة.

و القول الاخر هو ان الشرط الفاسد مفسد (يتوقف) ذلك الاستدلال (ظاهرا على إرادة الوجوب منه) اى من «المؤمنون» (اذ لا تنافى) ظاهرا (بين استحباب الوفاء بالشرط، و) بين (فساده) اى فساد الشرط

(فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته) اى صحة البيع، فحيث ان الاستحباب و عدمه يجتمع مع فساد البيع، كما يجتمع مع صحة البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۵

ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لانه غير مخالف للكتاب و السنة، فيجب الوفاء به و قال: هل يكون حقا للّه تعالى، او للعبد، او للبائع؟ يحتمل الاول، الى ان قال: و يحتمل الثالث، هو مذهب العلامة فى القواعد، و التحرير، لانه استقرب فيهما عدم اجبار المشترى على العتق، و هو يدل على انه حق للبائع.

(ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق) سواء كان هذا الشرط فى ضمن بيع نفس العبد، او بيع شيء آخر (لانه) يشمله دليل الشرط، و هو (غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به، و قال: هل) العتق بعد اشتراطه (يكون حقا للّه تعالى، او للعبد، او للبائع؟)

ف (يحتمل الاول) لانه سبحانه امر بالعتق فهو من قبيل نذر الصيام

و يحتمل الثانى لان العبد هو الّذى يعتق، فله المطالبة به، كما اذا نذر ان يعطى لزيد مالا (الى ان قال: و يحتمل الثالث) و هو ان يكون حقّا للبائع، و (هو مذهب العلامة فى القواعد، و التحرير، لانه) اى العلامة (استقرب فيهما عدم اجبار المشترى على العتق، و هو) اى هذا الكلام من العلامة (يدل على انه حق للبائع) فمعنى كونه حقا للبائع:

التعليق، لا الالتزام، اى ان البائع اذا شرط هذا الشرط و لم ينفذه المشترى، كان له ان يفسخ البيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۶

و على القول بانه حق للّه يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط باسقاط البائع.

و على القول بكونه للبائع، تكون المطالبة له و يسقط باسقاطه و لا يجبر المشترى.

و مع الامتناع يتخيّر المشترط بين الامضاء و الفسخ.

(و على القول بانه حق للّه يكون المطالبة للحاكم) لان الحاكم هو الموظف للمطالبة بحقوق اللّه سبحانه، هذا أولا و بالذات و إلا فكل الناس يجب عليهم الامر بالمعروف و النهى عن المنكر- من باب الكفاية- (و يجبره) الحاكم على العتق- وفاء بالشرط- (مع الامتناع)

اذا لم یرد المشتری العتق (و لا یسقط) هذا الشرط (باسقاط البائع) لانه حق للّه تعالی، فلیس للانسان ان یسقطه.

(و علی القول بکونه) ای العتق حقا (للبائع، تکون المطالبة) أولا و بالذات (له) لانه ذو الحق (و یسقط باسقاطه) لان الانسان له الحق فی ان یسقط حقوقه التی تکون علی الآخرین (و لا یجبر المشتری) علی ادائه لما تقدم من ان الشرط یفید التعلیق، لا الالتزام.

نعم اذا لم یفعله المشتری کان للبائع فسخ العقد.

(و مع الامتناع) ای امتناع المشروط علیه من الاتیان بالشرط (یتخیّر المشترط بین الامضاء و الفسخ).

اما الامضاء فلانه حق له فله ان یسقطه.

و اما الفسخ فلان: لا ضرر، یرفع لزوم العقد، کما ذکروا فی خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۷

و علی القول بانه للعبد یکون هو المطالب بالعتق.

و مع الامتناع یرافعه الی الحاکم لیجبره علی ذلک، و کسبه قبل العتق للمشتری علی جمیع التقادیر، انتهی.

و ظاهر استکشافه مذهب العلامة قدس سره عن حکمه بعدم الاجبار ان کل شرط یکون حقا مختصا للمشترط لا کلام و لا خلاف فی عدم الاجبار علیه.

الغبن و غیره.

(و علی القول بانه) حق (للعبد) المشروط عتقه فی ضمن البیع (یکون هو) ای العبد (المطالب بالعتق) لانه متعلق حقه، کما اذا نذر لزید، فان النذر یکون حقا لزید، فله المطالبة بحقه.

(و مع الامتناع) ای امتناع المشروط علیه من عتق العبد (یرافعه) العبد (الی الحاکم لیجبره علی ذلک) العتق (و کسبه) ای العبد (قبل العتق للمشتری) لان کسب العبد للمالک- بناء علی ان العبد لا یملک- (علی جمیع التقادیر) للمشترط سواء کان العتق حقا لله، او حقا للمشترط او حقا للعبد (انتهی) کلام الصیمری.

(و ظاهر استکشافه) ای الصیمری (مذهب العلامة قدس سره عن حکمه بعدم الاجبار) «بعدم» متعلق ب «استکشاف» قال الصیمری «لانه استقرب فیها عدم اجبار المشتری علی العتق» (ان کل شرط یکون حقا مختصا للمشترط) بدون ان یکون حقا للّه، او حقا لثالث (لا کلام و لا خلاف فی عدم الاجبار علیه) اذ لو کان خلاف لم یکن کلام العلامة «بانه حق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۸

و هو ظاهر اوّل الکلام السابق فی التذکرة.

لکن قد عرفت قوله اخیرا، و الاولی ان له اجباره علیه، و ان قلنا انه حق للبائع و ما ابعد ما بین ما ذکره الصیمری و ما ذکره فی جامع المقاصد و المسالک من انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلا کلام فی ثبوت الاجبار، حیث قال: و اعلم ان فی اجبار المشتری علی الاعتاق وجهین.

احدهما: العدم، لان للبائع طریقا آخر للتخلص

للبائع» کاشفا عن عدم حقه فی الاجبار.

(و هو) ای انه حیث کان حقا للبائع، لا کلام فی عدم الاجبار علیه (ظاهر اوّل الکلام السابق فی التذکرة) الّذی تقدم قبل اسطر، حیث قال «و ان قلنا انه حق للبائع لم یجبر».

(لکن قد عرفت قوله) ای صاحب التذکرة (اخیرا، و الاولی ان له) ای للمشروط له (اجباره) ای الشارط (علیه) ای علی ان یأتی بالشرط

(و ان قلنا انه حق للبائع) «ان» وصلیة (و ما ابعد ما بین ما ذکره الصیمری) من انه ان کان حقا للبائع فلا کلام فی انه لم یجبر علیه (و) بین (ما ذکره فی جامع المقاصد و المسالک من) ما ظاهره: انه اذا کان حقا للبائع فلا کلام فی انه یجبر علیه، حیث قالا: (انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلا کلام فی ثبوت الاجبار، حیث قال) جامع المقاصد: (و اعلم ان فی اجبار المشتری علی الاعتاق) فیما اذا باع البائع العبد و شرط علیه اعتاقه (وجهین).

(احدهما: العدم) ای عدم الاجبار (لان للبائع طریقا آخر للتخلص)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۱۹

و هو الفسخ.

و الثانی له ذلک، لظاهر قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و المؤمنون عند شروطهم الا من عصی اللّه و هو الاوجه انتهی.

و فی المسالک جعل احد القولین ثبوت الخیار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء.

و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد،

من الضرر المتوجه إلیه بسبب بیع العبد و عدم عتقه (و هو الفسخ) فما دام الفسخ بیده فلا ضرر علیه حتی یکون ذلک مجوزا له فی الاجبار.

(و) الوجه (الثانی) ان (له ذلک) ای الاجبار (لظاهر قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فان الوفاء بالعقد المشروط ان یأتی بشرطه أیضا (و المؤمنون عند شروطهم الا من عصی اللّه) بناء علی ان ظاهر الاستثناء، هو ان مخالف الشرط عاص للّه تعالی، و من المعلوم ان العاصی یجبر علی ترک العصیان (و هو الاوجه) فله اجباره علی العتق (انتهی).

(و فی المسالک جعل احد القولین) فی مسئلة ان له اجباره، أم لا (ثبوت الخیار) للمشروط له (و عدم وجوب الوفاء) بالشرط علی المشروط علیه (مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء) لان الوفاء بالشرط تکلیف لم نعلم بثبوته علی المشروط علیه.

(و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد) لان الوفاء بالعقد المشروط، یلزم اتیانه بکل اجزائه و شرائطه و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۰

و المؤمنون عند شروطهم الا من عصی اللّه.

و ظاهره وحدة الخلاف فی مسئلتی وجوب الوفاء و التسلط علی الاجبار، کما ان ظاهر الصیمری الاتفاق علی وجوب الوفاء، بل و علی عدم الاجبار فیما کان حقا مختصّا للبائع.

و الاظهر فی کلمات الاصحاب وجود الخلاف فی المسألتین.

الا لم یک وفیا (و) بعموم (المؤمنون عند شروطهم الا من عصی اللّه) کما فی بعض الروایات.

(و ظاهره) حیث استدل بالوجوب المستفاد من الروایتین (وحدة الخلاف فی مسئلتی وجوب الوفاء و التسلط علی الاجبار) فکل من قال بوجوب الوفاء، قال بالتسلط علی الاجبار، و کل من قال بعدم وجوب الوفاء- و انما فائدة الشرط خیار المشترط کما تقدم- قال بعدم التسلط علی الاجبار.

لکنک قد عرفت قبل اسطر عدم التلازم بین المسألتین فی نظر الصیمری (کما ان ظاهر الصیمری الاتفاق علی وجوب الوفاء) بالشرط (بل، و) الاتفاق (علی عدم الاجبار فیما کان) الشرط (حقا مختصّا للبائع).

(و) لکن (الاظهر فی کلمات الاصحاب) عدم تمامیة ما ذکره الصیمری و الشهید، بل (وجود الخلاف فی المسألتین) و هما مسئلة

وجوب الوفاء، و مسئلة الاجبار.

فبعض یقول بوجوب الوفاء، و بعض یقول بعدم وجوب الوفاء.

و کذلک بعض یقول بان له حق الاجبار، و بعض یقول لیس له حق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۱

و کیف کان فالاقوی ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط علیه لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و الشرط، فان العمل بالشرط لیس الا کتسلیم العوضین، فان المشروط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه بمقتضی العقد المقرون بالشرط، فیجبر علی تسلیمه.

و ما فی جامع المقاصد من توجیه عدم الاجبار بان له طریقا الی التخلص بالفسخ، ضعیف فی الغایة

الاجبار.

(و کیف کان) الامر (فالاقوی ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط علیه) للوفاء بشرطه.

و ذلک (لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و) ب (الشرط).

و انما یستفاد من وجوب الوفاء الاجبار (فان العمل بالشرط لیس الا کتسلیم العوضین).

فکما ان من ابی من تسلیم العوض یجبر علی التسلیم، کذلک من ابی من تسلیم الشرط (فان المشروط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه) فملکه (بمقتضی العقد المقرون بالشرط) فان فائدة الشرط هو ذلک الملک (فیجبر) المشروط علیه (علی تسلیمه) ای تسلیم ملک المشترط إلیه.

(و ما) تقدم (فی) کلام (جامع المقاصد من توجیه عدم الاجبار بان له) ای المشروط له (طریقا الی التخلص بالفسخ) الجار و المجرور متعلق بالتخلص (ضعیف فی الغایة) ای فی غایة الضعف فانه مثل ان یقال:

لا یجب تسلیم العوض لان لمالک العوض الآخر طریقا الی التخلص

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۲

فان الخیار انما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر.

و قد یتوهم ان ظاهر الشرط هو فعل الشیء اختیارا، فاذا امتنع المشروط علیه فقد تعذر الشرط.

و حضور الفعل منه کرها غیر ما اشتراط علیه، فلا ینفع فی الوفاء بالشرط.

بفسخ العقد.

و حلّ ما ذکره بقوله: (فان الخیار) للمشروط له (انما شرع بعد تعذر الاجبار).

و انما شرع الخیار (دفعا للضرر) المتوجه الی المشروط له من عدم تمکنه من تسلیم شرطه، فهناک دلیلان.

الاول: انه ملک للشارط فله اجبار المشروط علیه لاستیفاء ملکه.

و الثانی: لا ضرر فله اذا لم یتمکن من الاجبار الفسخ، دفعا للضرر.

(و قد یتوهم ان ظاهر الشرط) ای شرط فعل شیء (هو فعل الشیء اختیارا) لان ظاهر نسبة الفعل الی انسان، انه فعله اختیارا.

فاذا قیل من نکح او طلق او اعتق کان حکمه کذا، ظاهره انه فعل هذه الامور اختیارا، و لذا لا یترتب احکام هذه الامور فیما اذا وقعها کرها و اجبارا (فاذا امتنع المشروط علیه) عن اداء الشرط (فقد تعذر الشرط) و اذا تعذر الشرط جاء دور الخیار فلیس للمشترط اجباره.

(و) من المعلوم ان (حضور الفعل منه) ای من المشروط علیه (کرها) و اجبارا انما هو (غیر ما اشترط علیه، فلا ینفع فی الوفاء بالشرط)

فاذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۳

و يندفع بان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار و انما يعرض له من حيث انه فعل واجب عليه فاذا اجبر فقد اجبر على نفس الواجب.

نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا

اجبره و اتى به لم يكن آتيا بالشرط، كما انه اذا اجبر على الطلاق و طلّق لم يكن آتيا بالطلاق، و لم ينفع مثل هذا الطلاق.

(و يندفع ب) انه فرق بين «شرط فعل» على انسان، و بين مثل قوله «من نكح او طلّق او اعتق».

فان ظاهر الاول اتيان ذات الشىء و لو جهلا او سهوا او فى حالة النوم، كما اذا شرط عليه خياطة قبائه فخاطه بظن انه قباء زيد، ثم بان انه قباء الشارط.

و ظاهر الثانى اتيان الفعل الاختيارى اذا لم يعرف من الخارج انه امر توصلى، كما عرف فى مثل «من غسل يده قبل الطعام كان امانا من المرض» مثلا.

ف (ان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار) فاذا حصل الفعل حصل الشرط (و انما يعرض له) الاجبار (من حيث انه فعل واجب عليه) اى على المشترط (فاذا اجبر) المشروط عليه (فقد اجبر على نفس الواجب) فلا يكون ما اتى به الا نفس ما اشترط عليه.

(نعم لو صرح) المشترط (باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۴

منه لم ينفع اجباره فى حصول الشرط.

الثالثة: فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مخيرا بينهما؟ أم لا

يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار ظاهر الروضة و غير واحد هو الثانى.

و صريح موضع من التذكرة هو الاول، قال: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه آخر، او يقرضه بعد شهر او فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فان اخل به لم يبطل البيع، لكن يتخيّر المشترط بين فسخه للبيع و بين الزامه بما

منه) اى من المشروط عليه (لم ينفع اجباره فى حصول الشرط) لانه لم يفعله عن رضا و اختيار، و لكن ذلك خارج عن محل الكلام الآن.

(الثالثة) من المسائل المتعلقة باشتراط الفعل فى ضمن العقد (فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار) فيما لو ابى المشروط عليه من المشروط (فيكون) المشترط (مخيرا بينهما؟) اى بين الفسخ و الاجبار- فهما فى عرض واحد- (أم لا- يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار) فالاجبار مقدم على الفسخ.

ف (ظاهر الروضة و غير واحد) من الفقهاء (هو الثانى) و انه لا فسخ مع امكان الاجبار

(و صريح موضع من التذكرة هو الاول) و ان المشترط مخير بين الفسخ و الاجبار (قال) فى التذكرة (لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه) الى (آخر او يقرضه) نفس المتاع (بعد شهر او فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فان اخل) المشترى (به) اى بالشرط (لم يبطل البيع، لكن يتخير المشترط) اى من له الشرط (بين فسخه للبيع، و بين الزامه بما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۵

شرط، انتهى، و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا او قهرا

الا ان يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد.

و اما اذا اراد الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الّذى وقع عليه،

شرط) و اجباره (انتهى، و لا نعرف مستندا للخيار) و الفسخ (مع التمكن من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط) بشرط (هو العمل على طبق الشرط) لان الشرط ملك للمشروط له (اختيارا او قهرا) فان المالك له حق ان يسترد ملكه بكل صورة.

و حيث يمكن الاجبار فلا ضرر على المشترط حتى يقال: ان مقتضى:

لا ضرر، الخيار.

نعم اذا امتنع عن اداء الشرط اقتضى دليل: لا ضرر، جواز العقد، فيكون له الفسخ.

(الا ان يقال) في وجه خياره للفسخ مع تمكنه من الاجبار (ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه) فيما (اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد) بان اراد ابقاء العقد، فاذا اراد المشترط ابقاء العقد كان له الاجبار.

(و اما اذا اراد) المشترط (الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد) وفاء (على الوجه الّذى وقع عليه) من الاتيان بجميع خصوصياته

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۶

فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما.

و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لان كلا منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبر ان على ذلك، بخلاف الشرط فان المشروط حيث فرض فعلا كالاعتاق فلا معنى لتملكه،

التى منها الشرط (فله) اى للمشترط (ذلك) اى الفسخ (فيكون ذلك) اى الامتناع عن اداء الشرط (بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما)

فمنتهى الامر ان المشروط عليه اوّل من يتقايل فهو بامتناعه عن الشرط يكون بمنزلة ردّ المشترى للمتاع و المشترط بعدم اجباره له يكون بمنزلة من يقبل الردّ.

(و) ان قلت: فعلى هذا يلزم ان يكون لكل واحد من المتعاقدين أيضا الامتناع عن تسليم متاعه، فلما ذا تقولون هنا بالاجبار.

قلت: لان (هذا الكلام) الّذى ذكرناه فى الشرط و انه بمنزلة التقابل (لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد) بان يعتبر الامتناع كالتقايل.

و انما لا يجرى هذا الكلام (لان كلا منهما) اى من المتعاقدين (قدملك ما فى يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك) التسليم- اذا امتنع احدهما عن التسليم- (بخلاف الشرط) فانه ليس كالعوضين (فان المشروط حيث فرض فعلا) من الافعال لا شرط غاية- كالوكالة- (كالاعتاق) و خياطة الثوب، و ما اشبه (فلا معنى لتملكه)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۷

فاذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه، فتأمل.

ثم على المختـار من عـدم الخيـار الاـ مع تعـذر الاجبار لو كان الشـرط من قبيل الانشاء القابل للنيابـة، فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر اجباره، الظاهر ذلک، لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلک.

اذ فعل الغير ليس ملكا لانسان آخر (فاذا امتنع المشـروط عليه عنه) اى عن الفعل المشروط (فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه) بـدون الحاجـة الى الاجبـار (فتأمّـل) فـان ما ذكر من ان الشـرط ليس ملكا للمشترط محل نظر، اذ هو ملک له عرفا، فحاله حال العوضين.

(ثم على المختار من عدم الخيار الا مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة) كما لو كان الشرط ان يعتق العبد او يوقف الـدار، او يطلق زوجته، او تنكـح نفسـها (فهـل يوقعه الحـاكم عنه اذا فرض تعـذر اجبـاره، الظـاهر ذلـک) اى ان الحـاكم يوقعه (لعموم) ادلة (ولاية السـلطان على الممتنع) فانه يشـمل الانشائيات أيضا (فيندفع ضرر المشروط له بذلک) الانشاء من الحاكم، كما انه لو اجبره الحاكم و اجرى الصيغة هو بنفسه، صـحت الصيغة و ان كانت منبعثة عن الاكراه، و لا يكون الاكراه هنا رافعا للحكم، لفرض ان الشارع امر بهذا الاكراه، فهو خارج عن عموم: ما اسـتكرهوا عليه، كما انه لو شرط إباحة ما له لزيد ثم امتنع، كان لزيد التصرف فيه و هو خارج عن عموم: لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۸

الرابعة: لو تعذر الشرط، فليس للمشترط الا الخيار

لعدم دليل على الارش فان الشـرط فى حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شـرعا انما هى بين المالين و التقييد امر معنوى لا يعدّ مالا و ان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه.

و

(الرابعة) من المسائل المرتبطة بالشرط (لو تعذر الشرط، فليس للمشترط الا الخيار) اى ليس له الارش (لعدم دليل على الارش).

اما الخيار فلما تقدم من انه من مقتضيات: لا ضرر.

و امـا عـدم الاـرش (فـان الشـرط فى حكم القيـد لا يقابل بالمال، بل المقابلـة عرفا و شـرعا انما هى بين المالين) فاذا باعه دارا بالف و اشترط عليه خياطة ثوبه، فان العرف يرى ان الألف فى مقابل الـدار، و ان الشـرط امر خارج ليس بإزائه المال، و كـذلک العقـد الّذى أمضاه الشـارع فانمـا هو بين الـدار و المال (و التقييـد امر معنوى لا يعـدّ مالا و ان كانت ماليـة المال تزيـد و تنقص بوجوده) اى تزيد بوجود القيـد (و عـدمه) اى تنقص بعـدم القيـد فهو مثـل مـا اذا تزوّج امرأة بمهر كثير لان اباها صاحب ثروة او رتبـة فان كلّ المهر فى مقابـل البضع، لاـ ان مقـدارا منه يكون فى مقابـل البضع، و مقـدارا آخر منه يكون فى مقابـل عنوانها لثراء ابيها، و لـذا لو تبين ان اباها سقط عن الرتبة قبل العقد لم يكن له ان يسترجع بعض المال

(و) ان قلت: فلما ذا يسترجع المشترى فى باب العيب «المنتقل إليه المعيوب» بعض الثمن فى باب العيب، فان ذلک يـدل على ان الثمن بعضه فى مقابل الذات و بعضه فى مقابل القيد الّذى هو وصف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۲۹

ثبوت الارش فى العيب لاجل النصّ.

و ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشتراط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

و تبعه الصـيمرى فيما اذا اشتراط تـدبير العبـد، قال: فان امتنع من تـدبيره تخيّر البائع بين الفسـخ و استرجاع العبد، و بين الامضاء فيرجع

بالتفاوت بین قیمته لو بیع مطلقا، و قیمته بشرط التدبیر، انتهی.

الصحة.

قلت: (ثبوت الارش فی العیب لاجل النصّ) الخاص علی خلاف القاعدة، لکن الظاهر من العرف فی بعض الموارد ان المقابل للمال فی البیع امران، ذات المبیع و قیده، و الارش فی النصّ علی وفق القاعدة

(و) کیف کان ف (ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشترط) البائع علی المشتری (عتق العبد فمات العبد قبل العتق) بمعنی ان یلاحظ العبد الّذی یباع بدون هذا الشرط کم قیمته، و العبد الّذی یباع بهذا الشرط کم قیمته، فیأخذ المشترط التفاوت بین القیمتین.

(و تبعه الصیمری فیما اذا اشترط تدبیر العبد) بان یقول له المولی المشتری: انت حرّ دبر وفاتی (قال) الصیمری (فان امتنع) المشتری (من تدبیره تخیّر البائع بین الفسخ) للعقد (و استرجاع العبد، و بین الامضاء) و اخذ الارش (فیرجع) الی المشتری (بالتفاوت بین قیمته لو بیع مطلقا) بدون شرط التدبیر (و) بین (قیمته بشرط التدبیر، انتهی).

مثلا: قیمته بدون الشرط عشرة، و مع الشرط ثمانیة، فانه یرجع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۰

و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن، نسبته إلیه کنسبة التفاوت الی القیمة، لا تمام التفاوت لان للشرط قسطا من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قیمته، کما نصّ علیه فی التذکرة.

البائع الی خمس الثمن.

(و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن) فاذا کانت القیمة الخارجیة التی اشتری بها خمسة، فالمراد بالتفاوت واحد (نسبته) ای نسبة ذلک الجزء (إلیه) ای الی الثمن نسبة الواحد الی الخمسة (کنسبة التفاوت الی القیمة) و هی نسبة الاثنین الی العشرة فی ما اذا کانت القیمة السوقیة عشرة (لا تمام التفاوت) ای الاثنین.

و الحاصل ان القیمة السوقیة تؤخذ لمعرفة مقدار التفاوت، و هل انه ثلث، او ربع، او خمس، او ما اشبه لا انها تؤخذ لاجل کون الارش نفس ذلک التفاوت.

و انما قلنا نسبة التفاوت لا تمام التفاوت (لان للشرط قسطا من الثمن فهو) ای الشرط (مضمون به) ای بذلک القسط- کالواحد فی المثال- (لا بتمام قیمته) السوقیة- کالاثنین فی المثال الاول- (کما نصّ علیه) ای علی نسبة التفاوت لا تمام التفاوت (فی التذکرة) و قد تقدم مثله فی سائر موارد الارش.

و الحاصل ان الاجزاء و الشروط انما کانت بإزاء القیمة الخارجیة، لا بإزاء القیمة السوقیة، فاللازم ملاحظة القیمة الخارجیة، لنری کم وقع منها قبال هذا الشرط لا ملاحظة القیمة السوقیة، و الا فلربّما کان الارش

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۱

و ضعّف فی الدروس قول العلامة بما ذکرنا من ان الثمن لا یقسّط علی الشروط.

و اضعف منه ثبوت الارش بمجرّد امتناع المشتری عن الوفاء بالشرط، و ان لم یتعذّر کما عن الصیمری.

و لو کان الشرط عملا من المشروط علیه یعدّ مالا و یقابل بالمال کخیاطة الثوب

مساویا للثمن، او ازید منه.

مثلا: اذا اشتراه بخمسة و الحال ان قیمته السوقیة عشرون او عشرة و کان التفاوت بین المشروط و غیر المشروط بالنصف لزم استرجاع

خمسة او عشرة، و ذلك يوجب ان لا يقابل المال بثمن، بل يكون المالك باذلا لشیء مع ماله فی مقابل لا شیء.

(و ضعّف فی الدروس قول العلامة) القائل بالارش فی مقابل الشرط المفقود (بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسّط على الشروط) فكيف يؤخذ الارش اذا تعذّر الشرط.

(و اضعف منه) ای من قول العلامة (ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتری عن الوفاء بالشرط، و ان لم يتعذر) الشرط (كما عن الصيمری) فيما اذا امتنع المشتری عن تدبير العبد المشروط تدبيره فی ضمن البيع

هذا كله فيما اذا كان الشرط لا يعدّ مالا عرفا كالعتق و التدبير.

(و) اما (لو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا و يقابل بالمال) عرفا (كخياطة الثوب) كما لو اشترى دار زيد، بشرط ان بخيط المشتری

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۲

فتعذّر ففی استحقاق المشروط له لاجرته و مجرد ثبوت خيار له، وجهان

قال فی التذكرة: لو شرط على البائع عملا سائغا تخيّر المشتری بين الفسخ و المطالبة به او بعوضه ان فات وقته و كان مما يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا، فاتاه به غير مصبوغ، و تلف فی يد المشتری.

و لو لم يكن مما يتقوّم، تخيّر بين الفسخ و الامضاء مجّانا،

ثوب البائع (فتعذّر) ذلك الشرط، بان تمرّض المشتری و لم يتمكن من الخياطة او احترق القماش الّذی كان متعلق الشرط (ففی استحقاق المشروط له)- كالبائع فی المثال- (لاجرته) ا (و مجرد ثبوت خيار له) فی الفسخ و الابقاء بلا خياطة و لا اجرتها (وجهان).

من انه يقابل بالمال عرفا فله الارش.

و من ان المال بإزاء المثمن و الشروط لا مقابل لها كما تقدم و لكنك قد عرفت قوّة قول العلامة.

(قال فی التذكرة: لو شرط على البائع عملا سائغا تخيّر المشتری بين الفسخ و المطالبة به) ای بما شرط (او بعوضه) كاجرة الخياطة (ان فات وقته) ای وقت الشرط (و كان) الشرط (مما يتقوم) ای له قيمة عرفا (كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا، فاتاه) المشتری (به) ای بالثوب (غير مصبوغ، و) فات محل الصبغ، كما لو (تلف فی يد المشتری) فانه لا محل للصبغ بعد التلف.

(و لو لم يكن) الشرط (مما يتقوّم) فلا قيمة له عرفا، و تعذر الشرط كمثال العتق (تخيّر) من له الشرط (بين الفسخ و الامضاء مجّانا) لانّ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۳

انتهى.

و قال أيضا: لو كان الشرط على المشتری مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه، فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ و الامضاء بقيمة الفائت ان كان ممّا له قيمة، و الا مجانا، انتهى.

و الظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فی نفسه سواء كان عملا- محضا، كالخياطة، او عينا، كمال العبد المشترط معه او عينا و عملا كالصبغ، لا ما له مدخل فی قيمة العوض، اذ كل شرط كذلك.

الشرط لا يقابل بالمال (انتهى).

(و قال أيضا) فی موضع آخر (لو كان الشرط على المشتری مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه، فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ) للمعاملة (و الامضاء بقيمة الفائت) ای يأخذ قيمة الصبغ (ان كان) الشرط (ممّا له قيمة، و الا) يكن له قيمة، ف (مجانا، انتهى)

کلام العلامة.

(و الظاهر) بقرینة قوله «و لو لم یکن مما یتقوم» و قوله «و الّا مجانا» (ان مراده بما یتقوم ما یتقوم فی نفسه) ای کانت له قیمة عند العرف (سواء کان) ذلک الشرط الّذی یتقوم (عملا محضا، کالخیاطة، او عینا) محضا (کمال العبد المشترط معه) فیما اذا اشتری العبد بشرط ان یکون معه ماله فتلف المال و لم یصل الی المشتری (او عینا و عملا) معا (کالصبغ) فان اللون عین، و یحتاج الی الصباغ (لا ماله مدخل فی قیمة العوض) و فی زیادة الثمن (اذ کل شرط) و لو لم یکن مالا و لا عملا- کما فی منال التدبیر و العتق- (کذلک) له مدخلیة فی زیادة العوض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۴

و ما ذکره قدس سره لا یخلو عن وجه، و ان کان مقتضی المعاوضة بین العوضین بانفسهما کون الشرط مطلقا قیدا غیر مقابل بالمال، فان المبیع هو الثوب المخیط و العبد المصاحب للمال، لا الثوب و الخیاطة، و العبد و ماله.

و لذا لا یشترط قبض ما بإزاء المال من النقدین فی المجلس، لو کان من احدهما.

(و ما ذکره) العلامة (قدس سره) من الارش (لا یخلو عن وجه) لان للشرط قسطا من المال عرفا، فتعذّره او امتناعه یوجب ان یکون للمشروط له حق القسط (و ان کان مقتضی المعاوضة بین العوضین بانفسهما) لا بین جزء من العوض و بین الشرط (کون الشرط مطلقا) ای سواء کان عملا- او مالا او کلاهما معا، او لیس باحدهما کالتدبیر (قیدا) للعوض (غیر مقابل بالمال، فان المبیع هو الثوب المخیط و العبد المصاحب للمال، لا- الثوب و الخیاطة و العبد و ماله) فلا شیء من الثمن یقابل بالخیاطة، و لا بمال العبد، ففوت الخیاطة و مال العبد لا یوجب ارجاع مقدار من المال (و لذا) الّذی لیس للشرط قسط من المال (لا یشترط قبض ما بإزاء المال من النقدین فی المجلس، لو کان) ما بإزاء المال (من احدهما) ای من احد النقدین.

فاذا کان للعبد ذهب، و اشترط ان یکون معه عند الانتقال الی المشتری، فلا یشترط قبض مال العبد فی المجلس، و الحال انه لو کان مال العبد بإزاء بعض الثمن لزم قبض ذلک المقدار من الثمن فی المجلس، لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۵

و سیجیء فی المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الاجزاء.

الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنة المشروط علیه بتلف، او بنقل، او رهن، او استیلاد

فالظاهر عدم منع ذلک عن الفسخ فاذا فسخ، ففی رجوعه علیه بالقیمة او بالعین مع بقائها بفسخ العقد

یشترط فی بیع النقدین القبض فی المجلس.

اللهم الا ان یقال: ان ادلة القبض فی المجلس لا تشمل مثل المال المشروط و ان کان الشرط بإزاء المال.

(و سیجیء فی المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الاجزاء) و هذا یؤیّد کلام العلامة.

(الخامسة) من المسائل المربوطة بالشرط (لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنة المشروط علیه، بتلف، او بنقل) کالبیع (او رهن) بان صار متعلق حق الغیر (او استیلاد) بان صارت الامة متشبثة بالحریة او بما اشبه، کما اذا وقع المتاع فی البحر، او غصبته السلطة مثلا (فالظاهر عدم منع ذلک) و هو الخروج عن سلطنة المشروط علیه (عن الفسخ، فاذا فسخ، ففی رجوعه) ای الفاسخ (علیه) ای علی المشروط علیه (بالقیمة) لتعذر العین تعذرا عقلیا کالتلف، او شرعیا کالبیع (او) رجوعه علیه بالقیمة اذا کانت العین تالفة، و (بالعین مع بقائها) و ان کانت منتقلة، او صارت متعلق حق الغیر، او متشبثة بالحریة (بفسخ العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۶

الواقع عليه من حينه او من اصله، وجوه يأتى فى احكام الخيار، و يأتى ان الاقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الادلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بان لا يكون منافيا للوفاء بالشرط.

و اما لو كان منافيا،

الواقع عليه) و ابطال الفسخ لحق الاستيلاد مثلا و يكون الفسخ (من حينه) فاذا باعه الدار بشرط كذا، و المشترى لم يف بالشرط، و قد باع الدار و فسخ المالك الاول كان فسخه من حين الفسخ، و منافع الدار بين البيع الاول، و بين الفسخ للمنتقل إليه لا المنتقل عنه (او من اصله) فمنافع الدار فى تلك المدة للبائع الاول (وجوه) و احتمالات (يأتى) بيانها و ذكر ادلتها (فى احكام الخيار، و يأتى ان الاقوى) لدى المصنف (الرجوع بالبدل) لا بالعين (جمعا بين الادلة) و هى دليل ان المشترط له الفسخ، و دليل ان البيع الواقع عليه الثمن من المشروط عليه صحيح واجب الوفاء به.

و (هذا) الّذى ذكرناه (كله) من الرجوع الى البدل و بعض الاحتمالات الاخر (مع صحة العقد الواقع) من المشترى على المثمن (بان لا يكون) العقد الواقع (منافيا للوفاء بالشرط).

فمثال غير المنافى كما اذا باعه داره بشرط ان يخيط ثوبه، فانه اذا باع المشترى الدار لم يكن بيعه منافيا للشرط الّذى هو الخياطة لامكان الجمع بين الخياطة و بين بيع الدار.

(و اما لو كان) العقد الّذى اوقعه المشترى على المثمن (منافيا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۷

كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففى صحته مطلقا، او مع اذن المشروط له، او اجازته، او بطلانه، وجوه، خيرها اوسطها.

للشرط (كبيع ما اشترط وقفه على البائع) «على» متعلق ب «وقفه» فباع زيد دارا لعمرو، بشرط ان يوقفها زيد على عمرو نفسه، و كذلك مثل بيع ما اشترط عتقه، و استيلاد ما اشترط بيعه، و صلح ما اشترط رهنه، الى غير ذلك من الامثلة (ففى صحته مطلقا) سواء اذن او اجاز أم لا- لانه صار ملكا له فله ان يتصرف فيه كيف يشاء (او مع اذن المشروط له) سابقا على العقد الثانى و استيلاده (او اجازته) لاحقا بعد ان عقد المشروط عليه، لانه حق المشروط له فاذا اذن او اجاز، جاز، و الا بطل (او بطلانه) مطلقا و ان اذن و اجاز، لان الشرط اخرج الملك عن الا طلاق، و مع عدم اطلاقه لا يملك المشروط عليه التصرف فيه، اذ من شروط التصرف فى الملك ان يكون طلقا (وجوه، خيرها اوسطها).

اذ: الصحة- و الحال ان المثمن متعلق حق الغير- لا وجه له فانه لا يستوى حق امرئ مسلم.

و البطلان- حتى مع الاذن و الاجازة- أيضا لا- وجه له، و الحال ان المثمن مربوط بالبائع و المشترى، و قد اراد كلاهما بيعه، فيبقى القول الوسط، نعم ذلك لا يجرى فى مثل استيلاد الجارية.

اللهم الا ان يقال: ان حق البائع سابق على الاستيلاد فاللازم توقف الاستيلاد على اجازة البائع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۸

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط

نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثانى فاذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من حينه او من اصله او الرجوع بالقيمة وجوه، رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق، فلا يبطل لبنائه

(فلو باع) المشتری المتاع (بدون اذنه) ای اذن المشترط الّذی هو البائع فی المثال (کان للمشروط له فسخه و الزامه) ای الزام المشروط علیه (بالوفاء بالشرط) کما ان له ان یصالحه حقه بقدر من المال، او بشرط آخر، او ما اشبه ذلک.

(نعم لو لم نقل باجبار المشروط علیه) فی اصل مسئلة الشرط- کما تقدم انه قول لبعض الفقهاء- (فالظاهر صحة العقد الثانی) و للمشروط له الفسخ (فاذا فسخ المشروط له) العقد الثانی (ففی انفساخ العقد) الاول (من حینه) ای من حین الانفساخ، فمنافع الملک للمنتقل إلیه (او من اصله) ای من حین العقد الاول، فمنافع الملک للمنتقل عنه ای البائع الاول.

و هناک احتمال کون انفساخ العقد الثانی من حینه فالمنافع للمشتری الثانی، او من اصله فالمنافع للمشتری الاول (او الرجوع) ای رجوع الفاسخ- بعد الفسخ- (بالقیمة) لتعذر استرجاع العین، لانها انتقلت من المشروط علیه (وجوه، رابعها التفصیل بین التصرف) ای تصرف المشتری المشروط علیه المخالف للشرط (بالعتق فلا یبطل) العتق (لبنائه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۳۹

علی التغلیب فیرجع بالقیمة، و بین غیره فیبطل، اختاره فی التذکرة و الروضة، قال فی فروع مسئلة العبد المشترط عتقه- بعد ما ذکر ان اطلاق اشتراط العتق یقتضی عتقه مجانا-، فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخیّر المشروط له بین الامضاء و الفسخ، فیرجع بقیمة العبد.

قال بعد ذلک: و لو باعه المشتری او وقفه، او کاتبه تخیّر البائع بین الفسخ و الامضاء، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فی غیر ملک تام و تخالف

علی التغلیب) فکلما تشبث العبد بالحریة لا یمکن استرجاعه الی الرقّ (فیرجع) المالک الاول الفاسخ (بالقیمة) جمعا بین الحقوق و هی حق البائع، و حق المشتری، و حق العبد (و بین غیره) ای غیر العتق (فیبطل) التصرف، و یسترجع المشترط المثمن (اختاره) ای هذا التفصیل (فی التذکرة و الروضة، قال) فی التذکرة (فی فروع مسئلة العبد المشترط عتقه- بعد ما ذکر ان اطلاق اشتراط العتق یقتضی عتقه مجانا-) لا فی مقابل مال یأخذه من انسان آخر او خدمة یطلبها من العبد فی مقابل عتقه له، قال: (فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخیر المشروط له بین الامضاء) للعقد (و الفسخ، ف) اذا فسخ (یرجع بقیمة العبد) لان العبد قد اعتق، فلا یمکن ارجاعه الی الملک.

(قال بعد ذلک: و لو باعه المشتری او وقفه، او کاتبه) علی خلاف الشرط- الّذی هو عتقه- (تخیّر البائع بین الفسخ و الامضاء، فان فسخ) العقد (بطلت هذه العقود لوقوعها فی غیر ملک تام) الملکیة (و تخالف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۰

هذه العتق بشرط الخدمة لان العتق مبنی علی التغلیب، فلا سبیل الی فسخه و هل له امضاء البیع مع طلب فسخ ما نقله المشتری؟ فیه احتمال، انتهی.

و مثله ما فی الروضة.

و قال فی الدروس- فی العبد المشروط عتقه- و لو اخرجه عن ملکه ببیع او هبة او وقف، فللبائع فسخ ذلک کله انتهی و ظاهره ما اخترناه و یحتمل

هذه) العقود (العتق بشرط الخدمة) الّذی ذکرناه انه یرجع بالقیمة فالفرق بینهما (لان العتق مبنی علی التغلیب، فلا سبیل الی فسخه) ای فسخ العتق (و هل له) ای للبائع (امضاء البیع) ای ابقائه (مع طلب فسخ ما نقله المشتری؟) الی غیره طلبا لتنفیذ شرطه (فیه احتمال) لان الشرط یقتضی ابقاء البیع علی حاله حتی ینفذ الشرط فیه (انتهی) کلام العلامة.

(و مثله ما فی الروضة) من التفصیل بین العتق فلا ینفسخ، و بین سائر العقود، فتنفسخ.

(و قال فی الدروس- فی العبد المشروط عتقه-) فی عقد البیع (و لو اخرجه) المشتری (عن ملکه ببیع او هبة او وقف، فللبائع فسخ

ذلک کله انتهی) و لم یـذکر حالـة عتق العبـد بشـرط الخدمـة، و انه لو خـالف المشتری مـا ذا یکون امر البائع المشترط؟ (و ظاهره ما اخترناه) عند ما قلنا «خیرها اوسطها» ای توقف تلک العقود علی الاذن او الاجازة (و یحتمل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۱

ضعیفا غیره.

و فی جامع المقاصد: الّذی ینبغی، ان المشتری ممنوع من کل تصرف ینافی العتق المشترط.

ثم ان هـذا الخیـار کما لا یسـقط بتلف العین کـذلک لا یسـقط بالتصـرف فیها، کما نبّه علیه فی المسالک فی اوّل خیار العیب فیما لو اشترط الصحة علی

ضعیفا غیره) بان یکون مراد الدروس فسخ العقد الاول، فتفسخ هذه العقود بالتبع.

(و فی جـامع المقاصـد) قال: (الّـذی ینبغی، ان المشتری ممنوع من کل تصـرف ینافی العتق المشترط) فاذا تصرف تصـرفا ینافیه، بطل التصرف لانه کان ممنوعا منه.

لکن الظاهر ان مراده الاحتیاج الی الاجازة، لانه لیس أسوأ من الفضولی.

(ثم ان هـذا الخیار) ای خیار الشـرط الّذی هو للمشـروط له (کما لا یسـقط بتلف العین) عند المشترط فاذا باع عباءة بدینار، بشـرط ان یخیط المشتری قبائه فتلف الدینار عنده، فلا یسـقط خیار شـرطه، فاذا لم یخط المشتری القباء کان للبائع خیار الفسخ و ان تلف الدینار عنـده، فـاذا فسـخ اعطی بـدله للمشتری (کـذلک لاـ یسـقط بالتصـرف فیهـا) ای فی العین المنتقلـة الی المشترط، لاـنه لا دلیل علی ان التصـرف مسـقط لخیار الشـرط (کما نبّه علیه) ای علی عدم سقوط خیار المشترط بالتصرف (فی المسالک فی اوّل خیار العیب فیما لو اشترط الصحة علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۲

البائع.

نعم اذا دل التصرف علی الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخیار نظیر خیار المجلس و الحیوان بناء علی ما استفید من بعض اخبار خیار الحیوان المشتمل علی سقوط خیاره بالتصرف معلّلا بحصول الرضا بالعقد.

و اما مطلق التصرف، فلا.

البائع) فان تصرف البائع فی الثمن، فلا یسقط خیار المشتری بتصرف البائع فیما اذا ظهر المثمن معیبا.

(نعم اذا دل التصـرف) ای تصـرف ذی الخیار (علی الالتزام بالعقـد) و انه لا یریـد الاخذ بالخیار (لزم العقد و سـقط الخیار) و هو خیار الشرط فلا یحق له الاخذ بعد ذلک بخیار الشرط، و فسخ العقد فیما اذا لم یأت المشروط علیه بالشرط.

(نظیر خیار المجلس و الحیوان) فانهما لا یسـقطان بالتصـرف الا اذا دل التصرف علی الرضا بالعقد (بناء علی ما استفید من بعض اخبار خیار الحیوان المشـتمل) ذلک الخبر (علی سـقوط خیاره) ای خیار الحیوان (بالتصـرف) فی الحیوان (معلّلا) السـقوط (بحصول الرضـا بالعقد) فیدل علی ان الرضا هو المسقط للخیار.

(و اما مطلق التصرف، فلا) یسقط الخیار.

ثم انه اذا تصـرف ذو الخیار «خیار الشـرط» فی المنتقل إلیه تصـرفا مخرجا عن الملک او شـبهه، ثم اخـذ بالخیار، فهل یحق للمشـروط علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۳

السادسة: للمشروط له اسقاط شرط اذا کان مما یقبل الاسقاط،

لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة

ارجاع ملکه حتی اذا کان الثمن عبدا فاعتقه البائع المشترط، او کانت امة فاولدها، او کان ملکا فوقفه مسجدا، أم لا؟ بل لا بدّ من الرجوع الی البدل احتمالات- کما تقدّم مثله-.

(السادسة) من المسائل المرتبطة بالشرط، فی ان (للمشروط له اسقاط شرطه اذا کان) الشرط (مما یقبل الاسقاط) کما اذا کان حقّا للبائع، و فعلا للمشروط علیه نحو اشتراط ان یخیط المشتری ثوب البائع (لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة) لانه شرط نتیجة، و شرط الغایة لا یقبل الاسقاط، لانه قد حصل بمجرد الشرط، و صار الحمل و المال ملکا للمشروط له و الملک لا یسقط بالاسقاط، نعم ان الملک یقبل الخروج عن ملک مالکه بالاعراض.

اللهم الا ان یقال: ان الاسقاط امر اعتباری و العرف یری صحته بالنسبة، حتی الی شرط الغایة.

فاذا اشتری الدابة بشرط ان یکون للمشتری الحمل، ثم قال اسقطت شرطی، رأی العرف ان ذلک یوجب ان یکون الحمل للمالک البائع، و لیس من قبیل ان یقول «اسقطت ملکیتی للدار» و ان کان ذلک معقولا فی نفسه، لکنه خلاف الاعتبار العرفی الممضی من قبل الشارع.

ثم انه لو شک فی انه هل هو شرط قابل للاسقاط، او لیس بقابل للاسقاط؟ کان اصل «امکان اسقاط کل حق الا ما خرج» محکما.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۴

لعموم ما تقدم فی اسقاط الخیار، و غیره من الحقوق، و قد یستثنی من ذلک ما کان حقا لغیر المشروط له، کالعتق.

فان المصرّح به فی کلام جماعة، کالعلامة، و ولده، و الشهیدین، و غیرهم عدم سقوطه باسقاط المشروط له.

قال فی التذکرة: الاقوی عندی ان العتق المشروط اجتمع فیه حقوق، حق للّه،

اذ معنی الحق انه قابل للاسقاط، و النقل، و الارث، و غیرها، و هذا الاصل العقلائی مقدّم علی استصحاب عدم السقوط، و عدم الانتقال، و ما اشبه.

و انما قلنا: ان للمشروط اسقاط شرطه (لعموم ما تقدم فی اسقاط الخیار، و غیره من الحقوق، و قد یستثنی من ذلک) ای من قابلیة الشرط للاسقاط (ما کان حقا لغیر المشروط له) ای بالإضافة الی کونه حقا للمشروط له (کالعتق) کما اذا باع عبده بشرط ان یعتقه، ثم اراد اسقاط هذا الشرط، لم یتمکن من اسقاط شرطه، لان العتق حق العبد أیضا و المشروط له انما له ان یسقط حق نفسه، لا حق العبد.

(فان المصرّح به فی کلام جماعة، کالعلامة، و ولده، و الشهیدین و غیرهم عدم سقوطه) ای العتق (باسقاط المشروط له) بل اللازم علی المشروط علیه العتق.

(قال فی التذکرة: الاقوی عندی ان العتق المشروط) فی البیع و نحوه (اجتمع فیه حقوق) ثلاثة (حق للّه) لان العتق یؤتی به قربة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۵

و حق للبائع، و حق للعبد، ثم استقرب- بناء علی ما ذکره- مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتری.

و فی الایضاح: الاقوی انه حق للبائع و للّه تعالی، فلا یسقط بالاسقاط، انتهی.

و فی الدروس: لو اسقط البائع الشرط جاز الا العتق، لتعلق حق العبد، و حق اللّه تعالی به، انتهی.

و فی جامع المقاصد: ان التحقیق ان العتق فیه معنی القربة و العبادة، و هو حق اللّه تعالی، و زوال

اللّه (و حق للبائع) لانه شرط ذلک فی ضمن العقد (و حق للعبد) لانه هو الّذی یعتق و ینتفع بهذا الشرط (ثم استقرب) العلامة (بناء علی ما ذکره) من انه حق للعبد- أیضا- (مطالبة العبد) من سیّده الجدید (بالعتق لو امتنع المشتری) من ان یعتقه.

(و فی الایضاح: الاقوی انه حق للبائع و للّه تعالی) و لیس حق للعبد (فلا یسقط بالاسقاط، انتهی) اذ البائع لیس وکیلا عن الله سبحانه حتی یسقط حقه سبحانه.

(و) قال (فی الدروس: لو اسقط البائع الشرط جاز) ای نفذ اسقاطه (الا العتق) فان اسقاطه لم ینفذ (لتعلق حق العبد، و حق الله تعالی به) بالإضافة الی حق البائع الّذی اسقطه (انتهی).

(و فی جامع المقاصد: ان التحقیق ان العتق فیه معنی القربة و العبادة، و هو) بهذا الاعتبار (حق اللّه تعالی، و) فیه أیضا (زوال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۶

الحجر و هو حق للعبد، و فوات المالیة علی الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع، انتهی.

اقول: اما کونه حقا للبائع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع، فهو واضح.

و اما کونه حقا للعبد، فانه ان ارید به مجرد انتفاعه بذلک فهذا لا یقتضی سلطنة له علی المشتری بل هو متفرع علی حق البائع دائر معه

الحجر) عن العبد (و هو حق للعبد، و) فیه أیضا (فوات المالیة علی الوجه المخصوص للقربة) المعتبرة فیه (و هو) ای کونه مالا- الّذی یفوّته العتق- (حق للبائع، انتهی) کلام جامع المقاصد.

(اقول: اما کونه حقا للبائع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع، فهو واضح) و لا یشترط ان تکون وجهة نظر البائع هی المطلوبیة للشارع، بل العتق مطلوب للشارع، سواء قصده البائع، أم لا.

(و اما کونه حقا للعبد، فانه ان ارید به مجرد انتفاعه بذلک) العتق (فهذا) مسلم.

و لکن (لا یقتضی سلطنة له علی المشتری) اذ لیس کل منتفع بشیء له حق علی الّذی ینفعه، و ان کان ذلک واجبا علی النافع، فان من نذر ان یتصدق بدینار علی الفقیر، لا یکون للفقیر حق علیه.

و من حلف ان یزور الحسین علیه السلام لا یکون للسائق و المکاری حق علیه (بل هو) ای انتفاع العبد (متفرع علی حق البائع دائر معه) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۷

وجودا و عدما، و ان ارید ثبوت حق علی المشتری یوجب السلطنة علی المطالبة، فلا دلیل علیه.

و دلیل الوفاء لا یوجب الا ثبوت الحق للبائع.

و بالجملة: فاشتراط عتق العبد لیس الا کاشتراط ان یبیع المبیع من زید بادون من ثمن المثل، او یتصدق به علیه، و لم یذکر احد ان لزید المطالبة.

و مما ذکر یظهر الکلام فی ثبوت حق اللّه

مع حق البائع (وجودا و عدما) فان کان للبائع حق انتفع العبد، و الا لم ینتفع (و ان ارید ثبوت حق) للعبد (علی المشتری یوجب) للعبد (السلطنة علی المطالبة، فلا دلیل علیه) ای علی وجود مثل هذا الحق بل اصالة عدم تعلق العبد علی المشروط علیه محکّمة.

(و دلیل الوفاء لا یوجب الا ثبوت الحق للبائع) فانه یدل علی الوضع لا التکلیف المجرد.

و المفهوم من الوضع عرفا ثبوت هذا الحق مع قطع النظر عن الادلة الخارجیة علی ذلک.

(و بالجملة: فاشتراط) البائع على المشترى (عتق العبد ليس الا كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل، او يتصدق به) اى بالمبيع (عليه، و لم يذكر احد ان يزيد) المشروط بنفعه (المطالبة) مما يدل على ان الفقهاء لم يفهموا من الادلة ثبوت الحق لزيد.

(و مما ذكر) من انه لا دليل على حق للعبد (يظهر الكلام فى ثبوت حق اللّه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۸

تعالى، فانه ان اريد به مجرد وجوبه عليه، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار فى كل شرط، و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا للّه، كما ذكره جامع المقاصد ففيه ان مجرد المطلوبية اذا لم يبلغ حد الوجوب لا- يوجب الحق للّه على وجه يلزم به الحاكم، و لا- وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم.

و قد عرفت ان المطلوب غير هذا

تعالى، فانه ان اريد به) اى بحق اللّه (مجرد وجوبه عليه) اى على المشروط عليه (لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض) و قد اوجب اللّه هذا الوفاء (فهذا) الحق للّه تعالى (جار فى كل شرط، و لا ينافى ذلك) الحق لله تعالى (سقوط الشروط بالاسقاط) لان وجوب الحق لله تعالى تابع لطلب ذى الحق، كما يسقط حق الله «اى وجوبه» اذا اسقط الدائن دينه (و ان اريد) حقا (ما عدا ذلك) الوجوب الشرعى التبعى (من حيث كون العتق مطلوبا لله) فهو حق ابتدائى له سبحانه على المشروط عليه (كما ذكره جامع المقاصد، ففيه ان مجرد المطلوبية اذا لم يبلغ حد الوجوب) الاستقلال (لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم) «يلزم» من باب الافعال (و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد) المستفاد من قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (و القيام بحقوقهم) المستفاد من قوله عليه السلام: لا يستوى حق امرئ مسلم و شبهه

(و قد عرفت ان المطلوب) للذى يقول: بانه حق للّه تعالى (غير هذا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۴۹

فافهم.

السابعة: قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد

اذ هذا النحو من حق الله تعالى تابع لحق المشترط، فاذا اسقط المشترط حقه، لم يبق امر شرعى بتنفيذ الشرط، كما قال عليه السلام- فى ما يشبه المقام-: انه لم يعص اللّه، و انما عصى سيّده، فاذا اجاز جاز (فافهم) فانه يحتمل ان يشمله قوله عليه السلام: ما كان لله فلا رجعة فيه فانه لو شرط العتق صار ذلك للّه تعالى، اذ العتق مما يتقرب به إليه سبحانه، فلا يتمكن المشترط من الرجوع، و على فرض الرجوع، فانما يرجع فى حق نفسه لا فى حق الله تعالى، لكن الاقرب هو الاول و انه يسقط الحق مطلقا.

(السابعة) من مسائل الشرط (قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف) للشرط فلا يكون الثمن جزءين، جزء فى مقابل اصل المثمن، و جزء فى مقابل شرطه حتى يكون تخلف الشرط موجبا لاسترجاع المشترط جزء من الثمن (على المشهور) و ان تقدم التأمّل فى ذلك، و ان بعض الشروط مما يقسّط عليه الثمن عرفا.

و حيث ان الشارع امضى العقود مطلقا الا ما استثناه و ليس المقام مما استثناه، كان اللازم القول بامضاء الشارع لما يراه العرف هنا.

و كيف كان فانما قلنا بعدم تقسيط الثمن (لعدم الدليل عليه) اى على التقسيط (بعد عدم دلالة العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۰

عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر، و الشرع لم يزد على ذلك، اذ:

امره بالوفاء، بذلك المدلول العرفى.

فتخلف الشرط لا يقدح فى تملك كل منهما لتمام العوضين هذا.

و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بان يشترى مركّبا، و يشترط كونه كذا و كذا جزء كان يقول: بعتك هذا الارض او الثوب او الصبرة على ان يكون كذا ذراعا او صاعا،

عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر) فالثمن فى مقابل الثمن، و المثمن فى مقابل الثمن، و لا مدخلية للشرط الا ان للمشترط الفسخ اذا لم يأت المشروط عليه بالشرط (و الشرع لم يزد على ذلك) الامر العرفى (اذ امره) اى امر الشرع المشروط عليه (بالوفاء بذلك المدلول العرفى) الّذى هو كون الثمن فى مقابل المثمن و العكس.

(فتخلف الشرط لا يقدح فى تملك كل منهما لتمام العوضين) بدون ان يسقط من احدهما بمقدار الشرط (هذا) هو مقتضى القاعدة فى كل شرط الا ما استثنى، و هو ما ذكره بقوله:

(و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة) «تضمن» بالنصب خبر «يكون» (بان يشترى مركّبا، و يشترط كونه كذا و كذا جزء) فان ما تصوّره ذكر بعنوان الشرط و هو جزء فى الواقع (كان يقول:

بعتك هذا الارض، او الثوب، او الصبرة) و هى مقدار من الحنطة (على ان يكون كذا ذراعا) بالنسبة الى الارض و الثوب (او صاعا) بالنسبة الى الصبرة، او يكون اظهر فى الجزئية من الامثلة المذكورة، كان يقول:

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۱

فقد جعل الشرط تركّبه من اجزاء معينة، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال: ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين، كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن او يلاحظ جانب الجزئية فان المذكور، و

بعتك هذه البرتقالات على ان تكون مائة مثلا، حيث ان الوحدات منفصلة (فقد جعل الشرط تركّبه من اجزاء معينة، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية) اى الصورة (و يقال: ان المبيع هو العين الشخصية) الخارجية- زادت او نقصت- فالثمن فى مقابل هذه العين كيف كانت (المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف) اذا ظهرت اقل جزء (هو قيد من قيود العين) الخارجية.

فاذا ظهر المبيع اقل جزء، كان للمشترط خبار تخلف الشرط فقط من دون ان يكون له استرداد ما يقابل ذاك من الثمن.

و لكن ليعلم ان عدم حقه فى الاسترداد بناء على ان تخلف الشرط لا يوجب ارشا و الا كان له الارش و ان كان ذلك المتخلف ليس بجزء، كما تقدم نقله عن بعض الفقهاء، فيكون الجزء الواقعى بناء على ما ذكره (كالكتابة و نحوها فى العبد) اذا شرطها المشترى (لا يوجب فواتها الا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن) «بتمام» متعلق ب «الامضاء» (او يلاحظ جانب الجزئية) التى هى الواقع و الحقيقة (فان المذكور) بقوله: بشرط ان يكون كذا صاعا، او ذراعا، او عددا (و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۲

ان كان بصورة القيد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء الا انه عبّر عنه بهذه العبارة كما لو اخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على اخباره، فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت.

و بالجملة فالفائت عرفا و فی الحقیقة هو الجزء، و ان کان بصورة الشرط، فلا یجری فیه ما مرّ من عدم

ان کان بصورة القیـد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائـد) فیزید (و عدمه) فینقص (فالمبیع فی الحقیقة هو کذا و کذا جزء) فاذا اشتری مائـة برتقالـة بعشـرة دنانیر، فکل برتقالـة تساوی مائة فلس مثلا (الا انه عبّر عنه بهذه العبارة) الظاهرة فی الشـرطیة، و العقود تتبع القصود لا الالفاظ (کما لو اخبر) البائع (بوزن المبیع المعین) و انه مائة رطل مثلا (فباعه) المشتری الی الغیر (اعتمادا علی اخباره) بدون ذکر الوزن فی العقد (فان وقوع البیع علی العین الشخصیة لا یوجب عدم تقسیط الثمن علی الفائت).

فاذا کان بعض المبیع فائتا، کان له ان یسترد من الثمن بالنسبة و ذلک لانه- فی المعنی و الحقیقة- باعه کذا جزء، کل جزء بنسبته من الثمن.

(و بالجملـة فالفائت عرفا و فی الحقیقـة هو الجزء) فیما اذا باعه صبرة بشـرط ان تکون کذا صاعا مثلا (و ان کان) الفائت ذکر (بصورة الشرط، فلا یجری فیه) ای فی هذا النحو من الشرط (ما مرّ من عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۳

التقابل الا بین نفس العوضین.

و لاجل ما ذکرنا وقع الخلاف فیما لو باعه ارضا علی انها جربان معینة او صبرة علی انها اصوع معینة.

و تفصیل ذلـک العنوان الّـذی ذکره فی التـذکرة بقوله: لو بـاع شـیئا و شـرط فیه قـدرا معیّنا، فتبین الاختلاف من حیث الکمّ، فاقسامه أربعة.

لانه اما ان یکون مختلف الاجزاء، او متفقها.

و علی التقدیرین فاما ان یزید،

التقابل الا بین نفس العوضین) حتی لا یکون لفواته تأثیر فی تنقیص الثمن بل فواته یوجب تنقیص الثمن بالنسبة.

(و لاجـل مـا ذکرنـا) من ان هـذا الشـرط هـل هو کسائر الشـروط او هو کفوات بعض الاجزاء (وقع الخلاف) بین الفقهاء (فیما لو باعه ارضـا علی انهـا جربـان معینـة، او) بـاعه (صبرة علی انها اصوع معینـة) «اصوع» جمع صاع وقع الخلاف فی انها تعامل معاملة الجزء، او معاملة الشرط

(و تفصـیل ذلک العنوان) هو (الّذی ذکره فی التذکرة) «تفصـیل» مبتدأ و «الّذی» خبره (بقوله: لو باع شیئا و شرط فیه قدرا معیّنا، فتبیّن الاختلاف من حیث الکمّ، فاقسامه) ای اقسام ذلک المبیع (أربعة)

(لانه اما ان یکون مختلف الاجزاء) کما اذا باعه شیاة علی انها مائة (او متفقها) کمثال الصبرة، و لا یخفی ان المراد بالاتفاق هو الاتفاق العرفی، و الا فاجزاء کل شیء مختلفة بنظر الدقة و الواقع.

(و علی التقدیرین) و هما الاختلاف و الاتفاق (فاما ان یزید) کان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۴

و اما ان ینقص.

فالاول تبین النقص فی متساوی الاجزاء، و لا اشـکال فی الخیار، و انما الاشـکال و الخلاف فی ان له الامضاء بحصة من الثمن او لیس له الامضاء الا بتمام الثمن

کانت مائة و عشرة شیاة (و اما ان ینقص) کما لو کانت تسعین.

اما اذا ظهر مطابقا للعدد المشروط، فذلک خارج عن موضوع الکلام.

و قد یتصور ان یزید و ینقص معا، کما اذا باعه کمیة من الشیاه و السخال ببیع واحد، علی ان یکون کل منهما مائة فظهرت إحداهما مائة و عشرة و الاخری تسعین.

(فالاول) من الاقسام الاربعة (تبین النقص فی متساوی الاجزاء، و لا اشکال فی الخیار) و ان المشتری مخیر بین الفسخ و الامضاء، اما الامضاء فعلی الاصل، و اما الفسخ فلقاعدة: لا ضرر و شبهها (و انما الاشکال و الخلاف فی ان له الامضاء بحصة من الثمن) الحصة بالنسبة لا الحصة مطلقا.

مثلا: لو اشتری مائة شاة بمائة دینار فظهرت تسعین، کان له ان یسترجع عشرة- اذا کانت متساویة القیمة- لا ان یقول: اما ان تعطینی عشرین، و اما ان افسخ، اللهم الا علی وجه الصلح، کما انه لیس له ان یطالبه بعشرة من الخارج اذا کان البیع شخصیا، و اذا کان کلیا فلیس له الا مطالبة المقدار الناقص او الصلح (او لیس له الامضاء الا بتمام الثمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۵

فالمشهور- کما عن غایة المرام- هو الاول.

و قد حکی عن المبسوط، و الشرائع و جملة من کتب العلامة و الدروس و التنقیح، و الروضة، و ظاهر السرائر و إیضاح النافع، حیث اختارا ذلک فی مختلف الاجزاء فیکون کذلک فی متساوی الاجزاء بطریق اولی.

و یظهر من استدلال بعضهم علی الحکم فی مختلف الاجزاء کونه

فالمشهور- کما عن غایة المرام- هو الاول) بان له الامضاء بحصة من الثمن.

(و قد حکی) هذا القول (عن المبسوط، و الشرائع، و جملة من کتب العلامة، و الدروس، و التنقیح، و الروضة، و ظاهر السرائر).

و یحتمل ان یکون مراد السرائر غیر ذلک و لذا قال «و ظاهر السرائر» (و إیضاح النافع) و انما قلنا انه الظاهر منهما (حیث اختارا) و هما السرائر و الایضاح (ذلک) الامضاء بحصة من الثمن (فی مختلف الاجزاء) کالارض (فیکون) رأیهما (کذلک) الامضاء بحصة من الثمن (فی متساوی الاجزاء بطریق اولی).

و وجه الاولویة ان مختلف الاجزاء فیه جهتان «الاجزاء» و «الاختلاف بینها».

فاذا کان الحکم التقسیط، یکون فی متساوی الاجزاء اولی، لانه لیس فیه الا «الاجزاء» فقط.

(و یظهر من استدلال بعضهم علی الحکم) ای تقسیط الثمن (فی مختلف الاجزاء کونه) ای الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۶

فی متساوی الاجزاء مفروغا عنه.

و عن مجمع البرهان انه ظاهر القوانین الشرعیة.

و وجهه- مضافا الی فحوی الروایة الآتیة فی القسم الثانی- ما اشرنا إلیه من ان کون المبیع الشخصی بذلک المقدار و ان کان بصورة الشرط الا ان مرجعه الی کون المبیع هذا القدر، کما لو کالا طعاما فاشتراه فتبین الغلط فی الکیل، و لا یرتاب اهل العرف فی مقابلة

(فی متساوی الاجزاء مفروغا عنه).

و کذلک اولی بالحکم من مختلف الاجزاء لو کان بعض المبیع مختلف الاجزاء و بعضه متساوی الاجزاء، کما اذا باعه ارضا مع صبرتها علی ان الارض مائة جریب و الصبرة مائة طنّ.

(و عن مجمع البرهان انه) ای التقسیط (ظاهر القوانین الشرعیة)

(و وجهه) اى وجه التقسيط (- مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى-) اى مختلف الاجزاء، و الفحوى يعنى الاولوية لانه اذا قسط فى مختلف الاجزاء كان التقسيط فى متساوى الاجزاء اولى- كما عرفت- (ما اشرنا إليه) خبر «و وجهه» (من ان كون المبيع الشخصى بذلك المقدار) الّذى اتفقا عليه (و ان كان) مذكورا فى لفظ العقد (بصورة الشرط الا ان مرجعه) عند العرف (الى كون المبيع هذا القدر) اى مائة طنّ مثلا، و كانه اشتراه بالاجزاء، فيكون حال الشرط (كما لو كالا) البائع و المشترى (طعاما فاشتراه) بدون ذكر الكمية، جزء او شرطا (فتبين الغلط فى الكيل، و) من المعلوم انه (لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۷

الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا خلافا لصريح القواعد، و محكى الايضاح.

و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه فى المسالك، و يظهر من جامع المقاصد أيضا لان المبيع هو الموجود الخارجى، كائنا ما كان.

غاية الامر انه التزم ان يكون بمقدار معين.

و هو وصف غير موجود فى المبيع فاوجب الخيار، كالكتابة المفقودة فى

الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا) شرطا معنويا، لانه لم يذكر فى اللفظ.

فالعلة التى توجب التقسيط هنا هى بعينها موجودة فى مسئلتنا (خلافا لصريح القواعد، و محكى الايضاح) حيث لم يقسطا الثمن على الاجزاء بل قالا بان المشترى مخيّر بين الامضاء بكل الثمن او الفسخ.

(و قوّاه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه فى المسالك) اى قال ان له وجها (و يظهر) عدم التقسيط (من جامع المقاصد أيضا).

و وجه عدم التقسيط (لان المبيع هو الموجود الخارجى، كائنا ما كان)

(غاية الامر انه) اى البائع (التزم) على نحو الشرط فى ضمن العقد (ان يكون بمقدار معيّن).

(و) حيث ان المقدار المعيّن (هو وصف غير موجود فى المبيع فاوجب الخيار) فيكون حال هذا الوصف (كالكتابة المفقودة فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۸

العبد، و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، الا انه غير موجود فى الخارج مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا

فارجاع قوله: بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع

العبد) من انه يوجب الخيار لا استرجاع قدر من الثمن (و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار) فكل طنّ من مائة طنّ فى مقابل دينار (الا انه غير موجود فى الخارج) فله ان يسترجع بكل طنّ مفقود دينارا و ليس هكذا على ما ذهب إليه القول الاول، هذا هو الوجه الاول لعدم التقسيط

و هناك وجه ثان و هو ما ذكره بقوله: (مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا).

فاذا كانت شاة رمادية اللون، فقال المشترى، اشترى منك هذه الشاة الغبراء صحّ البيع، و ان كان الوصف- الغبراء- و الاشارة الى الرمادية و ما نحن فيه كذلك، اذ الاشارة الى الصبرة الخارجية، و الوصف- المائة طنّ- فاذا تخلف الوصف قدّمت الاشارة: و يكون الثمن فى مقابل المشار إليه لا فى مقابل المائة، فتكون المائة من باب الوصف، لا من باب الكمية و الاجزاء.

و انما قال «غالبا» لانه قد يقدم الوصف اذا علم المراد، كما اذا جاء الى دار زيد عدو فى الظلام، و طرق الباب، فظنه زيد صديقا فقال:

ايها الصديق ادخل الدار، و علم العدو بانه لا يرضى بدخوله لم يجز له الدخول، فيقدم الوصف على الاشارة هنا.

(فارجاع قوله: بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع) على نحو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۵۹

الى قوله: بعتك عشرة اصوع موجودة فى هذا المكان، تكلف.

و الجواب ان كونه من قبيل الشرط مسلّم، الا ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزّع عليه الثمن، ممنوعة، لان المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الشرط (الى قوله: بعتك عشرة اصوع موجودة فى هذا المكان) على نحو الجزء (تكلف).

فاذا لم تكن بتلك الكمية، فهى من قبيل تخلف الشرط، لا- تخلف الجزء حتى يكون فى مقابله مقدار من الثمن، من قبيل تبعّض الصفقة.

(و الجواب ان كونه) اى الحكم المذكور (من قبيل الشرط مسلّم، الا ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزّع عليه الثمن، ممنوعة).

فحاصل استدلال القائل بانه شرط، ان الكمية فى الموارد المذكورة شرط و الشرط لا يوزع عليه الثمن، فتخلف الكمية لا يوجب استرجاع بعض الثمن، بل للمشترى الخيار، فاما ان يقبل البيع بكل الثمن، و اما ان يفسخ البيع، لا- ان يقبل البيع ببعض الثمن (لان المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة) بين الثمن و اجزاء الثمن (عرفا، و) الحال ان (العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة) و الشارع امضى العقود العرفية فيما لم يزد الشارع او ينقص و ليس المقام مما زاد او نقص (فتأمل) فان الشارع جعل تخلف الشرط موجبا للخيار، فلم يترك العرف على ما يراه من التقسيط هنا فرؤية العرف التقسيط لا تكفى بعد ردع الشارع عنه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۰

الثانى: تبيّن النقص فى مختلف الاجزاء، و الاقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الامضاء، وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا الى خبر ابن حنظلة: رجل باع ارضا على انها عشرة اجربة فاشترى المشترى منه بحدوده و نقد الثمن و اوقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الارض، فاذا هى خمسة اجربة قال: فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض،

(الثانى) من الاقسام الاربعة (تبيّن النقص فى مختلف الاجزاء) كما اذا اشترى عشر شياة بعشرة دنانير فتبيّن انها تسعة (و الاقوى فيه ما ذكر) فى القسم الاول (من التقسيط مع الامضاء) فله الحق فى ان يسترجع دينارا- فى المثال- (وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف) و حكمهم (بكون ما انتزع منه الشرط) اى لم يكن على نحو ما ذكر من الشرط- بان كانت كميته اقل مما ذكر- (جزء من المبيع) و من المعلوم ان الجزء يكون فى مقابل الثمن (مضافا الى خبر ابن حنظلة) حيث سأله عليه السلام عن (رجل باع ارضا على انها عشرة اجربة) و هى جمع جريب (فاشترى المشترى منه) المبيع (بحدوده) المعلومة (و نقد الثمن) اى اعطاه نقدا (و اوقع صفقة البيع) كناية عن تمامية العقد لان المتعارف عند تمامية العقد، ان يصفق احدهما بيده على يد الآخر بمعنى انتهاء العقد (و افترقا) فان البيّعين اذا افترقا لزم البيع (فلما مسح) المشترى (الارض، فاذا هى خمسة اجربة) فما هو التكليف؟ (قال) عليه السلام:

(فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض) اى التفاوت بين ثمن خمسة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۱

و ان شاء ردّ المبيع و اخذ المال كله، الا- ان يكون له الى جنب تلك الارض ارضون فليوفه، و يكون البيع لازما فان لم يكن له فى ذلك المكان غير الّذى باع فان شاء المشترى اخذ الارض، و استرجع فضل ماله و ان شاء ردّ الارض، و اخذ المال كله الخبر.

و لا بأس باشتماله على حكم مخالف

اجربة و بين ثمن عشرة اجربة (و ان شاء ردّ المبيع) كله (و اخذ المال كله).

فان الامام عليه السلام حكم باسترجاع التفاوت مع ان الكمية المبيعة كانت بنحو الشرط، لانه قال «باع ارضا على انها عشرة اجربة».

و ظاهر «على» الشرط، لا ان المال كان بإزاء الكمية.

ثم قال عليه السلام: (الا ان يكون له) اى للبائع (الى جنب تلك الارض ارضون فليوفه) اى يوف البائع القدر الناقص بان يعطى الخمسة الاجربة الناقصة من الارض الملاصقة للارض المشتراة (و يكون) حينئذ (البيع لازما) و لا حق للمشترى فى الفسخ، و لا فى اخذ التفاوت (فان لم يكن له فى ذلك المكان غير الّذى باع) بان لم تكن له ارضون ملاصقة بالارض المشتراة (فان شاء المشترى اخذ الارض، و استرجع فضل ماله) و هو التفاوت بين الخمسة و العشرة- اى بالنسبة- (و ان شاء ردّ الارض و اخذ المال كله الخبر) كما ذكرناه أوّلا.

(و) هذا الخبر دالّ على ما ذكرناه من ان الشرط الصورى لا ينافى التقسيط فى الواقع ف (لا بأس باشتماله) اى الخبر (على حكم مخالف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۲

للقواعد لان غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه إليها و مخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله غير المسقط لصدره عن الاحتجاج، خلافا

للقواعد) و هو حكم الامام عليه السلام بانه اذا كانت للبائع ارضون ملاصقة اعطى المشترى منها بالمقدار الناقص.

و هذا انما ينافى القواعد لان البيع الشخصى واقع على الارض المشتراة فلزوم ان يعطيه من ارض اخرى مخالف لقاعدة: العقود تتبع القصود، و قاعدة: تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و قاعدة: الناس مسلطون على اموالهم.

و انما قلنا لا ينافى التقسيط (لان غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه) اى ارجاع ما ذكره الامام عليه السلام من اعطائه ارضا الى جنب الارض المشتراة (إليها) اى الى القواعد، بان يقال: ان المبيع كان شخصيا بالنسبة الى القدر الموجود، و كليا بالنسبة الى الاجربة الخمسة الباقية، فاذا كانت للبائع ارض الى جنب المبيع الشخصى، كان الكلى منطبقا عليه، و لذا لزم على البائع الوفاء، فلا خيار فى الرد و لا فى اخذ التفاوت (و مخالفة ظاهره للاجماع) اذ لو لم يكن مخالفا للاجماع امكن القول بظاهر الرواية و ان كان مخالفا للقاعدة، و ذلك لوجود النصّ الخاص فهذه المخالفة (طرح ذيله غير المسقط) ذلك الطرح (لصدره) الّذى هو محل الشاهد (على الاحتجاج) لانه قد تحقق فى موضعه التبعيض فى الحديث، اذ سقوط بعضه عن الحجية لا ينافى حجية باقية، هذا كله (خلافا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۳

للمحكى عن المبسوط، و جميع من قال فى الصورة الاولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد و لا ينقص، لوجود الشرط و عدمه.

و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد فتبين عدمهما.

و زاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين

للمحكى عن المبسوط، و) ل (جميع من قال فى الصورة الاولى) و هى صورة تساوى الاجزاء (بعدم التقسيط) فان من لم يقل فى صورة تساوى الاجزاء بالتقسيط لا يقول بالتقسيط فى الصورة الثانية بطريق اولى.

و انما خالفوا هؤلاء (لما ذكر هناك) فى الصورة الاولى (من كون المبيع عينا خارجيا) بحيث (لا يزيد و لا ينقص، لوجود الشرط و عدمه) و الثمن وقع فى مقابل هذه العين الخارجية.

(و الشرط) انما هو (التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار) كما لو شرط ان تكون الشياه المشتراة مائة- مثلا- فيكون حال شرط المقدار (كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد فتبين عدمهما) حيث يكون ذلك من تخلف الشرط الموجب لتخير المشترى بين الامضاء و الفسخ و لا ارش، و ان كان العبد ذو المال و الدابة الحامل يساويان باكثر.

(و زاد بعض هؤلاء) القائلين بعدم التقسيط (ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين) «ما» فاعل «زاد».

و الصورتان هما صورة تساوى الاجزاء، و صورة تخالف الاجزاء.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۴

بان الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.

و فيه ان عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشترى ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح، او نحوه، الا ان يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد،

و فرق المبسوط حيث حكم بالتقسيط فى صورة التساوى، و عدم التقسيط فى صورة التخالف (بان الفائت هنا) فى مختلف الاجزاء (لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء).

فاذا اشترى مائة شاة بالف دينار، كان بعضها بعشرة، و بعضها بخمسة عشر، و بعضها بخمسة، و هكذا.

و كذلك اذا اشترى جريانا مختلفة الاجزاء (فلا يمكن قسمته على عدد الجربان) بخلاف متساوى الاجزاء المعلوم فيه قسمة الثمن على الاجزاء.

(و فيه ان عدم معلومية قسطه) اى قسط الثمن المقابل للموجود، و المقابل للمفقود (لا يوجب عدم استحقاق المشترى ما يستحقه على تقدير العلم) اذ الجهل لا يسقط حق الانسان، كما فى سائر موارد الارش (فيمكن التخلص) من حق المشترى- المقابل للقدر المفقود- (بصلح او نحوه) بتراض او استطلاع عن اهل الخبرة (الا ان يدعى استلزام ذلك) اى اختلاف الاجزاء (جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد) فانه فى متساوى الاجزاء يعلم المشترى ان كل جزء كذا، فيعلم ثمن المبيع.

اما فى مختلف الاجزاء فحيث لا يعلم ثمن كل جزء لا يعلم ثمن المبيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۵

مع عدم امكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط.

و فيه منع عدم المعلومية، لان الفائت صفة كون هذه الارض المعينة المشخصة عشرة اجربة، و يحصل فرضه و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الارض.

مجموعا (مع عدم امكان العلم به) اى بثمن المبيع (عند الحاجة الى التقسيط) و عدم الامكان يأتى من جهالته بقيمة كل جزء جزء، و الرجوع الى اهل الخبرة لا يفيد لان المفروض لزوم علم المشترى و هو مفقود.

فحاله كما اذا اشترى شيئا بثمن مجهول، ثم رجع الى اهل الخبرة لتبين المراد كما اذا قال: بعتك هذه الدار بثمن كثير، ثم رجع الى اهل الخبرة ليعلم معنى الكثير لغة، و كيف كان فاذا كان الثمن مجهولا يكون البيع باطلا.

(و فيه) اى فى ما ذكر بقوله «الا ان يدعى» (منع عدم المعلومية) بل الثمن معلوم (لان الفائت صفة كون هذه الارض المعيّنة المشخّصة) الخارجية (عشرة اجربة) لانها ظهرت خمسة اجربة- حسب الفرض- (و يحصل فرضه) اى فرض كون الارض المشتراة (و

ان كـان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعيف كـل جزء من الارض) بان نقول كل جزء من الخمسـة الموجودة اصبح جزءين و هـذا الفرض و ان كان مستحيلا، لان الجزء ليس بجزءين، لكن هـذا الفرض انما جاء لان يعلم المشترى بالقيمـة، فقيمة العشـرة المشتراة اذا كانت مائة، كانت قيمة الخمسة الموجودة خمسين و بهذا ظهرت للمشترى القيمة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۶

لانه معنى فرض نفس الخمسة عشرة.

و

ان قلت: كيف نفرض الخمسة عشرة.

قلت: (لانه معنى فرض نفس الخمسـة عشـرة) فان المشترى رأى الارض كاملة، فظنّها عشـرة فاشتراها، و معنى ذلك انه تصور ان امتار هذه الارض ضـعف ما عليه الآن، كما اذا رأى سلّة من البيض فظنها خمسين، ثم ظهرت انها خمس و عشرون، فان معنى ذلك ان قيمة الموجود هو نصف قيمة المظنون، و على هذا فليس القسط غير معلوم، فبطل ما ذكره المستشكل و كان القسط معلوما.

(و) ان قلت: القسط غير معلوم، اذ انكم فرضـتم الخمسة عشـرة حتى تجعلوا الثمن على النصف، و الحال ان هناك صورا اخرى ممكنة أيضا.

كان تفرضوا ان ثلاثة اجربة من الخمسة الموجودة ثمانية و ان الجريبين الآخرين الموجودين جريبان فقط.

او ان تفرضوا ان أربعة من الخمسة تسعة، و ان الجريب الآخر الموجود واحد.

او ان تفرضوا ان جريبا واحدا ستة و ان الاربعة الاخر الموجودة، أربعة.

و عليه فالقيمة مجهولة، لانه اذا اشترى الارض بمائة و كانت ثلاثة تعادل ثمانية فثلاثة اجربة منها تسوى ثمانين.

و جريبان يسويان عشرين فالامر مجهول، لانه لا يعلم ان كل جريب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۷

فرضه أيضا بصيرورة ثلاثـة منها ثمانيـة، او أربعـة تسـعة، او واحـد سـتة، او غير ذلك، و ان كان ممكنا الا انه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الارض.

و مع اختلافها

يسوى جريبين، او ان ثلاثة تسوى ثمانية، او أربعة تسوى تسعة او واحد يسوى ستة.

قلت: (فرضه) اى فرض كون الارض المشتراة (أيضا بصـيرورة ثلاثة منها) اى من الخمسة (ثمانية) فالاثنان الباقيان من الخمسة يعادلان اثنين فقط (او أربعة) منها تعادل (تسـعة) فالواحد الباقى من الخمسة يعادل واحدا فقط (او واحد) منها يعادل (ستة) و الاربعة الباقية من الخمسـة تعادل أربعـة فقط (او غير ذلك) كان يعادل واحـد و نصف منها خمسـة، و الثلاثـة و النصف الباقية تعادل خمسة، او ما اشـبه ذلـك (و ان كـان) هـذا الفرض (ممكنـا) أيضا، كما انه اذا اشترى خمس بيضات فكل بيضـة منها تعادل بيضتين، او ثلاث، او ما اشـبه احيانا بينما فى سائر البيضات تعادل كل بيضـة منها بيضة واحدة فقط (الا انه) اى هذا الفرض (لا ينفع) المستشـكل القائل بان هذا البيع باطل، لانه مجهول الثمن، لا فى متساوى الاجزاء و لا فى مختلف الاجزاء.

اذ (مع فرض تساوى قطاع الارض) فكل جزء يعادل جزءين و لا جهالة.

(و) اما (مع اختلافها) بان كانت ثلاثة تعادل ثمانية الخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۸

فظاهر التزام کونها عشرة مع رؤیة قطاعها المختلفة، او وصفها له یقضی بلزوم کون کل جزء منها مضاعفا علی ما هو علیه من الصفات المرئیة او الموصوفة.

(ف) ان الاختلاف الواقعی لیس بمبهم بعد التساوی فی الالتزام عند العقد.

اذ (ظاهر التزام) البائع (کونها) ای الاجربة (عشرة مع رؤیة) المشتری (قطاعها المختلفة، او وصفها له) ای وصف البائع الارض له (یقضی بلزوم کون کل جزء منها مضاعفا علی ما هو علیه) سواء کان الجزء فی الواقع یعادل جزءین، او کانت ثلاثة اجزاء تعادل ثمانیة اجزاء- مثلا- فیکون التبانی بینهما علی ان کل جزء یعادل جزءین علی ما هو علیه (من الصفات المرئیة او الموصوفة).

و علیه فالقیمة معلومة و لیست مجهولة کما ادعاه المستشکل، و لا یکون البیع باطلا من جهة الجهالة.

ثم لا یخفی ان قوله «و فرضه» مبتدأ: خبره «لا ینفع».

و تحصل من قوله «بان الفائت هنا» الی قوله «ثم ان المحکی» اشکالات و جوابات.

الاشکال الاول: ان القسط غیر معلوم الثمن، لاختلاف الاجزاء فلا یمکن تقسیم الثمن علیه، و جوابه عدم المعلومیة لا یوجب عدم الاستحقاق

و الاشکال الثانی: ان القسط غیر معلوم، فیوجب جهالة الثمن المبطلة للبیع، و جوابه ان القسط معلوم لفرض کل جزء جزءین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۶۹

ثم ان المحکی عن الشیخ العمل بذیل الروایة المذکورة، و نفی عنه العبد فی التذکرة، معللا بان القطعة المجاورة للمبیع اقرب الی المثل من الارش.

و فیه مع منع کون نحو الارض مثلیا ان الفائت لم یقع المعاوضة علیه فی ابتداء العقد و قسطه من الثمن باق فی ملک المشتری، و لیس مضمونا علی البائع حتی یقدم مثله علی قیمته.

و الاشکال الثالث: ان فی مختلف الاجزاء یمکن فرض کل جزء ازید او اقل من جزءین، فلا یعلم الثمن، و جوابه ان بنائهما علی ان کل جزء جزءین و ان کان فی الواقع کل جزء یساوی جزءین او اکثر او اقل.

(ثم ان المحکی عن الشیخ العمل بذیل الروایة المذکورة) المتعرضة لاعطاء الارض من جنب الارض المشتراة (و نفی عنه البعد فی التذکرة، معللا) لذلک (بان القطعة المجاورة للمبیع اقرب الی المثل) الّذی یجب دفعه الی المشتری (من الارش) الّذی هو تفاوت ما بین العشرة المشتراة و الخمسة التی ظهرت بعد ذلک ناقصة

(و فیه مع منع کون نحو الارض مثلیا) لانها لا تتساوی اجزائها- و فیه نظر لان العرف یری ان بعض الاراضی مثلیة کما لا یخفی- (ان الفائت) و هی الاجربة الخمسة النّاقصة (لم یقع المعاوضة علیه فی ابتداء العقد) حتی اذا فات یکون البائع ضامنا لمثله او قیمته (و قسطه) ای ما یقابل القدر الفائت (من الثمن) کنصف الثمن فی مثال الاجربة- فی الروایة- (باق فی ملک المشتری، و لیس مضمونا علی البائع حتی یقدم مثله علی قیمته).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۰

و اما الشیخ قدس سرّه فالظاهر استناده فی ذلک الی الروایة.

الثالث: ان یتبین الزیادة عمّا شرط علی البائع، فان دلّت القرینة علی ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار، لا بشرط عدم الزیادة فالظاهر ان الکل للمشتری، و لا خیار.

فاللازم ارجاع نصف القیمة اذا کان البائع قد اخذ کل القیمة، فلیست مسئلة اعطاء ارض اخری مجاورة لها علی القاعدة- علی ما اراده العلامة-.

(و اما الشیخ قدس سرّه) الّذی قال باعطاء الارض (ف) لیس فتواه من باب القاعدة، بل (الظاهر استناده فی ذلک الی الروایة) المتقدمة فلا یرد علیه ما اوردناه علی العلامة و الله العالم.

(الثالث) من اقسام مخالفة کمیة المبیع لما بنینا علیه (ان یتبین الزیادة) فی الکمیة (عمّا شرط) المشتری (علی البائع) کما اذا قال: اشتری منک هذه السلّة علی انه مائة بیضة، فظهرت مائة و عشرة (فان دلّت القرینة) الداخلیة او الخارجیة (علی ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار، لا بشرط عدم الزیادة) فیکون حاله حال ما اذا قال: الکرّ سبعة و عشرون شبرا، فانه یرید به ان لا یکون اقل، و لیس المراد انه لیس باقل و لا باکثر (فالظاهر ان الکل للمشتری، و لا خیار) للبائع، اذ المبیع هو المعین الخارجی- کیفما کان- و الشرط عدم النقیصة، فلا وجه لبطلان البیع، او بطلان الشرط، او الخیار، او الاشتراک او غیر ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۱

و ان ارید ظاهره و هو کونه شرطا للبائع من حیث عدم الزیادة، و علیه من حیث عدم النقیصة، ففی کون الزیادة للبائع، و تخیّر المشتری للشرکة او تخیّر البائع بین الفسخ و الاجازة لمجموع الشیء بالثمن، وجهان، من ان مقتضی ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعین بمنزلة تعلق البیع به، فهو شرط صورة و له حکم الجزء عرفا ان اشتراط عدم الزیادة

(و ان ارید ظاهره و هو) ای ظاهر هذا الشرط (کونه شرطا للبائع من حیث عدم الزیادة، و) شرط (علیه) ای علی البائع لنفع المشتری (من حیث عدم النقیصة، ففی کون الزیادة للبائع) لانها کانت له و لم یخرجها من ملکه فیکون المشتری و البائع شریکین فی المتاع، عشرة منها مشاعة للبائع، و مائة منها مشاعة للمشتری (و تخیّر المشتری) بین الامضاء و الفسخ.

و انما یکون له الخیار (للشرکة) کما اذا اشتری شیئا، و ظهر له شریک فی ذلک، و هذا ما یسمی بخیار الشرکة (او) ان الکل للمشتری، و (تخیّر البائع بین الفسخ) و ارجاع کل الثمن (و الاجازة لمجموع الشیء بالثمن) الّذی سماه (وجهان).

وجه الاول: ما ذکره بقوله (من ان مقتضی ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعین بمنزلة تعلق البیع به) ای بذلک المقدار (فهو) ای المقدار (شرط صورة و له حکم الجزء عرفا) فالثمن انما هو فی مقابل مائة جزء الّذی وقع العقد علیه و العشرة الزائدة خارجة عن البیع فهی باقیة علی ملک البائع (ان اشتراط عدم الزیادة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۲

علی المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبیع، و من الفرق بینهما بان اشتراط عدم الزیادة شرط عرفا و لیس بمنزلة الاستثناء فتخلّفه لا یوجب الا الخیار.

و لعلّ هذا اظهر مضافا الی امکان الفرق بین الزیادة و النقیصة مع اشتراکهما فی کون مقتضی القاعدة فیهما کونهما من تخلّف الوصف لا نقص الجزء او زیادته بورود النصّ المتقدم فی النقیصة،

علی المقدار) المقرّر (هنا) فی باب الکم (بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبیع) «و اخراج» عطف علی «الاستثناء».

فکانه قال: ابیعک الارض التی هی مائة جریب بدون العشرة الزائدة علی المائة، و علیه فالعشرة الزائدة للبائع، و یکون بمقدارها شریکا مع المشتری (و من الفرق بینهما) ای بین تعلق البیع بالکم فالزائد للبائع و بین اشتراط عدم الزیادة (بان اشتراط عدم الزیادة شرط عرفا و لیس بمنزلة الاستثناء) فالبائع قد باعه هذه الارض الموجودة کلها بشرط عدم الزیادة (فتخلّفه لا یوجب الا الخیار) فان شاء البائع امضی البیع و للمشتری کل الارض، و ان شاء فسخ الکل و استرجع الارض (و لعل هذا اظهر) عند مراجعة العرف (مضافا الی امکان

الفرق بین الزیادة و النقیصة مع اشتراکهما فی کون مقتضی القاعدة فیهما) ای فی کل من الزیادة و النقیصة (کونهما من تخلف الوصف، لا نقص الجزء او زیادته) فهما متساویان من هذه الجهة (بورود النصّ المتقدم) و هی روایة الاجربة (فی النقیصة) فان الامام علیه السلام خیّره بین اخذ التفاوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۳

و نبقی الزیادة علی مقتضی الضابطة.

و لذا اختار الاحتمال الثانی بعض من قال بالتقسیط فی اطراف النقیصة.

و قد یحکی عن المبسوط القول بالبطلان هنا، لان البائع لم یقصد بیع الزائد، و المشتری لم یقصد شراء البعض، و فیه تأمل.

و الردّ، فجعله بمنزلة الجزء لا بمنزلة الشرط (و تبقی الزیادة علی مقتضی الضابطة) التی هی شرط، فلیس للبائع الا الفسخ او الامضاء، لا اخذ الزائد و الاشتراک مع المشتری فی المبیع.

(و لذا) الّذی ذکرنا من کون الفارق بینهما النصّ (اختار الاحتمال الثانی) و هو تخیر البائع بین الفسخ و الامضاء، لا التقسیط فی الثمن (بعض من قال بالتقسیط فی اطراف النقیصة) لانه اخذ بمقتضی القاعدة فی طرف الزیادة اما طرف النقیصة فلم یأخذ فیها بالقاعدة لوجود النصّ الخاصّ.

(و قد یحکی عن المبسوط) قول ثالث فی طرف الزیادة لا التقسیط، و لا الخیار، بل (القول بالبطلان هنا) فی باب الزیادة (لان البائع لم یقصد بیع الزائد، و المشتری لم یقصد شراء البعض) ای بعض هذه الارض الخارجیة، فلا یلتقی القصدان فی محلّ واحد، و یکون حاله کما اذا قصد البائع بیع القلم و قصد المشتری اشتراء الکتاب حیث ان البیع باطل (و فیه تأمل) اذ کلاهما قصدا هذه الارض الخارجیة، منتهی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۴

الرابع: ان یتبین فی مختلف الاجزاء، و حکمه یعلم مما ذکرنا.

الامر لم یعرف ان قصدهما من المقدار الوصف و الشرط، او الاستثناء.

(الرابع) من صور تخلف الشرط فی الاجزاء (ان یتبین) الخلاف بالزیادة (فی مختلف الاجزاء) کما اذا اشتری قطیعا بشرط انها مائة، فظهرت مائة و عشرة (و حکمه یعلم مما ذکرنا) فی الثالث، و ان فیه اقوالا ثلاثة و هی: البطلان، و: انه کالشرط، و: انه کالاستثناء.

قریبا جدا بعونه تعالی سیصدر القسم الخامس من الخیارات و الجزء الخامس عشر من الکتاب (ایصال الطالب الی المکاسب) عن قریب ان شاء الله تعالی.

و یبحث فی القول فی حکم الشرط الفاسد (الناشر)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۵

محتویات الکتاب

العنوان الصفحة

مقدمة الکتاب ۳

فی ان الامراض التی تحدث خلال السنة عیب ۴

خاتمة: فی عیوب متفرقة ۲۱

القول فی الارش ۲۷

فی معرفة الارش ۶۸

فیما لو اختلفت آراء المقومین ۷۵

القول فی الشروط فی الشروط التی یقع علیها العقد ۱۲۵

فی شروط صحة الشرط فی لزوم ان یکون الشرط داخلا تحت قدرة المکلف ۱۴۰

فی لزوم ان یکون الشرط سائغا فی نفسه ۱۵۶

فی ان الشرط یلزم ان یکون فیه غرض معتد به ۱۵۷

فی ان الشرط یلزم ان لا یکون مخالفا للکتاب و السنة ۱۶۱

فی ان الشرط یلزم ان لا یکون منافیا للعقد ۲۴۰

فی ان الشرط یلزم ان لا یکون مجهولا ۲۶۳

فی ان الشرط یلزم ان لا یکون مستلزما لمحال ۲۷۰

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۴، ص: ۳۷۶

العنوان الصفحة

فی ان الشرط یلزم ان یلتزم به فی متن العقد ۲۷۴

فی حکم الشرط الصحیح ۲۸۹

فی وجوب الوفاء بالشرط ۲۹۸

فی اجبار الممتنع عن الوفاء بالشرط و عدمه ۳۰۹

فی ان للمشروط له هل یجوز الفسخ أم لا ۳۲۴

فی تعذر الشرط و وجود الخیار للمشترط ۳۲۸

فی تعذر الشرط و خروج العین عن السلطنة ۳۳۵

فی ان للمشروط له اسقاط شرطه ۳۴۳

فی عدم تقسیط الثمن علی الشرط ۳۴۹

فی تبین النقص فی متساوی الاجزاء ۳۵۴

فی تبین النقص فی مختلف الاجزاء ۳۶۰

فی تبین الزیادة عما شرط علی البائع ۳۷۰

محتویات الکتاب ۳۷۵

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء الخامس عشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الحمـد للّه رب العالمین و صـلی اللّه علی محمد و آله الطاهرین و لعنة اللّه علی اعدائهم اجمعین من الآن الی

یوم الدین.

و بعد: فهذا هو القسم الخامس من کتاب الخیارات و الجزء الخامس عشر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للشیخ الفذّ آیهٔ اللّه الانصاری قدس سره.

و یشرع فی القول فی حکم الشرط الفاسد.

کتبته تسهیلا للطالب الکریم عسی ان انتفع به فی یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الّا من اتی اللّه بقلب سلیم.

کربلاء المقدسهٔ محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۵

[تتمهٔ القول فی الخیار]

[تتمهٔ القول فی أقسام الخیار]

[تتمهٔ السابع فی خیار العیب]

[تتمهٔ القول فی الشروط التی یقع علیها العقد و شروط صحتها و ما یترتب علی صحیحها و فاسدها]

القول فی حکم الشرط الفاسد

اشارهٔ

الکلام فیه یقع فی امور.

الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمّل فی عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فی الوعید،

فان کان العمل به مشروعا استحب الوفاء به علی القول بعدم فساد اصل العقد.

(القول فی حکم الشرط الفاسد) ای الشرط الباطل (و الکلام فیه یقع فی امور).

(الاول) فی ان الشرط الفاسد هل یجب الوفاء به کالشروط الصحیحهٔ أم لا؟ فنقول: (ان الشرط الفاسد لا تأمّل فی عدم وجوب الوفاء به) لان الوفاء واجب بالنسبهٔ الی الشرط الصحیح (بل هو داخل فی الوعید) لان المشروط علیه وعد ان یفعل کذا- اذا کان شرط فعل لا شرط غایهٔ- (فان کان العمل به) ای بذلک الشرط الفاسد (مشروعا استحب الوفاء به علی القول بعدم فساد اصل العقد).

اما اذا کان اصل العقد فاسدا فانه لم یبق مجال للاستحباب، اذ لیس بوعد، فان الوعد کان علی تقدیر العقد، فاذا بطل العقد لم یبق وعد.

اما اذا کان الشرط غیر مشروع حرم العمل به کما اذا شرط علیه شرب الخمر مثلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶

و لا تأمل أیضا فی ان الشرط الفاسد لاجل الجهالهٔ یفسد العقد لرجوع الجهالهٔ فیه الی جهالهٔ احد العوضین فیکون البیع غررا.

و کذا لو کان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فی اصل البیع، کاشتراط بیع المبیع من البائع ثانیا.

(و) كـذلك (لا تأمل أيضا فى ان الشـرط الفاسد لاجل الجهالة) بالشـرط كما اذا قال: اشترى منك هذا المتاع بشـرط سوف ابيّنه، فانه (يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين) و هو العوض الّذى يكون الشرط الى جانبه.

فمثلا: اذا قـال البـائع للمشترى هـذا الكتـاب بشـرط مـا، مقابل دينار لم يعلم المثمن ما هو، هل هو كتاب باضافـة ما يسوى بـدينار؟ او باضافة ما يسوى بنصف دينار.

و اذا قال المشترى للبائع هذا الكتاب مقابل دينار و شـرط ما، لم يعلم الثمن ما هو، هل هو دينار و شرط يسوى دينارا؟ او يسوى نصف دينار مثلا- (فيكون البيع غررا) و قد نهى النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم عن بيع الغرر.

لكن لا يخفى ان ما ذكره بقوله «الى جهالة احد العوضـين» فيه نظر، اذا الشـرط ليس مقابلا للعوض- على ما تقدم تحقيقه- فلا توجب جهالته جهالة العوض، فنفيه للتأمّل فى البطلان محل اشكال.

(و كذا) لا تأمل عند المصـنف (لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر) غير الغرر (فى اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا) و المحذور

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۷

لانه موجب للدور او لعدم القصد الى البيع الاول، او للتعبد من اجل الاجماع او النص.

و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما لان المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل، و لبعض الاخبار.

ما ذكره بقوله: (لانه موجب للدور) و ما كان وجوده يستلزم المحال لا يمكن وجوده، اذ ملزوم المحال محال.

لكنك قد عرفت سابقا ان شـرط بيع المبيع من البائع ثانيا لا يسـتلزم الدور (او لعدم القصد الى البيع الاول) فيما اذا شرط بيعه الى البائع و فيه نظر لان القصد موجود (او للتعبد من اجل الاجماع او النصّ) الوارد فى بطلان البيع المشـروط فيه ان يبيعه المشترى على البائع، و هل الـذين قالوا بانه مسـتلزم للـدور، او انه لا قصـد فى البيع حقيقـة انما قالوا ذلك لاجل تطبيق النص على القاعـدة كما نريهم يعملون النصوص بما يوافق القواعد اسكاتا للعامة او ما اشبه ذلك.

(و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما) هذا مثال آخر لما يستلزم محذور من الشرط (لان المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل) اذ الثمن يكون فى مقابل الحرام فيشمله ما دلّ على ان اللّه اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه.

و لكن ربمـا يقال: ان الثمن ليس فى مقابل الشـرط فبطلان الشـرط لا يسـرى الى بطلان البيع (و لبعض الاخبار) الواردة فى بطلان مثل هذا البيع كما ذكره فى المسألة الاولى من مسائل القسم الثانى من اقسام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۸

و انما الاشكال فيما كان فساده لا لامر مخل بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، أم يبقى العقد على الصحة؟ قولان.

حكى اولهما عن الشيخ و الاسكافى و ابن البرّاج و ابن سعيد.

و ثانيهما: للعلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم.

النوع الثانى مما يحرم التكسب به فراجع.

و على ما ذكرنا فقد عرفت الاشكال فى بطلان البيع فى كل الاقسام التى ذكر المصنف انها لا تأمل فى بطلانها.

(و) كيف كان، ف (انما الاشـكال) فى نظر المصـنف منحصـر (فيما كان فساده لا لامر مخل بالعقد) كالامثلة السابقة المخلة بالعقد، و كما اذا كان الشـرط خلاف مقتضـى العقد- و لم يذكره المصـنف- (فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، أم يبقى العقد

على الصحة؟) و يفسد الشرط فقط (قولان).

(حكى اولهما) و هو فساد العقد بفساد الشرط (عن الشيخ و الاسكافى و ابن البرّاج و ابن سعيد).

(و ثانيهما) و هو عدم فساد العقد بفساد الشرط (للعلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم) و هم السيد الطباطبائى و الشيخ الشهيدى و غيرهما، فنقلوا ان النسبة بالعكس، و ان الشيخ و من تبعه قائلون بعدم الافساد، و العلامة و من تبعه قائلون بالافساد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۹

و ظاهر ابن زهرة فى الغنية التفصيل بين الشرط غير المقدور، كصيرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا، و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى فى الأول عدم الخلاف فى الفساد و الافساد.

و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه.

و لو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه كالشرط

(و ظاهر ابن زهرة فى الغنية) هذا قول ثالث و هو (التفصيل بين الشرط غير المقدور، ك) ما اذا شرط (صيرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى فى الاول) اى فى الشرط غير المقدور (عدم الخلاف فى الفساد و الافساد) و فى الثانى و هو الشرط المقدور الّذى كان فساده من جهة اخرى الخلاف، فى انه هل يفسد، أم لا.

(و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك) اى فى عدم الخلاف فى ان الشرط غير المقدور فاسد و مفسد انه بسبب غير مقدورية الشرط (صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه) فكان الشرط جزء و إذا كان الجزء غير مقدور كان الكل غير مقدور، اذ النتيجة تابعة لاخسّ المقدمتين.

(و لو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من) الشرط (الفاسد عن محل الخلاف) بين الفقهاء، و كان مما لحق بما ذكرنا أولا من انه لا ينبغى التأمّل فى كونه مفسدا (لرجوعه) اى رجوع الشرط غير المقدور (كالشرط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۰

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين.

لكن صريح العلامة فى التذكرة وقوع الخلاف فى الشرط غير المقدور، و مثّل بالمثالين المذكورين.

و نسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا.

و الحق ان الشرط غير المقدور من حيث هو غير

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين) لان من شرط العوضين القدرة على التسليم، و ليس كلامنا فى هذا الباب- و هو باب ان الشرط الفاسد مفسد أم لا- فى ما يوجب فساد العقد لفقد شرط فى نفس العقد، بل كلامنا فى ما اذا كان العقد صحيحا فى نفسه، فهل يسرى فساد الشرط الى العقد حتى يفسد العقد بفساد الشرط أم لا يفسد، بل يبقى العقد سليما.

(لكن صريح العلامة فى التذكرة) يدل على خلاف ما ذكره صاحب الغنية و هو: (وقوع الخلاف فى الشرط غير المقدور، و مثّل) التذكرة (بالمثالين المذكورين) اى صيرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا.

(و نسب القول بصحة العقد) و ان كان شرطه غير مقدور (الى بعض علمائنا).

لكن لا يخفى ان كلام العلامة لا يناقض كلام ابن زهرة لتأخر العلامة عنه بقرون، فلعله لم يكن خلاف فى زمن ابن زهرة، بينما حصل الخلاف بعد زمانه- على ما نقله العلامة ره-.

(و الحق) ما ذكره العلامة، ف (ان الشرط غير المقدور من حيث هو غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۱

مقدور لا يوجب تعذر التسليم فى احد العوضين.

نعم لو اوجبه فهو خارج عن محل النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر.

و ربما ينسب الى ابن المتوّج البحرانى التفصيل بين الفاسد لاجل عدم

مقدور) اى لا من حيث آخر، كما سيأتى فى قوله: نعم لو اوجبه (لا يوجب تعذر التسليم فى احد العوضين) لان الشرط ليس جزء، بل هو تابع، و تعذر التابع لا يوجب تعذر المتبوع، كما ان جهالة التابع لا توجب جهالة المتبوع.

(نعم لو اوجبه) اى اوجب تعذر الشرط تعذر التسليم فى احد العوضين، كما اذا قال: ابيعك هذا على شرط ان تسلّمنى الثمن فى المكان الفلانى، او فى الزمان الفلانى فيما لا يقدر المشترى التسليم فى ذلك المكان او الزمان (فهو خارج عن محل النزاع) لان النزاع فى الشرط غير المقدور من حيث هو هو، لا فى الشرط الّذى اوجب عدم قدرة تسليم احد العوضين.

فيكون جال الشرط غير المقدور الموجب لتعذر التسليم (ک) حال (الشرط المجهول) الّذى تسرى جهالته الى جهالة العقد (حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر) كما اذا شرط تسليم البضاعة فى وقت مجهول مثلا، فانه خارج عن محل الكلام فى الشرط المجهول، و انّه هل يوجب الافساد، أم لا؟

(و ربما ينسب الى ابن المتوّج البحرانى) قول رابع، و هو (التفصيل بين) الشرط (الفاسد لاجل عدم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۲

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه او لبس ثوب كذلك، و بين غيره.

و قد تقدم- فى اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة و غيرها- ان هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار و الخلاف

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب) فساد الشرط (فساد العقد، ک) ما اذا شرط (اكل طعام بعينه او لبس ثوب كذلك) بعينه.

اذ لا فرق بين هذا الطعام و ذاك الطعام، و هذا الثوب و ذاك الثوب فى ان اشتراط احدهما دون الآخر مع تساويهما عند العقلاء لغو محض فان فساد مثل هذا الشرط لا يوجب فساد العقد (و بين غيره) مما يتعلق غرض العقلاء به فيما اذا كان الشرط فاسدا لاجل عدم استكماله شروط صحة الشرط.

و انما لا يستلزم فساد الشرط اللغو فساد العقد، لان الشرط انما فسد لاجل كونه لغوا، و العقد ليس بلغو، فلا يلزم من لغوية الشرط لغوية العقد، حتى يفسد العقد، بخلاف جهالة الشرط مثلا فانها تستلزم جهالة العقد، و نحوها سائر الشروط الباطلة، فتأمل.

(و) حيث عرفت ان فساد الشرط اللغو لا يستلزم فساد العقد نقول:

انه لا يستلزم الخيار أيضا، فانه (قد تقدم- فى اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة و غيرها- ان هذا الشرط) الّذى لا يتعلق به غرض العقلاء (لغو لا يؤثر الخيار، و) كذلك قد تقدم (الخلاف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۳

فى ان اشتراط الكفر صحيح أم لا، و عدم الخلاف ظاهرا فى لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصى معين.

و ظاهر ذلک كله التسالم على صحة العقد و لو مع لغوية الشرط.

و يؤيد الاتفاق على عدم الفساد.

فی ان اشتراط الکفر) فی العبد (صحیح أم لا).

فالصحة لانه یتعلق به غرض بعض العقلاء لئلا یشتغل بالعبادة عن خدمة المولی.

و عدم الصحة لانه لغو، و هذا أیضا یؤید ان الشرط اذا کان لغوا لم یصح و لم یوجب بطلانا للعقد و لا خیارا (و عدم الخلاف ظاهرا) حسب ما استظهرناه من کلماتهم، و قوله «و عدم» جملة مستأنفة (فی لغویة اشتراط کیل المسلم فیه) ای ما باعه سلما بان اخذ الثمن حالا لیعطیه المثمن مؤجلا بعد ستة اشهر مثلا (بمکیال شخصیّ معین) اذ لا خصوصیة لمکیال زید مثلا، لان العقلاء یعتبرون الکیل فقط لا اکثر.

(و ظاهر ذلک کله) ای الامور الثلاثة التی ذکرناها من قولنا «تقدم» و «الخلاف» و «عدم الخلاف» (التسالم) من الفقهاء (علی صحة العقد و لو مع لغویة الشرط).

و هذا ما یؤیّد کلام ابن المتوّج، کما یدل علی ان نسبة الشق الاول من التفصیل المنسوب الی ابن المتوّج لیس فی محلّه، بل هو کلام کل الفقهاء.

(و) أیضا (یؤیّد الاتفاق علی عدم الفساد) فی ما اذا کان الشرط-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴

استدلال القائلین بالافساد بان للشرط قسطا من الثمن، فیصیر الثمن مع فساد الشرط مجهولا.

نعم استدلالهم الآخر علی الافساد بعدم التراضی مع انتفاء الشرط ربما یؤید عموم محل الکلام لهذا الشرط الا ان الشهیدین ممن استدل بهذا

لغوا (استدلال القائلین بالافساد) ای بان الشرط الفاسد مفسد (بان للشرط قسطا من الثمن، فیصیر الثمن مع فساد الشرط مجهولا).

و من المعلوم ان جهالة احد العوضین یوجب البطلان.

و انما کان هذا الکلام مؤیّدا، لان الشرط اذا کان لغوا لم یکن له قسط من الثمن، فلا جهالة فی الثمن فلا بطلان.

(نعم استدلالهم الآخر علی الافساد) ای علی ان الشرط الفاسد مفسد (بعدم التراضی مع انتفاء الشرط) فاذا فقد الشرط لم یتحقق تجارة عن تراض، فیبطل العقد لانه بدون رضی من جانب المشروط له (ربما یؤیّد عموم محل الکلام) فی ان الشرط مفسد، أم لا (لهذا الشرط) ای الشرط الّذی هو لغو، لانه بدون هذا الشرط لا یرضی المشروط له بالعقد فاللازم بطلان العقد (الا) ان هذا الاستدلال أیضا لا یدل علی وجود قول بان الشرط اللغو مفسد لما نری ان بعضهم استدل بهذا الاستدلال «ای بعدم التراضی مع انتفاء الشرط» و مع ذلک قال: بان الشرط اللغو لا- یوجب الفساد، فیدل کلامه هذا علی نفی ما ذکرناه من قولنا «ربما یؤیّد عموم محل الکلام لهذا الشرط».

ف (ان الشهیدین ممن استدل بهذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵

الوجه، و صرح بلغویة اشتراط الکفر، و الجهل بالعبادات بحیث یظهر منه صحة العقد، فراجع.

و کیف کان فالقول بالصحة فی اصل المسألة لا یخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم لعموم الادلة السالم عن معارضة ما یخصّصه عدا وجوه.

احدها: ما ذکره فی المبسوط للمانعین من ان للشرط قسطا من العوض مجهولا، فاذا سقط

الوجه) ای بان الشرط الفاسد مفسد، لانه لا رضا اذا انتفی الشرط (و) الحال ان کلا منهما (صرح بلغویة اشتراط الکفر، و) اشتراط (الجهل بالعبادات) فی العبد المشتری (بحیث یظهر منه صحة العقد) فالشرط لغو، و العقد صحیح، و ان لم یکن رضا، فقولهم باشتراط

الرضا انما هو فی غیر الشرط اللغو، فلا عموم لاستدلالهم بحیث یشمل محل الکلام (فراجع) و لا تغفل.

(و کیف کان فالقول بالصحة) و ان الشرط الفاسد لیس مفسدا (فی اصل المسألة لا یخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم) ذکرهم من الاعلام.

و ذلک (لعموم الادلة) الدالة علی الوفاء بالعقود، و التجارة عن تراض، و غیرهما (السالم) ذلک العموم (عن معارضة ما یخصّصه) فلا مخصص له بالنسبة الی ما کان اشترط فیه بشرط باطل (عدا وجوه) استدل بها القائل بالبطلان.

(احدها: ما ذکره فی المبسوط) دلیلا (للمانعین من ان للشرط قسطا من العوض) فی حال کون ذلک القسط (مجهولا، فاذا سقط)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶

لفساده صار العوض مجهولا.

و فیه بعد النقض بالشرط الفاسد فی النکاح الّذی یکون بمنزلة جزء من الصداق، فیجب علی هذا سقوط المسمّی و الرجوع الی مهر المثل أولا: منع مقابلة الشرط بشیء من العوضین عرفا و لا شرعا.

الشرط (لفساده) سقط بقدره من العوض و یبقی اصل العوض المقابل بالعوض، ف (صار العوض مجهولا).

مثلا: اذا باعه کتابا بدینار، و اشترط البائع لنفسه ان یعمل له صنما، فان الدینار یقع فی مقابل الکتاب و الصنم، فاذا لم یعمل الصنم لانه غیر مشروع سقط فی مقابله شیء من الدینار، و عند ذاک لا یعلم قیمة الکتاب، و من المعلوم انه یلزم معلومیة العوضین.

(و فیه بعد النقض بالشرط الفاسد فی النکاح) الشرط (الّذی یکون بمنزلة جزء من الصداق) کما لو تزوجها بمائة و اشترطت علیه ان تخرج من الدار سافرة، فان الصداق حینئذ امران المائة و الخروج سافرة، فاذا سقط الشرط یکون المهر دون مرضیها، فیلزم بطلان المهر (فیجب علی هذا سقوط المسمّی و الرجوع الی مهر المثل) و الحال انه لا یقول بهذا احد، بل یلزم القول بفساد اصل النکاح، لان البضع کان فی مقابل المهر المسمّی و قد سقط جزء منه، فاللازم بطلان النکاح.

و الدلیل الدال علی عدم بطلان النکاح لیس فی مثل هذا المقام، فتأمل.

(أولا: منع مقابلة الشرط بشیء من العوضین عرفا و لا شرعا) فان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۷

لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و المثمن.

غایة الامر کون الشرط قیدا لاحدهما یکون له دخل فی زیادة العوض و نقصانه، و الشرع لم یحکم علی هذا العقد الا بامضائه علی النحو الواقع علیه، فلا یقابل الشرط بجزء من العوضین.

و لذا لم یکن فی فقده الا الخیار بین الفسخ و الامضاء مجانا، کما عرفت.

الشرط یزید و ینقص من قیمة العوضین، لا ان فی مقابله شیء من العوضین (لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و الثمن) و هذا هو المعنی العرفی للعقد.

(غایة الامر کون الشرط قیدا لاحدهما) و هما العوض او المعوض (یکون له) ای لهذا القید (دخل فی زیادة العوض و نقصانه).

فاذا کان الشرط، زاد قیمة العوض الّذی انضم معه الشرط لانه عوض و شرط و اذا سقط الشرط، نقص قیمته لانه عوض فقط (و الشرع لم یحکم علی هذا العقد) المشتمل علی الشرط (الا بامضائه علی النحو الواقع علیه) فالشرع لم یحکم بان الشرط له قسط من العوض (فلا یقابل الشرط بجزء من العوضین) لا شرعا و لا عرفا.

(و لذا) الّذی لیس فی مقابله شیء (لم یکن فی فقده الا الخیار بین الفسخ و الامضاء مجانا، کما عرفت) و لو کان فی مقابله شیء کان من قبیل تبعّض الصفقة، و اللازم حینئذ أن الامضاء یکون مع استرجاع ما یقابل الشرط من العوض و لم یقل بذلک احد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸

و ثانیا: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض، اذ لیس العوض المنضم الی الشرط، و المجرد عنه الا کالمتصف بوصف الصحة، و المجرد عنه فی کون التفاوت بینهما مضبوطا فی العرف.

و لذا حکم العلامة فیما تقدم بوجوب الارش لو لم یتحقق العتق المشروط فی صحة بیع المملوک.

(و ثانیا: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض) علی تقدیر تسلیم ان بعض العوض بإزاء الشرط (اذ لیس العوض المنضم الی الشرط، و) العوض (المجرد عنه) ای عن الشرط (الا- کالمتصف بوصف الصحة، و المجرد عنه) ای عن وصف الصحة (فی کون التفاوت بینهما مضبوطا فی العرف).

فاذا باع دارا بشرط ان یحج المشتری عن والده بالف دینار، کانت الدار المنضمة الی الحجّ و الدار المجردة عن الحج معلومتان عند العرف من حیث القیمة کما ان العبد المتصف بوصف الصحة و العبد الاعمی مضبوطان عند العرف من حیث القیمة، و لذا اذا ظهر العبد اعمی کان للمشتری ان یستردّ بعض الثمن.

و لا یقال ان مقابل وصف الصحة مجهول فاذا ظهر المبیع معیبا لزم جهالة الثمن فیبطل اصل البیع.

(و لذا) الّذی لا جهالة فیما بإزاء الشرط من العوض (حکم العلامة فیما تقدم بوجوب الارش لو لم یتحقق العتق المشروط فی صحة بیع المملوک) بان باعه عبدا بشرط ان یعتقه فاذا لم یعتقه کان للمشترط الارش و هو التفاوت بین قیمة العبد المبیوع بیعا مطلقا، و بین قیمة العبد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹

و بلزوم قیمة الصبغ المشروط فی بیع الثوب.

و ثالثا: منع کون الجهالة الطارئة علی العوض قادحة، انما القادح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

المبیوع بشرط العتق.

مثلا: اذا کان الفرق بینهما عشر القیمة المسمّاة کان للمشترط البائع ان یستردّ العشر، و لو کان ما بإزاء الشرط مجهولا لم یصح ما ذکره العلامة (و) حکم العلامة أیضا (بلزوم قیمة الصبغ المشروط فی بیع الثوب) فاذا باع ثوبا و شرط علیه المشتری ان یصبغه ثم لم یصبغه، فللمشتری ان یأخذ الارش ای التفاوت بین المصبوغ و غیر المصبوغ و هو قیمة الصبغ (و ثالثا: منع کون الجهالة الطارئة علی العوض قادحة) بعد تسلیم ان بإزاء العوض شیء و انه مجهول، فان الجهل طرأ علی العوض بعد فساد الشرط و سقوط جزء من العوض من جهة فساد الشرط و (انما القادح به) فی جهل العوض (هو الجهل به) ای بالعوض (عند إنشاء العقد).

و لذا نری ان الجهل بالعوض فی تبعض الصفقة لا یقدح، فاذا اشتری شیئین بدینار، ثم ظهر احدهما مستحقا للغیر بما لم یستعد ان یقبل بیعه سقط بعض المعوض، و بسقوطه سقط بعض العوض، فاذا لم یعلم قدر قیمة الباقی لم یضرّ ذلک فی صحة البیع، و ذلک لان الجهل طارئ و الجهل الطارئ لا یضرّ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰

الثانی: ان التراضی انما وقع علی العقد الواقع علی النحو الخاص فاذا تعذر الخصوصیة لم یبق التراضی، لانتفاء المقید بانتفاء القید، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بین الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضة اخری محتاجة الی تراض جدید و إنشاء جدید، و بدونه یکون التصرف اکلا للمال لا عن تراض.

(الثانی) من ادلـة القائلین بانّ الشـرط الفاسـد مفسـد للعقـد (ان التراضـی انما وقع علی العقـد الواقع علی النحو الخاص) ای المشـروط بالشرط المذکور.

کما اذا رضـی البائع بالبیع بشرط ان یرد المشتری المبیع إلیه- فیما اذا شرط ان یبیع المشتری الی البائع- فقد ذکر بعضهم انه دور (فاذا تعذّر) ت (الخصوصیة لم یبق التراضی) و ذلک (لانتفاء المقید بانتفاء القید، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل) فاذا ذهب الرضا لم یصدق تجارة عن تراض، فیبطل العقد (فالمعاوضة بین الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضة اخری) غیر المعاوضة الاولویة التی کانت مع الشرط الفاسد (محتاجة الی تراض جدید و إنشاء جدید).

اذ مجرد الرضا لا یکفی فی المعاوضـة، لانّ المعاوضـة تحتاج الی الرضا و الانشاء معا (و بـدونه) ای بـدون رضا جدیـد و إنشاء جدید (یکون التصرف) فی العوضین (اکلا للمال لا عن تراض) و هو باطل، فلا یبقی العقد السابق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱

و فیه: منع کون ارتباط الشـرط بالعقد علی وجه یحوج انتفائه الی معاوضة جدیدة عن تراض جدید و مجرد الارتباط لا یقتضـی ذلک کما اذا تبین نقص احد العوضین او انکشف فقد بعض الصفات المأخوذة فی البیع کالکتابة و الصحة،

(و فیه: منع کون ارتباط الشـرط بالعقـد علی وجه یحوج انتفائه) ای انتفاء هذا الارتباط (الی معاوضة جدیدة عن تراض جدید و مجرد الارتباط لا یقتضی ذلک).

فان بعض الارتباطات اذا انتفت تنتفی المعاوضة السابقة کما اذا انتفی ارتباط العوض بالطرف و ظهر العوض الشخصی ملکا للغیر.

و بعض الارتباطات اذا انتفت لا تنتفی المعاوضة مثل انتفاء ارتباط العقد بالشرط.

و الحاصـل ان بعض الارتباطـات یراهـا العرف مقوّمـا فانتفـاؤه یوجب انتفـاء الرضا، و بعض الارتباطات لا یراها العرف مقوّما و لـذا لم یکن انتفائه یوجب انتفاء الرضا و من هذا القبیل انتفاء الشرط.

فحاله (کما اذا تبین نقص احد العوضـین او انکشف فقد بعض الصفات المأخوذة فی البیع کالکتابة و الصحة) فانه اذا اشتری کیلوا من الحنطـة بـدرهم، ثم تبین ان نصـفه راجع الی غیر البـائع لاـ یسـتلزم ذلـک بطلاـن البیع، مع ان البیع لهـذا النصف المملوک للبـائع کان مربوطا بالنصف الآخر المملوک لغیره- فی باب خیار تبعض الصفقة.

و کذلک فیما اذا ظهر المبیع فاقدا لوصف الصحة او فاقدا لوصف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲

و کالشروط الفاسدة فی عقد النکاح فانه لا خلاف نصا و فتوی فی عدم فساد النکاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فیه.

و قد تقدم ان ظاهرهم فی الشرط غیر المقصود للعقلاء فی السلم و غیره عدم فساد العقد به.

و تقدم أیضا ان ظاهرهم ان الشرط غیر المذکور فی العقد لا حکم له صحیحا کان او فاسدا.

الکمال المشترط عند البیع، فانه لا یوجب البطلان (و کالشـروط الفاسدة فی عقد النکاح) الّذی دل النص و الاجماع علی انه لا یوجب بطلان النکاح، و لیس النص و الاجماع من باب الاسـتثناء للقاعـدة، بل هما علی وفق القاعدة حسب رؤیة العرف (فانه لا خلاف نصا و فتوی فی عدم فساد النکاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فیه).

و ذلک لان الارتباط لم یکن مقوما حتی اذا ذهب الارتباط ذهب النکاح القائم بذلک المقوّم.

(و قـد تقـدم ان ظـاهرهم فی الشـرط غیر المقصود للعقلاء فی السـلم و غیره) کما اذا شـرط الکیل بمکیال شـخص خاص (عـدم فساد العقد به) ای بفقد هذا الشرط، و هذا یدل علی ان بنائهم ان فقد الشرط لا یوجب فقد التراضی.

(و تقدم أيضا ان ظاهرهم ان الشرط غير المذكور فى العقد) بان ذكر أولا ثم بنى العقد عليه (لا حكم له) فلا يجب الوفاء به (صحيحا كان) ذلك الشرط غير المذكور (او فاسدا) مع انه لا رضا للطرفين بدون ذلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۳

و دعوى ان الاصل فى الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به.

و مجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لاجل الدليل لا يوجب التعدى مدفوعة بان المقصود من بيان الامثلة انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد

الشرط، فان رضاهما كان مقيدا بذلك الشرط، و ذلك يدل على ان فقد بعض الارتباطات لا يوجب انتفاء العقد.

(و) ان قلت: صحيح ان الارتباط على قسمين، ارتباط فقده لا يوجب فقد المقيد، و ارتباط فقده يوجب فقد المقيد، و الاصل فى الارتباط ان يكون من القسم الثانى الا اذا دلّ الدليل على انه من القسم الاول فالاصل فى انتفاء الارتباط الشرطى فقد المشروط بفقده.

قلت: (دعوى ان الاصل فى الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به) لان ذلك هو معنى الارتباط، فان المقيد عدم، بعدم قيده، و الكل عدم، بعدم جزئه.

(و مجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لاجل الدليل) الخاص (لا يوجب التعدى) كما فى الامثلة التى ذكرتم، كالنكاح، و السلم، و ما اشبه حيث ان ما يرتبط به يذهب و الشيء باق على حاله لا ينتفى كما علم فى الامثلة المذكورة (مدفوعة بان المقصود من بيان الامثلة) ليس هو اثبات قاعدة كلية، حتى يقال: بان القاعدة الكلية بالعكس و ان الامثلة من باب التخصيص بل المقصود (انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۴

و انه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فى الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض، جوّزه الشارع تعبد او قهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه فى هذه الامثلة، هو التوجيه فيما نحن فيه.

و لذا اعترف فى جامع المقاصد بان فى الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا.

بان يذهب الشرط و يبقى العقد (و انه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به) اى بعد انتفاء الشرط (فى الموارد المذكورة) و هى الامثلة التى مثّلنا بها، حيث ان فيها ذهب الشرط و بقى المشروط (تصرفا لا عن تراض) و لكن (جوّزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين) بل فى الامثلة المذكورة الرضا موجود بلا اشكال.

(فما) اى الشيء الّذى (هو التوجيه فى هذه الامثلة، هو التوجيه فيما نحن فيه) الّذى هو انتفاء الشرط لفساده، و بقاء المشروط الّذى هو العقد.

(و لذا) الّذى لا يوجب ذهاب ما ارتبط به انتفاء الشيء (اعترف فى جامع المقاصد بان فى الفرق بين الشرط الفاسد) الّذى قالوا بانه اذا فسد، فسد العقد (و الجزء الفاسد) الّذى قالوا بانه اذا انتفى الجزء لا ينتفى العقد، بل يأتى خيار تبعّض الصفقة (عسرا) اذ لو كان ذهاب ما ارتبط يوجب انتفاء العقد، لزم القول بانتفاء العقد فى الجزء أيضا، و لو كان ذهاب ما ارتبط لا يوجب انتفاء العقد، لزم القول بعدم ذهاب العقد بانتفاء الشرط أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۵

و الحاصل: انه يكفى للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستندا الى النقض بهذه الموارد.

و حلّ ذلک ان القیود المأخوذة فی المطلوبات العرفیة و الشرعیة منها ما هو رکن المطلوب، ککون المبیع حیوانا ناطقا لا ناهقا، و کون مطلوب المولی اتیان تتن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجیل

(و الحاصل) فی منع دعوی ان الاصل فی الارتباط انتفاء الشیء بانتفاء ما ارتبط به (انه یکفی للمستدل بالعمومات) ای عمومات صحة العقد استدلالا لاجل بقاء العقد بعد انتفاء الشرط، فالشرط الفاسد لیس مفسدا.

فیکفی للمستدل (منع کون الارتباط مقتضیا لکون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض) حتی اذا فسد الشرط فسد العقد.

و انما یمنع (مستندا) فی منعه (الی النقض بهذه الموارد) حیث ذهب الشرط و بقی العقد.

(و حلّ ذلک) و انه کیف یمکن ذهاب الارتباط و بقاء العقد (ان القیود المأخوذة فی المطلوبات العرفیة) کما اذا قال: ائتنی بعبد کاتب (و الشرعیة) کالشرط فی العقد (منها ما هو رکن المطلوب، ککون المبیع حیوانا ناطقا لا ناهقا) و انه یرید العبد لکتابته، فاذا لم یکن کاتبا لا یریده، لانه انما یرید شرائه لیکون محاسبا لتجارته (و کون مطلوب المولی اتیان تتن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجیل) حیث انه لا یشرب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶

و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزیارة لاجل التنظیف، فان العرف یحکم فی هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القیود، فلا یقوم الحمار مقام العبد، و لا الاصفر مقام التتن و لا التیمم مقام الغسل.

و منها: ما لیس کذلک، ککون العبد صحیحا و التتن جیّدا، و الغسل بماء الفرات، فان العرف یحکم فی هذه الموارد بکون الفاقد نفس المطلوب

النارجیل (و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزیارة لاجل التنظیف) لا بالمضاف و ان اوجب بعض التنظیف (فان العرف یحکم فی هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القیود) لان المولی العرفی او الشرعی لا یرید ذات المقید لانه لا یعنی بغرضه (فلا یقوم) العبد غیر الکاتب مقام العبد الکاتب، و لا (الحمار مقام العبد، و لا الاصفر مقام التتن و لا التیمم مقام الغسل) فیما کان الماء موجودا، و لا ماء الورد مقام الماء المطلق و ان لم یکن الماء موجودا.

(و منها) ای من القیود (ما لیس کذلک) ای لیس رکنا فی المطلوب و لا مقوما له، بل من باب زیادة المطلوب و تعدّده (ککون العبد صحیحا) اذ الاعور أیضا یأتی منه العمل، او انه یرید العبد الکاتب لانه اکمل، و الا فمطلق العبد صالح للشغل، و المولی یرید الشغل حتی اذا لم یکن کاتبا کان یرید العبد الامّی (و التتن) للشطب (جیّدا، و الغسل بماء الفرات) فاذا لم یکن جیدا و کان من سائر المیاه أیضا اراده (فان العرف یحکم فی هذه الموارد بکون الفاقد) للشرط (نفس المطلوب) و لکن قد فقد زیادة المطلوبیة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷

و الظاهر ان الشرط من هذا القبیل، لا من قبیل الاوّل فلا یعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض.

نعم غایة الامر ان فوات القید هنا موجب للخیار لو کان المشروط له جاهلا بالفساد، نظیر فوات الجزء و الشرط الصحیحین، و لا مانع من التزامه و ان لم یظهر منه

(و الظاهر ان الشرط من هذا القبیل) ای من قبیل کمال المطلوب لا من قبیل رکن المطلوب.

و انما استظهرنا ذلک لما رأینا من حکم الشارع فی موارد متعددة بان ذهاب الشرط لا یوجب ذهاب المشروط (لا من قبیل الاوّل) الّذی یکون القید فیه مقوّما و رکنا (فلا یعد التصرف النا شیء عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض) حتی یکون فساد

الشرط موجبا لفساد العقد.

(نعم) لا یبقی العقد بعد فقد الشرط علی لزومه، ف (غایة الامر ان فوات القید هنا) فی باب الشرط الفاسد (موجب للخیار لو کان المشروط له جاهلا بالفساد) لان بقاء اللزوم ضرر علی المشروط، فلا ضرر یدل علی رفع اللزوم.

و لذا قیّدناه بکونه جاهلا لانه ان کان عالما بالفساد فقد اقدم علی ضرر نفسه، فلا خیار له (نظیر فوات الجزء و الشرط الصحیحین) اذا لم یأت بهما الطرف لاجل عدم قدرته علیهما، او عمدا فان المشروط له و الّذی فقد الجزء یکون مختارا بین القبول و الفسخ (و لا مانع من التزامه) ای التزام الخیار فی باب الشرط الفاسد (و ان لم یظهر منه) ای من الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸

اثر فی کلام القائلین بهذا القول.

الثالث: روایة عبد الملک ابن عتبة عن الرضا علیه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما او متاعا علی ان لیس منه علیّ وضیعة هل یستقیم هذا؟

و کیف هنا؟ و ما حد ذلک؟ قال لا ینبغی.

و الظاهران المراد الحرمة لا الکراهة، کما فی المختلف، اذ مع صحة العقد لا وجه لکراهة الوفاء بالوعد.

(اثر فی کلام القائلین بهذا القول) ای القائل بان الشرط الفاسد مفسد (الثالث) من ادلة القائلین بان الشرط الفاسد مفسد جملة من الروایات، مثل: (روایة عبد الملک ابن عتبة عن الرضا علیه السلام) سأله (عن الرجل ابتاع منه طعاما او متاعا علی) شرط (ان لیس منه) ای من الطعام و المتاع (علیّ وضیعة) فاذا بعت الطعام و المتاع و خسرت فیهما فالخسارة علی البائع (هل یستقیم هذا؟) البیع (و کیف هذا؟) الشرط (و ما حد ذلک؟) التعامل الّذی یصح و الّذی لا یصح (قال) علیه السلام (لا ینبغی) بناء علی ان: لا ینبغی مربوط باصل العقد لا بالشرط (و الظاهر ان المراد) بلا ینبغی (الحرمة لا الکراهة، کما فی المختلف اذ) لا معنی للکراهة فانه (مع صحة العقد لا وجه لکراهة الوفاء بالوعد) فمعنی الروایة: ان العقد غیر صحیح، و وجه عدم صحته اشتماله علی الشرط الفاسد الّذی هو کون خسارة المشتری علی البائع، فتدل علی ان الشرط الفاسد مفسد.

و انما یکون هذا الشرط فاسدا، لانه لا معنی لاعطاء انسان خسارة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹

و روایة الحسین ابن المنذر، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام:

الرجل یجیئنی فیطلب منی العینة فاشتری المتاع لاجله، ثم ابیعه ایاه ثم اشتریه منه مکانی، قال فقال: اذا کان هو بالخیار، ان شاء باع، و ان شاء لم یبع، و کنت انت أیضا بالخیار ان شئت اشتریت، و ان شئت لم تشتر، فلا بأس

انسان آخر.

و انما ربطنا: لا ینبغی باصل البیع لا بالشرط، لان: لا ینبغی، لا یلائم الشرط، فانه اذا کان اصل البیع صحیحا کان الشرط وعدا- علی تقدیر بطلانه- و الوفاء بالوعد لا یکره.

(و روایة الحسین ابن المنذر، قال: قلت لابی عبد اللّه علیه السلام الرجل یجیئنی فیطلب منی العینة) بکسر العین، و هی ان یبیع من رجل سلعة بثمن معلوم الی اجل مسمّی، ثم یشتریها منه باقل من الثمن الّذی باعها منه (فاشتری المتاع لاجله، ثم ابیعه ایاه، ثم اشتریه منه مکانی) ای فی نفس المکان، و فائدة هذا العمل ان یأخذ الرجل الطالب من هذا الآخر تسعین دینارا و یعطیه مائة، کعلاج لدفع الربا فی القرض (قال فقال) علیه السلام (اذا کان هو) ای طرفک (بالخیار، ان شاء باع و ان شاء لم یبع، و کنت انت أیضا بالخیار ان

شئت اشتريت، و ان شئت لم تشتر، فلا بأس).

فمحل الشاهد فى الرواية «ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكانى» فان الامام عليه السلام قال: ان كان «الاشتراء» مشروطا فى «ابيعه»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۰

قال: فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح، قال: انما هذا تقديم و تأخير لا بأس، فان مفهومه ثبوت البأس اذا لم يكونا او احدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية.

و عدم الاختيار فى تركها انما يتحقق باشتراط فعلها فى ضمن العقد

لا يجوز، و ان كان «الاشتراء» بالخيار لك و له جاز (قال: فقلت: ان اهل المسجد) اى حلقات علماء العامة الذين يجلسون فى المسجد و يفتون الناس (يزعمون ان هذا) النحو من البيع (فاسد) لانه حيلة شرعية (و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صحّ) بمعنى انه يكون «ابيعه» الآن «و اشتريه» بعد اشهر فى قبال «اشتريه منه مكانى» الّذى قال الامام عليه السلام بصحّته (قال) ليس كلام اهل المسجد صحيحا، ف (انما هذا تقديم و تأخير) فان كان يصحّ «اشتريه منه» صحّ، سواء كان الآن او بعد اشهر، و ان كان لا يصحّ، لم يصحّ، سواء كان الآن او بعد اشهر (لا بأس) به فان الزمان لا مدخلية له فى هذه المعاملة.

و وجه الاستدلال بهذه الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد ما ذكره بقوله: (فان مفهومه ثبوت البأس اذا لم يكونا او احدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية) اى «اشتريه منه مكانى»

(و عدم الاختيار فى تركها) اى ترك المعاملة الثانية (انما يتحقق باشتراط فعلها) اى فعل المعاملة الثانية (فى ضمن العقد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱

الاول، و الا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل انه اذا باعه بشرط ان يبيعه منه او يشتريه منه، لم يصحّ البيع الاول، فكذا الثانى، او لم يصح الثانى لاجل فساد الاول، اذ لا مفسد له غيره.

الاول، و الا) تشترط فى ضمن المعاملة الاولى (فلا يلزم)- بصيغة المجهول- اى لم يلزم احدهما (عليها) اى على المعاملة الثانية (فيصير الحاصل)- و هو وجه الاستدلال بهذه الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد- (انه) اى الدلال (اذا باعه بشرط ان يبيعه منه) اى يبيعه المشترى من الدلال (او يشتريه) الدلال (منه)- فانه لا فرق بين ان يكون الشرط بيع المشترى للدلال، او اشتراء الدلال من المشترى- (لم يصح البيع الاول) المشتمل على هذا الشرط (فكذا) لم يصح البيع (الثانى) لانه اذا بطل البيع الاول بطل البيع الثانى الّذى هو من توابع البيع الاول (او لم يصح) البيع (الثانى)- اى بيع المشترى الى الدلال- (لاجل فساد الاول) فانه لا وجه لفساد الثانى إلا عدم صحة البيع الاول (اذ لا مفسد له) اى للثانى (غيره) اى غير فساد الاول.

و انما قال المصنف «لم يصح ... او لم يصح» لان قوله عليه السلام «فلا بأس» اما مربوط بالبيع الاول و هو بيع الدلال للمشترى، او مربوط بالبيع الثانى و هو بيع المشترى للدلال، فكانّ الامام عليه السلام قال:

ان كان بدون الشرط لا بأس و ان كان مع الشرط ففيه البأس، اى فى بيع الدلال للمشترى البأس فيبطل البيع الثانى أيضا، او فى بيع المشترى للدلال البأس، و لا وجه للبأس الا من جهة بطلان البيع الاول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۲

و رواية على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام، قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا، أ يحل؟ قال: اذا لم يشترطا و رضيا، فلا بأس، و دلالتها اوضح من الاولى.

و الجواب اما عن الاولى فبظهور: لا ينبغى، فى الكراهة و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من ان البيع صحيح غير مكروه، و

الوفاء بالشرط مكروه.

و على كل تقدير فتدل الروايهٔ على ان الشرط الفاسد مفسد، لأنه لم يأت فساد احد البيعين الا من جههٔ الشرط الفاسد الّذى هو اشتراط البيع الثانى فى ضمن البيع الاول.

(و روايـهٔ على ابن جعفر عن اخيه عليه السـلام، قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشـرهٔ دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسـهٔ نقـدا، أ يحل؟) هـذا العمل (قال: اذا لم يشترطا و رضـيا، فلا بأس) فان المفهوم من هـذه الروايـهٔ انه مع الشـرط لا تصح هذه المعاملهٔ، و ليس ذلك الا لان الشرط الفاسد مفسد (و دلالتها اوضح من الاولى) اى من روايهٔ الحسين ابن المنذر.

(و الجواب اما عن الاولى) اى روايـهٔ عبـد الملك (فبظهور: لا ينبغى فى الكراهـهٔ) لا فى الحرمهٔ، كما اسـتدل بها القائل بافساد الشـرط الفاسـد (و لا مانع من كراهـهٔ البيع على هـذا النحو) و بين هـذا النحو بقوله: (من ان البيع صـحيح غير مكروه، و الوفاء بالشـرط مكروه) فالبيع المشتمل على هذين الامرين و هما: الامر غير مكروه و الامر المكروه، مكروه، لان النتيجهٔ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۳

و اما عن الروايتين، فاوّلا بان الظاهر من الروايتين بقرينـهٔ حكايـهٔ فتوى اهل المسـجد على خلاف قول الامام (ع) فى الروايـهٔ الاولى هو رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء.

و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع

تابعهٔ لاخسّ المقدّمتين.

و الحاصـل: ان المسـتدل قـال «لاـ ينبغى» يعنى «حرام» و المراد «حرمـهٔ البيع» لا «حرمـهٔ الشـرط» لظهور كون السؤال عن البيع فالجواب أيضا عن البيع.

و من المعلوم انه لا حرمهٔ للبيع الا لاجل حرمهٔ الشرط، فهذا الحديث يدل على ان الشرط الفاسد مفسد.

و انما قلنا «لا ينبغى» يعنى «حرام» لانه اذا كان البيع صحيحا لا معنى لكراههٔ الوفاء بالوعد.

و جواب المصنف ان «لا ينبغى» يعنى مكروه و المراد كراههٔ اجراء هذا البيع المشروط بهذا الشرط، بل هذا هو المعنى العرفى المستفاد من ظاهر النص.

(و اما عن الروايتين، فاوّلا بان الظاهر من الروايتين بقرينهٔ حكايهٔ) السائل (فتوى اهل المسجد) و هم العامهٔ (على خلاف قول الامام (ع) فى الروايـهٔ الاولى هو رجوع البأس) الّذى ذكره الامام (فى المفهوم الى الشـراء) لا فى البيع، يعنى ان شـرط ففيه بأس، و ان لم يشترط فلا بأس فيه (و لا ينحصر وجه فساده) اى فساد الشراء (فى فساد البيع) حتى يدل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۴

لاحتمال ان يكون من جههٔ عـدم الاختيار فيه الناشـئ عن التزامه فى خارج العقد الاول، فان العرف لا يفرقون فى الزام المشـروط عليه بالوفـاء بالشـرط بين وقوع الشـرط فى متن العقـد او فى الخـارج فاذا التزم به احـد هما فى خارج العقـد الاول، كان وقوعه للزومه عليه عرفا، فيقع لا عن رضا منه فيفسد.

على ان الشرط الفاسد مفسد (لاحتمال ان يكون) فساد الشراء (من جههٔ عدم الاختيار فيه) اى هو شراء بدون اختيار و رضا من احدهما او من كليهما (الناشـئ) ذلك (عن التزامه) اى الشرط (فى خارج العقد الاول) فهو اجرى العقد الثانى بدون رضا استنادا الى شرط غير ملزم لانـه شـرطه خارج العقـد (فان العرف لا يفرقون فى الزام المشـروط عليه بالوفاء بالشـرط) و لا يفرقون (بين وقوع الشـرط فى متن

العقد او فی الخارج) عن العقد (فاذا التزم به) ای بالشرط (احدهما فی خارج العقد الاول، کان وقوعه) ای وقوع العقد الثانی (للزومه علیه عرفا) ای انه یبیعه بالعقد الثانی، لزعمه انه لازم علیه- حسب الشرط خارج العقد- (فیقع) العقد الثانی (لا عن رضا منه) ای من البائع الثانی (فیفسد) لانه بدون رضا.

و انما احتملنا ان الشرط کان خارجا عن العقد، لانه لم یذکر فی الروایة ان الشرط کان داخلا او خارجا، فاذا کانت الروایة محتملة للامرین لم یمکن الاستدلال بها علی افساد الشرط لان الاستدلال تابع لوجود الظهور، و لا ظهور مع الاحتمال، ای ان یکون هناک احتمالان للبطلان کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۵

و ثانیا: بان غایة مدلول الروایة فساد البیع المشروط فیه بیعه علیه ثانیا، و هو مما لا خلاف فیه حتی ممّن قال: بعدم فساد العقد بفساد شرطه کالشیخ فی المبسوط، فلا یتعدی منه الی غیره، فلعل البطلان فیه للزوم الدور کما ذکره العلامة، او لعدم قصد البیع، کما ذکره الشهید قدس سره، او لغیره ذلک.

(و ثانیا: بان غایة مدلول الروایة فساد البیع المشروط فیه بیعه) ای بیع المشتری (علیه) ای علی البائع (ثانیا، و هو مما لا خلاف فیه حتی ممّن قال: بعدم فساد العقد بفساد شرطه، کالشیخ فی المبسوط) فانه یقول: بان الشرط الفاسد لیس بمفسد، و مع ذلک یقول: بان هذا الشرط یوجب الفساد، لدلیل خارجی.

لکن لا یخفی ان فی المسألة خلافا (فلا یتعدی منه) ای من هذا الشرط الخاص (الی غیره) بان نقول کل شرط فاسد مفسد (فلعل البطلان فیه) ای فی شرط البیع علی البائع (للزوم الدور کما ذکره العلامة) حیث ان ملک المشتری یتوقف علی وفائه بالشرط، و وفائه بالشرط بان یبیعه المشتری الی البائع ما یتوقف علی ملک المشتری له، لکنک قد عرفت الاشکال فی الدور (او لعدم قصد البیع) من البائع الاول حقیقة اذ قصد البیع معناه الاخراج عن الملک، و شرط ارجاعه معناه عدم اخراجه عن ملکه (کما ذکره الشهید قدس سره، او لغیر ذلک) مثل احتمال انه یکون سببا لفساد المال، کما ذکر هذا التعلیل فی روایات حرمة الربا، و ان اللّه سبحانه لم یحرم الربا لاسمه، و انما لاجل انه موجب لفساد المال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۶

بل التحقیق ان مسئلة: اشتراط بیع المبیع، خارجة عما نحن فیه، لان الفساد لیس لاجل کون نفس الشرط فاسدا، لانه لیس مخالفا للکتاب و السنة، و لا منافیا لمقتضی العقد، بل الفساد فی اصل البیع لاجل نفس هذا الاشتراط فیه، لا لفساد ما اشترط، و قد اشرنا الی ذلک فی اوّل المسألة.

و لعله لما ذکرنا لم

(بل التحقیق ان مسئلة: اشتراط بیع المبیع، خارجة عما نحن فیه) الّذی هو: هل ان الشرط الفاسد مفسد أم لا، لاننا نتکلم فی ان الشرط الفاسد فی نفسه لمخالفة الکتاب و نحوه هل انه مفسد أم لا، و شرط بیع المبیع، لیس فاسدا فی نفسه، لانه لیس مخالفا للکتاب و نحوه و انما هذا الشرط یجب ان لا یکون فی المعاملة- لاجل الدور او عدم القصد او الدلیل الخاص- (لان الفساد لیس لاجل کون نفس الشرط فاسدا)

و انما قلنا: لیس (لانه) ای هذا الشرط (لیس مخالفا للکتاب و السنة، و لا منافیا لمقتضی العقد، بل الفساد فی اصل البیع) یکون (لاجل نفس هذا الاشتراط فیه) ای فی البیع (لا لفساد ما اشترط).

مثلا: شرط شرب الخمر، شرط حرام، لان متعلقه ای شرب الخمر حرام، اما شرط البیع فالشرط حرام، لا ان البیع الّذی هو متعلق الشرط

حرام (و قد اشرنا الی ذلک فی اوّل المسألة) و ان الکلام فی الشرط الفاسد لاجل انه متعلق بشیء فاسد.

(و لعله لما ذکرنا) من ان هذه المسألة خارجة عما نحن فیه (لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۷

یستند إلیها احد فی مسئلتنا هذه.

و الحاصل انی لم اجد لتخصیص العمومات فی هذه المسألة ما یطمئن به النفس.

و یدل علی الصحة أیضا جملة من الاخبار.

منها: ما عن المشایخ الثلاثة فی الصحیح عن الحلبی عن الصادق علیه السلام، انه ذکر ان بریرة کانت عند زوج لها و هی مملوکة، فاشترتها

یستند إلیها) ای الی هذه المسألة (احد فی مسئلتنا هذه) فلم یستدل احد لاجل ان الشرط الفاسد مفسد، بان شرط البیع من البائع فاسد.

(و الحاصل) فی ابطال ادلة القائلین بان الشرط الفاسد مفسد (انی لم اجد لتخصیص العمومات) الدالة علی صحة العقد، و التجارة عن تراض، و نحوهما (فی هذه المسألة) ای مسئلة الشرط الفاسد (ما یطمئن به النفس) حتی نقول: ان کل عقد صحیح الا ما کان مشتملا علی شرط فاسد.

(و) بالإضافة الی العمومات و القواعد العامة الدالة علی ان العقد صحیح و ان کان شرطه فاسدا (یدل علی الصحة) للعقد (أیضا جملة من الاخبار).

(منها: ما عن المشایخ الثلاثة) و هم الکلینی و الصدوق و الطوسی ره (فی) الخبر (الصحیح عن الحلبی عن الصادق علیه السلام، انه ذکر) علیه السلام (ان بریرة) و هی امة مملوکة (کانت عند زوج لها و هی مملوکة، فاشترتها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۸

عائشة فأعتقتها فخیرها رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم، فقال: ان شاءت قعدت عند زوجها، و ان شاءت فارقته، و کان موالیها الذین باعوها اشترطوا علی عائشة ان لهم ولائها.

فقال صلی اللّه علیه و آله: الولاء لمن اعتق.

عائشة فاعتقتها فخیرها) ای خیر بریرة (رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم، فقال: ان شاءت قعدت) بعد العتق (عند زوجها، و ان شاءت فارقته) و ابطلت نکاحها، فان الامة اذا اعتقت و کانت متزوجة فلها الخیار بین ابقاء النکاح و بین فسخه (و کان موالیها) ای اسیادها (الذین باعوها) الی عائشة (اشترطوا علی عائشة ان لهم ولائها) فان العبد الّذی اعتق اذا مات و له مال و لیس له وارث ورثه الّذی اعتقه.

(فقال صلی اللّه علیه و آله) هذا الشرط علی عائشة باطل، فان (الولاء لمن اعتق) اذ عائشة هی المعتقة فلا یصح ان یرثها من باعها دون من اعتقها.

و الشرط لنقل الارث عن الوارث کالشرط لارث الاجنبی و کلاهما باطل الا فی باب المتعة علی بعض الاقوال، حیث یصح اشتراط إرث الزوجة المتمتع بها.

وجه الدلالة فی هذه الروایة ان النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم حکم ببطلان الشرط، و مع ذلک لم یبطل العقد الّذی وقع هذا الشرط فی ضمنه.

(و) ان قلت: لعل الشرط کان خارجا عن العقد فعدم ابطالها

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۵، ص: ۳۹

حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده، فى هذه الرواية، اشارة و فى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة.

فالانصاف ان الرواية فى غاية الظهور.

و منها: مرسلة جميل، و صحيحة الحلبى الاولى عن احدهما فى الرجل يشترى الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا ترث قال

للعقد لانه ليس شرطا فى ضمن العقد.

قلت: (حملها) اى حمل هذه الرواية (على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده) اى فساد هذا الشرط.

ف (فى هذه الرواية، اشارة) حيث قال عليه السلام: الولاء لمن اعتق، الى أن حكم اللّه سبحانه ذلك، فالشرط المخالف له مخالف لحكم اللّه (و فى غيرها صراحة) اذ صرح فى رواية اخرى ان شرط اللّه قبل شرطهم (بكونه مخالفا للكتاب و السنة).

(فالانصاف ان الرواية فى غاية الظهور) على ان الشرط الفاسد ليس مفسدا.

(و منها: مرسلة جميل، و صحيحة الحلبى الاولى) اى المرسلة (عن احدهما) اى الباقر او الصادق عليهما السلام (فى الرجل يشترى الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب) اياها (و لا ترث) اى انه اذا مات و كانت وارثة له بان اعتقها و تزوجها لا يعطيها الارث، او ان المراد لا يرث الجارية ورثة المولى بان تحرر الجارية عند موت المولى، و هذا المعنى اظهر و انسب للرواية الثانية (قال) عليه السلام

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۵، ص: ۴۰

يفى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث، فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين، دون الثالث، مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه.

و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى انه حكى عن كاشف الرموز انى لم اجد عاملا بهذه الرواية كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب، و يتمّ المطلوب أيضا.

(يفى بذلك) اى بالشرط لبائعها (اذا اشترط لهم الا الميراث) لما تقدم من ان اشتراط ان لا يرث الوارث مخالف لحكم اللّه تعالى (فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين) عدم البيع و عدم الهبة (دون الثالث) و هو عدم الميراث (مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه) فان شرط عدم الميراث باطل و مع ذلك فالعقد صحيح و لذا يجب عليه الوفاء بالشرطين الآخرين.

(و) ان قلت: ان هذه الرواية ساقطة، لانها قالت بالوفاء بالشرطين مع انهما أيضا باطلان على ما قاله جمع، لان البيع و الهبة من شئون الملك، فاشتراط عدمهما فى الملك مخالف لحكم اللّه.

قلت: أولا نحن لا نقول ببطلان هذين الشرطين كما عرفت سابقا فى معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال.

و ثانيا (لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى انه حكى عن كاشف الرموز انى لم اجد عاملا بهذه الرواية) الدالة على الوفاء بشرط عدم البيع و عدم الهبة (كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب) لانه وعد بعدم البيع و الهبة (و يتم المطلوب أيضا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۵، ص: ۴۱

و يكون استثناء شرط الارث لان الملك فيه قهرى للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشترى به، مع ان تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانیـة: عن ابی عبد اللّه علیه السـلام عن الشـرط فی الاماء لاتباع و لا تورث و لا توهب قال یجوز ذلک غیر المیراث، فانها تورث و کل شرط خالف کتاب اللّه فهو ردّ، الخبر، فان قوله

لانه شرط الفاسد، و مع ذلک لم یقل الامام علیه السلام بفساد البیع.

(و) ان قلت: فلما ذا فرّق الامام علیه السلام بین شرط الارث فابطله و شرط عدم البیع و الهبة فقرّره و لو استحبابا.

قلت: (یکون استثناء شرط الارث لان الملک فیه قهری للوارث) ف (لا معنی لاستحباب وفاء المشتری به) اذ لا معنی لاستحباب ان لا یعطی الارث بخلاف الشـرطین الآخرین، فان له معنی استحباب ان لا یبیع و لا یهب (مع ان تحقق الاجماع) الّذی ادعاه کاشف الرموز (علی بطلان شرط عدم البیع و الهبة ممنوع، کما لا یخفی) و تقدم فی مسئلة تحلیل الحرام و تحریم الحلال.

(و الثانیـة) ای صـحیحة الحلبی (عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام عن الشـرط فی الامـاء لاـ تبـاع و لا تورث و لا توهب قال) علیه السـلام (یجوز ذلک) الشـرط (غیر) شـرط (المیراث، فانها تورث) ای اذا مات المولی ورثها اقارب المولی (و کل شرط خالف کتاب اللّه فهو ردّ) ای مردود، الی آخر (الخبر) حیث دلّ علی ان الشرط الفاسد لیس بمفسد (فان قوله)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۴۲

فانها تورث، یدل علی بقاء البیع- الّذی شـرط فیه ان لا تورث- علی الصـحة بل یمکن ان یسـتفاد من قوله بعد ذلک کل شرط خالف کتـاب اللّه عز و جـل فهو ردّ، ای لاـ یعمل به ان جمیع ما ورد فی بطلان الشـروط المخالفـة لکتاب اللّه جل ذکره یراد بها عـدم العمل بالشرط، لا بطلان اصل البیع.

و یؤیّده ما ورد فی بطلان الشروط الفاسدة فی ضمن عقد النکاح.

علیه السـلام (فانها تورث، یـدل علی بقاء البیع- الّذی شـرط فیه ان لا تورث- علی الصـحة) اذ لو کان البیع فاسدا لم ترث الامة اقارب المولی الثانی، بل کانت مملوکـة للمولی الاول اجنبیـة عن المولی الثانی (بل یمکن ان یسـتفاد من قوله) علیه السـلام (بعـد ذلک) ای بعد قوله علیه السلام «فانها تورث» (کل شرط خالف کتاب اللّه عزّ و جل فهو ردّ، ای لا یعمل به) یستفاد من قوله «کل شرط الخ» (ان جمیع ما ورد فی بطلان الشـروط المخالفة لکتاب اللّه جل ذکره یراد بها) ای بتلک الاخبار الدالة علی ان الشـرط المخالف لا یعمل به (عـدم العمـل بالشـرط) مع بقـاء البیع (لا بطلان اصل البیع) اذ لو کان اصل البیع باطلا لم یکن وجه لقوله «الشـرط باطل» بل اللازم ان یقول: البیع باطل.

(و یؤیّده) ای یؤیّد ما ذکرنا من ان الشرط الفاسد لیس بمفسد (ما ورد فی بطلان الشروط الفاسدة فی ضمن عقد النکاح).

حیث دلّ ذلک علی بقاء النکاح کاخبار ابن مسـلم و محمـد ابن قیس و منصور و یونس و غیرها، کما تقـدم الکلام فی ذلک فی اوّل الباب، فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۴۳

و قد یستدل علی الصحة بان صحة الشرط فرع صحة البیع، فلو کان الحکم بصحة البیع موقوفا علی صحة الشرط، لزم الدور، و فیه ما لا یخفی.

و الانصاف ان المسألة فی غایة الاشکال.

و لذا توقّف فیها بعض تبعا للمحقق قدس سره.

و خبر الوشاء عن الرضا علیه السلام الدال علی انه ان شرط بعض المهر لأب المرأة ان النکاح صحیح و الشرط باطل.

و لعلّ المصنف انما جعل هذه الاخبار مؤيّدة لا دليلا، لاحتمال ان يكون ذلك من باب التخصيص لخصوصية فى النكاح.

(و قد يستدل على الصحة) اى على صحة العقد مع بطلان الشرط (بان صحة الشرط فرع على صحة البيع) اذ لو لا البيع لا شرط (فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط، لزم الدور) لكن الدور باطل، فتوقف صحة البيع على صحة الشرط باطل (و فيه ما لا يخفى) فان صحة البيع ليست موقوفة على صحة الشرط، بل موقوفة على عدم اشتمال العقد على الشرط الفاسد.

(و الانصاف ان المسألة) و هى: هل ان الشرط الفاسد مفسد، أم لا؟

(فى غاية الاشكال) لاختلاف كبار الفقهاء فى ذلك.

(و لذا توقّف فيها بعض تبعا للمحقق قدس سره) حيث توقف هو أيضا.

لكن الاظهر ما عرفت من عدم كون الشرط الفاسد مفسدا، و اللّه العالم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۴۴

ثم على تقدير صحة العقد ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط، وجه من حيث كونه فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى كالعقلى، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلّف الشرط.

و لا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع او بالحكم الشرعى.

(ثم على تقدير صحة العقد) و عدم ابطال الشرط الفاسد له (ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط، وجه).

اما مع علم المشروط له بفساد الشرط فلا اشكال فى انه لا خيار له، اذا الشارع لم يرتب الخيار على الشرط الفاسد، و لا يشمله دليل: لا ضرر لانه اقدم على ضرر نفسه، فتأمل.

اما مع الجهل فللخيار وجه (من حيث كونه) اى عدم الشرط (فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى) و هو حكم الشارع بفساد الشرط (كالعقلى) كما اذا لم يتمكن من اداء الشرط لعدم القدرة عليه (فيدل عليه) اى على الخيار فى الشرط الفاسد (ما يدل على خيار تخلف الشرط) من قاعدة: لا ضرر، و نحوها.

(و لا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار) اى خيار الشارط اذا كان الشرط فاسدا و هو لا يعلم (بين كونه بالموضوع) كما اذا شرط عليه ان يشرب ما فى هذا الاناء، فتبين انه خمر (او بالحكم الشرعى) كما اذا شرط ان يشرب الخمر و هو جاهل بان الخمر حرام.

لا يقال: الجاهل بالحكم غير معذور، و لذا اشتهر ان الجاهل المقصر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۴۵

و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته.

و لكن يشكل بان العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع، و ادلة نفى الضرر، قد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة، لان المعلوم اجمالا انه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد

كالعامد، فاللازم ان يكون الجاهل المقصّر بالحكم حاله حال العالم بالفساد فى انه لا يوجب خيارا.

لانه يقال: العالم بالحكم لا يشمله دليل الخيار و هو: لا ضرر، و ما اشبه، و هذا يشمل الجاهل بالحكم، و لو كان جهلا عن تقصير.

(و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته) فاذا علم باصل الخيار او بانه على الفور جاز له الاخذ بالخيار لان دليل: لا ضرر و نحوه يشمله (و لكن يشكل) ثبوت الخيار للمشروط له شرطا فاسدا اذا كان جاهلا بالحكم او بالموضوع (بان العمدة فى خيار تخلّف الشرط هو الاجماع، و ادلة نفى الضرر قد تقدم غير مرة انها) اى قاعدة: لا ضرر (لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة) و الاجماع له قدر متيقن، و لذا لا يمكن سحبه الى المقام و اما ان دليل لا ضرر، يحتاج الى العمل فى تأسيس الحكم (لان

العموم اجمالا_) ای علما اجمالیا (انه لو عمل بعمومها) و اسست الاحکام فی کل مورد: لا ضرر (لزم منه تأسیس فقه جدید) فانه اذا اجری الانسان المعاملة جاهلا بالموضوع فکثیرا ما یلزم منه الضرر، فاذا کان جهله بالموضوع یوجب جریان: لا ضرر، و تأسیس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۴۶

خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحکم الشرعی عذرا فرب ضرر یترتب علی المعاملات من اجل الجهل با حکامها خصوصا الصحة و الفساد.

فان ضرورة الشرع قاضیة فی اغلب الموارد بان الضرر المترتب علی فساد معاملة مع الجهل به لا یتدارک.

الحکم، لزم فقه جدید.

و وجهه ما ذکره بقوله «فان ضرورة الشرع» (خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحکم الشرعی) مضافا الی الجهل بالموضوع (عذرا) و انه یشمله دلیل: لا ضرر، فیلزم تدارک ذلک الضرر، فان الفقه الجدید علی هذا یکون اوسع.

و انما قلنا خصوصا لما ذکره بقوله: (فرب ضرر یترتب علی المعاملات من اجل الجهل باحکامها) ای احکام المعاملات (خصوصا) الجهل ب (الصحة و الفساد) فکثیرا ما یجهل الانسان حکم المعاملة و انها فاسدة فیجری المعاملة، و ذلک یوجب ضررا له، فان کان دلیل: لا ضرر، یرفع تلک الاحکام لزم فقه جدید.

(فان ضرورة الشرع قاضیة فی اغلب الموارد بان الضرر المترتب علی فساد معاملة مع الجهل به) ای بفسادها (لا یتدارک).

مثلا_ لو آجر نفسه اجارة فاسدة- بان کان المستأجر غیر مالک- لبناء دار او ما اشبه، ثم ظهر فساد الاجارة، و کان الموجر متضررا بصرف وقته و ماله فی البناء، فان دلیل: لا ضرر، لا یوجب ان یأخذ ضرره من المالک او سابق مسابقة فاسدة فانه لا حق له فی السبق و ان تضرّر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۴۷

....

فرسه و ذهب وقته، الی غیر ذلک من الامثلة التی یجدها الانسان فی مختلف کتب الفقه.

و انما قال «لان المعلوم اجمالا» اذ لا نعلم تفصیلا عدم جریان:

لا ضرر، فی بعض الموارد، بل الّذی نعلم انه لو جری: لا ضرر، فی الجملة فی کل الموارد لزم تأسیس فقه جدید، و الفقه الجدید معلوم البطلان بالضرورة، فتأسیس الاحکام من: لا ضرر، باطل قطعا.

نعم لو عمل العلماء بلا ضرر فی مورد لم یلزم تأسیس الفقه الجدید فانه فقه قدیم.

لکن ربما یقال: بان: لا ضرر، دلیل عام فما علم بخروجه منه علما تفصیلا او اجمالا، نقول بالخروج مع اشکال فی ما علم اجمالا، و ما نحن فیه لیس من تلک الموارد، فانه لا_علم تفصیلا بخروجه، و العلم الاجمالی منحل لأنّ کل تلک الموارد التی علمنا اجمالا بخروجها، قام الدلیل علی خروج بعضها فانحل العلم الاجمالی.

و لذا تریهم یتمسکون بلا ضرر، فی المسائل الجدیدة، مع انه لا عمل من الاصحاب علی طبقها.

ثم انه ما ابعد ما بین هذا الکلام من الشیخ المصنف و بین ما ذکره السید الطباطبائی ره بان خیار تخلف الشرط یجری فی العالم بالفساد أیضا، لانه لم یحصل علی شرطه، کما انه ذکر عدم الخیار لو اتی المشروط علیه بالشرط الفاسد، کما اذا شرط علیه شرب الخمر فشرب.

و کیف کان فهذا هو الاشکال الاول علی جریان دلیل لا ضرر لاثبات الخیار للمشروط له اذا کان جاهلا بفساد الشرط سواء کان

جاهلا قاصرا او

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۴۸

مع ان مقتضى تلك الادلة نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع، أم بالحكم. و ان قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصّر.

(مع ان) هناك اشكالا آخر أيضا على دليل: لا ضرر، فانه لا يشمل ما اذا كان الضرر ناشئا من تقصير المتضرر، بان كان جاهلا مقصرا، اذ الجاهل المقصّر يتوجه الضرر إليه من تقصيره بخلاف الجاهل القاصر فانه معذور فى جهله فاذا توجه الضرر إليه كان ذلك الضرر من الشرع، فنفى الضرر يشمل القاصر و لا يشمل المقصّر.

فان (مقتضى تلك الادلة) اى ادلة: لا ضرر (نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه) «فى» متعلق ب «تقصير» فاذا كان الانسان مقصرا فى دفع الضرر عن نفسه لا يشمله دليل: لا ضرر (سواء كان الجهل) التقصيرى الّذى اوجب ضرر الجاهل (متعلقا بالموضوع، أم بالحكم) فاذا لم يعلم ان ما فى الاناء خمر، او لم بعلم ان الخمر لا يصح اشتراط شربها فى ضمن العقد فشرط شربها، فانه لا خيار له اذا لم يف المشروط عليه بالشرط فيما كان جهله عن تقصير لان تقصيره هو الّذى اوقعه فى الضرر لا ان الشارع اوقعه فى الضرر، فلا يشمله دليل: لا ضرر، و لا يخفى ما فى هذا التفصيل، فتأمّل.

(و) كيف كان فان الجهل التقصيرى ليس مشمولا لادلة: لا ضرر، فى غالب المسائل، و (ان قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصّر) و ان الجهل يرفع الحكم مطلقا سواء كان جاهلا قاصرا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۴۹

فالاقوى فى المقام عدم الخيار و ان كان يسبق خلافه فى بادئ الانظار.

الثانى: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده لم يصح بذلك العقد لانعقاده بينهما على الفساد،

فلا ينفع اسقاط المفسد و يحتمل الصحّة بناء على ان التراضى انما حصل على العقد المجرد عن

او مقصّرا، كما فى مورد الجهر و الاخفات و القصر و الاتمام، و بعض مسائل الحجّ، لكن التسوية انما هى بدليل خارجى لا بقاعدة: لا ضرر.

(فالاقوى فى المقام) عند المصنف (عدم الخيار) فيما اذا شرط شرطا فاسدا جهلا بالحكم او الموضوع قصورا او تقصيرا (و ان كان يسبق خلافه) و ان للشارط الخيار (فى بادئ الانظار) لكن لا عبرة بالنظر الاوّل.

(الثانى) من المسائل المتعلقة بالشرط الفاسد (لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد) بعد ان شرطه فى ضمن العقد (على القول بافساده) اى بان الشرط الفاسد مفسد (لم يصح بذلك العقد).

و انما لم يصح بذلك (لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع اسقاط المفسد) فان العقد لم ينعقد أولا، و لا دليل على انعقاده بعد الاسقاط فيكون حاله حال ما اذا كان احد العوضين مجهولا عند العقد ثم علم به، فان العلم المتأخر لا يوجب الصحة بعد ان فسد بالجهل.

(و يحتمل الصحة) اى صحة العقد بعد اسقاط الشرط الفاسد (بناء على ان التراضى) بعد اسقاط الشرط (انما حصل على العقد المجرد عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۵۰

الشرط فیکون کتراضیهما علیه حال العقد.

و فیه ان التراضی انما ینفع اذا وقع علیه العقد، او لحق العقد السابق، کما فی بیع المکره و الفضولی.

و اما اذا طرأ الرضا علی غیر ما وقع علیه العقد، فلا ینفع لان متعلق الرضا لم یعقد علیه، و متعلق العقد لم یرض به.

و یظهر من بعض مواضع التذکرة التردّد فی الفساد بعد اسقاط الشرط، قال: یشترط فی العمل المشروط علی البائع ان یکون محللا فلو اشتری العنب علی شرط ان یعصره البائع خمرا لم

الشرط فیکون کتراضیهما علیه) ای علی العقد المجرد (حال العقد).

(و فیه) انه لا ـ فائدة فی الرضا المتأخر، ف (ان التراضی انما ینفع اذا وقع علیه العقد، او لحق العقد السابق، کما فی بیع المکره و الفضولی) بان کان العقد بجمیع ارکانه و خصوصیاته مقارنا للرضا، او ملحوقا بالرضا (و اما اذا طرأ الرضا علی غیر ما وقع علیه العقد، فلا ینفع) فی تصحیح العقد (لان متعلق الرضا) و هو التعویض بدون الشرط (لم یعقد علیه، و متعلق العقد) و هو التعویض بالشرط (لم یرض به) بل لو کان الرضا حین العقد بشیء آخر أیضا لم یصح فکیف بالرضا المتأخر.

(و یظهر من بعض مواضع التذکرة التردّد فی الفساد بعد اسقاط الشرط) الفاسد.

فانه ره (قال: یشترط فی العمل المشروط علی البائع ان یکون محللا) شرعا (فلو اشتری العنب علی شرط ان یعصره البائع خمرا لم

یصح الشرط، و البیع، علی اشکال ینشأ من جواز اسقاط المشتری الشرط عن البائع و الرضا به خالیا عنه و هو المانع من صحة البیع و من اقتران البیع بالمبطل و بالجملة فهل یثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البیع من اصله بحیث لو رضی صاحبه باسقاطه لا یرجع البیع صحیحا، او ایقاف البیع بدونه، فان لم یرض بدونه بطل، و الا صح، انتهی.

و لا یعرف وجه لما ذکره من احتمال الایقاف.

یصح الشرط) قطعا (و) لم یصحّ (البیع، علی اشکال ینشأ) ذلک الاشکال (من جواز اسقاط المشتری الشرط عن البائع و الرضا به) ای بالعقد (خالیا عنه) ای عن الشرط (و) الشرط (هو المانع من صحة البیع) فاذا سقط صح البیع (و من اقتران البیع بالمبطل) فاذا بطل فی حینه لم یمکن تصحیحه بعد ذلک.

قال: (و بالجملة فهل یثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البیع من اصله) «بطلان» مفعول «یثمر» (بحیث لو رضی صاحبه باسقاطه لا یرجع البیع صحیحا، او) یثمر الشرط (ایقاف البیع بدونه) ای بدون الشرط (فان لم یرض بدونه) ای بدون الشرط (بطل، و الا) بان رضی بدون الشرط (صح) فان البیع مع الشرط باطل، و البیع بدون الشرط موقوف، بمعنی انه محتمل لان یلحقه الرضا فیصح، او لا یلحقه فیبطل (انتهی) کلام العلامة.

(و لا یعرف وجه) معتد به (لما ذکره من احتمال الایقاف) لما تقدم من ان المرضیّ به غیر صحیح، و الصحیح غیر مرضیّ به.

اللهم الا ان یقال: ان العقد قابل للتجزئة، فاذا کان المرضیّ به

الثالث: لو ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم یذکر فی العقد، فهل یبطل العقد بذلک

بناء علی ان الشرط الفاسد مفسد له أم لا، وجهان بل قولان مبنیان علی تأثیر الشرط قبل العقد.

فان قلنا: بانه لا حکم له کما هو ظاهر المشهور، و قد تقدم فی الشروط لم یفسد، و الا فسد.

و يظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال: فى مسئلة اشتراط بيع المبيع من البائع.

الكل الفاسد، فرضى بالبعض غير الفاسد، كان بمنزلة لحقوق الرضا بالعقد الفضولى.

(الثالث) من مسائل الشرط الفاسد (لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد، فهل يبطل العقد بذلك) الشرط المتقدم (بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له) اى للعقد (أم لا، وجهان بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد) بحيث يبنى عليه العقد، و عدم تأثيره.

(فان قلنا: بانه لا حكم له) اى للشرط قبل العقد (كما هو ظاهر المشهور، و قد تقدم فى الشروط) فلا يجب الوفاء فى الشرط الصحيح (لم يفسد) العقد بالشرط الفاسد الّذى لم يتلفظ به الانسان حين العقد (و الا) بان كان للشرط قبل العقد حكم (فسد) العقد بالشرط الفاسد قبله (و يظهر من المسالك هنا قول ثالث) بالتفصيل (قال: فى مسئلة اشتراط بيع المبيع من البائع) بناء على ان هذا الشرط باطل، لانه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۳

المراد باشتراط ذلك: شرطه فى متن العقد، فلو كان فى انفسهما ذلك و لم يشترطاه لم يضرّ، و لو شرطاه قبل العقد لفظا، فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له، و الا اتجه بطلان العقد، كما لو ذكراه فى متنه، لانهما لم يقدما الاعلى الشرط، و لم يتم لهما فيبطل العقد، انتهى.

يستلزم الدور، او ما اشبه (المراد باشتراط ذلك) اى بيعه من البائع (شرطه فى متن العقد، فلو كان فى انفسهما ذلك) الشرط (و لم يشترطاه) فى متن العقد و لا قبله (لم يضر، و لو شرطاه قبل العقد) شرطا (لفظا، فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له) اى ليس بمبطل (و الا) بان علما ان الشرط المتقدم له حكم (اتّجه بطلان العقد) فيكون حاله (كما لو ذكراه فى متنه).

و حاصل تفصيله ان للمسألة صورا.

الاولى: الشرط النفسى فلا يوجب البطلان.

الثانية: الشرط فى متن العقد فيوجب البطلان.

الثالثة: الشرط قبل العقد و هما يعلمان انه لا حكم فلا يوجب البطلان الرابعة: الشرط قبل العقد و هما يعلمان بان له حكم التأثير و يوجب البطلان.

و انما اوجب البطلان (لانهما لم يقدما الا على الشرط و) الحال انه (لم يتم لهما) لانه شرط فاسد (فيبطل العقد) فان ما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد (انتهى) كلام المسالك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۴

و فى باب المرابحة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظا، كره، قال فى المسالك اى لم يشترطاه فى نفس العقد، فلا عبرة بشرطه قبله.

نعم لو توهم لزوم ذلك او نسى ذكره فيه مع ذكره قبله، اتّجه الفساد، انتهى.

ثم حكى اعتراضا على المحقق قدس سره و جوابا عنه بقوله: قيل عليه ان مخالفة

(و) قال المسالك (فى باب المرابحة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك) الشرط (و لم يشترطاه لفظا، كره قال فى المسالك اى لم يشترطاه فى نفس العقد، ف) ان العبرة بالشرط اللفظى فى متن العقد ان وجد الشرط فى متن العقد

كان حكمه كذا، و ان لم يوجد كان حكمه كذا، و الّا ف (لا عبرة بشرطه) اى شرط الربح (قبله) اى قبل العقد.

(نعم لو توهم لزوم ذلک) الشرط المذکور قبله (او) لم يتوهم ذلک، بل ذکر الشرط قبله و اراد ذکره فى متن العقد لکنه (نسى ذکره) اى الشرط (فيه) اى فى العقد (مع ذکره قبله، اتجه الفساد).

فقوله «لو توهم لزوم ذلک» تأييد لما ذکره قبلا «و الا اتجه بطلان العقد» (انتهى) کلام المسالک.

(ثم حکى) المسالک (اعتراضا على المحقق قدس سره و جوابا عنه) اى عن الاعتراض (بقوله: قيل عليه) اى اشکل على المحقق (ان مخالفة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۵

القصد للّفظ تقتضى بطلان العقد، لان العقود تتبع القصود، فکيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ.

و اجيب عنه بان القصد و ان کان معتبرا فى الصحة، فلا يعتبر فى البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ و القصد و کذلک الصحّة و لم يوجد فى الفرض.

ثم قال قدس سره و فيه منع ظاهر فان اعتبارهما معا فى الصحة يقتضى

القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لان العقود تتبع القصود، فکيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ) للقصد، حيث قال المحقق فى عبارته المتقدمة «لو کان من قصدهما ذلک و لم يشترطاه لفظا کره».

(و اجيب عنه) اى قال المسالک (قد اجيب عن هذا الاعتراض) (بان القصد و ان کان معتبرا فى الصحة) حتى انه لو اجرى اللفظ بدون القصد لم ينعقد العقد، (فلا يعتبر) القصد المجرد وحده (فى البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ و القصد) معا (و کذلک الصحة) تتوقف على اللفظ و القصد معا (و لم يوجد) اللفظ و القصد الموجبان للبطلان (فى الفرض) اى مفروض کلام المحقق، لان مفروض کلام المحقق انه وجد القصد و لم يوجد اللفظ، و عليه فلا مورد للاعتراض عليه.

(ثم قال) صاحب المسالک (قدس سره و فيه) هذا ردّ لقوله: «و اجيب عنه» (منع ظاهر) اذ الجواب قال: ان الصحة تتوقف على اللفظ و القصد، و البطلان يتوقف على اللفظ و القصد، و هذا غير تام (فان اعتبارهما) اى اللفظ و القصد (معافى الصحة يقتضى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۶

کون تخلف احد هما کافيا فى البطلان.

و يرشد إليه عبارة الساهى و الغالط و المکره، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة، و الا فاللفظ موجود.

ثم قال: و الّذى ينبغى فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملک للمشترى على وجه لا يلزمه ردّه، و انما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلک بطريق الاختيار، نظرا الى وثوق البائع بالمشترى انه لا يمتنع من ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره

کون تخلف احدهما کافيا فى البطلان) لانه اذا کان الشىء مشروطا بامرين فانه اذا ذهب احد الامرين ذهب المرکب، لان الکل عدم عند عدم جزء له (و يرشد إليه) اى الى ان تخلف جزء يقتضى البطلان (عبارة الساهى و الغالط و المکره، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة، و الا فاللفظ موجود) فعدم القصد فقط اوجب بطلان عقودهم.

(ثم قال) صاحب المسالک: فى باب شرط البيع الى البائع (و الّذى ينبغى فهمه) و الحکم به فى المسألة (انه لا بد من قصدهما الى البيع) اى بيع البائع الى المشترى (المترتب عليه اثر الملک للمشترى على وجه لا يلزمه ردّه) اى لا يلزم بيع المشترى للبائع (و انما يفتقر) و يحتاج المقام الى (قصدهما لردّه) اى ردّ المشترى الى البائع بالبيع (بعد ذلک) اى بعد البيع الاول (بطريق الاختيار، نظرا الى وثوق البائع بالمشترى) و انه اذا باعه الى المشترى ردّه المشترى إليه بکل اختياره، فقد وثق البائع ب (انه) اى المشترى (لا يمتنع من

ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۷

و مروّته، انتهى كلامه.

اقول اذا اوقعا العقد المجرد على النحو الّذى يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه.

اى اختيار المشترى (و مروّته) لانه اذا وعد و فى (انتهى كلامه) اى كلام صاحب المسالك.

(اقول) التفصيل الّذى ذكره المسالك بين من يعلم بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا يوجب الشرط الفاسد المتقدم البطلان، و بين من لا يعلم بان الشرط المتقدم لا حكم له فانه يوجب البطلان، غير تام.

فانه اذا كان الشرط المتقدم يوجب البطلان فيما اذا بنى المتعاقدان عليه- بان كان حاله كحال الشرط المقارن- فان البناء عليه مبطل و لا مدخلية للعلم و الجهل فيه، كما ان البيع فاسد، و لا مدخلية لان يعلم الانسان فساده او لا يعلم.

ف (اذا اوقعا العقد المجرد) عن ذكر الشرط (على النحو الّذى يوقعانه مقترنا بالشرط) اى بنيا على الشرط (و فرض عدم التفاوت بينهما) المجرد و المقترن (فى البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه) فان فى المقترن تلفظ بالشرط، و فى المجرد لا تلفظ بالشرط، اما البناء على الشرط فهو موجود فى كليهما.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۸

فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط، و غيره، فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب اثر شرعى عليه، و غيره.

(فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد) و ان الشرط يعطى اثره سواء كان شرطا تلفظيا او شرطا بنائيا (فلا وجه للفرق) الّذى ذكره المسالك (بين من يعلم فساد الشرط) فلا يوجب الشرط فساد العقد (و غيره) الّذى لا يعلم فساد الشرط فيوجب الشرط فساد العقد، بل كلاهما باطل، اذ العالم بالفساد أيضا يقيد العقد بالشرط، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد (فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه) بالفساد (عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد) لفرض ان الشرط كان قبل العقد و بنى فى العقد عليه (بل اقدامه) اى اقدام العالم بالفساد (كاقدام من يعتقد الصحة) فى ان كلا منهما قيد العقد بالشرط، فحال الشرط الفاسد حال نفس العقد الفاسد، فهل هناك فرق فى العقد الفاسد بين من يعلم فساده و بين من لا يعلم فساده.

فانه (كما لا فرق فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب اثر شرعى عليه، و) بين (غيره) ممن لا يعلم فساده فلا فرق بينهما فى بطلان العقد، كذلك لا فرق بين العالم بفساد الشرط و بين غير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۵۹

و بالجملة: فالاقدام على العقد مقيدا امر عرفى يصدر من المتعاقدين و ان علما بفساد الشرط.

و اما حكم صورة نسيان ذكر الشرط فان كان مع نسيان اصل الشرط، كما هو الغالب.

فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيدا، غاية الامر انه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه.

العالم بفساد الشرط فى بطلان العقد لان العقد المقيّد بهذا الشرط الفاسد لا يقع مقيدا- لفساد الشرط- و لا مطلقا لانه غير مقصود على

ما علّله المسالک.

(و بالجملة) نقول فی جواب المسالک (فالاقدام علی العقد مقیدا) بالشرط الفاسد سواء تلفظ به أم قدّم علی العقد (امر عرفی یصدر من المتعاقدین، و ان علما بفساد الشرط) و هذا الامر لا یقع لان الشارع لم یمضه، فأیّ فرق بین ان یعلما فساده، و بین ان لا یعلما فساده.

(و اما حکم صورة نسیان ذکر الشرط فان کان مع نسیان اصل الشرط) فلم یذکر الشرط و لا بنی علیه (کما هو الغالب) من ان نسیان الذکر یلازم نسیان الاصل.

(فالظاهر الصحة) ای صحة العقد حتی اذا قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (لعدم الاقدام علی العقد مقیدا، غایة الامر انه کان عازما علی ذلک) القید (لکن غفل عنه) و لا دلیل علی ان العزم المنسی یوجب البطلان.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۶۰

نعم لو اتفق ایقاع العقد مع الالتفات الی الشرط، ثم طرأ علیه النسیان فی محل ذکر الشرط کان کتارک ذکر الشرط عمدا تعویلا علی تواطئهما السابق

الرابع: لو کان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء،

فظاهر کلام جماعة من القائلین بافساد الشرط الفاسد کونه لغوا غیر مفسد للعقد.

قال فی التذکرة- فی باب العیب- لو شرط ما لا غرض فیه للعقلاء و لا یزید به المالیة، فانه لغو لا یوجب الخیار، و قد صرح

(نعم لو اتفق ایقاع العقد مع الالتفات الی الشرط) و البناء علیه (ثم طرأ علیه النسیان) ای نسیان ذکر الشرط الفاسد (فی محل ذکر الشرط) مثل آخر العقد، فانه محل ذکر الشرط غالبا (کان) حاله فی البطلان- ان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد- (کتارک ذکر الشرط عمدا تعویلا علی تواطئهما السابق) فی انه اذا قلنا ان الشرط البنائی مفسد فهذا أیضا مفسد، و ان لم نقل انه مفسد فهذا أیضا لیس بمفسد (الرابع) من المسائل المتعلقة بالشرط الفاسد (لو کان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء، ف) هل هذا مفسد، أم لا؟

(ظاهر کلام جماعة من القائلین بافساد الشرط الفاسد کونه) فی المقام (لغوا غیر مفسد للعقد).

(قال فی التذکرة- فی باب العیب- لو شرط ما لا غرض فیه للعقلاء و لا یزید به) ای بهذا الشرط اللغو (المالیة) و هذا عطف بیان لقوله «ما لا غرض» (فانه) ای هذا الشرط (لغو لا یوجب) تخلفه (الخیار، و قد صرح)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۶۱

فی مواضع اخر- فی باب الشروط- بصحة العقد و لغویة الشرط، و قد صرح الشهید بعدم ثبوت الخیار اذا اشترط کون العبد کافرا فبان مسلما و مرجعه الی لغویة الاشتراط.

و قد ذکروا فی السلم لغویة بعض الشروط کاشتراط الوزن بمیزان معین.

و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط ان الوفاء بها لما لم یجب شرعا و لم یکن فی تخلفها او تعذرها خیار

صاحب التذکرة (فی مواضع اخر- فی باب الشروط- بصحة العقد و لغویة الشرط، و) هذا أیضا یظهر من الشهید حیث (قد صرح الشهید بعدم ثبوت الخیار) ای خیار تخلف الشرط (اذا اشترط) المشتری (کون العبد کافرا فبان مسلما و مرجعه) ای مرجع کلام الشهید (الی لغویة الاشتراط).

(و قد ذکروا فی) باب (السلم لغویة بعض الشروط کاشتراط الوزن بمیزان معین) اذا لم یکن لهذا الشرط غرض عقلائی.

(و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط) هو أولا انها لا توجب البطلان و ان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد و ثانیا انها لا توجب الخیار و (ان الوفاء بها لما لم یجب شرعا) لفرض انها لا اعتبار بها فی نظر الشرع اذا الشرع انما امضی الشروط العقلائیة (و لم یکن فی تخلفها او تعذرها خیار) لان ادلة الخیار منصرفة الی الشروط العقلائیة، او لانه لا اجماع فی الخیار فیما اذا تخلف الشرط غیر العقلائی، و کذلک لا یشمله دلیل: لا ضرر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۲

خرجت عن قابلیة تقیید العقد بها، لعدم عدّها کالجزء من احد العوضین و یشکل بان لغویتها لا تنافی تقیید العقد بها فی نظر المتعاقدین.

فاللازم اما بطلان العقد، و اما وجوب الوفاء کما اذا جعل بعض الثمن مما لا یعدّ مالا فی العرف.

لانه لا یتضرر الشارط بعدم هذا الشرط اللغو (خرجت عن قابلیة تقیید العقد بها) فالعقد مطلق غیر مقید (لعدم عدّها کالجزء من احد العوضین) و من المعلوم ان دلیل: الشرط الفاسد مفسد، انما یشمل ما لو کان هناک قید فی العقد، و المفروض انه لا قید هنا، و الحاصل ان القید الفاسد مفسد و الشرط اللغو لیس بقید.

(و یشکل) قولنا «ان الشرط اللغو لیس بقید» (بان لغویتها لا تنافی تقیید العقد بها فی نظر المتعاقدین) فیشمله دلیل: الشرط الفاسد مفسد.

(فاللازم) حیث کان الشرط اللغو قیدا (اما بطلان العقد) ان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (و اما وجوب الوفاء) بالشرط اللغو ان قلنا بان الشرط الفاسد لیس بمفسد.

فحال الشرط اللغو (کما اذا جعل بعض الثمن مما لا یعدّ مالا فی العرف) فی انه اذا کان مثله مبطلا بطل العقد، و الا وجب الوفاء به، فتأمل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۳

الکلام فی احکام الخیار

الخیار موروث بانواعه،

اشارة

بلا خلاف بین الاصحاب، کما فی الریاض، و ظاهر الحدائق، و فی التذکرة ان الخیار عندنا موروث، لانه من الحقوق کالشفعة و القصاص فی جمیع انواعه.

(الکلام فی احکام الخیار) و لا یخفی ان (الخیار موروث بانواعه) فیما اذا لم یکن خیار خاص، کما اذا جعل الخیار لنفس زید، فانه لا یورث، اذ الخیار هنا مقید بزید نفسه، فارثه یعد من القدر المجهول و کیف کان فالکلام فی الخیار بانواعه فی الجملة (بلا خلاف بین الاصحاب کما) ادعی عدم الخلاف (فی الریاض، و ظاهر الحدائق، و) قال (فی التذکرة ان الخیار عندنا موروث) و کلمة: عندنا، ظاهرها الاجماع (لانه من الحقوق).

فصورة القیاس هکذا: الخیار من الحقوق، و کل حق موروث فالخیار موروث (کالشفعة) فانه اذا کان هناک شریکان و باع احدهما حصته کان للآخر ان یبطل البیع و یأخذ الحصة لنفسه بالشروط المقرّرة فی کتاب الشفعة فاذا مات من له الشفعة ورثه فی حق الشفعة وارثه (و القصاص) فاذا قطع زید ید عمرو ثم مات عمرو، کان لوارث عمرو ان یقتصّ من زید بان یقطع یده، کما له ان یعفو عن القطع و یأخذ الدیة (فی جمیع انواعه) ای جمیع انواع الخیار.

لکن هل یجری فی مثل خیار المرأة او الرجل الفسخ للنکاح فی ما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۴

و به قال الشافعی الا فی خیار المجلس.

و ادعی فی الغنیة الاجماع علی إرث خیار المجلس و الشرط.

و استدل علیه مع ذلک بانه حق للمیت، فیورث، لظاهر القرآن.

و تبعه بعض من تأخر عنه.

و زید علیه الاستدلال بالنبوی: ما ترک المیت من حق فلو فلوارثه.

اذا کان هناک موجب من موجبات فسخ النکاح، کالجنون و نحوه بعد ان مات من علیه الفسخ، احتمالان.

(و به) ای بان الخیار یورث (قال الشافعی الا فی خیار المجلس) حیث لم یقل الشافعی بانه موروث.

(و ادعی فی الغنیة الاجماع علی إرث خیار المجلس و الشرط) لکن الظاهر ان مراده الشرط المطلق، لا الشرط الخاص باحدهما او باجنبیّ فانه لو قید خیار الشرط لم یکن وجه لکونه موروثا.

(و استدل) صاحب الغنیة (علیه) ای علی ان الخیار موروث (مع ذلک) الإجماع (بانه حق للمیّت فیورث، لظاهر القرآن) کقوله سبحانه: وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ فِی کِتابِ اللّهِ*، و قوله: یُوصِیکُمُ اللّهُ فِی أَوْلادِکُمْ لِلذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَیَیْنِ، و غیرهما.

(و تبعه) فی دعوی الاجماع (بعض من تأخر عنه) ای عن ابن زهرة (و زید علیه) فی کلام اولئک المتأخرین (الاستدلال بالنبوی: ما ترک المیت من حق فلوارثه) فان الحق و ان کان ربما یطلق علی المال و ربما یطلق علی ما یقابل المال لکن الظاهر هنا بقرینة الاطلاق انه شامل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۵

اقول:

الاستدلال علی هذا الحکم بالکتاب و السنة الواردین فی إرث ما ترک المیّت یتوقف علی ثبوت امرین.

احدهما: کون الخیار حقا لا حکما شرعیا،

کاجازة العقد الفضولی و جواز الرجوع فی الهبة و سائر العقود الجائزة، فان الحکم الشرعی مما لا یورث، و کذا ما تردّد بینهما، للاصل.

لکلا الامرین، فانه عند الاطلاق یشملهما، کما لا یخفی.

(اقول: الاستدلال علی هذا الحکم) ای علی ان الخیار موروث (بالکتاب و السنة الواردین فی إرث ما ترک المیّت) فنقول: کل ادلة الارث تشمل الخیار، فالخیار موروث و (یتوقف علی ثبوت امرین).

(احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا) و قد سبق الفرق بين الحق و الحكم، فالحق ما يقبل الانتقال و يقبل الاسقاط و ما اشبه، و الحكم ليس كذلك، مثلا: وجوب الصلاة حكم و وجوب ردّ السلام حكم اما السكنى فى المدرسة و ما اشبه فهو حق (كاجازة العقد الفضولى و جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة) فانها حقوق، و لذا تقبل الاسقاط و يرثها الوارث (فان الحكم الشرعى مما لا يورث) و لا ينتقل و لا يقبل الاسقاط الى غيرها من الفروق بين الحق و الحكم (و كذا ما تردّد بينهما) فلم يعلم انه حق او حكم اللازم ان لا نرتب عليه آثار الحق (للاصل) لانه اذا شككنا فى انه يورث أم لا، فالاصل عدم الارث، و كذا اذا شككنا فى انه ينتقل أم لا الى غير ذلك.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۶۶

و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضا، كما تقدم فى خيار الحيوان.

و التمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط فيكشف عن كونه حقا لا حكما، مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم.

الثانى: كونه حقا قابلا للانتقال،

ليصدق انه مما

(و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك) اى على ان الخيار حق (عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضا، كما تقدم فى خيار الحيوان) فانه اذا كان اسقاط الخيار بيد المتصرف كان ذلك دليلا على انه حق، اذ لو كان حكما لم يسقط بتصرف ذى الخيار.

(و) عدا (التمسك) من الفقهاء (بالاجماع على سقوطه بالاسقاط) فان ذا الخيار له اسقاط خياره اجماعا- كما تقدم- (فيكشف) هذا الاجماع (عن كونه حقا لا حكما) فى حالكون هذا الاجماع على سقوطه بالاسقاط (مستغنى عنه) اى عن التمسك (بقيام الاجماع على نفس الحكم) اى ان الخيار يورث، فان الاجماع على انه يسقط بالاسقاط يدل على انه حق، فاذا ثبت كونه حقا ثبت انه يورث، فلا حاجة الى الاستدلال بالاجماع على انه يورث.

(الثانى: كونه حقا قابلا للانتقال) فان مجرد كونه حقا لا يلازم كونه قابلا للانتقال، لما نشاهد فى الشريعة من وجود بعض الحقوق التى ليست قابلة للانتقال.

و انما نحتاج الى الدليل على انه قابل للانتقال (ليصدق انه مما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۶۷

ترك الميت بان لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له، و الا فمثل حق الجلوس فى السوق و المسجد و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال فلا يورث.

و اثبات هذا الامر بغير الاجماع أيضا مشكل.

و التمسك فى ذلك

ترك الميت) فيكون مصداقا لقوله عليه السلام: ما ترك الميت من حق فلوارثه و قوله تعالى: مّا تَرَكَ*، فى آيات الارث (بان لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له) اى لهذا الحق (و الا فمثل حق الجلوس فى السوق و المسجد و حق التولية و النظارة) بان يكون ناظرا على المتولى (غير قابل للانتقال).

فلا يصح ان يقول زيد لعمرو: لى الحق فى الجلوس فى المسجد فابيعك هذا الحق، او اذا مات زيد ورث هذا الحق ولده، فيكون للولد حقان فى جلوس المسجد، حق نفسه و حق والده (فلا يورث) هذا الحق لان كل ما لا ينتقل لا يورث.

(و اثبات هذا الامر) ای ان الخیار قابل للانتقال (بغیر الاجماع أیضا مشکل) بان یقال: انه لما کان حقّا کان الاصل فیه الانتقال، لانه معنی کونه بید ذی الحق، بل لا یخفی انه ربما لا یکون قابلا للانتقال بغیر الارث، کما اذا اراد ان یبیع خیار المجلس او خیار الحیوان، مثل بیع الملک حتی یکون المشتری له ذلک، لا بنحو الوکالة، و علیه فثبوت نوع من انواع الانتقال لا یلازم ثبوت نوع آخر من الانتقال.

(و التمسک فی ذلک) ای فی کون الخیار حقا قابلا للانتقال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۸

باستصحاب بقاء الحق و عدم انقطاعه بموت ذی الحق اشکل، لعدم احراز الموضوع، لان الحق لا یتقوّم الا بالمستحق.

و کیف کان ففی الاجماع المنعقد علی نفس الحکم کفایة، ان شاء اللّه تعالی.

(باستصحاب بقاء الحق) و هو الخیار (و عدم انقطاعه بموت ذی الحق) بان یقال کان لزید حق الخیار، فاذا مات لا نعلم بانه هل سقط هذا الحق أم بقی، فنستصحب بقائه (اشکل، لعدم احراز الموضوع، لان الحق لا یتقوّم الا بالمستحق) فالشخص الّذی کان الحق متقوما به- و هو المیت- قد ذهب، و الوارث لا یعلم ان الحق یتقوم به فهو من قبیل تسرّی الحکم من موضوع الی موضوع آخر.

(و کیف کان ففی الاجماع المنعقد علی نفس الحکم) و ان الخیار یورث (کفایة، ان شاء اللّه تعالی) هذه کلمة تبرّک.

ثم ان بعض الفقهاء شرط لانتقال الحق الی الوارث شرطا ثالثا، و هو ان لا یکون الحق دائرا مدار عنوان مفقود فی الوارث، کما اذا کان شیء حقا للاعلم، فانه اذا مات الاعلم لا یرثه وارثه بل یرثه الاعلم، و ان لم یکن وارثا نسبا او سببا.

و فیه تأمّل لان انتقال الحق حینئذ الی الاعلم الثانی لیس من باب الارث بل من باب عموم الدلیل له، و بینهما فرق واضح کما لا یخفی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۶۹

بقی الکلام فی انّ إرث الخیار لیس تابعا لارث المال فعلا

فلو فرض استغراق دین المیت لترکته لم یمنع انتقال الخیار الی الوارث.

و لو کان الوارث ممنوعا لنقصان فیه کالرقیّة، او القتل للمورث، او الکفر، فلا اشکال فی عدم الارث لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق.

(بقی الکلام فی انّ إرث الخیار لیس تابعا لارث المال فعلا فلو فرض استغراق دین المیّت لترکته) فانه لا یرث الوارث المال قطعا بل یوزع المال بین الغرماء (لم یمنع) عدم إرث المال من (انتقال الخیار الی الوارث).

فاذا کان المیّت قد اشتری شیئا بالخیار، کان للوارث ان یردّه و یقبض الثمن و یکون الثمن للدیّان.

و اذا کان المیت قد باع شیئا بالخیار کان للوارث ان یردّ الثمن و یقبض المثمن و یکون المثمن للدیّان.

و ذلک لان اطلاق «ما ترکه المیت» یشمل الخیار، و ان لم یشمل المال لدلیل: ان المال للدیّان.

(و لو کان الوارث ممنوعا (لنقصان فیه) لا لانه لا یرث المال- من جهة محذور فی المال- (کالرقیة، او القتل للمورث، او الکفر) فان العبد لا یرث و القاتل لمورّثه لا یرثه و الکافر لا یرث المسلم (فلا اشکال فی عدم الارث) فانهم لا یرثون حق الخیار أیضا کما لا یرثون اصل المال (لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۰

و لو کـان حرمـانه من المال لتعبّـد شـرعی، کالزوجـة غیر ذات الولـد او مطلقا بالنسـبة الی العقار، و غیر الاکبر من الاولاد بالنسـبة الی الحیاة، ففی حرمانه من الخیار المتعلق بذلک المال مطلقا

فان الکفر و ما اشبه یقطع الارتباط بین المورث و الوارث من کل انواع الارث ملکا کان او حقا.

(و لو کان حرمانه) ای حرمان الوارث (من المال لتعبّد شرعی) لا لنقص فی المال کالدین المستغرق، و لا لنقص فی الوارث کالوارث الکافر (کالزوجة غیر ذات الولد او مطلقا) بان کانت ذات ولد أم لا (بالنسبة الی العقار) ای الارض، سواء کانت ارضا جرداء او ارضا ذات بناء، فانه اختلف فی ان الزوجة لا ترث مطلقا من الارض او لا ترث اذا کانت غیر ذات ولد اما اذا کانت ذات ولد فانها ترث (و) مثل (غیر الاکبر من الاولاد بالنسبة الی الحبوة).

فالحبوة و هی السیف، و المصحف، و الخاتم خاصة بالولد الاکبر، و سائر الاولاد لیس لهم منها نصیب.

(ف) قـد اختلف الفقهـاء فی انه هـل تحرم الزوجـة و سائر الاولاد من الخیار المتعلق بالارض و بالحبوة أم لا یحرمون الی أربعـة اقوال (فی حرمانه من الخیار المتعلق بذلک المال مطلقا) سواء کان المال آتیا الی الزوج و الاولاد، او ذاهبا عنهم، مثلا: لو باع الزوج ارضا و جعـل لنفسه الخیـار فی استرجاعهـا ان شـاء، فهل للزوجـة حق الخیار أم لیس لها حق الخیار فی تلک الارض، و کـذا لو اشتری الزوج ارضا و جعل لنفسه الخیار فی ردّها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۱

او عدم حرمانه کذلک وجوه، بل اقوال.

ثالثها: التفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا الی المیت، او عنه.

فیرث فی الاول، صرح به فخر الدین فی الایضاح و فسّر به عبارة والده کالسیّد العمید، و شیخنا الشهید فی الحواشی.

ان شاء فهل ان الزوجة لها حق الخیار فی ان یردّها أم لا، و هکذا بالنسبة الی الحبوة، و غیر الولد الاکبر.

فـاذا کان الأب مشتریا للسـیف و جعل لنفسه حق الخیار، فهل ان سائر الاولاد لهم حق الارجاع بخیار ابیهم؟ و کـذا اذا کان الأب بائعا سیفه و جعل لنفسه حق الخیار فهل ان الاولاد لهم حق استرجاع السیف؟ (او عدم حرمانه کذلک) مطلقا (وجوه، بل اقوال).

(ثالثها: التفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا الی المیت او) منتقلا (عنه).

(فیرث فی الاول) فیما کان منتقلا الی المیت، بان اشتری الارض و السیف مثلا.

و لا یرث فی الثانی فیما اذا کان منتقلا عن المیّت کما اذا باع الارض و السیـف و جعل الخیار لنفسه (صرح به) ای بهذا التفصیل (فخر الدین فی الایضاح و فسّر به عبارة والده) العلامة (ک) ما افتی بذلک (السید العمید، و شیخنا الشهید) الاول (فی الحواشی).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۲

و رابعها: عدم الجواز فی تلک الصورة، و الاشـکال فی غیرها، صرح به فی جامع المقاصد و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا، و ان امکن توجیهه بـان مـا یحرم منه هـذا الوارث ان کـان قـد انتقل عن المیّت فالفسـخ لا معنی له، لانه لا ینتقل إلیه بإزاء ما ینتقل عنه من الثمن شیء من المثمن و بعبارة اخری: الخیار

(و رابعها) ای رابع الاقوال (عـدم الجواز فی تلک الصورة) فلا خیار للزوجـة و لسائر الورثـة فی ما اذا کانت الارض و السـیف منتقلان عن المیت (و الاشـکال فی غیرها) ای غیر تلک الصورة فیما اذا کانت الارض و السـیف منتقلان عن المیت (صـرح به) ان بهذا القول الرابع (فی جامع المقاصد و لم اجد من جزم بعدم الارث) للخیار (مطلقا) ای ما ذکرناه بقولنا «ففی حرمانه من الخیار مطلقا».

و علیه فقوله السابق «بل اقوال» یرید ثلاثة اقوال فقط، لا أربعة، نعم «الوجوه» أربعة (و ان امکن توجیهه) ای توجیه حرمانه مطلقا (بان ما یحرم منه هذا الوارث) کالارض بالنسبة الی الزوجة، و کالحبوة بالنسبة الی سائر الورثة (ان کان قد انتقل عن المیت) کان باع المیّت الارض و السیف، و جعل الخیار لنفسه (فالفسخ لا معنی له) فلا حق للزوجة و سائر الاولاد بالفسخ (لانه) قبل الفسخ کان فی کیسهما ثمن المبیع.

اما اذا فسخ، ف (لا ینتقل إلیه بإزاء ما ینتقل عنه من الثمن) «من» بیان «ما» (شیء من المثمن) «شیء» فاعل «لا ینتقل».

(و بعبارة اخری) فی وجه هذا الاحتمال، و هو حرمانه مطلقا (الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۳

علاقة لصاحبه فیما انتقل عنه توجب سلطنته علیه و لا علاقة هنا و لا سلطنة.

و ان کان قد انتقل الی المیت فهو لباقی الورثة و لا سلطنة لهذا المحروم.

و الخیار حق فیما انتقل عنه بعد احراز تسلطه علی ما وصل بإزائه.

علاقة لصاحبه فیما انتقل عنه توجب) تلک العلاقة (سلطنته علیه) بان یستردّه الی نفسه (و لا علاقة هنا و لا سلطنة).

اذ لا تتمکن الزوجة من ان تنقل الی نفسها الارض، و لا سائر الورثة من ان ینقلوا الی انفسهم الحبوة.

(و ان کان قد انتقل الی المیت فهو لباقی الورثة) لان الارض لغیر الزوجة و الحبوة للاکبر من الاولاد، و لا حق لسائر الاولاد فیها (و لا سلطنة لهذا) الانسان (المحروم) کالزوجة و سائر الاولاد علی الارض و الحبوة.

(و الخیار حق فیما انتقل عنه) بان یستردّه (بعد احراز) و تحقق (تسلطه) ای تسلط ذی الخیار (علی ما وصل بإزائه) ای بإزاء ما انتقل عنه.

و الحاصل مثلا: ان الارض لو کانت انتقلت الی المشتری فلا سلطة للزوجة علیها حتی یتسلط علی استرجاعها، و ان کانت انتقلت الی المیّت فلا سلطة للزوجة علیها حتی یتسلّط علی استرجاع الثمن الّذی هو بإزاء الارض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۴

و لکن یرد ذلک بما فی الایضاح من ان الخیار لا یتوقف علی الملک، کخیار الا جنبی.

فعمومات الارث بالنسبة الی الخیار لم یخرج عنها الزوجة، و ان خرجت عنها بالنسبة الی المال.

و الحاصل: ان حق الخیار لیس تابعا للملکیة.

(و) ان شئت قلت: حق الخیار انما یکون مع التسلط علی طرفیه و هما: المثمن و الثمن، بان یسترجع احدهما و یرد الآخر، و اذا کانت الارض فی البین لم یکن لها سلطة علیها، فلا خیار.

(لکن یردّ ذلک) ای دلیل القائل بالحرمان سواء انتقل إلیه او انتقل عنه (بما فی الایضاح من ان الخیار لا یتوقف علی الملک) و علی سلطة ذی الخیار علی الطرفین سلطة ملکیة (کخیار الاجنبی) فانه اذا جعل الخیار لا جنبی ثالث کان له الخیار، و ان لم تکن له سلطة ملکیة.

و کذا الحال هنا فی الزوجة فانها ترث الخیار و ان لم تکن لها سلطة ملکیة.

(فعمومات الارث بالنسبة الی الخیار لم یخرج عنها الزوجة) لعدم الدلیل علی خروجها (و ان خرجت) الزوجة (عنها) ای عن عمومات الارث (بالنسبة الی المال) الدال علی حرمانها من الارض، و کذلک الحبوة بالنسبة الی سائر الورثة.

(و الحاصل: ان حق الخیار لیس تابعا للملکیة) بل بینهما عموم من وجه «ملک بلا خیار» و «خیار بلا ملک» کما فی الاجنبی «و ملک

و-

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۷۵

و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى الصورتين.

و يضعّفه ان حق الخيار علقة فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه، او الى من هو منصوب من قبله، كما فى الاجنبى.

و بعبارة اخرى: ملك لتملك المعوض لنفسه، او لمن نصب عنه.

خيار» فعدم الملك لا يلازم عدم الخيار.

(و لذا) الّذى ذكرنا من انه لا- دليل على خروج الزوجة عن الخيار (قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى الصورتين) سواء انتقلت الارض الى الزوج، او عن الزوج.

(و يضعّفه) اى اطلاق حق الخيار، فان المصنف يريد الآن تضعيف ان للزوجة الخيار فيما انتقلت عن الميت فلا خيار للزوجة اذا كان الزوج بائعا للارض (ان حق الخيار علقة فى الملك المنتقل الى الغير) بان يسترجعه (من حيث التسلط) لذى الخيار (على استرداده الى نفسه، او الى من هو منصوب من قبله) اى ذو الخيار منصوب من قبل ذلك الانسان الّذى يرجع المال إليه (كما فى الاجنبى) فانه يردّ المال الى موكّله الّذى جعل له الخيار، و الزوجة لا- تسترد الارض لا الى نفسها و لا الى موكّلها، فليست كالاصيل، و لا كالاجنبى فقياسها بالاجنبى ذى الخيار، قياس مع الفارق.

(و بعبارة اخرى) الخيار (ملك لتملك المعوض) اى استرجاع الارض تملّكا (لنفسه، او لمن نصب) ذو الخيار (عنه) بان يسترجع الاجنبى الملك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۷۶

و هذه العلاقة لا- تنتقل من الميت الا- الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لا-ن يملك، فاذا فرض ان الميّت باع ارضا بثمن، فالعلاقة المذكورة انما هى لسائر الورثة دون الزوجة، لانها- بالخيار- لا ترد شيئا من الارض الى نفسها و لا الى آخر، هى من قبله لتكون كالا جنبى المجعول له.

نعم لو كان الميّت قد انتقلت إليه الارض، كان الثمن المدفوع الى البائع متزلزلا فى ملكه، فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة فهى أيضا

الى من جعل له الخيار.

(و هذه العلاقة لا- تنتقل من الميت الا- الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لا-ن يملك) اى يملك الارض المنتقلة عنه الى المشترى (فاذا فرض ان الميّت باع ارضا بثمن، فالعلاقة المذكورة) اى علاقة ان يستردّه الى نفسه او موكّله (انما هى لسائر الورثة دون الزوجة).

و انما ليست للزوجة (لانها- بالخيار- لا تردّ شيئا من الارض الى نفسها و لا الى) انسان (آخر، هى من قبله لتكون) الزوجة (كالا جنبى المجعول له) الخيار.

هذا كله فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميّت الى المشترى.

(نعم لو كان الميّت قد انتقلت إليه الارض) و كان للزوجة حق الخيار (كان الثمن المدفوع الى البائع متزلزلا فى ملكه، فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة) اذا اخذ بالخيار (و منهم الزوجة فهى أيضا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۷

مالکة لتملک حصّتها من الثمن.

لکن فیه ما ذکرنا سابقا من ان الخیار حق فیما انتقل عنه بعد احراز التسلط علی ما وصل بإزائه.

و عبّر عنه فی جامع المقاصد، بلزوم تسلّط الزوجة علی مال الغیر.

و حاصله ان المیّت انما کان له الخیار و العلقة فیما انتقل عنه من حیث تسلّطه علی ردّ ما فی یده

مالکة لتملک حصتها من الثمن) اذا اخذت بالخیار.

(لکن فیه) ای فی ان یکون لها حق الخیار اذا انتقلت الارض الی الزوج المیت (ما ذکرنا سابقا من ان الخیار حق فیما انتقل عنه) حیث ان ذا الخیار له ان یستردّ ما انتقل عنه (بعد احراز التسلط علی ما وصل بإزائه) فاذا لم یحرز التسلط علی ما وصل بإزائه، فلا حق له فیما انتقل عنه، ای لا خیار.

(و عبّر عنه) ای عما ذکرنا بقولنا «لکن فیه» (فی جامع المقاصد ب) ان خیار الزوجة فیما اذا کانت الارض منتقلة الی الزوج معناه (لزوم تسلط الزوجة علی مال الغیر) اذا الارض ملک لسائر الورثة، فاذا تسلطت الزوجة علی الفسخ کان معنی ذلک انها مسلطة علی ملک سائر الورثة.

(و حاصله) ای حاصل الاشکال فی هذا الوجه، و هو ان الزوجة مسلطة علی الفسخ فیما اذا کانت الارض منتقلة الی المیّت (ان المیّت انما کان له الخیار و العلقة فیما انتقل عنه) ای الثمن الّذی اعطاه بإزاء ما اشتراه من الارض (من حیث تسلّطه) ای المیّت (علی ردّ ما فی یده) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۸

لتملک ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقة الا الی من هو کذلک من ورثته کما مرّ نظیره فی عکس هذه الصورة، و لیست الزوجة کذلک.

و قد تقدم فی مسئلة ثبوت خیار المجلس للوکیل ان ادلة الخیار مسوقة لبیان تسلّط ذی الخیار علی صاحبه من جهة تسلطه علی تملک ما فی

الارض (لتملک ما انتقل عنه بإزائه) ای بإزاء ما فی یده، فالمیّت مسلّط علی ردّ الارض لتملک الثمن الّذی انتقل عنه (فلا تنتقل هذه العلاقة الا الی من هو کذلک من ورثته) الّذی یکون له تسلّط فی ردّ الارض لتملک ما انتقل عنه بإزاء الارض.

و من المعلوم: ان الزوجة التی لا ترث الارض لا تسلط لها فی ردّ الارض اذ لا تسلط لها علی الارض (کما مرّ نظیره فی عکس هذه الصورة) و هی صورة انتقال الارض عن المیّت، فان الزوجة لها تسلط علی الثمن المنتقل الی المیّت و لذا لها حق الخیار.

فقوله «کما» مثال «لانتقال العلاقة»، لا لقوله «فلا تنتقل هذه العلاقة» ای مثال للمنفی لا للنفی (و لیست الزوجة کذلک) ای لیست کمن هو کذلک من ورثته، و لذا فلا خیار لها.

(و قد تقدم فی مسئلة ثبوت خیار المجلس للوکیل) ما یشبه ما ذکرناه هنا بقولنا «انما کان له الخیار فیما انتقل عنه من حیث تسلطه الخ».

ف (ان ادلة الخیار) ای خیار المجلس (مسوقة لبیان تسلّط ذی الخیار علی صاحبه) ای طرف البیع (من جهة تسلّطه) ای تسلّط ذی الخیار (علی تملک ما فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۷۹

یده، فلا یثبت بها تسلط الوکیل علی ما وصل إلیه لموکله، و ما نحن فیه کذلک.

و یمکن دفعه بان ملک بائع الارض للثمن لما کان متزلزلا و فی معرض الانتقال الی جمیع الورثهٔ اقتضی بقاء هذا التزلزل بعد موت ذی الخیار ثبوت حق للزوجهٔ

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج‌۱۵، ص: ۷۹

یده) ای ان له الخیار لانه قادر ان یملک ما فی ید نفسه، فلا یفسخ، فمن یملک ما فی یده یملک ما فی ید غیره (فلا یثبت بها) ای بادلهٔ خیار المجلس (تسلّط الوکیل علی ما وصل إلیه لموکله) فان الوکیل لیس مسلّطا علی ما وصل الی الموکل، فلیس مسلّطا علی ما فی ید الطرف الآخر، فلا خیار له (و ما نحن فیه) من الارض التی اشتراها المیّت (کذلک) فلا حق للزوجهٔ فی فسخها، اذ لا تسلّط لها علی الارض فلا تسلّط لها علی الثمن الّذی بید البائع.

(و یمکن دفعه) ای دفع ما ذکرنا من الاشکال بقولنا «نعم لو کان المیّت الخ».

و حاصل الدفع ان الزوجهٔ و ان لم یکن لها تسلّط علی الارض لکنها مسلطهٔ علی الثمن، لان الثمن متزلزل (بان ملک بائع الارض للثمن لما کان متزلزلا) فان خیار المشتری المیّت جعل ملکیهٔ الطرف للثمن متزلزلا (و فی معرض الانتقال الی جمیع الورثهٔ) اذ اخذ بالخیار (اقتضی بقاء هذا التزلزل بعد موت ذی الخیار).

و انما یبقی لدلیل «ما ترکه المیت فلوارثه» (ثبوت حق للزوجهٔ)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۵، ص: ۸۰

و ان لم یکن لها تسلط علی نفس الارض.

و الفرق بین ما نحن فیه و بین ما تقدم فی الوکیل ان الخیار هناک و تزلزل ملک الطرف الآخر، و کونه فی معرض الانتقال الی موکل الوکیل کان متوقفا علی تسلط الوکیل علی ما فی یده، و تزلزل ملک الطرف الآخر هنا و کونه فی معرض الانتقال الی الورثهٔ ثابت علی کل حال، و لو لم نقل بثبوت الخیار للزوجهٔ، فان باقی

«ثبوت» مفعول «اقتضی» (و ان لم یکن لها تسلط علی نفس الارض) فلا تلازم بین عدم حقها، و عدم التسلط علی الارض.

(و الفرق بین ما نحن فیه) من حق الزوجهٔ فی الفسخ و ان لم تتسلط علی الارض (و بین ما تقدم فی الوکیل) من انه لا حق له فی الفسخ، حیث لا تسلط له علی ما انتقل الی الموکل، ان الوکیل اذا فسخ لا یرتبط به ما ینتقل الی الموکل، و الزوجهٔ اذا فسخت ارتبط بها ما ینتقل الی سائر الورثهٔ و هو بعض الثمن، فانها ترث من الثمن بعد الفسخ.

ف (ان الخیار هناک) فی باب الوکیل (و تزلزل ملک الطرف الآخر و کونه فی معرض الانتقال الی موکل الوکیل).

و قوله «و تزلزل» و «کونه» عطفا بیان لقوله «ان الخیار» (کان متوقفا علی تسلط الوکیل علی ما فی یده) بخلافه فی مسئلهٔ الزوجهٔ (و) ذلک لان (تزلزل ملک الطرف الآخر هنا) فی باب الزوجهٔ (و کونه فی معرض الانتقال الی الورثهٔ ثابت علی کل حال) اذ لسائر الورثهٔ حق الفسخ (و لو لم نقل بثبوت الخیار للزوجهٔ) و انما کان ثابتا علی کل حال (فان باقی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۵، ص: ۸۱

الورثهٔ لو ردّوا الارض و استردوا الثمن شارکتهم الزوجهٔ فیه، فحق الزوجهٔ فی الثمن المنتقل الی البائع ثابت، فلها استیفائه بالفسخ.

ثم ان ما ذکر وارد علی فسخ باقی الورثة للارض المبیعة بثمن معین تشترک فیه الزوجة، الا ان یلتزم عدم

الورثة لو ردّوا الارض و استردّوا الثمن شارکتهم الزوجة فیه) ای فی الثمن بلا اشکال.

و علیه: (فحق الزوجة فی الثمن المنتقل الی البائع ثابت فلها استیفائه) ای استیفاء هذا الحق (بالفسخ) فلا تقاس مسئلة الزوجة بمسألة الوکیل.

(ثم ان ما ذکر) فی مقام دفع الایراد عن ثبوت الخیار للزوجة فی صورة کون الارض التی تحرم منها الزوجة منتقلة الی المیّت المترتب علیه ثبوت الخیار لها فی تلک الصورة (وارد) ای جار فی صورة انتقال الارض عن المیّت، فیأتی الکلام المذکور أیضا (علی فسخ باقی الورثة للارض المبیعة) التی باعها المیّت (بثمن معین تشترک فیه) ای فی ذلک الثمن (الزوجة) اذ الزوجة ترث من ثمن الارض، و انها لا ترث من نفس الارض.

و انما کان واردا لان تزلزل ملک الطرف الآخر للارض ثابت علی کل حال و ان لم نقل بثبوت الخیار للزوجة، فانه الباقی الورثة فسخ المعاملة و استرجاع الارض و ردّ الثمن الّذی تشترک فیه الزوجة علی تقدیر عدم لفسخ.

و یترتب علی هذا ان یقال بالوجه الثانی، و هو ارثها للخیار مطلقا سواء انتقلت الارض الی المیّت او انتقلت عن المیّت (الا ان یلتزم عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۲

تسلّطهم علی الفسخ، الا فی مقدار حصّتهم من الثمن، فیلزم تبعیض الصفقة فما اختاره فی الایضاح من التفصیل مفسرا به عبارة والده فی القواعد لا یخلو عن قوة.

قال فی القواعد: الخیار موروث بالحصص کالمال من ایّ انواعه کان الا الزوجة غیر ذات الولد فی الارض علی اشکال، اقربه ذلک

تسلّطهم) ای عدم تسلط سائر الورثة (علی الفسخ) فیما اذا کانت الارض منتقلة عن المیّت (الا فی مقدار حصتهم من الثمن) فلهم ان یفسخوا بمقدار حصتهم، و ان یستردّوا بعض الارض (فیلزم تبعیض الصفقة) علی المشتری للارض.

و نتیجته عدم تزلزل ملک الطرف الآخر فی جمیع الارض حتی علی تقدیر اختصاص الخیار بغیر الزوجة.

و علی هذا (فما اختاره فی الایضاح من التفصیل) الّذی جعله المصنف ثالث الوجوه (مفسرا به عبارة والده فی القواعد لا یخلو عن قوة) بعد سقوط القولین الاولین و هما: إرث الخیار مطلقا، و عدم إرث الخیار مطلقا، و ألیک عبارتا القواعد و الایضاح لتستبین المسألة اکثر فاکثر.

(قال فی القواعد: الخیار موروث بالحصص کالمال) الّذی یورث بالحصص (من ای انواعه کان) سواء کان خیار العیب او خیار الغبن او خیار الشرط او غیرها (الا الزوجة غیر ذات الولد).

اما الزوجة ذات الولد فانها ترث (فی الارض) فانها لا ترث الخیار المتعلق بالارض (علی اشکال) فی انها لا ترث (اقربه ذلک) ای انها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۳

ان اشتری بخیار لترث من الثمن، انتهی.

و قال فی الایضاح: ینشأ الاشکال من عدم ارثها منها، فلا یتعلق بها فلا ترث من خیارها.

و من ان الخیار لا یتوقف علی الملک، کالا جنبی.

ثم فرّع المصنف انه لو کان الموروث قد اشتری بخیار فالاقرب ارثها من الخیار، لان لها حقا فی الثمن.

لا ـ ترث (ان اشترى) الزوج الميّت الارض (بخيار) له فى ان يفسخ و يرد الارض فليس لها ان تفسخ (لترث من الثمن) بل ليس لها ان تفسخ البيع لترد الارض و تسترجع الثمن (انتهى).

(و قال فى الايضاح: ينشأ الاشكال) الّذى ذكره القواعد بقوله «على اشكال» (من عدم ارثها) اى الزوجة (منها) اى من الارض (فلا يتعلق) البيع (بها) اى بالزوجة (فلا ترث من خيارها) و هذا وجه عدم الخيار.

(و من ان الخيار لا ـ يتوقف على الملك) اذ من الممكن ان تكون الزوجة لا ـ تملك الارض و لكن تملك الخيار (كالاجنبى) الّذى جعل له الخيار فانه لا يملك المبيع، و لكن له الخيار.

(ثم) قال فى الايضاح (فرّع المصنف) اى العلامة (انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار) بان كان الميّت قد اشترى ارضا بخيار فى مقابل المسألة الاصلية التى هى ان الميّت باع الارض بخيار (فالاقرب ارثها) اى الزوجة (من الخيار، لان لها حقا فى الثمن) فانها اذا فسخت بيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۸۴

و يحتمل عدمه لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ، فلو علّل بارثها دار، و الّا صحّ اختيار المصنف لان الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، و هو الثمن، فقد تعلق الخيار بما ترث منه

الارض و استرجعت المال- الثمن- كان لها حصة منه، اذ هى ترث من الثمن و لا ترث من الارض.

(و يحتمل عدمه) اى ليس لها الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميّت (لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ، فلو علّل بارثها) اى حقها فى الخيار بان لها حقّا فى الثمن، ل (دار) لان ارثها من الثمن متوقف على حقها فى الفسخ، لانه لو لا حقها فى الفسخ لا ترث من الثمن و حقها فى الفسخ يتوقف على ارثها من الثمن، لانها لو لم ترث من الثمن لم يكن لها حق فى الفسخ، و هذا دور صريح.

ثم قال صاحب الايضاح (و الا صحّ اختيار المصنف) العلامة من التفصيل بين ما انتقل الى الميّت فيرث، و بين ما انتقل عن الميّت فلا يرث اما اذا باع المورّث فقد عرفت ان الوارث لا يرث.

و اما اذا اشترى فالوارث يرث (لان الشراء يستلزم منعها) اى الزوجة (من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، و هو) اى ذلك الشيء (الثمن، فقد تعلق الخيار بما ترث) المرأة (منه) و هو الثمن، فان الثمن مع قطع النظر من الشراء كان جزء من التركة موروثا للزوجة، و الشراء منع من ذلك.

فلو قلنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث، فالثمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۸۵

انتهى.

و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب، و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فانه بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الايضاح قال: فالاقرب من هذا الاشكال عدم ارثها ان كان الميّت قد اشترى ارضا بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن، و اما اذا باع ارضا بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله، لانها اذا فسخت فى هذه الصورة

موروث شأنا و ذلك يوجب عدم الدور (انتهى) عبارة الايضاح فى شرح كلام القواعد.

(و قد حمل العبارة) اى عبارة العلامة فى القواعد (على هذا المعنى) الّذى ذكره الايضاح (السيد العميد الشارح للكتاب) اى لكتاب القواعد (و استظهر خلاف ذلك) اى خلاف تفصيل العلامة (من عبارة جامع المقاصد).

اذ قد تقدم ان جامع المقاصد يقول بالقول الرابع، بينما العلامة يقول بالقول الثالث (فانه) اى جامع المقاصد (بعد بيان منشأ الاشكال)

فی إرث الزوجة من الارض المنتقلة الی المیّت (علی ما یقرب من الایضاح) انه یستلزم الدور (قال: فالاقرب من هذا الاشکال عدم ارثها) ای الزوجة من الارض (ان کان المیّت قد اشتری ارضا بخیار، فارادت) الزوجة (الفسخ لترث من الثمن، و اما اذا باع) المیّت (ارضا بخیار، فالاشکال حینئذ) فی ارثها الخیار، باق (بحاله، لانها اذا فسخت فی هذه الصورة) ای صورة بیع المیّت الارض بخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۶

لم ترث شیئا.

و حمل الشارحان العبارة علی ان الاقرب ارثها اذا اشتری بخیار لانها حینئذ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما اذا باع بخیار، و هو خلاف الظاهر.

فان المتبادر ان المشار إلیه بقوله ذلک هو عدم الارث الّذی سیقت لاجله العبارة، مع انه من حیث الحکم

(لم ترث شیئا) فانها اذا فسخت عادت الارض الی المیّت، و هی لا ترث من الارض.

(و حمل الشارحان) و هما: صاحب الایضاح و السید العمید (العبارة) ای عبارة القواعد (علی ان الاقرب ارثها) ای إرث الزوجة للخیار (اذا اشتری) المیّت الارض (بخیار).

و انما ترث (لانها حینئذ) ای حین اشتراء المیّت (تفسخ) البیع (فترث من الثمن، بخلاف ما اذا باع) المیّت الارض (بخیار) لانها اذا فسخت رجعت الارض الی المیّت، فلا ترث (و هو) ای استفادة ارثها من عبارة القواعد (خلاف الظاهر).

(فان المتبادر) من العبارة (ان المشار إلیه بقوله) ای قول القواعد (ذلک) فی عبارته السابقة علی اشکال اقربه ذلک و (هو عدم الارث) کما استفاده جامع المقاصد (الّذی سیقت لاجله العبارة) لان العلامة قال «الا الزوجة» فساق العبارة لاجل استثناء الزوجة (مع انه) ای القول بانها ترث الخیار فی ما اذا انتقلت الارض الی المیّت (من حیث الحکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۷

غیر مستقیم أیضا، فان الارض حق لباقی الوارث استحقوها بالموت فکیف تملک الزوجة ابطال استحقاقهم لها، و اخراجها عن ملکهم. نعم لو قلنا ان ذلک یحصل بانقضاء مدة الخیار، استقام ذلک، و أیضا فانها اذا ورثت فی هذه الصورة، وجب ان ترث فی ما اذا باع المیّت ارضا بخیار بطریق اولی.

غیر مستقیم أیضا، فان الارض) المنتقلة الی المیّت (حق لباقی الوارث استحقوها بالموت) ای موت المورّث (فکیف تملک الزوجة ابطال استحقاقهم لها) ای للارض (و اخراجها) ای الارض (عن ملکهم).

فکلام الشارحین لا وجه له، لا من جهة ظاهر العبارة، و لا من جهة الحکم فی نفسه.

(نعم لو قلنا ان ذلک) ای ملک المشتری للارض و ملک المیّت للثمن (یحصل بانقضاء مدة الخیار) کما یقول الشیخ بان مدة الخیار لیس بنقل (استقام ذلک) الّذی ذکره الشارحان، من: ان المرأة ترث الخیار اذ المال المنتقل الی المشتری بعد فی ملک المیّت، فالزوجة ترث من الثمن (و أیضا) یرد اشکال ثالث علی الشارحین بالإضافة الی انه خلاف ظاهر العبارة و انه غیر مستقیم من حیث الحکم (فانها) ای الزوجة (اذا ورثت) الخیار (فی هذه الصورة) ای صورة انتقال الارض الی المیّت (وجب ان ترث) الخیار (فی) الصورة الثانیة أیضا، و هی (ما اذا باع المیّت ارضا بخیار بطریق اولی) فکیف یقول الشارحان بعدم ارثها فی صورة انتقال الارض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۸

لانها ترث حینئذ من الثمن.

و اقصی ما یلزم من ارثها من الخیار ان تبطل حقها من الثمن، و هو اولی من ابطال ارثها حق غیرها من الارض التی اختصّوا بملکها.

ثم قال: و الحق ان ارثها من الخیار فی الارض المشتراة مستبعد جدا، و ابطال حق قد ثبت لغیرها یحتاج الی دلیل.

نعم قوله لترث من

و انما کان بطریق اولی (لانها) ای الزوجة (ترث حینئذ) ای حین باع المیت الارض (من الثمن) فلها الحق فی ان تتصرف فی الثمن الّذی ورثته بابطال ملکیتها له و ارجاعه الی المشتری.

(و اقصی ما یلزم من ارثها من الخیار) فی صورة انتقال الارض من المیّت الی المشتری (ان تبطل) الزوجة (حقها من الثمن و هو) ای ابطال حقها من الثمن (اولی من ابطال ارثها) ای ارثها للخیار (حق غیرها من الارض التی اختصّوا بملکها).

فانها اذا ورثت الخیار کان لازم ذلک ان تبطل حق الورثة فی الارض- فیما اذا انتقلت الارض الی المیّت.

(ثم قال) صاحب جامع المقاصد (و الحق ان ارثها من الخیار فی الارض المشتراة) ای التی اشتراها المیّت (مستبعد جدّا، و ابطال حق قد ثبت لغیرها) و هو حق الورثة فی الارض التی اشتراها المیّت (یحتاج الی دلیل) و هو مفقود.

(نعم قوله) ای قول العلامة فی عبارة القواعد السابقة (لترث من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۸۹

الثمن- علی هذا التقدیر- یحتاج الی تکلف زیادة تقدیر بخلاف ما حملا علیه، انتهی.

و قد تقدم ما یمکن ان یقال علی هذا الکلام.

ثم ان الکلام فی ثبوت الخیار لغیر مستحق الحبوة من الورثة اذا اشتری المیّت او باع بعض اعیان الحبوة بخیار هو الکلام فی ثبوته للزوجة فی الارض المشتراة و المبیعة.

الثمن- علی هذا التقدیر-) ای تقدیر کلام جامع المقاصد فی تفسیر عبارة القواعد، و التقدیر هو ان «ذلک» فی عبارة القواعد اشارة الی عدم الارث (یحتاج الی تکلف زیادة تقدیر) کما ذکرناه نحن فی شرح العبارة للقواعد (بخلاف ما حملا) ای الشارحان عبارة القواعد (علیه) من الارث (انتهی).

(و) لا یخفی انه (قد تقدم ما یمکن ان یقال علی هذا الکلام) ای قد تقدم الاشکال علی عدم إرث الزوجة من خیار الارض المنتقلة الی المیّت ای علی اختیار جامع المقاصد- فتأمّل.

(ثم ان الکلام فی ثبوت الخیار لغیر مستحق الحبوة من الورثة) ای غیر الولد الاکبر (اذا اشتری المیّت) الحبوة (او باع بعض اعیان الحبوة) بیعا (بخیار) فهل لسائر الورثة إرث الخیار مطلقا، او لا یرثون الخیار مطلقا، او هناک تفصیل بین الحبوة المنتقلة الی المیّت و بین الحبوة المنتقلة عن المیّت (هو الکلام فی ثبوته) ای الخیار (للزوجة فی الارض المشتراة) ای التی اشتراها المیّت (و المبیعة) ای التی باعها المیّت، و اللّه العالم بحقائق الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۰

مسئلة فی کیفیة استحقاق کل من الورثة للخیار مع انه شیء واحد غیر قابل للتجزئة و التقسیم

وجوه.

الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق کل منهم خیارا مستقلا کمورثه،

بحيث يكون له الفسخ فى الكل، و ان اجاز الباقون.

(مسألة: فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار) اذا كان الوارث متعددا (مع انه) اى الخيار (شىء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم) بمعنى ان الشارع جعل خيارا واحدا لا ان التقسيم غير معقول فيه.

و الفرق بين التجزئة و التقسيم، ان الاول يوجب تكسير عدد صحيح واحد كتجزئة پرتقالة الى عدة اجزاء، و الثانى يوجب تقسيم اعداد صحيحة كل عدد على حدة، كتقسيم عشرة پرتقالات على خمسة اشخاص مثلا فالخيار لا اجزاء له و لا اعداد حتى يقبل التجزئة و التقسيم (وجوه).

(الاول: ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه) فحاله حال ما اذا شرط ان يكون له الخيار ما دام حيّا، فاذا مات كان لكل وارث من ورّاثه خيارا مستقلا، بحيث ان له الفسخ و الامضاء فاذا فسخ لم يكن حق للباقين فى الامضاء، و ان امضى لم يكن حق للباقين فى الفسخ (بحيث يكون له الفسخ فى الكل، و ان اجاز الباقون) بعد فسخه، او ان معنى ذلك ان لكل واحد الفسخ و ان امضى الباقون قبل ذلك، فالفسخ مقدم على الاجازة، سواء تقدم عليها او تأخر، او تقارن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۹۱

نظير حدّ القذف الّذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين.

و كذلك حق الشفعة على المشهور.

و استند فى ذلك الى ان ظاهر النبوى المتقدم، و غيره: ثبوت الحق لكل وارث

معه.

(نظير حدّ القذف) فاذا قذف انسان شخصا بالزنا كان للمقذوف ان يشتكيه الى الحاكم، فيجلده الحاكم، فاذا مات المقذوف كان لكل واحد من ورثته ان يطلب اقامة الحدّ على القاذف، و ان عفى الورثة الآخرون (الّذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين).

(و كذلك حق الشفعة) فانه اذا كان شريكان فى دار مثلا، فباع احدهما حصته لا جنبى، كان للشريك الآخر ان يعطى الثمن للاجنبى و يأخذ حصة شريكه، فاذا مات هذا الشريك غير البائع كان لورثته ان يأخذوا بحق شفعته، فانه (على المشهور) اذا اسقط بعض الورثة حقه فلا يوجب سقوط حق الشفعة كليا، بل لمن شاء من الورثة ان يأخذ بحق الشفعة.

(و استند) هذا القائل (فى ذلك) الّذى ذكره من ان كل واحد من الورثة له حق خيار مستقل (الى ان ظاهر النبوى المتقدم) ما تركه الميّت من حق فلوارثه (و غيره) من الادلّة الدالة على إرث اولى الارحام (ثبوت الحق لكل وارث).

اذ الامر دائر بين عدم الخيار و خيار واحد للكل، و تجزئة الخيار، و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۹۲

لتعقّل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الّذى لا بدّ من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك، لعدم تعدد الملّاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث.

الثانى: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه فله الفسخ فيه،

دون باقى الحصص.

ان يكون لكل واحد خيار.

و الاول: خلاف الدلیل.

و الثانی: خلاف ظاهر الدلیل، اذ معنی ان کل متروک للمیّت فهو لوارثه، انه لکل واحد واحد من الورثۀ بالاستقلال.

و الثالث: خلاف کون الخیار امرا بسیطا غیر قابل للتجزئۀ.

ان قلت: فکیف تجزءون المال الی اجزاء.

قلت: هناک فرق بین الخیار و المال (لتعقّل تعدّد من لهم الخیار بخلاف المال الّذی لا بدّ من تنزیل مثل ذلک) ای مثل اطلاق ان المال للوارث (علی إرادۀ الاشتراک) و ان لکل وارث حصۀ من المال (لعدم تعدّد الملّاک شرعا لمال واحد، بخلاف محل البحث) الّذی هو الحق، فانه لا دلیل علی عدم تعدّد من له الحق لحق واحد.

(الثانی) من الاقوال فی کیفیۀ استحقاق الورثۀ للخیار (استحقاق کل) واحد (منهم خیارا مستقلا فی نصیبه) من المال (فله الفسخ) و الامضاء (فیه دون باقی الحصص) فاذا کان الورّاث ثلاثۀ، کان لکل واحد منهم الخیار فی ثلث المال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۳

غایۀ الامر مع اختلاف الورثۀ فی الفسخ و الامضاء تبعض الصفقۀ علی من علیه الخیار، فیثبت له الخیار.

و وجه ذلک ان الخیار لما لم یکن قابلا للتجزئۀ، و کان مقتضی ادلۀ الارث- کما سیجیء- اشتراک الورثۀ فیما ترک مورثهم تعیّن تبعّضه بحسب متعلقه.

فیکون نظیر المشتریین لصفقۀ واحدۀ اذا قلنا بثبوت الخیار لکل منهما.

(غایۀ الامر مع اختلاف الورثۀ فی الفسخ و الامضاء) بان فسخ بعض و امضی آخرون (تبعض الصفقۀ علی من علیه الخیار، فیثبت له الخیار) فان شاء فسخ المعاملۀ کلا و استرجع ماله، و ان شاء رضی بالقدر الممضی من قبل الورثۀ بالنسبۀ الی الثمن.

(و وجه ذلک) ای وجه هذا القول الثانی (ان الخیار لما لم یکن قابلا للتجزئۀ) ای ان یکون له اجزاء کاجزاء البرتقالۀ بان یکون لکل وارث جزء خیار، اذ لا معنی لجزء الخیار، فانه ان کان له الفسخ فله الخیار کاملا، و ان لم یکن له الفسخ فلا خیار له (و کان مقتضی ادلۀ الارث- کما سیجیء- اشتراک الورثۀ فیما ترک مورثهم تعیّن تبعضه) ای تبعض الخیار (بحسب متعلقه) ای المال الّذی تعلق به الخیار- ثمنا کان او مثمنا- (فیکون) ما نحن فیه (نظیر المشتریین لصفقۀ واحدۀ) فی ان لکل واحد منهما ان یفسخ بالنسبۀ الی حصّته اذا کان هناک خیار، کما اذا کانت الصفقۀ حیوانا او کان فی المعاملۀ غبن لهما، او ما اشبه ذلک (اذا قلنا بثبوت الخیار لکل منهما) مستقلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۴

الثالث: استحقاق مجموع الورثۀ لمجموع الخیار

فیشرکون فیه من دون ارتکاب تعدّده بالنسبۀ الی جمیع المال، و لا بالنسبۀ الی حصۀ کل منهم، لان مقتضی ادلۀ الارث فی الحقوق غیر القابلۀ للتجزئۀ، و الاموال القابلۀ لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترک لمجموع الورثۀ، الا ان التقسیم فی الاموال لما کان امرا ممکنا کان مرجع اشتراک المجموع فی المجموع الی اختصاص کل منهم بحصۀ مشاعۀ، بخلاف الحقوق فانها تبقی علی حالها من اشتراک مجموع الورثۀ فیها، فلا یجوز لاحدهم الاستقلال

(الثالث) من وجوه استحقاق الورثۀ للخیار الواحد (استحقاق مجموع الورثۀ لمجموع الخیار فیشرکون فیه) فان فسخ الکل انفسخت المعاملۀ، و الا کانت المعاملۀ باقیۀ (من دون ارتکاب تعدّده) ای الخیار (بالنسبۀ الی جمیع المال) کما اشار إلیه القول الاول (و لا

بالنسبة الى حصة كل منهم) كما اشار إليه القول الثانى و الدليل على هذا القول ما ذكره بقوله (لان مقتضى ادلة الارث فى الحقوق غير القابلة للتجزئة) كما تقدم من انه لا معنى لان يكون لكل وارث جزء خيار (و الاموال القابلة لها) اى للتجزئة فانه يكون لكل وارث جزء من المال المتروك (امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما تركه) من حق او مال (لمجموع الورثة، الا ان التقسيم فى الاموال لما كان امرا ممكنا) بان يأخذ كل وارث جزء من المال (كان مرجع اشتراك المجموع فى المجموع الى اختصاص كل منهم) اى كل من الورثة (بحصة مشاعة) كالنصف او الثلث، و ذلك لعدم وجود ملك كل واحد لشيء واحد (بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها) اى فى تلك الحقوق (فلا يجوز لاحدهم الاستقلال

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۹۵

بالفسخ، لا فى الكل، و لا فى حصته، فافهم.

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه، لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقق الطبيعة فى الواحد

بالفسخ، لا فى الكل) لان الكل ليس له (و لا فى حصته) الخاصة به لان الخيار ليس متعددا بعدد كل حصة حصة، بل اللازم اجتماع الكل على الفسخ حتى يكون الفسخ (فافهم) لعله اشارة الى ان التقسيم فى المال امر ممكن، و التقسيم فى الحق امر غير ممكن اوّل الكلام.

فكما امكن ان يعطى لكل وارث جزء من المال امكن ان يعطى له جزء من الخيار اى الخيار المتعلق بماله، فان معنى ان يكون للمورث الخيار فى ردّ البرتقالات العشرة ان يكون له جزء خيار فى جزء من العشرة اى برتقالة واحدة، و هذا الامر قسّم بين الورثة.

(و هنا) اى فى القول الثالث (معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع) غير ان يجتمع الكل على الفسخ فبدون الاجتماع لا فسخ (و هو ان يقوم) الخيار (بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه، لا من حيث كونه مجموعا) فالخيار للطبيعة لا للافراد (فيجوز لكل منهم) اى من الورثة (الاستقلال بالفسخ ما لم يجز) الوارث (الآخر).

و انما له الاستقلال بالفسخ (لتحقق الطبيعة فى) الوارث (الواحد) اما اذا اجاز وارث واحد فليس للآخرين الفسخ.

اذا الطبيعة التى هى لها الاجازة و الفسخ قد اجازت كما انه بعد فسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۹۶

و ليس له الاجازة بعد ذلك، كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لان الخيار الواحد اذا اقام بماهية الوارث واحدا كان او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا، فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لان الاول قد استوفاه و لو اتّحدا زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد، لا ان الفاسخ

احد الافراد، فليس للبقية الاجازة (و ليس له) اى للفرد (الاجازة بعد ذلك) الفسخ الصادر عن الطبيعة (كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده) اذ حال الفسخ حينئذ حال ما لو امضى ذو الخيار المعاملة ثم اراد فسخه (لان الخيار الواحد اذ اقام بماهية الوارث) من حيث هى ماهية (واحدا كان، او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه) اى مثل فسخ الواحد (ماضيا) نافذا (فلا عبرة بما يقع) من فسخ او امضاء (متأخرا عن) الوارث (الآخر، لان) الوارث (الاول) الّذى فسخ او امضى (قد استوفاه) اى استوفى الحق، فلا مجال بعده لوارث آخر.

(و لو اتحدا) الممضى و الفاسخ (زمانا) بان فسخ احدهما و امضى الآخر (كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد) حيث يتساقطان.

مثل ما اذا باع کتابا بـدینار و جعل لنفسه الخیار ثم وهبهما معا لزیـد، فان تصـرفه فی الکتاب معناه الفسـخ، و تصـرفه فی الـدینار معناه الامضاء و کذلک اذا باع عبدا بمقابل جاریهٔ ثم اعتقهما معا.

و مثل ذلک اذا کان له وکیلان فامضی احدهما و فسخ الآخر (لا ان الفاسخ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۷

متقدم کما سیجیء فی احکام التصرف.

ثم انه لا ریب فی فساد مستند وجه الاول المذکور له، لمنع ظهور النبوی و غیره فی ثبوت ما ترک لکل واحد من الورثهٔ،

متقدم کما سیجیء فی احکام التصرف).

وجه ان الفاسخ لیس مقدما قد تعرض له المصنف بعد، عند قوله:

فرع لو باع عبدا بجاریهٔ.

(ثم) اذا عرفت مستند الوجوه الاربعهٔ المحتملهٔ فی إرث الوارث المتعدد للخیار نقول: لو انعکس الفرض بان کان لاثنین خیار فورثهما واحـد مثـل ان یکون عمّیا زیـد وکیلین عن البـائع و المشتری، همـا و ورثتهما فی الخیار فماتا و ورثهما زیـد، فانه لا یتحـد الخیار، بل یکون له خیاران ان سقط احد الخیارین بقی الآخر.

نعم قد یسـقط الخیاران کما اذا باع زید کتابا لعمرو بدینار، و جعلا لانفسهما الخیار فماتا و ورثهما معا بکر، فانه لا معنی لخیاره لا عن هذا و لا عن ذاک، اذ قد اصبح الکتاب و الدینار له، و لا معنی لفسخ الانسان مال نفسه.

و کیف کـان: ف (انه لاـ ریب فی فسـاد مسـتند وجه الاـول المـذکور له) ای الّـذی ذکر مسـتندا للاحتمال الاول و هو ان یکون لکل وارث خیار مسـتقل (لمنع ظهور النبوی و غیره) من ادلـهٔ الارث (فی ثبوت ما ترک) المیّت (لکل واحد من الورثهٔ) فکل ما ترک لزید الوارث، و کل ما ترک لعمرو الوارث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۸

لان المراد بالوارث فی النبوی و غیره مما افرد فیه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق فی ضمن الواحد و الکثیر.

و قیام الخیار بالجنس یتأتی علی الوجوه الاربعهٔ المتقدمهٔ کما لا یخفی علی المتأمّل.

و اما ما ورد فیه لفظ الورثهٔ بصیغهٔ الجمع فلا یخفی ان المراد به أیضا اما جنس الجمع، او جنس الفرد

أیضـا- مثلاـ- (لاـن المراد بـالوارث فی النبوی) مـا ترکه المیّت من حق فلوارثه (و) فی (غیره) ممـا ذکر فیه لفـظ الوارث او شـبه هـذا اللفـظ، و لو کـان بصـیغهٔ الجمع او نحوه مثـل «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ»* (ممـا افرد فیه لفـظ الوارث) بل و ما جمع فیه- لوضوح ان المراد به لیس الجمع بما هو جمع کما سیأتی- (جنس الوارث المتحقق فی ضمن الواحد و الکثیر) فحاله حال لفظ الماء، و الخبز، و سائر الطبائع.

(و قیام الخیار بالجنس) لیس معناه ان یکون لکل فرد خیار مسـتقل بل (یتأتی علی الوجوه الاربعهٔ المتقدمهٔ) ای یحتمل هذا المعنی، او ذلک، او الثالث بشقیه، فلا دلالهٔ فی النبوی علی الوجه الاول فقط- کما اراده المستدل- (کما لا یخفی علی المتأمّل).

(و امـا مـا ورد فیه لفـظ الورثـهٔ بصـیغهٔ الجمع فلاـ یخفی ان المراد به) ای بـالجمع (أیضـا امـا جنس الجمع) بمـا هو مجموع لوحظ فیه انضمام الافراد بعضها الی بعض، و مقتضی هذا هو الوجه الثالث (او جنس الفرد) بانسلاخه عن معنی الجمع و الانضمام، و هذا یصدق علی الواحد، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۹۹

او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى.

الكثير، و مقتضى هذا هو الاجمال الّذى ذكره المصنف بقوله «و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة» (او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى) اى جميع افراد الوارث المنضم بعضهم الى بعض، و مقتضى هذا هو الوجه الثالث أيضا (و) الحمل على (الافرادى) اى كل فرد فرد بدون ملاحظة الانضمام، و مقتضى هذا هو الوجه الاول، بان يكون لكل وارث خيار مستقل، فاذا قال المولى هذا المال لعبيدى فقد يريد ان المال لكلهم بقيد الكلية، فمجموع المال لمجموعهم.

و قد يريد ان المال لجنس العبد سواء انضم او لم ينضم.

و قد يريد ان المال لكل فرد فرد بقيد الانضمام.

و قد يريد انه لكل فرد فرد بدون قيد الانضمام، فيصح ان يستقل به اىّ عبد منهم.

و ان شئت قلت: المراد من الجمع الورثة.

فاما ان يلاحظ فيه الانضمام و الجمعية او لم يلاحظ فيه ذلك.

و اذا لم يلاحظ فاما ان يراد منه جنس الفرد الصادق على الواحد و الكثير، او يراد منه الاستغراق، و تمام الافراد.

و اذا اريد الاستغراق فاما ان يكون على النحو المجموعى و ان لكلهم خيار واحد او يكون على النحو الافرادى، و ان لكل واحد خيار مستقل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۰

و الاظهر هو الثانى كما فى نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل.

اما الاولى فلان المفروض ان ما كان للميّت و تركه للوارث حق واحد شخصىّ، و قيامه بالاشخاص المتعددين اوضح استحالة، و اظهر بطلانا

(و الاظهر) من الجمع (هو الثانى) اى ما اريد منه جنس الفرد الصادق على الواحد و الكثير (كما فى نظائره) و لذا يصدق هذا فيما اذا كان للميّت وارث واحد، كما يصدق اذا كان له ورثة متعددون.

فالمجموعيان: اى جنس الجمع و الاستغراق باطلان، لانهما لا يصدقان مع كون الوارث واحدا (هذا كله) فى بيان فساد الوجه الاول الّذى ذكره بقوله: و لا ريب فى فساد مستند وجه الاول الخ (مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته) اى الخيار (لكل واحد مستقلا فى الكل) و هذا دليل ثان لفساد الوجه الاول أيضا.

و الحاصل: ان لفساد الوجه الاول دليلين.

الاول: انه خلاف الظاهر من النبوى و غيره.

الثانى: انه خلاف القرينة العقلية و اللفظية.

(اما الاولى) اى وجود القرينة العقلية على انه ليس لكل وارث خيار مستقل فى كل المال (فلان المفروض ان ما كان للميّت و) قد (تركه) بعده (للوارث حق واحد شخصى) فان الخيار حق واحد مشخّص (و قيامه بالاشخاص المتعددين) بان يكون هذا الحق الواحد لهذا الوارث مستقلا، و لذاك الوارث مستقلا أيضا (اوضح استحالة، و اظهر بطلانا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۱

من تجزية و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه.

و اما الثانية فلان مفاد تلك الادلة بالنسبة الى المال المتروك و حق المتروك شيء واحد، و لا يستفاد منها بالنسبة الى المال

الاشتراک، و بالنسبة الی الحق التعدد، الا مع استعمال الکلام فی معنیین هذا، مع ان مقتضی ثبوت: ما کان للمیّت

من تجزیة و انقسامه علی الورثة) فان الصفة البسیطة الواحدة لا تقوم قیاما مستقلا بهذا و قیاما مستقلا بذاک، فان الشیء الواحد قابل للتجزیة و الانقسام مهما کان بسیطا و اما ان یکون قائما بهذا و ذاک فلا یعقل (فکیف یدعی ظهور ادلة الارث فیه) فان ما لیس بمعقول لا یقوله الشارع حتی یکون لکلامه ظهور فیه.

لکن لا یخفی: ان القیام علی سبیل البدل لیس مستحیلا کما قاله الفقهاء بالنسبة الی القصاص.

(و اما الثانیة) ای قیام القرینة اللفظیة علی عدم إرادة ثبوت الخیار لکل واحد مستقلا فی الکل (فلان مفاد تلک الادلة) ای ادلة الارث (بالنسبة الی المال المتروک و حق المتروک شیء واحد، و) علیه ف (لا یستفاد منها) ای من ادلة الارث (بالنسبة الی المال الاشتراک) فتکون الورثة مشترکین فی المال (و بالنسبة الی الحق التعدد) حتی یکون کل وارث له حق مستقل فی الخیار (الا مع استعمال الکلام) ای دلیل الارث مثل «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ»* (فی معنیین) و ذلک خلاف الظاهر، بل قال بعض الاعلام باستحالته (هذا، مع ان مقتضی ثبوت: ما کان للمیّت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۲

لکل من الورثة ان یکونوا کالوکلاء المستقلّین، فیمضی السابق من اجازة احدهم او فسخه و لا یؤثر اللحق، فلا وجه لتقدم الفسخ علی الاجازة علی ما ذکره.

و اما الوجه الثانی فهو، و ان لم یکن منافیا لظاهر ادلة الارث من ثبوت مجموع المتروک لمجموع الوارث الا ان تجزیة الخیار بحسب

لکل من الورثة) «لکل» متعلق ب «ثبوت» (ان یکونوا) ای الورثة (کالوکلاء المستقلین، فیمضی السابق من اجازة احدهم او فسخه) فاذا بادر احد الورثة فامضی، لم یکن لغیره الفسخ، و اذا بادر ففسخ، لم یکن لغیره الاجازة (و لا یؤثر اللاحق) و ان کان اللاحق الفسخ (فلا وجه لتقدم الفسخ علی الاجازة علی ما ذکره) القائل بالوجه الاول من الوجوه الاربعة لکیفیة إرث الخیار.

و حاصل قوله «هذا مع ان» انه لو سلمنا ان لکل واحد خیار مستقل کان اللازم نفوذ اوّل ما یصدر من احدهم من فسخ او امضاء، لا ان یکون الفسخ مقدّما، سواء صدر أو لا، او صدر بعد الامضاء.

هذا کله فی باب الاشکال علی الوجه الاول من الوجوه الاربعة.

(و اما الوجه الثانی) من الوجوه الاربعة، و هو استحقاق کل واحد خیارا مستقلا فی نصیبه (فهو، و ان لم یکن منافیا لظاهر ادلة الارث) المستفاد (من) ها (ثبوت مجموع المتروک لمجموع الوارث).

فکما ان لکل وارث جزء من المال کذلک لکل وارث الخیار بالنسبة الی ماله الّذی ورثه هو (الا ان تجزیة الخیار) الی اجزاء (بحسب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۳

متعلقه کما تقدم ممّا لم یدل علیه ادلة الارث.

اما ما کان منها کالنبوی غیر متعرض للقسمة فواضح، و اما ما تعرض فیه للقسمة کآیات قسمة الارث بین الورثة فغایة ما یستفاد منها فی المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروک هنا ثبوت القسمة فیما یحصل باعمال هذا الحق او اسقاطه فیقسم بینهم العین المستردة بالفسخ، او ثمنها الباقی فی

متعلقه کما تقدم ممّا لم یدل علیه ادلة الارث) فلا دلیل علی ان الخیار یکون اجزاء، جزء لهذا الوارث و جزء لذاک الوارث و هکذا.

(اما ما کان منها کالنبوی غیر متعرض للقسمة) فان قوله علیه السلام ما کان للمیّت من حق فلوارثه لم یتعرض لقسمة الارث و انما قال

المجموع للمجموع (فواضح) انه لا- یدل علی تعدّد الخیار بالنسبة الی کل وارث وارث (و اما ما تعرض فیه للقسمة کآیات قسمة الارث بین الورثة) مثل:

یُوصِیکُمُ اللّهُ فِی أَوْلادِکُمْ لِلذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَیَیْنِ، و مثل: وَ لَهُنَّ الرُّبُعُ مِمّا تَرَکْتُمْ، و ما اشبه ذلک (فغایة ما یستفاد منها فی المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروک هنا) ای ان حق الخیار المتروک من قبل المیّت لا یقبل التجزئة بان یکون لکل وارث جزء خیار اذ الخیار اما موجود و اما مفقود و لا معنی لوجود جزء الخیار (ثبوت القسمة) «ثبوت» خبر «غایة ما یستفاد» ثبوت الشیء (فیما یحصل ای المال (باعمال هذا الحق) ای الخیار (او اسقاطه) ای اسقاط هذا الحق (فیقسم بینهم) ای بین الورثة (العین المستردة) استردادا (بالفسخ، او) یقسم بینهم (ثمنها) ای ثمن العین (الباقی فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۴

ملکهم بعد الاجازة علی طریق الارث.

و اما ثبوت الخیار لکل منهم مستقلا فی حصته فلا یستفاد من تلک الادلة، فالمتیقن من مفادها هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع فان اتفق المجموع علی الفسخ انفسخ فی المجموع، و الا فلا دلیل علی الانفساخ فی شیء منه.

و من ذلک یظهر ان المعنی الثانی للوجه الثالث و هو قیام الخیار

ملکهم بعد الاجازة) ای اسقاط حق الخیار تقسیما (علی طریق الارث) لِلذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَیَیْنِ*، الی غیره من تقسیمات الارث.

(و اما ثبوت الخیار لکل) واحد (منهم مستقلا فی حصته) بان یکون لکل واحد الخیار، فان شاء ردّ حصته، و ان شاء اجاز حصّته (فلا یستفاد من تلک الادلة) ای ادلة الارث.

و علی هذا (فالمتیقن من مفادها) ای مفاد ادلة الارث (هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع) لا الواحد النوعی، بان یکون لکل واحد خیار (فان اتفق المجموع علی الفسخ انفسخ) العقد (فی المجموع) ای مجموع المال (و الا) یتفق المجموع علی الفسخ، بل اراد بعضهم الفسخ (فلا دلیل علی الانفساخ فی شیء منه) لا فی المجموع و لا فی حصة هذا الفاسخ.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا من ان الخیار قائم بالمجموع من حیث انه مجموع (یظهر ان المعنی الثانی للوجه الثالث) الّذی ذکره قبل اسطر بقولنا «و هنا معنی آخر لقیام الخیار بالمجموع» (و هو قیام الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۵

بالطبیعة المتحققة فی ضمن المجموع أیضا لا دلیل علیه، فلا یؤثر فسخ احدهم و ان لم یجز الآخر.

مع ان هذا المعنی أیضا مخالف لادلة الارث، لما عرفت من ان مفادها بالنسبة الی المال و الحق واحد.

و من المعلوم ان المالک للمال لیس هو الجنس المتحقق فی ضمن المجموع.

ثم ان ما ذکرنا

بالطبیعة المتحققة فی ضمن المجموع) فیجوز لکل منهم الاستقلال بالفسخ (أیضا لا دلیل علیه).

و علیه (فلا- یؤثر فسخ احدهم و ان لم یجز الآخر) ای سواء اجاز الآخر او لم یجز، فان الخیار لیس قائما بالطبیعة حتی یؤثر فسخ احدهم.

(مع ان هذا المعنی) و هو المعنی الثانی للوجه الثالث (أیضا مخالف لادلة الارث، لما عرفت) قبل اسطر (من ان مفادها) ای مفاد ادلة الارث (بالنسبة الی المال و الحق واحد) فکما یورّث المال یورث الحق.

(و من المعلوم ان المالک للمال) ای الورثة المالکون للمال (لیس هو الجنس) ای جنس الورثة (المتحقق فی ضمن المجموع)

فکذلک الوارث المالک للحق لیس هو جنس الورثة المتحقق فی ضمن المجموع.

(ثم ان ما ذکرنا) من ان الحق الّذی هو للجمیع، انما هو قائم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۶

جار فی کل حق ثبت لمتعدد لم یعلم من الخارج کونه علی خصوص واحد من الوجوه المذکورة.

نعم لو علم ذلک من دلیل خارج اتبع، کما فی حدّ القذف، فان النص قد دلّ علی انه لا یسقط بعفو احد الشریکین.

و کذا حق القصاص فانه لا یسقط بعفو احد الشریکین، لکن مع دفع الآخر

بالمجموع، لا ـ بکل فرد فرد بان یکون لکل فرد حق فی الجمیع، و لا ـ بکل فرد فرد بان یکون لکل فرد حق فی حصة نفسه، و لا بالطبیعة بحیث یمکن لایّ واحد القیام به (جار فی کل حق ثبت لمتعدّد لم یعلم من الخارج) ای لم یعلم بدلیل خارجی (کونه علی خصوص واحد من الوجوه المذکورة) ای لکل واحد حق مستقل فی الکل، او فی حصته، او یکون الحق للطبیعة.

فاذا لم یدل دلیل خارجی علی احدی الکیفیات الثلاث فاللازم ان نقول ان الحق للمجموع من حیث المجموع.

(نعم لو علم ذلک) بان الحق لیس للمجموع بل باحدی الکیفیات الثلاث الاخر (من دلیل خارج) من نصّ او اجماع (اتّبع) ذلک الدلیل الخارج (کما فی حدّ القذف، فان النص قد دلّ علی انه لا یسقط بعفو احد الشریکین) فیدل الدلیل علی ان الحق علی نحو الوجه الاول ای ان لکل واحد من المقذوفین ان یأخذ بحقه و ان عفی عنه المقذوف الآخر.

(و کذا حق القصاص) فیما اذا قتل جان اباهما فعفی احد الولدین (فانه لا یسقط بعفو احد الشریکین، لکن مع دفع الآخر) الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۷

مقدار حصة الباقی من الدیة الی اولیاء المقتصّ منه جمعا بین الحقّین لکن یبقی الاشکال فی حکم المشهور من غیر خلاف یعرف بینهم، و ان احتمله فی الدروس، من ان احد الورثة اذا عفی عن الشفعة کان للآخر الاخذ بکل المبیع، فان الظاهر ان قولهم بذلک لیس لاجل دلیل خارجی.

یرید القصاص (مقدار حصة الباقی من الدیة الی اولیاء المقتصّ منه).

و انما یدفع المقدار (جمعا بین الحقین) مثلا قتل زید والد عمرو و بکر فعفی عمرو عن زید، فان لبکر ان یقتصّ من زید، لکنه یجب ان یدفع الی ولیّ زید نصف الدیة، فان للقاصّ نصف الحق لا کل الحق، و هکذا اذا کانت الورثة ثلاثة و عفی اثنان، فان للثالث القاصّ ان یدفع الی ولی القاتل ثلثی الدیة، و لو عفی واحد من الثلاثة و اخذ بالحق اثنان کان علیهما ان یدفعا الی ولیّ القاتل ثلث الدیة، فیدفع کل واحد سدس الدیة، و ذلک جمعا بین حق ولیّ المقتول فی القصاص، و حق القاتل فی العفو الّذی عفی به بعض اولیاء المقتول.

(لکن یبقی الاشکال فی حکم المشهور من غیر خلاف یعرف بینهم، و ان احتمله) ای احتمل الخلاف (فی الدروس، من ان احد الورثة اذا عفی عن الشفعة کان للآخر الاخذ بکل المبیع) مع انه لیس له الا بعض المبیع.

و انما یبقی الاشکال لما ذکره بقوله: (فان الظاهر ان قولهم بذلک) و حق الآخر فی الاخذ بکل المبیع (لیس لاجل دلیل خارجی) و الحال

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۸

و الفرق بینه و بین ما نحن فیه مشکل.

و یمکن ان یفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشریکین تضرر الآخر بالشرکة، بل لعل هذا هو السرّ فی عدم سقوط حدّی

القذف و القصاص بعفو البعض، لانّ الحكمة فيهما التشفّى فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى، و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

انا ذكرنا ان مقتضى القاعدة كون الحق للمجموع من حيث المجموع الا بدليل خارجى.

(و الفرق بينه) اى بين حق الشفعة (و بين ما نحن فيه) من إرث حق الخيار (مشكل).

اذ لا فارق بينهما فكيف يحق لكل واحد الاخذ بالشفعة و لا يحق لكل واحد من الورثة الاخذ بالخيار.

(و يمكن ان يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر) الشريك (الآخر بالشركة) و ذلك بخلاف ما نحن فيه من إرث الخيار (بل لعل هذا) اى الضرر (هو السرّ فى عدم سقوط حدّى القذف و القصاص بعفو البعض) بل للبقية الاخذ بالحق (لانّ الحكمة فيهما التشفّى) من المقذوف و ولى الدم (فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى) و لا ضرر فى الاسلام (و هذا) الاضرار (غير موجود فيما نحن فيه) اى حق الخيار، لان الوارث فى مقابل الشىء المنقول الى الاجنبى و فى خيار الغبن له حق الارش (فتأمّل) لوجود الضرر هنا أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۰۹

ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول هو مختار العلامة فى القواعد بعد ان احتمل الوجه الثانى، و ولده فى الايضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم.

قال فى القواعد: و هل للورثة التفريق فيه نظر، اقربه المنع، و ان جوّزناه مع تعدّد المشترى.

و زاد فى الايضاح- بعد توجيه المنع بانه لم يكن لمورثهم الاخيار

(ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول) اى اولى وجهى المعنى الثالث و هو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فان المعنى الثالث كان له وجهان اشار الى وجهه الثانى بقوله «و هنا معنى آخر» و (هو مختار العلامة فى القواعد بعد ان احتمل الوجه الثانى) من وجهى المعنى الثالث الّذى اشار إليه بقوله «و هنا معنى آخر» (و) كذا مختار (ولده فى الايضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى) هذا القول أيضا (عن غيرهم) فان بنائهم ان المجموع لهم خيار واحد.

(قال فى القواعد: و هل للورثة التفريق) فى الخيار بان يأخذ بالخيار بعض، و لا يأخذ به بعض آخر (فيه نظر، اقربه المنع، و ان جوّزناه مع تعدّد المشترى) كما اذا اشترى شخصان شيئا بخيار لهما ثم اراد احدهما الفسخ، فان له ذلك لان البيع من شخصين فى قوة بيعين، و لذا يكون لكل واحد منهما خيار مستقل.

(و زاد فى الايضاح-) على كلام العلامة (بعد توجيه المنع) اى توجيه ما ذكره العلامة بقوله «اقربه المنع» (بانه لم يكن لمورثهم الّا خيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۰

واحد- انه لا وجه لاحتمال التفريق.

و قال فى الدروس فى باب خيار العيب: لو جوّزنا لاحد المشتريين الردّ لم نجوّزه لاحد الوارثين عن واحد، لان التعدد طار على العقد، سواء كان الموروث خيار عيب او غيره، انتهى.

واحد-) فكيف يكون للورثة خيارات متعددة (انه لا وجه لاحتمال التفريق) «انه» فاعل «زاد» اى لا وجه لتفريق الورثة بان يكون لكل واحد منهم خيار مستقل.

اذ ان وجه التفريق ان كان لتعدّد الخيار من الاول فهو ليس كذلك و ان كان لاجل تعدّد الورثة فالتعدّد ليس من موجبات الخيار و ان كان لاجل ان الشارع قرر ذلك فليس فى الشرع ما يدل عليه.

و الحاصل: ان التفريق اما بجعل اوّلى شرعىّ، و اما بجعل اوّلى للمتعاقدين، و اما لاجل تعدّد الورثة، فالتفريق لامر طارى و كل ذلك غير تام.

(و قال فى الدروس فى باب خيار العيب: لو جوّزنا لاحد المشتريين الرد) فيما اذا كان المشترى متعددا (لم نجوّزه لاحد الوارثين عن واحد) اذ اورثا من واحد فى مقابل ما اذا ورثا من اثنين، بان كان هناك مشتريان، فماتا و ورثهما ولدهما (لان التعدد طار على العقد) و الامر الطارئ لا يوجب تعدد الخيار، بل الخيار يكون كحاله قبل طروّ التعدد (سواء كان الموروث خيار عيب او غيره) كخيار الشرط و الغبن و غيرهما (انتهى) عبارة الشهيد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۱

و فى المسالك- بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار- هذا كله فيما لو تعدّد المشترى اما لو تعدّد مستحق البيع مع اتحاد المشترى ابتداء، كما لو تعدّد وارث المشترى الواحد، فانّه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله، انتهى.

و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة قال: لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر، فالاقوى انه ينفسخ فى الكلّ كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض، انتهى.

(و فى المسالك- بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار-) و انه و ان كان فى معاملة واحدة مشتريان فليس لهما خياران، بل خيار واحد، قال: (هذا) المنع (كله فيما لو تعدّد المشترى اما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشترى ابتداء، كما لو تعدّد وارث المشترى الواحد) و كذا فيما لو تعدد اوليائه كما اذا جنّ مثلا (فانّه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة) فى حال المعاملة (و التعدد طار) فلا دليل على ان طروّ التعدد يوجب تعدد الخيار (مع احتماله) اى هناك احتمال ان يتعدد الخيار بطروّ التعدّد، كما فى الوارث (انتهى) كلام المسالك (و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة) و هو ان يكون لكل واحد منهم خيار مستقل (قال: لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر، فالاقوى انه ينفسخ فى الكلّ كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض، انتهى) فان قوله «انه ينفسخ فى الكل» ظاهر فى ان كل واحد له الخيار، و الا فلو كان الخيار للمجموع فلا وجه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۲

و يحتمل ان لا يريد بذلك ان لكل منهما ملك الفسخ فى الكل، كما هو مقتضى الوجه الاول، بل يملك الفسخ فى البعض، و يسرى فى الكل نظير فسخ المورث فى البعض.

و كيف كان فقد ذكر- فى خيار العيب- انه لو اشترى عبدا، فمات، و

للانفساخ.

و قوله «كالمورث» فانه اذا فسخ المورث الّذى له خيار واحد فى بعض الصفقة ففيه احتمالان.

الاول: ان لا يكون لفسخه اثر، اذ الخيار كان فى الكل فلا اثر للفسخ فى البعض.

الثانى: ان يكون لفسخه اثر، اذ الخيار المتعلق بالكل يكون متعلّقا بكل جزء، كالأمر المتعلق بالمركب الّذى يكون كل جزء منه مأمورا به، هذا (و) لكن (يحتمل ان لا يريد) العلامة (بذلك) اى بقوله «انه ينفسخ فى الكل» (ان لكل منهما) اى من الوارثين (ملك الفسخ فى الكل كما هو) ملك الفسخ فى الكل (مقتضى الوجه الاول) من الوجوه الاربعة (بل) مراده انه (يملك الفسخ فى البعض) كما هو مقتضى الوجه الثانى (و يسرى) الفسخ (فى الكل) من باب تبعض الصفقة او ما اشبه (نظير فسخ المورث فى البعض) اذا قلنا بصحة

فسخه، فقد تقدم ان هناک احتمالین.

(و کیف کان) مراد العلامة (فقد ذکر) ره (- فی خیار العیب- انه لو اشتری عبدا فمات) المشتری (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۳

خلف وارثین، فوجدا به عیبا لم یکن لاحدهما رد حصته خاصة للتشقیص، انتهی.

و قال فی التحریر: لو ورث اثنان عن ابیهما خیار عیب، فرضی احدهما سقط حق الآخر من الردّ دون الارش.

و الظاهر ان خیار العیب و خیار

خلف وارثین، فوجدا به عیبا لم یکن لاحدهما ردّ حصته خاصة للتشقیص) ای لانه یوجب تبعض الصفقة علی البائع.

و هذا الکلام من العلامة ره یدل علی انه لا یقول بان لکل واحد من الورثة خیارا فی حصته.

و نقل الشیخ هذا الکلام من العلامة ای قوله «فقد ذکر» انما یرید به ردّ ما ذکره بقوله «و یحتمل» اذ هذا الکلام خلاف «و یحتمل» کما لا یخفی (انتهی) کلام العلامة.

(و قال فی التحریر: لو ورث اثنان عن ابیهما خیار عیب، فرضی احدهما) بالمعیب (سقط حق الآخر من الردّ) و هذا یدل علی ان کل واحد من الورثة لیس له الرد فی الکل و لا فی حصته الخاصة به (دون الارش) فان ردّ البعض یوجب تبعض الصفقة، اما اخذ الارش للبعض فلا یوجب تبعض الصفقة.

و لذا کان للمورث ان یأخذ بعض الارش و لم یحق له ان یرد بعض المبیع.

(و الظاهر) من لسان الادلة (ان) حکم (خیار العیب و خیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۴

المجلس واحد، کما تقدم عن الدروس فلعله رجوع عما ذکره فی خیار المجلس.

ثم انه ربما یحمل ما فی القواعد و غیرها من عدم جواز التفریق علی انه لا یصح تبعض المبیع من حیث الفسخ و الاجازة، بل لا بدّ من الفسخ، او الاجازة فی الکل، فلا دلالة فیها علی عدم استقلال کل منهم علی الفسخ فی الکلّ.

و حینئذ

المجلس واحد، کما تقدم عن الدروس) حیث قال «سواء کان الموروث خیار عیب او غیره» (فلعلّه) ای لعل کلام العلامة فی التحریر (رجوع عما ذکره فی خیار المجلس) لانه ذکر فی خیار المجلس ان لکل واحد خیارا مستقلا، و ذکر هنا انه لا خیار الا لمجموعهم.

(ثم انه ربما یحمل ما فی القواعد و غیرها من عدم جواز التفریق علی انه لا یصح تبعض المبیع من حیث الفسخ و الاجازة) لا التبعض بان یأخذ احدهم بالخیار فی الکل، و لا یأخذ احدهم بالخیار (بل لا بدّ من الفسخ او الاجازة فی الکل).

و الحاصل: ان المبیع لا- یتبعض، اما تبعض الورثة بان یجیز احدهم او یفسخ فی الکل فلا اشکال فیه (فلا دلالة فیها) ای فی عبارة القواعد و غیره ممن قال: بعدم جواز التفریق (علی عدم استقلال کل منهم علی الفسخ فی الکل).

(و حینئذ) ای حین قلنا بان مراد العلامة عدم تبعّض المبیع فیجوز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۵

فان فسخ احدهم، و اجاز الآخر قدّم الفسخ علی الاجازة، و ینسب تقدیم الفسخ الی کل من منع من التفریق، بل فی الحدائق تصریح الاصحاب بتقدیم الفاسخ من الورثة علی المجیز.

و لازم ذلک الاتفاق علی انه متی فسخ احدهم انفسخ فی الکل.

و ما ابعد بین هذه الدعوی، و بین ما فی الریاض، من قوله: و لو اختلفوا- یعنی الورثة- قیل قدم الفسخ

ان یفسخ احد الورثة فی الکل و یخیّر الآخر (فان فسخ احدهم) فی الکل (و اجاز الآخر) فی الکل (قدّم الفسخ علی الاجازة، و ینسب تقدیم الفسخ) علی الاجازة (الی کل من منع من التفریق، بل فی الحدائق تصریح الاصحاب بتقدیم الفاسخ من الورثة علی المجیز).

فاذا اشتری زید کتابا بدینار و مات زید، و کان له ابنان فاجاز احدهما المعاملة و فسخها الآخر انفسخت المعاملة.

(و لازم ذلک) ای لازم تقدیم الفاسخ (الاتفاق علی انه متی فسخ احدهم انفسخ فی الکل) سواء کان فسخه للکل اذا قلنا بان له حقا فی ذلک او کان فسخه لحصة نفسه.

(و ما ابعد بین هذه الدعوی) من صاحب الحدائق (و بین ما فی الریاض، من قوله: و لو اختلفوا- یعنی الورثة-) ففسخ احدهم و اجاز آخر (قیل قدم الفسخ).

فوجه البعد بین الکلامین ان صاحب الریاض قال «قیل» مما یدل علی جهل القائل بتقدیم الفاسخ، بینما ادعی صاحب الحدائق الاجماع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۶

و فیه نظر.

لکن الاظهر فی عبارة القواعد ما ذکرنا، و ان المراد بعدم جواز التفریق ان فسخ احدهم لیس ماضیا مع عدم موافقة الباقین، کما یدل علیه قوله فیما بعد ذلک فی باب خیار العیب: اما لو اورثا خیار العیب، فلا اشکال فی وجوب توافقهما فان المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطی و معناه عدم نفوذ التخالف.

و لا ریب ان عدم نفوذ التخالف لیس معناه عدم نفوذ الاجازة من

علی تقدیم الفاسخ (و فیه نظر) هذه تتمة لکلام الریاض، فانه لا یقول بتقدیم الفاسخ.

(لکن الاظهر فی عبارة القواعد ما ذکرنا، و) هو (ان المراد بعدم جواز التفریق ان فسخ احدهم لیس ماضیا مع عدم موافقة الباقین) بل اللازم ان یجتمع الکل حتی ینفسخ العقد (کما یدل علیه) ای علی ان مراد العلامة لزوم اجتماعهم علی الفسخ (قوله فیما بعد ذلک فی باب خیار العیب: اما لو اورثا خیار العیب، فلا اشکال فی وجوب توافقهما) هذه هی عبارة القواعد (فان المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطی) ای یشترط فی نفوذ الفسخ ان یتوافقا فی الفسخ، و لیس المراد ب «وجوب توافقهما» الوجوب الشرعی التکلیفی، فانه لا وجوب شرعا فی المقام (و معناه عدم نفوذ التخالف) ای اذا تخالف الوارثان فاجاز احدهما و فسخ الآخر لم ینفذ عملهما.

(و لا ریب ان عدم نفوذ التخالف لیس معناه عدم نفوذ الاجازة من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۷

احدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب.

و اصرح منه ما تقدم من عبارة التحریر، ثم التذکرة.

نعم ما تقدم من قوله فی الزوجة غیر ذات الولد: اقربه ذلک ان اشتری بخیار لترث من الثمن قد یدل علی ان فسخ الزوجة فقط کاف فی استرجاع تمام الثمن لترث منه.

احدهما مع فسخ صاحبه).

اذ الاجازة معناها بقاء العقد علی ما هو علیه، و هذا نافذ ای کائن فان العقد باق ما لم یفسخ (بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه) فلا ینفذ فسخ زید من دون ان یجیز عمرو فسخه فیجب ان یتفقا فی الفسخ (و هو المطلوب) فان مطلوبنا ان

نظر العلامة انه «لا ینفذ فسخ احدهما الا اذا کان معه فسخ صاحبه أیضا».

(و اصرح منه) ای من کلام القواعد (ما تقدم من عبارة التحریر، ثم التذکرة) فانهما دلّا علی ان المراد عدم نفوذ فسخ احدهما الا اذا فسخ الآخر أیضا، لا ان المراد ما ذکره الحدائق من ان الفاسخ مقدم علی المجیز (نعم ما تقدم من قوله) ای قول العلامة (فی الزوجة غیر ذات الولد:

اقربه ذلک ان اشتری) المیت الارض (بخیار لترث من الثمن) فهذه العبارة من العلامة (قد یدل علی) کلام الحدائق، و (ان فسخ الزوجة فقط کاف فی استرجاع تمام الثمن لترث منه) و انما لیس مراد العلامة استرداد الزوجة بمقدار حصتها من الثمن- کالربع و الثمن-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۸

اذ: استرداد مقدار حصتها موجب للتفریق الممنوع عنده و عند غیره.

و کیف کان فمقتضی ادلة الارث ثبوت الخیار للورثة علی الوجه الثالث الّذی اخترناه، و حاصله انه متی فسخ احدهم و اجاز الآخر لغی الفسخ.

و قد یتوهم استلزام ذلک بطلان حق شخص لعدم اعمال الآخر حقه.

و یندفع بان الحق اذا کان مشترکا لم یجز اعماله الا برضا الکل کما لو جعل الخیار لاجنبیین علی سبیل التوافق.

(اذ: استرداد مقدار حصتها موجب للتفریق الممنوع عنده و عند غیره) فانک قد عرفت انه لا تبعض الصفقة علی من علیه الخیار.

(و کیف کان) مراد العلامة و مراد غیره (فمقتضی ادلة الارث ثبوت الخیار للورثة علی الوجه الثالث) من الوجوه الاربعة (الّذی اخترناه، و حاصله انه متی فسخ احدهم و اجاز الآخر لغی الفسخ) لا ما ذکره الحدائق من انه متی ما کان ذلک تقدم الفسخ علی الاجازة.

(و قد یتوهم استلزام ذلک) الّذی اخترناه (بطلان حق شخص) الفاسخ (لعدم اعمال الآخر) و هو المجیز (حقه) فان المجیز لم یعمل حقه فی الفسخ.

(و یندفع ب) انّه لا حق للفاسخ إلا منضما، لا انه بطل حقه بسبب عدم اعمال الآخر حقه.

لوضوح (ان الحق اذا کان مشترکا لم یجز اعماله الا برضا الکل کما لو جعل الخیار لأجنبیین علی سبیل التوافق) فانه اذا لم یفسخ احدهما لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۱۹

فرع: اذا اجتمع الورثة کلهم علی الفسخ فیما باعه مورّثهم

فان کان عین الثمن موجودا فی ملک المیّت دفعوه الی المشتری، و ان لم یکن موجودا اخرج من مال المیّت، و لا یمنعون من ذلک و ان کان علی المیت دین مستغرق للترکة، لان

یصحّ فسخ الآخر لان التوافق کان شرطا فی الفسخ، و لم یحصل و الله سبحانه العالم.

(فرع: اذا اجتمع الورثة کلهم علی الفسخ فیما باعه مورّثهم فان کان عین الثمن) الّذی اخذه من المشتری (موجودا فی ملک المیّت دفعوه الی المشتری) لان ذلک مقتضی رجوع کل عوض الی ملک صاحبه الاول من غیر فرق بین ان یکون الثمن مثلیا او قیمیا، فلا

یحق لهم ان یبدلوه بغیره و ان کان مثلیّا، کما لا یحق للمشتری ان یبدّل المثمن بغیره و ان کان مثلیّا، فحال الورثة فحال الورثة حال مورّثهم فی وجوب ارجاع نفس الثمن (و ان لم یکن) الثمن (موجودا) بان کان تالفا او فی حکم التالف، کما اذا غصبه غاصب اوضاع او القی فی البحر (اخرج) الثمن مثله او قیمته (من مال المیّت، و لا- یمنعون من ذلک) ای من اخراج الثمن من مال المیّت (و ان کان علی المیّت دین مستغرق للترکة) «ان» وصلیة کما اذا باع المیّت داره بالف، و کان له الآن الف دینار، و کان علیه دین الف دینار، فان الورثة یسترجعون الدار و یعطون الألف الموجود لمشتری الدار، و تکون الدار للدیّان.

و انما کان لهم الفسخ و ان کان علی المیّت دین مستغرق (لان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۰

المحجور، له الفسخ بخیاره.

و فی اشتراط ذلک بمصلحة الدیان و عدمه، وجهان.

و لو کان مصلحتهم فی الفسخ.

المحجور) ای الممنوع عن التصرف فی ماله (له الفسخ بخیاره) فان المحجور یمنع عن التصرف فی امواله، لا فی حقوقه و ان کانت تلک الحقوق مرتبطة بالمال مثلا، و الورثة لیسوا باکثر من المحجور، فهم لا یتمکنون من التصرف فی مال المیّت، اما التصرف فی حقهم فی الخیار فلهم ذلک.

(و فی اشتراط ذلک) ای الفسخ من الورثة (بمصلحة الدیان) کما اذا کانت الدار تسوی الفا و اکثر- فی المثال- (و عدمه) کما اذا کانت الدار تسوی باقل من الف حیث ان فی الفسخ ضرر الدیان (وجهان).

من ان الفسخ حق لهم فلهم الاخذ به و ان کان فی ذلک ضرر الدیان، کما اذا کان فی الفسخ ضرر المشتری.

مثلا: تسوی الدار حال الفسخ بالفین، فان فسخهم یوجب ضرر الف علی المشتری.

و من ان ترکة المیّت صارت متعلق حق الدیّان، فلیس لهم ان یتصرفوا فیها بما یوجب ضررا لهم، لدلیل: لا ضرر، و دلیل: لا یتوی حق امرئ مسلم لکن الظاهر تقدم حق الورثة لانه مقدم رتبة علی حق الدیان.

(و لو کان مصلحتهم) ای مصلحة الدیان (فی الفسخ) کما اذا باع المیّت داره بالف، و الآن تسوی بالفین، فان الفسخ یوجب ان یملک الدیان الدار التی تسوی بالفین عوض «الف الترکة».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۱

لم یجبروا الورثة علیه لانه حق لهم، فلا یجبرون علی اعماله.

و لو لم یکن للمیّت مال، ففی وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان.

من انه لیس لهم الاحق الفسخ کالا جنبی المجعول له الخیار او

فعلیه (لم یجبروا الورثة علیه) ای علی الفسخ (لانه حق لهم، فلا یجبرون علی اعماله) و الاصل عدم الجبر.

نعم الافضل لهم الفسخ لانقاذ المیّت من الدین.

(و لو) باع المیّت الشیء بخیار و اخذ الثمن و اتلفه، و (لم یکن للمیّت مال) فی الحال الحاضر، فاخذ الورثة بالخیار و فسخوا العقد (ففی وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص) کالولد الّذی یرث ثلثین یدفع ثلثی الثمن، و البنت التی ترث ثلثا تدفع ثلث الثمن، و هکذا بالنسبة الی سائر الورثة.

او عدم وجوب شیء علیهم و انما هم یفسخون لحقهم فی الفسخ فتصبح الدار ملکا للمیّت فاذا کان للمیّت دین- و منه دین المشتری

الّذی یطلب منه الثمن- کانت الدار موزّعة علی الدیان بالحصص (وجهان) اما وجه انهم لیس علیهم ان یعطوا الثمن من مالهم فهو ما ذکره بقوله: (من انه لیس لهم الاحق الفسخ کالا جنبی المجعول له الخیار) فکما انه اذا جعل الخیار للاجنبی، له ان یفسخ و لیس علیه ان یعطی الثمن فیما اذا لم یکن للمیّت او الحیّ البائع مال، فکذلک الورثة لیس لهم اعطاء مال من کیسهم (او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۲

الوکیل المستناب فی الفسخ و الامضاء و انحلال العقد المستلزم لدخول المبیع فی ملک المیّت یوفی عنه دیونه، و خروج الثمن من ملکه فی المعیّن و اشتغال ذمته ببدله فی الثمن الکلی فلا یکون مال الورثة عوضا عن المبیع، الاعلی وجه کونه وفاء لدین المیّت.

الوکیل المستناب فی الفسخ و الامضاء) فانه اذا کان الخیار لنفس البائع و افلس من کل مال فانه یصح له ان یوکل انسانا فی ان یمضی البیع عنه او یفسخ، فاذا فسخ الوکیل لم یکن علی الوکیل شیء، و ان لم یکن للموکل شیء یبذله عوض الثمن (و) الاحق (انحلال العقد المستلزم) ذلک الانحلال (لدخول المبیع) کالدار، فی المثال (فی ملک المیّت یوفی عنه) ای عن المبیع و «یوفی» بصیغة المجهول (دیونه، و خروج) عطف علی «انحلال» (الثمن من ملکه) ای ملک المیّت (فی) الثمن (المعیّن) الموجود (و اشتغال) عطف علی «خروج» (ذمته) ای المیت (ببدله) ای ببدل الثمن (فی الثمن الکلی) فیما اذ صرف المیّت الثمن الشخصی و کان له مال او لم یکن له مال، فانه یصبح الثمن حینئذ کلیا فی ذمته.

و انما یصبح کلیا، لقابلیة انطباقه علی کل مثل مثل او کل قیمة قیمة و علی هذا: (فلا یکون مال الورثة عوضا عن المبیع) اذ لا علاقة بین مالهم و بین المبیع، کما لا علاقة بین مال الاجنبی المجعول له الخیار، و بین المبیع (الاعلی وجه کونه) ای کون مال الورثة (وفاء لدین المیّت) ای لیس عوضا بان اذا شاءوا وفوا دین المیّت من مالهم بدون اجبار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۳

و حینئذ فلا اختصاص له بالورثة علی حسب سهامهم، بل یجوز للغیر اداء ذلک الدین بل لو کان للمیّت غرماء ضرب المشتری مع الغرماء و هذا غیر اشتغال ذمم الورثة بالثمن علی حسب سهامهم من المبیع.

و من انهم قائمون مقام المیّت فی الفسخ برد الثمن او بدله و تملک المبیع

(و حینئذ) ای حین لم یکن مال الورثة عوضا بل اذا شاءوا کان وفاء (فلا اختصاص له) ای للوفاء (بالورثة) فان الوفاء امر تبرّعی (علی حسب سهامهم) کما تقدم احتماله (بل یجوز للغیر) الاجنبی عن المیّت (اداء ذلک الدین) الّذی علی المیّت (بل) لو لم یکن للمیّت غرماء کان للمشتری ان یتقاضی حقه من نفس الدار، سواء کانت اکثر من حقه، او اقل، او مساویة لحقه، و (لو کان للمیّت غرماء) آخرون (ضرب المشتری مع الغرماء) فی نفس هذه الدار بالحصص (و هذا) ای حق المشتری فی الدار سواء کان معه غرماء آخرون، أم لا (غیر اشتغال ذمم الورثة بالثمن علی حسب سهامهم من المبیع) اذ لم تشتغل ذمة الورثة بشیء.

و انما لم یرثوا من الدار لوجود حق علی المیّت فی ترکته مما منع ذلک الحق الورثة من الارث، هذا کله وجه عدم ضمان الورثة للثمن.

اما وجه ضمانهم للثمن فهو ما ذکره بقوله: (و من انهم قائمون مقام المیّت فی الفسخ برد الثمن، او بدله) «بردّ» متعلق ب «الفسخ» ای انهم کالمیّت فی انه لا حق له فی الفسخ الا بان یرد الثمن اذا کان الثمن موجودا، و ردّ بدله مثلا او قیمة اذا کان الثمن تالفا (و تملک المبیع) «و تملک» عطف علی «الفسخ».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۴

فاذا کان المبیع مردودا علی الورثة من حیث انهم قائمون مقام المیّت اشتغلت ذممهم بثمنه من حیث انهم کنفس المیّت کما ان معنی

ارثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمن من مالهم، لا من مال الميّت ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و ان لم يوافقه الباقي و فسخ ففى انتقال المبيع الى الكل او الى الفاسخ، وجهان.

فكما ان الميّت لا يحق له الفسخ بدون ردّ الثمن اذ معنى الفسخ اعطاء ما عنده و اخذ ما عند طرفه، كذلك الورثة لان خيارهم غير خيار الميّت، فلا يتمكنون من الفسخ بدون رد الثمن (فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميّت) فاللازم ان نقول أيضا:

(اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث انهم كنفس الميّت).

و هناك فرق بين الاجنبى الّذى له الخيار و بينهم، فان الاجنبى ليس قائما مقام احد الطرفين و لذا يكون للاجنبى الخيار و ليس للطرف الجاعل له الخيار خيار، بخلاف الورثة فانهم انما ورثوا خيار الميّت بالذات (كما ان معنى ارثهم) اى الورثة (لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمن من مالهم، لا من مال الميّت) لان المال يدخل فى كيسهم، فاللازم ان يدفعوا بدله، و الميّت لا علاقة له بالشفعة الا بانه ورّثها.

(ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و ان لم يوافقه الباقى و فسخ) فى الكل (ففى انتقال) كل (المبيع الى الكل) اى كل الورثة من فسخ و من لم يفسخ (او الى الفاسخ) وحده (وجهان).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۵

ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ.

و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميّت.

و الاظهر فى الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولى او الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه، فهو كنفس الميّت، لا نائب عنه فى الفسخ.

(ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ) بان الفسخ يوجب اعطاء الفاسخ للبدل فاذا اخرج الثمن كله من كيس الفاسخ دخل المثمن كله فى كيس الفاسخ و لا علاقة لسائر الورثة بذلك.

(و) من (ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة) عن الميّت (و القيام مقام الميّت) فيكون فسخه كفسخ الميّت، و كما انه اذا فسخ الميّت كان المال للميّت فيرثه كل ورثته، كذلك اذا فسخ احدهم رجع المال، و كأنّه للميّت فيرثه كل الورثة.

(و الاظهر فى الفرعين) فرع ذكره بقوله «و لو لم يكن للميّت مال» و فرع ذكره بقوله «ثم لو قلنا بجواز الفسخ» (هو كون ولاية الوارث) على الفسخ (لا كولاية الولى او الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير) ليس هكذا (بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه) فالوارث يعمل حق نفسه بينما الولى و الوكيل يعمل حق غيره (فهو) اى الوارث (كنفس الميّت) فكما ان للميّت ولاية لنفسه، كذلك للوارث ولاية لنفسه (لا نائب عنه فى الفسخ) فاذا ابطلوا العقد دفعوا الثمن من كيسهم و دخلت الدار المستردّة الى كيسهم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۶

و من هنا جرت السيرة بان ورثة البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردون مثل الثمن من اموالهم، و يستردون المبيع لانفسهم من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج.

و المسألة تحتاج الى تنقيح زائد.

و كذلك اذا فسخ احدهم دخل كل الدار فى كيسه و خرج كل الثمن من كيسه.

(و من هنا جرت السیرة) بین المتشرّعة (بان ورثة البائع ببیع خیار ردّ الثمن) ای اذا کان خیار شرط بان یرد البائع الثمن و یسترد المثمن (یردون مثل الثمن من اموالهم، و یستردون المبیع لانفسهم).

و هذه السیرة کاشفة عن ارتکاز المتشرعة بان الوارث کالمیّت نفسه، لا انه کالوکیل و الولی (من دون ان یلزموا باداء الدیون منه) ای من المال المستردّ (بعد الاخراج) ای اخراج الثمن منه، او المراد بعد اخراج المثمن الی انفسهم.

(و المسألة) بعد (تحتاج الی تنقیح زائد) و الله العالم بحقائق الاحکام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۷

مسئلة لو کان الخیار لأجنبی و مات،

ففی انتقاله الی وارثه کما فی التحریر او الی المتعاقدین او سقوطه کما اختاره غیر واحد من المعاصرین.

و ربما یظهر من القواعد وجوه.

(مسألة: لو کان الخیار لا جنبی) بان جعل المتبایعان له خیار الفسخ (و مات) ذلک الاجنبی (ففی انتقاله الی وارثه) و لو کانت زوجة و کان ما فیه الخیار الارض (کما فی التحریر، او الی المتعاقدین) بمعنی من جعل منهما الخیار له.

فان شرط البائع الخیار للاجنبی کان الخیار للبائع.

و ان شرطه المشتری للاجنبی کان الخیار للمشتری.

و ان شرطاه معا للاجنبی فلهما الخیار (او سقوطه کما اختاره غیر واحد من المعاصرین).

(و ربما یظهر) السقوط أیضا (من القواعد وجوه).

و لکن هذه الاحتمالات انما هی فیما اذا لم یجعل الخیار خاصا به و الا فلا اشکال فی سقوطه، اذ ینتفی الخیار بانتفاء موضوعه فلیس ذلک اولی من ما اذا جعل الخیار خاصا باحد المتعاقدین، بحیث جعل منحصرا له، فانه لا اشکال فی سقوطه بموته، حیث انه لا اقتضاء للخیار اکثر من نفس المجعول له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۸

من انه حق ترکه المیّت، فلوارثه.

و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدین لانه بمنزلة الوکیل الّذی حکم فی التذکرة بانتقال خیاره الی موکله دون وارثه.

و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلیة نفس الا جنبی، فلا یدخل فی ما ترکه.

(من انه حق ترکه المیّت، ف) یکون (لوارثه) من بعده، و هذا وجه القول الاول.

(و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدین) فاذا مات المجعول له انتقل الی الجاعل (لانه بمنزلة الوکیل الّذی حکم فی التذکرة بانتقال خیاره) اذا مات (الی موکله دون وارثه) فاذا و کل زید عمروا فی اشتراء دار له بشرط، فاشتراه ثم مات عمرو، انتقل خیاره الی زید الموکل له، لا الی وارث عمرو، اذا لخیار جاء من قبل الموکل، فاذا مات الوکیل رجع الی الموکل، و هذا وجه القول الثانی.

(و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلیة نفس الاجنبی) فی الخیار (فلا یدخل) الخیار (فی) عموم (ما ترکه) المیّت فلوارثه، فاذا مات انقطع الخیار.

اما اذا کان ظاهر الجعل ذلک فلوضوح انهما جعلا الخیار له خاصة بشرط ان یکون هو الآخذ به، فلا یسری الخیار الی غیره.

و اما اذا کان محتمل الجعل ذلک، فلانه اذا کان الجعل خاصا و لو احتمالا، لم یعلم الجعل الاوسع، فالاصل الاقتصار علی القدر

المتيقن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۲۹

و هذا لا يخلو عن قوة، لاجل الشك فى مدخلية نفس الاجنبى.

و فى القواعد: لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه، و لا اجازته بدون رضا مولاه، و اذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخرة له.

(و هذا) القول الاخير و هو سقوطه بموت المجعول له (لا يخلو عن قوة، لاجل الشك فى مدخلية نفس الاجنبى) فلا يكون الخيار مما تركه الميّت، حتى يكون لوارثه، و لا- انه كالوكيل حتى يرجع الى المتعاقدين اذ لو جعل الخيار لانسان، لم يكن للجاعل الخيار، لانه خلاف الاصل، حتى انه اذا اراد اعمال الخيار فى حياة الاجنبى لم يتمكن، فلا وجه لانتقاله الى الجاعل بعد موته.

و مثل موت الاجنبى جنونه او ما اشبه مما لا يتمكن معه من اعمال الخيار (و) قال (فى القواعد: لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه، و لعله) اى لعل كون الخيار للمولى مع انه مجعول للعبد (لعدم نفوذ فسخه، و لا اجازته بدون رضا مولاه) لان الفسخ و الاجازة شيء، و قد قال اللّه تعالى: عبد مملوك لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ، و فى الحديث «أ فشيء الطلاق؟» يعنى ان ما كان شيئا لا يملكه العبد، و من المعلوم ان الخيار شيء (و اذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه) لوجوب اطاعة المولى على العبد (فلو امتنع) العبد مما امره المولى به (فللمولى فعله عنه) لانه الولى له (فيرجع الخيار بالأخرة له) اى للمولى، انتهى كلام العلامة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۰

لكن هذا يقتضى ان يكون عبد الاجنبى كذلك مع انه قال لو كان العبد لا جنبى لم يملك مولاه، و لا يتوقف على رضاه، اذا لم يمنع حقا للمولى.

فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلّا.

(لكن هذا) الّذى ذكره العلّامة فى العبد (يقتضى ان يكون عبد الاجنبى كذلك) فلمولاه جبره، و اذا امتنع كان لمولاه ان ينفذ الخيار فسخا او امضاء، لان العلة فى عبد احد المتعاقدين موجود فى عبد الاجنبى أيضا (مع انه) اى العلامة لا يقول بذلك فى عبد الاجنبى.

فانه (قال: لو كان العبد لا- جنبى لم يملك مولاه) الفسخ و الامضاء (و لا يتوقف) خيار العبد (على رضاه) اى رضا المولى (اذا لم يمنع) خياره (حقا للمولى) و الا فان منع حقا له توقف على رضاه، كما اذا جعل المتعاقدان الخيار للعبد بان يأتى الى المكان الفلانى و يختار، فان ذهاب العبد الى ذلك المكان يمنع حق المولى.

(فيظهر من ذلك) الكلام الّذى ذكره العلامة فى عبد الاجنبى (فساد الوجه المذكور) فى باب خيار عبد احدهما و ان مولاه يرجع الخيار إليه بالأخرة (نقضا و حلّا).

اما النقض: فلانه كما لا يرجع خيار عبد الاجنبى الى ذلك الاجنبى فكذلك لا يرجع خيار عبد احدهما الى احدهما.

و اما الحلّ: فلان الخيار جعل للعبد حسب الفرض فلا مدخلية للمولى فيه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۱

فافهم.

نعم اذا كان اعمال العبد للخيار مزاحما لحق المولى كان للمولى منعه و ليس معنى ذلك ارجاع الخيار الى المولى (فافهم).

فان العلامة لم يذكر فى خيار عبد احدهما ان الخيار يكون للمولى بل قال بانه اذا امره المولى أو نهاه كان له ذلك.

نعم یبقی الاشکال فی انه اذا امتنع العبد کان للمولی فعله عنه، لان المولی لیس نائبا عن العبد و وکیلا عنه، فکیف یمکن ان یأخذ بالخیار نیابة عن العبد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۲

مسئلة و من احکام الخیار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخیار،

و قد مرّ بیان ذلک فی مسقطات الخیار، و المقصود هنا بیان انه کما یحصل اسقاط الخیار و التزام العقد بالتصرف فیکون التصرف اجازة فعلیه، کذلک یحصل الفسخ بالتصرف فیکون فسخا فعلیا.

و قد صرح فی التذکرة بان الفسخ کالاجازة قد یکون بالقول، و قد یکون بالفعل.

(مسألة: و من احکام الخیار سقوطه) ای سقوط الخیار (بالتصرف) من ذی الخیار (بعد العلم بالخیار، و قد مرّ بیان ذلک فی مسقطات الخیار، و المقصود هنا بیان انه کما یحصل اسقاط الخیار و التزام العقد بالتصرف) فی ما یکون فیه الخیار (فیکون التصرف اجازة فعلیه) کما یصحّ اسقاط الخیار بالاجازة القولیة، کان یقول: التزمت بالبیع و اسقطت الخیار (کذلک یحصل الفسخ بالتصرف) فی ما انتقل عنه (فیکون فسخا فعلیا) فاذا باع زید داره من عمرو بالف بخیار، فان تصرف البائع فی الثمن کان اسقاطا للفسخ، و ان تصرف فی الدار کان تصرفه فسخا فعلیا فترجع الدار إلیه و یعود الثمن الی المشتری.

(و قد صرح فی التذکرة بان الفسخ کالاجازة قد یکون بالقول، و قد یکون بالفعل).

و الظاهر ان الاشارة و الکتابة تقومان مقام الفعل، لا مقام القول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۳

و قد ذکر جماعة کالشیخ و ابن زهرة و ابن ادریس و جماعة من المتأخرین عنهم، کالعلامة و غیره قدس الله اسرارهم، ان التصرف ان وقع فیما انتقل عنه کان فسخا، و ان وقع فیما انتقل إلیه کان اجازة.

و قد عرفت فی مسئلة الاسقاط انّ ظاهر الاکثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا.

و قد دلّ علیه الصحیحة المتقدمة فی خیار الحیوان المعللة للسقوط

و قولهم لا اعتبار بالکتابة انما یراد به فی مقام الاثبات، لا فی مقام الثبوت، اما النیة المجردة فلا اعتبار بها.

(و قد ذکر جماعة کالشیخ و ابن زهرة و ابن ادریس و جماعة من المتأخرین عنهم، کالعلامة و غیره قدس الله اسرارهم، ان التصرف ان وقع فیما انتقل عنه) ای عن صاحب الخیار (کان فسخا) لانه فعل الفسخ کما ان قوله: فسخت، هو الفسخ (و ان وقع) التصرف (فیما انتقل إلیه کان اجازة) لما سبق من ان التصرف دلیل الرضا.

(و قد عرفت فی مسئلة الاسقاط) ای اسقاط الخیار (انّ ظاهر الاکثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا) بالعقد، فلیس کل تصرف مسقطا فانه ربما یتصرف لان الطرف اباح له التصرف فی ماله، فلیس التصرف مسقطا، الا اذا اقترن بالرضا الفعلی بالعقد، و الحاصل ان الرضا علة و لیس بحکمة.

(و قد دلّ علیه) ای علی ان التصرف المؤذن بالرضا مسقط (الصحیحة المتقدمة فی خیار الحیوان المعللة للسقوط) ای سقوط الخیار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۴

بان التصرف رضا بالعقد، فلا خیار.

و کذا النبوی المتقدم.

و مقتضی ذلک منهم ان التصرف فیما انتقل عنه انما یکون فسخا اذا کان مؤذنا بالفسخ، و لیکون فسخا فعلیا.

و اما ما لا یدل علی إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به و ان قلنا بحصول الاجازة به بناء علی حمل الصحیحة المتقدمة علی سقوط الخیار بالتصرف تعبدا

(بان التصرف رضا بالعقد، فلا خیار) بعد الرضا لانه اسقط بنفسه خیار نفسه (و کذا النبوی المتقدم) فی مسقطات خیار الحیوان، و هو ما رواه جعفر علیه السلام عن ابیه، قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: فی رجل اشتری عبدا بشرط الی ثلاثة ایام فمات العبد فی الشرط قال صلی الله علیه و آله و سلم: یستحلف بالله تعالی ما رضیه، ثم هو بریء من الضمان فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد- کما تقدم-.

(و مقتضی ذلک) ای ان التصرف دال علی الرضا (منهم) ای من الفقهاء (ان التصرف فیما انتقل عنه انما یکون فسخا اذا کان) التصرف (مؤذنا) و مشعرا (بالفسخ و لیکون) التصرف (فسخا فعلیا) لانه فعل یقترن بقصد الفسخ.

(و اما ما لا یدل علی إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به) ای بذلک التصرف (و ان قلنا بحصول الاجازة به) ای بالتصرف الخالی عن القصد فی ما انتقل إلیه (بناء علی حمل الصحیحة) المعللة لسقوط الخیار بان التصرف رضا (المتقدمة) الدالة (علی سقوط الخیار بالتصرف تعبدا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۵

شرعیا من غیر ان یکون فیه دلالة عرفیة نوعیة علی الرضا بلزوم العقد، کما تقدم نقله عن بعض، الا ان یدعی الاجماع علی اتحاد ما یحصل به الاجازة و الفسخ، فکلما یکون اجازة لو ورد علی ما فی یده، یکون فسخا اذا ورد منه علی ما فی ید صاحبه.

و هذا الاتفاق و ان کان الظاهر تحققه الا ان اکثر هؤلاء کما عرفت کلماتهم فی سقوط خیار الشرط بالتصرف- یدل علی اعتبار الدلالة علی

شرعیا من غیر ان یکون فیه) ای فی التصرف فیما انتقل إلیه (دلالة عرفیة نوعیة علی الرضا بلزوم العقد، کما تقدم نقله) ای نقل هذا القول، و هو ان التصرف فیما انتقل إلیه مسقط، و ان لم یدل علی الرضا الفعلی (عن بعض) الفقهاء.

و الحاصل: ان التصرف الخالی عن الرضا فی المنتقل عنه لا یفسخ اما التصرف الخالی عن الرضا فی المنتقل إلیه فهو امضاء، فالرضا فی ما انتقل إلیه حکمة، و فیما انتقل عنه علّة (الا ان یدعی الاجماع علی اتحاد ما یحصل به الاجازة و الفسخ) من التصرف (فکلما یکون اجازة لو ورد علی ما فی یده) ای المنتقل إلیه (یکون فسخا اذا ورد منه) ای ممن له الخیار (علی ما فی ید صاحبه) ای المنتقل عنه فلا فرق فی التصرف بین الممضی فیما انتقل إلیه، و بین الفاسخ فیما انتقل عنه، بل اللازم اما لزوم اقتران کلیهما بالقصد او عدم اقتران کلیهما بالقصد.

(و هذا الاتفاق و ان کان الظاهر تحققه الا ان اکثر هؤلاء کما عرفت کلماتهم فی سقوط خیار الشرط بالتصرف- یدل) کلامهم (علی اعتبار الدلالة) ای بکون التصرف دالا (علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۶

الرضا فی التصرف المسقط فیلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة علی الفسخ فی التصرف الفاسخ.

و یدل علیه کثیر من کلماتهم فی هذا المقام أیضا.

قال فی التذکرة اما العرض علی البیع و الاذن فیه و التوکیل

الرضا فی التصرف المسقط) فالتصرف الخالی عن الرضا فی المنتقل إلیه لا یکون امضاء (فیلزمهم بالمقابلة) لاتحاد الفاسخ و الممضی (اعتبار الدلالة علی الفسخ فی التصرف الفاسخ) فاذا لم یقصد الفسخ ذو الخیار عند تصرفه فی المنتقل عنه، لم یکن تصرفه فاسخا.

(و یدل علیه) ای علی اشتراط قصد الفسخ حتی یکون التصرف فاسخا (کثیر من کلماتهم فی هذا المقام) ای مقام التصرف فی ما انتقل عنه (أیضا)

و الحاصل ان اللازم ان یکون التصرف فیما انتقل عنه بقصد الفسخ و الا لم یکن فاسخا.

و بناء الفقهاء علی ذلک أولا-لانهم ذکروا فی باب التصرف الممضی لزوم دلالته علی الرضا بضمیمة الاجماع علی اتحاد باب الامضاء، و باب الفسخ من هذه الجهة، فما قالوه فی باب الاجازة یأتی فی باب الفسخ.

و ثانیا: لانهم ذکروا فی باب الفسخ أیضا ان التصرف یلزم ان یکون ذالا علی الفسخ.

و ألیک جملة من کلماتهم فی هذا الباب:

(قال فی التذکرة اما العرض) ای عرض المنتقل عنه (علی البیع و الاذن فیه) بان یأذن البائع انسانا ببیع ما انتقل عنه (و التوکیل) لبیعه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۷

و الرهن غیر المقبوض بناء علی اشتراطه فیه و الهبة غیر المقبوضة فالاقرب انها من البائع فسخ، و من المشتری اجازة لدلالتها علی طلب المبیع، و استیفائه و هذا هو الاقوی.

و نحوها جامع المقاصد

(و الرهن غیر المقبوض) بان یرهن البائع المثمن و لم یقبضه المرتهن (بناء علی اشتراطه) ای القبض (فیه) ای فی الرهن فلا یلزم الرهن بدون الاقباض (و الهبة غیر المقبوضة) بان باع شیئا ثم وهبه و لم یقبضه.

و انما ذکر عدم القبض، لانه یرید بیان اقسام التصرفات غیر الناقلة فحال الرهن و الهبة- مع عدم قبضهما- حال العرض علی البیع و الاذن فیه و التوکیل له (فالاقرب انها من البائع فسخ) اذا وقع علی ما انتقل عنه- فی زمن خیار البائع- (و من المشتری اجازة) اذا وقع فی زمن خیار المشتری، و معنی کونها اجازة، ای امضاء فیسقط بذلک خیاره (لدلالتها) ای دلالة هذه الامور من البائع (علی طلب المبیع) و انه ابطل البیع (و) دلالتها من المشتری علی (استیفائه) ای استیفاء المشتری للمثمن و انه اسقط خیاره (و هذا هو الاقوی) هذا من تتمة کلام العلامة ای ان هذا اقرب الی الذهن و الاقوی فتوی.

(و نحوها) ای نحو هذه العبارة عبارة (جامع المقاصد) فان قوله «لدلالتها ... الخ» ظاهر فی ان العلامة یشترط فی التصرف الفاسخ ان یکون دالا علی قصد الفسخ.

فان معنی قوله «طلب المبیع» هو عبارة اخری عن قصد الفسخ فاذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۸

ثم انک قد عرفت الاشکال فی کثیر من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة کرکوب الدابة فی طریق الردّ، و نحوه مما لم یدل علی الالتزام اصلا، لکن الامر هنا اسهل، بناء علی ان ذا الخیار اذا تصرف فیما انتقل عنه تصرفا لا یجوز شرعا الا من المالک او باذنه دلّ ذلک- بضمیمة حمل فعل المسلم علی الصحیح شرعا- علی إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف

تحقق ذلک و انه یشترط ان یکون التصرف الفاسخ فی المنتقل عنه تصرفا بقصد الفسخ، ننتقل الی الکلام فی انه هل کل تصرف بقصد الفسخ یکفی او اللازم ان یکون تصرفا معتدا به.

فنقول: (ثم انک قد عرفت الاشکال فی کثیر من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة) «للتصرفات» متعلق ب «امثلتهم» (کرکوب الدابة

فی طریق الردّ) فیما اذا اشتری دابهٔ ثم اراد ردّها فرکبها فی الطریق، فانهم ذکروا ان هذا الرکوب یوجب امضاء العقد و اسقاط الخیار، لانه تصرف (و نحوه) کقول المشتری للجاریهٔ: ناولینی الثوب او اغلقی الباب او اسقینی الماء (مما لم یدل علی الالتزام) ای التزام المشتری بالبیع و اسقاط خیاره (اصلا، لکن الامر هنا) ای فی باب التصرف فی المنتقل عنه الموجب للفسخ (اسهل، بناء علی ان ذا الخیار اذا تصرف فیما انتقل عنه) فیما اذا کان له خیار الفسخ (تصرفا لا یجوز شرعا الا من المالک او باذنه دلّ ذلک) التصرف (- بضمیمهٔ حمل فعل المسلم علی الصحیح شرعا-) ای صحیحا شرعیا (علی إرادهٔ انفساخ العقد قبل هذا التصرف) اذ لو لا إرادهٔ الانفساخ کان تصرفه باطلا، و ذلک خلاف ما دلّ علی حمل فعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۳۹

قال فی التذکرهٔ لو قبّل الجاریهٔ بشهوهٔ او باشر فیما دون الفرج او لمس بشهوهٔ، فالوجه عندنا انه یکون فسخا، لان الاسلام یصون صاحبه عن القبیح، فلو لم یختر الامساک لکان مقدما علی المعصیهٔ، انتهی.

ثم نقل عن بعض الشافعیهٔ احتمال العدم نظرا الی حدوث هذه الامور عمّن تردّد فی الفسخ و الاجازهٔ.

المسلم علی الصحیح، فقد قال علیه السلام «ضع امر اخیک علی احسنه» و یدل علی ما ذکرناه ما (قال فی التذکرهٔ لو قبّل الجاریهٔ) التی باعها و کان له خیار فیها (بشهوهٔ) او بلا شهوهٔ أیضا لانه لا یجوز تقبیل جاریهٔ الناس اللهم الا ان یرید القبلهٔ من الحاجز فانها لا تحرم اذا لم تکن بشهوهٔ بقرینهٔ ان اللّمس بلا شهوهٔ أیضا کذلک فتأمل (او باشر فیما دون الفرج) لان الوطی فسخ قطعا (او لمس بشهوهٔ فالوجه عندنا انه یکون فسخا لان الاسلام یصون صاحبه عن القبیح) فکونه مسلما دلیل علی انه لا یفعل القبیح، ففعله لیس بقبیح، و لا یتحقق ذلک الا باختیار الفسخ او السهو و النسیان، لکن اصالهٔ عدم السهو و النسیان یوجب حمل فعله علی الفسخ (فلو) کان قد فعل ذلک فی حال انه (لم یختر الامساک) ای امساک الجاریهٔ المبیعهٔ بإرادهٔ ردّها، و کذا امساک الجاریهٔ المشتراهٔ بإرادهٔ امضاء العقد (لکان مقدما علی المعصیهٔ) و الاصل عدمه (انتهی).

(ثم نقل عن بعض الشافعیهٔ احتمال العدم) ای عدم کون هذه الامور فسخا (نظرا الی حدوث هذه الامور عمّن تردّد فی الفسخ و الاجازهٔ) فیما اذا اشتری جاریهٔ ثم قبّلها، فانه لا یصادم التردّد لانها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۰

و فی جامع المقاصد عند قول المصنف قدّس سره، و یحصل الفسخ بوطی البائع و بیعه و عتقه و هبته، قال لوجوب صیانهٔ فعل المسلم عن الحرام حیث یوجد إلیه سبیل، و تنزیل فعله علی ما یجوز له فعله مع ثبوت طریق الجواز، انتهی.

ثم

ملکک له الآن.

و الحاصل انه لا یلزم اصل الصحهٔ فی عمل المسلم مع الفسخ.

لکن لا یخفی ان کلام العلامهٔ فی القبلهٔ بالنسبهٔ الی الجاریهٔ المبیعهٔ لقوله- انه یکون فسخا- و کلام الشافعی فی القبلهٔ بالنسبهٔ الی الجاریهٔ المشتراهٔ لقوله- نظرا الی حدوث- لان البائع لا یقبل الجاریهٔ التی باعها فلیس کلام الشافعی مصادما لکلام العلامهٔ، فتأمّل.

(و فی جامع المقاصد عند قول المصنف) و هو العلامهٔ (قدّس سره و یحصل الفسخ بوطی البائع) للجاریهٔ التی باعها (و بیعه و عتقه و هبته، قال) و انما یکون فسخا (لوجوب صیانهٔ فعل المسلم عن الحرام حیث یوجد إلیه) ای الی الحمل علی الصحیح (سبیل، و) لوجوب (تنزیل فعله) ای فعل المسلم (علی ما یجوز له فعله مع ثبوت) ای وجود و امکان (طریق الجواز) حتی لا ینسب المسلم الی انه فعل حراما (انتهی) کلام جامع المقاصد.

(ثم) ان اصل حمل فعل المسلم على الصحيح ليس اصلا عمليا، حتى لا تثبت لوازمه، فليس مثل الاستصحاب بل من الاصل الّذى بمعنى الامارة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۱

انّ اصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الامارات الشرعية، فيدل على الفسخ لاـ من الاـصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ، لما تقرر من ان الاصول التعبدية لا تثبت الا اللوازم الشرعية. لمجاريها.

مما يثبت لازمه، مثل اصالة حجية السوق و اليد و نحوهما.

فان اصل صحة عمل المسلم يوجب ان نقول ان اللحم الّذى بيده و يبيعه قد ذكى تذكية شرعية، او ان المرأة التى تحته عقد عليها عقدا صحيحا، فلاـ يجوز تزويج تلك المرأة، و هكذا بالنسبة الى كل اللوازم، فحال الامارات حال خبر الواحد و نحوه فى حجية لوازمها.

ف (انّ اصالة حمل فعلم المسلم على الجائز) شرعا اى الصحيح (من باب الظواهر) اى مثل ظاهر القرآن و ظاهر خبر الواحد (المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة) و هو الظاهر من ادلتها.

فحال هذه الاصالة (كغيرها من الامارات الشرعية) و الامارة اصطلاح يقال لما يقابل الاصل، فان كانت لوازمه حجة سمى أمارة، و الّا سمى اصلا، فالاستصحاب اصل و سوق المسلمين أمارة (فيدل) تصرف البائع فى المنتقل عنه مثل تقبيله للجارية التى باعها (على الفسخ لا من الاصول التعبدية حتى يقال انها) اى الاصول التعبدية (لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ) «للفسخ» متعلق ب «إرادة» (لما تقرر من ان الاصول التعبدية) كالاستصحاب و البراءة و الاحتياط و التخيير (لا تثبت الا اللوازم الشرعية لمجاريها).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۲

و هنا كلام مذكور فى الاصول.

ثم ان مثل التصرف الّذى يحرم شرعا الا على المالك او مأذونه التصرف الّذى لا ينفذ شرعا الا من المالك او مأذونه و ان لم يحرم

فاللازم و الملازم و الملزوم العقلية و العرفية و العادية، لا تثبت بالاصول العملية، كما قرر فى الاصول.

نعم اللازم الشرعى ثابت بالاصل العملى.

فاذا استصحب الطهارة جاز له ان يصلى بتلك الطهارة المستصحبة لان صحة الصلاة من اللوازم الشرعية للطهارة.

(و هنا كلام مذكور فى الاصول) و هو الاشكال فى اثبات اصل الصحة للوازمه، بل الثابت به عدم تفسيقه و ما اشبه.

مثلا: اذا قال لك المسلم كلاما و ترددت فى انه هل سبّك او سلّم عليك، فاصل الصحة يقول انه لم يسبّك فليس بفاسق، اما انه سلّم عليك فيجب عليك الجواب فلا، و كذلك اذا قال كلاما شككت فى انه هل قال:

زوجتك بنتى او اغتاب انسانا مسلما، فان اصل الصحة يقول انه لم يغتب انسانا، اما اثبات انه زوجك ابنته حتى اذا قلت انت قبلت صارت بنته زوجة لك فلا.

(ثم ان مثل التصرف الّذى يحرم شرعا الاـعلى المالك او مأذونه) مثل وكيله، هو (التصرف الّذى لا ينفذ شرعا الا من المالك او مأذونه و ان لم يحرم).

فالمراد بالتصرف الّذى يوجب الفسخ ليس التصرف الدائر بين الحرام و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۳

کالبیع و الاجارة و النکاح، فان هذه العقود و ان حلّت لغیر المالک لعدم عدّها تصرفا فی ملک الغیر، الّا انّها تدل علی إرادة الانفساخ بها بضمیمة اصالة عدم الفضولیة کما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف و الاجازة و التزویج فی معنی البیع.

الفاسخ فقط، بل الاعمّ منه و من التصرف الدائر بین التصرف المالکی و بین التصرف الفضولی.

فانه اذا باع البائع ما باعه للمشتری، و تردّد فی ان یکون ذلک فسخا او فضولیا قدّم کونه فسخا علی کونه فضولیا (کالبیع و الاجازة و النکاح، فان هذه العقود و ان حلّت لغیر المالک) فضولة (لعدم عدّها تصرفا فی ملک الغیر) المنهیّ عنه شرعا (الّا انّها) اذا صدرت عن البائع بالنسبة الی المثمن (تدل علی إرادة الانفساخ بها) ای بهذه العقود (بضمیمة اصالة عدم الفضولیة) فاذا صدر عن البائع شیء بالنسبة الی المثمن، فان کان عملا حراما فی نفسه کقبلة الجاریة المبیعة دل ذلک علی الفسخ لاصالة حمل فعل المسلم علی الصحیح، و ان کان عملا- جائزا فی نفسه فان کان لا یصح الا من المالک کالعتق حیث قالوا ان الفضولیة لا تجری فی الایقاعات کان اصل الصحة موجبا للفسخ، و ان کان یصح من المالک هو من غیر المالک فضولا- کالنکاح و البیع- کان اصل الصحة بضمیمة عدم الفضولیة موجبا للفسخ (کما صرح بها) ای بدلالة هذه العقود علی الانفساخ (جامع المقاصد عند قول المصنف) و هو العلامة ره (و الاجازة و التزویج فی معنی البیع) فهذه الامور اذا صدرت من البائع بالنسبة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۴

و المراد بهذا الاصل الظاهر.

فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ مع انه لو ارید به اصالة عدم قصد العقد عن الغیر، فهو حاکم علی اصالة

الی المثمن دلت علی الانفساخ.

(و المراد بهذا الاصل) ای اصل عدم الفضولیة (الظاهر).

اذ: الظاهر ان الانسان اذا عقد انما یعقد عن نفسه لا فضولة عن غیره اذ یحتاج ذلک الی عنایة زائدة.

(ف) حیث ان المراد به الظاهر (لا- وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ) حیث توهم انه من طرف الاصل عدم الفضولیة- و ذلک یقتضی الفسخ- و من طرف آخر الاصل عدم الفسخ فیتساقطان فیبقی العقد السابق علی حاله.

و انما قلنا «فلا وجه» لان المراد باصالة عدم الفضولیة الظاهر و من المعلوم ان الاصل العملی و هو اصالة عدم الفسخ لا یعارض الاصل الاجتهادی و هو اصالة عدم الفضولیة.

فان الظواهر تقدم علی الاصول العملیة کما قرر فی الاصول (مع انه لو ارید به) ای باصل عدم الفضولیة الاصل العلمی و هو الاستصحاب، بان فسرناه ب (اصالة عدم قصد العقد عن الغیر) لان هذا قصد زائد علی قصد العقد، فاذا شک فیه کان الاصل عدمه، فان اصل العقد محرز، و الشک فی الزیادة (فهو) أیضا مقدم علی اصالة عدم الفسخ، و ان کان کل منهما اصلا عملیّا لان اصل عدم قصد العقد عن الغیر (حاکم علی اصالة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۵

عدم الفسخ.

لکن الانصاف انه لو ارید به هذا لم یثبت به إرادة العاقد للفسخ.

و کیف کان فلا اشکال فی اناطة الفسخ بذلک عندهم کالاجازة بدلالة التصرف علیه.

و یؤیده استشکالهم فی بعض افراده من حیث دلالته بالالتزام علی الالتزام بالبیع او فسخه

عدم الفسخ) لان الشک فی الفسخ ناشئ عن الشک فی القصد عن الغیر فهما من قبیل السبب و المسبب.

(لکن الانصاف انه لو ارید به) ای باصل عدم الفضولیة (هذا) ای اصل عدم قصد العقد عن الغیر (لم یثبت به إرادة العاقد للفسخ) لان لوازم الاصل العملی لیست بحجة، بخلاف ما لو ارید به الظاهر، فان لوازمه حجة، اذ هو اصل اجتهادی کما عرفت.

(و کیف کان فلا اشکال فی اناطة الفسخ بـذلک) ای بالتصرف فی المنتقل عنه (عندهم کالاجازة) ای اناطة الاجازة و الامضاء عند تصرفه فی المنتقل إلیه (بدلالة التصرف علیه) ای علی قصده الفسخ و الامضاء.

(و یؤیده) ای یؤید ان مرادهم فیما اذا کان التصرف دالا علی قصد الفسخ و الامضاء (استشکالهم فی بعض افراده) ای بعض افراد التصرف (من حیث) الشک فی (دلالته) ای دلالة التصرف (ب) دلالة (الالتزام) العرفی (علی الالتزام بالبیع) فی ما اذا تصرف فی المنتقل إلیه (او) ب (فسخه) فی ما اذا تصرف فی المنتقل عنه یعنی بعض افراد التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۶

و من حیث امکان صدوره عمن تردّد فی الفسخ کما ذکره فی الایضاح و جامع المقاصد و فی وجه اشکال القواعد فی کون العرض علی البیع و الاذن فیه فسخا.

یدل علی الالتزام بالبیع او بالفسخ، و هذا القسم من التصرف یوجب الامضاء و الفسخ، و بعض افراد التصرف لا یدل علی التزام البائع بالبیع و الفسخ.

و قد اشکل الفقهاء فی هذا القسم من التصرف فی کونه امضاء او فسخا فاشکالهم یدل علی انهم لا یعتبرون مجرد التصرف امضاء او فسخا، بل یلزم عندهم ان یکون التصرف دالا علی قصد الامضاء و قصد الفسخ (و من حیث امکان صدوره) ای صدور ذلک الفرد من التصرف (عمن تردّد فی الفسخ) فالتصرف الفاسخ هو التصرف الدال بالالتزام علی امضاء البیع لا التصرف الّذی لا یدل، و لا التصرف الّذی یصدر عن المتردّد فی الامضاء و الفسخ (کما ذکره فی الایضاح و جامع المقاصد) بان التصرف اذا کان ممکنا صدوره عن الثالث لم یکن ذلک التصرف امضاء و لا فسخا (و) کما ذکره (فی وجه اشکال القواعد فی کون العرض علی البیع و الاذن فیه) بالنسبة الی المثمن الّذی انتقل عنه (فسخا) حیث ان مجرد هذا العمل لا یدل دلالة عرفیة علی الفسخ.

فتحصّل ان التصرف الدال علی الامضاء بالقصد یکون امضاء، و التصرف الدال علی الفسخ بالقصد یکون فسخا.

و اما التصرف غیر الدال، و التصرف المشکوک فی انه یدل أو لا، لا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۷

و مما ذکرنا یعلم انه لو وقع التصرف فیما انتقل عنه نسیانا للبیع او مسامحة فی التصرف فی ملک الغیر او اعتمادا علی شهادة الحال بالاذن لم یحصل الفسخ بذلک.

یکون امضاء و لا فسخا.

(و مما ذکرنا) من لزوم دلالة التصرف علی القصد (یعلم انه لو وقع التصرف) من البائع (فیما انتقل عنه نسیانا للبیع او مسامحة فی التصرف فی ملک الغیر) بان یتصرف هذا الانسان فی املاک الناس مسامحة بدون اذنهم (او اعتمادا علی شهادة الحال بالاذن) لانه صدیق المشتری و قد اذن له بالفحوی فی التصرف فی کل امواله (لم یحصل الفسخ بذلک) ای بهذا النحو من التصرف المشکوک فی کونه عن قصد الفسخ أو لا.

و لکن لا یخفی ان هذا انما هو فی عالم الاثبات، اما عالم الثبوت فان کان قاصدا للامضاء فیما تصرف فی المنتقل إلیه او للفسخ فیما تصرف فی المنتقل عنه، کان الاول امضاء و الثانی فسخا، کما لا یخفی و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۸

مسئلة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، او يحصل قبله متصلا به.

اشارة

و بعبارة اخرى التصرف سبب او كاشف، فيه وجهان، بل قولان.

من ظهور كلماتهم فى كون نفس التصرف فسخا او اجازة.

و انه فسخ فعلى فى مقابل القولى.

و ظهور اتفاقهم على ان الفسخ، بل مطلق الانشاء لا يحصل بالنيّة

(مسألة: هل الفسخ يحصل بنفس التصرف) فالتصرف فاسخ فعلى كما ان قوله «فسخت» فاسخ لفظى (او يحصل) الفسخ عند التصرف (قبله) اى قبل التصرف فى حالكونه (متصلا به) و هو ما يسمّى بالفسخ الآنامّائى.

(و بعبارة اخرى التصرف سبب) للفسخ (او كاشف) عن سبب سابق قبل التصرف (فيه وجهان، بل قولان).

وجه ان التصرف فاسخ ما ذكره بقوله: «۱» (من ظهور كلماتهم فى كون نفس التصرف فسخا) فيما لو تصرف فى المنتقل عنه (او اجازة) فيما لو تصرف فى المنتقل إليه.

(و) «۲» قولهم أيضا (انه) اى التصرف (فسخ فعلى فى مقابل) الفسخ (القولى).

(و) «۳» (ظهور اتفاقهم على ان الفسخ، بل مطلق الانشاء) فسخا كان او غير فسخ (لا يحصل بالنيّة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۴۹

بل لا بد من حصوله بالقول او الفعل.

و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح و من المعلوم انه لا يصان عنه الا اذا وقع الفسخ قبله و الا لوقع الجزء الاول منه محرّما.

و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا على كونه دالا عليه و ان لم يتحقق به.

و

بل لا بد من حصوله بالقول او الفعل).

فالنيّة قبل الفعل لا تسبب الفسخ هذا كله وجه ان الفعل هو الفاسخ اما وجه ان الفسخ يحصل قبل التصرف، فهو ما ذكره بقوله: (و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح).

وجه دلالة هذا الكلام على كون الفسخ قبل الفعل ما ذكره بقوله (و من المعلوم انه لا يصان) فعلم المسلم (عنه) اى عن القبيح (الا اذا وقع الفسخ قبله) اى قبل الفعل (و الا) فلو تحقق الفسخ بالفعل (لوقع الجزء الاول منه) اى من الفعل (محرّما) و لم يصن فعله عن القبيح.

(و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا) اى القول الاول بما لا ينافى القول الثانى بحمله (على كونه) اى الفعل (دالا عليه) اى على الفسخ (و ان لم يتحقق به) اى بنفس الفعل.

(و) ان قلت: ظاهر قولهم «الفعل فاسخ» فی مقابل قولهم «القول

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۰

هذا المقدار یکفی فی جعله مقابلا للقول.

و یؤیده ما دل من الاخبار المتقدمهٔ علی کون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخیار و ان اعتبر کونه مکشوفا عنه بالتصرف.

و قد عرفت هناک التصریح بذلک من الدروس، و صرح به فی التذکرهٔ أیضا حیث ذکر ان قصد المتبایعین لاحد عوضی الصرف قبل التصرف رضا بالعقد

فاسخ» ان نفس الفعل فاسخ لظهور المقابلهٔ فی ذلک.

قلت: (هذا المقدار) ای کون الفعل دالا علی الفسخ (یکفی فی جعله) ای فی جعل الفعل (مقابلا للقول) فان الفعل سواء کان بنفسه فسخا او کاشفا عن الفسخ یکون مقابلا للقول.

(و یؤیده) ای یؤید ان الفعل کاشف و لیس بفاسخ (ما دل من الاخبار المتقدمهٔ علی کون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و) مناط (سقوط الخیار) لظهور قوله «لانه رضی» ای الرضا هو المسقط للخیار (و ان اعتبر کونه) ای الرضا (مکشوفا عنه بالتصرف) فالتصرف لیس هو بنفسه فاسخا بل هو کاشف عن الرضا الّذی هو فاسخ، فلیس الفعل فاسخا.

(و قد عرفت هناک) فی باب ان الرضا هو مناط سقوط الخیار (التصریح بذلک من الدروس، و صرح به فی التذکرهٔ أیضا).

فان التذکرهٔ و ان لم یذکر ذلک فی باب الفسخ لکن ذکره فی باب الامضاء فیکفی بعد وضوح اتحاد باب الامضاء مع باب الفسخ من هذه الجههٔ (حیث ذکر ان قصد المتبایعین لاحد عوضی الصرف) بان اراده (قبل التصرف رضا بالعقد) فالرضا الموجب لسقوط الخیار حاصل بدون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۱

فمقتضی المقابلهٔ هو کون کراههٔ العقد باطنا، و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا کشف عنه التصرف.

و یؤیده انهم ذکروا انه لا- تحصل الاجازهٔ بسکوت البائع ذی الخیار علی وطی المشتری معلّلا بان السکوت لا یدل علی الرضا، فان هذا الکلام ظاهر فی ان العبرهٔ بالرضا.

و صرّح فی المبسوط بانه لو علم رضاه بوطی المشتری سقط خیاره، فانتصر فی

التصرف.

(فمقتضی المقابلهٔ) بین الامضاء و الفسخ (هو کون کراههٔ العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا کشف عنه) ای عن ذلک الکره (التصرف) بان تصرف فی المنتقل عنه فانه کاشف عن کون البائع لا یرید العقد، و الا فکیف یتصرف فی مال الناس.

(و یؤیده) ای یؤید کون الکراههٔ فاسخهٔ و الفعل کاشف عنه (انهم ذکروا انه لا تحصل الاجازهٔ بسکوت البائع ذی الخیار علی وطی المشتری) فاذا باع البائع جاریهٔ و جعل لنفسه الخیار ثم وطئها المشتری و سکت البائع لم یکن سکوته دالا علی اسقاط خیاره (معللا بان السکوت لا یدل علی الرضا، فان هذا الکلام ظاهر فی ان العبرهٔ) فی الفسخ و الامضاء (بالرضا) لا بالفعل.

(و صرّح فی المبسوط بانه لو علم رضاه) ای رضا البائع (بوطی المشتری) للجاریهٔ التی للبائع خیار فیها (سقط خیاره فاقتصر) المبسوط (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۲

الاجازهٔ علی مجرد الرضا.

و اما ما اتفقوا علیه من عدم حصول الفسخ بالنیّة فمرادهم بها نیّة الانفساخ اعنی الکراهة الباطنیة لبقاء العقد.

و البناء علی کونه منفسخا من دون ان یدل علیها بفعل مقارن له.

و اما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثیرها فیما یکفی فیه الفعل.

اذ کلما یکفی فیه الفعل من الإنشاءات

الاجازة) المسقطة للخیار (علی مجرد الرضا).

(و) ان قلت: فاذا کان مجرد الرضا و الکراهة موجبا للامضاء و الفسخ فکیف اتفقوا علی ان الفسخ لا یحصل بالنیّة.

قلت: (اما ما اتفقوا علیه من عدم حصول الفسخ بالنیّة فمرادهم بها) ای بالنیّة المجردة بدون الفعل الکاشف عنها، فلیس الفاسخ (نیّة الانفساخ اعنی الکراهة الباطنیّة لبقاء العقد) «لبقاء» متعلق ب «الکراهة» (و البناء) عطف علی «الکراهة» (علی کونه) ای العقد (منفسخا من دون ان یدل علیها بفعل مقارن له) ای للبناء علی الفسخ.

(و اما مع اقترانها) ای النیّة (بالفعل) المظهر لتلک النیّة، کما لو باع ما انتقل عنه (فلا قائل بعدم تأثیرها) ای بعدم تأثیر النیّة (فیما یکفی فیه الفعل) ای فیما لا یحتاج الی اللفظ، اما ما یحتاج الی اللفظ کالنکاح و الطلاق فلا تکفی النیّة المقترنة بالفعل، الا فی الاخرس و من شابهه.

(اذ) علة لقوله «اما مع اقترانها» (کلما یکفی فیه الفعل من الإنشاءات

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۳

و لا یعتبر فیه خصوص القول، فهو من هذا القبیل، لان الفعل لا إنشاء فیه فالمنشأ یحصل بإرادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل، لعدم دلالته علیه.

نعم یلزم من ذلک ان لا یحصل الفسخ باللفظ اصلا لان اللفظ- ابدا-

---

و لا یعتبر فیه خصوص القول، فهو من هذا القبیل) ای ان النیّة المقاربة للفعل تکون موجبة لتحقق ذلک الانشاء.

و الحاصل: ان هناک قول مجرد، و نیّة مجردة، و نیّة و قول.

و ما اتفقوا علی انه لا یکفی، انما هو النیّة المجردة، و کلامنا انه تکفی النیّة المقترنة بالفعل فلیس ما ذکرناه خلاف اتفاقهم.

و یدل علی ان الفاسخ لیس هو الفعل ما ذکره بقوله: (لان الفعل لا إنشاء فیه) اذ الانشاء امر ارادی و ایجاد الفعل لیس کذلک (فالمنشأ) بصیغة المفعول- (یحصل بإرادته) ای بإرادة المنشی (المتصلة) تلک الإرادة (بالفعل، لا بنفس الفعل، لعدم دلالته) ای الفعل (علیه) ای علی الانشاء.

و لکن ربما یقال: لا فرق بین القول و الفعل فکیف تقولون بحصول الانشاء بالقول، و لا تقولون بحصوله بالفعل.

(نعم) اذا قلنا بان الفسخ یحصل بالکراهة القلبیة، و الفعل کاشف (یلزم من ذلک ان لا یحصل الفسخ باللفظ اصلا) فاذا تلفظ بالفسخ لزم ان یکون اللفظ کاشفا- کالفعل- لا فاسخا (لان اللفظ- ابدا-) و دائما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۴

مسبوق بالقصد الموجود بعینه قبل الفعل الدال علی الفسخ.

و قد ذکر العلامة فی بعض مواضع التذکرة ان اللازم- بناء علی القول بتضمن الوطی للفسخ- عود الملک الی الواطئ مع الوطی او قبیله فیکون حلالا.

هذا و کیف کان فالمسألة ذات قولین، ففی التحریر قوی جهة الوطی الّذی

(مسبوق بالقصد الموجود بعینه قبل الفعل الدال علی الفسخ).

فاذا قلتم: ان القصد الّذی هو قبل الفعل فاسخ، فاللازم ان تقولوا بان القصد الّذی هو قبل القول فاسخ فکیف تقولون ان اللفظ فاسخ.

و الحاصل: ان القول و الفعل، اما کلاهما فاسخان، و اما ان القصد السابق علیهما فاسخ، فلا فرق بینهما.

(و قد ذکر العلامة) ما یدل علی ان القصد هو الفاسخ فی باب الفعل حیث انه ذکر (فی بعض مواضع التذکرة ان اللازم- بناء علی القول بتضمن الوطی للفسخ-) ای ان وطی البائع للجاریة المبیعة فسخ لبیعها (عود الملک الی الواطئ) بسبب النیّة، و قوله «عود» خبر «ان اللازم» (مع الوطی او قبیله، فیکون) الوطی (حلالا) و الّا فاذا انتقل الملک الی الواطئ بعد الآن الاول من الوطی یقع الآن الاول من الوطی حراما، لانه وطی فی ما لیس بملک له.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج‌۱۵، ص: ۱۵۴

(هذا و کیف کان فالمسألة) ای مسئلة ان الفسخ هل یحصل بالفعل او قبل الفعل بالنیّة (ذات قولین، ففی التحریر قوی جهة الوطی الّذی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۵، ص: ۱۵۵

یحصل به الفسخ و ان الفسخ یحصل باول جزء منه، فیکشف عن عدم الفسخ قبله و هو لازم کل من قال: بعدم صحة عقد الواهب الّذی یتحقق به الرجوع کما فی الشرائع.

و عن المبسوط و المهذب و الجامع و الحکم فی باب الهبة و الخیار واحد.

یحصل به الفسخ و ان الفسخ یحصل باول جزء منه) ای من الوطی (فیکشف) کلام التحریر (عن) قوله: ب (عدم الفسخ قبله) ای قبل الوطی (و هو) ای کون الوطی هو الفاسخ (لازم کل من قال: بعدم صحة عقد الواهب الّذی یتحقق به الرجوع) فیما اذا وهب شیئا، ثم باع الموهوب من انسان آخر، فهل یصحّ هذا البیع و یکون ذلک رجوعا؟ أو لا یصح هذا البیع، لانه واقع علی ملک الموهوب له.

و قد ورد انه لا بیع الا فی ملک، و انما کان ذلک لازم کل من قال، اذ لو کان الفسخ یقع قبل الفعل کان اللازم صحة عقد الواهب، لان الفسخ وقع قبل العقد فیصح العقد لانه کان عقدا فی ملک الواهب (کما) افتی به (فی الشرائع).

(و عن المبسوط و المهذب و الجامع) حیث افتوا بعدم صحة عقد الواهب (و الحکم فی باب الهبة و الخیار واحد).

فان قلنا بان الفسخ قبل الفعل، صحّ عقد الواهب و صحّ وطی ذی الخیار، لانه یقع العقد و الوطی فی ملک العاقد الواهب و البائع الواطئ و ان قلنا بان الفسخ بالفعل هو نفس الفعل کان العقد باطلا و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۵، ص: ۱۵۶

و توقف الشهید فی الدروس فی المقامین مع حکمه بصحة رهن ذی الخیار.

و جزم الشهید و المحقق الثانیان بالحلّ نظرا الی حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن.

ثم انه لو قلنا: بحصول الفسخ قبیل هذه الافعال

الوطی حراما، لانه لا عقد الا فی ملک، و لا وطی الا فی ملک، و المفروض ان الواهب لم یملک الموهوب قبل العقد و الواطئ لم

یملک الجاریة التی له فیها الخیار قبل الوطی.

(و توقف الشهید فی الدروس فی المقامین) و هما: عقد الواهب و وطی ذی الخیار (مع حکمه بصحة رهن ذی الخیار) فیما اذا باع شیئا بخیار ثم رهن ذو الخیار المبیع، مع انه لا رهن الا فی ملک.

و مقتضی فتواه بصحة الرهن ان الملک یحصل قبل الفعل، و لازم ذلک ان یقول بصحة عقد الواهب، و بصحة وطی ذی الخیار.

(و جزم الشهید و المحقق الثانیان بالحلّ) ای حل وطی ذی الخیار (نظرا الی حصول الفسخ قبله) ای قبل الوطی (بالقصد المقارن) للفعل فیحصل الفسخ آنا مّا، ثم یقع الوطی، کما ذکروا مثل ذلک فی باب عتق العمودین اذا اشتراهما الانسان، فان مقتضی «لا عتق الّا فی ملک» و «عدم ملک العمودین» ان العمودین یدخلان فی ملک الانسان آنا مّا ثم یعتقان علیه.

(ثم انه لو قلنا: بحصول الفسخ قبیل هذه الافعال) و هی: الوطی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۷

فلا اشکال فی وقوعها فی ملک الفاسخ، فیترتب علیها آثارها، فیصح بیعه و سائر العقود الواقعة منه علی العین لمصادفتهما للملک و لو قلنا:

بحصوله بنفس الافعال فینبغی عدم صحة التصرفات المذکورة کالبیع و العتق من حیث عدم مصادفتهما لملک العاقد التی هی شرط لصحتها.

و الرهن و البیع و ما اشبه فی ذی الخیار، سواء کان الخیار مجعولا کبیع الامة بخیار البائع لو کان العقد جائزا کالهبة مثلا (فلا اشکال فی وقوعها) ای وقوع هذه الافعال (فی ملک الفاسخ، فیترتب علیها) ای علی هذه الافعال (آثارها) الشرعیة (فیصح بیعه) ای بیع المبیع (و سائر العقود الواقعة منه) ای من ذی الخیار (علی العین) التی کانت منتقلة عن البائع و الواهب، ثم اجری علیها البیع ثانیا او الرهن کما یصح وطیه فیکون الولد حلالا و یصح عتقه فیعتق (لمصادفتهما) ای البیع و سائر العقود و کذلک العتق و الوطی (للملک) ای ملک ذی الخیار، لانه قبل الفعل دخل فی ملکه آنا مّا (و لو قلنا: بحصوله) ای حصول الفسخ (بنفس الافعال) المذکورة فبنفس الوطی یکون الفسخ و بنفس البیع یکون فسخ الهبة، و هکذا (فینبغی) القول ب (عدم صحة التصرفات المذکورة کالبیع و العتق) و الوطی و سائر العقود (من حیث عدم مصادفتهما لملک العاقد) المصادفة (التی هی شرط لصحتها) فانه لا وطی الا فی ملک، و لا بیع الا فی ملک، و لا عتق الا فی ملک، و لا وقف الا فی ملک، و هکذا، و المفروض ان الامور المذکورة لم تقع فی ملک الواطئ و العاقد و الواقف و المعتق.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۸

و قد یقرر المانع بما فی التذکرة عن بعض العامة من ان الشیء الواحد لا یحصل به الفسخ و العقد، کما ان التکبیرة الثانیة فی الصلاة بنیة الشروع یخرج بها عن الصلاة و لا یشرع بها فی الصلاة.

و بان البیع موقوف علی الملک الموقوف علی الفسخ المتأخر عن البیع

(و قد یقرر المانع) ای المانع عن التصرفات المذکورة أولا (بما فی التذکرة عن بعض العامة من ان الشیء الواحد) کالعقد و نحوه (لا یحصل به الفسخ و العقد) و کأنّه للتنافی بینهما (کما ان التکبیرة الثانیة فی الصلاة بنیة الشروع) فیما اذا قال تکبیرة الاحرام مرّتین (یخرج بها عن الصلاة) لانها رکن، و لا یمکن الاتیان برکنین من جنس واحد فی الصلاة، فتکون الثانیة مبطلة للرکن الاول (و لا یشرع بها فی الصلاة) علی المشهور فلا تکون التکبیرة الثانیة مبطلة، و عاقدة فی وقت واحد، بل تکون مبطلة فقط.

(و) ثانیا (بان البیع موقوف علی الملک) لانه لا بیع الا فی ملک (الموقوف) ذلک الملک (علی الفسخ).

اذ لو لا الفسخ لم يحصل ملك للفاسخ (المتأخر) ذلك الفسخ (عن البيع) لفرض ان البيع هو الموجب للفسخ، فيلزم الدور ان قلنا بان البيع محقق للفسخ.

و تكون صورة الدور هكذا «البيع يتوقف على الملك» و «الملك يتوقف على الفسخ» و «الفسخ يتوقف على البيع» اذا «فالبيع يتوقف على البيع».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۵۹

و اجاب فى التذكرة عن الاول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشىء واحد بالنسبة الى شيئين.

و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى، و ان الدور معىّ و قال فى الايضاح: ان الفسخ يحصل باوّل جزء من العقد.

(و اجاب فى التذكرة عن الاوّل) اى ان الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد (بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشىء واحد بالنسبة الى شيئين) بان يكون فسخا لعقد سابق، و عقدا لعقد لاحق، فأىّ دليل لعدم الصحة.

كما ان المثال بالتكبيرة أيضا فيه نظر، فالمانع من ان تكون التكبيرة الثانية مبطلة للصلاة الاولى، و عاقدة للصلاة الثانية.

(و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع) الاشكال الثانى و هو (الدور) فانه ليس بالدور (التوقفى) الّذى يلزم منه وجود الشىء قبل وجوده، و ذلك محال (و ان الدور معىّ) من قبيل توقف السقف على العمود، و توقف العمود على السقف، فكل واحد منهما قائم بالآخر، و هذا ليس بمحال.

و فيما نحن فيه يكون الفسخ و العقد بشىء واحد اى يتوقف البيع على الفسخ، و يتوقف الفسخ على البيع و كلاهما يقعان بشىء واحد.

و على هذا فقول المستشكل: الملك يتوقف على الفسخ ليس تامّا، بل الملك و الفسخ يقعان معا.

(و قال فى الايضاح: ان الفسخ يحصل باوّل جزء من العقد) فوقع الفسخ باوّل العقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۰

و زاد فى باب الهبة قوله: فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد، انتهى و قد يستدل للصحة بانه اذا وقع العقد على مال الغير، فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره ثم ملكه.

اقول:

(و زاد فى باب الهبة قوله: فيبقى المحل) و هو المثمن (قابلا ل) ورود (مجموع العقد) اى باقى العقد عليه، فليس الفسخ و العقد يقعان بشىء واحد، بل بشيئين أوّل العقد و آخر العقد (انتهى) كلام الايضاح (و قد يستدل للصحة) اى لصحة ان يكون بيع ذى الخيار فسخا و بيعا فى آن واحد (بانه اذا وقع العقد على مال الغير، فملكه بمجرد العقد كاف) فانه يبيع مال الغير ثم يملكه، فيصح بيعه (كمن باع مال غيره ثم ملكه).

مثلا: باع الابن مال ابيه ثم مات الأب، و ملك الابن ذلك المبيع، فانه يصح بيعه السابق، بل فيما نحن فيه اولى لانه فيمن باع ثم ملك يكون كل الملك بعد كل العقد و فيما نحن فيه يكون بعض الملك بعد بعض العقد.

(اقول) ما ذكره الايضاح من انه يحصل الفسخ بجزء العقد فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد، انما يتم ان قلنا بان جزء الانشاء يكفى فى ما اذا كان فى ملك المنشئ.

و اما ان قلنا بانه يجب ان يكون كل الانشاء فى ملك المنشئ فلا يصح ما ذكره الايضاح، اذ: كل الانشاء لم يقع فى ملك المنشئ.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۱

ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البیع و العتق علی الملک، نحو قوله:
لا ـ بیع الا فی ملک، و لا عتق الا فی ملک، هو اشتراط وقوع الانشاء فی ملک المنشیء فلا مناص عن القول بالبطلان، لان صحة العقد حینئذ یتوقف علی تقدم تملک العاقد علی جمیع اجزاء العقد، لتقع فیه، فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخا کان سببا لتملک العاقد مقدما علیه، لان المسبب انما یحصل بالجزء الاخیر من سببه، فکلما فرض جزء من العقد

ف (ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البیع و العتق علی الملک نحو قوله: لا بیع الا فی ملک، و لا عتق الا فی ملک، هو) «هو» خبر «ان المستفاد» (اشتراط وقوع الانشاء فی ملک المنشیء) العاقد (فلا مناص عن القول بالبطلان لان صحة العقد حینئذ) ای حین اشتراط وقوع کل الانشاء فی ملک المنشیء (یتوقف علی تقدم تملک العاقد علی جمیع اجزاء العقد، لتقع) جمیع اجزاء العقد (فیه) ای فی ملک العاقد (فاذا فرض) کل (العقد او جزء من اجزائه فسخا) لان المفروض ان العقد وقع علی ملک المشتری، فاما کل العقد فسخ، لانه ما لم یتحقق العقد لم یکن ابطالا للعقد السابق، و اما جزء العقد فسخ، لانه جزء من المبطل کاول جزء من الحدث الّذی یبطل الطهارة مثلا (کان) ذلک العقد او جزء من اجزائه (سببا لتملک العاقد مقدما علیه) ای علی التملک (لان المسبب) الّذی هو التملک (انما یحصل بالجزء الاخیر من سببه) اذ بدون تمام السبب لا یحصل المسبب (فکلما فرض جزء من العقد) و هو الجزء الموصوف بانه
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۲
قابل للتجزئة سببا للتملک، کان التملک متأخرا عن بعض ذلک الجزء و الا لزم تقدم وجود المسبب علی السبب.
و الجزء الّذی لا یتجزّی غیر موجود

(قابل للتجزئة) کالباء من قوله «بعت» (سببا للتملک) ای لتملک العاقد اذ بهذه الباء مثلا یسترجع البائع ذو الخیار ما باعه (کان التملک متأخرا عن بعض ذلک الجزء) فالتملک متأخر عن «ب» فی «بعت» (و الا ـ) فلو لم یتأخر التملک عن بعض ذلک الجزء (لزم تقدم وجود المسبب علی السبب) و ذلک کما یستحیل فی المقولات الحقیقیة، کذلک یستحیل فی المقولات الاعتباریة.
فکما یستحیل تقدم المعلول علی جزء العلة بل اللازم ان تتم العلة ثم یأتی المعلول بعدها رتبة، کذلک یلزم تمام سبب الملک ثم یأتی الملک بعده.
(و) ان قلت: نجزّی العقد الی اجزاء صغار فمثلا «ب» من: بعت نجزّئه الی عدة اجزاء بحیث یکون کل جزء من اجزاء «ب» لا یتجزأ.
ففی اوّل جزء من تلک الاجزاء الصغار یبطل العقد السابق، و فی الجزء منه ای من «ب» بعت، یتحقق العقد اللاحق فیکون «بعت» واقعا فی ملک الفاسخ و ان کان جزء من «باء بعت» وقع قبل ملک الفاسخ و من المعلوم انه لا یلزم فی العقد ان یکون لفظ «الباء» من: بعت «باء» کاملا، بل یکفی ما یصدق علیه «الباء» عرفا.
قلت: (الجزء الّذی لا یتجزّی غیر موجود) کما قرر فی الفلسفة اذ معنی
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۳
فلا یکون سببا، مع ان غایة الامر حینئذ المقارنة بینه و بین التملک.
و قد عرفت ان الشرط بمقتضی الادلة سبب التملک علی جمیع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفیة.

ذلک ان یکون فی الوجود شیء غیر قابل للانقسام الخارجی و لا العقلی و لا الوهمی.
و من الواضح ان کل شیء مهما تصورته صغیرا فهو قابل للانقسام الوهمی، و ان سلم انه لیس بقابل للانقسام الخارجی (فلا یکون) مثل هذا الجزء غیر الموجود (سببا) لبطلان العقد السابق (مع) انه لو فرض وجود جزء لا یتجزأ لا یفید المستدل، ل (ان غایة الامر

حینئذ) ای حین وجود جزء لا یتجزأ (المقارنة بینه) ای بین ابطال العقد السابق بهذا الجزء (و بین التملک).

فالجزء الاول من الباء مبطل للعقد السابق و مملّک للمال للفاسخ و هذا یقتضـی ان یکون بعض اجزاء العقد و هو الجزء الاول من الباء مقارنا للتملک، لا ان یکون التملک سابقا علی العقد.

(و قـد عرفت ان الشـرط بمقتضـی الادلـة) تقـدم (سـبب التملک علی جمیع اجزاء العقد) فانه یشترط ان یتقدم سـبب الملک علی کل اجزاء العقد (قضاء لحق الظرفیة) حیث قال علیه السلام «لا بیع الا فی ملک» فقوله «فی» معناه ان الملک یجب ان یکون سابقا علی کل اجزاء البیع، و الا لم یقع بعض البیع فی الملک، بل تقارن بعض البیع مع التملک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۴

و اما دخول المسألـة فیمن باع شـیئا ثم ملکه، فهو بعد فرض القول بصـحته یوجب اعتبار اجازة العاقد ثانیا بناء علی ما ذکرنا فی مسـئلة الفضولی من توقف لزوم العقد المذکور علی الاجازة.

الاـ ان یقـال: ان المتوقف علی الاجـازة عقـد الفضولی و بیعه للمالـک و امـا بیعه لنفسه نظیر بیع الغـاصب، فلاـ یحتاج الی الاجازة بعد العقد.

(و اما) ما ذکره القائل بالصـحة من (دخول المسألة فیمن باع شـیئا ثم ملکه) بل قد تقدم ان المقام اولی (فهو بعد فرض القول بصحته) لاـن جماعـة یقولون ببطلاـن البیع اذا بـاع شـیئا ثم ملکه، لقوله علیه السـلام «لاـ تبع ما لیس عنـدک» و لقوله (ع) «لا بیع الا فی ملک» (یوجب اعتبـار اجـازة العاقـد ثانیـا) فلو بـاع دار ابیه ثم ورثه لزم ان یجیز الاـبن ما باعه أولا (بناء علی ما ذکرنا فی مسـئلة الفضولی من توقف لزوم العقد المذکور) ای العقد الّذی عقده قبل ان یملکه (علی الاجازة) بان یجیزه بعد ان ملکه، و الحال ان القائل بالصـحة هنا لا یقول بالاحتیاج الی الاجازة بعد تمام العقد.

(الاـ ان یقـال) ان العقـد هنـاک یحتـاج الی الاجـازة امـا هنـا فلاـ یحتـاج الی الاجـازة (ان المتوقف علی الاجازة عقـد الفضولی و بیعه للمالک) فلو باع الابن للاب ثم ورثه احتاج الی ان یجیز البیع الّذی اوقعه أولا فضولة.

(و اما بیعه لنفسه نظیر بیع الغاصب فلا یحتاج الی الاجازة بعد العقد)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۵

لکن هذا علی تقدیر القول به و الاغماض عما تقدم فی عقد الفضولی لا یجری فی مثل العتق غیر القابل للفضولی.

و ان قلنا: ان المستفاد من تلک الادلة

فلو بـاع الابن مال ابیه لنفسه ثم مات الأب و ورث الابن المال لم یحتـج الی اجازة ما باعه، و ما نحن فیه من هـذا القبیل، لان ذا الخیار یبیع ما فیه الخیار لنفسه فلا یحتاج الی الاجازة بعد العقد.

(لکن هـذا) ای کـون مـا نحن فیه من قبیـل بیـع الغـاصب لنفسه (علی تقـدیر القول به و الاغمـاض عمـا تقـدم فی عقـد الفضولی) من الاشـکال فی بیع الغاصب لنفسه- سواء اجاز بعـد ان ملک او لم یجز- (لا یجری فی مثل العتق) کما اذا باع عبدا بخیار لنفسه ثم اعتقه (غیر القابل للفضولی) فان المشـهور بینهم ان الایقاعات کالطلاق و العتق و الابراء و ما اشـبه لا تقبل الفضولیة، بل الفضولیة تجری فی العقود فقط.

و انما لا یجری ما ذکرناه فی العتق لان اوّل لفظـة العتق مثل «ا» فی «اعتقتک» وقع فی ملک الغیر، فان «ا» هو الّـذی ابطل العقد السابق، فقـد وقع اوّل العتق فی ملـک الغیر ثم انتقـل العبـد الی المعتق فاللازم ان یکون اوّل العتق فضولیا سواء قلنا باحتیاجه الی الاجازة أم لا فیما کان من قبیل بیع الغاصب.

و قد عرفت ان الفضولیة لا تقع فی العتق و نحوه هذا کله مربوط بقوله قبل اسطر: اقول ان قلنا بان المستفاد الخ.

(و ان قلنا: ان المستفاد من تلک الادلة) ای ادلة: و لا بیع الا فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۶

هو عـدم وقوع البیع فی ملـک الغیر المؤثر فی نقل مال الغیر بغیر اذنه فالممنوع شـرعا تمام السـبب فی ملک الغیر لا وقوع بعض اجزائه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک نفسه لینقل بتمام العقـد الملک الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثیر هذا العقد لانتقال ما انتقل الی البائع باوّل جزء منه و

ملـک و لا عتق الا فی ملک (هو عـدم وقوع البیع فی ملک الغیر) ذلک البیع (المؤثر فی نقل مال الغیر بغیر اذنه) ای ان الشارع لا یرید نقل مال الغیر بغیر اذنه ففی المقام و هو بیع ذی الخیار المنتقل عنه، لیس کذلک.

و ذلـک (ف) ان (الممنوع شـرعا) وقوع (تمـام السـبب) ای البیع (فی ملک الغیر) و (لا) یکون الممنوع (وقوع بعض اجزائه) ای اجزاء السبب (فی ملک الغیر و تمامه) ای بقیـة السـبب (فی ملک نفسه لینقل) العاقد (بتمام العقد) ای باجزائه الاخیرة (الملک الحادث) ای الملک الّذی حدث للعاقد (ببعضه) ای ببعض العقد و المراد «ببعضه» أوّل العقد.

و الحاصل: ان ذا الخیار حـدث له الملک ب «باء» بعت، و بقیـة العقـد اوجب نقل هـذا الملک الحادث الی المشتری، و هذا لا بأس به لان تمام البیع لم یقع فی ملک الغیر (فلا مانع من تأثیر هـذا العقـد) الّذی یوجب بعضه ملک العاقد، و بعضه یوجب الانتقال من ملک العاقد الی ملک المشتری (لانتقال ما انتقل الی البائع باوّل جزء منه).

و انما قلنا «لا مانع» لانه لا یشمله «لا بیع الا فی ملک» حسب الفرض (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۷

هذا لا یخلو عن قوة، اذ لا دلالة فی ادلة اعتبار الملکیة فی المبیع الا علی اعتبار کونه مملوکا قبل کونه مبیعا.

و الحصـر فی قوله: لا بیع الا فی ملک اضافی بالنسـبة الی البیع فی ملک الغیر او فی غیر ملک کالمباحات الاصـلیة، فلا یعمّ المستثنی منه البیع الواقع بعضه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک البائع

هذا) الّذی ذکرنا انه «لا مانع» (لا یخلو عن قوة، اذ لا دلالة فی ادلة اعتبار الملکیة) و هی الادلة التی تقول بان «لا بیع الا فی ملک» (فی المبیع الا علی اعتبار کونه مملوکا قبل کونه مبیعا) بان لا یصدق علیه المبیع الا بعد ان صدق علیه المملوک.

و من المعلوم ان المبیع یحصل بآخر العقد و المملوک یحصل باوّل العقد، فالمملوکیة قبل المبیعیة.

(و) ان قلت: ظاهر «لا بیع الا فی ملک» ان کل العقد یلزم ان یکون فی الملک.

قلت: (الحصـر فی قوله: لا بیع الا فی ملک اضافی بالنسبة الی البیع فی ملک الغیر) فهذا هو المراد ب «لا بیع» (او) البیع (فی غیر ملک) ای ما لیس بمملوک اصـلا (کالمباحات الاصلیة، فلا یعمّ المستثنی منه) ای «لا بیع» (البیع الواقع بعضه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک البائع) و کـذلک البیع الواقع بعضه علی المباح و بعضه علی الملک، کما اذا قال «ب» و اخـذ عودا من الارض او سـمکة من البحر، ثم اتمّه بقوله «عت هذا الشیء بکذا».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۸

هذا.

مع انه یقرب ان یقال: ان المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقـد، لا نفس العقـد، لان العرف لا یفهمون من لفظ البیع الا هذا المعنی المأخوذ فی قولهم: بعت.

و حینئذ فالفسخ الموجب للملک یحصل باوّل جزء من العقد و النقل و التملک العرفی یحصل بتمامه فیقع النقل فی الملک.

اذ لا یشمل مثل ذلک قوله «لا بیع الا فی ملک» (هذا) وجه شمول الدلیل لما نحن فیه.

(مع) تقریب ان الحصر اضافی، و یمکن ان یقال ان الحصر حقیقی و مع ذلک یشمل الدلیل ما نحن فیه، و ذلک بان یکون المراد بالبیع النقل و النقل یکون بعد «تاء» بعت، و فی هذا الحال یکون الشیء ملکا للبائع، لانه دخل فی ملکه ب «الباء».

ف (انه یقرب ان یقال: ان المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقد، لا) ان المراد بالبیع هو (نفس العقد، لان العرف لا یفهمون من لفظ البیع الا هذا المعنی) ای النقل لا العقد (المأخوذ فی قولهم:

بعت) فان معناه نقلت، لا عقدت.

(و حینئذ) ای حین کان المراد بالبیع النقل (فالفسخ) للعقد السابق (الموجب للملک) ای لملک العاقد (یحصل باوّل جزء من العقد و النقل، و التملک العرفی یحصل بتمامه) ای بآخر العقد (فیقع النقل فی الملک) فهو بیع- ای نقل- فی ملک، و لا یکون مصداقا للمستثنی منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۶۹

و کذا الکلام فی العتق و غیره من التصرفات القولیة عقدا کان او ایقاعا و لعلّ هذا معنی ما فی الایضاح من: ان الفسخ یحصل باوّل جزء و بتمامه یحصل العتق.

نعم التصرفات الفعلیة المحققة للفسخ کالوطی و الاکل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الاول منها.

فان ظاهر قوله تعالی: إِلّا عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ*، اعتبار

فی «لا بیع الا فی ملک».

(و کذا الکلام فی العتق و غیره من التصرفات القولیة عقدا کان او ایقاعا).

فمعنی «لا- عتق الا- فی ملک» ان الحریة لا تکون الا فی ملک، فاذا قال «اعتقتک» کان الف اعتقتک فاسخا و مملّکا، و بقیة الصیغة موجبة للحریة، فالحریة لم تقع الا فی ملک الفاسخ.

(و لعلّ هذا) الّذی ذکرناه من إرادة النقل لا العقد و الحریة و لا الاعتاق، و هکذا (معنی ما فی الایضاح من: ان الفسخ یحصل باوّل جزء) من «اعتقتک» (و بتمامه یحصل العتق) انتهی.

(نعم التصرفات الفعلیة المحققة للفسخ کالوطی و الاکل) لما باعه بخیار (و نحوهما) کالقبلة للجاریة و الشرب للماء و اللبس للّباس (لا وجه لجواز الجزء الاول منها) اذ ان الجزء الاول یقع فیما لیس بملک.

(فان ظاهر قوله تعالی: إِلّا عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ*) و ظاهر: لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ* (اعتبار

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۰

وقوع الوطی فیما اتصف بکونها مملوکة، فالوطی المحصل للفسخ لا یکون بتمامه حلالا.

و توهم ان الفسخ اذا جاز بحکم الخیار جاز کل ما یحصل به قولا کان او فعلا فاسد، فان معنی جواز الفسخ لاجل الخیار: الجواز الوضعی اعنی الصحة، لا التکلیفی، فلا ینافی تحریم ما یحصل به الفسخ کما لا یخفی

وقوع الوطی فیما اتصف بکونها مملوکة، فالوطی المحصل للفسخ لا یکون بتمامه) ای لا یکون جمیعه (حلالا) فحاله حال ما اذا وطئ ثم فی الاثناء قالت «زوجتک» و قال «قبلت» حیث ان آخره حلال فقط، و کذلک اذا اکل فان الجزء الاول من الاکل لا یکون حلالا.

(و توهم ان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار) اى ان البائع حيث له الخيار ففسخه جائز بالفعل كان الفسخ «كالوطى».

او بالقول «كقوله فسخت» (جاز كل ما يحصل به) الفسخ (قولا كان) ما يفسخ به (او فعلا).

فهذا التوهم (فاسد) أولا (فان معنى جواز الفسخ) لذى الخيار (لاجل) ان له (الخيار: الجواز الوضعى) اى ان فسخه نافذ و موجب لنقل الملك الى الفاسخ (اعنى الصحة، لا) الجواز (التكليفى) اى الإباحة فكل فعل او قول يوجب ارجاع المال الى الفاسخ لا ان كل فعل او قول فهو جائز و مباح شرعا (فلا ينافى) وجود الحكم الوضعى (تحريم ما يحصل به الفسخ) كالوطى (كما لا يخفى) اذ لا تلازم بين الحكم الوضعى و بين الحكم التكليفى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١۵، ص: ١٧١

مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعيّن حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه، و بين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف، الا اذا وقع فى الملك.

و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسألة لا يخلو عن قوة، و به يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا.

و هذا هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث جوّز للمتصارفين

و ثانيا (مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به) الفسخ بان دلّ الدليل على الحكم التكليفى أيضا (تعيّن حمل ذلك) الدليل الدالّ على الاباحة (على حصول الفسخ قبيل التصرف) آنا مّا.

و انما نحمل هذا الحمل (جمعا بينه) اى بين دليل الاباحة (و بين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف) كالوطى (الا اذا وقع فى الملك) كقوله: لا وطى الا فى ملك، فانه يدل على عدم الجواز الا فى المملوك لان الملك الآنامائى هو وجه الجمع بين الدليلين.

(و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسألة) من الملك الآنامائى (لا يخلو عن قوة، و به يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات) اى تصرفات ذى الخيار فى ما انتقل عنه تصرفا فعليا قبل الفسخ القولى، و تصرفا نقليا كالبيع و نحوه قبل الفسخ القولى (تكليفا) فهى حلال (و وضعا) فهى نافذة.

(و هذا) الملك الآنامائى (هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث جوّز للمتصارفين) اى بائعى الصرف و هو الذهب و الفضة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج١۵، ص: ١٧٢

تبائع النقدين ثانيا فى مجلس الصرف.

و قال ان شروعهما فى البيع قطع لخيار المجلس، مع ان الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك، لكنه فى باب الهبة لم يصحح البيع الّذى يحصل به الرجوع فيها،

(تبائع النقدين ثانيا فى مجلس الصرف).

مثلا: باع الذهب بالفضة ثم ثانيا باع المشترى ما اشتراه الى البائع.

(و قال) الشيخ (ان شروعهما فى البيع) الثانى (قطع لخيار المجلس، مع ان الملك عنده) اى عند الشيخ (يحصل بانقطاع الخيار) فان الشيخ يرى انه ما دام الخيار موجودا لم يحصل الملك، فما داما فى المجلس لم يحصل الملك لاىّ منهما، بل اذا اخرجا من المجلس او اسقط الخيار حصل الملك لهما.

و عليه فما دام الخيار لا ـ ملك فكيف يبيعان بيعا ثانيا الا بان يكون قصد البيع موجبا لانقطاع الخيار، لانه تصرف و التصرف يسقط الخيار، فآنا ما قبل البيع يدخل كل عوض فى ملك المنتقل إليه ليصح بيعه بيعا ثانيا، فالملك يحصل بانقطاع الخيار (المتحقق) ذلك الانقطاع (هنا) فى مورد بيع ثان فى المجلس (بالبيع المتوقف) ذلك البيع الثانى (على الملك) اى ملك البائع بيعا ثانيا (لكنه) رحمة

الله (فی باب الهبة لم یصحح البیع الّذی یحصل به الرجوع فیها) ای فی الهبة.

فاذا وهب لانسان شیئا ثم ان الواهب باع الموهوب لم یصح بیعه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۳

معللا بعدم وقوعه فی الملک.

فرع: لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له، فقال: اعتقهما

فربما یقال بانعتاق الجاریة دون العبد، لان الفسخ مقدم علی الاجازة.

و فیه انه لا دلیل علی التقدیم فی مثل المقام ممّا وقع الاجازة و الفسخ

لانه لا یملکه الا بعد الفسخ للهبة، و المفروض ان الفسخ لم یحصل (معللا بعدم وقوعه) ای البیع (فی الملک) مع ان مقتضی کلامه فی المبسوط الصحة فهو اما رجوع عن کلامه الاول، او غفلة من القلم، و الله العالم العاصم.

(فرع: لو اشتری عبدا بجاریة مع) کون (الخیار له) ای للمشتری (فقال: اعتقهما) فان ذلک لا یصح فیهما، لانه ان صح البیع لا یصح عتق العبد، و لا یصح عتقهما باعتبار ان عتق ما انتقل إلیه اصلی و عتق ما انتقل منه فضولی، اذ لا تجری الفضولیة فی العتق کما تقدم.

اما صحة العتق فی احدهما (فربما یقال بانعتاق الجاریة) المنتقلة الی البائع (دون العبد) المنتقل الی المشتری (لان الفسخ مقدم علی الاجازة) فهو فسخ للبیع و رجوع للجاریة الی ملک المشتری و عتق لها.

و انما نقول بان الفسخ مقدم لانه کذلک فیما اذا تبایعا بخیار لهما فاجاز احدهما و فسخ الآخر، فان الفسخ یقدم علی الاجازة فانه معنی:

ان یکون له الخیار.

(و فیه انه لا دلیل علی التقدیم فی مثل المقام ممّا وقع الاجازة و الفسخ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۴

من طرف واحد دفعة، سواء اتحد المجیز و الفاسخ کما فی المقام، او تعدّد کما لو وقعا من وکیلی ذی الخیار دفعة واحدة، انما المسلم تقدیم الفسخ الصادر من احد الطرفین علی الاجازة الصادرة من الطرف الآخر لان لزوم العقد من احد الطرفین بمقتضی اجازته لا ینافی انفساخه بفسخ الطرف الآخر، کما لو کان العقد جائزا من احدهما فیفسخ مع لزوم العقد من الطرف

من طرف واحد دفعة) واحدة، بخلاف ما اذا تعاقبا فان المقدم منهما هو الّذی ینفذ (سواء اتحد المجیز و الفاسخ کما فی المقام، او تعدّد کما لو وقعا) الفسخ و الاجازة (من وکیلی ذی الخیار دفعة واحدة).

کما اذا کان للمشتری فی مثال العبد و الجاریة وکیلان فاعتق احدهما العبد و اعتق الآخر الجاریة و کان العتقان فی آن واحد (انما المسلم) فی باب تقدیم الفسخ علی الاجازة (تقدیم الفسخ الصادر من احد الطرفین علی الاجازة الصادرة من الطرف الآخر).

و انما یقدم الفسخ علی الاجازة (لان لزوم العقد من احد الطرفین بمقتضی اجازته) فان معنی الاجازة انه اسقط خیاره ف (لا ینافی انفساخه) ای انفساخ العقد (بفسخ الطرف الآخر) لان له الخیار، فمعنی فسخه اعمال خیاره (کما لو کان العقد جائزا من احدهما) و لازما من الطرف الآخر، مثل ان یکون احدهما مغبونا او کان ما انتقل إلیه معیبا، او جعل لنفسه الخیار، او ما اشبه فان اللزوم من جانب لا ینافی ان یکون حق الفسخ للجانب الآخر (فیفسخ) هذا الجانب الّذی له الخیار (مع لزوم العقد من الطرف

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۵

الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد.

و نحوه فى الضعف القول بعتق العبد، لان الاجازة ابقاء للعقد، و الاصل فيه الاستمرار.

و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس.

نعم الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا، و هو

الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد) فانه لا يقدم فسخه على لزومه، اذ ان له حقا واحدا اما الامضاء و اما الفسخ، فاذا اعملهما تضاربا و لم يقدم احدهما.

(و نحوه) اى نحو القول بعتق الجارية- لتقديم الفسخ- (فى الضعف القول بعتق العبد) المنتقل الى المشترى، و ذلك لتقديم الاجازة على الفسخ (لان الاجازة ابقاء للعقد، و الاصل فيه الاستمرار) لانا نشك فى انه هل بطل العقد أم لا؟ فالاصل بقائه، فالعبد للمشترى فيقع العتق عليه.

(و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس) و هو عتق الجارية موقوف على عدم عتق العبد، فاذا اعتقا وقع بينهما التضارب و لا وجه مصحح لتقديم احدهما على الآخر.

(نعم) اذا تضاربا و لم يكن احدهما مقدما على الآخر ف (الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا) لأنّا نشكّ فى انه هل ان العتقين اوجبا بطلان العقد او سقوط الخيار فالاصل العدم (و هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۶

الاقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة و القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد، لان عتقهما معا لا ينفذ، لان العتق لا يكون فضوليا و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل، لان ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك.

و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد

الاقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة و القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد، لان) عتق احدهما لا وجه له لانه معارض بعتق الآخر، كما لو تزوج بالاختين، او بالبنت و الام معا، فانه لا يقع زواج، لا على هذه و لا على تلك.

و (عتقهما معا لا ينفذ، لان العتق لا يكون فضوليا).

نعم اذا باعهما صحّ البيعان، بيع مال نفسه اصالة و بيع مال الطرف الآخر فضولة (و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل) حتى يصح عتقهما معا (لان ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك) و القرعة فيها اشكال لانها تحتاج الى العمل كما قالوا.

و عليه فمقتضى القاعدة بطلان العتقين اذ: الاحتمالات الاخر و هى عتق العبد، او عتق الجارية، او عتقهما، او القرعة كلها مخدوشة.

(و لو كان الخيار فى الفرض المذكور) فى اوّل «فرع» (البائع العبد).

و هذا عكس ما ذكرناه أولا بقولنا «لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له» لان الخيار هنا للبائع، و هناك الخيار للمشترى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۷

بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار، و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى.

و الثانى غير صحيح اتفاقا، و سيأتى الكلام فى الاول.

و ان كان الخيار لهما، ففى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسخا

و الحاصل: انه اذا لم يكن للمشترى خيار بان اشترى العبد و جعل الخيار للبائع، ثم ان المشترى الّذى لا خيار له قال «اعتقتهما» (بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار).

فان قلنا بصحة ذلك مطلقا حتى فى مثل العتق نقول بصحة عتق العبد.

فاذا اخذ بائع العبد بخياره و فسخ كان له القيمة او حق له ان يبطل العتق، لان حقه سابق على العتق (و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى)

(و الثانى) اى عتق الفضولى (غير صحيح اتفاقا) لان بنائهم ان الفضولية لا تجرى فى الايقاعات و العتق ايقاع (و سيأتى الكلام فى الاول) اى تصرف من ليس له الخيار فيما فيه الخيار، و فيه احتمالات و اقوال.

(و ان كان الخيار لهما) اى لكل من البائع و المشترى فى اشتراء العبد بالجارية (ففى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية) فيما اذا قال المشترى اعتقتهما (و يكون) قوله: اعتقتهما (فسخا) لان الامر دائر بين ان يكون عتقا لهما، و ذلك غير صحيح، كما عرفت فى اوّل الفرع من ان الفضولية لا تجرى فى العتق، او لا عتق اصلا، و ذلك غير صحيح أيضا اذ لا وجه له بعد ان كان عتق الجارية او عتق العبد، و ذلك

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۸

لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح، بدون اجازة البائع و معها يكون اجازة منه لبيعه، و الفسخ مقدم على الاجازة.

و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشترى بالخياران عتق كل من

غير صحيح أيضا (لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح، بدون اجازة البائع) فان العبد انتقل الى المشترى و كان لبائعه الخيار فيه، فاللازم على المشترى ان يتحفظ على ما فيه الخيار للبائع كما تقدم من ان موضع الخيار يجب ان يتحفظ عليه (و معها) اى مع اجازة البائع- بان امضى البيع و اسقط خياره- (يكون اجازة منه) اى من البائع (لبيعه) اى اسقاط للخيار، و حينئذ يكون للمشترى وحده الخيار.

فمعنى عتقه العبد امضائه للبيع.

و معنى عتقه الجارية فسخه للبيع (و الفسخ مقدم على الاجازة).

و الحاصل: انه اذا كان الخيار لهما و اعتقهما المشترى فلا يعتق العبد، سواء اسقط البائع خياره او لم يسقط خياره، و لا يعتق كلاهما لعدم جريان الفضولية فى العتق، و لا يبطل العتقان لانه لا وجه لبطلانهما بل تعتق الجارية، سواء اسقط البائع خياره او بقى على خياره.

(و الفرق بين هذا) اى صورة ان يكون لهما الخيار، و اعتقهما المشترى حيث قلنا بصحة عتق الجارية (و) بين (صورة اختصاص المشترى بالخيار) و اعتقهما المشترى الّذى قلنا بانه لا يعتق لا العبد و لا الجارية (ان) فى صورة خيار المشترى وحده (عتق كل من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۷۹

المملوكين كان من المشترى صحيحا لازما، بخلاف ما نحن فيه.

نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشترى فى زمان خيار البائع، كان الحكم كما فى تلك الصورة.

المملوكين كان من المشترى صحيحا لازما) فعتق العبد كان امضاء و عتق الجارية كان فسخا (بخلاف ما نحن فيه) الّذى كان لهما الخيار.

اذ عتق المشترى للعبد غير صحيح، فان البائع حيث له الخيار لا يحق للمشترى التصرف فى العبد الّذى انتقل الى المشترى، لما تقدم من وجوب ابقاء ما فيه الخيار و عدم التصرف فيه.

(نعم لو قلنا هنا) ای فیما کان لهما الخیار (بصحة عتق المشتری) للعبد (فی زمان خیار البائع، کان الحکم) هنا (کما فی تلک الصورة) ای صورة خیار المشتری فقط و لازمه بطلان عتقهما، فلا یصح العتقان لا عتق العبد و لا عتق الجاریة- کما سبق وجهه-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۰

مسئلة من احکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفا یمنع من استرداد العین عند الفسخ علی قول الشیخ.

اشارة

و المحکی عن ابن سعید فی جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب، منهم العلامة فی القواعد و المحقق و الشهید الثانیان قدس سرهم، بل فی مفتاح الکرامة فی مسئلة عدم انتقال حق الرجوع فی الهبة الی الورثة ان حق الخیار یمنع المشتری من التصرفات الناقلة عند الاکثر.

(مسألة: من احکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفا یمنع من استرداد العین عند الفسخ) کان یتلفه او یلقیه فی البحر او یستولدها او یوقفه او یعتقه او ما اشبه ذلک.

هذا (علی قول الشیخ).

(و المحکی عن ابن سعید فی جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب، منهم العلامة فی القواعد و المحقق و الشهید الثانیان قدس سرهم، بل) قال (فی مفتاح الکرامة فی مسئلة عدم انتقال حق الرجوع فی الهبة الی الورثة) فاذا وهب انسان شیئا کان له حق الرجوع اذا لم تکن الهبة لذی رحم او معوضة او ما اشبه- مما لا حق فی الرجوع فیها- فاذا مات الواهب لم یحق للورثة الرجوع فی الهبة.

فالمحکی عن هؤلاء (ان حق الخیار یمنع المشتری من التصرفات الناقلة عند الاکثر) فالبیع و الهبة و الصلح و الصدقة و ما اشبه لا تصح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۱

و عن جماعة- فی مسئلة وجوب الزکاة علی المشتری للنصاب بخیار للبائع- ان المشتری ممنوع من کثیر من التصرفات المنافیة لخیار البائع، بل ظاهر المحکی عن الجامع کعبارة الدروس عدم الخلاف فی ذلک.

حیث قال فی الجامع: و ینتقل المبیع بالعقد و انقضاء الخیار.

و قیل بالعقد و لا ینفذ تصرف المشتری فیه حتی ینقضی خیار البائع، و

بالنسبة الی ما فیه الخیار، بالإضافة الی ما تقدم من مثل الاتلاف.

(و عن جماعة- فی مسئلة وجوب الزکاة علی المشتری للنصاب) بان اشتری اربعین رأسا من الغنم او خمسة من الابل، او ثلاثین بقرة او ما اشبه (بخیار للبائع-) «بخیار» متعلق ب «المشتری».

قالوا (ان المشتری ممنوع من کثیر من التصرفات المنافیة لخیار البائع) فذکروا ذلک لبیان انه هل هذا المنع عن التصرفات یوجب سقوط الزکاة، أم لا؟ حیث انه اذا کان النصاب ممنوعا عن التصرف فیه لم تکن فیه زکاة (بل ظاهر المحکی عن الجامع کعبارة الدروس عدم الخلاف فی ذلک) ای فی ان المشتری ممنوع من کثیر من التصرفات.

(حیث قال فی الجامع: و ینتقل المبیع) الی المشتری (بالعقد و انقضاء الخیار) کما هو رأی الشیخ، حیث انه یری ان الخیار للبائع یمنع من انتقال المبیع الی المشتری.

(و قیل بالعقد) فقط، و هذا هو المشهور (و لا ینفذ تصرف المشتری فیه) ای فی المبیع (حتی ینقضی خیار البائع) فان ظاهر ارساله المسألة ارسال المسلمات انه لا خلاف فیها (و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۲

ستجیء عبارة الدروس.

هذا و لکن خلاف الشیخ و ابن سعید مبنی علی عدم قولهما بتملک المبیع قبل انقضاء الخیار، فلا یعدّ مثلهما مخالفا فی المسألة.

و الموجود فی ظاهر کلام المحقق فی الشرائع جواز الرهن فی زمن الخیار، سواء کان الخیار للبائع او المشتری اولهما، بل ظاهره عدم الخلاف فی ذلک بین کل من قال: بانتقال الملک بالعقد.

ستجیء عبارة الدروس) الظاهرة فی عدم الخلاف.

(هذا و لکن خلاف الشیخ و ابن سعید) و قولهما بعدم جواز تصرف غیر ذی الخیار (مبنی علی عدم قولهما بتملک المبیع قبل انقضاء الخیار، فلا یعدّ مثلهما مخالفا فی المسألة) لان غیر ذی الخیار لا یحق له التصرف لانه لیس بماله فی مدة الخیار.

نعم من یقول: بانه ملک فی مدة الخیار، و یقول: بانه لا یجوز له التصرف فهو مخالف فی المسألة ای مسئلة جواز تصرف المالک.

(و الموجود فی ظاهر کلام المحقق فی الشرائع جواز الرهن فی زمن الخیار، سواء کان الخیار للبائع او المشتری اولهما) مما یدل علی ان من علیه الخیار یجوز له ان یتصرف فیما فیه الخیار.

مثلا: اشتری زید دارا من عمرو، و کان لعمرو الخیار، فلزید ان یرهن الدار (بل ظاهره) ای ظاهر المحقق (عدم الخلاف فی ذلک) ای فی الرهن (بین کل من قال: بانتقال الملک بالعقد) و اما من لا یقول بانتقال الملک بالعقد بل یقول بانتقال الملک بالعقد و انقضاء الخیار،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۳

و کذا ظاهره فی باب الزکاة حیث حکم بوجوب الزکاة فی النصاب المملوک و لو مع ثبوت الخیار.

نعم استشکل فیه فی المسالک فی شرح المقامین علی وجه یظهر منه ان المصنف معترف بمنشإ الاشکال.

و کذا ظاهر کلام القواعد فی باب الرهن و ان اعترض علیه جامع المقاصد بما مرّ من المسالک.

فلا یصح الرهن ما دام الخیار، لانه لیس ملکه، و الحال انه: لا رهن الا فی ملک.

(و کذا ظاهره فی باب الزکاة) انه لا خلاف فی ذلک (حیث حکم بوجوب الزکاة فی النصاب المملوک و لو مع ثبوت الخیار) للبائع.

فلو باع زید اربعین شاة وجب علی المشتری اعطاء زکاتها و ان جعل البائع لنفسه الخیار فیها.

(نعم استشکل فیه) ای فی کلام المحقق (فی المسالک فی شرح المقامین) و هما: الرهن و الزکاة (علی وجه یظهر منه ان المصنف) و هو المحقق (معترف بمنشإ الاشکال) و هو انه کیف یحق له التصرف، و الحال ان الملک فی معرض الزوال.

(و کذا ظاهر کلام القواعد فی باب الرهن) انه لا اشکال فی رهن من علیه الخیار فی مدّة الخیار (و ان اعترض علیه جامع المقاصد بما مرّ من المسالک) فی اعتراضه علی المحقق انه کیف یمکن رهن الملک المتزلزل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۴

لکن صریح کلامه فی التذکرة فی باب الصرف جواز التصرف.

و کذا صریح کلام الشهید فی الدروس، حیث قال فی باب الصرف:

لو باع احدهما ما قبضه علی غیر صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز، وفاقا للفاضل.

منعه الشیخ قدس سره، لانه یمنع الآخر من خیاره.

و ردّ بانّا نقول: ببقاء الخیار، انتهی.

(لکن) علی خلاف المسالک و جامع المقاصد المستشکلین فی جواز تصرف من علیه الخیار (صریح کلامه فی التذکرة فی باب الصرف جواز التصرف) فیما فیه الخیار.

(و کذا صریح کلام الشهید فی الدروس، حیث قال فی باب الصرف) و هو بیع النقود- الذهب و الفضة- بعضها ببعض (لو باع احدهما ما قبضه علی غیر صاحبه) مثلا: باع المشتری ما قبضه علی انسان ثالث غیر البائع (قبل التفرق) من مجلس البیع الاوّل (فالوجه الجواز) مع انه بیع ما فیه الخیار لوجود خیار المجلس (وفاقا للفاضل) و هو العلامة.

(و منعه الشیخ قدس سره، لانه) ای البیع (یمنع الآخر من خیاره) اذ خیاره یتعلق بما باعه، فاذا فسخ الآخر لم یجد متعلق الخیار، فلا یتمکن من استرداد ماله.

(و ردّ) ای ردّ الشیخ (بانّا نقول: ببقاء الخیار) و انّه لا یسقط الخیار بتصرف المنتقل إلیه، فاذا فسخ استرجع بدله او عینه بابطاله المعاملة الثانیة (انتهی) کلام الدروس.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۵

و صرح فی المختلف- فی باب الصرف- بان له ان یبیع ماله من غیر صاحبه، و لا یبطل حق خیار الآخر، کما لو باع المشتری فی زمان خیار البائع، و هو ظاهر اللمعة، بل صریحها فی مسئلة رهن ما فیه الخیار، و ان شرحها فی الروضة بما لا یخلو عن تکلف هذا.

(و صرح) العلامة (فی المختلف- فی باب الصرف- بان له ان یبیع ماله من غیر صاحبه، و لا یبطل حق خیار الآخر) ای صاحبه (کما لو باع المشتری فی زمان خیار البائع) فی غیر باب الصرف.

اما بیع المشتری للبائع فی باب الصرف او غیر الصرف فلا اشکال فیه لانه فی حکم اسقاط البائع لخیار نفسه (و هو) ای جواز التصرف فیما فیه الخیار (ظاهر اللمعة، بل صریحها فی مسئلة رهن ما فیه الخیار، و ان شرحها فی الروضة بما لا یخلو عن تکلف).

فانه قال فی اللمعة: و یصح الرهن فی زمن الخیار و ان کان الخیار للبائع، لانتقال المبیع بالعقد علی الاقوال انتهی.

و ظاهره ان یرهن المشتری ما فیه الخیار لکن الشارح حمله علی اخذ الرهن من المشتری علی الثمن فی ذمته، فیکون المراد انه یجوز اخذ الرهن من المشتری لاشتغال ذمته بالثمن بناء علی انتقال المبیع بمجرد العقد، بخلاف مذهب الشیخ حیث قال انه لم ینتقل المبیع فی زمن الخیار فلا یجوز للبائع ان یأخذ الرهن من المشتری، و لا یخفی ان ما ذکره صاحب الروضة خلاف ظاهر کلام اللمعة (هذا).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۶

و یمکن ان یقال ان قول الشیخ و من تبعه بالمنع لیس منشأه القول بعدم انتقال المبیع و متفرعا علیه، و الا لم یکن وجه لتعلیل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخیار بل المتعین حینئذ الاستناد الی عدم حصول الملک مع وجود الخیار، بل لعل القول بعدم الانتقال منشأه کون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم،

(و یمکن ان یقال ان قول الشیخ و من تبعه بالمنع) من التصرف فی ما فیه الخیار (لیس منشأه القول بعدم انتقال المبیع و متفرعا علیه).

و لا یخفی ان قوله «و یمکن» ردّ لکلامه قبل اسطر «مبنی علی عدم قولهما بتملک المبیع ... الخ» (و الا) فلو کان منشأه القول بعدم انتقال المبیع کان اللازم ان یعلل «عدم التصرف» «بعدم انتقال المبیع» و (لم یکن وجه لتعلیل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخیار).

اذ دائما يعلل عدم الشيء بعدم مقتضيه لا بوجود المانع.

مثلا- اذا كان الثوب رطبا و لم تكن هناك نار، فيقال لم يحترق الثوب لانه لا نار، و لا يقال لم يحترق لان الثوب رطب (بل المتعين حينئذ) اى حين كان علة عدم جواز التصرف عدم الملكية فى زمن الخيار (الاستناد) فى عدم جواز التصرف (الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار) لا الى ان التصرف يوجب بطلان حق ذى الخيار (بل لعل القول بعدم الانتقال) فى زمن الخيار- على ما يقوله الشيخ- (منشأه كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم) اى عند الشيخ و اتباعه، فكانهم يرون انه لا يحق له

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۷

كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف او النقل خلاف مأخذه ان الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و ان غاية الملك التصرف الممتنع فى مدة الخيار، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كالمتقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف فى

التصرف، فيعلّلون ذلك بانه لا- يملك، فليس لا يملك، اصلا، و لا يتصرف فرعا بل: لا يتصرف اصل ينتقل منه الى انه: لا يملك (كما يظهر) اى يظهر كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم (من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس) اى الخلاف فى انه لا يملك فى زمن الخيار كما يقوله الشيخ او يملك، كما يقوله المشهور (قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف) فان تمام الخيار يكشف عن كون المبيع ملك من حين العقد (او النقل) فان تمام الخيار ينقل المبيع الآن عند تمام الخيار (خلاف) بين الشيخ و بين المشهور.

و (مأخذه ان الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك) حتى اذا ندم ذو الخيار استرجع ماله (و هو) اى الخيار (لا ينافيه) اى لا ينافى النقل بالعقد (و ان غاية الملك) و فائدته (التصرف الممتنع فى مدة الخيار) و حيث امتنع التصرف فلا خيار (انتهى) كلام الدروس.

(و ظاهر هذا الكلام) اى قوله «الممتنع فى مدة الخيار» (كالمتقدم عن جامع ابن سعيد) و هو قوله «و لا ينفذ تصرف المشترى فيه» (كون امتناع التصرف فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۸

زمن الخيار مسلما بين القولين الا- ان يراد به نفوذ التصرف على وجه لا- يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ.

زمن الخيار مسلما بين القولين) القائل بان النقل بعد انقضاء الخيار- كالشيخ- و القائل بان النقل حين العقد- كالمشهور-.

و على هذا فليس قول الشيخ بامتناع التصرف، علته ان الشيخ يقول بانه لا نقل فى حال الخيار اذ قد عرفت ان المشهور الذين قالوا بالنقل فى زمن الخيار أيضا يقولون بامتناع التصرف (الا ان يراد به) اى يكون فرق بين قول الشيخ بامتناع التصرف و قول المشهور بامتناع التصرف.

فقول الشيخ يراد به امتناع التصرّف مطلقا و قول المشهور يراد به امتناع (نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ) فلمن عليه الخيار الحق فى ان يبيع، لكن اذا فسخ من له الخيار فله ان يبطل نقل المشترى الى الاجنبى (و لا يتعقبه) اى لا يتعقب تصرف من عليه الخيار (ضمان العين بقيمتها عند الفسخ) فلمن عليه الخيار ان يتلف ما فيه الخيار، لكن اذا فسخ من له الخيار فله ان يأخذ بدله العين- قيمة او مثلا- من المشترى الّذى عليه الخيار.

و الحاصل ان الشيخ يقول: لا يتصرف فى زمن الخيار و المشهور يقولون يتصرف لكنه اذا فسخ فللفاسخ ابطال المعاملة الجديدة و ضمان العين اذا تلفت.

فالشیخ یقول: لا یتصرف مطلقا، و المشهور یقولون: لا ینفذ التصرف بحیث لا ابطال و لا ضمان.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۸۹

و التصرف فی زمن الخیار علی القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ، او مستعقب للضمان لا محالة.

و هذا الاحتمال و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس، الا انه یقربه انه قدس سره قال بعد اسطر: ان فی جواز تصرف کل منهما مع اشتراک الخیار، وجهین.

و التصرف فی زمن الخیار علی القول بجوازه) کما یقوله المشهور (معرض لبطلانه عند الفسخ) اذا تصرف من علیه الخیار تصرفا ناقلا (او مستعقب للضمان لا محالة) اذا تصرف من علیه الخیار تصرفا متلفا.

(و هذا الاحتمال) ای احتمال ان یراد بعدم التصرف، عدم التصرف علی وجه لا یملک البطلان و لا یتعقبه ضمان (و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس) لعدم ذکر لفظ النفوذ فیها، بل هی صریحة فی ان التصرف ممتنع فی زمن الخیار، حیث قال فی عبارته المتقدمة «لانه یمنع الآخر من خیاره» فظاهره: ان التصرف ممتنع لانه مانع عن الخیار، لا ان نفوذ التصرف ممتنع (الا انه یقربه) ای یقرب ان یرید الدروس «ان نفوذ التصرف ممتنع» «فلا یمنع اصل التصرف» (انه قدس سره قال بعد اسطر: ان فی جواز تصرف کل منهما مع اشتراک الخیار) بینهما بان یکون لکل منهما خیار (وجهین) فانه یدل علی ان الکلام الاول کان فی نفوذ التصرف، لا فی اصل التصرف، فهو أولا نفی نفوذ التصرف، و ثانیا تکلم حول اصل التصرّف و بهذا تحقق ان المراد بعدم التصرف هو عدم نفوذ التصرف.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۰

و الحاصل: ان کلمات العلامة و الشهید، بل و غیرهما قدس سرهم فی هذا المقام لا یخلو- بحسب الظاهر- عن اضطراب.

ثم ان الظاهر عدم الفرق بین العتق و غیره من التصرفات.

و ربما یظهر من کلمات بعضهم تجویز العتق لبنائه علی التغلیب.

(و الحاصل: ان کلمات العلامة و الشهید، بل و غیرهما قدّس سرهم فی هذا المقام) ای فی انه لا یجوز تصرف من علیه الخیار او یجوز له التصرف و لکن لا ینفذ تصرفه (لا یخلو- بحسب الظاهر- عن اضطراب) لانه تارة یظهر منهم انه یمتنع التصرف فی زمن الخیار.

و تارة یظهر منهم انه لا یمتنع التصرف و انما لا ینفذ التصرف، و الی هنا تحقق قولان فی مسئلة: هل ان من علیه الخیار یتمکن من التصرف أم لا؟ من یقول بانه لا یتمکن، و من یقول بانه یتمکن.

(ثم) هنا قولان آخران، التفصیل بین العتق و غیره، و التفصیل بین التصرف المتلف و غیره.

و إلیهما اشار بقوله: (ان الظاهر عدم الفرق بین العتق و غیره من التصرفات) لوحدة الدلیل فیهما.

(و ربما یظهر من کلمات بعضهم تجویز العتق) فاذا اشتری عبدا و کان للبائع الخیار کان للمشتری ان یعتقه، و لیس له ان یبیعه مثلا (لبنائه علی التغلیب).

و معنی ذلک انه اذا کان سائر التصرفات ممنوعا، لم یکن العتق ممنوعا، و اذا تشبث العبد بالحریة بتحرر بعضه سری ذلک الی سائر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۱

و کذا الظاهر عدم الفرق بین الاتلاف و التصرفات الناقلة.

و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف و تجویز غیره، لکن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذی الخیار و قیل بانفساخه من حینه.

حجة القول بالمنع ان الخیار حق یتعلق بالعقد المتعلق بالعوضین من حیث ارجاعهما

اجزائه، کل ذلک لان الشارع یحبّ التحریر.

(و کذا الظاهر عدم الفرق بین الاتلاف و التصرفات الناقلة) فمن قال بالجواز قال فیهما، و من قال بالمنع قال فیهما.

(و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف) فلا یحق لمن علیه الخیار ان یتلف ما فیه الخیار (و تجویز غیره) کالبیع و نحوه (لکن مع انفساخه) ای انفساخ التصرف الناقل (من اصله) ای من حین النقل (عند فسخ ذی الخیار).

فاذا باع زید داره من عمرو بخیار لزید، ثم باعه عمرو الی بکر یوم السبت، و فسخه زید یوم الاحد، بطل البیع الثانی من یوم السبت (و قیل بانفساخه من حینه) فالبیع الثانی ینفسخ من یوم الاحد، و یکون الثمر بین الیومین لبکر.

(حجة القول بالمنع) و انه لا یحق لمن علیه الخیار ان یتصرف فیما فیه الخیار مطلقا (ان الخیار حق) لذی الخیار (یتعلق بالعقد المتعلق) ذلک العقد (بالعوضین من حیث) «من» متعلق ب «المتعلق» (ارجاعهما)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۲

بحل العقد الی ملکهما السابق، فالحق بالاخرة متعلق بالعین التی انتقلت منه الی صاحبه، فلا یجوز ان یتصرف فیها بما یبطل ذلک الحق باتلافها او نقلها الی شخص آخر.

و منه یظهر: ان جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الی البدل لا یوجب جواز الاتلاف، لان الحق متعلق بخصوص العین، فاتلافها اتلاف لهذا الحق

ای العوضین (ب) سبب (حل العقد الی ملکهما السابق) فکل مال یرجع الی مالکه الاول (فالحق بالاخرة متعلق بالعین التی انتقلت منه الی صاحبه) و ان کان الحق أولا و بالذات متعلقا بالعقد، لان الخیار ملک فسخ العقد و امضائه (فلا یجوز) للمنقول إلیه (ان یتصرف فیها) ای فی العین المنتقلة إلیه بالخیار (بما یبطل ذلک الحق) و هو الخیار (باتلافها او نقلها الی شخص آخر) او عتقها او استیلادها او الحیلولة بینها و بین مالکها کإلقائها فی البحر، او ما اشبه ذلک کاطلاق سراح الطائر و الوحش.

(و منه) ای مما ذکرناه من ان کون العین متعلق حق الغیر فلا یجوز التصرف فیها (یظهر: ان جواز الفسخ) من ذی الخیار (مع التلف) للعین، فیتدارک (بالرجوع الی البدل) مثلا او قیمة (لا یوجب جواز الاتلاف).

وجه الظهور (لان الحق متعلق بخصوص العین، فاتلافها) ای اتلاف العین (اتلاف لهذا الحق) و لا یجوز اتلاف حق الغیر، و ان تحمل المتلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۳

و ان انتقل الی بدله لو تلف بنفسه کما ان تعلق حق الرهن ببدل العین المرهونة بعد تلفها لا یوجب جواز اتلافها علی ذی الحق.

و الی ما ذکر یرجع ما فی الایضاح من توجیه بطلان العتق فی زمن الخیار بوجوب صیانة حق البائع فی العین المعینة عن الابطال.

و یؤید ما ذکرنا انهم حکموا من غیر خلاف یظهر منهم: بان التصرف الناقل اذا وقع باذن ذی الخیار

بدله (و ان انتقل) الحق (الی بدله لو تلف بنفسه) ای بمتلف، فان الاتلاف حرام تکلیفا و الانتقال الی البدل حکم وضعی (کما ان تعلق حق الرهن ببدل العین المرهونة بعد تلفها) کما اذا اتلفها الراهن او تلفت هی بنفسها (لا یوجب جواز اتلافها علی ذی الحق).

فان الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف و التلف من أسوإ اقسام التصرف، کما لا یخفی.

(و الی ما ذکر) من تعلق حق ذی الخیار بالعین (یرجع ما فی الایضاح من توجیه بطلان العتق فی زمن الخیار) کما اذا باعه عبدا و جعل البائع الخیار لنفسه، فانه لا یجوز للمشتری ان یعتق العبد (ب) سبب (وجوب صیانة) و حفظ (حق البائع فی العین المعینة) التی هی

العبد (عن الابطال) فلو اعتق العبد کان قد اتلف حق البائع فی ذات العین.

(و یؤید ما ذکرنا) من ان حق ذی الخیار متعلق بنفس العین (انهم حکموا من غیر خلاف یظهر منهم: بان التصرف الناقل اذا وقع باذن ذی الخیار)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۴

سقط خیاره، فلو لم یکن حقا متعلقا بالعین لم یکن ذلک موجبا لسقوط الخیار، فان تلف العین لا ینافی بقاء الخیار لعدم منافات التصرف، لعدم الالتزام بالعقد، و إرادة الفسخ بأخذ القیمة هذا غایة ما یمکن ان یقال فی توجیه المنع.

لکنه لا یخلو عن نظر، فان الثابت من خیار الفسخ- بعد ملاحظة جواز التفاسخ فی حال تلف العینین-

---

بان اذن البائع ذو الخیار، المشتری بان یبیع ما فیه الخیار مثلا (سقط خیاره).

وجه التأیید ما ذکره بقوله: (فلو لم یکن) الخیار (حقا متعلقا بالعین لم یکن ذلک) الاذن (موجبا لسقوط الخیار) و اذا لم یکن حقا .. لم یکن موجبا (فان تلف العین لا تنافی بقاء الخیار لعدم منافات التصرف) المتلف (لعدم الالتزام بالعقد) فیأذن ذو الخیار فی التصرف المتلف و مع ذلک لیس بملتزم بالعقد (و) انما له (إرادة الفسخ بأخذ القیمة).

اما اذا کان الحق متعلقا بالعین، کان بین الاذن بالتصرف و بین إرادة الفسخ منافاة لانه قد اذن بتلف حقه فلا حق له فی الفسخ، لان موضوع حقه قد ذهب باذنه (هذا غایة ما یمکن ان یقال فی توجیه المنع) ای منع الطرف من التصرف فی متعلق الخیار.

(لکنه لا یخلو عن نظر، فان الثابت من خیار الفسخ- بعد ملاحظة جواز التفاسخ فی حال تلف العینین-) و انما نحتاج الی هذه الملاحظة حتی نعلم بان الفسخ لا یتوقف شرعا و لا عرفا علی وجود العین التی فیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۵

هی سلطنة ذی الخیار علی فسخ العقد المتمکن فی حالتی وجود العین و فقدها، فلا دلالة فی مجرد ثبوت الخیار علی حکم التصرف جوازا، و منعا فالمرجع فیه ادلة سلطنة الناس علی اموالهم.

الا تری انّ حق الشفیع لا یمنع المشتری من نقل العین

خیار الفسخ، و لا علی وجود العوض الآخر الّذی لا یکون الخیار متعلقا به (هی سلطنة ذی الخیار علی فسخ العقد المتمکن) و اعمال تلک السلطة (فی حالتی وجود العین و فقدها) فان کانت موجودة استرجعت و ان کانت مفقودة استرجع بدلها (فلا دلالة فی مجرد ثبوت الخیار علی حکم التصرف) ای تصرف غیر ذی الخیار (جوازا) بان یکون الخیار مقتضیا لجواز التصرف (و منعا) بان یکون الخیار مانعا عن التصرف.

و عند عدم وجود الدلالة للخیار علی التصرف جوازا و منعا (فالمرجع فیه) ای فی التصرف فی متعلق الخیار (ادلة سلطنة الناس علی اموالهم) فان المشتری المنتقل إلیه المثمن یکون المثمن ماله، فیشمله: الناس مسلطون علی اموالهم.

و یؤید ذلک تعارف تصرف الناس فی متعلق الخیار، فیشربون و یأکلون الشیء المشتری فی مجلس العقد، و یتصرفون فی ثمن الحیوان فی الثلاثة الی غیرها.

(الا تری) و هذا تقریب ان الخیار لا ینافی التصرف فی العین (انّ حق الشفیع لا یمنع المشتری من نقل العین) قبل اخذ الشریک لحقه، مع ان العین متعلق حق الشفیع و خیاره.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۶

و مجرد الفرق بینهما بان الشفعة سلطنة علی نقل جدید، فالملک مستقر قبل الاخذ بها- غایة الامر تملک الشفیع نقله الی نفسه،

بخلاف الخیار، فانها سلطنة علی رفع العقد، و ارجاع الملک الی الحالة السابقة- لا یؤثر فی الحکم المذکور

(و) ان قلت: هناک فرق بین الخیار فی البیع و الخیار للشفیع، فالخیار فی البیع معناه ابطال البیع فالعین غیر مستقرة عند المشتری- فیما کان للبائع الخیار- و الخیار فی الشفعة معناه نقل الشفیع المال نقلا جدیدا الی نفسه، فالعین مستقرة عند المشتری فلا یلزم من جواز تصرف المشتری فی حق الشفیع جواز ان یتصرف المشتری فی العین التی هی محل الخیار.

قلت: (مجرد الفرق بینهما بان الشفعة سلطنة علی نقل جدید) فالشفیع له سلطنة بان ینقل المال الی نفسه بعد ان تمّ نقل الشریک بحصته الی المشتری (فالملک مستقر) عند المشتری (قبل الاخذ) ای اخذ الشفیع (بها) ای بالشفعة (غایة الامر تملک الشفیع نقله) ای الملک (الی نفسه، بخلاف الخیار فانها سلطنة علی رفع العقد و ارجاع الملک الی الحالة السابقة).

فالملک غیر مستقر عند المشتری، فاذا جاز تصرف من له ملک مستقر لم یلازم ذلک جواز تصرف من لیس له ملک مستقر.

و قوله: (لا یؤثر) خبر «و مجرد» (فی الحکم المذکور) بان یجوز التصرف فی الشفعة و لا یجوز فی متعلق الخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۷

مع ان الملک فی الشفعة اولی بالتزلزل لإبطالها تصرفات المشتری اتفاقا و اما حق الرهن، فهو من حیث کون الرهن وثیقة یدل علی وجوب ابقائه و عدم السلطنة علی اتلافه مضافا الی النصّ و الاجماع علی حرمة التصرف فی الرهن مطلقا.

و انما لا- یؤثر، لان الملک فی کلیهما متزلزل، فلو کان التزلزل یمنع عن التصرف لمنع فی الشفعة و لو کان التزلزل لا- یمنع عن التصرف لم یمنع فی الخیار، هذا أولا.

و ثانیا: (مع ان الملک فی الشفعة اولی بالتزلزل لإبطالها) ای الشفعة اذا اخذ بها الشفیع (تصرفات المشتری اتفاقا) فانه اذا باعه المشتری ثم اخذ الشفیع بالشفعة بطل بیع المشتری، بخلاف ما نحن فیه فانه اذا تصرف المشتری فیه بالنقل ثم اخذ ذو الخیار لم یبطل النقل، و انما یرجع ذو الخیار الی البدل- کما ذکره جمع-.

(و) ان قلت: اذا کان حق الطرف لا یمنع تصرف المالک فلما ذا تقولون بان الراهن لا یتمکن من التصرف فی العین المرهونة التی هی متعلق حق المرتهن.

قلت: (اما حق الرهن، فهو) مانع عن تصرف المالک (من حیث کون الرهن وثیقة) علی الدین.

ف (یدل علی وجوب ابقائه و عدم السلطنة علی اتلافه) اذا الاتلاف ینافی کونه وثیقة، فهناک قرینة من الخارج علی حرمة التصرف لا مجرد انه حق (مضافا الی النص و الاجماع علی حرمة التصرف فی الرهن مطلقا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۸

و لو لم یکن متلفا و لا ناقلا.

و اما سقوط الخیار بالتصرف الّذی اذن فیه ذو الخیار، فلدلالة العرف لا للمنافات.

و الحاصل: ان عموم: الناس مسلطون علی اموالهم لم یعلم تقییده بحق یحدث لذی الخیار یزاحم به سلطنة المالک، فالجواز لا یخلو عن قوة فی الخیارات الاصلیة.

و لو لم یکن) التصرف (متلفا و لا ناقلا) اما فی باب الخیار فلا اشکال فی التصرف غیر المتلف و غیر الناقل.

(و) ان قلت: فلما ذا؟ اذا اذن ذو الخیار فی التصرف سقط خیاره الّا ان یدل ذلک علی منافات الخیار للتصرف.

قلت: (اما سقوط الخیار بالتصرف الّذی اذن فیه ذو الخیار، ف) لیس للمنافات، بل (لدلالة العرف) و لذا لو قال تصرّف، و لکن یبقی

خیاری لم یر العرف مانعا عن ذلک، و (لا) یکون السقوط (للمنافات) بین التصرف و بین الخیار.

(و الحاصل: ان عموم: الناس مسلطون علی اموالهم) الشامل لتصرف المشتری فیما فیه الخیار للبائع (لم یعلم تقییده ب) سبب (حق یحدث لذی الخیار) حتی (یزاحم به) ای بذلک الحق لذی الخیار (سلطنة المالک) فلذی الخیار حق، و المالک یقدر علی التصرف (فالجواز) ای جواز التصرف فیما فیه الخیار (لا یخلو عن قوة فی الخیارات الاصلیة) کخیار المجلس و خیار الغبن و خیار العیب و خیار الحیوان و ما اشبه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۱۹۹

و اما الخیارات المجعولة بالشرط.

فالظاهر من اشتراطها إرادة ابقاء الملک لیسترده عند الفسخ، بل الحکمة فی اصل الخیار هو ابقاء السلطنة علی استرداد العین، الا انها فی الخیارات المجعولة علة للجعل.

و

(و اما الخیارات المجعولة بالشرط) و جمع الخیارات باعتبار افراده، لا ان للشرط خیارات متنوعة.

(ف) انما لا یحق للمشروط علیه التصرف لان الشرط هو ان لا یتصرف لا لان مقتضی الخیار- بما هو خیار- ان لا یتصرف.

اذ (الظاهر من اشتراطها) ای اشتراط الخیارات (إرادة) المشترط (ابقاء) المشروط علیه (الملک لیسترده) الشارط (عند الفسخ، بل الحکمة فی اصل الخیار) اصلیّا کان او مجعولا (هو ابقاء) الشارط (السلطنة) ای سلطنة نفسه (علی استرداد العین) متی ما اراد (الا انها) ای الحکمة (فی الخیارات المجعولة) بالشرط (علة للجعل) لا حکمة فقط، ففی الخیارات غیر المجعولة- ای الاصلیة- حیث ان الابقاء حکمة جاز التصرف المتلف، اما فی الخیارات المجعولة حیث ان الابقاء علة لم یجز التصرف المتلف.

(و) ان قلت: اذا کانت العلة فی الخیارات المجعولة السلطنة، کان لازم ذلک انه اذا تلف متعلق الخیار سقط الخیار لان المعلول عدم عند عدم علته.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۰

لا ینافی ذلک بقاء الخیار مع التلف، کما لا یخفی.

و علیه فیتعین الانتقال الی البدل عند الفسخ مع الاتلاف.

و اما مع فعل ما لا یسوغ انتقاله عن المتصرف کالاستیلاد ففی تقدیم حق الخیار لسبقه، او الاستیلاد لعدم اقتضاء الفسخ لرد العین مع وجود المانع الشرعی

قلت: (لا ینافی ذلک) ای کونه علة (بقاء الخیار مع التلف) للعین (کما لا یخفی) لانه من باب تعدد المطلوب، فالشارط یرید العین أوّلا، و بدلها ثانیا، فاللازم التحفظ علی العین و اذا تلفت کان له الخیار لاخذ بدلها.

مثلا: من باع داره التی تسوی بالف- اضطرار- بمائة مع الشرط فانه یرید ذات الدار مع بقائها و قیمة الدار- ای الألف- مع تلفها، فاذا فسخ و قد تلفت الدار اعطی المائة و اخذ الألف الّذی هو قیمة الدار.

(و علیه) ای بناء علی بقاء الخیار (فیتعین الانتقال الی البدل عند الفسخ مع الاتلاف) للعین.

(و اما مع فعل) المشروط علیه (ما لا یسوغ انتقاله عن المتصرف کالاستیلاد) اذام الولد لا تنتقل (ففی تقدیم حق الخیار لسبقه) فاذا اخذ البائع بالخیار استرجع الجاریة و ابطل حق الاستیلاد، کما تباع أمّ الولد فی دین نفسها، لتقدیم حق الدین علی الاستیلاد (او) تقدیم (الاستیلاد لعدم اقتضاء الفسخ لرد العین مع وجود المانع الشرعی) الّذی هو الاستیلاد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۱

كالعقلى، وجهان، أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة من باب الصرف حيث ذكر ان صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين.

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه، و انه ينتقل الى البدل، لانه اذا جاز التصرف فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم، و تسلط

فان المانع الشرعى (ك) المانع (العقلى، وجهان، أقواهما الثانى) اللهم الا ان يقال: يشك فى اطلاق دليل الاستيلاد لما هنا فالمرجع عموم ادلة الخيار (و هو) اى تقديم حق الاستيلاد (اللائح) اى الظاهر (من كلام التذكرة من باب الصرف) و هو بيع الاثمان- الذهب و الفضة (حيث ذكر ان صحة البيع الثانى) الواقع على ما فيه الخيار (لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين).

فان الحكمة هى رجوع المالك الى العين اذا كانت موجودة، و الى البدل اذا كانت تالفة او كالتالفة، فان الاستيلاد كالتالف، فيرجع المالك الى بدل الجارية.

(و منه) اى مما ذكرنا من صورة استيلاد الجارية و ان ذا الخيار يرجع الى البدل (يعلم حكم نقله) اى ما فيه الخيار (عن ملكه، و انه) اى حق ذى الخيار (ينتقل الى البدل) و ليس لذى الخيار ابطال العقد الثانى (لانه اذا جاز التصرف) اى تصرف من عليه الخيار- كما تقدم- (فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم) للعقد الثانى (و تسلط

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۲

العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من ان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الاول، فاذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن، و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود.

العاقد الثانى) اى تسلط من عليه الخيار على الثمن و تسلط المشترى على المثمن (على ماله) بمقتضى: الناس مسلطون على اموالهم.

و الحاصل انه يشمله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الناس مسلطون على اموالهم» لان الخيار لا ينافيهما، اذ الخيار يقتضى الرجوع الى العين او البدل (عدا ما يتخيل) استثناء من «فلا داعى» (من ان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الاول).

اذ لا يصح بيع المشترى للاجنبى الا بعد تمامية البيع الاول (فاذا ارتفع) العقد الاول (بالفسخ) من ذى الخيار (و صار) العقد الاول (كان لم يكن، و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ) لان الفسخ لا يرفع العقد من اصله بل يرفعه من حين الفسخ، و لذا يكون النماء و الثمر بين العقد و الفسخ للمنتقل إليه لا المنتقل عنه.

فاذا باع زيد دجاجة لعمرو بخيار لزيد، ثم فسخ العقد بعد اسبوع كان البيض فى مدة هذا الاسبوع لعمرو المشترى و قوله: (كان) جواب «فاذا» (من لوازم ذلك) لوازم ارتفاع العقد الاول (ارتفاع ما بنى عليه) اى ما بنى على العقد الاول (من التصرفات و العقود) كالاستيلاد و البيع و العتق و غيرها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۳

و الحاصل ان العاقد الثانى يتلقى الملك من المشترى الاول، فاذا فرض الاشتراء كان لم يكن، و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى.

و يمكن دفعه بان تملك العاقد الثانى مستند الى تملك المشترى له آنا مّا، لان مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات.

و

(و الحاصل) ای حاصل التخیل (ان العاقد الثانی) و هو المشتری من المشتری الاول (یتلقی الملک من المشتری الاول، فاذا فرض الاشتراء) الاول (کان لم یکن) لان ذا الخیار ابطل العقد، فلا یکون ذو الخیار بائعا و لا مشتریه مشتریا (و ملک البائع الاول العین بالملک السابق قبل البیع ارتفع بذلک) ای بسبب تملک البائع الاول للعین (ما استند إلیه) ای الی العقد الاول (من العقد الثانی) «من» بیان «ما استند».

(و یمکن دفعه) ای دفع التخیل (بان تملک العاقد الثانی) المشتری من المشتری (مستندا الی تملک المشتری) الاول (له) ای للمبیع (آنا مّا، لان مقتضی سلطنته) ای سلطنة المشتری الاول (فی ذلک الآن) الآنامّا (صحة جمیع ما یترتب علیه) ای علی ذلک التملک (من التصرفات).

و الحاصل: ان المشتری الاول ملک المبیع آنا مّا، فله سلطة علی کل تصرف، فیکون نقله و سائر تصرفاته فیه صحیحا.

(و) ان قلت: فسخ البائع الاول اقتضی ان یکون العقد کان لم یکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۴

اقتضاء الفسخ لکون العقد کان لم یکن بالنسبة الی ما بعد الفسخ، لانه رفع للعقد الثابت.

و قد ذهب المشهور الی انه لو تلف احد العوضین قبل قبضه و بعد بیع العوض الآخر المقبوض انفسخ البیع الاول دون الثانی، و استحق بدل العوض المبیع ثانیا علی من باعه.

فاذا ارتفع العقد الاول ارتفع العقد الثانی المرتب علی العقد الاول.

قلت: (اقتضاء الفسخ) من ذی الخیار (لکون العقد) الاول (کان لم یکن) انما هو (بالنسبة الی ما بعد الفسخ، لانه) ای الفسخ (رفع للعقد الثابت) فقد کان العقد الاول الی حین الفسخ، نعم بعد الفسخ لا عقد اما قبله فالعقد کان و آثاره باقیة، و لذا فنماء المثمن بین العقد الاول و الفسخ للمشتری، و نماء الثمن للبائع.

(و) لذا الّذی ان الفسخ لا یؤثر فی رفع العقد الا من حین الفسخ ف (قد ذهب المشهور الی انه لو تلف احد العوضین قبل قبضه و بعد بیع العوض الآخر المقبوض) کما اذا باع زید کتابه لعمرو بدینار خارجی، ثم قبّض الکتاب و باع عمرو الکتاب، و لما اراد ان یقبض زید الدینار وجده تالفا و (انفسخ البیع الاول) لان التلف قبل القبض من مال مالکه (دون الثانی) ای بیع عمرو للکتاب (و استحق) زید البائع الاول (بدل العوض) ای بدل الکتاب (المبیع ثانیا) استحقه (علی من باعه) ای استحقه من عمرو فان الکتاب لا یرجع إلیه، بل یأخذ زید عوض الکتاب من عمرو- قیمة او مثلا-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۵

و الفرق بین تزلزل العقد من حیث انه امر اختیاری کالخیار او امر اضطراری کتلف عوضه قبل قبضه غیر مجد فیما نحن بصدده.

ثم انه لا فرق بین کون العقد الثانی لازما او جائزا، لان جواز العقد یوجب سلطنة العاقد علی فسخه لا سلطنة الثالث الا جنبی.

و هذه الفتوی من المشهور تدل علی ان الفسخ لا یؤثر فی التصرفات التی حدثت قبل الفسخ.

(و) ان قلت: تلف الدینار- فی المثال- امر اضطراری، و بیع المشتری الّذی علیه الخیار- فیما نحن فیه- امر اختیاری، فلا یقاس ما نحن فیه بمسألة التلف.

قلت: (الفرق بین تزلزل العقد من حیث انه) ای التزلزل (امر اختیاری کالخیار) المجعول اختیاریا الموجب لتزلزل العقد (او امر اضطراری کتلف عوضه قبل قبضه) کما فی المثال، فان التلف لم یکن باختیار المشتری- مثلا- (غیر مجد فیما نحن بصدده) اذ نحن

بصدد ان الفسخ لا یوجب الا رفع العقد من حین الفسخ، و لا یوجب رفع العقد من اصل العقد سواء کان الفسخ بامر اختیاری او بامر اضطراری.

(ثم) بعد ان تحقق ان العقد الثانی لا یزول بفسخ العقد الاول (انه لا فرق بین کون العقد الثانی لازما) کالبیع (او جائزا) کالهبهٔ غیر اللازمهٔ، فاذا فسخ العاقد الاول لم یکن له ان یسترجع الموهوب (لان جواز العقد یوجب سلطنهٔ العاقد) کالمشتری فی المثال (علی فسخه لا سلطنهٔ الثالث) الّذی هو العاقد الاول (الاجنبی) عن الهبهٔ فی المثال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۶

نعم یبقی هنا الزام العاقد بالفسخ بناء علی ان البدل للحیلولهٔ، و هی مع تعذر المبدل.

و مع التمکن یجب تحصیله، الا ان یقال باختصاص ذلک بما اذا کان المبدل المتعذر باقیا علی ملک مستحق البدل، کما فی المغصوب الآبق، اما فیما نحن فیه

(نعم یبقی هنا) ای فی ما نقله المشتری بالعقد الجائز (الزام العاقد) ای الزام البائع الشارط العاقد الثانی و هو المشتری الواهب (بالفسخ) للهبهٔ (بناء علی ان البدل) ای اخذ الفاسخ للبدل انما هو (للحیلولهٔ) ای حیث حیل بینه و بین متاعه یأخذ بدله (و هی) ای الحیلولهٔ انما تتحقق (مع تعذر المبدل) بان تلف او القی فی البحر او اعتق او استولدت او بیع بیعا لازما او ما اشبه.

(و) اما (مع التمکن) ای تمکن المشتری الواهب من استرجاع المبدل (یجب تحصیله) و فی العقد الجائز یتمکن من تحصیله (الا ان یقال) لا یجب علی المشتری الواهب استرجاع الموهوب- و ان کان العقد جائزا- فان المقام من بدل الحیلولهٔ (باختصاص ذلک) ای اختصاص الاسترجاع (بما اذا کان المبدل المتعذر باقیا علی ملک مستحق البدل، کما فی المغصوب الآبق) فانه اذا غصب عمرو من زید عبده، ثم ابق العبد و رجع زید الی عمرو، فان عمروا یجب علیه ان یرجع العبد الّذی غصبه الی مالک العبد.

و (اما فیما نحن فیه) و هو الّذی وهب المشتری ما اشتراه ثم فسخ البائع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۷

فان العین ملک للعاقد الثانی، و الفسخ انما یقتضی خروج المعوض عن ملک من یدخل فی ملکه العوض، و هو العاقد الاول، فیستحیل خروج المعوض عن ملک العاقد الثانی، فیستقر بدله علی العاقد الاول.

و لا دلیل علی الزامه بتحصیل المبدل مع دخوله فی ملک ثالث و قد مرّ بعض الکلام فی ذلک فی خیار الغبن.

العقد (فان العین) الموهوبهٔ (ملک للعاقد الثانی) حیث اشتراها من العاقد الاوّل (و الفسخ انما یقتضی خروج المعوض عن ملک من یدخل فی ملکه العوض) و هو خروج المثمن من ملک المشتری الاول لیدخل فی ملکه الثمن الّذی کان دفعه الی البائع الفاسخ (و هو) ای من یدخل فی ملکه العوض (العاقد الاول، فیستحیل خروج المعوض عن ملک العاقد الثانی) لانه لا یملکه الآن، لانه وهبه فکیف یخرج المعوض من ملک الواهب، و الحال انه لا یملکه (فیستقر بدله علی العاقد الاول) ای یلزم علی العاقد الاول الفاسخ ان یرجع الی المشتری البدل و هو الثمن الّذی اخذه.

(و) اما المشتری فانه یعطی الی البائع الاول بدل المعوّض لا نفس المعوض.

اذ (لا دلیل علی الزامه بتحصیل المبدل) الموهوب (مع دخوله) ای دخول ذلک المبدل (فی ملک ثالث) و هو الموهوب له (و قد مرّ بعض الکلام فی ذلک فی خیار الغبن).

فتحصّل ان قوله «نعم» یقول «حیث ان المشتری وهب المتاع فالفاسخ یلزمه بالاسترجاع».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۸

هذا و لكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار.
و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار، بعيد جدا.

و قوله «الا ان يقال» يقول «ليس الموهوب ملكا للواهب حتى يسترجعه الفاسخ فيسترجع بدله، و هذا بخلاف مثل المغصوب، فانه حيث كان ملكا للمغصوب منه فاللازم على الغاصب ان يرجعه إليه».
و لكن لا يخفى ما فى قوله «الا ان يقال ... الخ» من عدم الاستقامة بل هذا الكلام اقرب الى بدل الحيلولة من نفس العين بان يقرّر هكذا «حيث ان المغصوب الآبق لا يمكن ردّه فالواجب على الآبق بدل الحيلولة اما الموهوب حيث يمكن استرجاعه فاللازم على المشترى الواهب استرجاعه بابطال الهبة» و الّذى اظنّه ان فى النسخة غلطا او سقطا.
(هذا و لكن) هذا ردّ لقوله «الا ان يقال» (قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار) فاذا فسخ العاقد الاول بطلت هبة المشترى فيسترجع العاقد عين ماله.
(و توجيهه) اى توجيه عدم النفوذ الّذى قاله الدروس و الجامع (بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار) بان يكون مراد هما ب «لا تنفذ التصرفات» انه لا تنفذ التصرفات نفوذا بلا ضمان (بعيد جدا).
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۰۹
و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البدل، الا فى مسئلة العتق و الاستيلاد، فالمسألة فى غاية الاشكال.
ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الاول؟
او من اصله

اذ ظاهر «لا تنفذ التصرفات» ان التصرفات باطلة لا ان التصرفات صحيحة و لكن مع ضمان البدل.
فالمعنى: ان التصرفات بلا بدل غير صحيحة، و هذا المعنى بعيد جدا عن كلامهما.
(و) مع انهما ادعيا الاتفاق (لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز) اى بجواز التصرفات (عنه الرجوع الى البدل) بل يرجع الفاسخ الى نفس العين.
«۱» فالدروس و الجامع يدعيان: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات و «۲» القائلون بجواز التصرفات ظاهرهم: نفوذ التصرفات و الرجوع الى العين بعد الفسخ.
(الا فى مسئلة العتق و الاستيلاد) حيث قال بعض بالرجوع الى البدل فى هاتين المسألتين.
«۳» و نحن نرى ان مقتضى القاعدة صحة التصرفات و الرجوع الى البدل (فالمسألة فى غاية الاشكال) و اللّه العالم.
(ثم على القول بانفساخ العقد الثانى) بعد فسخ العقد الاول (فهل يكون من حين فسخ) العقد (الاول؟ او من اصله).
إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۰
قولان، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين، محتجا بان مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول، و رجوع العين الى ملك المالك الاول ليخرج منه الى ملك الفاسخ.
الا ان يلتزم بان ملك العاقد الثانى الى وقت

مثلا: باع المشترى ما فيه الخيار يوم الجمعة، و فسخ البائع البيع يوم السبت فهل يكون المبيع يوم الجمعة للمشترى الثانى حتى يكون

نمائه للمشتری الثانی؟ او یفسخ العقد الثانی من اوّل لحظة وقع فیها حتی یکون المبیع یوم الجمعة للمشتری الاول، و النماء للمشتری الاول (قولان اختار ثانیهما بعض افاضل المعاصرین، محتجابان مقتضی الفسخ) الّذی فسخه العاقد الاول ذو الخیار (تلقی کل من العوضین من ملک کل من المتعاقدین) فالفاسخ یتلقی المعوض من المشتری، و المشتری یتلقی العوض من الفاسخ (فلا یجوز ان یتلقی الفاسخ الملک من العاقد الثانی) و هو المشتری الثانی (بل لا بد من انفساخ العقد الثانی بفسخ) العقد (الاول، و رجوع العین الی ملک المالک الاول) و هو المشتری (لیخرج منه) ای من المشتری (الی ملک الفاسخ).

و هذا انما یتحقق اذا قلنا بان الفسخ اوجب ان یکون العقد الثانی کان لم یکن، اذ لو بقی العقد الثانی الی حین الفسخ کان الفاسخ یتلقی الملک من المشتری الثانی.

(الا ان یلتزم بان ملک العاقد الثانی) ای المشتری الثانی (الی وقت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۱

الفسخ، فتلقی الفاسخ الملک بعد الفسخ من العاقد الاول و رده بعدم معروفیة التملک الموقت فی الشرع، فافهم.

ثم ان المتیقن من زمان الخیار الممنوع فیه من التصرف علی القول به، هو زمان تحقق الخیار فعلا، کالمجلس و الثلاثة فی الحیوان و الزمان المشروط فیه الخیار، و اما الزمان الّذی لم یتنجّز فیه الخیار، اما لعدم تحقق سببه، کما فی خیار التأخیر

الفسخ) و هو فسخ الفاسخ- البائع الاول- فبمجرد فسخه ینتقل الملک من المشتری الثانی الی المشتری الاول، فیتلقاه الفاسخ من المشتری الاول (فتلقی الفاسخ الملک بعد الفسخ من العاقد الاول) و هو المشتری الثانی (و ردّه بعدم معروفیة التملک الموقت فی الشرع) حتی یقال بان المشتری الثانی ملک المتاع الی حین الفسخ، و بمجرد الفسخ انتقل الملک الی المشتری الاول، فتلقاه الفاسخ من المشتری الاول (فافهم) لوجود الملک الموقت، کما فی اشتراء الولد اباه فانه یملکه ملکا آنامائیا، ثم یعتق علیه، هذا مضافا الی انه لا دلیل علی انه یلزم ان یتلقی الفاسخ الملک من المشتری الاول، و اللّه العالم.

(ثم ان المتیقن من زمان الخیار الممنوع فیه من التصرف) فیما فیه الخیار (علی القول به) ای علی القول بالمنع من التصرف فی زمن الخیار (هو زمان تحقق الخیار فعلا، کالمجلس و الثلاثة فی) خیار (الحیوان و الزمان المشروط فیه الخیار، و اما الزمان الّذی لم یتنجّز فیه الخیار، اما لعدم تحقق سببه، کما فی خیار التأخیر) فان الخیار انما یحدث بعد التأخیر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۲

بناء علی ان السّبب فی ثبوته تضرر البائع بالصبر الی ازید من الثلاث.

و اما لعدم تحقق شرطه، کما فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن بناء علی کون الرد شرطا للخیار و عدم تحققه قبله، و کاشتراط الخیار فی زمان متأخر ففی جواز التصرف قبل تنجز الخیار خصوصا فیما لم یتحقق سببه، وجهان

(بناء علی ان السّبب فی ثبوته تضرر البائع بالصبر الی ازید من الثلاث) فهو قبل الثلاث لیس بثابت، لانه لا تضرر.

اما اذا قلنا ان الخیار ثابت من اوّل الامر اذا کان المشتری لا یأتی الی الثلاث- ففی الواقع الخیار ثابت من اوّل الامر و ان لم یعلم به البائع- فهو خارج عن محل کلامنا، لان کلامنا فی الزمان الّذی لیس فیه خیار و انما یتحقق الخیار بعد ذلک.

(و اما لعدم تحقق شرطه) ای شرط الخیار (کما فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن) فیما اذا باعه و قال: لی الخیار فی استرجاع المثمن اذا ارجعت علیک الثمن (بناء علی کون الرد شرطا للخیار و عدم تحققه) ای الخیار (قبله) ای قبل ردّ الثمن (و کاشتراط الخیار فی زمان متأخر).

مثلا: باعه الشیء و قال لی الخیار بعد اسبوع، فان فی مدة الاسبوع لا خیار له.

(ففی جواز التصرف) ممن علیه الخیار (قبل تنجّز الخیار خصوصا فیما لم یتحقق سببه) ای سبب الخیار، کما فی خیار التأخیر.

و انما قال: خصوصا، لانه لا خیار حتی فی عالم الاقتضاء (وجهان) و هما: جواز التصرف لانه لا خیار، و عدم جواز التصرف لانه فی معرض

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۳

من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و کونه فی معرض الارتفاع و هو موجود هنا، و ان لم یقدر ذو الخیار علی الفسخ حینئذ.

و من انه لا حق بالفعل لذی الخیار فلا مانع من التصرف.

و یمکن الفرق بین الخیار المتوقف علی حضور الزمان، و المتوقف علی شیء آخر، کالتأخیر و الرؤیة علی خلاف الوصف.

الخیار.

(من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و کونه) ای العقد (فی معرض الارتفاع، و هو) ای هذا المانع (موجود هنا) و ان لم یکن خیار فعلی (و ان لم یقدر ذو الخیار)- الخیار المستقبلی- (علی الفسخ حینئذ) ای حین قبل مجیء زمان الخیار- و هذا وجه عدم جواز التصرف-.

(و من انه لا حق بالفعل لذی الخیار فلا مانع من التصرف)- و هذا وجه جواز التصرف-.

(و یمکن) التفصیل فی المسألة و (الفرق) بین اقسام الخیار المستقبلة بان یفرق (بین الخیار المتوقف علی حضور الزمان) کخیار الشرط و لکن بعد اسبوع مثلا (و) بین الخیار (المتوقف علی شیء آخر، کالتأخیر و الرؤیة علی خلاف الوصف).

فان من اشتری شیئا بالوصف ثم رأی انه خلاف الوصف، کان له الخیار فی ردّه او قبوله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۴

لان ثبوت الحق فی الاول معلوم و ان لم یحضر زمانه، بخلاف الثانی.

و لذا لم یقل احد بالمنع من التصرف فی احد من العوضین قبل قبض الآخر من جهة کون العقد فی معرض الانفساخ بتلف ما لم یقبض و سیجیء ما یظهر منه قوة هذا التفصیل.

و علی کل حال، فالخیار المتوقف تنجّزه فعلا علی ظهور امر کالغبن

ففی الخیار الزمانی لا یحق له التصرف.

و فی القسم الثانی یحق له التصرف (لان ثبوت الحق) و هو الخیار (فی الاول) ای الخیار المتأخر زمانا (معلوم و ان لم یحضر زمانه) فالواجب التحفظ علی ما فیه الخیار بعدم التصرف (بخلاف الثانی) لان ثبوت الحق فیه غیر معلوم.

(و لذا) حیث ان الخیار غیر المعلوم لا یمنع من التصرف (لم یقل احد بالمنع من التصرف فی احد من العوضین قبل قبض الآخر).

مثلا: اذا قبض المشتری المتاع یحق له ان یتصرف فیه و ان لم یقبض البائع الثمن بعد (من جهة کون العقد فی معرض الانفساخ ب) سبب (تلف ما لم یقبض).

و قوله «من جهة» متعلق ب «لم یقل» مع انه لو کان الخیار المستقبلی مانعا عن التصرف لزم منع المشتری من التصرف فی المثمن، لانّ العقد فی معرض الانفساخ (و سیجیء ما یظهر منه قوة هذا التفصیل) الّذی ذکرناه بقولنا «و یمکن الفرق».

(و علی کل حال، فالخیار المتوقف تنجّزه فعلا علی ظهور امر کالغبن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۵

و العیب و الرؤیة علی خلاف الوصف غیر مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا

فرعان:

الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين،

كوطى الامة فى زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار قولان للمانعين، اكثرهم على الجواز كالعلامة فى القواعد و الشارح فى جامع المقاصد، و حكى عن

و العيب و الرؤية على خلاف الوصف) لانه لا خيار قبل ظهور الغبن، و ظهور العيب، و قبل الرؤية فى خيار تخلف الوصف- كما تقدم- (غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا).

ثم حيث ان الخيار حق لذى الخيار و ليس حكما جاز لذى الخيار ان يأذن لمن عليه الخيار بالتصرف، سواء اراد التصرف المسقط للخيار او التصرف الجامع مع الخيار، فانه من باب تعدد المطلوب، فيقول له: تصرف، فاذا فسخت اخذت منك البدل.

(فرعان: الاول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين) بدون تلف لها (كوطى الامة فى زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار) فيما كان الوطى موجبا لانعقاد النطفة.

و انما قال: بناء لما تقدم من احتمال تقدم حق ذى الخيار على حق الاستيلاد (قولان للمانعين) اى من منع عن التصرف المتلف (اكثرهم على الجواز كالعلامة و الشارح) للقواعد المحقق الثانى (فى جامع المقاصد، و حكى عن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۶

المبسوط و الغنية و الخلاف.

لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به فى الايضاح.

و لذا حمل فى الدروس تجويز الشيخ الوطى على ما اذا خصّ الخيار بالواطى.

لكن قيل ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك.

المبسوط و الغنية و الخلاف).

(لكن) يرد على شيخ الطائفة انه كيف يفتى بجواز الوطى فى زمن الخيار، و الحال انه يرى ان المشترى لا يملك فى زمن الخيار.

ف (لا يلائم ذلك) اى تجويزه الوطى مع (القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار) لانه لا وطى الا فى ملك (كما اعترف به) اى بانه لا يلائم القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار (فى الايضاح).

(و لذا) الّذى قلنا بانه لا يلائم (حمل فى الدروس تجويز الشيخ الوطى) فى زمن الخيار (على ما اذا خصّ الخيار بالواطى) فان من عليه الخيار لا يملك، لا من له الخيار.

(لكن قيل) و استشكل على الدروس ب (ان عبارة) الشيخ فى (المبسوط لا تقبل ذلك) الحمل، بل ظاهره و طى المشترى فى زمان خيار البائع، هذا كله فى القول الاول الّذى يقول بانه يجوز الاستيلاد فى زمان الخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۷

و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون الوطى معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين.

الثانى: انه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار؟

فيه وجهان.

من كونه ملكا له.

و من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين،

(و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك) اى عن الوطى فى زمن الخيار (لكون الوطى معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين) و ذلك ينافى كون ذى الخيار له سلطة على الفسخ و استرجاع جاريته.

لكن حيث عرفت انّا نقول بجواز كل تصرف، فالامر فى المقام سهل.

الفرع (الثانى) بناء على المنع عن التصرف المتلف فى زمن الخيار (انه هل يجوز) التصرف غير المتلف، مثل (اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار؟) أم لا يجوز، و مثل الاجارة الرهن و نحوهما مما لا يتلف العين (فيه وجهان).

(من كونه ملكا له) اى للموجر الّذى ليس له الخيار فله ان يوجره.

(و من ابطال هذا التصرف) اى الايجار (لتسلط الفاسخ على اخذ العين) فانه اذا فسخ من له الخيار لا يقدر على اخذ العين الا بعد انقضاء الاجارة، و لو كانت الاجارة طويلة المدة، لم يتمكن هو بنفسه من استرداد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۸

اذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه لاجل استيفاء منفعة.

و لو آجره من ذى الخيار او باذنه ففسخ لم يبطل الاجارة، لان المشترى ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام، و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فاذا استوفاها المشترى بالاجازة، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة، كما اذا باعه بعد الاجارة.

العين اصلا كما اذا آجره لمدة مائة سنة مثلا (اذا الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه) اى تسلم ما فيه الخيار (لاجل استيفاء منفعة).

اللهم الا ان يقال: ان له حق الاجارة فاذا فسخ ذو الخيار ابطل الاجارة لتقدم حقه على حق الاجارة.

(و لو آجره من ذى الخيار) نفسه (او) آجره لثالث (باذنه ففسخ) ذو الخيار (لم يبطل الاجارة، لان المشترى ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام) اذا الخيار يعطى ذا الخيار حق الفسخ و الابطال، لا ان الملك الّذى فيه الخيار ملك من نوع ثان، غير الملك الّذى ليس فيه الخيار (و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة) اذ كما ملك المشترى العين ملك النماء (فاذا استوفاها المشترى بالاجارة، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ) فحال ذاك حال ما اذا تمكن من الاستيفاء دفعة واحدة، مثلا:

لو تمكن بعلاج ان يخرج كل بيوض الدجاجة المشتراة بخيار، فانه لو رجع البائع لم يتمكن من استرجاع البيوض (بل يعود الملك إليه) اى الى البائع ذى الخيار (مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة، كما اذا باعه بعد الاجارة.)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۱۹

و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الاول من الموقوف عليه، لان البطن الثانى لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الاول.

فالملک ينتهى بانتهاء استعداده.

فان الانسان اذا آجر ملكه، ثم باعه، ملك المشترى العين مسلوب المنفعة مدة الاجارة، لان النماء صار للمستأجر.

نعم اذا جعل المشترى ذلک كان له خيار الفسخ.

(و ليس الملک هنا) فى باب فسخ ذى الخيار بعد الاجارة (نظير ملک البطن الاول من الموقوف عليه).

حيث انه لو آجره مدة اكثر من حياته، ثم مات كان للبطن الثانى ابطال الاجارة و اخذ النماء لنفسه.

و انما ليس المقام من قبيل الوقف (لان البطن الثانى لا يتلقى الملک منه) اى من البطن الاول (حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل) يتلقن البطن الثانى الملک (من الواقف) مباشرة (كالبطن الاول) الّذى يتلقى الملک من الواقف فكانّ الواقف قال خمسين سنة للبطن الاول و خمسين سنة للبطن الثانى- فيما اذا دام كل بطن خمسين سنة-.

(فالملک) بالنسبة الى البطن الاول (ينتهى بانتهاء استعداده) كما لو مات البطن الاول.

لكن لا يخفى انه اذا نقصت قيمة العين بسبب الاجارة، كان للفاسخ مطالبة التفاوت.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۰

فان قلت: ان ملک المنفعة تابع لملک العين بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، و كان زوالها بالانتقال الى آخر، ملک المنفعة الدائمة، لان المفروض ان المنتقل إليه يتلقى الملک من ذلک المالک، فيتلقاه مسلوب المنفعة.

و اما اذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها، لم

مثلا: لو اجرها عشر سنوات، فنقص بذلک خمس قيمتها فان للفاسخ مطالبة هذا الخمس من باب ما لو تلف بعض المبيع فانه بمنزلة التلف كما لا يخفى.

(فان قلت: ان ملک المنفعة تابع لملک العين) فاذا ملک الفاسخ العين من المشترى ملكها مسلوبة المنفعة- كما ذكرتم- لكن الفاسخ يملک الملک مستندا الى ما قبل تملک المشترى، فهو لا يتلقى الملک من المشترى و من المعلوم ان الملک قبل تملک المشترى ليس مسلوب المنفعة.

و الحاصل ان الفاسخ يرفع سبب ملک المشترى، لا ان الملک ينتقل إليه من المشترى، فالمنفعة تابعة لملک العين و ليس للفاسخ اخذ المنفعة فيما اذا كان (بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، و كان زوالها بالانتقال الى آخر، ملک) الاول، و هو المشترى فى المثال (المنفعة الدائمة) فالفاسخ لا حق له فى المنفعة (لان المفروض ان المنتقل إليه) و هو الفاسخ (يتلقى الملک من ذلک المالک) المشترى (فيتلقاه) اى الفاسخ (مسلوب المنفعة) هذا.

(و اما اذا ثبت) ت الملكية للمشترى (و كان زوالها بارتفاع سببها، لم

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۱

يكن ملک من عاد إليه متلقى عن المالک الاول، و مستند إليه، بل كان مستندا الى ما كان قبل تملک المالک الاول، فيتبعه المنفعة، كما لو فرضنا زوال الملک بانتهاء سببه لا برفعه، كما فى ملک البطن الاول من الموقوف عليه، فان المنفعة تتبع مقدار تملكه.

قلت: أولا انه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة.

يكن ملک من عاد) الملک (إليه) اى الى الفاسخ (متلقى عن المالک الاول) الّذى هو المشترى (و) لم يكن (مستندا إليه) حتى يتلقاه مسلوب المنفعة (بل كان) ملک الفاسخ (مستندا الى ما كان قبل تملک المالک الاول) اى قبل تملک المشترى، لان الفسخ يرفع ملک المشترى و يجعله كان لم يكن (فيتبعه) اى يتبع تملک الفاسخ للملک (المنفعة) فيكون حال المقام فى استحقاق الفاسخ للمنفعة (كما لو فرضنا زوال الملک بانتهاء سببه لا برفعه) اى رفع السبب.

فالمشترى فى المقام حاله (كما فى ملک البطن الاول من الموقوف عليه فان المنفعة تتبع مقدار تملكه) فاذا آجره المشترى لمدة سنة و بعد شهر فسخ من له الخيار، كانت اجارة بقية المدّة للفاسخ لا للمشترى.

(قلت: أولا ـ انه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة) بان باعه بيعا لازما، ثم آجره المشترى، ثم تفاسخا عن رغبتهما فان الاجرة كلها للمشترى (مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة) فما يقال هنا يقال هناك فى صورة الفسخ بالخيار اذ لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۲

و ثانيا: انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعدّ للدوام لو لا الرافع آنا مّا.

ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن.

و علّله بانه يعلم بفسخ البيع ان المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ

(و ثانيا) بالحلّ، ف (انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة) بان تكون المنفعة للمشترى (تحقق الملك) للمشترى (المستعدّ للدوام لو لا الرافع) تحقق الملك (آنا مّا).

اذ بمجرد ملكية المشترى للعين، ملك كل منافعه، فله الحق فى ان يهبها او يصالحها او ينقلها الى غيره، فاذا فسخ من له الخيار و كان فى العين نقص بسبب الاجارة، كان له اخذ التفاوت من المشترى بعنوان بدل النقص.

(ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة) التى آجرها المشترى فيما كان للبائع الخيار (بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن) اى خيار الشرط، بان شرط البائع انه كلما ردّ الثمن الى سنة مثلا، كان له فسخ البيع.

(و علّله) اى علل ما جزم به (بانه يعلم بفسخ البيع) اى اذا فسخ البيع (ان المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ) و انما يملك المشترى المنافع الى حال الفسخ، فكانت اجازته لما بعد الفسخ اجازة فى ملك الغير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۳

و ان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع انتهى.

فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك، او الملك المستند الى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلّا، و ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام.

و ان كان مرجعه الى شىء آخر فليبين حتى ينظر فيه، مع ان الاصل

(و ان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة) اسم مفعول و ليس بمصدر (بالنسبة الى فسخ البيع) فما لم تفسخ الاجارة كانت المنفعة للمشترى اما بعد الفسخ فالمنفعة للبائع (انتهى) كلامه ره.

(فان كان مرجعه) اى مرجع ما ذكره (الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك) فى حيازة المشترى (او) المنفعة عبارة عن (الملك المستند الى ذلك الملك) بقاء و حدوثا فما دام اصل الملك فى حيازة المشترى كانت المنفعة فى حيازته، فاذا خرج الملك عن حيازته خرجت المنفعة من حيازته (فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلّا) فى قولنا: قلت أولا و ثانيا (و) عرفت (ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام) و ان خرج بعد ذلك عن الملك.

نعم فى الملك غير المستعد للدوام كالوقف ليست المنفعة تابعة للملك بل ملك كل بطن للمنفعة بقدر حيازته (و ان كان مرجعه الى شىء آخر فليبين حتى ينظر فيه).

و ربما احتمل ان الشرط يقتضى ذلك بان شرط ذو الخيار ان لا حق لك فى المنفعة الا مدة بقاء الملك عندك (مع ان الاصل) لو شك فى انه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۴

عدم الانفساخ، لان الشک فی ان حق خیار الفسخ فی العین یوجب تزلزل ملک المنفعة، أم لا مع العلم بقابلیة المنفعة بعد الفسخ للتملک قبله، کما اذا تقایلا البیع بعد الاجارة.

ثم انه لا اشکال فی نفوذ التصرف باذن ذی الخیار، و انه یسقط خیاره

هل انفسخت الاجارة بانفساخ البیع، أم لم تنفسخ؟ (عدم الانفساخ، لان الشک) فی الرافع مع العلم باقتضاء المقتضی، فلیس الشک فی المقتضی الّذی قلنا فی الاصول انه لیس مجری للاستصحاب لانا نشک (فی ان حق خیار الفسخ فی العین یوجب تزلزل ملک المشتری (المنفعة، أم لا).

و هذا الشک یکون (مع العلم) ای مع علمنا (بقابلیة المنفعة بعد الفسخ للتملک قبله) ای قبل الفسخ.

فمثلا: اذا کان الفسخ بعد شهر من البیع، فالمنفعة بعد الشهر الی السنة قابلة لان یملّکها المشتری للمستأجر، لان الملک الآناما‌ئی یقتضی ملکیة المنفعة الی الابد.

فیکون حال ما نحن فیه (کما اذا تقایلا البیع بعد الاجارة) بان باعه بیعا قطعیا ثم آجره مدة سنة مثلا، ثم تقایلا البیع بدون الخیار، بعد ساعة من الاجارة، فان الاجارة لا تبطل و المنفعة للمشتری بلا خلاف- کما عرفت-.

(ثم انه لا اشکال فی نفوذ التصرف) الّذی یتصرفه من علیه الخیار فی العین اذا کان التصرف (باذن ذی الخیار، و انه یسقط خیاره

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۵

بهذا التصرف، اما لدلالة الاذن علی الالتزام بالعقد عرفا و ان لم یکن منافاة بین الاذن فی التصرف و الاتلاف، و إرادة الفسخ و اخذ القیمة کما نبهنا علیه فی المسألة السابقة.

و به یندفع الاشکال الّذی اورده المحقق الاردبیلی من عدم دلالة ذلک علی سقوط الخیار.

و اما لان التصرف الواقع تفویت لمحلّ هذا الحق

بهذا التصرف) الّذی اذن فیه.

کما اذا باعه العبد بشرط ان یکون للبائع الخیار، ثم اذن للمشتری بالعتق، و اعتق المشتری، فانه یسقط خیار البائع.

و انما یسقط خیاره (اما لدلالة الاذن علی الالتزام بالعقد عرفا) فمعنی اذنت لک فی العتق- مثلا- انی رفعت یدی عن خیاری (و ان لم یکن منافاة) عقلا (بین الاذن فی التصرف و) فی (الاتلاف، و) بین (إرادة) ذی الخیار (الفسخ و اخذ القیمة) لانه یمکن ان یرید ذو الخیار الفسخ، و مع ذلک یأذن للمشتری فی اتلافه.

و انما یرید لانه اذا اتلفه اخذ قیمته بدلا عن العین (کما نبهنا علیه) ای علی عدم المنافات (فی المسألة السابقة).

(و به) ای بما ذکرنا من ان سقوط الخیار بالاذن انما هو بالدلالة العرفیة (یندفع الاشکال الّذی او رده المحقق الاردبیلی من عدم دلالة ذلک) الاذن (علی سقوط الخیار) و ان العرف شاهد علی الدلالة.

(و اما لان التصرف الواقع) من المشتری (تفویت لمحلّ هذا الحق)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۶

و هی العین باذن صاحبه فلا ینفسخ التصرف و لا یتعلق الحق بالبدل، لان اخذ البدل بالفسخ فرع تلف العین فی حال حلول الحق فیه، لا مع سقوط عنه.

و لو اذن و لم یتصرف المأذون، ففی القواعد و التذکرة انه یسقط خیار الآذن، و عن المیسیة انه المشهور.

ای حق الخیار (و هی العین) فان العین محل الخیار، فاذا ذهبت العین لم یبق محل للخیار.

و کان ذلک التفویت (باذن صاحبه) ای صاحب الحق و هو ذو الخیار (ف) اذا تصرف المشتری بان اعتق او باع ثم فسخ ذو الخیار (لا ینفسخ التصرف) بان یرجع العبد المعتق او المبیع الی الفاسخ (و لا یتعلق الحق) ای حق ذی الخیار بعد ان فسخ (بالبدل، لان اخذ البدل ب) عد (الفسخ فرع تلف العین فی حال حلول الحق فیه) یعنی اذا کان الحق حالا فی العین ثم تلفت رجع ذو الخیار الی البدل (لا مع سقوطه عنه).

فاذا سقط الحق عن العین فی حال کونها عند المشتری، ثم ذهبت العین فلا حق اصلا، فلا یکون للمالک حق البدل هذا کله فیما اذا اذن ذو الخیار فی التصرف و تصرف من علیه الخیار.

(و لو اذن و لم یتصرف المأذون، ففی القواعد و التذکرة انه) بمجرد الاذن (یسقط خیار الآذن) اسم فاعل من اذن یأذن (و عن المیسیة انه) ای سقوط خیار الآذن (المشهور) بین العلماء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۷

قیل کان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فی سقوط الخیار فی الصورة السابقة الی دلالة مجرّد الاذن و لا یقدح فیها تجرده عن التصرف و قد منع دلالة الاذن المجرد فی المسالک و جامع المقاصد و القواعد.

و الاولی ان یقال بان الظاهر کون اذن ذی الخیار فی التصرف المخرج فیما انتقل عنه فسخا لحکم العرف و لان إباحة بیع مال الغیر لنفسه

(قیل کان منشأ هذه النسبة) الی المشهور (فهم استناد المشهور) ای ان المشهور مستندون (فی سقوط الخیار فی الصورة السابقة) و هی ما اذا اذن و تصرف المأذون (الی دلالة مجرّد الاذن) فان کان الاذن دالا فهو موجود، سواء تصرف المأذون او لم یتصرف (و لا یقدح فیها) ای فی دلالة الاذن علی سقوط الخیار (تجرده) ای تجرد الاذن (عن التصرف) (و) لکن (قد منع دلالة الاذن المجرد) عن التصرف علی سقوط الخیار (فی المسالک و جامع المقاصد و القواعد).

(والا ولی) ان لا نقول بقول «قیل» بل اللازم (ان یقال) فی وجه اسقاط مجرد الاذن للخیار (بان الظاهر کون اذن ذی الخیار) لثالث (فی التصرف المخرج) عن الملک، کما اذا اذن لا ـ جنبی فی العتق او البیع مثلا ـ (فیما انتقل عنه) ای الاذن فی العین التی انتقلت من ذی الخیار أوّلا:

یکون (فسخا لحکم العرف) الّذی یقولون بان اذن ذی الخیار للاجنبی معناه الفسخ و قوله «فسخا» ای ابطالا للبیع (و) ثانیا: (لان إباحة بیع مال الغیر لنفسه) بان یبیح ذو الخیار ان یبیع لا جنبی مال ذی الخیار لنفسه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۸

غیر جائز شرعا، فیحمل علی الفسخ کسائر التصرفات التی لا یصح شرعا الا بجعلها فسخا.

و اما کون اذن ذی الخیار للمشتری فی التصرف اجازة و اسقاطا لخیاره، فیمکن الاستشکال فیه، لان الثابت بالنص و الاجماع ان التصرف فیما انتقل إلیه اجازة، و لیس الاذن من ذلک.

و انما حکم بالسقوط فی التصرف عن اذنه، لا لاجل تحقق الاسقاط من ذی الخیار بالاذن، بل لاجل تحقق المسقط، لما عرفت من ان التصرف

(غیر جائز شرعا) اذ المثمن اذا خرج من کیس دخل الثمن فی نفس ذلک الکیس (فیحمل) کلام ذی الخیار (علی الفسخ) ای انه ابطل البیع (کسائر التصرفات التی لا یصح شرعا الا بجعلها فسخا) و ابطالا للبیع- هذا فیما اذا اذن ذو الخیار بالتصرف لا جنبی، فانه

فسخ-.

(و اما کون اذن ذی الخیار للمشتری فی التصرف) فیما فیه الخیار (اجازة و اسقاط لخیاره، فیمکن الاستشکال فیه، لان الثابت بالنص و الاجماع ان التصرف فیما انتقل إلیه اجازة، و لیس الاذن من ذلک) ای من اقسام التصرف.

(و) ان قلت: فکیف حکمتم بانه اذا اذن و تصرف المشتری سقط خیاره؟

قلت: (انما حکم بالسقوط) للخیار (فی التصرف) ای تصرف المشتری (عن اذنه) ای اذن ذی الخیار (لا لاجل تحقق الاسقاط من ذی الخیار ب) سبب (الاذن، بل لاجل تحقق المسقط) الخارجی (لما عرفت من ان التصرف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۲۹

الواقع باذنه صحیح نافذ.

و التسلط علی بدله فرع خروجه عن ملک المشتری متعلقا للحق.

فالاذن فیما نحن فیه نظیر اذن المرتهن فی بیع الرهن لا یسقط به حق الرهانة، و یجوز الرجوع قبل البیع.

نعم یمکن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فانه لیس بادون من رضا المشتری بتقبیل الجاریة.

الواقع) من المشتری (باذنه) ای اذن ذی الخیار (صحیح نافذ) فلا حق لذی الخیار فی الرجوع الی العین، کما لا حق له فی الرجوع الی بدله.

(و) ذلک لان (التسلط علی بدله فرع خروجه عن ملک المشتری) فی حالکونه (متعلقا للحق) ای حق ذی الخیار، و الحال انه خرج عن ملک المشتری و لا حق لذی الخیار فیه.

(فالاذن فیما نحن فیه) ای اذا اذن فی تصرف المشتری (نظیر اذن المرتهن فی بیع) الراهن (الرهن لا یسقط به) ای بهذا الاذن (حق الرهانة، و یجوز الرجوع) عن اذنه (قبل البیع) ای بیع الراهن، فمجرد الاذن لا یسقط بل الاذن المقترن بالتصرف، سواء فی ما نحن فیه، او فی حق الرهن.

(نعم یمکن القول باسقاطه) ای اسقاط اذن ذی الخیار لخیاره، و ان لم یتصرف المشتری (من جهة تضمنه) ای الاذن (للرضا بالعقد، فانه) ای الاذن هنا (لیس بادون من رضا المشتری) بالعقد المسقط لخیاره المکشوف ذلک الرضا (بتقبیل الجاریة) فالاذن هنا مسقط، کما ان تقبیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۰

و قد صرح فی المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطی المشتری سقط خیاره.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۵، ص: ۲۳۰

و یؤیده روایة السکونی فی کون العرض علی البیع التزاما.

فهذا القول لا یخلو عن قوة.

الجاریة هناک مسقط.

(و قد صرح فی المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطی المشتری) للجاریة (سقط خیاره) لمجرد الرضا، فکیف بالاذن الّذی هو اقوی

من الرضا الباطنی.

(و یؤیده) ای یؤیّد کون الاذن مسقطا لانه رضا (روایة السکونی فی کون العرض علی البیع) فیمن له خیار الفسخ (التزاما) بالبیع و اسقاطا لخیاره، و لیس ذلک الا لانه رضا بالبیع.

(فهذا القول) ای ان اذن ذی الخیار فی تصرف المشتری اسقاط لخیاره، لانه کاشف عن الرضا بالعقد (لا یخلو عن قوة) و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۱

مسئلة المشهور ان المبیع یملک بالعقد و اثر الخیار تزلزل الملک بسبب القدرة علی رفع سببه،

فالخیار حق لصاحبه فی ملک الآخر.

و حکی المحقق و جماعة عن الشیخ توقف الملک بعد العقد علی انقضاء الخیار و اطلاقه یشمل الخیار المختص بالمشتری.

و صرح فی التحریر بشموله لذلک.

(مسألة: المشهور ان المبیع یملک بالعقد) فبمجرد العقد یملک البائع الثمن و المشتری المثمن (و اثر الخیار) الاصلی کخیار المجلس و المجعول کخیار الشرط (تزلزل الملک بسبب القدرة) من ذی الخیار (علی رفع سببه) ای سبب الملک (فالخیار) یوجب شیئا هو عبارة (حق لصاحبه) ای صاحب الخیار (فی ملک الآخر).

مثلا: فمعنی خیار البائع ان له حق فی ملک المشتری- ای المثمن- و بالعکس.

(و) لکن (حکی المحقق و جماعة عن الشیخ) الطوسی ره (توقف الملک بعد العقد علی انقضاء الخیار) فما دام الخیار موجودا لا ملک (و اطلاقه یشمل الخیار المختص بالمشتری) فاذا کان الخیار للمشتری فقط لم یملک المثمن، کما انه کذلک اذا کان الخیار للبائع فقط، او کان الخیار لهما و للاجنبی فقط، او مع احدهما او مع کلیهما.

(و صرح فی التحریر بشموله) ای شمول اطلاق کلام الشیخ (لذلک)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۲

لکن الشهید فی الدروس قال فی تملک المبیع بالعقد او بعد الخیار بمعنی الکشف او النقل، خلاف، مأخذه ان الناقل: العقد، و الغرض من الخیار الاستدراک، و هو لا ینافی الملک و ان غایة الملک التصرف الممتنع فی زمان الخیار.

و ربما قطع الشیخ بملک المشتری اذا اختص الخیار.

ای للخیار المختص بالمشتری.

(لکن الشهید فی الدروس قال فی تملک المبیع بالعقد او بعد الخیار) و اذا قلنا انه بعد الخیار فهل ذلک (بمعنی الکشف) و ان انقضاء الخیار یوجب ان نکشف ان المال صار ملکا حین العقد (او) بمعنی (النقل) و ان انقضاء الخیار یوجب ان یصبح المال ملکا حین انقضاء الخیار (خلاف) و احتمالات ثلاثة (مأخذه ان الناقل: العقد، و الغرض من الخیار الاستدراک) بان یتمکن ذو الخیار من ابطال الملک الّذی تحقق بسبب العقد (و هو) ای الاستدراک (لا ینافی الملک) بسبب العقد، و هذا وجه القول بان العقد سبب الملک، ا (و ان غایة الملک التصرف) فان فائدة الملک ان یتصرف المنتقل إلیه فی ما انتقل إلیه (الممتنع) ذلک التصرف (فی زمان الخیار) و هذا وجه القول بان انقضاء الخیار سبب الملک، ثم یأتی فی هذا الوجه الاحتمالان ای الکشف و النقل.

(و ربما قطع الشیخ بملک المشتری اذا اختص الخیار) بالمشتری اما اذا کان الخیار للبائع او لهما او لا جنبی فلا ملک للمشتری.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۳

و ظاهر ابن الجنید توقف الملک علی انقضاء الخیار، انتهی.

فان فی هـذا الکلام شـهادة من وجهین علی عدم توقف ملک المشتری علی انقضاء خیاره عند الشـیخ بل المأخذ المذکور صـریح فی عدم الخلاف من غیر الشیخ قدس سره فی الخلاف و المبسوط.

(و) لکن (ظـاهر ابن الجنیـد توقف الملـک علی انقضـاء الخیـار) مطلقا حتی ان المشتری لا یملک و ان کان الخیار مختصا به (انتهی) کلام الدروس.

(فان فی هذا الکلام) الّذی قاله الدروس (شهادة من وجهین علی عدم توقف ملک المشتری علی انقضاء خیاره عند الشیخ).

الشهادة الاولی قوله: و ربما قطع الشیخ حیث انه صریح فی ان الخیار اذا کان مختصا بالمشتری فالشیخ یقول بالملک.

و الشهادة الثانیة جعل المأخذ لعدم الملکیة المنع من التصرف، و من المعلوم ان الخیار لو کان للمشتری لم یمنع من التصرف فیلزمه ان یکون مالکا (بل المأخـذ المذکور) فی قول الدروس الّذی قال «و ان غایة الملک التصـرف الممتنع فی زمان الخیار» (صـریح فی عدم الخلاف من غیر الشیخ قدس سره فی الخلاف و المبسوط).

فالشیخ فی الخلاف و المبسوط حیث منع التصرف فی زمان الخیار کان لازمه القول بعدم الملک.

اما غیر الشیخ و سائر کتب الشیخ حیث لم یمنعوا التصرف فی زمان الخیار فهم قائلون بالملک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۴

قال فی محکی الخلاف: العقد یثبت بنفس الایجاب و القبول، فان کان مطلقا، فانه یلزم بالافتراق بالابدان.

و ان کان مشروطا یلزم بانقضاء الشرط، فان کان الشرط لهما او للبائع فاذا انقضی الخیار ملک المشتری بالعقد المتقدم.

و ان کان الخیار للمشتری وحده زال ملک البائع عن الملک بنفس

اذ الظاهر من کلام الدروس ان الملک دائر مدار جواز التصـرف، فمن قال بجواز التصـرف قال بالملک، و من لم یقل بجواز التصرف لم یقل بالملک.

و هنا ننقل کلام الشیخ فی الکتابین لیظهر منه ما ذکرناه من انه لا یجوز التصرف فی زمن الخیار فلا ملک.

(قال فی محکی الخلاف: العقـد یثبت بنفس الایجاب و القبول، فان کان) العقد (مطلقا) بلا شـرط (فانه) ای العقد (یلزم بالافتراق) ای افتراق المتعاملین (بالابدان).

اما قبل الافتراق فلا لزوم لخیار المجلس، حیث قال علیه السلام «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع».

(و ان کان) العقـد (مشـروطا) بان جعلا الخیار لهما او لاحدهما مدة ف (یلزم) العقد (بانقضاء الشـرط، فان کان الشـرط لهما او للبائع) فقط (فاذا انقضی الخیار ملک المشتری بالعقد المتقدم) فانقضاء الخیار کاشف عن ان العقد اوجب الملک.

(و ان کان الخیار للمشتری وحده زال ملک البائع عن الملک)- ای العین- (بنفس

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۵

العقد، لکنه لم ینتقل الی المشتری حتی ینقضی الخیار، فان انقضی الخیار ملک المشتری بالعقد الاول، انتهی.

و ظاهر هذا الکلام کما قیل هو الکشف.

العقد، لکنه لم ینتقل الی المشتری حتی ینقضـی الخیار) فزال ملک البائع لانه عقد، و لکن لم یدخل فی ملک المشتری لمکان الخیار (فان انقضی الخیار ملک المشتری بالعقد الاول، انتهی) کلام الشیخ.

فعلم من هذا الكلام ان الشيخ- فى الخيار المختص بالمشترى- يقول بمقالة المشهور، و ان مورد الخلاف بين الشيخ و بين المشهور فى الخيار المختص بالبائع و الخيار الّذى لهما.

و عليه فما قاله التحرير و غيره من ان الشيخ يقول بعدم الملك حتى فى الخيار المختص بالمشترى ليس ظاهرا من كلام الشيخ. هذا.

و لكن الّذى يظهر من كلام الشيخ انه فرق بين خيار المشترى وحده و بين خيار البائع وحده، و خيار هما بعد، بان الكل يوجب عدم ملك المشترى و بان الخيار اذا كان للمشترى وحده زال ملك البائع، و اذا كان للبائع اولهما لم يزل ملك البائع فتأمّل.

(و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف) لانه قال: زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، و قال: بالعقد الاول، فانقضاء الخيار كاشف عن الملك لا ناقل حين انقضاء الخيار.

و انما قال «كما قيل» لاحتمال ان يريد النقل بمعنى ان زوال الخيار ناقل، لكن كان السبب هو العقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۶

فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى البيع، نظير لزوم العقد من طرف الاصيل اذا وقع مع الفضولى و بين عدم انتقاله الى المشترى بحسب الظاهر، حتى ينقضى خياره، فاذا انقضى، ملك بسبب العقد الاول بمعنى كشف الانقضاء عنه، فيصير انقضاء الخيار للمشترى نظير اجازة عقد الفضولى،

(فحينئذ) اى حين اراد الكشف (يمكن الجمع بين) كلامى الشيخ حيث قال «انه يخرج عن ملك البائع» و قال «لا يدخل فى ملك المشترى» فحيث قال ب (زوال ملك البائع) اراد (بمعنى عدم حق له بعد ذلك) العقد (فى المبيع، نظير لزوم العقد من طرف الاصيل اذا وقع مع الفضولى) فان الاصيل لزم عقده لتمامية اركان العقد بالنسبة إليه، و يكون الخيار مع الطرف الآخر، سواء اجاز او رفض (و بين) ما قال من (عدم انتقاله الى المشترى بحسب الظاهر، حتى ينقضى خياره).

فعدم الانتقال انما هو بحسب الظاهر، ففى الواقع ان امضى ذو الخيار كان المبيع- من حين العقد- منتقلا الى المشترى و خارجا عن ملك البائع، و ان فسخ لم يكن المبيع لا- خارجا عن ملك البائع و لا- داخلا فى ملك المشترى (فاذا انقضى) زمن الخيار (ملك) المشترى (بسبب العقد الاول).

و قولنا «ملك» (بمعنى كشف الانقضاء) اى انقضاء زمان الخيار (عنه) اى عن كون المشترى مالكا من حين العقد (فيصير انقضاء الخيار للمشترى نظير اجازة عقد الفضولى) فى انه اذا اجاز المالك كشفت اجازته عن حصول

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۷

و لا يرد حينئذ عليه ان اللازم منه بقاء الملك بلا مالك.

و حاصل هذا القول ان الخيار يوجب تزلزل الملك.

و يمكن حمله أيضا على إرادة الملك اللازم الّذى لا حق و لا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور.

النقل حين العقد (و لا يرد حينئذ) اى حين قلنا بالكشف (عليه) اى على كلام الشيخ القائل بانه خرج عن ملك البائع و لم يدخل فى ملك المشترى (ان اللازم منه بقاء الملك بلا مالك).

و انما «لا- يرد» لانه ان اجاز دخل فى ملك المشترى من حين العقد و ان لم يجز لم يكن ملكا للمشترى من الاول، بل كان باقيا فى ملك البائع (و حاصل هذا القول) اى قول الشيخ (ان الخيار يوجب تزلزل الملك) لا- انه تفصيل بين الخيار المختص بالمشترى فالمشترى يملك، و بين غيره فالمشترى لا يملك الا بعد انقضاء الخيار، كما استفاده الدروس من كلام الشيخ.

(و) اذا لم نقل بان ظاهر كلام الشيخ ما ذكرناه، بل قلنا: بان ظاهره عدم الملك الا بعد انقضاء الخيار (يمكن حمله أيضا على إرادة

الملک اللازم) فنقول ان مراد الشیخ- خلافا لظاهر کلامه- من قوله «لا یملک الا بعد انقضاء الخیار» انه لا یملک ملکا لازما، فالشیخ ینفی الملک اللازم (الّذی لا حق و لا علاقهٔ لمالکه السابق فیه).

و علی هذا المعنی (فوافق) الشیخ (المشهور) فی انه یملک بالعقد ملکا متزلزلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۸

و لذا عبّر فی غایهٔ المراد بقوله: و یلوح من کلام الشیخ توقف الملک علی انقضاء الخیار، و لم ینسب ذلک إلیه صریحا.

و قال فی المبسوط: البیع ان کان مطلقا غیر مشروط فانه یثبت بنفس العقد، و یلزم بالتفرق بالابدان.

و ان کان مشروطا لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد.

و ان کان مشروطا بشرط

فتحصل انا نقول أولا کلام الشیخ موافق للمشهور، و هذا ما اشار إلیه بقوله «و حاصل».

و ثانیا: نقول- علی تسلیم ان کلامه خلاف کلام المشهور- نحمل کلامه علی کلام المشهور.

(و لذا) الّذی لا یکون کلام الشیخ صریحا فی خلاف المشهور (عبّر فی غایهٔ المراد بقوله: و یلوح من کلام الشیخ توقف الملک علی انقضاء الخیار) قاله بلفظ «یلوح» ای یشعر (و لم ینسب ذلک إلیه) ای الی الشیخ (صریحا) هذا تمام کلام الشیخ فی الخلاف.

(و قال فی المبسوط: البیع ان کان مطلقا غیر مشروط) بشرط (فانه یثبت) الملک (بنفس العقد، و یلزم بالتفرق بالابدان) لانقضاء خیار المجلس بالتفرق.

(و ان کان مشروطا لزومه بنفس العقد) بان شرطا عدم خیار المجلس (لزم بنفس العقد) لانه لا خیار حینئذ.

(و ان کان مشروطا بشرط) مثل ان یشترط ان لاحدهما الخیار الی اسبوع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۳۹

لزم بانقضاء الشرط.

و ظاهره کظاهر الخلاف عدم الفرق بین خیار البائع و المشتری.

لکن قال فی باب الشفعهٔ: اذا باع شقصا بشرط الخیار.

فان کان الخیار للبائع، اولهما لم یکن للشفیع الشفعهٔ، لان الشفعهٔ انما تجب اذا انتقل الملک إلیه.

و ان کان الخیار للمشتری وجب الشفعهٔ للشفیع، لان الملک یثبت للمشتری بنفس العقد، و له المطالبهٔ بعد انقضاء الخیار.

(لزم) العقد (بانقضاء الشرط) لانه یلزم بعد انتهاء الخیار.

(و ظاهره کظاهر الخلاف عدم الفرق بین خیار البائع و المشتری) فی الحالات الثلاث، و هی: عدم الشرط، و شرط عدم الخیار، و شرط الخیار.

(لکن قال) الشیخ (فی باب الشفعهٔ: اذا باع شقصا) ای حصهٔ من الملک (بشرط الخیار) فیما اذا کانت شروط الشفعهٔ متوفرهٔ.

(فان کان الخیار للبائع، اولهما لم یکن للشفیع الشفعهٔ) فلیس للشریک ان یأخذ الملک من المشتری (لان الشفعهٔ انما تجب) ای تثبت (اذا انتقل الملک إلیه) ای الی المشتری و الملک لا ینتقل الی المشتری فی زمن الخیار.

(و ان کان الخیار للمشتری) فقط (وجب الشفعهٔ للشفیع) و تمکن الشریک من الاخذ بالشفعهٔ (لان الملک یثبت للمشتری بنفس العقد، و له) ای للمشتری (المطالبهٔ) باخذ المبیع (بعد انقضاء الخیار).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۰

و حکم خیار المجلس و الشرط فی ذلک سواء، علی ما فصّلناه.

و لعلّ هذا مأخذ ما تقدم من النسبة فی ذیل عبارة الدروس.

هذا و لکن الحلّی قدس سره فی السرائر ادعی رجوع الشیخ عما ذکره فی الخلاف.

و یمکن ان یستظهر من مواضع من المبسوط ما یوافق المشهور، مثل استدلاله- فی مواضع- علی المنع عن التصرف فی مدّة الخیار بان فیه ابطالا لحق ذی الخیار، کما فی مسئلة بیع احد النقدین علی غیر صاحبه فی المجلس، و فی مسئلة

ثم قال الشیخ: (و حکم خیار المجلس و الشرط فی ذلک) الّذی ذکرنا من التفصیل بین خیار المشتری فیملک، او خیار البائع او خیارهما معا فلا یملک (سواء، علی ما فصّلناه) انتهی کلام الشیخ.

(و لعل هذا) الکلام من الشیخ هو (مأخذ ما تقدم من النسبة فی ذیل عبارة الدروس) اذ هذا الکلام صریح فیما ذکره الدروس.

(هذا و لکن الحلی قدّس سره فی السرائر ادعی رجوع الشیخ عما ذکره فی الخلاف).

(و) کیف کان ف (یمکن ان یستظهر من مواضع من المبسوط ما یوافق المشهور) من انتقال الملک بمجرد العقد، لا بانقضاء الخیار (مثل استدلاله فی مواضع- علی المنع عن التصرف فی مدة الخیار بان فیه ابطالا لحق ذی الخیار) و المراد التصرف المتلف، و ما اشبه (کما فی مسئلة بیع احد النقدین علی غیر صاحبه فی المجلس) فان فیه خیار المجلس (و فی مسئلة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۱

رهن ما فیه الخیار للبائع.

فانه لو قال: بعدم الملک تعین تعلیل المنع به لا بابطال حق ذی الخیار من الخیار، لان التعلیل بوجود المانع فی مقام فقد المقتضی کما تری.

و منها: انه ذکر فی باب الصرف: جواز تبایع المتصارفین ثانیا فی المجلس لان شروعهما فی البیع قطع للخیار، مع انه لم یصحح

رهن ما فیه الخیار للبائع) فانه اذا کان الخیار للبائع لم یصح رهن المشتری للمبیع.

(فانه لو قال) الشیخ (بعدم الملک) فی زمن الخیار (تعین تعلیل المنع به) ای بعدم الملک (لا بابطال حق ذی الخیار من الخیار).

فتعلیله بابطال حق ذی الخیار دال علی انه یقول بالملک، (لان التعلیل بوجود المانع) ای الخیار المانع عن التصرف (فی مقام فقد المقتضی) ای الملک (کما تری) خبر «لانّ».

فانه اذا لم تکن هناک نار و کان الحطب رطبا، یقال: ان الرطب لا یحترق لعدم النار، و لا یقال: انه لا یحترق لوجود الرطوبة.

فتحصل ان کلام الشیخ هنا موافق للمشهور الذین یقولون بان الملک یحصل بالعقد و ان کان هناک خیار.

(و منها: انه ذکر فی باب الصرف: جواز تبایع المتصارفین ثانیا فی المجلس) بان یبیع المشتری المثمن الی البائع (لان شروعهما فی البیع) الثانی (قطع للخیار) ای خیار المجلس الّذی کان للبیع الاوّل (مع انه لم یصحّح

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۲

فی باب الهبة البیع الّذی یتحقق به الرجوع فیها لعدم وقوعه فی الملک فلو لا قوله فی الخیار بمقالة المشهور لم یصحّ البیع ثانیا لوقوعه فی غیر الملک علی ما ذکرنا فی الهبة.

و ربما ینسبه الی المبسوط اختیار المشهور فیما اذا صار احد المتبایعین

فی باب الهبة البیع الّذی یتحقق به الرجوع فیها) ای فی الهبة، فان الواهب لا یجوز له ان یبیع الموهوب و ان کان له خیار (لعدم وقوعه)

ای البیع (فی الملـک) ای ملک البائع، و الحال انه لا بیع الا فی ملک، بل اللازم ان یسترجع الواهب الهبـة أولا ثم یبیعها فلو جمعنا بین کلامیه انه یجوز البیع ثانیا فی المجلس فی باب الصـرف مع ان لهما الخیار، و انه لا یصح بیع الموهوب قبل ابطال الهبة، انتج ان الشیخ یقول بـان الملـک یتحقق و ان کـان هناک خیار، اذ صـحة البیع ثانیا اما لانه ابطال للخیار و اما لان الشـیء ملک للمنتقل إلیه فی زمن الخیار لکن الشیخ لا یقول بانه ابطال للخیار، کما ظهر من کلامه فی باب الهبة، فلا بدّ و ان یقول بان الشیء ملک فی زمن الخیار.

و لـذا قـال المصـنف: (فلو لا ـ قوله فی الخیـار بمقالـة المشـهور) من الملـک فی زمن الخیار (لم یصـحّ البیع ثانیا) فی مجلس الصـرف (لوقوعه) ای البیع (فی غیر الملک علی ما ذکرنا) ای ما نقلنا عن الشیخ (فی الهبة) فی قولنا «مع انه لم یصحح».

(و ربما ینسبه الی المبسوط اختیار) کلام (المشهور) القائلین بحصول النقل و الانتقال بمجرد البیع (فیما اذا صار احد المتبایعین

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۳

الّذی له الخیار مفلسا حیث حکم بانّ له الخیار فی الاجازة و الفسخ لانه لیس بابتداء ملک، لان الملک قد سبق بالعقد، انتهی.

لکن النسبة لا تخلو عن تأمل، لمن لاحظ باقی العبارة.

و قال ابن سعید قدس سره فی الجامع علی ما حکی عنه ان المبیع یملک

الّذی له الخیار مفلسا حیث حکم بانّ له الخیار فی الاجازة و الفسخ).

لا ـ یقـال: ان الاجازة و الفسـخ تصـرف فی المال و المفلّس ممنوع عن التصـرف فی المال، فکما لا یجوز له البیع و الشراء کـذلک لا تجوز له الاجازة و الفسخ فیما اذا کان له الخیار.

لانه یقـال: انمـا قلنـا: له الاجـازة و الفسـخ (لانه) ای اعماله الاجازة و الفسـخ (لیس بابتـداء ملک) فلیس من قبیل البیع و الشـراء (لان الملـک قـد سـبق بالعقـد، انتهی) فـان صـریح هـذا الکلاـم: ان الملک یحصل بالعقـد (لکن النسـبة لا تخلو عن تأمل، لمن لاحظ باقی العبارة).

لان الشیخ قال فی آخر العبارة فمن قال: ینتقل بنفس العقد قال:

له الاجازة و الفسخ، و من قال: لا ینتقل الا بانقطاع الخیار، لم یجز امضاء البیع.

و هـذا الکلاـم کما تری ظاهر فی انه یربط جواز الاجازة و الفسـخ بالقولین و حیث انه یـذهب الی ان انتقال الملک بانقطاع الخیار فلا دلیل فی کلامه لصحة النسبة.

(و قال ابن سعید قدس سره فی الجامع علی ما حکی عنه ان المبیع یملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۴

بالعقد و بانقضاء الخیار، و قیل بالعقد، و لا ینفذ تصرف المشتری الا بعد انقضاء خیار البائع، انتهی.

و قد تقدم حکایة التوقف عن ابن الجنید أیضا.

و کیف کـان، فالأـقوی هو المشـهور لعموم ادلـة: حلّ البیع، و اکل المال اذا کانت تجارة عن تراض، و غیرهما، مما ظاهره کون العقد علة تامة لجواز التصرف الّذی هو من لوازم الملک.

بالعقـد و بانقضاء الخیار، و قیل بالعقـد) فقط (و لا ینفـذ تصـرف المشتری) کالبیع و نحوه فیما کان الخیار للبائع (الا بعـد انقضاء خیار البائع، انتهی) کلام ابن سعید.

(و قد تقدم حکایة التوقف) فی عبارة الدروس (عن ابن الجنید أیضا) ای توقف الملک علی انقضاء الخیار.

(و کیف کان، فالأقوی هو المشـهور) القائلون بان الملک یحصل بالعقـد بـدون توقف علی انقضاء الخیار (لعموم ادلة: حلّ البیع) فانه

شامل لحالة الخيار، فالبيع حلال وضعا- بنقل الملک- و تكليفا- بجواز التصرف- بمجرد العقد، كما ان فى مقابل ذلک حرمة الربا- تكليفا و وضعا- (و اكل المال، اذا كانت تجارة عن تراض) بقوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ فان التجارة عن تراض تحصل بمجرد العقد، فيجوز اكل المال (و غيرهما، مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف الّذى)- صفة جواز- (هو من لوازم الملک) كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۵

و يدل عليه لفظ الخيار فى قولهم عليهم السلام: البيّعان بالخيار و ما دل على جواز النظر فى الجارية- فى زمان الخيار- الى ما لا يحل له قبل ذلک فانه يدل على الحلّ بعد العقد فى زمن الخيار الا ان يلتزم بانه نظير حلّ وطى المطلقة الرجعية الّذى يحصل به الرجوع.

و يدل عليه ما تقدم فى ادلة بيع الخيار بشرط ردّ الثمن من كون نماء المبيع

(و يدل عليه) أيضا (لفظ الخيار فى قولهم عليهم السلام: البيّعان بالخيار) لما تقدم من ان الخيار حق فى الملک الّذى بيد الطرف الآخر، فلو كان لا يزال ملكا للناقل، لم يكن معنى لكونه حقا، فلا يصح ان يقال: ان الانسان له حق الخيار على مال نفسه (و ما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار- الى ما لا يحل له قبل ذلک) العقد (فانه يدل على الحلّ) اى حلّ النظر (بعد العقد فى زمن الخيار) فيدل على انتقال الملک الى المشترى، و الا فلو بقيت ملكا للبائع لم يحل للمشترى النظر إليها (الا ان يلتزم بانه) اى النظر فى زمن الخيار (نظير حلّ وطى المطلقة الرجعية الّذى يحصل به) اى بذلک الوطى (الرجوع) فانه بمجرد النظر يحصل الملک و يسقط الخيار.

لكن لا وجه لهذا الالتزام، فان نظر المشترى لا وجه لان يسقط خيار البائع.

(و يدل عليه ما تقدم فى ادلة بيع الخيار بشرط ردّ الثمن) اى يبيعه المال بشرط انه اذا رد الثمن استرجع المبيع (من كون نماء المبيع) فى مثل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۴۶

للمشترى و تلفه منه، فيكشف ذلک عن ثبوت اللزوم، و هو الملک، الا ان يلتزم بعدم كون ذلک من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن.

و قد تقدم فى مسئلة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال، و ما يشهد له من بعض العنوانات.

لكن تقدم انه بعيد فى الغاية.

او يقال: ان النماء فى مورد الرواية نماء المبيع فى زمان لزوم البيع،

هذا البيع (للمشترى و تلفه منه) اى من المشترى (فيكشف ذلک) اى كون النماء للمشترى و التلف منه (عن ثبوت اللزوم، و هو الملک) فانه لو كان المبيع للبائع ذى الخيار، لم يكن وجه لكون النماء للمشترى (الا ان يلتزم بعدم كون ذلک) و هو البيع بشرط الخيار (من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن) فلا خيار للبائع، بل يشترط انه اذا ردّ الثمن انفسخ البيع، فالبيع هنا لازم و لا خيار.

(و قد تقدم فى مسئلة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال، و ما يشهد له من بعض العنوانات) اى عنوان العينة.

(لكن تقدم انه) اى كونه من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن (بعيد فى الغاية).

(او يقال: ان النماء فى مورد الرواية) التى دلت على كون النماء للمشترى فى مورد بيع الشرط (نماء المبيع فى زمان لزوم البيع) لا فى زمان الخيار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۲۴۷

لان الخيار يحدث بردّ مثل الثمن، و ان ذكرنا فى تلك المسألة ان الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد فى ادلة بيع الخيار، الا ان الرواية قابلة للحمل عليه، الا ان يتمسك بإطلاقه الشامل لما اذا جعل الخيار من اوّل العقد فى فسخه مقيدا برد مثل الثمن، هذا، مع ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضا.

(لان الخيار يحدث بردّ مثل الثمن) فلا خيار قبل ذلك بل البيع لازم، فالنماء فى مدة لزوم البيع للمشترى (و ان ذكرنا فى تلك المسألة) اى مسئلة بيع الخيار (ان الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرّد) حتى انه لا يكون خيار قبل الرد، كما لا يخفى لمن نظر (فى ادلة بيع الخيار، الا ان الرواية) الدالة على بيع الخيار (قابلة للحمل عليه) اى على ان الخيار يحدث بالردّ فلا خيار قبله (الا ان يتمسك) لمذهب المشهور (بإطلاقه الشامل) ذلك الاطلاق (لما اذا جعل الخيار من أوّل العقد فى فسخه) «فى» متعلق ب «الخيار» (مقيدا) ذلك الفسخ (برد مثل الثمن) فيكون دليلا للمشهور.

و الحاصل: ان اطلاق الرواية شامل لما اذا كان الخيار من اوّل العقد، و لما اذا حدث من حين ردّ الثمن، و شمول الرواية للصورة الاولى شاهد للمشهور (هذا، مع) انه لو قيل بان الرواية تشمل الصورة الثانية أيضا اى فيما اذا حدث الخيار عند ردّ الثمن، فكون النماء قبل ذلك للمشترى أيضا دليل المشهور، ل (ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف) اى توقف الملك على انقضاء الخيار (فى الخيار المنفصل) عن العقد (أيضا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۲۴۸

و ربما يتمسك بالاخبار الواردة فى العينة و هى ان يشترى الانسان شيئا بنسيئة، ثم يبيعه باقل منه فى ذلك المجلس نقدا.

لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية، لان بيعها على بايعها الاول و ان كان فى خيار المجلس او الحيوان، الا ان بيعه عليه مسقط لخيار هما اتفاقا.

فالشيخ يرى انه لا يملك المشترى الا بعد انقضاء كل خيار، سواء كان متصلا بالعقد او منفصلا.

(و ربما يتمسك) لمذهب المشهور (بالاخبار الواردة فى العينة) بكسر العين (و هى ان يشترى الانسان شيئا بنسيئة، ثم يبيعه باقل منه فى ذلك المجلس نقدا).

مثلا: يشترى زيد صاعا من الحنطة من الحناط بدرهم نسيئة، ثم يبيعه من نفس الحناط بأربعين فلسا، فيأخذ منه اربعين فلسا و يطلبه الحناط خمسين فلسا، و ذلك للفرار من الربا.

وجه دلالة هذه الاخبار ان الشيء المشترى اذا لم يصر ملكا للمشترى و الحال ان خيار المجلس موجود لم يكن وجه لان يبيعه المشترى.

(لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية) اى حيثية كون المبيع ملكا للمشترى فى زمن الخيار (لان بيعها على بايعها الاول و ان كان فى خيار المجلس او الحيوان، الا ان بيعه عليه) اى على البائع (مسقط لخيارهما) اى خيار المجلس و الحيوان (اتفاقا) فلا ينافى البيع عدم الملك و تصور ان البيع يسقط الخيار، مع انه يلزم ان يكون البيع فى ملك قد سبق تفصيلا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۲۴۹

و قد صرح الشيخ فى المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس.

نعم بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الّذى يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت اشترى متاعى؟ فقال:

لیس هو متاعک، و لا بقرک و لا غنمک، فان فی ذیلها دلالة علی انتقال المبیع قبل انقضاء الخیار و لا استیناس بها

(و قـد صـرح الشیخ فی المبسوط بجواز ذلـک) ای بیعه علی مالکه فی المجلس (مع منعه عن بیعه علی غیر صاحبه فی المجلس) لانه فی زمان الخیار، و فی هذا الزمان لا یملک المشتری، و لا بیع الا فی ملک.

(نعم بعض هذه الاخبار) الواردة فی مسئلة العینة (یشتمل علی فقرات یستأنس بها لمذهب المشهور) القائلین بان الشیء یملک بمجرد العقـد (مثل صـحیح یسار بن یسار عن الرجل یبیع المتاع و یشتریه) بعـد ذلک (من صاحبه الّـذی یبیعه منه، قال) علیه السـلام: (نعم لا بأس به) ای بالبیع الثانی (قلت) هل (اشتری متاعی؟) فان البائع اذا اشتراه من المشتری فقـد اشتری متاعه (فقال) علیه السـلام: (لیس هو متاعک، و لا بقرک و لا غنمک) بل انتقل منک الی المشتری فصار ملکا له، و انما تشتری انت متاعه (فان فی ذیلها) و هو قوله «لیس هو متاعک الـخ» (دلالـة علی انتقال المبیع قبل انقضاء الخیار) اذ کون الشـیء متاع المشتری فی زمان الخیار لا یکون الا بانتقال المتاع الی المشتری (و) لکن (لا استیناس بها) ای بهذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۰

أیضا عند التأمّل، لما عرفت من ان هذا البیع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خیارهما بالتواطی علی هذا البیع، کما عرفت التصریح به من المبسوط و یذبّ بذلک عن الاشکال المتقدم نظیره سابقا من ان الملک اذا حصل بنفس البیع الثانی، مع انه موقوف علی الملک، للزم الدور الوارد علی من صحّح البیع الّذی یتحقق به الفسخ.

الروایـة (أیضا) کما لا دلالـة لاخبار العینـة (عنـد التأمّل، لما عرفت) عنـد قولنا «و قـد صـرح الشـیخ» (من ان هـذا البیع جائز عند القائل بـالتوقف) ای بتوقف الملـک علی انقضـاء الخیـار (لسـقوط خیارهمـا) ای البـائع و المشـتری سواء کـان خیـار مجلس او خیـار حیوان (بالتواطی علی هذا البیع) الثانی (کما عرفت التصریح به من المبسوط).

(و) ان قلت: المتاع قبل البیع الثانی کان ملکا للبائع، لانه فی زمن الخیار فکیف یبیع المشتری ما لیس له.

قلت: (یـذبّ) و یـدفع (بـذلک) الّذی ذکرناه من ان التواطی مسـقط لخیارهما، فیصـبح الملک للمشتری (عن الاشـکال المتقدم نظیره سابقـا من ان الملـک) للبائع و هو المشتری الاول (اذا حصل بنفس البیع الثانی، مع انه) ای البیع الثانی (موقوف علی الملک) ای ملک المشتری الاول لانه لا بیع الا فی ملک (للزم الدور).

فملـک المشتری الاـول موقوف علی بیعه، حتی یسـقط الخیـار بالبیع، و بیعه موقوف علی ملکه، لانه لا بیع الا فی ملک (الوارد) ذلک الدور (علی من صحّح البیع الّذی یتحقق به الفسخ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۱

و حینئـذ فیمکن ان یکون سؤال السائل بقوله: اشتری متاعی، من جهة رکوز مذهب الشـیخ عندهم من عدم جواز البیع قبل الافتراق، و یکون جواب الامـام علیه السـلام مبنیـا علی جواز بیعه علی البـائع، لاـن تواطیهمـا علی البیع الثـانی اسـقاط للخیار من الطرفین، کما فی صریح المبسوط.

فقوله لیس هو متاعـک اشـارة الی ان مـا ینتقـل ألیـک بالشـراء انما انتقل ألیک بعـد خروجه عن ملک بتواطئکما علی المعاملـة الثانیة المسقط لخیار کما، لا

فالجواب عن الدور: ان بیع المشتری الاول یتوقف علی الملک، و الملک لا یتوقف علی البیع، بل علی التواطی کما ذکرنا.

(و حینئذ) ای حین قلنا انه لا یلزم الدور (فیمکن ان یکون سؤال السائل بقوله: اشتری متاعی، من جهة رکوز مذهب الشیخ عندهم) ای

عند اصحاب الائمة علیهم السلام (من عدم جواز البیع قبل الافتراق) لانه فی زمن الخیار، و الملک فی زمن الخیار یکون للبائع، فاذا اشتراه فکان قد اشتری متاع نفسه (و یکون جواب الامام علیه السلام مبنیا علی جواز بیعه علی البائع، لان تواطیهما علی البیع الثانی) و هو بیع المشتری للبائع (اسقاط للخیار من الطرفین، کما فی صریح المبسوط) الّذی نقلناه.

(فقوله) علیه السلام (لیس هو متاعک اشارة الی انّ ما ینتقل ألیک بالشراء انما انتقل ألیک بعد خروجه عن ملک) و انما خرج عن ملک (بتواطئکما علی المعاملة الثانیة المسقط لخیار کما) فان التواطی رضا منهما و الرضا یسقط الخیار، لقوله علیه السلام «لانه رضا» کما تقدم تقریبه (لا) ان الخیار یسقط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۲

بنفس العقد.

و هذا المعنی فی غایة الوضوح لمن تأمل فی فقه المسألة.

ثم لو سلم ما ذکر من الدلالة و الاستیناس لم یدفع به الا القول بالنقل دون الکشف کما لا یخفی.

و مثل هذه الروایة فی عدم الدلالة

(بنفس العقد) حتی یلزم الدور.

(و هذا المعنی) الّذی ذکرنا لکلام السائل و کلام الامام علیه السلام (فی غایة الوضوح لمن تأمّل فی فقه المسألة) و فهم وجه کلامهما.

لکن لا یخفی ان الروایة علی ما ذکره المشهور اظهر.

و قوله «اشتری متاعی» عبارة عرفیة و ما ذکره المصنف بعید فی الغایة (ثم لو سلم ما ذکر) فی هذه الروایة (من الدلالة) علی مذهب المشهور (و الاستیناس) لمذهبهم لما اشکلناه فی دلالته (لم یدفع به الا القول بالنقل) ای ان انتهاء الخیار یوجب نقل الملک، فان النقل ینافی البیع فی زمن الخیار، لانه ما دام الخیار موجودا کان ملکا للبائع، فلا یمکن بیعه (دون الکشف) اذا البیع الثانی یکشف عن سبق الملک حین العقد.

فهذه الروایة تدل علی الملک فی زمن الخیار فلا نقل، و لا تنافی الروایة الکشف.

فمن یقول بان انتهاء الخیار یکشف عن سبق الملک، و فی زمن الخیار لا ملک مکشوفا لا تنافی هذه الروایة کلامه (کما لا یخفی).

(و مثل هذه الروایة فی عدم الدلالة) علی مقالة المشهور من الملک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۳

و الاستیناس صحیحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل، فقال: ابتع لی متاعا، لعلی اشتریه منک بنقد او بنسیئة فابتاعه الرجل من اجله قال: لیس به بأس، انما یشتریه منه بعد ما یملکه، فان الظاهر ان قوله: انما یشتریه ... الخ، اشارة الی ان هذا لیس من بیع ما لیس عنده.

فی زمن الخیار (و) فی عدم (الاستیناس) کما قلنا سابقا: و لا استیناس بها أیضا عند التأمّل، (صحیحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل، فقال: ابتع لی متاعا، لعلّی اشتریه منک بنقد او بنسیئة) ای ان اشترائی منک کذا، لا ان ابتیاعک کذا (فابتاعه الرجل من اجله) هل بذلک بأس (قال) علیه السلام (لیس به بأس) لان الرجل الآتی (انما یشتریه منه بعد ما یملکه).

وجه الدلالة لکلام المشهور: ان الروایة مطلقة شاملة لما اذا اشتراه الرجل الآتی فی نفس المجلس الّذی ابتاعه الرجل المأتی، او فی غیر ذلک المجلس، فتدل علی ان خیار المجلس لا- یوجب عدم ملک المشتری الاول، و الا فلو کان الخیار یوجب عدم ملکه فکیف یشتریه منه الرجل الآتی.

و انما قلنا: ان هـذه الروایة لا دلالة فیها، لما ذکره بقوله: (فان الظاهر ان قوله: انما یشتریه ... الخ، اشارة) الی مطلب آخر لا علاقة له بما نحن فیه.

فالروایة تشیر (الی ان هذا لیس من بیع ما لیس عنده) لانه قال علیه السـلام «لا تبع ما لیس عندک» فانه لا یجوز للانسان ان یبیع لنفسه متاعـا هو ملک لانسـان آخر بقصـد ان یشتریه منه بعـد البیع، ثم یسـلّمه الی مشتریه وفـاء، کان یبیع زیـد دار عمرو بیعا عن نفس زید لخالد، ثم یشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۴

و ان بیعه لم یکن قبل استیجاب البیع مع الاول.

فقوله: بعـد ما یملکه اشارة الی استیجاب العقد مع الاول، کما یظهر من قولهم علیهم السـلام فی اخبار اخر واردة فی هذه المسألة، و لا توجب البیع قبل ان تسـتوجبه مع ان الغالب فی مثل هـذه المعاملة قیام الرجل الی مکان غیره لیأخذ منه المتاع و رجوعه الی منزله لبیعه من صاحبه الّذی طلب منه

الدار من عمرو و یعطیها لخالد وفاء لبیعها لخالد، کما قد سبق (و ان بیعه) للآتی (لم یکن قبل استیجاب البیع مع الاول).

قوله «و ان بیعه» عطف بیان لقوله «لیس من بیع».

(فقوله) علیه السـلام (بعـد مـا یملکه اشـارة الی استیجـاب العقـد مع الاـول) بان یشتری من الاول ثم یبیعه للآتی، لا ان المراد «بعـد ما یملکه» بالعقد و قبل انقضاء الخیار، کما ارید به الاستدلال للمشهور (کما یظهر) ما ذکرناه من معنی الحدیث (من قولهم علیهم السلام فی اخبار اخر واردة فی هذه المسألة) ای مسئلة انه لا بأس بالبیع من انسان اذا اشتراه من انسان آخر (و لا توجب البیع قبل ان تستوجبه) ای لا تبع الشیء قبل ان تشتریه، هذا أولا فالروایة لا دلالة لها علی کلام المشهور.

و ثانیا: (مع ان الغالب فی مثل هذه المعاملة) ای فیما اذا اشتری انسان شیئا ثم باعه لغیره (قیام الرجل) ای الواسطة- الدلال- (الی مکان غیره) صاحب البضاعـة (لیأخذ منه المتاع) و یشتریه منه (و رجوعه) ای الواسـطة (الی منزله) دکانا کان او غیره (لبیعه من صاحبه الّذی طلب منه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۵

ذلک، فیلزم العقد الاول بالتفرق.

و لو فرض اجتماعهمـا فی مجلس واحـد، کـان تعریضه للبیع ثانیـا بحضور البائع دالا عرفا علی سـقوط خیاره، و یسـقط خیار المشتری بالتعویض للبیع و بالجملة لیس فی قوله: بعد ما یملکه، دلالة علی ان تملّکه بنفس العقد، مع انها علی تقدیر الدلالة تدفع النقل

ذلک) المتاع (فیلزم العقـد الاول بالتفرق) و لا یکون البیع الثانی فی زمان خیار البائع الاول حتی یقال: ان الشـیء صار ما لا للمشتری- مع انه فی زمن خیار البائع- فیدل علی مذهب المشهور.

(و لو فرض اجتماعهما) ای البائع للواسـطة و المشتری من الواسـطة (فی مجلس واحـد) حتی یکون الخیار للبائع ما دام لم یبع الواسـطة المال للمشتری و الحال انه ملک للبائع، لانه (کان تعریضه) ای تعریض الواسـطة (للبیع ثانیا) للمشتری من الواسـطة (بحضور البائع دالا عرفا علی سـقوط خیاره) لانه رضی بهذا البیع، و الرضا- کما عرفت سابقا- مسقط للخیار (و یسقط خیار المشتری بالتعریض للبیع) فلا خیـار فی هـذا المـال، بـل اصـبح مالاـ للواسـطة بـدون خیار له و لا لبایعه فهو ملکه، یبیعه من المشتری، فالروایـة لا تـدل علی مـذهب المشهور القائلین بان الشیء فی زمن الخیار ملک اذ لا خیار.

(و بالجملـة لیس فی قوله: بعـد ما یملکه، دلالـة علی ان تملّکه بنفس العقـد) حتی یثبت مذهب المشـهور (مع انها علی تقدیر الدلالة)

علی ان المبیع یملک بنفس العقد (تدفع النقل) و انه ینتقل الی المشتری بعد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۶

لا الکشف کما لا یخفی.

و نحوه فی الضعف الاستدلال فی التذکرة بما دلّ علی مال العبد المشتری لمشتریه مطلقا، او مع الشرط، او علم البائع من غیر تقیید بانقضاء الخیار.

اذ فیه ان الکلام مسوق لبیان ثبوت المال للمشتری علی نحو ثبوت

الخیار (لا الکشف) و انه قد انتقل الی المشتری بالعقد و انما کان انقضاء الخیار کاشفا عن الملکیة حال العقد (کما لا یخفی).

(و نحوه فی الضعف) ای فی عدم دلالته علی مذهب المشهور (الاستدلال) الّذی ذکره (فی التذکرة بما دلّ علی ان مال العبد المشتری لمشتریه مطلقا) سواء شرط ان یکون مال العبد للمشتری، أم لم یشترط (او مع الشرط) فاذا شرط المشتری ان یکون مال العبد له، کان له، و الا کان ماله للبائع (او علم البائع).

فاذا علم البائع بان للعبد مالا و مع ذلک باعه بلا شرط کان المال للمشتری.

و ان لم یعلم البائع ان للعبد مالا و باعه فماله للبائع (من غیر تقیید) لکون المال للمشتری (بانقضاء الخیار) فانه یدل علی ان المال التابع للعبد صار ملکا للمشتری بمجرد العقد.

(اذ فیه) انه لا دلالة لهذه المسألة علی ما نحن فیه.

ف (ان الکلام) فی الروایات الدالة علی ان مال العبد للمشتری (مسوق لبیان ثبوت المال للمشتری علی نحو ثبوت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۷

العبد له، و انه یدخل فی شراء العبد حتی اذا ملک العبد ملک ماله.

مع ان الشیخ لم یثبت منه هذا القول فی الخیار المختص بالمشتری و التمسک بإطلاق الروایات لما اذا شرط البائع الخیار کما تری

العبد) المشتری (له، و انه) ای مال العبد (یدخل فی شراء العبد) کما یدخل المفتاح فی شراء الدار (حتی اذا ملک) المشتری (العبد ملک ماله) أیضا هذا أولا و ثانیا.

(مع ان الشیخ لم یثبت منه هذا القول) ای ان فی زمن الخیار لا یملک المبیع (فی الخیار المختص بالمشتری) و فی اشتراء العبد فالخیار مختص بالمشتری فالروایة تقول: ان فی زمن خیار المشتری یکون مال العبد ملکا للمشتری بمجرد العقد.

و الشیخ یقول: فی زمان خیار البائع او خیار کلیهما لا یملک المشتری المبیع الا بعد انقضاء الخیار فالروایة لا تکون ردّا لکلام الشیخ.

(و) ان قلت: الروایة بإطلاقها خلاف قول الشیخ، لان الروایة تشمل ما اذا شرط البائع الخیار لنفسه و ما اذا لم یشترط، فتدل الروایة علی انه اذا کان الخیار للبائع بالشرط و للمشتری أیضا لخیار الحیوان، اصبح مال العبد للمشتری بمجرد البیع، و هذا خلاف قول الشیخ الّذی یقول بانه اذا کان الخیار لهما لم ینتقل المال الی المشتری الا بعد انقضاء الخیار.

قلت: (التمسک بإطلاق الروایات) الواردة فی اشتراء العبد الّذی له مال (لما اذا شرط البائع الخیار) لنفسه (کما تری) اذ لیست الروایات بصدد هذا الحکم ای ما اذا شرط البائع الخیار لنفسه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۸

و اشدّ ضعفا من الکل ما قیل من ان المقصود للمتعاقدین و الّذی وقع التراضی علیه انتقال کل من الثمن و المثمن حال العقد.

فهذه المعاملة اما صحیحة کذلک- کما عند المشهور- فثبت المطلوب او باطلة من اصلها، او انها صحیحة الا انها علی غیر ما قصداه و

تراضیا علیه.

توضیح الضعف

(و اشدّ ضعفا) بحیث لا یمکن الاستدلال به لمذهب المشهور (من الکل) ای من کل ما تقدم من ادلّتهم (ما قیل من) ان المتبایعین ارادا الانتقال بالعقد، فلا یخلو عن «۱» حصول مراد هما فهو المطلوب «۲» او بطلان العقد و هذا ما لا یقول به احد «۳» او ان العقد صحیح، و لکن علی خلاف قصدهما، و هذا خلاف ما ذکروا من ان العقود تتبع القصود.

ف (ان المقصود للمتعاقدین و الّذی وقع التراضی علیه انتقال کل من الثمن و المثمن) الی طرفی العقد فی (حال العقد) لا بعد انقضاء الخیار (فهذه المعاملة) بهذا القصد (اما صحیحة کذلک) بان ینتقل حال العقد (- کما عند المشهور- فثبت المطلوب) بان الملک یحصل بالعقد (او باطلة من اصلها) و هذا خلاف الاجماع فان الشیخ و المشهور کلیهما یقولان بصحة المعاملة (او انها صحیحة الا انها علی غیر ما قصداه و تراضیا علیه) بان تصح و لکن الملک ینتقل بعد الخیار- کما یقوله الشیخ- و هذا غیر تام لانه مناف للعقود تتبع القصود (توضیح الضعف) انا نقول بالشق الثالث، و نقول ان الشارع اضاف الی «کون العقد علة» علة اخری فی حصول نقل الملک و هی انقضاء زمن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۵۹

ان مدلول العقد لیس هو الانتقال من حین العقد.

لکن الانشاء لما کان علة لتحقق المنشئ عند تحققه کان الداعی علی الانشاء حصول المنشئ عنده.

لکن العلیة انما هو عند العرف، فلا ینافی کونه فی الشرع سببا محتاجا الی تحقق شرائط اخر بعده، کالقبض فی السلم و الصرف و انقضاء الخیار فی محل الکلام، فالعقد مدلوله مجرد التملیک و التملک مجردا عن الزمان

الخیار، کما اضاف شروطا اخر فی بعض المعاملات، و لیس ذلک یوجب بطلان قاعدة: العقود تتبع القصود.

ف (ان مدلول العقد لیس هو الانتقال من حین العقد) بل مدلوله نقل المثمن الی مالک الثمن و بالعکس.

(لکن الانشاء لما کان علة لتحقق المنشئ) ای النقل (عند تحققه) ای تحقق الانشاء (کان الداعی علی الانشاء حصول المنشئ عنده) ای عند الانشاء، اذا الداعی الی العلة هو الداعی الی المعلول.

(لکن العلیة انما هو عند العرف) فان العرف یرون انه مهما تحققت العلة و هی العقد، تحقق المعلول و هو النقل (فلا ینافی) هذا النظر العرفی (کونه) ای العقد (فی الشرع سببا) للنقل (محتاجا الی تحقق شرائط اخر بعده) ای بعد العقد (کالقبض) للثمن (فی السلم) فانه شرط لتحقق المنشأ شرعا، مع ان العرف لا یراه شرطا (و الصرف) فانه یحتاج الی القبض (و انقضاء الخیار فی محل الکلام) ای مطلق النقل و الانتقال (فالعقد مدلوله مجرد التملیک و التملک مجردا عن الزمان) اذ الزمان لیس داخلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۰

لکنه عرفا علة تامة لمضمونه.

و امضاء الشارع له تابع لمقتضی الادلة، فلیس فی تأخیر الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول علیه بالعقد و انما فیه التخلف عن داعی المتعاقدین، و لا ضرر فیه، و قد تقدم الکلام فی ذلک فی مسئلة کون الاجازة کاشفة او ناقلة.

و قد یستدل أیضا بالنبوی المشهور

فی مدلول العقد، کما عرفت (لکنه) ای العقد (عرفا علة تامة لمضمونه) الّذی هو النقل، فاذا حصلت العلة حصل المعلول.

(و) لکن (امضاء الشارع له) ای لکون العقـد علة (تابع لمقتضـی الادلة) و هل ان الشارع جعل العقد فقط علة او شـرطا معه شـرط آخر (فلیس فی تأخیر الامضاء) اذ الشارع یمضـی النقل بعد انتهاء الخیار (تخلف اثر العقد عن المقصود) للمتبایعین (المدلول علیه بالعقد و انما فیه التخلف عن داعی المتعاقدین، و لا ضرر فیه) ای فی تخلف الداعی، بل کثیرا یکون تخلف الداعی، و لا محذور فیه.

مثلا: اذا اشتری زیـد دارا بقصـد السـکنی، ثم اتفق ان اضـطر الی السـفر عن المدینـة الی مدینة اخری کان هناک تخلف الداعی، و لا یوجب ذلک بطلان العقد، و لا یصدق «عدم اتباع العقد للقصد» (و قد تقدم الکلام فی ذلک فی مسئلة کون الاجازة کاشفة او ناقلة) فی باب عقد الفضولی.

(و قد یستدل أیضا) لمذهب المشهور القائلین بان العقد سبب للنقل و الانتقال، لا انقضاء الخیار کما قاله الشیخ (بالنبوی المشهور

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۱

المـذکور فی کتب الفتوی للخاصـة و العامّـة علی جهـة الاسـتناد إلیه، و هو ان الخراج بالضـمان بنـاء علی ان المـبیع فی زمـان الخیـار المشترک، او المختص بالبائع فی ضمان المشتری، فخراجه له، و هی علامة ملکه.

و فیه انه لم یعلم من القائلین بتوقف الملک علی انقضاء الخیار القول بکون ضمانه علی المشتری حتی یکون نمائه له.

و قد ظهر بما ذکرنا: ان العمدة فی قول المشهور

المـذکور فی کتب الفتوی للخاصة و العامّة) نقلا (علی جهة الاسـتناد إلیه) مما یدل علی حجیته و الّا لم یسـتند و إلیه (و هو ان الخراج بالضمان) فمن ضمن شیئا فله خراجه مثل: تلف الشیء من مالکه فله فائدته أیضا.

وجه الاسـتدلال بهـذا الحـدیث للمقـام مـا ذکره بقوله: (بنـاء علی ان المبیع فی زمان الخیار المشترک، او) الخیار (المختص بالبائع فی ضمـان المشتری) بمعنی ان تلفه و نقصه علی المشتری (فخراجه) و فائـدته (له) ای للمشتری، فمعنی «الخراج بالضـمان» ان الفائـدة فی مقابل الضـرر فمن علیه الغرم فله الغنم (و هی) ای کون الفائـدة للمشتری (علامـة ملکه) و الحاصل: ان الخسارة علی المشتری فالفائدة له، لقاعدة: الخراج بالضمان، و اذا کانت الفائدة له فهو ملکه للتلازم بین الفائدة و الملک

(و فیه انه لم یعلم من القـائلین بتوقف الملـک علی انقضـاء الخیار القول بکون ضـمانه علی المشتری) فهم لا یلتزمون بان ضـمانه علی المشتری (حتی) یلزمهم بان (یکون نمائه له) حتی یأتی دور تلازم النماء و الملک.

(و) کیف کان، ف (قد ظهر بما ذکرنا: ان العمدة فی قول المشهور)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۲

عموم ادلة: حلّ البیع، و: التجارة عن تراض، و اخبار الخیار.

و استدل للقول الآخر بما دلّ علی کون تلف المبیع من مال البائع فی زمان الخیار فیدلّ بضـمیمة: قاعدة کون التلف عن المالک، لانه مقابل الخراج علی کونه فی ملک البائع.

القـائلین بـان النقـل و الانتقـال یکون من حین العقـد (عموم ادلـة: حلّ البیع، و: التجارة عن تراض، و اخبار الخیار) و ان کانت لهم فی بعض الادلة الاخر أیضا دلالة، هذا.

(و استدل للقول الآخر) القائـل بـان الملـک انمـا یتحقق بانقضـاء الخیار (بما دلّ علی کون تلف المبیع من مال البائع فی زمان الخیار فیدل بضمیمة: قاعدة کون التلف عن المالک، لانه مقابل الخراج علی کونه فی ملک البائع).

فهنا مقدمتان، الاولی: ان التلف فی زمن الخیار من مال المالک.

و الثانیة: انّ من یکون التلف من کیسه یکون المال ماله.

اما المقدمة الاولى: فتدل عليها بعض الاخبار الآتية.

و اما المقدمة الثانية: فيدل عليها ان الضمان و النماء مثلا زمان و ان النماء و الملك متلازمان، فالضمان و الملك متلازمان.

و يرد الاشكال على هذا القول فى المقدمة الثانية فى قولهم «ان الضمان و النماء متلازمان» فنقول: لا تلازم بين الضمان و النماء، فان نماء الملك فى زمن الخيار للمشترى، و الحال ان ضمانه على البائع لقاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۳

مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشترى العبد او الدابة بشرط، الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشترى شرط له البائع او لم يشترط، قال: و ان كان بينهما شرط، اياما معدودة، فهلك فى يد المشترى فهو من مال البائع.

و رواية عبد الرحمن ابن ابى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط، يوما او يومين.

و كيف كان فممّا تدل على ان الضمان فى زمن الخيار من البائع جملة من الروايات.

(مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشترى العبد او الدابة بشرط، الى يوم او يومين) فاذا لم يرغب فيه ردّه (فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث) كمرض او كسر او ما اشبه (على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام) فان خيار الحيوان ثلاثة ايام (و يصير المبيع للمشترى) سواء (شرط له البائع او لم يشترط) اذ الشرط فى الثلاثة وجوده كعدمه، فان الخيار موجود على اىّ حال (قال) عليه السلام: (و ان كان بينهما شرط، اياما معدودة، فهلك فى يد المشترى فهو من مال البائع) مدة تلك الايام، و ذلك حسب خيار الشرط.

(و رواية عبد الرحمن ابن ابى عبد الله قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط، يوما او يومين) ان لم يرغب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۴

فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الّذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه.

و مرسلة ابن رباط: ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع.

و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشترى بشرط، فيموت قال: يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان.

فيها ردّها (فماتت) الامة (عنده و قد قطع الثمن) اى انتهى البيع ف (على من يكون ضمان ذلك؟) و من كيس من يخرج؟ (قال: ليس على الّذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه) اى مدة الشرط، فان كان ثلاثة فهو خيار طبيعى، و ان كان اكثر فهو خيار الشرط.

(و مرسلة ابن رباط: ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام) و هى مدة خيار الحيوان (فهو) اى الحدث (من مال البائع) و يذهب من كيسه، فللمشترى الحق فى ان يأخذه منه.

(و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشترى بشرط) اى يشترط المشترى لنفسه، انه اذا لم يرغب فيه ارجعه فى مدة معينة (فيموت) على من الضمان؟ (قال) عليه السلام (يستحلف) المشترى (بالله ما رضيه) قبل ان يموت (ثم هو) بعد الحلف (برئ من الضمان) و يكون ضمانه على البائع.

اما اذا رضيه فقد اسقط خياره، لما سبق من ان الرضا مسقط للخيار، لقوله عليه السلام «لانه رضى».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۵

و هذه الاخبار انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشترى مع اختصاص الخيار.

و قد عرفت: ان ظاهر المبسوط فی باب الشفعة- ما حکاه عنه فی الدروس- من القطع بتملک المشتری مع اختصاص الخیار.

و کذلک ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع.

و علی ایّ حال.

(و هذه الاخبار انما تجدی) لا للشیخ، فلا یمکن ان تکون هذه الاخبار مستندا للشیخ اذ هذه الاخبار تقول: لا یملک المشتری، بدلیل: ان الضمان علی المالک، و هذه الاخبار جعلت الضمان علی البائع، فهی تجدی (فی) مقابل (من ینکر تملک المشتری مع اختصاص الخیار) بالمشتری.

(و قد عرفت: ان ظاهر المبسوط فی باب الشفعة- ما حکاه عنه فی الدروس- من القطع بتملک المشتری مع اختصاص الخیار) بالمشتری.

(و کذلک ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع) فهذه الاخبار لیست موافقة لمذهب الشیخ فیما نحن فیه، ای صورة اختصاص الخیار بالمشتری.

(و علی ایّ حال) فسواء کانت هذه الاخبار موافقة للشیخ، او مخالفة له، فهناک ثلاث طوائف من الادلة.

الاولی: ما دل علی ان النقل بمجرد العقد، بضمیمة تلازم الملک و الضمان.

الثانیة: ما دل علی تلازم الملک و الضمان بضمیمة: ما دل علی ان النقل بمجرد العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۶

فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصّصة لادلة المشهور بضمیمة قاعدة تلازم الملک و الضمان، او لقاعدة التلازم بضمیمة ادلة المسألة.

فیرجع بعد التکافؤ الی اصالة عدم حدوث الملک بالعقد قبل انقضاء الخیار.

الثالثة: ما دل علی ان التلف فی زمن الخیار من کیس البائع.

فهذه الطائفة الثالثة توجب رفع الید عن احدی الطائفتین الاولیین، بان نقول: لا نقل بمجرد العقد فالمال للبائع و الضمان علیه.

و علی هذا: رفعنا الید عن ما دل علی ان النقل بمجرد العقد، او نقول: لا تلازم بین الملک و الضمان، فالنقل بمجرد العقد و لکن الضمان علی البائع.

(فهذه الاخبار) التی استدل بها للشیخ (اما ان تجعل مخصّصة لادلة المشهور) الدالة علی ان النقل بمجرد العقد ای الطائفة الاولی (بضمیمة قاعدة تلازم الملک و الضمان، او) تجعل هذه الاخبار التی استدل بها للشیخ مخصّصة (لقاعدة التلازم) بین الملک و الضمان (بضمیمة ادلة المسألة) ای ادلة المشهور بان النقل بمجرد العقد ای الطائفة الثانیة.

(فیرجع بعد التکافؤ) لانه لا مرجّع لان نجعل هذه الاخبار و هی الطائفة الثالثة مخصصة للطائفة الاولی، او الطائفة الثانیة (الی اصالة عدم حدوث الملک بالعقد قبل انقضاء الخیار) و تکون النتیجة مع الشیخ- لکن من جهة الاصل لا من جهة الدلیل-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۷

و لکن هذا فرع التکافؤ المفقود فی المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة المؤیدة بالاجماع المحکی عن السرائر.

ثم ان مقتضی اطلاق ما تقدم من عبارتی المبسوط و الخلاف من کون الخلاف فی العقد المقیّد بشرط الخیار عمومه للخیار المنفصل عن العقد، کما اذا شرط الخیار من الغد، کما ان مقتضی تخصیص الکلام بالعنوان المذکور عدم شموله

(و لکن هذا) ای الرجوع الی الاصل (فرع التکافؤ المفقود فی المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة) علی ان الملک یتحقق

بمجرد العقد (المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر) لانه قال: ان الشيخ رجع عن رأيه، و وافق المشهور.

و عليه فاللازم ان نجعل الطائفة الثالثة مخصّصة للطائفة الثانية بان نقول ان: قاعدة التلازم بين الملك و الضمان، لا تأتى فى المقام، فالملك- فى باب الخيار- للمشترى، و الحال ان الضمان على المالك، لقاعدة التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له.

(ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتى المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المقيّد بشرط الخيار عمومه) «عمومه» خبر «ان مقتضى» اى عموم الحكم بان النقل يكون بعد انقضاء الخيار- على مذهب الشيخ- (للخيار المنفصل عن العقد، كما اذا شرط الخيار من الغد) فانه فى هذا اليوم أيضا لا ينتقل، لان الخيار المستقبل مانع عن ذلك (كما ان مقتضى تخصيص) الشيخ (الكلام بالعنوان المذكور) اى بشرط الخيار (عدم شموله)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۸

لخيار غير الشرط و الحيوان الّذى يطلق عليه الشرط أيضا.

فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

و ممّا يدل على الاختصاص ان ما ذكر من الادلة مختصة بالخيارين.

و ان الظاهر من لفظ الانقضاء- فى تحريرات محل الخلاف- انقطاع الخيار الزمانى.

و اما خيار المجلس، فالظاهر

اى عدم شمول الحكم بالنقل عند انقضاء الخيار (لخيار غير الشرط و الحيوان) و انما يشمل خيار الحيوان لما ذكره بقوله: (الّذى يطلق عليه الشرط أيضا) فى الاخبار و كلمات الفقهاء- كما تقدم-.

و على هذا (فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر) من التخصيص المذكور (عدم جريان الخلاف فيها) بل يكون النقل فيها بمجرد العقد.

(و ممّا يدل على الاختصاص) اى اختصاص الخلاف بالحيوان و الشرط فقط (ان ما ذكر من الادلة) و هى الروايات التى ذكرناها قبل اسطر (مختصة بالخيارين) فان المذكور فى الروايات خيار الشرط و خيار الحيوان (و) كذلك، ف (ان الظاهر من لفظ الانقضاء- فى تحريرات محل الخلاف- انقطاع الخيار الزمانى) اذا الانقضاء، انما يقال: للزمان.

(و اما خيار المجلس، ف) هل هو داخل فى محل الخلاف، أم لا؟ لانه لا يعبر عنه بالانقضاء و ليس داخلا فى الروايات المتقدمة التى ذكرت الشرط و الحيوان (الظاهر

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۶۹

دخوله فى محل الكلام لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة، و لقوله فى الإستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك، الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد، و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على ان التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به.

و مراده من اللزوم تحقق علة الملك، لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة

دخوله فى محل الكلام) و الخلاف بين الشيخ و المشهور (لنص الشيخ بذلك) اى دخوله فى محل الخلاف (فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة و لقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك) و هو الثمن للبائع و المثمن للمشترى (الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد) فان كلامه صريح بان الملك يتوقف على انقضاء خيار المجلس (و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على ان التفرق) عن مجلس العقد (كانقضاء الخيار) فى الشرط و الحيوان (فى لزوم العقد به).

فکما ان لزوم العقد یتوقف علی انتهاء خیاری الشرط و الحیوان، کذلک لزوم العقد یتوقف علی انتهاء خیار المجلس بالتفرق.

(و مراده من اللزوم تحقق علهٔ الملک) فقبله لا ملک بقرینهٔ جعل انقضاء خیار المجلس کانقضاء خیار الشرط و الحیوان.

فکما ان انقضائهما سبب الملک کذلک انقضاء خیار المجلس (لا مقابل الجواز) فلیس مراده ان ما قبل ذلک یکون الملک منقولا نقلا جائزا متزلزلا- کما یقوله المشهور- (کما لا یخفی، مع ان ظاهر عبارهٔ الدروس المتقدمهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۰

فی مأخذ هذا الخلاف ان کل خیار یمنع من التصرف فی المبیع، فهو داخل فیما یتوقف الملک علی انقضائه.

و کذلک العبارهٔ المتقدمهٔ- فی عنوان هذا الخلاف- عن الجامع.

و قد تقدم عن الشیخ فی صرف المبسوط: ان خیار المجلس مانع عن التصرف فی احد العوضین.

و من ذلک یظهر وجه آخر لخروج خیار العیب و اخوته عن محل الکلام

فی مأخذ هذا الخلاف) بین الشیخ و المشهور، یدل علی ان خیار المجلس أیضا داخل فی الخلاف، لان الدروس عنون مأخذ الخلاف بحیث یدل علی (ان کل خیار یمنع من التصرف فی المبیع، فهو داخل فیما یتوقف الملک علی انقضائه) و خیار المجلس أیضا یمنع من التصرف فی المبیع.

(و کذلک العبارهٔ المتقدمهٔ- فی عنوان هذا الخلاف- عن الجامع) تشمل خیار المجلس أیضا.

(و) ذلک، لانه (قد تقدم عن الشیخ فی) باب بیع ال (صرف) من کتاب (المبسوط: ان خیار المجلس مانع عن التصرف فی احد العوضین) فاذا ضممنا کلام الدروس الی کلام المبسوط انتج ان خیار المجلس داخل فی النزاع.

(و من ذلک) الّذی ذکره الدروس مأخذا لهذا الخلاف بانه کلما منع عن التصرف (یظهر وجه آخر لخروج خیار العیب و اخوته) و هی خیار الغبن و الرؤیهٔ و التدلیس (عن محل الکلام) بین الشیخ و المشهور.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۱

فان الظاهر عدم منعها من التصرف فی العوضین قبل ظهورها، فلا بدّ ان یقول الشیخ باللزوم و الملک قبل الظهور، و الخروج عن الملک بعد الظهور، و تنجز الخیار.

و هذا غیر لائق بالشیخ فثبت ان دخولها فی محل الکلام مستلزم اما لمنع التصرف فی موارد هذا الخیار، و اما للقول بخروج المبیع عن الملک بعد دخوله، و کلاهما

(فان الظاهر) من کلام الفقهاء (عدم منعها) ای هذه الخیارات الاربع (من التصرف فی العوضین قبل ظهورها).

و انما تمنع عن التصرف بعد الظهور- کما تقدم فی هذه الخیارات- و حیث ان الامر فی عدم الملک دائر مدار منع الخیار عن التصرف (فلا بد ان یقول الشیخ باللزوم و الملک قبل الظهور) لهذه الخیارات الاربع بعدم ظهور العیب و الغبن و التدلیس و عدم الرؤیهٔ (و الخروج عن الملک) ای خروج المبیع عن الملک (بعد الظهور، و تنجز الخیار) «و تنجز» عطف بیان علی «الظهور».

(و هذا) الکلام و انه یملک قبل ظهور العیب و اخوته و یخرج عن الملک بعد الظهور (غیر لائق بالشیخ).

اذ کیف یمکن الخروج عن الملک بلا سبب شرعی و لا عرفی (فثبت ان دخولها) ای دخول هذه الخیارات الاربع (فی محل الکلام) بین الشیخ و المشهور (مستلزم اما لمنع التصرف فی موارد هذا الخیار) من الاول، حتی قبل الظهور (و اما للقول بخروج المبیع عن الملک بعد دخوله) فی الملک (و کلاهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۲

غير لائق بالالتزام.

مع ان كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا، فى المعيب، لانه ذكر فى الاستدلال ان المقتضى للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب.

و ذكر أيضا انه لا منافات بين الملك و الخيار، كما فى المعيب.

غير لائق بالالتزام).

اذ المنع عن التصرف بدون وجود الخيار- لان الخيار انما يحدث بعد الظهور- لا وجه له، و الخروج عن الملك بعد الدخول فيه- خروجا بلا سبب شرعى او عرفى- غير صحيح، هذا وجه لعدم جريان الخلاف فى خيار العيب و اخوته.

(مع) ان هناك وجها آخر، ف (ان كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا) بين الفقهاء (فى المعيب، لانه) اى العلامة (ذكر فى الاستدلال) ما جعل المعيب، مشبها به فى كون الملك موجودا مع العيب، فلو لم تكن ملكية المعيب اتفاقية، لم يكن وجه لجعلها مشبها به حيث ان العلامة قال: (ان المقتضى للملك موجود، و الخيار لا يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب) فان الخيار موجود فيه و لا يمنع عن الملك، فليكن خيار الشرط و الحيوان كذلك.

(و ذكر أيضا انه لا منافات بين الملك و الخيار) اى خيار الشرط و الحيوان (كما فى المعيب) فانه ملك مع وجود الخيار.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۳

و قد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط أيضا بانه اذا اشترى شيئا فحصل منه نماء، ثم وجد به عيبا ردّه دون نمائه، محتجا بالاجماع و بالنبوى:

الخراج بالضمان، و سيجىء تتمة ذلك ان شاء الله تعالى.

(و) يدل على ان العيب ليس محلا للخلاف كلام الشيخ، فانه (قد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط أيضا بانه اذا اشترى شيئا فحصل منه نماء، ثم وجد به عيبا ردّه دون نمائه) فان عدم ردّ النماء دليل الملك (محتجا) لعدم ردّ النماء (بالاجماع، و بالنبوى: الخراج بالضمان) فان المشترى كان ضامنا للمبيع فله خراجه (و سيجىء تتمة ذلك ان شاء الله تعالى) فتحصل ان مورد الخلاف بين الشيخ و المشهور فى ثلاث خيارات و هى الشرط و الحيوان و المجلس، اما سائر الخيارات ففيها اتفاق على ان النقل يحصل بالعقد، لا بانقضاء الخيار، و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۴

مسئلة و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة

على المعروف بين القائلين بتملك المشترى بالعقد.

و توضيح هذه المسألة ان الخيار اذا كان للمشترى فقط من جهة

(مسئلة: و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة).

فاذا اشترى زيد من عمرو شيئا و قد جعل المشترى لنفسه الخيار و لم يكن للبائع خيار، ثم تلف المبيع خرج من كيس البائع الّذى لا خيار له.

و على هذه القاعدة اشتهر قولهم «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له».

و انما قلنا «فی الجملة» لما سیأتی من ان هذه القاعدة لا تجری الا فی بعض الخیارات (علی المعروف بین القائلین بتملک المشتری للمتاع (بالعقد).

اما الشیخ الّذی یری انه لا یملک بالعقد بل یملک المشتری المتاع بانقضاء الخیار، فکون التلف فی مال البائع علی وفق القاعدة، لان المتاع مال البائع- علی هذا- فیکون تلفه من کیسه.

(و توضیح هذه المسألة ان الخیار اذا کان للمشتری فقط من جهة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۵

الحیوان، فلا اشکال و لا خلاف فی کون المبیع فی ضمان البائع.

و یدل علیه ما تقدم فی المسألة السابقة من الاخبار.

و کذلک الخیار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف فی ذلک: لقوله علیه السلام- فی ذیل صحیحة ابن سنان-: و ان کان بینهما شرط ایّاما معدودة فهلک فی ید المشتری، فهو من مال بایعه و لو کان للمشتری فقط

الحیوان) بان اشتری حیوانا فکان له الخیار ثلاثة ایام- لان خیار الحیوان ثلاثة ایام- (فلا اشکال و لا خلاف فی کون المبیع فی ضمان البائع) و تلفه علی البائع.

(و یدل علیه ما تقدم فی المسألة السابقة من الاخبار) کقوله علیه السلام: علی البائع حتی ینقضی الشرط ثلاثة ایام، و یصیر المبیع للمشتری شرط له البائع او لم یشترط.

(و کذلک الخیار الثابت له) ای للمشتری (من جهة الشرط) بان شرط المشتری علی البائع ان یکون له خیار (بلا خلاف) بین الفقهاء (فی ذلک) ای فی خیار الشرط (لقوله علیه السلام- فی ذیل صحیحة ابن سنان-: و ان کان بینهما) ای بین البائع و المشتری (شرط ایّاما معدودة فهلک) الحیوان (فی ید المشتری) ای بلا تعدّ و لا تفریط (فهو) ای الهلاک (من مال بایعه).

اما اذا کان الخیار لهما، فالتلف من کیس من تلف فی یده لان الحکم السابق انما هو فیما اذا کان الخیار لاحد الطرفین فقط (و لو کان للمشتری فقط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۶

خیار المجلس دون البائع فظاهر قوله علیه السلام: حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری کذلک، بناء علی ان المناط انقضاء الشرط الّذی تقدم انه یطلق علی خیار المجلس فی الاخبار، بل ظاهره ان المناط فی رفع ضمان البائع صیرورة المبیع للمشتری و اختصاصه به بحیث لا یقدر علی سلبه عن نفسه.

و الی هذا المناط ینظر تعلیل هذا الحکم فی السرائر، حیث قال فکل من کان له

خیار المجلس دون البائع) بان شرط فی ضمن العقد عدم خیار المجلس للبائع (فظاهر قوله علیه السلام)- فی الروایة المتقدمة فی المسألة السابقة (حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری کذلک) ای ان التلف فی زمن خیار المشتری من کیس البائع (بناء علی ان المناط انقضاء الشرط الّذی تقدم انه یطلق علی خیار المجلس فی الاخبار) فلا خصوصیة للشرط اللفظی، بل کلّ شرط کذلک، سواء کان خیار شرط او خیار حیوان او خیار مجلس.

و کون مورد الروایة خیار الشرط لا یوجب التخصیص (بل ظاهره ان المناط فی رفع ضمان البائع صیرورة المبیع للمشتری و اختصاصه به) ای یختص المبیع بالمشتری بانتهاء الخیار (بحیث لا یقدر) المشتری (علی سلبه عن نفسه) فهذا مناط ثان غیر المناط الاول، و اقوی من المناط الاول.

(و الی هـذا المنـاط ینظر تعلیل هـذا الحکم) ای کون الخیار یوجب کون التلف من کیس من لا خیار له (فی السـرائر، حیث قال فکل من کان له

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۷

خیار فالمتاع یهلک من مال من لیس له خیار، لانه قد استقر علیه العقد، و الّذی له الخیار ما استقر علیه العقد، و لزم.

فـان کـان الخیار للبائع دون المشتری، و کان المتاع قـد قبضه المشتری و هلک فی یـده، کان هلاکه من مال المشتری دون البائع، لان العقد مستقر علیه، و لازم من جهته.

و من هنـا یعلم انه یمکن بنـاء علی فهم هـذا المنـاط طرد الحکم فی کل خیار، فتثبت القاعـدة المعروفـة من ان: التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له من

خیار فالمتاع یهلک من مال من لیس له خیار).

و التعلیل هو قوله: (لانه قد اسـتقر علیه العقد، و الّذی له الخیار ما اسـتقر علیه العقد، و) ما (لزم) علیه، هذا فیما اذا کان الخیار للمشتری (فان کان الخیار للبائع دون المشتری و کان المتاع قد قبضه المشتری و هلک) المتاع (فی یده) ای یدی المشتری (کان هلاکه من مال المشتری دون البـائع) و ذلـک (لان العقـد مسـتقر علیه) ای علی المشتری (و لازم من جهته) و انما شـرطنا (قبض المشتری) لانه اذا لم یکن قد قبضه فتلفه من کیس البائع، لقاعدة: التلف قبل القبض من مال مالکه.

(و من هنا) الّـذی تمسـکنا بالمناط فی تعدّی الحکم الی خیار المجلس الّذی کان لاحدهما، و فی تعدّیه الی خیار البائع دون المشتری (یعلم انه یمکن بنـاء علی فهم هـذا المنـاط) و هو ان التلف ممن یسـتقر علیه العقـد (طرد الحکم) بـانه ممن لاـ خیار له (فی کل خیار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، من

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۸

غیر فرق بیـن اقسـام الخیـار و لاـ بین الثمن و المثمن، کمـا یظهر من کلمـات غیر واحـد من الاصـحاب، بـل نسبه جماعـة الی اطلاـق الاصحاب.

قال فی الدروس- فی احکام القبض- و بالقبض ینتقل الضمان الی القابض، اذا لم یکن له خیار، انتهی.

فان ظاهره کفایة مطلق الخیار للمشتری فی عدم ضمان المشتری للمبیع المقبوض، و نحوه کلامه قدس سره فی اللمعة.

غیر فرق بین اقسام الخیار) فی باب البیع، لکن لا یتعدّی الی سائر العقود (و لا بین الثمن و المثمن).

فان کان الثمن مستقرا ثم تلف کان من کیس من لا خیار له.

و لو کان الثمن مسـتقرا ثم تلف کان من کیس من لا خیار له (کما یظهر) هذا التعمیم (من کلمات غیر واحد من الاصـحاب، بل نسبه جماعة الی اطلاق الاصحاب) فهو شبه اجماع.

(قال فی الدروس- فی احکام القبض- و بالقبض) للمتاع او الثمن (ینتقل الضمان الی القابض) لانه قبل القبض یکون الضمان علی من بیده (اذا لم یکن له) ای للقابض (خیار، انتهی).

اما اذا کان للقابض الخیار فالضـمان یبقی علی المقبوض منه (فان ظاهره کفایـة مطلق الخیار للمشتری) ایّ خیار کان (فی عدم ضـمان المشتری للمبیع المقبوض).

و انما استفدنا الاطلاق من کلامه، لانه لم یقید الخیار بقسم خاص (و نحوه کلامه) المطلق (قدس سره فی اللمعة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۷۹

و فی جامع المقاصد فی شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصراة او الامة المدلّسة فلا شیء له، و کذا لو تعیّبت عنده قبل علمه بالتدلیس.

قال: و تقیید الحکم بما قبل العلم غیر ظاهر، لان العیب اذا تجدّد بعد علمه یکون کذلک.

الا ان یقال انه غیر مضمون علیه الآن، لثبوت خیاره.

(و) قال: (فی جامع المقاصد فی شرح قول المصنف) و هو العلامة (و لو ماتت الشاة المصراة) التی جمع اللبن فی ثدیها لایهام المشتری انها ذات لبن کثیر (او الامة المدلّسة) و هی التی اظهرت نفسها اجمل عن واقعها لیرغب المشتری فیها.

فعلیه فاذا ماتت عند المشتری (فلا شیء له) ای للمشتری من الثمن، لان التلف من کیسه، حیث ان المشتری لا خیار له قبل علمه بالتدلیس (و کذا لو تعیّبت) الشاة او الامة (عنده) ای عند المشتری (قبل علمه بالتدلیس) هذا قید لکلّ من الموت و التعیب انتهی کلام العلامة.

(قال) جامع المقاصد: (و تقیید الحکم) ای عدم شیء له (بما قبل العلم غیر ظاهر، لان العیب اذا تجدد بعد علمه) ای بعد علم المشتری بالتدلیس فی الشاة و الامة (یکون کذلک) کما لو تجدد قبل العلم.

(الا ان یقال) هناک فرق بین قبل العلم و بعد العلم، ل (انه) ای المتاع (غیر مضمون علیه) ای علی المشتری (الآن) ای بعد العلم (لثبوت خیاره) اذ قبل العلم لا خیار للمشتری فالعیب من کیس المشتری، اما بعد العلم فیکون الخیار للمشتری، و خسارة العیب من کیس البائع، لان التلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۰

و لم اظفر فی کلام المصنف و غیره بشیء فی ذلک، انتهی.

و قال: فی شرح قول المصنف قدس سره و لا یسقط الخیار بتلف العین مقتضی اطلاق کلامهم انه لو تلف المبیع مع خیار الغبن للمشتری انفسخ البیع لاختصاص الخیار بالمشتری، ثم تردّد فیه و فی خیار الرؤیة.

و فی المسالک- فی مسئلة ان العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم و ان الحادث

فی زمن الخیار ممن لا خیار له (و لم اظفر فی کلام المصنف) و هو العلامة (و غیره بشیء فی ذلک) ای فی التلف بعد العلم (انتهی) کلام جامع المقاصد.

و شاهدنا فی قوله «لثبوت خیاره» فانه اطلق فی ان ثبوت الخیار للمشتری یوجب ان یکون التلف من کیس البائع فی سائر الخیارات غیر خیار الشرط و الحیوان.

(و قال) جامع المقاصد: (فی شرح قول المصنف قدس سره) و هو العلامة (و لا یسقط الخیار بتلف العین) انتهی کلام العلامة.

ف (مقتضی اطلاق کلامهم انه لو تلف المبیع مع خیار الغبن للمشتری انفسخ البیع لاختصاص الخیار بالمشتری) فانه جعل التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له فی خیار الغبن، کما جعله کذلک- قبلا- فی خیار العیب (ثم تردّد فیه و فی خیار الرؤیة) و هل انه من کیس البائع، أم لا؟

(و فی المسالک- فی مسئلة ان العیب الحادث) عند المشتری (یمنع من الرد بالعیب القدیم) الّذی کان عند البائع (و ان) العیب (الحادث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۱

فی ایام خیار الحیوان مضمون علی البائع- قال: و کذا کل خیار مختص بالمشتری.

و عن مجمع البرهان فی مسئلة ان تلف المبیع بعد الثلاثة مع خیار التأخیر من البائع استنادا الی عموم قاعدة تلف المال قبل القبض، ان هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخری، و هی: ان تلف المال فی الخیار المختص بالبائع من مال المشتری.

فان الظاهر من جعل هذه قاعدة کونها مسلمة بین الاصحاب.

فی ایام خیار الحیوان) ای ثلاثة ایام (مضمون علی البائع- قال: و کذا کل خیار مختص بالمشتری) فانه عمّم الحکم بکل خیار.

(و عن مجمع البرهان فی مسئلة ان تلف المبیع بعد الثلاثة) ایام (مع خیار التأخیر) ای تأخیر المشتری عن اخذ المبیع و اعطاء الثمن (من البائع) «من» متعلق ب «تلف».

و انما کان من البائع (استنادا الی عموم قاعدة تلف المال قبل القبض) فان التلف قبل القبض من مال بائعه.

قال: (ان هذه القاعدة) ای قاعدة: ان التلف قبل القبض من مال بائعه (معارضة بقاعدة اخری، و هی: ان تلف المال فی الخیار المختص بالبائع من مال المشتری) فاللازم ان یکون التلف علی المشتری، انتهی کلام مجمع البرهان.

(فان الظاهر) من کلام مجمع البرهان (من جعل هذه قاعدة) حیث قال «بقاعدة اخری» (کونها مسلمة بین الاصحاب) و الا لم تکن قاعدة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۲

و صرّح بنحو ذلک المحقق جمال الدین فی حاشیة الروضة، و استظهر بعد ذلک اختصاصه بما بعد القبض، معترفا بعمومها من جهات اخری.

و ظاهر هذه الکلمات عدم الفرق بین اقسام الخیار، و لا بین الثمن و المثمن، و لا بین الخیار المختص بالبائع و المختص بالمشتری.

و لذا نفی فی الریاض الخلاف فی ان التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له و فی مفتاح الکرامة: ان قولهم التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له قاعدة،

(و صرح بنحو ذلک) ای من جعل ذلک قاعدة (المحقق جمال الدین فی حاشیة الروضة، و استظهر) جمال الدین (بعد ذلک اختصاصه) ای اختصاص حکم القاعدة المذکورة (بما بعد القبض) فقبل القبض التلف من کیس البائع، اما بعد القبض فالتلف ممن لا خیار له (معترفا بعمومها) ای عموم قاعدة: التلف فی زمن الخیار ممن لا- خیار له (من جهات اخری) و ان کانت خاصة من جهة اختصاصها بما بعد القبض.

(و ظاهر هذه الکلمات) التی نقلناها من هؤلاء العلماء (عدم الفرق) فی کون التلف ممن لا خیار له (بین اقسام الخیار) و هی الحیوان و الشرط و المجلس و العیب و الغبن و غیرها (و لا بین الثمن و المثمن، و لا بین الخیار المختص بالبائع و المختص بالمشتری).

(و لذا) الّذی یظهر من کلماتهم الاطلاق (نفی فی الریاض الخلاف فی ان التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له) فاثبت بان هذه قاعدة کلیة.

(و فی مفتاح الکرامة: ان قولهم التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له قاعدة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۳

لا خلاف فیها، ثم ذکر فیه تبعا للریاض: ان الحکم فی بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة.

لکن الانصاف انه لم یعلم من حال احد من معتبری الاصحاب الجزم بهذا التعمیم، فضلا عن اتفاقهم علیه.

فان ظاهر قولهم: التلف فی زمان الخیار هو الخیار الزمانی، و هو الخیار الّذی ذهب جماعة الی توقف الملک علی انقضائه لا مطلق الخیار،

کلیـة (لاـ خلاف فیها، ثم ذکر فیه) ای فی مفتاح الکرامـة (تبعا للریاض: ان الحکم) بان التلف ممن لا خیار له (فی بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة) الاولیة فانّ هذه القاعدة مخالفة للقواعد الاولیة.

اذ مقتضی القاعدة الاوّلیة: ان تلف ملک کل انسان یکون من کیسه الخاص به، لا من کیس انسان آخر.

(لکن الانصـاف انه لـم یعلم من حـال احـد من معتبری الاصـحاب) و اعیـانهم (الجزم بهـذا التعمیم) و ان التلف مطلقـا ممن لا خیار له (فضلا عن اتفاقهم علیه) کما ادعاه الریاض و مفتاح الکرامة.

(فـان ظـاهر قولهم: التلف فی زمـان الخیـار هو الخیـار الزمانی) ای الخیار المحـدّد بالزمان، کخیار الحیوان و خیار الشـرط المحـدّدین بالزمان و انما استظهرنا ذلک لقولهم «فی زمان الخیار»- فالخیار الّذی لا زمان له لا یشمله هذا الکلام (و هو الخیار الّذی ذهب جماعة الی توقف الملک علی انقضائه) و قالوا انه ما دام الخیار موجودا، فالمال للبائع- کما تقدم فی المسألة السابقة- (لا مطلق الخیار) زمانیا کان او غیر زمانی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۴

لیشمل خیار الغبن و الرؤیة و العیب و نحوها.

الا تری انهم اتفقوا علی انه اذا مات المعیب لم یکن مضمونا علی البائع، و لو کان الموت بعد العلم بالعیب.

الا تری: ان المحقق الثانی ذکر ان الاقتصاص من العبد الجانی اذا کان فی خیار المشتری، کان من ضمان البائع.

(لیشمل خیار الغبن و الرؤیة و العیب) و التدلیس (و نحوها) مما لا زمان فیها.

(الاـ تری) هـذا دلیـل علی انهم لاـ یقولون «بان التلف فی کل خیار یکون علی من لا خیار له» (انهم اتفقوا علی انه اذا مات المعیب لم یکن مضمونا علی البائع، و لو کان الموت بعد العلم بالعیب) مع انه بعد العلم بالعیب یکون الخیار للمشتری و لا خیار للبائع.

(الاـ تری: ان المحقق الثانی ذکر ان الاقتصاص من العبـد الجانی) فان العبـد اذا جنی کان للمجنی علیه ان یقتصّ منه (اذا کان) جریان القصـاص علیه (فی خیـار المشتری، کـان من ضـمان البـائع) مع مـا یـأتی من قوله «یراد به خیـار الحیوان ... و هـل خیار الغبن و الرؤیة کـذلک» یـدل علی ان مراد الفقهاء من قولهم «التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له» یریدون بالخیار بعض اقسام الخیار، لا کل اقسام الخیار.

و حیث کان کلام المحقق «و لو تعیبت» یوهم ان المحقق یتعدّی من خیاری الشـرط و الحیوان الی خیار العیب، فیقول فی خیار العیب أیضا بان «التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۵

و اما ما نقلنا عنه سابقا فی شـرح قوله: و لو تعیبت قبل علمه بالتـدلیس فهو مجرد احتمال، حیث اعترف فیه بانه لم یظفر علی شـیء مع انه ذکر فی شرح قول المصنف فی باب العیوب، و کل عیب تجدد فی الحیوان بعد القبض و قبل انقضاء الخیار، فانه

استـدرک المصـنف ذلک التوهم بقوله «و اما ما نقلنا» فجملـة «و اما ما نقلنا» جملـة معترضة بین «الا تری» و بین «مع انه» و هذه الجملة المعترضة کالاستثناء من مفاد «الجملتین».

فکـانّ المصـنف قـال «المحقق الثـانی یری: ان التلف فی زمن الخیـار ممن لاـ خیار له» خاص بالشـرط و الحیوان، و لا یراه فی الغبن و الرؤیة و العیب.

و اما قوله «و لو تعیّبت» الظاهر فی کون القاعدة آتیة فی خیار العیب، فهو مجرد احتمال.

(و اما ما نقلنا عنه سابقا فی شرح قوله) ای قول العلامة (و لو تعیّبت قبل علمه بالتدلیس) حیث قال المحقق «انه غیر مضمون علیه الآن لثبوت خیاره» ای خیار المشتری (ف) لیس هذا الکلام المنقول دلیلا علی ان المحقق یقول بقاعدة «التلف ممن لا خیار له» فی خیار العیب.

اذ ما ذکره المحقق (هو مجرد احتمال، حیث اعترف فیه بانه لم یظفر علی شیء) ذکره الفقهاء فی هذا الباب، ای باب خیار العیب (مع انه ذکر فی شرح قول المصنف) و هو العلامة (فی باب العیوب، و کل عیب تجدد فی الحیوان بعد القبض و قبل انقضاء الخیار، فانه) ای ذلک

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۶

لا یمنع الردّ فی الثلاثة، نفی ذلک الاحتمال علی وجه الجزم حیث قال الخیار الواقع فی العبارة یراد به خیار الحیوان، و کذا کل خیار یختص بالمشتری کخیار الشرط له.

و هل خیار الغبن و الرؤیة کذلک، یبعد القول به خصوصا علی القول بالفوریة، لا خیار العیب، لان العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم قطعا، انتهی.

العیب (لا یمنع الردّ فی الثلاثة) انتهی کلام العلامة.

ف (نفی ذلک الاحتمال) «نفی» مفعول «ذکر» و الاحتمال یراد به ما ذکره المصنف بقوله «مجرد احتمال» (علی وجه الجزم) فقد نفی ان العیب یکون غیر مضمون علی المشتری نفیا جزما (حیث قال الخیار الواقع فی العبارة) ای عبارة العلامة فی قوله «قبل انقضاء الخیار» (یراد به خیار الحیوان، و کذا کل خیار یختص بالمشتری کخیار الشرط له) ای للمشتری (و هل خیار الغبن) للمشتری (و الرؤیة) للمشتری (کذلک) ای ان التلف فی زمان هذین الخیارین من کیس البائع الّذی لا خیار له (یبعد القول به) ای انهما أیضا من کیس البائع (خصوصا علی القول بالفوریة).

لان الانسان اذا علم بالغبن یکون له الخیار فورا فی دقائق، فاذا تلف یکون التلف خارجا عن الدقائق فلا یکون فی زمان الخیار، و کذا فی خیار الرؤیة، فتأمل (لا خیار العیب).

فان التلف فی زمن الخیار لیس من البائع (لان العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم قطعا، انتهی) کلام جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۸۷

و من ذلک یعلم حال ما نقلناه عنه فی خیار الغبن، فلم یبق فی المقام ما یجوز الرکون إلیه، الا ما اشرنا إلیه من ان مناط خروج المبیع عن ضمان البائع- علی ما یستفاد من قوله علیه السلام حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری- هو انقضاء خیار المشتری الّذی یطلق علیه الشرط فی

و من هذا الکلام علم ان المحقق الثانی یقول: ان قاعدة «التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له» خاص بالشرط و الحیوان، لا سائر الخیارات فکلامه السابق «و لو تعیّبت» کان مجرد احتمال، و لذا قال «الا ان یقال».

(و من ذلک) الّذی ذکرنا ان المحقق الثانی یخص «قاعدة التلف ممن لا خیار له» بخیاری الحیوان و الشرط (یعلم حال ما نقلناه عنه فی خیار الغبن) حیث افتی أولا بانه اذا حدث فیه عیب فهو من مال البائع، ثم تردد فیه.

و الحاصل انه لا یقول بجریان قاعدة «التلف ممن لا خیار له» فی خیار الغبن (فلم یبق فی المقام) من اقوال الفقهاء (ما یجوز الرکون إلیه) حتی نقول «بان التلف فی زمان کل خیار ممن لا خیار له» (الا ما اشرنا إلیه من ان مناط خروج المبیع عن ضمان البائع) حتی لا یکون تلفه علی البائع (- علی ما یستفاد من قوله علیه السلام حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری-).

فالمناط (هو انقضاء خيار المشترى الّذى يطلق عليه) اى على خيار المشترى (الشرط فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏١٥، ص: ٢٨٨

الاخبار.

و صيرورة المبيع مختصا بالمشترى لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فيدل على ان كل من له شرط و ليس المعوض الّذى وصل إليه لازما عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه و يصير مختصا به لازما عليه و فى الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل فى مقابلة القواعد، مع انه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه.

الاخبار).

(و صيرورة) عطف على «انقضاء» اى المناط هو صيرورة (المبيع مختصا بالمشترى لازما عليه بحيث لا يقدر) المشترى (على سلبه عن نفسه فيدل) هذا المناط (على ان كل من له شرط و ليس المعوض الّذى وصل إليه) اى لم يكن المبيع (لازما عليه فهو غير ضامن له) فلا- يكون تلفه عليه (حتى ينقضى شرطه) اى خياره (و يصير) المبيع (مختصا به) لا متزلزلا (لازما عليه) فلا يتمكن من ارجاعه، ففى مثل هذا الوقت يكون ضمانه على المشترى.

(و فى الاعتماد على) مثل (هذا الاستظهار) بان نستفيد من قولهم عليهم السلام فى الشرط و الحيوان قاعدة كلية بالنسبة الى كل الخيارات (تأمل فى مقابلة القواعد) الدالة على ان تلف مال الانسان من كيس نفسه و الدالة على عدم ضمان انسان لتلف مال انسان آخر.

(مع انه يمكن منع دلالة هذا المناط) فلا نقول بان هناك مناطا- و لكنه مخالف للقواعد- بل نقول انه لا مناط (المستنبط عليه) صفة المناط اى المناط الّذى استنبط على هذا المناط حتى فهم وجه منعه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏١٥، ص: ٢٨٩

لان ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازما على المشترى ثابتا من اوّل الامر، كما يظهر من لفظة: حتى، الظاهرة فى الابتداء.

و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو كان منفصلا، بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط.

(لان ظاهر الصحيحة) اى صحيحة ابن سنان التى قالت «حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشترى» (الاختصاص بما كان التزلزل) عند المشترى- اى بما كان خيار المشترى- (و عدم كون المبيع لازما على المشترى) عطف بيان للتزلزل (ثابتا من اوّل الامر) خبر «بما كان» (كما يظهر) لزوم كونه من اوّل الامر (من لفظة: حتى، الظاهرة فى الابتداء).

فانه اذا قال: ابق هنا حتى الفجر، فان ظاهره البقاء من اوّل الليل الى الفجر.

(و هذا المعنى) و هو كون التزلزل من اوّل العقد (مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو كان) الشرط (منفصلا) فانه و ان لم يكن التزلزل من حين العقد (بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط).

اذ: ما يشرف على التزلزل فى حكم المتزلزل فكانه متزلزل من قبل حصول وقت الشرط أيضا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏١٥، ص: ٢٩٠

و لذا ذكرنا جريان الخلاف فى المسألتين السابقتين فيه.

و اما الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشترى و تبعّض الصفقة، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

و الحاصل ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازما على المشترى.

و هذا مختص بالبيع المتزلزل من اوّل الامر، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بان

(و لـذا) الّذى كان متزلزلا من اوّل الامر- و ان كان الشـرط منفصلا- (ذكرنا جريان الخلاف فى المسألتين السابقتين) المتفرعتين على تزلزل المبيع (فيه) اى فى الشرط المنفصل.

(و اما) خيار (الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشـرط و تفليس المشترى و تبعّض الصفقة، فهى توجب التزلزل عند ظهورها) اى ظهور هذه الامور (بعد لزوم العقد) من اوّل الامر، فلا تشمل الصحيحة لمثل هذه الخيارات.

(و الحاصل) فى وجه منع المناط (ان ظاهر الرواية استـمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازما على المشترى) بانقضاء زمان الخيار.

(و هـذا) اى كون الضـمان مستمرا من قبـل القبض (مختص بـالبيع المتزلزل من اوّل الـامر) حين العقـد (فلا يشـمل التزلزل المسـبوق باللزوم) بان كان اوّل العقد لازما ثم تزلزل، و التزلزل المسبوق باللزوم هو (بان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۱

يكون المبيع فى ضمان المشترى بعد القبض، ثم يرجع بعد عروض التزلزل الى ضمان البائع.

فاتضح بذلك ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمّل فى خيار المجلس.

ثم ان مورد هذه القاعدة انما هو ما بعد القبض، و اما قبل القبض، فلا اشكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفات الى الخيار، فلا تشمل هذه القاعدة خيار التأخير.

يكون المـبيع فى ضـمان المشـترى بعـد القبض) لـانه كـان لازمـا حين العقـد (ثم يرجع بعـد عروض الـتزلزل) بظهور العيب و الغبن و نحوهما (الى ضمان البائع) فان الصحيحة لا تشمل مثل هذا المورد، فلا مناط اصلا.

(فاتضـح بـذلك) الّذى ذكرنا من ان الروايـة خاصة بما اذا كان التزلزل من اوّل العقد (ان الصـحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة) و هى الشرط و الحيوان و المجلس (على تأمّل فى خيار المجلس) و هل انه فى زمن الخيار فى ضمان البائع، أم لا؟

(ثم ان مورد هـذه القاعـدة) و هو التلف فى زمن الخيـار ممن لاـ خيـار له (انمـا هو مـا بعـد القبض، و اما قبل القبض، فلا اشـكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفات الى الخيار) بل بجريان قاعـدة اخرى، و هى التلف قبل القبض من مال مالكه، و لـذا فهو جار سواء كـان هناك خيار أم لا، و سواء كان الخيار خيار شـرط او حيوان او غيرهما (فلا تشـمل هـذه القاعـدة) اى قاعـدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ل (خيار التأخير).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۲

و امـا عموم الحكم للثمن و المثمن بـان يكون تلف الثمن فى مـدة خيـار البـائع المختص به من مال المشترى، فهو غير بعيـد، نظرا الى المناط الّذى استفدناه و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة.

مضافا الى استصحاب ضمان المشترى له الثابت قبل القبض.

و توهّم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة، كون الضمان من مال المالك،

لانا قلنا: ان هـذه القاعـدة انما تجرى بعـد القبض، و المفروض فى خيار التأخير انه لا قبض، هـذا كله تمام الكلام فى المثمن، و انه اذا كان للمشترى خيار دون البائع.

(و اما عموم الحكم للثمن) بالإضافة الى ما تقدم (و) ذكرناه من الحكم فى (المثمن بان يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص

به من مـال المشتری) الّذی لا خیار له، کما اذا باع داره بالف و قبض الألف و جعل البائع الخیار لنفسه الی مـدة شـهربان یرد الثمن و یسترجع الدار، فتلف الثمن فی هذه المدة (فهو غیر بعید، نظرا الی المناط الّذی اسـتفدناه) من قوله علیه السـلام «حتی ینقضی الشرط و یصیر المبیع للمشتری» (و یشمله) ای الثمن (ظاهر عبارة الدروس المتقدمة).

(مضافا الی) انه لو وصـلت النوبة الی الاصل، ف (استصـحاب ضـمان المشتری له الثابت قبل القبض) محکّم، لانه لا اشکال فی شمول قاعدة التلف قبل القبض من مال مالکه للثمن أیضا کما تشمل المثمن.

(و توهّم عدم جریانه) ای عدم جریان الاستصحاب (مع اقتضاء القاعدة) الاولیة (کون الضمان من مال المالک،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۳

خرج منه ما قبل القبض.

مـدفوع: بان الضـمان الثابت قبل القبض و بعده فی مدة الخیار لیس مخالفا لتلک القاعدة، لان المراد به انفساخ العقد و دخول العوض فی ملک صاحبه الاصلی، و تلفه من ماله.

نعم هو مخالف لاصالة عدم الانفساخ، و حیث ثبت المخالفة قبل القبض

خرج منه) ای من مقتضی هذه القاعدة (ما قبل القبض) و ما بعد القبض یرجع الی القاعدة.

فهذا التوهم (مدفوع: بان الضمان الثابت قبل القبض و بعده) ای بعد القبض (فی مدة الخیار لیس مخالفا لتلک القاعدة) ای قاعدة: کل تلف فهو من مـالکه، لاننـا لاـ نقول بـان التلف یکون من مـال البـائع و ضـمانه علی المشتری، بـل (لاـن المراد به) ای بکون التلف من المشتری- فیما کان البائع له الخیار فی الثمن- (انفساخ العقد و دخول العوض) ای الثمن فی المثال- (فی ملک صاحبه الاصـلی) و هو المشتری (و تلفه من ماله) ای من مال صاحبه الاصلی.

فکون تلف الثمن فی زمان خیار البائع، من مال المشتری موافق للقاعدة الاولیة ای قاعدة «کل تلف فهو من مال مالکه».

(نعم هـو) ای انفسـاخ العقـد و رجوع الثمن الی المشـتری ثم تلفه من کیس المشـتری (مخـالف لاصالـة عـدم الانفسـاخ، و حیث ثبت المخالفـة قبـل القبض) فـانه اذا لم یقبض البـائع الثمن- و کـان له خیار- ثم تلف الثمن عنـد المشتری انفسـخ العقـد و رجع الثمن الی المشتری و تلف من ماله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۴

فالاصل بقائها بعد القبض فی مدة الخیار.

نعم یبقی هنا ان هذا مقتض لکون تلف الثمن فی مدة خیار البیع الخیاری من المشتری فینفسخ البیع و یرد المبیع الی البائع.

و التزام عدم الجریان من حیث ان الخیار فی ذلک البیع انما یحدث بعد ردّ الثمن او مثله، فتلف الثمن فی

(فالاصل بقائها) ای المخالفة (بعد القبض فی مدة الخیار) أیضا.

(نعم یبقی هنـا) ای یستشـکل علی «ان تلف الثمن فی زمن خیار البائع یکون من المشتری» (ان هـذا مقتض لکون تلف الثمن فی مـدة خیار البیع الخیاری من المشتری) «من المشتری» خبر قوله «ان تلف الثمن» فاذا باع داره بیعا خیاریا و قبض الثمن ثم تلف الثمن، لزم ان یخرج الثمن من کیس المشتری للـدار الّذی لا خیار له (ف) اذا: ذهـب الثمن من کیس المشتری، لزم ان (ینفسخ البیع و یرد المبیع الی البائع) لانه کان الشرط مهما ردّ الثمن الی المشتری ینفسخ البیع و قد ردّ الثمن الی المشتری.

(و) ان قلت: ان هـذا الاشـکال غیر وارد، حیث ان الخیار فی البیع الخیاری یکون بعد ردّ الثمن او مثل الثمن، فلیس قبل ردّ الثمن خیار للبائع حتی یکون التلف من کیس المشتری.

قلت: (التزام عدم الجریان) ای عدم جریان قاعدة «التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له» (من حیث ان الخیار فی ذلک البیع) ای فی البیع الخیاری (انما یحدث بعد ردّ الثمن او مثله) ای مثل الثمن (فتلف الثمن فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۵

مدة الخیار انما یتحقق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله.

مدفوع بما اشرنا إلیه سابقا من منع ذلک.

مع ان المناط فی ضمان غیر ذی الخیار لما انتقل عنه الی ذی الخیار تزلزل البیع المتحقق، و لو بالخیار المنفصل، کما اشرنا سابقا.

مدة الخیار) الموجب لجریان قاعدة «التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له» (انما یتحقق) ذلک التلف (بعد ردّه) ای رد الثمن (قبل الفسخ) فاذا تحقق ردّ الثمن تحقق زمن الخیار، فیتحقق «ان التلف فی زمن الخیار» (لا قبله) ای لا قبل ردّ الثمن، فالتلف قبل ردّ الثمن لیس من کیس المشتری لان قبل ردّ الثمن لیس زمن الخیار.

(مدفوع) خبر «و التزام» (بما اشرنا إلیه سابقا من منع ذلک) ای منع التزام عدم الجریان.

و ما اشرنا إلیه سابقا هو ان مقتضی استصحاب قبل القبض جار لما بعد القبض أیضا.

(مع) انه یرد اشکال آخر علی قوله «التزام» و هو (ان المناط فی ضمان غیر ذی الخیار) ای «من لا- خیار له» (لما انتقل عنه الی ذی الخیار) ای ضمان الثمن الّذی انتقل ممن لا- خیار له- و هو المشتری- الی من له الخیار- و هو البائع- (تزلزل البیع) خبر «ان المناط» (المتحقق) ذلک التزلزل (و لو بالخیار المنفصل، کما اشرنا) إلیه (سابقا) و قلنا انه لا یشترط اتصال الخیار بالعقد.

فلا فرق بین ان یشترط ان یکون الخیار له من حین العقد، او ان یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۶

فالاولی الالتزام بجریان هذه القاعدة اذا کان الثمن شخصیا، بحیث یکون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البیع، فیکون کذلک بعد القبض

الخیار له بعد اسبوع- مثلا-.

فتحصل الی هنا کلمات اربع.

الاولی: انه اذا تلف الثمن فی زمان خیار البائع کان التلف من المشتری لقاعدة «التلف فی زمن الخیار».

الثانیة: یستشکل انه بناء علی ذلک یلزم بطلان بیع الشرط اذا تلف الثمن.

الثالثة: فی الاستشکال نظر، اذ الخیار یحدث ردّ الثمن، و القاعدة تقول «التلف فی زمن الخیار».

الرابعة: لا نظر فی الاستشکال، اذ حال الخیار المنفصل حال الخیار المتصل.

و قد اشار المصنف الی الاولی بقوله «و اما عموم الحکم» و الی الثانیة بقوله (نعم یبقی هنا) و الی الثالثة بقوله «و التزام عدم الجریان» و الی الرابعة بقوله «مدفوع».

(فالاولی الالتزام بجریان هذه القاعدة) ای قاعدة: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، و قوله «فالاولی» تصدیق «للثانیة» کما لا یخفی (اذا کان الثمن شخصیا) کما اذا باع زید داره لعمرو بهذه المائة دینار الشخصیة ثم تلفت المائة عند زید (بحیث یکون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البیع، فیکون کذلک) ای تلفه موجبا لانفساخ البیع (بعد القبض)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۷

مع خیار البائع، و لو منفصلا عن العقد.

و اما اذا كان الثمن كليّا، فحاله حال المبيع اذا كان كليّا، كما اذا اشترى طعاما كليّا بشرط الخيار له الى مدة، فقبض فردا منه فتلف فى يده فان الظاهر عدم ضمانه على البائع لان مقتضى ضمان المبيع فى مدة الخيار على من لا خيار له- على ما فهمه غير واحد- بقائه على ما كان عليه قبل القبض.

للاستصحاب الّذى تقدم الكلام حوله (مع خيار البائع، و لو) كان الخيار (منفصلا عن العقد) لما سبق انه لا فرق بين الخيار المتصل و المنفصل.

(و اما اذا كان الثمن كليّا، ف) لا نلتزم بجريان قاعدة «التلف فى زمن الخيار» بل (حاله) اى حال الثمن الكلى (حال المبيع اذا كان كليّا) فانه لا يشمله «التلف فى زمان الخيار» و كذلك لا يشمل «الثمن الكلى» (كما اذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له) اى للمشترى (الى مدة) كاسبوع مثلا (فقبض) المشترى (فردا منه) اى من ذلك الكلى (فتلف) ذلك الفرد من الطعام (فى يده) اى فى يد المشترى (فان الظاهر عدم) كون (ضمانه على البائع).

و ذلك (لان مقتضى ضمان المبيع فى مدة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد-) من الفقهاء (بقائه) خبر «لان» و الضمير عائد الى «المبيع» (على ما كان عليه قبل القبض).

فاذا تلف هذا الفرد من الطعام الّذى قبضه المشترى بخيار له بقى الطعام على ما كان عليه قبل القبض اى رجع الطعام الى الكلّية، فكانّ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۸

و دخول الفرد فى ملك المشترى لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض.

و هذا مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة فتأمّل.

هذا الفرد المقبوض رجع الى البائع.

(و) من المعلوم ان (دخول الفرد) الّذى قبضه المشترى (فى ملك المشترى) لانه اذا تلف الفرد كان كما قبل القبض- على ما قلنا- (لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان) اى ضمان البائع (بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى) المبيع (كغير المقبوض).

فحاله حال ما اذا ظهر الفرد معيبا، حيث ان للمشترى ان يردّ هذا و يأخذ غيره.

(و هذا) الّذى ذكرناه فى تلف المبيع او الثمن اذا كان كل منهما كليا بان يكون كغير المقبوض (مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة) فانها دلت على ان التلف فى الشخصى من كيس من لا خيار له، و لا تدل على ان التلف فى الكلى يكون كغير المقبوض (فتأمل).

فان الاخبار بضميمة قاعدة «عدم ضمان الشخص لملك الغير» تدل على الامرين و هما: الانفساخ فى الشخصى، حتى يدخل الشيء الشخصى فى ملك مالكه السابق و يتلف من ذلك المالك.

و كونه كغير المقبوض فى الكلى، حتى يدخل هذا المقبوض فى ملك مالكه السابق و يتلف من ذلك المالك.

فقوله «و هذا مما لا تدل عليه الاخبار المتقدمة» غير تام، بل تدل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۲۹۹

ثم ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين: ان المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل الى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه، و انفساخ العقد آنا مّا قبل التلف، و هو الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له

عليه الاخبار المتقدمة.

(ثم) ان فى معنى «ضمان من لا- خيار له» خلاف بين الاصحاب، حيث قالوا بان العقد يفسخ قبل التلف آنا مّا، و يدخل الشىء فى ملك مالكه الاول ثم يتلف منه، و بين الشهيد حيث قال بان العقد لا يفسخ.

ف (ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين: ان المراد بضمان من لا خيار له) فى قاعدة: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (لما انتقل الى غيره) اى ضمانه للشىء الّذى انتقل الى غيره (هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه).

فكما انه اذا تلف قبل ان يقبضه من له خيار كان تلفه ممن لا- خيار له، فكذلك اذا قبضه من له خيار (و انفساخ العقد آنا مّا قبل التلف) ليدخل فى كيس من يتلف عليه.

فاذا باع شيئا بخيار للمشترى ثم تلف عند المشترى كان معنى ذلك ان المتاع رجع الى البائع آنا مّا ثم تلف من كيس البائع (و هو) اى ما هو ظاهر الاصحاب (الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس) حيث قال: (و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له) اى للقابض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۵، ص: ۳۰۰

خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض.

و قد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة، و هى: ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له، فان معنى تلفه منه تلفه مملوكا له.

(خيار).

و انما يستفاد كلام المشهور من هذا القول (حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه) اى الى القابض (بل يبقى) الضمان (على ناقله) اى ناقل الضمان (الثابت قبل القبض).

و اذا تحقق ان الشهيد يقول «بعدم انتقال الضمان مع خيار القابض» نضمّ إليه مقدمة اخرى، و هى «ان التلف قبل القبض يكون بانفساخ العقد».

فنتيجة المقدمتين «ان التلف بعد القبض يكون بانفساخ العقد»- و هذا هو الّذى ذكره المشهور-.

و وجه المقدمة الاخرى ما ذكره بقوله: (و قد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه) اى الشىء الّذى تلف (فى ملك ناقله، بل هو) اى انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله (ظاهر القاعدة، و هى: ان التلف فى مدة الخيار ممّن لا خيار له).

و انما كان الانفساخ ظاهر القاعدة لما ذكره بقوله: (فان معنى تلفه منه) اى ممن لا خيار له (تلفه مملوكا له) و لم يقل «تلفه عليه».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۵، ص: ۳۰۱

مع انه ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشترى بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج، فانا اذا قدرنا المبيع فى ملك البائع آنا مّا، لم يلزم مخالفة شىء من القاعدتين.

و الحاصل: ان إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الريب فيها.

و مع ذلك كله

(مع انه) اى الانفساخ (ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشترى بضميمة) قاعدتين اخريين و هما (قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه) فان كل تلف من ملك مالكه و لا علاقة له بإنسان آخر (و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج) و ان كل من له النماء يكون عليه الضرر، فانه اذا قلنا بمقتضى الاخبار، و ان «التلف من كيس البائع فى زمان خيار المشترى» و لم نقل بالانفساخ يلزم اما رفع اليد عن قاعدة «عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه» بان نقول:

ضمن البائع لما تلف فی ملک المشتری، او رفع الید عن قاعدة «الضـمان بالخراج» بان نقول: الخراج للمشتری و الضمان للبائع (فانا اذا قدرنا المبیع فی ملک البائع) الّذی لا خیار له (آنا مّا) ثم تلف منه (لم یلزم مخالفة شـیء من القاعدتین) بخلاف ما اذا لم نقل بالملک الآنامّائی.

(و الحاصل: ان إرادة) الروایات و الفقهاء (ما ذکرنا من الضمان) ای الانفساخ (مما لا ینبغی الریب فیها).

(و مع ذلک کله) الّذی ذکرنا ان ظاهر الروایة و صریح الفقهاء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۰۲

فظاهر عبارة الدروس فی الفرع السادس من فروع خیار الشرط یوهم، بل یدل علی عدم الانفساخ.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۵، ص: ۳۰۲

قال قدس سره: لو تلف المبیع قبل قبض المشتری، بطل البیع و الخیار، و بعده لا یبطل الخیار و ان کان التلف من البائع کما اذا اختص الخیار بالمشتری.

الانفساخ (فظاهر عبارة الـدروس فی الفرع السادس من فروع خیار الشـرط یوهم، بل یدل علی عدم الانفساخ) و ان ضـمان من لا خیار له یتحقق بدون الانفساخ.

(قـال قـدس سـره: لو تلف المبیع قبـل قبض المشتری، بطـل البیع و الخیـار) فـان التلف قبـل القبض من مـال مالکه، فاذا بطل البیع بطل الخیار بطریق اولی، ایّ خیار کان کخیار المجلس و خیار الحیوان و غیرهما لان الخیار یحتاج الی المتعلق و قد ذهب المتعلق (و بعده) ای لو تلف المبیع بعد القبض (لا یبطل الخیار) و لا البیع.

و انما لم یـذکر: البیع، لوضوح انه اذا بقی الخیار کان معناه بقاء البیع، و انما لا یبطلان لانه لا وجه للبطلان (و ان کان التلف) ای تلف المبیع (من) کیس (البـائع) و هـذا عکس الفرع السـابق الّـذی کان التلف فیه من کیس المشتری، لانه کان مقبوضا و کان الخیار للبائع فقط لان التلف حینئـذ کان من کیس المشتری، و «ان» وصـلیّة بقوله «لا یبطل الخیار» (کما اذا اختص الخیار بالمشتری) لان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۰۳

فلو فسخ البائع رجع بالبدل فی صورة عدم ضمانه.

و لو فسخ المشتری رجع بالثمن و غرم البدل فی صورة ضمانه.

و لو اوجبه المشتری فی صورة التلف قبل القبض لم یؤثر فی تضمین البائع القیمة او المثل.

(فلو فسـخ البـائع) فی ما کان له الخیار، او کان لهما الخیار (رجع بالبـدل) مثلا او قیمـة الی المشتری (فی صورة عـدم ضـمانه) ای انما یتصور فسـخ البـائع فی صورة مـا لم یکن البائع ضامنا للتلف، و هی صورة ما اذا کان الخیار للمشتری فقط. فحیث ان البائع ضامن، فلا یکون الفسخ و لا الرجوع بالبدل، فقوله «فی صورة» من باب تحقیق موضوع «فلو فسخ».

(و لو فسخ المشتری) فی صورة ما کان له الفسخ (رجع بالثمن و غرم البدل) للبائع مثلا او قیمة (فی صورة ضمانه) ای ضمان المشتری. کما اذا کان لهما الخیار و تلف المتاع عنـد المشتری، فان خیاره لا یبطل، فاذا اخـذ بالخیار و ابطل البیع اخـذ ثمنه و ارجع بـدل المبیع

مثلا او قیمة.

(و لو اوجبه) ای البیع (المشتری فی صورة التلف قبل القبض) بان کان لهما الخیار، ثم قال المشتری اسقطت خیاری و قبل القبض تلف المتاع (لم یؤثر) ایجاب المشتری و اسقاطه لخیاره (فی تضمین البائع القیمة او المثل) اذ التلف قبل القبض یوجب بطلان البیع، فلا مورد لایجاب المشتری، فلا مجال للبدل الّذی هو المثل او القیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۰۴

و فی انسحابه فیما لو تلف بیده فی خیاره، نظر، انتهی.

و العبارة محتاجة الی التأمل من وجوه.

(و فی انسحابه) ای انسحاب عدم تأثیر ایجاب المشتری (فیما لو) قبض المشتری المتاع، و (تلف بیده فی) زمان (خیاره) ای خیار المشتری، بان تلف المتاع فی ید المشتری فی زمان خیاره الخاص الّذی یکون التلف من البائع، لان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، بان قال المشتری اوجبت البیع مریدا بذلک ان لا یبطل البیع، بل یتلف المبیع من کیس البائع لیرجع الی مثله او قیمته.

ففی هذا الانسحاب (نظر) لاحتمال ان الایجاب مؤثر فی رجوع المشتری الی المثل او القیمة.

و الحاصل من قوله «و لو اوجبه» ای للمسألة صورتین.

الاولی: لو کان الخیار لهما و تلف المبیع قبل القبض و قال المشتری اوجبت البیع، و اسقطت خیاری لم یؤثر الایجاب شیئا، بل بطل البیع لقاعدة: التلف قبل القبض من مال مالکه.

الثانیة: لو کان الخیار للمشتری فقط و قبض المبیع، ثم تلف فی ید المشتری- حیث ان التلف من کیس البائع الّذی لا خیار له- ثم اسقط المشتری خیاره، فهل یؤثر هذا الاسقاط شیئا، أو لا یؤثر؟ احتمالان، و فی عدم التأثیر نظر لاحتمال التأثیر (انتهی) کلام الشهید.

(و العبارة محتاجة الی التأمل من وجوه).

الاول: ما تقدم من ان عبارته تدل علی عدم الانفساخ، و الحال ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۰۵

و قد یظهر ذلک من اطلاق عبارة التذکرة، قال: لو تلف المبیع بآفة سماویة فی زمن الخیار.

فان کان قبل القبض انفسخ البیع قطعا.

و ان کان بعده لم یبطل خیار المشتری و لا البائع، و یجب القیمة علی

ظاهر المشهور و الروایات الانفساخ فان الدروس قال: لا یبطل الخیار و ان کان التلف من البائع، مع انه یلتزم بطلان الخیار لبطلان البیع، فاذا ذهب اصل البیع ذهب الفرع الّذی هو خیار.

الثانی قوله: و لو اوجبه المشتری فی صورة التلف قبل القبض فانه لا مجال لهذا الفرع بعد کون التلف قبل القبض موجبا لفساد المعاملة.

الثالث قوله «و فی انسحابه- ای انسحاب عدم التأثیر- نظر» لان مقتضی النظر یحتمل التأثیر و الحال انه مناف لما حکم أولا من بطلان الخیار، و الکلام فی شرح العبارة و شرح وجوه التأمل طویل نکتفی منه بهذا القدر.

(و قد یظهر ذلک) ای عدم الانفساخ خلافا للمشهور (من اطلاق عبارة التذکرة) فهو موافق للدروس (قال: لو تلف المبیع بآفة سماویة فی زمن الخیار).

(فان کان) التلف (قبل القبض انفسخ البیع قطعا) لان التلف قبل القبض من مال مالکه.

(و ان كان) التلف (بعده) اى بعد القبض (لم يبطل خيار المشترى و لا البائع، و يجب القيمة) او المثل (على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۳۰۶

ما تقدم.

ثم حكى عن الشافعية وجهين فى الانفساخ بعد القبض و عدمه- بناء على الملك بالعقد-.

و يمكن حمله على الخيار المشترك كما ان قوله فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيّن الانفساخ فيها.

ما تقدم).

(ثم حكى عن الشافعية وجهين فى الانفساخ بعد القبض و عدمه) اى عدم الانفساخ.

و انما احتمل عدم الانفساخ (- بناء على الملك بالعقد-) فان الشي‌ء صار ملكا بسبب العقد، و الاصل عدم الانفساخ.

(و) لكن ليس كلام العلامة خلاف المشهور.

اذ (يمكن حمله على الخيار المشترك) بين البائع و المشترى، اذ من الممكن ان قوله «خيار المشترى و لا البائع» يراد به خيارهما، كما يمكن ان يراد به خيار هذا فقط و خيار ذاك فقط.

فان اراد خيارهما لم يكن كلامه مخالفا لكلام المشهور، و ان اراد خيار احدهما كان كلامه مخالفا لكلام المشهور (كما ان قوله فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع).

و انما نحمله على هذه الصورة (لما عرفت من تعيّن الانفساخ فيها) اى فى هذه الصورة، فاذا انفسخ العقد لم يكن وجه لبقاء الخيار، اذ بقاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۳۰۷

و ربما يحتمل ان معنى قولهم «ان التلف ممن لا خيار له» ان عليه ذلك اذا فسخ صاحبه، لا انه ينفسخ كما فى التلف قبل القبض.

و اما حيث يوجب المشترى، فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل او القيمة، و بين الرجوع بالثمن.

و يحتمل تعين الرجوع بالثمن.

الخيار فرع بقاء العقد- كما تقدم-.

(و ربما يحتمل ان) المشهور لا يقولون بالانفساخ عند التلف، بل كما نقلناه عن الشهيد و العلامة فالكل متفقون على عدم الانفساخ، فليس معنى قولهم «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» انه ينفسخ العقد، بل (معنى قولهم «ان التلف ممن لا خيار له» ان عليه) اى على من لا خيار له (ذلك) التلف (اذا فسخ صاحبه) الّذى له الخيار (لا انه ينفسخ) بنفسه، اذا تلف (كما فى التلف قبل القبض) فانه اذا فسخ الّذى لم يقبض كان له ذلك، و ان لم يفسخ كان له المثل او القيمة.

(و اما حيث يوجب المشترى) الّذى له الخيار ذلك العقد بان كان له الخيار و اخذ المبيع، ثم تلف فى يده فاوجب البيع و اسقط خياره (فيحتمل انه) اى المشترى الموجب (يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل او القيمة) ان كان مثليا فمثلا، او كان قيميا فقيمة (و بين الرجوع بالثمن) لان الثمن للبائع فيما اذا اعطاه المبيع اما اذا لم يعطه فيحقّ له ان يطلب الثمن.

(و يحتمل تعين الرجوع بالثمن) لانه كان فى مقابل المثمن، فاذا تعذر المثمن استرجع الثمن الّذى كان فى مقابل المثمن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۵، ص: ۳۰۸

و يحتمل ان لا يرجع بشي‌ء، فيكون معنى له الخيار، ان له الفسخ.

ثم الظاهر ان حكم تلف البعض، حكم تلف الكل.

و كذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر لقوله فى الصحيحة السابقة: او يحدث فيه حدث، فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف هذا كله اذا تلف بآفة سماوية.

(و يحتمل ان لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار، ان له الفسخ) فاذا فسخ استرجع الثمن، و ان لم يفسخ لم يكن له شيء.

(ثم الظاهر ان حكم تلف البعض، حكم تلف الكل) فكما ان تلف الكل فى زمان الخيار ممن لا خيار له، كذلك كان تلف البعض فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

(و كذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة) حتى يسمّى تلفا فان تمرّض مثلا فانه فلا يسمّى تلف البعض و انما يسمّى تلف الوصف، فلا يشمل مثل نسيان العبد الكتابة، اذ تلف الوصف لا يرجع الى تلف وصف الصحة.

لكن الظاهر ان قوله عليه السلام «يحدث فيه حدث» يشمله (بلا خلاف) فى الاقسام الثلاثة من التلف (على الظاهر) من كلام الفقهاء (لقوله) عليه السلام (فى الصحيحة السابقة: او يحدث فيه حدث، فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف).

ثم الظاهر ان كل ما يسمى تلفا فهو داخل فى عنوان المسألة و لو كان بنحو الحيلولة مثل الوقوع فى البحر او طيران الطير او ذهب الوحش الى القفار (هذا كله اذا تلف بآفة سماوية) مثل الحرق و الغرق و الزلزلة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۰۹

و منها حكم الشارع عليه بالاتلاف.

و اما اذا كان باتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته و ان كان باتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخير بين امضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

التى او جبت تلفه، او نحو ذلك.

و المراد بالآفة السماوية فى مقابل اتلاف الانسان له، سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا (و منها) اى من الآفات السماوية (حكم الشارع عليه بالاتلاف) مثل: ان يكون العبد قاتلا فحكم الشارع عليه بالقتل و نفذه الحاكم الشرعى.

(و اما) اتلاف الانسان له، ف (اذا كان باتلاف ذى الخيار) كما اذا كان الخيار للمشترى فاتلفه (سقط به خياره و لزم العقد من جهته) لان ادلة «التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له» لا يشمل اتلاف نفس ذى الخيار، فالمرجع فيه مقتضى القواعد و هى ان الانسان اذا اتلف مال نفسه لم يضمنه غيره فى غير مسئلة الغرور، كما اذا اعطاه شاته ليذبحها، فظن ان الشاة للمعطى، فان المعطى حيث كان غارّا ضمن الشاة.

(و ان كان باتلاف غير ذى الخيار) اى من لزم العقد من جهته كالبائع فلا اشكال فى انه داخل فى مسئلة «من اتلف» و مسئلة «التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له».

و على هذا (لم يبطل) بالاتلاف (خيار صاحبه، فيتخير بين امضاء العقد و الرجوع بالقيمة) او المثل (و) بين (الفسخ و الرجوع بالثمن) لكن

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۰

و ان كان باتلاف اجنبى تخير أيضا بين الامضاء و الفسخ.

و هل يرجع حينئذ بالقيمة الى المتلف او الى صاحبه، او يتخير، وجوه من ان البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيستردّه بالفسخ.

هذا ينافى ما تقدم من ان التلف يوجب الفسخ.

اللّهم الا ان يقال ان ذلك فيما اذا كان التلف بآفة سماوية- فتأمل- (و ان كان باتلاف اجنبىّ تخيّر أيضا بين الامضاء) للعقد و الرجوع بالقيمة (و) بين (الفسخ) و الرجوع بالثمن.

(و هل يرجع حينئذ) اى حين الفسخ (بالقيمة الى المتلف) الاجنبى (او الى صاحبه) الّذى هو طرف المعاملة (او يتخيّر) بين الرجوع الى هذا او ذاك (وجوه) ثلاثة.

اما وجه الرجوع الى المتلف، فهو ما ذكره بقوله:

«۱» (من ان البدل) للعين المتلفة (القائم) ذلك البدل (مقام العين فى ذمة المتلف) مثلا: لو اشترى المشترى كتابا بخيار لنفسه فاتلف الكتاب زيد، فان التلف يكون من كيس البائع، فاذا فسخ المشترى تعلق ثمن الكتاب بذمة المتلف، فعوض ان يرجع المشترى الى البائع لاخذ ثمنه يرجع الى المتلف الّذى تعلق الثمن بذمته (فيستردّه) اى يسترد المشترى هذا البدل- مثلا او قيمة- (بالفسخ) من الاجنبى، و لا حق للاجنبى فى الرجوع الى البائع لان المتلف قد استقر عليه ضمان التلف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۱

و لان الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ، او لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم التلف او يوم الفسخ.

و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الاجنبى

«۲» (و لان الفسخ) الّذى يفسخه المشترى (موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ) حتى يتحقق الفسخ، فان الكتاب الّذى تلف انما يتحقق فيه الفسخ اذا كان فى ملك البائع، فيخرجه المشترى من ملكه الى ملك المفسوخ عليه فينتقل ضمانه الى ذمة المتلف، فان الاجنبى اتلف مال البائع فهو له ضامن بالبدل، و البدل بالفسخ صار ملكا للمشترى فالمشترى يأخذ ماله من المتلف (او لاعتبارها) اى العين (عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ) «او» عطف على قوله «قبل تلفها».

مثلا- وقع التلف يوم الجمعة و الفسخ يوم السبت، فاما ان نقول ان الكتاب دخل فى ملك البائع يوم الجمعة، او نقول انه دخل فى ملك البائع يوم السبت (بناء على الوجهين) فى مسئلة ضمان التلف (فى اعتبار يوم التلف او يوم الفسخ) كما تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى صحيحة ابن ولّاد.

(و على التقديرين) اى تقدير يوم التلف او يوم الفسخ (فهى) اى العين المتلفة (فى ضمان المتلف) فحال اتلاف الاجنبى و هو فى يد المشترى (كما لو كانت العين فى يد الاجنبى) ففسخ العقد ذو الخيار، فانه يرجع الى الاجنبى ببدله.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۲

و من انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثمن فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثمن و صار فى ذمته، لانّ ضمان المتلف محلّه الذمة، لا الامور الخارجية.

و حاصل وجه رجوع الفاسخ الى الاجنبى ان الكتاب كان فى مقابل الثمن، فاذا اتلف انسان الكتاب سدّ فراغه الثمن، فكانّ الثمن انتقل الى ذمة الاجنبى عند اتلاف الاجنبى الكتاب، سواء قلنا بانتقال الثمن الى ذمة الاجنبى يوم اتلافه، او يوم فسخ المشترى للمعاملة.

ثم لا- يخفى ان كلمة الفاسخ، فى نسخة مكاسبنا فى المكانين، و لكنا اتبعنا السيد الطباطبائى حيث انه ذكر ان «الفاسخ» غلط و ان «المفسوخ عليه» صحيح، و ان كان بالامكان تصحيح «الفاسخ» أيضا، و لكنه بنوع من التكلف اما تصحيحه «المفسوخ عليه» الى «الفاسخ» فى آخر العبارة فلم يظهر لى وجهه.

و اما وجه الرجوع الی صاحبه- طرف المعاملة- لا المتلف فهو ما ذکره بقوله: (و من انه اذا دخل الثمن فی ملک من تلف المثمن فی ملکه) ای دخل الثمن حال العقد فی ملک البائع، فحیث دخل المثمن فی ملک البائع لیکون تلفه علیه (خرج عن ملکه بدل المثمن) ای الثمن (و صار فی ذمته) ای صار ضامنا له.

و انما صار فی ذمته (ل) انه صار ضامنا له.

و من المعلوم (انّ ضمان المتلف) ای التالف (محلّه الذمة، لا الامور الخارجیة) فتکون ذمته مشغولة، لا امواله الخارجیة، هذا بالنسبة الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۳

و ما فی ذمة المتلف انما تشخص مالا للمالک.

و کونه بدلا عن العین انما هو بالنسبة الی التلف من حیث وجوب دفعه الی المالک کالعین لو وجدت، لا انه بدل خارج یترتب علیه جمیع احکام العین حتی بالنسبة الی غیر التلف.

فهذا البدل نظیر بدل العین لو

اشتغال ذمة الطرف و هو البائع، ببدل المتلف.

و اما بالنسبة الی عدم اشتغال ذمة المتلف الاجنبی، فلما ذکره بقوله: (و ما فی ذمة المتلف) الاجنبی (انما تشخص مالا للمالک) ای البائع لانه قبل التلف صار ملکا للبائع فقد اتلف مال البائع.

(و) ان قلت: ما فی ذمة المتلف بدل عن العین فاذا صارت العین للبائع صار بدله للمشتری، فاللازم رجوع المشتری الی المتلف.

قلت: (کونه) ای ما فی ذمة المتلف (بدلا عن العین انما هو) ای البدل (بالنسبة الی التلف) بدل (من حیث وجوب دفعه الی المالک کالعین لو وجدت).

فکما انه اذا کانت العین التی هی للبائع موجودة و کان الواجب علی الاجنبی ان یسلّمها الی البائع، کذلک اذا تلفت العین لزم علی الاجنبی تسلیم بدلها الی البائع (لا انه) ای ما فی ذمة الاجنبی (بدل خارج) عن العین التالفة (یترتب علیه جمیع احکام العین حتی بالنسبة الی غیر التلف) ای حتی بالنسبة الی وجوب رجوع المشتری إلیه، لا الی البائع.

(فهذا البدل) الّذی هو فی ذمة الاجنبی (نظیر بدل العین لو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۴

باعها المشتری، ففسخ البائع، فانه لا یتعین للدفع الی الفاسخ.

و اما الفسخ فهو موجب لرجوع العین قبل تلفها مضمونة لمالکها علی متلفها بالقیمة فی ملک الفاسخ فیکون تلفها بهذا الوصف مضمونا علی المالک لا المتلف و من کون ید المفسوخ علیه ید ضمان بالعوض قبل الفسخ، و بالقیمة

باعها المشتری) و کان للبائع الفسخ (ففسخ البائع، فانه) لیس ببدل، بمعنی انه (لا یتعین للدفع الی الفاسخ) فالبدل فیما نحن فیه و کذا البدل فی النظیر لهما ثمرة واحدة، و هی وجوب الدفع الی البائع، لا اکثر من ذلک.

(و اما الفسخ فهو موجب لرجوع العین) التی هی متعلق الفسخ (قبل تلفها) فی حالکون تلک العین (مضمونة لمالکها علی متلفها) فان المتلف ضامن للعین بان یسلمها الی المالک (بالقیمة) فانها حیث تلفت ضمن المتلف القیمة.

فقوله «بالقیمة» متعلق ب «مضمونة» (فی ملک الفاسخ) «فی» متعلق ب «رجوع» (فیکون تلفها) ای العین تلفا بسبب الاجنبی (بهذا الوصف) ای بوصف کونها راجعة الی ملک المفسوخ علیه (مضمونا علی المالک لا المتلف) و لذا یرجع الفاسخ الی المفسوخ علیه و

هو المالک، لا الی الاجنبی (و من کون یـد المفسوخ علیه) ای البائع- فی المثال المتقدم- (ید ضـمان بالعوض) ای عوض العین (قبل الفسخ) فان البائع ضامن للمشتری بان یدفع العین إلیه او عوض العین اذا تلفت العین بدل ما اخذ منه من الثمن (و بالقیمهٔ

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۵

بعده.

و اتلاف الاجنبی أیضا سبب للضمان فیتخیّر فی الرجوع و هذا اضعف الوجوه.

بعده) فاذا تلفت العین لزم علی البائع ان یدفع قیمهٔ العین الی المشتری بدل ما اخذ منه من الثمن.

(و اتلاف الاجنبی أیضا سبب للضـمان) لقاعـدهٔ: علی الید ما اخذت و قاعدهٔ، من اتلف مال الغیر فهو له ضامن (فیتخیّر) المشتری بعد ان اتلف الاجنبی ماله (فی الرجوع) الی ایّهما شاء (و هذا) ای کون الفاسخ له حق الرجوع الی ایّهما شاء (اضعف الوجوه).

لانه ان تلف الشـیء من کیس المفسوخ علیه لم یکن معنی لرجوع الفاسخ الی المتلف، و ان لم یتلف الشـیء من کیس المفسوخ علیه لم یکن معنی لرجوع الفاسخ الی المفسوخ علیه.

ثم لا یخفی ان رجوع الفاسخ الی المفسوخ علیه انما هو بالقیمهٔ المعاوضیّهٔ، و اما الی المتلف فهو بالمثل او القیمهٔ السوقیهٔ.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۶

مسئلهٔ و من احکام الخیار ما ذکره فی التذکرهٔ، فقال: لا یجب علی البائع تسلیم المبیع، و لا علی المشتری تسلیم الثمن فی زمان الخیار.

و لو تبرع احدهما بالتسلیم، لم یبطل خیاره، و لا یجبر الآخر علی تسلیم ما عنده، و له استرداد المدفوع قضیهٔ للخیار.

و قال بعض الشافعیهٔ: لیس له استرداده،

(مسألـهٔ: و من احکـام الخیـار مـا ذکره فی التـذکرهٔ، فقـال: لا یجب علی البائع تسـلیم المبیع، و لا علی المشتری تسـلیم الثمن فی زمان الخیار) المشترک بینهما، او فی زمان خیار احدهما بالنسبهٔ الی ما فی یده.

و لعـل فتواه بـذلک لانـ الشـیء المتعلق به الخیار صار متعلقا لحق الملک و لحق الخیار، فیقـدم حق الخیار علی حق الملک، لان حق الخیار وارد علی حق الملک، کما ان حق الرهن وارد علی حق الملک، فیقدّم علیه.

(و لو تبرع احـدهما بالتسـلیم، لم یبطل خیاره) لان التسلیم لا یوجب ذهاب حقه (و لا یجبر) الطرف (الآخر) الّذی له خیار أیضا (علی تسلیم ما عنده) لان المسلّم قد اسقط حقه، و لا یلازم ذلک اسقاط طرفه حقه أیضا (و له) ای للمسلّم (استرداد المدفوع) بان یأخذه و یسترجعه (قضیـهٔ للخیار) ای لانه مقتضـی الخیار، فان خیاره لا یسـقط بتسلیمه، فمتی شاء اخذ متعلق حقه، و اسقاط حقه فی الجملهٔ لا یلازم اسقاط حقه الی الاجنبی.

(و قال بعض الشافعیّهٔ: لیس له استرداده) لانه قد اسقط حقه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۷

و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، کما لو کان التسلیم بعد لزوم البیع، انتهی.

و یظهر منه ان الخلاف بین المسلمین انما هو بعد اختیار احدهما التسلیم.

و اما التسلیم- ابتداءً- فلا یجب من ذی الخیار اجماعا.

ثم انه ان اریـد عـدم وجوب التسـلیم علی ذی الخیار من جهـهٔ ان له الفسـخ، فلا یتعین علیه التسـلیم، فمرجعه الی وجوب احد الامرین علیه.

بالتسليم، فلا دليل على بقاء حقه بعد ذلك (و له) اى للمسلّم (اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه) لان حق صاحبه كان فى مقابل حق المسلّم، فاذا سقط حق المسلّم سقط حق صاحبه أيضا (كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع) فان صاحبه يجبر على تسليم ما عنده (انتهى).

(و يظهر منه) حيث ذكر خلاف الشافعية فى الفرعين الا خيرين فقط (ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما التسليم) هل له استرداده، أم لا؟ و هل يتمكن من جبر صاحبه، أم لا؟

(و اما التسليم- ابتداء- فلا يجب من ذى الخيار اجماعا) لا ان العلامة ادعى الاجماع بل يظهر من كلامه.

(ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له الفسخ، ف) حيث له الفسخ (لا يتعين عليه التسليم، فمرجعه) اى بناء على هذا الوجه يكون مرجع كلام العلامة (الى وجوب احد الامرين عليه) اى يجب على ذى الخيار احد الامرين، الفسخ او التسليم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۸

و الظاهر انه غير مراد.

و ان اريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه اذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله.

ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم: سلطنة الناس على اموالهم و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

(و الظاهر انه غير مراد) لان ظاهره لا يجب عليه التسليم لا انه لا يتعين عليه التسليم.

(و ان اريد عدم تسلط المالك) الّذى ملك بالعقد (على ما انتقل إليه اذا كان للناقل خيار فلذا) الّذى لا سلطة له (يجوز منعه عن ماله).

(ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم: سلطنة الناس على اموالهم) فان المنتقل إليه صار ملكا له فهو مسلط عليه، و لا وجه لمنعه عن ماله الّذى له سلطة عليه.

(و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه).

نعم على قول من يقول انه ما دام الخيار فالملك لم ينتقل فله وجه، اذ ليس الشيء ملكا للمنقول إليه كما لا يخفى، و الله العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۱۹

مسئلة قال فى القواعد: لا يبطل الخيار بتلف العين،

اشارة

و هذا الكلام ليس على اطلاقه- كما اعترف به فى جامع المقاصد-.

فان من جملة افراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، او الخيار المختص بعده.

(مسألة: قال القواعد: لا يبطل الخيار بتلف العين) فاذا جعل المشترى الخيار لنفسه فتلفت العين فى يده، فله الفسخ و الرجوع الى المالك بالقيمة و اعطاء المالك- بدلا عن عينه- المثل او القيمة، و هكذا اذا جعل البائع الخيار لنفسه و تلفت القيمة التى اخذها (و

هذا الکلام لیس علی اطلاقهٔ- کما اعترف به) ای بانه لیس علی اطلاقهٔ (فی جامع المقاصد-) فی شرح القواعد.

(فـان من جملـهٔ افراد الخیار خیار التأخیر، بل مطلق الخیار قبل القبض) فان التلف قبل القبض من مال مالکه، فاذا تلف قبل القبض بطل العقـد، و اذا بطل العقـد لم یکن مورد للخیار اصـلا (او الخیار المختص بعـده) ای بعد القبض، لان التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له، فاذا کان للمشتری- مثلا- الخیار و تلف المثمن، فقدا انفسخ العقد و خرج المثمن من کیس البائع، فلا مورد للخیار، و هذا بخلاف الخیار المشترک، فاذا تلف احد العوضین فانه یخرج من کیس المنتقل إلیه، لا من کیس المنتقل عنه فیبقی مورد للخیار.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۰

و من المعلوم ان تلف العین حینئـذ موجب لانفسـاخ العقـد، فلاـ یبقی خیـار، فیکون المراد التلف مع بقـاء العقـد علی حـاله لاـ یوجب سقوط الخیـار و بعبـارهٔ اخری: تلف العین فی ملـک من فی یـده لا یسـقط به خیاره، و لا خیار صاحبه، و هو کـذلک، لان الخیار کما عرفت عبارهٔ عن ملک فسخ العقد، و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ.

و لذا یشرع الاقالهٔ حینئذ اتفاقا، فلا مزیل

(و من المعلوم ان تلف العین) مثمنـا کـان او ثمنـا (حینئـذ) ای حین کـان قبـل القبض، او فی زمـان الخیـار المختص (موجب لانفساخ العقـد، فلا یبقی خیار) اصـلا (فیکون المراد) ای مراد العلامهٔ (التلف مع بقاء العقد علی حاله لا یوجب سـقوط الخیار) بل یبقی الخیار علی حاله.

(و بعبـارهٔ اخری: تلف العین فی ملـک من فی یـده لاـ یسـقط به) ای بهـذا التلف (خیـاره، و لا خیار صاحبه) سواء کان لهما الخیار او لاحـدهما (و هو کذلک) کما ذکره القواعد (لان الخیار کما عرفت عبارهٔ عن ملک فسخ العقد) فذو الخیار له سـلطهٔ بان یفسخ العقد (و معلوم ان العقـد بعـد التلف) کحاله قبل التلف (قابل للفسخ) فانه اعتبار و الفسخ أیضا اعتبار و العقلاء یرون بقاء الاعتبار و ان تلفت العین.

(و لذا) الّذی یقبل العقد الفسخ حتی بعد تلف العین (یشرع الاقالهٔ حینئذ) ای بعد التلف (اتفاقا).

فانه لا فرق بین الاقالهٔ و الفسخ فی انه لو کان المتعلق العین لم یصحا، و لکن حیث ان المتعلق العقد و اعتباره باق یصحان (فلا مزیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۱

لهذا الملک بعد التلف، و لا مقید له بصورهٔ البقاء.

اللهم الاـ ان یعلم من الخـارج ان شـرع الخیار لـدفع ضـرر الصبر علی نفس العین، فینتفی هـذا الضـرر بتلف العین، کما فی العیب، فان تخیره بین الرد و الارش لان الصبر علی العیب ضـرر، و لو مع اخذ الارش فتدارکه الشارع بملک الفسخ و الرد، فاذا تلف انتفی حکمهٔ الخیار.

لهذا الملک) ای ملک فسخ العقد (بعد التلف) لاحد العوضـین او لکلیهما (و لا مقید له) ای لملک فسخ العقد (بصورهٔ البقاء) ای بقاء العینین.

(اللهم الا ان یعلم من الخارج) بدلیل آخر (ان شرع الخیار) فتشریعه انما هو (لدفع ضرر الصبر علی نفس العین).

و علیه (ف) لاـ خیـار بعـد التلف، اذ (ینتفی هـذا الضـرر بتلف العین، کمـا فی العیب) فیمـا اذا ظهر المبیع معیبـا (فان تخیره بین الرد و الارش) انما هو (لان الصبر علی العیب ضرر، و لو مع اخذ الارش) فالشارع خیره بین شیئین ان شاء صبر علی الضرر و اخذ التفاوت، و ان شاء فسـخ و لم یجبره علی اخذ التفاوت فقط، لان بعض الناس لا یریدون المعیب اصـلا، فاذا اجبرهم الشارع علی اخذ الارش کان معناه انه اوجب ضـررهم (فتدارکه) ای الضـرر حتی مع الارش (الشارع بملک الفسخ و الرد) بان جعل له سـلطهٔ علی ان یفسخ اذا شاء

(فاذا تلف) المعیب (انتفی حکمة الخیار) فلا خیار له فی الرد و انما یبقی له ان یأخذ الارش فقط.
لکن لا یخفی عدم تمامیة هذا الکلام لان الحکم لا یدور مدار الحکمة، و لیس ما ذکره علة فاللازم التمسک بإطلاق دلیل الرد و الارش فی باب خیار
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۲
او یقال انه اذا کان دلیل الخیار معنونا بجواز الرد، لا بالخیار اختص ثبوت الخیار بصورة تحقق الرد المتوقف علی بقاء العین، هذا مع قیام الدلیل علی سقوط الخیار بتلف المعیب و المدلّس فیه فلا یرد عدم اطراد تلک الحکمة.

[مواضع التردد فی ثبوت الخیار مع التلف]

اشارة

نعم هنا موارد تأملوا فی ثبوت الخیار مع التلف، او یظهر منهم العدم.

[ما ذکره العلامة]

کما تردد العلامة قدس سره فی باب المرابحة فیما لو ظهر کذب

العیب.
(او یقال) فی بیان سقوط الفسخ بسبب التلف (انه اذا کان دلیل الخیار معنونا بجواز الرد) بان قال الدلیل: اذا کان الشیء معیبا فله الرد (لا بالخیار) فلم یقل: اذا کان الشیء معیبا فله الخیار (اختص ثبوت الخیار بصورة تحقق الرد المتوقف) ذلک الرد (علی بقاء العین) او کان هناک دلیل آخر علی ان الخیار خاص ببقاء العین، کما اذا جعل الشرط بانه اذا بقیت العین، لی او لک حق الرد (هذا مع قیام الدلیل علی سقوط الخیار بتلف المعیب و المدلّس فیه) کما تقدم فی باب خیار العیب، فراجع (فلا یرد عدم اطراد تلک الحکمة).
(نعم هنا) فی باب ان التلف لا یسقط الخیار (موارد تأملوا فی ثبوت الخیار مع التلف، او یظهر منهم العدم) ای عدم الخیار مع التلف.
«۱» (کما تردد العلامة قدس سره) فی بقاء الخیار مع التلف (فی باب المرابحة) ای اذا باعه بالربح و اخبره برأس المال (فیما لو ظهر کذب
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۳
البائع مرابحة فی اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم نظرا الی ان الرد انما یتحقق مع بقاء العین و فیه اشارة الی ما ذکرنا من ان الثابت هو جواز الرد فیختص الفسخ بصورة تحققه.
لکن قوی فی المسالک و جامع المقاصد، ثبوت الخیار لوجود المقتضی و عدم المانع.

[ما ذکره المحقق الثانی]

و کما تردد المحقق الثانی فی سقوط خیار الغبن بتلف المغبون فیه.

البائع) بیعا (مرابحة) کذبه (فی اخباره برأس المال) و ان رأس المال کان اقل مما اخبره به (بعد تلف المتاع) فهل له الخیار فی الرد، أم لا؟ تردّد فیه العلامة مع انه قبل التلف لا اشکال فی ان له الخیار فی ان یرد المتاع و یسترجع ثمنه (بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم

بالعدم) و انه لا خیار له.

و انما جزم بالعدم (نظرا الی ان الرد انما یتحقق مع بقاء العین) فاذا تلفت العین فلا ردّ (و فیه) ای فی هذا الدلیل، نظر و (اشارة الی ما ذکرنا من ان الثابت) بالدلیل (هو جواز الرد) بعنوان انه ردّ (فیختص الفسخ بصورة تحققه) ای تحقق مفهوم الردّ.

(لکن قوی فی المسالک و جامع المقاصد، ثبوت الخیار لوجود المقتضی) للخیار و هو کذب البائع و غبن المشتری (و عدم المانع) اذا التلف لا یوجب ذهاب العین، اما العقد الّذی هو متعلق الخیار فهو باق.

«۲» (و کما تردد المحقق الثانی فی سقوط خیار الغبن بتلف المغبون فیه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۴

و ظاهر تعلیل العلامة فی التذکرة عدم الخیار مع نقل المغبون العین عن ملکه، بعدم امکان الاستدراک حینئذ هو عدم الخیار مع التلف و الاقوی بقائه لان العمدة فیه نفی الضرر الّذی لا یفرق فیه بین بقاء العین و عدمه.

مضافا الی اطلاق قوله علیه السلام و هم بالخیار اذا دخلوا السوق مع انه لو استند الی الاجماع امکن التمسک بالاستصحاب.

لان العین التی یتعلق بها الخیار قد ذهبت.

(و ظاهر تعلیل العلامة فی التذکرة عدم الخیار) ای خیار الغبن (مع نقل المغبون العین عن ملکه) کما لو باعه مثلا.

فعلّله (بعدم امکان الاستدراک) ای استدراک الغبن (حینئذ) ای حین النقل (هو عدم الخیار مع التلف) بطریق اولی.

(و) لکن (الاقوی بقائه) ای بقاء خیار الغبن بعد التلف (لان العمدة فیه نفی الضرر الّذی لا یفرق فیه بین بقاء العین و عدمه).

فانه و ان کانت العین تالفة فالضرر باق بعد ان تقدم فی باب خیار الغبن انه لا یجوز للمغبون اخذ الارش، فمعنی عدم فسخ العقد ان یتحمل الضرر.

(مضافا الی اطلاق قوله علیه السلام) فی باب تلقی الرکبان: (و هم بالخیار اذا دخلوا السوق) فان اطلاقه یشمل صورة تلف العین أیضا (مع انه لو استند) فی خیار الغبن (الی الاجماع)- و القدر المتقین من الاجماع هو حالة بقاء العین- (امکن التمسک بالاستصحاب) ای استصحاب الخیار بعد تلفه، لان العرف یری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۵

الا ان یدعی انعقاده علی التسلط علی الردّ فیختص بصورة البقاء.

و الحق فی جامع المقاصد بخیار الغبن فی التردّد خیار الرؤیة.

و من مواضع التردد ما اذا جعل المتعاقدان الخیار علی وجه ارادتهما التسلط علی مجرّد الردّ

المتوقف علی بقاء العین، فان الفسخ و ان لم یتوقف علی بقاء العین، الا انه اذا فرض الغرض من الخیار الردّ او الاسترداد، فلا یبعد اختصاصه بصورة البقاء.

انه لا مدخلیّة لبقاء العین فالموضوع باق عرفا و لیس ذلک من تسرّی الحکم من موضوع الی موضوع.

(الا ان یدعی انعقاده) ای الاجماع (علی التسلط علی الردّ فیختص) الخیار (بصورة البقاء) اذ بعد التلف لا یسمّی ردّا- کما تقدم شبه ذلک قبل اسطر-.

«۳» (و الحق فی جامع المقاصد بخیار الغبن فی التردد) فی انه هل یبقی الخیار بعد تلف العین، أم لا؟ (خیار الرؤیة) فی انه هل یبقی خیار الرؤیة، بعد تلف العین أم لا؟ احتمالان.

«۴» (و من مواضع التردد) فی انه هـل یبقی الخیار، أم لا؟ (ما اذا جعل المتعاقـدان الخیار) ای خیار الشـرط (علی وجه ارادتهما التسـلط علی مجرد الردّ) فقالا لنا الخیار ان نردّ العین (المتوقف) صـدق الردّ (علی بقاء العین، فان الفسخ و ان لم یتوقف علی بقاء العین) اذ لم یعلقا الفسـخ بردّ العین (الا انه اذا فرض الغرض من الخیار الردّ او الاسترداد، فلا یبعد اختصاصه بصورة البقاء) ای بقاء العین، فاذا تلفت العین و لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۶

و التمکن من الرد و الاـسترداد و ان کان حکمـة فی خیاری المجلس و الحیوان، الا ان الحکم اعم موردا من الحکمـة اذا کان الـدلیل یقتضـی العموم، بخلاف ما اذا کان اطلاق جعل المتعاقدین مقیدا علی وجه التصـریح به فی الکلام او استظهاره منه بعدم تعلق الغرض الا بالردّ، او الاسترداد.

یتمکنا من الرد و الاسترداد لم یکن خیار.

(و) ان قلت: اذا کـان الحکم بالخیـار دائرا مـدار الرد فی ما ذکرتم، فلم قلتم فی خیار الحیوان و المجلس انه یبقی الخیار و لو مع تلف العین؟

و الحال ان مورد الادلة فی هذین الخیارین الرد أیضا.

قلت: (التمکن من الرد و الاسترداد و ان کان حکمة فی خیاری المجلس و الحیوان).

فان الحکمـة التی جعل لاجلها الخیار تمکن الطرفین- فی خیار المجلس- و تمکن مشتری الحیوان- فی خیار الحیوان- من ردّ ما بیـده (الا ان الحکم) بالردّ (اعم موردا من الحکمة).

و انما کان اعم موردا (اذا کان الدلیل) الدال علی هذین الخیارین (یقتضی العموم) حتی لصورة تلف العین (بخلاف ما اذا کان اطلاق جعل المتعاقدین) خیار الشـرط (مقیدا علی وجه التصـریح به فی الکلام) فقالا نردّ العین الی اسـبوع اذا شئنا (او استظهاره) ای استظهار ردّ العین (منه) ای من کلامهما عند الشرط (بعدم تعلق الغرض الا بالردّ او الاسترداد).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۷

و من هنا یمکن القول بعـدم بقاء الخیار المشـروط بردّ الثمن فی البیع الخیاری، اذا تلف المبیع عند المشتری، لان الثابت من اشتراطهما هو التمکن من استرداد المبیع بالفسخ عند رد الثمن، لا التسلط علی مطلق الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف.

مثلا: کان مالک الدار ذا علاقة بهذه الدار بحیث انه لا یرید ردّ مثلها او قیمتها.

(و من هنا) الّذی ذکرنا اسـتظهار رد العین من کلامهما عنـد بیع الشـرط (یمکن القول بعـدم بقاء الخیار المشـروط بردّ الثمن فی البیع الخیـاری، اذا تلف المبیع عنـد المشتری) «اذا» متعلق ب «عـدم بقاء» (لان الثابت من اشتراطهما هو) صورة (التمکن من استرداد المبیع) بعینه (بالفسـخ عند ردّ الثمن) هذا هو القدر المتقین من ظاهر کلامهما، الا اذا صـرحا بخلاف ذلک او کان کلامهما یشـمل غیر ذلک (لا التسلط علی مطلق الفسخ المشروط مطلقا).

و معنی: مطلقا، ما ذکره بقوله: (و لو عند التلف) ای تلف العین المبیعة.

اللهم الا ان یقال: ان قلة الثمن دلیل علی انه لا یرید العین فقط، بل یرید بدلها أیضا اذا فقدت العین.

مثلا: احیانا تباع الدار التی تسوی بعشرة آلاف بالف دینار، و من المعلوم ان البائع، انما باع و لم یرهن لاجل الفرار من کون الراهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۸

لکن لم اجد من التزم بذلک او تعرض له.

و من هنا يمكن ان يقال فى هذا المقام- و ان كان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل. اذ لم تدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط على الردّ او الاسترداد، و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا

ممنوعا عن التصرف لا انه يريد مقابلة الدار بالف دينار فقط.

(لكن لم اجد من التزم بذلك) و قال: بان الثابت من اشتراطهما صورة التمكن من استرداد المبيع (او تعرض له) فعدم الالتزام من باب عدم التعرض، لا من باب التزام العدم.

(و من هنا) الّذى قلنا ان الثابت من الخيار هو صورة التمكن من استرداد المبيع (يمكن ان يقال فى هذا المقام) اى مقام خيار الفسخ- فى كل مورد كان لاحدهما الفسخ- (- و ان كان) هذا القول (مخالفا للمشهور-) لان المشهور يقولون بثبوت الخيار عند التلف (بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل) الخاص ببقاء الخيار حتى بعد التلف.

(اذ لم تدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط) اى تسلط من له الخيار (على الردّ او الاسترداد.)

فالتسلط انما هو فى صورة التمكن من ردّ ما عنده و استرداد ما عند طرفه (و ليس فيها) اى فى ادلة الخيار (التعرض للفسخ المتحقق) ذلك الفسخ (مع التلف أيضا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۲۹

و إرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة فى كلمات الشارع، لما عرفت فى اوّل باب الخيارات من انه استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخرين.

نعم لو دلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف، او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضا، و الله

و قوله «أيضا» يدل على التعرض للفسخ بدون التلف.

(و) ان قلت: أ ليس المراد بالخيار ملك الفسخ و ذلك يتحقق حتى مع التلف.

قلت: (إرادة ملك الفسخ من الخيار) بان يراد بالخيار ملك الفسخ (غير متعينة فى كلمات الشارع) لاحتمال إرادة ملك الرد و الاسترداد (لما عرفت فى اوّل باب الخيارات من انه) اى إرادة ملك الفسخ (استعمال غالب) لمعنى الخيار (فى كلمات بعض المتأخرين).

و عليه فاذا تلف المبيع لم يكن خيار، لا خيار اصيل كخيار المجلس و لا خيار مجعول كخيار الشرط.

(نعم لو دلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق).

و معنى المطلق ما ذكره بقوله: (الشامل لصورة التلف) أيضا، كما يشمل صورة وجود العين (او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى) الشامل لصورة التلف (ثبت) الخيار (مع التلف أيضا، و الله

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۰

العالم.

العالم) بحقائق الاحكام.

ثم انه لو فسخ من له الفسخ وجب على المفسوخ عليه ان يرد عينه اذا كانت موجودة، و بدلها اذا كانت تألفة فورا، لانه ملك غيره فلا يحق له ابقائه عنده، فانه خلاف ادلة السلطنة، و لو ابقاه و تلف كان ضامنا، لان يده عدوانية.

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۱

مسئلة لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر،

لانها كانت مضمونة قبل الفسخ، اذ: لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض، و الاصل بقائه، اذا: لم يتجدد ما يدل على رضا مالكه بكونه فى يد الفاسخ امانة، اذ: الفسخ انما هو من قبله.

و الغرض من التمسّك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

(مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة) لمالكها (بلا خلاف على الظاهر) من كلماتهم (لانها كانت مضمونة قبل الفسخ).

و انما كانت مضمونة (اذ لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض) المسمّى (و الاصل بقائه) اى بقاء الضمان، منتهى الامر فقبل الفسخ كانت مضمونة بالمسمّى، و الآن- بعد الفسخ- مضمونة بالمثل.

و انما كان الاصل بقاء الضمان (اذ: لم يتجدد ما يدل على رضا مالكه بكونه) اى المبيع (فى يد الفاسخ امانة) مالكية او شرعية (اذ: الفسخ انما هو من قبله) و ليس من قبل الطرف الآخر حتى يقال ان الطرف الآخر لما فسخ كان الشىء فى يد غير الفاسخ امانة، لانه لم يأخذه بالضمان- بعد الفسخ- و انما اخذه بالضمان قبل الفسخ فالاصل عدم ضمانه.

(و الغرض من التمسّك بضمانها قبل الفسخ) لاثبات ضمانها- اى ضمان العين- بعد الفسخ، حيث قلنا «و الاصل بقائه» (بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۲

مالكية، او شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، او بجعل الشارع.

و اذن الشارع فى الفسخ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما فى القبض بالسوم.

و مرجع ذلك الى عموم: على اليد ما اخذت، او الى انها قبضت مضمونة، فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمّى تعين ضمانه بالعوض الواقعى اعنى المثل او القيمة، كما فى البيع الفاسد.

مالكية) بان كان المالك اودعه اياه (او شرعية) بان يكون الشارع اودعه اياه (ليكون غير مضمونة ب) سبب (رضا المالك، او بجعل الشارع).

و قوله «برضا» متعلق ب «غير مضمونة».

(و) ان قلت: ان الشارع اذن فى الفسخ، و معنا اذنه ان يبقى الشىء فى يده امانة حتى يتسلّمه المالك.

قلت: (اذن الشارع فى الفسخ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد) لا استلزاما عقليا و لا استلزاما شرعيا (كما فى القبض بالسوم) اى اذا قبضه من يريد الاشتراء فانه اذا تلف من يده كان ضامنا، مع ان هناك اذنا من المالك بالقبض.

(و مرجع ذلك) الضمان (الى عموم: على اليد ما اخذت) فانه يشمل المتاع بعد الفسخ (او الى انها) اى العين (قبضت مضمونة) فان المشترى انما قبضها فى مقابل ما دفع من الثمن (فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمّى) بسبب الفسخ (تعين ضمانه بالعوض الواقعى اعنى المثل) فى المثلى (او القيمة) فى القيمى (كما فى البيع الفاسد) فانه حيث يبطل العوض المسمّى

إیصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۳

هذا.

و لكن المسألة لا تخلو عن اشكال.

و اما العین فی ید المفسوخ علیه ففی ضمانها او کونها امانة اشکال.

مما فی التذکرة من انه قبضها قبض ضمان، فلا یزول الا بالردّ الی مالکها.

- لفرض ان البیع فاسد- یثبت المثل او القیمة (هذا) کله حسب القواعد الاولیة.

(و لکن المسألة لا تخلو عن اشکال) لاحتمال ان یکون عموم: الید، منصرفا الی الایادی العادیة.

و حیث ان یـد المتبایعین لیست عدوانیة لم یکن وجه للضـمان، بل قد یکون مشـمولا لقوله سـبحانه: مّا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ، هذا تمام الکلام فی العین التی فی ید الفاسخ.

(و اما العین فی یـد المفسوخ علیه) فاذا فسـخ البائع کان المبیع فی ید المشتری، فهل هو مضـمون أم لا؟ (ففی ضـمانها) عند المفسوخ علیه (او کونها امانة) فتلفها بلا تعدّ و لا تفریط لا یوجب خسارة علی المفسوخ علیه (اشکال).

وجه الضـمان ما ذکره بقوله: (مما فی التذکرة من انه قبضها قبض ضمان فلا یزول) الضمان (الا بالردّ الی مالکها) لاستصحاب الضمان قبل الفسخ الی ما بعد الفسخ، منتهی الامر فی الاول کان ضمان المسمّی، و بعد الفسخ یکون ضمان المثل او القیمة- کما تقدم-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۴

و من ان الفسخ لمّا کان من قبل الآخر فترکه العین فی ید صاحبه مشعر بالرضا به المقتضی للاستیمان.

و ضعفه فی جامع المقاصد بانّ مجرد هذا الا یسقط الامر الثابت و الله العالم هذا بعض الکلام فی الخیارات و احکامها، و الباقی محول الی الناظر الخبیر بکلمات الفقهاء، و الحمد لله و صلی الله علی محمد و آله.

(و من ان الفسـخ لمّـا کـان من قبـل الآـخر) کالبائع فی المثال (فترکه) ای ترک الآخر (العین فی یـد صاحبه)- کالمشتری فی المثال- (مشعر) ذلک الترک (بالرضا به) ای بکونه فی ید صاحبه (المقتضی) ذلک الرضا (للاستیمان) فلا ضمان.

(و ضـعفه) ای عدم الضـمان (فی جامع المقاصد بانّ مجرد هذا) ای مجرد الرضا (لا یسـقط الامر الثابت) ای الضمان الّذی هو مقتضی الاستصحاب، هذا.

مضافا الی انه قـد یتلف قبل ترک العین فی یـده، فالـدلیل اخص من المـدعی، لانه لا وقت للفاسـخ فی اخذه من المفسوخ علیه، او ما اشـبه ذلک (و الله العالم، هذا بعض الکلام فی الخیارات و احکامها، و الباقی) من الخیارات حیث انهاها بعضـهم الی أربعة عشر قسما، و من احکامهـا التی قـد ذکرت جملـة منهـا فی الجواهر، و جملـة منها فی حاشـیة السـید الطباطبائی و غیرهما (محول الی الناظر الخبیر بکلمات الفقهاء، و الحمد لله و صلی الله علی محمد و آله) الطاهرین.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۵

بعونه تعـالی سـیصدر القسم الاـخیر من الکتـاب (ایصال الطالب الی المکاسب) عن قریب و یبحث فی: (النقـد و النسـیئة) فعنـد ذلک نتوادع مع الاخوان و نسأل من الله العزیز التوفیق للجمیع.

الناشر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۵، ص: ۳۳۶

محتویات الکتاب

الموضوع الصفحة مقدمة الشارح ۳

فی بیان حکم الشرط الفاسد ۵

فی احکام الخیار ۶۳
فی ان إرث الخیار لیس تابعا لارث المال ۶۹
فی کیفیة استحقاق کل من الورثة للخیار ۹۰
فیما اذا اجتمعت الورثة علی الفسخ ۱۱۹
فیما لو کان الخیار لا جنبی و مات ۱۲۷
فی سقوط الخیار بالتصرف ۱۳۲
فی حصول الفسخ بنفس التصرف او قبله ۱۴۸
فیما لو اشتری عبدا بجاریة ۱۷۳
فی عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار ۱۸۰
فی ان المبیع یملک بالتصرف ۲۳۱
فی کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار ۲۷۴
فی انه لا یجب علی المتبایعین التسلیم فی زمن الخیار ۳۱۶
فی ان الخیار لا یبطل بتلف العین ۳۱۹
فیما لو فسخ ذو الخیار فالعین مضمونة فی یده ۳۳۱
محتویات الکتاب ۳۳۶

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

الجزء السادس عشر

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین، و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین، من الآن الی قیام یوم الدین.

و بعد: فهذا هو الجزء السادس عشر و القسم الاخیر من اجزاء کتابنا (ایصال الطالب الی المکاسب) للعالم النحریر آیة الله الحاج الشیخ مرتضی الانصاری قدس سره.

و یشرع فی النقد و النسیئة، کتبته تسهیلا للطالب الکریم.

و اسئل الله العزیز ان ینفعنا بذلک یوم لا ینفع فیه مال و لا بنون الا من اتی الله بقلب سلیم.

کما و اتمنی من الله الجلیل ان یوفق الناشر لهذه الموسوعة الضخمة لما یحب و یرضی و یهدیه الی سواء السبیل انه ولی التوفیق و الحمد لله أولا و آخرا.

محمد بن المهدی الحسینی الشیرازی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳

القول فی النقد و النسیئة

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى احد العوضين الى أربعة اقسام.

بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد.

و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى.

و بيع الحاضر بالثمن المؤجّل، و هى النسيئة.

و بيع المؤجل، بالحاضر، و هو

(القول فى النقد و النسيئة).

النقد بمعنى دفع الثمن، من: نقده، اطلق على الكل بعلاقة الجزء و النسيئة من: نسأ بمعنى تأخر، و ذلك أيضا بعلاقة الكل و الجزء لان جزء البيع و هو الثمن يكون متأخرا.

(قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى احد العوضين الى أربعة اقسام).

الاول: (بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد).

(و) الثانى: (بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى) من:

كلا، بمعنى تأخر، او من: كلأ، بمعنى حرس، لان كل واحد منهما يحرس الآخر ليأخذ حقه منه فى الزمان المضروب له.

(و) الثالث: (بيع) المثمن (الحاضر بالثمن المؤجّل، و هى النسيئة) (و) الرابع: (بيع) المثمن (المؤجل، ب) الثمن (الحاضر، و هو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴

السلم.

و المراد بالحاضر اعم من الكلّى، و بالمؤجّل خصوص الكلى.

السلم) لانه سلّمه الثمن، و يسمى سلفا لانه اسلفه فى المتاع.

و هناك قسم خاص مركب من اثنين منهما كان يعطيه بعض الثمن حالا و بعضه مؤجلا، و هكذا.

ثم ان الاقسام المذكورة تنقسم الى أربعة اقسام، لان كلا الطرفين اما كلى او شخصى، او الثمن كلى و المثمن شخصى، و بالعكس.

و مقتضى القاعدة صحة كل الاقسام لانها مشمولة ل «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» الا ما خرج بالدليل.

(و المراد بالحاضر اعم من الكلّى، و بالمؤجّل خصوص الكلى) سواء كان المؤجّل ثمنا او مثمنا.

لكن لا يخفى ان المؤجّل كما يمكن ان يكون كليا كان يبيعه كتابا بدينار كلى الى رأس الشهر، كذلك يمكن ان يكون شخصيا كان يبيعه كتابا بهذا الدينار الا انه يعقد البيع على ان يعطيه بعد شهر، لكن لا على نحو الشرط، بل على نحو تأخير الثمن الكلى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵

مسئلة اطلاق العقد يقتضى النقد،

و علّله فى التذكرة بان قضية العقد انتقال كل من العوضين الى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طولب صاحبها، فيكون المراد من النقـد عـدم حق للمشترى فى تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاسـتحقاق، بان يكون قد بذل المثمن، او مكّن منه على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشترى.

(مسألـة: اطلاق العقد يقتضـی النقد) ثمنا و مثمنا (و علّله) ای علّل اقتضائه النقد (فی التذكرة بان قضـية) ای مقتضـی (العقد انتقال كل من العوضـين الی الآـخر) و لو كـان هناک خيار مجلس او غيره (فيجب الخروج عن العهـدة) لانه اصـبح ما لا للطرف، فيشـمله: الناس مسـلطون علی اموالهم (متی طولب صاحبها) بل و حتی اذا لم يطالب، لانه ليس فی يده امانة شـرعية و لا مالكية، فبایّ حق يحفظ مال الغير من دون رضـاه و ان لم يظهر عـدم الرضـا (فيكون المراد من النقـد عـدم حق للمشتری فی تـأخير الثمن) ا (و المراد المطالبـة) ای مطالبة البائع الثمن (مع الاستحقاق) ای استحقاق البائع المطالبة.

و الاسـتحقاق انمـا يتحقق (بـان يكون قـد بـذل المثمن) بـذلا خارجيا (او مكّن منه) بان قال للمشتری: هـذا المثمن مخلّی بينک و بينه (علی الخلاـف الآـتی فی زمان وجوب تسـليم الثمن علی المشتری) و هل هو زمان بـذل البائع المثمن، او زمان تمكين البائع المشتری علی المثمن و قد يستدل علی

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۶، ص: ۶

و يدل علی الحكم المذكور أيضا الموثق فی رجل اشتری من رجل جارية بثمن مسمّی، ثم افترقا قال: وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا شرطا فهو نقد.

فلو اشترطـا تعجيـل الثمن، كـان تأكيـدا لمقتضـی الاطلاـق علی المشـهور بنـاء علی ما هو الظاهر عرفا من هـذا الشـرط من إرادة عـدم المماطلة، و

ان الاصل النقد، بانه شرط ضمنی من قبيل شرط الصحة.

(و يدل علی الحكم المذكور) ای كون الاطلاق يقتضـی النقد (أيضا الموثق فی رجل اشتری من رجل جارية بثمن مسـمّی، ثم افترقا) كيف ذلـک (قال) عليه السـلام: (وجب البيع و الثمن) بمعنی انه لا يمكن زيادة الثمن و نقصه كما يعتاده بعض الناس من تقليل الثمن بعد انتهاء البيع او زيادة الثمن فيما اذا ندم البائع، ثم قال عليه السلام (اذا لم يكونا شرطا) ای التأخير فی المثمن او الثمن (فهو نقد).

و ربما يحتمل ان «فهو نقد» خبر لقوله «و الثمن» و جاء الفاء، لانه جواب الشرط، و فيه انه خلاف الظاهر.

ثم انه علی تقدير ان اطلاق العقد يقتضی النقد.

(فلو اشترطا تعجيل الثمن، كان تأكيدا لمقتضـی الاطلاق) فهو من قبيل شرط الصحة فی حال العقد، فانه تأكيد لمقتضی الاطلاق العقد (علی المشهور) فهم يرون انه لا فائدة للشرط إلا تأكيد مقتضی الاطلاق فقط.

و انما قال المشهور ذلک (بناء علی ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من إرادة) الشارط (عدم المماطلة، و) إرادة عدم

إيصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۶، ص: ۷

التأخير عن زمان المطالبة، لا ان يعجّل بدفعه من دون مطالبة اذ لا يكون تأكيدا حينئذ.

لكنه خلاف متفاهم ذلک الشرط الّذی هو محطّ نظر المشهور.

(التأخير) فی الدفع (عن زمان المطالبة).

و (لا) يسـتفاد من هـذا الشـرط (ان يعجّل بـدفعه) ای دفع الثمن و المثمن (من دون مطالبـة، اذ) لو اريـد تعجيل الدفع بهذا الشـرط (لا يكون تأكيدا حينئذ) اذ الاطلاق يدل علی عدم المماطلة عن زمان المطالبة و الشرط يدل علی التعجيل، و الاعطاء بدون المطالبة.

و من المعلوم ان مفهوم الثانی غير مفهوم الاول، فلا يكون تأكيدا للاول.

(لكنه) ای المعنی الثانی و هو ان يعجّل بـدفعه، (خلاف متفاهم ذلک الشـرط) ای شـرط تعجيل الثمن (الّذی هو محطّ نظر المشـهور)

فمحطّ نظر المشهور من شرط التعجيل، هو الشرط الّذى يفيد مفاد الاطلاق لا اكثر من ذلك.

ثم ان قوله (بناء) دليل المشهور على ان الشرط هو تأكيد للاطلاق و هناك دليل ثان للمشهور، هو انه لو كانت فائدة شرط التعجيل ان يعجل بدفعه من دون مطالبة، فهو لا يخلو اما ان يطالب و اما ان لا يطالب.

فان طالب لزم التعجيل و ان لم يشترط.

و ان لم يطالب لم يلزم التعجيل و ان شرط، لان مرجع عدم المطالبة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸

مع ان مرجع عدم المطالبة فى زمان استحقاقها الى الغاء هذا الحق المشترط فى هذا المقدار من الزمان.

و كيف كان.

الى اسقاط حق التعجيل فى مدة عدم المطالبة.

و على هذا فتنحصر فائدة شرط التعجيل فى التأكيد، على كلا التقديرين- تقدير المطالبة و تقدير عدم المطالبة-.

و قد اشار المصنف الى الشق الثانى من هذا الدليل و هو دليل ان الشرط يفيد التأكيد فقط، بقوله: (مع ان مرجع عدم المطالبة فى زمان استحقاقها) اى استحقاق المطالبة- استحقها لانه شرط التعجيل بمعنى ان يعجّل بدفعه من دون مطالبة- (الى الغاء) الشارط (هذا الحق المشترط فى هذا المقدار من الزمان) اى زمان عدم المطالبة، و عليه فلم يفد الشرط الا التأكيد.

فتحصل ان المصنف يقول ان فائدة شرط التعجيل التأكيد.

أولا لانه المتفاهم عرفا.

و ثانيا لان جعل فائدة الشرط التعجيل بدون المطالبة لا ثمر له، لانه مع المطالبة يجب الدفع و لو بدون الشرط، و بدون المطالبة لا يجب الدفع حتى مع الشرط.

(و كيف كان) فى دليل المشهور على ما ذكروه من فائدة هذا الشرط و انها التأكيد فقط فهناك قولان آخران فى فائدة شرط التعجيل.

الاول: ما ذكره الشهيد الاول من ان فائدة الشرط- فيما اذا عين

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۹

فذكر الشهيد ره فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد، فاخلّ المشترى به.

و قوّى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا، يعنى عدم تعيين الزمان اذا اخل به فى اوّل وقته و هو حسن.

زمان النقد- انه اذا لم يعجل فى الدفع كان له الخيار.

الثانى: ما ذكره الشهيد الثانى من ان فائدة الشرط مطلقا و لو لم يعين زمان النقد انه اذا لم يعجل فى الدفع كان له الخيار، فالمشهور لا يقولون بالخيار اصلا، و الشهيد الاول يقول بالخيار فى الجملة، و الشهيد الثانى يقول بالخيار مطلقا.

(ف) قد (ذكر الشهيد) الاول (ره فى الدروس ان فائدة الشرط) اى شرط تعجيل الدفع (ثبوت الخيار) للشارط (اذا عين زمان النقد، فاخلّ المشترى به).

مثلا: شرط البائع ان يدفع المشترى الثمن الى شهر، فلم يدفع المشترى، فانه- بعد الشهر- يكون الخيار للبائع.

(و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار) للشارط (مع الاطلاق) فى الشرط (أيضا).

و المراد بالإطلاق (يعنى عدم تعيين الزمان) لنقد الثمن (اذا اخلّ به فى اوّل وقته) فاذا باعه الكتاب بدينار بشرط ان يعجّل، فلم يدفع الثمن فى اوّل ازمنة الامكان، كان للبائع الخيار (و هو) اى ما ذكره الشهيد الثانى (حسن) ففائدة الشرط الخيار، سواء عين الزمان، أم لا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۰

و لا يقدح فى الاطلاق عدم تعين زمان التعجيل، لان التعجيل المطلق معناه الدفع فى اوّل اوقات الامكان عرفا.

و لا ـ حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل، لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، امكن اجباره

(و) ان قلت: لا يصحّ اطلاق الشرط بان يقول البائع «بعتك بشرط التعجيل فى الثمن» لان وقت الدفع يكون مجهولا حينئذ، و قد نهى النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم عن الغرر، و انما الصحيح ان يعين الشارط وقت الدفع مثل ان يقول «الى شهر» مثلا.

قلت: (لا يقدح فى الاطلاق) اى اطلاق الشرط (عدم تعين زمان التعجيل).

و انما قلنا لا يقدح لان الاطلاق لا يوجب الجهالة (لان التعجيل المطلق) بان قال «ان تعجل بالدفع» و اطلق، فلم يذكر الوقت (معناه الدفع فى اوّل اوقات الامكان عرفا) و ذلك ليس بمجهول.

(و) لا يخفى انه (لا حاجة الى تقييد الخيار هنا) فى صورة شرط التعجيل (بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل) بان يقال «اذا شرط التعجيل فلم يعجل كان له الاجبار، فان لم يتمكن من الاجبار كان له الخيار».

فلا حاجة الى ذلك (لان المقصود هنا) فى ذكر فائدة الشرط و انه يقتضى الخيار (ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل) فى الجملة فى مقابل من يقول ان لا خيار مطلقا، سواء (امكن اجباره

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۱

به، أم لم يمكن، وجب او لم يجب.

فان مسئلة ان ثمرة الشرط ثبوت الخيار مطلقا، او بعد تعذر اجباره على الوفاء مسئلة اخرى.

مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط، اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار، و بعده لا ينفع لانه غير الزمان المشروط فيه الاداء.

به) اى بالتعجيل (أم لم يمكن) و سواء (وجب) التعجيل (او لم يجب) فاننا نريد اثبات الخيار فى الجملة- و لو كانت مرتبة الخيار بعد عدم التمكن من الاجبار-.

(فان مسئلة ان ثمرة الشرط ثبوت الخيار مطلقا) اى سواء امكن الاجبار، أم لا (او) ان الثمرة ثبوت الخيار (بعد تعذر اجباره) اى اجبار المشروط عليه (على الوفاء مسئلة اخرى) و كلامنا الآن فى المسألة الاولى و هى هل ان فائدة الشرط الخيار فى الجملة، أم لا.

(مضافا الى عدم جريانها) اى جريان المسألة الاخرى (فى مثل هذا الشرط) اى شرط التعجيل، فانه لا مجال للكلام فى انه هل يجبر على الشرط، أم لا؟ (اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن) و زمان نقد الثمن هو الفور العرفى (لا يجوز الاجبار) لان الوقت باق (و بعده) بان انقضى الفور العرفى (لا ينفع) الاجبار (لانه) اى بعده (غير الزمان المشروط فيه الاداء) فاذا شرط اعطائه- مثلا- يوم الجمعة ففى يوم الجمعة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۲

....

لا يحق له الاجبار، لان الوقت باق، و فى يوم السبت قد انقضى الزمان المشترط فلا يحق له الاجبار أيضا.

و لا يخفى ان فيما ذكره المصنف مواضع للتأمّل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۳

مسئلة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة مفهوما و لا مصداقا، للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما

(مسألة: يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة) حيث يشمله اطلاق ادلة العقد، فانّه لا يشترط فى الثمن ان يكون حالا، كما يجوز اشتراط تأجيل بعض الثمن بان يكون بعضه نقدا و بعضه مؤجّلا لكن يلزم ان تكون المدة معينة (غير محتملة مفهوما و لا مصداقا، للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما).

فالمحتمل مفهوما كما لو قال: الى الربيع، فلم يعلم ان المراد به ربيع الشهر او ربيع الفصل.

و المحتمل مصداقا، كما اذا قال: يوم الجمعة فلم يعلم ان المراد به يوم الجمعة من هذا الاسبوع او من الاسبوع الآتى.

و تقييده بغير المسامح فيهما لاخراج الزيادة و النقصان المسامح فيهما عرفا، كما لو قال: الى الجمعة، و الحال انه لا يعلم ان مراده من يوم الجمعة اذ ان الصبح او طلوع الشمس مثلا و جواز التسامح لانه ليس بغرر و لا داخل فيما دلّ على اشتراط التعيين مما سيأتى.

و هذا من الموارد التى نستدل بها نحن على بناء الشرع على التسامح العرفى فى كل شىء الا ما خرج بالدليل، لان الكلام ملقى الى العرف، و العرف هو الميزان فى الفهم لقوله تعالى «مَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۴

فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا، للغرر، و لما دل فى السلم الّذى هو عكس المسألة على وجوب تعيين الاجل، و عدم جواز السلم الى دياس او حصاد و لا فرق فى الاجل المعين بين الطويل و القصير

إِلّا بِلِسانِ قَوْمِهِ» و قوله صلى الله عليه و آله و سلم «انا معاشر الأنبياء امرنا ان نكلّم الناس على قدر عقولهم».

و من المعلوم ان العرف يتسامح غالبا الا فيما خرج بالدليل هذا، و يقال للذين يشدّدون فى التطبيقات اىّ فرق بين هذه المسألة التى تقولون فيها بالتسامح، و بعض المسائل الاخر القائلون فيها بالتسامح أيضا، و بين سائر المسائل التى تقولون فيها بالتشدّد، و كيف كان فموضع الكلام فى غير هذه المسألة، فراجع (فلو لم يعين كذلك) تعيينا غير محتمل للزيادة و النقصان (بطل) العقد (بلا خلاف ظاهرا) كما يستفاد من ظواهر كلماتهم (للغرر) و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر كما تقدم- (و لما دل فى السلم الّذى هو عكس المسألة) اذ فى النسيئة يتأخر الثمن، و فى السلم يتأخر المثمن (على وجوب تعيين الاجل) لتسليم المبيع (و عدم جواز السلم الى دياس) و هو دوس الحب بارجل الحيوانات لتصفيته عن القشر (او حصاد) و هو وقت حصاد الثمن.

و انما لا يجوز، لانه ربما تقدم الحصاد، و ربما تأخر، و كذلك الدياس و من المعلوم وحدة المناط بين النسيئة و السلم (و لا فرق فى الاجل المعين بين الطويل و القصير) لان تعيين الاجل يوجب رفع الجهالة مهما كان الاجل طويلا او قصيرا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵

و عن الاسكافى المنع من التأخير الى ثلاث سنين، و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الاخبار، مثل رواية احمد بن محمد، قلت لابى الحسن انى اريد الخروج الى بعض الجبال- الى ان قال- انا اذا بعناهم نسيئة كان اكثر للربح، فقال فبعهم بتأخير سنة، قلت بتأخير سنتين، قال نعم، قلت بتأخير ثلاث سنين، قال: لا.

و المحكى عن قرب الاسناد عن البزنطى، انه قال لابى الحسن الرضا عليه السلام: ان هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال عليه السلام: اذا اردت الخروج فاخرج فانها سنة مضطربة،

(و) لکن (عن الاسکافی المنع من التأخیر الی ثلاث سنین، و قد یستشهد له بالنهی عنه) ای عن ثلاث سنین (فی بعض الاخبار، مثل روایة احمد بن محمد، قلت: لابی الحسن) علیه السلام (انی ارید الخروج الی بعض الجبال- الی ان قال- انا اذا بعناهم نسیئة کان اکثر للربح، فقال) علیه السلام: لا بأس بالنسیئة (فبعهم بتأخیر سنة، قلت) فهل یجوز ان ابیعهم؟ (بتأخیر ثلاث سنین، قال) علیه السلام (نعم، قلت) فهل یجوز ان ابیعهم؟ (بتأخیر ثلاث سنین، قال: لا) فان ظاهر النهی فی المعاملات الفساد.

(و المحکی عن قرب الاسناد عن البزنطی، انه قال لابی الحسن الرضا علیه السلام: ان هذا الجبل قد فتح منه علی الناس باب رزق) حیث ازدهرت التجارة فی الجبل (فقال علیه السلام: اذا اردت الخروج فاخرج) الی الجبل لاجل الکسب (فانها سنة مضطربة) من حیث المعیشة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶

و لیس للناس بدّ من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: انهم قوم ملاء، و نحن نحتمل التأخیر فنبایعهم بتأخیر سنة؟ قال: بعهم، قلت سنتین قال:

بعهم، قلت ثلاث سنین، قال: لا یکون لک شیء اکثر من ثلاث سنین.

و ظاهر الخبرین: الارشاد، لا التحریم، فضلا عن الفساد.

(و لیس للناس بدّ من معاشهم) فلا بد ان یخرج الانسان لطلب رزقه (فلا تدع الطلب، فقلت: انهم) ای المشترون فی الجبل (قوم ملاء) ای اثریاء، اذا اشتروا نسیئة یعطون الثمن فی موعده (و نحن نحتمل التأخیر) لقدرتنا فلا- نحتاج الی ثمن امتعتنا مستعجلا (ف) هل (نبایعهم بتأخیر سنة؟

قال) علیه السلام (بعهم، قلت) بتأخیر (سنتین قال: بعهم، قلت) بتأخیر (ثلاث سنین قال: لا یکون لک شیء) من المال (اکثر من ثلاث سنین) لانه الی ثلاث سنین تتبدل الاوضاع، و لا یأمن الانسان ان یحصّل علی ماله هذا.

(و) لکن (ظاهر الخبرین: الارشاد) الی ان نسیئة ثلاث سنین فی معرض التلف و ذهاب الثمن.

و الامر الارشادی لیس واجبا بل و لا مستحبا و انما هو حسب المرشد إلیه- کما ذکروا فی الاصول- (لا التحریم، فضلا عن الفساد).

و حیث ان مضمون الخبرین واحد و الخبر الثانی فیه قرینة الارشاد، نحمل الخبر الاول علی ذلک أیضا هذا بالإضافة الی تفرد الاسکافی بهذا القول فقد انعقد الاجماع قبله و بعده علی الجواز، و الی السیرة القطعیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷

و هل یجوز الافراط فی التأخیر اذا لم یصل الی حدّ یکون البیع منه سفها و الشراء اکلا للمال بالباطل، فیه وجهان.

قال فی الدروس: لو تمادی الاجل الی ما لا یبقی إلیه المتبایعان غالبا- کألف سنة، ففی الصحة نظر.

من حیث خروج الثمن عن الانتفاع به.

المستمرة.

(و هل یجوز الافراط فی التأخیر اذا لم یصل الی حدّ یکون البیع منه) ای من ذلک التأخیر (سفها و الشراء اکلا للمال بالباطل) لانه قبض المثمن بدون ان یعطی الثمن (فیه وجهان).

الصحة، لاطلاقات ادلة العقود.

و البطلان لانصراف الادلة عن المدد الطویلة، لانها ناظرة عرفا الی المتعارف.

و الظاهر انه اذا لم یکن سفها و اکلا للمال بالباطل لم یکن فیه محذور.

و اما ذکر المصنف کلام الدروس فالظاهر ان مثل الف سنة داخل فی السفه و اکل المال بالباطل، لانه لا یعد مالا عرفا.

(قال فی الدروس: لو تمادی الاجل الی ما لا یبقی إلیه المتبایعان غالبا- کألف سنة) هذا ابعد الا مثلة و الا فمائة سنة کذلک (ففی الصحة نظر) (من حیث خروج الثمن عن الانتفاع به) فلا تصح المعاملة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۸

و من الاجل المضبوط و حلوله بموت المشتری، و هو اقرب، و ما قربه هو الاقرب، لان ما فی الذمة و لو کان مؤجلا بما ذکر مال، یصح الانتفاع به فی حیاته بالمعاوضة علیه بغیر البیع، بل و بالبیع، کما اختاره فی التذکرة.

نعم یبقی الکلام فی انه اذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشتری کان اشتراط ما زاد علی ما یحتمل بقاء المشتری إلیه لغوا،

(و من) وجود (الاجل المضبوط و حلوله بموت المشتری) لان المدیون اذا مات حل دینه، فلا یبقی الثمن الی الف سنة بل ینتفع بذلک اولاده و ورثته (و هو) ای کونه صحیحا (اقرب).

قال المصنف (و ما قربه هو الاقرب، لان ما فی الذمة و لو کان مؤجلا بما ذکر) کألف سنة (مال یصح الانتفاع به فی حیاته بالمعاوضة علیه بغیر البیع) کالصلح و عوض الهبة المشروطة و الجعالة و ما اشبه (بل و بالبیع کما اختاره فی التذکرة).

لکن لا یخفی حیث انه فرض عدم اقدام العقلاء علی التعامل بمثل هذا المال، لم یکن مالا عرفا، فلا یصح البیع.

و حلول الدیون بالموت فرع صحة البیع حتی یکون دینا.

اللهم الا ان یقال: ان معنی الف سنة الی موت المشتری، فهو مال عرفا.

لکن یرد علیه ما ذکره المصنف ره بقوله: (نعم یبقی الکلام فی انه اذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشتری کان اشتراط ما زاد) من الزمان (علی ما یحتمل بقاء المشتری إلیه) «علی» متعلق ب «ما زاد» (لغوا) لانه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹

بل مخالفا للمشروع، حیث ان الشارع اسقط الاجل بالموت، و الاشتراط المذکور تصریح ببقائه بعده، فیکون فاسدا، بل ربما کان مفسدا.

و ان اراد المقدار المحتمل للبقاء، کان اشتراط مدة مجهولة، فافهم ثم ان المعتبر فی تعیین المدة هل هو تعیینها فی نفسها و ان لم یعرفها المتعاقدان، فیجوز التأجیل الی انتقال الشمس الی بعض البروج، کالنیروز

یشترط ما لا یکون (بل مخالفا للمشروع، حیث ان الشارع اسقط الاجل بالموت، و الاشتراط المذکور تصریح ببقائه بعده) فهو شرط مخالف للشرع (فیکون فاسدا، بل ربما کان مفسدا) أیضا، لان الشرط الفاسد مفسد علی قول.

(و ان اراد) الّذی یقدّر تأخیر الثمن الی الف سنة او ما اشبه (المقدار المحتمل للبقاء) ای بقاء المشتری المدیون (کان) من (اشتراط مدة مجهولة) لانه لا یعلم وقت الموت (فافهم).

لعله اشارة الی ما ذکرناه من ان المعاملة سفهیّة.

(ثم ان المعتبر فی تعیین المدة هل هو تعیینها فی نفسها و ان لم یعرفها المتعاقدان) او احدهما (فیجوز التأجیل الی انتقال الشمس الی بعض البروج) و ان لم یعرف وقت ذلک المتعاقدان و لکنه کان معروفا لدی الناس (کالنیروز) معرب «نوروز» ای الیوم الجدید، و هو اوّل الحمل و الربیع و قد اتخذه الشاه جلال الدین السلجوقی اوّل السنة فی عام ۴۷۱- من الهجرة بعد ان کان اوّل العام عند الفرس اوّل مهرگان، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰

و المهرجان، و نحوهما، أم لا بـد من معرفـة المتعاقـدين بهما حين العقد وجهان، أقواهما الثانى تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر.

و ربما احتمل الاكتفاء فى ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة فى نفسها

هـو اوّل الميزان- الخريـف- و مهر، احـد شـهورهم، و لـذا كـان فى السـابق يسـمى العـام بـالخريف، كمـا ورد فى الحـديث «ان فقراء المؤمنين يتقلبون فى رياض الجنـة قبل اغنيائهم بأربعين خريفا» و «ان عمق جهنم كذا خريفا» و هذا من باب تسـمية الكل باسم جزئه و بعد ذاك التاريخ يسمى العام بالربيع، فيقال فلان فى الربيع الخامس من عمره مثلا.

و لا يخفى ان كون النيروز عيـدا قبل الاسـلام لا ينافى تصـديق الاسـلام له، كما صـدق كثيرا من الامور السابقـة التى منها يوم الجمعة الّذى كـان عيـدا قبل الاسـلام و لعله كان عيـدا دينيا، كما انه كان للمجوس كتاب دينى كما فى الاحاديث و كيف كان فاذا لم يعرفا وقت النيروز، و انه فى اىّ يوم يكون و يكون بعـدكم، و ان عرفه النـاس و كـان مضـبوطا لـديهم (و المهرجـان) معرب مهرگان- على وزن اصـفهان اوّل الخريف (و نحوهمـا) كمـا اذا قـال فى مبعث الرسول او ميلاد الامام امير المؤمنين عليه السـلام (أم لا بـد من معرفة المتعاقـدين بهما) اى بهـذين اليومين (حين العقد، وجهان، أقواهما الثانى) لدى المصـنف (تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر) فاذا لم يعرفا مدة ذلك يكون غررا عرفا.

(و ربما احتمل الاكتفاء فى ذلك) اى فى انهما معروفان لدى الناس (ب) سبب (كون هذه الآجال مضبوطة فى نفسها،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱

كاوزان البلـدان، مع عـدم معرفـة المصداق حيث انه له شراء وزنة- مثلا- بعيار بلد مخصوص، و ان لم يعرف مقدارها و ربما اسـتظهر ذلك من التذكرة.

و لا يخفى ضـعف منشأ هذا الاحتمال اذ المضبوطية فى نفسه غير مجد فى مقام يشترط فيه المعرفة، اذ المراد بالاجل غير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى فى نظر المتعاقدين، لا فى الواقع.

و لذا اجمعوا على عدم جواز التأجيل الى موت فلان، مع انه مضبوط فى

كاوزان البلـدان) التى لا يعرفها المشترى الغريب (مع عـدم معرفـة المصـداق) مثلا: لا يعرف ان كيلو بلـده يطابق كم من المنّ، فيما اذا اراد الشـراء فى بلـد وزنـه بـالمنّ، فـان معرفـة العرف كميـة المـنّ كافيـة فى جـواز التعامـل (حيث انه له شـراء وزنـة- مثلاـ- بعيـار بلد مخصوص، و ان لم يعرف مقـدارها) اى مقـدار تلـك الوزنـة (و ربما اسـتظهر ذلك) اى الجواز (من التـذكرة) فهو من قبيل ان يعرف وقت النيروز، و انه اوّل الربيع، لكن لا يعرف انه الآن فى اىّ شـهر حتى لا يعلم بسـبب جهله بالشـهر الحالى، لا يعلم كم شهرا بقى الى النيروز.

(و لا يخفى ضـعف منشأ هذا الاحتمال اذ المضبوطية فى نفسه غير مجد فى مقام يشترط فيه المعرفة) فان المضبوطية لا توجب المعرفة (اذا المراد) فى كلامهم (بالاجل غير القابل للزيادة و النقيصـة ما لا يكون قابلا لهما حتى فى نظر المتعاقدين، لا) انه غير قابل لهما (فى الواقع) فقط.

(و لذا) الّذى لا يكفى بالنظر الى الواقع فقط (اجمعوا على عدم جواز التأجيل) اى ضـرب اجل النسـيئة (الى موت فلان مع انه مضـبوط فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۲

نفسه.

و ضبطه عند غیر المتعاقدین لا یجدی أیضا.

و مـا ذکر من قیـاسه علی جواز الشـراء بعیـار بلـد مخصوص، لاـ نقول به بـل المعیّن فیه البطلان، مع الغرر عرفا، کما تقـدم فی شـروط العوضین.

نفسه) عند اللّه تعالی.

(و) ان قلت: هناک فرق بین موت فلان و بین النیروز، لان الاول لا یعلمه المتعاقدان و لا یعلمه الناس أیضا اما الثانی فیعلمه الناس.

قلت: (ضبطه عند غیر المتعاقدین لا یجدی أیضا) کما لا یجدی ضبطه عند الله تعالی.

(و مـا ذکر من قیـاسه علی جواز الشـراء بعیـار بلـد مخصوص، لا نقول به) ای بالمقیس علیه (بل المعیّن فیه البطلان، مع) وجود (الغرر عرفا، کما تقدم فی شروط العوضین).

اقول الظاهر انه لا غرر عرفا لا فی مسئلة العیار، و لا فی مسئلتنا، و لذا یجوّز ان، و هناک فرق واضح بین موت فلان و عیار بلد فلانی.

و لذا نری الجواز فیما ذکرنا أیضا من انه لا یعلم الایام الی النیروز فیما لو علم ان النیروز اوّل الربیع.

و کذا اذا لم یعلم الاشهر الی شهر رمضان- مثلا- مع علمه بالاشهر العربیة.

و کـذا فیما لو کان الجنس مجهولا لـدیه معلوما لـدی العرف، کما اذا لا یعلم ماهیة الشـربت الّذی فی القنّینة، او ماهیة الجبن المعرض للبیع، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۳

و ظاهر التذکرة اختیار الجواز، حیث قال: بجواز التأقیت بالنیروز و المهرجان، لانه معلوم عند العامة.

و کذا جواز التأقیت ببعض اعیاد اهل الذمة اذ اعرفه المسلمون.

لکن قـال بعـد ذلک: و هل یعتبر معرفـة المتعاقـدین، قال بعض الشافعیـة: نعم، و قال بعضـهم: لا یعتبر، و یکتفی بمعرفـة الناس و سواء اعتبر معرفتهما أو لا و لو عرفا، کفی، انتهی.

هل انه جبن بقر او شاة؟ الی غیر ذلک من الموارد التی لا یعلمها المتعاقدان لکن العرف یعلم ذلک و لا تعدّ غررا عندهم.

(و ظاهر التذکرة اختیار الجواز، حیث قال: بجواز التأقیت بالنیروز و المهرجان، لانه معلوم عند العامة) فلا غرر.

(و کـذا جواز التأقیت ببعض اعیاد اهل الذمـة) کعیـد الفصح (اذ اعرفه المسـلمون) او کان المتعاقدان فی بلد المسـیحیین مثلا، و ان لم یعلما وقته

(لکن قال) العلامة (بعد ذلک: و هل یعتبر معرفة المتعاقدین، قال بعض الشافعیة: نعم، و قال بعضهم: لا یعتبر، و یکتفی بمعرفة الناس) ثم ان بعض الشافعیـة افتوا بوجوب معرفة عدلین من المسـلمین غیر المتعاقدین و ذلک لان یکونا مرجعا عند الاختلاف، لکن ذلک لا وجه له.

و لـذا قال العلامـة: (و سواء اعتبر معرفتهما) ای المتعاقدین (أولا) بان قلنا: بکفایة معرفة الناس (و لو عرفا، کفی) و لا یحتاج الی معرفة عدلین آخرین (انتهی) کلام العلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴

ثم الاقوی اعتبار معرفة المتعاقدین و التفاتهما الی المعنی حین العقد، فلا یکفی معرفتهما به عند الالتفات و الحساب.

(ثم الاـقوی اعتبـار معرفـة المتعاقـدین و التفاتهمـا الی المعنی حین العقـد) بان یعلما الآن کم بینهما و بین النیروز من زمان (فلا یکفی

معرفتهما به) ای بالزمان الموقت (عند الالتفات و الحساب) بان ادرج المتعاقدان ذلک فی دفترهما، فاذا راجعاه علماه، فانه حیث لا یعلمان الآن عند العقد لا یکفی، لانه قسم من اقسام الجهل، و الظاهر الکفایة اذ لا یسمی غررا عرفا و اللّه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۵

مسئلة لو باع بثمن حالا و بازید منه مؤجلا.

ففی المبسوط و السرائر و عن اکثر المتأخرین انه لا یصح، و علّله فی المبسوط و غیره بالجهالة، کما لو باع اما هذا العبد و اما ذاک.
و یدل علیه أیضا ما رواه فی الکافی: انه علیه السلام قال: من ساوم بثمنین احدهما عاجلا و الآخر نظرة، فلیسمّ احدهما قبل الصفقة.
و یؤیده ما ورد من النهی عن شرطین فی بیع، و عن بیعین فی بیع

(مسألة: لو باع بثمن حالا و بازید منه مؤجلا) او بالعکس، بان باعه بثمن حالا و باقل منه مؤجّلا.
(ففی المبسوط و السرائر و عن اکثر المتأخرین انه لا یصح، و علله فی المبسوط و غیره بالجهالة) لانهما لا یعلمان کم الثمن حال العقد
(کما لو باع اما هذا العبد او ذاک) او باع العبد بعشرة دنانیر او بعشرة اقفزة من الحنطة.
(و یدل علیه أیضا ما رواه فی الکافی: انه علیه السلام قال: من ساوم بثمنین احدهما عاجلا و الآخر نظرة) ای آجلا قال تعالی «فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ» (فلیسمّ احدهما قبل الصفقة) ای قبل العقد حتی یقع العقد علی احدهما بصورة خاصة.
(و یؤیده ما ورد من النهی عن شرطین فی بیع) و ذلک کما ورد فی روایة عمار، و المراد بالشرط الثمن (و عن بیعین فی بیع) کما ورد فی روایة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۶

بناء علی تفسیرهما بذلک.
و عن الاسکافی: کما عن الغنیة انه روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم انه قال: لا یحلّ صفقتان فی واحدة، قال و ذلک بان یقول: ان کان بالنقد فبکذا، و ان کان بالنسیئة فبکذا، هذا.
الا ان فی روایة محمد بن قیس المعتبرة: انه قال امیر المؤمنین علیه السلام: من باع سلعة، و قال ثمنها کذا و کذا یدا بید، و کذا نظرة،

سلیمان بان یراد تعدد الثمن (بناء علی تفسیرهما بذلک) ای تفسیر البیع بثمنین.
و من المحتمل ان یراد تفسیرهما باعم من ذلک، مثل تعدد المبیع او کلیهما او الشرط او نحو ذلک.
(و عن الاسکافی: کما عن الغنیة انه روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم انه قال: لا یحلّ صفقتان فی واحدة) فانه لیس المراد بیعین فی بیع واحد، کان یقول: بعتک الدار بالف و البستان بالف، فیقول قبلتهما (قال و ذلک بان یقول: ان کان بالنقد فبکذا، و ان کان بالنسیئة فبکذا) و تسمیتهما بالصفقتین من باب علاقة الکل و الجزء، و المراد الصفقتین علی سبیل البدل (هذا) هو مستند المشهور.
(الا ان فی روایة محمد بن قیس المعتبرة: انه قال امیر المؤمنین علیه السلام: من باع سلعة، و قال ثمنها کذا و کذا یدا بید) ای نقدا بان اعطی المتاع بید و اخذ الثمن بید (و کذا) بقیمة اکثر (نظرة) ای نسیئة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۷

فخذها بایّ ثمن شئت، و جعل صفقتهما واحدة، فلیس له الا اقلهما و ان کانت نظرة.
و فی روایة السکونی عن جعفر، عن ابیه عن آبائه، ان علیا علیه السلام قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذا، و بالنسیئة

کذا، فاخذ المتاع علی ذلک الشرط، فقال هو باقلّ الثمنین و ابعد الاجلین فیقول لیس له الا اقل النقدین الی الاجل الّذی اجّله نسیئة.

(فخذها بایّ ثمن شئت، و جعل صفقتهما واحدة) بان قال ذلک فی بیع واحد (فلیس له الا اقلهما) ای اقل الثمنین (و ان کانت نظرة) و نسیئة.

(و فی روایة السکونی عن جعفر، عن ابیه عن آبائه، ان علیا علیه السلام قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین) ای ثمنین (بالنقد کذا، و بالنسیئة کذا، فاخذ المتاع علی ذلک الشرط) ای علی ذلک النحو من البیع (فقال) علیه السلام: (هو باقل الثمنین و ابعد الاجلین، فیقول لیس له إلا أقل النقدین الی الاجل الّذی اجّله نسیئة).

قوله: «فیقول» اما عطف بیان من الامام و الراوی، و «فقال» کلام الامام امیر المؤمنین علیه السلام او «فقال» کلام السائل الّذی سئل من الامام، و «فیقول» نقل لکلام الامام، فهو تصدیق للسائل بان اراد احدهما و هو المشتری- ان یعطی الاقل فی الاجل، فلم یرض البائع، فترافعا الی الامام، فحکم الامام علیه السلام علی طبقه.

و لا یخفی ان هذین الخبرین مخالفان للقاعدة، اذ القاعدة الصحة لشمول عمومات البیع له خصوصا.

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸

و عن ظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما.

و نسب الی بعض هؤلاء: القول بالبطلان.

فالاولی تبعا للمختلف الاقتصار علی نقل عبارة کل هؤلاء من دون اسناد احد القولین إلیهم.

قال فی المقنعة: لا یجوز البیع باجلین علی التخییر، کقوله: هذا المتاع بدرهم نقدا، و بدر همین الی شهر او سنة، او بدرهم الی شهر

و قد قال الفقهاء بمثله فیما لو استأجر شخصا لیخیط ثوبه ان رومیا او فارسیا و ما اشبه ذلک.

و من المعلوم اتحاد باب الاجارة و باب البیع من هذه الجهة کما ان الجمع الدلالی بین هذین الحدیثین، و بین الروایات السابقة یقتضی حمل تلک الروایات علی الکراهة، او ما اشبه.

(و) کیف کان، ف (عن ظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما) لتوفر شرائط الحجیة فیهما.

(و نسب الی بعض هؤلاء: القول بالبطلان) فبعض الاصحاب نسب إلیهم القول بالصحة تارة و بالبطلان اخری.

(فالاولی تبعا للمختلف الاقتصار علی نقل عبارة کل هؤلاء من دون اسناد احد القولین) و هما الصحة و البطلان (إلیهم) لنری ما ذا قالوا.

(قال) المفید (فی المقنعة: لا یجوز البیع باجلین علی التخییر، کقوله: هذا المتاع بدرهم نقدا، و بدر همین الی شهر او سنة، او بدرهم الی شهر

ایصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹

و بدرهمین الی شهرین.

فان ابتاع انسان شیئا علی هذا الشرط کان علیه اقلّ الثمنین فی آخر الاجلین، و هذا الکلام یحتمل التحریم.

و یحتمل الحمل علی ما اذا تلف المبیع.

فان اللازم مع فرض فساد البیع بالاقل الّذی بیع به نقدا، لانه قیمة ذلک الشیء.

و معنی قوله فی آخر الاجلین: انه لا یزید علی الاقل، و

و بدرهمین الی شهرین).

فالاول: ان یکون احدهما معجلا و الآخر مؤجلا.

و الثانی: ان یکون کلاهما مؤجلا لکن الثانی ابعد اجلا من الاول.

(فان ابتاع انسان شیئا علی هذا الشرط) و علی هذا النحو من البیع (کان علیه اقلّ الثمنین فی آخر الاجلین) انتهی (و هذا الکلام یحتمل التحریم) التکلیفی، لانه قال أو لا «لا یجوز» و ثانیا «فان ابتاع» الظاهر فی الصحة.

(و یحتمل الحمل علی ما اذا تلف المبیع) فمراده بقوله «فان» انه اذا فعل هذا البیع غیر الصحیح لکنه تلف المثمن فی ید المشتری.

(فان اللازم مع فرض فساد البیع) الضمان (بالاقل الّذی بیع به نقدا) لان البائع اعطاه ماله بهذه القیمة و هو قبل، فضمنه علی تلک القیمة (لانه قیمة ذلک الشیء) فهو ضمان قیمة، لا ضمان مسمّی.

(و معنی قوله فی آخر الاجلین: انه لا یزید) القیمة (علی الاقل، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰

ان تأخر الدفع الی آخر الاجلین.

او المراد جواز التأخیر لرضا البائع بذلک.

و یحتمل إرادة الکراهة، کما عن ظاهر السید قدس سره فی الناصریات ان المکروه ان یبیع بثمنین بقلیل ان الثمن نقدا، و باکثر ان کان نسیئة.

و یحتمل الحمل علی فساد اشتراط زیادة الثمن مع تأخیر الاجل، لکن لا یفسد العقد، کما سیجیء.

و عن الاسکافی انه بعد ما تقدم عنه من النبوی الظاهر فی التحریم،

ان تأخر الدفع الی آخر الاجلین) لان الضمان لا یزداد بالتأخیر.

(او المراد) من اعطائه فی الاجل الثانی (جواز التأخیر) الی الاجل الثانی (لرضا البائع بذلک) التأخیر.

(و یحتمل إرادة) المقنعة من قوله «لا یجوز» (الکراهة، کما عن ظاهر السید قدس سره فی الناصریات).

قال: (ان المکروه ان یبیع بثمنین) و ذلک (بقلیل ان الثمن نقدا و باکثر ان کان نسیئة).

(و یحتمل الحمل علی فساد اشتراط زیادة الثمن مع تأخیر الاجل، لکن لا یفسد العقد) لانه من باب ضمّ شیء فاسد الی شیء صحیح (کما سیجیء)

و یحتمل انه اراد ب «لا یجوز» ترتیب الأثر علی ذلک البیع بل اللازم ترتیب اقل الثمنین فی ابعد الاجلین.

(و عن الاسکافی انه بعد ما تقدم عنه من النبوی الظاهر فی التحریم،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱

قال: و لو عقد البائع للمشتری کذلک، و جعل الخیار إلیه، لم اختر للمشتری ان یقدم علی ذلک، فان فعل و هلکت السلعة، لم یکن للبائع الا اقل الثمنین، لا جازته البیع به، و کان للمشتری الخیار فی تأخیر الثمن الاقل الی المدة التی ذکرها البائع بالثمن الاوفی من غیر زیادة علی الثمن الاقل.

و فی النهایة: فان ذکر المتاع باجلین و نقدین علی التخییر، مثل ان یقول: بعتک هذا بدینار او درهم عاجلا، او الی شهر او سنة، او بدینارین او درهمین الی

قال: و لو عقد البائع للمشتری کذلک) بثمنین فی اجلین (و جعل الخیار إلیه) ای الی المشتری، ان شاء هذا او ذاک (لم اختر للمشتری

ان یقـدم علی ذلک) بل مختاری ان لا یقبل هذا العقد (فان فعل و هلکت السـلعة لم یکن للبائع الا اقل الثمنین) لان البیع فاسد، فلیس علی المشتری الا الضمان بالقیمة.

و انمـا قلنـا الاقـل (لاجـازته) ای البـائع (البیع به) ای بالاقـل (و کان للمشتری الخیار فی تأخیر الثمن الاقل الی المـدة التی ذکرها البائع بالثمن الاوفی) «بالثمن الاوفی» متعلق ب «ذکرها» (من غیر زیادة علی الثمن الاقل) و ذلک لما تقدم من ان القیمة لا تزداد بالتأخیر.

(و) قال (فی النهایة: فان ذکر المتاع باجلین و نقدین علی التخییر مثل ان یقول: بعتک هذا بدینار او درهم عاجلا، او الی شـهر او سنة) بان کان الاول أیضا ذا اجل لکنه باجل اقل (او بدینارین او درهمین الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲

شهر او شهرین او سنتین، کان البیع باطلا، فان امضی البیعان ذلک بینهما کان للبائع اقل الثمنین فی آخر الاجلین، انتهی.

و عن موضع من الغنیـة قـد قـدمنا ان تعلیق البیع بـاجلین و ثمنین، کقوله: بعت الی مـدة بکـذا و الی اخری بکـذا، یفسـده، فان تراضـیا بانفاذه کان للبائع اقل الثمنین فی ابعد الاجلین بدلیل اجماع الطائفة.

و عن سلار ما علق باجلین، و هو ان یقول: بعتک هذه

شهر او شـهرین او سـنتین) «الی شـهر» فی مقابـل «عاجلا» «و شـهرین او سـنتین» فی مقابل «شـهر او سـنة» (کان البیع باطلا، فان امضـی البیعان ذلک) العقد الباطل (بینهما کان للبائع اقل الثمنین فی آخر الاجلین، انتهی).

و لا یخفی ان مقتضـی ما ذکروه انه لو کان الثمن الاکثر عاجلا، او لمدة اقل، او کان الوقت ثلاثة او اکثر، کما لو قال عاجلا بدرهم و الی شهر بدرهمین و الی ثلاثة بثلاثة دراهم انه أیضا کذلک لوحدة المناط.

(و عن موضع من الغنیة) قال: (قد قدمنا ان تعلیق البیع باجلین و ثمنین، کقوله: بعت الی مدة) عاجلا او آجلا (بکذا و الی) مدة (اخری بکذا، یفسده) ای یفسد البیع (فان تراضیا بانفاذه کان للبائع اقل الثمنین فی ابعد الاجلین، بدلیل اجماع الطائفة).

و الظاهر انه ادعی الاجماع علی البطلان فی کلا الحکمین و انه اذا فعل کان له الاقل فی ابعد الاجلین.

(و عن سلار) قال: (ما علق باجلین، و هو ان یقول: بعتک هذه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۳

السلعة الی عشرة ایام بدرهم، و الی شهرین بدرهمین، کان باطلا غیر منعقد، و هو المحکی عن ابن الصلاح.

و عن القاضی: من باع شیئا باجلین علی التخییر مثل ان یقول:

ابیعک هذا بدینار، او بدرهم عاجلا، و بدرهمین او دینار الی شهر او شهور او سنة او سنتین کان باطلا.

فان امضی البیعان ذلک بینهما، کان للبائع اقل الثمنین فی آخر الاجلین.

و قال: فی المختلف- بعد تقویة المنع- و یمکن ان یقال: انه رضی

السلعة الی عشرة ایام بدرهم، و الی شهرین بدرهمین، کان باطلا غیر منعقد) و لم یذکر سلار صورة ما اذا امضیا العقد (و هو المحکی عن ابی الصلاح) أیضا.

و ظاهر الفساد انه لا یحق للمشتری التصرف فی المتاع، کما یحق للبائع استرجاع المال.

(و عن القاضی) قال: (من باع شیئا باجلین علی التخییر) بان خیر المشتری فی ذلک (مثل ان یقول: ابیعک هذا بدینار، او بدرهم عاجلا و بدرهمین او دینار الی شهر او شهور او سنة او سنتین، کان باطلا).

ثم قال: (فان امضی البیعان ذلک بینهما، کان للبائع اقل الثمنین فی آخر الاجلین) انتهی.

(و قال) العلامة: (فی المختلف- بعد تقویة المنع-) عن المعاملة بثمنین فی اجلین (و یمکن ان یقال: انه) ای البائع (رضی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۴

بالثمن الاقل، فلیس له الاکثر فی البعید، و إلا لزم الربا، اذ یبقی الزیادة فی مقابل تأخیر الثمن لا غیر، فاذا صبر الی البعید لم یجب له الاکثر من الاقل، انتهی.

و فی الدروس ان الاقرب الصحة، و لزوم الاقل و یکون التأخیر جائزا من طرف المشتری لازما من طرف البائع، لرضاه بالاقل، فالزیادة ربا، و لذا ورد النهی عنه، و هو غیر مانع من صحة البیع، انتهی.

بالثمن الاقل) لان معنی تردیده رضاه بایهما، فقد رضی بالاقل (فلیس له الاکثر فی) الاجل (البعید، و إلا لزم الربا، اذ یبقی الزیادة فی مقابل تأخیر الثمن لا غیر).

مثلا- کان الثمن درهما عاجلا- و درهمین آجلا- فان الدرهم الثانی فی مقابل الآجل، و الربا الفرضی هو ان تکون الزیادة فی قبال الاجل (فاذا صبر) البائع (الی) الاجل (البعید لم یجب له الاکثر من الاقل) ای الزائد علی الاقل (انتهی).

(و) قال (فی الدروس ان الاقرب) فی مسئلة البیع بثمنین فی اجلین (الصحة، و لزوم الاقل و یکون التأخیر) الی الاجل الثانی (جائزا من طرف المشتری) و (لازما من طرف البائع) فلیس له ان یطالب قبل الاجل البعید (لرضاه بالاقل، فالزیادة) فی مقابل الاجل (ربا، و لذا ورد النهی عنه، و هو) ای الربا فی الاجل البعید (غیر مانع من صحة البیع) فانه ضمّ شیء غیر صحیح الی شیء صحیح (انتهی) کلام الدروس.

و قد رأیت کیف اخذه عن العلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۵

اقول: لکنه مانع من لزوم الاجل من طرف البائع، لانه فی مقابل الزیادة الساقطة شرعا.

الا ان یقال: ان الزیادة لیست فی مقابل الاجل، بل هی فی مقابل اسقاط البائع حقه من التعجیل الّذی یقتضیه العقد لو خلی و طبعه.

و الظاهر ان هؤلاء الاعلام ارادوا تطبیق الروایات علی القاعدة حتی اذا استشکل علیهم من جانب المخالفین کان لهم التذرع بان الحکم علی وفق القاعدة، و فی مثل هذا یکفی اقل امر عرفي، و الا تطبیق الروایات علی القواعد مشکل.

(اقول: لکنه) ای کونه ربا، کما ذکره الشهید (مانع من لزوم الاجل من طرف البائع، لانه) ای الاجل (فی مقابل الزیادة الساقطة شرعا).

فجمع الشهید بین کونه ربا، و بین قوله «لازما من طرف البائع» فیه نظر.

(الا- ان یقال) فی توجیه جمع الشهید بین «الربا» و بین «لزوم الاجل» (ان الزیادة لیست فی مقابل الاجل) حتی یقال: بسقوط الزیادة و سقوط الاجل معا (بل هی) ای الزیادة (فی مقابل اسقاط البائع حقه من التعجیل الّذی یقتضیه العقد لو خلی و طبعه).

فان العقد یقتضی التعجیل- کما تقدم- فالبائع یقول: انی اسقط حقی فی تعجیل اخذ الثمن و فی مقابل هذا الاسقاط آخذ درهما مثلا، و علیه فلیس الاجل فی مقابل الزیادة حتی یستشکل علی کلام الشهید بانه اذا سقطت الزیادة سقط الاجل، فکیف قال الشهید بسقوط الزیادة مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۶

و الزیادة و ان کانت لکنه ربا، کما سیجیء.

الا ان فساد المقابلة لا یقتضی فساد الاسقاط

بقاء الاجل.

(و) ان قلت: بناء على ان الزيادة فى مقابل الاسقاط فليست الزيادة ربا فكيف قال الشهيد بانها ربا.

قلت: (الزيادة و ان كانت) فى مقابل الاسقاط (لكنه ربا، كما سيجىء) فان كل تأجيل حال بزيادة ربا باىّ عنوان كان.

فتحصل ان الشهيد قال بان الزيادة باطلة و الاجل ثابت، فاشكل عليه بانه كيف يجمع بين الامرين، و الحال ان الزيادة فى مقابل الاجل فاذا سقطت الزيادة سقط الاجل.

و الجواب ان الزيادة ليست فى مقابل الاجل، بل الزيادة فى مقابل اسقاط البائع حقه فى التعجيل.

و ان قلت: لنفرض ان الزيادة فى مقابل اسقاط البائع حقه، لكن حيث ذكرتم ان الزيادة ربا، لزم سقوط الاسقاط أيضا، فان الزيادة ساقطة فما كان فى مقابل الزيادة- اى اسقاط البائع حقه- أيضا ساقط.

قلت: المقابلة و ان كانت بين الزيادة و بين الاسقاط.

(الا ان فساد المقابلة) من جهة كون الزيادة ربا (لا يقتضى فساد الاسقاط).

اذ: الاسقاط يحصل بمجرد انشائه، سواء صحت المقابلة أو لا، فهو من قبيل ان يقول زيد: اسقطت دينى الّذى عليك فى مقابل ان تشرب

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۳۷

كما احتمل ذلك فى مصالحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له، او حريته، بل قال فى التحرير بالرجوع الى الدية.

و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة، و لا المطالبة قبل الاجل لكن المشترى لو اعطاه وجب عليه القبول

الخمر، فان الاسقاط قد حصل بمجرد انشائه و تبقى الخمر على حرمتها (كما احتمل ذلك) اى ان فساد المقابلة لا يقتضى فساد الاسقاط (فى مصالحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له) بان كان مال الناس لا مال المصالح (او) يعلمان (حريته) فاذا قال زيد المالك لحق القصاص من عمرو لعمرو الّذى لا يملك العبد صالحتك عن حقى فى القصاص بان تعطينى هذا العبد، فقال عمرو: قبلت، قالوا: سقط حق قصاصه، و ان لم يملك العبد.

و كذا اذا صالحه على ان يهبه انسانا حرا فان حق قصاصه يسقط و الحال انه لا يملك الحرّ (بل قال فى التحرير) اذا صالحا المصالحة المذكورة (بالرجوع الى الدية) فان الكلام الاول كان احتمالا حيث قلنا «كما احتمل ذلك» و هذا فتوى من العلامة، و لذا قال «بل».

(و حينئذ) اى حيث ان البائع رضى بالاقل ثمنا و الابعد اجلا (فلا يستحق البائع الزيادة، و لا المطالبة قبل الاجل) الا بعد (لكن المشترى لو اعطاه) الثمن قبل الاجل الابعد (وجب عليه القبول) بخلاف ما اذا كان الاجل صحيحا، فانه لا يجب على البائع القبول- كما فى النسيئة-.

لان الاجل كما هو حق للمشترى فى ان يؤخّر الثمن، فكذلك هو حق

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۳۸

اذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الاجل، و انما سقط حقه من التعجيل.

و يمكن أيضا حمل الرواية على ان الثمن هو الاقل، لكن شرط عليه ان يعطيه على التأجيل شيئا زائدا، و هذا الشرط فاسد لما سيجىء من ان تأجيل الحال بزيادة ربا محرم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما

للبائع فى ان لا يقبل، لانه مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اى بكل خصوصية من خصوصيات العقد.

و انما نقول هنا بوجوب القبول على البائع (اذ لم يحدث له) اى للبائع (بسبب المقابلة الفاسدة) بين اسقاط التعجيل و بين الزيادة، حيث

قـد عرفت فساد هـذه المقابلـة من جهـة انها ربا (حق فی التأجیل حتی یکون له) ای للبائع (الامتناع من القبول قبل الاجل، و انما) البائع بسبب اسقاطه (سقط حقه من التعجیل) فلا اجل و لیس له ان یطالب، فاذا اعطاه المشتری حقه لم یکن له ان لا یقبل.

(و یمکن أیضـا حمـل الروایـة) المتقدمـة التی ظاهرهـا ثمنـان معجّـل و مؤجـل (علی ان الثمن) المجعول بینهما (هو الاقل) فقط (لکن شرط) البائع (علیه) ای علی المشتری (ان یعطیه علی التأجیل شیئا زائدا، و هذا الشرط فاسد لما سیجیء من ان تأجیل الحال بزیادة ربا محرم).

ان قلت: حیث فسد الشرط فسد العقد المشروط به.

قلت: کلا (لکن فساد الشرط لا یوجب فساد المشروط کما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۹

علیه جماعة.

و حینئـذ فللبـائع الاقـل، و ان فرض ان المشتری اخّره الی الاجل، کما یقتضـیه قوله فی روایـة محمـد ابن قیس و ان کانت نظرة لفرض تراضیهما علی ذلک، بزعم صحة هذا الشرط، او البناء علیها تشریعا.

و لعلّ هـذا مبنی قول الجماعـة قـدس الله اسـرارهم فان امضـیا البیع بینهما کذلک بمعنی انهما تراضـیا علی هذه المعاملة، لم یجب فی مقابل

علیه جماعة) فان الشرط الفاسد لا یفسد.

(و حینئذ) الّذی کان البیع صـحیحا و شـرط التأجیل فاسدا (فللبائع) الثمن (الاقل، و ان فرض ان المشتری أخّره الی الاجل) الابعد (کما یقتضیه قوله فی روایة محمد ابن قیس) المتقدمة (و ان کانت نظرة).

و انما یجوز له التأخیر (لفرض تراضیهما علی ذلک) التأخیر (بزعم صحة هذا الشرط) ای شرط التأخیر بزیادة الثمن (او البناء علیها) ای بنیا علی صحة الشرط (تشریعا) و ان علما بطلانه شرعا، فان اکثر الناس الذین لا یبالون بالشرع یبنون علی صحة معاملات غیر مشروعة.

و علی کل حال فقد رضی البائع بتأخیر الثمن فللمشتری ان یؤخر الثمن.

(و لعلّ هذا) الّذی ذکرنا فی قولنا «و یمکن أیضا» (مبنی قول الجماعة قدس الله اسـرارهم) حیث قالوا (فان امضـیا البیع بینهما کذلک) بزیادة الثمن فی الاجل الابعد (بمعنی انهما تراضیا علی هذه المعاملة، لم یجب فی مقابل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۴۰

التأخیر الواقع برضاهما شیء زائد علی الاقل لفساد المقابلة.

و مرادهم من بطلان البیع الّذی حکموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصیة، و عدم ترتب الاثر المقصود علیه.

و قـد تلخص من جمیع ما ذکرنا ان المعاملـة المـذکورة فی ظاهر متن الروایتین لا اشـکال و لا خلاف فی بطلانها، بمعنی عدم مضـیها علی ما تعاقدا علیه.

و اما الحکم بامضائهما- کما فی الروایتین-

التأخیر الواقع برضاهما شیء زائد علی) الثمن (الاقل) لان الزائد ربا- کما عرفت-.

و انما لم یجب (لفساد المقابلة) بین الاجل الابعد و بین الزیادة.

(و مرادهم من بطلاـن البیع الّـذی حکموا به) ای بـذلک البطلاـن (أولاـ بطلاـنه بهـذه الخصوصـیة) و هی خصوصـیة الزیادة فی مقابل الاجل (و عدم ترتب الاثر المقصود علیه) ای علی هذا البیع.

فما اوقعاه له جزء ان، جزء: ان الثمن هو الاقل، و جزء: ان فى مقابل الاجل الزيادة، فيبطل الكل بما هو كل، و يصح الجزء الاول فقط.

(و قد تلخص من جميع ما ذكرنا ان المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروايتين) المرويتين عن امير المؤمنين عليه السلام و «فى» متعلق ب «المذكورة» (لا اشكال و لا خلاف فى بطلانها، بمعنى عدم مضيها) اى عدم انعقادها (على ما) اى على النحو الّذى (تعاقدا عليه).

(و اما الحكم بامضائهما) امضاء (- كما فى الروايتين-) اى على نحو

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۱

فهو حكم تعبّدى مخالف لادلة توقف حلّ المال على الرضا و طيب النفس، و كون الاكل لا عن تراض اكلا للباطل فيقع الاشكال فى نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للاصل.

ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما، هى مخالفة القاعدة فى موردهما.

و اما ما عداه، كما اذا جعل له الاقل فى اجل، و الاكثر فى اجل آخر فلا.

ما ذكرته الروايتان من انه باقل الثمنين و ابعد الاجلين (فهو حكم تعبّدى مخالف لادلة توقف حلّ المال على الرضا و طيب النفس) قال تعالى «إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» و قال عليه السلام «لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه» (و كون الاكل لا عن تراض اكلا ل) لمال ب (الباطل) قال تعالى «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ».

و ذلك لان البائع لم يرض باقل الثمنين بابعد الاجلين، و الحال ان الرواية قالت بذلك (فيقع الاشكال فى نهوض) هاتين (الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للاصل) و الظاهر النهوض لحجيتهما سندا و ظهورهما دلالة و عمل اعاظم الفقهاء بهما.

(ثم ان الثابت منهما) اى من الروايتين (على تقدير العمل بهما، هى مخالفة القاعدة فى موردهما) و هو نقد باقل، و نسيئة باكثر.

(و اما ما عداه) اى ما عدا هذا المورد (كما اذا جعل له الاقل فى اجل) قريب (و الاكثر فى اجل آخر) ابعد، او جعل الاكثر نقدا او الاقل فى اجل (فلا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۲

ينبغى الاستشكال فى بطلانه لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الاصل.

و فى التحرير البطلان هنا قولا واحدا، و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك.

الا انك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين و ان لم ينسب ذلك فى الدروس، الا الى المفيد قدس سره، لكن عن الرياض: ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق فى الحكم بين المسألتين و هو ظاهر الحدائق أيضا، و ما

ينبغى الاستشكال فى بطلانه) لشمول تلك الادلة العامة له، و لا تشمله الروايتان الا بالقياس، و القياس لا يصلح مستندا (لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الاصل) اى مثل هذا الحكم الّذى هو خلاف اطلاقات الكتاب و السنة و الاجماع و العقل، فان كلها متطابقة فى: ان العقود تتبع القصود.

(و فى التحرير) قال: ان (البطلان هنا) اى فى غير مورد الروايتين، (قولا واحدا، و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك) البطلان.

(الا انك قد عرفت) فى تعليقنا السابق وحدة المناط، كما تقدم ما يدل على (عموم كلمات غير واحد ممن تقدم) نقل عبارتهم (للمسألتين) و هما:

مسئلة الثمن الاقل نقدا و الاكثر نسيئة، و مسئلة الاقل فى اجل قريب و الاكثر فى اجل ابعد (و ان لم ينسب ذلك) العموم للمسألتين (فى الدروس، الا الى المفيد قدس سره، لكن عن الرياض: ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق فى الحكم بين المسألتين) فليس القائل به المفيد فقط (و هو) اى عدم الفرق (ظاهر الحدائق أيضا، و ما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۳

ابعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير.

ثم انّ العلامة فى المختلف ذكر فى تقريب صحة المسألة: انه مثل ما اذا قال المستأجر لخياطة الثوب ان خطته فارسيا فبدرهم، و ان خطته روميا فبدرهمين، و اجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها الى الجعالة.

ابعد ما بينه) اى ما بين ما ذكره الرياض و الحدائق (و بين ما تقدم من التحرير) الّذى ادعى البطلان قولا واحدا.

(ثم ان العلامة فى المختلف ذكر فى تقريب صحة المسألة: انه مثل ما اذا قال المستأجر لخياطة الثوب) قال للاجير: (ان خطته فارسيا) اى بدرز واحد (فبدرهم، و ان خطته روميا) اى بدرزين (فبدرهمين، و اجاب عنه) اى عن التمثيل (بعد تسليم الصحة) فى الخياطة (برجوعها الى الجعالة) لا الاجارة.

لكن مبنى جماعة من الفقهاء انه من باب الاجارة و لذا قالوا بصحتها أيضا ان قال ان خطته فى يوم كذا فبكذا، و ان خطته من يوم كذا فبكذا، و كذا اذا قال للحمال ان اوصلته الى مكان كذا فبكذا، و ان اوصلته الى مكان آخر فبكذا، و هكذا ما دلّ على مهرين كقوله تعالى «عَلىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمٰانِيَ حِجَجٍ، فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ» الى غير ذلك، و قد ذكرنا جملة من الكلام فى هذا الباب فى كتاب الاجارة فى شرح العروة، فراجع، و الله العالم بحقائق الاحكام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۴

مسئلة لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل،

و ان طولب اجماعا، لان ذلك فائدة اشتراط التأجيل.

و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض الاجماع عليه، و فى جامع المقاصد فى باب السلم نسبة الخلاف الى بعض العامة.

(مسألة: لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب) اى طالبه البائع (اجماعا، لان ذلك) اى عدم الدفع (فائدة اشتراط التأجيل) فيشمله دليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، اذ معناه الوفاء بكل اجزاء العقد و شرائطه، سواء كانت له او عليه.

و كذلك العكس لا يجب على المشترى تأجيل الثمن المعجل بل اذا لم يقبل البائع القاه الى حيث سلطته، كان يلقى الثمن فى دكانه او فى جيبه او امامه او ما اشبه ذلك، و لو لم يتيسر دفعه الى الحاكم الشرعى لانه ولى الممتنع.

(و لو تبرع) المشترى (بدفعه) اى دفع الثمن المؤجّل (لم يجب على البائع القبول) بل له ان يرده حتى يأتى الاجل (بلا خلاف، بل عن الرياض الاجماع عليه، و فى جامع المقاصد فى باب السلم نسبة الخلاف الى بعض العامة) و انه اذا تبرع المشترى بدفعه وجب على البائع القبول.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۵

و علّل الحكم فى التذكرة فى باب السلم بان التعجيل كالتبرع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنّة، و فيه تأمّل.

و يمكن تعليل الحكم بان التأجيل كما هو حق للمشترى يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشترى لحفظ ماله فى ذمته و جعله ايّاه كالودعى فان ذلك حق عرفا.

(و علّل الحكم) اى عدم وجوب قبول البائع (فى التذكرة فى باب السلم بان التعجيل كالتبرع بالزيادة) كما اذا كان الثمن عشرة، فاراد

المشتری اعطاء احد عشر (فلا یکلف) البائع (تقلید المنّة).

منتهی الفرق ان الزیادة فی المثال عینیة و فی النسیئة معنویة (و فیه تأمل).

اذ لا زیادة هنا بل هو حقه، و انما الفارق الزمان هذا.

بالإضافة الی ان الدلیل اخص من المدعی، فقد یکون فی التعجیل منة علی المشتری حیث لا یتمکن من حفظ المال الی الموعد، فالاخذ منه منّة علیه.

(و یمکن تعلیل الحکم) بعدم وجوب قبول البائع (بان التأجیل کما هو حق للمشتری) فلا یحق للبائع استعجاله (یتضمن حقا للبائع) أیضا (من حیث التزام المشتری لحفظ ماله) ای مال البائع (فی ذمته) ای فی ذمة المشتری (و جعله) ای جعل البائع (ایاه) ای المشتری (کالودعی فان ذلک) الجعل (حق عرفا) للبائع، فلا یتمکن المشتری من اسقاط هذا الحق الا برضی البائع، لانه لا یتوی حق امرئ مسلم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۴۶

و بالجملة: ففی الاجل حق لصاحب الدین بلا خلاف ظاهر.

و مما ذکرنا یظهر الفرق بین الحال و المؤجّل حیث انه لیس لصاحب الدین الحال حق علی المدیون.

و اندفع أیضا ما یتخیل من ان الاجل حق مختص بالمشتری، و لذا یزاد الثمن من اجله، و له طلب النقصان فی مقابل التعجیل

(و بالجملة: ففی الاجل حق لصاحب الدّین بلا خلاف ظاهر) بالإضافة الی ما ذکرناه من ان ذلک من مقتضیات العقد، فیشمله دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه.

(و ممّا ذکرنا) من ان المؤجّل حق للدائن أیضا فلا یکلّف باسقاط حقه (یظهر الفرق بین الحال و المؤجل) و لذا یجب القبول من البائع فی الحال دون المؤجل (حیث انه لیس لصاحب الدین الحال) و هو البائع الّذی اشتری نقدا (حق علی المدیون) فی حفظ ثمنه.

فاذا اراد البائع ان یحفظ المشتری ثمنه لم یکن ذلک له بل للمشتری ان یدفع الثمن إلیه جبرا بخلاف البیع المؤجل فان للبائع حقا علی المشتری فی حفظ ثمنه.

(و اندفع أیضا ما یتخیل من ان الاجل حق مختص بالمشتری، و لذا) الّذی انه حق مختص بالمشتری- لانه توسعة علیه- (یزاد الثمن من اجله) ای من اجل الاجل فالنقد مثلا بدینار و النسیئة بدینار و ربع (و له) ای للمشتری (طلب النقصان) من الثمن (فی مقابل التعجیل) فاذا اشتراه بدینار و ربع الی شهر کان له ان یقول اعطیک الثمن- ایها البائع-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۴۷

و ان المؤجّل کالواجب الموسع فی انه یجوز فیه التأخیر، و لا یجب.

ثم انه لو اسقط المشتری اجل الدین، ففی کتاب الدین من التذکرة و القواعد: انه لو اسقط المدیون اجل الدین مما علیه لم یسقط، و لیس لصاحب الدین مطالبته فی الحال.

و علّله فی جامع المقاصد: بانه قد ثبت التأجیل فی العقد اللازم، فلا یسقط، و لان فی الاجل حقا لصاحب الدین.

الآن، و لکن بشرط ان تنقص ربعا من الدینار و الربع (و ان المؤجّل کالواجب الموسع فی انه یجوز فیه التأخیر، و لا یجب) التأخیر فکما فی الموسع یجوز تقدیمه فی اوّل الوقت کذلک فی المؤجّل یجوز تعجیله.

فقد ظهران کل ذلک غیر صحیح بل المؤجل حق لکل من البائع و المشتری فکما لا یحق للبائع ان یطالبه معجلا کذلک لا یحق للمشتری ان یدفعه بالقوة الی البائع و لیس حقا خاصا للمشتری حتی یحق له ان یسقطه.

(ثم انه لو اسقط المشترى اجل الدين، ففى كتاب الدين من التذكرة و القواعد: انه لو اسقط المديون اجل الدين مما عليه) اى اجل الدين الّذى كان عليه (لم يسقط) الاجل (و ليس لصاحب الدين) اى الدائن (مطالبته فى الحال) بل اسقاطه غير مثمر، فهو كلا اسقاط فيبقى الدين مؤجّلا.

(و علّله) اى علّل عدم سقوط التأجيل بالاسقاط (فى جامع المقاصد:

بانه قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم، فلا يسقط) بالاسقاط (و لان فى الاجل حقا لصاحب الدين) و هو البائع، كما فيه حق للمديون و هو المشترى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۸

و لذا لم يجب عليه القبول قبل الاجل، اما لو تقايلا- فى الاجل يصح و لو نذر التأجيل فانه يلزم و ينبغى ان لا يسقط بتقايلهما، لان التقايل فى العقود لا فى النذور، انتهى.

و فيه ان الحق المشترط فى العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه، و حق صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من اسقط حق نفسه.

(و لذا) الّذى ان فى الاجل حقا لصاحب الدين (لم يجب عليه) اى على صاحب الدين (القبول) اذا اراد المشترى اعطائه (قبل الاجل) فاسقاط المشترى لا يؤثر فى سقوط حق البائع (اما لو تقايلا فى الاجل) بان اسقط كلاهما الاجل (يصح) لانه حق لهما، فاذا اسقطاه سقط.

(و لو نذر التأجيل) فيما اذا كان للبيع اجل (فانه يلزم) التأجيل (و ينبغى) بعد النذر (ان لا يسقط) الاجل (بتقايلهما، لان التقايل فى العقود لا فى النذور) لان النذر حق للّه تعالى، فلا يسقط باسقاط الانسان له (انتهى) كلام جامع المقاصد.

(و فيه) انه للمشترى اسقاط حقه و لو اسقط المشترى اجله كان للبائع المطالبة، ل (ان الحق المشترط فى العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه)

فقوله: قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم فلا يسقط، غير تام، اذ الحق قابل للاسقاط و الّذى لا يقبل الاسقاط هو الحكم (و حق صاحب الدين) اى البائع (لا يمنع من مطالبته) اى مطالبة صاحب الدين (من اسقط حق نفسه) الّذى هو المشترى.

فقوله «و لان فى الاجل حقا لصاحب الدين» غير تام، اذ حق البائع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۴۹

و فى باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دين مؤجل، فاسقط المديون الاجل، لم يسقط، و ليس للمستحق مطالبته فى الحال لان الاجل صفة تابعة، و الصفة لا تفرّد بالاسقاط، و لهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيّدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط.

و للشافعى وجهان، انتهى.

و يمكن ان يقال ان مرجع التأجيل فى العقد اللازم

لا يمنع من مطالبة البائع من المشترى معجّلا اذا اسقط المشترى حقه فى التأجيل

(و فى باب الشروط من التذكرة) قال: (لو كان عليه دين مؤجل، فاسقط المديون الاجل، لم يسقط) حتى يكون الدين حالا (و ليس للمستحق مطالبته فى الحال) بعد اسقاط المديون (لان الاجل صفة تابعة و الصفة لا- تفرّد بالاسقاط) فان الصفة لا تنفك عن الموصوف (و لهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيّدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط) حتى ينتقل الى ذمة الدائن الحنطة الرديئة و الدنانير المكسّرة.

(و للشافعى وجهان) و هما: السقوط لانه منفك عرفا عن الموصوف و عدم السقوط لان الصفة لا تفرّد بالاسقاط (انتهى) كلام

التذكرة.

اقول: لكن الظاهر السقوط فى الموردين لانه حق عرفا و لا مانع من سقوطه.

و حديث ان الصفة لا تنفك عن الموصوف انما هو فى الامور الخارجية تبعا لمسألة استحالة انتقال العرض، اما فى الامور الاعتبارية فلا بأس بذلك.

قال المصنف: (و يمكن ان يقال ان مرجع التأجيل فى العقد اللازم)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵۰

الى اسقاط حق المطالبة فى الاجل، فلا يعود الحق باسقاط التأجيل

و الشرط القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله.

الا ترى انه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب، لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد،

الّذى هو محل الكلام (الى اسقاط حق المطالبة فى الاجل) اى فى المدة بين العقد و بين الوقت المضروب بان لا يطالب الى شهر فيما اذا جعل الاجل شهرا (فلا يعود الحق) الى البائع- اى حقه فى الطلب العاجل- (باسقاط) المديون (التأجيل).

و الحاصل: ان البائع له حق المطالبة عاجلا، فاذا اسقط هذا الحق بسبب جعل الثمن مؤجّلا فلا يرجع إليه هذا الحق باسقاط المديون الاجل اذ: رجوع الحق يحتاج الى دليل مفقود فى المقام.

(و) ان قلت: الاجل شرط، و الشرط يمكن اسقاطه.

قلت: (الشرط القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه) اى لاسقاط ذلك الحق (بعد جعله) كان يشترط ان يخيط البائع ثوبه، فان خياطة الثوب حق للمشترى قابل للاسقاط اما ما نحن فيه فليس كذلك فان التأجيل ليس اثبات حق، بل هو اسقاط حق، فالثابت قابل للاسقاط اما الساقط فليس قابلا للاثبات.

(الا ترى انه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب، لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد) فلا يصح للبائع الّذى تبرأ من العيوب ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵۱

و لم تعدّ العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط.

و اما ما ذكره من ان لصاحب الدين حقا فى الاجل، فدلالته على المدعى موقوفة على ان الشرط الواحد اذا انحل الى حق لكل من المتبايعين لم يجز لاحدهما اسقاطه، لان الفرض اشتراكهما فيه، و لم يسقط الحق بالنسبة الى نفسه لانه حق واحد يتعلق بهما، فلا يسقط الا باتفاقهما الّذى

يسقط شرط التبرّى (و) انه اذا قال: اسقطت شرطى، كان قوله لغوا، و (لم تعدّ العيوب مضمونة) على البائع (كما لو كانت) العيوب مضمونة (بدون الشرط) اى لم تعدّ كحالتها السابقة.

(و اما ما ذكره) جامع المقاصد (من ان لصاحب الدين حقا فى الاجل) و لذا لا يحق للمديون اسقاطه، و هذا دليل على انه لا يحق للمديون اسقاط الاجل الا بالتقايل بان يتفقا الدائن و المديون، على اسقاط الاجل (فدلالته على المدعى) و هو ان الاجل لا يسقط باسقاط المديون وحده (موقوفة على ان الشرط الواحد اذا انحل الى حق لكل من المتبايعين لم يجز لاحدهما اسقاطه).

و انما لم يجز لاحدهما اسقاطه (لان الفرض اشتراكهما) اى المتبايعين (فيه) اى فى ذلك الشرط.

مثلا: اذا شرطا التسليم فى مكان كذا لا يحق لاحدهما فقط اسقاط هذا الشرط، فاحدهما المسقط للشرط المشترك لم يسقط الحق بالنسبة الى شريكه (و لم يسقط الحق بالنسبة الى نفسه) أيضا (لانه حق واحد يتعلق بهما، فلا يسقط الا باتفاقهما) ذلك الاتفاق (الّذى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵۲

عبّر عنه بالتقايل، و معناه الاتفاق على اسقاط الشرط الراجع إليهما.

فلا يرد عليه منع صحة التقايل فى شروط العقود، لا فى انفسها.

نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه، لان الحق معلق بغيرهما.

و ما ذكره حسن، لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل او لم يثبت التعدد، فيرجع الى اصالة

عبّر) جامع المقاصد (عنه بالتقايل، و) التقايل هنا (معناه الاتفاق) بين الطرفين (على اسقاط الشرط الراجع إليهما) «الراجع» صفة «الشرط»

(فلا- يرد عليه منع صحة التقايل فى شروط العقود، لا فى انفسهما) اى انفس العقود، فنمنع التقايل فى الشرط، اما فى العقد فلا نمنع التقايل فيه.

(نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر) و شبهه، و هذا ما ذكره جامع المقاصد فى آخر كلامه (لم ينفع اتفاقهما على سقوطه، لان الحق) و هو التأجيل (معلق بغيرهما) و هو الله سبحانه.

(و ما ذكره) من ان التأجيل حق واحد لهما فلا يصح اسقاط احدهما لهذا الحق (حسن، لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل) بان نعلم انه حق واحد، لكن الظاهر انه حقان حق للبائع و حق للمشترى و ان لكل واحد منهما اسقاطه حقه، بدون التوقف على اسقاط الطرف الآخر (او لم يثبت التعدد) فى حق التأجيل بان لم نعلم انه حق واحد او متعدد (فيرجع) عند الشك فى انه هل سقط باسقاط احدهما، أم لا؟ (الى اصالة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵۳

عدم السقوط، لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

ثم ان المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط، بان الاجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط و لذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيّدة او الدنانير الصحاح الجودة او الصحة لم يسقط

عدم السقوط، لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل).

لعله اشارة الى ان ارجاع التأجيل الى اسقاط حق المطالبة مسامحة

ثم تبين مما ذكرنا ان المصنف يقول بان حق التأجيل لا يسقط لانه عبارة عن اثبات الحق بعد اسقاطه.

و العلامة يقول بانه حق التأجيل لا يسقط لانه صفة و الصفة لا تسقط بدون الموصوف.

و المحقق الثانى يقول بان حق التأجيل لا يسقط باسقاط احدهما لانه حق لهما فلا يسقط باسقاط احدهما.

و فى الكل نظر، و قد اشار المصنف الى النظر فى الاول بقوله «فتأمل»

و اشار الى النظر فى الثالث بقوله «لكن الظاهر تعدد الحق».

كما انا اشرنا الى النظر فى الثانى عند تعليقنا بعد قوله «و للشافعى وجهان».

(ثم ان المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط، بان الاجل صفة تابعة) للدين (لا يفرد بالاسقاط) لان الصفة لازمة للموصوف لا تنفك عنه (و لذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيّدة او الدنانير الصحاح الجودة او الصحة لم يسقط) بل الواجب على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۵۴

انتهی.

و هذا لا دخل له بما ذکره جامع المقاصد.

المدیون اعطاء الحنطة الجیّدة و الدنانیر الصحاح (انتهی).

و لا یخفی ان هذا من المصنف تکرار لما ذکره قبل اسطر.

و قد عرفت ان الظاهر سقوط الاجل و سقوط الصحة و الجودة.

(و) کیف کان، ف (هذا) الّذی ذکره التذکرة (لا دخل له بما ذکره جامع المقاصد) لان جامع المقاصد علّل عدم السقوط بوحدة الحق- کما تقدم شرح ذلک-.

ثم انه لو اسقط ذو الحق حقه فی الاجل، ثم اراد ارجاعه لم یرجع و لو بموافقة الطرف الثانی، اذ هو تبانی خارج العقد، و لا دلیل علی لزوم التبانی اذا لم یکن فی ضمن عقد او نحوه.

و کذا اذا لم یجعلا الاجل فی العقد ثم ارادا بعد العقد جعل الاجل لم یلزم، فلکل منهما رفع الید عنه، و الله العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۵۵

مسئلة اذا کان الثمن بل کل دین حالا او حلّ، وجب علی مالکه قبوله عند دفعه إلیه،

لان فی امتناعه اضرارا و ظلما، اذ لا حق له علی من فی ذمته فی حفظ ماله فی ذمته، و الناس مسلطون علی انفسهم.

و توهم عدم الاضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاکم مع امتناعه او عزله و

(مسألة: اذا کان الثمن بل کل دین حالا او حلّ) اجله- بعد ان کان مؤجّلا- (وجب علی مالکه قبوله عند دفعه إلیه).

و انما یجب القبول (لان فی امتناعه) عن القبول (اضرارا) بالمدیون و لا ضرر و لا ضرار (و ظلما) لانه تعدّ علی المدیون (اذ لا حق له) ای للمدیون (علی من) المال (فی ذمته) و هو المدیون (فی حفظ ماله) «فی» متعلق ب «لا- حق» فان الدائن لا حق له فی حفظ مال المدیون (فی ذمته، و الناس مسلطون علی انفسهم) فاذا تمکن الدائن ان یجبر المدیون علی حفظ ماله الّذی هو فی ذمة المدیون، کان ذلک خلاف سلطنة المدیون علی نفسه، لان معناه ان ذمة المدیون تحت سلطة الدائن.

(و توهم عدم الاضرار و الظلم) من الدائن بالنسبة الی المدیون (لارتفاعه) ای کل من الاضرار و الظلم (بقبض الحاکم) مال المدیون (مع امتناعه) ای فیما اذا امتنع الدائن من القبض، فلا یبقی المال فی ذمة المدیون حتی یکون ضررا علیه (او عزله) ای عزل المدیون مقدار مال الدائن من امواله (و) یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۵۶

ضمانه علی مالکه.

مدفوع بان مشروعیة قبض الحاکم او العزل انما تثبت لدفع هذا الظلم و الاضرار المحرّم عن المدیون و لیس بدلا اختیاریا حتی یسقط الوجوب عن المالک لتحقق البدل.

الا تری انّ من یجب علیه بیع ماله لنفقة عیاله لا یسقط عنه الوجوب لقیام الحاکم مقامه فی البیع.

(ضمانه) ای ضمان المال بعد العزل (علی مالکه) ای الدائن فاذا تلف المال لم یکن ضررا علی المدیون.

(مدفوع بان مشروعیة قبض الحاکم او العزل) اذا لم یمکن قبض الحاکم (انما تثبت لدفع هذا الظلم و الاضرار المحرّم عن المدیون)

«عن» متعلق ب «دفع» اذ لو لم یکن ظلما و ضررا لم یجب علی الحاکم القبض و لا صحّ عزل المال (و لیس) قبض الحاکم و العزل (بدلا اختیاریا) عن قبض الدائن بان یکون هناک شقان- فی عرض واحد- قبض الدائن او قبض الحاکم (حتی یسقط الوجوب) ای وجوب القبض (عن المالک) «عن» متعلق ب «یسقط».

و انما یسقط (لتحقق البدل) العرضیّ الّذی هو قبض الحاکم.

(الا تری) مثال لوضوح ان الحاکم بدل طولی (انّ من یجب علیه بیع ماله لنفقة عیاله لا یسقط عنه الوجوب، لقیام الحاکم مقامه فی البیع) بل الحاکم بدل عنه فی طوله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۵۷

و کیف کان فاذا امتنع بغیر حق سقط اعتبار رضاه، لحدیث نفی الضرر، بل مورده کان من هذا القبیل، حیث ان سمرة ابن جندب امتنع من الاستیذان للمرور الی عذقه الواقع فی دار الانصاری، و عن بیعها فقال النبی صلی الله علیه و آله و سلم للانصاری: اذهب فاقلعها و ارم بها وجه صاحبها فاسقط ولایته علی ماله.

(و کیف کان فاذا امتنع) الدائن من قبول ماله (بغیر حق سقط اعتبار رضاه) فی قبضه (لحدیث نفی الضرر) فانه حیث کان ابقاء الدین ضررا علی المدیون، کان له ان یلقی المال عند الدائن بحیث یصدق انه صار تحت سلطة الدائن، کان یلقیه امامه مع التفات الدائن او فی دکانه او فی جیبه او ما اشبه ذلک، لان ذلک کله وفاء عرفا (بل مورده) ای مورد حدیث: لا ضرر (کان من هذا القبیل، حیث ان سمرة ابن جندب امتنع من الاستیذان للمرور الی عذقه الواقع فی دار الانصاری، و عن بیعها) فانه کان له عذق فی دار رجل من الانصار، و کان یدخل الدار بلا استیذان مما یسبب اطلاعه علی اهل الانصاری، و لما اشتکاه الانصاری الی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم توسط الرسول فی ان یستأذن سمرة اذا اراد دخول الدار، فلم یقبل سمرة، ثم توسط الرسول صلی الله علیه و آله و سلم فی ان یبیع العذق، فلم یقبل أیضا (فقال النبی صلی الله علیه و آله و سلم للانصاری: اذهب فاقلعها و ارم بها وجه صاحبها) لانه: لا ضرر و لا ضرار (فاسقط) الرسول صلی الله علیه و آله و سلم (ولایته) ای ولایة سمرة (علی ماله) ای النخلة لما کانت ولایته ضرار علی الانصاری و هنا کذلک،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۵۸

و مقتضی القاعدة اجبار الحاکم له علی القبض، لان امتناعه اسقط اعتبار رضاه فی القبض الّذی یتوقف ملکه علیه، لا اصل القبض الممکن تحققه منه کرها.

مع کون الاکراه بحق بمنزلة الاختیار، فان تعذر مباشرته و لو کرها، تولاه الحاکم، لان السلطان ولیّ الممتنع

فان تصرف المدیون فی مال الدائن بإلقائه امامه تصرف فی ملک الدائن و مخالف لسلطته، لکن لما کان الدائن مضارا سقطت هذه السلطة عنه.

(و مقتضی القاعدة اجبار الحاکم له) ای للدائن (علی القبض) اذ کان للدائن امران، القبض، و الرضا بالقبض (لان امتناعه) ای الدائن عن القبض (اسقط اعتبار رضاه فی القبض) ذلک القبض (الّذی یتوقف ملکه) ای ملک الدائن (علیه) ای علی ذلک القبض (لا) انه اسقط (اصل القبض الممکن تحققه) ای تحقق ذلک القبض (منه) ای من الدائن (کرها) «منه» متعلق ب «تحققه» هذا.

(مع کون الاکراه بحق بمنزلة الاختیار) و لذا ثبت فی الشریعة فی کل مورد ابی من علیه الحق بدفع الحق عن اختیاره.

ثم الظاهر ان القائه امامه او فی جیبه مقدم علی جبر الحاکم له، لان الالقاء بمنزلة القبض عرفا (فان تعذر مباشرته) ای قبض المدیون (و لو) قبضا (کرها تولاه) ای تولی القبض (الحاکم، لان السلطان ولیّ الممتنع) فان القاضی و الحاکم هو الّذی یتولی هذه الامور.

فاذا جعل الشارع انسانا قاضیا و حاکما کان معناه انه له ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۵۹

بناء علی ان الممتنع من یمتنع، و لو مع الاجبار.

و لو قلنا انه من یمتنع بالاختیار جاز للحاکم تولی القبض عنه من دون الاکراه و هو الّذی رجحه فی جامع المقاصد.

و المحکی عن اطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاکم.

و انما قدمنا اجباره بالاخذ علی اخذ الحاکم (بناء علی ان الممتنع) الّذی یکون السلطان ولیّا له هو (من یمتنع، و لو مع الاجبار) فلا یقبل حقه لا اختیارا و لا اجبارا.

(و) اما (لو قلنا انه) ای الممتنع الّذی یقوم الحاکم مقامه (من یمتنع و لو مع الاجبار) فلا یقبل حقه لا اختیارا و لا اجبارا.

(و) اما (لو قلنا انه) ای الممتنع الّذی یقوم الحاکم مقامه (من یمتنع بالاختیار) فقط (جاز للحاکم تولی القبض عنه من دون الاکراه).

فاذا لم یقبل الدائن ان یأخذ ماله بالاختیار جاء دور الحاکم فیقبضه عنه (و هو) ای ما ذکرناه بقولنا «و لو قلنا» (الّذی رجحه فی جامع المقاصد)

(و) لکن (المحکی عن اطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاکم) اصلا، ففی المسألة اقوال ثلاثة.

الاول: اعتبار الحاکم بعد امتناع المدیون و عدم امکان اجباره.

الثانی: اعتباره بعد امتناع المدیون.

الثالث: انه لا یجب علی المدیون تسلیم المال الی الحاکم، و قالوا بانه لو هلک المال کان من کیس المدیون الممتنع بدون ذکرهم للحاکم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۰

و لیس للحاکم مطالبة المدیون بالدین اذا لم یسأله لعدم ولایته علیه، مع رضا المالک بکونه فی ذمته.

و عن السرائر وجوب القبض علی الحاکم عند الامتناع و عدم وجوب الاجبار، و استبعده غیره، و هو فی محله.

(و) هنا مسئلة اخری هی انه (لیس للحاکم مطالبة المدیون بالدین اذا لم یسأله) الدائن.

فاذا طلب الدائن من الحاکم ان یطالب المدیون بدینه وجب علی الحاکم، و الا لم یکن للحاکم المطالبة تبرعا من نفسه (لعدم ولایته) ای الحاکم (علیه) ای علی الطلب من المدیون (مع رضا المالک) الدائن (بکونه) ای الدین (فی ذمته) ای ذمة المدیون.

فاذا کان المدیون ممتنعا عن الاداء و لم یطلب الدائن من الحاکم قبض المال عن المدیون لم یکن للحاکم ان یقبضه عنه.

(و) لکن (عن السرائر وجوب القبض) ای قبض المال من المدیون (علی الحاکم عند الامتناع) ای امتناع المدیون عن الاداء، و ان لم یطلب الدائن من الحاکم ان یقبض المال عن المدیون (و عدم وجوب الاجبار) ای لا یجب علی الحاکم اجبار المدیون علی اداء دینه، بل اذا لم یدفع المدیون قبضه الحاکم بنفسه.

و یحتمل ان السرائر یرید بهذا ما ذکره جامع المقاصد حیث قلنا «و هو الّذی رجحه جامع المقاصد» (و استبعده) ای ما ذکره السرائر (غیره و هو) ای الاستبعاد (فی محله).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۱

و لو تعذر الحاکم فمقتضی القاعدة اجبار المؤمنین له عدولا کانوا، أم لا لانه من المعروف الّذی یجب الامر به علی کل احد.

فان لم یمکن اجباره ففی وجوب قبض العدول عنه نظر، اقواه العدم

اذ لا وجه لتدخل الحاكم بين الدائن و المديون اذا لم يطلب منه الدائن فانه خلاف سيرة الحكام، فانهم يتدخلون فى حلّ المشاكل اذا راجعهم احد.

اللهم الا ان يقال: ان نظر السرائر الى وجوب دفع المنكر الّذى يمارسه المديون لانه يمنع الحق عن اهله.

(و لو تعذر الحاكم) اما لانه لا وجود للحاكم فى البلد، او ان الحاكم لا يقدم لمحذور له فى الاقدام (فمقتضى القاعدة اجبار المؤمنين له) اى للدائن بان يأخذ دينه (عدولا كانوا، أم لا).

و انما وجب عليهم (لانه من المعروف الّذى يجب الامر به على كل احد) فان الدائن بسبب عدم قبض ماله عاص.

(فان لم يمكن اجباره ففى وجوب قبض العدول عنه نظر).

من انّ العدول قائمون مقام الحاكم فيجب.

و من انه بالامكان عزل نفس المديون لماله و حفظه عنده، فلا حاجة الى العدول (اقواه العدم).

و ربما يقال: انه اذا كان من المعروف الّذى يجب الامر به على كل احد لم يلزم الحاكم من اوّل الامر أيضا بسبب عموم ادلة الامر، و لذا تمكن المدين من اجبار الدائن.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۶۲

و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون ان يعزل حقه، و يجعله امانة عنده.

فان تلف فعلى ذى الحق، لان هذه فائدة العزل و ثمرة الغاء قبض ذى الحق،

نعم اذا كان فى اجباره له فساد، احتاج الى اذن الحاكم.

(و حينئذ) اى حين كان الاقوى العدم من جهة انه لا فرق بينه و بين العدول فى بقاء المال عنده او عندهم فلما ذا يكلف العدول بأخذ المال و الحال ان الاصل عدم وجوبه عليهم (فطريق براءة ذمة المديون ان يعزل) المديون (حقه) اى حق الدائن فى شيء شخصى.

و انما يجوز له العزل مع ان مقتضى القاعدة الكلى لا يكون شخصيا الا بقبض صاحب الحق، لان البقاء فى ذمة المديون ضرر عليه فدليل:

لا ـ ضرر، يسقط وجوب البقاء فى ذمة المديون، و يسقط وجوب القبض فى تشخيص الكلّى فى المقام، و ذلك كما اذا تمكن من القائه عنده حيث سلطة الدائن.

و يدل عليه حديث سمرة حيث قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم:

ارم به وجهه، مع انه لم يقبضه باليد (و) اذا عزل حقه (يجعله) المديون (امانة عنده) اى عند نفسه.

(فان تلف) المال بدون تعدّ او تفريط (فعلى ذى الحق) الّذى هو الدائن (لان هذه) اى كون التلف على ذى الحق (فائدة العزل و ثمرة الغاء قبض ذى الحق).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۶۳

و لكن لم يخرج عن ملك مالكه، لعدم الدليل على ذلك.

فان اشتراط القبض فى التمليك لا يسقط بادلة نفى الضرر، و انما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان.

و حينئذ فنماء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا

حيث ان «لا ضرر» الغى «قبض الدائن» فان وجوب اقباضه ضرر على المديون ببقاء المال فى ذمة المديون و اشتغال ذمته به (و لكن)

بالعزل (لم یخرج) المال المعزول (عن ملک مالکه) بل یبقی فی ملک المـدیون (لعـدم الدلیل علی ذلک) ای علی خروجه عن ملک المدیون، فهو ملک له و انما افاد العزل کون تلفه علی الدائن.

(فـان اشتراط القبض فی التملیـک لا یسـقط بادلـهٔ نفی الضـرر، و انما یسـقط بها) ای بادلـهٔ نفی الضـرر (ما یوجب التضـرر) ای ضـرر المدیون (و) ما یوجب (هو الضمان).

و الحاصل: ان القبض له ثمرتان و هما: کون التلف من مال القابض و کون المال للقابض.

فدلیل: لا ضرر، یرفع القبض بالنسبهٔ الی الحکم الاول، لا الحکم الثانی- لان فی الحکم الاول ضرر لا فی الحکم الثانی-.

(و حینئـذ) ای حین لم یخرج الشیـء المشـخص من ملک المـدیون (فنماء المعزول) یکون (له) ای للمـدیون (و قاعـدهٔ مقابلهٔ الخراج بالضمان) حیث دلّ الدلیل علی ان الخراج بالضمان (غیر جاریهٔ هنا) فالخراج للمدیون و الضمان علی الدائن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۴

و قد یستشکل فی الجمع بین الحکم ببقاء ملکیهٔ الدافع و کون التلف من ذی الحق.

و وجهه ان الحق المملوک لصاحب الدین ان تشخص فی المعزول کان ملکا له، و ان بقی فی ذمهٔ الدافع لم یمکن تلف المعزول منه، اذ لم یتلف ماله.

و یمکن ان یقال: ان الحق قـد سـقط من الذمـهٔ و لم یتشـخص بالمعزول و انما تعلق به تعلق حق المجنی علیه برقبهٔ العبد الجانی فبتلفه یتلف الحق،

(و قد یستشکل فی الجمع بین الحکم ببقاء ملکیهٔ الدافع) علی المال المعزول (و) بین (کون التلف من ذی الحق) و هو الدائن.

(و وجهه) ای وجه الاستشـکال (ان الحق المملوک لصاحب الـدین) ای الـدائن (ان تشـخص فی المعزول کان) المعزول (ملکا له) ای للدائن فنماؤه له أیضا (و ان بقی) الحق (فی ذمهٔ الدافع لم یمکن تلف المعزول منه) ای من الدائن (اذ لم یتلف ماله) ای مال الدائن، و انما تلف مال المدیون.

(و یمکن ان یقال) فی وجه الجمع بین الحکمین (ان الحق قد سـقط من الذمهٔ) لان بقائه فی الذمهٔ ضـرر علی المدیون (و لم یتشخص بالمعزول) اذ: الاصل عـدم التشـخص الا بالقبض (و انما تعلق) الحق (به) ای بالمعزول مثل (تعلق حق المجنی علیه برقبهٔ العبد الجانی) حیث انه لم یصبح ملکه فلم یخرج من ملک مالکه، و انما صار متعلقا لحقه (فبتلفه یتلف الحق) فلا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۵

و مع بقائه لا یتعین الحق فیه فضلا عن ان یتشخص به.

و یمکن ان یقال: بانه یقدر آنا مّا قبل التلف فی ملک صاحب الدین ثم ان الظاهر جواز تصرفه فی المعزول،

حق للمجنی علیه (و مع بقائه) ای بقاء العبد (لا یتعین الحق فیه).

فـان لمالک العبـد ان یفک رقبـهٔ العبـد بمال آخر (فضـلا عن ان یتشـخص به) فلا یکون العبـد مصـداقا لحق المجنی علیه حتی یکون کسائر اموال المجنی علیه.

(و یمکن ان یقال) هـذا وجه آخر فی الجمع بین کون المعزول باق علی ملک الـدافع و کون التلف من ملک الدائن (بانه یقدر آنا مّا قبل التلف فی ملک صاحب الدین) حتی یکون تلفه علیه.

و انما نقول بالملک الآنامائی، لانه مقتضـی الجمع بین الدلیلین و هما دلیل: لا ضرر، المقتضی لخروج الحق من ذمهٔ المدیون، و دلیل: سلطهٔ النـاس علی اموالهم، المقتضـی لبقاء المعزول فی ملک العازل، و دلیل ان التلف یکون من ملک من تلف فی ملکه لا من ملک

انسان آخر.

لکن لا یخفی الاشکال فی ما ذکره المصنف، بل مقتضی القاعدة ان یکون المعزول ملکا للمدیون و له جمیع آثار الملک.

(ثم ان الظاهر) لدی المصنف (جواز تصرفه) ای المدیون (فی المعزول) لانه لم یصبح ملکا للدائن بالعزل، بل صار متعلق حقه فقط، بحیث ان تلفه من کیس الدائن فقط.

فسائر الآثار کلها تترتب علی هذا المعزول مثلما کانت تترتب قبل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۶، ص: ۶۶

فینتقل المال الی ذمته لو اتلفه.

و مقتضی القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف لان شرعیة عزله، و کون تلفه من مال صاحب الدین انما جاء من جهة تضرر المدیون ببقاء ذمته مشغولة.

و تکلیفه بحفظ المعزول اضرّ علیه من حفظ اصل المال فی الذمة.

و عن المحقق الثانی انه یتّجه الفرق بین ما اذا عرضه علی المالک بعد تعیینه.

العزل (فینتقل المال الی ذمته) ای ذمة المدیون (لو اتلفه) المدیون کسائر اموال الناس اذا اتلفها انسان آخر.

(و مقتضی القاعدة عدم وجوب حفظه) ای حفظ المعزول (من التلف) فلیس کسائر الامانات.

و انما لا یجب حفظه (لان شرعیة عزله، و کون تلفه) بلا تعدّ و لا تفریط (من مال صاحب الدین) للملک الآنامائی الّذی تقدم (انما جاء من جهة تضرر المدیون ببقاء ذمته مشغولة) و لذا جاز نقله من الذمة الی الخارج، کما ان کون تلفه علی المدیون ضرر علیه، و لذا قلنا بالملک الآنامائی.

(و) من المعلوم ان (تکلیفه) ای تکلیف المدیون (بحفظ المعزول اضرّ علیه من حفظ اصل المال فی الذمة) اذ الذمة لا تحتاج الی مئونة بخلاف المال الخارجی، فدلیل: لا ضرر، یقتضی جواز اتلاف المدیون له.

(و عن المحقق الثانی) التفصیل فی ضمان المدیون اذا تلف المال حیث ذکر (انه یتّجه الفرق بین ما اذا عرضه علی المالک بعد تعیینه) فی

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‏۱۶، ص: ۶۷

و لم یأته به، لکن اعلم بالحال و بین ما اذا اتاه و طرحه عنده فینتفی وجوب الحفظ فی الثانی، دون الاول.

و لعلّ وجهه ان المبرئ للعهدة التخلیة و الاقباض المتحقق فی الثانی، دون الاول، و سیجیء فی مسألة قبض المبیع ما یؤیّده.

و عن المسالک: انه مع عدم الحاکم یخلی بینه و بین ذی الحق و تبرأ ذمته، و ان تلف.

الخارج (و لم یأته به، لکن اعلم بالحال) بان جاء المدیون الی الدائن، و قال ما کنت تطلبه منی عینته فی هذه الدنانیر الموضوعة فی دکانی (و بین ما اذا اتاه) بطلبه الّذی عینه (و طرحه عنده فینتفی وجوب الحفظ فی الثانی) حیث طرحه عنده (دون الاول) حیث لم یأته به، و انما اعلمه فقط فیجب علی المدیون حفظه.

(و لعلّ وجهه) ای وجه الفرق (ان المبرئ للعهدة التخلیة، و الاقباض المتحقق) کل منها (فی الثانی) لان الطرح عنده نوع من الاقباض عرفا (دون الاول) حیث ان مجرد الاعلام لیس اقباضا (و سیجیء فی مسألة قبض المبیع ما یؤیّده) لکن یلزم تقییده بما اذا کان الطرح یعد قبضا عرفا.

(و عن المسالک: انه) اذا امتنع الدائن ان یقبض ماله من المدیون ف (مع عدم الحاکم یخلی بینه) ای بین المال (و بین ذی الحق) ای

الدائن (و تبرأ ذمته) ای ذمة المدیون (و ان تلف) لان المدیون لا یکلف بأکثر من ذلک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۸

و کذا یفعل الحاکم لو قبضه ان لم یتمکن من الزامه بالقبض.

ثم ان المحقق الثانی ذکر فی جامع المقاصد بعد الحکم بکون تلف المعزول من صاحب الدین الممتنع من اخذه ان فی انسحاب هذا الحکم فیمن اجبره الظالم علی دفع نصیب شریکه الغائب فی مال علی جهة الاشاعة بحیث یتعین المدفوع للشریک و لا یتلف منهما

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۶، ص: ۶۸

(و کذا یفعل الحاکم) فیخلی بین المال و بین الدائن (لو قبضه) الحاکم (ان لم یتمکن من الزامه بالقبض) لان الدائن عاند فی عدم اخذ المال.

و اطلاقه یقتضی عدم الفرق بین ان یکون المال عین مال الدائن، او دینا شخصه المدیون فی فرد خاص.

(ثم ان المحقق الثانی ذکر فی جامع المقاصد بعد الحکم بکون تلف) الشیء (المعزول من صاحب الدین) و هو الدائن (الممتنع من اخذه) قال (ان فی انسحاب هذا الحکم) ای کون التلف من المعزول لاجله (فیمن اجبره الظالم علی دفع نصیب شریکه الغائب فی مال) متعلق ب «شریکه» شرکة (علی جهة الاشاعة) فهل ینسحب هذا الحکم (بحیث یتعین المدفوع للشریک) بسبب هذا الدفع (و لا یتلف) اذا تلف المدفوع (منهما)

مثلا کان زید و عمرو شریکان فی صاع حنطة، فسافر عمرو و اجبر الظالم زیدا ان یعزل نصیب عمرو، فاضطرّ الی عزل نصف الحنطة، ثم تلف ذلک النصف بدون تعد و لا تفریط من زید، فهل هذا التالف یذهب من کیسهما لعدم اعتبار التوزیع- اذ لیس برضا الشریک- او یذهب من کیس الغائب

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۶۹

ترددا.

و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و اخذ قدر نصیب الشریک، لم اجد للاصحاب تصریحا بنفی و لا اثبات مع ان الضرر هنا قائم أیضا.

و المتّجه عدم الانسحاب انتهی.

و حکی نحوه عنه فی حاشیة الارشاد من دون فتوی.

فقط، لان دلیل: لا ضرر، یقول بان الشریک الموجود لا یلزم علیه تحمل ضرر الجابر، فتقسیمه صحیح، و المال المعزول اصبح ملکا للشریک الغائب فاذا تلف ذهب من کیس الغائب فقط.

و قوله (ترددا) اسم ل «ان فی انسحاب الحکم».

(و مثله) فی التردّد (لو تسلط الظالم بنفسه و اخذ قدر نصیب الشریک) فهل یتعین المأخوذ للشریک فقط، أم منهما حتی یکون النصف الباقی مشترکا بینهما.

قال المحقق الثانی: (لم اجد للاصحاب تصریحا بنفی و لا اثبات مع ان الضرر هنا) ای فی الفرعین (قائم أیضا) کما کان قائما فی ما اذا امتنع الدائن من اخذ دینه.

(و المتّجه عدم الانسحاب انتهى) هناك اذ فرق بين الدائن الممتنع حيث انه بامتناعه ضيّع حق نفسه، بخلاف المقام، اذ ليس للشريك الغائب تقصير.

(و حكى نحوه) اى نحو هذا التردّد (عنه) اى عن المحقق الثانى (فى حاشية الارشاد من دون فتوى) على احد طرفى المسألة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۰

اقول اما الفرع الثانى فلا وجه لالحاقه بما نحن فيه، اذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم فى التعيين، فاذا اخذ جزء خارجيا من المشاع فتوجيه هذا الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، كما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الدين، بنية انه مال الغريم.

و اما الفرع الاول فيمكن ان يقال: بان الشريك لما كان فى معرض

(اقول اما الفرع الثانى) و هو ما لو غصب الظالم بنفسه (فلا وجه لالحاقه بما نحن فيه) من انه يذهب من كيس المعزول لاجله (اذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم فى التعيين) اى تعيين الجزء الّذى اخذه ليكون خاصا بشريكه الغائب (فاذا اخذ) الظالم (جزء خارجيا من المشاع فتوجيه هذا الضرر الى من نواه الظالم) اى الشريك الغائب (دون الشريك) الحاضر (لا وجه له).

فان لا ضرر كما يتوجه الى الشريك الحاضر، كذلك يتوجه الى الشريك الغائب.

و لا يقاس ذلك بما اذا غصب الظالم مال الظالم المودع عند الودعى حيث انه يذهب من كيس المودع، اذا لضرر متوجه الى المودع، لا الى الودعى (كما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الدين، بنية انه مال الغريم) فانه لا يكون مال الغريم، اذ نية الظالم لا توجب فراغ ذمة المديون.

(و اما الفرع الاول) و هو ما لو اخذ الظالم بنية حصة الشريك الغائب من المال المشترك (فيمكن ان يقال: بان الشريك) الحاضر (لما كان فى معرض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۱

التضرّر لاجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة.

لكن فيه ان تضرره انما يوجب ولايته على القسمة، حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه بان لا يكون حصة الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما فى الفرض، و الا فلا ترجيح لاحد الضررين.

مع ان التمسك بعموم نفى الضرر فى موارد الفقه من دون انجباره

التضرّر لاجل مشاركة شريكه) اذ الضرر متوجه أولا و بالذات الى الشريك الغائب، فالقول بان ما يأخذه الظالم يذهب من كيسهما ضرر يتوجه الى الشريك الحاضر من جهة الشريك الغائب (جعل له ولاية القسمة) فيفرز قسمة الشريك عن قسمة نفسه فيأخذه الظالم فيكون حاله حال ما اذا اخذ الظالم مال الودعى.

(لكن فيه ان تضرره) اى تضرر الشريك الحاضر (انما يوجب ولايته على القسمة، حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه).

كما انه اذا كان المال كثيرا اخذ الظالم كله اما اذا قسم الى قسمين لا يأخذ الظالم شيئا فانه يصح له التقسيم حذرا من الظالم، فان القسمة لا توجب تضرر الشريك الغائب (بان لا يكون حصة الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما فى الفرض) فانها تتلف بمجرد القسمة لاخذ الظالم اياها (و الا) فلو كانت القسمة موجبة لتلف مال الشريك بمجرد القسمة (فلا ترجيح لاحد الضررين) على الآخر و هما ضرر الشريك الحاضر و ضرر الشريك الغائب هذا أولا و ثانيا.

(مع ان التمسك بعموم نفى الضرر فى موارد الفقه من دون انجباره

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۲

بعمل بعض الاصحاب يؤسّس فقها جديدا.

بعمل بعض الاصحاب يؤسّس فقها جديدا) فان كل حاسد يتضرر نفسيا بارتفاع المحسود.

و من الواضح انه لا يحرم على المحسود العمل بما يزيد الحاسد حسدا و ضررا، و كذلك كل كاسب اذا ارتفع يتضرر به جيرانه حيث ان المشترين يلتفون حوله، و هكذا كل من فتح دكانا جديدا الى جنب دكانين من نفس الصنف فان فى ذلك ضررا على جيرانه، و كل انسان بنى داره اعلى يمنع قدرا من الهواء و الستر بالنسبة الى دار جاره، و كل من بنى فى ساحة كان ضررا على اطراف الساحة لمنعه الفضاء عنهم، الى غير ذلك.

لكن الظاهر انه لا يمكن اسقاط دليل: لا ضرر، بمثل هذا المحذور بل اللازم ان نقول يتمسك به مطلقا الا فيما علم خروجه بنصّ او اجماع او ما اشبه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۳

مسئلة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

لا- خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره، فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال، بل مطلق الدين بازيد منه، لانه ربا، لان حقيقة الربا فى القرض راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض، و تأخيره المطالبة الى اجل.

فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا

(مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق) اى يظهر من الحدائق عدم الخلاف (المصرّح به فى غيره) اى فى غير الحدائق (فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال، بل مطلق الدين) و ان لم يكن ثمن كالمهر الغائب و القرض و ما اشبه (بازيد منه) كان يطلب زيد من عمرو دينارا ليعطيه اياه اوّل الشهر فيقول له امهلنى الى وسط الشهر اعطيك دينارا و نصفا (لانه ربا) قرضى، فان الربا فى القرض هو ان يزيد القدر المستحق لاجل الاجل فيعطيه دينارا ليأخذ منه دينارا و نصفا بعد شهر مثلا (لان حقيقة الربا فى القرض راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض، و تأخيره) اى المقرض (المطالبة الى اجل) «و تأخير» عطف على «امهال».

(فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا).

فاذا تحقق مصداق الربا شملته ادلة تحريمه و لا يخصّ الربا بما قال المقرض من اوّل القرض اعطيك دينارا لتعطينى دينارا و نصفا، بل يشمل ما اذا كان له دين عليه فقال- بعد ذلك- امهلك شهرا اضافيا فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۴

فان اهل العرف لا يفرقون فى اطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى اوّل المداينة، كان يقرضه عشرة، باحد عشر الى شهر، و بين ان يتراضيا بعد الشهر الى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد، و هكذا

مقابل زيادة ما (فان اهل العرف لا يفرقون فى اطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى اوّل المداينة) و القرض (كان يقرضه عشرة، ب) مقابل ان يردّ إليه (احد عشر الى شهر) مثلا (و بين ان يتراضيا بعد الشهر) من الدين (الى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد، و هكذا) سائر الامثلة التى هى من هذا القبيل.

فان الشارع لما اراد تعميم العمل بين الناس حرم فائدة النقود، فان العمل هو المثمر لا النقود وحدها، و لذا لم يجز ان يعطى واحدا

لیأخذ بعد شهر اثنین و انما جازت المضاربة، لانها عمل، و یحتمل فیها الضرر و الربح لهما، اما اذا اعطاه واحدا و اراد منه اثنین فاما ان یکون المقترض اخذ القرض لاجل سدّ حاجته، فاستغلاله من ابشع انواع الاستغلال، و اما ان یکون اخذ القرض لاجل التجارة فلا یخلو اما ان یربح او ان یخسر، او لا ربح و لا خسارة، فان اخذ المقرض الزیادة فی حالتی الخسارة أولا ربح و لا خسارة فقد ظلمه، و انما له حق الزیادة فی حال ان یربح فقط و هو مقتضی المضاربة الشرعیة، هذا کله فی ربا القرض.

اما ربا المعاملة فلان الجنس فی مقابل الجنس لا فی مقابل ازید منه فاخذ الزیادة ظلم.

نعم یبقی سؤال انه لما ذا لا یکون الربا فی المعدود، و لما ذا یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۷۵

....

الربا فی الجنس و ان کان احدهما اجود من الآخر، و لما ذا تکون الحنطة و الشعیر مثلا جنس واحد، و لما ذا یکون الفرع و اصله جنس واحد.

و الجواب اما عن الاول فبان الاشیاء المعدودة اشیاء نادرة جدا و الربا فیها اندر، و لذا نری فی الاسواق الربویة العالمیة لیست نسبة الربا فی المعدود الی غیر المعدود الا کنسبة الواحد الی الملیون بل ابعد، و لذا اطلقه الشارع حتی لا یضیق الخناق علی الناس، فانه اذا اراد الشارع تحریم و ایجاب کل ما فیه ضرر ما او نفع ما کان الشارع من اعسر الشرائع و الّذی لا یطاق.

و لذا نراه اقتصر فی الایجاب و التحریم علی المواضع اللازمة، فان التعسیر سبب فی الغاء الشرع بکله، اذ الامر دائر بین الامر و النهی مائة فی مائة، و ذلک یوجب الالغاء مائة فی مائة، و بین الامر و النهی خمسین فی المائة و ذلک یوجب الاخذ مائة فی مائة.

و لا شک ان هذا افضل عقلا، فقد الزم الشارع ایجابا و تحریما ما فیه المصلحة الاکیدة فعلا و ترکا، و ترک الالزام فی سائر الموارد و ان کانت فیه مصلحة فی الجملة، و هذا هو سرّ تشریع المستحبات و المکروهات، و التقیة و العسر، و لا ضرر، و ما لا یعلمون، الی غیرها هذا بالنسبة الی «لا ربا فی المعدود».

و اما بالنسبة الی الربا فی الامثلة الثلاثة الاخر، فان ذلک من باب الحیاطة علی الحکم، فان الشارع احاط کثیرا من الاحکام بسیاج من الاحکام، و حالها بالنسبة الی الاحکام الاولیة حال القشرة بالنسبة الی الشجرة تحفظا علی الحکم اللّب، کما یفعله العقلاء فی قوانینهم و احکامهم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۷۶

بل طریقة معاملة الربا مستقرة علی ذلک.

بل الظاهر من بعض التفاسیر انّ صدق الربا علی هذا التراضی مسلّم فی العرف، و ان مورد نزول قوله تعالی- فی مقام الردّ علی من قال «إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبٰا، وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا»- هو التراضی بعد حلول الدین- علی تأخیره الی اجل بزیادة فیه.

فعن مجمع البیان، عن ابن عباس انه کان الرجل من اهل الجاهلیة اذا حلّ دینه علی غریمه فطالبه، قال المطلوب منه زدنی فی الاجل

قال صلی اللّه علیه و آله و سلم «فمن رعی حول الحمی اوشک ان یقع فیه»

و ما ذکرناه الماع الی الوجه العقلانی فی هذه الاحکام، و الکلام فی مسئلة الربا اطول، و انما اردنا الالماع الی بعض الفلسفة فی هذه الاحکام و ان کان خارجا عن موضوع الشرح (بل طریقة معاملة الربا مستقرة علی ذلک) بان یزاد فی الثمن لاجل الزیادة فی الاجل.

(بل الظاهر من بعض التفاسیر انّ صدق الربا علی هذا التراضی مسلّم فی العرف) فتشمله ادلة الربا (و ان مورد نزول قوله تعالی- فی مقام الردّ علی من قال «إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبٰا، وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا»- هو التراضی- بعد حلول الدین- علی تأخیره الی اجل) ثان

(بزيادة فيه) اى فى الدين.

(فعن مجمع البيان، عن ابن عباس انه كان الرجل من اهل الجاهلية اذا حلّ دينه على غريمه) اى المديون (فطالبه، قال المطلوب منه زدنى فى الاجل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۷

ازيدك فى المال فيتراضيان عليه و يعملان به، فاذا قيل لهم ربا، قالوا هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة فى الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الاجل عند حلول الدين سواء فذمهم اللّه و الحق بهم الوعيد، و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا.

ازيدك فى المال فيتراضيان عليه و يعملان به) اى بذلك التراضى (فاذا قيل لهم) هذا (ربا، قالوا هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة فى الثمن حال البيع) كان يقول: ابيعك الى ثلاثة اشهر بعشرين، بينما ثمنه النقد عشرة (و الزيادة فيه) اى فى الثمن (بسبب الاجل عند حلول الدين) كان يبيعه الى شهر بعشرة ثم اذا اراد مهلة شهرين قال باضافة عشرة أيضا (سواء) لان فى كلا الامرين الثمن عشرون، و المدة ثلاثة اشهر (فذمهم اللّه و الحق بهم الوعيد، و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا).

و لعلّ قوله تعالى «لٰا تَأْكُلُوا الرِّبَوا أَضْعٰافاً مُضٰاعَفَةً» اشارة الى هذا القسم، لانه يزيد فى الاجل بزيادة المقدار.

و قوله «لٰا يَقُومُونَ إِلّٰا كَمٰا يَقُومُ الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطٰانُ مِنَ الْمَسِّ» تشبيه للزيادة، كما انتهى الاجل الاول فكما ان «من يَتَخَبَّطُهُ» كلما اراد ان يقوم يسقط كذلك المرابى فكلما اراد ان يتخلص من الربا بان انتهى الاجل اضاف الاجل باضافة المقدار فسقط ثانيا.

ثم ان قولهم «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبٰا» قياس باطل، فان الانسان لا يشترى ما قيمته عشرة بمائة مثلا الى ثلاث سنوات، لكن اذا اشتراه

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۸

و يؤيّده بل يدل عليه حسنة ابن ابى عمير، او صحيحته، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: سئل عن الرجل يكون له دين الى اجل مسمّى فيأتيه غريمه فيقول: انقدنى كذا و كذا، واضع عنك بقيته، او انقدنى بعضه و أمدّ لك فى الاجل فيما بقى عليك قال: لا ارى به بأسا، ان لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ لٰا تَظْلِمُونَ وَ لٰا تُظْلَمُونَ.

علل جواز التراضى على

بعشرة ثم اضطر الى المدة جدد الزيادة، و هكذا حتى يكون مائة، فالزيادة المفرطة فى قيمة للشيء، لا يقرها العقلاء و انما صارت قيمة بالضغط و الاضطرار فليس البيع مثل الربا.

(و يؤيّده) اى ما ذكرناه من ان الزيادة بعد الاجل لاجل امهال جديد من الربا (بل يدل عليه حسنة ابن ابى عمير، او صحيحته، عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: سئل عن الرجل يكون له دين الى اجل مسمّى فيأتيه غريمه) اى الّذى يطلب منه (فيقول: انقدنى كذا و كذا، واضع عنك بقيته) مثلا: يطلبه مائة، فيقول: انقدنى تسعين واضع لك عشرة (او) يقول (انقدنى بعضه) كخمسين مثلا (و أمدّ لك فى الاجل فيما بقى عليك).

فمثلا: اذا كان الاجل الى شهر يقول امهلك بالنسبة الى الخمسين الباقية الى شهرين (قال: لا ارى به بأسا، ان لم يزد على رأس ماله) لانه (قال الله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ لٰا تَظْلِمُونَ) بأخذ الزيادة من الناس على قدر ما تستحقون (وَ لٰا تُظْلَمُونَ) بأخذ الناقص من الناس.

وجه تأييد الرواية لما ذكرناه انه عليه السلام (علّل جواز التراضى على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۷۹

تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، و

کان ربا یقتضی استشهاده بذیل آیة الربا، و هو قوله تعالی، فَلَکَمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکَمْ لاٰ تَظْلِمُونَ وَ لاٰ تُظْلَمُونَ.

و یدل علیه بعض الاخبار الواردة فی تعلیم طریق الحیلة

تأخیر اجل البعض بنقد البعض) فانهما تراضیا ان ینقد بعضا فی مقابل ان یؤخر بعضا.

و علّله (بعـدم الازدیـاد علی رأس مـاله) قال علیه السـلام «لا اری به بأسا ان لم یزد علی رأس ماله» (فیـدل علی انه لو ازداد علی رأس ماله لم یجز التراضی علی التأخیر، و کان ربا) کما لو قال: انقدنی خمسین من المائة، و امهلک بالنسبة الی الخمسین الباقیة الی شهرین بزیادة عشرة (یقتضی استشهاده بذیل آیة الربا، و هو قوله تعالی: فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکُمْ لاٰ تَظْلِمُونَ وَ لاٰ تُظْلَمُونَ).

فمعنی استشهاد الامام علیه السلام بهذا: انه لو زاد دخل فی الربا اما لو لم یزد فهو داخل فی قوله «فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکُمْ».

(و یدل علیه) ای علی ان الزیادة علی الدین بتأخیر فی الاجل ربا (بعض الاخبار الواردة فی تعلیم طریق الحیلة).

و المراد بالحیلة العلاج للخروج من المأزق، قال الامام السجاد علیه السلام فی دعاء ابن حمزة «و لا تمکر بی فی حیلتک» المکر عبارة عن العلاج الخفی، قال تعالی «وَ مَکَرُوا وَ مَکَرَ اللّٰهُ» فما ذکره الفقهاء من باب الحیل،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۸۰

فی جواز تأخیر الدین بزیادة باشتراط التأخیر فی ضمن معاوضة غیر مقصودة للفرار عن الحرام.

لا ـ یراد به معنـاه العرفی ای الخدیعـة، بـل معنـاه اللغوی ای العلاـج و الخروج من الحرام الی الحلاـل و ذلـک یکون بالعمـل علی نحو یدخل فی قانون محلّل کما انه یفرّ من الزنا الی النکاح و هکذا.

و انما سـمی بعض هـذه الامور بالحیل، دون غیرها لاجل ان العامـة جاهلون بهـذه الطرق الموجبـة لعـدم الوقوع فی الحرام، و مثل هذا موجود فی کـل قوانین العـالم حیث ان هنـاک امکانـات من تطبیق قـانون ثـان فیمـا اذا لم یطبق علی مراد الانسـان قانون اولی، و لیس ذلک تلاعبا بالشرع او القانون بعد ان کان القانون الثانی ذا شروط و خصوصیات اخر مما اوجب دخول الفرد فیه دون القانون الاول.

مثلاـ الزنـا، لاـ التزام فیه بالنفقـة و لا بالولـد و لا بسائر امور الزواج بینما النکاح فیه کل ذلک، فلا یقال ای فرق بین الزنا، و بین النکاح ساعة، ثم طلاقها، و تفصیل الکلام فی ذلک موکول الی محله.

فتعلیم طریق الحیلـة (فی جواز تـأخیر الـدین) یکون (بزیـادة) یجوز ذلـک اذا کان (باشتراط التأخیر فی ضـمن معاوضـة غیر مقصودة) تلک المعاوضة بذاتها، و ذلک (للفرار عن الحرام).

مثلا: یبیعه هذا الکتاب بدینار بشرط ان یؤخر له اجل دینه السابق و یعطیه المدیون دینارا.

وجه دلالة هذه الروایات علی ما نحن فیه هو ما ذکره بقوله:

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۸۱

فلو جاز التراضـی علی التأجیل بزیادة لم یکن داع الی التوصل بامثال تلک الحیل حتی صاروا (ع) موردا لاعتراض العامة فی اسـتعمال بعضها، کما فی غیر واحد من الاخبار الواردة فی ذلک.

و یدل علیه أیضا او یؤیّده بعض الاخبار الواردة فی باب الدین، فیما اذا

(فلو جاز التراضـی علی التأجیل) تراضـیا (بزیادة) علی اصل الـدین (لم یکن داع الی التوصل) الی المقصود (بامثال تلک الحیل، حتی صاروا (ع) موردا لاعتراض العامة فی استعمال بعضها) ای بعض تلک الجیل (کما فی غیر واحد من الاخبار الواردة فی ذلک).

یقال: ان انسانا زوّج بنته من عبـده، فابق العبـد، و کلما سـئل من اهل العلم فی طریقه لطلاق بنته، لم یفتوه بـذلک، لان الطلاق بید من

اخذ بالساق حتى رجع الى الشيخ جعفر كاشف الغطاء فقال له هب عبدك لبنتك، فان الملك يبطل النكاح، ففعل الوالد ذلك فنجّى ابنته، كان الشيخ ارشده الى طريق الخلاص الشرعى بما كان يخفى على غالب اهل العلم و كانت هذه حيلة شرعية لكن بالمعنى الّذى ذكرناه، لا ـ بالمعنى المتداول عند العرف، و هذا وارد فى القانون، فان الدولة لا تعطى الارض لغير المتجنس بجنسية البلاد، فغير المتجنس يفاوض صديقا له لان يأخذ الارض باسمه و يهبها له، فان الاسم للمتجنس و الواقع لغير المتجنس الى غيرها من الامثلة.

(و يدل عليه أيضا او يؤيّده) اى ما ذكرنا من عدم جواز تمديد الاجل بزيادة، لانه ربا (بعض الاخبار الواردة فى باب الدين، فيما اذا

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸۲

اعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة ان يطلبه الغريم بدينه.

اعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة ان يطلبه الغريم بدينه) بان يكون المديون يريد بتلك «الهدية» الى الدائن مجاملته حتى لا يطلبه بالدين حالا، بل يرجى له فى الاجل.

اما ما دلّ على ما ذكره أولا بقوله «و يدل عليه بعض الاخبار» فهو موثق ابن عمار، قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال، فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم، بالف درهم و يؤخر عليه المال الى وقت، قال عليه السلام: لا بأس، قد امرنى ابى ففعلت ذلك، الى غيرها من الروايات.

و اما ما دل على ما ذكره ثانيا بقوله «و يدل عليه أيضا» فهو خبر اسحاق، عن ابى الحسن عليه السلام سألته عن الرجل يكون له على الرجل مالا قرضا، فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال عليه السلام: لا بأس.

ثم انه لا يخفى ان مثل هذه الاحكام- بالإضافة الى ما ذكرنا- توجب التوسعة و الاغراء الى الاحكام حتى لا تكون الاحكام جافة و لا يجد الانسان مفرّا منها الى مقصوداته العقلائية، خلافا لما يقال من ان القانون اعمى، فان الاسلام بصير، كما ان ما اعتاده بعض الناس- للفرار من الربا- ببيع شخّاطة و نحوها الظاهر لدى عدم صحة ذلك، لان المعاملة ليست عقلائية فلا تشمله ادلة البيع و نحوها، و تفصيل الكلام فى ذلك موكول الى موضعه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸۳

و مما ذكرنا من ان مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها، و المقاولة عليها من غير عقد.

و ظهر أيضا انه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشيء باشتراط تأخير الدين عليه فى ضمن تلك المعاوضة.

و ظهر أيضا من التعليل المتقدم فى رواية ابن ابى عمير جواز نقص المؤجّل بالتعجيل، و سيجىء تمام الكلام فى هاتين المسألتين فى باب الشروط او كتاب القرض، ان شاء اللّه تعالى.

(و مما ذكرنا من ان مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا) لا يجوز (يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه) اى عن التأجيل (بها) اى بالزيادة (و المقاولة عليها من غير عقد) اذ بعد صدق الربا يشمله دليله، فيحرم بايّ عنوان كان، فتأمل.

(و ظهر أيضا) من الادلة التى ذكرناها و بعض الاخبار (انه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة) فى الاجل (ب) مقابل (شيء) من المال (باشتراط تأخير الدين عليه فى ضمن تلك المعاوضة) لانه يشمله دليل:

المؤمنون عند شروطهم.

(و ظهر أيضا من التعليل المتقدم فى رواية ابن ابى عمير جواز نقص) الدين (المؤجّل بالتعجيل) متعلق ب «نقص».

و المراد بالتعليل قوله عليه السلام «انه لم يزد على رأس ماله» (و سيجىء تمام الكلام فى هاتين المسألتين فى باب الشروط او كتاب القرض، ان شاء اللّه تعالى).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸۴

....

ثم انه هل يجوز تعجيل الدين المؤجّل بازيد منه، مثلا: يطلبه دينارا الى شهر، فيقول اعطيك دينارا و نصفا لتأخذه الآن او فى اجل اقرب، الظاهر العدم لانه ربا، الّا اذا فرّ الى نحو الهبة و الشرط فى ضمن عقد او نحو ذلك، فقد قال عليه السلام: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال، و اللّه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸۵

مسئلة اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجّل، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده، بجنس الثمن و غيره،

مساويا له، او زائدا عليه، او ناقصا، حالا او مؤجلا، الا اذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعاملة ثانية اما الحكم فى المستثنى منه

(مسئلة: اذا ابتاع) الانسان اى اشترى (عينا شخصية بثمن مؤجّل جاز بيعه) اى بيع ذلك المبيع (من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده) سواء كان البيع الثانى (بجنس الثمن) الاول (و غيره) كما اذا اشتراه بعشرة دنانير، فباعه بطنّ من تمر، سواء كان الثمن الّذى يبيعه (مساويا له) اى للثمن الاول (او زائدا عليه، او ناقصا) عنه (حالا) كان الثمن الثانى (او مؤجّلا) الى غير ذلك من الشقوق المحتملة، ككونه مع شرط او بلا- شرط، و مع خيار او بلا- خيار الى غيرها (الا اذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعاملة ثانية) كما اذا باعه الدار بالف، بشرط ان يشتريها منه ثانيا.

و اذا شرط فالكلام تارة يقع فى انه هل يبطل البيع الاول المشروط بهذا الشرط، و تارة يقع فى انه هل يبطل البيع الثانى المنبثق من هذا الشرط.

و كيف كان ف (اما الحكم فى المستثنى منه) و هو قولنا «جاز بيعه من بايعه ... الخ»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۸۶

فلا- خلاف فيه الا بالنسبة الى بعض صور المسألة، فمنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين، و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا.

و قال فى النهاية: اذا اشترى نسيئة فحلّ الاجل و لم يكن معه ما يدفعه الى البائع، جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه، فان اخذه بنقصان ممّا باع لم يكن ذلك صحيحا، و لزمه ثمنه الّذى كان اعطاه به فان اخذ من المبتاع

(فلا خلاف فيه الا بالنسبة الى بعض صور المسألة، فمنع منها) اى من بعض الصور (الشيخ فى النهاية و التهذيبين) و هما التهذيب و الاستبصار (و) الصورة التى منعها الشيخ (هى بيعه من البائع بعد الحلول) اى حلول الاجل (بجنس الثمن، لا مساويا) للثمن، بل ازيد او انقص منه.

مثلا: باعه بمائة دينار الى شهر ربيع الاول، ثم اشتراه منه بعد ربيع الاول بتسعين دينارا، او مائة و عشرة دنانير، اما اذا اشتراه قبل ربيع الاول او اشتراه بالف درهم، او اشتراه بمائة دينار، فلا بأس به- عند الشيخ-.

(و قال فى النهاية: اذا اشترى نسيئة فحلّ الاجل و لم يكن معه ما يدفعه الى البائع، جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه اياه) اى ان يشترى منه نفس المتاع (من غير نقصان من ثمنه) بل بنفس الثمن (فان اخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك) الثمن الاقل (صحيحا، و

لزمه ثمنه الّذی کان اعطاه به) ای بمقدار نفس الثمن الاوّل (فان اخذ) المشتری (من المبتاع)

متاعا آخر بقیمته فی الحال لم یکن بذلک بأس، انتهی.

و عن الشهید انه تبع الشیخ جماعة، و ظاهر الحدائق ان محل الخلاف اعم بما بعد الحلول، و انه قصر بعضهم التحریم بالطعام.

و کیف کان فالاقوی هو المشهور للعمومات المجوّزة کتابا و سنة.

و عموم ترک الاستفصال فی صحیحة بشّار ابن یسار قال سألت

ای البائع (متاعا آخر) غیر الثمن الاول.

کما اذا باع المشتری المتاع له بمائة شاة فی حین انه اشتراه منه أولا بمائة دینار (بقیمته) ای قیمة المتاع (فی الحال) و ان کانت مائة شاة اقل ثمنا من مائة دینار (لم یکن بذلک بأس) فان البأس فی انه یشتریه البائع باقل من الثمن الاول اذا کان بعین الثمن لا بثمن آخر، و هذه اشارة الی القید الّذی قال «بجنس الثمن» (انتهی) کلام النهایة.

(و عن الشهید انه تبع الشیخ) فی هذه الفتوی (جماعة، و ظاهر الحدائق ان محل الخلاف اعم بما بعد الحلول) ای حلول الاجل ای، لا یجوز سواء حلّ الاجل أم لم یحلّ فی قبال ما تقدم من قولنا «بعد الحلول» (و انه قصر بعضهم التحریم بالطعام) فقط، اما غیر الطعام فجائز.

(و کیف کان فالاقوی هو المشهور) من الجواز مطلقا (للعمومات المجوّزة کتابا و سنة) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: تجارة عن تراض.

(و عموم ترک الاستفصال فی صحیحة بشّار ابن یسار) حیث اجاز الکل- من غیر تفصیل- ما حرّمه الشیخ و ما لم یحرّمه (قال سألت

أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع بنسإ مرابحة، فیشتریه من صاحبه الّذی یبیعه منه، فقال: نعم، لا بأس به، فقلت له اشتری متاعی و غنمی، قال لیس هو متاعک و لا غنمک و لا بقرک.

و صحیحة ابن حازم عن ابی عبد الله علیه السلام رجل کان له علی رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فاتی الطالب المطلوب یتقاضاه، فقال له المطلوب: ابیعک هذه الغنم بدراهمک التی عندی، فرضی، قال: لا بأس بذلک.

و روایة الحسین بن منذر قال: قلت: لابی عبد الله علیه السلام:

أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع بنسإ) ای نسیئة (مرابحة) بان یأخذ الربح من المشتری (ف) بعد هذا البیع الاول (یشتریه من صاحبه الّذی یبیعه) المشتری (منه) ای من نفس البائع (فقال: نعم، لا بأس به، فقلت له) هل (اشتری متاعی و غنمی) الّذی کان لی ثم اشتراه منی (قال) علیه السلام (لیس هو متاعک و لا غنمک و لا بقرک) فانه صار للمشتری، ثم انت تشتریه منه.

(و صحیحة ابن حازم عن ابی عبد الله علیه السلام) سأله عن (رجل کان له علی رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فاتی الطالب) ای البائع (المطلوب) ای المشتری (یتقاضاه) دراهمه (فقال له المطلوب: ابیعک هذه الغنم) ای التی اشتریتها منک (بدراهمک التی عندی فرضی) الطالب، هل یصحّ هذا البیع، أم لا؟ (قال) علیه السلام (لا بأس بذلک).

(و روایة الحسین بن منذر قال: قلت: لابی عبد الله علیه السلام:

الرجـل یجیئنی فیطلب العینـة، فاشتری له المتاع، ثم ابیعه ایاه مرابحـة، ثم اشتریه منه مکانی قال: فقال: اذا کان هو بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع، و کنت انت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر، فلا بأس، قال: فقلت: ان اهل المسجد یزعمون ان هذا فاسد و یقولون انه ان جاء به بعد اشهر

الرجل یجیئنی فیطلب العینة).

فـالتعیین: هو اخـذ المـال من انسان بعنوان المقـدّم، و التعیّن: هو اعطاء المال لانسان بعنوان المقـدم، فالمراد طلب المال منّی بعنوان ان یعطینی بعد الاداء مقدارا ازید بدون ان یکون ربا (فاشتری له) ای لاجله، لا انه وکیل فی الشراء له (المتاع، ثم ابیعه ایاه مرابحة).

فمثلا: اشتری بـدینار و ابیعه ایاه بزیادة الربـح (ثم اشتریه منه) فی (مکانی) بـدینار، حتی ان یکون هو اخـذ الـدینار و عنـد الدفع یعطی دینارا و ربعا (قال: فقال) علیه السـلام (اذا کان هو بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع) بحیث یکون البیع حقیقیا بدون الشرط (و کنت انت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر، فلا بأس) فان مجرد التبانی لا یوجب خروج المعاملة عن اطلاقات ادلة البیع، و تجارة عن تراض، و الوفـاء بالعقـد و امثالهـا (قال: فقلت: ان اهل المسـجد) من علماء العامـة الـذین لهم حلق فی المسـجد یـدرسون و یفتون الناس (یزعمون ان هذا) النحو (فاسد) حیث انه یشتری من المشتری فی نفس المکان الّذی باع له (و یقولون انه ان جاء به) ای بالمتاع (بعد اشهر) بان یشتری الآن و یبیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۰

صحّ قال: انما هذا تقدیم و تأخیر و لا بأس.

و فی المحکی عن قرب الاسـناد عن علی بن جعفر، عن اخیه علیه السلام، قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم، ا یحل؟ قال: اذا لم یشترط و رضیا، فلا بأس.

و عن کتاب علی بن جعفر قوله باعه بعشرة الی اجل، ثم اشتراه بخمسة بنقد، و هو اظهر فی عنوان المسألة.

و ظاهر هذه الاخبار کما تری یشمل صور الخلاف.

و قد یستدل أیضا بروایة یعقوب ابن شعیب، و

بعد اشـهر (صحّ) و الا لم یصحّ (قال) علیه السـلام (انما هذا تقدیم و تأخیر) فأیّ فرق بین ان یکون البیع الثانی فورا او بعد اشـهر (و لا بأس) بایّ منهما

(و فی المحکی عن قرب الاسـناد عن علی بن جعفر، عن اخیه علیه السـلام، قـال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشـرة دراهم) و قـد (اشتراه منه) أولا (بخمسة دراهم، أ یحل؟) البیع الثانی؟ (قال: اذا لم یشترط) فی البیع الاول ان یبیعه ثانیا (و رضیا) بالمعاملة الثانیة (فلا بأس).

(و عن کتاب علی بن جعفر) روی الروایة هکذا (قوله باعه بعشرة الی اجل، ثم اشتراه بخمسة بنقد، و هو اظهر فی عنوان المسألة).

اذ کلامنا فی ان یشتری أولا باجل، ثم یبیعه من نفس البائع نقدا.

(و ظاهر هذه الاخبار کما تری) من اطلاقاتها (یشمل) جمیع (صور الخلاف) بین المشهور و بین الشیخ و غیره.

(و قد یستدل) لمذهب المشهور (أیضا بروایة یعقوب ابن شعیب، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۱

عبیـد ابن زرارة، قالا: سألنا أبا عبد الله علیه السـلام عن رجل باع طعاما بدراهم الی اجل، فلما بلغ ذلک تقاضاه، فقال: لیس لی دراهم، خذ منی طعاما، فقال: لا بأس به، فانما له دراهم یأخذ بها ما شاء، و فی دلالتها نظر.

و فیما سبق من العمومات کفایة، اذ لا معارض لها،

عبید ابن زرارة، قالا: سألنا أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم الی اجل، فلما بلغ ذلک) الاجل (تقاضاه) ای طلب منه ثمنه (فقال) المشتری (لیس لی دراهم، خذ منی طعاما) عوض الدراهم (فقال) علیه علیه السلام (لا بأس به، فانما له) ای للبائع (دراهم یأخذ بها ما شاء) طعاما او غیر طعام (و فی دلالتها نظر) لاحتمال کون الاخذ بعنوان الاستیفاء، لا بعنوان الشراء.

بل لعل ظاهر الروایة ذلک لقوله علیه السلام «فانما له دراهم یأخذ بها ما یشاء».

و ربما یحتمل ان المراد ب «طعاما» طعاما غیر الطعام الاول، و إلا لقال «الطعام».

لکن الظاهر ان «طعاما» یطلق علی الطعام الاول أیضا، فله اطلاق من هذه الجهة.

و قد قال ابن هشام فی کتاب المغنی ان النکرة یمکن ان تکون نفس النکرة الاولی رادّا علی من زعم ان النکرة الثانیة تکون غیر الاولی.

(و) کیف کان، ف (فیما سبق من العمومات کفایة، اذ لا معارض لها) یدل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۲

عدا ما ذکره الشیخ قدّس سرّه من روایة خالد بن الحجاج، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخیر الی اجل مسمّی، فلما جاء الاجل اخذته بدراهمی، فقال: لیس عندی دراهم و لکن عندی طعام فاشتره منی، فقال: لا تشتره منه، فانه لا خیر فیه.

و روایة عبد الصمد بن بشر المحکیة عن الفقیه، قال: سأله محمد بن قاسم الحناط فقال: اصلحک الله ابیع الطعام من رجل الی اجل، فیجیئنی، و قد تغیر الطعام من سعره فیقول: لیس عندی دراهم، قال: خذ منه

علی مذهب الشیخ (عدا ما ذکره الشیخ قدّس سرّه من روایة خالد بن الحجاج، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخیر الی اجل مسمّی، فلما جاء الاجل اخذته بدراهمی) اطلبها منه (فقال:

لیس عندی دراهم و لکن عندی طعام فاشتره منی) بدراهمک، فهل یصح هذا الاشتراء، أم لا؟ (فقال: لا تشتره منه، فانه لا خیر فیه) و فی هذه الروایة اطلاق من حیث عدم جواز اشتراء الطعام ان یکون نفس الطعام الاول او غیره.

(و روایة عبد الصمد بن بشر المحکیة عن الفقیه، قال: سأله محمد بن قاسم الحناط) ای بائع الحنطة (فقال: اصلحک الله ابیع الطعام من رجل الی اجل، فیجیئنی، و قد تغیر الطعام من سعره) ای ارتفعت قیمته (فیقول) المشتری: (لیس عندی دراهم) لاوفی ثمنک، و انما ارید ان ادفع ألیک طعاما بسعر هذا الیوم وفاء للثمن (قال) علیه السلام: لا بأس (خذ منه) الطعام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۳

بسعر یومه، فقال: افهم اصلحک الله انه طعامی الّذی اشتراه منی فقال:

لا تأخذ منه حتی یبیعه و یعطیک، فقال ارغم الله انفی رخّص لی فرددت علیه فشدّد علی.

و حکی عن الشیخ قدّس سره انه أوردها فی الاستبصار دلیلا علی مختاره.

و حکی عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

(بسعر یومه) ای بسعر هذا الیوم، لا سعر الیوم الاول (فقال) قاسم:

(افهم اصلحک الله انه طعامی الّذی اشتراه منی) یرید ارجاعه علیّ بالبیع وفاء لما اطلبه من الثمن (فقال) علیه السلام (لا تأخذ منه) طعامک (حتی یبیعه) من غیرک (و یعطیک) ثمنه وفاء لما تطلبه (فقال) قاسم داعیا علی نفسه (ارغم اللّه انفی رخّص لی فرددت علیه) بقولی «انه طعامی» (فشدّد علی) و قال: لا یجوز.

(و حکی عن الشیخ قدّس سره انه أوردها فی الاستبصار دلیلا ـ علی مختاره) الّذی هو منع ان یبیع المشتری الّذی ابتاعه الی البائع بجنس الثمن، لا مساویا بعد ان حلّ الاجل.

(و حکی عن بعض ردها) ای ردّ روایة عبد الصمد (ب) سبب (عدم الدلالة) فیها علی مذهب الشیخ (بوجه من الوجوه) اذ محطّ الکلام سؤالا ـ و جوابا حول ان الطعام یأخذه البائع عوض ثمنه بسعر الیوم کما اراد المشتری، او بسعر یوم البیع کما قال البائع، فقال الامام: اذا اردت ان لا تأخذ بسعر هذا الیوم فدعه یبیع الطعام و یعطیک ثمنک.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۴

اقول لا یظهر من روایة خالد دلالة علی مذهب الشیخ.

و علی تقدیر الدلالة، فتعلیل المنع بانه: لا خیر فیه، من أمارات الکراهة.

و اعلم

(اقول) هذا بالنسبة الی روایة عبد الصمد و عدم دلالتها علی مذهب الشیخ، کما (لا یظهر من روایة خالد دلالة علی مذهب الشیخ) لان قوله:

و لکن عندی طعام فاشتره منی، لم یظهر منه انه طعام البائع.

(و علی تقدیر الدلالة) و ان الطعام کان هو الطعام الّذی اشتراه المشتری (فتعلیل المنع بانه: لا خیر فیه، من أمارات الکراهة) قالوا لان الاحکام الالزامیة لا تحتاج الی التعلیل و انما الاحکام الندبیة تعلل لترغیب الناس فی الاخذ بها.

(و اعلم) ان ما نقلناه عن الشیخ سابقا «هو المنع من بیع المبیع من البائع بعد حلول الاجل بجنس الثمن لا مساویا» و الآن نرید ان نبین ان الشیخ یقول بشیء آخر، و هو «ان بدل البدل حکمه حکم البدل» فی عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس فی الربوی، فاذا لم یجز بیع منّ من الحنطة بمنّ و نصف من الحنطة- لانه ربا- لم یجز، کذلک بیع منّ من الحنطة بدینار ثم اشتراء منّ و نصف بذلک الدینار، لانه ربا حیث یکون بالنتیجة- منّ من الحنطة فی مقابل منّ و نصف.

فمراد الشیخ من کلامه الاول الّذی نقلناه فی اوّل المسألة هو هذا لا غیر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۵

انه قال الشیخ قدّس سره فی المبسوط: اذا باع طعاما بعشرة مؤجّلة، فلما حلّ الاجل اخذ بها طعاما جاز اذا اخذ ما اعطاه، فان أخذ اکثر لم یجز، و قد روی انه یجوز علی کل حال.

و حکی فی المختلف عن الخلاف: انه اذا باع طعاما قفیزا بعشرة دراهم مؤجّلة فلما حلّ الاجل اخذ بها طعاما، جاز ذلک، اذا اخذ مثله فان زاد علیه لم یجز.

و احتج باجماع الفرقة و اخبارهم.

و بانه یؤدّی الی بیع طعام بطعام.

ف (انه قال الشیخ قدّس سره فی المبسوط: اذا باع طعاما بعشرة مؤجّلة، فلما حلّ الاجل اخذ بها) بمقابل تلک العشرة (طعاما جاز اذا اخذ) من الطعام بمقدار (ما اعطاه).

مثلا: باع منّا من الحنطة بعشرة، ثم اخذ فی مقابل العشرة منّا من الحنطة (فان أخذ اکثر) کما لو أخذ منّا و نصفا (لم یجز) لانه ربا (و قد روی انه یجوز علی کل حال) سواء کان الطعام الّذی یأخذه عوض الثمن مساویا او اقل او اکثر، انتهی کلام الشیخ.

(و حکی فی المختلف عن الخلاف: انه اذا باع طعاما قفیزا بعشرة دراهم مؤجّلة) ای نسیئة (فلما حلّ الاجل اخذ بها) ای بتلک العشرة

(طعاما، جاز ذلک، اذا اخذ مثله) ای قفیزا (فان زاد علیه لم یجز).

(و احتج) الشیخ علی عدم جواز الزیادة (باجماع الفرقة و اخبارهم) أولا (و بانه یؤدّی الی بیع طعام بطعام) ثانیا، و هو ربا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۶

ثم حکی عن بعض اصحابنا: الجواز مطلقا و عن بعضهم المنع مطلقا ثم حکی عن الشیخ فی آخر کلامه: انه قال و القول الآخر الّذی لبعض اصحابنا قویّ، و ذلک انه بیع طعام بدراهم، لا بیع طعام بطعام، فلا یحتاج الی اعتبار المثلیة، انتهی.

اقول: الظاهر ان الشیخ قدّس سره جری فی ذلک، و فیما تقدم عنه فی النهایة من عدم جواز بیع ما اشتری بجنس الثمن متفاضلا علی قاعدة کلیة تظهر من بعض الاخبار من ان عوض الشیء الربوی لا یجوز ان یعوض بذلک الشیء بزیادة، و انّ

(ثم حکی) المختلف (عن بعض اصحابنا: الجواز مطلقا) مساویا کان او اقل او اکثر (و عن بعضهم المنع مطلقا) و لو کان مساویا.

(ثم حکی) المختلف (عن الشیخ فی آخر کلامه: انه قال و القول الآخر الّذی لبعض اصحابنا) و هو الجواز مطلقا (قویّ، و ذلک انه بیع طعام بدراهم، لا بیع طعام بطعام، فلا یحتاج) الجواز (الی اعتبار المثلیة، انتهی) کلام المختلف.

(اقول: الظاهر ان الشیخ قدّس سره جری فی ذلک) المنع فی فتواه الاولی- لان له فتویین: المنع و الجواز الّذی نقله المختلف عنه فی آخر کلامه- التی نقلناها عنه من کتابه المبسوط (و فیما تقدم عنه) فی اوّل المسألة (فی النهایة من عدم جواز بیع ما اشتری بجنس الثمن متفاضلا) جری (علی قاعدة کلیة تظهر) تلک القاعدة الکلیة (من بعض الاخبار من ان عوض الشیء الربوی لا یجوز ان یعوض ب) نفس (ذلک الشیء بزیادة، و ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۷

عوض العوض بمنزلة العوض.

فاذا اشتری طعاما بدراهم لا یجوز ان یأخذ بدل الطعام دراهم بزیادة.

و کذلک اذا باع طعاما بدراهم لا یجوز له ان یأخذ عوض الدراهم طعاما و عوّل فی ذلک علی التعلیل المصرح به فی روایة علی بن جعفر، عن اخیه علیه السلام المعتضد ببعض الاخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة هنا، و فی باب السلم

عوض العوض بمنزلة العوض) «و ان» عطف بیان ل «عوض الشیء الربوی»

(فاذا اشتری طعاما بدراهم لا یجوز ان یأخذ بدل الطعام دراهم بزیادة).

مثلا: اشتری الطعام بعشرة دراهم، فانه لا یجوز له ان یبیع ذلک الطعام باحد عشر درهما لانه فی الحقیقة تبدیل الدراهم بالدراهم.

(و کذلک اذا باع طعاما بدراهم لا یجوز له ان یأخذ عوض الدراهم طعاما) ازید.

کما اذا باع منّا من الحنطة بدرهم، فلا یجوز له ان یأخذ عوض الدرهم منّا و نصفا من الحنطة لانه فی الحقیقة بیع الحنطة بالحنطة.

(و عوّل) الشیخ (فی ذلک) ای فی ان عوض العوض عوض (علی التعلیل المصرح به فی روایة علی بن جعفر، عن اخیه) موسی (علیه السلام المعتضد) ذلک التعلیل العام (ببعض الاخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة هنا) و هی التی تقدمت دلیلا للشیخ (و فی باب السلم) و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۸

قال سألته عن رجل له علی آخر تمر، او شعیر، او حنطة، ا یأخذ بقیمته دراهم؟ قال: اذا قوّمه دراهم فسد، لان الاصل الّذی یشتری به دراهم و لا یصلح دراهم بدراهم.

قال فی محکی التهذیب الّذی افتی به ما تضمنه هذا الخبر الاخیر من انه اذا کان الّذی اسلف فیه دراهم لم یجز ان یبیعه بدراهم، لانه

یکون قد باع دراهم بدراهم، و ربما کان فیه زیادة او نقصان و ذلک ربا، انتهی.

و هنا یقول- قبالا لمسألة السلم

عکس مسئلتنا ای اعطاء الثمن الآن لاخذ المثمن فی الآجل (قال) علی بن جعفر علیهما السلام (سألته عن رجل له علی آخر تمر، او شعیر، او حنطة، ا یأخذ بقیمته دراهم؟ قال) علیه السلام (اذا قومه دراهم فسد، لان الاصل الّذی یشتری به دراهم، و لا یصلح دراهم بدراهم) قوله «و لا یصلح» هو التعلیل العام.

(قال) الشیخ (فی محکی التهذیب الّذی افتی به ما تضمنه هذا الخبر الاخیر) ای خبر علی بن جعفر (من انه اذا کان الّذی اسلف فیه دراهم) ای اعطی المشتری دراهم نقدا لیأخذ المثمن عند الأجل (لم یجز ان یبیعه) ای المثمن (بدراهم، لانه یکون قد باع دراهم بدراهم) فی واقع الامر (و ربما کان فیه زیادة او نقصان) مثل ان یکون الاصل بعشرة و البیع الثانی باحد عشر او بتسعة (و ذلک ربا، انتهی) کلام التهذیب.

(و هنا) فی باب النسیئة (یقول) الشیخ أیضا (- قبالا لمسألة السلم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۹۹

التی هی عکس مسئلتنا- انه اذا کان الّذی باعه طعاما، لم یجز ان یشتری بثمنه طعاما، لانه یکون باع طعاما بطعام.

و بالجملة فمدار فتوی الشیخ قدّس سره علی ما عرفت من ظهور بعض الاخبار، بل صراحته فیه، من ان عوض العوض فی حکم العوض فی عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوی.

فلا فرق بین اشتراء نفس ما باعه منه، و بین اشتراء مجانسه منه.

و لا فرق أیضا بین اشترائه قبل حلول الاجل او بعده کما اطلقه فی الحدائق

التی) صفة مسئلة السلم (هی عکس مسئلتنا-) فان النسیئة عکس السلم (انه اذا کان الّذی باعه) نسیئة (طعاما، لم یجز ان یشتری بثمنه طعاما، لانه) اذا فعل ذلک (یکون) قد (باع طعاما بطعام) بزیادة او نقیصة فی واقع الأمر.

(و بالجملة فمدار فتوی الشیخ قدس سره) فی باب السلم و النسیئة (علی ما عرفت من ظهور بعض الاخبار، بل صراحته فیه) ای فی المنع عن ذلک (من ان عوض العوض فی حکم العوض فی عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوی) فلا فرق بین ان یبیع منّا من حنطة بمنّ و نصف رأسا او یبیع منّا من حنطة بدینار ثم یشتری بالدینار منّا و نصفا من الحنطة.

و علی هذه الضابطة (فلا فرق بین اشتراء نفس ما باعه منه، و بین اشتراء مجانسه منه) لانطباق قاعدة «عوض العوض عوض» علی کلیهما.

(و) کذلک (لا فرق أیضا بین اشترائه قبل حلول الاجل او بعده، کما اطلقه فی الحدائق) فی الکلام الّذی نقلناه عنه فی اوّل المسألة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۰

و تقییده بما بعد الحلول فی عبارة النهایة المتقدمة لکون الغالب وقوع المطالبة و الایفاء بعد الحلول، و ان قصّر المشهور خلافه به.

لکن الاظهر هو الاطلاق، کما انّ تقیید المنع فی کلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لانه الغالب لان فی ردّ نفس ما اشتراه ردّه بالناقص،

(و) ان قلت: اذا لم یکن فرق بین قبل الاجل و بعده فلما ذا قیّده الشیخ بما بعد حلول الاجل.

قلت: (تقییده بما بعد الحلول فی عبارة النهایة المتقدمة) انما هو (لکون الغالب وقوع المطالبة) للثمن من البائع (و الایفاء) من المشتری (بعد الحلول) فالقید من باب الغلبة (و ان قصّر المشهور خلافه) ای خلاف الشیخ (به) ای بما بعد حلول الاجل.

(لکن الاظهر هو الاطلاق) لما قبل الاجل و ما بعد الاجل (کما انّ تقیید المنع) ای المنع عن الزیادة (فی کلامه بأخذ ما باعه بالناقص) ای تقییده بما اذا کان ما یأخذه بثمن ناقص.

کما اذا باعه منّا بدینار، ثم اشتری منا و نصفا بالدینار- فیما اذا ارتفعت قیمة المثمن- (لانه الغالب).

و انما کان غالبا (لان فی ردّ نفس ما اشتراه) ای الحنطة مثلا (ردّه ب) الثمن (الناقص) فالبائع یعطی کیلوا من الحنطة بالنسیئة بدینار، فاذا اراد ان یقبل الحنطة عوض دیناره اخذ کیلوا و نصفا عوض دیناره، اذ النسیئة اکثر ثمنا من النقد.

ففی الاول کانت الحنطة نسیئة، فثمنها اکثر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۱

لا لخصوصیة فی النقص لا یجری فی الزیادة.

و لذا ذکر جواز اخذ المتاع الآخر بقیمته فی الحال، زادت او نقصت فیعلم منه: ان اخذ ما باعه بقیمته فی الحال غیر جائز، زادت او نقصت.

و فی الثانی کانت الحنطة نقدا فثمنها اقل (لا لخصوصیة فی النقص لا یجری فی الزیادة) بل لا فرق بین ان یعطی منّا و یأخذ نصف منّ او ان یأخذ منّا و نصفا فی وجود المحذور المذکور ای الربا.

(و لذا) الّذی لا فرق بین الزیادة و النقیصة (ذکر) الشیخ (جواز اخذ المتاع الآخر) ای اخذ البائع ما انتقل منه- تماما- (بقیمته فی الحال، زادت) القیمة (او نقصت).

فاذا اعطی منّا اخذ منّا بالقیمة الحالیة، سواء کانت قیمة هذا المنّ الحالی نفس تلک القیمة السابقة او اکثر او اقل.

(فیعلم منه) ای من تجویزه اخذ المتاع بقیمته فی الحال (ان اخذ ما باعه بقیمته فی الحال غیر جائز، زادت او نقصت) کما اذا کانت قیمة المنّ دینارا، فصارت القیمة دینارا و نصفا، او نصف دینار، فانه اذا اخذ من الحنطة بقدر الدینار فقط، کانت الحنطة دون المنّ تارة و ازید من المنّ اخری

و الحاصل: ان اخذ المنّ لا بأس به، سواء زادت قیمته او نقصت، اما اخذ مقدار الثمن الحالی من المنّ فیه بأس، سواء زادت القیمة او نقصت عن قیمة وقت البیع الاول.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۲

و یؤیّد الحمل علی الغالب انه قدّس سره ذکر فی مسئلة السلم التی هی عکس المسألة انه لا یجوز له اخذ مثل الثمن زائدا علی ما اعطاه فان الغالب مع اعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشتری و مع العکس العکس

و ظهر أیضا مما ذکرنا ان الحکم مختص فی کلام الشیخ بالجنس الربوی، لا مطلق المتاع،

(و یؤیّد الحمل) لکلام الشیخ (علی الغالب)- بان التقیید بالناقص من باب الغالب، و الا فلا فرق عند الشیخ بین الزائد و الناقص- (انه قدّس سره ذکر فی مسئلة السلم التی هی عکس المسألة).

اذ مسئلتنا فی باب النسیئة حین یرید البائع استرجاع ماله فی مقابل ما یطلبه من المشتری من الثمن (انه لا یجوز له اخذ مثل الثمن زائدا علی ما اعطاه).

فاذا اعطی المشتری دینارا نقدا لیسلفه منّا من الحنطة، ثم جاء وقت التسلیم و لا حنطة للبائع، اعطاه البائع بدل حنطته اکثر من الدینار لان المنّ من الحنطة السلف اقل قیمة من المنّ نقدا (فان الغالب مع اعطاء الطعام بدل الدراهم) فی النسیئة (النقص) فی الثمن (مما اشتری، و مع العکس) اعطاء الدراهم بدل الطعام- فی السلم- (العکس) الزیادة فی الثمن مما اشتری.

(و ظهر أيضا مما ذكرنا) من ان محذور الشيخ من المنع انما هو الربا لان عوض العوض عوض- (ان الحكم) بالمنع (مختص فى كلام الشيخ بالجنس الربوى، لا مطلق المتاع) ربويا كان أم لا، فلا يجرى كلامه فى مثل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۳

و لا خصوص الطعام.

و اما الحكم فى المستثنى، و هو ما اذا اشترط فى البيع الاول نقله الى من انتقل عنه، فهو المشهور، و نص عليه الشيخ فى باب المرابحة.

و استدلوا عليه أولا بالدور، كما فى التذكرة.

قال فى باب الشروط: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه، لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا و عينا،

الدار و الاثاث و نحوهما (و لا خصوص الطعام).

اذ الربا اخص من المتاع و اعم من الطعام، فان الربا جار فى الذهب و الفضة و هما ليسا من الطعام.

و كيف كان فسواء خصّصنا كلام الشيخ بمورده او عمّمناه بكل ربوى فهو خلاف كلام المشهور و خلاف الادلة، كما عرفت، هذا تمام الكلام فى الحكم فى المستثنى منه.

(و اما الحكم فى المستثنى، و هو ما اذا اشترط فى البيع الاول) اى اشترط البائع على المشترى (نقله الى من انتقل عنه) اى الى البائع (ف) الحكم بالبطلان (هو المشهور، و نص عليه الشيخ فى باب المرابحة).

(و استدلوا عليه) اى على البطلان بادلة متعدّدة (أولا بالدور، كما فى التذكرة).

(قال فى باب الشروط: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه) اى بشرط ان يبيع المشترى المتاع- ثانيا- الى البائع نفسه (لم يصح) البيع الاول (سواء اتحد الثمن) فى البيع الاول و الثانى (قدرا و وصفا و عينا).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۴

أم لا.

و الا جاء الدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور اما لو شرط ان يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة.

كما لو كان الثمن فى البيع الاول و فى البيع الثانى كل واحد منهما دينارا، و كان كل واحد منهما درهما بغليّا، او كان الشرط ان يدفع البائع عين الثمن الاول بشخصه الى المشترى عند اشترائه المتاع من المشترى (أم لا) بان اختلف الثمنان قدرا و وصفا و عينا.

(و الا) بان شرط (جاء الدور).

بيان الدور (لان بيعه له) اى بيع المشترى للبائع- ثانيا- (يتوقف على ملكيته له) اى ملكية المشترى لهذا الشيء- لانه لا بيع الا فى ملك- (المتوقفة) تلك الملكية للمشترى (على بيعه) للبائع (فيدور).

اذ لو لم يبعه للبائع لم يملك، فان الملك لا يتحقق الا بعد تحقق الشرط و تحقق الشرط لا يكون الا بالبيع.

و النتيجة ان بيع المشترى للبائع يتوقف على بيع المشترى للبائع و هذا دور صريح (اما لو شرط ان يبيعه على غيره) اى غير البائع.

كما اذا باع محمد كتابه لعلى، بشرط ان يبيعه الى الحسن (صحّ عندنا حيث لا منافاة فيه) اى فى هذا الشرط (للكتاب و السنة) بخلاف الشرط الاول الّذى كان منافيا للكتاب و السنة، اذ كان بيعا فى غير الملك فى البيع الثانى المنافى لقوله عليه السلام «لا بيع الا فى ملك»

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۵

لا يقال: ما التزموه من الدور آت هنا.

لانا نقول: الفرق ظاهر، لجواز ان يكون جاريا على حدّ التوكيل او عقد الفضولى.

بخلاف ما لو شرط البيع على المالك.

(لا يقال: ما التزموه من الدور آت هنا) فى شرط البيع على الغير.

(لانا نقول) كلّا، فان (الفرق) بين شرط البيع على البائع و شرط البيع على الغير (ظاهر، لجواز ان يكون) شرط البيع على الغير (جاريا على حدّ التوكيل) بان يكون المشترى وكيلا ـ للبائع فى ان يبيعه على ثالث (او عقد الفضولى) بان يكون المشترى فضولا ـ فى بيعه للثالث، بدون وكالة عن البائع الاول.

و الحاصل: ان الانسان لا يعقل ان يشترى مال نفسه، كما فى شرط البيع لنفسه لكنه يعقل ان يكون الانسان وكيلا عن المالك فى بيع ماله لثالث، او ان يكون الانسان فضولا فى بيع مال شخص لانسان ثالث.

(بخلاف ما لو شرط البيع على المالك) فانه غير معقول، لا بعنوان الوكالة و لا بعنوان الفضولية.

فحيث لا يصح البيع بهذين العنوانين لا يصحّ البيع بعنوان الشرط أيضا.

اما بالنسبة الى البيع لثالث، فانه حيث يصح البيع بالعنوانين يصحّ البيع بعنوان الشرط أيضا.

و حاصل الجواب ان لا دور فى البيع الى الثالث، اذ المقدمة الاولى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۱۰۶

اقول: ظاهر ما ذكره من النقض انه يعتبر فى الشرط ان يكون معقولا فى نفسه، مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه.

و بيع الشي‌ء على غير مالكه معقول و لو من غير المالك، كالوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على مالكه، فانه غير معقول اصلا، فاندفع عنه نقض

للدور و هى قوله «لان بيعه له يتوقف على ملكيته له» غير تامة.

فان بيع المشترى للمتاع الى الثالث لا ـ يتوقف على ملكية المشترى للمتاع، لإمكان ان يكون المشترى فضولا او وكيلا، بخلاف البيع على نفس البائع، فان المشترى لا يمكن ان يكون وكيلا و لا فضولا.

(اقول: ظاهر ما ذكره من النقض) بقوله «لا يقال» (انه يعتبر فى الشرط ان يكون معقولا فى نفسه، مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه) و انما كان ظاهر ما ذكره هذا، لان جواب العلامة عن النقض كان بالفرق بين «البيع لنفس البائع» و «البيع لغير البائع» و ان الاول ليس بمعقول اصلا، و الثانى معقول فيظهر لزوم معقولية الشرط فى نفسه.

(و) من المعلوم ان (بيع الشي‌ء على غير مالكه معقول و لو من غير المالك، كالوكيل و الفضولى).

و ذلك (بخلاف بيعه على مالكه، فانه غير معقول اصلا).

اذ لا يتمكن الانسان ان يبيع الشي‌ء لمالكه، سواء كان البائع وكيلا عن المالك، او كان فضوليا.

و على هذا الّذى ذكرنا من مراد العلامة بقولنا «اقول: ظاهر» (فاندفع عنه) اى عن العلامة (نقض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۱۰۷

جماعة ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره او عتقه.

نعم ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن فان ذلك لا يعقل

جماعة ممن تأخر عنه) فنقضوا على ما ذکره العلامة من لزوم الدور (باشتراط بیعه على غیره) ای غیر البائع (او عتقه).

قالوا ان الدور الّذی ذکره العلامة یأتی فی اشتراط بیعه على ثالث کان یبیع محمد لعلیّ بشرط ان یبیعه علیّ للحسن، و فی اشتراط عتقه کان یبیع محمد لعلی عبدا بشرط ان یعتقه، فانه یلزم فیهما الدور أیضا.

مع ان العلامة یقول بصحة شرط البیع الی الغیر و شرط العتق.

وجه الدور ان البیع لثالث و العتق یتوقفان على الملک، اذ لا بیع و لا عتق الا فی ملک، و الملک یتوقف على البیع لثالث و العتق اذ لو لم یأت المشتری بالشرط لم یستقر الملک له.

فکیف ان العلامة یقول ببطلان اشتراط بیعه لنفسه، و لا یقول ببطلان اشتراط بیعه على غیره او عتقه، مع ان فی الکل الدور.

و الجواب عن الاشکال انه فرق بین الامرین.

فالاول غیر معقول فی نفسه، و الثانی معقول فی نفسه، فلا یرد على العلامة هذا النقض.

(نعم ینتقض ذلک) الّذی ذکره العلامة من الدور (باشتراط کون المبیع رهنا على الثمن) بان یبیع محمد لعلی کتابا بدینار، و حیث انه لیس عند المشتری الدینار یأخذ البائع الکتاب رهنا عند نفسه، و یشترط هذا الرهن عند البیع (فان ذلک) الرهن (لا یعقل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۸

مع قطع النظر عن البیع، بل یتوقف علیه.

و قد اعترف قدس سره بذلک فی التذکرة فاستدل بذلک لاکثر الشافعیة المانعین عنه.

و قال: ان المشتری لا یملک رهن المبیع الا بعد صحة البیع، فلا یتوقف علیه صحة البیع، و الا دار.

لکنه قدس سره مع ذلک جوّز هذا الاشتراط.

مع قطع النظر عن البیع، بل) الرهن (یتوقف علیه) ای على البیع.

اذ لا یصح ان یرهن مال الانسان عند نفسه، فحال شرط الرهن عند البائع حال شرط البیع لنفس البائع، فکیف یقول العلامة بصحة الاول و بطلان الثانی- مع ان کلیهما مع قطع النظر عن البیع غیر معقول-.

(و قد اعترف) العلامة (قدس سره بذلک) ای بعدم المعقولیة (لاکثر الشافعیة المانعین عنه) ای عن شرط الرهن عند البائع.

(و قال) العلامة فی بیان وجه منع شرط الرهن (ان المشتری لا- یملک رهن المبیع الا بعد صحة البیع) اذ لا رهن الا فی ملک (فلا) یصح شرط الرهن فی البیع بحیث (یتوقف علیه) ای على الرهن (صحة البیع، و الا) فلو شرط (دار) لان البیع یتوقف على الرهن، و لان الرهن شرط فی البیع و الرهن یتوقف على البیع، لانه لا رهن الا فی ملک.

(لکنه) ای العلامة (قدّس سره مع ذلک) الّذی یرد الدور على شرط رهن الملک عند البائع (جوّز هذا الاشتراط) فثبت على العلامة النقض الّذی ذکرناه بقولنا «نعم ینتقض ذلک».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۰۹

الا- ان یقال اخذ الرهن على الثمن و التضمین علیه و على درکه و درک المبیع من توابع البیع و من مصالحه، فیجوز اشتراطها نظیر وجوب نقد الثمن، او عدم تأخیره عن شهر مثلا، و نحو ذلک.

لکن ینتقض حینئذ بما اعترف بجوازه فی التذکرة من

(الا ان یقال) هذا النقض غیر وارد، اذ الدور صورته هکذا: «البیع متوقف على الرهن» و «الرهن متوقف على البیع» و الحال ان المقدمة الاولى غیر تامة، اذ الرهن من توابع البیع، لا ان البیع متوقف علیه.

فـان (اخـذ الرهن على الثمن و التضـمين عليه) يأخـذ الضـامن فيمـا اذا لم يـدفع المشترى المثمن (و) التضـمين (على دركه) بان يأخذ الضامن على انه اذا ظهر المثمن معيبا، او مال الناس، فالضامن يتـدارك الامر (و) التضـمين على (درك المبيع) بأن يأخـذ المشترى من البـائع الضامن على انه اذا ظهر المثمن معيبا او مال الناس، فالضامن يتـدارك الامر (من توابع البيع و من مصالحه، فيجوز اشتراطها نظير وجوب نقـد الثمن) فلا يقال انه لو شـرط نقـد الثمن لزم الـدور، «لان نقـد الثمن يتوقف على البيع» و «البيع يتوقف على نقـد الثمن» اذا شرط نقد الثمن فى البيع (او) شرط (عدم تأخيره) اى الثمن (عن شهر مثلا، و نحو ذلك) من سائر الشرائط التى هى تابعة للبيع.

(لكن ينتقض) مـا ذكره العلامـة من ان شـرط البيع على البائع دور (حينئـذ) اى حين سـلمنا عـدم نقضه باشتراط رهن المبيع على البائع بحجة انه من توابع المبيع فلا دور فيه (بما اعترف بجوازه فى التذكرة من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۰

اشتراط وقف المشترى المبيع على البائع، و ولده.

و قرر الـدور فى جامع المقاصد، بان انتقال الملك موقوف على حصول الشـرط و حصول الشـرط موقوف على الملك، و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت فى ترتيب المقدمتين.

و اجيب عنه تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره و قد عرفت ان العلامة

اشتراط) البائع عند البيع (وقف المشترى المبيع على البائع، و ولده) فان الوقف ليس من توابع البيع كالرهن.

(و) مع ذلك قال العلامة بصحته، و الحال انه مستلزم للدور، كما انه اذا شرط ان يبيعه على البائع يجئ الدور ثم انه (قرر الدور) الوارد على اشتراط بيع الشىء من البائع (فى جامع المقاصد، ب) هذه الصورة.

و هى: (ان انتقال الملك) الى المشترى (موقوف على حصول الشـرط) لان البيع مقيد بالشرط، و المقيد لا يحصل الا بحصول القيد (و حصول الشرط موقوف على الملك) اذ لا بيع الا فى ملك (و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت فى ترتيب المقدمتين).

حيث قال فى التذكرة: ان بيع المشترى متوقف على ملكه، و ملكه متوقف على بيعه.

فان جامع المقاصد قدّم المقدمة الثانية على المقدمة الاولى كما لا يخفى (و اجيب عنه) اى عن الدور المذكور (تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره) اى غير البائع، فانه لا اشكال فى صحة هذا الشرط، مع ان الدور المذكور فى شرط بيعه لنفس المالك، آت هنا أيضا (و قد عرفت ان العلامة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۱

قـدّس سـره تفطـن له فى التـذكرة، و اجـاب عنه بمـا عرفت انتقـاضه بمثـل اشـتراط رهنه على الثمن، و عرفت تفطنه لـذلك أيضـا فى التذكرة.

و اخرى بالحلّ و هو ان انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط و انما المتوقف عليه لزومه.

و ثالثة: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد اجل البيع الاول،

قـدّس سـره تفطن له) اى لهـذا النقض (فى التـذكرة، و اجاب عنه) بالفرق بين شـرط البيع لنفس البائع، و بين شـرط البيع من غير البائع (بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، و عرفت تفطنه لذلك أيضا فى التذكرة).

(و) تارة (اخرى بالحلّ و هو) عدم تسليم المقدمة الاولى- فى كلام جامع المقاصد-

ف (ان انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط، و انما المتوقف عليه) اى على تحقق الشرط (لزومه) اى لزوم الملك فان الملك ينتقل بمجرد العقد، فاذا حصل الشرط صار لازما، و ان لم يحصل كان له الخيار.

(و ثالثة: ب) ان الدور لیس مطلقا فی کل بیع شرط فیه ان یبیع المشتری الی البائع، بل الدور خاص ببعض الصور، فلا یمکن منع الکلی للمحذور فی بعض افراده.

و ذلک ل (عدم جریانه) ای الدور (فیما لو شرط بیعه منه) ای من البائع (بعد اجل البیع الاول) کما لو شرط ان یبیعه الی البائع بعد شهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۲

فان ملک المشتری متخلّل بین البیعین.

و مبنی هذین الجوابین علی ما ذکره العلامة فی الاعتراض علی نفسه و الجواب عنه بما حاصله: ان الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البیع، فلا یجوز ان یتوقف صحته علی صحة البیع.

(فان ملک المشتری متخلّل بین البیعین) فلم یتوقف ملک المشتری علی الشرط، لان المشتری ملک قبل تحقق اجل الشرط.

(و مبنی هذین الجوابین) الثانی و الثالث (علی ما ذکره العلامة فی الاعتراض علی نفسه).

حیث اعترض العلامة علی نفسه بانه اذا جاء الدور فی شرط البیع علی نفس البائع یأتی الدور أیضا فی شرط البیع علی غیر البائع.

(و الجواب عنه) عطف علی «الاعتراض» (بما حاصله) ان الفرق بین ان یکون الشرط البیع علی نفس البائع، و ان یکون الشرط البیع علی غیر البائع.

ف (ان الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البیع، فلا یجوز ان یتوقف صحته) ای صحة الشرط (علی صحة البیع).

و الحاصل ان العلامة قد ردّ الجوابین المذکورین- الثالث و الرابع- بجوابه عن اعتراضه علی نفسه، و ردّ الجوابین هو: ان شرط البیع علی البائع لا یعقل قبل البیع.

و بناء علی هذا الردّ فالجوابان لا موقع لهما، اذ لم یعالجا ردّ هذا الاشکال.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۳

و لا فرق فی ذلک بین اشتراط بیعه قبل الاجل او بعده، لان بیع الشیء علی مالکه غیر معقول مطلقا.

و لو قید بما بعد خروجه عن ملک مالکه لم یفرق أیضا بین ما قبل الاجل و ما بعده.

و استدل علیه أیضا بعدم قصد البائع بهذا

(و) من المعلوم انه (لا فرق فی ذلک) ای فی ورود اشکال العلامة علی شرط البیع علی البائع (بین اشتراط بیعه قبل الاجل) ای اجل الشرط (او بعده).

و انما لا فرق (لان بیع الشیء علی مالکه غیر معقول مطلقا) تخلل ملک المشتری، او لم یتخلّل ملک المشتری.

(و لو قید) البیع الی البائع (بما بعد خروجه عن ملک مالکه) ای البائع (لم یفرق أیضا بین ما قبل الاجل و ما بعده).

و الحاصل ان مبنی الجوابین علی ان الملک انتقل الی المشتری اما انتقالا مطلقا- کما قال الجواب الاول- او انتقال قبل اجل الشرط- کما قال الجواب الثانی-.

و العلامة لا یستشکل فی انتقال الملک، و انما اشکاله فی ان البیع الی المالک غیر معقول، و الحال ان الشرط یجب ان یکون معقولا قبل البیع هذا تمام الکلام فی الاستدلال الاول علی منع شرط ان یبیع المشتری المتاع الی البائع، و حاصله لزوم الدور.

(و استدل علیه أیضا ب) استدلال ثان، و هو (عدم قصد البائع بهذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۴

الشرط الی حقیقة الاخراج عن ملکه، حیث لم یقطع علاقة الملک.

و جعله فی غایة المراد اولی من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابین الاولین.

ثم قال و ان کان اجماع علی المسألة فلا بحث.

و ردّ علیه المحقق و الشهید الثانیان، بان الفرض حصول القصد الی النقل الاول، لتوقفه علیه و الا لم یصح ذلک، اذا قصدا ذلک و لم یشترطاه

الشرط الی حقیقة الاخراج عن ملکه، حیث لم یقطع علاقة الملک).

و صورة الاستدلال هکذا: البیع قطع لعلاقة الملک من البائع، و البیع المشروط لیس قطعا لعلاقة الملک.

(و جعله) ای هذا الاستدلال لبطلان البیع المشروط بشرط بیعه الی البائع (فی غایة المراد اولی من الاستدلال بالدور بعد دفعه) ای الدور (بالجوابین الاولین) الذین تقدم بقولنا: تارة بالنقض و اخری بالحل.

(ثم قال و ان کان اجماع علی المسألة) ای مسئلة انه یجوز شرط البیع من البائع (فلا بحث).

(و ردّ علیه) ای علی هذا الاستدلال الثانی الّذی یقول بانه لا قصد (المحقق و الشهید الثانیان، ب) انا لا نسلم عدم قصد البائع حقیقة البیع.

ل (ان الفرض حصول القصد الی النقل الاول، لتوقفه) ای النقل (علیه) ای علی القصد (و الا) یکن قصدا النقل (لم یصح ذلک) البیع الاول (اذا قصدا ذلک) النقل الی البائع (و لم یشترطاه) فی العقد، بل کان قصدهما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۵

مع الاتفاق علی صحته، انتهی.

و استدل علیه فی الحدائق، بقوله علیه السلام فی روایة الحسین ابن المنذر المتقدمة فی السؤال عن بیع الشیء و اشترائه ثانیا من المشتری ان کان هو بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع، و کنت انت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر، فلا بأس.

فان المراد بالخیار هو الاختیار عرفا فی

ان یبیع المشتری الی البائع (مع الاتفاق علی صحته) ای صحة البیع الاول، ان قصدا النقل الی البائع.

و الحاصل: ان شرط البیع الی البائع لا ینافی قصد النقل أولا انه اذا نافی فکیف ینقلان بالبیع.

و ثانیا انه اذا نافی لزم بطلان البیع اذا کان من قصدهما ان ینقلاه الی البائع- ثانیا- بدون ان یشترطاه فی متن العقد (انتهی) رد الشهید و المحقق عن الدلیل الثانی.

(و استدل علیه) ای علی عدم صحة هذا الشرط (فی الحدائق، ب) دلیل ثالث.

و هو (قوله علیه السلام فی روایة الحسین ابن المنذر المتقدمة فی السؤال عن بیع الشیء و اشترائه ثانیا من المشتری) قال علیه السلام (ان کان هو بالخیار ان شاء باع و ان شاء لم یبع، و کنت انت بالخیار ان شئت اشتریت و ان شئت لم تشتر، فلا بأس).

وجه الدلالة ما ذکره بقوله: (فان المراد بالخیار هو الاختیار عرفا فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۶

مقابل الاشتراط علی نفسه بشرائه ثانیا.

فدل علی ثبوت البأس اذا کان احد المتبایعین غیر مختار فی النقل من جهة التزامه بذلک فی العقد الاول.

و ثبوت البأس فی الروایة اما راجع الی البیع الاول، فیثبت المطلوب

و ان کـان راجعـا الی البیع الثـانی فلا وجه له الا بطلان البیع الاول، اذ لو صـح البیع الاول- و المفروض اشتراطه بالبیع الثانی- لم یکن بالبیع الثانی بأس،

مقابل الاشتراط علی نفسه) ای نفس البائع (بشرائه ثانیا).

(فدل) الحدیث بمفهوم الشرط (علی ثبوت البأس اذا کان احد المتبایعین غیر مختار فی النقل من جهة التزامه بذلک) النقل (فی العقد الاول).

و المراد بالبأس: الحکم الوضعی لا التکلیفی، اذ الاوامر و النواهی المتعلقة بالعقود تفید الوضع- کما ذکروا-.

(و ثبوت البأس فی الروایة اما راجع الی البیع الاول، فیثبت المطلوب) و هو بطلان البیع المشـروط فیه ذاک الشرط فاذا بطل البیع الاول بطل البیع الثانی.

(و ان کـان راجعـا الی البیع الثـانی فلاـ وجه له) ای للبأس فی البیع الثـانی (الاـ بطلان البیع الاول، اذ لو صـح البیع الاول- و المفروض اشتراطه بالبیع الثانی- لم یکن بالبیع الثانی بأس).

اذ البأس فی البیع الثانی اما تعبد و هو بعید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۷

بل کان لازما بمقتضی الشرط الواقع فی متن العقد الصحیح هذا.

و قـد یرد دلالتها بمنع دلالـة البأس علی البطلان، و فیه ما لا یخفی و قـد ترد أیضا بتضـمنها لاعتبار ما لا یقول به احد من عدم اشتراط المشتری ذلک علی البائع.

و اما لاجل نقصه لاحـد ارکان المعاملـة، و الحال انه لا ینقص شـیئا (بل کان) البیع الثانی (لازما بمقتضـی الشـرط الواقع فی متن العقد الصحیح) الّذی هو البیع الاول (هذا) وجه دلالة الروایة علی بطلان العقد المشروط بهذا الشرط.

(و قد یرد دلالتها) علی البطلان (بمنع دلالة البأس علی البطلان) اذا البأس یجتمع مع الکراهة أیضا (و فیه ما لا یخفی).

اذ ظاهر البأس البأس الکامل و هو البطلان فی المعاملات و الحرمـة فی غیرها (و قد ترد أیضا بتضـمنها) ای الروایة (لاعتبار ما لا یقول به احد من عدم اشتراط المشتری ذلک علی البائع).

فان الروایة تقول: یلزم فی صحة البیع ان لا یشترط البائع علی المشتری ان یبیعه له، و ان لا یشترط المشتری علی البائع ان یبیعه ایاه.

اذ قد یشترط البائع هذا الشرط، و قد یشترط المشتری هذا الشرط.

و انما یستفاد من الروایة هذان الامران، لان الروایة قالت: ان کان هو بالخیار، و کنت انت بالخیار.

و حیث ان الذین قالوا: بعدم صـحة شـرط البائع علی المشتری خصّصوا عدم الصـحة بهذه الصورة ای شـرط البائع علی المشتری و لم یذکروا عدم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۸

و فیه ان هـذا قـد قال به کل احـد من القائلین باعتبار عـدم اشتراط البائع فان المسألتین من واد واحـد، بل الشـهید قـدّس سـره فی غایة المراد عنون المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء.

و قد یرد أیضا بان المستفاد من المفهوم

الصحة فی صورة شرط المشتری علی البائع.

فالروایـة المشـتملة علی الصورتین مما لم یعمل بها احد، فهی ساقطة عن الحجیة، و لا یمکن الاسـتدلال بها حتی فی الصورة التی قالوا بها.

(و فیه) أولا (ان هذا) ای اشتراط المشتری علی البائع (قد قال به کل احد من القائلین باعتبار عدم اشتراط البائع).

فالقـائلون بعـدم الصـحة، یقولون: بـانه لاـ یصـح سواء شـرط البائع علی المشتری، او شـرط المشتری علی البائع (فان المسألتین) و هما: مسئلة شرط البائع علی المشتری، و مسئلة شرط المشتری علی البائع، (من واد واحد، بل الشهید قدّس سره فی غایة المراد عنون المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء) بان یشتری المشتری من البائع بشرط ان یشتریه البائع منه، و لم یعنونه بالبیع بشرط البیع، هذا أولا.

و ثانیا علی فرض اشـتمال الروایة علی ما لا یقول به احد، فان ذلک لا یضرّ للتفکیک بین جمل الروایات فی العمل و عدم العمل، کما ذکروه فی الاصول.

(و قد یرد) ما استدل به الحدائق من روایة الحسین (أیضا بان المستفاد من المفهوم).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۱۹

لزوم الشرط، و انه لو شرطاه یرتفع الخیار عن المشروط علیه و ان کان یحرم البیع الثانی، او هو و البیع الاول مع الشرط

فالمنطوق هو «اذا کان هو بالخیار فلا بأس» و المفهوم «اذا لم یکن هو او انت بالخیار ففیه بأس».

و معنی المفهوم «اذا کان شـرط ففیه بأس» لان عدم الخیار، انما یتأتی من الشـرط فالمنطوق «اذا لم یکن شـرط لا بأس» و المفهوم «اذا کان شرط ففیه البأس».

و علی هذا فالشرط صحیح اذ لو کان الشرط فاسدا لم یؤثر فی رفع الخیار.

فالمستفاد من المفهوم هو (لزوم الشرط، و انه لو شرطاه یرتفع الخیار عن المشروط علیه) و اذا تحقق ان «فیه البأس» هو المفهوم، فلیس مربوطا «بالشرط» یبقی ان یکون اما مربوط بالبیع الاول، او بکلا البیعین.

و ان شئت قلت: المنطوق «اذا لم یکن شرط فلا بأس» و المفهوم «اذا کان شرط ففیه بأس» و البأس اما راجع الی البیع الاول او الی کلا البیعین او الی الشرط.

لکن لاـ یمکن ان یکون «البـأس» راجعـا الی «الشـرط» لاـن الشـرط اذا کـان فیه بـأس فهو فاسـد، و الشـرط الفاسـد لاـ یرفع الخیـار، و المفروض ان الشرط رفع الخیار.

و علیه فالشـرط رافـع للخیـار (و ان کـان یحرم الـبیع الثـانی، او هو و الـبیع الاـول) کلاهمـا (مع الشـرط) و ذلـک لرجوع «البـأس» الی «احدهما»

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۰

و یکون الحاصل حینئذ حرمة الاشتراط، و ان کان لو فعل التزم به، و هو غیر التزام المحرم الّذی یفسد و یفسد العقد.

و فیه ان الحرمة المستفادة من البأس لیس الا الحرمة الوضعیة اعنی الفساد، و لا یجامع ذلک صحة الشرط و لزومه.

- بعـد عدم امکان رجوعه الی «الشـرط»- (و یکون الحاصل حینئذ) ای حین رجوع «البأس» الی «احدهما» (حرمة الاشتراط، و ان کان لو فعل) الاشتراط (التزم به) ای بالشـرط، فالبیع المشـروط حرام، لکنه صحیح کالبیع فی وقت نداء صلاة الجمعة (و هو) ای حرمة البیع المشـروط مع صـحته (غیر التزام) الشرط (المحرم) مثل شرط شرب الخمر فی ضمن البیع (الّذی یفسد) الشرط (و یفسد) ذلک الشرط (العقد) أیضا.

و الحاصل: ان صاحب الحدائق استدل بهذه الروایة علی ان «الشرط» فاسد، فیفسد العقد.

و الراد اجاب بان الروایة انما تدل علی ان الاشتراط حرام لکنه صحیح، فلا یفسد فی نفسه و لا یفسد العقد.

(و فیه) ان «البأس» فی المفهوم راجع الی الشرط، و الشرط الفاسد رافع للبیع الاول لانه شرط فاسد مفسد فرفع الشرط للخیار لیس لانه صحیح، بل لانه رافع للبیع الّذی هو موضوع الخیار.

ف (ان الحرمة المستفادة من البأس) و هو مفهوم قوله علیه السلام «لا بأس» (لیس الحرمة الوضعیة اعنی الفساد) لان الاوامر و النواهی المتعلقة بالعقود تفید الوضع (و لا یجامع ذلک) الفساد (صحة الشرط و لزومه)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۱

نعم یمکن ان یقال:- بعد ظهور سیاق الروایة فی بیان حکم البیع الثانی مع الفراغ عن صحة الاول، کما یشهد به أیضا بیان خلاف اهل المسجد المختص بالبیع الثانی- ان المراد انه ان وقع البیع الثانی علی وجه الرضا و طیب النفس و الاختیار، فلا بأس به، و ان وقع لا عن ذلک، بل لاجل الالتزام به سابقا فی متن العقد، او قبله و الزامه عرفا بما

(نعم یمکن ان یقال) فی وجه عدم دلالة الروایة المذکورة علی مذهب القائل بالبطلان، ان الروایة انما تدل علی فساد هذا الشرط تعبدا، او علی ان هذا الشرط لا یلزم الوفاء به، لانه لم یقع فی ضمن العقد.

و علی کل حال، فالبیع الاول صحیح، و البیع الثانی ان وقع عن طیب النفس صحّ أیضا، و الا بطل من جهة انه لا طیب نفس فیه.

و علی کل حال فاللازم ان یقال: (- بعد ظهور سیاق الروایة فی بیان حکم البیع الثانی مع الفراغ عن صحة) البیع (الاول) لانّ مصبّ السؤال و الجواب حول البیع الثانی (کما یشهد به) ای بان المقصود حکم البیع الثانی (أیضا بیان) للسائل (خلاف اهل المسجد المختص) ذلک الخلاف (بالبیع الثانی- ان) مفعول «یقال» (المراد) بالروایة (انه ان وقع البیع الثانی علی وجه الرضا و طیب النفس و الاختیار، فلا بأس به) لانّ المعاملة یلزم ان تکون عن طیب النفس (و ان وقع لا عن ذلک) ای لا عن طیب النفس (بل لاجل الالتزام به) ای الالتزام بالبیع الثانی (سابقا فی متن العقد، او) الالتزام به (قبله) ای قبل العقد (و الزامه) ای الزام المشروط له المشروط علیه (عرفا بما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۲

التزم، کان الشراء فاسدا، لکن فاسد الشراء لا یکون الا لعدم طیب النفس فیه.

و عدم وجوب الالتزام بما التزم علی نفسه، اما لعدم ذکره فی متن العقد.

و اما لکون الشرط بالخصوص فاسدا لا یجب الوفاء به، و لا یوجب فساد العقد المشروط به کما هو مذهب کثیر من القدماء، لا

التزم، کان الشراء) الثانی (فاسدا، لکن فساد الشراء) حینئذ (لا یکون الا لعدم طیب النفس فیه).

(و) ان قلت: لا یهم عدم طیب النفس، لانه یلزم ان یأتی بالمشروط و ان لم تطب نفسه.

قلت: (عدم وجوب الالتزام بما التزم علی نفسه) من العقد الثانی (اما لعدم ذکره فی متن العقد) لان الروایة لم تذکر انه التزم بالشرط فی متن العقد، و الشرط الّذی لا یکون فی متن العقد لا یجب الوفاء به، فاذا اجبر علی العمل بهذا الشرط کان البیع الثانی بدون طیب النفس و بدون جبر من الشارع- جبرا یقوم مقام طیب النفس-.

(و اما لکون) هذا (الشرط بالخصوص) ای شرط بیعه ثانیا الی البائع (فاسدا لا یجب الوفاء به) تعبدا (و لا یوجب فساد العقد المشروط به) ای العقد الاول (کما هو مذهب کثیر من القدماء) من ان الشرط الفاسد لا یفسد.

و علی کل حال فالبیع الثانی فاسد، لاجل عدم طیب النفس (لا) ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۳

لاجل فساد العقد الاول من جهة فساد الالتزام المذکور فی متنه حتی لو وقع عن طیب النفس.

لان هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حکم الروایة منعا و جوازا بالعقد الثانی.

و اما روایة علی بن جعفر، فهی اظهر فی اختصاص الحکم بالشراء الثانی، فیجب أیضا حمله علی وجه لا یکون منشأ فساد البیع الثانی فساد البیع الاول، بان یکون مفهوم الشرط

العقد الثانی فاسد (لاجل فساد العقد الاول من جهة فساد الالتزام المذکور فی متنه) بان یکون الشرط الفاسد مفسدا (حتی لو وقع) العقد الثانی (عن طیب النفس).

و انما لا نقول بفساد العقد الاول (لان هذا) ای فساد العقد الاول (مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حکم الروایة منعا) بدون الاختیار (و جوازا) مع الاختیار، ای قوله «لا بأس» منطوقا اذا کان مع الاختیار و «فیه بأس» مفهوما اذا کان بدون الاختیار (بالعقد الثانی) لقرینة السیاق و قرینة حکم اهل المسجد- کما تقدم-.

(و اما روایة علی بن جعفر، فهی اظهر فی اختصاص الحکم بالشراء الثانی) و انه باطل او صحیح (فیجب أیضا حمله) کما حملت روایة الحسین بن المنذر (علی وجه لا یکون منشأ فساد البیع الثانی فساد البیع الاول)

فلا تدل روایة علی بن جعفر علی فساد البیع الاول و حمله یکون علی هذا الوجه (بان یکون مفهوم الشرط) حیث قال علیه السلام «اذا لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۴

انه اذا اشترطا ذلک فی العقد او قبله، و لم یرضیا بوقوع العقد الثانی، بل وقع علی وجه الالجاء من حیث الالتزام به قبل العقد، او فیه فهو غیر صحیح لعدم طیب النفس فیه، و وقوعه عن الجاء، و هذا لا یکون الا مع عدم وجوب الوفاء.

اما لعدم ذکره فی العقد.

و اما لکونه لغوا فاسدا مع عدم تأثیر فساده فی العقد.

یشترط و رضیا فلا بأس» (انه اذا اشترطا ذلک) البیع الثانی (فی العقد) الاول (او قبله، و) ثم (لم یرضیا بوقوع العقد الثانی، بل وقع) العقد الثانی (علی وجه الالجاء من حیث الالتزام به) ای بالعقد الثانی (قبل العقد) و الشرط قبل العقد لا یلزم الوفاء به (او فیه) و هذا الشرط بخصوصه فاسد تعبدا (فهو) ای العقد الثانی (غیر صحیح لعدم طیب النفس فیه و وقوعه عن الجاء، و هذا) ای فساد العقد الثانی الّذی لم یصاحبه الرضا و طیب النفس (لا یکون الا مع عدم وجوب الوفاء) بالشرط، اذ لو وجب الوفاء بالشرط کان العقد الثانی صحیحا، و ان وقع بدون طیب النفس.

(اما لعدم ذکره فی) متن (العقد) و الشرط الّذی لم یذکر فی متن العقد لا یجب الوفاء به.

(و اما لکونه) ای الشرط و ان ذکر فی متن العقد (لغوا فاسدا) فی نفسه تعبدا (مع عدم تأثیر فساده) ای لا تأثیر لفساد هذا الشرط (فی العقد) فلا یفسد العقد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۵

و بالجملة فالحکم بفساد العقد الثانی فی الروایتین لا یصح ان یستند الی فساد الاول، لما ذکرنا من ظهور الروایتین فی ذلک، فلا بد ان یکون منشأه عدم طیب النفس بالعقد الثانی.

و عدم طیب النفس لا یقدح الا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم.

و عدم اللزوم لا یکون الا لعدم ذکر الشرط فی العقد، او لکونه فاسدا غیر مفسد.

ثم انه قال فی المسالک: انهما لو شرطاه قبل العقد لفظا، فان کانا یعلمان ان الشرط المتقدم لا حکم له

(و بالجملة فالحکم بفساد العقد الثانی فی الروایتین) الحسین، و علی بن جعفر (لا یصحّ ان یستند الی فساد) العقد (الاول لما ذکرنا من ظهور الروایتین فی ذلک) ای فی فساد العقد الثانی (فلا بد ان یکون منشأه) ای فساد العقد الثانی (عدم طیب النفس بالعقد الثانی).

(و) من المعلوم ان (عدم طیب النفس لا- یقدح الا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم) من الشرط، اذ لو کان الوفاء لازما اجبر علی الوفاء، و ان لم تطب نفسه.

(و عدم اللزوم) للشرط (لا یکون الا لعدم ذکر الشرط فی العقد) علی احتمال (او لکونه) و ان ذکر فی العقد، لکنه کان (فاسدا) تعبدا علی احتمال ثان، لکنه مع کونه فاسدا (غیر مفسد) اذ الشرط الفاسد لیس بمفسد

(ثم انه قال فی المسالک: انهما لو شرطاه) ای شرط ان یبیعه ثانیا الی البائع (قبل العقد لفظا فان کانا یعلمان ان الشرط المتقدم لا حکم له) بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۶

فلا اثر له و الا اتجه بطلان العقد به، کما لو ذکراه فی متنه، لانهما لم یقدما الا علی الشرط، و لم یتم لهما.

و یمکن ان یقال: ان علمهما بعدم حکم للشرط، لا یوجب عدم اقدامهما علی الشرط.

اللازم ان یکون الشرط فی متن العقد حتی یکون مؤثرا (فلا اثر له) ای لهذا الشرط، لانهما لم یبنیا علیه (و الا) بان کانا لم یعلما ان الشرط المتقدم لا حکم له (اتجه بطلان العقد به) ای بهذا الشرط و یکون حاله (کما لو ذکراه فی متنه).

و انما یکون مبطلا حینئذ (لانهما لم یقدما الا علی الشرط، و) الحال انه (لم یتم لهما).

فان العقد المبنی علی الشرط حاله حال العقد المذکور فیه الشرط و لذا اذا اشتری شیئا و لم یشترط الصحة و ظهر فاسدا کان له الردّ لان الصحة شرط ضمنی، فیشمله دلیل: المؤمنون عند شروطهم.

(و یمکن ان یقال) ما ذکره الشهید من انهما لو علما بعدم تأثیر الشرط المتقدم فالشرط لا حکم له غیر تام.

ف (ان علمهما بعدم حکم للشرط، لا یوجب عدم اقدامهما علی الشرط) فهما اقدما علی الشرط الفاسد و یکون باطلا مبطلا- اذا قلنا بان الشرط الفاسد مفسد- فیکون علمهما بعدم حکم للشرط حاله حال عدم علمهما فی انه لو بنی العقد علیه کان باطلا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۷

فالاولی بناء المسألة علی تأثیر الشرط المتقدم فی ارتباط العقد به، و عدمه، و المعروف بینهم عدم التأثیر کما تقدم، الا ان یفرق بین الشرط الصحیح فلا یؤثّر، و بین الفاسد فیؤثر فی البطلان.

و وجهه غیر ظاهر، بل ربما حکی العکس عن بعض المعاصرین.

(فالاولی بناء المسألة) ای ان الشرط المتقدم هل یبطل، أم لا؟

(علی تأثیر الشرط المتقدم فی ارتباط العقد به، و عدمه) ای عدم الارتباط (و المعروف بینهم عدم التأثیر) للشرط المتقدم (کما تقدم).

لکن عرفت ان الاقوی الارتباط و التأثیر (الا ان یفرق بین الشرط الصحیح فلا یؤثر) اذا کان متقدّما و لم یذکر فی متن العقد (و بین) الشرط (الفاسد فیؤثّر فی البطلان).

لعله لان المربوط بالفاسد فاسد.

اما العقد الصحیح فلا یحتاج فی صحته الی الارتباط بشیء حتی یکون صحیحا، فان الاعدام یؤثر فی الموجود.

اما الایجاد فلا یؤثّر فی الوجود، اذ الوجود لا یتکرر.

(و) لکن (وجهه غیر ظاهر) اذ لو کان ارتباط لکان فیهما، و لو لم یکن ارتباط لم یکن ارتباط فیهما (بل ربما حکی العکس عن بعض المعاصرین) و ان الشرط المتقدم اذا کان صحیحا کان مؤثّرا لشمول دلیل:

المؤمنون عند شروطهم، له.

اما اذا کان فاسدا فلا یؤثّر لان «المؤمنون» لا یشمله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۸

و قد تقدم توضیح الکلام فی ذلک.

(و قد تقدم توضیح الکلام فی ذلک) الشرط المتقدم، و قد قلنا: انه مؤثر مطلقا لابتناء العقد علیه، و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۲۹

القول فی القبض

[القبض لغة]

و هو لغة الاخذ مطلقا، او بالید، او بجمیع الکف علی اختلاف عبارات اهل اللغة،

و النظر فی ماهیته و وجوبه و احکامه یقع فی مسائل

مسألة: اختلفوا فی ماهیة القبض فی المنقول بعد اتفاقهم علی انها التخلیة فی غیر المنقول،

اشارة

علی اقوال.

[الأقوال]

احدها: انها التخلیة أیضا،

صرح به المحقق فی الشرائع، و حکی عن تلمیذه کاشف الرموز، و عن الایضاح نسبته الی بعض متقدمی اصحابنا

(القول فی القبض) (و هو لغة الاخذ مطلقا، او بالید، او بجمیع الکف علی اختلاف عبارات اهل اللغة، و النظر فی ماهیته) ای القبض (و وجوبه و احکامه یقع فی مسائل).

(مسألة: اختلفوا فی ماهیة القبض فی المنقول) کالثوب و المتاع، و النقود (بعد اتفاقهم علی انها) ای ماهیة القبض (التخلیة فی غیر المنقول) و ان کان هذا الاتفاق أیضا علی نظر.

اذ لو افرغ الدار و لم یسلمها الی المشتری لم یصدق انه قبضها ایاه (علی اقوال) ذکر منها ثمانیة هنا.

(احـدها: انها) ای ماهیـة القبض فی المنقول (التخلیـة أیضا) کغیر المنقول (صـرح به المحقق فی الشـرائع، و حکی) أیضا (عن تلمیـذه کاشف الرموز، و عن الایضاح) لولد العلامة (نسبته الی بعض متقدمی اصحابنا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۰

و عن التنقیح نسبته الی المبسوط.

الثانی: انه فی المنقول النقل، و فیما یعتبر کیله او وزنه: الکیل، او الوزن.

الثالث: ما فی الدروس من انه فی الحیوان نقله،

و فی المعتبر کیله او وزنه او عدّه او نقله، و فی الثوب وضعه فی الید.

الرابع: ما فی الغنیة و عن الخلاف و السرائر و اللمعة انه التحویل و النقل.

الخامس: ما فی المبسوط من انه ان [کان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانیر و ما یتناول بالید فالقبض فیه هو التناول بالید]

و عن التنقیح نسبته الی المبسوط) لکن یأتی فی القول الخامس انه یقول بغیر ذلک.

(الثـانی: انه) ای القبض (فی المنقول النقـل) الی المشـتری کـان یرسـل الحیوان الی دار المشتری (و فیمـا یعتبر کیله او وزنه: الکیـل او الوزن) فبمجرد ان کال او وزن فقد قبض.

(الثالـث: ما فی الـدروس من انه فی الحیوان نقله، و فی المعتبر کیله) فی المکیل (او وزنه) فی الموزون (او عـدّه) فی المعدود (او نقله) فیما کان اعتبار قبضه بالنقل کالابواب و الحصر و نحوها (و فی الثوب وضعه فی الید) و المراد به الاعم من القماش.

(الرابع: ما فی الغنیة و عن الخلاف و السرائر و اللمعة انه التحویل و النقل) «النقل» عطف بیان «للتحویل».

(الخامس: ما فی المبسوط من انه) ای الشیء الّذی یراد قبضه (ان

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۱

کان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانیر و ما یتناول بالید فالقبض فیه هو التناول بالید.

و ان کان مثل الحیوان کالعبد و البهیمة فالقبض فی البهیمة ان یمشی بها الی مکان آخر، و فی العبد ان یقیمه الی مکان آخر.

و ان کان اشتراه جزافا کان القبض فیه ان ینقله فی مکانه.

و ان کان اشتراه مکایلة فالقبض فیه ان یکیله.

و زاد فی الوسیلة: انه فی الموزون وزنه، و فی المعدود عدّه، و نسب عبارة

کان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانیر و ما یتناول بالید) باسـتثناء ما سـیأتی من مثل ما یکال او یوزن او یعد و ما اشـبه (فالقبض فیه هو التناول بالید).

(و ان کان مثل الحیوان کالعبـد و البهیمـة فالقبض فی البهیمـة ان یمشـی بها الی مکان آخر) فان وضع المشتری یده علی البهیمة لیس قبضا لها، بل لا بـد ان یمشـی بها قـدرا و لو قلیلا (و فی العبـد ان یقیمه الی مکان آخر) فاذا امره بان یذهب الی مکان ثان فذهب فقد قبضه.

(و ان کان اشتراه جزافا) ای مما یباع جزافا کالحطب و الماء (کان القبض فیه ان ینقله من مکانه) الی مکان آخر.

(و ان کان اشتراه مکایلة فالقبض فیه ان یکیله) فمراده ان القبض هو الکیل فی المکیلات.

(و زاد فی الوسیلة: انه فی الموزون وزنه، و فی المعدود عده، و نسب عبارة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۲

الشرائع الراجعة الی ما فی المبسوط الی المشهور.

السادس: انه الاستقلال و الاستیلاء علیه بالید،

حکی عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایـة، و اعترف فی المسالک تبعا لجامع المقاصـد، لشـهادة العرف بذلک، الا انه اخرج عن ذلک المکیل و الموزون مستندا الی النصّ الصحیح، و فیه ما سیجیء.

السابع: ما فی المختلف، من انه ان کان منقولا فالقبض فیه النقل او الاخذ بالید.

و ان کان مکیلا او موزونا فقبضه ذلک، او الکیل، او الوزن.

الشرائع الراجعة الی ما فی المبسوط الی المشهور) «نسب» بصیغة المجهول لانه لا یراد به «ابن حمزة».

(السادس: انه) ای القبض (الاسـتقلال و الاستیلاء علیه بالیـد حکی) هذا القول (عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایة، و اعترف) به (فی المسالک تبعا لجامع المقاصـد، لشـهادة العرف بـذلک) ای بان القبض هو الاستیلاء (الا انه اخرج) المسالک (عن ذلک) المعنی للقبض (المکیـل و المـوزون) فقـال: ان القبض فیهمـا کیلـه و وزنـه (مسـتندا) فی هـذا الاـخراج (الی النص الصـحیح) الآـتی (و فیه ما سیجیء) من عدم دلالة النص.

(السابع: ما فی المختلف، من انه ان کان منقولا فالقبض فیه النقل او الاخذ بالید) فی عامة المنقولات.

(و ان کان مکیلا او موزونا فقبضه ذلک) النقل او الاخذ بالید (او الکیل) فی المکیل (او الوزن) فی الموزون.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۳

الثامن: انه التخلیة مطلقا بالنسبة الی انتقال الضمان الی المشتری دون النهی عن بیع ما لم یقبض

نفی عنه البأس فی الدروس.

[نظر المؤلف فی المسألة]

اقول: لا شک ان القبض للمبیع هو فعل القابض، و هو المشتری.

و لاـ شـک ان الاحکـام المترتبـة علی هـذا الفعـل لاـ یترتب علی مـا کان من فعل البائع من غیر مـدخل للمشتری فیه، کما ان الاحکام المترتبة علی فعل

(الثامن: انه) ای القبض (التخلیة مطلقا بالنسبة الی انتقال الضمان الی المشتری).

فاذا تلف بعـد التخلیـة لم یکن من کیس البائع و لا یصدق علیه التلف قبل القبض من مال مالکه (دون النهی عن بیع ما لم یقبض) فانه بالتخلیة لا یرتفع النهی، فلو باعه بعد التخلیة و قبل القبض بالید او نحوه کان مصداقا لقوله علیه السلام: لا تبع ما لیس عندک ف (نفی

عنه البأس فی الدروس) هذه هی الاقوال فی المسألهٔ.

(اقول: لاـ شک ان القبض للمبیع هو فعل القابض، و) القابض (هو المشتری) فان البائع هو المقبض، هـذا بالنسـبهٔ الی المثمن، اما الثمن فبالعکس.

(و لاـ شـک ان الاحکـام المترتبـهٔ علی هـذا الفعل) ای القبض (لا یترتب علی ما کان من فعل البائع من غیر مـدخل للمشتری فیه) فان القبض له جانبان جانب اعطاء البائع، و جانب اخذ المشتری.

و الاحکـام المترتبـهٔ علی القبض علی جـانب اعطـاء البائع فقط، لان اعطائه فقط لا یصـدق علیه القبض (کما ان الاحکام المترتبـهٔ علی فعل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۴

البائع کالوجوب علی البائع و الراهن فی الجملهٔ.

و اشتراط القدرهٔ علی التسلیم لا یحتاج فی ترتبها الی فعل من المشتری.

فحینئذ نقول:

[المناقشهٔ فی الأقوال المذکورهٔ و بیان قول الأقوی]

اما ما اتفق علیه من کفایـهٔ التخلیهٔ فی تحقق القبض فی غیر المنقول ان ارید بالقبض ما هو فعل البائع بالنسـبهٔ الی المبیع، و هو جمیع ما یتوقف علیه من طرفه

البـائع کـالوجوب) ای وجوب القبض (علی البـائع، و) وجوب الاقبـاض علی (الراهن) لرهنه (فی الجملـهٔ) سواء قلنا بان الاقباض شـرط اللزوم، او وفاء بعقد الرهن.

(و اشتراط القدرهٔ علی التسـلیم) فی صحهٔ البیع، اذ لو لم یقدر البائع علی التسلیم لم یصح البیع علی التفصیل المذکور فی باب شرائط البیع، ف (لا یحتاج فی ترتبها) علی القبض (الی فعل من المشتری) بل بمجرد فعل البائع ما فی جانبه یکفی فی تحقق تلک الاحکام.

لکن لا یخفی ان الاقباض و القبض کالکسـر و الانکسار لا یتحقق احدهما بدون تحقق الآخر، فکلما شـرط فیه القبض فی ای الطرفین کان، لا یتحقق الا بتحقق فعل الجانبین.

(فحینئذ نقول: اما ما اتفق علیه من کفایهٔ التخلیهٔ فی تحقق القبض فی غیر المنقول) فلیس بتام، اذ بالتخلیهٔ لا یتحقق القبض.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۶، ص: ۱۳۴

فانه (ان ارید بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبهٔ الی المبیع، و هو) ای فعل البائع (جمیع ما یتوقف علیه) ای علی فعل البائع (من طرفه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۵

وصوله الی المشتری، و یعبر عنه مسامحهٔ بالاقباض و التسـلیم، و هو الّذی یحکمون بوجوبه علی البائع و الغاصب و الراهن فی الجملهٔ، و یفسرونه بالتخلیهٔ التی هی فعل البائع.

فقد عرفت انه لیس قبضا حقیقیا حتی فی غیر المنقول، و ان فسرت برفع

وصوله الی المشتری، و یعبر عنه مسامحهٔ بالاقباض و التسلیم).

و انما کان مسامحهٔ، اذ التخلیهٔ لیست باقباض، فقد عرفت ان القبض و الاقباض کالکسر و الانکسار لا یتحقق احدهما الّا بتحقق الآخر (و هو) ای فعل البائع (الّذی یحکمون بوجوبه علی البائع و الغاصب و الراهن) لاجل ایصال الشیء الی المشتری و المغصوب منه و المرتهن (فی الجملهٔ) ای واجب فی الجملهٔ.

اذ: لا یجب علی البائع التسلیم فانه مقید بتسلیم المشتری للثمن، و کذلک لا یجب علی الراهن التسلیم الا مع تسلّم الدین (و یفسرونه) ای یفسرون فعل البائع (بالتخلیهٔ التی هی فعل البائع) ان کان مرادهم بالقبض- الّذی یقولون: انه التخلیهٔ- هذا.

(ف) فیه انک (قد عرفت انه لیس قبضا حقیقیا حتی فی غیر المنقول) بل ان سمّی قبضا کان مجازا.

و هذا خلاف ظاهر الادلهٔ التی علقت الحکم علی القبض، حیث قال علیه السلام: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال مالکه، و لا وجه لحمل کلامه علیه السلام علی المجاز، و الحال انه لا قرینهٔ علی ذلک (و ان) وصلیّهٔ (فسرت) التخلیهٔ (برفع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۶

جمیع الموانع، و اذن المشتری فی التصرف.

قال کاشف الرموز فی شرح عبارهٔ النافع: القبض مصدر، یستعمل بمعنی التقبیض و هو التخلیهٔ، و یکون من طرف البائع و الواهب بمعنی التمکین من التصرف، انتهی.

بل التحقیق ان القبض مطلق هو استیلاء المشتری علیه و تسلّطه علیه الّذی یتحقق به معنی الید، و یتصور فیه الغصب.

جمیع الموانع، و اذن المشتری فی التصرف) فان القبض لا یتحقق بذلک کما لا یخفی.

ثم ان المصنف استشهد لقوله «ان ارید بالقبض ما هو فعل البائع» بقول کاشف الرموز، حیث ان کلامه صریح فی ان مراد بعضهم من القبض ما هو فعل البائع.

(قال کاشف الرموز فی شرح عبارهٔ النافع: القبض مصدر) قبض یقبض (یستعمل بمعنی التقبیض) فهو فعل لازم یستعمل بمعنی المتعدی (و هو التخلیهٔ، و یکون من طرف البائع و الواهب) و یکون حینئذ (بمعنی التمکین من التصرف، انتهی) کلامه.

(بل التحقیق ان القبض مطلق) فی المنقول و غیر المنقول و (هو استیلاء المشتری علیه) ای علی المثمن (و تسلّطه علی الّذی یتحقق به) ای بذلک الاستیلاء (معنی الید) فیصدق «علی الید ما اخذت» اذ لیس المراد بالید: الجارحهٔ، بل الاستیلاء و التسلط (و یتصور فیه الغصب)

اذ الغصب انما یتحقق بالاستیلاء و التسلط فالغصب و الید و القبض،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۷

نعم یترتب علی ذلک المعنی الاول الاحکام المترتبهٔ علی الاقباض و التسلیم الواجبین علی البائع فینبغی ملاحظهٔ کل حکم من الاحکام المذکورهٔ فی باب القبض، و انه مترتب علی القبض الّذی هو فعل المشتری بعد فعل البائع، و علی الاقباض الّذی هو فعل البائع.

مثلا: اذا فرض ان ادلهٔ اعتبار القبض فی الهبهٔ دلت علی اعتبار

کلها من واد واحد و کما ان الغصب و الید لیسا بالتخلیهٔ، فکذلک القبض لیس بالتخلیهٔ.

(نعم یترتب علی ذلک المعنی الاول) ای التخلیهٔ (الاحکام المترتبهٔ علی الاقباض و التسلیم الواجبین علی البائع).

فاذا خلّى البائع الدار، و مكّن المشترى من الاستيلاء عليها، فقد فعل الواجب عليه، و حينئذ يجب على المشترى تسليم الثمن مثلا.

و على هذا الّذى ذكرنا من انه ليس بقبض- حقيقة- و لكنه يترتب عليه بعض الاحكام (فينبغى ملاحظة كل حكم من الاحكام المذكورة فى باب القبض، و) ملاحظة (انه) اى ان ذلك الحكم (مترتب على القبض الّذى هو فعل المشترى بعد فعل البائع) اى يترتب على فعلهما معا ا (و) مترتب (على الاقباض الّذى هو فعل البائع).

فاذا خلّى البائع و لم يتسلم المشترى ترتب الحكم الّذى يترتب على فعل البائع و لم يترتب الحكم الّذى يترتب على فعل المشترى.

(مثلا: اذا فرض ان ادلة اعتبار القبض فى الهبة) و انه لا تتحقق الهبة بدون القبض (دلت على اعتبار

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۸

حيازة المتهب الهبة، لم يكتف فى ذلك بالتخلية التى هى من فعل الواهب، و هكذا.

و لعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره، من حيث ان الحكم الاول منوط بالاقباض، و غيره منوط بفعل المشترى.

حيازة المتهب) اى الموهوب له (الهبة) بان تصبح الهبة تحت سلطة الموهوب له و استيلائه (لم يكتف فى ذلك) القبض المحقق للهبة (بالتخلية التى هى من فعل الواهب) اذ لم يتحقق الاستيلاء و السلطة (و هكذا) بالنسبة الى الوقف اذا قلنا باشتراط القبض فيه الى غير ذلك.

فاللازم مراجعة دليل كل مورد، و انه كيف يشترط فيه القبض و هل تكفى التخلية؟ او يلزم ان يكون تحت سلطة الطرف و استيلائه.

(و لعل تفصيل الشهيد) الاول الّذى نقلناه فى القول الثامن من اقوال القبض (فى البيع بين حكم الضمان) و انتقاله الى المشترى (و غيره) كالنهى عن بيع ما لم يقبض انما هو (من حيث ان الحكم الاول) اى انتقال الضمان الى المشترى (منوط بالاقباض) اى تخلية البائع، و ان لم يأت تحت سلطة المشترى (و غيره) اى النهى عن بيع ما لم يقبض (منوط بفعل المشترى) اى استيلائه عليه.

فاذا خلّى البائع و لم يستول المشترى انتقل الضمان الى المشترى لكن لا يجوز له بيعه، لانه لم يقبضه بعد، و لا يخفى ان قوله «من حيث» خبر «لعلّ».

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۳۹

و كيف كان فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض، فنقول: اما رفع الضمان فان استند فيه الى النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، فالمناط فيه حصول الفعل من المشترى.

و ان استند الى قوله عليه السلام فى رواية عقبة بن خالد: حتى يقبض المتاع، و يخرجه من بيته، احتمل فيه اناطة الحكم بالتخلية.

(و كيف كان فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض) فى كل مكان (فنقول: اما رفع الضمان) عن البائع بسبب قبضه الى المشترى هل يتحقق ذلك بالتخلية او بتسلّم المشترى له؟ (فان استند فيه الى النبوى) صلى الله عليه و آله و سلم القائل (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فالمناط فيه حصول الفعل من المشترى) اى استيلائه عليه.

اذا المناسب للحكم هو تسلّم المشترى، و الا فقبل تسلّم المشترى لم يرتبط المبيع بالمشترى.

(و ان استند) فيه (الى قوله عليه السلام فى رواية عقبة بن خالد:

حتى يقبض) البائع (المتاع) «يقبض» بصيغة الافعال (و يخرجه) البائع (من بيته، احتمل فيه) اى فى القبض الرافع للضمان (اناطة الحكم بالتخلية) لانه اذا اخرج المتاع من بيته، فقد اقبض المتاع، لظهور ان «يخرجه» عطف بيان لقوله «يقبض».

و عليه فالنبوى يدل على تسلّم المشترى، و الرواية تدل على التخلية، فالجمع بينهما انما يكون لحمل احدهما على الآخر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۰

فیمکن حمل النبوی علی ذکر ما هو مقارن غالبیّ للتخلیة.

و احتمل ورود الروایة مورد الغالب من ملازمة الاخراج للوصول الی المشتری بقرینة ظاهر النبوی.

و لـذا قال فی جامع المقاصـد- بعـد نقل ما فی الـدروس- ان الخبر دال علی خلافه، و هو حسن ان اراد به ظاهر النبوی، لا ظاهر روایة عقبة او غیرها.

(فیمکن حمـل النبوی) المشترط للتسلّم (علی ذکر مـا هو مقـارن غـالبیّ للتخلیـة) فلاـ یلزم التسـلّم، لانه من باب «و ربائبکم اللّاتی فی حجورکم» حیث ان قید «حجورکم» قید غالبی، لا انه شرط.

(و احتمل) العکس، ب (ورود الروایة مورد الغالب من ملازمة الاخراج) من بیت البائع (للوصول الی المشتری).

فالروایة قالت: ان الاخراج، قبض و ارادت الوصول الی المشتری من ذکر العلة و إرادة المعلول.

و انما نحمل الروایة علی هذا المعنی (بقرینة ظاهر النبوی) المشترط لتسلّم المشتری.

(و لـذا) الّـذی ان ظـاهر النبوی دالّ علی لزوم تسـلّم المشتری (قال فی جامع المقاصـد- بعـد نقل ما فی الـدروس-) من ان القبض هو التخلیـة (ان الخبر دال علی خلافـه) ای ان القبض هو التسـلّم، لاـ التخلیـة (و هو) ای کلام جامع المقاصـد (حسن ان اراد به) ای بالخبر (ظاهر النبوی، لا ظاهر روایة عقبة او غیرها) هذا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۱

و الانصاف ان ما ذکره الشهید قریب بالنسبة الی ظاهر روایة عقبة.

و ربما یخدش فیها بظهورها فی اعتبار الاخراج من البیت.

مع انه غیر معتبر فی رفع الضمان اتفاقا.

و فیه: ان الاخراج عن البیت کنایة عن الاخراج عن السلطنة، و رفع الید، و لا ینبغی خفاء ذلک علی المتأمل فی الاستعمال العرفی، هذا و لکن الجمود علی حقیقة اللفظ فی

(و) لکن (الانصاف ان ما ذکره الشهید) من ان القبض هو التخلیة (قریب بالنسبة الی ظاهر روایة عقبة) حیث قال علیه السلام «و یخرجه من بیته».

(و ربمـا یخـدش فیهـا) ای فی روایـة عقبـة (بظهورها فی اعتبار الاخراج من البیت) و قال «ظهورها» و لم یقل «نصّیها» لاحتمال ان یراد بالاخراج القبض، بان یکون قوله علیه السلام «حتی یقبض المتاع» قرینة علی «یخرجها» لا العکس.

(مع انه غیر معتبر فی رفع الضمان اتفاقا) اذ لو سلّمه البائع الی المشتری فی بیته کفی قطعا.

(و فیه: ان الاـخراج عن البیت کنایـة عن الاـخراج عن السـلطنة و رفع) البـائع (الیـد) عن المتـاع (و لاـ ینبغی خفاء ذلک) المعنی (علی المتأمل فی الاستعمال العرفی) فان اکثر محاورات العرف مجازات، و (هذا) الّذی ذکرناه هو مقتضی قاعدة الکلام عند العرف.

(و لکن الجمود علی حقیقة اللفظ) ای لفظ «یقبض» و «یخرج» (فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۲

الروایـة، یقتضـی اعتبار الوصول الی یـد المشتری لان الاقباض و الاخراج و ان کانا من فعل البائع، الّا ان صـدقهما علیه یحتاج الی فعل من غیر البائع، لان الاقباض و الاخراج بدون القبض و الخروج محال.

الاـ ان یستفاد من الروایـة تعلق الضـمان علی مـا کـان من فعل البائع، و التعبیر بالاقباض و الاخراج مسامحـة، مست الحاجة إلیهما فی التعبیر.

الروایة، یقتضی اعتبار الوصول الی ید المشتری).

و ذلک (لان الاقباض و الاخراج و ان کانا من فعل البائع، الّا ان صـدقهما علیه) ای علی فعل البائع (یحتاج الی فعل من غیر البائع، لان الاقباض و الاخراج بدون القبض و الخروج محال).

اذ النسـبة بین الاقباض و القبض، کالنسبة بین الکسر و الانکسار و الاخراج- سواء ارید به الاخراج من البیت او الاخراج من السلطة- و ان امکن بدون فعل المشتری.

لکن حیث انه اردف للاقباض، ارید به معنی الاخراج عن السلطة و الادخال فی سلطة الغیر.

و من المعلوم ان هذا النوع من الاخراج عن السلطة لا یکون الا بدخوله فی سلطة الغیر.

(الا ان یستفاد من الروایة تعلق الضـمان) ای تعلق رفع ضـمان البائع (علی ما کان من فعل البائع، و) یکون (التعبیر بالاقباض و الاخراج مسامحة مست الحاجة إلیهما) ای الی العبارتین (فی التعبیر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۳

و ما ذکره الشـهید من رفع الضـمان بالتخلیة یظهر من بعض فروع التذکرة، حیث قال: لو احضـر البائع السـلعة، فقال المشتری ضـعه، تم القبض، لانه کالتوکیل فی الوضع.

و لو لم یقل المشتری شیئا، او قال: لا ارید حصل القبض، لوجود التسلیم.

کما لو وضع الغاصب المغصوب بین یدی المالک، فانه یبرأ من الضمان

(و) قد تبین ان المحتملات فی الاقباض و الاخراج، هی ان یکون شیئا واحدا و ان یکونا شیئین.

و علی الاول فالمراد بالاقباض هو الاخراج او العکس، و علی کل فاما ان یراد فعل البائع فقط او فعل البائع الملازم لفعل المشتری.

ثم ان (ما ذکره الشـهید) الاول (من رفع الضـمان) ای ضـمان البائع (بالتخلیـة یظهر من بعض فروع التذکرة، حیث قال: لو احضـر البائع السلعة) التی باعها (فقال المشتری ضعه، تم القبض) من المشتری لها (لانه کالتوکیل فی الوضع).

و کما اذا وصل المتاع الی ید وکیل البائع تم القبض، فکذلک هنا.

(و لو لم یقـل المشتری شـیئا) و وضـعها البـائع امـام المشتری (او قـال لا اریـد) السـلعة (حصل القبض) أیضا، و ارتفع ضـمان البائع اذا وضعها امام المشتری (لوجود التسلیم) الرافع للضمان.

فیکون وضعه امام المشتری (کما لو وضع الغاصب المغصوب بین یدی المالک، فانه یبرأ من الضمان) بوضعه امامه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۴

انتهی.

و ظاهره ان المراد من التسلیم المبحوث عنه ما هو فعل البائع، و لو امتنع المشتری.

لکنه قدس سره صرح فی عنوان المسألة و فی باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته الی بعض الشافعیة.

فالظاهر ان مراده بل مراد الشهید قدس سرهما رفع الضمان بهذا، و ان لم یکن قبضا.

(انتهی) کلام التذکرة.

(و ظـاهره) خصوص الجملـة الثانیـة (ان المراد من التسـلیم المبحوث عنه) فی رفع ضـمان البائع (ما هو فعل البائع، و لو امتنع المشتری) حیث قال «او قال: لا ارید».

(لکنه) ای العلامة (قدس سره صرح فی عنوان) هذه (المسألة) ای مسئلة القبض (و فی باب الهبة بضعف هذا القول) ای تحقق القبض بفعل البائع فقط (بعد نسبته الی بعض الشافعیة).

(فالظاهر)- جمعا بین کلامی العلامة و تنسیقا لکلام الشهید مع کلام العلامة لظهور ان الشهید اخذ فتواه من العلامة- (ان مراده) ای العلامة (بل مراد الشهید قدس سرهما رفع الضمان بهذا) العمل من البائع (و ان لم یکن قبضا) فاذا تلف، صدق «التلف قبل القبض من مال مالکه».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۵

بل عن الشهید فی الحواشی انه نقل عن العلامة قدس سره ان التخلیة فی المنقول و غیره ترفع الضمان، لانه حق علی البائع، و قد ادّی ما علیه.

اقول: و هذا کما ان اتلاف المشتری یرفع ضمان البائع، و سیجیء من المحقق الثانی: ان النقل فی المکیل و الموزون یرفع الضمان و ان لم یکن قبضا.

و قد ظهر مما ذکرنا ان لفظ القبض الظاهر بصیغته فی فعل المشتری

(بل عن الشهید فی الحواشی انه نقل عن العلامة قدس سره) التصریح بما استظهرناه.

حیث قال (ان التخلیة فی المنقول و غیره ترفع الضمان) عن البائع (لانه) ای الضمان (حق علی البائع، و قد ادّی ما علیه) اما قبض المشتری فلیس مربوطا بالبائع.

(اقول: و هذا) لیس ببعید (کما ان اتلاف المشتری) للمتاع قبل ان یقبضه (یرفع ضمان البائع) فرفع ضمان البائع لیس خاصا بصورة تسلیم البائع المتاع الی المشتری (و سیجیء من المحقق الثانی: ان النقل فی المکیل و الموزون یرفع الضمان و ان لم یکن قبضا) فلا یشترط القبض فی رفع الضمان.

(و قد ظهر مما ذکرنا) من کلام العلامة و غیره (ان لفظ القبض الظاهر بصیغته) ای بلفظه (فی فعل المشتری) و هو تسلّم المتاع، لا یراد به هذا الظهور اللفظی، بل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۶

یراد به الاستیلاء علی المبیع، سواء فی المنقول و غیره، لان القبض- لغة- الاخذ مطلقا، او بالید، او بجمیع الکف علی اختلاف التعبیرات.

فان ارید الاخذ حسّا بالید، فهو لا یتأتی فی جمیع المبیعات مع ان احکامه جاریة فی الکل.

فاللازم ان یراد به فی کلام اهل اللغة و فی لسان الشرع الحاکم علیه باحکام کثیرة فی البیع و الرهن و الصدقة، و تشخیص ما فی الذمة

(یراد به) ای بالقرائن (الاستیلاء علی المبیع) و السلطة علیه (سواء فی المنقول و غیره).

و انما ارید بالقبض الاستیلاء (لان القبض- لغة- الاخذ مطلقا) و لو بغیر الید (او بالید، او بجمیع الکف) فی مقابل الاخذ بالاصبع مثلا (علی اختلاف التعبیرات) فی معنی القبض.

(فان ارید الاخذ حسّا بالید، فهو لا یتأتی فی جمیع المبیعات).

فان الدار و البستان و الحمام لا یمکن اخذها حسّا بالید، و اخذ بعضها لیس اخذا لکلها (مع ان احکامه) ای احکام القبض (جاریة فی الکل) ای فی کل المبیعات، فان وجوب اقباض البائع، و ان التلف قبل القبض من مال مالکه و نحوهما جاریة فی کل بیع.

(فاللازم) حیث لا یراد بالقبض الاخذ بالکف و نحوه (ان یراد به) ای بالقبض (فی کلام اهل اللغة و فی لسان الشرع الحاکم علیه) ای

علی القبض (باحکام کثیرة فی البیع و الرهن و الصدقة) و الهبة و الوقف و الغصب و غیرها (و تشخیص ما فی الذمة) فان الکلی الّذی فی الذمة یتشخص فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۷

اخذ کل شیء بحسبه، و هو ما ذکرنا من الاستیلاء و السلطنة.

و اما ما ذکره بعضهم من اعتبار النقل و التحویل فیه، بل ادعی فی الغنیة الاجماع علی انه القبض فی المنقول الّذی لا یکتفی فیه بالتخلیة، فهو لا- یخلو عن تأمّل، و ان شهد من عرفت بکونه موافقا للعرف فی مثل الحیوان، لأن مجرد اعطاء المقود للمشتری، او مع رکوبه علیه قبض عرفا علی الظاهر.

الفرد الخارجی بالقبض (اخذ کل شیء بحسبه) «اخذ» نائب فاعل «یراد» (و هو) ای اخذ کل شیء بحسبه (ما ذکرنا من) ان المراد بالقبض (الاستیلاء و السلطنة) و ان لم یکن یأخذه.

(و اما ما ذکره بعضهم) فیما تقدم من رابع الأقوال فی مسألة القبض (من اعتبار النقل و التحویل فیه) ای فی القبض (بل ادعی فی الغنیة الاجماع علی انه) ای النقل هو (القبض فی المنقول الّذی لا یکتفی فیه بالتخلیة) مثل الحیوان فان تخلیته عن السرج و نحوه لا یکون قبضا (فهو لا یخلو عن تأمل، و ان شهد من عرفت بکونه موافقا للعرف فی مثل الحیوان)

و انما قلنا انه لا- یخلو عن تأمل (لأن مجرد اعطاء المقود للمشتری، او مع رکوبه علیه) او تمکینه من الرکوب علیه و ترک المقود، او اعطائه الحیوان له بحیث اخذ بقرنه، و اذا کان الحیوان عند نفس المشتری و فی بیته فباعه له، او ما اشبه ذلک.

فان کل ذلک (قبض عرفا علی الظاهر) و ان لم یکن فیه نقل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۸

ثم المراد من النقل فی کلام من اعتبره، هو نقل المشتری له، لا نقل البائع، کما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصرّح به فی جامع المقاصد.

و اما روایة عقبة بن خالد المتقدمة فلا دلالة فیها علی اعتبار النقل فی المنقول، و ان استدل بها علیه فی التذکرة لما عرفت من ان الاخراج من البیت فی

(ثم المراد من النقل فی کلام من اعتبره) أی اعتبر النقل (هو نقل المشتری له) ای للمبیع الی بیته او نحوه (لا- نقل البائع) للمبیع الی بیت المشتری (کما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصرّح به فی جامع المقاصد).

فان قول المبسوط: فالقبض فی البهیمة ان یمشی بها الی مکان آخر ظاهره ان یمشی المشتری لا البائع، و لو أراد مشی البائع قال ان یمشی بها الی مکان المشتری.

و انما قلنا «نقل المشتری» لان نقل البائع لیس ایصالا الی المشتری و قبضا منه للحیوان.

(و اما روایة عقبة بن خالد المتقدمة) حیث قال «و یخرجه من بیته» (فلا دلالة فیها علی اعتبار النقل فی المنقول، و ان استدل بها) ای بروایة عقبة (علیه) ای علی النقل (فی التذکرة).

و انما قلنا «لا دلالة فیها» (لما عرفت من ان الاخراج من البیت فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۴۹

الروایة نظیر الاخراج من الید، کنایة عن رفع الید و التخلیة للمشتری حتی لا یبقی من مقدمات الوصول الی المشتری، الا ما هو من فعله.

و اما اعتبار الكيل و الوزن، او كفايته فى قبض المكيل او الموزون، فقد اعترف غير واحد بانه تعبد لاجل النص الّذى ادعى دلالته عليه.

مثل صحيحة معاوية بن وهب، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه،

الروايـة نظير الاخراج من اليـد، كنايـة عن رفع اليد و التخلية للمشترى) بحيث يكون للمشترى سلطان و استيلاء عليه (حتى لا يبقى من مقدمات الوصول الى المشترى، الا ما هو من فعله) اى فعل المشترى.

(و اما اعتبار الكيل و الوزن) فى القبض، كما فى القول الثانى من الاقوال الثانية (او كفايته فى قبض المكيل او الموزون) كما فى القول السابع

و الفرق بينهما: ان الثانى يعتبر الكيل و الوزن هو القبض لا غيرهما

و القول السابع يعتبرهما احد قسمى القبض، و القسم الآخر النقل او الاخذ باليد- كما تقدم القولان- (فقد اعترف غير واحد بانه تعبد لاجل النص الّذى ادعى دلالته عليه) اى على الكيل و الوزن.

منتهى الأمران القول الثانى يعتبر هما فقط القبض.

و القول السابع يجمع بين النص و العرف الدال على كفاية النقل و الاخذ باليد فى صدق القبض.

(مثل صحيحة معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۰

فقال: ما لم يكن كيل او وزن، فلا يبعه، حتى يكيله او يزنه، الا ان يوليه بالذى قام عليه.

و صحيحة منصور بن حازم: اذا اشتريت متاعا فيه كيل او وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، الا ان توليه.

مثلا: اشترى محمد منّا من الحنطة من على، و قبل ان يأخذ الحنطة يبيعه للحسن (فقال) لا بأس به (ما لم يكن كيل او وزن) اى لا بأس بذلك فى غير المكيل و الموزون، كالمعدود و المذروع و نحوهما.

اما فى الكيل و الموزون (فلا يبعه، حتى يكيله او يزنه) فاذا كاله البائع او وزنه له فهو قبض، فلا بأس بان يبيعه (الا ان يوليه) اى يبيعه محمد للحسن- فى المثال- ببيع التولية و هو البيع بنفس رأس المال بلا زيادة و لا نقيصة، مقابل المرابحة التى هى بيع بربح، و المواضعة التى هى بيع بخسارة (بالذى قام عليه) اى بنفس رأس المال.

وجه الاستدلال ان الامام عليه السلام جعل «حتى يكيله او يزنه» مرادفا «لأن يقبضه» فكأنه قال فى غير المكيل، لا بأس ببيعه قبل القبض، اما فى المكيل، فلا بد من قبضه، و عوض قوله «فلا بد من قبضه» بقوله «حتى يكيله».

(و صحيحة منصور بن حازم) قال عليه السلام: (اذا اشتريت متاعا فيه كيل او وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، الا ان توليه) اى تبيعه تولية، فالمراد ب «تقبضه» «تكيله» بقرينة الرواية السابقة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۱

و فى صحيحة على بن جعفر، عن اخيه عن الرجل يشترى الطعام ا يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا لم يربح عليه، فلا بأس، و ان ربح فلا يبعه حتى يقبضه.

و رواية ابى بصير عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل أن يكيله قال:

لا يعجبنى أن يبيع كيلا او وزنا قبل أن يكيله أو يزنه، الا ان يوليه كما اشتراه الى غير ذلك، مما دل على اعتبار الكيل و الوزن، لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما.

و الا لم يفرق بين التولية و غيرها،

(و فى صحيحة على بن جعفر، عن اخيه) موسى عليه السلام (عن الرجل يشترى الطعام، ا يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: اذا لم يربح عليه، فلا بأس) أى باعه تولية (و ان ربح فلا يبعه حتى يقبضه).

فان المراد بالقبض الكيل و الوزن بقرينة الرواية الاولى.

(و رواية ابى بصير عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل أن يكيله) هل يجوز ذلك؟ (قال: لا يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه الا-ان يوليه) بنفس رأس المال (كما اشتراه) فان الكيل و الوزن هنا هو القبض بقرينة الروايات السابقة (الى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن، لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما) اى بالكيل و الوزن.

(و الا) فلو كان الكيل و الوزن من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما (لم يفرق بين التولية و غيرها).

اذ فى بيع التولية أيضا يشترط الكيل و الوزن، فان البيع بدونهما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۲

فتعين لامر آخر، و ليس الا من كون ذلك قبضا للاجماع، كما فى المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه.

و منه يظهر ما فى المسالك، حيث انه بعد

مجهول و هو باطل (فتعين) ان يكون الكيل و الوزن مرة اخرى (لامر آخر) غير رفع الجهالة (و ليس) ذلك الأمر الآخر (الا من كون ذلك) الكيل و الوزن (قبضا).

فاذا باع الحنطة كالها أوّلا لأجل رفع الجهالة، ثم اذا كالها ثانيا كان ذلك قبضا (للاجماع، كما فى المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه).

فاذا تحقق القبض بالكيل الثانى، جاز بيعه.

اقول: الظاهر من الجمع بين الروايات الى جواز بيع الطعام يتوقف على احد امرين.

اما الكيل ثانيا و ان لم يقبضه.

و اما القبض و ان لم يكله ثانيا، و لا وجه لحمل احدهما على الآخر و انما اقام الشارع الكيل ثانيا مقام القبض تعبدا.

و لعله للدلالة على انه بيع ثان للمشترى من المشترى الأول.

كما ان الفرق بين التولية و غيرها تعبد.

و لعله لأجل ان التولية بمنزلة البيع الاول فلا يحتاج الى كيل ثان.

(و منه) اى مما تقدم من دلالة الروايات على لزوم الكيل و الوزن اذا باعه تولية، و ان الكيل يقوم مقام القبض (يظهر ما فى المسالك، حيث انه بعد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۳

ذكر صحيحة ابن وهب قال: و التحقيق هنا ان الخبر الصحيح دلّ على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا على ان القبض لا يتحقق بدونهما.

و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك، لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة.

و حينئذ فلو قيل بالاكتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل

ذکر صحیحة ابن وهب) و هی الروایة الاولی التی نقلناها هنا (قال: و التحقیق هنا ان الخبر الصحیح دلّ علی النهی عن بیع المکیل و الموزون قبل اعتباره بهما) ای بالکیل و الوزن.

فاذا اراد الانسان ان یبیع المکیل و الموزون کان اللازم ان یکیله و یزنه، و ان کاله أو وزنه عند اشتراءه هو، و (لا) یدل الخبر (علی ان القبض لا یتحقق بدونهما).

(و) ان قلت: ظاهر الروایة ان الکیل و الوزن هو القبض.

قلت: (کون السؤال فیه) ای فی الحدیث (وقع عن البیع قبل القبض لا ینافی ذلک) الّذی ذکرنا من ان القبض لا یتحقق بالکیل و الوزن، فان الامام (ع) انما اجاب بالکیل و الوزن، لا لأجل انهما قبض، بل (لأن الاعتبار بهما) ای بالکیل و الوزن (قبض و زیادة).

اذ المتعارف ان الشیء اذا کیل او وزن سلّم الی المشتری.

(و حینئذ) ای حین لا یدل الخبر علی ان الکیل و الوزن قبض (فلو قیل بالاکتفاء فی نقل الضمان فیهما) ای فی المکیل و الموزون (بالنقل)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۴

عملا بالعرف، و الخبر الآخر، و یتوقف البیع ثانیا علی الکیل و الوزن، امکن، ان لم یکن احداث قول، انتهی.

و الظاهر: ان مراده بالخبر، خبر عقبة بن خالد، و قد عرفت عدم ظهوره فی اعتبار النقل.

ثم ان ظاهر غیر واحد کفایة الکیل و الوزن فی القبض من دون توقف علی النقل.

و الظاهر انه لا بدّ مع الکیل و الوزن من رفع ید البائع.

ای نقل المشتری المتاع الی محلّه (عملا بالعرف) حیث یری ان النقل محصل للقبض (و الخبر الآخر) ای خبر عقبة (و یتوقف البیع ثانیا علی الکیل و الوزن، امکن) ذلک حسب الادلة (ان لم یکن احداث قول) جدید (انتهی) کلام المسالک.

(و الظاهر: ان مراده بالخبر، خبر عقبة بن خالد، و قد عرفت عدم ظهوره فی اعتبار النقل).

لانا قلنا ان ظاهر الخبر انه کنایة عن الاخراج عن السلطة و ادخال فی سلطة المشتری، لا النقل المکانی.

ثم انک قد عرفت ان الظاهر من الجمع بین الاخبار ما ذکرناه، لا ما ذکره المصنف، و لا ما ذکره المسالک.

(ثم ان ظاهر غیر واحد) من الفقهاء (کفایة الکیل و الوزن فی القبض من دون توقف علی النقل) و ان الکیل و الوزن یکفی.

(و) لکن (الظاهر انه لا بدّ مع الکیل و الوزن من رفع ید البائع) و مجیء

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۵

کما صرح به فی جامع المقاصد.

و لذا نبّه فی موضع من التذکرة: بان الکیل شرط فی القبض.

و کیف کان: فالاولی فی المسألة ما عرفت من: ان القبض له معنی واحد، یختلف باختلاف الموارد، و ان کون القبض هو الکیل و الوزن خصوصا فی باب الصدقة.

و تشخیص ما فی الذمة مشکل جدا

المبیع تحت سلطة المشتری و استیلائه علیه (کما صرح به فی جامع المقاصد) و تقدم عن المصنف.

(و لذا) الّذی ان الکیل وحده لیس قبضا (نبّه فی موضع من التذکرة بأن الکیل شرط فی القبض) مما یدل علی ان القبض شیء غیر الکیل، و لیس ذلک الا ما ذکرناه من رفع ید البائع و سلطة المشتری.

(و کیف کان: فالاولی فی المسألة ما عرفت من: ان القبض له معنی واحد، یختلف باختلاف الموارد) و ان قبض کل شیء بحسبه، و ان کان یجمع الکل انه لا بد من رفع سلطة البائع و حدوث سلطة المشتری (و ان کون القبض هو الکیل و الوزن خصوصا فی باب الصدقة) الّذی ورد فیه بان الصدقة لا یتمکن الانسان ان یرجع فیها.

و علی هذا القول فاذا کال بقصد الصدقة لم یتمکن من الرجوع فیها (و تشخیص ما فی الذمة مشکل جدا) لانه لا یصدق القبض علی الکیل و الوزن.

و لو قیل انه تعبد شرعی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۶

لان التعبد الشرعی علی تقدیر تسلیمه مختص بالبیع، الا ان یکون اجماع علی اتحاد معنی القبض فی البیع و غیره، کما صرح به العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم، فی باب الرهن و الهبة.

و حکی فیها الاتفاق علی الاتحاد عن ظاهر المسالک، و استظهره الحاکی أیضا.

و عن ظاهر المبسوط فی باب الهبة: ان القبض هی التخلیة فیما لا ینتقل، و النقل و التحویل فی غیره.

لکن صرح فی باب الرهن: بان کلما کان قبضا فی البیوع کان قبضا فی الرهن

قلنا فلیخص التعبد ببابه (لان التعبد الشرعی علی تقدیر تسلیمه مختص بالبیع) فلا یتعدی منه الی باب الصدقة و غیرها (الا ان یکون اجماع علی اتحاد معنی القبض فی البیع و غیره، کما صرح به) ای بالاجماع علی الاتحاد (العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم، فی باب الرهن و الهبة).

(و حکی) أیضا (فیها) ای فی الهبة (الاتفاق علی الاتحاد عن ظاهر المسالک، و استظهره) ای الاتفاق (الحاکی) عن المسالک (أیضا).

(و) لکن (عن ظاهر المبسوط) ما یظهر منه عدم الاتحاد، حیث قال:

(فی باب الهبة: ان القبض هی التخلیة فیما لا ینتقل) کالدار و البستان و الدکان (و النقل و التحویل فی غیره) ای فیما ینتقل کالثوب و الحیوان.

(لکن) المبسوط (صرح فی باب الرهن: بان کلما کان قبضا فی البیوع، کان قبضا فی الرهن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۷

و الهبات و الصدقات لا یختلف ذلک.

و عن القاضی: انه لا یکفی فی الرهن التخلیة، و لو قلنا بکفایته فی البیع، لان البیع یوجب استحقاق المبیع، فیکفی التمکین منه، و هنا لا استحقاق، بل القبض سبب فی الاستحقاق، بل و مقتضی هذا الوجه لحوق الهبة و الصدقة بالرهن.

و هذا الوجه حکاه فی هبة التذکرة عن بعض الشافعیة، فقال قدّس سرّه: القبض هنا کالقبض فی البیع ففیما لا ینقل و لا یحول: التخلیة، و فیما

و الهبات و الصدقات لا یختلف ذلک) فقد وافق المشهور هنا.

(و عن القاضی) مخالفة المشهور قال: (انه لا یکفی فی الرهن التخلیة و لو قلنا بکفایته فی البیع، لان البیع یوجب استحقاق المبیع، فیکفی التمکین منه) و التمکین یحصل بالتخلیة (و هنا) ای فی باب الرهن (لا استحقاق) فان العین المرهونة لیست ملکا للمرتهن، و انما هی وثیقة علی الدین (بل القبض سبب فی الاستحقاق) فاللازم تسلیمه و لا یکفی التخلیة

اقول: (بل و مقتضی هذا الوجه) الّذی ذکره لاختلاف البیع و الرهن (لحوق الهبة و الصدقة بالرهن) فی عدم کفایة التخلیة و لزوم

التسليم، اذ لا استحقاق للموهوب له و المتصدق عليه، بل بالقبض يحصل الاستحقاق.

(و هـذا الوجه) اى ما ذكره بقوله «و هنا لا استحقاق» (حكاه فى هبـة التذكرة عن بعض الشافعية، فقال قدّس سرّه: القبض هنا) اى فى باب الهبة (كالقبض فى البيع).

و عليه (ف) القبض (فيما لا ينقل و لا يحول: التخلية، و فيما

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۸

ينقل و يحول: النقل و التحويل، و فيما يكال او يوزن: الكيل و الوزن.

ثم حكى عن بعض الشافعيـة: عدم كفاية التخلية فى المنقول لو قلنا به فى البيع مسـتندا الى ان القبض فى البيع مسـتحق، و فى الهبة غير مستحق فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه.

و لذا لو اتلف المتهب الموهوب لم يصـر قابضا، بخلاف المشترى، ثم ضـعّفه بانه ليس بشـىء، لاتحاد القبض فى الموضـعين، و اعتبار العرف فيهما.

ينقل و يحول: النقل و التحويل، و فيما يكال او يوزن: الكيل و الوزن) و هذا موافق للمشهور من اتحاد البابين فى القبض.

(ثم حكى) العلامـة (عن بعض الشافعيـة: عـدم كفايـة التخلية فى المنقول لو قلنا به) اى لو قلنا بانه يكفى التخلية (فى البيع مسـتندا) فى الفرق بين البـابين (الى ان القبض فى الـبيع مسـتحق) للقـابض، لانـه ملكه (و فى الهبـة غير مسـتحق) اذ للواهب الحق فى عـدم التسـليم (فاعتبر تحققه) اى تحقق القبض فى الهبة (و لم يكتف) فى القبض (بالوضع بين يديه).

(و لـذا) الّـذى فرق بين الهبـة و البيع (لو اتلف المتهب الموهوب لم يصـر قابضا) بسـبب التلف (بخلاف المشترى) فانه اذا اتلف المبيع صار قابضا و كذلك اذا اتلف البائع الثمن، فيما كان الثمن و المثمن شخصيا.

امـا اذا كـان كليا فانه لا يتعين فى التالف الا بالتعيين (ثم ضـعّفه) العلامـة، و قال: (بانه) اى تفريق الشافعى بين القبضـين (ليس بشـىء، لاتحاد القبض فى الموضـعين) و هما: البيع و الهبـة (و اعتبار العرف فيهما) «اعتبار» عطف على «القبض» اى لاتحاد ملاحظة العرف فى البابين،

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۵۹

انتهى.

و ظاهر عـدم اكتفائه هنا بالوضع بين يـديه مخالف للفرع المتقـدم عنه الا ان يلتزم بكفاية التخلية فى رفع الضـمان، و ان لم يكن قبضـا كما اشرنا إليه سابقا.

فرعان:

الأول: قال فى التذكرة: لو باع دارا او سفينة مشحونة بامتعة البائع،

و مكّنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان قبضا.

فانهم يرون ان القبض فى احدهما قبض فى الآخر أيضا (انتهى) كلام التذكرة

(و ظاهر عـدم اكتفائه هنا بالوضع بين يـديه) فى حصول القبض (مخالف للفرع المتقـدم عنه) حيث اكتفى بالوضع بين يـديه فى كونه قبضا.

(الا) ان یقال: بأنه لا تخالف بین کلامی العلامة فان الّذی نفاه هنا ان یکون الوضع بین یدیه قبضا، و الّذی اثبته هناک ان یکون الوضع بین یدیه رافعا للضمان، ب (ان یلتزم بکفایة التخلیة فی رفع الضمان، و ان لم یکن قبضا کما اشرنا إلیه سابقا) و انه لا تلازم بین رفع الضمان و بین تحقق القبض.

(فرعان) من فروع القبض.

(الاول: قال فی التذکرة: لو باع دارا او سفینة مشحونة) ای ممتلیة (بامتعة البائع، و مکّنه منها بحیث جعل له تحویلها من مکان الی مکان) آخر (کان قبضا) لانه یصدق عرفا انه اقبضه السفینة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۰

و قال أیضا: اذا کان المبیع فی موضع لا یختص بالبائع، کفی فی المنقول: النقل من حیّز الی حیّز.

و ان کان فی موضع یختص به فالنقل من زاویة الی اخری بغیر اذن البائع لا یکفی، لجواز التصرف، و یکفی لدخوله فی ضمانه.

و ان نقل باذنه حصل القبض، و کانه استعار البقعة المنقول إلیها.

(و قال) فی التذکرة (أیضا: اذا کان المبیع فی موضع لا یختص بالبائع، کفی فی المنقول: النقل من حیّز الی حیّز) کما اذا باعه السفینة فی البحر کفی نقلها من مکان الی مکان آخر.

(و ان کان فی موضع یختص به) کما اذا کان المنقول فی دار البائع (فالنقل) ای نقل المشتری المبیع (من زاویة الی اخری) فی ملک البائع أیضا (بغیر اذن البائع لا یکفی، لجواز التصرف) فی المبیع لان البائع لم یقبضه اياه و لا یجوز التصرف قبل القبض (و یکفی) النقل من زاویة الی اخری (لدخوله فی ضمانه) ای ضمان المشتری.

اذ وضع الید علی شیء یوجب انتقال الضمان الی واضع الید، لدلیل علی: الید.

و لذا قالوا بانه لو اتلف المشتری المتاع کان حاله حال ما لو قبضه و اتلفه، فتأمل.

(و ان نقل) المشتری المتاع من زاویة الی اخری من زوایا ملک البائع (باذنه) ای باذن البائع (حصل القبض، و کأنه استعار البقعة المنقول إلیها) و یترتب علیه کل احکام القبض.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۱

الثانی: قال فی المسالک: لو کان المبیع مکیلا او موزونا فلا یخلو اما ان یکون قد کیل قبل البیع او وزن، او لا

بأن اخبر البائع بکیله او وزنه، او باعه قدرا معینا من صبرة مشتملة علیه.

فان کان الآخر فلا بد فی تحقق قبضه من کیله او وزنه، للنص المتقدم و ان کان الاول ففی افتقاره الی الاعتبار ثانیا لاجل القبض او الاکتفاء

و لو قال للمالک انقله الی مکان کذا، او قال للحمال انقله، کفی فی القبض، لانه کالتوکیل، و اخذ الوکیل اخذ الموکّل.

الفرع (الثانی: قال فی المسالک: لو کان المبیع مکیلا او موزونا) ای مما یکال او یوزن (فلا یخلو اما ان یکون قد کیل قبل البیع او وزن، أو لا) ای لم یکل و لم یوزن (بأن اخبر البائع بکیله او وزنه او باعه) کلیا فی المعین، بان باعه (قدرا معینا من صبرة مشتملة) تلک الصبرة (علیه) ای علی ذلک القدر و اکثر.

(فان کان الآخر) ای ما ذکرناه بقولنا «أو لا» بأن کان شخصیا لم یکل او کلیا فی المعین (فلا بد فی تحقق قبضه من کیله او وزنه، للنص المتقدم)

لكن اللازم ان يقيد ذلك بما اذا لم يقصد الشركة، و لم ينقل الباقى الى المشترى هبة، او ما اشبه، لان المنصرف من النص و الفتوى صورة إرادة قبض الشيء وحده.

(و ان كان الاول) بأن كيل قبل البيع او وزن (ففى افتقاره الى الاعتبار) بالكيل و الوزن (ثانيا، لاجل القبض او الاكتفاء

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۲

بالاعتبار الاول وجهان.

من اطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن، و قد حصلا، و قوله عليه السلام فى النص حتى يكيله او يزنه لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع.

و من ان الظاهر ان ذلك لأجل القبض، لا لتحقق شرط صحة البيع الثانى، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد، و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة، و هو الاقوى.

و يدل عليه قوله عليه السلام الا ان يوليه فان الكيل السابق شرط لصحة

بالاعتبار الاول) فيقبّضه بدون كيل او وزن (وجهان).

(من اطلاق) النص و الفتوى على (توقف الحكم) بالقبض (على الكيل و الوزن، و قد حصلا) فلا يحتاج الى كيل جديد (و قوله عليه السلام فى النص حتى يكيله او يزنه لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل) ذلك الكيل و الوزن (لما وقع قبل البيع) فلا حاجة الى كيل و وزن جديد.

(و من ان الظاهر ان ذلك) الّذى ورد فى النص من الكيل و الوزن (لاجل القبض، لا لتحقق شرط صحة البيع الثانى) فيما اذا اشتراه المشترى و اراد بيعه (فلا بد له من اعتبار) بالكيل و الوزن (جديد بعد العقد) لاجل القبض (و به صرّح العلامة و الشهيد و جماعة، و) هذا (هو الاقوى).

(و يدل عليه) اى على لزوم الكيل الجديد (قوله عليه السلام الا ان يوليه) اى يبيعه تولية بنفس رأس المال بدون ربح و لا خسارة- كما تقدم-

وجه الدلالة ما ذكره بقوله: (فان الكيل السابق شرط لصحة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۳

البيع فلا بد منه فى التولية و غيرها، فدلّ على ان ذلك لاجل القبض، لا لصحة البيع، انتهى المهمّ من كلامه «ره».

اقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف فى بعضه فى ضمان البائع حتى يكيله

البيع) مطلقا (فلا بد منه فى التولية و غيرها) من المرابحة و المواضعة و المشاركة و المساومة (فدلّ) استثناء التولية (على ان ذلك) الّذى ذكره الامام عليه السلام من الكيل و الوزن حال القبض (لاجل القبض، لا لصحة البيع) فانه اذا كان لصحة البيع لم يكن لاستثناء التولية وجه.

اذ: البيع فى التولية يحتاج الى الكيل و الوزن أيضا، فهناك كيلان، كيل لاجل البيع يشترك فيه التولية و غيرها، وكيل لاجل القبض خاص بغير التولية (انتهى المهمّ من كلامه «ره») اى كلام صاحب المسالك.

(اقول) معنى كلام المسالك انه اذا لم يحصل كيل و وزن جديد، لم يحصل القبض.

و لازم ذلك انه اذا اخذه المشترى بدون كيل جديد يكون كلا قبض، و ان تصرف فيه، و هذا بعيد جدا.

اذ (یبعد التزام القائلین بهذا القول) و هو الاحتیاج الی کیل جدید فی غیر التولیة (ببقاء المکیل و الموزون بعد الکیل و الوزن) الاول (و) بعد (العقد علیه و الاخذ و التصرف فی بعضه) یبقی (فی ضمان البائع) لانه حیث لم یکل کان کأن لم یقبض و التلف قبل القبض من مال مالکه (حتی بکیله

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۴

ثانیا او یزنه، و ان لم یرد بیعه ثانیا.

و کذا لو کاله و قبضه ثم عقد علیه.

و قد تفطن لذلک المحقق الاردبیلی ره فیما حکی من حاصل کلامه، حیث نزّل ما دلّ علی اعتبار الکیل و الوزن فی البیع الثانی علی ما اذا لم یعلم کیله او وزنه، بل وقع البیع الاول من دون کیل، کما اذا اشتری اصوعا من صبرة مشتملة علیها، او اشتری باخبار البائع.

اما اذا کاله بحضور المشتری، ثم باعه ایّاه

ثانیا او یزنه، و ان لم یرد) المشتری (بیعه ثانیا) لشخص ثالث.

نعم اذا اراد بیعه ثانیا احتاج الی الکیل و الوزن الجدید لاجل البیع الثانی، لا لأجل القبض.

(و کذا) یبعد الاحتیاج الی کیل ثان (لو کاله) المالک (و قبضه) الّذی یرید الاشتراء (ثم عقد علیه) بعد القبض، حتی یکون کیله قبل البیع کلا کیل بالنسبة الی القبض.

(و قد تفطن لذلک) الّذی ذکرناه من قولنا «یبعد» (المحقق الاردبیلی ره فیما حکی من حاصل کلامه، حیث نزّل ما دلّ علی اعتبار الکیل و الوزن فی البیع الثانی) و هو بیع المشتری لشخص ثالث (علی ما اذا لم یعلم کیله او وزنه، بل وقع البیع الاول من دون کیل، کما اذا اشتری اصوعا من صبرة) بیعا کلیا، فیما اذا کانت الصبرة (مشتملة علیها) ای علی تلک الاصوع (او اشتری باخبار البائع) بان کیله کذا.

(اما اذا کاله) البائع (بحضور المشتری، ثم باعه ایاه) بعد الکیل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۵

فأخذه و حمله الی بیته و تصرف فیه بالطحن و العجن و الخبز، فلا شک فی کونه قبضا مسقطا للضمان، مجوزا للبیع، و لا یلزم تکلّف البائع بکیله مرة اخری للإقباض، الی ان قال: ما حاصله: ان کون وجوب الکیل مرة اخری للقبض مع تحققه أولا عند الشراء، کما نقله فی المسالک عن العلامة و الشهید و جماعة قدس اللّه اسرارهم، و قواه، لیس بقوی، انتهی.

و قال فی جامع المقاصد- عند شرح قول المصنف- ان التسلیم بالکیل و الوزن فیما یکال او یوزن علی رأی المراد به الکیل الّذی یتحقق به اعتبار البیع، و لا بد من رفع البائع یده

(فأخذه و حمله الی بیته و تصرف فیه بالطحن و العجن و الخبز، فلا شک فی کونه قبضا مسقطا للضمان، مجوزا) ای منفّذا تلک الامور من الاخذ و الحمل ... الخ (للبیع، و لا یلزم تکلّف البائع بکیله مرة اخری للاقباض) اذ لا وجه لهذا الکیل الثانی اصلا (الی ان قال) المحقق الاردبیلی (ما حاصله ان کون وجوب الکیل مرة اخری للقبض مع تحققه) ای الکیل (أولا عند الشراء کما نقله فی المسالک عن العلامة و الشهید و جماعة) آخرین (قدس اللّه اسرارهم، و قواه) عطف علی «نقله» (لیس بقوی، انتهی) کلام الاردبیلی

(و قال فی جامع المقاصد) ما یظهر منه تأیید الاردبیلی فی عدم الاحتیاج الی کیل جدید لاجل القبض.

فانه (- عند شرح قول المصنف- ان التسلیم بالکیل و الوزن فیما یکال او یوزن) قال (علی رأی المراد به) ای بالکیل و الوزن (الکیل الّذی یتحقق به اعتبار البیع، و لا بد) بالإضافة الی الکیل (من رفع البائع یده

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۶

عنه، فلو وقع الکیل و لم یرفع البائع یده، فلا تسلیم و لا قبض.

و لو أخبره البائع بالکیل او الوزن، فصدقه. و أخذ علی ذلک حصل القبض، کما نص علیه فی التذکرة.

ثم قال: و لو اخذ المبیع جزافا او اخذ ما اشتراه کیلا وزنا، او بالعکس فان تیقن حصول الحق فیه صحّ، و الا فلا، ذکره فی التذکرة.

و الّذی ینبغی ان یقال

عنه، فلو وقع الکیل و لم یرفع البائع یده، فلا تسلیم و لا قبض) «و لا قبض» عطف بیان ل «لا تسلیم».

(و لو أخبره البائع بالکیل او الوزن، فصدقه) المشتری (و أخذ) المتاع بناء (علی ذلک) الکیل الّذی أخبره به (حصل القبض، کما نص علیه فی التذکرة).

و هذا الکلام من جامع المقاصد صریح فی عدم الاحتیاج الی کیل جدید لاجل القبض، کما لا یخفی.

(ثم قال) جامع المقاصد (و لو اخذ المبیع جزافا) ای بلا کیل و لا وزن (او اخذ ما اشتراه کیلا وزنا) بأن اخذه بالوزن لا بالکیل (او بالعکس) بان اشتری بالوزن و لکن عند الأخذ اخذه بالکیل.

(فان تیقن حصول الحق فیه) ای فی ذلک الجزاف، و فی ما اخذه وزنا عوض الکیل، و کیلا عوض الوزن (صحّ) القبض (و الا فلا) یصحّ القبض (ذکره فی التذکرة).

قال جامع المقاصد: (و الّذی ینبغی ان یقال) ان قول العلامة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۷

ان هذا الاخذ باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع الی المشتری و انتفاء سلطنة البائع لو اراد حبسه لیقبض الثمن، لا التسلط علی بیعه لان بیع ما یکال او یوزن قبل کیله او وزنه علی التحریم او الکراهة.

و لو کیل قبل ذلک، فحضر کیله او وزنه ثم اشتراه و اخذه بذلک الکیل، فهو

«صحّ» لیس علی اطلاقه بل یصحّ من جهة و لا یصحّ من جهة اخری.

ف (ان هذا الاخذ) ای اخذ المشتری الجزاف او المکیل موزونا، و بالعکس (باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع الی المشتری) فاذا تلف فلا- یکون تلفا قبل القبض، و لا- یصدق علیه «التلف قبل القبض من مال مالکه» (و) موجب أیضا (انتفاء سلطنة البائع) علی المبیع (لو اراد حبسه لیقبض الثمن) فان البائع ما دام لم یعط المثمن الی المشتری فله حق حبسه عند نفسه حتی یقبض الثمن، اما اذا دفعه الی المشتری قبل ان یقبض الثمن فلا حق له بعد ذلک فی استرجاعه، هذا قول فی المسألة.

و هناک قول آخر، بان للبائع استرجاع المبیع، فیحبسه عند نفسه الی ان یقبض الثمن (لا) ان هذا الاخذ یوجب (التسلط) من المشتری (علی بیعه).

و انما لا یتسلط المشتری علی بیعه (لان بیع ما یکال او یوزن قبل کیله او وزنه علی التحریم او الکراهة) و هذا التحریم او الکراهة لا یرتفع بالاخذ

(و) قال جامع المقاصد أیضا: (لو کیل قبل ذلک) الاخذ (فحضر) المشتری (کیله او وزنه ثم اشتراه) المشتری (و اخذه بذلک الکیل، فهو)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۸

کما لو اخبره بالکیل او الوزن، بل هو اولی، انتهی.

ثم الظاهر ان مراد المسالک مما نسبه الی العلامهٔ و الشهید و جماعهٔ من وجوب تجدید الاعتبار لاجل القبض، ما ذکره فی القواعد تفریعا علی هذا القول انه لو اشتری مکایلهٔ و باع مکایلهٔ، فلا بد لکل بیع من کیل جدید لیتم القبض.

کاف فی انتقال الضمان و فی تسلط المشتری علی بیعه.

لانه (کما لو اخبره بالکیل او الوزن، بل هو اولی) من الاخبار، لان المشتری قد رأی الکیل بنفسه (انتهی).

و هذا الکلام من جامع المقاصد یدل علی عدم الاحتیاج الی کیل ثان لاجل القبض.

(ثم الظاهر) ان ما نسبه المسالک الی العلامهٔ و غیره من وجوب کیل ثان عند القبض لیس تامّا، فانهم لم یذکروا ذلک و انما التبس الامر علی المسالک.

اذ الظاهر (ان مراد المسالک مما نسبه الی العلامهٔ و الشهید و جماعهٔ من وجوب تجدید الاعتبار) ای تجدید الکیل و الوزن (لاجل القبض) غیر الکیل و الوزن لاجل البیع (ما ذکره) العلامهٔ (فی القواعد تفریعا علی هذا القول) ای القول السابق للقواعد من وجوب الکیل لاجل البیع (انه لو اشتری مکایلهٔ و باع) المشتری ما اشتراه بیعا (مکایلهٔ، فلا بد لکل بیع من کیل جدید لیتم القبض).

فظن المسالک من هذا الکلام ان العلامهٔ یقول بوجوب الکیل لاجل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۶۹

قال فی جامع المقاصد فی شرحه: انه لو اشتری ما لا یباع الا مکایلهٔ و باع کذلک، لا بد لکل بیع من هذین من کیل جدید، لان کل بیع لا بد له من قبض.

قال بعد ذلک و لو انه حضر الکیل المتعلق بالبیع الاول فاکتفی به او اخبره البائع فصدقه، لکفی نقله، و قام ذلک مقام کیله.

و فی الدروس- بعد تقویهٔ کفایهٔ التخلیهٔ فی رفع الضمان

القبض، و الحال ان العلامهٔ لا یرید ذلک، بل یرید ما ذکره جامع المقاصد.

فانه (قال فی جامع المقاصد فی شرحه: انه لو اشتری ما لا یباع الا مکایلهٔ، و باع کذلک) مکایلهٔ (لا بد لکل بیع من هذین من کیل جدید) کیل لبیع محمد الی علی، و کیل لبیع علی الی الحسن (لان کل بیع لا بد له من قبض).

و قد اراد بذلک ما (قال بعد ذلک و لو انه حضر) المشتری الثانی کالحسن فی المثال (الکیل المتعلق بالبیع الاول، فاکتفی به او اخبره البائع) الّذی هو المشتری الاول، کعلی فی المثال (فصدقه) المشتری الثانی (لکفی نقله) ای نقل المتاع فی کونه قبضا و لم یحتج الی کیل جدید (و قام ذلک) ای الحضور فی الکیل الاول (مقام کیله) فلم یحتج بیع علی للحسن الی کیل جدید.

(و) قال (فی الدروس) أیضا ما یظهر منه ان نقل المسالک منه «باحتیاج القبض الی الکیل» لیس علی ما ینبغی، بل الشهید قال مثل مقالهٔ العلامهٔ (- بعد تقویهٔ کفایهٔ التخلیهٔ) من البائع (فی رفع الضمان)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۰

لا- فی زوال تحریم البیع او کراهته قبل القبض- قال: نعم لو خلّی بینه و بین المکیل، فامتنع حتی یکتاله، لم ینتقل إلیه الضمان، و لا یکفی الاعتبار الاول عن اعتبار القبض، انتهی.

و هذا ما یمکن الاستشهاد به من کلام العلامهٔ و الشهید و المحقق الثانی لاختیارهم وجوب تجدید الکیل و الوزن لاجل القبض، و ان کیل او وزن قبل ذلک، لکن الانصاف انه لیس فی کلامهم، و لا غیرهم، ما یدل علی ان

عن البائع، فاذا تلف ذهب من کیس المشتری، و لا یشمله «التلف قبل القبض من مال مالکه» (لا فی زوال تحریم البیع او کراهته قبل

القبض-) اذ لا- يجوز للمشترى ان يبيع مـا اشتراه او يكره له اذا بـاعه فيمـا اذا لم يكله (قـال: نعم لو خلّى) المشترى الاول (بينه) اى بين المشترى الثـانى (و بين المكيـل) الّذى اشتراه (فـامتنع) المشترى الثـانى من اخـذه (حتى يكتـاله لم ينتقل) بهـذه التخليـة (إليه) اى الى المشترى الثانى (الضمان) لان المشترى الثانى امتنع عن الاخذ (و لا يكفى الاعتبار الاول) اى كيله او وزنه لذى البيع الاول (عن اعتبار) الكيل ثانيا عند البيع الثانى لاجل (القبض انتهى) كلام الدروس.

(و هذا ما يمكن الاستشـهاد به من كلام العلامة و الشـهيد و المحقق الثانى) استشهادا (لاختيارهم وجوب تجديد الكيل و الوزن لاجل القبض و ان كيل او وزن قبل ذلك).

و (لكن الانصاف انه ليس فى كلامهم، و لا) فى كلام (غيرهم، ما يدلّ على ان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۱

الشيء الشخصى المعلوم كيله او وزنه قبل العقد اذا عقد عليه وجب كيله مرة اخرى لتحقق القبض، كما يظهر من المسالك.

فلا يبعد ان يكون كلام الشيخ قدّس سرّه و من تبعه فى هذا القول و كلام العلامة و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما اذا عقد على كيل معلوم من كلى او من صبرة معيّنة او على جزئى محسوس على انه كذا و كذا.

الشـيء الشخصـى المعلوم كيله او وزنه قبـل العقـد اذا عقـد عليه وجب كيله مرة اخرى) كيلا- ثانيا (لتحقق القبض، كما يظهر) وجوب الكيل الثانى لاجل القبض (من المسالك).

بـل قـد عرفت ان الكيـل الثانى انما هو لاجل البيع الثانى فيما اذا لم يعتمـد المشترى الثانى على قول المشترى الاول، و لم يحضـر كيله عند البيع الاول.

(فلا يبعـد ان يكون كلام الشـيخ قـدّس سرّه و من تبعه فى هـذا القول) اى القول باعتبار الكيل و الوزن فى القبض اضافة الى الكيل و الوزن عنـد البيع (و كلاـم العلامـة و من ذكر فروع هـذا القول) اى متفرعا على اعتبار الكيل فى القبض (مختصا بما اذا عقـد على كيل معلوم من كلى) كما اذا قال: صاع من حنطـة (او من صبرة معيّنـة) كما اذا قال: صاع من هـذه الحنطة (او على جزئى محسوس على انه كذا و كذا) كما اذا قال: ابيعك هذه الصبرة على انها مائة صاع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۲

فيكون مراد الشيخ و الجماعة من قولهم: اشترى مكايلة انه اشترى بعنوان الكيل و الوزن فى مقابل ما اذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين فى العقد، لكونه لغوا.

و الظاهر ان هذا هو الّذى يمكن ان يعتبر فى القبض فى غير البيع أيضا من الرهن و

(فيكون) اللازم حينئذ انه اذا اراد تسليم المبيع ان يكيله، لا ان مرادهم انه اذا كاله عند البيع وجب كيله ثانيا عند القبض.

و على هـذا ف (مراد الشـيخ و الجماعـة من قولهم: اشـترى مكايلـة) فـاذا اراد قبضه وجب كيله، ممـا ظـاهره وجوب الكيـل مرّتين (انه اشترى) غير المكيـل و لكن (بعنوان الكيـل و الوزن) اى بعنوان انه كـذا كيـل كليـا، او فى الصبرة او جزئيـا محسوسـا (فى مقابل ما اذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين فى العقد).

فـانه حينئـذ لاـ يحتـاج الى كيـل لاجـل القبض، كما اذا حضـر المشترى الثانى عنـد البيع الاول و رأى كيله فانه اذا اشتراه- بـدون ذكر الكيل- لا يحتاج فى تسليمه الى المشترى الثانى الى الكيل.

و انما لا يحتاج الى الكيل فى هذا الحال (لكونه) اى الكيل (لغوا) حينئذ، فان المشترى الثانى رأى كيله، فلما ذا يكال له كيلا ثانيا؟

(و الظاهر ان هـذا) الّذى ذكرناه فى البيع من انه ان احتيج الى الكيل فى البيع الثانى كيل، و ان لم يحتج لم يكل، و كان كيله لغوا (هو

الّذی یمکن ان یعتبر فی القبض فی غیر البیع أیضا) کالبیع (من الرهن، و

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۶، ص: ۱۷۳

الهبة.

فلو رهن إناء معیّنا من صـفر مجهول الوزن، او معلوم الوزن او وهبه خصوصا علی القول بجواز هبـة المجهول، فالظاهر انه لا یقول احد بانه یعتبر فی قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فی الهبة بوزنه اصلا.

نعم لو رهن او وهب مقدارا معینا من الکیل او الوزن، امکن القول باشتراط اعتباره فی قبضه، و ان قبضه جزافا کلا قبض.

الهبة).

(فلـو رهن إنـاء معینـا) خارجیـا (من صـفر مجهول الوزن، او معلوم الوزن، او وهبه) کـذلک إنـاء معینـا مجهول الوزن، او معلوم الوزن (خصوصا علی القول بجواز هبة المجهول، فالظاهر انه لا یقول احد بانه یعتبر فی قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فی الهبة بوزنه اصلا) اذ وزنه یکون حینئذ لغوا، و کذلک وزن ما علم وزنه فی باب البیع، و کیف کان فلا یشترط فی القبض الکیل.

ثم ان ما ذکرناه من شرح العبارة هو الاقرب فی النظر، و ان کان یحتمل لها معنی آخر علی ما ذکره بعض المحشّین.

(نعم) هـذا اسـتثناء من قوله «فالظـاهر انه لاـ یقول احـد» (لو رهن او وهب مقـدارا معینـا من الکیـل او الوزن) بـان قال: وهبتک منّا من الحنطة او رهنت عندک منّا من الصفر (امکن القول باشتراط اعتباره) ای الکیل و الوزن (فی قبضه، و ان قبضه جزافا کلا قبض).

اما فی الرهن فواضح، اذ هو کسائر العقود اللازمة فی اعتبار ان لا یکون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۶، ص: ۱۷۴

فظهر ان قوله فی القواعـد اشتری مکایلـة و هو العنوان المـذکور فی المبسوط لهذا القول کما عرفت عند نقل الاقوال یراد به ما ذکرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد.

و یؤیّده تکرار المکایلة فی قوله: و باع مکایلة.

مجهولا غرریا، سواء عند العقد او عند القبض.

و اما فی الهبة فلان تحقق تلک الهبة بدون هبة زیادة و لا استرجاع بعض الموهوب یقتضی ذلک، فتأمل.

(فظهر ان قوله فی القواعـد) لو (اشتری مکایلة) و باع مکایلة، فلا بد لکل بیع من کیل جدید (و هو العنوان المذکور فی المبسوط لهذا القول) ای ان کلمـة «مکایلـة» عنوان هـذا القول الّذی یقول باحتیاج القبض الی الکیل (کما عرفت عنـد نقل الاقوال) الثمانیـة فی اوّل المسألـة، حیث قـال «و ان کـان اشتراه مکایلـة» (یراد به ما ذکرنا) مما اخـذ الکیل فیه فی العقـد بان قال: ابیعک عشـرة اصوع بکـذا، و الکیل حینئـذ لاجل الوفاء بالعقـد، لا لأجل القبض، فلا یشـمل کلام القواعد و المبسوط لما لم یؤخذ فیه الکیل، اما لمعلومیة کیله قبل العقد او لجواز العقد علیه جزافا (لا ما عرفت من جامع المقاصد).

حیث ذکر ان کل ما یباع بالکیل لا بد من کیله عند القبض، و ان لم یسم الکیل عند العقد بل کیل أولا ثم عقد علیه.

(و یؤیده) ای یؤید ان مراد العلامة ما ذکرناه، لا ما ذکره جامع المقاصد (تکرار المکایلة فی قوله: و باع مکایلة).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج‌۱۶، ص: ۱۷۵

و یشهد له أیضا قول العلامة فی غیر موضع من التذکرة: لو قبض جزافا ما اشتراه مکایلة.

و یشهد له أیضا قوله فی موضع آخر: لو اخذ ما اشتری کیلا وزنا، و بالعکس، فان تیقن حصول الحق فیه، الخ

لان الظاهر من القید: انه احترازی لا توضیحی.

فالمراد بالمکایلهٔ ان کان ما ذکرناه ای التسمیهٔ للکیل عند العقد، صح کون القید احترازیا، اذ قد یبیع المشتری مکایلهٔ، و قد یبیع غیر مکایلهٔ.

اما علی قول جامع المقاصد من ان المراد بالمکایلهٔ «ما لا یباع الا مکایلهٔ» فلا فائدهٔ فی ذکر المکایلهٔ ثانیا، اذ قد علم بذکر المکایلهٔ أولا، ان الشیء لا یباع الا مکایلهٔ.

(و یشهد له) ای لما ذکرناه من ان المراد بالمکایلهٔ فی کلام القواعد، و المبسوط، التسمیهٔ للکیل حال العقد، لا ما ذکره جامع المقاصد من ان المراد بالمکایلهٔ «ان الشیء لا یباع الا کیلا» (أیضا قول العلامهٔ فی غیر موضع من التذکرهٔ: لو قبض جزافا ما اشتراه مکایلهٔ).

فانه اذا کیل قبل العقد ثم قبضه لا یسمّی قبض جزافا، فالمراد انه سمی فی العقد الکیل ثم حین القبض اخذ بلا کیل، مما یدل علی ان المراد بالمکایلهٔ تسمیهٔ الکیل، لا کون الشیء مما یکال عند البیع.

(و یشهد له أیضا قوله فی موضع آخر) من التذکرهٔ (لو اخذ ما اشتری کیلا) ای اخذه (وزنا، و بالعکس) ای ما اشتری وزنا اخذه کیلا (فان تیقن حصول الحق فیه، الخ).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۶

و اظهر من ذلک فیما ذکرنا ما فی المبسوط، فانه- بعد ما صرح باتحاد معنی القبض فی البیع و الرهن و غیرهما- ذکر انه لو رهن صبرهٔ علی انه کیل کذا، فقبضه ان یکیله.

و لو رهنها جزافا، فقبضه ان ینقله من مکانه

وجه الشهادهٔ ان الظاهر من قوله «اشتری کیلا» انه سمّی الکیل عند العقد، لا ان الشیء ما لا یباع الا کیلا.

(و اظهر من ذلک) الّذی تقدم من التأییدات و الشهادات (فیما ذکرنا) من ان المراد تسمیهٔ الکیل عند العقد، لا کون الشیء مما یکال (ما فی المبسوط، فانه- بعد ما صرح باتحاد معنی القبض فی البیع و الرهن و غیرهما-) کالهبهٔ و الوقف (ذکر انه لو رهن صبرهٔ) من الحنطهٔ و نحوها (علی انه کیل کذا، فقبضه ان یکیله) مما دل علی ان الکیل الواجب عند العقد هو الکیل لاجل العقد، لا انه کیل ثان لاجل القبض.

(و لو رهنها جزافا) بدون ذکر الکیل فی الرهن (فقبضه ان ینقله من مکانه) الی مکان آخر، و لا حاجهٔ الی الکیل.

فانه یدل أولا علی ان المراد بالکیل، ذکر الکیل فی العقد، حتی یقابل قوله «جزافا».

و ثانیا علی ان المراد بالجزاف عدم ذکر الکیل سواء کیل أو لا، او اعتمد علی اخبار البائع بکیله، لا ان المراد بالجزاف عدم المکیلیهٔ اصلا.

اذ الشیخ یقول «بعدم جواز بیع الصبرهٔ جزافا» و الرهن کالبیع، فلا یجوز رهن الشیء جزافا، لاتحادهما فی القبض و سائر الامور.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۷

مع انه اختار عدم جواز بیع الصبرهٔ جزافا، فافهم.

و اما قوله فی الدروس فلا یکفی الاعتبار الاول عن اعتبار القبض، فلا یبعد ان یکون تتمهٔ لما قبله من قوله: نعم لو خلّی بینه و بینه فامتنع حتی یکتاله.

و مورده بیع کیل معین کلّی، فلا یدل علی وجوب تجدید اعتبار ما اعتبر قبل

ف (مع انه اختار عدم جواز بیع الصبرة جزافا) لا بد و ان یرید بالرهن جزافا عدم ذکر الکیل فی عقد الرهن، لا ان المراد بالجزاف عدم الکیل اصلا (فافهم).

اذ لا شهادة فی قول الشیخ بعدم جواز بیع الصبرة جزافا علی ان مراده بالرهن جزافا، عدم ذکر الکیل فی الرهن اعتمادا علی کیله سابقا او اخبار البائع بکیله.

(و اما قوله فی الدروس) الظاهر فی اشتراط القبض بالکیل ثانیا غیر الکیل لاجل العقد، حیث قال (فلا یکفی الاعتبار الاول عن اعتبار القبض) انتهی (فلا یبعد ان یکون تتمة لما قبله من قوله: نعم لو خلی بینه و بینه فامتنع حتی یکتاله) لا انه کلام مستقل حیث انه اذا کان کلاما مستقلّا، دلّ علی وجوب الکیل لاجل القبض غیر الکیل لاجل البیع.

(و) اما لو کان کلامه من تتمة کلامه السابق لم یدل الا علی کیل واحد.

اذ (مورده بیع کیل معین کلّی، فلا یدل علی وجوب تجدید اعتبار ما اعتبر قبل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۸

العقد.

ثم ان ما ذکره فی المسالک فی صحیحة ابن وهب أولا من ان قوله: لا یبعه حتی یکیله، یصدق مع الکیل السابق.

ثم استظهاره ثانیا- بقرینة استثناء بیع التولیة- ان المراد غیر الکیل المشترط فی صحة العقد، لم یعلم له وجه.

اذ المراد من الکیل و الوزن فی تلک الصحیحة و غیرها، هو الکیل المتوسط

العقد).

و من المعلوم ان بیع کیل معین کلّی لم یکل سابقا، لا بد له من الکیل عند القبض.

(ثم ان ما ذکره فی المسالک) فی الفرع الثانی (فی صحیحة ابن وهب) ذکره (أولا من ان قوله) علیه السلام (لا یبعه حتی یکیله) حیث قال المسالک (یصدق) حتی یکیله (مع الکیل السابق) فیه نظر.

اذ لا نسلّم انه یصدق مع الکیل السابق، بل ظاهره کیل ثان لاجل ان یبیعه المشتری، غیر الکیل الاول الّذی اشتراه من البائع الاول.

(ثم استظهاره) ای المسالک (ثانیا) من الروایة (- بقرینة استثناء بیع التولیة- ان المراد) من الکیل عند القبض (غیر الکیل المشترط فی صحة العقد، لم یعلم له) ای لکلام المسالک، فی الموردین- أولا، و ثانیا- (وجه).

(اذ المراد من الکیل و الوزن فی تلک الصحیحة و غیرها هو الکیل المتوسط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۷۹

بین البیع الاول، و الثانی.

و هذا غیر قابل لارادة الکیل المصحح للبیع الاول، فلا وجه لما ذکره أو لا اصلا.

و لا وجه لارادة المصحح للبیع الثانی، حتی یکون استثناء التولیة قرینة علی عدم ارادته لاشتراک التولیة مع غیرها فی توقف صحتهما علی الاعتبار لان السؤال عن بیع الشیء قبل قبضه.

بین البیع الاول، و) البیع (الثانی).

(و هذا) الکیل (غیر قابل لارادة الکیل المصحح للبیع الاول، فلا وجه لما ذکره أولا) من صدق «یکیله» علی الکیل الاول (اصلا).

اللهم الا ان یرید کفایة ذلک الکیل الاول، للمناط.

(و) کذلک (لا وجه لارادة) الکیل (المصحح للبیع الثانی، حتی یکون استثناء التولیة قرینة علی عدم ارادته) ای عدم إرادة الکیل

الاول.

و انما جعل المسالک استثناء التولیة قرینة علی عدم إرادة الکیل الاول (لاشتراک التولیة مع غیرها فی توقف صحتهما) ای صحة التولیة و غیر التولیة (علی الاعتبار) و الکیل الاول.

و انما قلنا: و لا وجه لارادة المصحح (لان السؤال) فی الروایة (عن بیع الشیء قبل قبضه) فانه قبل القبض لا یتمکن المشتری من الکیل لاجل البیع الثانی.

و الحاصل: ان المسالک جعل الکیل فی کلام الامام مصححا للبیع الثانی، و المصنف جعله مصححا للبیع الاول، و القرینة التی تمسک بها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۰

ثم الجواب بـالفرق بین المکیـل و الموزون لاـ یمکن ارجاعهـا الی السؤال و الجواب عن شـرائط البیع الثانی، بل الکلام سؤالا و جوابا نص فی إرادة قابلیة المبیع قبل القبض للبیع و عدمها.

ف

المسالک هی استثناء التولیة، و القرینة التی تمسک بها المصنف هی کون السؤال عن بیع الشیء قبل قبضه.

(ثم) هناک قرینة اخری علی ان الکیل فی کلام الامام مربوط بالبیع الاول.

فـان (الجواب) للامـام علیه السـلام (بـالفرق بین المکیـل و الموزون) و بین غیر المکیـل و الموزون- کمـا یظهر من کلاـم الامـام علیه السـلام- (لا یمکن ارجاعها) ای ارجاع انه ان کان مکیلا فکذا، و ان لم یکن مکیلا فکذا، مما یستفاد من قول الامام علیه السلام (الی السؤال و الجواب عن شرائط البیع الثانی) اذ لو کان السؤال الاول حول المکیل و الموزون، فلا یمکن تقسیم المکیل و الموزون الی ما یقبل الکیل و الوزن، و ما لا یقبل الکیل و الوزن فانه من تقسیـم الشـیء الی نفسه و غیره، فهو مثل ان یقال: الانسان اما انسان او حجر، فتأمل (بل الکلام سؤالا و جوابا نصّ فی إرادة قابلیة المبیع قبل القبض للبیع و عدمها) ای عدم القابلیة.

و قوله «للبیع» متعلق ب «قابلیة».

(ف) ان قلت: اذا کان الکلام فی الکیل الاول، فلما ذا استثنی الامام التولیة، مع العلم ان بیع التولیة- فی بیع الاول- یحتاج الی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۱

الاولی ان استثناء التولیة ناظر الی الفرق بین البیع مکایلة بان یبیعه ما اشتراه علی انه کیل معین فیشترط قبضه بالکیل و الوزن ثم اقباضه، و بین ان یولیه البیع الـول من غیر تعرض فی العقـد لکیله و وزنه، فلاـ یعتبر توسـط قبض بینهمـا، بـل یکفی قبض المشتری الثـانی عن الاول.

الکیل، کسائر البیوع.

قلت: ان الانسان اذا باع تولیة مع ذکر کیله، و الحال انه لم یکله البائع الاول عند البیع، فانه یجب کیله عند القبض.

و ان باعه تولیة مع عدم ذکر کیله لا یجب کیله من المشتری الاول، اذ المشتری الاول لا یقبضه، بل یقبضه المشتری من البائع الاولی.

فالذی استثناه الامام علیه السلام من وجوب الکیل لدی البیع، هو بعض صور التولیة، لا التولیة بقول مطلق.

و علیه (الاـولی ان استـثناء التولیـة نـاظر الی الفرق بین البیع مکایلـة بـان یبیعه مـا اشتراه علی انه کیل معین) «علی» متعلق ب «ما اشتراه» (فیشترط قبضه بالکیل و الوزن) لان البائع لم یکله حین البیع (ثم اقباضه) الی المشتری الثانی الّذی باعه ایاه تولیة (و بین ان یولیه البیع الاـول من غیر تعرض فی العقـد) الثـانی (لکیله و وزنه) بل یقول: ابیعک ما اشتریته بنفس الثمن (فلا یعتبر توسط قبض بینهما) ای بین

العقدين حتى يحتاج الى كيله للمشترى الاول (بل يكفى قبض المشترى الثانى عن) البائع (الاول) رأسا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۲

و بالجملة فليس فى الصحيحة تعرض لصورة كيل الشىء أولا قبل البيع، ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل.

و ان بيعه ثانيا بعد التصرف هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع الاول، لا لاشتراط معلومية المبيع فى البيع الثانى أم لا؟ بل

(و بالجملة) فانا نريد ان نقول: انه اذا كيل ثم بيع، لم يحتج فى قبضه الى كيل ثان، و انما يحتاج القبض الى الكيل فيما اذا لم يكل و بيع بناء على انه كذا كيلا.

اما من يقول بان الصحيحة تقول بلزوم الكيل عند القبض- حتى فى صورة ما اذا كيل و بيع- (ف) نردّه بأنه (ليس فى الصحيحة) لمعاوية بن وهب (تعرض لصورة كيل الشىء أولا قبل البيع، ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل) الى المشترى الاول.

(و ان بيعه ثانيا بعد التصرف) من المشترى الاول (هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع الاول) «و ان بيعه» عطف على «صورة» اى لا تعرض للصحيحة، لا لذاك و لا لهذا (لا لاشتراط معلومية المبيع فى البيع الثانى) «لا» عطف على «لقبض» اى لا تقول الصحيحة ان بيعه ثانيا يحتاج الى كيل ثان، لا كيل لاجل معلومية قدر المبيع فى البيع الثانى (أم لا؟) عطف على «هل يحتاج».

و اذا لم تتعرض الصحيحة لهذه الصورة فمن اين يقول القائل باشتراط الكيل ثانيا لاجل القبض، بان الصحيحة دالة على ذلك (بل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۳

ليس فى كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة.

ليس فى كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة) فلا نص و لا فتوى يدلان على وجوب الكيل لاجل القبض، علاوة على الكيل لاجل العقد، و اللّه العالم.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۴

القول فى وجوب القبض

مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع لاقتضاء العقد لذلك.

فان قال كل منهما لا ادفع حتى اقبض، فالاقوى اجبارهما معا وفاقا للمحكى عن السرائر و الشرائع، و كتب العلامة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها.

(القول فى وجوب القبض) (مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع) فالبائع يسلّم المبيع الى المشترى، و المشترى يسلّم الثمن الى البائع (لاقتضاء العقد لذلك) التسليم، فيما اذا لم يكن احدهما مؤجلا بنسيئة، او سلف.

فان مقتضى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، ان يسلّم كل منهما الى الآخر فورا عرفيا

(فان قال كل منهما لا ادفع حتى اقبض) ما انتقل إليّ (فالاقوى اجبارهما معا) بأن يسلّما الى وكيل الطرفين، او يقدم المثمن بيد، و يأخذ الثمن بيد اخرى، حتى يكونا فى آن واحد (وفاقا) فى وجوب القابض فى آن واحد (للمحكى عن السرائر و الشرائع، و كتب العلامة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۵

و عن ظاهر التنقيح: الاجماع عليه لما فى التذكرة من ان كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه.

و عن الخلاف انه يجبر البائع أولا على تسليم المبيع، ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عينا او فى الذمة، لان الثمن انما يستحق على المبيع، فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن.

و لعلّ وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك.

(و عن ظاهر التنقيح: الاجماع عليه).

و انما نقول باجبارهما معا- فى مقابل ما يأتى من اجبار البائع للسلم أولا- (لما فى التذكرة من ان كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه) فيجبر صاحبه على اداء حقه، فان ابى احدهما تحلّ عقوبته و حبسه، فاذا حلّت العقوبة و الحبس جاز الاجبار بطريق اولى.

(و) لكن مع ذلك كله، ف (عن الخلاف انه يجبر البائع أولا على تسليم المبيع، ثم يجبر) بعده (المشترى على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عينا او فى الذمة).

و استدل الشيخ لذلك بقوله: (لان الثمن انما يستحق على المبيع فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق) البائع (الثمن) فكأنّ الثمن له المرتبة الثانوية، فيقدم المثمن الّذى له المرتبة الاولية.

(و لعلّ وجهه) الشرعى مع قطع النظر عن الرتبى العقلى (دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك) اى الى تقديم اعطاء المثمن، ف أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، يقول: قدم المثمن لانه وفاء بالعقد.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۶

و لذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضا و قيمة.

و لذا يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبّحون مطالبة الاجرة قبل العمل او دفع العين المستأجرة.

و الاقوى ما عليه الاكثر.

ثم ان ظاهر جماعة ان محل الخلاف فى هذه المسألة بين الخاصة و العامة

(و لذا) اى لاجل الانصراف (استقر العرف الى تسمية الثمن عوضا و قيمة).

و من المعلوم ان رتبة المعوض مقدمة مع العلم ان الثمن بإزاء المثمن و المثمن بإزاء الثمن.

(و لذا يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع) و يقولون للبائع ادفع المبيع حتى يدفع لك الثمن (كما يقبّحون مطالبة الاجرة قبل العمل) بل اللازم على البنّاء و النجّار و غيرهما ان يعملا- ثم يأخذ الاجرة، اذ الاجرة بمنزلة الثمن و العمل بمنزلة المثمن (او دفع العين المستأجرة) فيما اذا استأجر دارا فان العرف يرون انه يلزم ان يدفع الدار أولا ثم يدفع المستأجر الاجرة.

(و) لكن (الاقوى ما عليه الاكثر) من اجبارهما معا، لان الاعتبارات العرفية و تقدم المنزلة لا يوجبان خللا فى المقابلة بين الثمن و المثمن و لا نسلّم ان العقد اقتضى تقدم اعطاء المبيع حتى يقال ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تبع لذلك

(ثم ان ظاهر جماعة ان محل الخلاف فى هذه المسألة بين الخاصة و العامة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۷

ما لو كان كل منهما باذلا و تشاحّا فى البدأة و التسليم، لا ما اذا امتنع احدهما عن البذل.

قال فى المبسوط- بعد اختياره أو لا اجبارهما معا على التقابض ثم الحكم بان تقديم البائع فى الاجبار اولى- قال: هذا اذا كان كل منهما باذلا و اما اذا كان احدهما غير باذل اصلا، و قال لا اسلم ما علىّ اجبره الحاكم على البذل، فاذا حصل البذل، حصل الخلاف فى

ان ایّهما یدفع هذا اذا کان موسرا قادرا علی

ما لو کان منهما باذلا) ای مستعدا للبذل (و تشاحّا) ای تنازعا (فی البدأة و التسلیم) فقال المشتری: ابذل انت أولا، و قال البائع: ابذل انت أولا (لا ما اذا امتنع احدهما عن البذل) و الا فلو کان احدهما ممتنعا، اجبر الممتنع، فاذا اراد البذل اجبارا حصل النزاع السابق فی انه هل یبدأ البائع او یتقابضان.

(قال فی المبسوط) ما یؤیّد ما قلنا «ان ظاهر جماعة» (- بعد اختیاره أو لا اجبارهما معا علی التقابض ثم الحکم) ای حکم المبسوط (بان تقدیم البائع فی الاجبار اولی-) و حکمه الثانی اضراب عن اختیاره الاول- کما لا یخفی- (قال: هذا) ای اجبارهما او تقدیم اجبار البائع (اذا کان کل منهما باذلا) لما علیه (و اما اذا کان احدهما غیر باذل اصلا، و قال لا اسلم ما علیّ، اجبره الحاکم علی البذل، فاذا حصل البذل) منه جبرا (حصل الخلاف) السابق (فی ان ایهما یدفع) و هل یدفع البائع أو لا؟

او یتقابضان فی آن واحد؟ (هذا اذا کان) المشتری (موسرا قادرا علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۸

احضار الثمن، فان کان معسرا کان للبائع الفسخ و الرجوع الی عین ماله کالمفلس، انتهی.

و قال فی التذکرة: توهّم قوم ان الخلاف فی البداءة بالتسلیم خلاف فی ان البائع، هل له حق الحبس، أم لا؟ ان قلنا بوجوب البدأة للبائع فلیس له حبس المبیع الی استیفاء الثمن، و الّا، فله ذلک.

و نازع اکثر الشافعیة فیه، و

احضار الثمن، فان کان معسرا کان للبائع الفسخ و الرجوع الی عین ماله کالمفلس) لدلیل: لا ضرر.

فان لزوم البیع ضرر علی البائع، فلا ضرر یرفع لزوم البیع و کذلک اذا کان المثمن کلیا و لم یقدر البائع من احضاره لاعساره (انتهی) کلام الشیخ

(و قال فی التذکرة: توهّم قوم ان الخلاف فی البداءة بالتسلیم خلاف فی ان البائع، هل له حق الحبس أم لا؟) فالخلافان بالنتیجة خلاف واحد، بمعنی انه (ان قلنا بوجوب البدأة للبائع) بأن یدفع المثمن أولا (فلیس له حبس المبیع الی استیفاء الثمن، و الّا) بأن قلنا بعدم وجوب البدأة للبائع (فله) ای للبائع (ذلک) الحبس.

(و نازع اکثر الشافعیة فیه) ای فی انه کلما قلنا بوجوب البدء علی البائع نقول بعدم جواز ان یحبس المتاع، لنقض ذلک بسالبة جزئیة، و هی انه قد نقول بوجوب البدء علی البائع، و لا نقول بعدم جواز حبسه المتاع (و) ذلک فیما اذا خاف البائع من تعذر تسلیم الثمن، فانه یجوز له الحبس للمتاع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۸۹

قالوا هذا الخلاف مختص بما اذا کان نزاعهما فی مجرّد البدأة، و کان کل منهما یبذل ما علیه و لا یخاف فوت ما عند صاحبه، فامّا اذا لم یبذل البائع المبیع و اراد حبسه خوفا من تعذر تحصیل الثمن، فله ذلک بلا خلاف، و کذا للمشتری حبس الثمن خوفا من تعذر تحصیل المبیع، انتهی

و قد صرح بعض آخر أیضا بعدم الخلاف فی جواز الحبس، لامتناع الآخر من التسلیم.

و الحاصل ان الشافعی اشکل فی کلیة «کلما قلنا بأنه یجب البدء علی البائع نقول بحرمة الحبس علی البائع».

و علی هذا فالشافعیة (قالوا هذا الخلاف) فی البداءة بالتسلیم (مختص بما اذا کان نزاعهما فی مجرّد البدأة، و کان منهما یبذل ما علیه

و لا ـ یخاف فوت ما عند صاحبه، فامّا اذا لم یبذل البائع المبیع و اراد حبسه خوفا من تعذر تحصیل الثمن، فله) ای للبائع (ذلک) ای الحبس (بلا خلاف، و کذا للمشتری حبس الثمن خوفا من تعذر تحصیل المبیع، انتهی) کلام التذکرة.

ثم لا یخفی ان قول المصنف «و قال فی التذکرة» الظاهر ان هذا مقابل لقوله السابق «ثم ان ظاهر جماعة».

فظاهر جماعة یقول بانه خلاف مستقل، و التذکرة یقول: بأنه لیس خلافا مستقلا.

(و قد صرح بعض آخر أیضا) کالشافعیة (بعدم الخلاف فی جواز الحبس، لامتناع الآخر من التسلیم) لما علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۰

و لعلّ الوجه فیه ان عقد البیع مبنی علی التقابض، و کون المعاملة یدا بید، فقد التزم کل منهما بتسلیم العین مقارنا لتسلیم صاحبه و التزم علی صاحبه، ان لا یسلمه مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق العقد لکل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه.

فلا یرد ان وجوب التسلیم علی کل منهما لیس مشروطا بتحققه من الآخر

(و لعلّ الوجه فیه) ای فی جواز الحبس مع امتناع الطرف الآخر من التسلیم (ان عقد البیع مبنی علی التقابض، و کون المعاملة یدا بید) ای یعطی کل منهما بید، و یأخذ کل منهما بیده الاخری (فقد التزم کل منهما بتسلیم العین) التی هی علیه و عنده (مقارنا لتسلیم صاحبه) إلیه، فالتزم البائع تسلیم المثمن اذا سلّم المشتری الثمن و کذلک التزم المشتری تسلیم الثمن اذا سلّم البائع المثمن (و التزم) کل منهما (علی) ضرر (صاحبه، ان لا یسلمه مع الامتناع) ای مع امتناع صاحبه عن ان یسلّمه العین (فقد ثبت ب) مقتضی (اطلاق العقد) و عدم تقییده «بان یسلّمه و ان لم یسلّم صاحبه ما علیه» (لکل منهما) ای البائع و المشتری (حق الامتناع) عن تسلیم ما علیه (مع امتناع صاحبه).

(فلا یرد) علی من یقول «بان لکل منهما الامتناع اذا امتنع صاحبه» (ان وجوب التسلیم علی کل منهما) مطلق فیجب علیه التسلیم، سواء سلم صاحبه أم لا.

اذ (لیس مشروطا) فی العقد (بتحققه) ای بتحقق التسلیم (من الآخر).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۱

فلا یسقط التکلیف باداء مال الغیر عن احدهما بمعصیته الآخر، و ان ظلم احدهما لا یسوغ ظلم الآخر هذا کله مع عدم التأجیل فی احد العوضین.

فلو کان احدهما مؤجلا لم یجز حبس الآخر

و حیث انه لیس مشروطا (فلا یسقط التکلیف باداء مال الغیر).

فالبائع مکلف باداء المبیع الّذی هو للمشتری و المشتری مکلف باداء الثمن الّذی هو للبائع، و ان هذا التکلیف لا یسقط (عن احدهما بمعصیته الآخر، و ان ظلم احدهما لا یسوغ ظلم الآخر).

اذ یرد علیه أولا: ان العقد لیس بمطلق، بل مشروط بتسلیم الآخر کما عرفت-.

و ثانیا: ان ظلم الآخر یسوغ مقابلة هذا بالمثل من باب: فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ، و من باب: ادلة الاقتصاص (هذا کله) الّذی ذکرنا هل یجب البدء علی البائع او یتقابضان، و هل یجوز لاحدهما الحبس فی مقابل حبس الآخر، أم لا؟

(مع عدم التأجیل فی احد العوضین) بان کان نسیئة او سلفا.

(فلو کان احدهما مؤجلا لم یجز حبس الآخر) الّذی لیس بمؤجّل.

مثلا: اذا اشتراه نسیئة لم یجز للبائع حبس المتاع، و اذا اشتراه سلفا لم یجز للمشتری حبس الثمن.

اللهم الا اذا علم ان الطرف لا یقدر علی الاداء اطلاقا حتی فی حین الاجل، فانه لا یبعد ان یکون له حق فی الامتناع و الفسخ، بقاعدة: لا ضرر

و هنا فرع ذکره العلامة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۲

قال: فی التذکرة: و لو لم یتفق تسلیمه حتی حل الاجل لم یکن له الحبس أیضا.

و لعل وجهه ان غیر المؤجل قد التزم بتسلیمه من دون تعلیق علی تسلیم المؤجل اصلا.

و هذا مما یؤید ان حق الحبس لیس لمجرد ثبوت حق للحابس علی

(قال فی التذکرة: و لو لم یتفق تسلیمه حتی حل الاجل لم یکن له الحبس أیضا).

مثلا: اذا کان نسیئة و کان موعد دفع الثمن بعد شهر ثم لم یتفق اعطاء البائع المتاع الی ان جاء رأس الشهر، لم یکن للبائع حق حبس المتاع انتظارا لان یدفع المشتری الثمن.

(و لعلّ وجهه) ای وجه ان لیس له حق الحبس (ان غیر المؤجّل) و هو البائع فی المثال- و المؤجّل بصیغة اسم الفاعل، بمعنی ضارب الاجل- (قد التزم بتسلیمه) ای تسلیم الامر الّذی لا اجل فیه (من دون تعلیق علی تسلیم المؤجل اصلا).

و لکن یحتمل ان یکون له الحق فی الحبس حینئذ، اذ معنی المؤجّل انه یسلّم الآن لیسلم عند الاجل، فاذا علم انه لا یسلّم عند الأجل لم یکن علیه التسلیم.

(و هذا) الّذی ذکرناه من قولنا «و لعلّه» (مما یؤید ان حق الحبس) فی صورة کون کل من الثمن و المثمن معجلا، بان یحبس ما علیه حتی یتسلّم ماله (لیس لمجرد ثبوت حق للحابس علی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۳

الآخر، فیکون الحبس بإزاء الحبس.

ثم ان مقتضی ما ذکرنا من عدم وجوب التسلیم مع امتناع الآخر، و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما فی ید صاحبه انه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم یصح القبض فصحة القبض باحد امرین.

اما اقباض ما فی یده لصاحبه فله حینئذ قبض ما فی ید صاحبه و لو بغیر اذنه.

الآخر، فیکون) ای حتی یکون (الحبس بإزاء الحبس) اذ لو کان لذلک لزم ان یکون له حق الحبس عند بلوغ الاجل، و انما یکون له حق الحبس فی المعجل، لاجل ان کلا منهما التزم علی صاحبه ان لا یسلّمه المتاع اذا لم یسلّم صاحبه ما علیه- کما تقدم منا-.

(ثم ان مقتضی ما ذکرنا من عدم وجوب التسلیم) لما علیه (مع امتناع) الطرف (الآخر، و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما فی ید صاحبه) فلا یجب علی البائع تسلیم المثمن مع امتناع المشتری تسلیم الثمن، لانه لا یستحق المشتری الممتنع لقبض ما فی ید البائع (انه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه) بان قبضه المشتری الممتنع لدفع الثمن جبرا علی البائع (لم یصح القبض) اذ لیس له حق القبض، فان قبضه للمثمن کان مشروطا باقباضه للثمن

و علیه (فصحة القبض) منوطة (باحد امرین) فیما اذا لم یکن الطرف الآخر مؤجّلا.

(اما اقباض ما فی یده لصاحبه فله حینئذ) ای حین الاقباض (قبض ما فی ید صاحبه و لو بغیر اذنه) لکن هل له ذلک بدون مراجعة الحاکم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۴

و اما اذن صاحبه سواء اقبض ما فی یده أم لا، کما صرح بذلک فی المبسوط و التذکرة و صرح فیهما بان له مطالبة القابض برد ما قبض بغیر اذنه لان له حق الحبس و التوثق الی ان یستوفی العوض.

و فی موضع من التذکرة انه لا ینفذ تصرفه فیه.

و مراده التصرف المتوقف علی القبض کالبیع او مطلق الاستبدال.

او بعد اذن الحاکم، احتمالان، و ان کان لا یبعد الاول اذا لم یستلزم مفسدة و نحوها، لانه حقه فالاصل عدم احتیاجه الی اذن الحاکم، و لقصة اذن الرسول لهند فی ان تأخذ من مال ابی سفیان، و الاصل انه تشریع، لا اذن خاص، و لا دلة الاقتصاص، و غیر ذلک.

(و اما اذن صاحبه سواء اقبض ما فی یده أم لا، کما صرح بذلک فی المبسوط و التذکرة، و صرّح فیهما ب) انه اذا قبضه الممتنع بغیر اذن ف (ان له) ای لغیر الممتنع (مطالبة القابض بردّ ما قبض بغیر اذنه).

و انما له المطالبة (لان له) ای لغیر الممتنع (حق الحبس و التوثق الی ان یستوفی العوض) من الممتنع.

و معنی التوثق ان یعمل ما یوجب وثوقه بأن ماله لا یذهب بدون بدل.

(و فی موضع من التذکرة انه لا ینفذ تصرفه) ای تصرف الممتنع (فیه) ای فیما قبضه بغیر اذن.

(و مراده التصرف المتوقف علی القبض کالبیع او مطلق الاستبدال)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۵

ثم اذا ابتدأ احدهما بالتسلیم، اما لوجوبه علیه کالبائع- علی قول الشیخ-، او لتبرعه بذلک، اجبر الآخر علی التسلیم، و لا یحجر علیه فی ما عنده من العوض،

کالصلح و الرهن، بل و حتی غیر الاستبدال، کالعتق و الهبة و الوقف.

و کان المصنف ره أراد بقوله: «و مراده» بیان اخراج التصرفات غیر الناقلة، مثل استعمال اللباس و نحو ذلک.

و انما لا ینفذ تصرفه لان فی جواز تصرفه اضاعة لحق الطرف، و الاصل عدم جوازه و لو تصرف، فان دفع المتصرف ما علیه صحّ التصرف السابق و الا کان فضولیا یتوقف علی الاجازة لانه متعلق حق الغیر، و فی جواز وطی الأمة احتمالان، فتأمل.

(ثم اذا ابتدأ احدهما بالتسلیم، اما لوجوبه) ای لوجوب الابتداء (علیه کالبائع- علی قول الشیخ-) الّذی تقدم قوله بوجوب تسلیم البائع أولا (او لتبرعه بذلک) ای بالابتداء (اجبر الآخر علی التسلیم) لأنه قد وصل حقه إلیه، فاللازم ان یوصل حق الطرف إلیه (و لا یحجر علیه) ای علی الآخر الّذی لم یسلّم بعد (فی ما عنده من العوض) الّذی دفعه إلیه المسلّم.

مثلا: اذا دفع البائع المثمن اجبر المشتری علی تسلیم الثمن، و لا یحجر علی المشتری المثمن الّذی وصل إلیه- قبل ان یدفع الثمن-

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۶

و لا فی مال آخر لعدم الدلیل.

(و لا) یحجر علی المشتری (فی مال آخر) من امواله حجرا لاجل الاستیثاق، بأن یحجر علی دار المشتری فی مقابل المثمن حجرا الی ان یدفع الثمن.

و انما لا یحجر (لعدم الدلیل) علی الحجر، و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۷

مسئلة یجب علی البائع تفریغ المبیع من امواله مطلقا، و من غیرها فی الجملة.

و هذا الوجوب لیس شرطیا بالنسبة الی التسلیم، و ان اوهمه بعض العبارات، ففی غیر واحد من الکتب انه یجب تسلیم المبیع مفرغا.

(مسألة: یجب علی البائع تفریغ المبیع من امواله مطلقا) سواء کانت مستأجرة فی حال البیع، أم لا (و من غیرها) ای غیر امواله من اموال الآخرین (فی الجملة) فیما اذا کانت مستأجرة و لم یکن المشتری عالما بذلک

اما اذا کان المشتری عالما بانها فی ایجار الغیر لم یجب علی البائع التفریغ، بل یصبر المشتری حتی تنتهی الاجارة، و یفرغ هو او المستأجر الدار مثلا، لا البائع.

ثم ان قوله «مطلقا» لان الدار اذا کانت مستأجرة و فیها اموال من البائع فانه یجب علی البائع الافراغ اذا انتهت مدة الاجارة.

(و هذا الوجوب لیس شرطیا بالنسبة الی التسلیم) فانه یمکن التسلیم مع عدم الافراغ، فلیس تمامیة التسلیم مشروطة بالافراغ (و ان اوهمه) ای ان الافراغ شرط (بعض العبارات).

و انما اوهمه لما ذکره بقوله: (ففی غیر واحد من الکتب انه یجب تسلیم المبیع مفرغا) فان «مفرغا» حال و الحال شرط- کما لا یخفی-

.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۸

و المراد ارجاع الحکم الی القید، و الا فالتسلیم یحصل بدونه، و قد تقدم عن التذکرة.

و کیف کان: فیدل علی وجوب التفریغ ما دلّ علی وجوب التسلیم فان اطلاق العقد کما یقتضی اصل التسلیم، کذلک یقتضی التسلیم مفرّغا فان التسلیم بدونه کالعدم بالنسبة الی غرض المتعاقدین، و ان ترتب علیه احکام تعبّدیة کالدخول فی ضمان المشتری و نحوه.

(و المراد ارجاع الحکم) و هو: یجب (الی القید) ای یجب الافراغ کما یجب التسلیم (و الا فالتسلیم یحصل بدونه) ای بدون الافراغ، فلیس الافراغ شرطا فی التسلیم (و قد تقدم عن التذکرة) ای تقدم حصول التسلیم بدون التفریغ فی الفرع الاول من قوله «فرعان» فی بیع السفینة المشحونة

(و کیف کان: فیدل علی وجوب التفریغ ما دلّ علی وجوب التسلیم، فان اطلاق العقد کما یقتضی اصل التسلیم، کذلک یقتضی التسلیم مفرّغا) ف أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، یقول سلّمه مفرّغا (فان التسلیم بدونه) ای بدون التفریغ (کالعدم بالنسبة الی غرض المتعاقدین) اذ غرضهما الّذی هو غرض اصلی للمشتری، و تصدیق تبعی من البائع، ان یشغل المشتری المثمن بما یرید فاشغاله من قبل البائع- و لو اشغالا فی الجملة- مناف لذلک الغرض، و کذلک بالنسبة الی الثمن فیما کان متاعا (و ان ترتب علیه) ای علی التسلیم مشغولا (احکام تعبّدیة کالدخول فی ضمان المشتری و نحوه) فاذا تلف لم یصدق انه تلف قبل القبض، حتی یکون من مال البائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۱۹۹

فلو کان فی الدار متاع وجب نقله فورا، فان تعذر ففی اوّل ازمنة الامکان، و لو تراخی زمان الامکان و کان المشتری جاهلا کان له الخیار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار علیه.

و فی ثبوت الأجرة لو کان لبقائه اجرة الی زمان الفراغ، وجه.

(فلو کان فی الدار متاع وجب نقله فورا) عرفیا، لانه هو الّذی یقتضیه اطلاق العقد، لا فورا عقلیا (فان تعذر) الفور العرفی (ففی اوّل ازمنة الامکان، و لو تراخی زمان الامکان) کان یکون الامکان بعد شهر- مثلا- (و کان المشتری جاهلا) بذلک التراخی، حال عقده

(کان له الخیار) فیمکن ان یکون هذا الخیار خیار تخلف الشرط الضمنی فلا یحتاج الی تضرر المشتری، و یمکن ان یکون خیار الغبن اذا اوجب ذلک غبن المشتری، و یمکن ان یکون خیار العیب اذا عدّ الشیء معیبا بهذا السبب (لو تضرر بفوات بعض منافع الدار علیه) و لو ان المشتری لا یرید الانتفاع، لما تقرر فی محلّه، من ان المراد الضرر فی نفسه، لا التضرر الفعلی.

فلو لم یرد المشتری سکنی الدار الی سنة، و کانت مشغولة فی هذه المدة، فانه ضرر فی نفسه، و ان لم یکن ضررا فعلیا علی المشتری.

(و فی ثبوت الاجرة) علی البائع للمشتری (لو کان لبقائه اجرة الی زمان الفراغ، وجه) وجیه، حیث ان المال للمشتری فربحه له.

و یحتمل العدم من جهة ان المال عرفا لا یدخل فی حیازة المشتری الا بعد القبض، فلیس له اجرته، و لکن لا یخفی ما فیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۰

و لو کان تأخیر التفریغ بتقصیره فینبغی الجزم بالاجرة کما جزموا بها مع امتناعه من اصل التسلیم.

و لو کان فی الارض زرع قد احصد، وجب ازالته، لما ذکرنا، و ان لم یحصد وجب الصبر الی بلوغ او انه، للزوم تضرر البائع بالقلع.

و اما ضرر المشتری فینجبر بالخیار مع الجهل، کما لو وجدها مستأجرة.

و من ذلک یعلم عدم الأجرة

(و لو کان تأخیر التفریغ بتقصیره) ای بتقصیر البائع (فینبغی الجزم بالاجرة کما جزموا بها مع امتناعه) ای امتناع البائع (من اصل التسلیم) لانه تفویت لحق الناس عمدا.

(و لو کان فی الارض) المبیعة (زرع قد احصد، وجب ازالته، لما ذکرنا) من وجوب التسلیم مفرّغا (و ان لم یحصد) ففیه احتمالات:

منها: انه (وجب الصبر) علی المشتری (الی بلوغ او انه) و لا یجوز له قلعه (للزوم تضرر البائع بالقلع).

(و) ان قلت: و ان لم یقلع لزم تضرر المشتری فیتساقطان، و یکون المرجع اصل إباحة القلع.

قلت: (اما ضرر المشتری فینجبر بالخیار مع الجهل) أی جهل المشتری بان الارض مشغولة- حال العقد- (کما لو وجدها مستأجرة) فان له الخیار اذا کان جاهلا بذلک حال العقد.

(و من ذلک) الّذی ذکرنا ان تضرره متدارک بالخیار (یعلم عدم الاجرة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۱

لانه اشتری ارضا تبین انها مشغولة، فلا یثبت اکثر من الخیار.

و یحتمل ثبوت الاجرة لانه اشتری ارضا لا یستحق علیها الاشتغال بالزرع، و المالک قد ملک الزرع غیر مستحق للبقاء فیتخیر بین ابقائه بالاجرة و بین قلعه لتقدیم ضرر القلع علی ضرر فوات منفعة الارض بالاجرة.

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إیصال الطالب إلی المکاسب؛ ج۱۶، ص: ۲۰۱

لانه اشتری ارضا تبین انها مشغولة) فالارض معیبة و المعیب فیه الخیار (فلا یثبت اکثر من الخیار) مثل الغبن فانه لیس له الارش، لاصالة عدم الارش، فتأمل.

اما مع علم المشتری بأن الارض مشغولة و اقدامه علی الاشتراء فلا خیار، لانه قد اقدم علی شراء المعیب کما ذکروا فی باب خیار العیب.

(و یحتمل ثبوت الاجرة لانه اشتری ارضا لا یستحق علیها) ای لا یستحق المالک علی تلک الارض (الاشتغال بالزرع، و المالک قد ملک الزرع غیر مستحق للبقاء) لان الانسان یستحق البقاء لمتعلقاته فی ملکه، فاذا خرج عن ملکه لم یستحق بقاء متعلقاته فی ملک الغیر (فیتخیر) المشتری (بین ابقائه بالاجرة و بین قلعه).

اذ المشتری له حق ایجار ملکه، کما له حق افراغ ملکه.

و انما للمشتری حق القلع و هو ضرر علی البائع (لتقدیم ضرر القلع) ای ان الشارع قال: لا بأس بتضرر البائع بالقلع (علی ضرر فوات منفعة الارض بالاجرة) فان المشتری و ان اخذ الاجرة فانه یتضرر بعدم سیطرته الکاملة علی الارض، فان اخذ الاجرة لا یرفع هذا الضرر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۲

و یحتمل تخییر المشتری بین ابقائه بالاجرة، و قلعه بالارش.

و یحتمل ملاحظة الاکثر ضررا.

(و یحتمل تخییر المشتری بین ابقائه بالاجرة، و) بین (قلعه بالارش) ای بان یعطی الارش للبائع، و هو التفاوت بین کون الزرع ثابتا فی الارض و بین کونه مقلوعا، و ذلک لتعارض ضررین، فکل واحد منهما اضرّ صاحبه یجب علیه تدارک ضرره

فان تضرر المشتری ببقاء الزرع وجب علی البائع تدارک ضرره بالاجرة

و ان تضرر البائع بالقلع وجب علی المشتری تدارک ضرره بالارش.

(و یحتمل ملاحظة الاکثر ضررا) فیقدم الاقل ضررا منهما، لان دلیل:

لا ضرر، حیث انه منّة فالضرر من قبیل: الضرورات تقدر بقدرها، فاللازم ان یقدر بقدره.

فاذا اجبر الحاکم ان یضر عبده اما زیدا بأخذ الف دینار منه، او عمروا بأخذ خمسمائة منه، کان اللازم علی العبد تقدیم الخمسمائة.

کما انه اذا اجبره بأخذ الف او خمسمائة من زید، لزم علیه تقدیم الخمسمائة.

ثم ان فی المسألة احتمالات اخر، و لکن الاقرب من الجمیع انه یحق له الاقلاع بلا ارش، لوجوب الافراغ.

و اذا امکن الافراغ بلا ضرر علی المشتری قدم علی الفسخ، اذ لا وجه للفسخ بعد لزوم الوفاء بالعقد.

نعم اذا کان القلع ضررا علی المشتری لاحتیاجه الی المنازعة مع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۳

و لو احتاج تفریغ الارض الی هدم شیء هدمه باذن المشتری، و علیه طمّ ما یطمّ برضا المالک و اصلاح ما استهدم او الارش علی اختلاف الموارد فان مثل قلع الباب او قلع ساجة منه اصلاحه اعادته، بخلاف هدم حائط، فان الظاهر لحوقه

البائع الموجبة تلک المنازعة عسرا و حرجا او ضررا علیه، جاز له الفسخ لان لزوم العقد حینئذ ضرر، فدلیل: لا ضرر، یرفع اللزوم، کما ذکروا ذلک فی خیار العیب و غیره.

(و لو احتاج تفریغ الارض الی هدم شیء) کما اذا کان فی الدار صندوق کبیر لا یخرج الا بهدم الباب (هدمه باذن المشتری) لانه تصرف فی ملک المشتری، فلا یجوز الا برضاه.

و لو لم یرض المشتری بالهدم، و اضرّ علی تفریغ الدار- و الحال انه لا یمکن التفریغ الا بالهدم- یقدم الهدم لانقاذ مال البائع، فاذا کان فی ذلک الهدم ضررا علی المشتری کان له الفسخ (و علیه) ای علی البائع (طمّ ما یطمّ برضا المالک) کالحفر التی تحدث بسبب الهدم (و اصلاح ما استهدم) کارجاع الباب الی مکانه.

و انما کـان علیه ذلـک، لانه یجب علیه تسـلیم المبیع سالما الی المشتری فانه مقتضـی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (او الارش) للمشتری اذا لم یکن المهدوم مثلیا بل قیمیا، کما اذا اسـتلزم الاخراج کسـر القاسانی الّذی لا یوجد مثله الآن (علی اختلاف الموارد) بین الاصـلاح و الارش (فان مثل قلع الباب او قلع ساجـهٔ منه) ای من الباب (اصـلاحه اعادته) فتجب علی البائع اعادته (بخلاف هدم حائط، فان الظاهر لحوقه) ای الحائط

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۴

بالقیمی فی وجوب الارش له.

و المراد بالارش قیمهٔ الهدم، لا ارش العیب.

و بالجملهٔ فمقتضی العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثلی، و بعضه بالقیمی، و لو الحق

(بالقیمی فی وجوب الارش له).

اذ لو ارید اعادهٔ بناء الحائط لم یکن المبنی الجدید کالمهدوم من جمیع الحیثیات.

لکن لا یخفی الاشکال فی اطلاق کون الحائط قیمیا، بل الغالب انه مثلی عرفا.

(و المراد بالارش) الّـذی یعطیه البائع للمشتری هی (قیمـهٔ الهـدم) فالحائط المنهـدم، ایّا کانت قیمته، فانه یدفعها الی المشتری (لا ارش العیب) الّذی تعیب الدار لاجل الهدم.

مثلا: قیمـهٔ الحائط عشـرهٔ دنانیر، اما الـدار بلا حائط فقیمتها تنزل بمقدار العشـر، فاذا کانت قیمهٔ الدار مأتین کان التفاوت عشـرین، فان الواجب ان یعطی للمشتری عشرهٔ لا العشرین.

کما اذا ضـیع فردهٔ نعل قیمتها مائـهٔ فلس، بینما الفردهٔ الثانیـهٔ تبقی قیمتها مائـهٔ فلس، و الحال انهما معا کانتا بدینار، فلیس الواجب علیه اعطاء نصف دینار، فتأمل.

(و بالجملهٔ فمقتضی العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثلی) فالبائع یبنی مثله (و بعضه بالقیمی) فیعطی البائع قیمته (و لو الحق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۵

مطلقا بالقیمی کان له وجه.

و یظهر منهم فیما لو هدم أحد الشریکین الجدار المشترک بغیر اذن صاحبه، اقوال ثلاثهٔ.

الاعادهٔ مطلقا کما فی الشرائع و عن المبسوط.

و الارش کذلک کما عن العلامهٔ و المحقق و الشهید الثانیین.

مطلقا بالقیمی کان له وجه) اذ ان البناء القدیم لا یماثل الجدید فی جمیع الخصوصیات مهما کانا متشابهین.

لکن الظاهر ان هذا الوجه غیر تام، للاختلاف بین المثلی و القیمی عرفا.

فبعض الابنیـهٔ مثلیـهٔ و بعض الابنیـهٔ قیمیـهٔ، و المناط فی ذلک العرف و الا فالحنطـهٔ أیضا لا تشابه الحنطهٔ الاخری من جمیع الجهات و هکذا فی سائر ما ذکروا من المثلیات.

(و یظهر منهم فیما لو هدم أحد الشـریکین الجدار المشترک بغیر اذن صاحبه، اقوال ثلاثهٔ) و حیث ان هذه المسألهٔ شبیههٔ بما نحن فیه، فالکلام فیها ینسحب الی ما نحن فیه.

الاول: (الاعادهٔ مطلقا کما فی الشرائع و عن المبسوط) و ذلک لان الجدار مثلی مطلقا.

(و) الثانی: (الارش کذلک) مطلقا (کما عن العلامهٔ و المحقق و الشهید الثانیین) لان الجدید لیس کالقدیم فی المزایا و الخصوصیات

مهما کانا شبیهین فی الظاهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۶

و التفصیل بین ما کان مثلیا، کحائط البساتین و المزارع، و الا فالارش کما عن الدروس.

و الظاهر جریان ذلک فی کسر الباب و الشبابیک، و فتق الثوب من هذا القبیل.

(و) الثالث: (التفصیل بین ما کان مثلیا، کحائط البساتین و المزارع و الا) یکن مثلیا (فالارش) کحیطان الدور (کما عن الدروس).

و لکن الظاهر المثلیة إلا نادرا کما مثلنا فیما اذا تلف القاسانی المزین به الحائط مثلا مما لم یکن مثله الآن.

(و الظاهر جریان ذلک) الخلاف و الاقوال الثلاثة (فی کسر الباب و الشبابیک، و) نحوها.

ثم ان (فتق الثوب) أیضا (من هذا القبیل) فمنه مثلی یجب رتقه، و منه قیمی یجب اعطاء قیمته.

و قد ذکرنا امثال هذه المسائل فی شرح کتاب العروة باب الاجارة فی بحث انه لو انهدم بعض الدار المستأجرة فهل علی البائع ان یبنیه او علیه الارش؟ فراجع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۷

مسئلة لو امتنع البائع من التسلیم فان کان لحقّ، کما لو امتنع المشتری عن تسلیم الثمن، فلا اثم.

و هل علیه اجرة مدة الامتناع احتمله فی جامع المقاصد الا ان منافع

(مسألة: لو امتنع البائع من التسلیم فان کان) الامتناع (لحقّ، کما لو امتنع المشتری عن تسلیم الثمن) الحال (فلا اثم) علیه فی حبسه.

و کذلک اذا لم یقدر علی التسلیم عقلا، کما اذا غصبه الغاصب او شرعا کما اذا کان حبلا و اخذه من یرید نجات الغریق مثلا.

و هکذا اذا امتنع المشتری من تسلیم الثمن فانه قد یکون حقّا، کما انه قد یکون باطلا، و لا اشکال فی الاثم اذا کان باطلا، لانه خلاف مقتضی:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و خلاف ادلة وجوب ایصال الحقوق الی اهلها.

(و هل علیه اجرة مدة الامتناع) الظاهر انه لا اشکال فی ان علیه الاجرة اذا کان الامتناع بالباطل، اما اذا کان بحقّ فالظاهر التفاوت بین صوره التی ذکرناها.

اما الصورة المذکورة فی المتن فقد (احتمله) ای لزوم الاجرة علی البائع (فی جامع المقاصد) لان المال للمشتری ففوائده له سواء کانت اجرة او ثمرة، کما اذا اثمرت الشجرة او باضت الدجاجة او حملت الدابة او زیادة خارجیة کما اذا سمنت الدابة، او زیادة اعتباریة کما اذا تعلم العبد المشتری (الا ان منافع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۸

الاموال الفائتة بحقّ لا دلیل علی ضمانها، و علی المشتری نفقة المبیع.

و فی جامع المقاصد ما اشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتی تقبض المهر فان فی استحقاقها النفقة تردّدا.

الاموال الفائتة بحق لا دلیل علی ضمانها) و لذا اذا حبس دابة زید التی یرید نقل الخمر علیها، او اغلق داره التی یرید الفجور فیها مدة من باب منع المنکر لم یکن علی الناهی اجرة الدابة و الدار.

و قد فصّلنا الكلام فى ذلك فى كتاب الفقه بحث الامر بالمعروف و النهى عن المنكر، فراجع (و) هل (على المشترى نفقة المبيع) فى مدة الحبس بحقّ، احتمالات:

الاول: انه يجب عليه النفقة لانه من الذين وجبت نفقتهم عليه.

الثانى: انه لا تجب عليه نفقته، لان النفقة فى مقابل الانتفاع، فحيث لا انتفاع، فلا نفقة.

الثالث: التفصيل بين ما اذا اذن الممتنع بحق للمشترى فى الانتفاع به كما اذا قال له تعال و انتفع بالدار كانتقال الضيوف، و انتفع بالدابة كانتفاع المستأجر فعليه نفقته لان النفقة فى مقابل الانتفاع، و بين ما اذا لم ينتفع به، فلا نفقة عليه.

(و فى جامع المقاصد) قال (ما اشبه هذه) و هى مسألة منع المثمن من المشترى منعا بحقّ (بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر) فانه منع بحق، و مع ذلك (فان فى استحقاقها النفقة تردّدا).

من انها واجبة النفقة عليه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۰۹

قال: و يحتمل الفرق بين الموسر، و المعسر، انتهى.

و يمكن الفرق بين النفقة فى المقامين.

و لو طلب من البائع الانتفاع به فى يده ففى وجوب اجابته وجهان

و من ان النفقة فى قبال التمكين، فاذا لم يكن تمكين فلا نفقة.

(قال: و يحتمل الفرق بين) الزوج (الموسر) فتجب عليه النفقة، لانه مكلف بها (و) بين (المعسر) فلا نفقة عليه، لانه لا يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلّا وُسْعَها (انتهى).

و تأتى الاحتمالات فى ما اذا حبس الزوجة عن زوجها حابس ظالم من دون نشوز المرأة.

(و يمكن الفرق بين النفقة فى المقامين) ففى باب الاشتراء تجب عليه النفقة، لان النفقة لاجل الملك و هو حاصل و ان ابى البائع تسليمه، و فى باب النكاح لا تجب النفقة، لان النفقة فى قبال التمكين- و لذا لم يكن للناشزة نفقة- فحيث لا تمكين فلا نفقة.

(و لو طلب) المشترى (من البائع) الممتنع عن التسليم امتناعا بحق (الانتفاع به) اى بالمبيع (فى يده) و الحال انه فى يد البائع (ففى وجوب اجابته وجهان).

من لزوم الاجابة لانه ملك له، فمنع المالك عن ملكه لا وجه له.

و عدم لزوم الاجابة لان انتفاع المشترى من المثمن فى قبال انتفاع البائع من الثمن، فاذا لم ينتفع البائع من الثمن، فله ان يمنع انتفاع المشترى من المثمن.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۰

و لو كان امتناعه لا لحق، وجب عليه الاجرة، لانه عاد.

و مقتضى القاعدة ان نفقته على المشترى.

(و لو كان امتناعه) اى البائع (لا لحق، وجب عليه) اعطاء (الاجرة) للمشترى، لانه فوت ماله، هذا فيما اذا لم يستوف البائع الفائدة، و الا وجب عليه اعطاءها للمشترى حتى اذا كان امتناعه بحق (لانه عاد) فلا يأتى فيه ما ذكرناه هناك «من ان منافع الاموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها»

(و مقتضى القاعدة) اى قاعدة الخراج بالضمان (ان نفقته على المشترى).

و لا یخفی ان لهذه المسائل فروعا كثیرة و احتمالات لم یذكرها المصنف، و قد المعنا الی بعضها الماعا.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۱

الكلام فی احكام القبض

اشارة

و هی التی تلحقه بعد تحققه.

مسألة:- من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الی القابض،

فقبله یكون مضمونا علیه بعوضه اجماعا مستفیضا، بل محققا، و یسمی ضمان المعاوضة.

و یدل علیه قبل الاجماع: النبوی المشهور:

(الكلام فی احكام القبض: و هی التی تلحقه بعد تحققه).

اما احكام قبل القبض و احكام نفس القبض فقد تقدم بعضها سابقا، و كما یأتی بعضها أیضا.

(مسألة:- من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الی القابض) مثمنا كان او ثمنا، او مقابلا فیما اذا تقابل الشیئان بدون ان یكون احدهما ثمنا و الآخر مثمنا، كما اذا اعطی بعنوان البیع سمنا و اخذ حنطة فالظاهر انه بیع، و ان لم یكن ثمن و مثمن بل تقابل و تبادل (فقبله) ای قبل الاقباض (یكون مضمونا علیه بعوضه) فاذا تلف المثمن ضمنه البائع، بمعنی ان علی البائع ان یردّ الثمن الی المشتری، لا ان یعطی المشتری قیمة المثمن (اجماعا مستفیضا، بل محققا، و یسمی) الضمان قبل الاقباض (ضمان المعاوضة) لا ضمان الید الّذی هو مثل او قیمة.

(و یدل علیه قبل الاجماع: النبوی المشهور) المستدل علیه فی كتب الفتوی.

إیصال الطالب إلی المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۲

كل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه.

و ظاهره بناء علی جعل: من، للتبعیض انه بعد التلف یصیر مالا للبائع.

لكن اطلاق المال علی التالف انما هو باعتبار كونه مالا عند التلف.

و بهذا الاعتبار یصح ان یقع هو المصالح عنه اذا اتلفه الغیر،

و كفی بذلك حجیة (كل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه) و انما دخل الفاء علی الخبر، لانه المبتدأ بمعنی «ان» الشرطیة، فالمعنی «ان تلف المبیع» مثل «كل من لقیته فأكرمه».

و كلمة «من» یحتمل ان تكون «نشویة» كما ذكروا فی قوله تعالی «وَ اللّهُ أَنْبَتَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ نَباتاً» و هی التی یكون ما قبلها ناشئا و متولدا مما بعدها، و هذا بعید، فان التلف لا ینشأ من مال البائع.

و یحتمل ان تكون تبعیضیة، ای ان التالف هو بعض مال البائع.

(و ظاهره بناء علی جعل: من، للتبعیض انه بعد التلف یصیر مالا للبائع) لانه قال «تلف فهو من مال».

(لکن) التالف لا یکون مالا لاحد، فاللازم ان یکون (اطلاق المال علی التالف انما هو باعتبار کونه مالا عند التلف) فالمبیع عند التلف بعض من مال البائع، و سمی «ما یتلف» تالفا، بمجاز المشارفة، او ما اشبه، من قبیل من قتل قتیلا فله سلبه.

(و بهذا الاعتبار) ای باعتبار کونه مالا عند التلف (یصح ان یقع هو) ای المال الّذی تلف (المصالح عنه اذا اتلفه الغیر) و هو الشخص الثالث

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۳

لا قیمته کما صرّح به فی باب الصلح من الشرائع و التحریر.

و حینئذ فلا بدّ من ان یکون المراد بالنبوی: ان المبیع یکون تالفا من مال البائع.

و مرجع هذا الی انفساخ العقد قبل التلف آنا مّا، لیکون التالف مالا للبائع.

و الحاصل: ان ظاهر الروایة صیرورة المبیع مالا للبائع بعد التلف، لکن لما لم یتعقل ذلک تعین إرادة وقوع التلف علی مال البائع

لا البائع و لا المشتری لانه اذا اتلفه الغیر تعلق هذا المال بذمة الغیر، فیصالح عنه بدینار او ما اشبه (لا) ان المصالح عند (قیمته) فیما اذا کان التالف قیمیا (کما صرّح به) ای بانه یصحّ ان یصالح عنه اذا اتلفه الغیر (فی باب الصلح من الشرائع و التحریر).

(و حینئذ) ای حین قلنا انّ المراد کون التالف بعض مال البائع (فلا بدّ من ان یکون المراد بالنبوی: ان المبیع یکون تالفا من مال البائع).

(و) حیث لا یعقل ان یکون مال المشتری ذاهبا من کیس البائع.

ف (مرجع هذا) ای مرجع کونه تالفا من مال البائع (الی انفساخ العقد قبل التلف آنا مّا) لا اکثر من: آن، اذ لا دلیل علی الاکثریة، و الحال انها خلاف الاصل (لیکون التالف مالا للبائع) حقیقة.

(و الحاصل) من قولنا «و ظاهره ..» (ان ظاهر الروایة صیرورة المبیع مالا- للبائع بعد التلف)- کما عرفت وجه الظهور- (لکن لما لم یتعقل ذلک) لانه لا یطلق المال بعد التلف (تعین إرادة وقوع التلف علی مال البائع)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۴

و مرجعه الی ما ذکره فی التذکرة، و تبعه من تأخر عنه من انه یتجدّد انتقال الملک الی البائع قبل الهلاک بجزء لا یتجزّی من الزمان.

و ربما یقال: تبعا للمسالک ان ظاهر کون المبیع التالف قبل القبض من مال البائع، یوهم خلاف هذا المعنی.

و لعله لدعوی ان ظاهر کونه من ماله کون تلفه من ماله، بمعنی کون درکه علیه، فیوهم ضمانه بالمثل و القیمة.

فمالیة البائع مقدمة علی التلف.

(و مرجعه الی ما ذکره فی التذکرة، و تبعه من تأخر عنه من انه یتجدّد انتقال الملک الی البائع قبل الهلاک) ای قبل هلاک المبیع (بجزء لا یتجزّی من الزمان) ثم یهلک و هو مال البائع.

(و ربما یقال: تبعا للمسالک ان ظاهر کون المبیع التالف قبل القبض من مال البائع، یوهم خلاف هذا المعنی) الّذی ذکره العلامة فلا یدخل الملک فی ملک البائع آنا مّا، فان ذلک خلاف الظاهر العرفی.

(و لعلّه لدعوی ان ظاهر کونه من ماله)- ای من مال البائع- (کون تلفه من ماله، بمعنی کون درکه علیه) لا انه حقیقة ماله.

و اذا کان المراد ان درکه علیه (فیوهم ضمانه بالمثل و القیمة) لا بالعوض، بخلاف کلام العلامة، فان لازمه کون العوض- ای الثمن- علی البائع، لانفساخ العقد، اذ لا یدخل فی مال البائع الا اذا خرج العوض عن ماله.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۵

و ممّا ذکرنا من ان معنی الضمان هنا یرجع الی انفساخ العقد بالتلف و تلف المبیع فی ملک البائع و یسمی ضمان المعاوضة، لا ضمانه علیه مع تلفه من المشتری، کما فی المغصوب، و المستام و غیرهما، و یسمی ضمان الید، یعلم ان الضمان فیما نحن فیه حکم شرعی، لا حق مالی

(و ممّا ذکرنا من ان معنی الضمان هنا یرجع الی انفساخ العقد بالتلف) ای بسبب التلف (و تلف المبیع فی ملک البائع) «و تلف» عطف علی «انفساخ» (و یسمی) تلفه فی ملک البائع (ضمان المعاوضة) اذ یجب علی البائع ان یرد نفس الثمن، سواء زادت قیمة المبیع علیه، او نقصت عنه (لا- ضمانه علیه) عطف علی «انفساخ» و مقابل للانفساخ- و هذا مقتضی کلام المسالک- (مع) کون (تلفه من المشتری) بان یکون ذاهبا من کیس المشتری، و لکن درکه علی البائع (کما فی المغصوب) فانه اذا تلف عند الغاصب یکون تلفه من المغصوب منه و لکن درکه علی التالف (و المستام) ای المأخوذ بالسوم بأن أخذ المتاع من یرید اشترائه، فتلف فی یده، فان تلفه یکون من المالک و لکن درکه علی المستام و هو الآخذ (و غیرهما) کما اذا اتلف انسان مال انسان آخر (و یسمی) هذا الضمان (ضمان الید) لانه بقاعدة «علی الید ما اخذت» و یکون هذا ضمانا بالمثل فی المثلی و بالقیمة فی القیمی (یعلم) خبر لقوله «و مما ذکرنا» (ان الضمان فیما نحن فیه حکم شرعی) ابتدائی، لان الشارع حکم بذلک من دون ان یکون امضاءا لما یراه العرف، کما فی ضمان الید، فانه امضاء شرعی لان العرف یرون ذلک قبل الشرع (لا حق مالی) کضمان الید.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۶

فلا یقبل الاسقاط.

و لذا لو أبرأه المشتری من الضمان لم یسقط، کما نص علیه فی التذکرة و الدروس، و لیس الوجه فی ذلک انه اسقاط ما لم یجب، کما قد یتخیل.

و الحاصل: انه حکم، و لیس بحقّ، فهو من قبیل حلّیة الزوجة علی الزوج حکم، لا من قبیل القسم الّذی هو حق لها علیه.

و قد ذکروا ان من آثار الحق انه قابل للاسقاط، بخلاف الحکم، فانه غیر قابل للاسقاط (فلا- یقبل) هذا الحکم فیما نحن فیه، ل (الاسقاط)

فاذا قال البائع: ابیعک المتاع بشرط انه لو تلف عندی یکون من کیسک لا من کیسی، بطل الشرط.

(و لذا لو أبرأه) ای ابرأ البائع (المشتری من الضمان لم یسقط) و لم یبرأ (کما نص علیه) ای علی انه غیر قابل للاسقاط و الابراء (فی التذکرة و الدروس، و لیس الوجه فی ذلک) ای عدم صحة اسقاطه (انه اسقاط ما لم یجب) لانه قبل التلف لم یجب، فاسقاط المشتری له لا مورد له (کما قد یتخیل).

و انما قلنا «و لیس» اذ لو کان قابلا للاسقاط قبل الاسقاط و قبل التلف، لانه اعتبار، و الاعتبار خفیف المئونة، فیکون مثل تبرأ البائع من العیوب التی تحدث عند المشتری فی زمن الخیار حتی لا یلتزم بقاعدة التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له.

اقول: لکن الظاهر قابلیته للاسقاط، لان کونه حکما خلاف الظاهر المتبادر من الاحکام المشروعة فی باب الحقوق، سواء کانت ابتدائیّات او

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۷

و یدل علی الحکم المذکور أیضا روایة عقبة بن خالد عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل اشتری متاعا من رجل و اوجبه، غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، قال آتیک غدا ان شاء الله، فسرق المتاع، من مال من یکون؟ قال: من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بیته، حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته، فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد إلیه ماله.

و لعل الرواية اظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى.

امضائيات، اذ المنصرف- عرفا- انها حقوق لاصحابها، لا احكام شرعية بحتة.

(و) كيف كان، ف (يدل على الحكم المذكور) اى ان التلف من مال البائع (أيضا) بالإضافة الى النبوى (رواية عقبة بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام) سأله (فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه) أى عقد البيع (غير انه ترك المتاع عنده) اى عند البائع (و لم يقبضه، قال) البائع (آتيك غدا ان شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال) عليه السلام (من مال صاحب المتاع الّذى هو) اى المتاع (فى بيته، حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته) اى أوصله الى المشترى (فالمبتاع) و هو المشترى (ضامن لحقه) اى حق البائع، و هو الثمن (حتى يرد إليه) اى الى البائع (ماله) و هو الثمن.

(و لعلّ الرواية اظهر دلالة على الانفساخ) لا كون الدرك على البائع (قبل التلف من النبوى) فان قوله عليه السلام «فاذا اخرجه فالمبتاع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۸

و كيف كان، فلا خلاف فى المسألة اعنى بطلان البيع عند التلف لا من اصله لان تقدير مالية البائع قبل التلف مخالف لاصالة بقاء العقد.

و انما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضرورة و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشترى.

ضامن» يراد به ضمان المعاوضة، و مفهومه انه اذا لم يخرجه فليس المبتاع ضامن ضمان المعاوضة، و عدم ضمان المعاوضة، معناه الفسخ.

(و كيف كان، فلا خلاف فى المسألة اعنى بطلان البيع عند التلف) ف (لا) يكون البطلان (من اصله) بل من حين التلف، فاذا عقد صباحا و تلف عصرا فالانفساخ يكون فى العصر.

و انما نقول بعدم البطلان من الصبح- حتى يكون وجود العقد كعدمه- (لان تقدير مالية البائع قبل التلف مخالف لاصالة بقاء العقد) الى حين التلف.

(و انما احتيج إليه) اى الى الانفساخ عصرا حين التلف (لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب) الانفساخ (بقدر الضرورة) و هو من حين التلف (و يترتب على ذلك) الّذى ذكرنا من ان الانفساخ من حين التلف (كون النماء) للمثمن (قبل التلف للمشترى)

فاذا اشترى دجاجة صباحا، و تلفت عصرا، و باضت بين ذلك فالبيض للمشترى، و كذلك نماء الثمن فى هذا الاثناء للبائع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۱۹

و فى معناه الركاز الّذى يجده العبد و ما وهب منه فقبله و قبضه، او اوصى له به فقبله، كما صرح به فى المبسوط و التذكرة، و صرّح العلامة بان مئونة تجهيزة لو كان مملوكا على البائع.

و هو مبنى على ثبوت الملك التحقيقى قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الّذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج الى ذلك التقدير، دون ما عداه من باقى آثار المقدر.

(و فى معناه) اى فى معنى النماء (الركاز) اى الكنز (الّذى يجده العبد) فيما اذا اشترى عبدا و وجد العبد كنزا قبل قبضه، ثم مات العبد قبل القبض، فان الركاز للمشترى، لانه من توابع العبد (و ما وهب منه) اى من المال، (فقبله) العبد (و قبضه) اذ: الهبة تحتاج الى القبض

(او اوصی له) ای للعبد (به) ای بمال (فقبله) ثم مات العبد قبل القبض، فان کل ما ملکه یکون للمشتری (کما صرح به فی المبسوط و التذکرة، و صرح العلامة بان مئونة تجهیزة لو کان مملوکا علی البائع) لانه مات فی ملک البائع، لفرض انفساخ العقد قبل موته آنا مّا.

(و) لکن (هو) ای هـذا الکلام من العلامة (مبنی علی ثبوت الملک التحقیقی) للبائع (قبل التلف، لا مجرد تقدیر الملک الّذی لا بد فیه) ای فی الملک التقدیری (من الاقتصار علی الحکم الثابت المحوج) ای المحتاج (الی ذلک التقدیر).

فالحکم الثابت المقطوع هو کون تلفه من کیس البائع (دون ما عداه) من مئونة التجهیز و نحوه (من باقی آثار) الملک (المقدر) للبائع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۰

الا ان یقال: بان التلف من البائع یدل التزاما علی الفسخ الحقیقی

ثم انه یلحق بالتلف تعذّر الوصول إلیه عادة مثل سرقته علی وجه لا یرجی عوده، و علیه تحمل روایة عقبة المتقدمة.

قال فی التذکرة: وقوع الدرة فی البحر قبل القبض کالتلف، و کذا انفلات الطیر و الصید المتوحش.

و لو غرّق البحر الارض المبیعة او وقع علیها صخور عظیمة من جبل او کسیها

و الحاصل ان القدر الثابت من الادلة ان الشیء یدخل فی ملک البائع و یتلف فیه.

اما ترتب سائر احکام الملک علی البائع، فلا دلیل علیه.

(الا ان یقال: بان) کون (التلف من البائع یدل التزاما علی الفسخ الحقیقی) لا الفسخ الحکمی، فاذا کان فسخ حقیقی ترتبت علیه سائر آثار الملک أیضا، فالتجهیز علی البائع و کسرات السفینة مثلا للبائع.

(ثم انه یلحق بالتلف تعذّر الوصول إلیه عادة مثل سرقته علی وجه لا یرجی عوده) اذ هو تلف عرفا، بالإضافة الی النص علی السرقة فی الروایة المتقدمة (و علیه) ان کون السرقة بحیث لا یرجی عود المسروق (تحمل روایة عقبة المتقدمة) بل هو الظاهر، لان السرقة غالبا یرجی عودها.

(قال فی التذکرة وقوع الدرة فی البحر قبل القبض کالتلف، و کذا انفلات الطیر و الصید المتوحش) الّذی لا یعود و لا یمکن اخذه.

(و لو غرّق البحر الارض المبیعة) غرقا لا یمکن طمّه (او وقع علیها صخور عظیمة من جبل) او بر کان لا یمکن ازالتها (او کسیها

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۱

رمل، فهی بمثابة التلف او یثبت به الخیار، للشافعیة وجهان، أقواهما الثانی.

و لو ابق العبد قبل القبض اوضاع فی انتهاب العسکر لم ینفسخ البیع لبقاء المالیة و رجاء العود، انتهی.

و فی التذکرة أیضا: لو هرب المشتری قبل وزن الثمن، و هو معسر مع عدم الاقباض.

احتمل ان یملک البائع الفسخ فی الحال، لتعذر استیفاء الثمن.

رمل، فهی بمثابة التلف) یوجب انفساخ العقد، لانه تلف عرفا، فیشمله النبوی و الروایة (او یثبت به الخیار) فالمشتری مخیر بین الفسخ و الامضاء (للشافعیة وجهان، أقواهما) عنده (الثانی) و هو انه یثبت به الخیار.

(و لو ابق العبد قبل القبض، اوضاع فی انتهاب العسکر) للبلد، (لم ینفسخ البیع لبقاء المالیة) فانه یمکن عتق العبد الآبق و الضائع عن الکفارة او بیعه بضمیمة (و رجاء العود) و کلّما یرجی عوده رجاء عقلائیا لم یعد تالفا عند العرف (انتهی) کلام العلامة.

(و فی التذکرة أیضا: لو هرب المشتری قبل وزن الثمن، و هو) ای المشتری (معسر مع عدم الاقباض) ای لم یقبض البائع المثمن للمشتری.

(احتمل ان یملک البائع الفسخ فی الحال، لتعذر استیفاء الثمن) لفرض اعسار المشتری، فلزوم البیع ضرر علی البائع، فیشمله دلیل: لا

ضرر، و یرفع لزومه کما ذکروا ذلک فی خیار العیب.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۲

و الصبر ثلاثة ایام للروایة.

و الاول اقوی لورودها فی الباذل.

و ان کان موسرا، اثبت البائع ذلک عند الحاکم، ثم ان وجد له مالا قضاه، و الا باع المبیع و قضی منه، و الفاضل للمشتری، و المعوز علیه، انتهی.

(و) احتمل (الصبر ثلاثة ایام) فان لم یأت بالثمن فسخه (للروایة) الدالة علی ان المدة ثلاثة ایام، فاذا انتهی و لم یأت الطرف بما علیه کان لذی الحق الفسخ، فان الروایة و ان لم تکن فی هذه المسألة الا انها تشمل المقام بالمناط.

(و الاول) و هو انه یملک الفسخ فی الحال (اقوی) و الروایة لا تشمل المقام (لورودها فی الباذل).

فان فی صحیحة زرارة عن ابی جعفر علیه السلام فیقول- ای المشتری- آتیک بثمنه، و الحال ان مسألتنا فی هروب المشتری.

(و ان کان) المشتری (موسرا، اثبت البائع ذلک) ای یسار المشتری (عند الحاکم، ثم ان وجد له مالا قضاه) ای اخذه بقضاء الحاکم (و الا) یجد له مالا، و ان کان موسرا، بان لم یکن له مال حاضر (باع) الحاکم (المبیع و قضی منه) ثمن المبیع من باب التقاص (و الفاضل) من المبیع (للمشتری) لان المبیع مال المشتری، و لا حق للبائع فی اکثر من ثمنه (و المعوز) بان کان قیمة المبیع اقل من الثمن المقرر (علیه) ای علی المشتری اذا وجده أخذ منه (انتهی) کلام العلامة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۳

و فی غیر موضع مما ذکره تأمّل.

ثم ان ظاهر کثیر من الاصحاب انه لا یعتبر فی القبض المسقط للضمان وقوعه صحیحا جامعا لما یعتبر فیه، فلو وقع بغیر اذن ذی الید، کفی فی رفع الضمان، کما صرح به فی التذکرة و الدروس و غیرهما

(و فی غیر موضع مما ذکره تأمّل).

احدها: انه ذکر وزن الثمن، و الحال انک قد عرفت انه لیس المهمّ الوزن، فالهروب بعد الوزن و قبل القبض حاله کذلک أیضا.

و ثانیها: التردید فی ان المذکورات بمثابة التلف او یثبت بها الخیار، و الحال انها تلف عرفا فلا وجه للتردید.

و ثالثها: قوله «لورودها فی الباذل» مع ان بعض الروایات مثل روایة ابن یقطین مطلقة، و لا وجه لحملها علی الصحیحة، اذ لا تنافی بینهما الی غیر ذلک من الموارد التی یمکن التأمل فیها.

(ثم ان ظاهر کثیر من الاصحاب انه لا یعتبر فی القبض المسقط للضمان وقوعه) ای وقوع القبض (صحیحا جامعا لما یعتبر فیه) مما اشرنا إلیها سابقا (فلو وقع) القبض (بغیر اذن ذی الید، کفی فی رفع الضمان) اذ لا یشمله قوله صلی اللّه علیه و آله: «التلف قبل القبض من مال بایعه» (کما صرح به فی التذکرة و الدروس و غیرهما).

و ذلک لانّ ما دل علی کون القبض باذن ذی الید، لیس عاما شاملا لما نحن فیه، فاللازم ابقاء النبوی علی اطلاقه، کما ذکروا مثل ذلک فی حرمة نکاح من خلقت من ماء الزانی، لصدق البنت علیها، و ان دلیل: للعاهر

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۴

و لو لم یتحقق الکیل و الوزن بناء علی اعتبارهما فی قبض المکیل، ففی سقوط الضمان بمجرد نقل المشتری قولان.

قال فی التذکرة فی باب بیع الثمار انه لو اشتری طعاما مکایلة، فقبض جزافا، فهلک فی یده، فهو من ضمان المشتری لحصول القبض.

و ان جعلنا الکیل شرطا فیه، فالاقرب انه من ضمان البائع،

الحجر، لا یشمل مثل هذا المقام.

و الحاصل انه اذا تصرف الشارع فی لفظ، بالزیادة و النقصان، فالتصرف خاص بمورد الحکم الّذی کان ذلک اللفظ موضوعا له، لا لکل حکم حکم الشارع به علی ذلک اللفظ، اذ الخروج عن المفهوم العرفی مختص بمورده (و لو لم یتحقق الکیل و الوزن) فی المبیع الّذی یکون مکیلا او موزونا (بناء علی اعتبارهما فی قبض المکیل) حتی ان القبض بدونهما کلا قبض (ففی سقوط الضمان) عن البائع (بمجرّد نقل المشتری) للمتاع الی بیته- لانه لا یصدق علیه النبوی «قبل القبض» فانه قد قبض- (قولان).

من انه قبض عرفی فالضمان ساقط.

و من انه کلا قبض، اذ الشارع اشترط الکیل فالضمان باق.

(قال فی التذکرة فی باب بیع الثمار انه لو اشتری طعاما مکایلة، فقبض جزافا) بدون الکیل (فهلک) الطعام (فی یده) ای فی ید القابض و هو المشتری (فهو من ضمان المشتری لحصول القبض) هذا اذا لم نشترط الکیل فی القبض.

(و) لکن (ان جعلنا الکیل شرطا فیه، فالاقرب انه من ضمان البائع)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۵

انتهی.

و قد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء علی اشتراط الکیل فی القبض، و لا یخلو عن قوة.

و هل یکتفی بالتخلیة- علی القول بعدم کونها قبضا- فی سقوط الضمان، قولان، لا یخلو السقوط من قوة، و ان لم نجعله قبضا.

لان القبض کلا قبض حیث لا کیل، و الکیل مقوّم للقبض (انتهی) کلام التذکرة

(و قد تقدم عن جامع المقاصد) عکس کلام التذکرة، حتی افتی ب (سقوط الضمان هنا) فیما اذا اخذه بلا کیل (بناء علی اشتراط الکیل فی القبض) اذ قد حصل القبض العرفی و هو کاف فی عدم انطباق النبوی «التلف قبل القبض من مال بائعه» علی المورد، فالبائع لیس بضامن (و لا یخلو) کلام جامع المقاصد (عن قوة) لما تقدم.

(و هل یکتفی بالتخلیة- علی القول بعدم کونها قبضا-) بل القبض: الاعطاء او الکیل (فی سقوط الضمان، قولان).

قول بانه لیس بقبض فلا وجه لسقوط الضمان.

و قول بأنه بمنزلة القبض، فاللازم سقوط ضمان البائع (لا یخلو السقوط من قوة، و ان لم نجعله قبضا) ای لم نجعل التخلیة، قبضا.

و وجه القوة ان المنصرف من ادلة الضمان کون المتاع تحت سلطة البائع، اما اذا خرج عن سلطته، فاللازم العمل بمقتضی القاعدة، و هو ان المال یذهب من کیس المشتری المالک له.

و لکن فیه نظر، لان الحکم معلق بالقبض و قد فرض انه لم یحصل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۶

و کذا الکلام فیما لو وضع المشتری یده علیه و لم ینقله بناء علی اعتبار النقل فی القبض هذا کله حکم التلف السماوی.

و اما الاتلاف، فاما ان یکون من المشتری، و اما ان یکون من البائع، و اما ان یکون من الاجنبی.

فان کان من المشتری فالظاهر عدم الخلاف فی کونه بمنزلة القبض فی

(و كذا الكلام) في وجود احتمالين و هما سقوط الضمان، و عدم سقوط الضمان (فيما لو وضع المشترى يده عليه و لم ينقله بناء على اعتبار النقل فى القبض).

فحيث لم يأت بشرط القبض، فلا قبض، و التلف من مال البائع.

و حيث وضع يده عليه و هو قبض عرفا، فقد حصل القبض فالتلف من المشترى (هذا كله حكم التلف السماوى) اى الّذى ليس يضمنه انسان.

(و اما الاتلاف، فاما ان يكون من المشترى، و اما ان يكون من البائع و اما ان يكون من الاجنبى).

و اما اتلاف الحيوان، سواء كان نفس الحيوان المبيوع، كما لو اكل الدينار الورق الّذى بيع به، او غيره، سواء كان المتلف هو الثمن كما لو كان الحيوان ثمنا او المثمن- لما يأتى من ان حكم التلف قبل القبض جار فى الثمن أيضا- فهو ليس بخارج عن الاقسام السابقة، اذ لو كان اتلاف الحيوان مضمونا لانسان كان داخلا فى الاقسام الثلاثة الاخيرة، و ان لم يكن مضمونا لانسان، كان من اقسام التلف السماوى.

(فان كان من المشترى فالظاهر عدم الخلاف فى كونه بمنزلة القبض فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۷

سقوط الضمان لانه قد ضمن ماله باتلافه.

و حجّته الاجماع لو تمّ، و الا فانصراف النص الى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعدة.

قال فى التذكرة هذا اذا كان المشترى عالما.

و ان كان جاهلا بأن قدم البائع الطعام المبيع الى المشترى، فأكله، هل يجعل قابضا.

سقوط الضمان) عن البائع، فلا يشمله النبوى «التلف قبل القبض» (لانه) اى المشترى (قد ضمن ماله) اى مال نفسه (باتلافه).

(و حجّته) اى الدليل على هذا الحكم (الاجماع لو تم، و الا) يتم الاجماع (ف) نقول دليله: (انصراف النصّ) النبوى صلى الله عليه و آله و سلّم (الى غير هذا) القسم من (التلف، فيبقى) هذا القسم من التلف (تحت القاعدة) و هى: قاعدة اليد.

(قال فى التذكرة هذا) الّذى ذكرناه من كون اتلاف المشترى يوجب عدم الضمان فيما (اذا كان المشترى عالما) بانه ماله و اتلفه، سواء كان بوضع اليد عليه، او برميه مثلا بحجر، فانّ قاعدة: اليد، تشمل ذلك أيضا و لو بالمناط و نحوه.

(و ان كان جاهلا) بانه ماله و اتلفه (بان قدم البائع الطعام المبيع الى المشترى فاكله) ف (هل يجعل) المشترى (قابضا) حتى لا يكون ضمانه على البائع؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۸

الاقرب انه لا يصير قابضا، و يكون بمنزلة اتلاف البائع، ثم مثل له بما قدم المغصوب الى المالك فاكله.

اقول: هذا مع غرور البائع لا بأس به.

اما مع عدم الغرور

(الاقرب انه لا يصير قابضا) بذلك (و يكون) اتلاف المشترى الجاهل له (بمنزلة اتلاف البائع، ثم مثل له) اى لاتلاف المشترى الموجب لعدم ضمانه و انما يضمن البائع (بما اذا قدم) الغاصب الشيء (المغصوب الى المالك) بعنوان انه مال الغاصب و جهل المالك انه مال نفس المالك (فاكله) فانه لا يخرج الغاصب عن الضمان.

(اقول: هذا) الّذى ذكره العلامة من عدم ضمان المشترى الجاهل (مع غرور البائع) اى غارا للمشترى (لا بأس به) لقاعدة: المغرور

یرجع الی من غرّ، و کذلک فی مسألة تقدیم الغاصب الطعام الی المالک.

و لا فرق فی ذلک بین ان یکون البائع عالما بانه مال نفسه، او بانه مال المشتری، أو لا یعلم اصلا.

اذ المغرور لا یلزم ان یکون عن عمد و قصد من الغارّ- کما ذکروا فی موضعه لاطلاق: من غرّ، علی الجمیع-.

(اما مع عدم الغرور) بان کان المشتری المتلف جاهلا بانه ماله، و کان ذلک التلف بدون تغریر البائع له، کما اذا اتلفه المشتری بدون تقدیم البائع له، و قد کان المشتری جاهلا بانه ماله.

مثلا: لو ورد فی بیت البائع الصدیق له، فاکل المبیع بعنوان جواز

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۲۹

ففی کونه کالتلف السّماوی، وجهان.

و لو صال العبد علی المشتری، فقتله دفعا ففی التذکرة ان الاصلح انه لا یستقر علیه الثمن.

و حکی عن بعض الشافعیة الاستقرار، لانه قتله فی عرض نفسه.

الاکل من بیت الصدیق (ففی کونه کالتلف السماوی) فیضمنه البائع، أو لا فلا یضمنه (وجهان).

من ان المشتری المتلف کان جاهلا- فادلة «التلف قبل القبض شاملة له» و من ان المشتری هو الّذی اتلف مال نفسه فلما ذا یکون الضمان علی البائع، و الادلة منصرفة عن مثله.

(و لو صال العبد) الّذی اشتراه المشتری (علی المشتری، فقتله) المشتری (دفعا) عن نفسه، فقد اتلف المشتری العبد، و کان اتلافه له بامر الشارع، لان الشارع امر بالدفع لمن خاف علی نفسه (ففی التذکرة ان الاصح انه لا یستقر علیه الثمن) لشمول «التلف قبل القبض من مال بایعه» له.

(و حکی عن بعض الشافعیة الاستقرار) فلم یتلف العبد من کیس البائع، بل من کیس المشتری (لانه) ای المشتری (قتله فی عرض نفسه) فهو مثل ان یأکل المشتری الطعام عمدا.

اقول: لکن الاقرب قول العلامة، و مثله ما اذا اراد العبد عرض المشتری او ماله، فقتله دفاعا، او قتله من باب النهی عن المنکر، هذا کله فی اتلاف المشتری له.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۰

و لو اتلفه البائع ففی انفساخ البیع کما عن المبسوط و الشرائع و التحریر، لعموم التلف، فی النصّ، لما کان باتلاف حیوان او انسان او کان بآفة، او ضمان البائع للقیمة، لخروجه عن منصرف دلیل الانفساخ فیدخل تحت قاعدة: اتلاف مال الغیر او التخییر بین مطالبته بالقیمة او بالثمن.

اما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فیتخیر

(و) اما القسم الثالث من الاتلاف فیما (لو اتلفه البائع ففی انفساخ البیع) من حین التلف (کما عن المبسوط و الشرائع و التحریر، لعموم) دلیل: (التلف فی النصّ) و هو کل مبیع تلف قبل قبضه (لما کان باتلاف حیوان او انسان او کان بآفة) سماویة (او) عدم الانفساخ، و (ضمان البائع للقیمة) فی القیمی و للمثل فی المثلی، سواء کانت القیمة اقل من الثمن او اکثر او مساویه (لخروجه) ای خروج هذا الفرع، و هو اتلاف البائع للمبیع (عن منصرف دلیل الانفساخ).

اذ دلیل الانفساخ ینصرف الی غیر صورة اتلاف البائع، فصورة اتلاف البائع لا یشملها «کل مبیع تلف قبل قبضه» بل المبیع اصبح للمشتری و قد اتلفه البائع (فیدخل تحت قاعدة: اتلاف مال الغیر) ای قاعدة «علی الید ما اخذت» و «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن»

(او التخيير) للمشترى (بين مطالبته) اى مطالبة البائع (بالقيمة) بان يمضى المشترى العقد (او بالثمن) بان يفسخ المشترى العقد.

و انما كان مخيرا (اما لتحقق) كل من (سبب الانفساخ) و هو «كل مبيع تلف قبل قبضه» (و سبب الضمان) و هو «على اليد ما اخذت» (فيتخير

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۱

المالك فى العمل باحدهما.

و اما لان التلف على هذا الوجه اذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشترى، لجريان دليل تعذر التسليم هنا، و هذا هو الاقوى و اختاره فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، و عن حواشى الشهيد نسبته الى اصحابنا العراقيين.

فان اختار المشترى القيمة فهل للبائع حبس القيمة على الثمن؟

المالك فى العمل باحدهما) لانهما دليلان متزاحمان، فالاختيار بيد المالك فى اعمال ايّهما شاء.

(و اما لان التلف على هذا الوجه) اى باتلاف البائع للمبيع (اذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ) اى منصرف «التلف قبل القبض من مال بائعه» (لحقه حكم تعذر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشترى، لجريان دليل تعذر التسليم هنا).

و حينئذ فان اختار الامضاء فالقيمة، و ان اختار الفسخ فالثمن (و هذا هو الاقوى و اختاره فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، و عن حواشى الشهيد نسبته الى اصحابنا العراقيين) و هم: علماء الحلّة.

(فان اختار المشترى القيمة) بان امضى البيع (فهل للبائع حبس القيمة) التى يجب ان يعطيها للمشترى عوض المبيع (على الثمن؟) الّذى يجب على المشترى ان يعطيه للبائع، أم ليس له ذلك؟

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۲

وجهان.

من انها بدل عن العين.

و من ان دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل، اقواهما العدم.

و لو قبض المشترى بغير اذن البائع، حيث يكون له الاسترداد فاتلفه البائع فى يد المشترى، ففى كونه كاتلافه قبل القبض فيكون فى حكم الاسترداد

(وجهان).

(من انها بدل عن العين) فيجوز الحبس.

(و من ان دليل الحبس و هو الانفهام من العقد) فان المفهوم من العقد ان لكل منهما حبس ما عليه حتى يصل إليه ما على صاحبه- كما تقدم فى وجه الحبس- (يختص بالمبدل) الّذى هو المثمن، فسحبه الى الثمن خلاف الاصل (اقواهما العدم) اى عدم جواز حبس القيمة على الثمن.

لكن مقتضى كون القيمة بدلا ان لها احكام المبدل منه، و من تلك الاحكام جواز الحبس.

(و لو قبض المشترى) المتاع (بغير اذن البائع، حيث يكون له) اى للبائع (الاسترداد).

و ذلك فيما اذا لم يقبض البائع الثمن، فقد تقدم ان للبائع ان يسترد متاعه و يبقيه عنده الى ان يعطيه المشترى الثمن (فاتلفه البائع فى يد المشترى ففى كونه كاتلافه) اى كما اتلفه البائع (قبل القبض) يذهب من كيس البائع (فيكون) الاتلاف (فى حكم الاسترداد).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۳

كما ان اتلاف المشترى فى يد البائع بمنزلة القبض، او كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع فى ضمان المشترى بالقبض و ان كان ظالما، فيه وجهان.

اختار اولهما فى التذكرة و لو اتلفه اجنبى جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة.

فحاله (كما ان اتلاف المشترى فى يد البائع بمنزلة القبض) على ما تقدم، و على هذا فاذا اتلفه البائع كان فسخا للعقد (او كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة) او المثل، و لا ينفسخ العقد (لدخول المبيع فى ضمان المشترى بالقبض و ان كان) المشترى (ظالما، فيه) اى فى هذا القبض لانه اخذ المتاع بدون ان يعطى الثمن للبائع (وجهان).

(اختار اولهما فى التذكرة) و ذلك لان قبضه غير مشروع، فهو كلا قبض.

و اختار آخر: الثانى، لما تقدم من انه قبض عرفا، و ذلك كاف فى عدم صدق «التلف قبل القبض من مال مالكه».

و حيث تقدم الكلام فى اتلاف السماء و اتلاف البائع و اتلاف المشترى نقول: (و لو اتلفه اجنبى جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة) و هى:

الاول: انفساخ البيع لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه».

و الثانى: بقاء العقد و ضمان البائع للقيمة لانصراف النص المذكور الى التلف السماوى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۴

الا ان المتعين منها هو التخيير، لما تقدم.

و لو لا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة، تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ الى غير ذلك.

و الثالث: تخيير المشترى بين الفسخ و مطالبة البائع بالمثمن، و بين الامضاء و مطالبة البائع بالمثل او القيمة.

(الا ان المتعين منها) لدى المصنف (هو التخيير، لما تقدم) من قولنا قبل اسطر «و اما لان التلف على هذا الوجه .. الخ».

لكن الظاهر شمول دليل «كل مبيع تلف قبل قبضه» للمقام، و لا وجه للانصراف.

(و لو لا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة) فى اتلاف الاجنبى بل الفقهاء بين قائل بالتخيير، و بين قائل بالفسخ (تعين الرجوع إليها) اى الى القيمة فاذا اتلفه الاجنبى عند البائع، كان للمشترى الرجوع الى البائع بالقيمة (بعد فرض انصراف دليل الانفساخ) اى دليل «كل مبيع تلف قبل قبضه» (الى غير ذلك) كالتلف السماوى و نحوه.

و لو اتلف المبيع بعضه بعضه، كما اذا كانت اغناما فنطحت بعضها بعضا فتلفت، فلا بأس بالقول بشمول دليل «كل مبيع تلف قبل قبضه» له و اتلاف الحاكم الشرعى له- كما اذا جنى العبد او فعل ما يوجب القتل- فهو فى حكم تلف الاجنبى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۵

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض، كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر

كما صرح فى التذكرة و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر: ان بالقبض ينتقل الضمان الى القابض، بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه.

قال فى المبسوط: لو اشترى عبدا بثوب، و قبض العبد و لم يسلّم الثوب فباع العبد صحّ بيعه، و اذا باعه و سلّمه ثم تلف الثوب، انفسخ البيع

(مسألة: تلف الثمن المعین قبل القبض، کتلف المبیع المعین فی جمیع ما ذکر) من المسائل.

و انما قال «المعین» لاخراج غیر المعین، سواء کان کلیا ذهنیا او کلیا فی المعین.

فاذا اشتری صاعا مطلقا، فانه لا یتصور تلفه.

و اذا اشتری صاعا فی صبرة خارجیة فلا یتلف الصاع بتلف البعض اذا بقی فی الصبرة بمقدار الصاع (کما صرّح) به (فی التذکرة و هو ظاهر عبارة الدروس حیث ذکر: ان بالقبض ینتقل الضمان الی القابض) فانه شامل لکل من البائع و المشتری (بل الظاهر انه مما لا خلاف فیه) لانه ارسله غیر واحد من الفقهاء ارسال المسلّمات.

(قال فی المبسوط: لو اشتری عبدا بثوب، و قبض العبد و لم یسلّم الثوب، فباع) المشتری (العبد صحّ بیعه، و اذا باعه و سلّمه ثم تلف الثوب) قبل تسلیمه الی البائع الّذی اخذ منه العبد (انفسخ البیع) ای البیع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۶

و لزمه قیمة العبد لبائعه، لانه لا یقدر علی ردّه، انتهی.

و فی باب الصرف من السرائر نظیر ذلک، و قد ذکر هذه المسألة أیضا فی الشرائع و کتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالک و غیرها اعنی مسألة من باع شیئا معینا بشیء معین ثم بیع احدهما ثم تلف الآخر و حکموا بانفساخ البیع الاول، و قد صرحوا بنظیر ذلک فی باب الشفعة أیضا

الاول- لانه تلف للثمن قبل قبض البائع له- (و لزمه قیمة العبد لبائعه) و لا یرد نفس العبد (لانه لا یقدر علی ردّه) لانه باع العبد و خرج عن ملکه فلا یتمکن من ابطال عقده علی العبد (انتهی) کلام المبسوط.

(و فی باب الصرف من السرائر نظیر ذلک، و قد ذکر هذه المسألة) و هی مسألة تلف الثمن قبل القبض، من کیس البائع (أیضا فی الشرائع و کتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالک و غیرها اعنی) بهذه المسألة (مسألة من باع شیئا معینا بشیء معین ثم بیع احدهما) مثمنا کان المبیع او ثمنا- فی البیع الثانی- (ثم تلف الآخر) الّذی لم یجر علیه بیع ثان (و حکموا بانفساخ البیع الاول) و هذا یدل علی ان تلف الثمن قبل القبض أیضا یوجب الانفساخ (و قد صرحوا بنظیر ذلک فی باب الشفعة أیضا).

فان الشفیع اذا اخذ حصة شریکه بثوب مثلا، ثم باع حصة الشریک ثم تلف الثوب و هو الثمن، انفسخ البیع الّذی اشتری به حصة الشریک، و لزم علی الشفیع ان یعطی لمن اشتری منه الحصة قیمة الحصة لا الثوب- الثمن-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۷

و بالجملة: فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة.

و یمکن ان یستظهر من روایة عقبة المتقدمة، حیث ذکر فی آخرها ان المبتاع ضامن لحقه حتی یرد إلیه ماله بناء علی عود ضمیر الحق الی البائع

(و بالجملة: فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة) و هی مسألة انه «لو تلف الثمن قبل قبضه کان من مال المشتری».

(و یمکن ان یستظهر) هذا الحکم (من روایة عقبة المتقدمة، حیث ذکر فی آخرها ان المبتاع) المشتری (ضامن لحقه) ای لحق البائع، و هو الضامن للثمن (حتی یرد) المبتاع (إلیه) ای الی البائع (ماله) و هو الثمن (بناء علی عود ضمیر الحق) ای فی قوله «لحقه» (الی البائع) کما هو الظاهر.

و معنی ذلک ان المشتری ما دام لم یسلّم الی البائع الثمن، فهو ضامن له، فاذا تلف کان من کیس المشتری، فکل ثمن تلف قبل قبضه فهو من مال المشتری.

و انما قال «بناء» لاحتمال ان يراد بالمبتاع البائع، لان كلا من البائع و المشترى مبتاع فان البيع يأتى بمعنى البيع و بمعنى الاشتراء و على هذا يعود ضمير «لحقه» الى المشترى.

و يكون المعنى حينئذ انه اذا اخرج البائع المتاع من بيته يبقى ضمانه لحق المشترى حتى يرد الى المشترى ماله اى المثمن.

و فى ذلك رفع لتوهم ان الاخراج من البيت فقط لا يوجب رفع الضمان لكن هذا خلاف الظاهر.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۸

بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناء على صدق المبيع على الثمن

قال كما فى التذكرة: او اكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض.

فان كانت فى يد المشترى فكاتلافه.

و ان كانت فى يد البائع فكاتلافه.

و ان كانت فى يد اجنبى فكاتلافه.

و ان لم تكن فى يد احد انفسخ البيع، لان المبيع هلك قبل القبض بامر لا ينسب الى آدمى

(بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له) اى الثمن أيضا، بدعوى ان قوله صلى الله عليه و آله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» فالمراد بالمبيع الاعم من المثمن و الثمن، و المراد بالبائع الاعم من البائع و المشترى لان كل واحد منهما بائع (بناء على صدق المبيع على الثمن).

(قال) ذلك البعض (كما فى التذكرة) حيث اطلق المبيع على الثمن فان العلامة قال: (لو اكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض) اى قبل قبض البائع الثمن.

(فان كانت) الشاة (فى يد المشترى فكاتلافه) اى اتلاف المشترى الثمن

(و ان كانت) الشاة (فى يد البائع فكاتلافه) و ذلك لان الحيوان اذا اتلف شيئا كان كاتلاف صاحب الحيوان له.

(و ان كانت فى يد اجنبى فكاتلافه).

(و ان لم تكن فى يد احد انفسخ البيع، لان المبيع) اى الثمن، فقد اطلق عليه العلّامة لفظ المبيع (هلك قبل القبض بامر لا ينسب الى آدمى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۳۹

فكان كالسماوية، انتهى.

ثم انه هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعاوضات به فى هذا الحكم، لم اجد احد اصرح بذلك نفيا او اثباتا.

نعم ذكروا فى الاجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض.

فكان كالسماوية) اى كالهلكة السماوية فى صدق «كل مبيع تلف قبل قبضه» (انتهى) كلام التذكرة.

(ثم انه هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعاوضات به) اى بالبيع (فى هذا الحكم) و هو: ان التلف قبل القبض من مال من خرج من ملكه (لم اجد احد اصرح بذلك) الالحاق (نفيا) و انه لا يلحق (او اثباتا) و انه يلحق.

(نعم ذكروا فى الاجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض).

فاذا تلفت العين المستأجرة او تلفت الاجرة قبل القبض بطلت الاجارة، بل الحكم كذلك لو تلفت العين بعد القبض أيضا، كما ذكروا فى باب الاجارة.

و لو تلف الصداق المعین قبل قبض الزوجة له، بطل کونه صداقا، لا ان النکاح یبطل، کما ان موت الزوجة او الزوج قبل الدخول لا یوجب فسخ النکاح، لا من اصله، و لذا تحرم علیها المحرمات بالنکاح، و لا من حینه و لذا لا یبطل المهر.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۰

لکن ثبوت الحکم عموما مسکوت عنه فی کلماتهم، الا انه یظهر من بعض مواضع التذکرة: عموم الحکم لجمیع المعاوضات علی وجه یظهر کونه من المسلمات.

قال- فی مسألة جواز بیع ما انتقل بغیر البیع قبل القبض- و المال المضمون فی ید الغیر بالقیمة کالعاریة المضمونة

و لو تلف عوض الخلع لم یبطل الخلع و انما تضمن الزوجة لمثله او قیمته.

(لکن ثبوت الحکم عموما) فی کل المعاملات کالرهن و المزارعة و المساقاة و الشرکة و الهبة المعوضة و غیرها (مسکوت عنه فی کلماتهم، الا انه یظهر من بعض مواضع التذکرة: عموم الحکم) بان التلف قبل القبض من مال من خرج من ماله (لجمیع المعاوضات علی وجه یظهر کونه) ای الحکم بذلک (من المسلمات) لدی الفقهاء، و کان وجهه هو الشرط الضمنی ان یسلّم کل واحد منهما ما علیه الی الآخر، فاذا لم یسلّم ضمنه.

لکن الظاهر ان الشرط هو تسلیم الشیء او بدله، لا نفس الشیء، فیکون تلفه موجبا للضمان بالمثل او القیمة، لا موجبا لبطلان المعاملة.

اللهم الا اذا کان الشرط الضمنی تسلیمه بعینه، فیوجب البطلان لو لم یسلّم بعینه.

(قال) العلامة (- فی مسألة جواز بیع ما انتقل بغیر البیع) کما لو انتقل الی زید شیء بالهبة، فباعه الموهوب له (قبل القبض-) ای قبل قبضه لما انتقل إلیه.

قال: (و المال المضمون فی ید الغیر بالقیمة کالعاریة المضمونة)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۱

او بالتفریط، و یسمی ضمان الید، یجوز بیعه قبل قبضه لتمام الملک فیه.

الی ان قال: اما ما هو مضمون فی ید الغیر بعوض فی عقد معاوضة.

فالوجه جواز بیعه قبل قبضه کمال الصلح، و الاجرة المعینة، لما تقدم.

اذا اعطی زید عمروا قلما عاریة بضمان عمرو اذا تلف القلم، فانه اذا تلف کان عمرو ضامنا لقیمته، سواء فرط حتی تلف او تلف بآفة سماویة بلا تفریط (او) کان مضمونا (بالتفریط) ای اذا فرط المستعیر کان ضامنا، لا اذا تلف بآفة سماویة (و یسمی ضمان الید) لان وجه الضمان قاعدة: علی الید ما اخذت لا: ضمان المعاوضة ف (یجوز) للمعیر (بیعه) ای بیع ما اعاره (قبل قبضه) و قبل ان یسترجعه عن المستعیر (لتمام الملک فیه) لانه ملکه و کل ملک مطلق یجوز بیعه، و ان لم یکن فی ید المالک.

(الی ان قال: اما ما هو مضمون فی ید الغیر بعوض فی عقد معاوضة) کما اذا کان المثمن فی ید البائع، فانه مضمون علی المشتری بالثمن.

(فالوجه جواز بیعه قبل قبضه) فیجوز للمشتری ان یبیع المثمن، و الحال انه بعد فی ید البائع (کمال الصلح) فانه اذا صالح زید عمروا عن داره بألف دینار، جاز لمن انتقل إلیه الدار ان یبیعها قبل ان یقبضها (و الاجرة المعینة) کما اذا آجر المالک داره لزید بهذه المائة دینار، فانه یجوز لمالک الدار ان یتعامل بالمائة قبل قبضه لها (لما تقدم) من تمام الملک و لیس الشرط قبضه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۲

و قال الشافعی: لا یصح لتوهم الانفساخ بتلفه، کالبیع، انتهی.

و ظاهر هذا الکلام کونه مسلّما بین الخاصة و العامة.

(و قال الشافعی: لا یصحّ) بیعه (لتوهم الانفساخ بتلفه) قبل القبض فالملک متزلزل لاحتمال ان یتلف فینفسخ العقد السابق، فیکون قد باع مال الناس (کالبیع) کما ان فی البیع اذا تلف المثمن انفسخ العقد (انتهی) کلام العلامة.

(و ظاهر هذا الکلام) من العلامة حیث ان کلام الشافعی المانع عن البیع کان هو احتمال انفساخ العقد السابق، فیظهر منه (کونه) ای الانفساخ للعقد السابق بالتلف (مسلّما بین الخاصة و العامة).

و انما الخلاف بین العلامة و الشافعی هو: هل ان احتمال الانفساخ للعقد السابق مانع عن البیع، أم لا.

و لا یخفی ما فی هذا القسم من استظهارات المصنف «ره» حیث ان الظاهر من العلامة انه ینقل فتوی نفسه و فتوی طرفه، لا انه ینقل فتوی الشیعة و السنة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۳

مسئلة لو تلف بعض المبیع قبل قبضه، فان کان مما یقسّط الثمن علیه، انفسخ البیع فیه فیما یقابله من الثمن،

لان التالف مبیع تلف قبل قبضه، فان البیع یتعلق لکل جزء، اذ البیع عرفا لیس الا

(مسألة) التلف قبل القبض علی ثلاثة اقسام.

لانه اما تلف الکل.

و اما تلف البعض المقسّط علیه الثمن کان یتلف نصف الصبرة.

و اما تلف البعض غیر المقسّط علیه الثمن، کتلف رجل الدابة او تلف الوصف کنسیان الدابة الطحن مثلا.

اذا عرفت ذلک قلنا: (لو تلف بعض المبیع قبل قبضه، فان کان) ذلک البعض التالف (مما یقسّط الثمن علیه، انفسخ البیع فیه فیما یقابله من الثمن) ای بالنسبة الی القدر المقابل له.

فاذا اشتری صاعا من صبرة بدرهم فتلف نصفه قبل القبض بطل البیع بالنسبة الی نصف المبیع، لانه یشمله دلیل «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه».

فکما انّ الکل مبیع، کذلک النصف مبیع أیضا.

نعم یکون لکل من البائع و المشتری حینئذ خیار تبعض الصفقة.

و انما انفسخ البیع فی القدر التالف (لان التالف مبیع تلف قبل قبضه، فان البیع یتعلق بکل جزء) فی ضمن تعلقه بالکل (اذ البیع عرفا لیس الا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۴

التملیک بعوض، و کل جزء کذلک.

نعم اسناد البیع الی جزء واحد مقتصرا علیه، یوهم انتقاله بعقد مستقل.

و لذا لم یطلق علی بیع الکل البیوع المتعدّدة.

التملیک بعوض، و کل جزء کذلک) تعلق به التملیک بعوض.

(نعم) لا يسند البيع إليه بصورة مطلقة، فانه لا يقال: اشتريت نصف صاع فيما اذا كان اشترى صاعا.

و انما لا يسند، لان (اسناد البيع الى جزء واحد مقتصرا عليه) بدون ذكر الاجزاء الاخر (يوهم انتقاله بعقد مستقل).

(و لذا) الّذى يوهم كون الانتقال بعقد مستقل (لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعدّدة) و ان كانت فى الحقيقة بيوع متعدّدة.

كما ان اجزاء الصلاة واجبات متعدّدة، و ان كان يطلق على الكل الواجب، بصيغة واحدة.

نعم لا اشكال فى ان هناك فرقا بين ان يقصد البيوع، او ان يقصد بيعا واحدا.

مثلا: اذا جمع الكتاب و القلم و الحبر و قال: بعتكها، فان قصد بيعا واحدا فبطل البيع فى احدها، كان للمشترى خيار تبعض الصفقة.

اما اذا كانت بيوعا متعدّدة فى ضمن لفظ واحد- كالنكاح لاربع نساء فى لفظ واحد- فان بطلان احدها لا يوجب خيار تبعض الصفقة، و كذلك بالنسبة الى خيار الغبن فى ما اذا كان مغبونا فى احدها.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۵

و كيف كان: فلا اشكال و لا خلاف فى المسألة ان كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن، كيد العبد فالاقوى انه كالوصف الموجب للتعيب.

فان قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخير بين الرد و الارش و الا كان له الرد فقط.

بل عن الايضاح ان الارش هنا اظهر، لان المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد

فانه فرق بين قصد بيع واحد فله خيار فى الجميع، او قصد بيوع متعددة فله خيار فى الجزء المغبون خاصة، الى غيرها من الاحكام.

(و كيف كان: فلا اشكال و لا خلاف فى المسألة) اى مسألة: ان تلف بعض المبيع يوجب فسخ العقد بالنسبة إليه اذا كان التلف قبل القبض.

و اما (ان كان الجزء) الّذى تلف قبل قبضه (مما لا يتقسط عليه الثمن، كيد العبد) اذا قطعت قبل القبض (فالاقوى انه كالوصف الموجب للتعيب) فللمشترى خيار العيب و لا يشمله دليل «كل مبيع تلف قبل قبضه».

(فان قلنا بكونه) اى التعيب الحادث بعد العقد (كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخير بين الرد و الارش) كما هو شأن كل عيب (و الا) نقل بأنه كالعيب الحادث قبل العقد (كان له الردّ فقط) لدليل: لا ضرر، فان لزوم البيع ضرر على المشترى، فدليل: لا ضرر، يرفعه، و لا مجال للارش حينئذ.

(بل عن الايضاح) ترقيا عن الرد و الارش (ان الارش) فقط بدون الرد (هنا) فى مثل نقص يد العبد (اظهر).

قال: (لان المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۶

نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفة، و فيه تأمل.

بل ظاهر الشرائع عدم الارش هنا مع قوله به فى العيب، فتأمل

و كيف كان فالمهمّ نقل الكلام الى حكم العيب الحادث قبل القبض.

و الظاهر المصرح به فى كلام غير واحد، انه لا خلاف فى ان للمشترى الردّ.

و اما الخلاف فى الارش، ففى الخلاف عدمه مدعيا عدم الخلاف فيه، و هو

نقص بعضه) فاللازم ان يأخذ المشترى تفاوت النقص (بخلاف نقصان الصفة) فانه لا ارش فيه لانه ليس فى مقابل الصفة شيء من المال عرفا، و ان كان المبيع يزداد قيمة بسبب اتصافه بوصف كمال (و فيه تأمل) لان الجزء الّذى لا يقسط عليه الثمن كيد الحيوان، لا

یکون نقصه إلا عیبا، فلا معنی للارش اصلا

(بل ظاهر الشرائع عدم الارش هنا) فی الجزء الّذی لا یقسط علیه الثمن (مع قوله به) ای بالارش (فی العیب، فتأمل) اذ مع کون نقص الجزء عیبا لا بد من القول بالارش فیه کسائر العیوب.

(و کیف کان فالمهم نقل الکلام الی حکم العیب الحادث قبل القبض) هل فیه ارش او ردّ او کلاهما.

(و الظاهر المصرح به فی کلام غیر واحد، انه لا خلاف فی ان للمشتری الردّ) لما تقدم من دلیل: لا ضرر.

(و اما الخلاف فی الارش، ففی) کتاب (الخلاف) لشیخ الطائفة (عدمه) و انه لا حق للمشتری فی الارش (مدّعیا عدم الخلاف فیه) ای فی عدم الارش (و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۷

المحکی عن الحلّی و ظاهر المحقق و تلمیذه و کاشف الرموز، لاصالة لزوم العقد و انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتری به.

و عن النهایة ثبوته و اختاره العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم.

و عن المختلف نقله عن القاضی و الحلبی.

و عن المسالک انه المشهور.

و استدلوا علیه بان الکل مضمون قبل القبض، فکذا ابعاضه و صفاته.

و او رد علیه

المحکی عن الحلّی) و هو ابن ادریس (و ظاهر المحقق و تلمیذه و کاشف الرموز)

و ذلک (لاصالة لزوم العقد) بکل الثمن (و انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتری به) ای بسبب الردّ، فان لزوم العقد ضرر علی المشتری فدلیل:

لا ضرر، یرفع لزوم العقد.

(و عن النهایة ثبوته) ای ثبوت الارش (و اختاره العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم).

(و عن المختلف نقله عن القاضی و الحلبی).

(و عن المسالک انه) ای الارش هو (المشهور) بین الفقهاء.

(و استدلوا علیه) ای علی الارش (بان الکل مضمون قبل القبض) لقاعدة کل مبیع تلف قبضه (فکذا ابعاضه) مثل رجل الدابة (و صفاته) مثل کتابة العبد.

(و او رد علیه

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۸

بان معنی ضمان الکل انفساخ العقد، و رجوع الثمن الی المشتری و المبیع الی البائع.

و هذا المعنی غیر متحقق فی الوصف، لان انعدامه بعد العقد فی ملک البائع، لا یوجب رجوع ما قابله من عین الثمن، بل یقابل بالاعم منه و مما یساویه من غیر الثمن، لان الارش لا یتعین کونه من عین الثمن.

ب) انه لا تقاس الابعاض و الصفات علی الکل.

ل (ان معنی ضمان الکل انفساخ العقد، و رجوع الثمن الی المشتری و المبیع الی البائع) کما تقدم انه بالتلف ینفسخ العقد، لا انه مضمون بالمثل و القیمة.

(و هذا المعنی غیر متحقق فی الوصف).

نعم یتحقق فی الابعاض لما تقدم، و لذا لم تذکر الابعاض فی الردّ (لان انعدامه) ای الوصف (بعد العقد) و قبل القبض (فی ملک البائع، لا یوجب رجوع ما قابله من عین الثمن).

بخلاف الکل و الابعاض، فان انعدامهما یوجب رجوع ما قابله من عین الثمن، لفرض انفساخ العقد (بل) الوصف (یقابل بالاعم منه) ای من الثمن (و مما یساویه من غیر الثمن) فللبائع ان یدفع الی المشتری قیمة الوصف المعلوم سواء من نفس الثمن او من غیر الثمن (لان الارش لا یتعین کونه من عین الثمن) لان ما دل من الادلة علی الارش لم یذکر انه لا بد و ان یکون من عین الثمن.

اذا فالارش الّذی فی مقابل الوصف لا یلزم ان یکون من الثمن، بینما

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۴۹

و یدفع بان وصف الصحة لا یقابل ابتداءً بجزء من عین الثمن.

الشیء المردود فی مقابل الکل او الابعاض یلزم ان یکون من الثمن، فلیس فقد الوصف کفقد الکل او البعض، فمن یقیس الصفات علی الکل و علی الابعاض یکون قیاسه مع الفارق.

(و یدفع بان) ظاهر النبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» ان الشیء التالف یفرض کأن لم یکن.

فان کان التالف الکل انفسخ العقد تماما، لانه لم یکن بإزاء الثمن شیء.

و ان کان التالف الجزء المستقل انفسخ بعض العقد، و لذا یرجع بعض الثمن.

و ان کان التالف الصفة او الجزء غیر المستقل، کان بإزاء الثمن الشیء المعیب، و لذا یختار المشتری بین الفسخ و بین الامضاء و بین الارش.

فلا مجال لان یستشکل بان تلف الکل یوجب الفسخ، و تلف الوصف یوجب الارش، فلا یمکن ان یشملهما معا قوله علیه السلام «فهو من مال بائعه» لانه یستلزم استعمال اللفظ فی معنیین.

فان الشارع قال «ان التالف من مال البائع» و لازم تلف الجزء المستقلّ و تلف الکل الانفساخ، و لازم تلف الوصف او الجزء غیر المستقل احد الامور الثلاثة

فان (وصف الصحة لا یقابل ابتداءً بجزء من عین الثمن) حتی یکون فقده موجبا لرجوع بعض الثمن.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۰

و لذا یجوز دفع بدله من غیر الثمن مع فقده، بل لا یضمن بمال اصلا، لجواز امضاء العقد علی المعیب بلا شیء.

و حینئذ فتلفه علی المشتری لا یوجب رجوع شیء الی المشتری فضلا عن جزء من عین الثمن، بخلاف الکل و الاجزاء المستقلة فی التقویم.

فحاصل معنی الضمان

(و لذا) الّذی لا یقابل بجزء من الثمن (یجوز دفع بدله من غیر الثمن مع فقده) سواء کان مفقودا حال العقد، او فقد بعد العقد قبل القبض (بل) اضراب عن قوله «بجزء من عین الثمن» لان هذا الکلام اوهم ان الوصف یقابل بمال فی الجملة.

فقال ان الوصف (لا یضمن بمال اصلا، لجواز امضاء العقد علی المعیب بلا شیء) و لو قوبل الوصف بالمال لم یکن معنی لامضاء العقد علی المعیب بلا شیء، فان الوصف انما یوجب ترقی الموصوف فقط، فالثمن بإزاء الموصوف، فاذا فقد الوصف کان للمشتری ان یمضی او ان یأخذ الارش، او ان یفسخ.

(و حینئـذ) ای حین لا یضـمن الوصف بمال اصـلا (فتلفه) ای الوصف (علی المشتری لا یوجب رجوع شـیء الی المشتری) سواء کان من الثمن او من غیر الثمن (فضلا عن جزء من عین الثمن، بخلاف الکل و الاجزاء المستقلهٔ فی التقویم).

فانها حیث تقابل بکل الثمن و بجزء من الثمن، کان تلفه موجبا لرجوع کل الثمن او جزء من الثمن الی المشتری.

(فحاصل معنی الضمان) سواء فی الکل او الجزء المستقل، او فی

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۱

اذا انتفی وصف الصحهٔ قبـل العقـد، او انعـدم بعـد العقـد و قبل القبض هو تقـدیر التلف المتعلق بالعین او الوصف فی ملک البائع فی المقامین، و ان العقد من هذه الجههٔ کان لم یکن.

و لازم هذا انفساخ العقد رأسا اذا تلف تمام المبیع.

و انفساخه بالنسبهٔ الی بعض اجزائه اذا تلف البعض.

و انفساخ العقد بالنسبهٔ الی الوصف

الوصف او الجزء غیر المستقل، شیء واحد، و هو فرض التالف کان لم یکن.

لکن فرضه کـان لم یکن یسـتلزم فی الاـول الفسخ، و رجوع الثمن کلاـ او بعضـا و فی الثانی اختیار المشتری بین الامضاء و الفسخ و الارش.

ف (اذا انتفی وصف الصـحهٔ قبل العقـد، او انعـدم بعـد العقد و قبل القبض)- حیث ان التلف فی هذا الحال من مال البائع- (هو تقدیر التلف المتعلق بـالعین) کلاـ او جزءا مسـتقلا او جزءا غیر مسـتقل (او) المتعلق ب (الوصف فی ملک البائع فی المقامین) و هما العین و الوصف (و ان العقد من هذه الجههٔ) و هی جههٔ العین او جههٔ الوصف (کان لم یکن).

(و لازم هذا) ای لازم کون العین کلا او بعضا، و کون الوصف کان لم یکن.

أولا (انفساخ العقد رأسا اذا تلف تمام المبیع) فیرجع کل الثمن.

(و) ثانیا (انفساخه بالنسبهٔ الی بعض اجزائه) ای بعض اجزاء المبیع (اذا تلف البعض) المستقل فیرجع من الثمن بالنسبهٔ.

(و) ثالثا (انفساخ العقد بالنسبهٔ الی الوصف) و الجزء غیر المستقل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۲

بمعنی فواته فی ملکه و تقـدیر العقـد کان لم یکن بالنسـبهٔ الی حدوث هذا العیب، فکان العیب حدث قبل العقد، و العقد قد وقع علی عین معیبهٔ، فیجری فیه جمیع احکام العیب من الخیار و جواز اسقاط الخیار ردّا و ارشا.

و یؤید ما ذکرنا من اتحاد معنی الضمان بالنسبهٔ الی ذات المبیع و وصف صحته الجمع بینهما فی تلف الحیوان فی ایام الخیار.

و تعیّبه فی صحیح ابن سنان عن الرجل یشتری

کقطع یـد الدابهٔ (بمعنی فواته) ای فوات الوصف و الجزء غیر المسـتقل (فی ملکه) ای ملک البائع (و تقدیر العقد کان لم یکن) العقد (بالنسبهٔ الی حدوث هذا العیب، فکان العیب) بعدم الوصف او بعدم الجزء غیر المستقل (حدث قبل العقد، و) کان (العقد قد وقع علی عین معیبـهٔ) فاقـدهٔ الوصف، او فاقـدهٔ الجزء غیر المسـتقل (فیجری فیه) ای فی هـذا العقـد الواقع علی المعیب (جمیع احکـام العیب من الخیار) بابطال العقد رأسا او اخذ الارش (و جواز اسقاط الخیار) و امضاء العقد (ردّا و ارشا) فلا یرد و لا یأخذ الارش.

(و یؤید ما ذکرنا من اتحاد معنی الضـمان بالنسـبهٔ الی ذات المبیع) کلا او بعضا مسـتقلا او بعضا غیر مسـتقل (و) بالنسـبهٔ الی (وصـف صحته) و لذا ما استشـکل سابقا بقوله «و او رد علیه» غیر وارد (الجمع بینهما) ای بین الضـمان بالنسـبهٔ الی ذات المعیب، و بالنسـبهٔ الی

وصف صحته (فی تلف الحیوان فی ایام الخیار) حیث ان التلف فی ایام الخیار ممن لا خیار له.

(و تعیّبه) عطف علی «تلف» (فی صحیح ابن سنان عن الرجل یشتری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۳

الدابة او العبد، فیموت او یحدث فیه حدث، علی من ضمان ذلک؟ قال:

علی البائع حتی یمضی الشرط.

فقوله علیه السلام: علی البائع حکم بالضمان لموت العبد، و حدوث حدث فیه بفوات جزء او وصف.

و معناه تقدیر وقوعه فی ملک البائع.

الدابة او العبد، فیموت او یحدث فیه حدث، علی من ضمان ذلک؟ قال:) علیه السلام (علی البائع حتی یمضی الشرط) المراد بالشرط مدة الخیار کما تقدم مثله فی بعض اخبار خیار الحیوان-.

(فقوله علیه السلام: علی البائع) یشمل تلف الکل و تلف البعض المستقل، و تلف البعض غیر المستقل، و تلف الوصف لان کل ذلک مشمول لقوله «او یحدث فیه حدث».

فقوله علیه السلام (حکم بالضمان لموت العبد، و حدوث حدث فیه بفوات جزء) مستقل او غیر مستقل (او) فوات (وصف).

(و معناه) ای معنی الضمان (تقدیر وقوعه) ای وقوع التلف او الحدث (فی ملک البائع).

فثبت ان الکل اذا تلف انفسخ العقد کلا.

و ان البعض اذا تلف انفسخ العقد بالنسبة.

و ان البعض غیر المستقل او الوصف اذا تلفا کان له التخییر بین الامضاء، و بین الردّ، و بین الارش.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۴

نعم قد یشکل الحکم المذکور لعدم الدلیل علی ضمان الوصف، لان الضمان بهذا المعنی حکم مخالف للاصل، یقتصر فیه علی محل النص و الاجماع، و هو تلف الکل او البعض.

و لو لا الاجماع علی جواز الرد لا شکل الحکم به أیضا.

الا انه لما استند فی الرد الی نفی الضرر، قالوا: ان الضرر المتوجّه الی المبیع قبل القبض یجب تدارکه علی البائع.

(نعم قد یشکل الحکم المذکور) ای حکم الارش بالنسبة الی تلف الوصف

و انما یشکل (لعدم الدلیل علی ضمان الوصف) بمعنی الارش. (لان الضمان بهذا المعنی حکم مخالف للأصل) لاصالة عدم الارش علی البائع ف (یقتصر فیه علی محل النص و الاجماع، و هو تلف الکل) فیسترد کل الثمن (او البعض) فیسترد بعض الثمن، ان کان بعضا مستقلا، او یؤخذ الارش ان کان التالف بعضا غیر مستقل.

(و لو لا الاجماع علی جواز الرد) فی تلف الوصف (لاشکل الحکم به) ای بالردّ (أیضا) هذا.

(الا انه) یرد هذا الاشکال بان الارش فی فوت الوصف أیضا علی القاعدة، فان الزام المشتری بالامساک ضرر علیه، و لذا یجوز له الرد بدلیل:

لا ضرر، و کذلک الزامه بأن یرد ضرر علیه- لاحتیاجه الی المبیع- و لذا یجوز له الامساک بالارش.

فانه (لما استند فی الرد) لفاقد الوصف (الی نفی الضرر، قالوا: ان الضرر المتوجّه الی المبیع قبل القبض یجب تدارکه علی البائع) فالارش

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۵

و حينئذ فقد يستوجبه ما ذكره العلامة من ان الحاجة قد تمس الى المعاوضة، فيكون فى الرد ضرر.

و كذلك فى الامساك بغير ارش فيوجب التخيير بين الرد و الارش لنفى الضرر.

لكن فيه ان تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار فى الفسخ و الامضاء، كما فى سائر موارد الضرر الداعى الى الحكم بالخيار، هذا و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة

مستند الى نفى الضرر، كما ان الرد مستند الى نفى الضرر.

(و حينئذ) اى حين كان المناط فى الرد نفى الضرر (فقد يستوجبه ما ذكره العلامة) فى وجه الارش لفقد الوصف (من ان الحاجة) اى حاجة المشترى (قد تمس الى المعاوضة) فان المشترى محتاج الى المثمن (فيكون فى الرد ضرر) عليه.

(و كذلك فى الامساك بغير ارش) ضرر عليه (فيوجب) دليل: لا ضرر (التخيير) للمشترى (بين الرد و الارش لنفى الضرر) هذا.

(لكن فيه) اى فى ما ذكره العلامة من الاستدلال على الارش بدليل:

لا ضرر (ان تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق) ذلك التدارك (بمجرد الخيار) للمشترى (فى الفسخ) و ارجاع ثمنه (و الامضاء) مجانا (كما فى سائر موارد الضرر الداعى) ذلك الضرر (الى الحكم بالخيار، هذا) غاية ما يقال فى ردّ العلامة.

(و مع ذلك) الّذى قلنا «لكن فيه» (فقول المشهور لا يخلو عن قوة)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۶

هذا كله مع تعيّبه بآفة سماوية.

و اما لو تعيّب بفعل احد، فان كان هو المشترى فلا ضمان بارشه، و الا كان له على الجانى ارش جنايته لعدم الدليل على الخيار فى العيب المتأخر، الا ان يكون بآفة سماوية.

و يحتمل تخيير المشترى بين الفسخ و الامضاء مع

لان العرف يرون لزوم تدارك الوصف الفائت، الا اذا اغمض عنه المشترى و الشارع امضى الامر العرفى بقوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (هذا كله) فى تعيب المبيع قبل القبض (مع تعيّبه بآفة سماوية).

(و اما لو تعيّب بفعل احد، فان كان) الّذى اورث تعيّبه (هو المشترى فلا ضمان) على البائع (بارشه) اى بارش العيب (و الا) يكن الّذى اورث العيب المشترى، بل كان الّذى عيّبه- قبل القبض- اجنبيا (كان له) اى للمشترى (على الجانى ارش جنايته).

ان قلت: فلما ذا لا يكون للمشترى الخيار بين الفسخ و بين اخذ الارش من الاجنبى.

قلت: لا خيار (لعدم الدليل على الخيار) اى خيار المشترى (فى العيب المتأخر) عن العقد (الا ان يكون بآفة سماوية).

فان فى الآفة السماوية الخيار، و فى العيب المتقدم على العقد الخيار

اما فى العيب المتأخر الّذى كان بفعل الاجنبى فلا دليل على الخيار، و انما نقول بالارش «لقاعدة اليد».

(و يحتمل تخيير المشترى بين الفسخ) و ارجاع الثمن (و الامضاء مع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۷

تضمين الجانى لارش جنايته بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار.

و مع الفسخ يرجع البائع على الاجنبى بالارش.

تضمین الجانی لارش جنایته).

اما التخییر: فلدلیل: لا ضرر، فحیث ان لزوم العقد ضرر، فقد رفع دلیل: لا ضرر، لزوم العقد.

و اما تضمین الجانی فلقاعدة: علی الید.

و انما نقول بالتخییر (بناء علی جعل العیب قبل القبض مطلقا) سواء کان قبل العقد او بعده، و سواء کان بآفة سماویة او بفعل انسان (موجبا للخیار) لما عرفت من دلیل: لا ضرر.

(و مع) اختیار المشتری (الفسخ) فالمشتری یأخذ من البائع ثمنه، و (یرجع البائع علی الاجنبی) الّذی عیّب المتاع (بالارش) لقاعدة: الید، و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۸

مسئلة الأقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمة بیع المکیل و الموزون قبل قبضه الّا تولیة.

اشارة

لصحیحة ابن حازم المرویة فی الفقیه اذا اشتریت متاعا فیه کیل، او وزن، فلا تبعه حتی تقبضه الا تولیة، فان لم یکن فیه کیل او وزن، فبعه.

و صحیح الحلبی فی الکافی عن ابی عبد الله علیه السلام، قال فی الرجل یبتاع الطعام، ثم یبیعه قبل ان یکتال قال: لا یصلح له ذلک.

(مسألة: الاقوی) عند المصنف (من حیث الجمع بین الروایات حرمة بیع المکیل و الموزون قبل قبضه الّا تولیة) ای بنفس الثمن الّذی اشتراه البائع، مقابل المرابحة التی هی بیعه بربح، و المواضعة التی هی بیعه بنقص، و المساومة التی هی بیعه بدون الاخبار برأس المال.

(لصحیحة ابن حازم المرویة فی الفقیه) قال علیه السلام (اذا اشتریت متاعا فیه کیل او وزن، فلا تبعه حتی تقبضه الا تولیة، فان لم یکن فیه کیل او وزن) کالمعدود و المذروع و ما اشبه (فبعه) قبل القبض، کیفما تشاء.

(و صحیح الحلبی فی الکافی عن ابی عبد الله علیه السلام، قال فی الرجل یبتاع الطعام) ای یشتریه (ثم یبیعه قبل ان یکتال) هل صحیح ذلک؟ (قال) علیه السلام (لا یصلح له ذلک) و هذا الخبر فی المکیل بدلیل قوله «قبل ان یکتال».

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۵۹

و صحیحه الآخر فی الفقیه، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قوم اشتروا بزّا، فاشترکوا فیه جمیعا و لم یقتسموا، أ یصلح لاحد منهم بیع بزّه قبل ان یقبضه و یأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، و قال: ان هذا لیس بمنزلة الطعام، لان الطعام یکال بناء علی ان المراد قبل ان یقبضه من البائع.

اما اذا ارید من ذلک عدم قبض حصّته من ید الشرکاء، فلا یدل علی ما نحن فیه، لتحقق القبض بحصوله فی ید احد الشرکاء المأذون عن الباقی.

(و صحیحه الآخر فی الفقیه، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قوم اشتروا بزّا) و هی الثیاب من الکتان او القطن، و لاجل ذلک یسمی البزّاز بزّازا (فاشترکوا فیه) عند الاشتراء (جمیعا و لم یقتسموا، أ یصلح لاحد منهم بیع بزه قبل ان یقبضه و یأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، و قال) علیه السلام (ان هذا) البزّ (لیس بمنزلة الطعام، لان الطعام یکال) و لذا لا یجوز بیعه قبل قبضه.

و انما یدل هذا الخبر علی ما نحن فیه (بناء علی ان المراد) من قوله «قبل ان یقبضه» (قبل ان یقبضه من البائع).

(اما اذا ارید من ذلک) من «قبل ان یقبضه» (عدم قبض حصته من ید الشرکاء، فلا یدل علی ما نحن فیه) فان ما نحن فیه «قبل ان یقبضه من ید البائع».

و انما لا یدل (لتحقق القبض بحصوله فی ید احد الشرکاء المأذون) ذلک الشریک القابض (عن الباقی) فقد حصل فی ید الشرکاء بحصوله فی ید

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۰

و روایة معاویة بن وهب، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع البیع قبل ان یقبضه، فقال: ما لم یکن کیل او وزن فلا یبعه حتی یکیله او یزنه، الا ان یولّیه بالذی قام علیه.

و صحیحة منصور فی الفقیه، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یشتری مبیعا لیس فیه کیل و لا وزن أ له ان یبیعه مرابحة قبل ان یقبضه و یأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلک ما لم یکن کیل او وزن فان هو قبضه کان أبرأ لنفسه

و صحیح الحلبی فی الرجل یبتاع الطعام أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه؟ قال اذا

و کیلهم.

(و روایة معاویة بن وهب، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع البیع) ای یبیع بیعا- فاللام عوض التنوین- (قبل ان یقبضه) هل ذلک جائز؟ (فقال: ما لم یکن کیل او وزن فلا یبعه حتی یکیله او یزنه، الا ان یولّیه بالذی قام علیه) ای بنفس الّذی اشتراه.

(و صحیحة منصور فی الفقیه، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یشتری مبیعا لیس فیه کیل و لا وزن إ له ان یبیعه مرابحة قبل ان یقبضه و یأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلک ما لم یکن کیل او وزن).

فان مفهومه: فیه البأس ان کان فیه کیل او وزن.

ثم قال علیه السلام: (فان هو قبضه) ثم باعه (کان أبرأ لنفسه).

اذ قبل القبض لم یتمکن علیه فیقع فی نزاع و مشکلة مع المشتری.

(و صحیح الحلبی فی الرجل یبتاع الطعام، أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه؟ قال: اذا

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۱

ربح، لم یصلح، حتی یقبضه و ان کان تولیة فلا بأس.

و خبر حزام المروی عن مجالس الطوسی، قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة، فاربحت فیه قبل ان اقبضه، فاردت بیعه، فسئلت النبی صلی اللّه علیه و آله و سلّم فقال: لا تبعه حتی تقبضه.

و مفهوم روایة خالد ابن حجاج الکرخی، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: اشتری الطعام الی اجل مسمّی، فطلبه التجار منّی بعد ما اشتریت، قبل ان اقبضه، قال: لا بأس الی ان تبیع الی اجل، کما اشتریت إلیه، الخبر، و المراد تأجیل الثمن.

ربح لم یصلح، حتی یقبضه و ان کان) بیعه لغیره (تولیة، فلا بأس) من بیعه قبل قبضه.

(و خبر حزام المروی عن مجالس الطوسی، قال: ابتعت) ای اشتریت (طعاما من طعام الصدقة، فاربحت فیه قبل ان اقبضه، فاردت بیعه، فسئلت النبی صلی الله علیه و آله و سلّم) هل ابیعه قبل ان اقبضه؟

(فقال) صلی الله علیه و آله و سلم (لا تبعه حتی تقبضه).

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۱۶، ص: ۲۶۱

(و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخى، قال: قلت لابى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام الى اجل مسمّى، فطلبه التجار منّى بعد ما اشتريت، قبل ان اقبضه، قال) عليه السلام: (لا بأس الى ان تبيع الى اجل، كما اشتريت إليه) اى الى الاجل الى آخر (الخبر، و المراد تأجيل الثمن) فانه كان نسيئة لا تأجيل الطعام- على نحو السلم- فانه اذا كان من السلم كان خارجا عن ما نحن فيه، اذ محلّ الخلاف فى مسئلتنا البيع

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۲۶۲

و قوله كما اشتريت، اشارة الى كون البيع تولية، فيدل على ثبوت البأس فى غير التولية.

و مصححة على ابن جعفر عن اخيه عن الرجل يشترى الطعام، أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و ان كان تولية فلا بأس.

و فى معناها رواية اخرى خلافا للمحكى عن الشيخين فى المقنعة، و النهاية، و القاضى، و المشهور بين المتأخرين، فالكراهة، لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة.

الشخصى، كما سيأتى منه ره بعد اسطر.

(و قوله) عليه السلام (كما اشتريت، اشارة الى كون البيع تولية) اى تبيعه بمثل الثمن الّذى اشتريته به (فيدل) بالمفهوم (على ثبوت البأس فى غير التولية).

(و مصححة على ابن جعفر عن اخيه) موسى عليه السلام، سأله (عن الرجل يشترى الطعام، أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و ان كان تولية فلا بأس).

(و فى معناها رواية اخرى) فهذه عشرة روايات استدل بها المصنف على ما افتى به من حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه الا اذا كان البيع بنحو التولية (خلافا للمحكى عن الشيخين فى المقنعة، و النهاية، و القاضى و المشهور بين المتأخرين، ف) قد قالوا ب (الكراهة).

و ذلك (لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۲۶۳

مثل ما فى الفقيه فى ذيل رواية الكرخى المتقدمة، قلت لابى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام من الرجل، ثم ابيعه من رجل آخر، قبل ان اكتاله، فاقول له: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته، قال: لا بأس

و رواية جميل ابن دراج عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه قال: لا بأس و يوكل الرجل المشترى منه بقبضه و كيله قال: لا بأس.

و هذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية.

(مثل ما فى الفقيه فى ذيل رواية الكرخى المتقدمة، قلت لابى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام من الرجل، ثم ابيعه من رجل آخر، قبل ان اكتاله، فاقول له: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته، قال) عليه السلام: (لا بأس) بذلك.

(و رواية جميل ابن دراج عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه) هل يجوز ذلك؟ (قال) عليه السلام (لا بأس) قلت (و يوكل الرجل المشترى منه) «المشترى» بصيغة اسم المفعول- اى البائع- (بقبضه) عن البائع الاول (و كيله)

للمشتری الثانی (قال) علیه السلام (لا بأس) بذلک.

(و هذه الروایات مطلقة) تشمل التولیة و غیر التولیة، ف (یمکن) فیها امران.

اذ یدور الامر بین (حملها) ای حمل هذه المطلقات (علی التولیة) و بین حمل تلک الاخبار المانعة علی الکراهة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۴

و هو اولی من حمل تلک الاخبار علی الکراهة.

مع ان استثناء التولیة حینئذ یوجب نفی الکراهة فیها، مع ان الظاهر عدم الخلاف فی الکراهة فیها أیضا بین ارباب هذا القول، و ان کانت اخف

و من ذلک یعلم ما فی الاستیناس للجمع بالکراهة بخبر ابی بصیر سألت

(و هو) ای حمل هذه الاخبار علی التولیة (اولی من حمل تلک الاخبار علی الکراهة) کما هو الشأن بین کل مطلق و مقید، کما اذا قال:

لا تکرم فساق العلماء، و قال: اکرم العلماء، فانه یدور الامر بین حمل «لا تکرم علی الکراهة» و یبقی «اکرم» علی اطلاقه، و بین تقیید «اکرم» بلا تکرم الفساق.

قالوا الظهور العرفی یقتضی حمل المطلق علی المقید، لا حمل المقید علی الکراهة و ابقاء الاطلاق علی حاله- هذا أولا-.

(مع ان استثناء التولیة حینئذ) بان ابقینا الاطلاق علی حاله، و حملنا اخبار النهی علی الکراهة.

فان استثناء التولیة فی اخبار النهی (یوجب نفی الکراهة فیها، مع ان الظاهر عدم الخلاف فی الکراهة فیها) ای فی التولیة (أیضا) ککراهة المرابحة (بین ارباب هذا القول) ای القول بالکراهة (و ان کانت) الکراهة فی التولیة لدیهم (اخف) من الکراهة فی المرابحة.

(و من ذلک) الّذی عرفت فی الجواب عن اخبار المشهور القائلین بالکراهة (یعلم ما فی الاستیناس للجمع) بین الطائفتین (بالکراهة بخبر ابی بصیر سألت

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۵

أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری طعاما، ثم باعه قبل ان یکیله قال: لا یعجبنی ان یبیع کیلا او وزنا قبل ان یکیله او یزنه، الا ان یولّیه کما اشتراه، فلا بأس ان یولیه، کما اشتراه، اذا لم یربح به او یضع.

و ما کان عنده من شیء لیس بکیل و لا وزن فلا بأس ان یبیعه قبل ان یقبضه، بناء علی ان قوله: لا یعجبنی، ظاهر فی الکراهة، فان ذلک یوجب رفع الکراهة رأسا فی التولیة، لانه فی قوة ان ذلک فی التولیة لیس مما لا یعجبنی، مع ان القائلین بالکراهة لا یفرقون بین التولیة و غیرها فی اصل

أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری طعاما، ثم باعه قبل ان یکیله) هل یجوز ذلک؟ (قال: لا یعجبنی ان یبیع کیلا او وزنا قبل ان یکیله او یزنه الا ان یولّیه کما اشتراه، فلا بأس ان یولیه کما اشتراه، اذا لم یربح به او یضع) ای بلا زیادة و لا خسارة.

(و ما کان عنده من شیء لیس بکیل و لا وزن فلا بأس ان یبیعه قبل ان یقبضه).

وجه دلالة هذه الروایة علی الجمع ما ذکره بقوله: (بناء علی ان قوله لا یعجبنی، ظاهر فی الکراهة) فیکون قرینة لحمل تلک الاخبار علی الکراهة و وجه ما قلناه «و من ذلک یعلم» ما ذکره بقوله: (فان ذلک) حمل «لا یعجبنی» علی الکراهة (یوجب رفع الکراهة رأسا فی التولیة، لانه) ای استثناء التولیة (فی قوة ان ذلک) العمل بالبیع قبل القبض (فی التولیة لیس مما لا یعجبنی، مع ان القائلین بالکراهة) فی المرابحة و المواضعة (لا یفرقون بین التولیة و غیرها فی اصل

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۶

الكراهة، و ان صرح بعضهم بكونها فى التولية اخف.

و ربما يستدل على الجواز بصحيحتى الحلبى و ابن مسلم، فى جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها لكن لا- يبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون.

و ربما يستأنس للجواز بالاخبار الواردة فى جواز بيع السلم على من هو عليه، بناء على عدم الفرق بين المسألتين.

الكراهة، و ان صرح بعضهم بكونها) اى الكراهة (فى التولية اخف).

فالاستثناء لاجل اخفية التولية، لا لاجل جواز التولية و عدم جواز المرابحة و المواضعة.

(و ربما يستدل على الجواز بصحيحتى الحلبى و ابن مسلم، فى جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها) مع ان الثمرة مكيلة او موزونة (لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكيل و الموزون).

لكن لا يخفى ان عدم الاستبعاد لا يصحح التقييد فالروايتان مطلقتان من حيث كون الثمرة على الشجرة أم لا.

(و ربما يستأنس للجواز بالاخبار الواردة فى جواز بيع السلم على من هو عليه) كان يشترى زيد من الزارع مائة رطل من الحنطة يقبضها بعد ستة اشهر، ثم يبيع زيد الحنطة لنفس الزارع قبل قبضها (بناء على عدم الفرق بين المسألتين) و هما: مسئلة بيع المشترى الشيء المكيل لانسان ثالث، و مسئلة بيع المشترى السلم الى البائع نفسه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۷

و فيه تأمل، لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر ان محلّ الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز فى تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا.

و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بايعه مسئلة اخرى، ذكرها بعد مسئلتنا و فروعها.

و ذكر ان المجوزين فى المسألة الاولى جزموا بالجواز هنا و اختلف المانعون فيها هنا.

(و فيه) اى فى عدم الفرق (تأمل، لعدم ثبوت ذلك) اى عدم ثبوت عدم الفرق (بل الظاهر ان محل الخلاف هنا) اى فى مسئلة البيع لثالث (هو بيع غير المقبوض على غير البائع) اى لانسان ثالث (كما يستفاد) ان محل الخلاف هنا ذلك (من ذكر القائلين بالجواز فى تلك المسألة) و هى مسئلة بيع السلم من البائع (و القائلين بالتحريم هنا) فى مسئلة بيع المكيل قبل قبضه.

(و) انما يستفاد تعدد محل المسألتين من كلام العلامة، ف (قد جعل العلامة بيع غير المقبوض) بيعا (على بايعه مسئلة اخرى، ذكرها بعد مسئلتنا) و هى: مسئلة بيع غير المقبوض على انسان ثالث (و) بعد (فروعها).

(و ذكر ان المجوزين فى المسألة الاولى) و هى مسئلة بيعه على غير بايعه (جزموا بالجواز هنا) اى بيعه على بايعه (و اختلف المانعون فيها) اى فى المسألة الاولى (هنا) اى فى بيعه على بايعه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۸

و من العجب ما عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض مصرحا بعدم الفرق بين المسلّم إليه و غيره.

ثم ان صريح التحرير و الدروس: الاجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون، مع ان المحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا.

و نسبه فى موضع آخر الى جماعة منّا.

و صریح الشیخ فی المبسوط اختیار هذا القول قال فی باب السلم: اذا اسلف

و من کلام العلامة یستدل علی الفرق بین المسألتین، فلا یکون دلیل إحداهما دلیلا فی المسألة الاخری.

(و من العجب ما عن التنقیح من الاجماع علی جواز بیع السلم علی من هو علیه مع اجماع المبسوط علی المنع عن بیع السلم قبل القبض) فی حالکون المبسوط (مصرحا بعدم الفرق بین المسلّم إلیه) ای بائع السلم (و غیره) فان اجماع التنقیح مناقض صریح لاجماع المبسوط.

(ثم ان صریح التحریر و الدروس: الاجماع علی الجواز فی غیر المکیل و الموزون، مع ان المحکی فی التذکرة عن بعض علمائنا القول بالتحریم مطلقا) سواء کان مکیلا او موزونا، او غیر مکیل و موزون.

(و نسبه) العلامة (فی موضع آخر الی جماعة منّا).

(و صریح الشیخ فی المبسوط اختیار هذا القول) و هو التحریم مطلقا (قال فی باب السلم: اذا اسلف

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۶۹

فی شیء فلا یجوز ان یشرّک فیه غیره و لا ان یولّیه لان النبی صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن بیع ما لم یقبض، و قال: من اسلف فی شیء فلا یصرفه الی غیره، الی ان قال: و بیوع الاعیان مثل ذلک ان لم یکن قبض المبیع، فلا یصح الشرکة و لا التولیة.

و ان کان قد قبضه صحت الشرکة و التولیة فیه بلا خلاف.

و قد روی اصحابنا جواز الشرکة فیه و التولیة قبل القبض.

ثم ان المحکی عن المهذب البارع: عدم وجدان العامل بالاخبار المتقدمة المفصلة بین التولیة و غیرها، و هو

فی شیء فلا- یجوز ان یشرک فیه غیره) بان یبیعه بیع تشریک بان یجعل بعض المتاع له ببعض الثمن (و لا ان یولیه) بان یبیعه کل المال بنفس رأس المال (لان النبی صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن بیع ما لم یقبض، و قال) ای النبی صلی الله علیه و آله و سلم (من اسلف فی شیء فلا یصرفه الی غیره، الی ان قال) الشیخ (و بیوع الاعیان) التی لیست بسلف (مثل ذلک) فاذا اشتری نقدا فلا یبعه الی غیره (ان لم یکن قبض المبیع فلا یصح) بیع (الشرکة و لا التولیة).

(و ان کان قد قبضه صحت الشرکة و التولیة فیه بلا خلاف).

ثم قال الشیخ (و) لکن (قد روی اصحابنا جواز الشرکة فیه) ای فیما لم یقبضه بعد (و التولیة قبل القبض) فهذا قول مقابل للقول السابق.

(ثم ان المحکی عن المهذب البارع: عدم وجدان العامل بالاخبار المتقدمة المفصلة بین التولیة و غیرها) بجواز الاول و عدم جواز الثانی (و هو

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۰

عجیب.

فان التفصیل حکاه فی التذکرة قولا خامسا فی المسألة لاقوال علمائنا و هی الکراهة مطلقا و المنع مطلقا.

و التفصیل بین المکیل و الموزون و غیرهما.

و التفصیل بین الطعام و غیره بالتحریم و العدم و هو قول الشیخ فی المبسوط مدعیا علیه الاجماع، و بالکراهة و العدم.

و هنا سادس اختاره فی التحریر، و هو التفصیل فی خصوص الطعام

عجیب).

(فان التفصیل حکاه فی التذکرهٔ قولا خامسا فی المسألهٔ لاقوال علمائنا)

(و هی) أوّلا (الکراههٔ مطلقا) فی التولیهٔ و غیرها و فی الطعام و غیره (و) ثانیا (المنع مطلقا).

(و) ثالثا (التفصیل بین المکیل و الموزون) بعدم الجواز (و غیرهما) فالجواز.

(و) رابعا (التفصیل بین الطعام و غیره بالتحریم) فی الطعام (و العدم) فی غیره (و هو قول الشیخ فی المبسوط مدعیا علیه الاجماع، و) التفصیل (بالکراههٔ) فی الطعام (و العدم) ای عدم الکراههٔ فی غیر الطعام و هذا شق ثان للقول الرابع.

و اما القول الخامس فلم ینقله لوضوحه.

(و هنا) قول (سادس اختاره) العلامهٔ (فی التحریر، و هو التفصیل فی خصوص الطعام) لا مطلق المکیل و الموزون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۱

بین التولیهٔ و غیرها بالتحریم و الکراههٔ فی غیره من المکیل و الموزون.

و المراد بالطعام یحتمل ان یکون مطلق ما اعدّ للاکل، کما قیل انه موضوع له لغهٔ.

و یحتمل ان یکون خصوص الحنطهٔ و الشعیر، بل قیل انه معناه شرعا و حکی عن فخر الدین نقله عن والده، و حکی اختیاره عن بعض المتأخرین.

(بین التولیهٔ) بالجواز (و غیرها بالتحریم).

فاذا اشتری طعاما و لم یقبضه و اراد بیعه تولیهٔ جاز، و اذا اراد بیعه بغیر التولیهٔ حرم (و الکراههٔ فی غیره) ای غیر الطعام (من) سائر اقسام (المکیل و الموزون) مما لیس بطعام فی غیر التولیهٔ.

و علیه فالتولیهٔ مطلقا جائز و غیر التولیهٔ ان کان طعاما حرم و ان لم یکن طعاما و کان مکیلا او موزونا، کره.

(و المراد بالطعام) الّذی تکرر فی هذا الباب فی السنهٔ الفقهاء تبعا للروایات (یحتمل ان یکون مطلق ما اعدّ للاکل، کما قیل انه موضوع له) ای لهذا المعنی (لغهٔ).

(و یحتمل ان یکون خصوص الحنطهٔ و الشعیر، بل قیل انه معناه) ای معنی الطعام (شرعا) فکلما استعمل فی لسان الروایات ارید به هذا المعنی.

(و حکی عن فخر الدین نقله عن والده) العلامهٔ (و حکی اختیاره عن بعض المتأخرین) أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۲

و عن الشهید انه حکی عن التحریر انه الحنطهٔ خاصّهٔ و حکی عن بعض اهل اللغهٔ.

ثم ان الظاهر ان اصل عنوان المسألهٔ مختص بالمبیع الشخصی کما یظهر من الاستدلال فی التذکرهٔ للمانعین بضعف الملک قبل القبض لانفساخه بالتلف، و کون المبیع مضمونا علی البائع، فولایهٔ المشتری علی التصرف ضعیفهٔ.

(و عن الشهید انه حکی عن التحریر انه الحنطهٔ خاصّهٔ و حکی) هذا القول (عن بعض اهل اللغهٔ).

و اذا شک فی مختلف المعانی و لم یکن بعضها حجهٔ، کان الحکم تابعا للقدر المتیقن منها، و فی ما عدا المتیقن یجری اصل العدم.

(ثم ان الظاهر ان اصل عنوان المسألهٔ) بانه لا یجوز بیع المکیل و الموزون قبل قبضه الا تولیهٔ (مختص بالمبیع الشخصی) لا الکلی فی الذمهٔ (کما یظهر) الاختصاص (من الاستدلال فی التذکرهٔ للمانعین بضعف الملک قبل القبض).

و انما کان الملک ضعیفا (لانفساخه بالتلف) فان الکلّی لا یتلف، و انما الّذی یتلف هو الشخصی.

لكن لا يخفى ان هذا الاستدلال يشمل الكلى فى المعيّن أيضا (و) ب (كون المبيع مضمونا على البائع، فولاية المشترى على التصرف ضعيفة) اذ الولاية انما تكمل اذا كان الخراج و الضمان كله مربوطا بالمشترى.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۳

و ذكر فى التذكرة الكلى غير المقبوض فى فروع المسألة.

و قال: المبيع ان كان دينا لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لان المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه اولى.

فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به، و به قال الشافعى، انتهى.

و كيف كان، فلا فرق فى النص و الفتوى بناء على المنع، بين المبيع المعين و الكلى، بل و لا بناء على

(و ذكر فى التذكرة الكلى غير المقبوض فى فروع المسألة) مما يدل على ان اصل المسألة فى الشخصى.

(و قال) العلامة (المبيع ان كان دينا لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لان المبيع مع تعيينه) و كونه شخصيا (لا يجوز بيعه قبل قبضه فمع عدمه اولى).

وجه الاولوية ان الشخصى مع معلوميته اذا لم يجز بيعه كان الدين الّذى له يعين- بعد- اولى بعدم الجواز، اذ التعيين مع رفعه للجهالة لا يجوز، فكيف بما لم ترتفع فيه الجهالة، فتأمل.

(فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به) بدون البيع (و به) اى بعدم الجواز (قال الشافعى، انتهى) كلام العلامة.

(و كيف كان، ف) الظاهر انه (لا فرق فى النص و الفتوى بناء على المنع) عن البيع قبل القبض (بين المبيع المعين و الكلى) سواء كان كليا فى المعين او كليا مطلقا (بل و لا) فرق أيضا بين الشخصى و الكلى (بناء على

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۴

الجواز.

ثم ان ظاهر اكثر الاخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العمانى، بل هو ظاهر كل من عبّر بعدم الجواز الّذى هو معقد اجماع المبسوط فى خصوص الطعام، فان جواز البيع و عدمه ظاهران فى الحكم الوضعى، الا ان المحكى عن المختلف: انه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع.

لكن صريحه فى مواضع من التذكرة و فى القواعد ان محل الخلاف:

الصحة و البطلان.

الجواز) لاطلاق الروايات و كلمات الفقهاء، فلا وجه لتخصيص المنع او الجواز بالشخصى.

(ثم ان ظاهر اكثر الاخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض) فان النهى المتعلق بالمعاملات يدل على الفساد (و هو المحكى عن صريح العمّانى، بل هو ظاهر كل من عبّر بعدم الجواز الّذى هو) اى عدم الجواز (معقد اجماع المبسوط فى خصوص الطعام).

و انما كان «عدم الجواز» ظاهرا فى البطلان (فان جواز البيع و عدمه ظاهران فى الحكم الوضعى) كما قرر فى الاصول (الا ان المحكى عن المختلف انه) قال (لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع) فيكون كالبيع وقت النداء فى انه حرام و لكنه صحيح.

(لكن صريحه فى مواضع من التذكرة و فى القواعد ان محل الخلاف:

الصحة و البطلان) لا الحكم التكليفى فقط.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۵

و بالجملة فلا ينبغى الاشكال فى ان محل الخلاف فى كلمات الاكثر هو الحكم الوضعى.

و ینبغی التنبیه علی امور.

الأول: ان ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبیع فی هذا الحکم، فیصح بیعه قبل قبضه.

قال فی المبسوط: اما الثمن اذا کان معینا فانه یجوز بیعه قبل قبضه، و ان کان فی الذمة فکذلک یجوز لانه لا مانع منه ما لم یکن صرفا.

(و بالجملة فلا ینبغی الاشکال فی ان محل الخلاف فی کلمات الاکثر هو الحکم الوضعی).

و معنی الکراهة فی الحکم الوضعی الحزازة، او انه یوجب وهن الاجتماع، بینما الحرمة الوضعیة بالإضافة الی العقاب فی الآخرة توجب تفصیم عری الاجتماع، او نحو ذلک.

(و ینبغی التنبیه علی امور).

(الاول: ان ظاهر جماعة) من الفقهاء (عدم لحوق الثمن بالمبیع فی هذا الحکم، فیصح بیعه قبل قبضه).

فاذا باع زید شیئا نسیئة بعشرة ارغفة یأخذها بعد شهر مثلا، جاز للبائع ان یبیع تلک الارغفة الآن، مع العلم انه لم یقبضها بعد.

(قال فی المبسوط: اما الثمن اذا کان معینا فانه یجوز بیعه قبل قبضه، و ان کان فی الذمة فکذلک یجوز) بیعه (لانه لا مانع منه) فیشمله دلیل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و: تجارة عن تراض (ما لم یکن صرفا) ای ما لم یکن

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۶

فاما اذا کان صرفا فلا یجوز بیعه قبل القبض.

و فی موضعین من التذکرة قوی الجواز اذا کان الثمن کلیا فی الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد فی شرح قول المصنف قدس سره: و لو احال من له طعام من سلم ... الخ.

و استدل علیه فی التذکرة بقول الصادق علیه السلام: و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم الی اجل، فلما بلغ الاجل تقاضاه فقال: لیس عندی دراهم، خذ منّی طعاما، قال: لا بأس انما له دراهمه یأخذ بها ما شاء

الثمن من النقدین.

(فاما اذا کان صرفا فلا یجوز بیعه قبل القبض) لان بیع الصرف مشروط بالتقابض فی المجلس و لا یمکن ذلک فی الدین الّذی لم یقبض بعد

(و فی موضعین من التذکرة قوی الجواز) فی الثمن (اذا کان الثمن کلیا فی الذمة، و هو) ای الجواز (ظاهر جامع المقاصد فی شرح قول المصنف قدس سره: و لو احال من له طعام من سلم ... الخ) ای المشتری الّذی اشتری الطعام سلما لو احاله الی غیره.

(و استدل علیه) ای علی الجواز (فی التذکرة بقول الصادق علیه السلام: و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم الی اجل) بان یسلّمه الدراهم بعد مدة (فلما بلغ الاجل تقاضاه) ای طلب صاحب الطعام الدراهم من المشتری (فقال) المشتری: (لیس عندی دراهم، خذ منّی طعاما) هل یجوز ذلک؟ (قال) علیه السلام (لا بأس، انما له دراهمه یأخذ بها ما شاء) طعاما او غیر طعام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۷

و یمکن ان یقال ان المطلوب جعل الثمن مبیعا فی العقد الثانی، لا ثمنا أیضا، کما هو ظاهر الروایة مع اختصاصها بالبیع ممن هو علیه، فلا یعم الا بعدم الفصل لو ثبت

(و یمکن ان یقال) ان الروایة لا تدل علی کلام المجوزین.

ف (ان المطلوب) للمجوزین (جعل الثمن مبیعا فی العقد الثانی) بان یکون مثمنا (لاـ ثمنا أیضا) فی العقد الثانی (کما هو ظاهر الروایة).

فانه اذا اشتری محمّد عباءة من علی بمنّ حنطة نسیة، فانه قد یبیع محمّد الحنطة للحسن قبل قبضه، و هنا صار الثمن مثمنا و قد یشتری محمد من الحسین کتابا بالحنطة، و هنا صار الثمن ثمنا ثانیا أیضا.

و کلامنا فی انه هل یمکن بیع الثمن- بان یصیر فی العقد الثانی مثمنا-.

فالظاهر من الروایة ان الثمن فی العقد الاول صار ثمنا فی العقد الثانی أیضا، لانه قال «دراهمه یأخذ بها ما شاء» و «الباء» تدخل علی «الثمن» یقال «اشتریت الکتاب بدرهم» و لو کان مثمنا لقال «یعطی بما یأخذ مما یشاء دراهمه» (مع اختصاصها) ای الروایة (بالبیع) و العقد علی الثمن (ممن هو علیه) ای المشتری (فلا یعم) العقد علی الثمن مع غیر المشتری (الا بعدم الفصل).

بان یقال لا فرق فی العقد علی الثمن- غیر المقبوض- بان یکون طرفه المشتری نفسه او انسان ثالث (لو ثبت) عدم الفصل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۸

و صرح فی اواخر باب السلم: بإلحاق الثمن المعین بالمبیع.

و یؤیده تعلیل المنع فی طرف المبیع بقصور ولایة المشتری لانفساخ العقد بتلفه فانه جار فی الثمن المعین.

الثانی: هل البیع کنایة عن مطلق الاستبدال، فلا یجوز جعله ثمنا، و لا عوضا فی الصلح و لا اجرة و لا وفاء عما علیه، أم یختص بالبیع.

(و صرح فی اواخر باب السلم: بإلحاق الثمن المعین بالمبیع) فکما لا یجوز بیع المثمن قبل قبضه، کذلک لا یجوز العقد علی الثمن قبل قبضه.

(و یؤیده) ای یؤید الالحاق (تعلیل المنع فی طرف المبیع بقصور ولایة المشتری) علی ما لم یقبضه (لانفساخ العقد بتلفه) لان التلف قبل القبض من مال بایعه- کما تقدم- (فانه) ای هذا التعلیل (جار فی الثمن المعین) أیضا، فلا یجوز العقد علیه.

نعم الثمن غیر المعین لا یتأتی فیه هذا التعلیل، و اللّه العالم.

(الثانی) من التنبیهات (هل البیع) فی کلمات الفقهاء تبعا للروایات الّذی قلنا بکراهته او حرمته- فیما لم یقبض بعد (کنایة عن مطلق الاستبدال، فلا یجوز جعله) ای المبیع الّذی لم یقبض (ثمنا).

مثلا: اشتری زید منّا من الحنطة یأخذها بعد شهر، فیشتری بهذا المنّ کتابا (و لا عوضا فی الصلح و لا اجرة و لا وفاء عما علیه) فاذا طلبه انسان منّا من الحنطة لم یصح جعل هذا المنّ وفاء (أم یختص) التحریم او الکراهة (بالبیع) فلا حرمة و لا کراهة فی غیر البیع.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۷۹

ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبیع، و اظهر منها فی الاختصاص قوله فی التذکرة: الاقرب عندی ان النهی به متعلق بالبیع لا بغیره من المعاوضات، و اظهر من الکل قوله فی مواضع اخر، لو کان لزید عند عمرو طعام من سلم، فقال: لزید خذ هذه الدراهم عن الطعام الّذی لک عندی، لم یجز عند الشافعی، لانه بیع المسلم فیه قبل القبض، و الاولی عندی الجواز و لیس هذا بیعا، و انما هو نوع معاوضة، انتهی.

و اصرح من الکل تصریحه فی موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فیه قبل القبض، لانه عقد مستقل لا یجب مساواته للبیع فی احکامه.

(ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبیع، و اظهر منها فی الاختصاص قوله فی التـذکرة: الاقرب عندی ان النهی به) ای بالبیع (متعلق بالبیع لا بغیره من المعاوضات، و اظهر من الکل قوله) ای العلامة (فی مواضع اخر، لو کان لزید عند عمرو طعام من سلم) بان اشتری منه الطعام لیسلّمه بعد شهر مثلا (فقال) المدیون: (لزید خذ هذه الدراهم) بدلا (عن الطعام الّذی لک عندی، لم یجز عند الشافعی، لانه) لم یقبضه بعد، فانه (بیع المسلم فیه) ای الطعام (قبل القبض، و الاولی عندی الجواز) لان الممنوع البیع (و لیس هذا بیعا، و انما هو نوع معاوضة) و لا دلیل علی بطلان کل معاوضة قبل القبض (انتهی).

(و اصرح من الکل تصریحه فی موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فیه قبل القبض، لانه) ای الصلح (عقد مستقل لا یجب مساواته للبیع فی احکامه).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۰

و قد صرح جامع المقاصد أیضا فی غیر موضع باختصاص الحکم بالبیع دون غیره، و قد تقدم فی کلامه انه لا یجوز بیع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به.

لکن العلامة قد عبّر بلفظ الاستبدال فی کثیر من فروع مسئلة البیع قبل القبض، مع ان ما استدل به للمانعین من قصور ولایة المشتری فی التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار فی مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة

و لا یخفی وجه اصرحیة بعض هذه الکلمات عن بعضها الاخر.

(و قد صرح جامع المقاصد أیضا فی غیر موضع باختصاص الحکم) تحریما او کراهة (بالبیع دون غیره، و قد تقدم فی کلامه) ای کلام جامع المقاصد (انه لا یجوز بیع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به) ای بغیر البیع (لکن) بعض عبائر (العلامة) لا تدل علی انه یمنع مطلق الاستبدال، فانه و ان عبّر بالاستبدال لکنه (قد عبّر بلفظ الاستبدال فی کثیر من فروع مسئلة البیع قبل القبض) مما یظهر منه ان مراده بالاستبدال: البیع، لا مطلق الاستبدال (مع ان ما استدل به للمانعین) من البیع قبل القبض (من قصور ولایة المشتری فی التصرف) فی المبیع قبل ان یقبضه (لانفساخ العقد بالتلف) فان التلف قبل القبض من مال بائعه و هو (جار فی مطلق التصرف) و لو بان یهب ما اشتراه او یوفیه او نحو ذلک مما لیس بمعاوضة (فضلا عن المعاوضة).

فمن ناحیة کلام العلامة المعبّر بلفظ «الاستبدال» لا یدل علی المنع عن مطلق المعاوضة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۱

و قد صرح الشیخ فی المبسوط فی باب الحوالة بانها معاوضة، و المعاوضة علی المسلم فیه قبل القبض غیر جائز، و هو و ان رجع عن الصغری فیما بعد ذلک، لکنه لم یرجع عن الکبری.

و صرح فی الایضاح بابتناء الفرع الآتی اعنی احالة من علیه طعام لغریمه علی من له علیه طعام علی ان الحوالة معاوضة

و من ناحیة اخری کلامه شامل للمعاوضة و غیر المعاوضة.

(و قد صرح الشیخ فی المبسوط فی باب الحوالة بانها معاوضة) لان المحیل یعطی المحال علیه عوض ما حوّله (و المعاوضة علی المسلم فیه قبل القبض غیر جائز) فلا یجوز لمن یطلب السلم ان یحول انسانا لیأخذه.

و کلامه هذا یدل علی ان مطلق المعاملة لا تجری علی الشیء قبل قبضه (و هو) ای الشیخ (و ان رجع عن الصغری) ای کون الحوالة معاوضة (فیما بعد ذلک) و قال انها لیست بمعاوضة (لکنه لم یرجع عن الکبری) و هی ان کل معاوضة علی المسلم فیه قبل قبضه غیر جائز.

(و صرح فی الایضاح) بما یدل علی ان مطلق المعاوضة محکوم بحکم البیع قبل القبض.

فانه صرح (بابتناء الفرع الآتی اعنی احالة من علیه طعام لغریمه) ای بائع الطعام سلفا (علی من له) ای للبائع (علیه) ای علی ذلک الانسان (طعام).

مثلا: باع زید طعاما لمحمّد سلفا و کان زید یطلب من علیّ طعاما، فهل لزید ان یحول محمّدا علی علیّ، أم لا؟ (علی ان الحوالة معاوضة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۲

مستقلة او استیفاء و ان المعاوضة قبل القبض حرام او مکروه.

و إرادة خصوص البیع من المعاوضة لیست باولی من إرادة مطلق المعاوضة من البیع فی قولهم: ان الحوالة بیع او لیست بیعا، بل هذه اظهر فی کلماتهم.

مستقلة او استیفاء).

فان کانت معاوضة لم تصح الحوالة، لانه قبل القبض.

و ان کانت استیفاء صحت الحوالة (و ان المعاوضة قبل القبض حرام او مکروه) فان کانت حراما لم تصح، و ان کانت مکروهة صحت.

و کلامه هذا یدل علی ان مطلق المعاوضة قبل القبض محکوم بحکم البیع قبل القبض.

(و) ان قلت: لعلّ من منع من مطلق المعاوضة اراد البیع من المعاوضة.

قلت: (إرادة خصوص البیع من المعاوضة لیست باولی من إرادة مطلق المعاوضة من البیع).

فحیث ذکر الفقهاء انه لا یصح البیع قبل القبض ارادوا لا یصح مطلق المعاوضة من باب اطلاق الخاص علی العام (فی قولهم: ان الحوالة بیع او لیست بیعا) فمرادهم من البیع معاوضة- فی قبال کونها استیفاء و قوله «فی قولهم» متعلق «بإرادة» (بل هذه) ای إرادة مطلق المعاوضة من البیع (اظهر فی کلماتهم) فاللازم ان نقول بان اجراء کل معاملة علی غیر المقبوض حاله حال اجراء البیع علیه.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۳

و قد صرح الاکثر بان تراضی المسلّم و المسلم إلیه علی قیمة المسلّم فیه من بیع الطعام قبل القبض.

فاستدلوا باخباره علی جوازه.

و یؤیده أیضا قوله فی التذکرة: لو کان لزید طعام علی عمرو سلما، و لخالد مثله علی زید، فقال زید: اذهب الی عمرو، و اقبض لنفسک ما لی علیه لم یصحّ لخالد عند اکثر علمائنا.

و به قال الشافعی و احمد، لان النبی صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن بیع الطعام بالطعام حتی یجری فیه صاعان

(و قد صرح الاکثر بان تراضی المسلّم) و هو المشتری (و المسلم إلیه) و هو البائع (علی قیمة المسلّم فیه) بان لا یسلّمه الطعام الّذی اشتراه منه بل یعطیه قیمة الطعام (من بیع الطعام قبل القبض) «من» خبر «بان»

(فاستدلوا باخباره) ای اخبار بیع الطعام قبل القبض (علی جوازه) ای جواز التراضی المذکور.

(و یؤیده أیضا) ای یؤید کون الحکم عاما لا خاصا بالبیع (قوله فی التذکرة: لو کان لزید طعام علی عمرو سلما، و لخالد مثله علی زید) فخالد یطلب من زید و زید یطلب من عمرو (فقال زید) لخالد (اذهب الی عمرو، و اقبض لنفسک ما) ای الشیء الّذی (لی علیه) ای علی عمرو (لم یصحّ لخالد) القبض (عند اکثر علمائنا).

(و به) ای بعدم الصحة (قال الشافعی و احمد، لان النبی صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن بیع الطعام بالطعام حتی یجری فیه صاعان

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۴

صاع البائع و صاع المشترى.

و سيأتى ابتناء هذا الفرع فى كلام جماعة على مسئلة البيع قبل القبض

نعم ذكر الشهيد انه كالبيع قبل القبض.

و صرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلّم: اشتر لى بهذه الدراهم طعاما، و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض.

صاع البائع و صاع المشترى) اى يقبضه البائع و يقبضه المشترى، و هنا لم يقبض زيد ما يطلبه من عمرو، فكيف يعطيه لخالد.

(و سيأتى ابتناء هـذا الفرع) اى حوالة زيد خالدا على عمرو (فى كلام جماعة) من الفقهاء (على مسئلة البيع قبل القبض) مما يظهر منه ان الحكم عامّ لكل معاوضة، لا خاص بالبيع فقط.

(نعم ذكر الشهيد) ان المسألة المذكورة ليست من فروع البيع قبل القبض- فلا يراد بالبيع فى كلامهم كل معاوضة- بل قال: (انه كالبيع قبل القبض) اى نظيره، فاراد بالبيع فى مسئلة «البيع قبل القبض» البيع بذاته.

(و صرح) الشهيد (بابتناء الحكم فيما لو قال) البائع (للمسلم) المشترى (اشتر لى بهذه الدراهم طعاما، و اقبضه لنفسك) عوض طلبك الطعام عنى (على حكم البيع قبل القبض) لان المشترى اذا اشترى الطعام صار ملكا للبائع فاذا اخذه بدل ماله على البائع كان مثل ان البائع باعه هذا الطعام قبل ان يقبضه.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۵

و كيف كان فالمسألة محل اشكال، من حيث اضطراب كلماتهم، الا ان الاقتصار فى مخالفة الاصل على المتيقن هو المتعين.

و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الاجارة و الخلع كما صرح به فى الدروس فضلا عن مثل الارث و

(و كيف كان فالمسألة) فى ان حكم البيع قبل القبض عام لكل معاوضة او خاص بالبيع (محل اشكال من حيث اضطراب كلماتهم الا ان الاقتصار فى مخالفة الاصل) فان عدم جواز البيع قبل القبض مخالف للاصل، اذ الاصل جواز ان يتصرف فيه المالك بما شاء و ان لم يقبضه (على المتيقن) الّذى هو البيع (هو المتعين) هذا كله فيما اذا اشترى شيئا ثم يريد ان ينقله الى غيره- قبل القبض- نقلا بغير البيع.

(و منه) اى مما ذكرنا من الاقتصار على المتيقن، و هو «ما اشتراه بيعا و اراد ان يبيعه قبل القبض» (يظهر جواز بيع ما انتقل) الى الانسان (بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الاجارة و الخلع).

مثلا: اذا صالح زيد عن شيء بمنّ حنطة، و لم يقبض الحنطة ثم اراد بيع تلك الحنطة او صالحه من آخر، جاز.

و كذلك اذ انتقل إليه ثمرة البستان بالاجارة و لم يقبض الثمرة، ثم اراد بيعها او صلحها.

و كذلك اذا انتقل الى الزوج مالا عن الزوجة المختلعة و لم يقبضه الزوج و اراد بيعه او صلحه- مثلا- (كما صرح به فى الدروس) اى بمثل الصلح و الاجارة و الخلع (فضلا عن) ما اذا انتقل إليه من (مثل الارث و

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۶

القرض و مال الكتابة و الصداق و غيرها.

نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض، او اصدقه، او عوض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهى [إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به]

القرض و مال الكتابة و الصداق و غيرها) مما ليست معاوضة، فان للانسان ان يبيع هذه الاموال قبل ان يقبضـها، و ان يجرى عليها سائر انحاء النقل

(نعم لو ورث) زيـد (ما اشترى)- بصـيغة المجهول- اى ما اشتراه ابوه مثلا (و لم يقبض) الأب حتى مات، فورثه ولـده (او اصـدقه) اى اعطى الأب الصـداق و لن تقبض الزوجة حتى ماتت و ورثها ولدها (او عوض) الأب (عن الخلع) و لم يقبضه الأب، حتى مات و ورثه ولده (جرى الخلاف فى بيعه) لان الولد يقوم مقام الأب حينئذ فى انه يريد بيع شيء لم يقبضه.

و قد تقدم ان الاصل جواز اجراء البيع عليه للاقتصار فى مخالفة الاصل على المتيقن.

اقول: و يحتمل ان يكون «اصدقه عوض الخلع» عطفا على «ورث» اى ان الأب اشترى و لم يقبض ثم ورّث او أعطى ما اشتراه صداقا او اشترت المرأة و لم تقبض و اعطته خلعا فهل يجوز للولـد الوارث و المرأة التى اخـذت المال مهرا و الزوج الّذى اخـذ عوض الخلع ان يبيعوا هذه الاموال أم لا، لانها من البيع قبل القبض يبنى على الخلاف المتقدم فى انه هل يحرم البيع قبل القبض او يكره.

(الثالث) من التنبيهات (هل المراد من البيع المنهى) قبل القبض

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۷

ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض، او ما يعمّ تشخيص الكلى المبيع به فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص، هو البيع كما لو نهى عن بيع أمّ الولد، او حلف على ان لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع البيع عليه او دفعه عن الكلى المبيع.

(ايقـاع عقـد البيع على مـا لم يقبض) فقـط (او ما يعمّ تشـخيص الكلى المبيع به) اى بما لم يقبض، مثل انه باع منّا من الحنطـة كليا، ثم اشترى منّا شخصـيا من زيـد، فيقول لمن باعه الكلى اذهب و خـذ منّك من زيـد، فانه لم تجر المعاملـة على منّه المشترى من زيـد، بل شخص الكلى الّذى باعه فى هذا المنّ المشترى من زيد (فيكون المنهى عنه) شرعا (نقل ما لم يقبض) نقلا (بسبب خاص هو البيع) اى ان الشارع نهى ان ينقل الانسان ما لم يقبضه فيما اذا كان النقل بالبيع.

اما اذا كان النقل بالهبة او ما اشـبهها فلا بأس به، و بناء على التعميم يكون حال المقام- فى عدم جواز تشـخيص الكلى بما لم يقبض- (كما لو نهى عن بيع أمّ الولـد، او حلف على ان لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع البيع عليه) بان يقول: بعتك أم ولدى او بعتك مملوكى (او دفعه عن الكلى المبيع) كمـا اذا باعه وصـيفة كليـة، ثم اعطاه أم ولـده وفاء او باعه خادما ثم اعطاه عبـده الّذى نـذر ان لا يبيعه.

لكن لا يخفى ان النذر تابع لقصد الناذر، و كذلك الحلف فان كان قصده فى الحلف و النذر ان لا يجرى على عبده معاملة شخصـية، لم يكن اعطائه وفاء للكلى خلاف النذر و الحلف.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۸

ظاهر النص و الفتوى و ان كان هو الاول، بل هو المتعين فى الاخبار المفصلة بين التولية و غيرها، الا ان المعنى الثانى لا يبعد عن سياق مجموع الاخبار.

و عليه فلو كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم، و قال: اشتر لى بها طعاما، و اقبضه لنفسك، جرى فيه الخلاف فى بيع ما لم يقبض، كما صرح به فى الدروس، و لكن فى بعض الروايات دلالة على الجواز.

مثل صحيحة يعقوب ابن شعيب، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام

(ظـاهر النص و الفتوى و ان كـان هو الاـول) اى النهى عن ايقاع عقـد البيع على ما لم يقبض (بل هو المتعين فى الاخبار المفصـلة بين

التولیة و غیرها) اذ التولیة عبارة عن البیع الشخصی فمعنی الحدیث المفصّل ان البیع الشخصی یجوز فی التولیة و لا یجوز فی غیر التولیة (الا ان المعنی الثانی) ای ان النهی اعم من تشخیص الکلی المبیع بما لم یقبض (لا یبعد عن سیاق مجموع الاخبار).

(و علیه) ای بناء علی النهی عن الاعم (فلو کان علیه سلم لصاحبه) فاشتری علی من محمد منّا من الحنطة سلما (فدفع) المدیون (إلیه) ای الی المطالب (دراهم، و قال: اشتر لی بها طعاما، و اقبضه لنفسک) عوضا عن المنّ الّذی تطلبه منی (جری فیه الخلاف فی بیع ما لم یقبض) هل انه حرام او مکروه؟ (کما صرح به فی الدروس، و لکن فی بعض الروایات دلالة علی الجواز) فی تطبیق الکلی المبیع علی غیر المقبوض.

(مثل صحیحة یعقوب ابن شعیب، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۸۹

عن الرجل یکون له علی الآخر احمال من رطب او تمر، فیبعث علیه بدنانیر فیقول: اشتر بهذه، و استوف منه الّذی لک، قال: لا بأس، اذا ائتمنه.

لکن فی صحیحة الحلبی قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اسلفته دراهم فی طعام فلما حلّ طعامی علیه بعث إلیّ بدراهم، فقال: اشتر لنفسک طعاما، و استوف حقک قال اری ان یولّی ذلک غیرک، و تقوم معه حتی یقبض الّذی لک، و لا تتول انت شرائه.

و فی موثقة عبد الرحمن یکون معه غیره

عن الرجل یکون له علی الآخر احمال من رطب او تمر، فیبعث) الرجل المدیون (علیه) ای علی الرجل المطالب (بدنانیر، فیقول: اشتر بهذه) الدنانیر (و استوف منه الّذی لک) هل یجوز ذلک؟ (قال) علیه السلام (لا بأس، اذا ائتمنه) ای اذا رأی المدیون ان المطالب امین یصلح لان یشتری بالدنانیر ما یطلب، فلا یزید و لا ینقص.

(لکن فی صحیحة الحلبی) ما یظهر منه عدم صحة ذلک (قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اسلفته دراهم فی طعام فلما حل طعامی علیه بعث الی بدراهم، فقال: اشتر لنفسک طعاما، و استوف حقک) هل یصح ذلک؟ (قال) علیه السلام (اری ان یولّی) المدیون (ذلک) الشراء (غیرک، و تقوم) انت (معه) ای مع المدیون- بان لا تذهب انت للاشتراء- (حتی یقبض) المدیون (الّذی لک) و قد اشتراه وکیله (و لا تتول انت شرائه)

فان قوله علیه السلام «حتی یقبض» ظاهر فی لزوم قبضه.

(و فی موثقة عبد الرحمن یکون معه) ای مع المطالب (غیره) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۰

یوفیه ذلک.

لکن ظاهر الخبرین کراهة مباشرة الشراء من جهة کونه فی معرض التهمة، و المطلوب صحة الشراء، و عدم جواز الاستیفاء.

ثم ان هذا کله اذا کان الطعام المشتری شخصیا.

شخص آخر، وکیل عن قبل المدیون یشتری الطعام، و (یوفیه) ای یوفی للمطالب (ذلک) الطعام.

(لکن) لا یخفی ان (ظاهر الخبرین) لیعقوب و الحلبی (کراهة مباشرة الشراء) من المطالب (من جهة کونه فی معرض التهمة).

فالنهی عن الشراء- و الحال ان الشراء لیس بحرام قطعا و انما المختلف فیه الاستیفاء- هل هو حرام، أم لا؟ (و) الحال ان (المطلوب) لمن یحرم تطبیق الکلی علی غیر المقبوض (صحة الشراء) اذ لا بأس بشراء المطالب وکالة عن المدیون (و عدم جواز الاستیفاء).

فلو اراد الخبران بیان حرمة الاستیفاء لقالا- «قبّضه ما اشتریت ثم استوف حقک منه» خصوصا و قد قال الامام علیه السلام فی خبر

یعقوب «اری» فانه ظاهر فی بیان المصلحة، لا الحکم الشرعی.

(ثم ان هذا) الّذی ذکرناه من الاختلاف فی تشخیص الکلی المبیع بما لم یقبض (کله اذا کان الطعام المشتری) ای الّذی اشتراه المطالب بالوکالة عن المدیون (شخصیا) بان ذهب المطالب و اشتری هذا المن الخارجی من الحنطة، و اراد ان یأخذه وفاء عن طلبه عن المدیون.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۱

و اما اذا وکله فی شراء الکلی، فلا یجری فیه ذلک لان تشخیص ما باعه سلما فی الطعام الکلی المشتری موقوف علی قبضه، ثم اقباضه، و بدون ذلک لا یمکن الایفاء، الا بالحوالة او التوکیل فیدخل المسألة فیما ذکره فی الشرائع و غیرها تبعا للمبسوط بل نسب الی المشهور من انه لو کان له علی غیره طعام من سلم

(و اما اذا وکله) ای وکل المدیون المطالب (فی شراء الکلی) بان قال المدیون للمطالب: اشتر بهذه الدنانیر منّا کلیا من الحنطة (فلا یجری فیه) ای فی الکلی (ذلک) الاختلاف، فی انه هل یصح للمطالب قبضه قبل قبض المدیون، أم لا؟

و انما لا یجری (لان تشخیص ما باعه سلما فی الطعام الکلی المشتری) ای الّذی اشتراه المطالب (موقوف علی قبضه) ای قبض المدیون قطعا.

اذ الکلی الّذی اشتراه المطالب لا یتشخص فی عین خارجیة، الا اذا قبضها المدیون (ثم اقباضه) للمطالب (و بدون ذلک) ای و بدون قبض المدیون (لا یمکن الایفاء).

اذ الکلی بدون القبض لا یتشخص (الا بالحوالة) بان یحیل المدیون المطالب علی الّذی باع کلیّا (او التوکیل) بان یوکل المدیون المطالب ان یقبض الطعام الّذی اشتراه کلیا فیقبضه عن المدیون، ثم یأخذه لنفسه من باب السلم (فیدخل المسألة) ای مسئلة ما لو قال المدیون للمطالب اشتر کلیا و خذ ما تطلب (فیما ذکره فی الشرائع و غیرها تبعا للمبسوط، بل نسب الی المشهور من انه لو کان له) ای للمطالب (علی غیره) و هو المدیون (طعام من سلم،

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۲

و علیه مثل ذلک، فامر غریمه ان یکتال لنفسه من الآخر، فانه یکره او یحرم علی الخلاف.

و قد علّل ذلک فی الشرائع بانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان یقبضه صاحبه.

و ذکر المسألة فی القواعد بعنوان الحوالة، قال: لو احال من علیه طعام من سلم بقبضه علی من له علیه مثله من سلم،

و علیه) ای علی المطالب (مثل ذلک) الطعام لشخص ثالث (فامر) المطالب (غریمه) و هو الشخص الثالث (ان یکتال لنفسه من الآخر) و هو المدیون (فانه یکره او یحرم علی الخلاف) فی بیع ما لم یقبض.

مثلا: کان محمد یطلب من علیّ و کان الحسن یطلب من محمّد، فقال محمد للحسن خذ ما تطلبنی من علیّ.

(و قد علّل ذلک) الاشکال- تحریما او کراهة- (فی الشرائع بانه) ای الشخص الثالث کالحسن فی المثال (قبضه) من علیّ المدیون (عوضا عن ماله) الّذی یطلبه من محمد (قبل ان یقبضه صاحبه) ای محمد المطالب من علیّ، فیکون هذا من قبیل بیع ما لم یقبض.

(و ذکر المسألة) و هی مسئلة احالة المدیون من یطالبه الی الشخص الثالث الّذی یطلب منه المدیون (فی القواعد بعنوان الحوالة، قال: لو احال من علیه طعام من سلم) ای احال المدیون (بقبضه) ای احال بان یقبض المطالب الطعام (علی من) و هو الشخص الثالث الّذی (له) ای للمدیون (علیه) ای علی الشخص الثالث (مثله) ای مثل الطعام (من سلم)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۳

فالاقوی الکراهة.

و علی التحریم یبطل، لانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان یقبضه صاحبه

و بنی فی الایضاح جریان الخلاف فی المسألة علی ان الحوالة معاوضة او استیفاء.

و ان المعاوضة علی مال المسلّم قبل القبض حرام او مکروه.

و

بان یطلب المدیون الثالث أیضا سلما (فالاقوی الکراهة) لهذه الحوالة

(و) قال بناء (علی التحریم) ای تحریم البیع قبل القبض (یبطل) هذه الحوالة (لانه) ای الثالث (قبضه) الطعام (عوضا عن ماله) الّذی یطلبه من المدیون (قبل ان یقبضه صاحبه) و هو المدیون.

(و بنی فی الایضاح جریان الخلاف فی المسألة) المذکورة و هو الخلاف فی انه هل یحرم، أم لا؟ (علی ان الحوالة معاوضة او استیفاء).

فان قلنا انه استیفاء لم یکن به بأس، اذ الدلیل انما دلّ علی الاشکال فی المعاوضة.

(و) لو قلنا انه معاوضة نقول: هل (ان المعاوضة علی مال المسلّم) الّذی عند المحال علیه (قبل القبض) ای قبل قبض المسلّم (حرام او مکروه)

فعلی تقدیر الحوالة لا حرمة و لا کراهة.

و علی تقدیر المعاوضة حرام او مکروه- علی الخلاف فی البیع قبل القبض-.

(و) لکن مع تصریح هؤلاء بان المسألة المذکورة داخلة فی بیع ما لم

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۴

انکر جماعة ممن تأخر عن العلامة کون هذه المسألة من محلّ الخلاف فی بیع ما لم یقبض بناء علی ان الحوالة لیست معاوضة فضلا عن کونها بیعا، بل هی استیفاء.

اقول: ذلک اما وکالة و اما حوالة.

و علی کل تقدیر یمکن تعمیم محل الخلاف لمطلق المعاوضة، و یکون البیع کنایة عنها.

یقبض، فقد (انکر جماعة ممن تأخر عن العلامة کون هذه المسألة) و هی احالة المدیون دائنه علی الشخص الثالث (من محلّ الخلاف فی بیع ما لم یقبض) و انما انکروا ذلک (بناء علی ان الحوالة لیست معاوضة فضلا عن کونها بیعا، بل هی) ای الحوالة (استیفاء) و الاشکال انما کان فی البیع فقط او فی مطلق المعاوضة.

(اقول) ما انکره الجماعة لیس علی ما ینبغی، بل المسألة مندرجة فی بیع ما لم یقبض.

کما ان بناء الایضاح علی انه ان کانت حوالة فلیست داخلة فی محل الاشکال أیضا و لیس علی ما ینبغی.

و (ذلک) لان حوالة المدیون المطالب الی الثالث (اما وکالة و اما حوالة).

(و علی کل تقدیر یمکن تعمیم محل الخلاف) فی بیع ما لم یقبض هل انه مکروه او حرام؟ (لمطلق المعاوضة) الشاملة حتی لمثل الوکالة و الحوالة (و یکون البیع) الوارد فی الروایات و الفتاوی (کنایة عنها) ای عن مطلق

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۵

و لذا نسب- فیما عرفت من عبارة التذکرة- المنع فی هذه المسألة التی اکثر علمائنا و جماعة من العامة محتجین بالنبوی المانع عن بیع

ما لم يقبض.

و استند الشيخ ره أيضا فى المنع الى الاجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض و قد عرفت ما ذكره الشيخ فى باب الحوالة.

و لعله لذا قال الشهيد فى الدروس- فى حكم المسألة- انه كالبيع قبل القبض، لكنه ره تعرض فى بعض تحقيقاته لتوجيه ادراج المسألة فى البيع

المعاوضة- كما عرفت-.

(و لـذا نسب- فيما عرفت من عبارة التـذكرة-) قبل اسـطر (المنع فى هذه المسألة الى اكثر علمائنا و جماعة من العامة) و هم الشافعى و احمد فى حالكونهم (محتجين) للمنع (بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض).

(و اسـتند الشـيخ ره أيضـا فى المنع) اى فى هـذه المسألـة (الى الاجماع على عـدم جواز بيع ما لم يقبض) مما يـدل على ان الحوالـة و الوكالـة المـذكورتين داخلتين فى محل الخلاف (و قد عرفت ما ذكره الشـيخ فى باب الحوالة) بان الحوالة معاوضة، و كلامه كان قبل كلام التذكرة باسطر فراجع.

(و لعله لذا) الّذى ذكرنا من ان الحوالة و الوكالة داخلتين فى مسئلة بيع ما لم يقبض (قال الشهيد فى الدروس- فى حكم المسألة-) اى مسئلة الحوالـة المـذكورة (انه كـالبيع قبـل القبض، لكنه ره تعرض فى بعض تحقيقـاته لتوجيه ادراج المسألـة فى البيع) لا- ان المسـألة كالبيع.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۶

بان مورد السـلم لما كان ماهيـة كليـة ثابتـة فى الذمة منطبقة على افراد لا نهاية لها، فأىّ فرد عينه المسـلم إليه تشـخص بذلك الفرد، و انصب العقـد عليه، فكـانه لمـا قال الغريم اكتل من غريمى فلان، قـد جعل عقـد السـلم معه و ارادا على ما فى ذمـة المسـلف منه و لما يقبضه بعد.

و لا ريب انه مملوك له بالبيع فاذا جعل موردا للسلم الّذى هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان

و ذلك (ب) ان قال (ان مورد السـلم لما كان ماهيـة كليـة ثابتـة فى الذمـة منطبقـة على افراد لا نهاية لها) فان المشترى انما يشترى من البائع منّا من الحنطة الكلية الّذى ينطبق ذلك المنّ من الحنطة على كل فرد فرد (فأىّ فرد عيّنه المسلم إليه) اى البائع (تشخص بذلك) التعيين (الفرد) المبيع (و انصب العقد عليه).

و اذا تحقق ذلك نقول فى وجه ان المسألة من صـغريات مسئلة البيع قبل القبض (فكانه لما قال الغريم) البائع للمشترى المطالب (اكتل من غريمى فلان) اى خـذ كيلـك ممن اطلب منه، و هـو الشـخص الثـالث الّـذى يطلب منه البـائع (قـد جعـل عقـد السـلم معه) اى مع المشترى (و ارادا على ما فى ذمة المسلف منه) و هو الشخص الثالث (و لما يقبضه) البائع (بعد)

(و لا- ريب انه) اى ما يطلبه البائع من الشـخص الثالث (مملوك له) اى للبائع (بالبيع، فاذا جعل) البائع ذلك الّـذى يطلبه (موردا للسـلم الّذى هو بيع) للمشترى (يكون بيعا للطعام قبل قبضه) فان البائع قد باع ما اشتراه قبل ان يقبضه (فيتحقق الشرطان).

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۷

و يلحق بالباب.

و هذا من لطائف الفقه، انتهى.

و اعترضه فى المسالك بان مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة فى الذمة لما كان امرا كلّيا، كان البيع المتحقق به هو الامر الكلى.

و مـا يتعين لـذلك من الاعيـان الشخصـية بالحوالـة و غيرهـا ليس هو نفس المبيع، و ان كان الامر الكلى انما يتحقق فى ضـمن الافراد

الخاصة،

و الشرط الثانی: کونه قبل قبضه (و یلحق) هذا الفرع (بالباب) ای باب البیع قبل القبض.

(و هذا) الّذی ذکرنا من کیفیة ادخال المسألة فی البیع قبل القبض (من لطائف الفقه، انتهی).

(و اعترضه فی المسالک بان مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة فی الذمة) فان المشتری یطلب من البائع- فی السلم- منّا کلّیا من الحنطة قابلا للانطباق علی کل منّ منّ (لما کان امرا کلّیا، کان البیع المتحقق به) ذلک (هو الامر الکلی) «کان البیع» جواب «لما».

و انما کان الامر الکلی لا یتحقق الا بالامر الکلی، لان الکلیة غیر محدود، اذ تعلق اللامحدود بالمحدود غیر معقول.

(و ما یتعین لذلک) الکلی (من الاعیان الشخصیة) یتعین (بالحوالة و غیرها) کما اذا اعطی البائع المشتری فردا خارجیا- من باب الوفاء- (لیس هو نفس المبیع) لان المبیع کلی، و هذا المعین- خارجیا- شخصی (و ان کان الامر الکلی انما یتحقق فی ضمن الافراد الخاصة) «ان» وصلیة

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۸

فانها لیست عینه.

و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا او معیبا یرجع الحق الی الذمة و المبیع المعین لیس کذلک.

و حینئذ فانصباب العقد علی ما قبض، و کونه حینئذ مبیعا غیر واضح.

فالقول بالتحریم به عند القائل به فی غیره، غیر متوجه، انتهی.

(فانها) ای الافراد الخاصة (لیست عینه) ای عین الکلی.

(و من ثم) ای من حیث ان الفرد الخارجی لیس نفس المبیع (لو ظهر المدفوع) ای الفرد الّذی دفعه البائع من باب الوفاء بالکلی (مستحقا) للغیر (او معیبا یرجع الحق) ای حق المشتری (الی الذمة) و لو کان الکلی تشخص فی هذا الفرد لم یرجع الی الذمة (و المبیع المعین) الشخصی (لیس کذلک).

فانه اذا ظهر معیبا او مستحقا لم یبدل الی فرد آخر، بل اذا ظهر مستحقا بطل البیع، و اذا ظهر معیبا کان للمشتری الخیار، و فی الکلی لا خیار و لا بطلان اذا ظهر الفرد المعیّن معیبا او مستحقا.

(و حینئذ) ای حین قلنا بان الکلی لا ینقلب الی الفرد الخارجی بالتعیین (ف) ما ذکره الشهید الاول من (انصباب العقد علی ما قبض، و کونه) ای ما قبض (حینئذ) ای حین قبض (مبیعا، غیر واضح).

(فالقول بالتحریم به) ای بتعیین البائع دینه فیما یطلبه (عند القائل به) ای بتحریم البیع قبل القبض (فی غیره، غیر متوجه، انتهی) فلا یحرم ان یحول المدیون المطالب الی الشخص الثالث.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۲۹۹

اقول: ما ذکره من منع تشخیص المبیع فی ضمن الفرد الخاص المدفوع و ان کان حقا، من حیث عدم انصباب العقد علیه، الا انه یصدق علیه انتقاله الی المشتری بعقد البیع، فاذا نهی الشارع عن بیع ما لم یقبض نظیر نهیه عن بیع أمّ الولد و عن بیع ما حلف علی ترک بیعه، فانه لا فرق بین ایقاع العقد علیه، و بین دفعه عن الکلی المبیع.

(اقول) ان رد الشهید الثانی علی الشهید الاول فی المقدمة صحیح و لکن النتیجة هی کما قاله الشهید الاول.

فان (ما ذکره) الشهید الثانی (من منع تشخیص المبیع فی ضمن الفرد الخاص المدفوع و ان کان) ذلک المنع (حقا، من حیث عدم

انصباب العقد علیه، الا انه یصدق علیه) ای علی هذا الفرد المدفوع (انتقاله الی المشتری بعقد البیع) و لذا یقول المشتری: اشتریت هذا الفرد (فاذا نهی الشارع عن بیع ما لم یقبض نظیر نهیه عن بیع أمّ الولد و عن بیع ما حلف علی ترک بیعه) یکون تطبیق کلی البیع علی ذلک الفرد مشمولا للنهی (فانه لا فرق بین ایقاع العقد علیه، و بین دفعه عن الکلی المبیع).

فلا فرق فی ارتکاب النهی ان یبیع أمّ الولد او ان یبیع امة کلیة، ثم یعطی أمّ الولد من باب الوفاء.

و کذلک لا فرق بین ان یبیع المحلوف علی عدم بیعه او یبیع کلیا ثم یعطی المحلوف علی ترک بیعه من باب الوفاء.

و کذلک فیما نحن فیه لا فرق بین ان یبیع غیر المقبوض او ان یعطی غیر المقبوض من باب الوفاء.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۰

لکن یرد علی ما ذکره الشهید عدم تشخص الکلی بالکلی، الا بالحوالة الراجعة الی الاستیفاء او المعاوضة.

و هذا لا یسوغ اطلاق البیع علی الکلی المتشخص به بحیث یصدق انه انتقل الی المحال بناقل البیع.

نعم هذا التوجیه انما یستقیم فی الفرع المتقدم عن الدروس، و هو ما اذا امره

و علی هذا فلا یرد علی الشهید الاول کون المشخص غیر مبیع کما اراد المسالک ان یورده علیه.

(لکن یرد علی ما ذکره الشهید) الاول ان الحوالة لیست بیعا، فلیس المقام من بیع ما لم یقبض (عدم تشخص الکلی بالکلی، الا بالحوالة الراجعة) تلک الحوالة (الی الاستیفاء او المعاوضة) ای ان کلّی ما یطلبه المشتری من البائع لا یتشخص فی الکلی الّذی یطلبه البائع من الشخص الثالث الا بحوالة البائع المشتری الی الشخص الثالث.

(و هذا) التشخص بسبب الحوالة (لا یسوغ اطلاق البیع علی الکلی المتشخص به) ای المتشخص بسبب التحویل و الحوالة فلا یقال: ان مال الکلی الثالث انتقل الی المشتری بالبیع، و انما انتقل إلیه بالحوالة، فلا یسوغ اطلاق البیع (بحیث یصدق انه) ای ما فی ذمة الشخص الثالث (انتقل الی المحال بناقل البیع) بل انتقل إلیه بناقل الحوالة.

(نعم هذا التوجیه) و هو کون الانتقال الی المحال بالبیع (انما یستقیم فی الفرع المتقدم عن الدروس؛ و هو ما اذا امره) ای امر المدیون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۱

بقبض الطعام الشخصی الّذی اشتراه للمشتری، فان مجرد قبضه باذن البائع مشخص للکلی المبیع فی ضمنه فیصدق انه انتقل بالبیع قبل ان یقبض.

و یمکن ان یقال: ان تشخیص الکلی المبیع فی الکلی المشتری یکفی فیه اذن البائع فی قبض بعض افراد الکلی المشتری من دون حاجة الی حوالة، فاذا وقع فرد منه فی ید المشتری، صدق انه انتقل بالبیع قبل القبض.

المطالب (بقبض الطعام الشخصی الّذی اشتراه) المدیون (للمشتری) مثلا: المدیون لزید بمنّ من الحنطة، ذهب، و اشتری منّا من الحنطة الشخصیة و لم یقبضه، ثم قال لزید اذهب و خذ الحنطة (فان مجرد قبضه) ای قبض المشتری ذلک المنّ (باذن البائع مشخص للکلی المبیع) ای الکلی الّذی اشتراه زید من المدیون (فی ضمنه) متعلق ب «مشخص» ای یتشخص ذلک الکلی فی ضمن هذا الفرد (فیصدق انه) ای ان هذا الفرد الّذی اشتراه المدیون (انتقل بالبیع قبل ان یقبض) لان المدیون الّذی اشتراه لم یقبضه.

(و یمکن ان یقال: ان تشخیص الکلی المبیع فی الکلی المشتری) بصیغة المجهول (یکفی فیه اذن البائع فی قبض بعض افراد الکلی المشتری من دون حاجة الی حوالة، فاذا وقع فرد منه من ید المشتری، صدق انه انتقل بالبیع قبل القبض).

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۲

و کیف کان، فالاظهر فی وجه ادخال هذه المسألة فی محلّ الخلاف تعمیم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتی المحقق بالحوالة، و

ان لم نقل بکونها بیعا، و المسألة تحتاج الی فضل تتبع، و الله الموفق.

و استدل فی الحدائق علی الجواز بما عن المشایخ الثلاثة بطریق صحیح، و موثق، عن عبد الرحمن ابن ابی عبد الله قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل علیه کرّ من طعام، فاشتری کرّا من رجل

(و کیف کان، فالاظهر فی وجه ادخال هذه المسألة) و هی مسئلة حوالة المطالب علی من یطلب منه المدیون (فی محل الخلاف) ای فی مسئلة بیع ما لم یقبض التی هی محل الخلاف بین الفقهاء، هل هو حرام او مکروه؟ (تعمیم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال، حتی) الاستبدال (المحقق بالحوالة، و ان لم نقل بکونها) ای الحوالة (بیعا، و المسألة) هل هی عامة تشمل الحوالة او خاصة بالبیع (تحتاج الی فضل تتبع، و الله الموفق) و ان کان الظاهر انها لیست بیعا.

اما مسئلة بیع أمّ الولد و المحلوف علی ترک بیعه، فتطبیق الکلی المبیع علیهما محظور، لانه فهم من الدلیل، و قصد الناذر ان الممنوع اعم من البیع الشخصی، و الا لم تکن نقل بشمول الدلیل لهما أیضا و الله العالم

(و استدل فی الحدائق علی الجواز) ای جواز مسئلة ان یحیل المدیون المطالب الی الشخص الثالث (بما عن المشایخ الثلاثة بطریق صحیح، و موثق، عن عبد الرحمن ابن ابی عبد الله قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل علیه کرّ من طعام، فاشتری) المدیون (کرّا من رجل

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۳

آخر، فقال للرجل انطلق فاستوف کرّک، قال لا بأس به.

و فیه انه لا دلالة لها علی محل الکلام، لان الکلام فیما اذا کان المالان سلمین.

و مورد الروایة اعطاء ما اشتری به قبل قبضه وفاء عن دین لم یعلم انه سلم، او قرض، او غیرهما.

و قد استدل به فی التذکرة علی جواز ایفاء القرض بمال السلم.

و لذا قال جامع المقاصد

آخر) ای شخص ثالث (فقال) المدیون (للرجل) المطالب (انطلق فاستوف کرّک) هل یجوز ذلک؟ (قال) علیه السلام (لا بأس به).

(و) لکن (فیه انه لا دلالة لها علی محل الکلام، لان الکلام فیما اذا کان المالان سلمین) بان کان المطالب یطلب من المدیون مالا سلما، و کان المدیون یطلب من شخص ثالث سلما، ثم یحول المدیون المطالب الی الشخص الثالث.

(و مورد الروایة اعطاء) المدیون (ما اشتری به) ای بالسلم (قبل قبضه وفاء عن دین) ای دین المطالب (لم یعلم انه) ای ذلک الدین (سلم، او قرض، او غیرهما) کضمان تالف مثلا، لانه قال: «علیه کرّ من طعام» و لم یعلم انه کیف صار علیه الکر.

(و قد استدل به) ای بهذا الحدیث (فی التذکرة علی جواز ایفاء القرض بمال السلم) ففسّر قوله «علیه کرّ من طعام» بانه علیه من باب القرض

(و لذا) الّذی ذکرنا انه اذا لم یکن سلما جاز (قال جامع المقاصد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۴

فی شرح قوله ره و لو احال من علیه طعام من سلم بقبضه علی من له علیه مثله من سلم ... الخ فان قلت: لم اعتبر کون المالین معا سلمین قلت:

لان المنع انما هو من بیع ما لم یقبض، و اذا کان احد المالین سلما دون الآخر، لم یتعین، لکونه مبیعا، لامکان اعتباره ثمنا، اذ: لا معین لاحدهما انتهی.

فی شرح قوله) ای قول العلامة (ره و لو احال من علیه طعام من سلم) ای احال المدیون (بقبضه) ای بان یقبضه المطالب احالة (علی من) ای الشخص الثالث الّذی (له) ای للمدیون (علیه) ای علی الثالث (مثله) ای مثل الطعام الّذی هو مدیون للمطالب (من سلم ...) ای طلب المدیون من الثالث بالسلم أیضا (الخ).

قال جامع المقاصد (فان قلت: لم اعتبر کون المالین معا سلمین) و هما ما علی المدیون و ما للمدیون (قلت: لان المنع انما هو من بیع ما لم یقبض) و ذلک بتحقق فیما اذا کان المالان سلمین، فانه یکون بیع ما لم یقبضه المدیون، فقد باعه الی المطالب بدون ان یقبضه (و اذا کان احد المالین سلما دون الآخر، لم یتعین) السلم (لکونه مبیعا) حتی یدخل فی مسئلة: بیع ما لم یقبض (لامکان اعتباره) ای السلم (ثمنا) و الآخر مبیعا، فلم یکن من:

بیع ما لم یقبض (اذ: لا معین لاحدهما) ای لان یکون احدهما ثمنا و الآخر مثمنا.

اما اذا کانا سلمین فأیّهما کان الثمن و ایّهما کان المثمن، یکون من بیع ما لم یقبض (انتهی) و لکن لا یخفی ما فی کلام جامع المقاصد من التأمل.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۵

و یمکن ان یقال ان ظاهر الحوالة- بناء علی کونها معاوضة- کون المحیل مملکا ماله فی ذمة غریمه بإزاء ما لغریمه علیه، فماله معوض، و مال غریمه عوض.

فاذا کان ماله علی غریمه سلما، کفی فی المنع عن تملیکه بإزاء مال غریمه علیه، لانه من بیع ما لم یقبض.

و حینئذ فیتم الاستدلال بالروایة.

(و یمکن ان یقال) فی تصحیح استدلال صاحب الحدائق بالروایة (ان ظاهر الحوالة- بناء علی کونها معاوضة- کون المحیل مملکا ماله) ای الشیء الّذی له ف «ما» موصولة (فی ذمة غریمه) ای الشخص الثالث (بإزاء ما لغریمه) المطالب (علیه) ای علی المحیل، فالمدیون مطلوب للمشتری و طالب من الشخص الثالث، فیملک المدیون ما علی الثالث، بإزاء ما للمطالب (فماله) ای للمحیل علی الثالث (معوض) فی هذه المعاوضة (و مال غریمه) المطالب (عوض) فالمحیل اخذ مال المطالب عوضا و اعطی ماله فی ذمة الثالث معوّضا.

(فاذا کان ماله علی غریمه) المعوّض (سلما، کفی) کونه سلما (فی المنع عن تملیکه) ای تملیک ما للمحیل (بإزاء مال غریمه علیه) ای ما للمطالب (لانه) اعطاء ماله معوّضا (من بیع ما لم یقبض).

(و حینئذ) ای حین جعلنا ما للمحیل معوضا و ما للمطالب عوضا (فیتم الاستدلال بالروایة) علی جواز بیع ما لم یقبض- کما ذکره الحدائق-.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۶

نعم لو کان ما علیه سلما، دون ماله، امکن خروجه عن المسألة لان الظاهر هنا کون المسلم ثمنا و عوضا.

و الی هذا ینظر بقوله فی القواعد و التحریر تبعا للشرائع و لو کان المالان او المحال به قرضا، صحّ.

و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد علیه بانه لا وجه لتخصیص المحال به

(نعم لو کان ما علیه) ای علی المحیل للمطالب (سلما دون ماله) علی الثالث بان صار ما للمحیل عوضا، و ما للمطالب معوضا (امکن خروجه عن المسألة) ای مسئلة بیع ما لم یقبض، اذ لم یبع المحیل ما لم یقبضه، و انما اشتری بما لم یقبضه.

و انما امکن خروجه عن المسألة (لان الظاهر هنا) فیما کان ما علیه سلما دون ماله (کون المسلم) ای ما للمحیل (ثمنا و عوضا) و المحذور فی المعوّض لا فی العوض.

(و الی هذا) الّذی ذکرنا من ان المسلم حینئذ عوض- فلم یکن من بیع ما لم یقبض- (ینظر) العلامة (بقوله فی القواعد و التحریر تبعا للشرائع) حیث قال: (و لو کان المالان) و هما ما للمحیل علی الثالث و ما للمطالب علی المحیل (او المحال به) ای ما للمحیل علی الثالث (قرضا) بان اقترض شخص من المحیل، ثم حوّل المحیل من اشتری منه سلما الی الثالث (صحّ) و ذلک لان مال المحیل علی الثالث لیس معوضا حینئذ.

(و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد علیه) ای علی العلامة (بانه لا وجه لتخصیص المحال به

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۷

بالذکر، مع ان العکس کذلک، و استحسان تعبیر الدروس بلفظ احدهما

ثم قال و لیس له ان یقول ان المحال به شبیه بالمبیع من حیث تخیّل کونه مقابلا بالآخر.

اذ ربما یقال ان شبهه بالثمن، اظهر لاقترانه بالباء، و کل ذلک ضعیف انتهی.

بالذکر، مع ان العکس) و هو کون ما للمطالب علی المحیل قرضا (کذلک) أیضا صحّ (و) کذلک لا وجه ل (استحسان) جامع المقاصد (تعبیر الدروس) حیث عبر (بلفظ احدهما) قال الدروس «و لو کان المالان او احدهما قرضا صحّ».

(ثم قال) جامع المقاصد- فی تقویة اولویة کلام الدروس «احدهما» علی تعبیر العلامة «المحال به»- (و لیس له) ای للعلامة (ان یقول) انما خصصت «المحال به» بالذکر.

ل (ان المحال به شبیه بالمبیع من حیث تخیّل کونه مقابلا بالآخر) الّذی للمطالب علی المحیل.

(اذ ربما یقال) فی ردّ کلام العلامة «ان المحال به» (ان شبهه) ای المحال به (بالثمن، اظهر لاقترانه بالباء) اذ یقول المحیل للمشتری «حولتک علی الثالث بان تأخذ ما لی منه» و لذا یسمی ب «المحال به» (و کل ذلک) ای کون «المحال به اشبه» بالمبیع او اشبه بالثمن (ضعیف) بل یصحّ ان یکون «المحال به قرضا» کما یصحّ ان یکون «ما للمطالب علی المحیل قرضا» کما ذکر الدروس (انتهی) کلام جامع المقاصد.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۸

و فیه ما لا یخفی، فان الباء هنا لیس للعوض.

و ظهور الحوالة فی کون إنشاء التملیک من المحیل لا ینکر.

و احتمال کونه متملکا مال غریمه بمال نفسه کما فی المشتری المقدّم لقبوله علی الایجاب بعید.

و یدل علی هذا أیضا قولهم: ان الحوالة بیع، فان ظاهره کون

(و فیه ما لا یخفی، فان الباء هنا) فی قول المحیل (لیس للعوض) بل لایصال مادة «حول» الی متعلقه، فهو من قبیل الباء فی «ذهبت بزید» لا من قبیل الباء فی «بعت الکتاب بدینار».

(و ظهور الحوالة فی کون إنشاء التملیک من المحیل) فهو بمنزلة البائع و ماله بمنزلة المعوض (لا ینکر).

(و احتمال کونه) ای المحیل (متملکا مال غریمه) ای مال المطالب المشتری (بمال نفسه) فمال المشتری معوض و مال المحیل عوض (کما فی المشتری المقدّم لقبوله علی الایجاب) کان یقول المشتری اشتریت بدیناری هذا کتابک، فیقول البائع قبلت، و هنا یقول المحیل اشتریت بمالی علی الثالث مالک ایها المطالب.

فهذا الاحتمال (بعید) عن المتفاهم عرفا.

(و یدل علی هذا) الّذی ذکرنا من ان المحیل کالبائع (أیضا قولهم:

ان الحوالة بیع).

و انما یدل علی ما ذکرنا (فان ظاهره) ای ظاهر کلامهم هذا (کون

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۰۹

المحیل بایعا.

ثم ان المفروض فی المسألة المذکورة ما لو اذن المحیل المحال فی اکتیاله لنفسه، بان یأتی بلفظ الاحالة- کما فی عبارة القواعد- او یقول له:

اکتل لنفسک- کما فی عبارتی المبسوط و الشرائع-.

اما لو وکله فی القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه، فیکون قابضا مقبّضا مبنی علی جواز تولی طرفی القبض،

المحیل بایعا) لانه المنصرف من هذا الکلام.

(ثم ان المفروض فی المسألة المذکورة) ای فی مسئلة ما لو احال المدیون المطالب الی الشخص الثالث- و الاختلاف فی انه هل هو من مسئلة البیع قبل القبض، أم لا؟- (ما لو اذن المحیل المحال فی اکتیاله) ما یطلبه من الثالث (لنفسه، بان یأتی بلفظ الاحالة) بان یقول: احلتک الی الثالث (- کما فی عبارة القواعد- او یقول له: اکتل لنفسک) ما اطلبه من الثالث (- کما فی عبارتی المبسوط و الشرائع-) فهل هذا من البیع قبل القبض، أم لا؟

(اما لو وکله) ای وکل المحیل المطالب (فی القبض عن الآذن) و الآذن هو المحیل ای وکله المحیل بان یقبض المال من الثالث قبض وکالة عن المحیل فتکون ید المحال بمنزلة ید المحیل (ثم القبض لنفسه) ای لنفس المحال من باب طلبه من المحیل (فیکون) المحال (قابضا) لنفسه و (مقبّضا) عن المحیل، فکان المحیل هو قبض ثم قبضه للمحال- فالمحال وکیل عن المقبّض و اصیل فی القابض- فهو (مبنی علی جواز تولی طرفی القبض)

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۰

و الاقرب صحته لعدم المانع.

الرابع: ذکر جماعة انه لو دفع الی من له علیه طعام، دراهم، و قال: اشتر بها لنفسک طعاما، لم یصح

لان مال الغیر یمتنع شراء شیء به لنفسه

و وجهه ان قضیة المعاوضة انتقال کل عوض الی ملک من خرج عن ملکه العوض الآخر فلو انتقل الی غیره لم یکن عوضا.

وکیلا و اصیلا، او اصیلا و وکیلا (و الاقرب صحته لعدم المانع) من ذلک، و لا تأتی هنا مسئلة بیع الشیء قبل قبضه.

(الرابع) من التنبیهات (ذکر جماعة انه لو دفع) المدیون (الی من له علیه) ای علی المدیون (طعام) و المراد دفع البائع سلفا الی المشتری (دراهم، و قال: اشتر بها لنفسک طعاما، لم یصحّ) ان اراد الدافع ان الطعام یخرج من کیس البائع الجدید الی کیس المشتری رأسا (لان مال الغیر) ای دراهم المدیون (یمتنع شراء شیء به) ای بذلک المال (لنفسه) لانه یخرج الدراهم من کیس المدیون الی کیس البائع الجدید، و الطعام یخرج من کیس البائع الجدید الی کیس المطالب و هذا باطل.

(و وجهه ان قضیة المعاوضة) ای مقتضاها (انتقال کل عوض) من العوضین (الی ملک من خرج عن ملکه العوض الآخر).

فالخبز يخرج من ملك الخباز الى ملك المشترى، و الدرهم يخرج من ملك المشترى الى ملك الخباز، فكل من خرج من كيسه شىء دخل فى كيسه شىء آخر (فلو انتقل الى غيره) كما لو خرج الدرهم من كيس الثرى الى كيس الخباز، و خرج الخبز من كيس الخباز الى كيس الفقير (لم يكن عوضا)

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۱

و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطات على القول بافادتها للاباحة فانه يجوز ان يشترى به شيئا لنفسه- على ما فى المسالك- من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطات.

و أيضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما ان مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا، باق على ملكه

(و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطات على القول بافادتها) اى المعاطاة (للاباحة) لا الملك.

و عليه فالمال باق على ملك مالكه الاول (فانه يجوز ان يشترى به شيئا لنفسه- على ما فى المسالك- من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطات) فالمال خرج من كيس المالك الاول الى كيس المشترى الثانى، و الثمن خرج من كيس المشترى الثانى الى كيس المشترى الاول، لا الى كيس المالك الاول.

(و أيضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف و قطب الدين، و الشهيد على ما حكى عنهما) انه لو غصب زيد من عمرو داره، ثم باعها بكتب لخالد، و كان خالد عالما بالغصب فانه يجوز لزيد البائع ان يبيع الكتب و يأخذ الثمن، فقد خرجت الكتب من كيس عمرو و دخل الثمن فى كيس خالد

ف (ان مال الغير) المشترى (المنتقل عنه) اى عن ذلك الغير انتقالا (بإزاء ما اشتراه) ذلك الغير (عالما) ذلك الغير (بكونه) اى بكون ما اشتراه (مغصوبا، باق على ملكه) اى ملك ذلك الغير- و هو المشترى- لان المعاملة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۲

و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بان يشترى به شيئا لنفسه و يملكه بمجرد الشراء.

قال فى المختلف بعد ما نقل عن الشيخ فى النهاية انه لو غصب مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حلالا، و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك فى غير النهاية.

و مذهب الحلّى ان كلام النهاية يحتمل امرين:

احدهما: اشتراء الجارية فى الذمة كما ذكره فى غير النهاية.

باطلة (و) مع ذلك (يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه) اى فيما انتقل إليه (بان يشترى به) اى بما انتقل إليه (شيئا لنفسه، و يملكه بمجرد الشراء) مع ان الشيء خارج عن كيس المشترى لفرض بقائه على ملك المشترى

(قال فى المختلف بعد ما نقل عن الشيخ فى النهاية انه لو غصب مالا و اشترى به جارية) و كان البائع للجارية عالما بان الثمن مغصوب (كان الفرج له) اى للغاصب (حلالا، و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك) اى فى ما لو كان الفرج له (فى غير النهاية).

(و) نقل (مذهب الحلى) قال فى المختلف: (ان كلام النهاية) بحلية الفرج (يحتمل امرين).

(احدهما: اشتراء الجارية فى الذمة) و انما دفع الثمن المغصوب وفاء (كما ذكره فى غير النهاية) فان بائع الجارية يطلب المشترى الثمن، و اعطاء المشترى اياه المال المغصوب لا يوجب ان يكون ذلك ثمنا، و لا ان يحرم الفرج الّذى اشتراه حلالا.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۳

الثانی: ان یکون البائع عالما بغصب المال فان المشتری حینئذ یستبیح و طی الجاریهٔ، و علیه وزر المال، انتهی.

و قد تقدم فی فروع بیع الفضولی و فی فروع المعاطات نقل کلام القطب و الشهید و غیرهما.

و یمکن توجیه ما ذکر فی المعاطات بدخول المال آنا مّا قبل التصرف فی ملک المتصرف کما یلزمهم القول بذلک

(الثانی: ان یکون البائع) للجاریهٔ (عالما بغصب المال فان المشتری حینئذ یستبیح و طی الجاریهٔ، و علیه وزر المال، انتهی).

فان البائع مع علمه بعدم حلّیهٔ المال اذا اعطی الجاریهٔ للمشتری کان معنی ذلک انه اباح الجاریهٔ للمشتری، و الاباحهٔ توجب الحلیهٔ و علی البائع الّذی اخذ المال المغصوب و زره و ذنبه.

و کیف کان فالمال خرج من کیس المغصوب منه الی کیس المغصوب منه الی کیس البائع و الجاریهٔ خرجت من کیس البائع الی کیس المشتری.

اقول لا یخفی ان مثال الجاریهٔ، غیر المثال الّذی ذکرناه مما ینطبق علیه قوله سابقا: ان مال الغیر المنتقل عنه ... الخ.

(و قد تقدم فی فروع بیع الفضولی و فی فروع المعاطات نقل کلام القطب و الشهید و غیرهما).

ثم ان المصنف اشار الی ردّ النقضین المذکورین بقوله: (و یمکن توجیه ما ذکر فی المعاطات بدخول المال آنا مّا قبل التصرف فی ملک المتصرف) لیصحّ بیعه، لانه لا بیع الا فی ملک (کما یلزمهم القول بذلک) ای

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۴

فی وطی الجاریهٔ المأخوذهٔ بالمعاطات.

و توجیه الثانی بانه فی معنی تملیک ماله مجانا بغیر عوض.

و کیف کان فالمعاوضهٔ لا تعقل بدون قیام کل عوض مقام معوضه.

و اذا ثبت علی غیر ذلک فلا بد من توجیهه اما بانتقال احد العوضین الی غیر مالکه قبل المعاوضهٔ.

بالملک الآنامائی (فی وطی الجاریهٔ المأخوذهٔ بالمعاطات) اذ لا وطی الا فی الملک.

فاللازم ان نقول ان الجاریهٔ دخلت فی ملک المشتری آنا مّا قبل الوطی لیصح وطیها.

و علی هذا الملک الآنامّائی فقد دخل العوض فی کیس من خرج من کیسه المعوض و لا یتم النقض المتقدم.

(و) یمکن (توجیه الثانی) و هی حلیهٔ الوطی للمشتری الغاصب للثمن (بانه) ای بیع مالک الجاریهٔ العالم بان الثمن مغصوب (فی معنی تملیک ماله مجانا بغیر عوض) فلم یدخل العوض فی کیس من لم یخرج من کیسه المعوّض.

(و کیف کان فالمعاوضهٔ لا تعقل بدون قیام کل عوض مقام معوضه).

لکنا قد ذکرنا سابقا معقولیهٔ ذلک بل معقولیهٔ ان تکون الاطراف أربعهٔ، فیعطی زید دارا لعمرو فی قبال ان یعطی خالد دکّانا لبکر.

(و اذا ثبت علی غیر ذلک) مما یوهم خلاف المعقول (فلا بد من توجیهه اما بانتقال احد العوضین الی غیر مالکه قبل المعاوضهٔ) فاذا اعطی الثری

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۵

و اما بانتقال العوض الآخر إلیه بعدها.

و من هنا یمکن ان یحمل قوله فیما نحن فیه: اشتر بدراهمی طعاما لنفسک، علی إرادهٔ کون اللام لمطلق النفع، لا للتملیک، بمعنی اشتر فی ملکی، و خذه لنفسک، کما ورد فی مورد بعض الاخبار السابقهٔ: اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک.

درهما للخباز لیعطی به خبزا للفقیر، نقول ینتقل الدرهم الی الفقیر قبل اعطائه الخبز، فالدرهم خرج من کیس الفقیر الی کیس الخباز، و الخبز خرج من کیس الخباز الی الفقیر.

(و اما بانتقال العوض الآخر إلیه) ای الی غیر مالکه (بعدها) ای بعد المعاوضة، فینتقل الخبز الی الثری ثم الثری یعطی الخبز للفقیر فالخبز خرج الی کیس الثری من کیس الخباز، و الدرهم خرج من کیس الثری الی کیس الخباز، و بعد انتهاء المعاملة دخل الخبز الی کیس الفقیر الّذی لم یکن مالکا للدرهم.

(و من هنا یمکن ان یحمل قوله فیما نحن فیه: اشتر بدراهمی طعاما لنفسک، علی إرادة کون اللام) فی «لنفسک» (لمطلق النفع) ای انک تنتفع بالطعام (لا للتملیک) فلیس معناه ان الطعام یکون لک (بمعنی اشتر فی ملکی، و) بعد ان اصبح الطعام لی (خذه لنفسک) ملکا او إباحة لک (کما ورد فی مورد بعض الاخبار السابقة: اشتر لنفسک) ای لفائدتک (طعاما) لی (و استوف حقک) ای ملکه لنفسک بعد ان صار لی.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۶

و یمکن ان یقال: انه اذا اشتری لنفسه بمال الغیر وقع البیع فضولا کما لو باع الغیر لنفسه.

فاذا قبضه، فاجاز المالک الشراء و القبض، تعین له.

و حیث کان استمراره بید المشتری قبضا فقد قبض ماله علی مالک الطعام، فافهم.

(و یمکن ان یقال: انه اذا اشتری لنفسه بمال الغیر وقع البیع فضولا) لبطلان الاذن، فان الاذن غیر معقول، لان متعلق الاذن لا یعقل (کما لو باع الغیر لنفسه) فهو فضولی أیضا.

فانه لا فرق بین ان یشتری بدینار زید طعاما لنفسه، او ان یبیع طعام زید بدرهم لنفسه.

(فاذا قبضه) ای قبض الفضول الطعام (فاجاز المالک الشراء و القبض تعین) ان یکون الطعام (له) ای للمالک.

(و حیث کان استمراره) ای استمرار الطعام (بید المشتری) الّذی لم یکن بمالک للدینار (قبضا) لنفس المشتری- و هذا قبض ثان، غیر القبض الاول الّذی کان وکالة عن المالک- (فقد قبض ما) ای الشیء الّذی (له) ای للمشتری (علی مالک الطعام) فلم یخرج الدینار من کیس مالکه الی کیس بائع الطعام، و الطعام من کیس البائع الی کیس المشتری الّذی لم یکن بمالک (فافهم).

فانه کیف یقال ان المعاملة فضولیة، و هل هذا الا مثل الاکل من القفا و اللّه العالم.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۷

مسئلة لو کان له طعام علی غیره، فطالبه به فی غیر مکان حدوثه فی ذمته فهنا مسائل ثلاث.

أحدها: ان یکون المال سلما

بان اسلفه طعاما فی العراق و طالبه بالمدینة مع عدم اشتراط تسلیمه بالمدینة، فلا اشکال فی عدم وجوب ادائه فی ذلک البلد.

و اولی بعدم الوجوب ما لو طالبه بقیمة ذلک البلد.

(مسألة: لو کان له طعام علی غیره، فطالبه) ای طالب المشتری من البائع (به) ای بالطعام (فی غیر مکان حدوثه) ای حدوث الطعام (فی ذمته) ای ذمة البائع (فهنا مسائل ثلاث).

(احدها: ان یکون المال سلما بان اسلفه) البائع (طعاما فی العراق و طالبه) المشتری (بالمدینة مع عدم اشتراط تسلیمه بالمدینة) و الا

فان كان الشرط تسليمه بالمدينة فلا اشكال فى انه يجب عليه ان يعمل حسب الشرط (فلا اشكال فى عدم وجوب ادائه) اى اداء البائع الطعام (فى ذلك البلد).

اذ الواجب الوفاء بالعقد، و ليس الاداء فى ذلك البلد من ضمن الوفاء بالعقد.

(و اولى بعدم الوجوب ما لو طالبه) فى نفس بلد المعاملة و لكن (بقيمة ذلك البلد) الآخر، مثلا: طالبه فى العراق بان يؤدّى إليه قيمة

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۸

و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك، قال الشيخ لم يجز لانه بيع الطعام قبل قبضه و هو حسن، بناء على إرادة بيع ما فى ذمته بالقيمة، او إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه.

اما لو جعلنا المنهى عنه عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمة ثمنا، بل احتمل كونه مثمنا و السلم ثمنا فلا وجه للتحريم

طعام المدينة.

(و لو طالبه فى ذلك البلد) كالمدينة فى المثال (بقيمته فى بلد وجوب التسليم) كالعراق (و تراضيا على ذلك، قال الشيخ لم يجز، لانه بيع الطعام قبل قبضه) اذ باع المشترى ما يطلبه من الطعام، قبل ان يقبضه و باعه الى البائع (و هو حسن بناء على إرادة) المتبايعين (بيع ما فى ذمته بالقيمة، او) ارادا مطلق الاستبدال لا البيع، و قلنا، ب (إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه) حتى اذا ارادا الاستبدال من غير بيع شمله دليل النهى.

(اما لو جعلنا المنهى عنه عن خصوص البيع) و كان ما وقع التراضى عليه مطلق الاستبدال، لا البيع (و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمة ثمنا، بل احتمل كونه مثمنا و السلم ثمنا) بان اشترى المشترى بما يطلب من الطعام شيئا من البائع (فلا وجه للتحريم).

اذ مطلق الاستبدال لم يكن محرما، و البيع قبل القبض حرام، اما الاشتراء قبل القبض فليس بحرام.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۱۹

لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا اذا كان من النقدين فى الثمنية فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور الى البيع، او القول بتحريم مطلق الاستبدال.

و اما اذا لم يرض المسلم إليه، ففى جواز اجباره على ذلك قولان المشهور- كما قيل- العدم، لان الواجب فى ذمته هو الطعام، لا القيمة.

(لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا اذا كان من النقدين فى الثمنية).

فاذا تراضيا على استبدال الطعام بالنقدين، كان معنى ذلك ان المشترى باع الطعام قبل قبضه، الا اذا نصّا على ان البائع يبيع شيئا بالطعام المطلوب للمشترى.

و اذ كان النقد ظاهرا فى الثمنية (فيبنى الحكم) بانه هل يجوز التراضى بينهما بالقيمة أم لا؟ (على انصراف التراضى المذكور الى البيع او القول بتحريم مطلق الاستبدال) فان قلنا بتحريم مطلق الاستبدال حرم أيضا هذا كله اذا رضى المسلم إليه- اى البائع- بالاستبدال بالقيمة فى البلد الثانى، بقيمته بلد البيع.

(و اما اذا لم يرض المسلم إليه، ففى جواز اجباره على ذلك قولان المشهور- كما قيل- العدم) اى نسب الى المشهور قولهم بعدم الاجبار (لان الواجب فى ذمته) اى ذمة البائع (هو الطعام، لا القيمة) فكيف يجبر باعطاء القيمة.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۰

و عن جماعة منهم العلامة فی التذکرة: الجواز، لان الطعام الّذی یلزم دفعه معدوم، فکان کما لو عدم الطعام فی بلد یلزمه التسلیم فیه.
و توضیحه: ان الطعام قد حلّ، و التقصیر من المسلم إلیه حیث انه لو کان فی ذلک البلد امکنه اداء الواجب بتسلیم المال الی المشتری ان حضر و الا دفعه الی ولیه، و لو الحاکم او عزله.
و کیف کان فتعذر البراءة مستند الی غیبته فللغریم مطالبة قیمة بلد

(و) لکن (عن جماعة منهم العلامة فی التذکرة: الجواز) ای جواز الاجبار (لان الطعام الّذی یلزم دفعه معدوم) فی هذا البلد الثانی الّذی هما فیه (فکان کما لو عدم الطعام فی بلد یلزمه التسلیم فیه) ای البلد الاول فکما انه یجبر هنا علی دفع القیمة کذلک فی البلد الثانی یجبر علی دفع القیمة.
(و توضیحه) ای توضیح کلام العلامة (ان الطعام قد حل) وقته (و التقصیر) فی عدم دفعه (من المسلم إلیه) ای البائع (حیث انه لو کان فی ذلک البلد) ای بلد المعاملة (امکنه اداء الواجب بتسلیم المال الی المشتری ان حضر) المشتری فی وقت التسلیم (و الا) یحضر (دفعه) ای دفع البائع الطعام (الی ولیه) ای ولی المشتری (و لو) الی (الحاکم) او عدول المؤمنین (او عزله).
(و کیف کان فتعذر البراءة) و هی براءة ذمة البائع (مستند الی غیبته) ای غیبة البائع عن بلد المعاملة- کالعراق فی المثال- (فللغریم) المشتری (مطالبة قیمة بلد

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۱

الاستحقاق حینئذ.
و قد یتوهم انه یلزم من ذلک جواز مطالبة الطعام و ان کان ازید قیمة، کما سیجیء القول بذلک فی القرض و لو کان الطعام فی بلد المطالبة مساویا فی القیمة لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام علیه لعدم تعذر الحق و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغیبة عن بلد الاستحقاق فیطالبه بنفس الحق.

الاستحقاق) و هو العراق مثلا (حینئذ) ای حین تعذر البراءة من البائع
(و قد یتوهم انه یلزم من ذلک) ای من هذا التعلیل الّذی ذکر لاجل حق المشتری فی مطالبة القیمة مما ذکرناه بقولنا «و توضیحه» (جواز مطالبة الطعام) فی البلد الثانی (و ان کان ازید قیمة) لان التقصیر من البائع کما تقدم تقریره- و (کما سیجیء القول بذلک فی القرض).
فاذا اقترض منه منّا من الحنطة فی العراق الی اوّل رمضان و کانا فی المدینة، حق للمقرض ان یطالبه بالطعام فی المدینة و ان کان الطعام هناک اکثر قیمة من العراق (و لو کان الطعام فی بلد المطالبة مساویا فی القیمة لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام علیه) ای علی البائع (لعدم تعذر الحق) لوجود الطعام (و المفروض عدم سقوط) حق المشتری فی (المطالبة) و لم یسقط حقه (ب) سبب (الغیبة عن بلد الاستحقاق) اذ لا دلیل علی ان الغیبة تسقط الحق (فیطالبه) المشتری (بنفس الحق) الّذی هو الطعام.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۲

الثانیة: ان یکون ما علیه قرضا

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القیمة لانه انما یستحقها فی بلد القرض، فالزامه بالدفع فی غیره اضرار، خلافا للمحکی عن المختلف، و قواه جامع المقاصد هنا.
لکنه جزم بالمختار فی باب القرض.

اما مطالبته بقیمة بلد الاستحقاق فالظاهر جوازها وفاقا للفاضلین و حکی عن الشیخ و القاضی.

(الثانیة): من المسائل (ان یکون ما علیه قرضا) کما لو اقترض علیّ من محمّد منّا من الحنطة فی العراق، فطالبه به فی المدینة (و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القیمة) فی البلدین (لانه) ای المقترض (انما یستحقها فی بلد القرض، فالزامه بالدفع فی غیره) ای غیر بلد القرض (اضرار) بالمقترض فیدل «لا ضرر» علی عدم حقه (خلافا للمحکی عن المختلف، و قواه جامع المقاصد هنا) فی باب السلف، حیث ذکر القرض استطراد او اختار ما اختاره المختلف.

(لکنه جزم بالمختار) و هو ما اخترناه «من عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القیمة» (فی باب القرض) هذا.

(اما مطالبته) ای مطالبة المقرض المقترض (بقیمة بلد الاستحقاق) ای ان یأخذ قیمة القرض (فالظاهر جوازها).

مثلا: اقترض منه فی العراق منّا من الحنطة قیمته دینار، و الآن قیمته فی المدینة دینار و نصف، لکنه یطالبه بنفس الدینار الّذی هو قیمته فی المدینة دینار و نصف، لکنه یطالبه بنفس الدینار الّذی هو قیمة العراق (وفاقا للفاضلین، و حکی عن الشیخ و القاضی) أیضا.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۳

و عن غایة المرام نفی الخلاف لما تقدم من ان الحق هو الطعام علی ان یسلّم فی بلد الاستحقاق، و قد تعذر بتعذر قیده، لا بامتناع ذی الحق، فلا وجه لسقوطه.

غایة الامر الرجوع الی قیمته لاجل الاضرار.

و لذا لو لم یختلف القیمة، فالظاهر جواز مطالبته بالمثل، لعدم التضرر لکن مقتضی ملاحظة التضرر اناطة الحکم بعدم الضرر علی المقترض او بمصلحته

(و عن غایة المرام نفی الخلاف لما تقدم من ان الحق هو الطعام علی ان یسلّم فی بلد الاستحقاق، و قد تعذر بتعذر قیده، لا بامتناع ذی الحق، فلا وجه لسقوطه) ای سقوط الطعام.

(غایة الامر) حیث کانت قیمة البلد الثانی اکثر (الرجوع الی قیمته) فی بلد الاستحقاق (لاجل) ان قیمة البلد الثانی توجب (الاضرار) بالمقترض فینفیها دلیل: لا ضرر.

(و لذا) الّذی ذکرنا انه یرجع الی قیمة بلد الاستحقاق (لو لم یختلف القیمة) بان کانت القیمة فی بلد الاستحقاق مثل القیمة فی البلد الثانی (فالظاهر جواز مطالبته) ای مطالبة المقرض المقترض (بالمثل، لعدم التضرر) فدلیل وجوب الوفاء یشمله.

(لکن مقتضی ملاحظة التضرر) حیث انه لو کان علی المقترض ضرر فی التسلیم فی بلد آخر، لم یجب علیه التسلیم فی ذلک البلد (اناطة الحکم) ای وجوب دفع المقترض ما اقترضه فی بلد آخر (بعدم الضرر علی المقترض او بمصلحته

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۴

و لو من غیر جهة اختلاف القیمة، کما فعله العلامة فی القواعد و شارحه جامع المقاصد.

ثم انه اعترف فی المختلف بتعین قیمة بلد القرض مع تعذر المثل فی بلد المطالبة، و فیه تأمل، فتأمل.

و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقیمة، و کانه یتفرع

و لو من غیر جهة اختلاف القیمة).

کما لو هیّأ مال المقرض فی بلد القرض، فانه لو دفع مالا- آخر فی البلد الثانی کان ضررا علیه من حیث بقاء ماله الاول (کما فعله العلامة فی القواعد و شارحه جامع المقاصد) حیث اوجبا تسلیم القرض فی بلد آخر اذا لم یکن التسلیم ضررا علی المقترض او

بمصلحته و لو من غیر جهة اختلاف القیمة.

(ثم انه اعترف فی المختلف بتعین قیمة بلد القرض مع تعذر المثل فی بلد المطالبة، و فیه تأمل).

اذ مع وجوب دفع المثل فی البلد الثانی اذا لم یکن ضررا علی المقترض و ان کان اکثر قیمة، فاللازم ان یدفع قیمة البلد الثانی و لو کانت اکثر من قیمة البلد الاول.

و لا وجه لفتواه بتعین قیمة بلد القرض (فتأمل) فانه اذا کان اکثر قیمة کان ضررا دائما، فاللازم تعین قیمة بلد القرض.

(و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة) فی البلد الثانی (لا بالمثل و لا بالقیمة، و کانه) ای عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقیمة (یتفرع

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۵

علی ما عن الشهید رحمه اللّه فی حواشیه من عدم جواز مطالبة المقترض المثل فی غیر بلد القرض، حتی مع عدم تضرره، فیلزم من ذلک، عدم جواز المطالبة بالقیمة بطریق اولی.

و لعله لان مقتضی اعتبار بلد القرض ان لیس للمقرض الا مطالبة تسلیم ماله فی بلد القرض.

و مجرد تعذره فی وقت من جهة توقفه علی مضی زمان لا یوجب اشتغاله بالقیمة

علی ما عن الشهید رحمه اللّه فی حواشیه من عدم جواز مطالبة) المقرض (المقترض) ب (المثل فی غیر بلد القرض، حتی مع عدم تضرره) ای تضرر المقترض (فیلزم من ذلک) ای من عدم جواز مطالبته بالمثل (عدم جواز المطالبة بالقیمة بطریق اولی) اذ القیمة بدل المثل، فاذا لم یجز المثل لم یجز بدله.

(و لعله) ای لعل فتوی الشهید بانه لا یجوز للمقرض مطالبة المقترض بالمثل فی غیر بلد القرض (لان مقتضی اعتبار بلد القرض) فان المنصرف من القرض التسلیم فی نفس بلد القرض (ان لیس للمقرض الا مطالبة تسلیم ماله فی بلد القرض).

(و) ان قلت: هذا صحیح لکنه اذا تعذر انتقل الی القیمة.

قلت: (مجرد تعذره فی وقت) بان لم یوجد المثل- مثلا- (من جهة توقفه) ای توقف التسلیم (علی مضی زمان، لا یوجب اشتغاله بالقیمة) اذ الاصل عدم الانتقال الی القیمة.

إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۶

کما لو اخر التسلیم- اختیارا- فی بلد القرض، او احتاج تسلیم المثل الی مضی زمان، فتأمل.

الثالثة: ان یکون الاستقرار من جهة الغصب،

فالمحکی عن الشیخ و القاضی انه لا یجوز مطالبته بالمثل فی غیر بلد الغصب.

و لعله لظاهر قوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ، فان ما فی ذمته هو الطعام الموصوف بکونه فی ذلک البلد، فان مقدار مالیة

فحاله (کما لو اخر التسلیم- اختیارا- فی بلد القرض، او احتاج تسلیم المثل الی مضی زمان) فانه لا ینتقل بذلک الی القیمة (فتأمل).

حیث انه فرق بین التعذر و بین تأخیر التسلیم و نحوه، فلا یقاس احدهما بالآخر.

(الثالثة) من مسائل ما لو طالب الطعام فی غیر مکان حدوثه (ان یکون الاستقرار) للطعام فی ذمة المدیون (من جهة الغصب، ف) هل یحق للمغصوب منه المطالبة فی غیر بلد الغصب؟ مثلا: غصب زید طعاما من عمرو فی العراق، فهل یحق لعمرو ان یطالبه به فی المدینة أم لا؟ (المحکی عن الشیخ و القاضی انه لا یجوز مطالبته بالمثل فی غیر بلد الغصب).

(و لعله) ای لعل وجه عدم الجواز (لظاهر قوله تعالی: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ).

وجه الدلالة ما ذكره بقوله: (فان ما فی ذمته) ای ذمة الغاصب (هو الطعام الموصوف بكونه فی ذلک البلد) فمقابلته بالمثل هو ان يطالبه بالطعام فی نفس ذلک البلد (فان مقدار مالية

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۷

الطعام يختلف باختلاف الاماكن، فان المالک لمقدار منه فی بلد قد يعد غنيا، و المالک لاضعافه فی غيره يعد فقيرا، فالمماثلة فی الصفات موجودة، لا فی المالية.

لكنه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الازمان، فان اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل فی زمان غلائه، و حلّه ان المماثلة فی الجنس و الصفات هی المناط فی التماثل العرفی من دون ملاحظة المالية

الطعام يختلف باختلاف الاماكن، فان المالک لمقدار منه) ای من ذلک الطعام (فی بلد يعدّ غنيا، و المالک لاضعافه فی غيره) ای فی بلد آخر (يعدّ فقيرا، فالمماثلة فی الصفات موجودة) فی البلد الثانی (لا- فی المالية) و الحال ان ظاهر قوله تعالى «بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ» المماثلة من جميع الحيثيات.

(لكنه ينتقض) اذا اعتبرنا القيمة، فی المماثلة (بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الازمان، فان اللازم على هذا) الّذی ذكرتم من لزوم مماثلة القيمة أيضا بالإضافة الى مماثلة الصفة (عدم جواز مطالبته بالمثل فی زمان غلائه) حيث ان المثل فی الصفة ليس مثلا فی القيمة، اذا كان غاليا.

هذا جواب نقضّی (و) اما (حلّه) ف (ان المماثلة فی الجنس و الصفات هی المناط فی التماثل العرفی من دون ملاحظة المالية).

و عليه فاللازم ان يدفع الغاصب المثل الى المغصوب منه، و لو فی بلد آخر، و لو كان هناک اكثر قيمة من بلد الغصب.

كما انه يجب دفع المثل فی الزمان الثانی و ان كان اكثر قيمة من

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج۱۶، ص: ۳۲۸

و لو لا قاعدة نفی الضرر، و انصراف اطلاق العقد فی مسألتی القرض و السلم، لتعين ذلک فيهما أيضا.

و لو تعذر المثل فی بلد المطالبة لزم قيمة ذلک البلد، لان اللازم عليه حينئذ المثل فی هذا البلد لو تمكن.

الزمان الاول.

اللهم الا اذا كانت الزيادة مفرطة جدّا، كما اذا غصب منه الشیء فی حال ان قيمته عشرة، و الآن صارت قيمته الفا، فانه يحتمل شمول دليل:

لا ضرر، للمقام كما انه اذا صارت القيمة نازلة جدّا كعكس المثال فان دليل:

لا ضرر، يشمل المغصوب منه، و يوجب عدم شمول دليل ارجاع المثل للمقام فتأمل.

(و لو لا قاعدة نفی الضرر) من جانب (و انصراف اطلاق العقد) من جانب آخر (فی مسألتی القرض و السلم) حيث تقدم احتمال عدم وجوب الدفع اذا كان فی البلد الثانی اكثر قيمة (لتعين ذلک) ای لتعين وجوب الدفع فی البلد الثانی (فيهما) ای فی القرض و السلم (أيضا).

شیرازی، سید محمد حسینی، إيصال الطالب إلى المكاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج‌۱۶، ص: ۳۲۸

لكن حيث انه يوجب الضرر، و حيث ان العقد منصرف، لا نقول بوجوب الدفع فى البلد الثانى.

(و لو تعذر المثل) فى الغصب (فى بلد المطالبة) و هو بلد الغصب او البلد الثانى (لزم قيمة ذلك البلد، لان اللازم عليه) اى على الغاصب (حينئذ) اى حين الرد (المثل فى هذا البلد) سواء كان البلد الاول، او الثانى (لو تمكن) الغاصب من المثل.

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۳۲۹

فاذا تعذر قامت القيمة مقامه.

و فى المبسوط و عن القاضى قيمة بلد الغصب، و هو حسن بناء على حكمها فى المثل.

و المعتبر قيمة وقت الدفع لوجوب المثل حينئذ فتعين بدله مع تعذره

و يحتمل وقت التعذر، لانه وقت الانتقال الى القيمة.

و فى المسألة اقوال مذكورة فى باب الغصب ذكرناها مع مبانيها فى

(فاذا تعذر) المثل (قامت القيمة مقامه).

(و) لكن (فى المبسوط و عن القاضى) اللازم (قيمة بلد الغصب، و هو حسن بناء على حكمها) اى حكم المطالبة (فى المثل).

فان قلنا: بانه يجب ان يكون المثل فى بلد الغصب، كذلك يلزم ان نقول بان القيمة أيضا قيمة بلد الغصب، اذ القيمة تابعة للمثل، لكنا ذكرنا عدم الفرق بين البلاد فى المثل.

(و المعتبر قيمة وقت الدفع لوجوب المثل حينئذ) اى حين الدفع، فاذا تعذر المثل انتقل الى القيمة (فتعين بدله) اى بدل المثل (مع تعذّره) اى تعذر المثل.

(و يحتمل) قيمة (وقت التعذر) سواء كانت ازيد من قيمة وقت الدفع او انقص (لانه) اى وقت التعذر (وقت الانتقال الى القيمة) فانه بمجرد ان تعذر المثل خوطب الغاصب بدفع القيمة.

(و فى المسألة) اى مسألة القيمة فى الغصب (اقوال مذكورة فى باب الغصب) من جملتها اعلى القيم (ذكرناها مع مبانيها فى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۳۳۰

البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع.

البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع) الى هناك و الله العالم بحقائق الاحكام.

هذا آخر ما يسر الله ايراده فى هذا الشرح، و الله سبحانه المسئول ان يتقبله بقبول حسن، و يجعله خالصا لوجهه الكريم، و ينفع به كما نفع باصله، سُبْحانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمّا يَصِفُونَ وَ سَلامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِينَ و صلّى اللّه على محمّد و آله الطّاهرين.

و كان الفراغ من ذلك فى ۱۸ جمادى الاولى ۱۳۹۴ هجرية فى دولة الكويت.

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

إيصال الطالب إلى المكاسب، ج‌۱۶، ص: ۳۳۱

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة

مقدمهٔ الکتاب ۲
القول فی النقد و النسیئهٔ ۳
فی ان اطلاق العقد یقتضی النقد ۵
فی جواز اشتراط تاجیل الثمن ۱۳
فی ما لو باع بثمن حالا و بازید منه مؤجلا ۲۵
فی عدم وجوب دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل ۴۴
فی وجوب قبول الثمن اذا دفع عند حلول الاجل ۵۵
فی عدم جواز تأجیل الثمن الحال بازید منه ۷۳
فی جواز بیع العین الشخصی المبتاع بثمن مؤجل ۸۵
القول فی القبض ۱۲۹
فی الاختلاف فی ماهیهٔ القبض ۱۲۹
فی قبض المکیل و الموزون ۱۵۹
فی عدم جواز بیع المکیل قبل کیله ۱۶۱
القول فی وجوب القبض ۱۸۴
فی وجوب تسلیم المبیع و تفریغه من امواله ۱۹۷
فی امتناع البائع من التسلیم ۲۰۷
إیصال الطالب إلی المکاسب، ج۱۶، ص: ۳۳۲
الموضوع الصفحهٔ
الکلام فی احکام القبض ۲۱۱
فی ان انتقال الضمان ممن نقله الی القابض ۲۱۱
فی ان تلف الثمن المعین قبل القبض کتلف المبیع المعین ۲۳۵
فیما لو تلف بعض المبیع قبل قبضه ۲۴۳
فی حرمهٔ بیع المکیل و الموزون قبل قبضه الا تولیهٔ ۲۵۸
فی تنبیهات المسألهٔ ۲۷۵
فی ما لو کان له طعام علی غیره فطالبه فی غیر مکان ۳۱۷
محتویات الکتاب ۳۳۱

الی هنا تمت اجزاء الکتاب الستهٔ عشر من شرح المکاسب فعند ذلک نستودع القراء الاعزاء.

و تتمنی من الله الجلیل ان یوفقنا و ایاکم لمراضیه.

(الناشر)

شیرازی، سید محمد حسینی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۶ جلد، منشورات اعلمی، تهران - ایران، اول، ه ق

تعریف مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فی سَبیلِ اللّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنـادِرُ البِحـار – فی تلخیص بحـار الأنوار، للعلامة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آباذی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة "للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِقِ و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَةِ

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع "مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع "پنج رَمَضان "ومُفترَق "وفائی/"بنایة "القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِي الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فى حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالى؛ و اللهُ ولىّ التوفيق.


مركز
القائمية
اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹